

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

ISSN 1304-2408

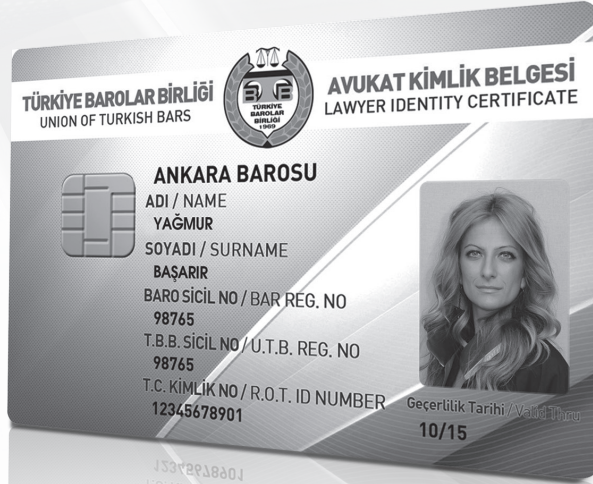




TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

BAROKART

Tek Kartla, Çok Hizmet!



Ön yüklemeli ödeme aracı olarak kullanılan akıllı kart sistemi BaroKart ile Adliyeye gitmeden, internet bağlantısının olduğu her yerden UYAP Avukat Portalına bağlanarak;

- **dava açabilir,**
- **her türlü dosya giderini yatırabilir,**
- **sorgulama yapabilirsiniz.**

www.barobirlik.org.tr

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Associations

Sahibi / Owner

Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu,
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdür / Managing Director

Av. İzzet Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri

Yayıncıdan Sorumlu Başkan Yardımcısı / Vice-

President Head of the Publishing Department
Av. Başar Yaltı

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgiliöğlü

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Başar Yaltı, TBB Başkan Yardımcısı
Av. İzzet Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri
Av. Sabri Erdal Güngör, TBB Sayman Üye
Av. Özlem Bilgiliöğlü

Yayın Kurulu

Özlem Bilgiliöğlü
Ali Acar
Gizem Özkan
Musa Toprak

Danışma Kurulu / Board of Advisors

Prof. Dr. Rona Aybay
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz

Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdal Onar

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez

Galatasaray Ü. Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yayın dili Türkçe'dir.

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: 75 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /

Page Design and Offset Preparation
Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

Basım Yeri / Printed by

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

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

HAKEMLİ BİR DERGİDİR

1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren "Hakemli Dergi" olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

YAYIN KURALLARI

- 1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.
- Dergiye gönderilecek yazıların; özgün, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
- a)** Yazılar, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.
b) Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti ve anahtar sözcükleri; **Türkçe ve İngilizce olarak** yer almalıdır.
- c)** Yazılar, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.
- Dipnotlar** sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnotta 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 İtalic** verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.
Örneğin: Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
- Yazıların **kaynakça kısmında; yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalıdır.**
Örneğin: Erem Faruk, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
- Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası **yayin@barobirlik.org.tr** adresine gönderilmelidir.
- Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları’na uygun değilse reddedilir.
- Yazarların; ünvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-posta adreslerini göndermeleri zorunludur.
- Yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakeme gönderildiği konusunda bilgi verilmez.
Hakem tarafından yazının yayımlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. 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.
- Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nin yazı dili Türkçedir.
- Türkiye Barolar Birliği, yayımlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
- Yazarlara ve hakemlere, talep etmeleri halinde “Türkiye Barolar Birliği Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtım Yönetmeliği” çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

9 İbrahim GÜLER

Adil Yargılanma, Özel Hayat ve Aile Hayatına Saygı ile Etkili Başvuru Hakları Arasındaki İlişkinin Ayrıntılı Değerlendirilmesi Bakımından Önemli Bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Khan Birleşik Krallık'a Karşı Davası / An Important European Court of Human Rights Decision on Detailed Examination of the Relation Between the Rights to a Fair Trial, to Respect for Private and Family Life and to Effective Remedy: Case of Khan v. United Kingdom

33 A. Ersoy KONTACI

Siyasî İstikrar Temelli Koalisyon Eleştirileri: Anayasa Hukuku Açısından Ampirik Bir Analiz / Criticisms of Coalitions Based on Political Stability Considerations: an Empirical Analysis from the Perspective of Constitutional Law

59 Erdi YETKİN

Karar İnceleme-Ceza Kanunları ile Suç Politikasının Temel İlkeleri Arasındaki İlişkinin Anayasal Bağlamda Değerlendirilmesi / Case Analysis- Evaluation of the Relation Between Penal Laws and Fundamental Principles of the Policy of Criminal Offense in Regard to the Constitution

77 Enes KÖKEN

Tefecilik Suçu / Criminal Usury

103 Cengiz Ozan ÖRS

Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma / Search Warrant for Lawyer and Confiscation

147 Güray ERDÖNMEZ

Adi ve Resmi Senette Sahtelik İddiasının Hukuk Davalarına ve İcra Takiplerine Etkisi / The Legal Effects of Forgery Claims on the Execution Proceedings and Civil Lawsuits in Relation with Official and Ordinary Acts

209 Emine Aslı KÜÇÜKAYDIN

Karşı Dava / Counterclaim

259 Mehmet Ali AKSOY

Gemilerin İhtiyati Haczi / Precautionary Arrest Of Ships

303 Ş. Barış ÖZÇELİK

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na Göre Mücbir Sebepler ve Sonuçları / Force Majeure and Its Consequences According to Public Procurement Contracts Law

325 Meltem Deniz GÜNER-ÖZBEK

Varşova ve Montreal Sözleşmelerinin Eş Zamanlı Uygulanması, Havayoluyla Yapılan Taşıma Sözleşmelerine Uygulanan Hükümler ve Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun İç Taşımalara İlişkin Hükümlerinin Acil Revizyon İhtiyacı / Applicable Rules to the Contract of Carriage by Air and Urgent Need for the Revision of the Provisions of the Turkish Civil Aviation Act Applicable to Domestic Carriage by Air

373 Recep LEVENT

Hizmet Akdiyle Çalışanların Prime Esas Kazançlarının Tespiti / Determination of Income Dependent on Social Security Contributions of Employees Working with Service Contract

383 Erdem İlker MUTLU

"Özgürlüklerin Şiddeti"nden "Şiddetin Özgürlüğü"ne: Sosyo-Hukuksal Gelişimi İçinde Terör Kavramına Ulusötesi Etik Yaklaşım Mümkün Mü? / From Violent Freedoms to Freedom of Violence: Is it Possible to Bring a Transnational Ethical Approach to the Concept of Terrorism?

419 Ayşen SİNA

Eski Yunan Yargı Sistemi: MÖ IV. Yüzyılda Atina'da Yargıçlar ve Mahkemeler / Ancient Greek Judicial System: Judges and Courts of Law in Athens in the 4th Century B. C.

MAKALELER / ARTICLES

451 Kürşat KARACABEY

Zorunlu Arabuluculğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar

489 Talih UYAR

İhale ve İhalenin Feshi Konusunda Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar

SALDIRININ HEDEFİ TÜRKİYE CUMHURİYETİDİR CEVABI TÜRK MİLLETİ VERECEKTİR ÇÖZÜM ÇOĞULCU-KATILIMCI DEMOKRASİDEDİR

Türkiye Barolar Birliği olarak Ankara'daki hain saldırıyı gerçekleştirenleri ve arkasındaki karanlık odakları en sert şekilde lanetliyoruz.

- 1- Saldırının hedefi, bir bütün olarak ülkemizdir. Türk Milleti bu saldırıya karşı birlik olmak zorundadır.
- 2- Zamanlaması, yeri ve hedefi; bu saldırının arka planında derin ve karmaşık bir kurgu olduğunu göstermektedir. Buna rağmen, 78 milyon vatandaşımızın MİLLET olma bilinciyle kucaklaşması halinde, sinsice yapılan planlar hedefine ulaşamayacaktır.
- 3- Millet olmak demek; kaderde, tasada ve kıvançta bir olmak demektir. Kısa vadeli iç siyaset hesaplarıyla kutuplaştırılmış, birbirine düşman haline getirilmiş bir millet, varlığına kasteden bir saldırı karşısında tek vücut olamaz. Tek vücut olmak demek, devleti yönetenlerin her yaptığını onaylamak veya her yaptığını karşı çıkarak demek değildir. Türkiye'nin milli menfaatleri her türlü siyasi hesabın üzerindedir.
- 4- Başta siyasi iktidar ve muhalefet olmak üzere, herkesin, devlet ile siyasi iktidarın farklı kurumlar olduğunu bilmesi ve buna göre davranması zorunludur. Devleti korumak, siyasi iktidar lehine çalışmak değildir. Siyasi iktidarı eleştirmek de devlete düşmanlık yapmak değildir.
- 5- Bizi millet yapan bağları korumanın vazgeçilmez şartı, adalete ve hukuk devletine güvenin tesis edilmesidir. Hangi siyasi düşünceden, mezhepten, dinden, etnik kökenden ve cinsiyetten olursa

olsun her vatandaşımızın Türk Milletinin asli unsuru olmaktan gurur ve güven duyar hale gelmesi sağlanmalıdır. Devlet görevlileri, bu ilke çerçevesinde hareket etmelidir. Bunun için; bağımsız, tarafsız, adil yargılama yapabilen, savunmanın etkin ve eşit olduğu bir yargı sistemini acilen ve el birliğiyle kurmak zorundayız.

- 6- Amacımız, tüm kurum ve kurallarıyla işleyen çoğulcu-katılımcı demokrasinin inşasıdır. Ancak bu şekilde, milli birlik ve beraberliğimizi koruyabilir, “top yekûn saldırı”ya karşı “top yekûn cevap” verebiliriz.

Bu alçakça saldırıda şehit olan Türk Silahlı Kuvvetleri'nin asker ve sivil kıymetli mensuplarına Allah'tan rahmet, yakınlarına ve saldırının doğrudan hedefi olan Türk Milleti'ne başsağlığı, yaralılarımıza acil şifalar diliyoruz.

Saygılarımızla.

Türkiye Barolar Birliği

ADİL YARGILANMA, ÖZEL HAYAT VE AİLE HAYATINA SAYGI İLE ETKİLİ BAŞVURU HAKLARI ARASINDAKİ İLİŞKİNİN AYRINTILI DEĞERLENİRİLMESİ BAKIMINDAN ÖNEMLİ BİR AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARI: KHAN BİRLEŞİK KRALLIK'A KARŞI DAVASI

AN IMPORTANT EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS DECISION
ON DETAILED EXAMINATION OF THE RELATION BETWEEN
THE RIGHTS TO A FAIR TRIAL, TO RESPECT FOR PRIVATE AND
FAMILY LIFE AND TO EFFECTIVE REMEDY: CASE OF KHAN V.
UNITED KINGDOM

İbrahim GÜLER*

Özet: Aşağıda çevirisini okuyucuya sunduğumuz karar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (“AİHM”) nezdinde görülmüş, yasada öngörülmediği halde örtülü dinleme cihazı kullanılarak elde edilen bir delile dayanılarak ve başvuran aleyhine başka bir delil olmaksızın verilen bir mahkûmiyet hükmüyle ilgilidir. Kararda AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (“AİHS”)’nin 8’inci maddesini ihlâl ederek elde edilen bir delilin sanık aleyhine ceza yargılanmasında kullanılmasının AİHS’nin adil yargılanma hakkıyla ilgili 6’ncı, özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı ile ilgili 8’inci ve etkili başvuru hakkı ile ilgili 13’üncü maddeleri bağlamındaki etkilerini, işbu çevirinin sonuç bölümünde de izah edileceği şekilde, ayrıntılı olarak tartışmış ve söz konusu karar ilk günden itibaren hukukçulara önemli bir referans olmuştur.

Anahtar Kelimeler: Adil Yargılanma, Özel Hayatın Gizliliği, Mahremiyet, Etkin Başvuru, Khan, Birleşik Krallık

Abstract: The decision we are providing below to the readers, was made by the European Court of Human Rights (“ECHR”) on a conviction lead by evidence obtained by using a covert listening device without the existence of any law prescribing such procedure and where there is no other evidence against the applicant. In its decision, ECHR discussed in detail the effects of the use of an evidence obtained by breach of Article 8 of the European Convention on Human Rights (“Convention”) in the course of the criminal proceedings against the accused person in respect of Articles 6, 8 and 13 of the Convention on the rights of fair trial, to respect for private and family life and to an effective remedy respectively and the afore said decision constituted an important reference for lawyers.

Keywords: Fair Trial, Private and Family Life, Privacy, Effective Remedy, Khan, United Kingdom

* İstanbul Barosu Avukatı

ÜÇÜNCÜ DAİRE

KHAN BİRLEŞİK KRALLIK'A KARŞI DAVASI

(Başvuru no. 35394/97)

HÜKÜM

STRAZBURG

12 Mayıs 2000

FİNAL

04/10/2000

Khan Birleşik Krallık'a karşı davasında,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Üçüncü Daire),

Bay J.-P. Costa, *Başkan,*

Bay W. Fuhrmann,

Bay L. Loucaides,

Bay P. Kuris,

Sör Nicolas Bratza,

Bayan H.S. Greve,

Bay K. Traja *hakimler,*

ve Bayan K. S. Dollé, *Daire Katibi'nden* oluşarak,

26 Aralık 1999 ve 4 Mayıs 2000 tarihlerinde kapalı olarak tartışarak,

Belirtilen son tarihte aşağıdaki hükmü vermiştir:

USÛL

1. Dava bir Birleşik Krallık vatandaşı olan Bay Sultan Khan'ın, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme ("Sözleşme")'nin eski 25'inci maddesi tahtında Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı'na karşı (35394/97) başvuru numarasıyla yaptığı bir başvurunun Avrupa İnsan Hakları Komisyonu

("Komisyon") nezdinde 1 Ocak 1997 tarihinde temyiz edilmesine dayanmaktadır.

2. 3 Aralık 1997'de Komisyon (Birinci Dairesi) başvuruyu Birleşik Krallık Hükümeti'ne ("Hükümet") bildirmeye karar vermiş ve onu başvurulabilirlik ve Hükümeti esasa ilişkin görüşlerini sunmak üzere davet etmiştir.
3. Hükümet, görüşlerini 2 Mart 1998 tarihinde sunmuştur. Başvuran, bu konuyla ilgili sınırlı bir süre uzatımı sonrasında 30 Eylül 1998'de cevap vermiştir. 16 Ekim 1998 tarihinde Hükümet, başvuranın görüşlerine cevaben yorumlarını iletmiştir.
4. 1 Kasım 1998'de Sözleşme'ye ek 11 no.lu Protokol'ün yürürlüğe girmesini takiben ve onun 5'inci maddesinin 2'nci paragrafı hükümlerine uygun olarak, olay Mahkeme tarafından incelenmiştir.
5. Mahkeme Kuralları'ndan Kural 52 paragraf 1'e uygun olarak, Mahkeme Başkanı Bay Mr L. Wildhaber, davaya Üçüncü Daire'yi atamıştır.
6. 24 Nisan 1999'da Mahkeme başvuruyu kabul edilebilir bulmuş¹ ve tarafları dayanakları ile ilgili olarak dinlemek üzere davet etmiştir.
7. 7 Temmuz 1999'da Başkan, Adalet ve Özgürlük sivil toplum örgütlerine dava ile ilgili birleşik yazılı görüşlerini sunmaları için izin vermiştir (Sözleşme'nin 36'ncı maddesinin 2'nci paragrafı ve Kural 61 paragraf 3).
8. Duruşma 26 Ekim 1999'da Strazburg'daki İnsan Hakları Binası'nda kamuya açık olarak gerçekleştirilmiştir.

Mahkeme önüne çıkanlar:

(a) *Hükümeti temsilen*

Bay C. WHOMERSLEY, İngiltere Dışişleri Bakanlığı, *Temsilci*,

Lord WILLIAMS OF MOSTYN QC, *Savcı*,

Bay J. CROW, *Hukuk Müşaviri*,

¹ Katipliğin Notu. Mahkemenin kararı Katiplik'ten alınabilir.

Bayan R. COLLINS-RICE;

Bayan K. JONES, *Danışmanlar*

(b) *başvurayı temsilen*

Bay B. EMMERSON,

BAY K. STARMER, *Hukuk Müşaviri*

Bay J. DICKINSON, Sheffield Barosu'ndan *Avukat*

Mahkeme Bay Emmerson ve Lord Williams'ın beyanlarını dinlemiştir.

OLAYLAR

I. DAVAYA İLİŞKİN OLAYLAR

9. 17 Eylül 1992'de başvuran, Pakistan'dan yapılan bir uçuşla Manchester Havalimanı'na varmıştır. Aynı uçuşta kuzeni N. de bulunmaktadır. İki şahıs da gümrük görevlileri tarafından durdurulmuş ve aranmıştır. N.'nin piyasa değeri yaklaşık 100.000 Sterlin olan eroini taşıdığı fark edilmiştir. N. sorgulanmış ve sonrasında tutuklanarak cezalandırılmıştır. Başvuranın üzerinde herhangi bir uyuşturucuya rastlanmamıştır. O da sorgulanmış, ancak herhangi bir ikrarda bulunmamıştır. Cezalandırılmaksızın salıverilmiştir. 26 Ocak 1993'te başvuran, Sheffield'deki arkadaşı B.'yi ziyaret etmiştir. B., eroin ticaretine ilişkin olarak soruşturulmaktadır. 12 Ocak 1993'te, Güney Yorkshire Emniyet Müdürü tarafından, konvansiyonel takip yöntemlerinin uyuşturucu ticareti yapıldığına ilişkin delil elde etmek için yeterli olmayacağı gerekçesiyle B.'nin mülküne bir dinleme cihazı yerleştirilmesine izin verilmiştir. Başvuranın mülkü ziyaret etmesi beklenmemekte veya öngörülmemektedir. Ne B., ne de başvuran polis tarafından yerleştirilen ses takip ekipmanından haberdardır.

10. Söz konusu dinleme cihazı sayesinde polis, başvuranın N. tarafından 17 Eylül 1992'de gerçekleştirilen uyuşturucu ithalatında bir payı olduğunu kabul ettiği bir konuşmanın teyp kaydını elde etmiştir. Başvuran 11 Şubat 1993'te yakalanmıştır. Sorgulandığında yine hiçbir ikrarda bulunmamış, ancak sırasıyla kendisi ve N., 1979 tarihli Gümrük ve İstihlak Yönetim Kanunu (*Customs and Excise Management*

Act 1979) ve 1991 tarihli Uyuşturucuların Suiistimali Kanunu (*Misuse of Drugs Act 1991*)'na muhalefet sebebiyle müştereken suçlanmış ve hâkim önüne çıkarılmıştır.

11. Duruşma Aralık 1993'te gerçekleştirilmiştir. Başvuran "suçsuz" olduğunu iddia etmiştir. Başvuran Sheffield'deki adreste bulunduğunu, sesinin kayda alınanlardan biri olduğunu kabul etmiştir. Dinleme cihazının mülke yerleştirilmesinin bir sivil hak ihlâli teşkil ettiği ve mülke bazı zararlar verdiği Taht (devlet) adına kabul edilmiştir. Bunun üzerine, duruşma hâkimi teybe kaydedilmiş konuşmanın delil olarak kabul edilebilirliğine ilişkin bir *voir dire* duruşması² yürütmüştür. Taht (devlet) söz konusu kayıt olmaksızın, başvuran aleyhine yürütülecek bir dava da kalmayacağını kabul etmiştir.

12. Duruşma hâkimi delilin kabul edilebilir olduğuna hükmetmiştir. İddianame üzerinde yapılan bir değişikliği takiben başvuran, eroin ithalatı yasağının hileli olarak ihlâl edilmesi ile tekrar suçlanmıştır. 14 Mart 1994'te başvuran 3 yıl hapse mahkûm edilmiştir.

13. Başvuran, delilin kabul edilemez olduğuna hükmedilmesi gerektiğine dayanarak İstinaf Mahkemesi'ne başvurmuştur. 27 Mayıs 1994'te İstinaf Mahkemesi, başvuranın mahkûmiyete ilişkin istinaf başvurusunu reddetmiş ve ayrıca hukuksal açıdan genel kamuya ilgili önem teşkil etmesi sebebiyle, maliklerinin veya oturanlarının bilgisi dışında özel bir eve polis tarafından yerleştirilen dinleme cihazıyla elde edilen teyp kaydı konuşmalarının oluşturduğu delilin, sanığa karşı yürütülen bir ceza davasında kabul edilebilir olup olmadığı sorusunu da gündeme almıştır.

14. 4 Ekim 1994'te Lordlar Kamarası Temyiz Komitesi, başvuranın mahkûmiyet kararının bozulmasına ilişkin olarak İstinaf Mahkemesi'ne yaptığı başvurunun reddine ilişkin kararın temyizine ilişkin başvurusuna onay vermiştir. 2 Temmuz 1996'da Lordlar Kamarası başvuranın temyiz talebini reddetmiştir. Lordlar Kamarası, önüne getirilen sorunun iki ayrı konuya ilişkin olduğunu, bunlardan birincisinin teybe alınan konuşmaların oluşturduğu delilin sonuç olarak kabul edilebilir

² Çevirenin notu: "Voir Dire", jüri yokluğunda gerçekleştirilen, hukukî taleplere ilişkin duruşma anlamına gelmektedir.

olup olmadığı, ikincisinin ise delil kabul edilebilir olsa dahi yine de teamül hukuku gereği veya 1984 tarihli Polis ve Suç Delili Kanunu'nun ("PACE") 78'inci bölümünde bahsedilen yetkiler altında, hâkimin takdir yetkisini kullanarak söz konusu delilin dikkate alınmamasına karar vermesinin mümkün olup olmadığı olduğunu belirtmiştir. İlk konuyla ilgili olarak, Lordlar Kamarası İngiliz hukukunda mahremiyet hakkı bulunmadığına ve böyle bir hak olsaydı bile, teamül hukukunun, kişinin mahremiyetini ihlâl eden takip cihazları kullanılarak elde edilen deliller söz konusu olduğunda uygun olmayan, hatta hukuka aykırı olan yollarla elde edilen delillerin kabul edilebilir olduğunu emrettiğine hükmetmiştir. Diğer konu ile ilgili olarak, delilin Sözleşme'nin 8'inci maddesinin ihlâline sebep olacak surette elde edilmiş olduğu olgusunun, hâkimin söz konusu delili PACE'in 78'inci bölümü altında kabul etme veya reddetme yetkisi ile ilgili olduğuna, ancak bu yetki ile ilgili bir belirleyiciliği olmadığına hükmedilmiştir. Hâkimin takdir yetkisinin, delilin kabul edilmesi durumunda yargılamanın adil olmayan bir hale gelip gelmeyecek olmasına göre kullanılmış olması gerekir ve 8'inci madde ile koruma altına alınan mahremiyet hakkının ihlâline sebep olacak şekilde elde edilen bir materyalin ceza yargılamasında kullanılması, yargılamanın adil olmayacağı anlamına gelmez. Bu gerçekler ışığında, duruşma hâkimi delilin elde edilmesi ile ilgili şartları bir kenara koymaya, bu şartlar 8'inci maddenin ihlâline sebep olsa dahi yetkilidir, ihlâl söz konusu delilin reddedilmesini gerektirmez. Lord Nolan, Kamara'nın genel mütalaasını verirken aşağıdaki ifadeyi eklemiştir:

"Bu davanın Lordlar Kamarası'na gelişinin tek sebebi takip cihazlarının polis tarafından kullanılmasını düzenleyen kanuni bir sistemin eksikliğidir. Söz konusu sistemin olmaması, özellikle 1989'dan bu yana söz konusu cihazların Güvenlik Servisi tarafından kullanılmasını ve 1985'ten bu yana polisin iletişimi dinlemesini düzenleyen kanuni çerçeve göz önüne alındığında şaşırtıcı görünmektedir. Başkaca yorumlar yapmaktan kaçınacağım, zira temyize cevap veren tarafın danışmanı konuyu içeren bir düzenlemenin Parlamento'nun bir sonraki oturumunda hükümet tarafından önerileceği hususunda bizi bilgilendirmiş bulunuyor."

15. Başvuran 11 Ağustos 1994'te hapisten salıverilmiştir. Söz konusu salıverilme 12 Mayıs 1995'e kadar şartlı olarak devam etmiştir.

II. İLGİLİ YEREL HUKUK

A. İçişleri Bakanlığı İlkeleri

16. Polis takip operasyonlarında ekipman kullanımını ile ilgili ilkeler (İçişleri Bakanlığı 1984 İlkeleri), söz konusu cihazları kullanma yetkisi vermeye sadece emniyet müdürleri veya emniyet müdür yardımcılarının yetkisi olduğunu düzenlemektedir. İlkeler Avam Kamarası kütüphanesinde bulunabilmekte ve başvuru üzerine İçişleri Bakanlığı tarafından ifşa edilmektedir.

17. Her durumda yetkiyi veren memur aşağıdaki kriterlerin bulunduğu konusunda tatmin olmalıdır: (a) soruşturmanın ciddi bir suçla ilgili olması; (b) normal soruşturma yöntemlerinin denenmiş ve başarısız olmuş olması, veya eşyanın tabiatı gereği, denenmesi durumunda başarılı olmasının mümkün görünmemesi; (c) ekipman kullanımının bir tutuklamaya ve mahkûmiyete, veya uygun düştüğü ölçüde terörizm hareketlerinin engellenmesine götürebileceğinin düşünülmesi için iyi bir sebebin var olması; (d) ekipman kullanımının operasyonel olarak makul olması. Yetkilendiren memur ayrıca takipten etkilenenlerin mahremiyetlerine yapılan müdahale derecesiyle suçun ciddiyeti arasında orantı olduğu hususunda da tatmin olmalıdır.

18. İlkeler ayrıca bu şekilde elde edilen materyalin takip eden dava süreçlerinde uygun şekilde delil olarak kullanılabileceği durumlar olabileceğine de atıfta bulunmaktadır.

B. Polis Şikâyet İdaresi

19. Polis Şikâyet İdaresi, PACE'in 89'uncu bölümü altında kurulmuştur. Polis memurlarının işlemleriyle ilgili şikâyetleri değerlendirme hususunda yetkilidir. Suçlamaları Kamu Davaları Müdürü nezdinde ve disiplin cezası vermek amacıyla kendi nezdinde yürütme yetkileri vardır.

C. 1984 tarihli Polis ve Suç Delili Kanunu

20. PACE'in 78(1)'inci bölümü aşağıdaki gibidir:

“Herhangi bir davada, davanın dayandığı delil, söz konusu delilin elde edilmesi sırasındaki şartlar da dâhil olmak üzere tüm şartlar dik-

kate alındığında, davanın adilliği üzerine olumsuz bir etki yaratacak olması sebebiyle mahkeme tarafından kabul edilmemesi gereken bir durumda ise mahkeme bu delile izin vermeyi reddedebilir.”

D. 1997 tarihli Polis Kanunu

21. 1997 tarihli Kanun mülke girmeyi veya kablosuz telegrafiyi içeren polis takip operasyonlarına izin verilmesi ile ilgili kanuni temeli oluşturmaktadır. İzin süreci içerisinde takip edilecek usûller de dâhil olmak üzere, takip operasyonlarına izin verilmesi ile ilgili bölümler ise 22 Şubat 1999’da yürürlüğe girmiştir.

HUKUK

I. SÖZLEŞME’NİN 8’İNCİ MADDESİNİN İHLÂL EDİLDİĞİ İDDİASI

22. Başvuran, Sözleşme’nin aşağıda uygun düştüğü ölçüde yer verilen 8’inci maddesinin ihlâl edildiğini iddia etmektedir:

“1. Herkes özel hayatına, ... ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, 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 zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.”

23. Başvuran, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun Govell Birleşik Krallık’a karşı davasındaki (başvuru no. 27237/95, 14 Ocak 1998 tarihli Komisyon raporu), Komisyonun örtülü dinleme cihazlarının kullanımını düzenleyen hiçbir kanuni sistemin var olmadığını ve İçişleri Bakanlığı İlkelerinin ne hukuken bağlayıcı, ne de erişilebilir olduğunu tespit ettiği mütalaasına atıfta bulunmuştur. Dolayısıyla, o olaydaki teyp kaydının Sözleşme’nin 8’inci maddesinin 2’nci paragrafı gereği “yasayla öngörülmüş” olarak kabul edilemeyecek olması sebebiyle Sözleşme’nin 8’inci maddesinin ihlâli söz konusudur. Başvuran, kendisinin B. ile gerçekleştirdiği konuşmanın gizlice dinlenmesi için

örtülü bir dinleme cihazı kullanılan somut olayda da pozisyonun aynı olduğunu iddia etmektedir.

24. 8'inci madde ile ilgili gözlemlerini Komisyonun Govell davası ile ilgili olarak yukarıda belirtilen raporunu hazırlamasından önce sunmuş olan Hükümet, başvuranın izlenmesinin 8'inci maddenin 1'inci paragrafıyla teminat altına alınan özel hayata saygı gösterilmesi hakkına müdahale olduğunu tartışmamış, ancak söz konusu müdahalenin yasayla öngörülmüş ve suçun önlenmesi için demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde gerçekleşmiş olması sebebiyle maddenin ihlâlini teşkil etmediğini ileri sürmüştür.

Tahmin edilebilirliğin "yasada öngörülmüş" kavramının bir bileşeni olduğunu kabul etmişler, ancak örtülü polis takibi bağlamındaki tahmin edilebilirliğin, ilgili hukukun amacının bireylerin davranışlarına sınırlamalar getirmek olduğu durumlardaki tahmin edilebilirlikle aynı olmadığını öne sürmüşlerdir. Örtülü takip faaliyetlerine girişme veya girişmeme konusunda takdir yetkisi bahşeden bir kanunun, takdir yetkisi ve bunun uygulanmasının kapsamının yeterli bir açıklıkla gösterildiği durumda öngörülebilirlik gerekliliğini ihlâl etmediğini iddia etmişlerdir. İçişleri Bakanlığı İlkelere, kanuni gücü olmamasına rağmen kamuya açık ve erişilebilir olduğunu ve takibin ciddi suç soruşturmalarıyla sınırlandırıldığını ileri sürmüşlerdir.

Buna ek olarak, incelenmekte olan suç soruşturması ile ilgili önlemlerin orantılı olduğu belirtilmiştir. Hükümet, İstinaf Mahkemesinin başvuranın davasına atıfta bulunarak açıkça Sözleşme'nin 8'inci maddesini dikkate aldığı hükmüne atıfta bulunmuştur. Sonuç olarak Hükümet, Polis Şikâyet İdaresi'nin varlığının, keyfi müdahale ve yetkilerin kötüye kullanımına karşı uygun hukuki korumaların olduğunu gösterdiğini iddia etmiştir.

25. Mahkeme somut olayda polis tarafından yürütülen takibin başvuranın Sözleşme'nin 8'inci maddesinin 1'inci paragrafı altında belirtilen haklarına müdahale anlamına geldiğinin tartışılmadığını dikkate almaktadır. Esas mesele, müdahalenin 8'inci maddenin 2'inci paragrafı kapsamında meşru olarak kabul edilip edilemeyeceği, özellikle o paragrafta sayılan amaçlar açısından "yasada öngörülmüş" ve "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığıdır.

26. Mahkeme, Govell davasındaki (yukarıda atıfta bulunulan raporun 61 ve 62'nci paragraflarına bkz.) Komisyon'la birlikte, "yasada öngörülme" ifadesinin sadece yerel hukuka uygunluğu gerektirmediğini, ayrıca hukukun üstünlüğü ilkesine uygunluğunu gerektiren biçimde yasanın niteliği ile de ilgili olduğunu hatırlatır (bkz. Halford Birleşik Krallık'a karşı, 25 Haziran 1997 tarihli hüküm, *Reports of Judgements and Decisions* 1997-III, s. 1017, paragraf 49). Kamu otoriteleri, somut olayda polis tarafından gerçekleştirilen örtülü takipler bağlamında, yerel hukuk bireyin 8'inci madde altında yer alan haklarını keyfi müdahaleye karşı koruma temin etmelidir. Dahası, kanun bireylere kamu otoritesinin hangi durumlarda ve hangi şartlarla söz konusu örtülü önlemleri almaya yetkili olduğuna dair uygun emareleri gösterecek şekilde yeterli derecede açık olmalıdır (bkz. Malone Birleşik Krallık'a karşı, 2 Ağustos 1984 tarihli hüküm, Seri A no. 82, s. 32, paragraf 67).

27. 1997 tarihli Polis Kanunu bugün bir kanuni çerçeve getirmiş olmasına rağmen, huzurdaki davaya ilişkin olayların gerçekleştiği zamanda, örtülü dinleme cihazlarının kullanımını düzenleyen kanuni bir sistem bulunmamaktaydı. O zamanki İçişleri Bakanlığı İlkeleri ne hukuken bağlayıcı, ne de doğrudan kamuya açıktı. Mahkeme ayrıca Lord Nolan'ın Lordlar Kamarası'ndaki, İngiliz hukukunda genel olarak özel hayatın gizliliğini ihlâlin hukuka aykırı bir tarafı bulunmadığı şeklindeki yorumunu da dikkate almaktadır. Sonuç olarak, olayların gerçekleştiği sırada örtülü dinleme cihazlarının kullanımını düzenleyen herhangi bir yerel hukuk kaidesi bulunmamaktaydı.

28. Bunu takiben, somut olaydaki müdahale, Sözleşme'nin 8'inci maddesinin 2'nci paragrafı gereği "yasayla öngörülmüş" kabul edilemez. Dolayısıyla, 8'inci maddenin ihlâli söz konusudur. Bu sonucun ışığında, Mahkeme müdahalenin 8'inci maddenin 2'nci paragrafında sıralanan amaçlara ulaşmak için "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığını incelemek zorunda değildir.

II. SÖZLEŞME'NİN 6'NCI MADDESİNİN İHLÂL EDİLDİĞİ İDDİASI

29. Başvuran ayrıca, kendisiyle ilgili davada kullanılan tek delilin Sözleşme'nin 8'inci maddesinin ihlâliyle elde edilmiş olması sebebiyle

bunun 6'ncı madde ile getirilen "adil yargılanma" gerekliliklerine uygun olmadığını, bu nedenle Sözleşme'nin 6'ncı maddesinin 1'inci paragrafının da ihlâl edildiğini iddia etmektedir.

"Herkes davasının, ... cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların, (adil ve)³ kamuya açık olarak ... görülmesini isteme hakkına sahiptir."

30. Başvuran, 6'ncı maddenin, 8'inci maddenin ihlâli sonucunu doğuracak şekilde elde edilmiş delillerin otomatik olarak göz ardı edilmesi kuralını koymadığını belirtmemiş, ancak bir delil elde edilirken Sözleşme'de yer alan haklardan birinin ihlâli söz konusu olmuş ise yerel mahkemelerin üç şartı yerine getirmesi gerektiğini iddia etmiştir:

- dava sırasında başvuranın delilin kabul edilebilirliğini tartışma konusu yapabileceği etkili bir usûl olmalıdır;

- davanın görüldüğü mahkeme ihlâlin mahiyetini dikkate almalıdır; ve

- hüküm sadece Sözleşme'de düzenlenen bir hakkın ihlâline sebep olacak şekilde elde edilen bir delile dayanmamalıdır.

Başvuran, Lordlar Kamarası'nın hükmünün PACE'in 78'inci bölümünün, 8'inci maddenin ihlâli halinde delilin yok sayılmasına temel oluşturmaktan yoksun olması da dikkate alındığında, söz konusu bölümdeki usûlün delilin yok sayılmasına temel oluşturmaktan yoksun olduğunu iddia etmektedir. Başvuran, 8'inci madde ihlâl edilerek elde edilmiş delilin kullanılmasına karşı çıkabileceği etkin bir usûlün olmamasının, Sözleşme'nin 6'ncı maddesinin ihlâline sebep olduğunu ileri sürmektedir.

31. Başvuran, ayrıca, gizli ses takip cihazlarının polis tarafından kullanımını düzenleyen kanuni bir çerçevenin hiçbir surette olmaması sebebiyle ihlâlin mahiyetinin, Sözleşme'ye esaslı bir biçimde aykırılık teşkil ettiğini iddia etmektedir. Sonuç olarak, başvuran sadece

³ Çevirenin notu: Sözleşme'nin 6'ncı maddesinin İngilizce ve Fransızca versiyonlarında, yargılanmanın adil olması gerektiği madde metninde (sırasıyla "équitablement" ve "fair" kelimeleri kullanılarak) açıkça belirtilmiş olup, yaygın olarak kabul edilen Türkçe versiyonda "adil" ifadesi yalnızca madde başlığında yer almaktadır.

kolluk görevlilerinin hukuka aykırı işlemleri sonucunda elde edilen delile dayanılarak oluşturulan bir mahkûmiyete izin vermenin hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Devam ederek, aslında suçlu olsa ve atılı suçla ilgili olarak suçlu bulunsa dahi adil yargılanma hakkının ihlâlinin kurbanı olduğunu öne sürebileceğini iddia etmektedir. Somut olay şartlarında, şayet delil davayı gören mahkeme tarafından kabul edilemez bulunsa idi, iddia makamı davayı sonlandırmak durumunda kalacaktı. Başvuran, Mahkemenin rolünün adli hata bulunup bulunmadığını belirlemek değil, suçsuz veya suçlu olsun, başvuranın adil bir yargılamadan yararlanıp yararlanmadığını belirlemek olduğunu ileri sürmektedir.

32. Hükümet, davanın Schenk İsviçre'ye karşı davası (12 Temmuz 1988 tarihli hüküm, Seri A no.140) ile benzeştğine dikkat çekerek, başvuranın *voir dire* safhasında teyp kaydının delil olarak kullanılmasına itiraz etme fırsatına sahip olduğunu (ve bu fırsatı kullandığını) ileri sürmüştür. Hükümet ayrıca, davaya bakan hâkimin başvuranın polisin dinleme cihazı kullanma yetkisinin olmadığına ve ortada bir sivil hakkın, Sözleşme'nin 8'inci maddesinin ve İlkelerin ihlâli olduğuna dair argümanlarını dikkatle inceledikten sonra, yine de söz konusu argümanların delilin PACE'in 78'inci bölümü altında yok sayılmasına yetecek şekilde temel teşkil etmediğine hükmettiğini ve teyp kaydını delil olarak kabul ettiğini iddia etmiştir. Başvuran, hâkimin hükmüne karşı ayrıca İstinaf Mahkemesi ve Lordlar Kamarası nezdinde de itiraz etme imkânına sahiptir. Lordlar Kamarası başvuranın adil bir yargılamaya tabi tutulup tutulmadığını 6'ncı madde ile kıyas yolunu da uygulayarak açıkça dikkate almış, ancak delilin elde edilmesi 8'inci maddenin ihlâline sebep olsaydı dahi söz konusu hakkın ihlâlinin söz konusu olmadığı sonucuna varmıştır.

33. Hükümet, Schenk davasındaki pozisyonun aksine, teyp kaydının başvuran aleyhine tek delil olduğunu kabul etmektedir. Ancak, Hükümetin sunuşuna göre, bir kişinin ciddi bir suça dahilini ispat eden güçlü bir delil olması durumunda, söz konusu delil sanık hakkındaki tek delil olsa bile, burada olduğu gibi, sanığın delili tartışma ve delilin kullanımına karşı çıkma imkânı olması ve mahkemenin delilin kabul edilmesinin adil olup olmadığını tam olarak dikkate alması şartıyla bu delili ceza davasına dâhil etmekte güçlü bir kamu yararı vardır.

Son olarak, Hükümet başvuranın dava esnasında suçunu ikrar etmiş olmasının da 6'ncı maddede öngörülen adil yargılanma boyutu incelenirken dikkate alınması gerektiğini ileri sürmüştür.

34. Mahkeme, görevinin Sözleşme'nin 19'uncu maddesine göre Sözleşme'ye Taraf Devletler tarafından taahhüt edilen yükümlülüklerin gözlemlenmesini temin etmek olduğunu bir kez daha dikkate hatırlatır. Özellikle, Sözleşme ile korunan hak ve özgürlüklerin çiğnenebildiği durumlar hariç olmak üzere yerel mahkeme tarafından yapıldığı iddia edilen maddi veya hukuki hataları gidermek, Mahkemenin görevleri arasında değildir. 6'ncı madde adil yargılanmayı teminat altına alırken, dolayısıyla öncelikle millî hukuk altında yapılacak düzenlemelere tabi bir konu olan delillerin kabul edilebilirliği ile ilgili herhangi bir kural ihdas etmez (bkz. yukarıda atıfta bulunulan Schenk davası, s. 29, paragraf 45-46, ve, farklı bir bağlamda daha güncel bir örnek olarak, Teixeira de Castro Portekiz'e karşı 9 Haziran 1998 tarihli hüküm, *Reports* 1998-IV, s. 1462, paragraf 34). Prensip olarak, çeşitli delillerin -örneğin, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin kabul edilebilir olup olmadığını veya hatta başvuranın suçlu olup olmadığını belirlemek Mahkemenin görevi değildir. Cevaplanması gereken soru, delilin elde edilme şekli de dâhil olmak üzere, adli sürecin bir bütün olarak adil olup olmadığıdır. Bu ise "hukuka aykırılığın" ve Sözleşme tarafından tanınan başka bir hakkın ihlâlinin mevcut olduğu yerde, tespit edilen ihlâlin mahiyetinin incelenmesini gerektirir.

35. Mahkeme, yukarıda atıfta bulunulan Schenk davasında başvuranın, diğer meselelerin yanı sıra P. ile gerçekleştirdiği konuşmanın İsviçre hukuku ihlâl edilerek kayda alınmasının ve davasında delil olarak kullanılmasının Sözleşme'nin 6'ncı maddesinin 1'inci paragrafını ihlâl ettiğinden bahisle şikâyetçi olduğunu belirtir. Mahkeme, hükmünde olaya konu kaydın İsviçre hukuku altında hukuka aykırı olarak elde edildiğini tartışılmadığını ve bunun açıkça İsviçre mahkemeleri tarafından kabul edildiğini ifade etmiştir. Mahkeme hukuka aykırı yollarla elde edilen olaydaki türden bir delilin kabul edilebilir olmasını prensip ve kavramsal olarak hiçe sayamayacağını (aynı yerde, s. 29, paragraf 46), ve sadece başvuranın davasının bir bütün olarak adil olup olmadığını ortaya çıkarmakla görevli olduğunu kabul etmiştir. Tartışmaya konu edilen kaydın delil olarak kullanılmasının baş-

vurunu adil yargılamadan mahrum bırakmadığını özetlerken, Mahkeme ilk olarak savunmanın haklarının hiçe sayılmasının söz konusu olmadığını belirtmiştir: başvurana, P'yi sorgulama ve kaydın gerçekleştirilmesini teşvik etmekle sorumlu polis müfettişini davet etme imkânının yanı sıra, kaydın gerçeği yansıtıp yansıtmadığını tartışma ve kullanılmasına muhalefet etme imkânı verilmiş ve o da bu imkânı kullanmıştır. Mahkeme ayrıca "mahkûmiyete dayanak oluşturan tek delilin telefon konuşması kaydı olmadığı gerçeğini de kabul etmiştir" (aynı yerde, s. 29-30, paragraf 48).

36. Mahkeme öncelikle Schenk davasında incelenen pozisyonun farklı olarak, dinleme cihazının yerleştirilmesinin ve başvuranın konuşmalarının kaydedilmesinin yerel ceza hukukuna aykırılık anlamında hukuka aykırılık taşımadığını belirtir. Özellikle, Lord Nolan'ın da gözlemlediği gibi, İngiliz hukuku altında genel olarak özel hayatın ihlâl edilmesi ile ilgili olarak hukuka aykırılık yoktur. Dahası, daha önce de belirtildiği gibi, cihazı yerleştirirken polisin İçişleri Bakanlığı İlkelerine uygun davranmanın dışında bir faaliyette bulunduğu dair herhangi bir iddia da yoktur. Ayrıca, Lordlar Kamarası'nın da tespit ettiği üzere, başvuranın B. ile gerçekleştirdiği konuşma esnasındaki ikrarları, herhangi bir tuzak olmaksızın ve başvurana söz konusu ikrarlarında bulunması için herhangi bir yönlendirme yapılmaksızın gönüllü olarak gerçekleşmiştir. Somut olayda şikâyete konu olan "hukuka aykırılık" münhasıran özel hayatının gizliliğine saygı gösterilmesini isteme hakkına müdahaleyle ilgili hiçbir kanuni otorite bulunmamasıyla ilgilidir ve dolayısıyla, söz konusu müdahale, Sözleşme'nin 8'inci maddesinin 2'nci paragrafı altında yorumlandığında "hukuka aykırıdır".

37. Bunları takiben, Mahkeme somut olayda itiraz edilen materyalin aslında başvuran aleyhine tek delil olduğunu ve başvuranın suçunu ikrar etmesinin sadece hâkimin delilin kabul edilmesi gerektiğine ilişkin hükmü dolayısıyla gerçekleştiğini de dikkate almaktadır. Ancak, itiraz edilen hususlar dışında delilin mevcudiyeti, olayın şartlarına bağlıdır. Teyp kaydının çok güçlü bir delil olarak kabul edildiği ve güvenilmez olduğuna ilişkin herhangi bir risk olmadığı mevcut şartlar dâhilinde, destekleyici delillere ihtiyaç bununla bağlantılı olarak zayıftır. Schenk davasında, Mahkemenin olaya konu ses kay-

dının başvuran aleyhine tek delil olmadığına önem verdiği doğrudur. Ancak, bu kapsamda Mahkeme Schenk davasındaki kaydın, tek delil olmamasına rağmen, Vaud Kantonal Mahkemesi Suç İstinaf Bölümü tarafından “ceza yargılaması sürecinin sonucu açısından muhtemelen belirleyici veya en azından dikkate alınmaması mümkün olmayan bir etki” (aynı yerde, s. 19-22, paragraf 28) olarak tanımlanmış olduğunu dikkate almaktadır. Dahası, bu unsur Mahkemenin kararında belirleyici faktör de olmamıştır.

38. Somut olayda esas soru, yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığıdır. Mahkeme, özel olarak şikâyetle konu teyp kaydının sunulmasına dayanarak, Schenk davasında olduğu gibi, başvuranın kaydın hem gerçeği yansıtıp yansıtmadığı, hem de kullanımı ile ilgili itirazlarını ileri sürmek için yeterli fırsatı olduğunu belirtir. Başvuran, kaydın gerçeğe uygunluğuna itiraz etmemiştir, ancak *voir dire*, İstinaf Mahkemesi ve Lordlar Kamarası aşamalarında kaydın kullanımına itiraz etmiştir. Mahkeme, yargılamanın her aşamasında yerel mahkemelerin delilin kullanılmasının yargılamanın adilliğine etkisini PACE’in 78’inci bölümüne atıfta bulunarak değerlendirdiğini ve mahkemelerin diğer hususların yanında, takip için kanuni bir esasın olmadığını tartıştığını belirtir. Gerçekte ise başvuran hiçbir aşamada farklı bir sonuca ulaşmamıştır (aynı yerde, s. 29, paragraf 47).

39. Mahkeme, yerel mahkemelerin delilin kullanılmasının esaslı bir adaletsizliğe yol açacağı görüşünde olmaları halinde, söz konusu delili PACE’in 78’inci bölümü altında yok saymaya yönelik takdir hakları bulunduğunun açık olduğunu ekler.

40. Bu şartlar altında, Mahkeme başvuranın gizlice kaydedilen delillere dayanarak yargılanmasının Sözleşme’nin 6’ncı maddesinin 1’inci paragrafı ile teminat altına alınan adil yargılanma gerekliliği ile çelişmediğine karar vermiştir.

III. SÖZLEŞME’NİN 13’ÜNCÜ MADDESİNİN İHLÂL EDİLDİĞİ İDDİASI

41. Başvuran ayrıca, mahkemelerin delilin Sözleşme’yi ihlâl ettiğini dikkate almış olmaları gerektiğini temel alarak, Sözleşme’nin

13'üncü maddesinin de ihlâl edildiğini iddia etmektedir. Sözleşme'nin 13'üncü maddesi aşağıdaki gibidir:

“Bu Sözleşme’de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlâl edilen herkes, söz konusu ihlâl resmî bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir.”

42. Başvuran, yerel hukuka göre 8'inci maddenin ihlâl edilmesinin, bu ihlâl sebepli olan delil davadaki tek delil olsa bile PACE'in 78'inci bölümü altında söz konusu delilin yok sayılması için yerine gelmesi gereken şartları sağlamaya yetmediğini öne sürmüştür. Dolayısıyla, 78'inci bölümün, 13'üncü maddede öngörüldüğü şekilde pratik ve etkili bir yol sunmaması söz konusudur.

Hükümetin, Polis Şikâyet İdaresi'nin ikinci bir yol temin ettiğine ilişkin iddiası ile bağlantılı olarak, başvuran yine Govell davasında Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun bulgularına (yukarıda atıfta bulunulan raporda paragraf 68-70'e bkz.) atıfta bulunmuş ve oradaki şartlar altında Komisyonun 13'üncü maddenin ihlâl edildiğine ilişkin çıkarımları göz önüne alındığında, Mahkemenin de somut olayda maddenin ihlâl edildiğine ilişkin bir tespitte bulunması gerektiğini iddia etmiştir.

43. Hükümet, telafi yollarının 13'üncü madde ile getirilen şartları yerine getirmeye uygun olduğunu iddia etmiştir. PACE'in 78'inci paragrafı altında, mahkemelerin, delilin Sözleşme'nin 8'inci maddesinin ihlâl ettiği tartışılabilir şartlar içerisinde elde edilmiş olduğu gerçeğini dikkate alarak takdir yetkisini kullanabileceklerini öne sürmüştür.

Buna ek olarak, başvuranın polisin suiistimaline ilişkin iddialarla ilgili olarak Polis Şikâyet İdaresi'ne ve söz konusu İdare usûllerini ihlâl ederek veya irrasyonel olarak hareket ettiğinde İdare üzerinde yargılama yetkisi bulunan Yüksek Mahkeme'ye başvuru yollarının kendisine açık olduğu ileri sürülmüştür.

44. Mahkeme, 13'üncü maddenin, Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerin özünü, yerel hukuk düzeni içerisinde nasıl teminat alırsa alınsın, millî düzeyde telafi etme imkânını temin ettiğini dikkate almaktadır. Dolayısıyla maddenin etkisi, yetkili millî otoriteye,

Sözleşme'yi doğrudan iç hukuk kuralı olarak benimsemek gereksizdir, hem Sözleşme'den kaynaklanan şikâyetin esasını çözümlenme, hem de uygun bir telafi sağlayabilme konusunda izin vermektir (*Smith ve Grady Birleşik Krallık'a karşı*, no. 33985/96 ve 33986/96, paragraf 135, ECHR 1999-VI'e bkz). Somut olayda, 13'üncü maddeye aykırılık iddiası başvuranın Sözleşme'nin 8'inci maddesine dayalı iddialarına ilişkin etkili bir yolu olmadığı iddiası olarak dikkate alınmalıdır. Mahkemenin bunlardan çıkardığı sonuç, ceza yargılaması mahkemelerinin, şikâyetle ilgili bir telafi verme ihtimaline açık olmamaları şöyle dursun, başvuranın özel hayatına müdahale edilmesinin "yasada öngörülmüş" olmaması sebebiyle Sözleşme'nin esasından kaynaklanan bu konuda bir çözüme gitmeye dahi açık olmadıklarından, delilin ceza yargılamasında kullanılmasının adilliği ile ilgili soruları göz önüne almalarına rağmen etkili bir yol temin etmekten uzak olduklarıdır.

45. 8'inci madde ile ilgili olarak başvurana açık olan farklı yolların da olmasına gelince, Mahkeme, yine Govell davasında Komisyon'un aldığı tutuma uygun olarak, şikâyetlerin Polis Şikâyet İdaresi'ne ancak ilgili davranışın ölüme veya ciddi yaralanmaya sebep olduğu iddiasıyla sonuçlanan veya Bakan tarafından belirlenen şartların varlığı halinde yöneltilebildiğini tespit etmiştir. Diğer şartlarda, olayla ilgili olarak karar verecek uygun otoritenin kendisi olup olmadığına bölgenin Emniyet Müdürü karar verecektir. Kendisinin yetkili olduğuna karar verirse, bu durumda standart usûl, kendi kuvvetine bağlı olanlardan birini soruşturmayı yürütmekle görevlendirmektir. Polis Şikâyet İdaresi'nin PACE'in 78'inci bölümü altında incelemek üzere kendisine bir şikâyette bulunulmasını talep edebiliyor olmasına rağmen, Polis Şikâyet İdaresi'nin, Emniyet Müdürü'nün kendisinin uygun otorite olup olmadığına ilişkin olarak verdiği kararı denetleme yetkisinin kapsamı belirsizdir (yukarıda atıfta bulunulan Govell davasındaki Komisyon raporunun 68'inci paragrafına bkz).

46. Mahkeme ayrıca Bakan tarafından Polis Şikâyet İdaresi üyelerinin atanmaları, terfi ettirilmeleri ve bazı durumlarda görevden alınmaları ile ilgili olarak oynanan önemli rolü de dikkate almaktadır. Mahkeme özellikle, Kanununun 105(4) maddesi gereğince, Polis Şikâyet İdaresi'nin Bakan tarafından disiplin cezalarının ve cezai soruşturmaların kaldırılması veya tercih edilmesi ile ilgili olarak yapılan yön-

lendirmeleri dikkate alması gerektiğini gözlemlemiştir (aynı yerde, paragraf 69).

47. Dolayısıyla, Mahkeme şikâyet soruşturmaları sisteminin yetkinin kötüye kullanılmasına karşı yeterli koruma sağlamak için gerekli bağımsızlık standartlarını haiz olmadığına ve dolayısıyla 13'üncü madde anlamında etkili bir yol teşkil etmediğine hükmetmiştir. Bu sebeplerle, Sözleşme'nin 13'üncü maddesi ihlâl edilmiştir.

IV. SÖZLEŞME'NİN 41'İNCİ MADDESİNİN UYGULAMASI

Sözleşme'nin 41'inci maddesi gereğince:

“Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlâl edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın iç hukuku bu ihlâlin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırılabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

A. Zarar

48. Başvuran maddi veya manevi tazminat talebinde bulunmamıştır. Hükümet, Sözleşme'nin ihlâl edildiği tespit edildiyse, bu hükümün adil bir tazmin teşkil ettiği görüşündedir.

49. Mahkeme, ihlâlin tespitinin, başvuranın muhtemel zararlarına karşılık tek başına adil bir tazmin teşkil ettiği görüşündedir.

B. Masraf ve harcamalar

50. Başvuran katma değer vergisi (“KDV”) de dâhil olmak üzere, 10.810 Sterlin danışmanlık ücreti ve 3.884,95 Sterlin avukatlık ücreti ile masraflardan oluşmak üzere toplam 14.694,95 Sterlin talep etmiştir. Hükümet, başvuranın aslında biri 8 ve 13'üncü maddelere, diğeri 6'ncı maddeye ilişkin olmak üzere iki ayrı iddiada bulunduğunu ileri sürmüştür. Şayet başvuranın iddiaları kısmen kabul edilseydi, hükmedilen herhangi bir miktarın dolaylı olarak tenkis edileceğini iddia etmiştir. Her durumda danışmanlık ücretinin aşırı olduğunu, KDV dâhil 7.391 Sterlin tutarında bir meblağın daha uygun olacağını ileri sürmüştür.

51. Mahkeme hakkaniyet çerçevesinde karar vererek, başvuraya lehine, tahakkuk edebilecek her türlü KDV ile birlikte, ancak Avrupa Konseyi tarafından zaten ödenmiş olan hukuki yardım meblağları çıkarılarak toplam 11.500 Sterline hükmetmiştir.

C. Temerrüt Faizi

Mahkemece ulaşılabilen bilgiye göre, Birleşik Krallık'ta işbu hükmün verildiği tarih itibarıyla uygulanan kanuni temerrüt faizi oranı, yıllık %7,5'tir.

İŞBU SEBEPLERLE, MAHKEME

1. Sözleşme'nin 8'inci maddesinin ihlâli olduğuna oybirliğiyle hükmetmiştir;
 2. Sözleşme'nin 6'ncı maddesinin ihlâli olmadığına altıya karşı bir oyla hükmetmiştir;
 3. Sözleşme'nin 13'üncü maddesinin ihlâli olduğuna oybirliğiyle hükmetmiştir;
 - (a) Davalı Devletin hükmün nihai hale gelmesini takip eden üç ay içerisinde masraf ve harcamalar için, tahakkuk edebilecek herhangi bir katma değer vergisiyle birlikte, 11.500 Sterlinin (on bir bin beş yüz sterlin), kendisinden işbu kararın tebliği tarihi itibarıyla uygulanmakta olan kurdan Sterline çevrilmesiyle 11.090,30 FF (on bir bin doksan Fransız frangı ve 30 santim) eksiltilerek davalı Devlet tarafından başvuruya ödenmesine;
 - (b) yukarıda belirtilen üç aylık sürenin bitiminden borcun ödendiği tarihe kadar yıllık %7,5 oranında adi faizin tahakkuk etmesine
- altıya karşı bir oyla hükmetmiştir;
5. Adil tazmin amacıyla başvuranın fazlaya ilişkin talebini oybirliğiyle reddetmiştir.

Mahkeme Kuralları Kural 77 paragraf 2 ve 3 gereğince, İngilizce olarak gerçekleştirilmiş, 12 Mayıs 2000'de yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

S. DOLLÉ

J.-P. COSTA

Katip

Başkan

Sözleşme'nin 45'inci maddesinin 2'nci paragrafı ve Mahkeme Kuralları Kural 74 paragraf 2'ye uygun olarak, Bay Loucaides'in kısmen kabul, kısmen ret içeren şerhi işbu hükme ek olarak eklenmiştir.

J.-P.C.

S.D.

HÂKİM LOUCAIDES'İN KISMEN KABUL, KISMEN RET İÇEREN ŞERHİ

Hükümde yer verilen sebepler gereğince, çoğunluğun Sözleşme'nin 8 ve 13'üncü maddelerinin ihlâl edildiğine ilişkin kararına katılıyorum. Ancak, çoğunluğun aynı zamanda 6'ncı maddenin ihlâlinin söz konusu olmadığına ilişkin kararına katılmıyorum.

Bu, bir ceza davasında sanığa karşı tek delil olup, aynı zamanda onun mahkûmiyetine yol açan delilin Sözleşme'nin 8'inci maddesi hükümlerine aykırı olarak temin edildiği surette Mahkeme önüne gelen ilk davadır.

Mahkeme hâlihazırda oybirliğiyle başvurana karşı örtülü dinleme cihazı aracılığıyla toplanan delilin, herhangi bir yerel hukuk kaidesi ile düzenlenmemesi sebebiyle özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkını ihlâl ettiğini kabul etmiştir. Ancak çoğunluk, başvuran aleyhine tek delil olmasına rağmen, delilin kabul edilmesinin ve başvuranın mahkûm edilmesinin Sözleşme'nin 6'ncı maddesinin 1'inci paragrafı ile teminat altına alınan adalet ilkeleri ile çatışmadığına hükmetmiştir.

Şayet bir kişi aleyhine herhangi bir suçla ilgili olarak tesis edilen mahkûmiyet hükmü Sözleşme ile teminat altına alınan hakları ihlâl edilerek elde edilen bir delil vasıtasıyla kuruluyorsa, bu davanın "adil" olduğunu kabul edemem. Bana göre "adalet", Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında incelendiğinde, hukukun üstünlüğünün gözetilmesini ifade eder ve bunun için Sözleşme'de düzenlenen insan haklarına saygı gösterilmesini gerektirir. Bir dava hukuk ihlâl edile-

rek yürütülmüşse, bana göre kimse “adil” bir yargılamadan bahsedemez. Sözleşme’nin, Birleşik Krallık’ın iç hukuk sisteminin bir parçası olmadığı doğrudur, ancak söz konusu soruyla ilgili olarak, o ülkenin onaylamasının ışığında ve Devlet organları tarafından hükümlerini yerine getirme yükümlülüğünü ortaya çıkarmak için, öyleymiş gibi davranılması gerekir. Başka bir ifadeyle, bir yargılamanın “adil” olup olmadığını değerlendirilirken Sözleşme’yi onaylamış ancak onu iç hukuk sistemine katmakta başarısız olmuş bir Devlete izin vermek için herhangi bir sebep göremiyorum.

Bu olayda başvuranın mülküne yerleştirilen bir dinleme cihazıyla elde edilen delilin Birleşik Krallık’ın belirli herhangi bir yasasına aykırı olmadığı doğrudur. Ancak bu, Sözleşme’ye aykırılığa götürür. Birleşik Krallık otoritelerinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 1’inci maddesi altında “kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlama” yükümlülükleri vardır. İnanıyorum ki bu Birleşik Krallık Mahkemeleri üzerinde Sözleşme’ye aykırı olarak elde edilen bir delilin yargılama süreçlerinde kabul edilmemesi veya ona güvenilmemesi yönünde bir sorumluluk doğurmaktadır. Bu, evleviyetle somut olaydaki gibi bir ceza davasında suçlanan bir kişi aleyhine tek delilin böyle bir delil olduğu davalarda da uygulanır.

Bunun da ötesinde, Sözleşme’yi ihlâl etmek suretiyle elde edilen delillerin sanık olan kişiye karşı kabul edilmesinin 6’ncı madde altında düzenlenen adil yargılanma ilkesini mutlak olarak ihlâl etmeyeceği kabul edilirse, bu durumda Sözleşme altında düzenlenmiş hakların etkili olarak korunması engellenecektir. Bu durum, delilin polis tarafından Sözleşme’nin 8’inci maddesi gerekliliklerine uymayacak bir surette elde edildiği, ancak yine de sanığa karşı kullanılması kabul edilip sanığın mahkûmiyetine yol açtığı somut olaydaki gibi durumlarda belirgin bir şekilde ortaya çıkar. Şayet 8’inci maddenin ihlâl edilmesi “adil” olarak kabul edilebilirse, bu durumda polisin bu şekilde izin verilmeyen davranışları tekrar etmekten nasıl etkili bir biçimde alıkonacağını anlayamıyorum. Ve ayrıca burada tekrar etmeliyim ki, böyle bir davranış sebebiyle gerçekleşen bir yargılama ve mahkûmiyetin adil ve dürüst olduğunu kabul edemem.

Korunan mahremiyet hakkına aykırı olarak elde edilen delilin dikkate alınmamasının, şayet o hakkın herhangi bir değeri varsa, bunun doğal bir sonucu olarak kabul edilmesi gerekir. Burada, Mahkemenin pek çok kez “Sözleşme’nin teorik veya hayali hakları değil, pratik ve etkili hakları garanti altına almayı amaçladığını” vurguladığını hatırlamak gerekir. Söz konusu delilin dışarıda tutulması, bana göre, ilgili hakkın ihlâl edilmesi durumunda hiçbir alternatif etkin telafinin olmadığı somut olay gibi olaylarda daha da zaruri bir hale gelmektedir.

Böyle bir dışarıda tutma kuralına karşı en temel argüman, ceza hukukunun icrasında, dayanılabilir ve güvenilir delilin kabulüne zorlayan, hakikatin kovalanması ve kamu yararı değerleridir, aksi halde bu ilkeler zarar görür ve suçlu sanıklar kanun yaptırımlarından kaçarlar. Yasayı yerine getirmek amacıyla onu ihlâl etmek, anlamsal olarak çelişkilidir ve absürt bir önermedir. Somut olayda ele alınan konular bağlamında hiçbir surette argümanın yeri yoktur, zira somut olaydaki delil de dâhil olmak üzere, mahremiyet hakkına müdahale teşkil eden bir delil, 8’inci maddenin gereklerine uygun olması durumunda, yargılamada kabul edilebilir ve bir suçtan mahkûmiyete götürebilir, zira “yasada öngörülerek” elde edilmiştir.

Çoğunluk, kendi sonuçlarına ulaşırken “yerel mahkemelerin delilin kullanılmasının esaslı bir adaletsizliğe yol açacağı görüşünde olmaları halinde, söz konusu delili PACE’in 78’inci bölümü altında yok saymaya yönelik takdir hakları bulunduğu açık olduğunu” dikkate almıştır (hükümün 39’uncu paragrafına bkz). İngiliz hukuku altında “adillik” kavramının delilin kabul edilebilirliğine ilişkin test söz konusu olunca hiçbir zaman uygunsuzluğa yol açmadığı da dikkate alındığında, somut olaydaki delilin kabul edilmesinin adil olup olmadığı sorusuna gelindiğinde, yerel mahkemelerin yaklaşımı ile ilgili sorumuzla herhangi bir alaka göremiyorum. İlgili İngiliz delil hukuku altında, adillikten uzak olma, şayet uygunsuz olarak elde edilmiş delilin kabul edilmesinin sanığa verdiği zarar delilin ispat edici değerini aşıyorsa doğacak şekilde, çok zayıf olarak tanımlanmıştır. Dahası, İngiliz hukukuna göre, somut olaydaki gibi gerçekleşen bir durumda mahremiyetin ihlâl edilmesinde hukuka aykırı herhangi bir yön yoktur.

Yukarıdaki açıklamaların ışığı altında, başvuranın gizlice kaydedilen materyal kullanılarak gerçekleştirilen yargılamasını, mahkûmiyetini ve orada dayanılan temelleri, Sözleşme'nin 6'ncı maddesinin 1'inci paragrafı ile temin edilen adillik gerekliliklerine aykırı buluyorum.

SONUÇ

Yukarıda çevirisini sunduğumuz karar, AİHS'nin koruma şemsiyesi altına alınmış birden fazla temel hak ve özgürlüğü ilgilendirmektedir. Şüphesiz ki bu karar, ceza muhakemesi hukukunun en tartışmalı konularından biri olan, hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi yasağı ile ilgili önemli ilkeler getirmektedir. Hukuka aykırı delillere bağlanan sonuçlar açısından yasal düzeyde git gide Anglo-Amerikan sistemini benimsemiş, yani mutlak değerlendirme yasağını kabul etmiş olan Türk Hukukunda, Yargıtay'ın nispi değerlendirme yasağını da uyguladığı görülmektedir.⁴

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yukarıda çevirisini sunduğumuz kararda kolluğun işleminin, başvuranın özel hayatının gizliliğini ihlâl ettiği konusunda herhangi bir ihtilaf yoktur. Dolayısıyla, özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesini isteme hakkının kolluk tarafından çiğnenmesi yönünde bir teşvik değil, aksine bir hak ihlâli tespiti söz konusudur. Bununla birlikte, özel hayatın gizliliğini isteme hakkını ihlâl eder nitelikte idari işlem ve eylemlerle elde edildiği bizzat AİHM tarafından tespit edilmiş olan bir delilin ceza yargılanmasında sanık aleyhine dikkate alınmasının, bazı şartlar yerine geldiğinde adil yargılanma hakkını ihlâl sebepten olmayabileceğinin de kabul edilmesi, yukarıdaki kararı önemli kılmaktadır.

Kararın adil yargılanma hakkının ihlâl edilmediğinin tespitine ilişkin kısmına muhalefet eden hâkimin muhalefet şerhinde yer verdiği "mahkûmiyet hükmünün AİHS ile teminat altına alınan hakları ihlâl edilerek elde edilen bir delil vasıtasıyla kurulması halinde, bu davanın "adil" olduğunun kabul edilemeyeceği" yönündeki beyanı, somut olayın en can alıcı noktasını özetlemektedir.

⁴ Aynı yönde bkz. Centel, Nur, Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2015, s. 743.

Hukuka aykırı delillerin ceza muhakemesinde değerlendirmeye alındığı her somut olayda adil yargılanma hakkının ihlâl edilmiş sayılıp sayılmayacağı, bu konuda bir ihlâl karinesinin kabul edilip edilemeyeceği, yukarıdaki kararda esaslı bir biçimde tartışılmıştır.

Sonuç olarak, AİHM'nin belli şartların bir arada var olması halinde, hukuka aykırı olarak elde edilen bir delilin -deyim yerindeyse otomatik olarak adil yargılanma hakkını ihlâl etmeyeceğini kabul etmesi bakımından yukarıdaki karar ve orada ortaya konulan prensipler bugün de önemini korumaya devam etmektedir.

SIYASÎ İSTİKRAR TEMELLİ KOALİSYON ELEŞTİRİLERİ: ANAYASA HUKUKU AÇISINDAN AMPİRİK BİR ANALİZ

CRITICISMS OF COALITIONS BASED ON POLITICAL STABILITY CONSIDERATIONS: AN EMPIRICAL ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF CONSTITUTIONAL LAW

A. Ersoy KONTACI*

Özet: Koalisyonlar, çağdaş demokrasilerde yaygın olarak görülen bir siyasî birliktelik ve yönetim biçimidir. Bununla birlikte, Ülkemiz’de koalisyon olgusuna daha mesafeli yaklaşan; özellikle parlamenter sistemlerde koalisyon hükümetlerini siyasî belirsizlik, istikrarsızlık ve darboğazlarla özdeş tutan bir anlayışın giderek yaygınlık kazandığı görülmektedir. Bu çalışmada, anayasa hukukunun bazı ampirik verilerinden yararlanarak, çağdaş demokrasilerde koalisyon olgusu ile siyasî belirsizlik, istikrarsızlık ve darboğazlar arasında var olduğu kabul edilen bu ilişki sorgulanmakta ve anayasa hukukunda koalisyon olgusu ile koalisyon hükümetlerinin değerlendirilmesi açısından daha dengeli bir bakış açısına ihtiyaç duyulduğu savunulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Koalisyon, Koalisyon Hükümetleri, Koalisyon Aktörleri, Siyasî Parti Sistemi, Siyasî İstikrar/İstikrarsızlık

Abstract: Coalitions are very common forms of political organizations in contemporary democracies. However, in recent years, several criticisms in Turkey have been levelled at coalition governments seen in parliamentary systems based on the assumption that coalitions are prone to political uncertainty, instability and crisis. In this article, such assumption is questioned by making use of several empirical observations of constitutional law. It is argued at the conclusion that a more balanced approach to coalitions and coalition governments in the field of constitutional law should be adopted.

Keywords: Coalition, Coalition Governments, Coalition Actors, Political Party Systems, Political Stability/Instability

* Yrd. Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

I. Giriş

Çağdaş demokrasilerde “koalisyon” kavramı; iki veya daha fazla siyasî grup veya aktörün ortak amaç(lar) üzerinde uzlaşmaları, bu amaç(lar)a ulaşmak için güç birliğine gitmeleri ve anılan bu ortak amaç(lar)a ulaşma sürecinde aktif bir iletişim ve işbirliği içine girmelerini ifade etmektedir.¹ Bu niteliğiyle koalisyonlar; seçim ittifakları, siyasî bloklar, ortak adaylar etrafında birleşme gibi pek çok farklı biçim ve içerikte karşımıza çıkabilmektedir. Bununla birlikte, anayasa hukukunda koalisyon denildiğinde ilk akla gelen şey; parlamentoda yer alan siyasî partiler arasında gerçekleşen ve çoğu zaman bir hükümet kurma amacına yönelik siyasî işbirlikleridir. Gerçekten de koalisyonlar, yürütme organının siyasî açıdan esas yetkili kanadı olan hükümetin yasamanın içinden çıktığı ve yasama organına karşı siyasî açıdan sorumlu olduğu² çağdaş parlamenter sistemlerde ve türrevlerinde sıklıkla karşılaşılan bir olgudur.

Bununla birlikte, Ülkemiz’de koalisyon olgusuna daha mesafeli yaklaşan; parlamenter sistemlerde koalisyon hükümetlerini siyasî belirsizlik, istikrarsızlık ve darboğazlarla özdeş tutan bir anlayışın giderek yaygınlık kazandığı görülmektedir. İşte bu çalışmada yapılması arzulanan şey; özet niteliğindeki bazı verilerden yararlanarak, çağdaş demokrasilerde ve özellikle de parlamenter hükümet sistemlerinde koalisyon olgusu ile siyasî belirsizlik, istikrarsızlık ve darboğazlar arasında kurulan bu doğrudan ilişkinin sorgulanması ve anayasa hukuku alanında koalisyon olgusu ile koalisyon hükümetlerine daha dengeli bir bakış açısı önerilmesi olacaktır.

II. Çağdaş Demokrasiler, Çok Partilik ve Koalisyonlar

Temsilî demokrasilerin ortaya çıkışı, görece yeni bir olgudur. Gerçekten, temsilî demokrasilerin ve bunların yaşam alanı olan parlamentoların bugün bildiğimiz anlamıyla kurumsallaşmasının tarihi;

¹ William M. Downs, “Coalition”, International Encyclopedia of The Social Sciences, Vol. I, Der. William A. Darity Jr., MacMillan Social Science Library, USA 2008, s. 586.

² Parlamenter sistemin bu tanımı için bkz. Leon D. Epstein, “Parliamentary Government”, International Encyclopedia of the Social Sciences, V. 11, Der. David L. Sills, Macmillan and Free Press, New York 1968, s. 419.

Ortaçağ şehir meclislerinden 18. yüzyılın büyük devrimlerine, oradan da 20. yüzyılın ilk yarısında oy hakkının genişlemesi dalgalarına kadar uzanan bir sürece işaret etmektedir.³ Buna karşın, demokrasinin bildiğimiz anlamıyla konsolide olmasının tarihi ise çok daha yakın zamanlara; İkinci Dünya Savaşı'nın hemen ertesine rastlamaktadır. Bununla bağlantılı olarak, günümüzün siyaset piyasasında tedavül değeri en yüksek kavram haline gelmiş olan demokrasinin tam olarak neleri ifade ettiği konusunda halen net bir tanıma ulaşılabilmemiş değildir.⁴ Bilakis, demokrasi kelimesinin bu kadar sık telaffuz edildiği bir ortamda, bugüne kadar üzerinde uzlaşma sağlanabilen yegâne husus; demokrasinin ne olduğu değil, aksine, demokrasinin ne olduğunun ve nasıl tanımlanması gerektiğinin hâlâ tartışma konusu olduğudur.⁵

Kavramsal düzeydeki bu boşluğun başlıca iki nedenden kaynaklandığı savunulabilir. Bu nedenlerden birincisi; demokrasi kavramı söz konusu olduğunda, "düşünceler"le bunları "düşünenler" arasındaki bağın kopmakta oluşudur. Başka bir anlatımla demokrasi, siyasi düşünce dünyasını dolduran diğer pek çok kavramın aksine, bir veya birkaç temel yazarın düşüncelerine atfedilemeyecek kadar geniş bir kuramı ifade etmektedir. Gerçekten de demokrasi teorisi, temelleri Platon ve Aristo'ya kadar giden bir söylemler dizisine dayanmaktadır.⁶ Bunun sonucu olarak da, demokrasi kavramını netleştirmek istediğimizde başvurabileceğimiz tek bir temel kaynak; bu kavramın gerçekten de ne olduğu konusunda son sözü söyleyecek tek bir "yetkili ağız" bulunmamaktadır. Değinilen bu kavramsal boşluğun bir diğer nedeni de, kavramın etimolojik çözümlemesinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten, kavram, kelime anlamı olarak "halkın iktidarı"nı ifade etmekle birlikte, bu tanımın da bize büyük bir faydası olmamaktadır.

³ Demokrasinin bu tarihsel evrimi ve çağlar içinde kazandığı farklı anlamlar için bkz. Oktay Uygun, Demokrasinin Tarihsel, Felsefi ve Ahlaki Boyutları, İnkılâp Kitabevi, İstanbul 2003.

⁴ Philippe C. Schmitter ve Terry Lyn Karl, "Demokrasi Nedir, Ne Değildir?", Çev. Levent Gönenç, Sosyal ve Siyasi Teori, Seçme Yazılar, Der. Atilla Yayla, Siyasi Kitabevi, Ankara 1999, s. 3 (Makalenin orijinali için bkz. "What Democracy Is... and Is Not", Journal of Democracy, Vol. 2, No. 3 (1991), s. 12-22); Andrew Heywood, Key Concepts of Politics, St. Martin's Press, Great Britain 2000, s. 126.

⁵ Schmitter ve Karl, 1999, s. 3; Giovanni Sartori, Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, Çev. Tunçer Karamustafaoğlu ve Mehmet Turhan, Yetkin Yayınevi, Ankara 1993, s. 3-9 ve 277-300.

⁶ Sartori, 1993, s. 3.

Zira bilindiği üzere demokrasi, tarih boyunca birbirinden çok farklı yönetim örüntülerini tanımlamak için kullanılan bir kavram olmuş ve “halkın iktidarı”nın içeriği, her dönemde farklı şekillerde doldurulmuştur.⁷

Bununla birlikte, buraya kadar özetlenen bu zorluklardan hareketle, günümüz dünyasında demokrasinin ne anlama geldiğine ilişkin “asgarî” bir belirlemenin dahi yapılamayacağını iddia etmek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Zira demokrasinin özellikle de İkinci Dünya Savaşı sonrasındaki evrimi, kavramın çağdaş içeriğine ilişkin olarak herkesin üzerinde uzlaşabileceği bazı temel tespitlerin yapılmasını mümkün hale getirmiştir. Buna göre, demokrasinin bu asgarî unsurlarını içeren bir tanımının; “...*iktidara gelmeyi amaçlayan ve ideolojik olarak farklılıklar gösteren çeşitli gruplar arasındaki adil ve özgür yarışma süreci*” şeklinde yapılması mümkündür.⁸

Bu tanım ışığında çeşitli ülkelerin yönetim biçimlerine bakıldığında, liberal demokrasilerin, pek çok farklı kurumsal yapı içinde teşkilatlandıklarını görmek mümkündür. Ancak, yine de bunların en yaygın olanı, kuşkusuz ki parlamenter hükümet sistemidir. Gerçekten de, 19 yüzyıl İngiltere’sinde ana hatlarıyla iyice belirginleşmeye başlayan bu sistem, çağdaş demokrasilerin olağan evrimi sonucunda ulaşılan noktayı temsil etmektedir. Ne var ki, tarihsel olarak iki partili bir yapılanma şeklinde ortaya çıkan parlamentarizm, parlamenter hükümet sisteminin yaygınlaşması ve seçim sistemlerinde nispi temsil yönünde yapılan reformlarla birlikte çok daha karmaşık bir hâl almış ve 20 yüzyılda siyaset, kural olarak çok partili bir yapıya bürünmüştür.⁹

⁷ Özellikle, 20. yüzyılın yarısını kaplayan soğuk savaş dönemi boyunca, bu kavramın, birbirinden ne kadar farklı ve hattâ zıt uygulamalarla özdeşleştirildiği hakkında bir inceleme için bkz. Atilla Yayla, “Liberalizm ve Demokrasi: Mükemmel Olmayan Birliktelik, Tahammülü Güç Ayrılık”, Sosyal ve Siyasî Teori, Seçme Yazılar, Der. Atilla Yayla, Siyasî Kitabevi, Ankara 1999, s. 59-66. Aynı şekilde Heywood da, demokrasi kavramını “tartışmalı kavramlar” (contested concepts) arasında değerlendirmektedir. Bkz. Andrew Heywood, Political Ideologies; An Introduction, Macmillan Press Ltd., London 1998, s. 42.

⁸ Joseph A. Schumpeter, Capitalism, Socialism and Democracy, Harper and Row, New York 1976, s. 26.

⁹ Wolfgang S. Müller ve Kaare Strøm, “Coalition Governance in Western Europe: An Introduction”, Coalition Governments in Western Europe, Der. Wolfgang S. Müller ve Kaare Strøm, Oxford University Press, Oxford 2003, s. 1.

İşte, bir yandan çağdaş toplumların heterojen yapısı ve iç bölünmeleri, diğer yandan da nispi temsil sistemlerinin bu heterojenliği kamusal iktidarın oluşumuna yansıtan özelliği sebebiyle; günümüzün pek çok demokrasisinde partiler, yasama meclislerinde tek başlarına hükümet olabilmek için gereken çoğunluğa ulaşamamakta ve yürütme iktidarının oluşturulabilmesi için koalisyonlara ihtiyaç duyulmaktadır. Başka bir anlatımla, seçimler sonucunda hiçbir partinin tek başına parlamentodaki sandalyelerin çoğunluğunu elde edememesi ve bunun sonucu olarak da, birden fazla partinin parlamentoda çoğunluk oluşturacak şekilde bir araya gelmesi şeklinde tanımlanabilecek olan koalisyonlar¹⁰, çağdaş demokrasilerin vazgeçilmez unsurlarından biri haline gelmiş bulunmaktadır. Bu çerçevede, koalisyonların çağdaş demokrasilerdeki yeri ve yaygınlığı hakkında sağlıklı bir fikir sahibi olabilmek için, aşağıdaki tabloda gösterilen verilerden yararlanmak mümkündür:

Tablo 1: Avrupa'da koalisyon ve tek parti hükümetleri 1945 - 1999¹¹

Hollanda	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----
Lüksemburg	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----
Almanya	XX ---	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----
Belçika	XXXX	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----
Finlandiya	XXXX	X ----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----
Fransa	XXXX	XXX --	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----
İtalya	XXXX	XXXX	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----
Avusturya	XXXX	XXXX	XXXX	XX ---	-----	-----	-----	-----	-----	-----
Danimarka	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX	X ----	-----	-----	-----	-----	-----
İrlanda	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX	XX ---	-----	-----	-----	-----
Portekiz	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX	X ----	-----	-----
İsveç	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX	XX ---	-----	-----
Norveç	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX	XXX --	-----	-----
Yunanistan	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX	XXX --

¹⁰ Fuad Aleskerov, Hasan Ersel ve Yavuz Sabuncu, Seçimden Koalisyonla Siyasi Karar Alma, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 1999, s. 144. Koalisyon hükümetleri hakkında bir başka tanım ise, Browne tarafından önerilmektedir: Buna göre, koalisyon hükümetlerinin; "devletin paylaşılan hükümet aygıtı üzerindeki kontrolü ele geçirerek, koalisyon protokolünde yer alan hedeflere ulaşılabilmesi amacıyla güçlerini birleştiren bir grup siyasi parti" olarak tanımlanması mümkündür. Bkz. E. C. Browne, Coalition Theories: A Logical and Empirical Critique, Sage Publications, California 1973, s. 14.

¹¹ Kaynak: Müller ve Strøm, 2003, s. 2.

İspanya	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX
Büyük Bri-tanya	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX	XXXX
YIL : β 10 20 30 40 50 60 70 80 90 à										

(X) : Tek Parti Hükümetleri (--) : Koalisyon Hükümetleri

Tablo, 1945 yılından 1999 yılına kadar geçen zaman zarfında, çeşitli Avrupa ülkelerinde kurulan koalisyon hükümetlerini göstermektedir. Tablonun oluşturulmasında, kurulan *hükümetlerin sayısı* değil; *hükümetlerin görevde kalma süreleri* esas alınmıştır. Buna göre, tabloda koalisyon hükümetlerini temsil eden “---” işaretli bölümler ile tek parti hükümetlerini temsil eden “XXX” işaretli bölümler karşılaştırıldığında; koalisyonların, çağdaş demokrasilerin işleyişinde zaman zaman ortaya çıkan anormallikler değil, ama demokratik yönetim denildiğinde karşımıza çıkan manzaranın en az % 50’sini kapsayan bir yönetim tarzı olduğu anlaşılmaktadır.

Dahası, koalisyon olgusunun temel niteliklerinin pazarlık ve uzlaşma kavramları olduğu düşünüldüğünde, “koalisyon siyasetinin”, Batı siyasî kültürü içinde, “koalisyon hükümetlerinin” sayısının ifade ettiğinden çok daha fazla yer tuttuğunu söylemek, bir abartma olmayacaktır.¹² Gerçekten, *yürütme koalisyonları* geleneğine tamamen yabancı olan Amerikan iki parti sisteminde bile, siyasetin günlük işleyişinde, zaman zaman parti sisteminden önemli ölçüde sapmalar gösteren fiili ve geçici *yasama koalisyonları* olduğu görülmekte ve “belli prensipler üzerinde varılan uzlaşmalar” veya “yol arkadaşlıkları”, Amerikan demokrasisinin işleyişinde dahi görmezden gelinemeyecek bir yer kaplamaktadır.

III. Koalisyon Aktörleri, Koalisyondan Beklentiler ve Siyasî İstikrar Sorunu

Yukarıda da görüldüğü üzere, çok partili siyasî yaşamda önemli bir yer kaplayan koalisyonların, anayasa hukuku ve siyaset bilimi literatüründe çok farklı açılardan değerlendirildikleri görülmektedir. Bu

¹² Michael Laver ve Norman Schofield, *Multiparty Government: The Politics of Coalition in Europe*, Oxford University Press, Oxford 1990, s. 1.

kapsamda örneğin; siyasî parti sistemlerinin ve seçim sistemlerinin koalisyon hükümetlerinin oluşumuna etkisi, koalisyonların kurulma aşamasındaki pazarlık süreçleri, koalisyon hükümetlerinin iç ve dış politika ile ekonomi alanındaki performansları, koalisyon hükümetlerinin oluşumu, çalışmaları ve sona ermelerine etki eden anayasal/yasal çerçevenin tahlili veya tüm bunlardan bağımsız olarak, koalisyon hükümetleri ile demokrasi teorisi üzerine yapılan kuramsal çalışmalar, koalisyon olgusuna ne kadar farklı açılardan bakılabileceğinin çarpıcı örneklerini oluşturmaktadır.

Konunun *ele alınan yönleri* hakkında görülen bu çeşitlilik; konunun *ele alınmış biçimleri* açısından da gözlemlenmektedir. Gerçekten, yukarıda değinilen kuramsal ve teorik çalışmalara ek olarak, özellikle koalisyon hükümetlerinin oluşumu ile başta bakanlıklar olmak üzere, çeşitli kamusal makamların paylaşımı konularında sayısız çalışmalar bulunmakta ve bunlar; “rasyonel tercih teorisi” varsayımlarından, bu varsayımın daha somutlaşmış hali olan “oyun teorisi” yaklaşımlarına kadar büyük farklılıklar göstermektedirler. Benzer şekilde, “alan araştırması” yöntemine dayanan ve çok geniş kapsamlı rakamsal verileri kullanarak sistem içinde belli bazı temel eğilimleri saptamaya çalışan araştırmaların sayısı da küçümsenemeyecek orandadır.

Bu çerçevede, elimizdeki çalışmada yapılması arzulanan şey ise; koalisyonlar ile “siyasî belirsizlik, istikrarsızlık ve darboğazlar” arasında var olduğu ileri sürülen ilişkinin anayasal gözle incelenmesidir. Başka bir ifadeyle, bu çalışmada “koalisyon hükümetlerinin” *bağımsız değişken*; “siyasî istikrarsızlık” ihtimalinin ise *bağımlı değişken* olarak kullanıldığı bir inceleme şeması önerilmektedir. Bu manada, elimizdeki çalışma açısından önem taşıyan asıl mesele; “koalisyon hükümetlerinin istikrarı” sorunudur. Ancak bu konuda sağlıklı bir inceleme yapabilmek için, öncelikle koalisyonların *kimler arasında* ve *hangi amaçlarla* kurulduğunun incelenmesi gerekmektedir. Zira bu iki hususun incelenmesi, siyasî istikrar odaklı koalisyon incelemeleri açısından da bir hazırlık çalışması niteliği taşımaktadır. Nitekim dünyada da genel olarak koalisyonların “oluşumu” ve koalisyonların “istikrarı” konularının, devamlılık arz eden tek bir süreç olarak değerlendirildiği gözlemlenmektedir.¹³

¹³ Geoffrey, Pridham, “An Inductive Theoretical Framework for Coalitional Beha-

1) Koalisyonların Oluşumu: Aktörler ve Beklentiler

a. Koalisyon Aktörleri

Koalisyon olgusu ve koalisyonların oluşumu konusunda temel taşıyıcı aktör, siyasî partilerdir. Bilindiği üzere siyasî partiler; "...in-sanları uyaran ve (belli amaçlar doğrultusunda) harekete geçiren, çıkarların temsili fonksiyonunu üstlenen, çatışan çeşitli görüşler arasında uzlaşma olanakları yaratan ve siyasî liderlik oluşumu için gerekli şartları hazırlayan kurumlardır."¹⁴ Ülkemiz'de de anayasa hukuku literatüründe genel kabul gören¹⁵ ve siyasî partileri işlevleri üzerinden açıklayan bu tanımın muhtemel bir tehlikesi; siyasî partilerin homojen yapılar olarak görülmesine yol açma ihtimalidir. Hâlbuki siyasî partiler, aslında ilk başta görüldüklerinden çok daha karmaşık örgütlenmelerdir. Bu anlamda, bir siyasî partiyi meydana getiren unsurlar arasında; parti liderleri, kabinedeki bakanlar, parti lideri veya bakan olma arzusu taşıyanlar, farklı düzeyde itibara sahip milletvekilleri, ünlü ve tanınmış eski kuşak politikacılar, başarısız olmuş eski milletvekili adayları, yerel yöneticiler, partinin profesyonel kadroları ve gönüllü parti aktivistleri yer almaktadır. Ayrıca, bütün bunlara ek olarak, bir siyasî partiyi değerlendirirken, o partiyi oylarıyla destekleyen vatandaşları da hesaba katmak lazımdır.

Bu durumda ise, karşımıza çıkan kritik soru; koalisyonların oluşum ve işleyişinde, siyasî partileri oluşturan yukarıdaki aktörlerden hangisinin veya hangilerinin esas alınacağıdır. Kısacası, burada önemli olan soru; siyasî partilerin *tekil aktörler* olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusudur. Değindiğimiz bu geniş sosyal taban göz

viour: Political Partied in Multi-Dimentional Perspective in Western Europe", *Coalitional Behaviour in Theory and Practice*, Der. Geofrey Pridham, Cambridge University Press, Cambridge 1986, s. 3.

¹⁴ R. C. Maeridis, "Introduction", *Political Parties: Contemporary Trends and Ideas*, Harper and Row, New York 1968, s. 9.

¹⁵ Örneğin bu konuda bkz. Tarık Zafer Tunaya, *Türkiye'de Siyasi Partiler 1859-1952*, Doğan Kardeş Yayınları, İstanbul 1952, s. 28-29; Ergun Özbudun, *Siyasî Partiler*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 440, Sevinç Matbaası, Ankara 1979, s. 91-111; Erdoğan Teziç, *100 Soruda Siyasi Partiler (Partilerin Hukuki Rejimi ve Türkiye'de Partiler)*, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1976, s. 20; Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, BETA Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2009, s. 322; Yavuz Sabuncu, *Anayasaya Giriş*, İmaj Yayınevi, Ankara 2005, s. 122; İbrahim Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar*, Legal Yayıncılık İstanbul 2014, s. 193.

önüne alındığında ise, bu soruya basitçe “hayır” cevabı vermek mümkün görünmektedir. Ama aslında bu cevap, zor sorulara verilen diğer pek çok basit cevapta olduğu gibi, bizi aradığımız sonuçlara götürme şansı olmayan bir cevaptır. Zira belirtmek gerekir ki; koalisyonlar söz konusu olduğunda siyasî partiler, bünyelerinde taşıdıkları farklılıkları büyük ölçüde ikinci plâna atmakta ve dolayısıyla *tekil aktörler* olarak hareket etmektedirler. Dahası, Avrupa geleneğinde, çok parçalı siyasî parti sistemlerinde bile parti disiplininin % 80-90 arasında değişen bir oranda etkin olduğu hatırlandığında, bu tespit daha da geçerli hale gelmektedir.¹⁶

Bu tespitin bizim için asıl önemli olan boyutu ise, ortaya koyduğumuz cümleyi tersten okuduğumuzda ortaya çıkmaktadır. Gerçekten, “siyasî partiler, koalisyon süreçlerinde disiplinli parti özelliği göstermektedirler” cümlesinin, aynı zamanda, “koalisyonlar, siyasî partilerin iç disiplinini ve politik tutarlılığını artıran siyasî süreçlerdir” şeklinde okunması da mümkündür.¹⁷ Kısacası koalisyon olgusu, başlangıçta tahmin edilenin tam aksine, çağdaş demokrasilerin etkin yönetim ihtiyaçlarının karşılanması için gereken disiplinli ve tutarlı parti yapısının katkı yapan başlıca olgulardan biridir. Dahası, son dönemde yapılan çalışmaların da gösterdiği üzere, bildiğimiz anlamda disiplinli bir yapıya ve hiyerarşik bir örgütlenmeye sahip olmayan partiler dahi, koalisyonları başarıyla sürdürebilmekte ve iç çatışmalarını, koalisyonlar esnasında büyük ölçüde çözümleyebilmektedirler.¹⁸

Kuşkusuz, koalisyonların kurulmasını etkileyen başlıca faktörlerden biri de, ülkedeki parti sisteminin yapısı ve niteliğidir. Parti sistemleri konusu, bugüne kadar pek çok yazar tarafından pek çok farklı şekilde ele alınmış ve incelenmiş bir konudur. Ancak, koalisyon hükümetlerinin incelenmesi açısından en aydınlatıcı tasniflerden biri, La-

¹⁶ Klaus Von Beyme, *Political Parties in Western Democracies*, Gover, Aldershot 1984, s. 224.

¹⁷ Bu kuralın düşünülebilecek tek istisnası ise, koalisyon pazarlıklarının, zaman zaman, bu pazarlığa taraf olan partilerin üzerinde “zorlayıcı” veya “dağıtıcı” etkiler yaratması durumudur. Ancak, meseleye dikkatle bakılırsa, burada görülen bu “dağıtıcı” etkinin de, aslında yukarıda “politik tutarlılık” olarak isimlendirdiğimiz sürecin sağlamasından ibaret olduğu görülebilmektedir.

¹⁸ Moshe Maor, *Parties, Conflicts and Coalitions in Western Europe*, Organisational Determinants of Coalition Bargaining, Routledge, Chippenham Wiltshire 1998, s. xi.

ver ve Schofield tarafından önerilen tasniftir. Yazarlar, parti sistemini, siyasî hayattaki partilerin sayısına, büyüklüğüne ve ideolojik yelpazedeki karşılıklı konumlarına göre tarif etmekte ve “tek kutuplu”, “iki kutuplu” ve “çok kutuplu” olmak üzere, üç farklı parti sisteminden bahsetmektedirler. Buna göre, tek kutuplu sistem; tek bir büyük parti ve onun etrafından kümelenen pek çok küçük partiden oluşan bir siyasî yapılanmayı ifade etmektedir (Lüksemburg, İrlanda, İzlanda, Norveç ve Danimarka gibi). İki kutuplu parti sisteminde ise, iktidar, sistemdeki iki büyük parti arasında el değiştirmektedir (Avusturya ve Almanya gibi). Çok kutuplu sistemde ise, hiyerarşik sıralamaya tâbi tutulamayacak olan çok sayıda ve farklı büyüklüklerdeki partilere rastlanmaktadır (Belçika, Hollanda, İtalya ve Finlandiya gibi).¹⁹

Bu farklı yapıların etkisi, özellikle koalisyon pazarlıkları aşamasında açık olarak hissedilmektedir. Buna göre, iki kutuplu sistemler, en kısa ve kolay koalisyon oluşumlarına sahne olurken, tek kutuplu sistemlerdeyse pazarlık süreci daha uzun ve karmaşık olabilmektedir. Bunun temel sebebi ise, iki kutuplu sistemlerde birinci ve ikinci sırayı alan partilerin koalisyon oluşturmak için birbirleri dışında hiçbir alternatifleri bulunmazken; tek kutuplu sistemlerde birinci partinin önünde, ihtiyaç duyduğu “küçük” desteği sağlayacak birden fazla alternatifin bulunmasıdır. Buna karşın, çok kutuplu sistemlerin, gerek sayısal, gerekse siyasî açıdan en zorlu ve en uzun koalisyon oluşturma çabalarına sahne olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır.

b. Koalisyondan Beklentiler

Çağdaş demokrasilerin ve dolayısıyla da koalisyonların temel aktörü olan siyasî partilerin “neden” koalisyonlar içinde yer aldıkları sorusu, halen üzerinde tartışmalar yaşanan bir konudur. Aslında bu sorunun da, basit bir cevabı olduğu savunulabilir: “İktidara gelmek”. Ancak, bu cevap, şekli ve resmî bir açıklamanın ötesine geçememekte ve koalisyon oluşumlarının altında yatan saiklere ilişkin sorgulamamızı cevapsız bırakmaktadır.

Siyasî partilerin koalisyonlara dâhil olma veya olmama eğilimlerini açıklamak için ortaya atılan iki temel yaklaşım mevcuttur. Bun-

¹⁹ Laver ve Schofield, 1990, s. 156-158.

lardan birincisi, Anthony Down'un başını çektiği "makam beklentisi" (*office-seeking*) yaklaşımıdır. Ağırlıklı olarak bir ekonomi kuramı olan "oyun teorisi"nin siyaset bilimine uyarlanmış şekli olan bu yaklaşım, siyasetçilerin temel motivasyonunun, her durumda iktidara gelmek ve ülke yönetimine etki eden makamları ele geçirmek olduğunu varsaymaktadır. Bunun için de tüm partiler, kendi çıkarlarını en çoklaştırmamanın ve bunun karşısında, kayıplarını en aza indirmenin yollarını aramaktadırlar. Kuşkusuz ki, bu sistemde "kazanan" olmanın en iyi yolu da, iktidar olmaktan geçmektedir. Down'un özgün anlamıyla; "Partiler, izleyecekleri politikaları seçimleri kazanmak için oluşturmaktadırlar; yoksa seçimleri kazanmalarının nedeni, belli politikaları izlemek değildir."²⁰

Bu ise, koalisyona giren tüm partilerin, "en iyi ikinci tercih"le karşı karşıya kaldıklarını ve bu sebeple de, zaten azalmış olan kârlarını mümkün olan en az sayıda ortak ile paylaşmak isteyecekleri sonucunu doğurmaktadır. Böyle bir eğilim ise karşımıza, "bıçak sırtı koalisyonları" (*minimal winning coalitions*) çıkarmaktadır. Bu koalisyonlar; parlamentoda çoğunluğu sağlayan, fakat ortaklardan herhangi birisi ayrıldığında bu durumunu sürdüremeyen koalisyonlar olarak tarif edilmektedir.²¹ Aynı zamanda bu koalisyonların, mutlaka ideolojik olarak birbirine en yakın partiler arasında kurulabileceği kabul edilmektedir.

Koalisyon teorileri arasında ilk ortaya çıkan yaklaşımı temsil eden bu görüşler, zaman içinde yaşanan pek çok örnek olay tarafından yanlışlanmıştır. Oyun teorisyenlerinin ortaya koyduğu bu yaklaşım, özellikle "bıçak sırtı koalisyon" varsayımı üzerindeki ısrarı sonucunda, "azınlık hükümetleri" ile "baskın çoğunluk koalisyonlarını" (*surplus majority coalitions*) açıklama konusunda başarısız olmuştur.²² Bunun sonucu olarak da, koalisyon olgusunu açıklamak için farklı yaklaşımlar gündeme gelmiştir. Bu yaklaşımların en önemlisi ise; "siyasî beklentiler" (*politics*) yaklaşımıdır. Bu yaklaşıma göre siyaset, çeşitli

²⁰ Anthony Down, *An Economic Theory of Democracy*, Harper and Row, New York 1987, s. 28.

²¹ Aleskerov, Ersel ve Sabuncu, 1999, s. 159.

²² Ian Budge ve M. J. Laver, "Coalition Theory, Government Policy and Party Policy", *Party Policy and Government Coalitions*, Der. Ian Budge ve M. J. Laver, St. Martin's Press, Chippenham Wiltshire 1992, s. 4.

makamlara ulaşmanın bir aracı olmaktan ziyade, kendi kendine tamamen yeterli bir gerçeklik alanıdır. Bunun doğal bir uzantısı olarak, partilerin de koalisyon görüşmelerindeki temel amacı; “kabinede bir koltuk sahibi olmak” değil, ama temel siyasî tercihlerinin ülke yönetimine yansımaları sağlamaktır.²³ Böyle olunca da, sadece “bıçak sırtı koalisyonları”nı değil, ama “baskın çoğunluk koalisyonları”nı da açıklamak mümkün hale gelmektedir.

Pratik hayata bakıldığında ise, yukarıdaki yaklaşımların her ikisini de doğrulayan örneklerin olduğu görülmektedir. Gerçekten, örneğin Batı’da Komünist Partiler’in, tipik siyasî beklenti partileri olarak, illâ koalisyonların içinde yer almayı istemedikleri; bilakis, “destek partisi” sıfatıyla dışarıdan sağlayacakları (ve tabii, her zaman da “kesmekle” tehdit edebilecekleri) bir katkı yoluyla, kamusal tercihleri ve uygulanan politikaları yönlendirmeyi tercih ettikleri açıkça görülebilmektedir. Benzer şekilde, daha büyük oy potansiyeline sahip olan Hıristiyan Demokratlar veya Sosyal Demokratların ise (bizde de genel olarak merkez sağ ve solun), doğrudan doğruya kabinede yer almayı talep ettikleri görülmektedir. Daha da önemlisi, siyasî beklenti partilerinin koalisyon görüşmelerindeki tavrı da, makam beklentisindeki partilerin tavırlarından farklı olmaktadır. Zira bunlardan ilki, doğrudan doğruya izlenecek politikalar üzerinde pazarlık yapmayı tercih ederken; diğlerinin ise, daha ziyade bakanlık sayısı üzerinde pazarlığa tutuşacağını tahmin etmek zor değildir.

Bu iki yaklaşımın dışında, son derece ilgi çekici bir açıklama denemesi de, Ian Budge ve Hans Keman tarafından önerilmektedir. Yazarlar, salt “makam beklentisi” yaklaşımlarının açıkça yetersiz olduğunu; “siyasî beklentiler” yaklaşımının ise, daha gerçekçi olmakla birlikte, pek çok durumu açıklayamadığını belirtmekte ve partilerin koalisyon girme konusunda, bu teorilerin varsaydığından çok daha farklı motivasyonlarla hareket ettiğini ortaya koymaktadırlar.²⁴

²³ Alec De Swaan, *Coalition Theories and Cabinet Formation*, Elsevier, Amsterdam 1973, s. 88.

²⁴ Ian Budge ve Hans Keman, *Parties and Democracy: Coalition Formation and Government Functioning in Twenty States*, Oxford University Press, New York 1990, s. 34.

Daha da önemlisi, yazarlar, siyasî partilerin koalisyon sürecine olan yaklaşımlarını açıklamak amacıyla, daha önceden düşünülmeyen üçlü bir açıklama şeması önermektedirler. Buna göre;

(a) Tüm siyasî partilerin koalisyon kurarken sahip oldukları temel güdüsü, demokratik sistemin karşılaştığı tehditleri bertaraf etmektir (Yani, yalnızca sistem partileri koalisyonlara dâhil olma şansına sahiptir; sistem karşıtı partiler ise, dışlanmaya mahkûmdurlar).

(b) Eğer böyle bir tehdit söz konusu değilse, emek-sermaye çelişkisi ve bu çelişki etrafında şekillenen siyasî kırılmalar, kurulacak koalisyonun niteliğini belirleme konusunda birinci dereceden etkili olacaktır.

(c) Yukarıdaki iki durum da söz konusu değilse, partiler, kendi grup çıkarlarını izleme yoluna gideceklerdir.²⁵

Yine yazarlara göre, partilerin, somut bir durumda yukarıdaki bu üç ölçütten herhangi birini, ikisini veya üçünü de göz önünde tutarak koalisyon politikalarını belirlemeleri mümkündür.²⁶

Bu noktada bir de, koalisyonların özellikle siyasî açıdan derin bölünmeler yaşayan toplumlarda üstlenebileceği bir başka işleve daha dikkat çekmek gerekmektedir. Koalisyonlar, bu türden toplumlarda, toplumdaki derin fikir ayrılıklarını yumuşatmanın, ortak bir karar ve yönetim kültürü inşa etmenin başlıca aracı olarak tasarlanmakta ve işlev görmektedirler. İlk olarak Arend Lijphart tarafından “ortaklaşmacı demokrasi” (*consociational democracy*) kavramıyla açıklanan bu modele örnek olarak, Hollanda’nın 1. Dünya Savaşı sonrasındaki deneyimlerinin verilmesi mümkündür.²⁷

Sonuç olarak, bütün bu değerlendirmelerden de anlaşılacağı üzere, koalisyon olgusu, aslında sadece “hükümet kurma”ya yönelik teknik

²⁵ Budge ve Keman, 1990, s. 34.

²⁶ Reuven Y. Hazan, “Parties and Democracy: Coalition Formation and Government Functioning in Twenty States; Book Review”, *Political Science Quarterly*, Vol. 106, No. 2 (Summer 1991), s. 382.

²⁷ Arend Lijphart, *Democracy in Plural Societies: A Comparative Exploration*, Yale University Press New Haven, CT 1977. Aynı yönde bkz. Arend Lijphart, “Constitutional Design for Divided Societies”, *Journal of Democracy*, Vol. 15, No. 2 (2004), s. 96-109.

bir süreçten ibaret değildir. Bunun dışında, koalisyonlar, zaman zaman “rejimi koruma”, “demokrasiyi yaşatma”, “toplumsal barışı teşvik etme” işlevlerini bile üstlenebilmektedirler. Siyasî partileri koalisyon politikalarını değerlendirirken bu geniş perspektifi akılda tutmak ise, ilk başta açıklanması zor gibi görünen pek çok birlikteliği açıklamayı mümkün kalmaktadır.

2) Koalisyonlar ve Siyasî İstikrarsızlık Eleştirisi: Bir Savunma Denemesi

Yukarıda da değinildiği üzere, gerek Türkiye’de gerek dünyada, koalisyon hükümetleri söz konusu olduğunda en sık dile getirilen eleştirilerden biri; koalisyon hükümetlerinin siyasî belirsizlik, istikrarsızlık ve darboğazlara gebe olmasıdır. Aşağıda kısaca “siyasî istikrarsızlık eleştirisi” olarak adlandırılacak olan bu eleştiriler, adeta *doğal bir tespit* olarak ileri sürülmektedir. Bununla birlikte, değinilen bu eleştirilerin hangi verilere dayanarak yapıldığını anlamak da kolay değildir. Dahası, bu iddia ve eleştirilerin doğruluğunu test etmek, ilk başta görüldüğünden çok daha zordur. Zira koalisyon hükümetlerinin istikrarlı olup olmadıklarını araştırırken kullanılacak ilk yöntem olarak akla gelen “salt karşılaştırma” yöntemi, esasen elverişli bir yöntem olmaktan uzaktır. Diğer bir deyişle; tek tek ülkeleri alıp, buralardaki koalisyon hükümetlerini ve tek parti hükümetlerini ayrı sütunlara yazıp alt alta toplamak ve sonuçta çıkan toplamdan hareketle, hangi modelin daha uzun hayatta kaldığına bakmak, uygulanması mümkün olmayan bir araştırma yöntemidir. Bunun sebebi ise, iki ayrı sorundan kaynaklanmaktadır. Bunlardan birincisi; Tablo 1’in de gösterdiği üzere, bazı çağdaş demokrasilerde tek parti hükümetlerine, diğer bazılarındaysa koalisyon hükümetlerine rastlanmıyor oluşudur. Dolayısıyla bu yöntem, karşılaştırmalı çalışmalar yapmaya müsait olmadığı gibi, pek çok ülkenin tek tek incelenmesini bile olanaksız kılmaktadır. Bu elverişsizliğin diğer bir sebebi de, salt matematiksel bir yöntemin her bir hükümet döneminde ortaya çıkan siyasî koşulları ve toplumsal şartları görmezden gelmeye sebep olmasıdır. Gerçekten, bu yolla bir sonuca ulaşmaya çalışmak, toplumsal incelemelerin doğasından kaynaklanan çeşitliliği ve önceden tahmin edilemeyen durumları gözden kaçırmak sonucunu doğurmaktadır. O yüzden, kanımızca en doğru yöntem; koalisyon hükümetlerini doğrudan doğruya tek parti

hükümetleriyle karşılaştırmaya yönelmek değil (ki bu, genellikle sanıldığı gibi aksine, pek çok açıdan kolaylıkla mümkün olmayacak bir çabadır); onları birer gerçeklik olarak kabul edip, kendi varoluşları çerçevesinde değerlendirmektir.

Bu bağlamda, koalisyon hükümetlerinin ömürlerini değerlendirirken öncelikle cevaplanması gereken soru; bir “hükümetin sona ermesi” tabirinden neyin anlaşılması gerektiğidir. İlk bakışta gereksiz gibi görünen bu soruya cevap olmak üzere önerilen dört ölçüt bulunmaktadır. Bunlar, sırasıyla; kabine üyeliklerinin farklı partiler arasında yeniden dağılımı (kabinede yer alan partilerin değişmesi), hükümetin istifası, başbakanın değişmesi ve yeni bir seçimin yapılmasıdır.

İlk bakışta hepsi de son derece geçerli “sona erme” sebepleri gibi görünen bu olayların iki tanesi, aslında gerçek bir sona erme sebebi olarak değerlendirilemeyecek kadar şüphelidirler. Zira her şeyden önce belirtmek gerekir ki; yukarıda sayılan dört sebep içinde en açık gösterge gibi görünen “hükümetin resmen istifası” ölçütü, aslında en fazla şüpheyle karşılanması gereken ölçüttür. Gerçekten de bazı sistemlerde hükümetin istifası tamamen sembolik ve geleneksel bir anlam taşımakta; başta İtalya olmak üzere diğer bazı ülkelerdeyse, istifa, bir tür basit parlamento oyunundan ibaret kalmaktadır. Zira İtalya’da hükümetlerin istifası sıklıkla rastlanan bir durum olmakla birlikte, bu ülkede bir kabinenin istifasının ardından, çoğunlukla hemen aynı siyasî partiler tarafından –ve hatta aynı başbakanın liderliğinde– yeni bir kabinenin kurulduğu görülmektedir.²⁸ Benzer şekilde, Türkiye’de de 3 Kasım 2002 seçimleri sonrasında kurulan 58. Hükümet (Abdullah Gül Hükümeti), Adalet ve Kalkınma Partisi Genel Başkanı Recep Tayyip Erdoğan’ın 9 Mart 2003 tarihinde yapılan “Siirt Milletvekili Yenileme Seçimi”nde Parlamento’ya girmesinin ardından 11 Mart 2003 tarihinde Başbakan’ın istifasını vermesiyle birlikte sona ermiştir. Bunun üzerine, 14 Mart 2003 tarihinde kurulan 59. Hükümet’in ise (Recep Tayyip Erdoğan Hükümeti), faaliyetlerine benzer siyasî program ve siyasî kadrolarla devam ettiği görülmüştür. Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere, hükümetin istifası ölçütünden hareketle oluşturulan istatistiklerdeki hata payı yüksek olup; anılan

²⁸ Carol Mershon, “The Costs of Coalition: Coalition Theories and Italian Governments”, *American Political Science Review*, Vol. 90, No. 3 (September 1996), s. 534.

ölçüt, çeşitli ülkelerin kendilerine has siyasî kültürlerinden ve uygulamalarından kaynaklanan farklılıkları değerlendirme konusunda yetersiz kalmaktadır.

Yukarıdaki ölçütler içinde yer alan bir diğer sona erme sebebi olan “başbakanın değişmesi” ölçütü de, aslında bir hayli karışık bir meseledir. Bu kapsamda, örneğin başbakanın ölümü veya sağlık nedenleriyle istifasının nasıl değerlendirileceği, bu ölçütün cevaplayamadığı bir sorudur. Aynı şekilde, “sağlık nedenleri” gerekçesinin ne zaman gerçekten tıbbî sorunlara, ne zamansa siyasî sorunlara işaret ettiğini açıklamak da, oldukça güç bir iştir.

Sonuç olarak, sayılan bu dört olasılıktan birinci ve dördüncü kelimeler, yani “kabinedeki bakanlıkların farklı partilerin eline geçmesi” ile “yeni bir seçimin yapılması” ölçütleri, bir hükümetin sona erdiği kanıtlayan en kuvvetli iki ölçüt olarak görülmektedir.²⁹ Nitekim aşağıda kullanılan tablolarda da, hükümetlerin sona erme tarihleri hesaplanırken, değinilen bu iki ölçüt esas alınmıştır.

Koalisyonlar söz konusu olduğunda, bu hükümet biçimine yöneltilen istikrarsızlık eleştirileri, temel olarak iki noktada toplanmaktadır. Bunlar, koalisyonların “çok partili sistemde krize yol açtıkları” ve “parlamentoda yeterli çoğunluğu sağlayamadıkları” eleştirileridir.

Bu eleştirilerin dilinde “çok partili sistemde krize yol açma”; sistemdeki *etkin parti sayısının* artmasına bağlı olarak, koalisyonların kurulmasının ve işleminin güçleşmesi anlamına gelmektedir. Bu durumdan kurtulmak için, sistemde olabildiğince az sayıda etkin partinin yer almasını savunmak ise, anti-demokratik bir yaklaşım olma eleştirisiyle karşılaşmaktadır. Burada “etkin parti sayısı” ile kastedilen şey; sistemde bir tek büyük partiye eklenen üç-dört küçük partinin değil; ama oy potansiyelleri açısından birbirine denk olan en az iki veya daha fazla partinin bulunmasıdır. Bu anlamda, güçlü bir seçmen tabanına sahip olan partilerin sayısının artmasıyla birlikte toplumdaki görüşlerin daha sağlıklı temsili imkânının doğacağı savunulmakta; buna karşın, parçalı temsilin artmasıyla birlikte, koalisyon siyasetini yürütmenin de zorlaşacağı iddia edilmektedir.

²⁹ Aynı yönde bkz. Laver ve Schofield, 1990, s. 145-147.

Bununla birlikte, çok partili bir siyasî sistemde, sistemdeki “etkin” parti sayısının artmasının koalisyon hükümetlerini mutlaka istikrarsızlığa iteceğini savunmak, dayanaktan yoksun bir yaklaşım gibi görünmektedir. Bu yargıyı desteklemek üzere, aşağıdaki tabloya bakılacak olursa:

Tablo 2: Sistemdeki etkin parti sayısı ve koalisyonların süresi³⁰

Ülkeler	Hükümetin Ortalama Ömrü (Ay olarak)		Sistemdeki Etkin Parti Sayısı	
	1945 – 1971	1971 – 1987	1945–1971	1971–1987
Lüksemburg	41	60	3,1	3,8
İrlanda	43	34	2,8	2,5
Avusturya	37	40	2,2	2,2
Almanya	40	34	3,2	2,5
İzlanda	33	37	3,6	4,0
Norveç	34	31	3,0	3,3
İsveç	30	24	3,1	3,4
Hollanda	27	30	4,8	4,5
Danimarka	28	21	3,8	5,7
Belçika	28	16	2,9	5,8
Finlandiya	13	20	5,0	5,4
<i>İtalya</i>	13	15	3,4	3,4
TOPLAM	27	26	3,4	3,9

Görüldüğü üzere, bir sistemdeki etkin parti sayısının artışı, mutlak olarak hükümet istikrarsızlığına yol açan bir işlev görmemektedir. Gerçekten, yukarıda yer alan 3 örnekte (Lüksemburg, İzlanda ve Finlandiya) 1971-87 yılları arasında sistemdeki etkin parti sayısı, 1945-71 yıllarına göre önemli ölçüde artmış olmakla birlikte, hükümetlerin ortalama süreleri azalmamış; aksine artış göstermiştir. Aynı şekilde, İrlanda ve Almanya’da da 1971-87 yılları arasındaki etkin parti sayısı 1945-71 yıllarıyla karşılaştırıldığında belirgin bir düşme eğilimi gös-

³⁰ Kaynak: Laver ve Schofield, 1990, s. 148.

termesine rağmen; beklentilerin aksine, hükümetlerin ortalama görev süreleri de, sistemdeki etkin parti sayısına paralel olarak azalma göstermiştir. Avusturya ve İtalya'da ise, sistemdeki etkin parti sayısı değişmemesine rağmen, hükümetlerin ortalama görev sürelerinde farklılıklar gözlemlenmektedir. Bütün bunlar da göstermektedir ki, koalisyonlara yöneltilen yaygın eleştirilerinin aksine, çok partili sistemlerdeki etkin parti sayısının fazlalığı, tek başına koalisyon hükümetlerin istikrarını olumsuz yönde etkileyen bir sebep değildir. Dolayısıyla, koalisyonların, çok partili siyasî sistemin sağlıklı işleyişiyle mantıksal bir bağdaşmazlık içinde olduğunu iddia etmenin de haklı bir nedeni bulunmamaktadır.

Bu durumda, siyasî partiler ile koalisyon hükümetleri arasında bir bağlantı kurmak için, konuyu başka bir yönden ele almak gerekmektedir. Burada ise devreye, sistemdeki partilerin sayısı değil; ama siyasî parti sisteminin yapısı girmektedir. Buradan hareketle, incelenen ülkedeki siyasî parti yapısının "tek kutuplu", "iki kutuplu" veya "çok kutuplu" olması bağlamında çeşitli ülkelerdeki koalisyon hükümetlerinin durumuna bakılacak olursa, aşağıdaki gibi bir manzara ile karşılaşılmaktadır:

Tablo 3: Siyasî parti sisteminin yapısı ve koalisyonların süresi³¹

Ülkeler	Siyasî Parti Sisteminin Yapısı	Koalisyonların Ortalama Görev Süresi
Lüksemburg	Tek kutuplu	45
İrlanda	Tek kutuplu	39
Avusturya	İki kutuplu	38
Almanya	İki kutuplu	37
İzlanda	Tek kutuplu	34
Norveç	Tek kutuplu	32
Danimarka (1945-71)	Tek kutuplu	31

³¹ Kaynak: Laver ve Schofield, 1990, s. 159.

İsveç	Tek kutuplu	28
Belçika (1945-71)	Çok kutuplu	28
Hollanda	Çok kutuplu	27
Danimarka (1971-87)	Çok kutuplu	21
Belçika (1971-87)	Çok kutuplu	16
Finlandiya	Çok kutuplu	15
İtalya	Çok kutuplu	13

Bu tablodan da görüleceği üzere, tek kutuplu ve iki kutuplu sistemler arasında (koalisyon pazarlıklarının yürütülmesi aşamasında aralarında büyük farklar olmasına karşın), koalisyon istikrarı açısından önemli bir fark bulunmamaktadır. Ne var ki, parti yapılanmasının aşırı bir biçimde parçalandığı ve özellikle partiler arasındaki ideolojik kutuplaşmanın arttığı çok kutuplu sistemler ile diğer iki sistemin arasına kalın bir çizgi çekmek gerektiği açıktır. Gerçekten, çok kutuplu sistemlerde koalisyonlar, belirgin bir biçimde daha kısa ömürlü olmak eğilimindedirler. Ne var ki, burada da unutulmaması gereken şey; çok kutuplu bir sistemde zor olanın sadece koalisyon siyaseti değil; aynı zamanda tek parti siyaseti de olduğudur. Başka bir ifadeyle, çok kutuplu sistemlerde siyasî mücadelenin her türü zor ve kırıncı geçmektedir. Hattâ konuya bu açıdan bakıldığında, koalisyonların, toplumdaki kutuplaşmaları yumuşatıcı ve ülkedeki siyasî iklimi uzlaşma yönünde teşvik edici bir boyutunun olduğunu dahi iddia etmek mümkün hale gelmektedir.

Koalisyon hükümetlerini değerlendirirken yapılan bir başka yaygın yanlış da; koalisyona taraf olan partilerin parlamentodaki çoğunluklarıyla hükümet istikrarı arasında bir bağ kurulması ve genellikle de bir koalisyonun, parlamentoda sahip olduğu çoğunlukla doğru orantılı bir istikrara sahip olacağına kabul edilmesidir. Buradan yola çıkılarak da, genellikle parlamentodaki çoğunluğu ucu ucuna elde tutan koalisyon hükümetlerinin –doğaları gereği–daha dayanıksız ola-

cakları sonucuna varılmaktadır. Oysa konuya ilgili olarak aşağıdaki tabloya bakıldığında, genellikle sanılandan çok daha farklı bir manzarayla karşı karşıya kaldığımızı görmek mümkün hale gelmektedir:

Tablo 4: Farklı koalisyon türlerinin ülkelere göre ortalama görev süreleri³²

Ülkeler	Bıçak Sırtı Koalisyonlar	Baskın Çoğunluk Koalisyonu
Lüksemburg	47	5
İrlanda	42	yok
Avusturya	40	24
Almanya	33	49
İzlanda	39	40
Norveç	37	yok
İsveç	24	yok
Hollanda	31	34
Danimarka	43	yok
Belçika	25	12
Finlandiya	19	15
İtalya	17	17

Yukarıdaki tablonun ilk sütununda, hükümet olmak için gereken çoğunluğa *ucu ucuna* sahip olan koalisyonların, ilgili ülkedeki toplam görev süreleri gösterilmiştir. İkinci sütunda ise, hükümet olmak için gereken sayının çok üstünde milletvekilinin katılımıyla kurulan koalisyonların görev süreleri gösterilmiştir.

Görüldüğü gibi, tabloda yer alan toplam dört ülkede (İrlanda, Norveç, İsveç ve Danimarka) kurulan tüm koalisyonlar *bıçak sırtı* koalisyon olduğu için, bu ülkeler açısından bir değerlendirme yapma imkânı bulunmamaktadır. Geriye kalan sekiz ülkenin ise yalnızca üçünde, genel geçer eleştirileri haklı çıkaran bir manzara ile karşılaşmaktadır. Gerçekten, Almanya, İzlanda ve Hollanda'da *baskın çoğunluk*

³² Kaynak: Laver ve Schofield, 1990, s. 152.

koalisyonlarının *bıçak sırtı* koalisyonlardan daha istikrarlı olduğu görülmekte; buna karşın dört ülkede (Lüksemburg, Avusturya, Belçika ve Finlandiya) *bıçak sırtı* koalisyonlarının *baskın çoğunluk* koalisyonlarından çok daha uzun ömürlü olduğu görülmektedir. Geriye kalan son ülke olan İtalya'da ise, iki koalisyon türüne göre herhangi bir değişiklik yaşanmadığı görülmektedir. Buradan hareket edildiğinde ise, koalisyonların parlamentoda "yeterince" güçlü olmadıkları gerekçesiyle daha istikrarsız oldukları yönündeki eleştirilerin de gerçeği yansıtmadığı ve bunların, koalisyon oluşumları karşısındaki önyargıları yansıtmaktan öte bir anlam taşımadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

IV. Sonuç Yerine: Türkiye Üzerine Bazı Gözlemler

Yukarıda sergilenen özet niteliğindeki bazı gözlemler, özellikle Ülkemiz'de koalisyon olgusuna ve koalisyon hükümetlerine yöneltilen kimi eleştirilerin bilimsel dayanaktan yoksun olduğunu gözler önünde sermektedir. Kuşkusuz, çalışmada kullanılan verilerin, daha yeni tarihli çalışmalardan elde edilecek verilerle de karşılaştırılmasında büyük fayda olacaktır. Bununla birlikte, demokratik ülkelerde 2000'ler sonrasında görülen eğilimlerin, İkinci Dünya Savaşı'ndan bu yana gözlemlenen genel eğilimden büyük sapmalar gösterdiği yönünde işaretler de bulunmamaktadır.

Buna karşılık, Türkiye'de koalisyonlara yönelik dile getirilen eleştirilerin bilimsel verilerce desteklenmiyor oluşu; bu yönde var olan negatif algıların kendiliğinden yok olması sonucunu da doğurmamaktadır.³³ O halde, Türkiye'de bu yönde bir algı ve söylem üretilmesine yol açan dinamiklerin bir kaçına da -bu çalışmanın kapsam ve sınırlarını aşmakla birlikte- kısaca işaret edilmesinde fayda bulunmaktadır.

Bu bağlamda, Türkiye'de koalisyonlara yönelik eleştirilerin ve bu yönde oluşan olumsuz algının oluşmasına katkıda bulunan faktörlerin başında; Türkiye'de siyasi parti sisteminin geleneksel olarak aşırı

³³ Türkiye'de koalisyonlar ve koalisyon hükümetlerini algılar yerine bilimsel verilerle değerlendirme yönündeki çabalara önemli bir katkı, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından hazırlanan "Koalisyon Hükümetleri, Koalisyon Protokolleri, Hükümet Programları ve Genel Kurul Görüşmeleri" isimli üç ciltlik kaynak çalışmasıdır. Bkz. İrfan Neziroğlu ve Tuncer Yılmaz, Koalisyon Hükümetleri, Koalisyon Protokolleri, Hükümet Programları ve Genel Kurul Görüşmeleri (3 Cilt), TBMM Basımevi, Ankara 2015.

parçalanmış ve kutuplaşmış yapısı ve bunların koalisyon dönemleri veya koalisyon tartışmalarının yaşandığı dönemler üzerindeki etki ve yansımaları gösterilebilir.³⁴ Bilindiği üzere, siyasî partiler, farklı gelişmişlik ve kültür düzeyine sahip olan toplumlarda, bu toplumların yapısına uygun olarak, birbirinden oldukça farklı biçimler almakta ve toplumsal süreçler karşısındaki tavırları da, o oranda çeşitlilik göstermektedir. Bu çerçevede, anayasa hukuku açısından siyasî partilerin bütünleştirici (*integrative*) veya yarışmacı (*competitive*) bir nitelik arz etmesi mümkündür. Bu tanıma göre, bütünleştirici partiler özellikle bir veya iki büyük partinin hâkim pozisyonda olduğu sistemlerde görülmekte ve toplumun tamamının çıkarlarını temsil etme iddiası taşımaktadırlar. Buna karşılık, yarışmacı partiler ise esas olarak ve münhasıran toplumun belli kesimlerine yönelik politikalar üretme eğiliminde olup; diğer kesimlere karşı daha dışlayıcı tutumlar takılabilmektedirler.³⁵ Bu pencereden Türkiye'ye bakıldığında ise, Ülke'de hüküm süren hızlı sosyal değişimlerin, kontrolsüz nüfus artışı ile demografik hareketliliğin, bunlara bağlı toplumsal parçalanmışlığın ve demokratik siyasî kültür eksikliğinin etkisiyle, bütünleştirici partilerin ortaya çıkışının zorlaştığı ve siyasî arenanın daha ziyade toplumun bu parçalı yapısını yansıtan partiler tarafından işgal edildiği görülmektedir.

Bu tespitlerin, Türkiye'de 10 yıldan uzun bir süredir görülen kesintisiz tek parti iktidarı gerçeği karşısında artık geçerliliklerini yitirdikleri de savunulabilir. Bununla birlikte, Ülke'de belli bir süre hüküm süren istikrarlı bir tek parti iktidarının varlığı, otomatik olarak sistemin ağırlık merkezini oluşturan ve toplumsal dengeyi sağlayıcı rol oynayan bir "merkez parti"nin var olduğu anlamına gelmeyebilir.³⁶ Zira Sartori'nin de belirttiği gibi, siyasî sistemlerde daima bir "siyasî merkez" bulunmakla birlikte, her zaman bu merkezi dolduran bir "merkez parti" bulunmayabilmektedir.³⁷ Bu durumda, bütünleştirici

³⁴ Frank Tachau, "Turkish Political Parties and Elections: Half a Century of Multi-party Democracy", *Turkish Studies*, Vol. 1, No. 1 (Spring 2000), s. 143.

³⁵ Maeridis, 1968, s. 22.

³⁶ Türkiye'de "merkez" ve "çevre" ilişkileri ve bir sosyal bilim metodolojisi olarak "merkez-çevre modelinin" dönüşen anlamları ile açıklayıcı gücü hakkında bkz. Levent Gönenç, "2000'li Yıllarda Merkez-Çevre İlişkilerini Yeniden Düşünmek", *Toplum ve Bilim*, S. 105 (2006), s. 129-152.

³⁷ Giovanni Sartori, "European Political Parties: The Case of Polarized Pluralism",

bir merkez partinin varlığı, sistemdeki büyük parti veya partilerin aldıkları oy oranlarına bakılarak değil; toplumda geniş tabanlı uzlaşmaların yaratılıp yaratılmadığına bakılarak değerlendirilmesi gereken bir husustur.

Türkiye’de koalisyonlara yönelik var olan olumsuz algının oluşmasına etki eden faktörlerden bir diğeri de, siyasî partilerin kendilerini konumlandıkları eylem alanıyla ilişkilendirilebilir. Bilindiği üzere, Cumhuriyet’in ilânından çok partili siyasî hayata geçişe kadar uzanan dönemde, pekişmiş (*consolidated*) Batı demokrasilerinden görmeye alışkın olduğumuz “siyasî çoğulculuk” hedefi yerine “demokratik siyasî kurumlar yaratma” hedefi baskın olmuştur. Bu anlamda Cumhuriyet’in ilk yıllarının, “...düşük bir siyasî katılım karşısında, yüksek bir siyasî kurumsallaşmanın yaşandığı yıllar” olarak nitelendirmesi mümkündür.³⁸ Ne var ki, Cumhuriyet’in bu “devlet merkezli” ve “toplum inşası”na dayanan gelişme projesi, devlet seçkinleriyle siyasî seçkinler arasında, bugün bile kapatılmamış olan bir uçurum yaratmıştır. Bunun sonucu olarak da Türkiye’de siyaset, devlet seçkinleri karşısında “alan kazanmanın” bir aracı haline gelmiştir.³⁹ Böylece Türkiye’de siyasî partilerin temel motivasyonu, Budge ve Keman’ın belirttiğinin aksine, *demokrasinin savunulması* üzerine odaklanmamış ve büyük partilerin, sıklıkla sistem dışı partilerle de koalisyona girdikleri görülmüştür.⁴⁰ Buna bağlı olarak, koalisyon dönemlerinde Türkiye’de siyasî partilerin hâkim olan tavırların da, “makam beklentisi” yaklaşımı ile ilişkilendirilebilecek davranışlardan ibaret kaldığı gözlemlenmiştir.

Bütün bunlara ek olarak, koalisyon kavramına ve koalisyon hükümetlerine yönelik negatif algıların, bu yönde etki doğurması amaçlanan kimi siyasî söylemler tarafından da desteklendiğini söylemek

Political Parties and Political Development, Der. J. LaPolombara ve M. Weiner, Princeton University Press, Princeton 1966, s. 156.

³⁸ Özbudun, 1998, s. 13. Ayrıca, Cumhuriyet rejiminin konsolidasyon sürecini daha ayrıntılı olarak inceleyen bir çalışma için bkz. İlder Turan: “Stages of Political Development in the Turkish Republic”, *Perspectives on Democracy in Turkey*, Der. Ergun Özbudun, Turkish Political Science Association, Ankara 1998, s. 59-112.

³⁹ Bu makalenin kapsam ve boyutlarını çok aşan bu tartışmalar hakkında genel olarak bkz. Çağlar Keyder, *Türkiye’de Devlet ve Sınıflar*, İletişim Yayınları, İstanbul 2015.

⁴⁰ Metin Heper ve Filiz Başkan, “The Politics of Coalition Government in Turkey, 1961-1999. Toward a Paradigmatic Change?”, *International Journal of Turkish Studies*, Vol. 7, No. 1-2 (Spring 2001), s. 82.

mümkündür. Bu söylemlerin ise, anayasa hukukundan ziyade, gündelik siyasetin oluşturulma yöntemleriyle ilgilenen bilim dallarının konusu olduğu açıktır.

Son tahlilde, incelememizi tamamlarken söylenmesi gereken son bir husus; Türkiye’de başarılı koalisyon alternatiflerinin önünü tıkadığı ileri sürülen toplumsal ve siyasî sorunların, aynı zamanda Türkiye’deki tek parti hükümetlerinin de önünü tıkayan sorunlar olduğudur. Başka bir deyişle, Türkiye’nin çözmesi gereken esas sorun; “koalisyon sorunu” değil, “siyaset sorunudur”. Bu temel sorun çözülmediği sürece, yaşayan çeşitli çalkantıların ve istikrarsızlıkların suçunu koalisyon hükümetlerinin üzerine atmak, buzdağının yalnızca görünen kısmıyla ilgilenmek anlamını taşıyacaktır.

Kaynakça

- Aleskerov Fuad, Hasan Ersel ve Yavuz Sabuncu, Seçimden Koalisyonla Siyasî Karar Alma, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 1999.
- Browne E. C., Coalition Theories: A Logical and Empirical Critique, Sage Publications, California 1973.
- Budge Ian ve Hans Keman, Parties and Democracy: Coalition Formation and Government Functioning in Twenty States, Oxford University Press, New York 1990.
- Budge Ian ve M. J. Laver, “Coalition Theory, Government Policy and Party Policy”, Party Policy and Government Coalitions, Der. Ian Budge ve M. J. Laver, St. Martin’s Press, Chippenham Wiltshire 1992.
- De Swaan Alec, Coalition Theories and Cabinet Formation, Elsevier, Amsterdam 1973.
- Down Anthony, An Economic Theory of Democracy, Harper and Row, New York 1987.
- Downs William M., “Coalition”, International Encyclopedia of The Social Sciences, Vol. I, Der. William A. Darity Jr., MacMillan Social Science Library, USA 2008.
- Epstein Leon D., “Parliamentary Government”, International Encyclopedia of the Social Sciences, V. 11, Der. David L. Sills, Macmillan and Free Press, New York 1968.
- Gönenc Levent, “2000’li Yıllarda Merkez-Çevre İlişkilerini Yeniden Düşünmek”, Toplum ve Bilim, S. 105 (2006).
- Hazan Reuven Y., “Parties and Democracy: Coalition Formation and Government Functioning in Twenty States; Book Review”, Political Science Quarterly, Vol. 106, No. 2 (Summer 1991).
- Heper Metin ve Filiz Başkan, “The Politics of Coalition Government in Turkey, 1961-1999. Toward a Paradigmatic Change?”, International Journal of Turkish Studies, Vol. 7, No. 1-2 (Spring 2001).

- Heywood Andrew, *Political Ideologies; An Introduction*, Macmillan Press Ltd., London 1998.
- Heywood Andrew, *Key Concepts of Politics*, St. Martin's Press, Great Britain 2000.
- Kaboğlu İbrahim, *Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar*, Legal Yayıncılık İstanbul 2014.
- Keyder Çağlar, *Türkiye'de Devlet ve Sınıflar, İletişim Yayınları*, İstanbul 2015.
- Laver Michael ve Norman Schofield, *Multiparty Government: The Politics of Coalition in Europe*, Oxford University Press, Oxford 1990.
- Lijphart Arend, *Democracy in Plural Societies: A Comparative Exploration*, Yale University Press New Haven, CT 1977. 7
- Lijphart Arend, "Constitutional Design for Divided Societies", *Journal of Democracy*, Vol. 15, No. 2 (2004).
- Maeridis R. C., "Introduction", *Political Parties: Contemporary Trends and Ideas*, Harper and Row, New York 1968.
- Maor Moshe, *Parties, Conflicts and Coalitions in Western Europe, Organisational Determinants of Coalition Bargaining*, Routledge, Chippenham Wiltshire 1998.
- Mershon Carol, "The Costs of Coalition: Coalition Theories and Italian Governments", *American Political Science Review*, Vol. 90, No. 3 (September 1996).
- Müller Wolfgang S. ve Kaare Strøm, "Coalition Governance in Western Europe: An Introduction", *Coalition Governments in Western Europe*, Der. Wolfgang S. Müller ve Kaare Strøm, Oxford University Press, Oxford 2003.
- Neziroğlu İrfan ve Tuncer Yılmaz, *Koalisyon Hükümetleri, Koalisyon Protokolleri, Hükümet Programları ve Genel Kurul Görüşmeleri (3 Cilt)*, TBMM Basımevi, Ankara 2015.
- Özbudun Ergun, *Siyasî Partiler*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 440, Sevinç Matbaası, Ankara 1979.
- Pridham Geoffrey, "An Inductive Theoretical Framework for Coalitional Behaviour: Political Parties in Multi-Dimensional Perspective in Western Europe", *Coalitional Behaviour in Theory and Practice*, Der. Geoffrey Pridham, Cambridge University Press, Cambridge 1986.
- Sartori Giovanni, "European Political Parties: The Case of Polarized Pluralism", *Political Parties and Political Development*, Der. J. LaPolombara ve M. Weiner, Princeton University Press, Princeton 1966.
- Sartori Giovanni, *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, Çev. Tunçer Karamustafaoğlu ve Mehmet Turhan, Yetkin Yayınevi, Ankara 1993.
- Schmitter Philippe C. ve Terry Lyn Karl, "Demokrasi Nedir, Ne Değildir?", Çev. Levent Gönenç, *Sosyal ve Siyasî Teori, Seçme Yazılar*, Der. Atilla Yayla, Siyasî Kitabevi, Ankara 1999 (Makalenin orijinali için bkz. "What Democracy Is... and Is Not", *Journal of Democracy*, Vol. 2, No. 3 (1991), s. 12-22).
- Schumpeter Joseph A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, Harper and Row, New York 1976.
- Tachau Frank, "Turkish Political Parties and Elections: Half a Century of Multiparty Democracy", *Turkish Studies*, Vol. 1, No. 1 (Spring 2000).

- Teziç Erdoğan, 100 Soruda Siyasi Partiler (Partilerin Hukuki Rejimi ve Türkiye’de Partiler), Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1976
- Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, BETA Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2009.
- Tunaya Tarık Zafer, Türkiye’de Siyasi Partiler 1859-1952, Doğan Kardeş Yayınları, İstanbul 1952
- Turan İlter, “Stages of Political Development in the Turkish Republic”, Perspectives on Democracy in Turkey, Der. Ergun Özbudun, Turkish Political Science Association, Ankara 1998.
- Sabuncu Yavuz, Anayasaya Giriş, İmaj Yayınevi, Ankara 2005.
- Uygun Oktay, Demokrasinin Tarihsel, Felsefi ve Ahlaki Boyutları, İnkılâp Kitabevi, İstanbul 2003.
- Von Beyme Klaus, Political Parties in Western Democracies, Gover, Aldershot 1984.
- Yayla Atilla, “Liberalizm ve Demokrasi: Mükemmel Olmayan Birliktelik, Tahammülü Güç Ayrılık”, Sosyal ve Siyasî Teori, Seçme Yazılar, Der. Atilla Yayla, Siyasî Kitabevi, Ankara 1999.

KARAR İNCELEME CEZA KANUNLARI İLE SUÇ POLİTİKASININ TEMEL İLKELERİ ARASINDAKİ İLİŞKİNİN ANAYASAL BAĞLAMDA DEĞERLENDİRİLMESİ*

CASE ANALYSIS
EVALUATION OF THE RELATION BETWEEN PENAL LAWS AND
FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF THE POLICY OF CRIMINAL
OFFENSE IN REGARD TO THE CONSTITUTION

Erdi YETKİN*

Özet: Ceza kanunları suç politikası çerçevesinde hazırlanmaktadır. Suç politikasının temel ilkelerini gözetmeyen bir ceza kanununun ise ceza kanunları ile ulaşılmak istenen amaçları gerçekleştiremeyeceği açıktır. Keza günümüzde ceza kanunları hazırlanırken anayasa hukukunun ve insan hakları hukukunun da ilkeleri göz önünde bulundurulmalıdır. Çalışmamız Anayasa Mahkemesi'nin bir kararının incelenmesinden ibarettir. İlk bölümde iptal davasını açanın görüşleri ile Anayasa Mahkemesi'nin görüşleri ve ulaştığı sonuçlar izah edilecektir. İkinci bölümde hukuk devleti ilkesi ve işkence yasağı çerçevesinde ilgili karar analiz edilecektir. Üçüncü bölümde ise güvence fonksiyonu ve uygulamaları incelenen karar çerçevesinde değerlendirilecektir. Sonuç bölümünde ise ulaştığımız düşüncelere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Suç Politikası, Askeri Ceza Kanunu, Hukuk Devleti, İşkence Yasağı, Anayasa Mahkemesi

Abstract: Penal laws are formed according to the policy of criminal offense. A penal code which does not protect the fundamental principles of the policy of criminal offense can not reach the aim of penal laws. Currently, not only fundamental principles of the policy of criminal offense, but also the ones of constitutional law and human rights law are taken into consideration while forming penal laws. This study is composed of the analysis of a decision of the Constitutional Court. In the first section, comments of the suitor of the action for nullity, comments and final conclusions of the Constitutional Court are explained. In the second section, aforesaid deci-

* Bu çalışma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans programında "Ceza Hukuku Reformu ile Getirilen Yenilikler" dersi kapsamında hazırlanan ödevin yayım amacıyla düzenlenmiş halidir.

** İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi/Stajyer Avukat, İstanbul Barosu

on is examined pursuant to the principle of the state of law and prohibition of persecution. In the third section, assurance function and its application is analysed in the frame of the decision examined. In the conclusion part, our opinions on this subject are presented.

Keywords: Policy of Criminal Offense, Military Penal Code, State of Law, Prohibition of Torture, Constitutional Court

I. OLAY

Dönemin ana muhalefet partisi olan Fazilet Partisi (FP); 24.05.2000 tarihli dava dilekçesi ile 22.03.2000 tarihli, 4551 sayılı “Askeri Ceza Kanunu’nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un 10. maddesinin son fıkrası ile 17. maddesinin tamamen, 1., 3., 4., 11., 32. ve 34. maddelerinin ise sivil personel yönünden Anayasa’nın 2., 10., 17., 128., 129. ve 145. maddelerine aykırılığı savıyla iptalini talep etmiştir. Anayasa Mahkemesi (AYM), davacının dayanmış olduğu Anayasa hükümleri haricinde Anayasa’nın 19 ve 38. maddelerini de dava ile ilgili görmüş ve anılan maddeler yönünden de inceleme yapmıştır.

İptali istenen maddeler incelendiğinde, 4551 sayılı Kanun’un 1., 3., 4., 11., 32., 34. maddeleri ile Milli Savunma Bakanlığı (MSB) ve Silahlı Kuvvetlerde çalışan sivil personelin Askeri Ceza Kanunu’nun (ACK) kapsamına alındığı görülmektedir. Yine anılan sivil personele ceza veya disiplin cezası olarak göz ya da oda hapsi cezalarının verilmesi mümkün hale gelmekte ve bu kişiler hakkındaki cezaların ya da tutuklama kararlarının infaz yeri olarak bazı şartlar dâhilinde askeri cezaevleri kabul edilmektedir. 4551 sayılı Kanun’un 10. maddesinin son fıkrası ile erbaşlar bakımından rütbenin geri alınması cezasının, cezalının kıtası huzurunda rütbesinin sökülmesi suretiyle yerine getirileceği düzenlenmektedir. Son olarak 4551 sayılı Kanun’un 17. maddesi ile askeri tutukevi veya cezaevinden kaçmak veya kaçmaya aracı olmak suçlarını işleyen asker kişiler hakkında, 765 sayılı Türk Ceza Kanun’unun ikinci kitabının dördüncü bap yedinci faslında yer alan hükümlerin uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

AYM, 4551 sayılı Kanun’un 10. maddesinin son fıkrasını Anayasa’nın 17. maddesinde düzenlenen kimsenin insan onuruyla bağdaşmayan bir ceza veya muameleye maruz bırakılmayacağı ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile üç üyenin muhalif kalması ve oy çokluğu ile iptal etmiştir. AYM, 17. maddenin ise “ Suçta ve cezada kanunilik” ilkesine aykırı

olmadığı sonucuna vararak oy birliği ile iptal isteminin reddine karar vermiştir. Son olarak AYM, diğer maddeler hakkındaki iptal istemlerini iki üyenin muhalif oyu ve oy çokluğu ile reddetmiştir.¹

II. ÇÖZÜMÜ GEREKEN HUKUKİ MESELELER

İncelenen karar kapsamında çözümü gereken hukuki sorunları üç ana başlık etrafında tasnif etmek mümkündür.

1. 4551 sayılı Kanun'un 1, 3, 4, 11, 32 ve 34. maddeleri suç politikasının temel ilkelerinden olan "Hukuk Devleti" ilkesine aykırı mahiyette midir? Keza anılan maddeler "Eşitlik İlkesi" ile "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkını" ihlal eder nitelikte midirler?
2. 4551 sayılı Kanun'un 10. maddesinin son fıkrası suç politikasının temel ilkelerinden biri olan "Hümanizm İlkesini" ihlal etmekte midir? Bu bağlamda "Askeri Hizmetlerin Gerekleri" nedeniyle silahlı kuvvetlerle ilgili hususlarda Anayasa'nın ilgili hükümleri de göz önüne alındığında farklı sonuçlara ulaşılabilir mi?
3. 4551 sayılı Kanun'un 17. maddesi ceza hukukunun güvence fonksiyonuna aykırı mıdır?

III. İPTAL DAVASINI AÇANIN VE ANAYASA MAHKEMESİ'NİN GÖRÜŞLERİ VE ULAŞILAN SONUÇLAR

A. İPTAL DAVASINI AÇANIN GÖRÜŞLERİ

1. 4551 sayılı Kanun'un 1, 3, 4, 11, 32 ve 34. maddeleri Hakkındaki Görüşleri

İptal davasını açan FP, bu başlık altında incelenen maddelerin Anayasa'nın 2. maddesi bakımından "Hukuk Devleti" ve "Sosyal Devlet" ilkelerine, Anayasa'nın 10. maddesi bağlamında "Eşitlik İlkesi" ne, Anayasa'nın 128 ve 129. maddeleri bağlamında ise memurların Anayasa ile teminat altına alınan statülerine aykırı olduğu iddiasındadır. Zira FP'ye göre, askeri hizmetin gerekleri ile memurların ve işçilerin

¹ Anayasa Mahkemesi, E. 2000/34, K. 2005/91, T. 25.11.2005, (Çevrimiçi), Kararlar Bilgi Bankası, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/9a64aecf-9aa1-4336-b2fd-13bd54e9ac40?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, 1Ekim 2014.

statüleri arasındaki denge, memurların ve işçilerin aleyhine söz konusu düzenlemeler ile bozulmuştur. Yapılan yasa değişiklikleri ile Türk Silahlı Kuvvetleri'ne (TSK) intisap etmiş memurlar ile diğer memurlar arasında eşitlik ilkesi zedelenmiştir. TSK'da görev yapan memur ve işçilerin statüleri belirlenirken Anayasa'nın 128 ve 129. maddelerinde düzenlenen ilkelere uyulması zaruri iken 4551 sayılı Kanun'un iptali istenen maddelerinde, belirtilen anayasal ilkelere uyulmamıştır.

2. 4551 sayılı Kanun'un 10. maddesinin Son Fıkrası Hakkındaki Görüşleri

İptal davasını açan FP, 4551 sayılı Kanun'un 10. maddesinin son fıkrasının Anayasa'nın 17/3 hükmünde düzenlenen "İnsan Haysiyeti ile Bağdaşmayan Ceza veya Muamele Yasağına" aykırı olduğunu iddia etmiştir. Zira rütbesi sökülecek erbaşın rütbe sökme işleminin kısıtı huzurunda gerçekleştirilecek oluşu, insan haysiyeti ile bağdaşmamaktadır. Böylelikle rütbesi sökülecek erbaş bu cezanın utancını devamlı suretle yaşayacak olup bu durum, günümüz ceza hukukunun geldiği nokta itibariyle kabul edilemez niteliktedir.

3. 4551 sayılı Kanun'un 17. maddesi Hakkındaki Görüşleri

FP, 4551 sayılı Kanun'un 17. maddesi ile "Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin ihlal edildiğini iddia etmektedir. Bu madde ile askeri tutukevi veya cezaevinden kaçmak veya kaçmaya aracı olmak suçlarını işleyen asker kişiler hakkında 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2'inci kitabının 4'üncü bab 7'inci faslında yer alan hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte atıf yapılan faslında "taksirle tutuklunun kaçmasına sebebiyet vermek" suçu da bulunmaktadır. Anılan suça atıf yapılmadığından, söz konusu suç işlenmesi halinde cezalandırılmayacaktır. Yargı kararları ile bu boşluğun doldurulması halinde ise "Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi" ihlal edilmiş olacaktır.

B. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN GÖRÜŞLERİ VE ULAŞTIĞI SONUÇLAR

1. 4551 sayılı Kanun'un 1, 3, 4, 11, 32 ve 34. maddeleri Hakkındaki Görüşleri ve Ulaştığı Sonuç

AYM, anılan maddeler ile TSK bünyesinde görev yapan memurların statüsünde bir değişiklik olmadığı, aksine 4551 sayılı Kanun ile

yapılan düzenleme sonucunda belirsizliklerin giderildiği sonucuna ulaşmıştır. Ayrıca yapılan düzenlemelerin daha önceki tarihlerde benzer konularda yapılan düzenlemelere uygun olduğunun altı çizilmiştir. Silahlı kuvvetlerde yapılan hizmetin niteliğinin ve gereklerinin farklı çalışma koşullarını, özlük haklarını ve disiplin hükümlerini beraberinde getirmesinin olağan olduğu belirtilerek bu nedenle eşitlik ilkesinin zedelenmediği vurgulanmıştır. Anayasa'nın 129/4 hükmündeki "Silahlı Kuvvetler mensupları... Hakkındaki hükümler saklıdır" ibaresinin Anayasanın 38. maddesine paralel olarak TSK bünyesinde görev yapan devlet memurlarını da kapsadığı ve bu nedenle Anayasa m. 129'un ihlal edilmediği belirtilmiştir.

AYM, iptal davasının dayanakları arasında gösterilmemiş olsa da Anayasa'nın 19 ve 38. maddeleri kapsamında da bir değerlendirme yapmıştır. AYM, dava konusu düzenlemelerle TSK bünyesindeki memurlara verilebilecek göz ve oda hapsi cezalarının, özgürlüğü bağlayıcı ceza sayılmayacağını ve bu nedenle Anayasa'nın 19. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır. Keza Anayasa'nın 38. maddesinde idarenin, kişi hürriyetini kısıtlayacak müeyyide uygulayamayacağı belirtilmişse de aynı madde de silahlı kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu kurala kanunla istisna getirilebileceği hükme bağlanmıştır. Maddede geçen "silahlı kuvvetlerin iç düzeni" ibaresinin kapsamına Silahlı Kuvvetlerde görev yapan sivil personel de dâhildir. Bu nedenle Anayasa'nın 38. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılamaz.

Sonuç olarak AYM, bu başlık altında incelenen iptal davasına konu yasa hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmederek iptal taleplerinin reddine oy çokluğu ile karar vermiştir.

2. 4551 sayılı Kanun'un 10. maddesinin Son Fıkrası Hakkındaki Görüşleri ve Ulaştığı Sonuç

AYM, işlenen suç nedeniyle failin boyunduruk, dayak veya teşhir gibi cezalara çarptırılmasının insan onuruyla bağdaşmayacağını altını çizmiştir. Keza anılan tür cezalar, cezanın ıslah edici yönüyle de bağdaşmamaktadır. Erbaşların rütbelerinin kitalarının önünde sökülmesi teşhir niteliğinde olup Anayasa m. 17/3 hükmüne aykırılık teşkil eder. Açıklanan nedenlerle AYM, anılan yasa hükmünün iptaline oy çokluğu ile karar vermiştir.

3. 4551 sayılı Kanun'un 17. maddesi Hakkındaki Görüşleri ve Ulaştığı Sonuç

AYM, 4551 sayılı Kanun'un 17. maddesi ile değişik ACK m. 76. ile askeri tutukevi veya cezaevinden kaçmak veya kaçırmaya aracı olmak suçlarının bir suç tipi olarak düzenlendiğinin altını çizmektedir. Keza 765 sayılı TCK'nın 2'inci kitabının 4'üncü bab 7'inci faslında yer alan suçlara tek tek değil bir bütün olarak atıf yapıldığı da belirtilmektedir. Bu nedenle taksirle tutuklunun kaçmasına sebebiyet verme suçu-nu düzenleyen 765 sayılı TCK'nın 303. maddesine de atıf yapıldığının kabulü gerekmektedir. Açıklanan nedenlerle AYM, oy birliği ile 4551 sayılı Kanun'un iptali istemini reddetmiştir.

C. KARARLARA MUHALİF KALAN ÜYELERİN GÖRÜŞLERİ

1. Yargıçlar Sacit ADALI ve Fulya KANTARCIOĞLU'nun Görüşleri

Anayasa'nın 38. maddesinin onuncu fıkrasında, "İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir", 129. maddesinin dördüncü fıkrasında da "Silahlı kuvvetler mensupları ile hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır" denilmektedir. Anılan maddelerin disiplin hukuku bakımından yalnızca Silahlı Kuvvetler mensupları bakımından istisnai düzenlemelerin getirilebileceği şeklinde yorumlanmalıdır. Silahlı Kuvvetler bünyesinde görev yapan sivil memurların istisnai düzenlemelerin kapsamında oldukları düşünülemez. Zira temel hak ve özgürlükleri kısıtlayan hükümlerde dar yorum yapılması esastır. Açıklanan nedenlerle Yargıçlar Sacit ADALI ve Fulya KANTARCIOĞLU 4551 sayılı Kanun'un 1, 3, 4, 11, 32 ve 34. maddelerinin iptal istemlerinin reddi kararlarına muhalif kalmışlardır.

2. Yargıçlar Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün Görüşleri

Anayasa'nın kimi maddelerinde silahlı kuvvetlerin iç düzeni bakımından istisnai düzenlemelerin öngörülebileceği düzenlenmektedir. AYM de birçok kararında silahlı kuvvetlerdeki hizmetin farklı niteliğini göz önünde bulundurmuştur. 4551 sayılı Kanun'unun 10. maddesinin son fıkrası ile de askeri hizmetlerin gereklerine uygun bir

düzenleme yapılmıştır. Rütbesi sökülecek erbaşın rütbe sökme işleminin kıtası huzurunda yapılması, rütbeye bağlanan görev ve yükümlülükler düşünüldüğünde belirtilen durumdan tüm kıta personelinin haberdar edilmesi amacına matuftur. Keza cezanın her halükârda insana acı ve yoksunluk verecek olması ve belli bir ölçüde onurunu incitecek olduğu da açıktır. Yine belirtilmesi gereken bir husus da “katıksız hapis” cezası bakımından anılan cezanın insan onurunu küçültücü mahiyette bir ceza olmadığı yönündeki AYM kararlarıdır.² Tüm

² Anayasa Mahkemesi, E. 1963/57, K. 1965/65, T. 27/12/1965, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, 2. Baskı, S.4, Ankara, Ankara Üniversitesi Basım Evi, 1992, s. 3-12.; Anayasa Mahkemesi, E. 1965/41, K. 1965/66, T. 27/12/1965, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, s. 12-19. Katıksız hapis cezası, yukarı sınırı yirmi gün olan kısa hapis cezalarının türlerinden biridir. Bu ceza mahkeme hükmü veya disiplin amirinin kararı ile verilebilir. Katıksız hapis cezasını verebilecek disiplin amirleri ise yüzbaşılardan ve üst rütbedeki askeri personel ile Milli Savunma Bakanı'dır. Bu cezada kişi bir odada cezasını tek başına geçirmektedir. Katı bir minderde yatan cezalıya yalnızca su ve yetecek kadar ekmecek verilir. Tütün ve sairden mahrumdur. Yoksunluklar hapsin dört, sekiz ve on ikinci günlerinde ve bundan sonra her üç günde bir kaldırılır. Cezalının sağlığı elverişli değil ise bir alt ceza uygulanabilir, ceza sonraya ertelenebilir, aralıklarla çektirilebilir. Her halde cezalının sağlık durumu doktordan sorularak kontrol edilir. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararlarında katıksız hapis cezasına dair hükümlerin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Ancak bu kararların isabeti son derece tartışmalı olduğu gibi incelenen kararda üyelerin bir kısmının bu kararlara atf yapmasının yerindeligi de sorgulanmalıdır. Bir kere bu kararların 1960'lı yıllarda verildiği görülmektedir. İncelediğimiz karar ise 2005 yılında verilmiştir. Mahkemelerin içtihatlarında tutarlı olması kuşkusuz hukuk güvenliği bakımından önemlidir. Ancak içtihatlarda tutarlılık düşüncesi ile hukukun gelişimi engellenmemelidir. Keza bu kararların verildiği dönemde AYM'nin kuruluşunun üzerinden kısa bir zaman geçmiştir. Dünyada soğuk savaş, Türkiye'de ise 27 Mayıs askeri müdahalesinin etkisi hissedilmektedir. Dünya çapında derin bir güvenlik endişesi mevcuttur ve bu durum temel hak ve özgürlükler bakımından günümüzde gelinen noktanın gerisinde olunmasına neden olmaktadır. Yine güvenlik endişesinin sonucu olarak silahlı kuvvetlere atfedilen önem muazzam boyuttadır. Soğuk savaş tabiri caizse ensesinde hisseden Türkiye'de ise Silahlı Kuvvetlerle ilgili her mesele son derece hassas şekilde ele alınmaktadır. O halde tüm bu açıklamalar ışığında kanaatimizce katıksız hapse ilişkin AYM kararlarına yapılan gönderme yerinde değildir. Ayrıca AYM'nin söz konusu kararlarındaki gerekçelerine de katılmaya olanak yoktur. Öncelikle AYM'nin kararında, askerlik görevinin zorluğundan, özveri gerektirdiğinden, farklı düzenlemeleri gerektirdiğinden bahsetmiştir. Tüm bunlara katılmakla birlikte anılan kavramlarla temel hak ve özgürlüklere ket vurulmasının insan hakları öğretisi ile uyumsuz olduğunun altını çizmek isteriz. AYM'nin cezaya ilişkin değerlendirmeleri de problemlidir. Örneğin hapisteki bir kişiye içki verilemeyeceği gibi sigara içmekten de mahrum bırakılmasının doğal olduğunun belirtilmesi veya sert minderde yatılmasının hapis hane şartları düşünüldüğünde hapis hanelerde de yumuşak yatak olmadığından bahisle meşru gösterilmesi başkaca izaha gerek kalmayacak şekilde durumu ortaya koymaktadır. Yine cezalının sağlık durumunun kontrol edildiğinin gerekçede yer alması da şaşırtıcıdır; zira

bu gerekçeler ile yargıçlar Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER ve Serdar ÖZGÜLDÜR 4551 sayılı Kanun'un 10. maddesinin son fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığı ve anılan düzenlemenin iptali talebinin reddinin gerektiği sonucuna varmışlardır.

IV. GÖRÜŞÜMÜZ

A. Hukuk Devleti ve Eşitlik İlkeleri ile Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Yönünden İlgili Kanun Hükümlerinin Değerlendirilmesi

4551 sayılı Kanun'un iptali istenen maddelerinden 1, 3, 4, 11, 32 ve 34. maddelerini "Hukuk Devleti İlkesi", "Eşitlik İlkesi" ve "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı" yönlerinden değerlendirmek gerekmektedir. "Hukuk Devleti İlkesi" suç politikasının temel ilkelerinden biridir.³ Hukuk devleti ilkesinin ceza hukuku bağlamında şekli ve maddi anlamda olmak üzere iki görünümü bulunmaktadır.⁴ Şekli anlamda hukuk devleti ilkesi, bireylere hukuki güvenliğin sağlanması iken maddi anlamda hukuk devleti ilkesi ise cezaların içeriğinin insan onuru kavramına ve insan haklarına uygun olmasıdır.⁵ Eşitlik ilkesinin ise normatif dayanağı Anayasa'nın 10. maddesidir.

İptali istenilen kanun maddeleri incelendiğinde, MSB ve TSK'da görev yapan devlet memurlarına ceza ve disiplin cezası olarak göz ve oda hapsi cezalarının verilebileceğinin düzenlendiği görülmektedir. Yine bu kişilerin ACK kapsamında asker kişi sayılmaları ve belirli koşullar halinde bu kişiler hakkındaki tutuklama ve ceza kararlarının

idarenin yani katıksız hapis cezasında Silahlı Kuvvetlerin ceza muhatabının sağlık durumunu gözetmesi her durumda gereklidir. Bu zorunluluğun ayrıca verilen bir hak gibi sunulmasını kabul etmek mümkün değildir. Açıklanan nedenlerle AYM'nin kararlarına iştirak etmediğimizi ve bu kararların oy çokluğu ile alındığını vurgulamak istiyoruz. Son olarak belirtilmelidir ki katıksız hapis cezasına ve bu cezanın uygulanmasına ilişkin ACK hükümleri 22.03.2000 tarihli ve 4551 sayılı Kanun'un 38. maddesi ile ilga edilmiştir. AYM kararı ile ulaşılması gereken bir sonuca 35 yıl sonra bir kanun ile ulaşılmış olması her şeye rağmen sevindirici ve insan hakları bakımından olumlu bir gelişmedir.

³ Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Bası, Seçkin, Ankara, 2014, s. 42.; Kayıhan İçel, Süheyl Donay, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel kısım 1. Kitap, Yenileştirilmiş 3. Bası, Beta, İstanbul, 1999, s. 71-72.

⁴ İlkenin, anayasal bağlamdaki anlamı için bkz. Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Ekin, Bursa, 2010, s. 82-87.

⁵ Koca, Üzülmöz, a.g.e, s. 42.; İçel, Donay, a.g.e, s. 72.

askeri tutukevi ve cezaevlerinde infazı öngörülmektedir. AYM söz konusu maddeleri oy çokluğu ile Anayasa'ya aykırı görmemiş ve iptal etmemiştir.

Eşitlik ilkesine aykırı mahiyetteki ceza kanunları maddi anlamda hukuk devleti ilkesine aykırı olacaktırlar. Kişi özgürlüğünü sınırlayan ceza kanunlarında eşitliğin sağlanmaması ceza hukukunun sosyal barışı sağlama düşüncesine tezattır.

4551 sayılı Kanun'un ilgili maddelerinde MSB ve TSK bünyesindeki devlet memurlarına disiplin cezası olarak göz ve oda hapsi cezalarının öngörülmesi Anayasa'ya aykırı niteliktedir. Anayasa m. 38 ve 129 hükümlerinde Silahlı Kuvvetler bakımından ayrıksı düzenlemelere gidilebileceğine ilişkin hükümleri dar yorumlamak gerekmektedir. Zira bilindiği üzere özgürlükler geniş, sınırlamalar ise dar yorumlanır.⁶ O halde bahsedilen Anayasa maddelerinde belirtilen istisnai düzenlemelerin kapsamına memurlar girmemelidirler. Bu bağlamda idarenin kişi özgürlüğünü sınırlayan bir müeyyide uygulayamayacağı kuralına MSB ve TSK bünyesinde görevli memurlar bakımından silahlı kuvvetlerin iç düzeni sebebiyle istisna getirilmesi mümkün değildir. Silahlı kuvvetlerdeki hizmetin gereğini özgürlüklerin kısıtlanmasında gerekçe olarak kullanmak ise doğru bir yaklaşım değildir. Çünkü belirtilen şekilde soyut gerekçeler ile özgürlüklerin kısıtlanması bizatihi hukuk devletine aykırıdır.

TSK, 31.1.2013 tarihli ve 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu ile yeni bir disiplin kanununa sahip olmuştur. 6413 sayılı Kanun'un kapsamını düzenleyen 2. maddesinde MSB ve TSK bünyesinde görev yapan devlet memurları bu Kanun'un kapsamında sayılmamıştır. Yine 6413 sayılı Kanun'un 45/3. maddesinde ACK'nin disiplin cezalarına ilişkin hükümlerin ilga edildiği kararlaştırılmıştır. Sonuç olarak AYM tarafından iptal edilmeyen bu hükümler 8 yıl sonra kanun koyucunun tasarrufu ile ortadan kaldırılmıştır.

6413 sayılı Kanun ile disiplin cezaları bakımından düzenleme yapılmış olmasına karşın iptal davasına konu olan cezalara ve cezaların infazına ilişkin hükümler yürürlükte bulunmaktadır. İptal davasına bakıldığı dönemde askeri yargının görev alanını düzenleyen 145.

⁶ Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Birinci Basıdan Tıpkı İkinci Ek Baskı, Ekin Bursa, , 2010, s. 98.

madde ise kamuoyunda “12 Eylül 2010 Referandumu” olarak bilinen halk oylaması sonucunda 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun’un 15. maddesi gereğince değişmiştir. Anayasa’nın 145. maddesinin değişiklikten önceki hali düşünüldüğünde AYM’nin kararına askeri cezalar yönünden, disiplin cezalarına ilişkin yapmış olduğumuz eleştirileri yöneltmemiz mümkün görünmemektedir. Ancak AYM yakın tarihli bir kararında⁷ 25.10.1963 günlü, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu’nun 10. maddesinin C bendini Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir. Söz konusu madde ise, 353 sayılı Kanun kapsamında Milli Savunma Bakanlığı veya Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personelin asker kişi sayılacağına dairdir. AYM, Anayasa değişikliği ile savaş hali dışında asker olmayan kişilerin işledikleri suçlar nedeniyle askeri mahkemelerde yargılanamayacağı anayasal olarak teminat altına alındığı gerekçesi ile anılan kanun hükmünü iptal etmiştir. İtiraz yoluyla konuyu AYM’nin önüne getiren Askeri Mahkeme de ACK m. 3’ün Anayasa’ya aykırı olduğunu dava dilekçesinde belirtmiş ve fakat önündeki davaya uygulayacağı norm olmaması nedeniyle ACK m. 3’ü AYM önüne iptal istemiyle taşımamıştır. Bununla birlikte AYM’nin kararı ve gerekçesi değerlendirildiğinde ACK m. 3’ün AYM’nin önüne gelmesi durumunda iptal edilmesi pek muhtemeldir.

B. Hümanizm İlkesi Çerçevesinde 4551 sayılı Kanun’un 10. maddesinin Son Fıkrasının Değerlendirilmesi

“Hümanizm İlkesi suç politikasının temel ilkelerinden biridir. Bu ilke ile insan onuruyla bağdaşmayacak bir cezaya hükmedilemeyeceği ve cezanın da insan onuruna aykırı şekilde infaz edilemeyeceği kastedilmektedir.⁸ Keza “İşkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza yasağı” ilkesi kendisine birçok uluslararası sözleşmede yer bulmuştur. Örnek olarak Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Bildirisi (EİHB) m.5, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 3, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS) m.7,

⁷ Anayasa Mahkemesi, E. 2012/45, K. 2012/125, T. 20.9.2012, (Çevrimiçi), Kararlar Bilgi Bankası, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/cfc36587-dcd6-4a9b-ba57-62d23a1a4f0f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> , 1Ekim 2014.

⁸ Koca, Üzülmöz, a.g.e., s. 42.; İçel, Donay, a.g.e., s. 72-73.

İşkenceye Karşı Sözleşme bu bağlamda sayılabilir.⁹ Anılan sözleşmelere Türkiye taraftır ve Anayasa m. 90 gereği söz konusu sözleşmeler kanun hükmündedir. Ayrıca belirtilen sözleşme hükümleri temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduklarından, kanunlarla çatışmaları durumunda sözleşme hükümleri uygulanacaktır. İç hukuka bakıldığında ise Anayasa m. 17/3 hükmüyle hiç kimseye işkence veya eziyet yapılmayacağı ve hiç kimsenin insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir ceza ya da muameleye maruz bırakılmayacağı düzenlenmiştir.

Haklar ve özgürlüklerin sınırlanması hususu Anayasa m. 13'te hüküm altına alınmıştır. Buna göre haklar ve özgürlükler; Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen sınırlama ölçütleri çerçevesinde, hakların özlerine dokunulmaksızın, demokratik ülke gereklerine, laik devlet düzenine ve ölçülülük ilkelerine aykırı olmamak koşuluyla ancak yasayla sınırlanabilir.¹⁰ İşkence ve kötü muamele yasağına ilişkin Anayasa m. 17/2'de ise herhangi bir sınırlama ölçütüne yer verilmemiştir. O halde işkenceye ve kötü muameleye maruz bırakılmama hakkı sınırlandırılmaz bir haktır. Yine belirtilmelidir ki Anayasa m. 15 temel hak ve özgürlüklerin olağanüstü rejimlerde (savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hal) durdurulmasına veya askıya alınmasına ilişkindir.¹¹ Anılan maddenin ikinci fıkrasında ise olağanüstü rejimlerde bile kullanımı durdurulamayacak veya askıya alınamayacak haklar sayılmıştır. Dokunulmaz haklar veya başka bir ifade ile hakların sert çekirdeği, olağanüstü rejimlerde dahi kullanımları durdurulamayacak veya askıya alınamayacak haklardır. Bahsi geçen fıkrada, kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaması dokunulmaz haklardan sayılmıştır. O halde işkence, insanlık dışı veya aşağı-

⁹ EİHS m. 5: "Hiç kimse işkenceye ya da zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da cezaya tabi tutulamaz."; AİHS m. 3 "Hiç kimse, işkenceye ya da insanlık dışı yahut aşağılayıcı muamele yahut cezaya tâbi tutulmayacaktır."; MSHS m.7 "Hiç kimse işkenceye veya zalimane, insanlık dışı yahut aşağılayıcı muamele ya da cezaya maruz bırakılmayacaktır. Özellikle hiç kimse, kendi serbest rızası bulunmaksızın tıbbi ya da bilimsel bir deneye tabi tutulmayacaktır.". Bkz.: Mehmet Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/İşkence Yasağı) Analizi, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2006, (Çevrimiçi), <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/untl2007/avinanaliz.pdf>, s. 22, 24, 26, 10 Ocak 2015.

¹⁰ Hakları sınırlandırılması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Mehmet Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 7. Baskı, İstanbul, Legal, 2010, s. 1633-1639.

¹¹ Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1639-1641.; Gözler, a.g.e., s. 133-136.

layıcı muamele veya cezaya maruz bırakılmama hakkı, dokunulmaz haklardandır ve hiçbir koşulda (olağanüstü rejimlerde dahi) bu hakkın kullanımı durdurulamaz veya askıya alınamaz.¹²

İşkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye veya cezaya maruz bırakılmama hakkının mutlak niteliğini vurgulamak amacıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) *Gafgen v Almanya* (*Gafgen Kararı*) kararına da kısaca değinmek yerinde olacaktır.¹³ *Gafgen Kararı*'na konu olayda kamu görevlileri, hayatından endişe ettikleri bir kişiyi bulmak amacıyla şüpheliye işkence tehdidinde bulunmuşlardır. AİHM *Gafgen Kararı*'nda, AİHS m.3'te düzenlenen hakkın dokunulmaz nitelikte bir hak olduğunu ve bu hakkın bir insan hayatı söz konusu olsa dahi hatta ulusun yaşamını tehdit eden olağan üstü hallerde bile ihlal edilemeyeceğini belirtmiştir. Dolayısıyla AİHM, anılan kararda hak ihlaline karar vermiştir. Bu yakın tarihli karar ile işkence ve kötü muameleye maruz bırakılmama hakkının dokunulmaz niteliği bilhassa ulusun yaşamı tehlikedeyken bile ihlal edilemeyeceği mahkeme tarafından vurgulanarak çarpıcı şekilde ortaya konulmuştur.¹⁴

Günümüz ceza hukuku, temel hak ve hürriyetlerin korunması ile sosyal barışın ve düzenin korunması amaçlarının birlikte gerçekleştirilmesini amaçlamaktadır.¹⁵ Sosyal barışın ve düzenin tesisi bakımından kanunlarda "suç" olarak kabul edilen haksızlıkların cezalandırılması zorunludur. Bununla birlikte insan onuruyla bağdaşmayan, suç politikasının temel ilkelerine uygun olmayan, kişilerin mutlak haklarını ihlal eden bir cezalandırma; sırf sosyal barış ve düzen sebepleri ile meşru görülemez. Esasen bu tarz bir cezalandırma yönteminin sosyal barış ve düzen bakımından yararlı olduğunu söylemek de bir hayli

¹² AİHS, MSHS ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde hangi hakların dokunulmaz haklar olarak kabul edildiği hususunda bkz.: Gemalmaz, a.g.e., s. 1642.

¹³ Anayasa Mahkemesi, AİHM Kararları, (Çevrimiçi), www.anayasa.gov.tr/files/inan_haklari_mahkemesi/aihm_kararlari/1_GAFGEN-ALMANYA.pdf, 10 Ekim 2014. Kararın ayrıntılı bir analizi ve özellikle hukuka aykırı deliller bağlamında tartışılması hakkında Bkz.: Dülger, Murat Volkan: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Gafgen Kararı* Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi ile Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 2014 S. 111, 2014, s. 325-410.

¹⁴ AİHM'nin terörizm ve örgütlü suçlulukla mücadele alanlarında dahi işkence veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezanın mutlak olarak yasak olduğu hakkındaki içtihatları için bkz.: Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s. 159, dipnot. 266.

¹⁵ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:I, *Yeniden Gözden Geçirilmiş 9. Bası*, Filiz Kitabevi İstanbul, , 1985, s. 101-102.

güçtür. Bu bağlamda “Şiddetli Ceza Doktrini” adı verilen yaklaşımın, yani aşırı derecede sert cezalar yoluyla suçu önleme fikrinin hem başarısız olduğu hem de günümüz ceza hukukunda yeri olmadığı isabetle belirtilmiştir.¹⁶

İptali istenen yasa hükmünü yukarıda yer verilen ilkeler ve değerlendirmeler ışığında incelemek gerekmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki AYM’nin 4551 sayılı Kanun’un 10. maddesinin son fıkrası hakkında ulaştığı sonuç yerindedir. Anılan madde incelendiğinde erbaşların rütbesinin geri alınması düzenlenmektedir. Hangi hallerde erbaşların rütbesinin geri alınacağı ve rütbenin geri alınmasının sonuçlarını düzenleyen ilk iki fıkra bakımından Anayasa’ya aykırılık iddiası bulunmamaktadır. Ancak rütbe sökme işleminin erbaşın kıtasının huzurunda gerçekleştirileceği hükmü iptal davasının konularından birini oluşturmaktadır.

Askeri hizmette hiyerarşinin önemi herkesin malumudur. Silahlı Kuvvetlerde bir üst rütbede bulunmak kimi hak ve yükümlülükleri de beraberinde getirmektedir. Askerlik hizmetine ülkemizde verilen değeri de bu bağlamda dikkate almak gerekir. “Vatan Hizmeti” başlıklı Anayasa’nın 72. maddesi de vatan hizmetinin her Türk’ün hakkı ve ödevi olduğunu belirtmektedir. Anayasa’da görüldüğü üzere “Vatan Hizmeti” düşüncesi toplumumuzda önemli bir kavramdır ve askerlik süresince alınacak her rütbenin manevi değeri mevcuttur. Bu bakımdan rütbe alma işleminin askerler bakımından bir nevi gurur duyulacak başarı olarak algılanacağı ortadayken söz konusu rütbeyi kaybetmek de bir o kadar manevi yönden acı verici nitelikte olacaktır.

Cezanın, failer bakımından kefaret ödeme veya toplum açısından ibret verici olma niteliklerinden ziyade ıslah edici olma yönü günümüz ceza hukukunda ağır basmaktadır.¹⁷ Böylelikle fail, cezasını çek-

¹⁶ Dönmezer, Erman, a.g.e., s. 103-104.; Beccaria da günümüz ceza hukukunun pek çok ilkesinin temeline yer verdiği eserinde benzer görüşleri savunmuştur. Öncelikle cezaların insanları suça iten nedenler ve suçun kamuya verdiği zarar ile orantılı olması gerektiğini belirtmiştir. Beccaria; cezaların caydırıcılığının şiddetinde değil kaçınılmaz olmasında ve suçun işlenmesinden hemen sonra icra edilmesinde olduğunu belirtmiştir. Bkz.: Cesare Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında, Çev. Sami Selçuk, 3. Baskı, İmge, yayın yeri yok., 2013, s. 45-48, 101-103, 129-133.

¹⁷ Cezaların aleni şekilde infazı cismani cezalara çarptırma ve ölüm cezasının infazının uzun sürecek şekilde ayarlanması ile birlikte cezanın ibret olması düşüncesine örnek olarak gösterilmişlerdir. Bkz.: Dönmezer, Erman, a.g.e., s. 103. İncelenen kanun maddesiyle de cezanın aleni şekilde infaz edilmesinin amaçlandığı bariz bir biçimde görülmektedir.

tikten sonra yeniden toplumun arasına karışacaktır. Elbette ki bahsedilen ıslah amacına ulaşabilmek için gerek cezaların gerekse cezaların infaz sürecinin insan onuruyla ve temel hak ve özgürlükler ile uyum içinde olması gerektiği muhakkaktır. Ancak incelenen kanun hükmünün, aşağılayıcı nitelikte bir cezayı ihtiva ettiği görülmektedir.¹⁸

İptali istenen 10. madde ile rütbesi sökülecek erbaş, rütbe sökme işlemi kıtasının huzurunda gerçekleştiğinden dolayı cezanın utancını belirli bir süre daha manevi yönden hissedecektir. Böylece, işlemiş olduğu fiilden dolayı yalnızca rütbesini kaybetmekle kalmayacak bir de bu cezanın utancı ile adeta ikinci kez cezalandırılacaktır. Rütbe sökme işleminin kıta huzurunda gerçekleştirilmesi, ıslah edici bir karaktere sahip olmadığı gibi tam aksine adeta kişiye bir bedel ödetme ve topluma da ibret olma amacına matuftur. Failin damgalanmasına yol açan bir anlayışı kabul etmek mümkün değildir.¹⁹ Silahlı Kuvvetlerin görmüş olduğu hizmetin farklı ve özel niteliği dokunulmaz haklara sınır getirmeye imkân tanımaz. Tüm bu gerekçeler ile kanaatimizce AYM'nin bu maddeyle ilişkin iptal kararı isabetlidir.

C. 4551 sayılı Kanun'un 17. maddesinin Ceza Hukukunun Güvence Fonksiyonu Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Suç politikasının temel ilkelerinden birinin "Hukuk Devleti İlkesi" olduğundan yukarıda bahsedilmişti. Hukuk devleti ilkesinin şekli

¹⁸ Bir cezanın aşağılayıcı nitelikte olduğunun kabulü bakımından bu cezanın; mağduru başkaları önünde büyük ölçüde küçük düşürmesi, mağduru iradesi veya vicdanına aykırı davranmaya sevk etmesi, mağduru aşağılama amacı olması ve meydana getirdiği sonuçların kişinin şahsiyetini olumsuz yönde etkiler nitelikte olması gerektiği ileri sürülmüştür. Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 163. Tüm bu unsurların incelenen kanun hükmü bakımından da geçerli olduğunu belirtmek isteriz. Zira rütbesi sökülecek erbaş askerliğe toplumumuzda verilen değer de düşünüldüğünde arkadaşlarının huzurunda küçük düşecektir. Yine kanun hükmünün esas amacının rütbesi sökülecek erbaş utanca boğmadır. Son olarak uzun bir süre sürekli olarak beraber olduğu arkadaşlarının önünde rütbesi sökülecek erbaşın şahsiyetinin bu durumdan etkilenmemesi düşünülemez.

¹⁹ TCK m. 127/2'de ispat edilmiş fiilinden söz edilerek kişiye hakaret edilmesi durumunda cezaya hükmedileceği düzenlenmiştir. Kanun koyucunun anılan düzenlemeyi sevk etmesi, suçluların zaten cezasını çektiğini bir kez daha işlenen fiilden hareketle hakarete maruz kalarak sürekli bu fiilin utancını yaşamalarını önleme amacına matuftur. O halde incelediğimiz kanun maddesini de hukuk düzeninin bir bütün olduğu da gözetilerek yorumlamak gerekir. Bu halde ulaşılabilecek sonuç ise kişiyi işlediği fiilin utancını yaşaması için sevk edilen bu hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu şeklinde olacaktır.

anlamda sonucu ise hukuk güvenliğinin sağlanmasıdır. Ceza hukuku bağlamında hukuk güvenliğinin sağlanması ise ceza hukukunun “Güvence Fonksiyonu” ile gerçekleştirilmektedir.

Ceza hukukunda güvence fonksiyonunun çeşitli görünümüleri bulunmaktadır. Kıyas veya kıyasa yol açacak şekilde genişletici yorum yasağı, suçta ve cezada kanunilik, belirlilik ilkesi bu doğrultuda örnek olarak verilebilir.

Belirlilik ilkesi gerek eski TCK gerekse yeni TCK’da kendisine yer bulmuş bir ilkedir. Belirlilik ilkesi, suç içeren normların açık olması, herkes tarafından kolaylıkla anlaşılabilmesi anlamına gelmektedir.²⁰ Suç içeren hükümlerin, kişi hak ve hürriyetleri bakımından doğurabileceği önemli sonuçlar düşünüldüğünde, herkesçe kolaylıkla anlaşılabilmesinde büyük yarar olduğu kolaylıkla görülmektedir. Bu nedenle de TCK m.2’de kanunların açıkça suç olarak saymadığı bir fiilden dolayı hiç kimseye ceza verilemeyeceği ve hiç kimseye güvenlik tedbiri uygulanamayacağı isabetle belirtilmiştir.

Belirlilik ilkesi gereğince kanunlardaki suç tanımları açık ve seçik olmalı ve farklı anlamlara gelebilen, anlamı belirlenmeye muhtaç ifadelere yer verilmemelidir.²¹ Keza başka bir kanuna atıfta bulunarak bu kanuna aykırılıklara cezai müeyyide bağlanması da belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.²² İncelenen kanun hükmünde ise, suç düzenlemeleri soyut olarak belirtilmiş, bu suçları işleyen asker kişilerin hakkında 765 sayılı TCK hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Değerlendirilen 4551 sayılı Kanun’un 17. maddesi ile ACK’nın 76. maddesi aynen aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

“Tutukevi veya cezaevinden kaçmak veya kaçmaya aracı olmak

Madde 76 – (Değişik: 22/3/2000 - 4551/17 md.) Askeri tutukevi veya cezaevinden kaçmak veya kaçmaya aracı olmak suçlarını işleyen asker kişilerin hakkında, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının Dördüncü Bab Yedinci Faslında yer alan hükümler uygulanır.

Ancak, askeri ceza ve tutukevlerinden altı gün veya daha fazla süre ile

²⁰ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Bası, Seçkin, Ankara, 2010, s. 111.; İçel, Donay, a.g.e., s. 75.

²¹ Koca, Üzülmez, a.g.e., s. 54.

²² Özgenç, a.g.e., s. 111.

kaçan asker kişilere verilecek hapis cezası veya asıl cezaya ilave olunacak hürriyeti bağlayıcı ceza bir yıldan az olamaz."

AYM, söz konusu kanun hükmünün oybirliği ile Anayasa'ya aykırılığını olmadığı sonucuna ulaşmıştır. AYM, kanun koyucunun ACK m. 76 ile askeri tutukevi veya cezaevinden kaçmak veya kaçırmaya aracılık etmek suçlarını bir suç tipi olarak düzenlediğini ve bu nedenle 765 sayılı TCK'ya yapılan atıf ile taksirle tutuklunun kaçmasına sebebiyet verme suçunun da bu kapsamda olduğunu ifade etmiştir. Hemen belirtelim ki AYM'nin görüşüne iştirak etmemekteyiz.

Değerlendirilen kanun maddesi belirlilik ilkesi ile çeşitli nedenlerle çelişmektedir. İlk olarak düzenleme sisteminin yerinde olduğu söylenemez. Yukarıda da belirtildiği şekliyle atıf yapılarak suç ihdası birçok problemi beraberinde getirmesinden dolayı Yeni TCK ile bu yol benimsenmemiştir. Çalışmamız kapsamında incelediğimiz kanun hükmü ile de herhangi bir unsuruna yer verilmeyen yalnızca ismi belirtilen bir suç ihdas edilmiştir. Ardından 765 sayılı TCK hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Bireylerin özgürlükleri hakkındaki bir düzenlemenin bu yöntemle oluşturulmaması gerektiği her türlü izahtan varestedir.

Bir diğer dikkat çekici nokta ise 765 sayılı TCK'nın 298 ve 308. maddelerinin tümüne atıf yapılmasıdır. Bu maddeler arasında tutukevi veya cezaevinden kaçma veya kaçırmaya aracılık etme suçlarıyla ilgisiz suç tipleri de yer almaktadır. Örneğin tutukevi veya cezaevine yasak eşyalar sokma, bulundurma, kullanma suçu 307/a hükmünde düzenlenmiştir. Bu hususta örnekleri çoğaltmak mümkündür. Kanun koyucu atıf yapmak istediği maddeleri numaralarını belirtmek suretiyle en azından asgari ölçüde belirleme yoluna bile gitmemiştir. Böylelikle bireyler adeta eylemlerinin hangi suça sebebiyet verdiğini kanun maddeleri arasında araştırma yaparak öğrenme durumunda kalacaklardır. Ceza kanunlarının açık ve seçik anlaşılır olması gereğine bu düzenleme de riayet edilmemiştir.

AYM, taksirle tutuklunun kaçmasına sebebiyet verme suçunun atıf yapılan maddeler içinde yer aldığından dolayı Anayasa'ya aykırılık görmemiştir. Bu değerlendirme de bir hayli tartışmalıdır. Zira taksirli fiilden dolayı ceza sorumluluğuna gidebilmek için taksirli suç tipinin kanun da ayrıca ve açıkça suç olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

tedir.²³ ACK m. 76 ise taksirli sorumluluğa ilişkin bir hükmü ihtiva etmemektedir. 765 sayılı TCK'nın 298 ila 308 arasındaki tüm hükümlere atıf yapıldığından hareketle taksirli sorumluluğunda cezalandırılabilir olduğu görüşü yerinde değildir. Kanun koyucu taksirli bir fiili cezalandırmak istiyorsa ayrıca bu hususta düzenleme yapmalıdır. Bu durum suçta ve cezada kanunilik ilkesinin gereğidir. Suçta kanunilik ilkesi gereğince kanunların açık ve seçik olarak suç olarak tanımlamadığı bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez.²⁴ Aksi halde taksirli suçlara ilişkin özel suç tiplerinin bir anlamı kalmayacaktır. Kanun koyucu ACK m. 76 ile böylece ceza hukukunun güvence fonksiyonunu ihlal etmiştir.

Yukarıda açıklanan gerekçeler ile taksirle tutuklunun kaçmasına sebebiyet verme suçunu ACK m. 76 atfıyla 765 sayılı TCK'nın 303. maddesi gereğince asker kişiler bakımından suç olarak kabulü mümkün değildir. Yani ACK m. 76 gereğince taksirle tutuklunun kaçmasına sebebiyet verme suçu cezalandırılmaz. Aksi düşüncenin kabulü ceza hukukunun güvence fonksiyonunu ihlal eder. ACK m. 76 belirlilik ilkesine aykırı olup hangi fiilleri suç olarak kabul ettiği belirsizdir. Taksirle tutuklunun kaçmasına sebebiyet verme suçunu ACK m. 76 uyarınca cezalandırmak ise suçta ve cezada kanunilik ilkesine de aykırılık teşkil eder. Bu nedenlerle kanaatimizce ceza hukukunun temel prensiplerine uymayan ACK m. 76'yı düzenleyen 4551 sayılı Kanun'un 17. maddesi Anayasa'ya aykırıdır.

²³ TCK m.22'de bu durum "Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır" ile belirtilmiş iken 765 sayılı TCK'nın 45/1'de ise "Cürümde kastın bulunmaması cezayı kaldırır. Failin bir şeyi yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanunun o fiile ceza tertip ettiği ahval müstesnadır." ibaresi ile ifade edilmiştir.

²⁴ Özgenç, a.g.e., 103.; Koca, Üzülmüş, a.g.e., s. 51.; Anayasalarımızda ve 765 sayılı TCK'da suçta ve cezada kanunilik ilkesi için bkz.: İçel, Donay, a.g.e., s. 78-83.; İlkenin temelleri, tarihsel gelişimi, tartışmalar ve karşılaştırmalı hukuktaki görünümü için bkz.: Dönmezer, Erman, a.g.e., s. 16-32.; Toroslu ise suçta ve cezada kanunilik ilkesinin klasik anlamı dışında farklı bir tanımını da vurgulamıştır. Öze ilişkin kanunilik ilkesine göre kanunlarda açıkça suç olarak tanımlanmasa bile anti sosyal fiiller suç olarak kabul edilmelidir, keza aynı şekilde kanun tarafından suç sayılan ve fakat sosyal yönden tehlikeli olmayan fiiller cezalandırılmamalıdır. Ayrıntılı bilgi ve klasik anlayış ile öze ilişkin kanunilik ilkesine ilişkin değerlendirmeler için bkz.: Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, 9. Baskı, Savaş Yayınevi Ankara, , 2006, s. 39-42.

Kaynakça

Kitaplar ve Dergiler

- Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, 2. Baskı, S. 4, Ankara Üniversitesi Basım Evi, Ankara, 1992, s. 3-19.
- Becceria Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, Çev. Sami Selçuk, 3. Baskı, İmge, yayın yeri yok, 2013.
- Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:I, Yeniden Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985.
- Dülger Murat Volkan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Gäfgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi ile Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2014 S. 111, 2014, s. 325-410.
- Gemalmaz Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 7. Baskı, Legal, İstanbul, 2010.
- Gözler Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Ekin, Bursa, 2010.
- Gözler Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Birinci Basıdan Tıpkı İkinci Ek Baskı, Ekin, Bursa, 2010.
- Koca Mahmut, Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Ankara, 2014.
- İçel Kayıhan, Donay Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel kısım 1. Kitap, Yenileştirilmiş 3. Bası, Beta, İstanbul, 1999.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Bası, Seçkin, Ankara, 2010.
- Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2006.

Elektronik Kaynaklar

- www.anayasa.gov.tr, (Çevrimiçi), 10 Ekim 2014.
- Gemalmaz Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/İşkence Yasağı) Analizi, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2006, (Çevrimiçi), <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/until2007/avinanaliz.pdf>, 10 Ocak 2015.

Kararlar

- Anayasa Mahkemesi, E. 2000/34, K. 2005/91, T. 25.11.2005, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, 2. Baskı, S. 4, Ankara Üniversitesi Basım Evi, Ankara, 1992, s. 3-12.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1965/41, K. 1965/66, T. 27/12/1965, Anayasa Mahkemesi, E. 1963/57, K. 1965/65, T. 27/12/1965, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, 2. Baskı, S. 4, Ankara Üniversitesi Basım Evi, Ankara, 1992, s. 12-19.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2012/45, K. 2012/125, T. 20.9.2012, (Çevrimiçi), Kararlar Bilgi Bankası, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/cfc36587-dcd6-4a9b-ba57-62d23a1a4f0f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, 1Ekim 2014.
- Gafgen v. Almanya Kararı, Anayasa Mahkemesi, AİHM Kararları, (Çevrimiçi), www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/aihm_kararlari/1_GAFGEN-Almanya.pdf, 10 Ekim 2014.

TEFECİLİK SUÇU

CRIMINAL USURY

Enes KÖKEN*

Özet: Günlük yaşamda ekonomik sıkıntı içinde kişiler, bu sıkıntılarını banka ve finans kurumları yanında tefecilere başvurarak da gidermektedir. Banka ve finans kurumları, kanunlara uygun şekilde faaliyetlerini sürdürmektedirler. Ancak, ekonomik bakımdan zor durumda olan kişiler, bu kurumlardan istediğini alamayınca tefecilere yönelmektedir. Bunun sonucu olarak da piyasa koşullarının çok üzerinde faiz ödemek zorunda kalıyorlar.

Ekonomik yaşam içerisinde tefeciliği meşrulaştıran, diğer bir ifadeyle yasal tefeci olarak nitelendirilebilen bazı yöntemler oluşturulmuştur. Bunlardan özellikle kredi kartı ve senet kırdırma suretiyle yapılan tefecilik faaliyetleri uygulamada çok sık rastlanan tefecilik faaliyeti türleridir.

Anahtar Kelimeler: Tefecilik Suçu, Faiz, Kredi Kartıyla Tefecilik, Faizle Ödünç Verme, Türk Ceza Kanunu m. 241

Abstract: People with financial difficulties in everyday life sometimes prefer to borrow money from usurers instead of banks and financial institutions in order to solve their monetary problems. Banks and financial institutions carry on their activities legally. However, people who are in a financially difficult situation are constrained to borrow money from the usurer most of the time when they could not get anything from banks and other financial institutions and they are usually forced to pay higher interests than the one on market conditions as a result of this.

In financial life, some methods have been created that can be used to legitimize usury or considered as, in other words, legal Jew. Of these, particularly credit card and negotiate securities carried out by the usurer are very common types of usury practices.

Keywords: Criminal Usury, Interest, Usury By Using Credit Cart, Money Lending On Interest, Article 241 of Turkish Criminal Code.

* Arş. Gör., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

I. GİRİŞ

Tefecilik, dünya üzerinde en eski faiz üretim sistemidir. Dünyanın birçok ülkesinde olduğu gibi ülkemizde de suç olarak Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiştir. En basit tanımı ile tefecilik, faizini almak şartıyla ödünç para verme işlemidir.¹ Ödünç, kelime anlamı olarak, ileride geri verilmek veya alınmak şartıyla alınan veya verilen şey anlamına gelmektedir.²

Gerçekleşen tefecilik suçu sonucunda yüksek oranda faiz ödendiği için devlet, finans kurumları ve bireysel olarak ödünç para alan kişi birtakım zararlara katlanmak durumunda kalmaktadır. Tefecilik sonucunda elde edilen kazanç kayıt dışı kaldığı için devlet vergi gelirlerinden yararlanamamaktadır. Buna benzer olarak, finans kurumlarının gelirlerinde azalmalar olmakla beraber, istihdam imkânları açısından da zarar görmektedirler.³

Tefecilik suçu, 5237 sayılı TCK'nın ikinci kitabı olan Özel Hükümler'in "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı Üçüncü Kısımının "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" başlıklı Dokuzuncu Bölümünde düzenlenmiştir.⁴ Tefecilik, TCK'nın 241. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır:

Madde 241- (1) Kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

765 sayılı TCK'da karşılığı olmayan bu suç tipi, 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanunu'nun 17. maddesinde yer alan suç tipinin karşılığı olarak düzenlenmiştir.⁵

Bu düzenleme, kanunilik ilkesi açısından değerlendirildiğinde yetersiz kalmaktadır. Bundan dolayı haklı olarak eleştirilmiştir. Bizim de

¹ Necati Meran, Tefecilik Ekonomi Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar, 2.baskı, Ankara 2012, s.13.

² TDK, Türkçe Sözlük, Ankara 2005.

³ Abdülbaki Giyik, Türk Hukukunda Tefecilik Suçu, 1.baskı, Ankara 2014, s.51.

⁴ Veysi Seviğ, "Tefecilik Suçu", <http://www.ubdt.com.tr/makaleoku.php?id,e.t:29.10.2014>, s.1.

⁵ Ali Parlar, Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, Ankara 2011, s.15.

katıldığımız görüşe göre,⁶ tefecilik suçunun maddi unsuru ödünç para verme olmayıp, ödünç para vermeyi de içine alan daha geniş bir anlam ifade etmektedir. Ayrıca, kazanç elde etmek amacına vurgu yapmakta yeterli olmamaktadır. Yazarlar, tefecilik suçunun Borçlar Hukuku'nda yer alan "gabin" kurumuna benzediğini savunmaktadırlar. Tefecilik suçu ile gabin arasındaki benzerliğe ileride ayrıca yer verilecektir.

II. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ YARAR

İnsanların toplum halinde yaşamalarının bir sonucu olarak günlük hayatta aralarında bir takım olaylar meydana gelebilmektedir. Yaşanan bu olaylardan hangilerinin ceza hukukunun ilgi alanına gireceğini kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak, kanun koyucu takdir edecektir.⁷ Kanun koyucuyu bir fiili suç olarak düzenlemeye yönlendiren düşünce ise *suçla korunan hukuki yarar* olarak ifade edilmektedir. Ünver'e göre, öğretilerde, korunan hukuki yarar bakımından yapılan tanımların büyük bir kısmı, bu kavramı açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Bunun sebebi olarak ise her şeyin bu kavram içinde değerlendirilme çabası olduğu belirtilmektedir.⁸

Tefecilik suçu, TCK'nın ikinci kitabının Topluma Karşı Suçlar başlıklı Üçüncü Kısımının Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar başlıklı Dokuzuncu bölümünde düzenlenmiştir. Suçun düzenlendiği yer açısından değerlendirildiğinde, suçun bireysel değil toplumsal değerleri korumayı hedeflediği görülmektedir. Bölüm başlığı esas alındığında, korunan hukuki değer ekonomik yaşamın güvenilirliği olduğu söylenmelidir.⁹ Bu suçla korunmak istenilen hukuki yarar, mağdurun bireysel olarak korunmasından ziyade, genel manada ekonomik faaliyetlerin serbest piyasa ekonomisinin kendine has kuralları çerçevesinde gerçekleşmesini sağlamaya yönelik olarak öngörülen hukuk kurallarının korunması; bunun doğal sonucu olarak da kamu güvenliğinin korunmasıdır.¹⁰

⁶ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5.baskı, Ankara 2013, s.884.

⁷ Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.baskı, Ankara 2012, s.30.

⁸ Yener Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2013, s.75.

⁹ Veli Özer Özbek, "Tefecilik Suçu", *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl:5, Sayı:14, Aralık 2010, s.31.

¹⁰ Parlar, s.17.

Özgenç'e göre, "Faiz maliyetleri artıran bir unsurdur. Faiz eşit şartlarda rekabet imkânını ortadan kaldırmaktadır. Makro ekonomi açısından değerlendirildiğinde faiz, bir saldodur, eskidir, açıktır. Bu nedenle, istikrarlı görünüm arz eden ekonomilerde, faiz oranları mümkün olduğunca düşük tutulmaya çalışılır. Faiz oranları ne kadar düşük olursa, ekonomi de o oranda istikrarlı olur. Kamu otoritesinin, ödünç para verme işlemleri bağlamında faiz alınmasını kontrol altında tutması, istikrarlı ekonomi için bir zorunluluktur. Keza, kamu otoritesinin kontrolü dışında faiz karşılığı olarak ödünç para verilmesi sonucunda kişilerin ekonomik bakımdan müzayaka haline düşmesi, bir borç sarmalıyla karşı karşıya kalmaları ve nihayetinde geri ödeme imkânsızlığı içine girmeleri sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Bu nedenledir ki, kamu otoritesinin kontrolü dışında faiz karşılığında ödünç para verme işlemleri yapılması yasaklanmıştır ve suç olarak tanımlanmıştır"¹¹

Tefecilik suçuyla bireysel menfaatlerin de korunmasının amaçlandığı ifade edilmelidir. Ödünç para alan kişinin, bunun karşılığı olarak aldığından daha fazla bir değer ödemesi, kişiyi zor durumundan yararlanılmak suretiyle sömürüye açık hale getirmektedir.¹²

Korunan hukuki değer, bireylerin acil kredi bulma ihtiyacından kaynaklanan mağduriyetin kötüye kullanılması sonucu, zarar gören ve Anayasa'nın 48.maddesi ile koruma altına alınan serbest irade ile sözleşme yapmak hürriyetidir.¹³

Tefecilik suçuyla korunan hukuki yararın karma bir nitelik taşıdığı görülmektedir. Ancak, bireysel özelliğinden çok toplumsal yönü ağır bastığı için kanun koyucu tarafından Topluma Karşı Suçlar başlığı altında düzenlenme ihtiyacı duyulmuştur.¹⁴ Kanaatimizce de bu şekilde değerlendirilmesi yerinde olmuştur.

III. MADDİ UNSUR

A. SUÇUN KONUSU

Tefecilik suçunun konusu, fiilin yöneldiği şey veya kişidir. Belirt-

¹¹ İzzet Özgenç, "Tefecilik Suçu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, Y.2010, Sa.1, 544.

¹² Özbek, Tefecilik, s.31.

¹³ Meran, Ekonomi, s.19.

¹⁴ Özbek ve diğerleri, s.856.

mek gerekir ki, bu ifade, bütün suçların maddi bir yapıya sahip olduğu şeklinde yanlış yorumlanmamalıdır. Buradaki maddi ifadesinden, suçun hukuki konusundan farklı olduğuna işaret etmek için kullanılmaktadır. Örneğin, hırsızlık suçunun konusunu teşkil eden “taşınır mallar” maddi bir yapıya sahip iken; kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun konusunu teşkil eden “kişilerin bir yere gitme veya bir yerde kalma özgürlüğü” manevi bir yapıya sahiptir.¹⁵

Tefecilik suçunun konusu *paradır*. Para, sözlük anlamıyla “Devletçe bastırılan, üzerinde değeri yazılı olan kağıt veya metalden ödeme aracı”dır.¹⁶ Para, Türk parası olabileceği gibi yabancı para da olabilir. Madde de sadece *paradan* bahsedildiği için para dışında ki değerler (altın veya diğer madenler), taşınır ve taşınmaz mallar bu suçun konusunu teşkil etmezler.¹⁷ Ancak, bu konu öğretide tartışmalıdır.

Para dışında başka misli şeylerin ödünç olarak verilmesi karşılığında kazanç elde edilmesi halinde, özellikle de altının ödünç olarak verilmesi durumunda suçun oluşup oluşmayacağı noktasında öğretide tartışma vardır.¹⁸

Özbek’e göre, kanunilik ilkesi gereğince *kıymetli evrakın* da madde kapsamında ele alınmaması gerekir. Ticaret Hukuku açısından kıymetli evrak para yerine geçiyor olsa dahi sonuç itibariyle para değildir.¹⁹ Ceza hukukunun suç ve ceza içeren hükümlerinde kıyas yasaktır. Buna ilave olarak, kıyasa yol açacak şekilde genişletici yorum dahi yapılamaz. Bu nedenle, kanunun lafzını esas almak gerekir.

Kanaatimizce, TCK’nın 241. maddesindeki düzenleme son derece hatalıdır. Tefecilik suçunun konusunu sadece para oluşturması, kanunun özüne ters düşmektedir. Bu maddenin özündeki anlam, kişinin içinde bulunduğu zor durumdan faydalanmaktır. Bu zor durumdan faydalanma, para ile olabileceği gibi para yerine geçen her türlü şey ile de mümkündür. Bu nedenle, altın, gümüş veya buna benzer herhangi bir maden ile suç işlenebileceği gibi kıymetli evraklar ile de işlenebilir.

¹⁵ Giyık, s.57.

¹⁶ Çetin Arslan, “Tefecilik Suçu”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/1, s.31.

¹⁷ Özbek, *Özel Hükümler*, s.857.

¹⁸ Yaşar, Gökcan, Artuç; *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 2.baskı, Cilt:5, Ankara 2014, s.7227.

¹⁹ Özbek, *Tefecilik*, s.31.

Kanunda suçun konusuyla ilgili değişiklik yapılmalıdır. Kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı nedeniyle kanunu bu haliyle uygulamak ve buna göre değerlendirme yapmak zorundayız. Bu ise tefecilik suçunun uygulama alanını oldukça daraltmakta ve istenilen amaca ulaşmaya engel olmaktadır. Alman Ceza Kanunu m. 291'de²⁰ düzenlendiği gibi, tefecilik suçunun, iflas, kredi kartı ya da kıymetli evrak ile işlenmesi gibi hususların ağırlaştırıcı hal olarak düzenlenmesi gerekirdi.

TCK'nın 198. maddesinde paraya eşit sayılan değerler düzenlenmiştir. Maddeye göre; "Devlet tarafından ihraç edilip de, hamiline yazılı bonolar, hisse senetleri, tahviller ve kuponlar, yetkili kurumlar tarafından çıkarılmış olup da kanunen tedavül eden senetler, tahviller ve evrak ile milli ziynet altınları, para hükmündedir." Bu madde de paraya eşit sayılan değerler sahtecilik suçu yönünden sayılmıştır. Bu nedenle, kıyas yasağı nedeniyle 241. madde için yorum aracı olarak kullanılamaz. Paraya eşit sayılan değerler ile tefecilik suçunun işlenmesi söz konusu değildir.²¹

B. FAİL

TCK'nın 241. maddesinde faille ilgili herhangi bir özellik belirtilmediği için tefecilik suçu *herkes* tarafından işlenebilen bir suçtur.²²

²⁰ Alman CK. m. 291: "Bir kişinin mecburiyetini, tecrübesizliğini, temyiz kudretinin eksikliğini ya da önemli ölçüdeki irade zayıflığını, kendisine ya da üçüncü bir kişiye;
Bir yeri kiralamak,
Bir kredi elde etmek,
Diğer bir edim ya da,
Söz konusu edimlere aracılık, için kendi edimi ya da arabuluculuğu ile açıkça oransız bir şekilde maddi menfaat vaat ettirmek ya da temin ettirmek suretiyle sömüren kişi 3 yıla kadar hapis ya da para cezasıyla cezalandırılır. Birden çok kişi ifa eden, aracı ya da diğer bir şekilde etki etmiş ve bu suretle maddi menfaat ve karşı ifa arasında açık bir oransızlık meydana geldi ise yukarıdaki cümle, bir diğerinin mecburiyet hali ya da diğer zayıflıklarını kendisi ya da üçüncü bir kişi için ölçüsüz bir maddi menfaat elde etmek için yararlanan herkes için geçerlidir. Ağır hallerde ceza 6 aydan 10 yıla kadar hapis cezasıdır. Şayet fail;
1. fiil suretiyle diğerini ekonomik olarak zor durumda bırakıyorsa
2. fiil profesyonelce işlenmiş ise
3. kıymetli evrak vasıtasıyla fahiş maddi menfaat sözü verdimiş ise, ağır hal mevcuttur."

²¹ Yaşar/Gökcan/Artuç, s.7228.

²² Giyik, s.62.

Doktrinde tefecilik suçuyla ilgili, bir tarafta ödünç para veren, diğer tarafta ise ödünç para alan iki kişi olduğundan dolayı bu suçun çok failli bir suç olduğu, ancak bu suçun temelinde yatan düşünce gereği sadece ödünç para veren failin cezalandırıldığı belirtilmektedir.²³ Bu suçun tüzel kişiler tarafından işlenmesi durumunda, tüzel kişiler suçun faili olamayacağından dolayı (TCK m.20), TCK'nın 242. maddesi²⁴ gereğince tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir.²⁵ Anılan maddenin gerekçesinde²⁶ de bu hususa işaret edilmiştir.

90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 2. maddesinde şu hüküm düzenlenmiştir: “İkrazatçılar, finansman şirketleri ve faktöring şirketleri bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine tabidir. Bankalar, sigorta şirketleri ve özel kanunlarına göre ödünç para vermeye yetkili kılınan kuruluşlar ile tüzel kişilerin doğrudan veya ortak veya iştirakleri vasıtasıyla dolaylı olarak ortaklık ilişkisi içinde buldukları diğer tüzel kişilere ödünç para vermeleri ve Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri çerçevesinde yetkili kurum ve kuruluşlarca yapılan işlemler hakkında bu Kanun Hükmünde Kararname hükümleri uygulanmaz”²⁷

İkrazatçılar²⁸, ikrazatçılık faaliyeti haricinde başka bir iş yapamaz ve mevduat veya istisnasız ivaz karşılığı para toplayamazlar. Ayrıca, bu kişiler, tahvil ve buna benzer borçlanmaya yönelik sermaye piyasası aracı ihraç edemezler ve sermaye piyasası faaliyetinde bulunamazlar.²⁹

²³ Arslan, s.32.

²⁴ TCK m.242- (1) Bu Bölümde yer alan suçların işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükümlenir.

²⁵ Fatih Birtek, Tefecilik Suçu, “Kazancı Hukuk Dergisi”, S.53-54, Y.2009, s.40.

²⁶ Gerekçe: Madde metninde, bu Bölümde yer alan suçların işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında da bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükümlenacağı öngörülmüştür. Ancak, bunun için, tüzel kişi lehine haksız bir yararın sağlanması gerekir.

²⁷ Necati Meran, Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik-Malvarlığı Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar, Ankara 2005, s.82; 90 sayılı KHK m.2.

²⁸ İkrazatçı: 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin “Tanımlar” başlıklı 3. Maddesinde şöyle tanımlanmıştır: “Devamlı ve mutad meslek halinde, faiz veya her ne ad altında olursa olsun bir ivaz karşılığı veya ipotek almak suretiyle, ödünç para verme işleriyle uğraşan veya ödünç para verme işlerine aracılık eden ve kendilerine faaliyet izni verilen gerçek kişilerdir.”

²⁹ Necati Meran, “Türk Ceza Kanunu’nda Tefecilik Suçu ve 90 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulanması”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl:5, Sayı:51,

90 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin dördüncü maddesine göre, ikrazatçıların faaliyetlerini devam ettirmek için bankalar dahil her türlü kaynaktan borçlanmaları ve bu fonları ödünç para verme işlerinde kullanmaları, bankaların da bu kişilere ödünç para verme işleriyle ilgili kredi açmaları veya bunların borçları karşılığında teminat mektubu vermeleri yasaktır.³⁰

İkrazatçılık faaliyetinde bulunan gerçek kişiler, bir beyanname ile Müsteşarlıktan faaliyet izni almaya mecburdurlar.³¹ 90 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye göre, faaliyet izni verilen bu kişilerin ödünç para vermelerine dair sözleşmeler, yazılı yapılmak zorundadır. Aksi halde geçersiz kabul edilir. Yazılı ödünç sözleşmesi iki nüsha olarak düzenlenir ve her iki tarafa bir örneği verilir.³²

90 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin yedinci maddesine göre ise, dördüncü maddeye aykırı hareket eden ikrazatçıların faaliyet izinleri iptal edilir ve bu madde uyarınca yeniden izin verilemez.³³

BDDK, finansman şirketleri ve faktöring şirketlerinin kuruluşları ve faaliyetleri ile ilgili usul ve esasları düzenlemeye yetkili kuruluştur. Ayrıca, 90 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre faaliyette bulunacak olan bu şirketlerin uygulayacakları faiz oranları ile alacakları diğer masrafların ve gelirlerinin azami oranlarını belirlemeye ve duruma göre serbest bırakmaya yetkilidir. Anılan Kanun Hükmünde Kararnamenin on üçüncü maddesine göre, ikrazatçılarda yukarıda belirtilen hükümlere tabidir.³⁴

90 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin on dördüncü maddesine göre, bu kararnameye tabi olan finansman şirketleri ile faktöring şirketlerinin faaliyetlerini BDDK, ikrazatçıların faaliyetlerini ise Hazine Müsteşarlığı tarafından denetlenir. Ayrıca, Maliye Bakanlığı da, bu kararnameye tabi olan gerçek ve tüzel kişileri denetleme yetkisi her zaman vardır. Bu kararnameye tabi olan gerçek ve tüzel kişiler,

Kasım 2010, s.103.

³⁰ 90 sayılı KHK m.4.

³¹ 90 sayılı KHK m.5; bkz. Meran, 90 sayılı KHK, s.105.

³² 90 sayılı KHK m.10; bkz. Meran, 90 sayılı KHK, s.105.

³³ Meran, Ekonomi, s.20; 90 sayılı KHK m.7.

³⁴ Meran, 90 sayılı KHK, s.105.

denetime gelen yetkili kişilere her türlü bilgiyi vermek, defterlerini ve belgelerini ibraz etmek zorundadırlar.³⁵

90 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin dokuzuncu maddesinde şu ifade yer almaktadır: *“Bu Kanun Hükmünde Kararname uyarınca ikrazatçılık yapmak üzere izin alınmadan, faiz veya her ne ad altında olursa olsun, bir ivaz karşılığı veya ipotek almak suretiyle, ödünç para verme işlemlerinin yapılması veya bu işlerin meslek ittihaz edilmesi ve Kanun Hükmünde Kararname uyarınca ikrazatçılık izni iptal edildiği halde ödünç para verme işlerine devam edilmesi, tefecilik sayılır”*.³⁶

KHK’de *“finansman şirketlerinin veya faktöring şirketinin”* faaliyetleri arasında tefecilik sayılabilecek fiillere ilişkin herhangi bir hüküm mevcut değildir. Bundan dolayı, her iki şirket türü de bu suçun faili olamaz.³⁷

C. MAĞDUR

Tefecilik suçunun mağdurunun kim olduğu konusunda tartışmalar mevcuttur. Doktrinde mağdurun kim olduğu hususunda ortaya atılan düşünceler, mağdurun ödünç para alan kişi mi yoksa toplumun geneli mi olduğu noktasında yaşanmaktadır.³⁸

Doktrinde bu suçun mağdurunun toplumun geneli olduğunu savunanlar, bu düşüncelerini suçun *Topluma Karşı Suçlar* arasında düzenlenmiş olmasına bağlamaktadırlar.³⁹ Suçun mağduru ödünç para alan kişi olduğunu savunanlar ise kişinin içinde bulunduğu zor durumu gerekçe olarak göstermektedirler.⁴⁰

Yargıtay 5.CD, tefecilik suçunun, kazanç elde etmek maksadıyla borç para verilmesiyle oluştuğunu, suçun mağdurunun toplumu oluşturan herkes olduğunu, tefeciden borç para alan kişilerin ise suçtan zarar gören olduğunu kabul etmiştir.⁴¹

³⁵ Meran, 90 sayılı KHK, s.105.

³⁶ Meran, Sahtecilik, s.355; Bkz. 90 sayılı KHK m.9.

³⁷ Meran, 90 sayılı KHK, s.107.

³⁸ Giyik, s.66.

³⁹ Parlar, s.19.

⁴⁰ Giyik, s.66.

⁴¹ Yargıtay 5.CD, 30/04/2013, 6478/4096.

İvaz karşılığında ödünç para alan kişinin cezalandırılmaması, bizi, bu ödünç para verme işlemi neticesinde mağdur olduğu sonucuna ulaştırmaz. İlgili kanun hükümlerinin, ivaz karşılığında ödünç para alanları da koruduğu kesindir. Ancak bu husus, ivaz karşılığında ödünç para alan kişinin daima mağdur olduğu sonucunu doğurmaz.⁴² Yargıtay kararlarında, tefeciden faiz karşılığı ödünç para alan kişinin davaya katılma ve hükmü temyiz etme yetkisinin bulunmadığı belirtilmiştir.⁴³ Buna karşılık, Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin bazı kararlarında, faiz karşılığı ödünç para alan kişinin, tefecilik yapan kişi hakkında görülen davada tanık veya müşteki sıfatına haiz olduğu kabul edilmektedir.⁴⁴

Hazinenin, zarara uğraması nedeniyle tefecilik suçuyla ilgili kamu davasına katılmasının mümkün olduğu konusunda uygulamada görüş birliği vardır. Failden para alan kişinin veya mirasçılarının kamu davasına katılma imkânının olup olmadığı konusunda ise Yargıtay kararlarında istikrar yoktur.⁴⁵ Ancak, Yargıtay 5. CD'nin mirasçılardan davaya katılması gerektiği noktasında yerleşik kararları mevcuttur.⁴⁶

YCGK'nın 29.05.1989 gün ve 7-147/209 sayılı kararında⁴⁷ ve Yargıtay Özel Ceza Dairelerinden 1⁴⁸, 4⁴⁹, 6⁵⁰, 7⁵¹, 9⁵² ve 11⁵³ nolu dairelerin kararlarında; tefeciden faiz karşılığı borç alması nedeniyle mağdur veya

⁴² Yaşar/Gökcan/Artuç, s.7225.

⁴³ Yargıtay 7.CD, 26.01.2010, 2007/15270, 2010/568.

⁴⁴ Özgenç, s.553.

⁴⁵ Yaşar/Gökcan/Artuç, s.7225.

⁴⁶ Yargıtay 5.CD, 21/05/2013, 7655/5522.

⁴⁷ YCGK 29.05.1989 gün 7-147/209 sayılı kararında şu ifade yer almaktadır: "Sanığın yüklenen bu eyleminden gerçek ya da tüzel kişilerin zarara uğradıkları söylenemez. Ancak bu tür faaliyetlerin devletin denetim ve gözetimi altında ve izin belgesi alınmak suretiyle yapılması gerekir. O halde Maliye Hazinesi bu suçlarda katılan sıfatını kazanabilir. İzin almadan ödünç para vermek suretiyle faaliyette bulunduğu iddia edilen sanığın, bu eyleminden mağdurun doğrudan doğruya zarara uğradığı söylenemez."

⁴⁸ Yargıtay 1.CD. 02/04/2013, 4700/2765; Yargıtay 1.CD. 20/07/2010, 8509/5628.

⁴⁹ Yargıtay 4.CD. 05/06/2013, 7750/17565; Yargıtay 4.CD. 03/06/2013, 21295/17160.

⁵⁰ Yargıtay 6.CD. 12/12/2012, 17415/23708; Yargıtay 6.CD. 05/11/2012, 17241/19406.

⁵¹ Yargıtay 7.CD. 20/12/2012, 20266/31603; Yargıtay 7.CD. 01/11/2012, 3451/26968.

⁵² Yargıtay 9.CD. 04/12/2012, 3959/14574.

⁵³ Yargıtay 11.CD. 20/09/2012, 22389/15624.

suçtan zarar görenin hukuka aykırı zeminde olmadığı ve bundan dolayı davaya katılma haklarının olmadığı belirtilmiştir.

Yaşar/Gökcan/Artuç'a göre, faizle para alan kişinin mağdur ya da zarar gören olarak kabulü mümkün değildir. Bu kişiler, suçun azmettirenini konumunda olduklarından fail olarak cezalandırılmaları öngörülmemiştir. Bundan dolayı, bu kişilerin kamu davasına katılmaları söz konusu değildir.⁵⁴

Özgenç'e göre ise, tefecilik suçunun mağduru, makro ekonomide yararı olan ve toplumu oluşturan herkeştir.⁵⁵ Kanaatimizce, her iki yazarın görüşü de isabetlidir.

Arslan'a göre, tefecilik suçunun mağduru, faiz karşılığı borç para alan kişidir. Bu yazar, yukarıda belirtilen görüşün aksine, ödünç para alan kişinin suçun mağduru olamayacağı yönündeki görüşe katılmaktadır. Yazara göre, failin verdiği ödünç parayı alan kişi, içinde bulunduğu mali, yasal vb. nedenler dolayısıyla mecbur kalmaktadır. Bundan dolayı, suçun mağduru, yüksek faizle ve olumsuz koşullarda ödünç para alan kişidir. Kanun koyucunun izlediği suç politikası gereği, ödünç para alan kişi cezalandırılmadığı için, bu kişinin mağdur olduğuna şüphe yoktur.⁵⁶ Kanaatimizce, yazarın savunduğu görüşü kanun maddesinin düzenlendiği yer olan "*Topluma Karşı Suçlar*" açısından değerlendirecek olursak, yazarın görüşü ile kanun koyucunun sistematığı birbiriyle çelişmektedir. Ancak, ödünç para alan kişinin cezalandırılmaması açısından değerlendirecek olursak, yazarın görüşü yerindedir.

Özbek'e göre, mağdurun sadece toplum olduğunun kabul edilmesi müsadere hükümlerinin uygulanması açısından belirsizliğe yol açmaktadır. Çünkü failin elde ettiği kazancı, mağdura iade etmesi mümkündür. Bu durum, suçun mağdurunun, içinde bulunduğu zor durum nedeniyle ödünç para alan kişi olmasıyla mümkündür.⁵⁷

⁵⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, s.7226.

⁵⁵ Özgenç, s.553.

⁵⁶ Arslan, s.32-33; aynı yönde bkz.: Özbek, s.32.

⁵⁷ Özbek, Tefecilik, s.33.

D. HAREKET

TCK m. 241’de, tefecilik suçunun hareket unsuru ödünç para vermek olarak düzenlenmiştir. Buna karşılık, doktrinde bu suçun hareket unsurunu farklı şekilde ele alan görüşler de vardır. Özgenç’e göre, suçun hareket unsuru *başkasına ivaz karşılığı ödünç para vermektir*.⁵⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç’a göre ise, *faiz veya başka bir namla da olsa kazanç elde etmek maksadıyla ödünç para vermektir*.⁵⁹ Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, tefecilik suçunun hareket unsuru bakımından ortak nokta ödünç para vermektir. Suçun oluşması bakımından ödünç para alanın zor durumda ve ihtiyaç sahibi olması zorunlu değildir. Ödünç para alan zor durumda ve ihtiyaç sahibi olmasa dahi bu suç oluşur.⁶⁰ Yaşar/Gökcan/Artuç’a göre, bu suçun hareket unsurunun kazanç elde etmek amacıyla ödünç para vermek olduğunu yukarıda belirttik. Ancak kanaatimizce, bu görüş yerinde değildir. Çünkü kazanç elde etmek maksadı suçun manevi unsuru ile ilgili bir husustur.

Belirli bir miktar paranın belirli bir faiz karşılığında ödenmek üzere zor durumda bulunan kişiye verilmesi suçun hareket unsurunu oluşturur. Tefecilik suçunun tamamlanması için neticenin gerçekleşmesi gerekmez. Çünkü bu suç ödünç para vermek ile tamamlanır. Bundan dolayı, tefecilik suçu, neticesi harekete bitişik bir suçtur.⁶¹ Özbek’e göre, suçun meslek edinilmesi veya süreklilik arz etmesi önemli değildir. Yazara göre, tefecilik suçunun devamlı ve mutad meslek halinde yapılması gerekmez. Aksi bir durum, kanunilik ilkesi ile ters düşer. Belirtmek gerekir ki, 90 sayılı KHK’nın TCK m. 241 açısından uygulanması söz konusu değildir. TCK m. 241’den önce, aynı kanunun m. 2/2⁶² açısından değerlendirecek olursak, 90 sayılı KHK m. 9’un uygulanması söz konusu olamaz. Dolayısıyla anılan KHK’nın dokuzuncu maddesinde sayılan unsurlar TCK m. 241 açısından bir anlam ifade etmemektedir.⁶³ Belirtmek gerekir ki, 90 sayılı KHK’nın on beşinci maddesinin ikinci fıkrasında *“tefeciler 6 aydan 2 yıla kadar hapis*

⁵⁸ Özgenç, s.547.

⁵⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç, s.7229.

⁶⁰ Giyik, s.74.

⁶¹ Özbek, Tefecilik, s.33; karşı görüş bkz. Özbek, Özel Hükümler, s.860.

⁶² TCK m.2/2: “İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.”

⁶³ Özbek, Özel Hükümler, s.860-861.

cezasıyla birlikte 50 bin liradan az olamamak kaydıyla, sağladıkları menfaatlerin 5 katı ağır para cezasıyla cezalandırılır.” hükmü yer almaktadır.⁶⁴ Bu hüküm, TCK m. 2/2 karşısında anlamı bulunmamaktadır.

Doktrinde, ödünç para vermekten ne anlaşılması gerektiği tartışmalı bir husustur. Ödünç veren kişi, bu hareketi ile ödünç alan kişiye suçun konusu üzerinde tasarruf etme olanağı sağlamaktadır. Para üzerinde tasarruf etme olanağı ise, elden teslim veya havale ve EFT gibi yollar ile sağlanabilir. Ödünç vermek ile ifade edilen, ödünç alana para üzerinde tasarruf etme imkânı sağlamaktır. Buna karşılık, ödünç para alanın fiilen tasarruf edip etmediği, suçun oluşması bakımından önemli değildir. Burada önemli olan husus, ödünç para alan kişinin, para üzerinde kısa sayılamayacak bir zaman dilimi kadar hâkimiyet kurması ve kullanma iktidarına sahip olmasıdır.⁶⁵ Paranın türü ve vadenin uzun veya kısa olması suçun oluşması bakımından önemli değildir. Ödünç olarak verilen şey para olmak zorundadır; ancak, bunun karşılığı olarak faile verilecek olan şeyin para olması zorunlu değildir. Örneğin, yüz bin lira ödünç para alan kişi, faile bunun karşılığında gayrimenkul verebilir ya da geri ödemeyi altın gibi kıymetli bir maden ile yapabilir. Bu durumlarda da suç oluşur. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, tefecinin elde ettiği kazanç, paranın piyasa koşullarında uğradığı değer kaybından fazla olmalıdır.⁶⁶

Arslan’a göre, suçun oluşması için fail tarafından meslek haline getirilmesi zorunludur. Bir işin meslek edinilmesinden bahsedebilmek için ise bir kişiye birden çok kez veya birden fazla kişiye sürekli olarak ödünç para verilmesi gereklidir. Bundan dolayı, bir kişiye bir kez ödünç para verilmesiyle bu suç oluşmaz. Aksi durumda adi, ticari, normal veya fahiş faiz oranlı bütün para alışverişleri bu suç kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Bu ise hem günlük hem de ticari yaşam açısından olumsuz durumlara yol açar. Yazara göre, suçun oluşması için gereken unsurlar; kazanç elde etmek, belli bir vadeye bağlı, piyasa koşullarına uygun olmayan faiz, sistematik biçimde borç vermektir. Bu unsurlar olmadığı takdirde kişiler arasındaki para alışverişi suç kapsamında değerlendirilmez. Aksi halde, bu unsurlar gözetilmez ise

⁶⁴ 90 sayılı KHK m.15/2.

⁶⁵ Giyik, s.75-76.

⁶⁶ Parlar, s.20.

kişiler arasındaki hemen hemen bütün para alışverişleri suç kapsamında kalabilir.⁶⁷

Yargıtay'ın uygulaması, TCK m. 241'e rağmen farklı şekilde gelişti. 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden önce, tefecilik suçunun oluşması bakımından; birden fazla kişiye kazanç elde etmek maksadıyla ödünç para verilmesi, bu fiilin sürekli ve sistematik şekilde yapılması gibi şartlar aranmaktaydı. Yargıtay bu uygulamaya yeni kanun döneminde de devam etti.⁶⁸ Ancak Yargıtay zamanla bu uygulamasını terk ederek, kanunda yer alan fiilin bir kez işlenmesiyle tefecilik suçunun oluşacağını kabul etmiştir.⁶⁹ Bunun aksini savunan görüşler de mevcuttur.

90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de ikrazatçılık düzenlenmiştir. İlgili KHK'nın birinci maddesine göre; bu KHK'nın amacı, faiz veya her ne ad altında olursa olsun bir ivaz karşılığı veya ipotek almak yoluyla sürekli şekilde ödünç para verme işleriyle uğraşan gerçek kişilerin ve finansman şirketleri ile faktöring şirketlerinin faaliyetlerinin denetlenmesi ve düzenlenmesidir.⁷⁰

KHK ödünç para verenleri gerçek ve tüzel kişiler olmak üzere ikiye ayırır. Buna göre; ikrazatçı, devamlı ve mutad meslek halinde, faiz veya her ne ad altında olursa olsun bir ivaz karşılığı veya ipotek almak suretiyle, ödünç para verme işleriyle uğraşan veya buna aracılık eden ve *kendilerine faaliyet izni verilen* gerçek kişilere denir. Finansman şirketi, devamlı ve mutad işgal konusu olarak her türlü mal ve hizmet alımı işlemini kredilendirmek için ödünç para veren tüketici kredisi şirketleridir. Faktöring şirketi ise mal ve hizmet satışlarından doğmuş veya doğacak alacakları temellük ederek tahsilini üstlenen, bu alacaklara karşılık ödemelerde bulunarak finansman sağlayan şirketlerdir.⁷¹

90 sayılı KHK'nın dokuzuncu maddesinde tefecilik şu şekilde tanımlanmıştır: "*Yetkili makamdan izin alınmadan (Hazine Müsteşarlığı) faiz*

⁶⁷ Arslan, s.36-37-38.

⁶⁸ Bkz. Yargıtay 7.CD. 07.10.2009, 5900/10180.

⁶⁹ Bkz. Yargıtay 4.CD. 14.03.2012, E.2011/20476, K.2012/5992.

⁷⁰ 90 sayılı KHK m.1.

⁷¹ Özbek, Tefecilik, s.34.

veya her ne ad altında olursa olsun, bir ivaz karşılığı veya ipotek almak suretiyle, ödünç para verme işlemlerinin yapılması veya bu işlerin meslek olarak kabul edilmesi ve KHK uyarınca alınan izin iptal edildiği halde ödünç para verme işlerine devam edilmesi”dir.⁷² Tanımdan da anlaşılacağı üzere, yasal şartlara uygun şekilde yapılan faiz veya benzeri ivazlar elde etmek maksadıyla ödünç para verme işleriyle uğraşmak ikrazatçılıktır. Bunun aksine, kanuna aykırı şekilde yapılan veya kanuna uygun şekilde alınmış iznin iptal edilmesine rağmen ödünç para verme işlerini yapmaya devam etmek ise tefecilik.⁷³ Dolayısıyla, tefeciliği, izin alınmadan yapılan ikrazatçılık olarak nitelendirebiliriz.⁷⁴

Madde metninde açıkça *paradan* söz edildiği için altın ve kıymetli evrakların ivaz karşılığı ödünç verilmesi bu suçu meydana getirmez. Özbek’e göre, suçun oluşması için ödünç olarak verilen şeyin para olması yeterlidir; ancak, bunun karşılığı olarak verilen şeyin para olması şart değildir. Maddede kazanç elde etmek amacından bahsedildiği için bu kazancın mutlaka para olması gerekmez. Önemli olan parasal bir değer olarak kazanç elde etmektir. Örneğin, ödünç olarak verilen para karşılığında bir miktar altın alınabilir.⁷⁵

1. Senet Kırdırmak Yoluyla İşlenen Tefecilik Suçu

Senet kırdırmak suretiyle tefecilik suçunun işlenip işlenemeyeceği doktrinde tartışmalı bir konudur. Senedin bedel olarak daha az bir miktar ile devredilip nakit paraya dönüştürülmesi hususunda çeşitli görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, TCK m. 241’in gerekçesinden⁷⁶ hareketle tefecilik suçunun oluştuğu yönündedir.⁷⁷ Özbek’e göre, bu gö-

⁷² 90 sayılı KHK m.9.

⁷³ Özbek, *Özel Hükümler*, s.859.

⁷⁴ Hüsamettin Uğur, “Tefecilik Suçunun Pozitif Dayanakları, Unsurları Ve Uygulama İlkeleri”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl:2, Sayı:8, Nisan 2007, s.66.

⁷⁵ Özbek, *Özel Hükümler*, s.859-860.

⁷⁶ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, 2.baskı, Ankara 2005, s.1000; TCK m.241 Gerekçesi: “Tefecilik suçu, iktisadi hayatımızda, “senet kırdırma” denen usulle de işlenebilir. Örneğin henüz vadesi gelmemiş bir bononun vadesinden önce başkasına verilerek karşılığında bono üzerinde yazılı meblağdan daha az bir paranın alınması durumunda tefecilik suçu oluşur. Çünkü, bu durumda bononun el değiştirmesi, kişiler arasında doğmuş olan bir alacak borç ilişkisine dayanmaktadır. İfade yerinde ise, bu durumlarda, birer ödeme aracı olan bononun veya çekin kendisi satılmakta ve satın alınmaktadır.”

⁷⁷ Bkz. Parlar, S.20; Özgenç, s.549; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.7236; Meran, *Ekonomi*, s.27.

rüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü gerekçe, hükme dâhil olmayıp bir yorum aracıdır. Ayrıca, senet kırdırma olayında bir paradan da söz etmek mümkün değildir. Yazara göre, madde metninde değişiklik yapılmalı, bu hususlar madde metnine dâhil edilmelidir.⁷⁸ Diğer bir görüş ise gerekçenin yorum vasıtası olduğunu savunarak senet kırdırma suretiyle tefecilik suçunun işlenemeyeceğini, aksi halde kanunilik ilkesine ters düşeceğini savunmaktadır. Arslan'a göre, senet kırdırma işlemi, ödünç para vermek şeklinde değerlendirilmemelidir. Aksi düşünce, kıyas yasağını ihlal edecektir.⁷⁹ Bu son görüşe göre, kırdırılan senedin adı senet olması durumunda alacağın temlikinden bahsedilebilir. Ancak, senedin bono, çek gibi kıymetli evrak niteliğine sahip olması ihtimalinde alacağın temlikinden değil cirodan bahsedilir.⁸⁰

Danıştay 7. Dairesi, vermiş olduğu bir kararda çek kırma işleminin tefecilik kapsamında değerlendirilemeyeceğini savunmuş, ancak Danıştay Vergi Daireleri Genel Kurulu bu işlemi tefecilik suçu kapsamında değerlendirmiştir.⁸¹

⁷⁸ Özbek, Özel Hükümler, s.862.

⁷⁹ Arslan, s.39.

⁸⁰ Giyik, s.87.

⁸¹ "...Temyiz istemini inceleyen Danıştay Yedinci Dairesi 6.6.2001 günlü ve E:2000/806, K:2001/2032 sayılı kararıyla; dosyanın incelenmesinden akaryakıt alım satımı ile uğraşan davacı hakkındaki ihbar ve şikayetler üzerine yapılan incelemeler sonucunda davacının isimli şahsa ait müşteri çeklerini kırmak ve adlı şahsa faiz karşılığı borç para vermek suretiyle ikrazatçılık faaliyetinde bulunduğu görüşüyle tarhiyat yapıldığının anlaşıldığı, temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddiaların kararın 'ya verilen borç para karşılığı elde edilen faiz yönünden bozulmasını sağlayacak durumda görülmediği, 6802 sayılı Gider Vergileri Kanununun 28. Ve 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükümünde Kararname uyarınca, gerek ikrazatçılığın, gerekse tefeciliğin tanımında faizden para kazanmak amacıyla ödünç para verme işleriyle uğraşılması gerektiğinin vurgulandığı, bu hükümler karşısında çek kırmanın ikrazatçılık veya tefecilik olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle kararı ...' den elde edilen faiz geliri yönünden bozmuş,' dan elde edilen faiz geliri yönünden temyiz istemini reddetmiştir.

Bozma kararına uymayan Manisa Veri Dairesi Mahkemesi 11.10.2001 günlü ve E:2001/1663, K:2001/605 sayılı kararıyla; inceleme raporu eki ifade tutanaklarından, 'in davacıya 1997 yılında toplam 10.000.000.000 liralık vadeli müşteri çeklerini kıırarak 3.500.000.000 lira faiz ödediği ve çeklerin elden tahsil edildiği, davacı tarafından ifade sahiplerine akaryakıt satıldığı ve bu kişilerle aralarında husumet bulunduğu ileri sürülmüş ise de, bunu kanıtlayacak fatura, sipariş fişi, sevk irsaliyesi vb. belge ibraz edilemediğinden ve ...' in davacının oğlu hakkındaki şikayetinden vazgeçmesi nedeniyle davanın düştüğü anlaşıldığından bu iddialara itibar etmenin mümkün olmadığı, dolayısıyla davacının bu işi mutat meslek

Yargıtay'a göre, çek veya senet kırma yoluyla komisyon karşılığı tefecilik suçunun işlenebileceği öngörülmüştür.⁸² Kanaatimizce de, Yargıtay'ın görüşü isabetlidir.

2. Kredi Kartı (POS) Tefeciliği

Kredi kartları, ticari yaşamın önemli yer tuttuğu günümüzde, hızla gelişen ve değişen yeniliklere paralel olarak yapılan alışverişlerde çok fazla kullanılması nedeniyle, zamanla para ve kıymetli evrakın yerini alarak çok önemli bir fonksiyon icra etmeye başlamıştır. Bundan dolayı, insanların mal ve hizmet alımı sırasında yanlarında nakit para taşımaları da büyük ölçüde azalmıştır. Bu tür fonksiyona sahip kredi kartları, artık günümüzde suç konusu teşkil eden bir alet konumuna gelmiştir.⁸³

Tefecilik suçunu oluşturan fiil, kazanç elde etmek amacıyla ödünç para vermektir. Suçun oluşması için kazancın mutlaka faiz olarak isimlendirilmesi gerekli değildir. Ödünç para verenle alan arasındaki

haline getirdiğinin ve ticari amaçla yaptığının kabulü gerektiği, 90 sayılı KHK'nın 3.maddesinin 545 sayılı KHK ile değiştiği, ikrazatçı deyiminin yeniden tanımlandığı, yine anılan Kararnamenin 9. Maddesiyle de tefeciliğin tanımlandığı, vadeli senetler için uygulanabilir nitelikte olan; senette yazılı tutarın "alacağına temlikci-cirosu" suretiyle ve belli bir iskontoyla üçüncü kişiden vadesinden önce tahsil edilmesi "kıırma" işleminin, TTK m.707'de belirtilen kurallar karşısında çekler için de uygulanmasının mümkün olmadığı, tüm bu hususlar dikkate alındığında ivaz karşılığı borç verilmesinin ikrazatçılık faaliyeti olduğu ve çek miktarı ile ödenen miktar arasındaki farkın davacının iktisaden elde ettiği miktar olduğu gerekçesiyle kararında direnmiştir.

Direnme kararı yükümlü tarafından temyiz edilmiş ve faiz karşılığı ödünç para vermediği, borç paranın akaryakıt alım satımından kaynaklandığı, tarhiyatın var sayımına dayalı olduğu ileri sürülerek kararın bozulması istenmiştir.

Türk Milleti Adına

Hüküm veren Danıştay Vergi Daireleri Genel Kurulunca dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

Karar: Dayandığı hukuksal nedenler ve gerekçesi kararın özet bölümünde yazılı Manisa Vergi Mahkemesinin 11.10.2001 günlü ve E:2001/1663, K:2001/605 sayılı ısrar kararı, aynı hukuksal nedenler ve gerekçe ile Kurulumuzca da uygun bulunmuş ve temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, Kararın bozulmasını gerektirecek durumda görülmemiştir.

Sonuç: Bu nedenlerle temyiz isteminin reddine, 15.02.2002 gününde oyçokluğu ile karar verildi" Danıştay Vergi Daireleri Genel Kurulu'nun 15.02.2002 tarih ve E. 2001/502 K. 2002/75 sayılı kararı, www.kazanci.com, e.t 28.10.2014.

⁸² Yargıtay 5.CD. 20/05/2013, 7693/5398; Yargıtay 5.CD. 30/04/2013, 6478/4096; Yargıtay 4.CD. 14/02/2013, 1822/4112.

⁸³ Yaşar/Gökcan/Artuç , s.7238.

ilişkide kazanç, *faizden* farklı bir isimle de adlandırılabilir.⁸⁴ Kredi kartı ile kart hamiline usulsüz nakit para aktarılması fiilinde hem ödünç verilen miktar hem de kredi kartı borcu olarak bankaya ödenen miktar, para olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸⁵ Kredi kartı ile satış yapan iş yerinden nakit para ihtiyacını, POS cihazından komisyon almak şeklinde ifade edilen faiz ile birlikte, iş yeri bu cihazdan toplam miktarı çektiğinde, alacağı parayı garanti altına almıştır. Çünkü bu iş yeri, borçluya ödediği nakit para sonucunda elde edeceği kazancı bankadan tahsil etmektedir. Burada da nakit parayı ödünç vermekte olduğu gibi, kazanç elde etme amacıyla ödünç verme olduğundan fiil açısından tefecilik suçuyla benzerlik göstermektedir. Tefecilik suçu ödünç paranın borç alana verilmesiyle birlikte tamamlanmış olduğundan,⁸⁶ kredi kartı ile kart sahibine usulsüz yollarla nakit para sağlanması fiilinde de tefecilik suçunun tamamlanması paranın borç alan kişiye verilmesiyle oluşur.⁸⁷

Özgenç, kredi kartı ile iş yerinden nakit ihtiyacının karşılanmasında tefecilik suçunun oluşması bakımından; gerçekte mal satışı olan ve olmayan durumları birbirinden ayırmaktadır. Gerçekte mal satışı olmadan, yani görünüşte mal bedeli olarak tahsil edilen paradan bir kısmının ödünç alana nakit olarak verilmesi suretiyle yapılan işlemler tefecilik suçunu oluşturur. Bu işlemlere uygulamada muvazaalı işlemler denmektedir. Bu durumda, tacir hangi miktarda ve kaç lira bedelle mal satışı yaptığına dair herhangi bir belge düzenlememektedir. Ayrıca, bu satışla ilgili muhasebe sistemine kayıt yapılmamakta, satış yapmış gibi gösterilen mal, müşteriye daha düşük miktarda nakit para ödemek suretiyle verilmektedir. Yazara göre, ticari faaliyetin hukuki niteliğini tespit ederken esas belirleyici olan durum, tacir konumunda olan kişinin niyetidir (iradesidir).⁸⁸ Tacir açısından burada gerçekleştirilen fiil, öncelikle malın satılması olduğundan kazanç

⁸⁴ Özgenç, s.553.

⁸⁵ Hakan Karakehya, "Türkiye'de Giderek Artan Hukuka Aykırı Bir Ekonomik Faaliyet Olarak Kredi Kartı Kullanılması Suretiyle Tefecilik", International Conference On Eurasian Economies, 2013, s.934.

⁸⁶ Uğur, s.71.

⁸⁷ Hüseyin Gültekin, "Kredi Kartı Kullanılması Suretiyle Tefecilik Suçu", Bankacılar Dergisi, Sayı:88, 2014, s.10; Aynı yönde bkz. Karakehya, s.934.

⁸⁸ Gültekin, s.11.

elde etmek amacının olması doğal bir durumdur. Müşterinin gerçekte mala ihtiyacı olmamasına karşın görünüşte mal almış gibi düşük bedelle alışveriş yapması durumu tefecilik olarak değerlendirilmemelidir. Burada, müşterinin mal satın alırkenki amacının bir önemi bulunmamaktadır.⁸⁹

Vergi mevzuatı çerçevesinde değerlendirildiğinde, yapılan alışveriş için fatura kesilmesi veya malı satan için ayrıca gider pusulası düzenlenmesi gerekir. Kredi kartıyla gerçekleşen tefecilik suçu açısından tacir konumundaki kişinin iradesi kazanç elde etmek amacıyla ödünç para vermek olan durumlarda da yapılan alışverişin kanuna uygun şekilde muhasebe kaydı yapılmalı ve belgelendirilmelidir. Uygulamada görünüşte yapılan alışveriş için fatura düzenlenmektedir. Gültekin'e göre, görünüşte yapılan alışverişin belgelendirilmesi ve usulüne uygun muhasebesinin yapılması, bu iradenin tek başına ticari olduğuna işaret etmez.⁹⁰

Kredi kartı ile tefecilik genel manada şu şekilde gerçekleşmektedir: *“Kredi kartı borcu ya da nakit paraya ihtiyacı olan kişi, pos tefeciye gidiyor. Pos tefeci ile örneğin 8 bin liralık borcu veya nakit para ihtiyacı için pazarlık yapıyor. 12 taksitte ödenmek üzere 10 bin liraya anlaşıyor. Pos tefeci 8 bin lirayı bankaya ödeyip, kredi kartı borcunu kapatıyor veya 8 bin lira nakit parayı o kişiye ödüyor. Aynı kredi kartından 10 bin liralık çekimi 12 ay taksitlendiriyor. Karşılığında mal satmış gibi belge veriyor. Vatandaş da 10 bin lira borcunu taksitler halinde ödüyor. Olay kredi kartı faizinden daha düşük olduğu için vatandaşa cazip geliyor. Uzaktan baktığımız olay mal satışı gözüküyor. Aslında yapılan iş yüzde 25 komisyonla tefecilik oluyor...”*⁹¹

Pos makinasından toplam miktarı çeken tefeci kazancı elde etmiş olmaktadır. Böylece, parayı alan kişi tefeciye değil, kredi kartını alan bankaya karşı borçlu duruma gelmektedir. Tefeciden para alan mağdur kredi kartı taksitlerini ödeyemez ise bu durumda ortaya çıkan ihtilaf tefeci ile mağdur arasında değil, mağdur ile söz konusu banka arasında çıkmaktadır.⁹²

⁸⁹ Özgenç, s.551.

⁹⁰ Gültekin, s.11.

⁹¹ Karakehya, s.934.

⁹² Karakehya, s.934.

IV. MANEVİ UNSUR

TCK m. 241'de yer alan *kazanç elde etmek amacıyla* ifadesi bu suçun genel kast ile işlenemeyeceğini, ancak özel kastla işlenebileceğini göstermektedir. Bundan dolayı, tefecilik suçunun işlenebilmesi için failde ödünç para vermek suretiyle kazanç elde etmek kastının olması gerekir. Aksi halde, kazanç elde etmek kastı olmayan ödünç vermeler ile paranın geri ödenmesine kadar geçen sürede muhtemel değer kayıpları için ödenen ek paralar bu suç kapsamında değerlendirilemez.⁹³ Bundan dolayı, tefecilik suçu bir amaç suçtur.⁹⁴ Önemle belirtmek gerekir ki, failin kazanç elde etmek kastı, şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispat edilememiş ise şüpheden sanık yararlanır ilkesi (in dubio pro reo) gereği sanık hakkında beraat kararı verilmelidir.⁹⁵ Suçun olası kast ile işlenmesi mümkün değildir.⁹⁶

Uygulamada bu suçun işlendiğinin kabulü bakımından süreklilik ve meslek edinmek unsurlarının aranmasının nedeni budur. Uygulamada bu tereddütün önüne geçmek için sistemli ve sürekli yapılması ölçütü getirilmiştir. Bu ölçüt ise failin kazanç elde etmek amacıyla hareket edip etmediğini belirlemek açısından önemlidir.⁹⁷

V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. TEŞEBBÜS

Teşebbüs, kişinin işlemeyi kastettiği bir suç, elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlanamamasıdır. Tefecilik suçu failin kazanç elde etmek amacıyla bir başkasına ödünç para vermesi ile tamamlanır. Kazancın elde edilmiş olması suçun tamamlanması için bir koşul değildir. Tefecilik suçu bu bakımdan neticesi harekete bitişik bir suçtur.⁹⁸ Bu suçlara teşebbüs kural olarak mümkün değildir; ancak, hareketin kısımlara bölünebildiği durumlarda teşebbüs mümkündür. Bu takdirde, fail ile faiz

⁹³ Parlar, s.23.

⁹⁴ Özgenç, s.553.

⁹⁵ Özbek, Özel Hükümler, s.863.

⁹⁶ Meran, Ekonomi, s.32.

⁹⁷ Özbek, Tefecilik, s.38.

⁹⁸ Meran, 90 sayılı KHK, s.111.

karşılığı ödünç para alacak kişinin anlaşma yapıp paranın teslimine kadar geçen aşamada, failin elinde olmayan sebeplerden ötürü fiil tamamlanamaz ise suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ifade edilebilir. Örneğin, fail ile parayı alacak kişinin anlaşmaya varması sonucu paranın kurye ile yollandığı sırada yakalama olursa teşebbüs aşamasında kaldığı ifade edilebilir.⁹⁹ Kanaatimizce de tefecilik suçuna teşebbüs mümkündür.

B. İŞTİRAK

Suçta iştirak, tek bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun birden fazla kişinin bir araya gelmesiyle işlenmesidir. Tefecilik suçu, bir kişi tarafından işlenebilen bir suç olmasından dolayı bu suçta iştirak mümkündür.¹⁰⁰ Örneğin, ortak çalışan iki kişiden birisi müşteri bulur, diğer ortak ise pos cihazını kullanır ise müşterek fail olarak cezai sorumlulukları doğacaktır.¹⁰¹

C. İÇTİMA

Bir kez dahi kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi tefecilik suçunu işlemiş olacaktır.¹⁰² Failin aynı suç işleme kararıyla aynı kişiye karşı birden fazla kez ödünç para vermiş olması durumunda zincirleme suçtan bahsedilir.¹⁰³ Tefecilik suçunun mağdurunun toplum olduğunu kabul edersek, TCK m. 43/1 son cümlesi gereğince, mağduru belli olmayan suçlarda da zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.¹⁰⁴

Bir kısım görüşe göre, farklı mağdurlara karşı faiz karşılığında ödünç para verilmesinde her bir ödünç para verme eylemi için ayrı bir tefecilik suçu meydana gelir.¹⁰⁵

⁹⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç, s.7243.

¹⁰⁰ Karakehya, s.935.

¹⁰¹ Gültekin, s.13.

¹⁰² Sistematik ve süreklilik kıstasları esas alınmadığı takdirde geçerlidir. Bkz. Yargıtay 5.CD.29/05/2013, 8600/5874.

¹⁰³ Özbek, Tefecilik, s.38.

¹⁰⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, s.7244.

¹⁰⁵ Parlar, s.24.

VI. YAPTIRIM

TCK m. 241'e göre, kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

Maddede hapis cezası ile adli para cezası birlikte düzenlenmiştir. Hâkim hapis cezasını, alt sınırdan verecek olursa TCK m. 51 gereği ertelenebilir. Ancak belirtmek gerekir ki erteleme kararı sadece hapis cezası için verilebilir, buna karşılık adli para cezası ertelenemez.¹⁰⁶ Adli para cezası, TCK m. 52 gereğince, beş günden az olmamak koşuluyla beş bin güne kadar belirlenecek tam gün sayısına göre tespit edilecektir. Gün sayısı 52. maddede öngörülen yedi yüz otuz günü aşkın olarak belirlenmesi olanaklıdır; çünkü 241. maddede adli para cezasının üst sınırı beş bin gün olarak belirlenmiştir.

Tüzel kişiler için ise, öngörülen güvenlik tedbirleri TCK m. 60'da düzenlendiği üzere işyerinin faaliyet izninin iptali ve bu suçla bağlantılı olan eşya ve maddi çıkarların müsaderesidir.

VII. MUHAKEMESİ

Tefecilik suçu bakımından görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesidir.

Tefecilik suçunun takibi şikâyete bağlı değildir. Faiz karşılığı ödünç para verildiğini öğrenen Cumhuriyet Savcısı veya kolluk kuvvetleri resen kovuşturmaya başlamak zorundadır.¹⁰⁷

Özbek'e göre, tefecilik suçuna ilişkin davaya sadece zarar gören bakımından hazine katılabilmektedir.¹⁰⁸

VIII. BORÇLAR HUKUKU KURUMU OLAN AŞIRI YARARLANMA VE TEFEÇİLİK SUÇU ARASINDAKİ İLİŞKİ

Aşırı yararlanma, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 28. maddesinde düzenlenmiş olup, sözleşmenin kurucu unsurlarıyla ilgili bir

¹⁰⁶ Meran, Sahtecilik, s.357.

¹⁰⁷ Ali Osman Kaynak, "Uygulamada Tefecilik Suçu", Ankara Barosu Dergisi, 1996/2, s.236.

¹⁰⁸ Özbek, Özel Hükümler, s.864.

kurumdur.¹⁰⁹ Borçlar Hukukuna egemen olan ilkelerden irade özerkliği ilkesinin sözleşmeler hukukundaki yansıması olan sözleşme özgürlüğüne getirilmiş sınırlamalardan biridir. Aşırı yararlanmada, taraflardan birinin içinde bulunmuş olduğu olumsuz koşullardan diğer tarafın yararlanarak aşırı menfaatler elde etmesi söz konusu olmaktadır. Aşırı yararlanma ile sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılıp, sözleşme taraflarından birinin içinde bulunduğu olumsuz koşullardan yararlanılması yaptırıma bağlanmış olmaktadır.¹¹⁰

Aşırı yararlanmadan söz edebilmek için gerekli koşullar şunlardır:

1-Subjektif koşul: Zarar görenin zor durumda bulunması veya düşüncesizliği ya da tecrübesizliği.

2- Sübjektif koşullardan yararlanma.

3-Edimler arası aşırı orantısızlık.

Aşırı yararlanmanın koşullarından olan sübjektif koşulun türlerinden biri olan zor durumda bulunmada, kişinin içinde bulunduğu zor durumdan kurtulması için sözleşmede öngörülen ağır koşulları kabul etmekten başka çaresi bulunmamaktadır. Örneğin, oğlunun ameliyatı için kasabada bulunan tek bir hekime müracaat eden A'nın içinde bulunduğu bu zor durumdan yararlanma kastıyla hekimin aşırı ücret talep etmesi durumunda aşırı yararlanma gerçekleşmiş olacaktır.¹¹¹

Aşırı yararlanma ile tefecilik suçunu karşılaştıracak olursak;

-Aşırı yararlanmanın düzenlendiği TBK m. 28, tefecilik suçundan daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. Tefeciden ödünç para alan herkesin zor durumda olduğu söylenemez.

- Tefecilik suçunda ödünç para veren kişi faiz geliri elde etmesin-

¹⁰⁹ TBK m. 28/1: "Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir."

¹¹⁰ Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13.baskı, Ankara 2010, s.180.

¹¹¹ Fikret Eren, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17.baskı, 2014, s.419-420.

den dolayı tarafların edimleri arasında orantısızlık bulunması her zaman gabin açısından zorunlu şart olan açık orantısızlık boyutundan olduğu söylenemez. Çünkü TCK m. 241'de, elde edilen faizin yüksek miktarda olmasından dolayı edimler arasında açık orantısızlık olduğu şeklinde bir ifade yer almamaktadır.

- Aşırı yararlanmadan bahsedebilmek için kişinin sömürme kasıyla hareket etmiş olması gerekmektedir. Ancak, tefecilik açısından önemli olan, kişinin kazanç elde etmek amacıyla hareket etmesidir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, tefecilik suçu ile aşırı yararlanmadan söz edilen durumların birbiriyle örtüşmediği görülmektedir. Tefecilik suçunun meydana geldiği durumlarda, edimler arası orantısızlık, aşırı yararlanma durumlarına nazaran daha fazladır; ancak, diğer şartlar oluşmadığından TBK m. 28'in uygulanamayacağı ifade edilebilir.¹¹²

SONUÇ

Yapılan açıklamalar ışığında, TCK m. 241, son derece eksik ve yetersiz bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu düzenlemenin getiriliş amacı ile ulaşılan sonuç birbirine zıttır. Kanunilik ilkesi gereği, ulaşılmak istenilen amaca ulaşılamamaktadır. Kıyas yasağı gereğince de amaçsal yorum yapılamadığı için, suçun kapsamı oldukça daralmıştır. Dolayısıyla izlenen suç politikası tam olarak yansıtılmadığı için uygulamada birçok sorun yaşanmaktadır. Çünkü bu suç tipi ile korunmak istenen hukuki değer, yalnızca ödünç para verilmesiyle ilgili işlemleri denetlemek değil, aynı zamanda bireylerin içinde bulunduğu zor durumlardan faydalanılmasını engellemektir.

İkrazatçılığı, "Devamlı ve mutad meslek halinde, faiz veya her ne ad altında olursa olsun bir ivaz karşılığı veya ipotek almak suretiyle, ödünç para verme işleriyle uğraşan veya ödünç para verme işlerine aracılık eden ve kendilerine faaliyet izni verilen gerçek kişilerdir" şeklinde yukarıda tanımlamıştık. Burada yer alan mantık devletin suça teşvik etmesidir. Buradan çıkan sonuç şudur: Aynı fiili Devletten izin alarak yaparsan suç olmuyor, izin almadan yaparsan suç oluyor.

¹¹² Giyik, s.42-43-44.

Devlet bir bakıma tefecilik faaliyetinde bulunacak kişilere şunu söylemiş oluyor: *“Tefecilik sonucu elde ettiğin gelirden bana kar payı verirsene seni suçu işlemiş kabul etmem !!!”*. Bu düşünce kesinlikle kabul edilemez. Bu suçla korunan asıl düşünce olan *“insanların içinde bulunduğu zor durumdan faydalanılmasını önlemek”*, ikrazatçılık sayesinde tamamen ihlal edilmektedir. Bununla da kalmayıp, daha fazla bu suçun işlenmesine ortam hazırlanmaktadır. Bu durum, söz konusu faaliyeti gayri meşru zeminden alıp meşru zemine oturtmaktır.

Senet kırdırma ve kredi kartı tefeciliği olarak bilinen yöntemler, madde kapsamında değerlendirildiğinde maddi unsur olarak karşımıza çıkmamaktadır. Tefecilik suçu açısından uygulamada en çok tartışmanın olduğu husus ise burasıdır. Yargıtay’ın bu uygulaması, kıyas ve kıyasa yol açacak yorum yasağına aykırıdır. Tefecilik suçunun anılan yöntemleri de içinde barındıracak şekilde TCK’da düzenleme yapılması isabetli olacaktır.

Kaynakça

- Arslan Çetin, “Tefecilik Suçu”, Ankara Barosu Dergisi, 2014/1.
- Birtek Fatih, “Tefecilik Suçu”, Kazancı Hukuk Dergisi, S.53-54, Y.2009.
- Eren Fikret, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17.baskı, Yetkin Yayınları, 2014.
- Giyik Abdulkaki, Türk Hukukunda Tefecilik Suçu, 1.baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Gültekin Hüseyin, “Kredi Kartı Kullanılması Suretiyle Tefecilik Suçu”, Bankacılar Dergisi, Sayı:88, 2014.
- Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2012.
- Karakehya Hakan, “Türkiye’de Giderek Artan Hukuka Aykırı Bir Ekonomik Faaliyet Olarak Kredi Kartı Kullanılması Suretiyle Tefecilik”, International Conference On Eurasian Economies, 2013.
- Kaynak Ali Osman, “Uygulamada Tefecilik Suçu”, Ankara Barosu Dergisi, 1996/2.
- Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13.baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2010.
- Meran Necati, Tefecilik Ekonomi Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar, 2.baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- Meran Necati, “Türk Ceza Kanununda Tefecilik Suçu ve 90 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulanması”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl:5, Sayı:51, Kasım 2010.
- Meran Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik-Malvarlığı Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.

- Özbek Veli Özer, "Tefecilik Suçu", *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl:5, Sayı:14, Aralık 2010.
- Özbek/Kanbur/Doğan/Babaksız/Tepe, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 5.baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- Özgenç İzzet, "Tefecilik Suçu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, Y.2010, Sa.1.
- Özgenç İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, 2.baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.
- Parlar Ali, *Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, Bilge Yayınevi, Ankara 2011.
- Seviğ Veysi, "Tefecilik Suçu", <http://www.ubdt.com.tr/makaleoku.php?id,e.t:29.10.2014>.
- Uğur Hüsamettin, "Tefecilik Suçunun Pozitif Dayanakları, Unsurları Ve Uygulama İlkeleri", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl:2, Sayı:8, Nisan 2007.
- Ünver Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin Yayınları, Ankara 2013.
- Yaşar/Gökcan/Artuç; *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 2.baskı, Cilt:5, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

AVUKAT HAKKINDA ARAMA VE ELKOYMA

SEARCH WARRANT FOR LAWYER AND CONFISCATION

Cengiz Ozan ÖRS*

Özet: Avukatlık mesleğinin nitelikleri; avukatın bağımsızlığı, sır saklama yükümlülüğü ve savunma hakkının korunması ile yakından ilgilidir. Avukatlık mesleğinin nitelikleri ve onun güvencesi olan bu yükümlülük ve ilkeler, avukat hakkındaki arama ve el koymanın Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avukatlık Kanunu'nda özel olarak düzenlenerek, diğer arama ve el koyma çeşitlerine göre daha sıkı koşullara bağlanmasını gerektirmiştir.

Anahtar Kelimeler: Avukat, Avukatın bağımsızlığı, Sır Saklama Yükümlülüğü, Adli Arama, Önleme Araması, El Koyma, Üst, Büro, Konut

Abstract: Qualifications of advocacy are closely associated with lawyer's independence, confidentiality obligation and protection for the right to defense. Obligations and principles which are the characteristics and guarantees of advocacy involve a peculiar arrangement in Criminal Procedure Code and Attorneys' Act on the search warrant for lawyer and confiscation, by stipulating strict conditions among other types of search warrant and confiscation.

Keywords: Lawyer, Lawyer's Independence, Confidentiality Obligation, Judicial Search, Prevention Search, Confiscation, Surface, Bureau, Abode.

GİRİŞ

Avukatlık serbest bir meslek olup, aynı zamanda kamu hizmetidir. Avukatlık mesleğini yürüten hukukçu kişi, yargı görevini yerine getirmektedir. Avukat, yargı görevini yerine getirirken yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil etmektedir.

Avukatın bağımsız savunmayı serbestçe temsil edebilmesi için bağımsız olması gerekmektedir. Gerek avukatın bağımsızlığı, gerekse

* T.C. Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi- Stajyer Avukat, İzmir Barosu

avukatın sır saklama yükümlülüğü ve dolayısıyla savunma hakkının korunması, avukat ile ilgili ceza muhakemesi işlemlerinin özel olarak düzenlenmesini zorunlu kılmıştır. Bu nedenle avukatın üzerinin, bürosunun ve konutunun aranması ile avukatın bürosunda ve postasında elkoyma özel olarak düzenlenerek sıkı koşullara bağlanmıştır.

Çalışmamızın ilk bölümünde arama ve elkoymaya genel olarak ve kısa bir şekilde değindikten sonra, ikinci bölümde avukat hakkında arama ve elkoymanın özel olarak düzenlenmesini gerektiren sebepleri inceleyeceğiz. Üçüncü ve devamı bölümlerde ise çalışmamızın konusu olan avukat hakkında arama ve elkoymayı incelerken, inceleme sıramız; “avukatın üzerinin aranması”, “avukat bürolarında arama, elkoyma ve avukatın postasında elkoyma” ve “avukat konutlarında arama” şeklinde olacak.

I. GENEL OLARAK ARAMA VE ELKOYMA

Her ikisi de birer koruma tedbiri¹ olan arama ve elkoyma, başta Anayasa ve Ceza Muhakemesi Kanunu² olmak üzere ilgili mevzuatta³ düzenlenmiştir. Anayasa'nın “Özel hayatın gizliliği” başlıklı 20. maddesinin 2. fıkrasına göre, “*milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakim*

¹ Ceza muhakemesinin yapılabilmesini veya verilecek hükmün kağıt üzerinde kalmasını önleyerek infazını mümkün kılan, hükümden önce geçici olarak bazı temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi gerektiren işlemlere koruma tedbirleri denilmektedir. Koruma tedbirleri hakkında bkz. Bahri, Öztürk, Durmuş, Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, vd., “Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Editör: Bahri Öztürk, 6. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2013, s. 445 vd. , Cumhuriyet Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Dördüncü Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 217 vd.

² 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, 17.12.2004 tarihli ve 25673 sayılı R.G.

³ Adli ve Öleme Aramaları Yönetmeliği (AÖAY), 01.06.2005 tarihli ve 25832 sayılı R.G. bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/06/20050601-15.htm>, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK), 14.07.1934 tarihli 2751 sayılı R.G..

onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar”.

Anayasa'nın “Konut Dokunulmazlığı” başlıklı 21. maddesinde ise kimsenin konutuna dokunulamayacağı belirtilerek temel kural konulduktan sonra, Anayasa'nın 20. maddesinde belirtilen şartlar bulunduğu takdirde kişinin konutuna girilebileceği, arama yapılabileceği ve buradaki eşyaya el konulabileceği belirtilmiştir. Bu durumda yetkili merciin kararı 20. maddede belirtilen aynı sürede hâkimin onayına sunulur, hâkim belirtilen sürede kararını açıklamadığı takdirde el koyma kendiliğinden kalkar.

Anayasa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında ve 21. maddesinde yer alan düzenlemelerden de görüleceği üzere, arama⁴ kişi dokunulmazlığı ile genel olarak özel yaşama ve özel olarak da konut dokunulmazlığına müdahale oluşturan bir koruma tedbidir. Elkoyma⁵ ise

⁴ Arama koruma tedbiri, şüpheli ya da sanığın, delillerin veya müsadereye konu eşyanın ele geçirilmesi amacıyla, şüpheli veya sanık ile üçüncü kişilere yönelik olarak, kişi üzerinde veya kamuya açık olmayan kapalı alanlarda yapılan bir ceza muhakemesi işlemidir. (adli arama) bkz. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma vd., s. 501. , Arama, adli arama şeklinde olabileceği gibi, bir suçun işlenmesini veya bir tehlikeyi önlemek amacıyla da yapılabilir. Bu ikinci arama türüne de önleme araması denilmektedir. bkz. Hamide Zafer, Nur Centel, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2010, s. 374. , PVSK'da sadece önleme araması düzenlenirken (m.9), AÖAY'de önleme araması (m.19) ile adli arama (m.5) birlikte düzenlenmiştir. Adli arama AÖAY m.5'e göre, “... bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, açısında, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracıda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir”. , Önleme araması ise AÖAY m. 19'a göre, “ ... a) Millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, b) Suç işlenmesinin önlenmesi, c) Taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti, amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülki âmirin yazılı emriyle ikinci fıkrada belirtilen yerlerde, kişilerin üstlerinde, aracında, özel kâğıtlarında ve eşyasında yapılan arama işlemidir”

⁵ Elkoyma, ceza muhakemesinde delil olan ya da ileride delil olarak kullanılacak veya müsadereye tabi eşyanın, eşyayı elinde bulunduran kişinin rızası olmaksızın onun tasarruf yetkisini ortadan kaldırarak eşyanın adliyenin eli altına alınmasını sağlayan ve potansiyel bir zor kullanma içeren bir koruma tedbidir. bkz. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma vd., s. 513. , Başka bir ifadeyle, “elkoyma, delil olabilecek ya da ileride müsadere edilebilecek eşya üzerinde zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması demektir. Kişi, bu tür değerleri rızasıyla teslim ederse, bunlar koruma

konut dokunulmazlığı yanında haberleşme özgürlüğü, mülkiyet haklarına müdahale oluşturan bir koruma tedbiridir.⁶

Ceza muhakemesinde başvuru koruma tedbirlerinden olan arama ve elkoymanın yapılabilmesi için gerekli şartlar Anayasa'da düzenlenmiştir. Yukarıda belirttiğimiz temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturan arama ve elkoyma için öncelikle, Anayasa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrası ve 21. maddesinde belirtilen sebeplerden bir veya birkaçının bulunması gerekmektedir. Bunlar milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleridir. Bununla birlikte, bu sebeplerden bir veya birkaçının bulunması da yeterli olmamakta, ayrıca kural olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararının bulunması gerekmektedir. Usulüne göre verilmiş hâkim kararının bulunmasının istisnasını ise gecikmesinde sakınca bulunan haller oluşturmaktadır. Böylece, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri ile arama ve elkoyma koruma tedbirlerine başvurulabilecektir. Ancak bu durumda kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emrinin yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması gerekmektedir. Yazılı emrin onayına sunulduğu hâkim ise kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklayacaktır. Yazılı emrin yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulmadığı ya da hâkimin, yazılı emrin onayına sunulduğu andan itibaren kırk sekiz saat içinde kararını açıklamadığı durumlarda el koyma kendiliğinden kalkacaktır. Anayasa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında ve 21. maddesinde yer alan düzenlemeler arama ve elkoyma işlemlerinin anayasal dayanakları olup,⁷ bu dayanaklardan yoksunluk arama ve elkoyma işlemlerini hukuka aykırı kılacaktır.

(muhafaza) altına alınır. Yanında bulunduran kişi bu değerleri rızasıyla teslim etmezse, bunlara el konulur yani bunlar zilyedinden zorla alınır. (CMK m. 123). Yasa'ya göre elkoyma, eşyanın veya malvarlığı değerlerinin rızayla teslim edilmesi halinde söz konusu olur. (CMK m. 123/2)". bkz. Centel/Zafer, s. 386.

⁶ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma vd., s. 501 vd. , Aramanın konut dokunulmazlığı ve özel yaşamın gizliliğine müdahale oluşturmalarının yanında; kişi özgürlüğü ile vücut dokunulmazlığına da müdahale oluşturan bir koruma tedbiri olduğu haklı olarak ifade edilmektedir. bkz. Centel/Zafer, s. 374.

⁷ Serhat Sinan Kocaoğlu, "Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 2012-1, 2012, s. 49.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 116. maddesinde şüpheli veya sanıkla ilgili yapılacak arama düzenlenmiştir. Buna göre, *"Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe⁸ varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir"*. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 117. maddesinde de diğer kişilerle ilgili yapılacak arama düzenlenmiş olup madde hükmüne göre, *"Şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin de üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir"*. Ancak, *"bu hâllerde aramanın yapılması, aranan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır"*. (m. 117/2.) Bununla birlikte, *"Bu sınırlama, şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile, izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli değildir"*. (m. 117/3.)

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda arama kararı ise 119. maddede düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre, *"Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde⁹ Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir "* Bununla birlikte bu kural, konutta, işyerinde ve kamuya açık olan alanlar dışında yapılan aramalar için geçerli olup, bu yerlerde yapılacak aramalarda kolluk amirleri-

⁸ Makul şüphe AÖAY m. 6/1'e göre, *"hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir"*. *"Makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir"*. (m. 6/2) *"Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir"*. (m.6/3). *"Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır"*. (m. 6/4) *"Arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır"* (m.6/5).

⁹ Gecikmesinde sakınca bulunan hal Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin *"Tanımlar"* başlıklı 4. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre gecikmesinde sakınca bulunan hal, adli aramalar bakımından; *"... derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini"* ifade eder. Önleme aramaları bakımından ise; *"... derhâl işlem yapılmadığı takdirde, milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi veya zarar görmesi, suç işlenmesinin önlenememesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini"* ifade eder.

nin yazılı emir verme yetkisi yoktur. Zira *“konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir”*.

Elkoyma¹⁰, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 123. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Bununla birlikte el koyma kararını verme yetkisi 127. maddede düzenlenmiştir.¹¹ Madde hükmüne göre, *“Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri, elkoyma işlemini gerçekleştirebilir.”* Üçüncü fıkrada ise Anayasa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrası ve 21. maddesine uygun olarak *“Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde elkoyma kendiliğinden kalkar”* denilmiştir.¹²

II. AVUKAT HAKKINDA ARAMA VE ELKOYMANIN ÖZEL OLARAK DÜZENLENMESİNİ GEREKTİREN SEBEPLER

Bir sonraki bölümde incelemeye başlayacağımız avukatlar hakkındaki arama ve elkoymaya ilişkin kurallar Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avukatlık Kanunu'nda¹³ özel olarak düzenlenmiştir. Ceza muhakemesi sürecinde başvuru arama ve elkoyma koruma tedbirlerinde

¹⁰ CMK'da elkoyma, basit elkoyma ve özel elkoyma olarak ikiye ayrılmıştır. Özel elkoyma içerisine ise taşınmaz hak ve alacaklara elkoyma (M. 128.), postada elkoyma (M. 129.), bilgisayarlara elkoyma (M. 134.) girmekte olup, bu elkoyma biçimlerinde elkoyma kararı verilebilmesi farklı koşullara bağlanmıştır. bkz. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma vd., s. 517-521.

¹¹ CMK m. 127'de düzenlenen elkoyma kararını verme yetkisi basit elkoyma ile ilgili olup, özel elkoyma çeşitleri için karar verme yetkisi, daha önce belirttiğimiz üzere ilgili maddelerde farklı koşullara bağlanmıştır.

¹² “Elkoyma, genellikle arama ile bağlantılı olarak başvuru bir koruma tedbiridir. Bununla birlikte arama kararı, arama sonucunda ele geçen eşyaya elkonulması kararını da kapsamaz. Yalnızca arama kararına dayanarak, arama sonucunda ele geçen eşyaya elkonulmasına olanak yoktur.” denilerek arama ve elkoyma kararlarının birlikte verilmesi gerektiği belirtilmiştir. bkz. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma vd., s. 515. Bununla birlikte bu düşünceye farklı bir görüş şu şekilde ifade edilmektedir: “Uygulamada, elkoyma kararı ya da emri şeklinde karşımıza çıkan bu tedbir genellikle sadece ‘elkoyma’yı değil, aynı zamanda ‘arama’yı da kapsamaktadır.” bkz. Kocaoğlu, s. 55.

¹³ 19.03.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, 07.04.1949 tarihli ve 13168 sayılı R.G.

avukatlar için istisnai düzenlemeler getirilmesinin sebebi, serbest bir mesleği icra eden ve kamu hizmeti gören avukatın,¹⁴ aynı zamanda yargı görevini yerine getirmesidir.¹⁵ Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesine göre avukatlığın amacı, "...*hukuki münasabetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır*". Böylece avukat, özel hukuk alanındaki uyuşmazlıkların yanı sıra idare ve ceza hukuku, yani kamu hukuku alanındaki uyuşmazlıkların da çözümlenmesine yardımcı olmakta, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil etmektedir.¹⁶ Sonuç olarak, yargının bağımsız olması için savunmanın, savunmanın bağımsız olması için de avukatın bağımsız olması gerektiğinden; avukat-savunma-yargı birbirinden ayrı düşünülemezdir. Sırasıyla yargı ve savunmanın bağımsızlıklarını sağlamak için avukatın bağımsızlığını sağlamak gerekmekte ve bu sebeple ceza muhakemesi işlemleri bakımından avukatlar hakkında farklı, istisnai düzenlemeler getirilmektedir.¹⁷

A. AVUKATIN BAĞIMSIZLIĞI

Bağımsızlık kavramı, herhangi bir kısıtlamaya, zorlamaya ve şarta bağlı olmaksızın düşünme veya davranma demektir. Böylece avukatın bağımsızlığı da, avukatın hiçbir kısıtlamaya bağlı olmaksızın düşünmesi ve adil yargılanma hakkının gereklerine uygun bir şekilde

¹⁴ Av.K. m. 1: "Avukatlık kamu hizmeti ve serbest bir meslektir. (Değişik : 2/5/2001 - 4667/1 md.) Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder".

¹⁵ 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu m. 6/1-d: "Yargı görevi yapan deyiminden; yüksek mahkemeler ve adli, idarî ve askerî mahkemeler üye ve hakimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar, Anlaşılır".

¹⁶ Avukatlığın ceza muhakemesine yansımaları müdafilik ve vekilliktir. bkz. Kocaoğlu, s. 48. , "Ceza soruşturmasını yürüten resmi organlar önünde şüpheli veya sanığı fiili veya hukuki açıdan koruyan, belli niteliklere sahip bulunan şüpheli veya sanık dışındaki kişi müdafî olmaktadır. Müdafî şüpheli veya sanık ve onun yasal temsilcisi dışında bir kişidir". bkz. Centel/Zafer, s. 165. , Müdafî, CMK m. 2/1-c'ye göre, "Şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukatı" ifade etmektedir. Vekil ise CMK m. 2/1-d'e göre, "Katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişiyi ceza muhakemesinde temsil eden avukatı" ifade eder.

¹⁷ Kocaoğlu, s. 45-48.

savunma görevini yerine getirebilmesi anlamına gelmektedir.¹⁸ Bağımsız savunmanın serbestçe temsil edilebilmesi için avukatın her türlü baskıdan uzak olarak görevini yapabilmesi, bir başka ifadeyle bağımsız olması gerekmektedir.¹⁹ Ancak bu takdirde avukat, Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinin belirttiği şekilde yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil edebilecektir.²⁰

Avukatın bağımsızlığının sağlanması amacıyla Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avukatlık Kanunu'nda avukatlara uygulanacak arama ve elkoyma bakımından özel düzenlemeler getirildiğini belirtmiştik. Bununla birlikte, Ceza Muhakemesi Kanunu ve Türk Ceza Kanunu'nda avukatın erk ve kişilere karşı bağımsızlığının korunmasına yönelik olarak birtakım düzenlemeler daha yer almaktadır.²¹ Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 203. maddesinin birinci fıkrası, duruşma düzeninin

¹⁸ Görevini iyi yapabilmesi için müdafî avukatın bağımsız olması gerekir. Müdafî, sanığa, yargılama ve iddia makamlarına, Baro'ya, üçüncü kişilere ve medyaya karşı bağımsızdır. Müdafî avukatın bağımsızlığı Anayasa'da açıkça güvence altına alınmamıştır. Fakat, hukuk devleti ilkesi (Any. m. 2) bu boşluğu doldurmaktadır. Çünkü temel hak ve özgürlüklerden olan hak arama özgürlüğü temel hakkı, savunmayı ve savunmanın hukuk devleti anlayışı içinde ayrılmaz bir niteliği olan avukatın bağımsızlığını da kapsar. bkz. Centel/Zafer, s. 171. , Müdafî avukatın yürütme karşısında bağımsızlığı, savcı karşısında bağımsızlığı, şüpheli/sanık karşısında bağımsızlığı ve mahkeme karşısındaki bağımsızlığı için bkz. Centel/Zafer, s. 171-173.

¹⁹ Avukatın, yargı görevini yerine getirirken konusunun uzmanı olması gerekmele birlikte hiçbir kişi ve kurumla bağımlılığı olmayan, her türlü baskı ve çıkar ilişkilerinden uzak bir kişi de olması gerekir. Başka bir ifadeyle, avukatlık mesleğini icra eden kişinin uzman olmasının yanı sıra, bağımsız da olması gerekir. Avukatın aynı zamanda hem hukukun hem de iş sahibinin çıkarlarına hizmet edebilmesi, ancak gerçek anlamda bağımsızlığın sağlanması ile mümkündür. Avukatın bağımsızlığı, onun mesleğini en iyi şekilde icra edebilmesinin bir garantisidir. Bu nedenle, avukatın bağımsız oluşu müvekkil ile arasındaki güven ilişkisini de perçinler. Avukatın bağımsızlığı müvekkil yararına da bir güvence oluşturmaktadır. Avukat mesleğini icraada ne kadar özgür olursa, müvekkilinin haklarını elde etme konusunda da o kadar başarılı olur. Bu nedenle, avukatlık bağımsızlığına yapılan müdahaleler avukatlığa yapılmaktan ziyade, avukatlarca savunulan vatandaşın hak ve özgürlüğüne yönelmektedir. bkz. Talay Şenol, "Bağımsız Avukatlık", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 54, 2004, s. 271-272.

²⁰ bkz. Serhat Sinan Kocaoğlu, "Adil Yargılama Hakkı Çerçevesinde Savunma Hakkı ve Avukatın Bağımsızlığının Gerçekleştirilmesinde Barolara Düşen Yükümlülükler", Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 10-14 Ocak 2012, s. 104-105., Avukatın bağımsızlığı ile ilgili olarak kanunlar ve meslek kurallarının gereğini her türlü organlara karşı savunmak, Av.K. m.97/6'da baro başkanlarının, m. 123/6'da ise Türkiye Barolar Birliği Başkanı'nun görevleri arasında sayılmıştır.

²¹ bkz. Kocaoğlu, "Adil Yargılama Hakkı Çerçevesinde Savunma Hakkı ve Avukatın Bağımsızlığının Gerçekleştirilmesinde Barolara Düşen Yükümlülükler", s. 105.

mahkeme başkanı veya hâkim tarafından sağlanacağını; aynı madde- nin ikinci fıkrası ise, duruşmanın düzenini bozan kişinin, savunma hakkının kullanılmasını engellemek koşuluyla mahkeme başkanı veya hâkim tarafından salondan çıkarılmasının emredileceğini düzenlemektedir. Üçüncü fıkrada ise, duruşmadan çıkarılması sırasında direnç gösteren veya karışıklıklara neden olun kişiye verilecek bir kararla disiplin hapsi uygulanabileceği, fakat avukatların bundan hariç tutulduğu düzenlenmiştir. Görüleceği üzere, avukatın bağımsızlığı gereğince avukatlar hakkında disiplin hapsi kararı verilememektedir. Bir diğer düzenleme “İddia ve savunma dokunulmazlığı” başlıklı Türk Ceza Kanunu’nun 128. maddesinde bulunmaktadır. Madde hükmü gereğince, “Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnadlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde, ceza verilmez. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerekir”.

Görüleceği üzere, madde hükmü aslında doğrudan savunma dokunulmazlığı ile ilgili olup, aynı zamanda avukatın yargının kurucu unsurlarından olan savunmanın bağımsızlığını serbestçe temsil edebilmesinin bir koşulu olan avukatın bağımsızlığı ile de yakından ilgilidir.

Sonuç olarak, yargı görevi yapan avukatların yargının kurucu unsurlarından olan savunmanın bağımsızlığını serbestçe temsil edebilmesi için bağımsız olmaları gerekmektedir. Böylece avukatın bağımsızlığı ile savunma hakkı ve özgürlüğü ayrılmaz bir bütün oluşturmaktadır. Bununla birlikte, burada, savunma hakkı ve özgürlüğü ile sıkı bağlantısı bulunan ve aynı zamanda avukat hakkında arama ve elkoymanın özel olarak düzenlenmesinin bir diğer sebebi olan sır saklama yükümlülüğüne değinmek gerekmektedir.

B. AVUKATIN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Avukatlar hakkındaki arama ve elkoymanın özel olarak düzenlenmesi avukatın sır saklama yükümlülüğü ile de yakından ilgilidir.²²

²² Hasan Şişman, “Avukatın Üzerinin, Büro veya Konutunun Aranması”, Ekim, 2012, <https://hasansisman.wordpress.com/2012/10/13/avukatın-uzerinin-buro-veya-konutunun-aranması/>, s. 1, Erişim Tarihi: 12.05.2015.

Avukatlık Kanunu'nun "*Sır saklama*" başlıklı 36. maddesinde, "*Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır*" denilmektedir. İkinci fıkraya göre, avukatlar öğrendikleri hakkında ancak müvekkillerinin izin vermesi durumunda tanıklık edebilir. Fakat bu halde dahi avukatlar tanıklıktan çekinme hakkına sahiptir.

Avukatların sır saklama yükümlülüklerinden dolayı tanıklıktan çekinebilecekleri Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "*Meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinme*" başlıklı 46. maddesinde de düzenlenmiştir. Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesinde sadece avukatlar bakımından tanıklıktan çekinme hakkı getirilmişken, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 46. maddesinde avukatların yanında stajyer ve yardımcıları da tanıklıktan çekinme hakkı kapsamına dâhil edilmiştir. 46. maddenin birinci fıkrasının a bendine göre, avukatlar, stajyerleri veya yardımcıları bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgilerle ilgili olarak tanıklıktan çekinebilirler.

Ayrıca, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 37. maddesinde "*Avukat meslek sırrı ile bağlıdır*" denilerek avukatların sır saklama yükümlülüğüne meslek kurallarında da yer verilmiş olup, Meslek Kuralları'nın 34. maddesi gereğince avukatlar Türkiye Barolar Birliği'nce belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler.

Yukarıdaki düzenlemelerde yer verilen avukatın sır saklama yükümlülüğü, avukatların görevlerinden dolayı öğrendiği bilgileri açığa vurmalarını yasaklamaktadır. Sır saklama yükümlülüğü nedeniyle avukatlara öğrendikleri bu bilgilerle ilgili olarak tanıklıktan çekinme hakkı tanındığı gibi, avukatlar hakkındaki arama ve elkoyma koruma tedbirleri de özel olarak düzenlenmiştir. Zira genel hükümler çerçevesinde yapılacak arama ve elkoyma avukatın müvekkiliyle ilgili belgelerine el konulmasına engel teşkil etmediğinden, bu durum avukatın sır saklama yükümlülüğüne aykırı olacaktır. Bu nedenle avukat hakkındaki arama ve elkoyma özel olarak düzenlenerek avukatın müvekkili ile ilgili olan belgelerinin açığa çıkmasının önüne geçilmiş, avukatın sır saklama yükümlülüğüne uygun kurallar getirilmiştir.

C. SAVUNMA HAKKININ KORUNMASI

Hukuk devletinin üzerine inşa olunduğu temel hak ve özgürlüklerin en önemlilerinden biri ve belki de en önemlisi, gerek uluslararası sözleşmeler ve gerekse Anayasa ve yasalarda yer verilen “savunma hakkı”dır.²³ Hak arama özgürlüğünü ve savunma hakkını somutlaştıran ve pekiştiren meslek avukatlık olup, avukat halkın hak arama özgürlüğünün teminatıdır.²⁴ Sahip olduğu bu önem nedeniyle savunma hakkının korunması, avukat ile ilgili ceza muhakemesi işlemlerinin özel olarak düzenlenmesinin bir diğer nedenini oluşturmaktadır.²⁵

Savunma hakkının korunması bakımından avukat ile ilgili tüm arama ve elkoymalar önemli olmakla birlikte, avukat bürolarının aranması ayrı bir öneme sahiptir. Avukatlık Kanunu’nun 23. maddesi gereğince avukatların büro edinme zorunluluğu vardır. Madde hükmüne göre, “Her avukat, levhaya yazıldığı tarihten üç ay içinde baro bölgesinde bir büro kurmak zorundadır ...” Türk Ceza Kanunu’nun 6. maddesinin birinci fıkrasının d bendi ile Avukatlık Kanunu’nun 1. maddesi doğrultusunda, avukatın yargı görevi yaparak yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil edebilmesi için avukatlık bürosu büyük önem arz etmektedir. Ayrıca, avukatın kamu hizmeti ve serbest bir meslek olan avukatlığı icra edebilmesi için ekonomik faaliyetlerini de sürdürebilmesi gerekir ki, avukatlık bürosu bu yönüyle avukat için çok önemlidir. Bu nedenlerden dolayı avukatlık bürosunun savunmanın her türlü faaliyetinin emin bir şekilde yürütülebilmesi bakımından deyim yerindeyse avukatın kalesi olduğu ifade edilmektedir. Böylece avukatın kalesi olan büro, her türlü dış tehditten hukuken korunaklı olmalı, güvenli bir yer teşkil etmelidir. Çünkü avukat ile müvekkili arasındaki ilişki tamamen güvene dayalı bir ilişkidir.²⁶

²³ Savunma hakkına T.C. Anayasası’nın 36. maddesinde yer verilmekle birlikte bu hakka uluslararası sözleşmeler bakımından İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m. 8-11; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6/3; Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler -Havana Kuralları- m. 1’de yer verilmiştir. bkz. Şenol, s. 269.

²⁴ Şenol s. 270’den Yücel Sayman, “Hak Arama Özgürlüğü ve Avukatlık Mesleği, Demokratikleşme, İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Bağlamında Avukatlık Mesleği” (Sorunlar-Çözüm Perspektifleri, İstanbul Barosu Başkanlığı Sempozyumu, 25-29 Ekim 1995, 1. Baskı, Antalya: İstanbul Barosu Yayınları, 1996, s. 420.

²⁵ Ezgi Kızılkaya, “Türk Hukuku ve Karşılaştırılmalı Hukukta Arama, Elkoyma ve Gözaltı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 89, 2010, s. 514.

²⁶ Kocaoğlu, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi

Bununla birlikte avukatlık bürosu güvenli bir yer teşkil etmeyen ve kolaylıkla aranabilecek bir yer olarak düşünülürse savunma hakkı zedeleneyecektir.²⁷ KOCAOĞLU, savunma hakkının zedeleneyeceğini şu şekilde açıklamaktadır: “Çünkü bu düşünceye sahip şüpheli veya sanık, büroya görüşmeye giderken kolaylıkla aranabilecek bir yer olduğu için avukatlık bürosuna savunması için lazım belge ve delilleri yanında götürmez. Bu durum ise açıkça şüpheli veya sanığın savunma hakkını kısıtlar”²⁸

EREM ise, “... avukatlar tam bir güven içerisinde bulunmazlarsa mesleklerini ifa edemezler. Avukatın bürosu basit bir iş mahalli değildir. Avukatın yazıhanesinin aranabileceğini düşünen bir müvekkilin avukatına güvenmesine imkân yoktur. Aranabilen avukat yazıhanesi tuzak haline gelebilir. Zamanla, çok az kişi bu tuzağa düşer Savunma özgürlüğü yalnız duruşmada serbestçe savunma yapabileme olanağı değildir. Kişi dilediği delili getirmek veya getirmemek takdirine de sahip bulunmalıdır. Nasıl sanık yemine zorlanamazsa, aynı şekilde elinde bulunan delili vermeğe de zorlanamaz. Avukat yazıhanesine intikal etmiş bir delil artık savunmanın takdirine tevdi edilmiştir” demektedir.²⁹

Sonuç olarak, yukarıda ifade ettiğimiz üzere avukatların bağımsızlığı, sır saklama yükümlülüğü ve savunma hakkının korunması avukatlar hakkındaki arama ve elkoymanın genel hükümlerden

Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı”, s. 55. , Av.K. m. 34: “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”. TBB’nin 8-9 Ocak 1971 tarihli IV. Genel Kurulu’nda kabul edilen ve 26 Ocak 1971 tarihli TBB Bülteni’nde yayınlanarak yürürlüğe giren Türkiye Barolar Birliği (TBB) Meslek Kuralları, Kural 3: “Avukat, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür”.

²⁷ 18.01.2013 tarihli ‘Avukat Büro ve Konutunun Aranması’ konulu panelin açılış konuşmasında İstanbul Barosu Başkanı Av. Doç. Dr. Ümit Kocasakal’ın söylediği üzere, “Avukata yönelik her türlü baskı ve gözdağı vatandaşa yapılmış baskı ve gözdağıdır.”,

<http://www.istanbulbarosu.org.tr/detail.asp?CatID=1&SubCatID=1&ID=7687>, 25.01.2013, Erişim Tarihi: 12.05.2015.

²⁸ Kocaoğlu, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı” s. 55.

²⁹ Faruk Erem, “Meslek Kuralları (Şerh)”, TBB Yayınları, Sevinç Matbaası, İkinci Bası, Ankara 1973, s. 74-75.

ayrı olarak düzenlenmesini gerektirmiştir. Bir diğer ifadeyle, avukatın bağımsızlığı ile sır saklama yükümlülüğü çerçevesinde, savunma hakkının korunması ve adil yargılanma hakkının da güçlü kılınması amacıyla avukatlar hakkındaki arama ve elkoymaya özel sınırlar getirilmiştir.³⁰

III. AVUKATIN ÜZERİNİN ARANMASI

Avukat bürolarında arama, elkoyma ve avukatın postasında elkoyma Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinde özel olarak düzenlenmesine rağmen; avukatın üzerinin aranması ile ilgili özel bir düzenlemeye Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer verilmemiştir. Bununla birlikte, avukatın üzerinin aranması ile ilgili bir düzenlemeye Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre özel nitelikte olan Avukatlık Kanunu'nda yer verildiği görülmektedir. Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesine göre, "... Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamaz".

Madde hükmünden görüleceği üzere ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamayacaktır. Madde hükmüne bakıldığı zaman avukatın üzerinin aranabilmesi için iki unsurun birlikte bulunması gerektiği görülmektedir. Birlikte bulunması gereken bu iki unsur suçun ağır ceza mahkemesinin görev alanına giriyor olması ve suçüstü halidir. Bir başka ifadeyle, Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi gereğince avukatın üzerinin aranabilmesi için, avukatın ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suç işlemesiyle birlikte suçüstü halinin de varlığı gerekecektir. Buna karşın avukatın ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suç işlemesine rağmen ortada suçüstü hali yoksa ya da ortada suçüstü hali olmasına rağmen işlenen suç ağır ceza mahkemesinin görev alanına girmiyorsa avukatın üzeri aranamayacaktır.

Bununla birlikte, burada yanıtlanması gereken şu soru bulunmaktadır: Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi gereğince avukatın üzerinin aranması söz konusu olduğunda, arama yapılabilmesi için hâkim kararı gerekli midir? Avukatlık Kanunu'nun 61. maddesinden

³⁰ Oya Aydın, Selçuk Kozağaçlı, Avukat Bürolarının Aranması, Ankara Barosu İnsan Hakları Komisyonu Yayınları, Ankara 2001, s. 3.

yola çıkararak bu soruya yanıt verilebileceğini düşünüyoruz. Avukatlık Kanunu'nun "suçüstü hali" başlıklı 61. maddesine göre, "Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü halinde soruşturma, bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından genel hükümlere göre yapılır". 61. maddeden yola çıkararak ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçun ve suçüstü halinin varlığı halinde avukatın üstünün aranmasının genel hükümlere göre yapılacağı söylenebilir.³¹ Böylece, ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü halinde avukatın üzerinin aranması için mutlaka hâkim kararı gerekmeyecek; Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 119. maddesi gereğince gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri avukatın üzerini arayabilecektir.

Yukarıda değindiğimiz üzere, Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi gereğince ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı ve suçüstü halinin varlığı halinde avukatın üzeri aranabilecektir. Peki, 58. maddede yer alan bu kuralın avukatın işlemiş olduğu suç bakımından kapsamı nedir? Daha açık bir ifadeyle, bu kural avukatın görevinden doğan veya görev sırasında işlediği suçlarla sınırlı olarak mı uygulanacak yoksa görev suçları ile sınırlı olmayıp avukatın işlediği adi suçlar da bu kapsamda değerlendirilecek midir?

Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinin ilk cümlesinde, avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturmanın Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılacağı belirtilmiştir. Maddenin son fıkrasında ise daha önce değindiğimiz üzere, ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzerinin aranamayacağı belirtilmiştir. Görüleceği üzere, 58. maddenin birinci fıkrasında avukatların görevlerinden doğan ya da görevleri sırasında işledikleri suçlar bakımından bir sınırlama yapılmış iken, maddenin son cümlesinde böyle bir sınırlamaya yer vermeden sadece ağır ceza mahkemesinin görev alanına

³¹ Ersan Şen, "Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 2013-2, 2013, s. 342.

giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzerinin aranmayacağı belirtilmiştir. Bu durumun bir belirsizlik yarattığı açık olup, bu belirsizlik nedeniyle iki farklı görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre, maddenin başlığının “soruşturmaya yetkili cumhuriyet savcısı” olması ve maddenin ilk cümlesinde avukatların görevlerinden doğan veya görev sırasında işlediği suçlardan dolayı yapılacak soruşturmada yetkili Cumhuriyet savcısının belirtilmesi sebebiyle, 58. madde sadece avukatların görevleri ile ilgili suç işlemleri durumunda geçerli olacaktır.³² İkinci görüşte ise, 58. maddenin son cümlesinde avukatın görevinden doğan veya görev sırasında işlediği suçlar ile avukatın işlediği adi suçlar arasında bir ayırım yapılmadığından; ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçüstü halleri dışında avukatın işlediği iddia edilen suçun adi veya görevle ilgili olup olmadığına bakılmaksızın avukatın üzerinin aranmayacağı ileri sürülmektedir.³³

Yukarıda belirttiğimiz iki farklı görüş karşılaştırıldığında, birinci görüşte Avukatlık Kanunu’nun 58. maddesinin ilk cümlesi göz önüne alınarak maddenin ve dolayısıyla son cümlesinin sadece avukatların görevleri ile ilgili suç işlemleri durumunda geçerli olduğu sonucuna varılmıştır. Buna karşılık, ikinci görüşte ise 58. maddenin son cümlesinin göz önüne alınmasıyla, cümlede görevle ilgili suç ve adi suç bakımından bir ayırım yapılmaması nedeniyle işlenen suçta ayırma gidilmeksizin eğer suçun ağır ceza mahkemesinin görev alanına girmesi ve suçüstü halinin varlığı birlikte bulunmuyorsa avukatın üzerinin aranmayacağı sonucuna varıldığı görülmektedir. Her iki görüşün de yaklaşım açılarına bakıldığı zaman ayrı ayrı haklılık payına sahip oldukları söylenebilirse de, iki görüş de aynı anda doğru olamayacağına göre bu konunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Yasa koyucu, Avukatlık Kanunu’nun 58. maddesinin ilk cümlesinde yetkili Cumhuriyet savcısının belirlendiği soruşturmanın avukatların görevinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı yapılacak soruşturma olduğunu ifade etmiştir. Bununla birlikte, yasa

³² bkz. Kemal Vuraldoğan, “Avukatın Üzerinin Aranması Sorunu ve Avukat Vuraldoğan Davası”, *Eskişehir Barosu Dergisi*, Sayı: 6, 2005, s. 20. Yazar dipnotta, İçişleri Bakanlığı’nın Avukat Vuraldoğan davasına sunduğu 28.08.2003 tarihli dava dilekçesinde bu iddiayı dile getirdiğini belirtmiştir.

³³ bkz. Şen, “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, s. 342.

koyucu maddenin son fıkrasında herhangi bir suç ayırımına gitmeden sadece ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali olmadığı sürece avukatın üzerinin aranamayacağını belirtmiştir. Burada sorulması gereken soru, yasa koyucunun maddenin ilk cümlesinde yaptığı suç ayırımını son cümlesinde tekrarlamamasının ne anlama geldiğidir. Yasa koyucu maddenin ilk cümlesinde yaptığı suç ayırımını son cümlede tekrarlamayarak ister görev suçu ister adi suç olsun avukatların ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında üzerleri aranamaz mı demek istemiştir? Yoksa ilk cümlede yaptığı suç ayırımını son cümlede tekrarlama gereği duymayarak, son cümlede avukatların yalnızca görev suçları ile sınırlı olarak ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında üzerleri aranamaz mı demek istemiştir?

Ağır Ceza Mahkemesinin görev alanına giren suçlar 5235 sayılı Kanun'un³⁴ 12. maddesinde sayılmıştır. Maddede ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar belirtmekle birlikte "*kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere*" denilerek, özel kanunlar ile de ağır ceza mahkemesinin görevli kılınabileceği belirtilmiştir. Nitekim Avukatlık Kanunu'nun 59. maddesinde "*Haklarında son soruşturmanın açılmasına karar verilen avukatların duruşmaları, suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesinde yapılır*" denilmek suretiyle avukatların görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlarda ağır ceza mahkemesinin görevli olduğu belirtilmiştir.³⁵

Görülebileceği üzere ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar 5235 sayılı Kanun'un 12. maddesinde sayılmış olup, bu maddede "*kanunların ayrıca görevli kıldığı haller ...*" denmesi ve Avukatlık Kanunu'nun 59. maddesinde yer alan düzenleme gereğince avukatların görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri suçlar bakımından da ağır ceza mahkemesi görevlidir. Böylece avukatların

³⁴ 26.09.2004 tarih ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, 7.10.2004 tarihli ve 25606 sayılı R.G.

³⁵ Bu konuda ayrıca bkz: "Avukatlar Hakkında Soruşturma ve Kovuşturma Usulü", 02.06.2013, <http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=183&t=14154>, Erişim Tarihi: 18.06.2015.

görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri suçların ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlardan olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumu Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinin son cümlesinde yer verilen "Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamaz" düzenlemesiyle birlikte değerlendirerek, düzenlemenin avukatın işlediği adi suçları da kapsayıp kapsamadığı konusunda bir sonuca varabileceğimizi düşünüyoruz.

Avukatların görevlerinden doğan veya görevleri sırasındaki işledikleri suçların ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlardan olduğunu göz önüne aldığımızda, 58. maddenin son cümlesinde "*ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali ...*" denilerek zaten avukatların görev suçlarından daha geniş bir çerçeveye ifade edilmiştir. Başka bir ifadeyle, avukatların görev suçları "ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suç" ifadesine göre daha dar bir kapsamı ifade etmekte olup, avukatların görev suçları ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlardan yalnızca birisidir. Böylece, "*ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamaz*" kuralındaki 'ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suç' ifadesinin avukatın görev suçlarını da kapsamaması sebebiyle, bu kuralın avukatın görev suçları ile sınırlı olduğunu söylemek mantıklı olmayacaktır. O halde, bu kural avukatın görev suçları ile sınırlı değildir ve bu kuralın kapsamına avukatın görev suçları bakımından da görevli olan ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bütün suçlar girmektedir. Bu yaklaşıma bağlı olarak, Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinin son cümlesinde yer verilen düzenlemenin avukatın görev suçları ile sınırlı olmadığını düşünüyoruz. Böylece, avukatın görev suçu veya adi suçu olması fark yaratmayacak; ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamayacaktır.

Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinin son cümlesindeki avukatın üzerinin aranması ile ilgili düzenleme bakımından cevaplanarak açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer önemli konu da şudur: Bu düzenleme sadece adli aramayla mı sınırlıdır? Yoksa adli aramayla birlikte önleme araması için de geçerli midir?

Bir görüşe göre, Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinin son cümlesindeki kural "ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suç" deyiminden de anlaşılacağı üzere sadece adli aramalar için geçerlidir. Çünkü bu düzenleme avukatın suç isnadı altında olduğu durumlarda geçerli olup; düzenlemenin getirilmesindeki amaç avukatın savunma görevini hiçbir etkiye bağlı olmadan yerine getirmesidir.³⁶ Bu görüşe benzer bir görüş başka bir kaynakta da dile getirilmiştir. Yazara göre önleme araması avukata herhangi bir ayrıcalık vermemektedir ve usulüne uygun bir önleme araması ile avukatın üzeri aranabilecektir.³⁷

Bir diğer görüşe göreyse, Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi adli ve önleme aramaları konusunda herhangi bir fark gözetmemiş, avukatların üzerleri ve dolayısıyla yanlarında taşıdıkları eşyanın hangi durumda aranabileceğini düzenlemiştir. Zira bu maddenin son fıkrasının son derece açık bir şekilde avukatın üzerinin ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında aranamayacağını emretmektedir. Bu sebeple, söz konusu düzenleme yalnızca adli aramaları değil, aynı zamanda önleme aramalarını da kapsamaktadır.³⁸

Avukatların önleme araması ile üzerlerinin aranıp aranamayacağı konusunda bir sonuca varabilmek için öncelikle bu konu ile doğrudan ilgili olan iki kararı incelemenin faydalı olacağını düşünüyoruz. Danıştay 8. Dairesinin bir kararının özet bölümünde ifade edildiği üzere, "Avukat olan davacının, avukatlık kimliğini ibraz etmesine rağmen kolluk kuvvetleri tarafından üzerinin aranması nedeniyle manevi zararın tazmini istemiyle dava açılmıştır. Avukatlık Yasası uyarınca ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatların üzeri aranmaz. Suçüstü hali olmadan müvekkili önünde kolluk kuvvetlerince üzeri aranan davacının meslek onurunun zedelendiği açıktır. Davalı İdarenin bu eylemde hizmet kusurunun bulunduğu, davacının manevi zararının karşılan-

³⁶ Prof. Dr. Feridun Yenisey'in, Av. Kemal Vuraldoğan'ın açtığı davada davalı İçişleri Bakanlığı'nın davaya cevap dilekçesinin ekinde yer alan 23.07.2003 tarihli görüşü. E. 2003/1192, K. 2004/978, k.t. 11.6.2004. bkz. Vuraldoğan, s. 18.

³⁷ bkz. Kocaoğlu, "Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı", s. 51.

³⁸ Ersan Şen, "Avukatın Aranması", 06.04.2015, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1337742-avukatın-aranması>, Erişim Tarihi: 17.06.2015.

*masına, haksız zenginleşmesine de yol açılmamasını sağlamak üzere takdiren manevi zararın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalı İdare tarafından davacıya ödenmesine ve fazlaya ilişkin istemin reddine karar verilmesi hukuka uygundur”.*³⁹

Karardan görüleceği üzere Danıştay 8. Dairesi, davalı idareyi önleme araması eyleminde kusurlu bularak yerel mahkemenin davacı lehine manevi tazminat ödenmesi kararını⁴⁰ hukuka uygun bulmuş ve fazlaya ilişkin istemin reddine karar vermiştir.

Danıştay 8. Dairesi, Avukatlık Kanunu uyarınca ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatların üzeri aranamayacağına vurgu yaparak davacı avukatın kimliğini ibraz etmesine rağmen kolluk kuvvetleri tarafından üzerinin arandığına dikkat çekmiştir. 8. Daire, suçüstü hali olmadan müvekkili önünde kolluk kuvvetlerince üzeri aranan davacı avukatın meslek onurunun zedelendiği açıktır diyerek davalı idarenin bu eylemde hizmet kusurunun bulunduğunu belirtmiştir. 8. Daire bu kararında, Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinin son fıkrasında yer alan ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatların üzerinin aranamayacağı hükmünü sadece adli arama ile sınırlamamış, önleme aramasını da bu düzenleme kapsamında görmüştür. Danıştay 8. Dairesinin kararının, vardığı bu sonuç itibarıyla oldukça önemli olduğunu düşünüyoruz.

Konu ile ilgili olarak öneme sahip olan bir diğer karar ise Ankara 3. İdare Mahkemesi'nin vermiş olduğu karardır.⁴¹ Söz konusu kararın

³⁹ Danıştay 8. Dairesinin 12.11.2010 tarih ve E. 2010/5626, K. 2010/6024 sayılı kararı. Karar için bkz. <http://www.hukukihaber.net/kararlar/sucustu-hali-disinda-avukatin-ustu-aranamaz-h31196.html>, 22.02.2013, Erişim tarihi: 19.06.2015.

⁴⁰ Sakarya 1. İdare Mahkemesinin 31.03.2010 gün ve E:2009/540, K:2010/248 sayılı kararı.

⁴¹ Ankara 3. İdare Mahkemesi'nin 11.06.2004 tarih ve E. 2003/1192, K. 2004/978 sayılı kararı. , "1 Mayıs 2004 günü Ankara Adliyesinden çıkan Avukat Vuraldoğan, adliye çıkışındaki bulvarda 1 Mayıs gösterileri nedeniyle, Ankara Valiliği'nden aldıkları genel arama izni çerçevesinde miting alanı ve çevresinde arama yapan polisler tarafından aranmak istenmiş, avukat olduğunu belirtmesine rağmen polisler arama konusunda ısrar ederek kendisini aramışlar, yapılan arama, Ankara Barosu Başkanlığı tarafından kameraya alınmıştır. Avukat Vuraldoğan, kanuna aykırı olduğuna inandığı arama nedeniyle Ankara Valiliği görevlileri aleyhinde suç duyurusunda bulunmuş, ayrıca manevi tazminat istemiyle İçişleri Bakanlığı'na başvurmuştur Avukat Vuraldoğan'ın manevi tazminat istemli dilekçesine cevap veril-

gereğesinde, kamu idarelerinin yürütmekle yükümlü buldukları kamu hizmetlerini gereği gibi yerine getirmek, bu hizmetin işleyişini sürekli olarak kontrol etmek ve hizmetin yürütülmesi sırasında gerekli önlemleri almakla yükümlü olduklarına işaret edilmiş, anılan yükümlülüğün yerine getirilmemesi suretiyle hizmetin kötü veya geç işlemesi, gereği gibi işlememesi durumunda idarenin hizmet kusuru oluşacağı ve bu kusur nedeniyle bir zarar verilmiş olması durumunda ise meydana gelen zararın tazmin edilmesi gerekeceği belirtilmiştir. Ankara 3. İdare Mahkemesi hâkimi, avukatların demokratik hukuk devletinin işleminde, yargılama ve hak arama özgürlüğünün sağlanmasında emeği geçtiği, davacı avukatın vatandaşlar önünde üst aramasına maruz kalmasının meslek onurunu zedelediği, adaletin tam tecellisi olarak önem ve öncelik kazanan manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği gerekçesiyle davayı kabul etmiştir.⁴²

Danıştay 8. Dairesinin ve Ankara 3. İdare Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlarda ortak olarak avukatın üst aramasına maruz kalmasının avukatın meslek onurunu zedelediği belirtilmiştir. Danıştay 8. Dairesi kararında, suçüstü hali olmadan *müvekkili önünde* kolluk kuvvetlerince üzeri aranan davacı avukatın meslek onurunun zedelendiğini; Ankara 3. İdare Mahkemesi ise kararında, avukatın *vatandaşlar önünde* üst aramasına maruz kalmasının avukatın meslek onurunu zedelediğini belirtmiştir. Görüleceği üzere Ankara 3. İdare Mahkemesi, söz konusu yerde müvekkili olmasa bile vatandaşlar önünde avukatın üzerinin aranmasının avukatın meslek onurunu zedelediğini belirtmiştir. Avukatın üst aramasına tabi olup olmayacağı değerlendirilirken avukatın meslek onurunun korunmasının bir ölçüt olarak göz önüne alınması zorunluluğunu ortaya koyması sebebiyle, zaten oldukça önemli bu iki kararın ayrıca bu yönüyle de büyük öneme sahip olduğunu düşünüyoruz.

Bizce, avukatların üst aramasına tabi olup olmayacağı konusunda bir sonuca varabilmek için öncelikle üst aramasını avukatlık mesle-

memesi üzerine, Avukat Vuraldoğan tarafından Ankara 3. İdare Mahkemesi'nde tam yargı davası açılmış, Ankara Barosu davacı yanında davaya müdahale talebinde bulunmuştur". bkz. Vuraldoğan, s. 17-18.

⁴² bkz. Vuraldoğan, s. 19.

ğinin niteliği bakımından⁴³ ikiye ayırarak incelemek gerekmektedir. Avukatın mesleğini yaptığı durumlarda önleme aramasına tabi olmayacağına kabulü gerekmektedir.⁴⁴ Örnek olarak avukatlık bürosu gibi avukatın mesleğini yaptığı yerlerden olan adliyeye girişlerde avukatlara önleme araması yapılamayacaktır.

Avukatın mesleğini yaparken önleme aramasına tabi olmayacağı düşüncemize uygun bir düzenlemeye 5275 sayılı Kanun'un⁴⁵ 86. maddesinin 3. fıkrasında yer verilmiştir. 86. maddenin 3. fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, *"... sıfat ve görevi ne olursa olsun, ceza infaz kurumlarına girenler duyarlı kapıdan geçmek zorundadır. Bu kişilerin üstleri metal dedektörle aranır; eşyaları x-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirilir, ayrıca şüphe hâlinde elle aranır. Bu cihazların bulunmadığı yerlerde arama ve kontrol elle yapılır. Ancak milletvekilleri, mülkî amirler, hâkim, Cumhuriyet savcıları ve bu sınıftan sayılanlar, avukatlar, noterler, ... ağır cezayı ge-*

⁴³ Avukat mesleğinin niteliği avukatlar hakkında aramanın özel olarak düzenlenmesini gerektirdiğinden ve bu sebepleri bir önceki bölümde ayrıntılı olarak açıklamış olmamız nedeniyle, bu konuya burada tekrar değinmeyeceğiz.

⁴⁴ "Avukatların üst araması sorunu ile sır saklama yükümlülüğü ve hak arama özgürlüğünün etkin kullanılması arasındaki bu yakın ilişkinin tespiti, avukatlara tanınan bu hakkın sınırının belirlenmesi açısından önemlidir. Avukatın üzerinin aranmaması avukatlık mesleğinin niteliği gereği tanındığı için, avukatın mesleğini yapmadığı zamanlarda bu haktan yararlanmaması gerekir. Bu hakkın tanınış amacı, avukatlık mesleğinin en etkin şekilde icrasını sağlamak olduğu için, avukatın mesleğini yapmadığı durumlarda diğer kişilerle aynı hukuksal statüde bulunması gerekmektedir Avukatlık mesleğinin zamana ve mekana bağlı kalarak yapılan bir meslek olmadığı gözetildiğinde, önleme araması yapılmak istenen ve mesleği avukat olan kişinin o an mesleğini yapıp yapmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Avukatın o an mesleğini yapmasından, dilekçe yazmak gibi mesleğin tipik görünümelerini kastetmediğimizi de belirtmek isteriz Adliyeden bürosuna dönen, bürosundan çıkıp otobüse binen, elinde evrak çantasıyla herhangi bir yere giden avukatın da mesleğini yaptığının kabulü gerekmektedir. [Bununla birlikte,] avukatlık mesleği sadece mesai saatleri içerisinde yapılan bir meslek değildir Dolayısıyla, görevi ile ilintili bir iş yaptığını inanan avukatın, avukat olduğunu belirtmesi durumunda, zaman ve mekan ayrımı gözetilmeksizin önleme aramasından muaf olduğunu düşünmekteyiz. Avukatın beyanı ile görüntü arasında önemli bir çelişki varsa; bu durumda avukatın mesleğini yapmadığının kabulü gerekmektedir. Bu durumda aramayı yapan kolluk görevlisinin hukuka uygun davrandığının kabulü gerekmektedir. Avukatın beyanı ile görüntüsü arasında çelişki olmakla beraber, kolluk görevlisi avukatın mesleği ile ilintili bir durumda bulunmadığından emin değilse, Avukatlık Kanunu madde 2 uyarınca yargının kurucu unsuru olan, aynı Kanunun 1. maddesi uyarınca kamu hizmeti yürüten avukatın beyanını esas alacak ve arama yapmayacaktır". bkz. Vuraldoğan, s. 22-23.

⁴⁵ 13.12.2004 tarih ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, 29.12.2004 tarih ve 25685 sayılı R.G.

rektiren suçüstü hâlleri dışında elle aranamaz. Duyarlı kapı cihazının ikazının sürmesi hâlinde bu kişiler ancak, elle aramayı kabul ettikleri takdirde kuruma girebilirler. Ziyaret yerleri de ziyaret öncesi ve bitiminde aranır”.

5275 sayılı Kanun’un 86. maddesinin 3. fıkrasında yer alan düzenlemeden görüleceği üzere, ceza infaz kurumlarına giren kişiler sıfat ve görevleri ne olursa olsun duyarlı kapıdan geçmek zorundadırlar. Bu kişiler ceza infaz kurumlarına girişlerinde üst aramasına tabi tutulacaklardır. Bununla birlikte fıkra, milletvekilleri, mülki amirler, Cumhuriyet savcıları, avukatlar, noterler ve fıkra, sayılan diğer kişilerin ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında elle aranmayacağı belirtilmiştir. Bu kişiler ceza infaz kurumlarına girişte duyarlı kapıdan geçecek olup, eğer duyarlı kapı cihazı ikaz verirse bu kişiler ancak elle aramayı kabul ettikleri takdirde kuruma girebileceklerdir. 86. maddenin 3. fıkrasında yer alan düzenleme değerlendirildiğinde, avukatların, mesleklerini yaptıkları yer olarak kabul edilmesi gereken ceza infaz kurumlarına girişlerde önleme aramasına tabi tutulamayacağı görülmektedir. Ceza infaz kurumlarına girişlerde avukatların üstü aranamayacak fakat avukatlar duyarlı kapı cihazından geçeceklerdir. Eğer duyarlı kapı ikaz verirse avukatların üstü yine aranamayacak fakat bu durumda avukatlar ancak elle aramayı kabul ettikleri takdirde kuruma girebileceklerdir. Avukatın üzerinin aranması ise yalnızca ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde söz konusu olacaktır.

5275 sayılı Kanun’un 86. maddesinin 3. fıkrasında yer alan düzenlemenin, Avukatlık Kanunu’nun 58. maddesinin son cümlesinde yer verilen düzenlemeye uygun olduğu görülmektedir. Sonuç olarak, cezaevi kurumlarına girişlerde olduğu gibi başta adliyeler olmak üzere yer ve zaman olarak avukatın mesleğini yaptığı durumlarda avukatın üzerinde önleme araması yapılamayacaktır.⁴⁶

⁴⁶ Geçtiğimiz aylarda İstanbul Çağlayan Adliyesi’ne girişlerde avukatların üzerlerinin aranması üzerine tartışmalar ve gerginlikler yaşanmış ve avukatlara kolluk görevlileri müdahale etmişti. Süren gerginlik üzerine İstanbul Barosu Başkanı Ümit Kocasakal Çağlayan Adliyesi’ne gelmişti. Kocasakal, çevik kuvvet yetkilileriyle görüşmek üzereyken avukatlara yeniden müdahale hazırlığı başlamış ve çevik kuvvet polisi Kocasakal’ın da aralarında bulunduğu gruba müdahale ederek avukatları adliyeden dışarıya çıkarmıştı. http://www.radikal.com.tr/turkiye/avukatlara_kalkanli_mudahale-1327465, 03.04.2015, Erişim Tarihi: 19.06.2015. , Bu olumsuz gelişmeler üzerine daha sonra İstanbul Barosu Başsavcılık ile görüşmüş ve uygulanacak prosedür bakımından mutabakata varılmıştır.

Başta adliyelere girişlerde olmak üzere avukatın mesleğini yaptığı durumlarda avukatın üzerinde önleme araması yapılamayacaktır. Avukatın bu durumlarda önleme aramasına tabi tutulamaması Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinin son cümlesinde yer alan kuralın gereğidir. 58. maddenin son cümlesindeki kurala aykırı olarak yapılan arama ile avukatın meslek onurunun zedelenmesi aramayı hukuka aykırı kılacaktır. Nitekim yukarıda incelediğimiz kararlarda da bu belirtilmiştir. 58. maddenin son cümlesinde yer verilen kural kanun hükmü olması sebebiyle genelge veya talimatla değiştirilemez. Kanunun göz ardı edilmesine yönelik her türlü genelge veya talimat kanunsuz

İstanbul Barosu'nun internet sayfasından duyurduğu söz konusu mutabakat şu şekildedir: "Bu mutabakat; yargının kurucu unsurları olan hâkim, savcı ve avukat için ayırım yapılmaksızın, eşitlik temelinde bir uygulamayı içermektedir.

1) Avukat meslektaşlarımız adliyeye avukatlara tahsis edilen kapılardan sadece TBB tarafından verilen çipli-akıllı kimlik kartlarını okutmak suretiyle gireceklerdir. Bu açıdan henüz bu şekilde kimlik kartları bulunmayan meslektaşlarımızın, en kısa süre içerisinde Çağlayan Adliyesinde Baromuzun yer aldığı katta bulunan TBB bürosuna müracaatla bu kartları edinmeleri gerekmektedir. Aksi takdirde bir süre sonra bu özellikteki karta sahip olmayan meslektaşlarımız avukat girişlerinden giremeyeceklerdir.

2) 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 58.maddesi uyarınca avukat meslektaşlarımızın girişlerde asla ve kesinlikle üstü ve çantası aranmayacaktır. Bundan taviz verilmeyecektir.

3) a) Avukat meslektaşlarımız girişte çipli-akıllı kimlik kartlarını okuturken çantalarını x-ray cihazına bırakacaklardır. Alınan teknik bilgiler ışığında bu uygulamada çantanın içindeki evrakların görülmesi veya okunması da fiilen ve teknik olarak söz konusu değildir. Dolayısıyla bu uygulama hukuken ve fiilen bir arama değildir.

b) Çantanın x-ray cihazından geçişi esnasında, içinde silah veya benzeri şüpheli bir cisim bulunduğu yönünde bir kuşku ortaya çıkması halinde dahi çantada bir arama yapılmayacak ancak meslektaşımız bu cismi göstermeye davet edilecektir. Bu yapılmadığı takdirde içeri girilemeyecektir.

c) Çantasını x-ray cihazına bırakmak istemeyen meslektaşımız, sadece silah, patlayıcı ve benzeri ağır metallere müdahaleyi gerektirir tepki verecek surette ayarlanan duyarlı kapıdan çantası ile birlikte geçecektir. Bu geçiş sırasında çanta uyarı verdiğinde gene çanta aranmayacak ancak, bu uyarıyı verebilecek olan cismin tanıtılması/gösterilmesi istenecek, bunun reddedilmesi halinde giriş yapılamayacaktır.

4) Avukat meslektaşlarımız girişte çipli-akıllı kimlik kartlarını okuttuktan sonra sadece silah, patlayıcı ve benzeri ağır metallere müdahaleyi gerektirir tepki verecek surette ayarlanan duyarlı kapıdan geçecektir. Bu geçiş sırasında duyarlı kapının uyarı vermesi halinde hiçbir şekilde elle üstü aranmayacak, dedektör taramasına da tabi tutulmayacak sadece bu uyarıyı verebilecek cismin tanıtılması istenecek, bu yapılmadığı takdirde içeri giriş mümkün olmayacaktır.

5) Hakim ve savcıların adliyeye girişi aynı prosedüre tabi olacaktır. Nitekim bu uygulama başlamıştır". <http://www.istanbulbarosu.org.tr/Detail.asp?CatID=1&SubCatID=1&ID=10268>, 06.04.2015, Erişim Tarihi: 19.06.2015.

emir niteliğini taşımaktadır. Anayasa'nın 137. maddesine göre konusu suç teşkil eden kanunsuz emir hiçbir surette yerine getirilemez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. Bu kural Türk Ceza Kanunu'nun⁴⁷ 24. maddesinin üçüncü fıkrasında da aynı maddenin birinci fıkrasına istisna hüküm olarak yer almıştır. Üçüncü fıkrada, konusu suç teşkil eden kanunsuz emrin hiçbir surette yerine getirilemeyeceği, aksi takdirde emri verenle birlikte emri yerine getirenin de sorumlu olacağı belirtilmiştir. Anayasa'nın 137. maddesi ve Türk Ceza Kanunu'nun 24. maddesinin üçüncü fıkrası sebebiyle, 24. maddenin birinci fıkrasında yer alan "*kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez*" kuralı haksız arama için hukuka uygunluk sebebi sayılmayacaktır. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun "haksız arama" başlıklı 120. maddesinde, hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verileceği düzenlenmiştir.⁴⁸

Bununla birlikte avukatın mesleğini yapmıyor oluşunun tartışmasız olarak kabul edilebileceği durumlarda, örneğin tuttuğu takımın formasını giyerek maç izlemeye gittiğinde, tatil amacıyla seyahatlerde uçağa binmek için havalimanına girdiğinde, üzerinde önleme araması yapılabileceğini düşünüyoruz.⁴⁹ Avukatın mesleğini yapmadığı durumlarda önleme aramasına tabi olmasının avukatın sır saklama yükümlülüğüne, avukatın bağımsızlığına ve savunma hakkına herhangi bir olumsuz etkisi bulunmamakla birlikte, bu durumda avukatın meslek onurunun zedelenmesi de söz konusu olmayacaktır. Bu sebeple, avukatın mesleğini yapmadığı durumlarda önleme aramasını kabul etmesi uygun olacaktır. Bunun aksine, avukatın kimliğini göstermek suretiyle avukat olduğunu belirtmesi ve önleme aramasını kabul etmemesi kolluk görevlileri ile avukat arasında gerginliğe yol açabilecektir. Hukukçu kişi olarak avukat, mesleğini yapmadığı durumlarda önleme aramasına tabi tutulmasının hukuka uygun olduğunun farkında olmalı ve meslek onurunun zedelenmesinin söz konusu olmadığı bu gibi durumlarda bunu kişisel onur meselesi yaparak zorluk çıkarmamalıdır. Sonuç olarak mesleğini yapmadığı durumlarda

⁴⁷ 26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 12.10.2004, 25611 sayılı R.G.

⁴⁸ Şen, "Avukatın Aranması", s. 1-2.

⁴⁹ Aynı görüş için bkz. Vuraldoğan, s. 22.

avukat herkes gibi sıradan bir vatandaş olup, halktan bir kişidir. Mesleğini yapmadığı durumlarda avukatın kendisini halktan biri görerek önleme aramasını kabul etmesi avukatın kişisel onurunu zedelemeyebilir, aksine onun kişiliğine değer katar.

IV. AVUKAT BÜROLARINDA ARAMA, ELKOYMA VE AVUKATIN POSTASINDA ELKOYMA

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinde avukat bürolarında arama, elkoyma ve avukatın postasında elkoyma düzenlenirken; Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinde soruşturmaya yetkili olan Cumhuriyet Savcısı ile avukatın üzerinin, bürosunun ve konutunun aranması düzenlenmiştir. Bu başlıkta konumuzu "Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesi" ile "Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi" üzerinden iki alt başlıkta inceleyeceğiz. Getirdiği düzenlemeler konu başlığımızın içeriğiyle birebir aynı olması sebebiyle Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinin tümünü incelerken; Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesini ise, yalnızca avukat bürolarında aramayla ilgili getirdiği kural ile sınırlı olarak inceleyeceğiz.

A. CEZA MUHAKEMESİ KANUNU 130. MADDE DÜZENLEMESİ

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Avukat bürolarında arama, elkoyma ve postada elkoyma" başlıklı 130. maddesi hükmüne göre:

"Avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur.

Arama sonucu elkonulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasında mesleki ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hakiminden, kovuşturma evresinde hakim veya mahkemeden istenir. Yetkili hakim elkonulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu saptadığında, elkonulan şey derhal avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. Bu fıkrada öngörülen kararlar, yirmidört saat içinde verilir.

Postada elkoyma durumunda bürosunda arama yapılan avukat veya baro başkanı veya onu temsil eden avukatın karşı koyması üzerine ikinci fıkrada belirtilen usuller uygulanır”.

1. Avukat Büroları Yalnızca Mahkeme Kararı İle Aranabilir

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Arama kararını düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 119. maddesinin aksine, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri avukat bürolarında arama yapamayacaklardır. Böylece avukat büroları, gecikmesinde sakınca bulunan haller mevcut olsa bile savcının, ona ulaşamadığı durumlarda da kolluk amirinin yazılı emri ile aranamayacak, arama için mutlaka mahkeme kararı gerekecektir. Kısacası, Anayasa ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda belirtilen istisnai durumlar avukat bürolarının aranması bakımından geçerli olmayacak, avukat büroları yalnızca mahkeme kararı ile aranabilecektir.⁵⁰

Bununla birlikte, avukat bürolarının aranabilmesi için karar verecek mercii “hâkim” değil, “mahkeme” olarak belirlenmiştir.⁵¹ Hatırlanacağı üzere, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun “arama kararı” başlıklı 119. maddesi gereğince arama için kural olarak hâkim kararı aranmaktaydı. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinde ise neden 119. maddede olduğu gibi hâkim kararı ile değil de mahkeme kararı ile avukat bürolarının aranabileceği belirtilmiştir? 130. maddede avukat bürolarında arama kararını verecek merciinin farklı olarak düzenlenmesi, üzerinde düşünülmesi gereken bir konudur.

130. maddenin birinci fıkrasında avukat bürolarının ancak mahkeme kararı ile aranabileceğinin belirtilmesi ile avukat bürolarının so-

⁵⁰ Aydın/Kozağaçlı, s. 6-7. , Kocaoğlu, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı”, s. 58.

⁵¹ Kocaoğlu, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı”, s. 58.

ruşturma aşamasında değil, kovuşturma aşamasında arama tedbirine konu olabileceğinin ifade edilmek istendiği düşünülebilir. Fakat 130. maddenin ikinci fıkrasında, soruşturma aşamasında avukat bürolarında arama ve elkoyma koruma tedbirlerine başvurulabileceği belirtilmiştir. İkinci fıkrada yer alan düzenleme göz önüne alındığında, birinci fıkrada yer alan avukat bürolarının mahkeme kararı ile aranabileceği kuralından avukat bürolarının ancak kovuşturma aşamasında aranabileceği sonucunu çıkarmak mümkün değildir.⁵²

Öyleyse 130. maddenin birinci fıkrasında yer verilen avukat bürolarının ancak mahkeme kararı ile aranabileceği kuralıyla başka bir şey ifade edilmek istenmektedir. 130. maddenin birinci fıkrasında “mahkeme kararı” ile ifade edilmek istenenin “hâkim kararı” olduğu düşünülebilir. Bizce bu da doğru bir düşünce değildir çünkü eğer yasa koyucu avukat bürolarının hâkim kararı ile aranacağı şeklinde bir kural getirmek isteseydi, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 119, 127 ve diğer maddelerinde olduğu gibi açıkça “hâkim” sözcüğünü kullanırdı. Fakat yasa koyucu 130. maddede Ceza Muhakemesi Kanunu’nda arama, elkoyma ve diğer bazı koruma tedbirlerini verme yetkilerini düzenlediği maddelerde olduğu gibi “hâkim” sözcüğünü değil, “mahkeme” sözcüğünü kullanmıştır. Bu sebeple yasa koyucunun 130. maddede mahkeme sözcüğü ile hâkimi ifade etmek istemediği açıkça ortadadır.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun diğer maddelerine bakarak yasa koyucunun “mahkeme” sözcüğü ile neyi ifade etmek istediği konusunda bir mantık yürütülebilir.⁵³ Bu noktada Ceza Muhakemesi

⁵² Şen, “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, s. 339-340.

⁵³ Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 130. maddesinde yer alan “mahkeme” sözcüğü ile neyin ifade edilmek istendiğini bulmaya çalışırken başvurduğumuz bu yöntem ceza muhakemesi kurallarının yorumu olarak da ifade edilebilir. Bununla birlikte, burada başvurduğumuz yöntem yorum olarak ifade edilebilse de kıyas kuralının anlamının açıklanması faaliyetidir. “Yorumla hukuk kuralına yeni bir kavram eklenmemektedir. Kıyas ise, kural boşluğu bulunan bir alanda yeni bir kural oluşturmaktır. Kıyas, bir olaya ilişkin hukuk kuralının, kanun tarafından düzenlenmemiş benzer bir olaya uygulanması demektir. Kıyasta, kanunda bulunan boşluk doldurulmakta; önceden var olmayan bir kural meydana getirilmektedir”. Ceza muhakemesinde kıyas kural olarak serbest olup, hak ve özgürlüklere sınırlama getiren kurallar olan sınırlayıcı kurallar ile genel kurala nazaran istisnai olan kurallarda kıyas kabul edilmemektedir. bkz. İlhan Üzülmez, Hakan Karakehya, Neslihan Göktürk, Cumhuriyet Şahin, Temel Ceza Muhakemesi Hukuku Bilgisi, Edi-

Kanunu'nun "iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması" başlıklı 135. maddesinin örnek olabileceğini düşünüyoruz. 135. maddenin konumuzla ilgili kısmına göre, "... ağır ceza mahkemesi veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl mahkemenin onayına sunar ve mahkeme, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir".

135. madde düzenlemesinde önce koruma tedbirine başvurulmasına karar verecek mercii olarak "ağır ceza mahkemesi" ifadesi kullanılmış, daha sonra tekrardan kaçınılarak bu merci "mahkeme" olarak ifade edilmiş ve daha sonra yeniden "ağır ceza mahkemesi" ifadesi kullanılmıştır. Görüleceği üzere 135. maddede "mahkeme" sözcüğü ağır ceza mahkemesini belirtmek için kullanılmıştır. Bununla birlikte, 135. maddede önce ağır ceza mahkemesi ve daha sonra tekrardan kaçınmak için mahkeme denilmesine rağmen 130. maddede hiç ağır ceza mahkemesi denmeden doğrudan mahkeme sözcüğüne yer verilmiştir. Bu farklılık, yasa koyucunun 130. maddede mahkeme sözcüğü ile ağır ceza mahkemesini ifade etmek istemediği şeklindeki bir düşüncüyü haklı olarak ortaya çıkarsa da, bizce burada ifade edilmek istenen ağır ceza mahkemesidir. Daha önce belirttiğimiz üzere eğer yasa koyucu 130. maddede mahkeme sözcüğü ile hâkimi ifade etmek isteseydi mahkeme sözcüğünü kullanmaz, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun diğer maddelerinde olduğu gibi hâkim sözcüğünü kullanırdı. Bu sebeple, 135. madde düzenlemesini de göz önüne alarak yasa koyucunun 130. maddenin 1. fıkrasında mahkeme sözcüğü ile ağır ceza mahkemesini ifade etmek istediğini düşünüyoruz.

Bununla birlikte, 130. maddenin 2. fıkrasında yer alan düzenlemenin de açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Söz konusu fıkrada, arama sonucu elkonulmasına karar verilen şeylerin avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğu öne sürülerek karşı konulduğunda bu konuda gerekli kararın soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkeme tarafından verileceği belirtilmiştir. Görüleceği üzere, 130. maddenin 1. fıkrasında

avukat bürolarının mahkeme kararı ile aranabileceği belirtilmişken, maddenin 2. fıkrasında soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkeme ayrımı yapılmıştır. Burada sorulması gereken soru 2. fıkra düzenlemesi göz önüne alınınca 1. fıkradaki mahkeme sözcüğü ile ağır ceza mahkemesinin ifade edilmek istendiği mi yoksa istenmediği midir? Bize göre, birinci fıkrada yer alan düzenleme son derece açık olup, burada ifade edilmek istenen ağır ceza mahkemesidir. Daha önce belirttiğimiz üzere, eğer yasa koyucunun mahkeme sözcüğü ile ifade etmek istediği hâkim olsaydı yasa koyucu diğer maddelerde olduğu gibi açıkça hâkim sözcüğünü kullanır; mahkeme sözcüğünü kullanmazdı. Bu sebeple, ikinci fıkrada belirtilen soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkeme ayrımının birinci fıkrada belirtilen avukat bürolarının mahkeme kararı ile aranabileceği kuralı karşısında avukat bürolarında arama kararı bakımından bir geçerliliğinin olmaması gerektiğini düşünüyoruz.⁵⁴

Yukarıda vardığımız sonuç gereğince avukat bürolarının aranması için karar hâkim tarafından değil, ağır ceza mahkemesi tarafından

⁵⁴ Burada yeri gelmişken bir konuya değinmekte yarar görüyoruz. Daha önce belirttiğimiz üzere, avukatlık mesleğinin özelliğinden dolayı avukat hakkında arama ve elkoyma CMK ve Av. K.'da özel olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple avukat bürolarında arama ve elkoyma sıkı koşullara bağlanmış; avukat bürolarında ancak mahkeme kararı ile arama yapılabileceği düzenlenmiştir. CMK m. 130/2'de ise arama sonucu elkonulmasına karar verilen şeyin avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olup olmadığının belirlenme usulü düzenlenmiştir ki bu konu avukat bürolarında arama ve elkoymanın özel olarak düzenlenmesine gerekçe olan avukatın bağımsızlığı, sır saklama yükümlülüğü ile savunma hakkının korunması olgularından daha önemsiz değildir. Aksine bu konu söz konusu olgularla doğrudan bağlantılıdır. Bu sebeple, avukat büroları ancak ağır ceza mahkemesi kararı ile aranabilirken avukat bürosunda elkonulan şeyin avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olup olmadığına soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde ise hakim veya mahkeme tarafından karar verilecek olması yerinde olmuştur. Bize göre, avukat bürosunda elkonulan şeyin avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olup olmadığına soruşturma ve kovuşturma aşamaları bakımından bir ayrım yapılmadan ağır ceza mahkemesi karar vermelidir. Ayrıca bir karşılaştırma daha yapmak gerekirse, Av. K. gereğince avukatın görev suçlarının yargılaması ağır ceza mahkemesinde yapıldığına göre, bu düzenlemenin gerekçeleriyle de yakından bağlantılı olan avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişki saptaması avukatın adı suçları ile sınırlı olan CMK m. 130 gereğince ağır ceza mahkemesi tarafından yapılmalıdır. Hukuk mantığı, ve kanun sistematığına uygunluk bakımından CMK. m. 130'da bu yönde bir değişiklik yapılması gerektiğini düşünüyoruz.

verilmiş olmalıdır. Sulh ceza hâkimliği ve tek hâkimli olan asliye ceza mahkemesi tarafından verilecek arama kararları ile avukat büroları aranamayacaktır. Zira Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinde belirtilen "*mahkeme kararı*" ağır ceza mahkemesi kararını ifade etmektedir.⁵⁵

Böylece, soruşturma aşamasında avukat bürolarının aranması kararı nöbetçi ağır ceza mahkemesi tarafından verilebilecektir. Kovuşturma aşaması bakımından ise ikili bir ayırım yapılmalıdır. Bu doğrultuda, yargılamanın asliye ceza mahkemesinde yapıldığı durumlarda avukat bürolarının aranması kararı nöbetçi ağır ceza mahkemesi tarafından verilecek, fakat yargılamanın ağır ceza mahkemesinde yapıldığı durumlarda ise arama kararı, yargılamanın yapıldığı ağır ceza mahkemesi tarafından verilecektir. Bununla birlikte, avukatın görevlerinden doğan veya görev sırasında işlediği iddia edilen suçları bakımından ise Avukatlık Kanunu uygulama alanı bulacak ve bu suçlarda görevli mahkeme kanununun 59. maddesi gereğince münhasıran ağır ceza mahkemesi olacaktır. Bu sebeple, avukatın görev suçlarında avukat bürolarında arama kararı Avukatlık Kanunu'nun 58. ve 59. maddeleri gereğince soruşturma aşamasında nöbetçi ağır ceza mahkemesi tarafından verilecek; yargılama aşamasında ise yargılamanın yapılacağı ağır ceza mahkemesi olan suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesi tarafından verilecektir.

⁵⁵ Avukat bürolarının ağır ceza mahkemesince verilmiş kararlarla aranabileceği görüşü için bkz. Şişman, s. 9. , İstanbul Barosu Başkanlığı da bir açıklamasında arama kararının hakim tarafından değil mahkeme tarafından, yani Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilmesi gerektiğini belirtmiştir: "... yapılan aramalarda ... mahkeme kararı yerine hakim kararı ile yetinildiği ... gözlenmektedir....", Avukat Aramalarına İlişkin Zorunlu Açıklama, İstanbul Barosu Başkanlığı, <http://www.istanbulbarosu.org.tr/detail.asp?CatID=1&SubCatID=1&ID=6375>, 23.11.2011, s. 2, Erişim Tarihi: 12.05.2015. , Bununla birlikte mahkeme kavramı ile Ağır Ceza Mahkemesi'nin anlaşılması gerektiğine farklı görüş niteliğinde bir açıklama şu şekilde belirtilmektedir: "... arama işleminin mahkeme kararı ile yapılabileceği ifade edilmekteyse de soruşturma evresinde henüz mahkeme makamı bulunmadığından söz konusu ... makam doğal olarak sulh ceza yargıçlığı olacaktır". bkz. Serap Keskin Kızıroğlu, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama(Adli Arama)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 58, Sayı: 1, 2009, s. 146. , Benzer bir görüşü de Centel/Zafer belirtmektedir: "Avukat büroları soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh ceza hakiminin vereceği kararla aranabilir. Belirtelim ki Yasa'da soruşturma ve kovuşturma evresi ayırımına dikkat edilmeden mahkeme kararı ile arama yapılacağı belirtilmesi hatalı olmuştur". Centel Zafer, s. 381.

2. Avukat Büroları Cumhuriyet Savcısının Denetiminde Aranabilecektir

Avukat büroları mahkeme kararı alındıktan sonra mutlaka kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilecektir. Daha önce belirttiğimiz üzere, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 119. maddesi hükmü gereğince hâkim kararı veya belirtilen durumlarda savcının veya kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilmektedir. Yani, 119. madde çerçevesinde alınan bir arama kararı ya da arama emri ile Cumhuriyet savcısı bulunmadan kolluk görevlileri aramayı gerçekleştirebileceklerdir. Fakat Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesi gereğince, avukat bürolarının aranması Cumhuriyet savcısı bulunmadan kolluk görevlileri tarafından gerçekleştirilemeyecektir. Bir diğer ifadeyle, avukat bürolarında arama mutlaka Cumhuriyet savcısının büroda hazır bulunmasıyla ve onun denetiminde gerçekleştirilebilecektir.

3. Avukat Bürolarının Aranmasında Baro Başkanı Veya Onu Temsil Eden Bir Avukat Hazır Bulundurulacaktır

Ayrıca, avukat bürolarının aranması sırasında baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulacaktır. Arama sırasında hazır bulunacak olan baro başkanı veya onu temsil eden avukat, büroda arama tanığı sıfatıyla hazır bulunacaktır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 194. maddesinin 4. fıkrasında, "*Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur*" denilerek belirtilen yerlerde Cumhuriyet savcısı olmaksızın arama yapılabilmesi için arama tanığı olarak o yerin ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin bulunması gerektiği belirtilmiştir. Fakat Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinde, avukat bürolarının aranmasında arama tanığı olarak hazır bulunacaklar madde 119/4'den farklı olarak baro başkanı veya onu temsil eden avukat olarak belirtilmiştir. Böylece, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesi gereğince avukat bürolarının aranmasında kendine özgü⁵⁶ bir arama tanığı olarak baro başkanı veya onu temsil edecek bir avukat hazır bulundurulacaktır.

⁵⁶ Kocaoğlu, "Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı", s. 57.

Avukat bürosunun aranmasında baro başkanı yerine onu temsil edecek bir avukat, yani baro temsilcisi hazır bulunacaksa, bu temsilcinin baro yönetim kurulu üyesi ya da yönetim kurulunun belirleyeceği İnsan Hakları Komisyonu üyesi olmasında yarar vardır.⁵⁷ Çünkü aramada herhangi bir olumsuzluk yaşanması durumunda pozisyonları gereği bu kişilerin ilgili makamlara daha kolay ve hızlı ulaşabileceği kabul edilmektedir.⁵⁸

Baro temsilcisi, arama kararı kendisine bildirilir bildirilmez avukat bürosuna savcı ile birlikte gitmeli ve öncelikle arama kararının hukuka uygun olup olmadığını incelemelidir.⁵⁹ Ayrıca arama bitinceye kadar yapılacak olan tüm işlemleri izlemeli ve herhangi bir olumsuzluk durumunda gerektiğinde uyarılarda bulunmalı, tespitlerini tutanağa geçirmelidir. Ayrıca arama süresince avukat bürosuna giriş ve çıkışın kontrol altında olmasına ve dışarıdan aranan yere eşya getirilmemesine, getirildiyse bürodaki eşyalarla karışmayacak şekilde ayrılmasına dikkat edilmelidir. Bununla birlikte aranan yerde kolluk görevlilerinin dağılarak arama yapmalarının önüne geçilmeli; arama yapılacak oda, bağımsız bölüm, dolap, masa gibi yer ve eşyalar belli bir sıra içinde, aramaya eşlik eden kişilerin tamamının görebileceği şekilde aranmalıdır. Birden çok avukatın çalıştığı bürolarda ise hak-

⁵⁷ Aydın/Kozağaçlı, s. 8.

⁵⁸ Kocaoğlu, "Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı" s. 57. , "... baro temsilcisi olarak, zaten daha çok meslek kıdemi fazla avukatlardan olan baro yönetim ,kurulu üyelerinden görevlendirme yoluna gitmelerinin, çok isabetli ve yerinde bir görevlendirme olacağı kanaatindeyiz. Çünkü avukat bürosunda arama esnasında oluşabilecek herhangi bir olumsuz durumda, baro yönetim kurulu üyelerinin pozisyonları gereği gerektiği durumlarda bir takım önlemler alabilmeleri ve yetkin bir şekilde cumhuriyet savcısı, kolluk amiri, baro başkanı gibi bazı makamlara ulaşarak duruma müdahale edebilmelerinin diğer avukatlara göre daha kolay olacağı düşüncesindeyiz." Kocaoğlu, "Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı", s. 57-58.

⁵⁹ " Görev alan meslektaşlarımız, sadece aramaya nezaret etmekle yetinmemekte ve bu çerçevede bir dizi incelemede bulunmaktadır. Aramaya ilişkin mahkeme kararı olup olmadığını, bu kararın hukuka uygun olup olmadığını, kararın içeriğinde aranması ve/veya elkonulması söz konusu olan belgelerin açıklanıp açıklanmadığını, aranacak avukatın kimlik bilgilerinin doğru olup olmadığını, aranacak yerin büro ve/veya ev olup olmadığını tesbit etmekte ve varsa bu konudaki eksikliklerin zapta geçmesini sağlamaktadır". Avukat Aramalarına İlişkin Zorunlu Açıklama, İstanbul Barosu Başkanlığı, 23.11.2011, s.1.

kında arama kararı alınmış olan avukatın çalıştığı alan tespit edilerek diğer avukatların çalıştığı bölümün aranmasının önüne geçilmelidir.⁶⁰ Baro temsilcisi bu konularda oldukça dikkatli davranmalı, herhangi bir olumsuzluk tespit ettiğinde durumu derhal tutanağa geçirmelidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 16.12.1992 tarih ve 13710/88 başvuru numaralı Niemietz-Almanya kararında avukat bürolarında arama ve elkoymanın genel hükümler çerçevesindeki arama ve elkoymaya göre daha sıkı koşullara tabi tutulması gerektiğini, bu koruma tedbirlerinin avukat bürolarında daha sınırlı bir şekilde uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, arama kararında suçun konusu olan mektup sahibinin kimliğini ortaya çıkarabilecek her türlü belgenin aranması ve bunlara elkonulmasına karar verilmiş olmasının, olayda avukat bürosunda yapılan arama sırasında bağımsız gözlemcinin bulunmadığını da göz önüne alarak avukatın sır saklama yükümlülüğüne ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer verilen savunma hakkına aykırı olduğunu belirtmiştir. Mahkemenin söz konusu kararına göre, *"Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği konusuna gelince; arama kararını veren Mahkemenin gösterdiği gerekçeler izlenen meşru amaçla ilgilidir. Ancak arama kararında, hiçbir sınırlama getirilmeyerek, suçun konusu olan mektup sahibinin kimliğini ortaya çıkarabilecek her türlü belgenin aranması ve bunlara elkonulması gibi geniş terimlere yer verilmiştir. Bu durum, bir avukatın bürosunun aranması sırasında bağımsız gözlemcinin bulunması yönünde güvence de getirmeyen Alman Hukuku bakımından özel önem taşımaktadır. Daha da önemlisi, olayda incelenen belgeler dikkate alındığında, yapılan aramanın mesleki gizliliğe tecavüz edecek şekilde orantısız olduğu görülmektedir. Aranılan kişi avukat olduğunda, mesleki gizliliğe tecavüz edilmesi, adaletin gerektiği şekilde dağıtılması üzerinde olumsuz sonuçlar oluşturarak, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinde güvence altına alınan hakları da ihlal edebilir. Ayrıca bu durum, başvurucu-*

⁶⁰ Aydın/Kozağaçlı, s. 9. , Birden fazla avukatın ortak olarak çalıştığı "... bürolarda eğer her avukatın kendisine ait bir odası varsa, sadece hakkında arama kararı bulunan avukat odası aranabilir. Eğer aynı odada çalışıyorlarsa, üzerinde adı yazılı masa ve kendisinin gösterdiği eşyası aranır. Çalışma alanı ve eşyaların tespiti konusunda belirsizlik varsa, avukatın beyanı dikkate alınmalıdır. Bu beyana aykırı arama işlemi yapılması durumunda yapılan aramanın hukuka aykırılığı aramayı yapan savcıya bildirilir ve bu durum tutanakla tespit edilir". Aydın/Kozağaçlı, s. 7-8.

*nun mesleki itibarını da etkiler. Somut olayda, demokratik bir toplumda gerekli olmayan müdahale sebebiyle özel yaşama saygı hakkının, konuta saygı hakkının ve haberleşmeye saygı hakkının ihlali sonucuna varılmalıdır”.*⁶¹

4. Avukatın Bürosunda Ve Postasında Elkonulan Şeyin, Avukat İle Müvekkili Arasındaki İlişkiye Ait Olduğunun Öne Sürülerek Karşı Koyulması

Ceza Muhakemesi Kanunu avukatın bürosunda ve postasında elkoyma ile ilgili işlemleri genel hükümlerden ayrı olarak farklı usul ve esaslarda düzenlemiştir. Bunun temel nedeni, avukat ile müvekkil arasındaki ilişkinin tam bir gizlilik içerisinde yürütülmesi gerektiği göz önüne alınarak avukatın mesleki sırlarının korunmasını sağlayarak avukatın sır saklama yükümlülüğünü ve böylece savunma hakkını korumaktır.⁶²

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinin 2. fıkrasında elkonulmasına karar verilen şeylerin avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğu ileri sürüldüğü takdirde ne yapılacağı düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre, avukat bürosunda yapılan arama sonucu elkonulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyabilir. Bu durumda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenir. Yetkili hâkim elkonulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu saptadığında, elkonulan şey derhâl avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. 130. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen bu kararlar yirmi dört saat içinde verilir.

Postada el koyma durumunda bürosunda arama yapılan avukat veya baro başkanı veya onu temsil eden avukatın karşı koyması halinde de 130. maddenin 2. fıkrasında belirtilen usuller uygulanacaktır. (m. 130/3).

⁶¹ bkz. Şen, “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, s. 341.

⁶² Yokuş Handan Sevük, “Postada Elkoyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 69, 2007, s. 117.

B. AVUKATLIK KANUNU 58. MADDE DÜZENLEMESİ

Avukat bürolarının aranması, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesi yanında Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinde de düzenlenmiştir. Ceza muhakemesine ilişkin getirdiği kurallar bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu'na nazaran özel kanun niteliğinde olan Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesine göre, *"Avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır. Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve bu kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir"*

Madde hükmünden görüleceği üzere Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi, avukat bürolarının aranması ile ilgili getirdiği düzenleme bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesi ile benzerlik göstermektedir.⁶³ Bununla birlikte, Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinin Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinden bir takım farklılıkları da bulunmaktadır. Burada sadece avukat bürolarının aranmasıyla ilgili farklılıkları belirtmekle yetineceğiz.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesi ile getirilen düzenlemeden farklı olarak Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinde, *"Avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı..."* denilerek 58. madde gereğince yapılacak soruşturmanın, avukatların görevlerinden doğan veya görev sırasında işlediği suçlar ile ilgili olduğu belirtilmiştir. Böylece, avukat bürolarının aranması ile ilgili getirilen kurallar ile sınırlı olarak iki madde karşılaştırıldığında söylenmesi gereken Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinin avukatın görevinden doğmayan veya görevi sırasında işlenmeyen adi suçları ile ilgili olduğudur.⁶⁴

⁶³ Kocaoğlu, "Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı", s. 59.

⁶⁴ Kiziroğlu, s. 146. , Kocaoğlu, "Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı", s. 59.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesi ile Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinde avukat bürolarının aranması aynı şekilde düzenlenmiş, avukat bürolarının ancak mahkeme kararıyla, kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde ve baro başkanı veya onu temsil eden bir avukatın aramada hazır bulunması ile aranabileceği belirtilmiştir. Her iki maddede de avukat bürolarının aranması ile ilgili getirilen düzenlemeler aynı olmasına rağmen "mahkeme kararı" burada özellik arz etmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesini incelediğimiz bölümde belirttiğimiz üzere, yasa koyucunun mahkeme kararı ile ifade etmek istediği ağır ceza mahkemesi kararıdır. Avukatın adi suçları ve görev suçları bakımından bir fark bulunmaksızın avukatlar hakkındaki tüm soruşturmalarda avukat bürolarının aranması kararını verme yetkisi nöbetçi ağır ceza mahkemesindedir. Başka bir ifadeyle, gerek avukatın adi suçlarıyla ilgili olarak 130. maddenin uygulama alanı bulacağı soruşturmalarda gerekse avukatın görev suçlarıyla ilgili olarak 58. maddenin uygulama alanı bulacağı soruşturmalarda avukat bürolarının aranması kararı nöbetçi ağır ceza mahkemesi tarafından verilecektir.

Yukarıdaki paragrafta belirttiğimiz üzere, 58. ve 130. maddelerde soruşturma evresinde arama kararını verecek ağır ceza mahkemesi bakımından bir fark bulunmayıp arama kararı nöbetçi ağır ceza mahkemesince verilecektir. Bununla birlikte, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesi ile Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinde "kovuşturma evresinde" avukat bürolarında arama kararı verecek ağır ceza mahkemesi bakımından bir fark bulunmaktadır. Avukatlık Kanunu'nun 59. maddesi gereğince avukatın görev suçları bakımından ağır ceza mahkemesi görevli olduğundan, avukatın görev suçlarıyla ilgili yargılamalar ağır ceza mahkemesinde yapılmaktadır. Böylece, avukatın görev suçları bakımından kovuşturma aşamasında 58. madde gereğince avukat bürolarında arama kararı yargılamanın yapıldığı ağır ceza mahkemesince verilecektir. Daha önce belirttiğimiz üzere avukatın adı suçlarında ise avukat bürolarının aranması Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesine tabi olacaktır. Yargılamanın Asliye Ceza Mahkemesi'nde yapıldığı durumlarda, 130. maddede mahkeme ile ifade edilen ağır ceza mahkemesi olduğundan, bu durumda ko-

vuşturma aşamasında avukat bürolarında arama kararı nöbetçi ağır ceza mahkemesince verilecektir. Yargılamanın ağır ceza mahkemesinde yapıldığı durumlarda ise avukat bürolarında arama kararı nöbetçi ağır ceza mahkemesince değil, haliyle yargılamanın yapıldığı ağır ceza mahkemesince verilecektir. Sonuç olarak, Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinin uygulandığı kovuşturma aşamasında arama kararın münhasıran yargılamanın yapıldığı ağır ceza mahkemesi tarafından verilmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun uygulandığı durumlarda ise yargılamanın Asliye Ceza Mahkemesi ya da ağır ceza mahkemesinde yapılmasına bağlı olarak avukat bürolarında arama kararı nöbetçi ağır ceza mahkemesi ya da yargılamanın yapıldığı ağır ceza mahkemesi tarafından verilmektedir.

V. AVUKAT KONUTLARINDA ARAMA

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinde avukat konutlarında arama düzenlenmemekle birlikte, Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinde avukatın üzerinin, bürosunun aranması yanında konutunun aranması da düzenlenmiştir. 58. maddede, *"Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve bu kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir"* denilerek avukat konutlarında arama avukat bürolarının aranması ile aynı koşullara tabi tutulmuştur.

Avukat konutunda arama incelenirken konunun Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesi ile Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi bakımından ikili bir ayrıma tabi tutulması gerekmektedir. Yukarıda değindiğimiz üzere 58. maddede avukat konutlarında arama avukat bürolarının aranması ile aynı koşullara tabi tutulmuştur. Bu sebeple avukat konutları ancak mahkeme kararı ile ve bu kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilecektir. Fakat 58. maddenin avukat konutlarının aranması bakımından getirdiği bu kural, daha önce belirttiğimiz üzere avukatların görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri iddia edilen suçlarla sınırlı olarak uygulama alanı bulacaktır.

Avukatların adi suçlarıyla ilgili olan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinde ise avukat konutlarının aranması dü-

zenlenmemiştir. Bu sebeple, avukatların adi suçlarıyla ilgili olarak genel hükümler çerçevesinde yapılacak soruşturma ve kovuşturmalarda avukat konutlarının aranması bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 118. ve 119. maddeleri uygulanacaktır. Avukatların adi suçlarıyla ilgili olarak avukat konutlarında arama, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 119. maddesinin birinci fıkrası gereğince hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Aynı maddenin dördüncü fıkrası gereğince avukat konutlarında arama yapılabilmesi için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin bulunması zorunludur. Bununla birlikte, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 118. maddesi gereğince avukat konutlarında gece vaktinde arama yapılamaz.

Görüleceği üzere avukatların adi suçlarıyla ilgili yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda avukat konutlarının aranması Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 118 ve 119. maddeleri çerçevesinde genel hükümlere tabidir. Bununla birlikte, burada özellik arz eden durum avukatın konutunu aynı zamanda büro olarak kullanmasıdır. Eğer avukat konutunu büro olarak da kullanıyorsa, bu takdirde bu yerde arama avukat konutlarının aranması kapsamında mı yoksa avukat bürolarının aranması kapsamında mı olacaktır?

Bir görüşe göre, eğer yapılan soruşturma veya kovuşturma avukatın mesleki faaliyetinden dolayı ise, avukatın hem konut hem de büro olarak kullandığı yerde arama özel düzenlemelere tabi olacaktır. Bununla birlikte, avukatın mesleğinden kaynaklanan suçlar dışında yapılacak soruşturma ve kovuşturmalarda ise, avukatın evinin -konut- aranması özel düzenlemelere tabi olmayacak, yani herhangi bir muafiyetten yararlanamayacaktır.⁶⁵ Bir diğer görüşe göre ise, avukat evini aynı zamanda büro olarak da kullanıyorsa bu durumda Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesi uygulanacaktır. Zira avukat bürolarının aranması 130. maddede düzenlenmiş olup, hangi gerekçe ile olursa olsun avukat büroları ancak 130. maddede öngörülen kural- lar çerçevesinde aranabilir.⁶⁶

⁶⁵ Duygu Çağlar Doğan, "Ceza Muhakemesinde Adli Arama", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 92, 2011, s. 169.

⁶⁶ Şen, "Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması", s. 340.

Yukarıda aktarmış olduğumuz ilk görüşe katılmıyoruz. Çünkü yapılan soruşturma veya kovuşturmanın avukatın mesleki faaliyeti ile ilgili olup olmaması, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinin mi yoksa Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinin mi uygulanacak olması bakımından önem arz etmektedir. Zira bu ayırım avukatın hem konut hem büro olarak kullandığı yerin aranmasının özel düzenlemelere tabi olup olmaması bakımından önemli değildir. Avukatların görev suçlarında uygulama alanı bulacak 58. maddede zaten avukatın konutunun aranması özel düzenlemeye tabi tutulmuş, avukat bürolarının aranması ile aynı koşullara bağlanmıştır. Öyleyse 58. madde açısından zaten avukat konutlarının aranmasının özel düzenlemeye tabi tutulup tutulmaması bakımından bir sorun yoktur. Burada özellik arz eden durum avukatın adi suçlarıyla ilgili yapılan soruşturma veya kovuşturmalardır. Avukatın hem konut hem de büro olarak kullandığı yerde yapılacak aramanın konutun aranmasına ilişkin olarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 118. ve 119. maddeleri çerçevesinde genel hükümlere mi, yoksa avukat bürolarının aranmasına ilişkin olarak 130. maddeye mi tabi olacağının cevaplanması gerekmektedir.

Bizce, avukatın hem konut hem de büro olarak kullandığı yerde yapılacak aramanın konutun aranması çerçevesinde Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 118. ve 119. maddelerine tabi tutulması, avukat bürolarında aramanın özel olarak düzenlenmesini gerektiren sebeplerle bağdaşmamaktadır. Daha açık bir ifadeyle, avukatların adi suçları ile ilgili olarak genel hükümler çerçevesinde yapılan soruşturma veya kovuşturmalarda avukatın hem konut hem de büro olarak kullandığı yerde yapılacak aramanın 118. ve 119. maddelere tabi olacağının kabulü, avukatın sır saklama yükümlülüğü, avukatın bağımsızlığı ve savunma hakkı ile bağdaşmaz. Bu sebeple, avukatın adi suçları ile ilgili olarak yapılan soruşturma veya kovuşturmalarda, avukatın hem konut hem de büro olarak kullandığı yerde yapılacak aramalar bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinin uygulanması gerekmektedir.

SONUÇ

Avukat hakkındaki arama ve elkoyma Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avukatlık Kanunu'nda düzenlenmiştir. Avukatlar hakkındaki ara-

ma ve elkoymanın diğer arama ve elkoyma çeşitlerine göre daha sıkı koşullara bağlandığı görülmektedir.

Avukat hakkındaki arama ve elkoymanın özel olarak düzenlenerek diğer arama ve elkoyma çeşitlerine göre daha sıkı koşullara bağlanmasının nedeni, serbest bir mesleği icra eden ve kamu hizmeti gören avukatın aynı zamanda yargı görevini yerine getirmesidir. Avukat yargı görevini yerine getirirken yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder. Avukatın bağımsız savunmayı serbestçe temsil edebilmesi içinse her türlü kişi ve makama karşı bağımsız olması gerekmektedir. Bağımsızlık, avukatların mesleklerini hiçbir baskıya uğramadan en iyi şekilde yerine getirebilmesi için bir güvencedir. Bağımsızlık, güvence teşkil eden yönü sebebiyle bulunması zorunlu olan bir olgudur.

Avukatlar hakkındaki arama ve elkoymanın özel olarak düzenlemesini gerektiren ikinci neden de avukatların sır saklama yükümlülüğüdür. Sır saklama yükümlülüğü Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avukatlık Kanunu'nda düzenlenmiş olup, bu yükümlülüğe avukatların Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarında da yer verilmiştir. Meslek Kuralları'nın 37. maddesine göre avukatlar meslek sırrı ile bağlı olup, Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesi gereğince de avukatların görevleri dolayısıyla öğrendiklerini açığa vurmaları yasaktır. Avukatlar öğrendikleri hakkında ancak müvekkillerinin izin vermesi durumunda tanıklık edebilir. Ancak izin verilmiş olsa dahi avukatlar tanıklık etmek zorunda olmayıp, tanıklıktan çekinme hakkına sahiptirler.

Avukatlara yönelik özel düzenlemeler getirilmesinin bir diğer nedeni de savunma hakkının korunmasıdır. Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinde belirtildiği üzere, avukat yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder. Bağımsız savunma ya da savunma özgürlüğü ise duruşmada serbestçe savunma yapabilmek olanağından ibaret değildir. Bağımsız savunma, aynı zamanda avukatın sır saklama yükümlülüğüne uygun olarak bürosunda mesleğini güven içinde yürütebilmesini gerektirmektedir. Böylece, avukatlara yönelik tüm arama ve elkoymalar önem arz etmekle birlikte, avukat bürolarının aranması ayrı bir öneme sahiptir. Avukatlık bürosu her

türlü dış tehditten uzak, güvenli bir yer teşkil etmeli; bu yerin kolayca aranmasının ve böylece savunma hakkının zedelenmesinin önüne geçilmelidir.

Yukarıda belirttiğimiz nedenlerden dolayı avukatın üzerinin, bürosunun, konutunun aranması ile avukatın bürosunda, konutunda ve postasında elkoyma özel olarak düzenlenmiştir. Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi gereğince, avukatın üzeri ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında aranmaz. Avukatın üzerinin aranmasıyla ilgili getirilen bu kural avukatın sadece görev suçlarını değil, adi suçlarını da kapsamaktadır. Ayrıca, bu düzenleme sadece adli arama ile sınırlı olmayıp önleme araması bakımından da geçerlidir. Söz konusu düzenleme kural olarak önleme aramaları bakımından da geçerli olsa da burada avukatın mesleğini yaptığı zamanlar ve yapmadığı zamanlar şeklinde ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir. Avukatın mesleğini yaptığı zamanlarda avukatın bağımsızlığı, sır saklama yükümlülüğü ve onun meslek onurunun korunması avukatın mutlak olarak önleme aramasına tabi olmamasını gerektirmektedir. Bu ayırım gereğince, örneğin adliye girişlerde avukat önleme aramasına tabi tutulamaz. Bununla birlikte, stadyumda maç izlemek, konsere gitmek gibi avukatın mesleğini yapmadığı durumlarda belirtilen ilke, yükümlülük ve değer zedelenmeyeceğinden dolayı avukat önleme aramasına tabi tutulabilir.

Avukat bürolarında arama, avukatın adi suçları bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinde; avukatın görev suçları bakımından ise Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinde düzenlenmiştir. İki kanun maddesinde de benzer olarak ifade edildiği üzere, avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde, baro başkanı veya onu temsil eden bir avukatın aramada hazır bulundurulması ile aranabilir. Mahkeme kararı ile ifade edilen, ağır ceza mahkemesi kararıdır. Avukatın adi suçlarıyla ilgili yapılan soruşturmalarda avukat bürolarının aranması kararı nöbetçi ağır ceza mahkemesi tarafından verilecektir. Yapılan kovuşturmalarda ise ikili bir ayırım yapılmakta olup, yargılama asliye ceza mahkemesinde yapılıyorsa arama kararı nöbetçi ağır ceza mahkemesince verilecek; yargılama ağır ceza mahkemesinde yapılıyorsa arama kararı yargılamanın yapıldığı ağır ceza mahkeme-

since verilecektir. Avukatın görev suçlarıyla ilgili yapılan soruşturmalarda da avukat bürolarının aranması kararı nöbetçi ağır ceza mahkemesince verilecek; kovuşturma aşamasında ise, avukatın görev suçları ağır ceza mahkemesinde görüldüğünden, arama kararı yargılamanın yapıldığı ağır ceza mahkemesince verilecektir.

Avukat bürolarında elkoyma Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Büroda arama sonucu elkonulmasına karar verilen şeylerin avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğu öne sürülerek karşı konulduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak mühürlenir ve gerekli kararı vermesi soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemededen istenir. Bu kararlar yirmi dört saat içinde verilir. Yetkili hâkim elkonulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu saptadığında, elkonulan şey derhâl avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. Postada elkoyma durumunda karşı konulması halinde de aynı usullerin uygulanacağı 130. maddenin üçüncü fıkrasında belirtilmiştir.

Avukat konutlarında arama ise Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmeyip sadece Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinde düzenlenmiştir. Avukatın görev suçlarıyla ilgili yapılacak soruşturma veya kovuşturmalarda avukat konutlarının aranması Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesine tabi olup, avukat konutları avukat büroları ile aynı koşullarda aranabilir. Avukatın adi suçlarıyla ilgili yapılacak soruşturma veya kovuşturmalarda ise Ceza Muhakemesi Kanunu'nda avukat konutlarının aranması düzenlenmediği için avukat konutları Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 118. ve 119. maddeleri çerçevesinde aranacaktır. Böylece, avukatın adi suçlarıyla ilgili yapılacak soruşturma veya kovuşturmalarda avukat konutlarında arama genel hükümlere tabi olacaktır. Bununla birlikte, avukat, konutunu aynı zamanda büro olarak da kullanmaktaysa bu yerin aranması avukat bürolarının aranması kapsamında olacaktır. Böylece, avukatın adi suçlarıyla ilgili yapılacak soruşturma veya kovuşturmalarda avukatın hem konut hem de büro olarak kullandığı yer ancak Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesi çerçevesinde aranabilecektir.

Kaynakça

- Aydın Oya, Kozağaılı Selçuk, Avukat Bürolarının Aranması, Ankara, Ankara Barosu İnsan Hakları Komisyonu Yayınları, 2001.
- Doğan Duygu Çağlar, "Ceza Muhakemesinde Adli Arama", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 92. 2011.
- Erem Faruk, "Meslek Kuralları (Şerh)", İkinci Bası, Ankara, TBB Yayınları, Sevinç Matbaası, 1973.
- Kızılıkaya Ezgi, "Türk Hukuku ve Karşılaştırılmalı Hukukta Arama, Elkoyma ve Gözaltı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 89, 2010.
- Kocaoğlu Serhat Sinan, "Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 2012-1, 2012.
- Kocaoğlu Serhat Sinan, "Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Savunma Hakkı ve Avukatın Bağımsızlığının Gerçekleştirilmesinde Barolara Düşen Yükümlülükler", *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı*, 10-14 Ocak 2012.
- Öztürk Bahri, Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Sırma Özge vd., "Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Editör: Bahri Öztürk, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2013.
- Sayman Yücel, "Hak Arama Özgürlüğü ve Avukatlık Mesleği, Demokratikleşme, İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Bağlamında Avukatlık Mesleği" (Sorunlar-Çözüm Perspektifleri, İstanbul Barosu Başkanlığı Sempozyumu, 25-29 Ekim 1995, 1. Baskı, Antalya, İstanbul Barosu Yayınları, 1996.
- Sevük Yokuş Handan, "Postada Elkoyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 69, 2007.
- Şahin Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I. Dördüncü Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Şen Ersan, "Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 2013-2, 2013.
- Şen Ersan, "Avukatın Aranması", 06.04.2015. <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1337742-avukatın-aranması>, Erişim Tarihi: 17.06.2015.
- Şenol Talay, "Bağımsız Avukatlık", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 54, 2004.
- Şişman Hasan, "Avukatın Üzerinin, Büro veya Konutunun Aranması", Ekim, 2012 <https://hasansisman.wordpress.com/2012/10/13/avukatın-uzerinin-buro-veya-konutunun-aranması/>, Erişim Tarihi: 12.05.2015.
- Vuraldoğan Kemal, "Avukatın Üzerinin Aranması Sorunu ve Avukat Vuraldoğan Davası", *Eskişehir Barosu Dergisi*, Sayı: 6, 2005.
- Zafer Hamide, Centel Nur, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010.

Diğer Kaynaklar

- Avukata Yönelik Baskı Vatandaşa Yapılmış Sayılır", 25.01.2013, <http://www.istanbulbarosu.org.tr/detail.asp?CatID=1&SubCatID=1&ID=7687> , Erişim Tarihi: 12.05.2015.

- “Çağlayan Adliyesi Girişleri İle İlgili Meslektaşlarımıza Duyuru”, 06.04.2015, <http://www.istanbulbarosu.org.tr/Detail.asp?CatID=1&SubCatID=1&ID=10268> , Erişim Tarihi: 19.06.2015.
- “Avukat Aramalarına İlişkin Zorunlu Açıklama, İstanbul Barosu Başkanlığı”, 23.11.2011, <http://www.istanbulbarosu.org.tr/detail.asp?CatID=1&SubCatID=1&ID=6375>, Erişim Tarihi: 12.05.2015.
- “Avukatlar Hakkında Soruşturma ve Kovuşturma Usulü”, 02.06.2013, <http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=183&t=14154>, Erişim Tarihi: 18.06.2015.
- “Polis İstanbul Barosu Başkanı Kocasakal’a da Müdahale Etti”, 03.04.2015, http://www.radikal.com.tr/turkiye/avukatlara_kalkanli_mudahale-1327465, Erişim Tarihi: 19.06.2015.

ADİ VE RESMİ SENETTE SAHTELİK İDDİASININ HUKUK DAVALARINA VE İCRA TAKİPLERİNE ETKİSİ

THE LEGAL EFFECTS OF FORGERY CLAIMS ON THE EXECUTION PROCEEDINGS AND CIVIL LAWSUITS IN RELATION WITH OFFICIAL AND ORDINARY ACTS

Güray ERDÖNMEZ*

Özet: Görülmekte olan bir davanın veya icra takibinin dayanağını teşkil eden senet hakkında sahtelik iddiasında bulunulabilir. Adi senetlerde sahtelik iddiası icra takibinde itiraz olarak veya davada savunma sebebi olarak ileri sürülebilir. Resmi senedin sahte olduğu ise ancak ayrı bir menfi tespit davası açılarak ileri sürülebilir. Ancak, her halükarda sahtelik iddiasının somutlaştırılması gerekir. Sahtelik iddiasının doğurduğu hukuki sonuçlar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 209. maddesinde düzenlenmiştir. Kanunda sahtelik iddiasının doğurduğu sonuçlar adi ve resmi senetler bakımından ayrı ayrı düzenlenmiştir. Buna göre, sahte olduğu iddia edilen adi senetler gerek icra takibinde gerekse davada hiçbir işleme esas alınmazlar. Buna karşılık, resmi senetler sahte oldukları mahkeme kararıyla tespit edilinceye kadar, davalarda ve icra takiplerinde işlemlere konu olabilirler. Sahtelik iddiası tek başına da bir davanın konusunu oluşturabilir. Böyle bir davanın icra takiplerine etkisi hakkında Yargıtay Daireleri farklı yönde görüş bildirmektedir. Hâlbuki HMK.m.209 uyarınca gerek hukuk mahkemesinde açılan sahtelik davası gerekse ceza mahkemesinde görülen sahtecilik davası açıldığında, icra takibi kendiliğinden duracaktır. İcra takibinin durması için ihtiyati tedbir kararı verilmesine de gerek yoktur. Davanın sonunda senedin sahte olmadığı anlaşıldığı takdirde ise, ihtiyati tedbir yoluyla icra takibinin devam etmesine karar verilebilecektir.

Anahtar Kelimeler: Adi Senet, Resmi Senet, Sahtelik İddiası, Sahtelik Davası, Sahtelik İddiasının Davaya Etkisi, Sahtelik İddiasının İcra Takibine Etkisi

Abstract: It is possible to challenge an act that constitutes the ground of a pending execution proceeding or a lawsuit for forgery. Regarding the ordinary acts, the claim of forgery can be made under the form of an objection in execution proceedings and under the form of a defence argument in lawsuits. Conversely, an official act can only be challenged for forgery by filing a lawsuit in order to obtain a declaratory judgement for the establishment of forgery. Nevertheless, in both cases the claim of forgery has to be proved.

* Doç. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

The legal consequences of forgery are regulated separately both for official and ordinary acts under the Code of Civil Procedure, article 209. Pursuant to the Code, an ordinary act which is challenged for forgery cannot be used as a ground either for an execution proceeding or for a lawsuit. However, an official act may constitute the ground of an execution proceeding and/or a lawsuit unless the alleged forgery is established by a court decision. The claim of forgery may even constitute the ground of a lawsuit by itself. The divisions of the High Court declare different opinions on the effects of such a lawsuit on the execution proceedings. On the other hand, pursuant to the Code of Civil Procedure, article 209, if a lawsuit for forgery is initiated before a civil court or a criminal court, the related execution proceeding will be suspended ipso facto. Therefore, in this scenario, an interim injunction decision is not required to suspend the execution proceedings. If, as the final decision of a lawsuit, it is proven that the act is not forged, it is possible to remove the suspension on the execution proceedings by an interim injunction decision.

Keywords :

Ordinary Act, Official Act, Claim of Forgery, Lawsuit For Forgery, The Effects of Forgery Claim on the Lawsuit, the Effects of Forgery Claim on the Execution Proceedings

I- Giriş

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ispat hukukuna ilişkin çok sayıda hükümde değişiklik yapmış ve yenilik getirmiştir. Kanun koyucu bu meyanda sahtelik iddiasının ileri sürülme biçimini ve doğurduğu sonuçları adi ve resmi senetler bakımından ayrı ayrı düzenlemiştir. Kanunda her ne kadar sahtelik iddiasının işlemlere etkisi 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndan tümüyle farklı düzenlenmemişse de, sahtelik iddiasının bilhassa icra takipleri üzerindeki etkisinin ne olacağı doktrinde ve uygulamada tartışmalara yol açmıştır. O yüzden, bu çalışmada sahtelik iddiasının ileri sürülme usûlü ile derdest dava ve icra takipleri üzerindeki etkisi özel olarak incelenecektir. Öte yandan, sahtelik iddiası hukuk davaları yanında ceza davasına da konu olabilir ve bu çerçevede adi veya resmi senette sahtecilik suçundan ceza davası açılabilir. Bu nedenle, cumhuriyet savcılığına yapılan suç ihbarının ve akabinde açılan ceza davasının icra takipleri ile hukuk davalarına etkisinin ne olacağı üzerinde durulması gereken bir başka meseledir. Ceza mahkemesinin yargılamanın sonunda senedin sahte olduğunu tespit etmekle birlikte, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verdiği hallerde (CMK.m.231), bu kararın hukuk mahkemesinde görülen sahtelik davasına ve devam eden icra takiple-

rine etkisi özel bir önem arz etmektedir. Bu çalışmada, yukarıda zikredilen meseleler doktrinde ileri sürülen görüşler ve Yargıtay'ın konuyla ilgili kararları ışığında incelenecektir.

II- 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Dönemindeki Durum

HMK.m.209 hükmüyle getirilen değişikliklerin irdelenebilmesi ve isabetli şekilde yorumlanabilmesi için öncelikle 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu döneminde doktrinde ileri sürülen görüşleri ve Yargıtay'ın verdiği kararları incelemek yerinde olacaktır. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu yürürlükte iken, sahtelik iddiası derdest davada savunma sebebi olarak ileri sürülebileceği gibi (HUMK.m.308), ayrı bir davanın konusunu da teşkil edebiliyordu (HUMK.m.314).¹ Bununla birlikte, sahtelik davasının açılması tek başına icra takiplerini durdurmaya yetmiyordu (HUMK.m.317). Hâkimin öncelikle HUMK.m.308 vd. düzenlenen usûle göre inceleme yapması ve senetteki imzanın sahte olup olmadığı konusunda bir kanaate varması gerekiyordu. Hâkim yaptığı inceleme sonunda senetteki imzanın gerçek olduğu sonucuna varırsa, bilirkişi incelemesi yapılmasına gerek kalmıyor ve dolayısıyla imza inkârının icra takibine hiçbir etkisi olmuyordu. Anılan durumda imza inkârının icra takibine etkisi İİK.m.72 hükmüne göre değerlendirilmekte idi. Buna karşılık, hâkim yaptığı inceleme neticesinde senetteki imzanın sahte olup olmadığı konusunda bir kanaate varamadığı takdirde HUMK.m.317 hükmü uygulanmakta idi.² Buna göre, sahtelik davası açılmış ve davaya bakan mahkeme bilirkişi incelemesi yapılmasına ve tanık dinlenmesine karar vermişse o senet herhangi bir işleme esas alınamıyor ve sahteliği iddia edilen senede dayanarak başlatılan icra takibi ihtiyati tedbir kararı verilmesine gerek kalmaksızın kendi-

¹ Bu konuyla ilgili doktrinde ileri sürülen görüşler için bkz. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 2001, C.II, s. 2096- 2097; İlhan Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 604 vd.; Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000, s. 646 vd.; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, Medeni Usûl Hukuku, Ankara 2010, s. 466; Yavuz Alangoya/Kamil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009, s. 330 vd.; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2010, s.399; Oğuz Atalay, "Adi Senetler Hakkında Sahtelik İddiası ve Sonuçları", Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul 2013, s. 547.

² Baki Kuru, "Hukuk Davasında Adi Senetteki İmzanın İnkâr Edilmesinin İcra Takibine Etkisi", *Bankacılar Dergisi*, Ocak 2013, s. 63.

liğinden duruyordu.³ Yargıtay da sahtelik iddiasında bulunulduğunda takibin İİK.m.72 hükmüne göre değil, HUMK.m.317'de öngörülen koşulların varlığı halinde duracağını kabul etmekte idi.⁴ Sahtelik iddiasının imzaya veya imza dışındaki bir sebebe ilişkin olması bu iddianın icra takibine etkisi bakımından önem arz etmiyordu.⁵ Diğer yandan, HUMK.m.317 hükmünün icra takiplerine etkisi senedin türüne göre değişmediği gibi,⁶ icra takibinin türüne göre de farklılık arz etmiyor; HUMK.m.317'de öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde gerek genel haciz yoluyla takibe gerekse kambyo senetlerine özgü takibe devam etmek mümkün olmuyordu.⁷ Son olarak, borçlu cumhuriyet savcılığı nezdinde suç duyurusunda bulunarak ceza mahkemesinde sahtecilik davası açılmasını sağlar ve ceza mahkemesi de bilirkişi incelemesi yapılmasına ve tanık dinlenmesine karar verirse, senet yine herhangi bir işleme esas alınamıyordu (HUMK.m.317).⁸

III- HMK.m.209 Hükümünün Getirdiği Temel Değişiklikler ve Yenilikler

6100 sayılı Kanun'la sevk edilen HMK.m.209 ve 1086 sayılı HUMK.m.317 temelde birbirine paralel düzenlemeler olmakla birlikte, aralarında bazı farklar vardır. Bu farklılardan ilki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 209. maddesinin sahtelik iddiasında bulunulmasının do-

³ Kuru, Usul, C.II, s. 2101; Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004, s. 664; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2010, s. 202; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, İcra ve İflâs Hukuku Ankara 2010, s. 200; Timuçin Muşul, İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 2008, s. 374; Talih Uyar, Olumsuz Tespit ve Geri Alma Davaları, İzmir 2003, s. 34; Mustafa Özbek, Noter Senetlerinde Sahtelik, Ankara 2009, s. 182- 183.

⁴ Bu konuda örnek bir karar için bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 04.10.2011 T. 2011/2245, K. 2011/17673 sayılı karar, Kazancı İçtihat Bankası.

⁵ Talih Uyar, "İcra Takibinin Teminatsız Durdurulması", İBD 2013/2, s. 493 vd. belirtilen kararlar. Halbuki, halihazırda yargıtay 12. Hukuk Dairesi gerek imzaya gerekse borca itiraz halinde İİK.m.72 hükmünün uygulanacağını kabul etmektedir. Örneğin bkz. Yargıtay 12. HD 13.12.2012 E.19755/K.37752 sayılı karar, Uyar, İcra Takibinin Teminatsız Durdurulması, s. 492.

⁶ Kuru, Usul, C.II, s. 2099, 2167.

⁷ Bu doğrultuda bir Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 12. HD 25.10.2011 E.4165/K.20120 (Uyar, İcra Takibinin Teminatsız Durdurulması, s. 496). Ayrıca bkz. Yargıtay 12. HD 12.10.2010 T. 2010/22368/ K. 23140, Kazancı İçtihat Bankası.

⁸ Ancak, hemen belirtmek gerekir ki ceza davasında borçlunun davaya müdahil olması ve senedin iptalini istemesi gerekiyordu. Bu yönde örnek bir karar için bkz. Yargıtay 12. HD 27.09.2011 E.1622/K.16904, www.e-uyar.com.

ğurduğu etkiyi adi ve resmi senetler bakımından ayrı ayrı düzenleme-sidir. 1086 sayılı HUMK zamanında bu konuda bir ayırım bulunmuyor ve HUMK.m.317 hükmü gerek adi senetler gerekse resmi senetler hak-kında uygulanıyordu.⁹ Gerçekten, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda sahteliği iddia edilen senedin usûl işlemlerine esas alınıp alınmaya-cağı adi ve resmi senetler bakımından farklı şekilde düzenlenmiş; bu çerçevede, adi senetlerin sahte oldukları iddia edilir edilmez hiçbir işleme esas alınamayacakları kabul edilirken (HMK.m.209/1), resmi senetlerin sahte oldukları mahkeme kararıyla sabit olana kadar işlemlere esas alınmaya devam edilecekleri öngörülmüştür (HMK.m.209/2). Kanaatimizce de, resmi senedin adi senede göre daha fazla güven telkin ettiği ve resmi senetlerdeki sahtelik iddiasının kamu düzenini ilgilendirdiği göz önüne alındığında,¹⁰ resmi senetlerin sahte oldukları sabit oluncaya kadar işlemlere esas alınmaları doğru bir tercih olmuştur. Adi senetlerin her zaman geriye dönük olarak düzenlenebilecekleri gerçeği karşısında,¹¹ sahte olduğu iddia edilen bir adi senedin gerek derdest davada gerekse icra takibinde herhangi bir işleme esas alınmamasının isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'yla getirilen değişikliklerden bir diğeri ise, sahtelik iddiasının derdest davalara ve icra takiplerine hangi andan itibaren etki edeceği meselesiyle ilgilidir. Yukarıda izah edildiği gibi, 1086 sayılı HUMK zamanında sahtelik iddiasında bulunulduğunda hâkimin öncelikle HUMK.m.308 vd.'da öngörülen usûle göre senedin sahte olup olmadığını incelemesi ve bir kanaate ulaşmadığı takdirde bilirkişi incelemesi yapılmasına ve tanık dinlenmesine karar vermesi gerekmekte idi. Bir diğer deyimle, davaya bakan hâkime sahtelik iddiası hakkında takdir yetkisi tanınmakta; hâkim sahtelik iddiasını ciddi bulmadığı takdirde bu iddianın derdest davaya ve icra takiplerine herhangi bir etkisi olmamakta idi. Buna karşılık,

⁹ Kuru, Usul, C.II, s. 2167; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2013, s. 732, 733; Uyar, İcra Takibinin Teminatsız Durdurulması, s. 499; Seyithan Deliduman, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Noter Senetleri, Ankara 2001, s. 140- 141. Konuyla ilgili bir Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 12. HD 27.09.2011 E.1622/K.16904 (Uyar, İcra Takibinin Teminatsız Durdurulması, s. 498- 499).

¹⁰ Özbek, s. 191- 192.

¹¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. Adnan Deynekli, Medeni Usul Hukukunda Senetlerin Üçüncü Kişilere Karşı İspat Şekli, Ankara 2006, s. 65 vd.

hâkim sahtelik iddiasını ciddi bulduğu ve fakat sahtelik iddiasının haklı olup olmadığı konusunda bir kanaate varamadığı için bilirkişi incelemesi yapılmasına ve tanık dinlenmesine karar verdiği takdirde, o senet bundan böyle herhangi bir usûl işlemine esas alınamamakta idi. Hukuk Muhakemeleri Kanununda ise sahtelik iddiasının ileri sürüldüğü andan itibaren adi senedin herhangi bir işleme esas alınmayacağı kabul edilerek, sahtelik iddiasının derdest davalara ve icra takiplerine olan etkisi Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenlemeye göre (HUMK.m.317) zaman itibariyle geriye çekilmiştir (HMK.m.209).¹² Kanun koyucu HMK.m.209 hükmünün üçüncü fıkrasını düzenlerken ise sadece HUMK.m.317, c.3'de yer alan ifadeyi sadeleştirerek yetinmiştir.

IV- Sahtelik İddiasının İleri Sürülme Usûlü

Hukuk Muhakemeleri Kanununda adi senetlerdeki sahtelik iddiasının derdest davada ön sorun olarak veya ayrı bir dava açılarak ileri sürülebileceği kabul edilmiştir (HMK.m.208/3). Ancak, derdest davada sahtelik iddiasında bulunulmuşsa, ayrı bir sahtelik davası açılmasında hukuki yarar yoktur¹³. Resmi senetlerdeki sahtelik iddiası ise derdest davada ön sorun olarak ileri sürülemez ve ancak ayrı bir sahtelik (menfi tespit) davasına konu olabilir. Çünkü burada üçüncü kişi konumundaki resmi makam veya memurun haksız fiil işlediği iddia edilmektedir.¹⁴ Bilindiği gibi, sahtelik iddiasının gündeme getirildiği bir diğer mecra icra ve iflâs takipleridir. Borçlu aleyhinde başlatılan icra veya iflâs takibinde ödeme emrine karşı sahtelik itirazında bulunulabilir. Bu ihtimalde sahtelik iddiasının haklılığı bilahare icra mahkemesi veya genel mahkeme nezdinde tartışma konusu olacaktır (İİK.m.67, 68, 72, 169, 170a, 173/2). Bu sayılanlar dışında ise, cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunarak senedin sahte olduğu iddia edilebilir ve böylece ceza davası açılması sağlanarak sahtelik iddiasının ceza mahkemesi nezdinde tartışılması temin edilebilir.

¹² Atalay, s. 555.

¹³ Baki Kuru, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2015, s. 257.

¹⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, Medeni Usul Hukuku 14. baskı, s. 732; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2015, s. 424; Abdurrahim Karslı, Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2012, s. 588- 589; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2014, s. 381- 382.

Sahtelik iddiası ister derdest davada savunma sebebi olarak ileri sürülsün isterse ayrı bir davanın konusunu teşkil etsin, diğer tüm iddia ve savunma sebepleri gibi somutlaştırılarak bildirilmelidir. Nitekim İsviçre doktrininde senedin sahte olduğu konusunda ciddi şüphe uyandırılması gerektiği ve ancak sağlam gerekçelere dayanan bir itirazın yeterli ve geçerli kabul edileceği belirtilmektedir. İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun gerekçesinde de sahtelik iddiasında bulunulurken bir belgenin içeriğinin değiştirildiğine veya imzanın belge sahibine ait olmadığına dair ciddi şüphe uyandırılması gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre, her sahtelik iddiası senedin derdest davada veya icra takibinde işlemlere esas alınmasını engellemeye yetmeyecektir.¹⁵

Hukuk Muhakemeleri Kanun'unda sahtelik iddiasının somutlaştırılmasını öngören açık bir hüküm olmamakla beraber, taraflara gerek ileri sürdükleri vakıaları gerekse dayandıkları delilleri somutlaştırma yükü getirildiğine göre (HMK.m.194), adi veya resmi senetteki sahtelik iddiasının da mahkemeye somutlaştırılarak bildirilmesi icap eder. Bu çerçevede, en azından belirli, kabul edilebilir ve akla yatkın bir sahtelik iddiasında bulunulması gerekir. Asılsız, kötü niyetli veya salt başkasına zarar vermek amacıyla yapılan kötü niyetli sahtelik iddiaları mahkemece dikkate alınmamalıdır. Sahtelik iddiasının ne zaman somutlaştırılmış sayılacağı ise somut olayın özelliklerine göre değişir. Örneğin taraf senetteki imzanın sahte olduğunu kendisine ait olduğu tartışmasız imza örneklerini mahkemeye sunarak somutlaştırabilir. Noter senedi, tapu senedi ve pasaport bu konuda akla gelebilecek örnekler arasındadır. Senette tahrifat iddiası ise, senet üzerindeki yazının taraflar arasındaki ihtilaflı hukuki ilişkiyle bağdaşmadığı ileri sürülerek ve delilleriyle birlikte somut biçimde ortaya konulabilir. Sahtelik iddiasının somutlaştırılması boş ve hiçbir dayanağı olmayan iddiaların ileri sürülmesini önleyecek; en azından makul dayanak noktalarının bildirilmesini zorunlu kılacak ve böylece, asılsız sahtelik iddialarının derdest dava veya icra takipleri üzerindeki etkisi sınırlanacaktır.

V- Sahtelik İddiasının Doğurduğu Hüküm ve Sonuçlar

Adi veya resmi senet üzerindeki imza veya yazı derdest davada inkâr edilebileceği gibi, ayrı bir sahtelik davasının konusunu da teş-

¹⁵ Bu konuda bkz. İsviçre Federal Usul Kanunu.m.178.

kil edebilir. Her iki durumda da esas itibariyle senedin sahte olduğu iddia edildiği için, anılan ihtimaller “sahtelik iddiası” başlığı altında toplanabilir. Bu bağlamda, sahtelik iddiasının derdest davaya ve icra takibine etkisi aşağıda ayrı ayrı incelenecektir.

A- Sahtelik İddiasının Görülmekte Olan Davaya Etkisi

1- Resmi Senetlerdeki Sahtelik İddiasının Derdest Davaya Etkisi

Hukuk Muhakemeleri Kanununda sahtelik iddiasının derdest davaya etkisi adi senetler ve resmi senetler yönünden ayrı ayrı düzenlenmiştir. Kanunda resmi senetlerdeki sahtelik iddiasına adi senetler için sevk edilenden farklı hüküm ve sonuçlar bağlanmıştır. Zira, kanun koyucu resmi senetlerin sahte oldukları mahkeme kararıyla sabit oluncaya kadar her türlü işleme esas alınmaya devam edileceklerini kabul etmiştir (HMK.m.209/2). Buna göre, sahte olduğu mahkeme kararıyla sabit olmadığı müddetçe resmi senede derdest davada delil olarak dayanmak mümkündür. Hemen belirtmek gerekir ki, resmi senetteki sahtelik iddiası derdest davada savunma sebebi olarak ileri sürülse bile, davaya bakan mahkeme sahtelik iddiasını incelemeye yetkili değildir. Resmi senedin sahte olup olmadığı evraka resmiyet kazandıran kişinin de taraf gösterileceği ayrı bir davada incelenebilir (HMK.m.208/4).

Hukuk Muhakemeleri Kanununda bu davanın hukuk mahkemesinde veya ceza mahkemesinde açılması bakımından bir ayırım yapılmamıştır. Buna göre, evraka resmiyet kazandıran kişinin de taraf gösterildiği bir sahtelik davası önceden açılmamışsa, asıl davaya bakan mahkeme “gerekirse” resmi senetteki imza veya yazıyı inkâr eden tarafa sahtelik davası açması için iki haftalık kesin süre verecektir (HMK.m.208/4).¹⁶ Dikkat edilirse, kanun koyucu resmi senedin sahteliğinin iddia edildiği her durumda ayrı bir sahtelik davası açılması için süre verilmesini öngörmek yerine, bu konudaki takdir yetkisini davaya bakan hâkime bırakmış; imza veya yazıyı inkâr eden tarafa ancak hâkim tarafından gerekli görüldüğü takdirde süre verileceğini

¹⁶ Senedin sahte olduğunu iddia eden taraf iki haftalık kesin süre içinde sahtelik davasını açtığı takdirde, davaya bakan mahkeme sahtecilik davasını bekletici sorun yapacaktır.

benimsemiştir. Buna göre, hâkim önce sahtelik iddiasının ciddi olup olmadığını değerlendirecek ve dava dosyasına ibraz edilen senedin sahte olduğuna dair önemli dayanak noktaları getirildiği takdirde, imza veya yazıyı inkâr eden tarafa sahtelik davası açması için iki haftalık kesin süre verecektir.¹⁷

Görüldüğü gibi, Hukuk Muhakemeleri Kanununda “imza veya yazıyı inkâr eden tarafa, dava açması için” süre verileceği öngörülmüştür. Kanundaki ifade lafzen yorumlanırsa, sahtelik iddiasında bulunan tarafa sadece hukuk mahkemesinde dava açması için süre verileceği sonucuna ulaşılabilir. Zira imza veya yazıyı inkar eden tarafın ceza mahkemesinde doğrudan ceza davası açma olanağı yoktur. Sahtelik iddiasında bulunan taraf ancak cumhuriyet savcılığı nezdinde suç ihbarında bulunarak ceza davası açılmasını sağlayabilir. Bu bağlamda, imza veya yazıyı inkâr eden tarafın iki haftalık kesin süre içinde savcılığa suç duyurusunda bulunduğu takdirde üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmiş sayılıp sayılmayacağı sorulabilir. Kanunun gerekçesinde sahtelik davasının mutlaka hukuk mahkemesinde açılması gerektiğine dair bir sınırlama yoktur. Kanaatimizce, imza veya yazıyı inkâr eden taraf doğrudan ceza davası açamayacağına göre, savcılığa suç duyurusunda bulunduğu durumda ceza davasının açılması için üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirdiği kabul edilmelidir. Aksi takdirde, taraf Kanunda açık bir hüküm olmadığı halde hukuk mahkemesinde sahtelik davası açmaya zorlanmış olur. Bu durum ise, sahtelik dava-

¹⁷ Buna mukabil, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi konuyla ilgili bir kararında, savcılığa suç duyurusunda bulunmak suretiyle resmi senedin sahteliği iddia edilmesine rağmen, ayrı bir sahtelik davası açılması için süre verilmesini uygun görmemiş ve çalışma barışının bir an önce sağlanması için savcılık soruşturmasının sa bekletici sorun yapılmamasına karar vermiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bu kararı şöyledir : “... Öte yandan, davacı vekili bir kısım sendika üyelik fişlerinin gerçeğe aykırı düzenlendiğini iddia ederek, bu konuda İzmir C.Başsavcılığı'nca yürütülen 2011/92889 soruşturma nolu dosyanın bekletici mesele yapılmasını istemiştir. Fakat 6100 sayılı HMK'nun 209 maddesinin 2. Bendinde ; “Resmi senetlerdeki yazı ve imza inkar edildiğinde senetdeki yazı ve imzanın sahteliği ancak mahkeme kararı ile sabit olursa bu senet her hangi bir işleme esas alınamaz. hükmü düzenlenmiştir. Davacı vekilinin gerçeğe aykırı düzenlendiğini iddia ettiği sendika üyelik kayıt fişleri noter marifeti ile düzenlendiğinden ve henüz sahteliği ile mahkeme kararı ile sabit olmadığından ayrıca çalışma barışının daha fazla gecikmeden sağlanması için Mahkememizce İzmir Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2011/92889 soruşturma nolu dosyasının bekletici mesele yapılmasına ilişkin talebi reddedilmiştir...” (9. HD E. 2012/17685 K. 2012/27237 T. 10.7.2012, Kazancı İçtihat Bankası).

sını açmak için gerekli harç ve yargılama giderlerini karşılayamayan tarafın hak arama özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğurabilir. O yüzden, ilerde ceza davası açılmak kaydıyla, HMK.m.208/4 hükmüne bağlanan sonuçlar iki haftalık süre içinde savcılığa suç duyusunda bulunulduğu takdirde de ortaya çıkmalıdır.

Sahtelik iddiasının gündeme geldiği asıl davaya bakan hâkim gerek hukuk mahkemesinde açılan sahtelik davasını gerekse ceza mahkemesinde açılan ceza davasını bekletici sorun yapabilecektir. Ancak, bu davalar asıl davadan önce açılırsa, hâkimin sahtelik davası açılması için süre vermesine gerek yoktur. Anılan durumda, hâkim asıl davadan önce açılan sahtelik davasını bekletici sorun yapmalıdır. Asıl dava açılmadan önce hem hukuk mahkemesinde hem de ceza mahkemesinde dava açılmışsa, bu davalardan hangisinin bekletici sorun yapılacağı sorulabilir. Kanaatimizce, asıl davaya bakan mahkeme hangi mahkemede davanın daha erken sonuçlanacağı öngörüyorsa, o davanın bekletici sorun yapılmasına karar vermelidir. Bununla birlikte, bekletici sorun yapılması bir ara karar olduğu için, mahkeme bu karardan her zaman rücu edebilecektir. Diğer yandan, asıl davaya bakan mahkemenin geç sonuçlanacağını öngördüğü için bekletici sorun yapmadığı davada daha önce karar verildiği takdirde ise, o davada verilen hükmün esas alınmasına bir engel yoktur.

Resmi senette sahtelik iddiasıyla ilgili olarak akla gelebilecek bir başka soru ise, Kanunda öngörülen iki haftalık süre içinde sahtelik davası açılmasının asıl davaya herhangi bir etkisinin olup olmayacağıdır. Zira Kanunda sahtelik iddiasında bulunan tarafa ayrı bir dava açması için süre verilebileceği belirtilmekle yetinilmiştir. Kanaatimizce, Kanunda öngörülen iki haftalık kesin süre içinde hukuk mahkemesinde sahtelik davası açılır veya aynı sürede cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunmak suretiyle ceza mahkemesinde sahtecilik davası açılması sağlanırsa, bu davaların bekletici sorun yapılması gerekir. Çünkü asıl davaya bakan mahkemenin senede resmîyet kazandıran kişinin (noterin veya memurun) taraf olmadığı bir davada, resmi senedin sahte olup olmadığını inceleyerek karar vermesi zaten mümkün değildir. Kaldı ki, bekletici sorun yapılan davada verilecek karar, asıl davada verilecek kararı doğrudan etkileyebilecektir (HMK.m.214; BK.m.74). Hemen belirtmek gerekir ki, asıl davaya bakan mahkemenin bekletici sorun yapma kararı vermesi, sahteliği iddia edilen resmi senede da-

yanarak başlatılan icra takibinde takip işlemleri yapılmasına engel değildir. Çünkü resmi senetler ancak sahte oldukları mahkeme kararıyla sabit olduğu takdirde bir işleme esas alınamazlar (HMK.m.209/2).

Sahtelik iddiasında bulunan tarafın mahkemenin verdiği iki haftalık kesin süre içinde ayrı bir sahtelik davası açmamasının ne gibi sonuçlar doğuracağı ayrı bir soru işareti teşkil eder. Bu soruya verilecek cevap, sahtelik iddiasında bulunan taraf ve asıl davaya bakan mahkeme açısından ayrı ayrı incelenmelidir. Kanaatimizce, mahkemece verilen kesin sürenin geçirilmesi tarafın daha sonra ayrı bir sahtelik davası açmasına engel olmamalı; bir diğer deyişle, resmi senetteki imza veya yazıyı inkâr eden taraf Kanunda öngörülen iki haftalık kesin süre geçtikten sonra da sahtelik davası açabilmelidir. Aksi düşüncenin kabulü halinde, tarafın Anayasa'nın 138. maddesiyle güvence altına alınan hak arama hürriyeti ihlal edilmiş olur. Ayrıca, resmi senetlerdeki sahtelik iddiasının kamu düzenine ilişkin olması da kesin süre geçtikten sonra ayrı bir sahtelik davası açılabilmesi gerektiği düşüncesini desteklemektedir. Bu noktada, hakîmin verdiği kesin sürenin kaçırılmasının hiçbir yaptırımının olup olmayacağı sorulabilir. Doktrinde, resmi senedi inkâr eden tarafın iki haftalık kesin süre içinde görevli mahkemede ayrı bir sahtelik davası açmaması halinde, sahtelik iddiasından vazgeçmiş sayılacağı ve esas davanın açıldığı mahkemenin davaya devam ederek karar vereceği belirtilmektedir¹⁸. Kanaatimizce, burada bir ayırım yapılabilir. Taraf kendisine verilen iki haftalık kesin süre içinde dava açmadığı gibi, bilahare ayrı bir sahtelik davası da açmazsa, asıl davaya bakan mahkeme dosyadaki delil durumuna göre hükmünü tesis etmelidir. Buna karşılık, asıl davada sahtelik iddiasında bulunan taraf kendisine verilen kesin sürede geçtikten sonra evraka resmîyet kazandıran kişiyi de taraf göstererek ayrı bir dava açarsa, bu davanın bekletici sorun yapıp yapılmayacağına asıl davaya bakan mahkeme karar vermelidir. Mahkeme iki haftalık kesin süre geçtikten sonra açılan sahtelik davasının asıl davayı uzatmak amacıyla ikame edilmediği kanaatine varırsa, ilerde çelişkili kararların ortaya çıkmasını önlemek için sahtelik davasının sonucunun beklenmesine karar verebilmelidir. Buna karşılık, davalı asıl davada tahkikat aşamasının sonuna gelmesini bekler ve mahkemenin kararını vermeye

¹⁸ Kuru, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, s. 259.

yakın olduğu bir tarihte, resmi makamı da taraf göstererek ayrı bir sahtelik davası açar ve bu davanın bekletici sorun yapılmasını isterse, bu davranışı dürüstlük kuralıyla bağdaştırmak mümkün değildir (HMK.m.29). Asıl davaya bakan mahkemenin dürüstlük kuralına aykırı bu gibi talepleri dikkate alma mecburiyeti yoktur. Kaldı ki, usûl ekonomisi ilkesi de davalının bu talebinin kabulüne engel teşkil eder. Asıl davaya bakan mahkeme anılan durumlarda sahtelik iddiasında bulunan tarafın süresinden sonra açtığı davayı bekletici sorun yapmaksızın dava dosyasına mübrez resmi senede dayanarak kararını verebilecektir. Dolayısıyla, sahtelik davasının Kanunda öngörülen kesin süre geçtikten sonra açılmasının yaptırımını, asıl davaya bakan mahkemenin sahtelik davasını bekletici sorun yapma zorunluluğunun ortadan kalkmasından ibarettir.

Hukuk mahkemesinde veya ceza mahkemesinde görülen sahtelik davasının bekletici sorun yapıldığı hallerde, o davalarda verilecek kararın şekli anlamda kesinleşmesinin beklenip beklenmeyeceği akla gelebilecek bir diğer sorudur.¹⁹ Bilindiği gibi, bekletici sorun yapma kararı nitelik itibarıyla bir ara karardır ve mahkemeler kural olarak ara kararlarından geri dönebilirler. O yüzden, asıl davaya bakan mahkemenin de sahtelik (veya ceza mahkemesindeki sahtecilik) davasını bekletici sorun yaptıktan sonra, bu kararından her zaman rücu etmesi mümkündür. Bu durumda, asıl davaya bakan mahkeme sahtelik incelemesi yapamayacak ve sahte olduğu iddia edilen resmi senedi esas alarak kararını verecektir. Ancak, asıl davaya bakan mahkemenin bu hareket tarzının bazı sorunlar doğurması ihtimal dâhilindedir. Bilhassa asıl davaya bakan mahkeme bekletici sorun yaptığı davada verilen kararın kesinleşmesini beklemeden hükmünü tesis eder ve bilahare senedin sahte olduğu ortaya çıkarsa, asıl davada sahte resmi senede dayanarak karar vermiş olacaktır. Bu durumda ise, hukuk mahkemesinin ve ceza mahkemesinin verdikleri kararlar birbiriyle çelişecektir. O itibarla, sahtelik iddiasının ciddi bulunduğu ve bu nedenle, hukuk veya ceza mahkemesinde görülen sahtelik davasının bekletici sorun yapılmasına karar verildiği hallerde, kural olarak o davada verilecek hükmün kesinleşmesinin beklenmesi daha isabetli olacaktır.

¹⁹ Yargıtay 1086 sayılı HUMK zamanında ceza davasının sonucunun bekleneceğine hükmetmiştir (12. HD 07.07.2011 2010/33387 K. 2011/14787, Uyar, İcra Takibinin Teminatsız Durdurulması, s. 500).

2- Adi Senetlerdeki Sahtelik İddiasının Derdest Davaya Etkisi

Adi senetlere yöneltilen sahtelik iddiasının görülmekte olan davaya etkisi resmi senetlerden farklı biçimde düzenlenmiştir. Kanun koyucu sahtelik iddiasının adi senetler üzerinde doğurduğu etkiyi “*senet herhangi bir işleme esas alınamaz*” ifadesiyle ortaya koymuştur (HMK.m.209/1). Kanunun ifadesinden üzerindeki imza veya yazı inkâr edilen adi senedin yargılama sırasında herhangi bir usûl işlemine konu olamayacağı açıkça anlaşılmaktadır. Buna göre, yargılama sırasında sahteliği iddia edilen bir adi senede hukuk davasında delil olarak dayanılması²⁰ ve mahkemenin bu senede dayanarak hüküm vermesi mümkün değildir. Kanunun bu düzenlemesi bilhassa senetle ispat kuralının uygulandığı davalarda (HMK.m.200) yargılamanın gidişatını etkileyecek, ispat yükünü taşıyan tarafın elinde iddiasını ispatlamaya yarayan başkaca bir kesin delil yoksa sahtelik iddiasının çözüme bağlanmasından elde edilecek sonuç davanın akıbetini de belirleyecektir. O yüzden, hâkimin sahtelik iddiasını ön sorun olarak incelemesi ve bu iddianın haklı olup olmadığı açıklığa kavuştuktan sonra hükmünü tesis etmesi yerinde olacaktır. Zira adi senede dayanan tarafın ispat yükünü yerine getirip getiremediği sahtelik iddiasının incelenmesinden elde edilecek sonuca bağlı olacaktır.

Adi senetlerde sahtelik iddiası ayrı bir davaya (sahtelik davası) konu olur ve asıl davaya bakan mahkeme sahtelik davasının sonucunu bekletici sorun yaparsa, sahtelik davasında karar verilinceye kadar, adi senet asıl davada herhangi bir işleme esas alınmayacaktır. Ancak, resmi senetlerden farklı olarak adi senetlerdeki sahtelik iddiasının ayrı bir davaya konu olması, o davada verilecek kararın her halükarda bekletici sorun yapılmasını gerektirmez.²¹ Örneğin adi senede dayanarak başlatılan genel haciz yoluyla icra takibinde senetteki imzaya itiraz

²⁰ Atalay, s. 550.

²¹ Sahtelik davasında tanık dinlenmesi ve bilirkişi incelemesi yapılması aşamasına gelmişse icra mahkemesinin bekletici sorun yapması gerektiği yönünde bkz. Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, *İcra ve İflas Hukuku*, Ankara 2015, s.168. Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise, icra mahkemesi genel mahkemede açılan sahtelik davasını bekletici sorun yapamayacaktır. Zira imzaya itirazın incelenmesi İİK.m.68/a’da özel olarak düzenlenmiştir. O nedenle, icra dairesi ve icra mahkemesindeki imza inkârı sebebine dayanan sahtelik iddiası hakkında genel nitelikteki HMK.m.209 hükmü uygulanamayacaktır (Baki Kuru, *İcra ve İflas El Kitabı*, İstanbul 2013, s. 324).

edilmiş ve akabinde alacaklı icra mahkemesinden itirazın geçici kaldırılmasını talep etmişse (İİK.m.68/a), icra mahkemesi genel mahkemede görülen sahtelik davasını bekletici sorun yapabilecektir. Ancak, icra mahkemesi adi senetteki sahtelik iddiasını itirazın geçici kaldırılması prosedürü çerçevesinde incelemeye başlamışsa (İİK.m.68a), sonradan açılan ve tahkikat aşaması daha geride olan sahtelik davasını bekletici sorun yapmaktan kaçınabilir. Benzer şekilde İcra ve İflâs Kanununda kambiyo senetlerine özgü takip yolunda yazının inkârı halinde incelemenin nasıl yapılacağı belirtilmemekle birlikte (İİK.m.169), bu durum icra mahkemesinin sahtelik itirazı üzerine bizzat veya bilirkişi atamak suretiyle yazı incelemesi yapamayacağı ve genel mahkemede görülen davayı bekletici sorun yapmaktan kaçınamayacağı anlamına gelmez.²²

Yargıtay ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girdikten hemen sonra verdiği kararlarda, icra mahkemelerinin sahtelik iddiasını inceleme yetkilerinin genel mahkemelere göre daha sınırlı olduğunu gerekçe göstererek, icra mahkemesinin genel mahkemede görülen davayı (sahtelik davası) her halükarda bekletici sorun yapması gerektiğini belirtmiştir.²³ Kanaatimizce, icra mahkemeleri takibe konu adi

²² Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin bir kararındaki karşı oy yazısında aksi yönde görüş bildirilmiştir : "...Kambiyo senetlerinde İİK.'nun 169/a maddesi gereğince dar yetkili icra mahkemesi imza inkarı dışındaki sahtecilik iddiasını inceleyemez. Çünkü bu maddede incelenebilecek itiraz sebepleri; a)İfta, b)İmhal, c)Zamanaşımı ve d)İmzaya itiraz olmak üzere sınırlı olarak sayılmıştır. Senette sahtecilik iddiasını inceleme görevi genel yetkili mahkemelere aittir. İmza itirazı da borca itirazdır. Yasa koyucu imza itirazının inceleme şeklini ayrıntılı olarak İİK.'nun 170.maddesinde düzenlediği halde sahtecilik itirazının incelenme şeklini İİK.'nda düzenlememiştir. Yasa koyucunun böyle bir iradesi olsa idi sahtecilik itirazının incelenme şeklini de belirlerdi. Takip hukukunda düzenlenmeyen bir konuda yorum yolu ile görevli olduğunu söylemek Anayasa'ya, İİK.'nuna ve İçtihadı birleştirme kararına açıkça aykırılık oluşturmaktadır..." (12. HD. 2014/26221 E. 2015/3195 K. 19.02.2015 T., www.legalbank.net).

²³ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin bu kararı şu şekildedir : "...6100 Sayılı HMK nun 209/1. maddesinde "Adi bir senetteki yazı veya imza inkar edildiğinde bu konuda bir karar verilmeye kadar, o senet herhangi bir işleme tabi tutulamaz." şeklindeki hükmü ile bir senette bulunan yazı ve imzanın inkarı halinde sahteliği hususunda bir karar verilinceye kadar senedin hiçbir işleme dayanak yapılamayacağı, hususu düzenlenmiştir. İcra mahkemeleri şikayet ve itirazları belli bir usule uyarak yargılayan ve objektif hukuk kurallarını şikayet ve itirazlara uygulamak suretiyle bunları takip hukuku bakımından kesin hükme bağlayan mahkemelerdir. Bu mahkemeler, takip hukukuna ilişkin uyumsuzlukları çözüme görevini yerine getirirken kural olarak tanık dinleyemeyeceklerinden dar (sınırlı) yetkili olup, sahtelik iddiasını inceleme yetkileri de genel mahkemeye göre daha kısıtlıdır. Genel mahkemeler senetteki sahtelik iddiasını HMK.nun 208 ve 209. maddelerinin

senetteki imzanın veya yazının sahte olup olmadığını HMK.m.211'de öngörülen sırayı takip ederek kendileri belirleyebildikleri için, sahtelik iddiasıyla karşılaştıkları her olayda genel mahkemede görülen sahtelik (menfi tespit) davasını bekletici sorun yapmak zorunda değildirler. Şüphesiz genel mahkemede görülen davada tahkikatın daha önde olduğu hallerde bekletici sorun yapma kararı verilmesi usûl ekonomisi açısından daha yerinde olabilir. Örneğin borçlu bir taraftan sahtelik itirazında bulunarak kambiyo senetlerine özgü takibin geçici olarak durdurulmasını istemiş (İİK.m.169, 170), diğer taraftan genel mahkemede sahtelik davası açmışsa, icra mahkemesi genel mahkemede veya ceza mahkemesinde görülmekte olan davanın bulunduğu aşamayı dikkate alarak, çelişkili kararlar verilmesini önlemek, boşa zaman ve emek kaybına meydan vermemek için bekletici sorun yapma kararı verebilir. Ancak, icra mahkemelerini her durumda genel mahkemelerde görülen sahtelik davalarının sonucunu beklemek zorunda bırakmanın isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

Nitekim, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi de yeni tarihli kararlarında yukarıda zikrettiğimiz içtihadından dönmüştür. Yargıtay yeni tarihli kararlarında *"İcra mahkemesi, önüne gelen itiraz ve şikayetleri, İcra Ve İflas Kanunu'nda düzenlenen özel usul kurallarını uygulayarak takip hukuku bakımından kesin hükme bağladığından, anılan mahkemenin kararları kural olarak maddi anlamda kesin hüküm niteliği taşımaz. Bu nedenle borca veya imzaya itirazın incelenmesi sırasında sahtelik iddiasına dayalı olarak genel mahke-*

verdiği yetkiyle daha detaylı bir biçimde inceleme olanağına sahiptir (HGK'nun 06.02.2008 tarih ve 2008/12-77 esas, 2008/90 karar sayılı kararı). Anılan maddede sahtencilik davasının hukuk ya da ceza mahkemesinde açılması arasında herhangi bir ayrıma gidilmediği anlaşılmaktadır. Somut olayda, borçlular tarafından takibe konu senet hakkında C. Savcılığına suç duyurusunda bulunduğu ve henüz soruşturmanın devam ettiği dikkate alındığında HMK'nun 209. maddesi şartları oluştuğundan şikayete konu senet yönünden sahtelik iddiasının sonucunun beklenmesi gerekir. Bu nedenle takibin durdurulmasına karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile itirazın kaldırılmasına karar verilmesi isabetsizdir. Öte yandan her ne kadar mahkeme kararının gerekçesinde davalılardan Hüseyin Aktaş ve Selçuk Aktaş'ında takip borçlusu olduklarından aleyhlerine yöneltilen itirazın husumet yokluğundan reddedildiği belirtilmiş ise de; hüküm kısmında adı geçen her iki davalı aleyhine yöneltilen davanın husumet yokluğundan reddine karar verilmesi gerekirken yalnızca Hüseyin Aktaş aleyhine yönelik itirazın husumet yokluğundan reddine karar verilmesi de doğru görülmemiştir..." (Yargıtay 12.HD.03.12.2012 T. E:18504, K:35906 www.e-uyar.com). Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin aynı yöndeki bir başka kararı için bkz. 12.HD.15.10.2012 T. E:10993, K:29291, www.e-uyar.com.

melerde açılan davaları bekletici mesele yapamayacağı gibi takibin durdurulmasına da karar veremez. Sadece İİK'nun 169/a-2. maddesi uyarınca itirazın esası hakkındaki kararına kadar icra takibinin muvakkaten durdurulmasına karar verebilir" şeklinde görüş bildirmektedir. Bu karardan da anlaşılacağı üzere, icra mahkemeleri borca (örneğin senette tahrifat) veya imzaya itiraz (örneğin sahte imza atılması) teşkil eden sahtelik iddialarını bizzat inceleyerek karara bağlayabileceklerdir. Bir diğer ifadeyle, Yargıtay'ın yeni tarihli kararlarında isabetli biçimde, icra mahkemelerinin sahtelik iddialarını inceleme yetkilerinin genel mahkemelere nazaran kısıtlı olmadığını benimsediği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin genel mahkemelerde (hukuk ve ceza mahkemeleri) görülen sahtelik davalarının bekletici sorun yapıp yapılmayacağı konusunda ise eski içtihatlarından tamamen farklı yönde bir görüş benimsediği tespit edilmektedir. Zira Yargıtay önceki tarihli içtihatlarında icra mahkemelerinin dar yetkili oldukları için genel mahkemelerdeki sahtelik incelemesinin sonucunu beklemeleri gerektiği yönünde görüş bildirirken, yeni içtihatlarında "borca veya imzaya itirazın incelenmesi sırasında sahtelik iddiasına dayalı olarak genel mahkemelerde açılan davaları bekletici mesele yapamayacağı" yönünde görüş bildirmektedir.²⁴

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin yukarıda zikrettiğimiz yeni tarihli kararlarına katılmıyoruz. Bu bağlamda, öncelikle belirtmek gerekir

²⁴ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin bu yöndeki bir diğer kararı ise şu şekildedir : "... İcra mahkemesi, önüne gelen itiraz ve şikayetleri, İcra Ve İflas Kanunu'nda düzenlenen özel usul kurallarını uygulayarak takip hukuku bakımından kesin hükme bağladığından, anılan mahkemenin kararları kural olarak maddi anlamda kesin hüküm niteliği taşımaz. Bu nedenle borca veya imzaya itirazın incelenmesi sırasında sahtelik iddiasına dayalı olarak genel mahkemelerde açılan davaları bekletici mesele yapamayacağı gibi takibin durdurulmasına da karar veremez. Sadece İİK'nun 169/a-2. maddesi uyarınca itirazın esası hakkındaki kararına kadar icra takibinin muvakkaten durdurulmasına karar verebilir. İcra mahkemesince takibe konu alacakla ilgili bir karar verilmiş olması, aynı alacak hakkında genel mahkemelerde dava açılmasına engel oluşturmaz. Borçlunun sahtelik nedenine dayalı olarak açtığı menfi tespit davası, İİK'nun 72. maddesi kapsamında bir dava olup, anılan maddedeki usule göre mahkemeden alınacak ihtiyati tedbir kararı ile icra takibi durdurulabilir. Sahtelik nedeniyle açılan menfi tespit davası gibi, cumhuriyet savcılığına aynı nedenle yapılan şikayet ve ceza mahkemesinde açılan dava da kendiliğinden icra takibini durdurmaz ve bekletici mesele yapılamaz. Ancak cumhuriyet savcılığı veya ceza mahkemesince tedbir kararı verilirse icra takibi durdurulabilir..." (12. HD. 2014/28544 E. 2015/3952 K. 26.02.2015 T. www.legalbank.net).

ki, adi senet üzerindeki imza veya yazıyla ilgili sahtelik iddiasında bulunulduğunda icra mahkemesinin izleyeceği usûl ve yapacağı inceleme ile genel mahkemenin yapacağı inceleme arasında hiçbir fark yoktur.²⁵ İcra mahkemesi takibe konu senedin sahte olduğu ileri sürüldüğü takdirde, Kanunun kendisine tanıdığı yetkiyi kullanarak ilk planda takibin geçici olarak durdurulmasına karar verebilirse de (İİK.m.169/a,2; 170/2), borçlunun ödeme emrine yaptığı itirazın haklı olup olmadığı konusunda nihai bir hüküm tesis edebilmek için sahtelik incelemesi yapmak zorunda kalacaktır. İcra mahkemesi bu incelemeyi İİK.m.68a'da öngörülen usûlle yapabilecektir (İİK.m.169/3). İİK.m.169/a hükmünde yazının inkârı halinde incelemenin nasıl yapılacağına dair herhangi bir hüküm olmaması icra mahkemesinin yazının inkâr edildiği (borca itiraz) hallerde de bilirkişi incelemesi yapılmasına karar vermesine engel değildir. Nitekim, Yargıtay'ın 1086 sayılı HUMK dönemindeki uygulaması bu yöndedir.²⁶ İşte bu noktada icra

²⁵ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi önceki tarihli kararlarında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 06.02.2008 tarih ve 2008/12-77 E. 2008/90 K. sayılı kararına atf yapmakta ve buna istinaden icra mahkemelerinin sahtelik iddiasını inceleme konusunda dar yetkili olduklarını belirtmekte idi. Halbuki, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin kararlarına dayanak yaptığı Hukuk Genel Kurulu kararı 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun yürürlükte olduğu dönemde verilmiştir. Anılan Hukuk Genel Kurulu kararının verildiği tarihte yürürlükte olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre sahtelik incelemesi yapıldığında, senet düzenlenirken orada bulunan kişilerin tanık olarak dinlenmeleri söz konusu idi (HUMK.m.309/1). İcra mahkemelerinin kural olarak tanık dinleme yetkileri bulunmadığı için, Hukuk Genel Kurulu kararının verildiği tarih itibarıyla isabetli olduğu söylenebilir. Ancak, Hukuk Muhakemeleri Kanununda adi senetlerde sahtelik iddiasını inceleme usulü değiştirilmiş ve 1086 sayılı HUMK'dan farklı olarak senet düzenlenirken orada hazır bulunanların tanık olarak dinlenmeleri usulü terk edilmiştir (HMK.m.208). Dolayısıyla, icra mahkemeleri önlerine gelen bir adi senedin sahte olup olmadığını aynı genel mahkemeler gibi HMK.m.211 hükmündeki sırayı takip ederek ve tanık dinlemeye gerek kalmaksızın inceleyebileceklerdir (İİK.m.68a/4 atfıyla). Bir diğer deyimle, bugün icra mahkemelerinin ve genel mahkemelerin sahtelik incelemesi konusundaki yetkileri aynıdır. 1086 sayılı HUMK yürürlükte iken dahi icra mahkemeleri ile hukuk mahkemelerinin sahtelik iddiasını inceleme yetkileri arasında bir fark olmadığı yönündeki bir görüş için ayrıca bkz. Özbek, s. 205.

²⁶ Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şöyledir : "İcra takibinin dayanağı 2282469 numaralı 30.03.2004 keşide tarihli 75.000.000.000 TL bedelli çek miktarının, 5.000.000.000 TL iken tahrifatla mevcut haline dönüştürüldüğü yaptırılan bilirkişi incelemesi ile tespit edilmiştir. Bu durumda alacaklının tahrifat öncesine ait senet bedeli üzerinden takibe devam hakkı vardır. Borçlu, İİK'nun 169/a maddesinde belirlenen koşullarda takip alacaklısına herhangi bir ödeme yaptığını da ispatlayamadığına göre, mahkemece borçluların diğer itiraz nedenleri incelenerek, oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, bu çek yönünden, tahrif

mahkemesinin seçimlik bir hakkının olduğu; sahtelik (imza veya yazı) incelemesini kendisi yapabileceği gibi, tahkikatın daha ileride olduğu hallerde genel mahkemede (hukuk veya ceza mahkemesindeki) sahtelik incelemesinin sonucunu da bekleyebileceği kanaatindeyiz. İcra mahkemesinin verdiği kararların kesin hüküm teşkil etmemesi, genel mahkemede görülen davanın bekletici sorun yapılmasına engel teşkil etmez. Nitekim, 1086 sayılı HUMK döneminde de sahtelik davası açılmış ve o davaya bakan mahkeme bilirkişi incelemesi yapılmasına ve tanık dinlenmesine karar vermişse senet herhangi bir işleme esas alınamıyor; sahteliği iddia edilen senede dayanarak başlatılan icra takibi ihtiyati tedbir kararı verilmesine gerek kalmaksızın kendiliğinden duruyor ve bu arada genel mahkemede görülen dava bekletici sorun yapıyordu.²⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi adi senedin altındaki imzanın inkâr edildiği ve senetle ilgili ayrı bir ceza davasının açıldığı hallerde, icra mahkemesinin ceza davasını bekletici sorun yapması gerektiğine karar vermiştir²⁸. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi imza inkârı dışındaki sahtelik iddialarının varlığı halinde de icra mahkemesinin

edilen kısım yerine takibin tümünden iptaline karar verilmesi isabetsizdir" (12. HD. 16.1.2007 T. E: 2006/22352, K: 251, www.e-uyar.com).

²⁷ Talih Uyar, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C. II, Ankara 2010, s. 2360. Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şöyledir: "Alacaklının kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile başlattığı takipte borçlu yasal süre içerisinde imza inkarında bulunmuştur. Ne var ki; borçlunun müşteki olarak yer aldığı Çorum Ağır Ceza Mahkemesine sahtecilikten dava açıldığı görülmüştür. Bu durumda HUMK.nun 317. maddesi hükmü gereğince açılan davanın hukuk veya ceza ayırımı yapılmaksızın bekletici mesele yapılması gerekir" (12. HD. 11.05.2010 T. E:2009/30254, K:2010/11850, www.e-uyar.com).

²⁸ Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şöyledir: "... Borçlu hakkında bonoya dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takip başlatılmış, 10 örnek ödeme emri tebliği üzerine, borçlu vekili takip dayanağı senetteki imzanın borçluya ait olmadığını belirterek imzaya itiraz etmiş, takibin iptalini istemiştir. Ayrıca takip dayanağı bono hakkında dava dışı lehtar ile alacaklı hakkında İzmir 7.Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2010/162 sayılı dosyasında sahtecilik suçu kapsamında kamu davası bulunduğu da görülmektedir. Bu durumda 6100 sayılı HMK 209/1 maddesi uyarınca, anılan konuda bir karar verilinceye kadar, senet herhangi bir işleme esas alınamaz. İcra takibinin yukarıda yer verilen madde doğrultusunda durdurulması gerekirken, imza incelemesi yapılarak İİK.nun 170/3. maddesi gereğince sonuca gidilmesi doğru değil ise de, sonuçta takibin durdurulması kararı verildiğinden sonucu doğru mahkeme kararının onanması yoluna gidilmiştir. Sonuç :Alacaklının temyiz itirazlarının reddi ile sonucu doğru mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK.'nun 366. ve HUMK.'nun 438. maddeleri uyarınca (Onanmasına)..." (12. HD. 03.05.2012 T. E:10024, K:14855, www.e-uyar.com).

genel mahkemede (ceza mahkemesindeki) davanın bekletici sorun yapılmasına karar vermekte idi.²⁹ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi her ne kadar yeni tarihli kararlarında gerek imza gerekse imza dışındaki sahtelik iddialarında HMK.m.209 hükmünün uygulanmayacağını kabul etmekte ise de, bu düşüncenin kabulü halinde dahi icra mahkemesinin genel mahkemede görülen davayı bekletici sorun yapmasına engel yoktur. Zira hukuk mahkemesinde sahtelik (menfi tespit) davası veya ceza mahkemesinde sahtecilik davası açılmasıyla birlikte takibin kendiliğinden durup durmayacağı (HMK.m.209) ile icra mah-

²⁹ Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir : “Ancak sahtelik iddiasının imza inkarı dışındaki bir nedene de dayanması halinde ise 6100 sayılı HMK. nun 209/1. maddesinin amir hükmü gereği icra takibi olduğu yerde durur. Bunun için sahtelik iddiasının ileri sürüldüğü Cumhuriyet Savcılığı ya da mahkemece ayrıca tedbir kararı verilmesi gerekmez. Borçlu tarafından icra dairesine başvurulması halinde icra müdürlüğünce anılan madde uyarınca sahtelik davası sonuna kadar icra takibinin durdurulması gerekir. İcra müdürünün kararının taraflarca İİK. nun 16/2. maddesi uyarınca süresiz şikayet konusu yapılabileceği tabidir. Öte yandan borçlu tarafından doğrudan icra mahkemesine başvurulmasına da yasal engel olmadığı gibi, hâkim, 6100 sayılı HMK. nun 209/1. maddesini re’sen nazara almalıdır. Pek tabidir ki mahkemece sahtelik iddiasının imza inkarı dışındaki bir nedene dayandığının belirlenmesi halinde takip hukukunun özelliği ve ivedi karar verilmesi gerekliliğinin bir sonucu olarak, sahtelik davası bekletici mesele yapılmadan, sahtelik davasında karar verilmeye kadar icra takibinin durdurulmasına karar verilmesi gerekir. O halde mahkemece HMK’nun 209. maddesi şartları oluştuğundan şikayete konu senet yönünden sahtelik iddiasının sonucunun beklenmesi gerekir. Bu nedenle takibin kovuşturma sonuna kadar durdurulmasına karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile hüküm tesisi isabetsizdir” (12. HD. 28.01.2013 T. E: 2012/33903, K:2436, www.e-uyar.com). Yargıtay’ın aynı yöndeki bir diğer kararı ise şu şekildedir : “Borçlu vekili, kambiyo takibine konu edilen çekin kambiyo senedi vasfını taşımadığını, bu çek yaprağının, 2002 yılında kapatılan Çaykara Halk Bankası tarafından verilmiş bir çek yaprağı olduğunu, alacaklı tarafından bu çek yaprağının her nasılsa ele geçirilerek tahrif edilip doldurulduğunu, müvekkili tarafından böyle bir çekin verilmediğini belirterek icra takibinin durdurulmasına ve iptaline karar verilmesini talep etmiş, mahkemece takip konusu çekin tüm unsurlarının tamam olup borçlunun da İİK’nun 169/a maddesi kapsamında, borcu olmadığını, borcun itfa veya imhal edildiğini resmi veya imzası ikrar edilmiş bir belge ile kanıtlamadığından bahisle itirazın reddine karar verilmiştir. Alacaklı hakkında Resmi Belgede Sahtecilik, suçlamasıyla Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığınca 25.04.2011 tarihli kamu davasının açıldığına ve iddianamede Trabzon 3. Asliye Ceza Mahkemesince 09.05.2011 tarihinde kabul edildiğine göre, (HGK’nun 05.05.2010 tarih ve 2010-12-74-243 sayılı kararında da vurgulandığı üzere) HMK md. 209/1 fıkrası gereğince bu davanın sonucunun beklenmesi ve takip konusu çekin “bu konuda bir karar verilmeye kadar, herhangi bir işleme esas alınmamasına karar verilmesi” gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir” (12. HD. 23.01.2012 T. E:2011/14543, K:2012/1094, www.e-uyar.com).

kemesinin sahtelik itirazının haklı olup olmadığını ne şekilde karara bağlayacağı başka meselelerdir. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin görüşü kabul edilse ve bir an için HMK.m.209 hükmünün sadece hukuk davalarında uygulanacağı kabul edilse bile, bu durum icra mahkemesinin senedin sahte olup olmadığı konusunda genel mahkemede yapılan incelemeden ve orada varılan sonuçtan yararlanmasına engel değildir. Çünkü sahtelik davasına bakan genel mahkeme ister ihtiyati tedbir kararı versin isterse borçlunun bu talebini reddetsin, bu durum icra mahkemesinin itirazın kaldırılması prosedürünü (İİK.m.68, 68a) devam ettirmesine ve bu bağlamda sahtelik incelemesi yapmasına engel değildir. İcra mahkemesi her iki ihtimalde de sahtelik incelemesini kendi yapmak yerine, tahkikat aşaması daha ileride olan sahtelik davasını bekletici sorun yapabilir. İcra mahkemesinin verdiği kararların maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemesi de bu konuda bir engel teşkil etmez. İcra mahkemelerinin genel mahkemede açılan menfi tespit davasını bekletici sorun yapmasına hiçbir engel olmadığı gibi,³⁰ aksi düşüncenin kabulü halinde, icra mahkemesi en baştan (veya yeniden) sahtelik incelemesi yapmak zorunda kalacak ve bu durum usûl ekonomisi ilkesine aykırı olacaktır. Zira, icra mahkemelerinin bekletici sorun yapma seçeneklerinin elinde alınması zaman ve emek kaybına neden olacağı gibi, gereksiz yere masraf yapılmasına da sebebiyet verecektir. Ayrıca, aynı senet hakkında hem icra mahkemesinde hem de genel mahkemede sahtelik incelemesi yapılması çelişkili kararlar verilmesine neden olabilecektir. O yüzden, sahtelik iddiasının vuku bulduğu hallerde icra mahkemelerinin ihtiyari bekletici sorun müessesinden yararlanabilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

B- Sahtelik İddiasının İhtiyati Tedbir Kararlarına Etkisi

Dava dosyasına ibraz edilen bir senedin sahte olduğu iddia edildiği takdirde, bu senede dayanarak daha önce verilen ihtiyati tedbir

³⁰ İcra mahkemesinin genel mahkemede görülen bir davayı bekletici sorun yapması kabul edilebilir bir karardır. Çünkü, genel mahkemede görülen dava genel hükümlere göre görülecek ve yargılama sonunda verilen karar maddi anlamda kesin hüküm teşkil edecektir. Buna karşılık, icra mahkemesinin verdiği karar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediği için, genel mahkemenin icra mahkemesinin vereceği kararı bekletici sorun yaparken dikkatli olması gerekir (İbrahim Aşık, Medeni Usul Hukukunda Bekletici Sorun, Ankara 2012, s. 120-121).

kararlarının akibetinin ne olacağı önemli bir sorun teşkil eder. 1086 sayılı HUMK.m.317'de "*Ancak, bu senede müsteniden evvelce ittihaz edilen ihtiyati tedbirlere de halel gelmez*" denilmek suretiyle, sahtelik iddiasının ihtiyati tedbir kararlarını etkilemeyeceği açıkça belirtilmişti. Hukuk Muhakemeleri Kanununda da aynı prensip korunmuş ve sadece HUMK.m.317'de kullanılan ifadenin sadeleştirilmesiyle yetinilmiştir (HMK.m.209/3). O yüzden, 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu yürürlükte iken doktrinde ileri sürülen görüşlerden ve Yargıtay'ın verdiği kararlardan bugün de yararlanmak mümkündür.

Hukuk Muhakemeleri Kanununda sahtelik iddiasının ihtiyati tedbir kararının verilmesinden önce veya sonra ileri sürülmesine göre bir ayırım yapılmadığı için, her iki ihtimalde de ihtiyati tedbir kararları sahtelik iddiasından etkilenmeyecektir. Buna ilaveten, Kanunda senedin türü bakımından da bir ayırım yapılmadığı için gerek adi senetlere gerekse resmi senetlere istinaden verilen tedbir kararları sahtelik iddiasından etkilenmeyecek ve ayakta kalmaya devam edecektir. Esasen sahtelik iddiasının resmi senetlere dayanarak verilen ihtiyati tedbir kararlarını etkilemeyeceği HMK.m.209/2 hükmünden de çıkarılabilir. Zira resmi senet sahteliği mahkeme kararıyla sabit oluncaya kadar her türlü işleme esas alınmaya devam edeceğine göre (HMK.m.209/2), o resmi senede dayanarak verilen ihtiyati tedbir kararının hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam etmesi doğaldır. Örneğin düzenleme şeklindeki bir noter senedi hakkında sahtelik davası açılrsa bile, bu dava o senede dayanarak verilmiş ihtiyati tedbir kararını etkilemeyecek; resmi senedin sahte olup olmadığı anlaşılincaya kadar ihtiyati tedbir kararı hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam edecektir (HMK.m.209/3).

Yukarıda zikredilen açıklamalar sahteliği iddia edilen adi senetlere dayanarak verilen ihtiyati tedbir kararları için de geçerlidir. Esasen adi senet hakkındaki sahtelik iddiası kural olarak o senedin herhangi bir işleme esas alınmasını önlemektedir (HMK.m.209/1). Ancak, bu kurala ihtiyati tedbirler bakımından bir istisna getirilmiş ve sahteliği iddia edilen adi senede dayanarak verilen ihtiyati tedbir kararlarının hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam edeceği benimsenmiştir (HMK.m.209/3). Böylece, bir yandan sahteliği iddia edilen adi senedin herhangi bir işleme esas alınamayacağı kabul edilirken (HMK.m.209/1), diğer yandan aynı senede dayanarak verilen tedbir kararlarının ayakta

kalacağı benimsenmiş; bu şekilde, tarafların çatışan menfaatleri telif edilmiş³¹ ve sahtelik iddiasının etkisi yumuşatılmıştır. Aksi düşüncenin kabulü halinde, basit bir sahtelik iddiasında bulunarak ihtiyati tedbir kararı bertaraf edilebilir ve lehine senet düzenlenen taraf telafisi çok güç zararlara katlanmak zorunda kalabilirdi.

Öte yandan, Hukuk Muhakemeleri Kanununda senet sahibinin haklarının korunması için yeni tedbirler talep edebileceği de kabul edilmiştir (HMK.m.209/3).³² Buna göre, davaya bakan mahkeme sahtelik iddiasının ciddi olmadığı kanaatine varırsa (HMK.m.211,a) veya yargılama sırasında alınan bilirkişi raporunda senedin sahte olmadığı yönünde görüş bildirilirse (HMK.m.211,b), ihtiyati tedbir kararı vermek suretiyle, HMK.m.209/1 hükmünün sahtelik iddiasına bağladığı sonuçları zayıflatabilecektir. Bilhassa sahtelik iddiasının haksız olduğuna dair güçlü emareler varsa, sahtelik davasına bakan mahkeme en azından ihtiyati tedbir yoluyla takibe devam edilmesine karar vererek tarafların menfaatlerini telif edebilmelidir. Bu düşüncenin kabulü bilhassa kambiyo senetlerine istinaden başlatılan icra takipleri bakımından önem arz eder. Zira borçlunun sahtelik davası açması her ne kadar icra takibini kendiliğinden durduracaksa da (HMK.m.209/1)³³, sahtelik iddiasının dayanaksız olduğunu ortaya koyan emarelerin varlığı halinde (bilirkişi raporu, savcılık soruşturmasında senedin sahte olmadığına anlaşılması gibi), lehine senet düzenlenen tarafın (alacaklı) takibe devam edilmesine dair ihtiyati tedbir kararı verilmesini istemesi gündeme gelebilir (HMK.m.209/3).³⁴ Benzer şekilde, cumhuriyet savcılığı nezdinde suç duyurusunda bulunulur ve savcılık tarafından alınan bilirkişi raporunda senedin sahte olmadığı sonucuna ulaşıldığı için takipsizlik kararı verilirse, alacaklının ihtiyati tedbir yoluyla takibin devamına karar verilmesini isteyebilmesi söz konusu olabilir. Buna karşılık, savcılık nezdinde yürütülen soruşturmada alınan bilirkişi

³¹ 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu bakımından aynı yönde bkz. Kuru, Usul, s.2102; Özbek, s. 189- 190.

³² 1086 sayılı HUMK.m.317, c.3'de de aynı yönde bir hüküm bulunuyordu.

³³ Bu konudaki tartışmalar ve Yargıtay'ın konuyla ilgili içtihatları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ilerde V, C, 1.

³⁴ 1086 sayılı HUMK zamanında da doktrinde sahtelik iddiasının ciddi olmadığı veya icra takibini akamete uğratmak için yapıldığına dair emarelerin varlığı halinde, sahtelik davasına bakan mahkemenin HUMK.m.317 hükmüne istinaden takibin devamına karar verebileceği savunulmuştur (Kuru, Usul, C.II, s. 2102; Özbek, s. 189).

raporunda senedin sahte olduğu sonucuna ulaşılır ve akabinde ceza davası açılırsa, ceza mahkemesinde sahtecilik davası açılmakla takip zaten kendiliğinden durduğu için (HMK.m.209/1), bu durumda ayrıca yeni bir ihtiyati tedbir kararı vermeye gerek yoktur (HMK.m.209/3).³⁵

Öte yandan, ihtiyati tedbir kararı bir geçici hukuki koruma önlemi olduğu için sahteliği iddia edilen senede dayanarak verilen tedbir kararının bilahare kaldırılması gündeme gelebilir. Davaya bakan hâkim karşı tarafın talebi üzerine ihtiyati tedbir kararının haklılığını koruyup korumadığını yeniden değerlendirmeli ve gerekiyorsa tedbir kararını kaldırmalıdır. Mesela ceza davasında senedin sahte olduğu sonucuna ulaşılmış ve bu karar kesinleşmişse, hukuk mahkemesinin o senede dayanarak verdiği tedbir kararını kaldırması gerekecektir.

C- Sahtelik İddiasının İcra Takiplerine Etkisi

1- Genel Olarak

Alacaklı elindeki senede dayanarak icra takibi başlattığında borçlunun sahtelik iddiasıyla karşılaşabilir. Borçlu genel haciz yoluyla takipte ödeme emrine itiraz edince takip durduğu için, itirazı bertaraf edilinceye kadar herhangi bir zarara uğramaz. Buna karşılık, alacaklının kambiyo senetlerine özgü icra takibine giriştiği hallerde, borçlunun itirazı (sahtelik iddiası) takibi kendiliğinden durdurmayacağı için, sahtelik iddiasında bulunan takip borçlusu hak kaybına uğrayabilir. Dolayısıyla, bu başlıkta bilhassa alacaklının kambiyo senetlerine özgü icra takibine giriştiği ve borçlunun da sahtelik iddiasında bulunduğu ihtimal üzerinde durulacaktır.

Diğer yandan, sahtelik iddiasının ileri sürülme biçimi icra takibinin dayanağını teşkil eden senedin türüne göre de farklılık arz eder. Aleyhinde icra takibi başlatılan taraf adi senedin sahte olduğunu gerek ödeme emrine itiraz etmek gerekse ayrı bir sahtelik davası açmak suretiyle ileri sürebilir. Buna karşılık, icra takibi resmi senede dayanıyorsa, borçlu senedin sahte olduğunu ancak genel mahkemede açacağı

³⁵ Ancak, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi ceza davası açılmasının tek başına icra takibini durdurmayacağı; takibin durması için ceza mahkemesinin ihtiyati tedbir kararı vermesi gerektiği görüşündedir (12. HD. 17.03.2015 T. E:2014/29455, K:4760, www.e-uyar.com).

bir sahtelik (menfi tespit) davasıyla tartışma konusu yapabilecektir. Bu nedenle, sahtelik iddiasının icra takibine etkisini adi ve resmi senetler bakımından ayrı ayrı incelemekte fayda vardır.

2- Sahtelik İddiasının Resmi Senetlere Dayanarak Başlatılan İcra Takiplerine Etkisi

Adi veya resmi senetlere yöneltilen sahtelik iddiası sadece genel mahkemelerde görülen davaları değil, aynı zamanda o senede dayanarak başlatılan icra takiplerini de ilgilendirmektedir. O yüzden, sahtelik iddiasının icra takiplerine etkisini ayrı bir başlıkta incelemekte fayda vardır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, resmi senetler sahteliği bir mahkeme kararıyla sabit oluncaya kadar işlemlere esas alınmaya devam edilecekleri için (HMK.m. 209/2), resmi senetlere dayanarak başlatılan icra takipleri sahtelik iddiası nedeniyle sekteye uğramazlar. Bir diğer deyişle, resmi senetlere yöneltilen sahtelik iddiası icra takiplerini doğrudan durdurmaz.

Bilindiği gibi, genel haciz yoluyla takipte borçlunun ödeme emrine itirazıyla birlikte takip kendiliğinden durmaktadır. Alacaklı elindeki resmi senede (örneğin noter senedine) dayanarak genel haciz yoluyla takip başlattığı takdirde ise, borçlu imzanın kendisine ait olmadığı gerekçesiyle ödeme emrine itiraz edemeyeceği için³⁶, takibin akıbetinin ne olacağı HMK.m.209/2 hükmü dikkate alınarak belirlenecektir. Benzer şekilde, resmi senetler hakkında savcılık nezdinde suç duyurusunda bulunulması da tek başına ve doğrudan doğruya icra takibinin durması sonucunu doğurmayacaktır.

Alacaklı elindeki resmi senede dayanarak genel haciz yoluyla takip başlatmış ve borçlu o senetle ilgili olarak hukuk mahkemesinde bir sahtelik davası açmış olabilir (HMK.m.208/4). Bu ihtimalde, (davacı) borçlu sahtelik davasını kazandığı takdirde, icra takibinin durması için hukuk mahkemesinin verdiği kararın kesinleşmesinin gerekip gerekmediği sorulabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda resmi senetlerdeki yazı veya imzanın sahteliği ancak mahkeme kararıyla sabit olursa, o senedin herhangi bir işleme esas alınamayacağı kabul edil-

³⁶ Borçlu resmi senetteki imzanın (örneğin noter tasdikli bir senetteki imzanın) kendisine ait olmadığını sadece genel mahkemede sahtelik davası açmak suretiyle ispat edebilir (Kuru, İcra ve İflas El Kitabı 2013, s. 225).

miştir (HMK.m.209/2). Kanaatimizce, Kanundaki “mahkeme kararıyla sabit oluncaya kadar” ifadesi (HMK.m.209/2) hükmün şekli anlamda kesinleşmesi şeklinde anlaşılmamalıdır. Bir diğer ifadeyle, hukuk mahkemesi resmi senedin sahte olduğuna karar verirse, o senede dayanarak başlatılan icra takibi kendiliğinden durmalıdır (HMK.m.209/2). Zira hukuk mahkemesinin verdiği karar şekli anlamda kesinleşinceye kadar icra takibine devam edileceği kabul edilirse, sahtelik iddiasında bulunan takip borçlusu bakımından telafisi mümkün olmayan zararlar doğabilecektir. Yerel mahkemenin davanın kabulüne dair verdiği karar temyiz edildiği takdirde ise, icra takibi temyiz incelemesi sonuçlanıncaya kadar durmaya devam edecektir. Burada Yargıtay’ın temyiz incelemesi sonunda yerel mahkemenin kararını bozduğu takdirde, alacaklının duran takibe devam edip edemeyeceği bir başka problem teşkil eder. İlk bakışta resmi senetlerdeki sahtelik iddiasının sadece o senedin taraflarını değil, aynı zamanda kamu düzenini de ilgilendirdiği³⁷ göz önüne alınarak, yerel mahkemenin verdiği kararın bozulması halinde icra takibine devam edilebilmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak, kanaatimizce bu sorunla ilgili karşılaşılabilecek tüm ihtimaller için geçerli olabilecek bir çözüm öngörmek güçtür. Çünkü, Yargıtay yerel mahkemenin kararını usûlden veya esastan bozabileceği gibi, bozmanın kapsamı da her olayda farklılık arz edebilecektir. Örneğin Yargıtay yerel mahkemeye sunulan bilirkişi raporunu bazı açılardan yeterli görmez ve dava dosyasının Adli Tıp Kurumu’na gönderilerek yeni bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verirse, bozma kararı senedin sahte olup olmadığı meselesini çözüme bağlamış olmayacaktır. Benzer şekilde, Yargıtay yerel mahkemenin kararını bozar ve takip borçlusu bu karar aleyhinde karar düzeltme yoluna müracaat ederse, bu defa da karar düzeltme başvurusu sonuçlanıncaya kadar icra takibinin akıbetinin ne olacağı sorusuyla karşılaşılır. Kanaatimizce, bu soruna çözüm ararken, sahtelik iddiasında bulunulmasının adi senetler ile resmi senetler bakımından doğurduğu farklı sonuçlar gözden kaçırılmamalıdır. Yukarıda zikredildiği gibi Yargıtay’ın bozma kararı çok farklı nedenlere dayanabileceği için bu konuda somut olayın özelliklerine uygun çözüm bulunmasına imkân verecek bir yol

³⁷ Resmi senetlerde sahtelik iddiası senedi düzenleyen ve ibraz eden kamu görevlisini itham altında bıraktığı için kamu düzenini yakından ilgilendirmektedir (Kuru, Usul, C.II, s. 2165).

düşünülmelidir. Kanaatimizce, sahtelik davasına bakan hukuk mahkemesi yargılamanın sonunda resmi senedin sahte olduğuna karar verdiği takdirde, ihtiyati tedbir yoluyla icra takibinin durmasına karar vermeli; temyiz incelemesi sonunda kararın bozulması halinde ise, bozma kararının içeriğine göre tedbirin devamına veya kaldırılmasına karar vermelidir. Böylece, resmi senede dayanan taraf ile sahtelik iddiasında bulunan tarafın menfaatleri somut olayın özelliklerine göre telif edilmiş olacaktır.

3- Sahtelik İddiasının Adi Senetlere Dayanarak Başlatılan İcra Takiplerine Etkisi

Sahtelik iddiasının adi senetlere istinaden başlatılan icra takiplerine etkisinin ne olacağı ayrı bir soru işareti teşkil eder. 1086 sayılı HUMK zamanında davaya bakan hâkimin bilirkişi incelemesi yapılmasına ve tanık dinlenmesine karar vermesiyle birlikte (HUMK.m.317), icra takiplerine devam edilemeyeceği gerek doktrindeki yazarlar gerekse Yargıtay tarafından kabul ediliyordu.³⁸ Hukuk Muhakemeleri Kanununda ise adi senetlerde sahtelik iddiasının ileri sürülmesiyle birlikte o senedin hiçbir işleme esas alınamayacağı açıkça kabul edildiği (HMK.m.209/1) ve böylece, sahtelik iddiasının etkisi zaman itibarıyla geriye çekildiği için, icra takiplerinin bu hükümden etkilenip etkilenmeyeceği sorun teşkil etmiştir.

Bilindiği gibi, genel haciz yoluyla takipte borçlunun ödeme emrine itiraz etmesiyle birlikte takip kendiliğinden durur (İİK.m.66). O yüzden, itirazın kaldırılması prosedürü sırasında (İİK.m.68, 68a) veya itirazın iptali davası görülürken (İİK.m.67), sahtelik itirazının takibi durdurup durdurmayacağı sorunu gündeme gelmez. Bununla birlikte, borçlu Kanun'da öngörülen yedi günlük süre içinde ödeme emrine itiraz etmediği takdirde, HMK.m.209/1 hükmünün icra takiplerine uygulanıp uygulanmayacağı sorusuyla karşılaşılır. Bilhassa borçlu icra takibi kesinleştikten sonra genel mahkemede ayrı bir sahtelik davası açar ve takibin dayanağını teşkil eden adi senetteki imza veya yazının

³⁸ Kuru, Usul, C.II, s. 2101; Pekcanitez/Atalay/Özekes, İcra ve İflâs Hukuku 2010, s. 202; Kuru/Arslan/Yılmaz, İcra ve İflâs Hukuku 2010, s. 200; Muşul, s. 374; Özbek, s. 182- 183. Yargıtay'ın bu konudaki örnek bir kararı için bkz. Yargıtay 12. HD 22.12.2011 tarih E.12703/K.30235 sayılı kararı (Uyar, Takibin Teminatsız Durdurulması, s. 493).

kendisine ait olmadığını ileri sürerse, sahtelik davasının icra takibine etki edip etmeyeceği ve etki edecekse bunun şartlarının neler olduğu önem arz eder.

Hemen belirtmek gerekir ki, HMK.m.209/1 hükmünde “o senet herhangi bir işleme esas alınamaz” denilmiş ve takip türleri bakımından bir ayırım yapılmamıştır. Bu nedenle, HMK.m.209/1 hükmü kambiyo senetlerine özgü takipte de uygulanmaktadır. Hatta, anılan hüküm kambiyo senetlerine özgü takipte genel haciz yoluna göre daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. Bunun en önemli sebebi kambiyo senetlerine özgü icra takibinde borca veya imzaya itirazın icra mahkemesince takibin geçici durdurulmasına karar verilmedikçe satıştan başka takip işlemlerini durdurulmamasıdır (İİK.m.169, c.2; 170/1). Bu bağlamda, ödeme emrine itirazla durmayan icra takiplerinin borçlu sahtelik iddiasında bulunduğu HMK.m.209 hükmü uyarınca durup durmayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Anılan sorun hakkında doktrinde farklı görüşler ileri sürüldüğü gibi, Yargıtay 12. ve 19. Hukuk Daireleri de birbirinden farklı yönde kararlar vermişlerdir.

Bu konudaki görüşleri esas itibarıyla iki ana grupta toplamak mümkündür. Bazı yazarlar, adi senetteki imza veya yazı inkârının HMK.m.209 hükmü uyarınca icra takibinin durmasına neden olmayacağını ileri sürmüşlerdir. Bu görüşü savunan yazarlara göre, İcra ve İflâs Kanunu’nda imzaya itiraz ayrıca düzenlemiş olup (İİK. m. 68/a, 72, 170), mezkur hükümler HMK.m.209/1 hükmüne nazaran özel hüküm niteliğindedir. Bu nedenle, imzaya itiraz halinde HMK.m.209/1 hükmü icra ve iflâs takiplerinde uygulanmamalıdır. Adi senetteki imzanın sahte olduğu iddiasıyla dava açıldığı takdirde ise, bu dava İİK.m.72 hükmü anlamında bir menfi tespit davası olduğundan, icra takibi ancak menfi tespit davasına bakan mahkemenin vereceği ihtiyati tedbir kararıyla durdurulabilir. Bir diğer ifadeyle, adi senetteki imzanın sahte olduğu iddiasıyla açılan sahtelik davası HMK.m.209/1 hükmüne istinaden icra takibinin kendiliğinden durmasına neden olmayacaktır. Bu görüşü savunan yazarlara göre, kambiyo senetlerine özgü haciz yolunda imza inkârını düzenleyen İİK.m.170 hükmünü HMK.m.209/1 hükmü karşısında genel hüküm saymak; HMK.m.209 hükmünün İİK.m.72 karşısında özel hüküm kabul edilmesine ve ne-

ticede İİK.m.170 hükmünün yok sayılmasına neden olacaktır.³⁹ Öte yandan, sahtelik iddiası imza inkârı dışında bir sebebe dayandığı takdirde de, borçlunun açtığı sahtelik davası İİK.m.72'de düzenlenen bir menfi tespit davasıdır. Menfi tespit davası ise İcra ve İflâs Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiştir ve İİK.m.72 hükmüne tabidir. O yüzden, bu durumda da icra takiplerinin akıbeti HMK.m.209 hükmüne göre değil, İİK.m.72'de öngörülen koşullara göre belirleneceğinden, takibin durdurulması için menfi tespit davasında ihtiyati tedbir kararı verilmesi zorunludur.⁴⁰ Aynı yönde görüş bildiren bir diğer yazar ise, İİK.m.72 hükmünde düzenlenen menfi tespit davasının HMK.m.209'a göre özel bir düzenleme olduğunu; bu nedenle, İİK.m.72 hükmünün öncelikle uygulanmaya devam edeceğini savunmaktadır. Aynı yazar, kambiyo senetlerine mahsus takipte imzaya itiraz edilir ve fakat icra mahkemesi takibin geçici durdurulmasına karar vermezse takibe devam edileceğini savunmaktadır.⁴¹

Aksi görüşteki yazarlar ise, HMK. m. 209/1 hükmünün İİK.m.72 karşısında özel hüküm teşkil ettiğini; sahtelik iddiasında bulunulduğu veya sahtelik davası açıldığında İİK.m.72 hükmünün uygulanamayacağını; zira, İİK.m.72 hükmünün icra takibine konu borcu sona erdiren ödeme, ibra, takas, feragat, butlan vb. gibi sebeplerden birinin varlığı halinde gündeme geleceğini; sahtelik iddiası HMK.m.209 hükmünde özel olarak düzenlendiği için sahtelik iddiasına dayanan menfi tespit davasının icra takibine etkisinin İİK. m.72'ye istinaden değil, HMK m.209 hükmüne göre belirleneceğini savunmuşlardır.⁴² Bu görüşe göre, 6100 sayılı HMK.m.209 hükmü 1086 sayılı HUMK.m.317'deki düzenlemenin yerini almış ve derdest davada bilirkişi incelemesi yapılmasına ve tanık dinlenmesine karar verilmesine gerek olmaksızın, sahtelik iddiasında bulunulduğunda veya ayrı bir sahtelik davası açıldığında o senedin işlemlere esas alınamayacağını öngörmüştür. Sahte-

³⁹ Kuru, Makale, s. 65.

⁴⁰ Kuru, Makale, s. 66; Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2013, s. 349 vd., 800; Kuru/Arslan/Yılmaz, İcra ve İflâs, s.198, dn.3, s. 218, dn.6, s. 363.

⁴¹ Levent Börü, "Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yolu İle Takipte İmzaya İtirazın Takibi Durdurup Durdurmayacağını Değerlendirilmesi", Batider, 2012, C.28, S.4, s. 262- 263.

⁴² Pekcanitez/Atalay/Özekes, Medeni Usul Hukuku, 14. bası, s. 736 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, İcra ve İflâs 2015, s. 177- 178; Atalay, s. 550 vd.; Timuçin Muşul, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2013, s. 419.

liği iddia edilen bir adi senede dayanarak girişilen icra takibi, sahtelik davası açıldığına ya da derdest davada sahtelik iddiasında bulunulduğuna dair belgenin icra dosyasına ibraz edilmesiyle olduğu yerde durur ve o takipte yeni bir takip işlemi yapılamaz. Bu nedenle, gerek sahtelik iddiasına dayalı menfi tespit davalarında gerekse kambiyo senetlerine özgü icra takiplerinde HMK.m.209/1 hükmü uygulanmalıdır. Bu görüşteki yazarlara göre, icra takibinin durması için ayrıca ihtiyati tedbir kararı verilmesi gerekmez. İcra takibi sahtelik davasını inceleyen mahkemenin vereceği ihtiyati tedbir kararıyla değil, dava açıldığına veya sahtelik iddiasında bulunulduğuna dair belgenin icra dairesine ibraz edilmesiyle duracaktır. HMK.m.209/1 hükmünü uygulayacak kişi senedi işlemine esas alan veya işlemi yapan makamdır. Şayet sahtelik davasına konu senet icra işlemine esas alınmakta ise, Kanunda öngörülen hukuki sonucun gereğini yerine getirecek makam takibi yürüten icra müdürlüğüdür. Buna göre, HMK.m.209 hükmünün İİK. m. 72 karşısında özel hüküm teşkil etmesinin bir sonucu olarak, takip işlemlerinin durması için İİK.m.72'de öngörüldüğü gibi ihtiyati tedbir kararı verilmesine ihtiyaç yoktur. Zira, ihtiyati tedbir kararı belli ölçüde hâkimin takdirine bağlı olduğu halde, HMK.m.209'da işlemlerin durması kanunun emredici düzenlemesi uyarınca kendiliğinden ortaya çıkan bir neticedir. O nedenle, bu sonucu davaya bakan hâkimin takdirine bırakmak, kanun koyucunun iradesini yok saymak anlamına gelecektir.⁴³ Bu görüşteki bir başka yazar ise, HMK.m.209 hükmünün bugünkü düzenlemesi karşısında bütün icra takiplerinde uygulama alanı bulacağını; imza inkârı ile imza inkârı dışındaki sahtelik iddiaları arasında bir ayırım yapılamayacağını ve her iki durumda da HMK.m.209 hükmünün uygulanması gerektiğini kabul etmekle beraber, icra takiplerinin sahtelik iddiasında bulunmakla kolaylıkla durdurulabilmesinin kötü niyetli borçluların alacaklılardan mal kaçırmaya yönelik tasarruflarda bulunmalarına yol açabileceğini; bu nedenle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda değişiklik yapılarak kambiyo senetlerine mahsus takip yolunun HMK.m.209 hükmünün kapsamından çıkarılması ve kambiyo senetlerine yönelik sahtelik iddialarının İİK.m.169a ve 170 hükümleri gereğince icra mahkemeleri

⁴³ Pekcanitez/Atalay/Özkes, Medeni Usul Hukuku, 14. bası, s. 736 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özkes, İcra ve İflâs 2015, s. 177- 178; Atalay, s. 550 vd.; Timuçin Muşul, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2013, s. 419.

tarafından incelenerek karara bağlanması gerektiğini savunmuştur.⁴⁴ Yine bu görüşü destekleyen bir diğer yazar ise, HMK.m.209 hükmünün İİK.m.72'ye nazaran özel hüküm olduğunu; icra işlemlerinin durması için İİK.m.72'de arandığı gibi ihtiyati tedbir kararı verilmesine gerek olmadığını; icra müdürü takip durduğu halde icra takip işlemlerine devam ettiği takdirde süresiz şikâyet yoluna başvurulabileceğini; sahtelik iddiası dışındaki menfi tespit davalarının takibe etkisinin ise İİK.m.72 hükmüne göre belirleneceğini savunmuştur.⁴⁵

Yargıtay'ın konuyla ilgili görüşü ise yeknesak olmayıp, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi ve Yargıtay 12. Hukuk Dairesi farklı yönde görüş bildirmişlerdir. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi bu meseleyle ilgili görüşünü bir kararında şu şekilde dile getirmiştir : "...Mahkemece tensiple birlikte HMK.nun 209 ve devamı maddelerindeki koşullar oluşmadığından davacının ihtiyati tedbir talebinin reddine, İİK.nun 72/3.maddesi uyarınca %15 teminat karşılığında icra veznesine girecek paranın alacaklısına ödenmemesi şeklinde tedbir karar verilmiş, bu ara karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Bonoda tahrifat iddiası bulunduğundan HMK.nun 209.maddesindeki hüküm uyarınca tedbir kararı verilmesi gerekirken bu yön gözardı edilerek İİK.nun 72/3 .maddesine dayanılarak tedbir karar verilmesi doğru görülmemiştir..."⁴⁶ Görüldüğü gibi, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi HMK.m.209 hükmünün bütün icra takiplerine uygulanacağını kabul etmiş; icra takibine yapılan itirazın imzaya veya borca yönelik olması açısından bir ayırma

⁴⁴ Uyar, İcra Takibinin Teminatsız Durdurulması, s. 515- 516.

⁴⁵ Taylan Özgür Kiraz, "Adi Senetlerde Sahtelik İddiasına İlişkin Düalist Yapı Üzerine Bir İnceleme", MİHDER, 2013/1, s. 65 vd.

⁴⁶ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin anılan kararı şu şekildedir : "...Dava, 'davacının keşidecisi olduğu davalı emrine düzenlenen 31.08.2011 keşide tarihli 30.09.2011 vadeli 800.00 TL.lik bononun tahrif edilerek 80.000 TL. haline getirildiği, bu nedenle 79.200 TL.lik kısım için borçlu olunmadığının tespiti ile dava kesinleşinceye kadar 6100 sayılı HMK gereğince teminatsız tedbir kararı verilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece tensiple birlikte 'HMK.nun 209 ve devamı maddelerindeki koşullar oluşmadığından davacının ihtiyati tedbir talebinin reddine, İİK.nun 72/3.maddesi uyarınca %15 teminat karşılığında icra veznesine girecek paranın alacaklısına ödenmemesi' şeklinde tedbir kararı verilmiş, bu ara kararı, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Bonoda tahrifat iddiası bulunduğundan, HMK.nun 209.maddesindeki hüküm uyarınca tedbir kararı verilmesi gerekirken, bu yön göz ardı edilerek, İİK.nun 72/3. maddesine dayanılarak tedbir karar verilmesi doğru görülmemiştir (Yargıtay 19. HD. 17.05.2012 T. E:3644, K:8311; www.e-uyar.com). Aynı yöndeki bir başka karar için bkz. Yargıtay 19. HD 29.05.2012 tarih E.2912/4155 K.2012/9081; Mustafa Ateş, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yargıtay İlke Kararları, Ankara 2013, s.1114.

gitmemiş; sahtelik iddiasının icra takiplerine etkisinin İİK.m.72 hükmüne göre değil, HMK.m.209 hükmü dikkate alınarak belirleneceğini benimsemiş; takibin durması için ihtiyati tedbir kararı verilmesi gerektiğini kabul etmekle birlikte, tedbir kararı verilebilmesi için teminat aranmayacağını ifade etmiştir.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi ise, önceki içtihatlarında sahtelik iddiasının imzaya veya imza dışındaki bir sebebe ilişkin olmasına göre ayırım yapmakta; takibin dayanağını teşkil eden kambiyo senedinin altındaki imzanın inkâr edilmesi halinde takibin akıbetinin HMK.m.209/1 hükmüne göre değil, İİK.m.170'e göre belirleneceğini ve dolayısıyla icra takibin durup durmayacağına icra mahkemesinin karar vereceğini⁴⁷; imza inkârı dışındaki sahtelik iddialarında ise, İcra ve İflas Kanununda özel düzenleme bulunmadığı gerekçesiyle HMK.m.209 hükmünün uygulanacağını ve icra takibinin doğrudan duracağını kabul etmekte idi. Ayrıca, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi icra takibinin durması için ihtiyati tedbir kararı verilmesine de ihtiyaç olmadığı yönünde görüş bildirmekte idi.⁴⁸ Görüldüğü gibi, Yargıtay

⁴⁷ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin konuyla ilgili kararları için bkz. Uyar, İcra Takibinin Teminatsız Durdurulması, s. 490.

⁴⁸ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin anılan kararı şöyledir : "... Kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla icra takibinde, imzaya itiraz, İcra ve İflas Kanununun 170. maddesinde açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen, aynı takipler yönünden yazının sahteliği iddiası konusunda aynı kanunda özel bir hüküm mevcut değildir. İcra ve İflas Kanunu icra takip hukuku açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre özel kanun olup, takip hukukuna ilişkin uyumsuzluklarda öncelikle İcra ve İflas Kanunu hükümlerinin, bu kanunda hüküm bulunmayan durumlarda ise anılan kanuna aykırılık teşkil etmemek koşuluyla genel nitelikte olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekir. Buna göre imzaya itiraz İcra ve İflas Kanunu'nda özel olarak düzenlendiğine göre anılan itiraz hakkında bu kanunun 170.maddesinin uygulanması zorunlu olduğundan, imzanın inkarı nedenine dayalı sahtelik iddiası hakkında genel nitelikte olan 6100 Sayılı HMK. nun 209.maddesinin uygulama yeri yoktur. Ne var ki sahtelik iddiasının imza inkarı dışında bir nedene dayanması durumu İcra ve İflas Kanununda özel bir düzenleme bulunmadığından sorunun çözümü için 6100 Sayılı HMK.'nun 209. Maddesinin uygulanması gerekecektir. İmzaya itiraz hakkında uygulanması gereken İİK. nun 170/1. maddesi uyarınca itiraz satıhtan başka icra takip muamelelerini durdurmaz. Şu hale göre kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takibine konu edilen senedin imza inkarı nedeni ile sahteliğinin iddia edilmesi halinde İİK. nun 170/1. maddesi uyarınca satış dışında hiçbir takip işlemi durmaz. Ancak sahtelik iddiasının imza inkarı dışındaki bir nedene dayanması halinde ise 6100 Sayılı HMK. nun 209/1. maddesinin amir hükmü gereği icra takibi olduğu yerde durur. Bunun için sahtelik iddiasının ileri sürüldüğü Cumhuriyet Savcılığı ya da mahkemece ayrıca tedbir kararı verilmesi gerekmez. Borçlu tarafından icra daire-

12. Hukuk Dairesi imzaya itiraz halinde İİK.m.72 hükmünün, imzada sahtecilik dışındaki sahtelik iddialarında ise HMK.m.209 hükmünün uygulanacağını kabul ederek, itirazın türüne göre bir ayırım yapmıştı. Ayrıca, imzada sahtecilik dışındaki sahtelik iddialarında takibin durdurulabilmesi için menfi tespit davası açılmasını yeterli görmekte ve takibin durması için sahtelik davasına bakan mahkemenin ihtiyati tedbir kararı vermesine gerek olmadığını belirtmekte idi. Yargıtay 12.

sine başvurulması halinde icra müdürlüğünce anılan madde uyarınca sahtelik davası sonuna kadar icra takibinin durdurulması gerekir. İcra müdürünün kararının taraflarca İİK. nun 16/2.maddesi uyarınca süresiz şikayet konusu yapılabileceği tabidir. Öte yandan borçlu tarafından doğrudan icra mahkemesine başvurulmasına da yasal engel olmadığı gibi, bakım, 6100 Sayılı HMK..nun209/1.maddesini re'sen nazara almalıdır. Pek tabidir ki mahkemece sahtelik iddiasının imza inkarı dışındaki bir nedene dayandığının belirlenmesi halinde takip hukukunun özelliği ve ivedi karar verilmesi gerekliliğinin bir sonucu olarak, sahtelik davası bekletici mesele yapılmadan, sahtelik davasında karar verilmeye kadar icra takibinin durdurulmasına karar verilmesi gerekir..." (Yargıtay 12. HD. 13.12.2012 T. E:19755, K:37752 www.e-uyar.com). Yargıtay 12.Hukuk Dairesi'nin aynı yöndeki bir diğer kararı ise şöyledir : "... Şu hale göre kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takibine konu edilen senedin imza inkarı nedeni ile sahteliğinin iddia edilmesi halinde İİK.nun 170/1.maddesi uyarınca satış dışında hiçbir takip işlemi durmaz. Ancak sahtelik iddiasının imza inkarı dışındaki bir nedene dayanması halinde ise 6100 sayılı HMK.nun 209/1.maddesinin amir hükmü gereği icra takibi olduğu yerde durur. Bunun için sahtelik iddiasının ileri sürüldüğü Cumhuriyet Savcılığı ya da mahkemece ayrıca tedbir kararı verilmesi gerekmez. Borçlu tarafından icra dairesine başvurulması halinde icra müdürlüğünce anılan madde uyarınca sahtelik davası sonuna kadar icra takibinin durdurulması gerekir..."(Yargıtay 12. HD. 04.07.2013 T. E: 15916, K: 25376, www.e-uyar.com). Hemen belirtmek gerekir ki Yargıtay 12. Hukuk Dairesi kambiyo senetlerine özgü takipte imzaya itirazın tek başına takibi durdurmayacağını kabul ettiği halde, imzaya itiraz edilmiş ve aynı zamanda sahtecilik suçundan ceza davası açılmışsa HMK.m.209/1 hükmünün uygulanacağını ve icra takibinin duracağını kabul etmekte idi. Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir : "... Ayrıca takip dayanağı bono hakkında dava dışı lehtar ile alacaklı hakkında İzmir 7. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2010/162 sayılı dosyasında sahtecilik suçu kapsamında kamu davası bulunduğu da görülmektedir. Bu durumda 6100 sayılı HMK 209/1 maddesi uyarınca, anılan konuda bir karar verilmeye kadar, senet herhangi bir işleme esas alınamaz. İcra takibinin yukarıda yer verilen madde doğrultusunda durdurulması gerekirken, imza incelemesi yapılarak İİK'nin 170/3 maddesi gereğince sonuca gidilmesi doğru değil ise de, sonuçta takibin durdurulması kararı verildiğinden sonucu doğru mahkeme kararının onanması yoluna gidilmiştir..." (Yargıtay 12.HD T.03.05.2012 E.10024 /K.14855, Uyar, İcra Takibinin Teminatsız Durdurulması, s. 507). Ancak, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi yeni tarihli kararlarında bu içtihadından dönererek gerek imzaya gerekse borca itiraz niteliği taşıyan sahtelik iddialarının derdest takiplere etkisinin İcra ve İflas Kanunu'nun hükümlerine göre belirleneceğine hükmetmektedir (Bu konuda örnek kararlar için bkz. 12. HD. 17.03.2015 T. E:2014/29455, K:4760 (www.e-uyar.com). Aynı yöndeki bir başka karar için bkz. 12. HD. 07.04.2014 T. E:7838, K:9989 (www.e-uyar.com).

Hukuk Dairesi yeni içtihatlarında ise, imzanın inkârı ile imzaya itiraz dışındaki sahtelik iddiası arasında herhangi bir fark gözetmemekte ve her iki ihtimalde de İcra ve İflâs Kanunu hükümlerinin uygulanacağını; bir diğer deyimle, kambiyo senetlerine özgü icra takibinde gerek imza gerekse imza dışındaki sahtelik iddialarının (yazı inkârı gibi) varlığı halinde, takibin durdurulup durdurulmayacağına İcra ve İflâs Kanunu'nun kambiyo senetlerine özgü takip yoluna ilişkin hükümlerine göre karar verileceğini kabul etmektedir (İİK m.169a, 170). Yargıtay'ın içtihat değişikliğine gittiği kararlarından birisi şöyledir : "... Yukarıda açıklanan ilke ve kurallar ışığında, takibin kesinleşmesi öncesi veya sonrasında takibe konu senedin sahteliğinin iddia edilmesi, HMK'nun 209. maddesi uyarınca takibin durdurulması sonucunu doğurmaz. Anılan hüküm, genel mahkemelerde açılan davalarla ilgili olarak senedin hiçbir işleme esas alınamayacağını, başka bir anlatımla delil olarak kullanılamayacağını öngörmekte olup, icra takibine etkisi yoktur. Somut olayda borçlu şirket icra mahkemesine başvurusunda aleyhine yapılan kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte dayanak senedin sahteliğine ilişkin Konya 4. Ağır Ceza Mahkemesi'nde sahtecilik suçundan dava açıldığını beyanla HMK'nun 209/1. maddesi uyarınca takibin durdurulmasını talep etmiş, mahkemece söz konusu ceza dosyası gerekçe gösterilerek takibin durdurulması istemi kabul edilmiştir. Borçlunun bu itirazı borca itiraz niteliğinde olan İİK 168/5 fıkrası uyarınca ödeme emrinin tebliğinden itibaren 5 günlük yasal süre içinde icra mahkemesinde ileri sürülmelidir. Mahkemece öncelikle süre yönünde inceleme yapılması, itirazın süresinde olduğu sonucuna varılır ise İİK 169/a ve 170/a maddeleri uyarınca inceleme yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile hüküm tesisini isabetsizdir..."⁴⁹ Görüldüğü gibi, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi yeni tarihli kararlarında icra mahkemesinin sahtelik itirazını ciddi bulduğu hallerde takibin geçici durdurulmasına karar verebileceğini belirtmektedir.⁵⁰ Yargıtay HMK.m.209 hükmünün uygulama alanını ise dar yorumlamakta ve anılan hükmün sadece genel mahkemelerde açılan davalarda sahtelik iddiasında bulunulması halinde uygulanacağını ve genel mahkemelerde sahte olduğu iddia edilen senedin delil ola-

⁴⁹ 12. HD, 22.04.2014, 9313/11766 (www.e-uyar.com).

⁵⁰ 12. HD. 2014/28544 E. 2015/3952 K. 26.02.2015 T. (www.legalbank.net).

rak kullanılamayacağını belirtmektedir.⁵¹ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi sahtelik iddiasının imza inkârı dışında bir sebebe dayandığı hallerde takibin durdurulması için ihtiyati tedbir kararı verilmesine gerek olmadığına dair içtihadından da dönerek, gerek hukuk mahkemesinde menfi tespit (sahtelik) davası açılmasının gerekse ceza mahkemesinde ceza davası ikame edilmesinin tek başına takibin durdurulmasına ne-

⁵¹ Yargıtay'ın anılan kararı şu şekildedir : "...İcra mahkemesi, önüne gelen itiraz ve şikayetleri, İcra Ve İflas Kanunu'nda düzenlenen özel usul kurallarını uygulayarak takip hukuku bakımından kesin hükme bağladığından, anılan mahkemenin kararları kural olarak maddi anlamda kesin hüküm niteliği taşımaz. Bu nedenle borca veya imzaya itirazın incelenmesi sırasında sahtelik iddiasına dayalı olarak genel mahkemelerde açılan davaları bekletici mesele yapamayacağı gibi takibin durdurulmasına da karar veremez. Sadece İİK.nun 169/a-2. maddesi uyarınca itirazın esası hakkındaki kararına kadar icra takibinin muvakkaten durdurulmasına karar verebilir. İcra mahkemesince takibe konu alacakla ilgili bir karar verilmiş olması, aynı alacak hakkında genel mahkemelerde dava açılmasına engel oluşturmaz. Sahtelik nedeniyle açılan menfi tespit davası gibi, cumhuriyet savcılığına aynı nedenle yapılan şikayet ve ceza mahkemesinde açılan dava da kendiliğinden icra takibini durdurmaz ve bekletici mesele yapılamaz. Ancak cumhuriyet savcılığı veya ceza mahkemesince tedbir kararı verilirse icra takibi durdurulabilir. Yukarıda açıklanan ilke ve kurallar ışığında, takibin kesinleşmesi öncesi veya sonrasında takibe konu senedin sahteliğinin iddia edilmesi, HMK'nun 209. maddesi uyarınca takibin durdurulması sonucunu doğurmaz. Anılan hüküm, genel mahkemelerde açılan davalarla ilgili olarak senedin hiçbir işleme esas alınmayacağını, başka bir anlatımla delil olarak kullanılamayacağını öngörmekte olup, icra takibine etkisi yoktur..." (12. HD. 17.03.2015 T. E:2014/29455, K:4760, www.e-uyar.com). Anılan kararın karşı oy yazısında ise, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin eski içtihadına paralel şekilde görüş bildirildiği görülmektedir. Nitekim, karşı oy yazısındaki şu açıklamalar dikkat çekicidir : "... Pek tabidir ki mahkemece sahtelik iddiasının imza inkârı dışındaki bir nedene dayandığının belirlenmesi halinde takip hukukunun özelliği ve acele karar verilmesi gerekliliğinin bir sonucu olarak, sahtelik davası bekletici mesele yapılmadan, sahtelik davasında karar verilinceye kadar icra takibinin durdurulmasına karar verilmesi gerekir. Şartları oluşmasına rağmen HMK'nun 209 maddesinin takip hukukunda uygulanmaması halinde borçlu ancak İİK.'nun 72/3. maddesi gereğince icra kasasına yüklü miktarda para yatırarak icra veznesindeki paranın alacaklıya verilmemesini isteyebilir. Bu uygulama da 2011 yılında yürürlüğe giren yasanın borçluya tanıdığı hakların ortadan kaldırılması sonucunu doğurur. Borçlunun ekonomik durumu zayıf ise tamamen korunaksız olduğu için takip işlemleri sonuna kadar gidecek, haczi kabil malları, hak ve alacakları elinden çıkacak, ceza mahkemesinin senedin iptali kararı kesinleştiğinde kötü niyetli takip alacaklısına zararını telafi ettiremeyecektir. Çünkü kötü niyetli alacaklının haczi kabil hak ve alacağına ulaşamayacaktır. Bu husus göz göre göre borçlunun haksızlığa uğramasına sebep olacağı için hukuka aykırı olacaktır. Senette sahtecilikten dolayı dava açıldığında HMK.'nun 209.maddesi gereğince takibin olduğu yerde durdurulması halinde ise bu aşamaya kadar borcu karşılayacak miktarda hak ve alacak haczedileceği, alacak tahsil edilene kadar faiz işletileceği için alacaklının alacağına geç kavuşmaktan başka zararı olmayacaktır..." (12. HD. 17.03.2015 T. E:2014/29455, K:4760, www.e-uyar.com).

den olmayacağını; takibin durdurulması için anılan yargı makamları tarafından ihtiyati tedbir kararı verilmesi gerektiğini benimsemiştir.⁵²

Kanaatimizce, 6100 sayılı Kanun'la sevk edilen HMK.m.209/1 hükmünün icra takiplerine etkisini değerlendirebilmek için 1086 sayılı HUMK hükümlerini göz önünde bulundurmak gerekir. Yukarıda izah edildiği gibi, 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu yürürlükte iken, sahtelik iddiasının gündeme geldiği davalarda mahkeme bilirkişi incelemesi yapılmasına ve tanık dinlenmesine karar verirse (HUMK.m.317) gerek genel haciz yoluyla takiplerin gerekse kambyo senetlerine özgü takiplerin duracağı tereddütsüz kabul ediliyordu. Bir diğer ifadeyle, 1086 sayılı HUMK.m.317 hükmü İİK.m.169 ve 170 hükmüne göre özel hüküm kabul ediliyordu.⁵³ Hukuk Muha-

⁵² Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şöyledir : "...Borçlunun sahtelik nedenine dayalı olarak açtığı menfi tespit davası, İİK'nun 72. maddesi kapsamında bir dava olup, anılan maddedeki usûle göre mahkemeden alınacak ihtiyati tedbir kararı ile icra takibi durdurulabilir. Sahtelik nedeniyle açılan menfi tespit davası gibi, Cumhuriyet Savcılığı'na aynı nedenle yapılan şikâyet ve ceza mahkemesinde açılan dava da kendiliğinden icra takibini durdurmaz ve bekletici mesele yapılamaz. Cumhuriyet Savcılığı veya ceza mahkemesince tedbir kararı verilirse icra takibi durdurulabilir..." (12. HD, 22.04.2014, 9313/11766, www.e-uyar.com). Doktrinde aynı yönde bkz. Muşul, İcra ve İflas 2013, s. 420.

⁵³ Yargıtay bir kararında bu hususa şöyle değinmiştir : "Takip dayanağı senet hakkında borçlunun, imza itirazı' ile birlikte veya 'sahtelik iddiası ile şikâyet' bulunmasından sonra, alacaklı hakkında suç duyurusunda bulunulması nedeniyle sahtecilik suçundan dolayı kamu davası açılmış olması durumunda, bu davanın icra takibine etkisinin ne olacağına ilişkin açık bir yasal düzenleme 2004 sayılı İcra ve iflas Kanunu'nda bulunmamaktadır. Bu nedenle, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 317.maddesinin 2. cümlesinden yararlanarak soruna bir çözüm getirmek gerektiği yargısal uygulamada kabul edilmiştir (Hukuk Genel Kurulu'nun 22.01.2003 gün ve 2003/12-3 E.2003/28 K.; 06.02.2008 gün ve 2008/12-77 E. 2008/90 K. sayılı kararları)... Bu düzenleme karşısında, senet bedeline itiraza ilişkin davanın görülmesi aşamasında ceza davası da açılmışsa; ceza davasının sonuçlanması, imzaya itiraz davası yönünden bekletici sorun olarak kabul edilmelidir. Zira, icra mahkemeleri şikâyet ve itirazları belli bir usule uyarak yargılayan ve objektif hukuk kurallarını şikâyet ve itirazlara uygulamak suretiyle bunları takip hukuku bakımından kesin hükme bağlayan mahkemelerdir. Bu mahkemeler, takip hukukuna ilişkin uyumsuzlukları çözüme görevini yerine getirirken kural olarak tanık dinleyemeyeceklerinden, dar (sınırlı) yetkili olup, sahtelik iddiasını inceleme yetkileri de genel mahkemeye göre daha kısıtlıdır. Genel mahkemeler, senetteki sahtelik iddiasını yukarıda içerikleri açıklanan HUMK'nun 309 ve 317.maddelerinin verdiği yetkiyle daha detaylı bir biçimde inceleme olanağına sahiptir (Hukuk Genel Kurulu'nun 13.10.2010 tarih ve 2010/12-493 esas, 2010/491 karar sayılı kararı).O halde, mahkemece yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda; ceza davası incelenip, ön mesele olarak kabulünün ve beklenmesinin gerekip gerekmediği değerlendirilerek, oluşacak sonuca göre bir karar ve-

kemeleri Kanunu'nun 209. maddesinin yürürlüğe girmesiyle birlikte, sahtelik iddiasının icra takiplerine etkisinin hangi Kanuna göre belirleneceği tartışma konusu olmuştur. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi İcra ve İflâs Kanununu Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre özel kanun kabul etmekte ve buradan hareketle icra takibine karşı sahtelik iddiasında bulunulması halinde İcra ve İflâs Kanunu hükümlerinin uygulanacağını benimsemektedir. Halbuki doktrinde haklı olarak savunulduğu gibi, anılan kanunların her ikisi de kendi düzenleme alanları bakımından genel kanun niteliğindedir.⁵⁴ Kaldı ki, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin görüşü doğrultusunda İcra ve İflâs Kanunu'nun Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre özel kanun olduğu kabul edilse bile, sahtelik iddialarında Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı kanaatindeyiz. Zira özel kanun eski tarihli genel kanun yeni tarihli olduğunda, hangi hükmün uygulanacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmekle birlikte,⁵⁵ doktrindeki ağırlıklı görüş kanun koyucunun iradesinin ve yeni kanunu çıkartmaktaki amacının araştırılması gerektiği yönündedir. Kanaatimizce, HMK.m.209 hükmünün sevk edilmesindeki temel amaç sahtelik iddiasının işlemlere etkisini geriye çekmekten ibarettir. Zira HMK.m.209 hükmünde sahteliği iddia edilen adi senedin hiçbir işleme esas alınmayacağı açık biçimde ve hiçbir koşula bağlanmaksızın ifade edilmiştir. HMK.m.209 hükmünün gerekçesinde de 1086 sayılı HUMK.m.317 hükmünün uygulanmasından kaynaklanan sorunlar nedeniyle kanun değişikliğine gidildiğine dair bir açıklama yer almamaktadır. O yüzden, kanun koyucunun HUMK.m.317 hükmünün içeriğini esas itibariyle koruduğu görülmektedir. Bu konudaki tek değişiklik sahtelik iddiasının usûl ve icra takip işlemleri üzerindeki etkisinin zaman itibariyle geriye çekilmesidir. Kaldı ki, İİK.m.72 hükmünde sahtelik davası sonunda tazminata hükmedileceği açıkça kabul edildiği halde, HMK.m.213/3'de senedin sahte çıkması halinde hükmedilecek tazminat konusunda özel bir düzenlemeye yer verilmesi de⁵⁶ sahtelik iddi-

rilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir..." (Yargıtay 12. HD. 04.10.2011 T. E:2245, K:17673, www.e-uyar.com).

⁵⁴ Bu hususta ayrıntılı açıklama için bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, Usul 14. Bası, s. 738 vd.

⁵⁵ Eski özel kanun ile yeni genel kanunun çatıştığı hallerde hangisinin uygulanacağına dair görüşlerin hepsi için bkz. Börü, s. 260- 261.

⁵⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, Usul, 14. Bası, s.639; Kiraz, s. 50.

asının icra takiplerine etkisinin Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre belirlenmesi gerektiğine işaret etmektedir. Kanaatimizce, sahtelik iddiasının imzaya veya imza dışındaki bir sebebe ilişkin olması burada ulaşılan sonucu değiştirmez. Yargıtay'ın sahtelik itirazında bulunulması halinde icra mahkemesinin sadece takibin geçici olarak durdurulmasına karar verebileceğine ilişkin görüşüne katılmıyoruz. Zira HMK.m.209 hükmü sahteliği iddia olunan adi senedin "herhangi bir işleme" esas alınamayacağını açık şekilde belirtmektedir. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi her ne kadar bu hükmün sadece genel mahkemelerde görülen davalar için sevk edildiğini belirtmekte ise de, sahteliği iddia edilen bir adi senede derdest davada delil olarak dayanılmaz iken, alacaklının aynı senede istinaden başlattığı icra takibinde borçlunun mallarını haczettirip muhafaza altına aldırabilmesi çelişki teşkil eder. Örneğin alacaklının sahteliği iddia edilen bir adi senede (kambiyo senedine) dayanarak icra takibi yaptığını ve borçlunun bir taraftan kambiyo senetlerine özgü icra takibine karşı sahtelik iddiasında (itirazında) bulunduğunu ve aynı anda ödeme emrine itiraz takibi durdurmadığı için ayrı bir sahtelik davası açtığını kabul edelim. Bu durumda, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin kabul ettiği gibi, HMK.m.209 hükmü sadece genel mahkemede görülen davada uygulanırsa, hakkında sahtelik iddiasında bulunulan senet genel mahkemede (sahtelik davasında) delil olarak hükme esas alınamaz iken, genel mahkeme takibin durdurulmasına dair ihtiyati tedbir kararı vermediği müddetçe icra takibine kaldığı yerden devam edilecektir. Alacaklının elindeki adi senede dayanarak hukuk mahkemesinden hüküm alamaz iken, aynı senede istinaden borçlunun mallarını haczettirip muhafaza altına aldırabilmesi kabul edilemez. Bu nedenle, sahtelik iddiasının genel mahkemede veya icra takibinde ileri sürülmesine bakılmaksızın, HMK.m.209 hükmü sahtelik iddiasının gündeme geldiği bütün dava ve takiplerde hüküm ve sonuç doğurmalıdır. Öte yandan, İcra ve İflâs Kanunu'nun kambiyo senetlerine özgü takibe ilişkin hükümleri imzaya itiraz ve borca itiraz arasında bir ayırım yapmaya da müsait değildir. HMK.m.209 hükmü kambiyo senetlerine özgü takipte itirazın türüne bakılmaksızın uygulanmalı ve sahtelik iddiasında bulunulduğunda icra takibi Kanunun emredici hükmünden dolayı ihtiyati tedbir kararına gerek olmaksızın kendiliğinden durmalıdır. Sahtelik iddiasının İİK.m.72'nin kapsamına giren

diğer sebeplerden ayrı değerlendirilmesi zorunludur. Sahtelik iddiasının icra takibine etkisi, itfa, ibra, takas gibi özel hukuk kaynaklı borcu sona erdiren sebeplerle aynı koşullara tabi kılınırsa, sahtelik iddiasının kamu hukuku boyutu dikkate alınmamış olur. Çünkü borçlu sahtelik iddiasında bulunmakla hem senedin borç doğurmadığını ileri sürmekte hem de karşı tarafın suç işlediğini iddia etmektedir. Kaldı ki, ödeme veya takas gibi borcu sona erdiren sebeplerden birinin varlığı halinde, borçlunun icra takibinden önce menfi tespit davası açarak teminat karşılığında takibi durdurma ihtimali vardır (İİK.m.72/2). Sahtelik iddiasının İİK.m.72 hükmünün kapsamına girdiği ve ancak bu hükümde belirtilen şartların varlığı halinde icra takibini durdurabileceği kabul edilirse, borçlu aleyhinde sahte bir senet düzenlendiğinden haberdar olamayacağı için, çoğunlukla takip başladıktan sonra menfi tespit davası açmak zorunda kalacak ve ancak, takibe konu alacağın %115'i tutarında teminat yatırmak suretiyle satışı durdurabilecektir. Borçlu bu kadar yüksek miktarda teminatı getiremediği takdirde ise, sahte bir senede dayanarak mallarının haczedilip satılmasına katlanmak zorunda kalacaktır (İİK.m.72/3).⁵⁷ Borçlunun sahte olduğunu iddia ettiği bir senede dayanarak başlatılan takibi durdurabilmek için böylesine ağır şartlar altında bırakılması, sahtelik iddiasının kamu hukuku boyutunun göz ardı edilmesine neden olacaktır. Ayrıca, sahtelik davası açılırken gider avansı ve nispi harç yatırılır, borçlu davayı kaybederse yargılama giderlerine katlan-

⁵⁷ Benzer gerekçe için bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 19.02.2015 tarihli kararında üye M. Üslü'nün karşı oy yazısı: "...Şartları oluşmasına rağmen HMK'nun 209 maddesinin takip hukukunda uygulanmaması halinde borçlu ancak İİK'nun 72/3.maddesi gereğince icra kasasına yüklü miktarda para yatırarak icra veznesindeki paranın alacaklıya verilmemesini isteyebilir. Bu uygulama da 2011 yılında yürürlüğe giren yasanın borçluya tanıdığı hakların ortadan kaldırılması sonucunu doğurur. Borçlunun ekonomik durumu zayıf ise tamamen korunaksız olduğu için takip işlemleri sonuna kadar gidecek, haczi kabil malları, hak ve alacakları elinden çıkacak, ceza mahkemesinin senedin iptali kararı kesinleştiğinde kötü niyetli takip alacaklısına zararını telafi ettiremeyecektir. Çünkü kötü niyetli alacaklının haczi kabil hak ve alacağına ulaşamayacaktır. Bu husus göz göre göre borçlunun haksızlığa uğramasına sebep olacağı için hukuka aykırı olacaktır. Senette sahtecilikten dolayı dava açıldığında HMK'nun 209.maddesi gereğince takibin olduğu yerde durdurulması halinde ise bu aşamaya kadar borcu karşılayacak miktarda hak ve alacak haczedileceği, alacak tahsil edilene kadar faiz işletileceği için alacaklının alacağına geç kavuşmaktan başka zararı olmayacaktır..." (12. HD. 2014/26221 E. 2015/3195 K. 19.02.2015 T., www.legalbank.net).

mak zorunda kalır ve davayı kötü niyetli açtığı ortaya çıkarsa tazminat ödemek zorunda kalır (HMK.m.213/1). Borçlunun anılan yaptırımların tamamını göze alarak açtığı sahtelik davasının takibi durdurmaya yetmeyeceğini benimsemek isabetli olmayacaktır. Bunun yanında, imzaya yönelik sahtelik iddiasının (veya sahtelik davasının) takibi durdurabilmesi için ayrıca ceza davası açılmasına gerek olmadığı kanaatindeyiz.⁵⁸ Zira HMK.m.209 hükmünde sahteliği iddia edilen senedin hiçbir işleme esas alınamayacağı açıkça belirtilmektedir. Sahtelik iddiasının hukuk mahkemesinde veya ceza mahkemesinde incelenmesi arasında bir fark yoktur. Aksi düşüncenin kabulü halinde, hukuk mahkemesinde açılan sahtelik davası ile ceza mahkemesinde açılan sahtecilik davası arasında kanunda dayanağı olmayan bir fark yaratılmış olacak ve ceza mahkemesinde görülen sahtecilik davasına hukuk mahkemesinde görülen sahtelik davasına nazaran daha fazla değer atfedilmiş olacaktır. Bütün bu nedenlerle, HMK.m.209 hükmünün imzaya ve borca itiraz bakımından bir ayırım yapılmaksızın kambiyo senetlerine özgü takiplerde uygulanacağı; sahtelik davasının takibi durdurması için ayrı bir tedbir kararı verilmesine ve teminat gösterilmesine gerek olmadığı kanaatindeyiz. Hukuk mahkemesinde görülen sahtelik davasının kabulüne karar verildiği ve böylece, senedin sahte olduğu ortaya çıktığı takdirde ise, sahtelik davasının açılmasıyla birlikte kendiliğinden duran icra takibine bu karar kesinleşinceye kadar devam edilememelidir. Sahtelik iddiasının derdest dava ve icra takipleri üzerindeki etkisi kanundan doğmaktadır. Bu etki sahtelik davasının açıldığı anda doğar ve ilk derece mahkemesinin kararı kesinleşinceye kadar devam eder. Sahtelik davasına bakan mahkemenin davanın kabulüne veya reddine dair kararı ya da Yargıtay'ın temyiz incelemesi üzerine vereceği bozma kararı kanundan doğan bu etkiyi bertaraf etmez. Bir diğer deyimle, sahtelik davası açıldığında kendiliğinden duran icra takiplerinde ilk derece mahkemesinin verdiği karar şekli anlamda kesinleşinceye kadar hiçbir işlem yapılamayacaktır.

⁵⁸ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi eski tarihli içtihatlarında bu yönde görüş bildirmişti. Örnek bir karar için bkz. Yargıtay 12.HD T.03.05.2012 E.10024 /K.14855 (Uyar, İcra Takibinin Teminatsız Durdurulması, s. 507).

D- Cumhuriyet Savcılığına Suç İhbarında Bulunulmasının ve Ceza Mahkemesinde Sahtecilik Davası Açılmasının İcra Takibine Etkisi

1- Cumhuriyet Savcılığına Suç İhbarında Bulunulmasının İcra Takibine Etkisi

Borçlu icra takibinin dayanağını teşkil eden senedin sahte olduğunu cumhuriyet savcılığı nezdinde suç ihbarında bulunmak suretiyle de ileri sürebilir. Bu ihtimalde, cumhuriyet savcılığına yapılan ihbarın icra takibine herhangi bir etkisinin olup olmayacağı sorunu ortaya çıkar. HMK.m.209'da bu konuda açık bir düzenleme olmayıp, adi senetlerdeki imza veya yazı inkâr edildiğinde o senedin herhangi bir işleme esas alınamayacağı belirtilmekle yetinilmiştir. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi eski içtihatlarında savcılığa suç ihbarında bulunulmasını HMK.m.209 hükmü anlamında sahtelik iddiası olarak değerlendirmiş ve icra takibinin durdurulması için ceza davası açılmasının zorunlu olmadığını kabul etmiştir.⁵⁹ Yargıtay'ın anılan içtihatları nedeniyle,

⁵⁹ Nitekim, Yargıtay konuyla ilgili bir kararında : "... Konu ile ilgili borçluların şikayetleri üzerine Gaziosmanpaşa Cumhuriyet Başsavcılığının 2011/20840 soruşturma sayılı dosyası üzerinden alınan Adli Tıp Belge İnceleme uzmanı bilirkişi prof. Dr. Serhat Gürpınar'ın 19.01.2012 tarihli bilirkişi raporu ile borçluların elinde bulunan ve takip dayanağı bonolara ilişkin olarak ödeme yapıldığında kendilerine iade edildiğini ileri sürdükleri senetlerden 19.03.2010 tanzim ve 23.11.2010 vade , 19.03.2010 tanzim ve 23.11.2010 vade tarihli olanların fotokopi olmadıkları senet aslı olduklarının saptandığı bildirilmiştir. O halde aslı borçlu elinde bulunan senedin sahte olan örneğinin icra takibine konu edildiği dolayısıyla sahtecilik iddiasının öncelikle değerlendirilmesi gereklidir... Somut olayda, borçlular tarafından takibe konu senet hakkında C. Savcılığına suç duyurusunda bulunulduğu ve henüz soruşturmanın devam ettiği dikkate alındığında HMK'nun 209. maddesi şartları oluştuğundan şikayete konu senet yönünden sahtelik iddiasının sonucunun beklenmesi gerekir. Bu nedenle takibin durdurulmasına karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile itirazın kaldırılmasına karar verilmesi isabetsizdir..." şeklinde görüş bildirmiştir (Yargıtay 12.HD.03.12.2012 T. E:18504, K:35906, Ateş, s. 1110). Yargıtay aynı yöndeki bir diğer kararında şu şekilde görüş bildirmiştir : "... Ancak sahtelik iddiasının imza inkarı dışındaki bir nedene dayanması halinde ise 6100 Sayılı HMK.nun 209/1.maddesinin amir hükmü gereği icra takibi olduğu yerde durur. Bunun için sahtelik iddiasının ileri sürüldüğü Cumhuriyet Savcılığı ya da mahkemece ayrıca tedbir kararı verilmesi gerekmez. Somut olayda; borçlular vekili, temyiz dilekçesinde, takip alacaklısı hakkında İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2011/68687 sayılı dosyasından soruşturma açıldığını, senetdeki tahrifatın bizzat alacaklı Mehmet Derin tarafından yapıldığını ileri sürmüştür. O halde mahkemece Cumhuriyet Başsavcılığındaki soruşturma dosyası getirilip incelendikten sonra yukarıda yapılan açıklama ve ilkeler doğrultusunda borçlunun iddiaları değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir. Eksik incele-

borçlu suçu ihbar ettiğini tevsik eden bir belgeyi icra dosyasına tevdi ettiği takdirde takip kendiliğinden duruyordu. Yargıtay'ın sözü geçen içtihadı HMK.m.209 hükmünün kötüye kullanılmasına sebebiyet verebilecek nitelikte idi. Nitekim doktrinde cumhuriyet savcılığına yapılan ihbarın icra takibini durdurmaya yeterli olmaması gerektiği, icra takibinin ancak kamu davası açıldığı takdirde durmasının daha isabetli olacağı savunulmuştur.⁶⁰ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi de sonraki kararlarında bu görüşünden dönmüş ve savcılığa suç ihbarında bulunulmasına HMK.m.209 hükmündeki sonuçların bağlanamayacağını kabul etmiştir.⁶¹ Yargıtay yeni tarihli kararlarında, gerek cumhuriyet savcılığına suç duyusunda bulunulmasının gerekse ceza mahkemesinde sahtecilik davası açılmasının icra takiplerinin kendiliğinden durması sonucunu doğurmayacağını; takiplerin ancak cumhuriyet savcılığı veya ceza mahkemesi tarafından ihtiyati tedbir kararı verildiği takdirde duracağını kabul etmiştir.⁶²

Kanaatimizce de, alacaklının cumhuriyet savcılığına müracaat ederek senedin sahte olduğunu iddia eden bir dilekçe vermesi, icra takibinin durması için yeterli olmamalıdır. Aksi takdirde, icra takiplerinde alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesi borçlu lehine bo-

me ile yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir..." (Yargıtay 12. HD. 11.12.2012 T. E: 19998, K: 37206, www.e-uyar.com).

⁶⁰ Pekcanitez/Atalay/Özkes, Usul, 14. bası, s. 743; Atalay, s. 557; Kiraz, s. 69.

⁶¹ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin anılan kararı şu şekildedir: "... Buna göre imzaya itiraz İcra ve İflas Kanununda özel olarak düzenlendiğine göre anılan itiraz hakkında bu kanunun 170.maddesinin uygulanması zorunlu olduğundan, imzanın inkarı nedenine dayalı sahtelik iddiası hakkında genel nitelikte olan 6100 Sayılı HMK.nun 209. maddesinin uygulama yeri yoktur. İmzaya itiraz İİK.nun 170/1.maddesi uyarınca satıştan başka icra takip muamelelerini durdurmaz. Somut olayda, borçlu vekilince Ödemiş Cumhuriyet Başsavcılığı'na yapılan suç duyurusu dilekçesinin 2. maddesinde, senetteki imzanın müvekkiline ait olmadığı, 3. maddesinde, senedin sahtecilik yoluyla elde edildiği, sonuç ve istem kısmında ise, senetteki imzanın borçlunun eli mahsulü imiş gibi görüntüsü kazandırılarak düzenlenen sahte belge olduğu açık bir suretle ifade edilmiştir. Dolayısıyla Ödemiş Cumhuriyet Başsavcılığı'na borçlu tarafından yapılan şikayetin konusu takip dayanağı bononun imza inkarına ilişkindir. Borçlunun bu iddiası HMK.nun 209. maddesi kapsamında sahtelik iddiası niteliğinde olmadığından, bu iddia kapsamında yapılan ceza soruşturması da, takibin durdurulmasını gerektirmez. O halde mahkemece yukarıda yapılan açıklama ve ilkeler doğrultusunda İİK'nun 170. maddesi çerçevesinde imzaya itiraz iddiasının değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir..." (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 19.06.2013 tarih ve 2013/6 E. 2013/151 K., Yayınlanmamıştır).

⁶² 12. HD. 17.03.2015 T. E:2014/29455, K:4760 (www.e-uyar.com). Aynı yöndeki bir başka karar için bkz. 12. HD. 07.04.2014 T. E:7838, K:9989 (www.e-uyar.com).

zulacaktır. Zira cumhuriyet savcılığına suç ihbar eden bir dilekçe verildiğinde, henüz senedin sahte olup olmadığı bilinmediği gibi, ortada icra takibinin durdurulmasını gerektirecek hiçbir usûl işlemi veya yargı kararı da bulunmamaktadır. Ayrıca, borçlu suç ihbarında bulunurken harç ödemek zorunda olmadığı gibi, savcılık takipsizlik kararı verdiğinde herhangi bir tazminat ödemek zorunda da kalmayacaktır. O yüzden asılsız sahtelik iddialarıyla icra takiplerinin durdurulmasını önlemek için, Yargıtay'ın savcılığa suç ihbarında bulunulduğunda icra takibinin kendiliğinden durmayacağını kabul etmesi yerinde olmuştur. Buna göre, savcılığa yapılan suç ihbarı icra takibini kendiliğinden ve teminata gerek olmaksızın durdurmaz. Ancak, hukuk mahkemesinde veya ceza mahkemesinde açılacak sahtelik davası icra takibinin durması için yeterli olacaktır (HMK.m.209). Bu sonucun doğması için sözü edilen mahkemelerin ayrıca ihtiyati tedbir kararı vermelerine ise ihtiyaç yoktur.

2- Ceza Davası Açılmasının ve Bu Davada Verilen Hükümün İcra Takibine Etkisi

Savcılık soruşturmasının ardından sahtelik iddiası ciddi bulunarak ceza davası açılırsa, ceza mahkemesinde görülen davanın alacaklının başlattığı icra takibine herhangi bir etkisinin olup olmayacağı bir başka soru işareti teşkil eder. Bu soruya verilecek cevap adi ve resmi senetler bakımından ayrı ayrı araştırılmalıdır. Alacaklı elindeki adi senede dayanarak icra takibi başlatmış ve bu arada borçlunun yaptığı suç duyurusu nedeniyle ceza mahkemesinde sahtecilik davası açılmış olabilir (HMK.m.208/4). Bu çerçevede, ceza davasının icra takibine etkisinin ne olacağı sorulabilir. 1086 sayılı HUMK zamanında anılan durumda icra mahkemesinin ceza davasının sonuçlanmasını bekletici sorun yapması gerektiği kabul edilmekte idi.⁶³ Hukuk Muhakemeleri

⁶³ Yargıtay'ın konuyla ilgili bir kararı şöyledir : "... Borçlu vekiline, Sincan Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2010/4647 soruşturma sayılı dosyasıyla alacaklı hakkında sahtecilik suçundan soruşturmanın mevcut olduğunun yargılama sırasında bildirildiği, yine alacaklı hakkında Sincan Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2010/632 esas sayılı dosyasıyla evrakta sahtecilik suçundan kamu davası açıldığı ve davanın derdest olduğu dosya kapsamından anlaşılmıştır. Takip dayanağı senet hakkında borçlunun, "imza itirazı" ile birlikte veya "sahtelik iddiasıyla şikâyet" bulunmasından sonra, alacaklı hakkında suç duyurusunda bulunulması sebebiyle sahtecilik suçundan dolayı kamu davası açılmış olması durumunda, bu davanın

Kanunu'nun kabulünden sonra doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, sahtecilik suçu nedeniyle ceza mahkemesinde kamu davası açıldığında HMK.m.209 hükmü uygulanmalı ve icra takipleri kendiliğinden durmalıdır.⁶⁴ Aksi yöndeki bir görüşe göre ise, ceza mahkemesinde sahtecilik davası açılması icra takibini kendiliğinden durdurmamalı; borçlu hukuk mahkemesinde menfi tespit davası açarak, İİK.m.72 hükmüne göre ihtiyati tedbir kararı verilmesini istemelidir.⁶⁵ Yargıtay 1086 sayılı HUMK zamanında ceza mahkemesinde kamu davası açılması halinde icra takibinin HUMK.m.317 hükmü gereğince duracağını kabul etmişti⁶⁶. Yargıtay Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kabul edilerek yürürlüğe girmesini takiben verdiği kararlarda önceki görüşünü devam ettirmiştir.⁶⁷ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi bu kararlarda ceza davası açılmasının HMK.m.209 hükmünün uygulanması için yeterli olduğunu; ceza davasının açılmasıyla birlikte takibin duracağını, ayrı-

icra takibine etkisinin ne olacağına dair açık bir yasal düzenleme 2004 Sayılı İcra ve iflas Kanunu'nda bulunmamaktadır. Bu nedenle. 1086 Sayılı H.U.M.K.'nun 317 nci maddesinin 2.cümlesinden yararlanarak soruna bir çözüm getirmek gerektiği yargısal uygulamada kabul edilmiştir (H.G.K.'nun 22.1.2003 gün ve 2003/12-3 E. 2003/28 K.; 6.2.2008 gün ve 2008/12-77 E. 2008/90 K. sayılı kararları).Bu düzenleme karşısında senet bedeline itiraza dair davanın görülmesi aşamasında ceza davası da açılmışsa; ceza davasının sonuçlanması, imzaya itiraz davası yönünden bekletilen sorun olarak kabul edilmelidir. Zira, icra mahkemeleri şikâyet ve itirazları belli bir usule uyarak yargılayan ve objektif hukuk kurallarını şikâyet ve itirazlara uygulamak suretiyle bunları takip hukuku bakımından kesin hükme bağlayan mahkemelerdir. Bu mahkemeler, takip hukukuna dair uyumsuzlukları çözmeye görevini yerine getirirken kural olarak tanık dinleyemeyeceklerinden dar (sınırlı) yetkili olup, sahtelik iddiasını inceleme yetkileri de genel mahkemeye göre daha kısıtlıdır..." (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi E. 2011/2245 K. 2011/17673 T. 4.10.2011, Kazancı İçtihat Bankası).

⁶⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, Usul, 14. bası, s.742.

⁶⁵ Kuru, İcra ve İflas El Kitabı 2013, s. 349.

⁶⁶ Örneğin Yargıtay 12. HD 22.12.2011 tarih E.12703/K.30235 sayılı kararı (Uyar, Takibin Teminatsız Durdurulması, s. 493).

⁶⁷ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin bu kararı şöyledir : "... Ankara C. Başsavcılığı'nın 10.04.2012 tarih ve 2012/12736 Esas sayılı iddianamesinin incelenmesinde, borçlunun şikâyeti üzerine alacaklı şirketin sahibi ve müdürlerinin resmi belgede sahtecilik suçundan cezalandırılmaları talebi ile Ağır Ceza Mahkemesi'ne kamu davası açıldığı görülmüştür... Ancak sahtelik iddiasının imza inkarı dışındaki bir nedene dayanması halinde ise 6100 Sayılı HMK. nun 209/1. maddesinin amir hükmü gereği icra takibi olduğu yerde durur. Bunun için sahtelik iddiasının ileri sürüldüğü Cumhuriyet Savcılığı ya da mahkemece ayrıca tedbir kararı verilmesi gerekmez. Borçlu tarafından icra dairesine başvurulması halinde icra müdürlüğüne anılan madde uyarınca sahtelik davası sonuna kadar icra takibinin durdurulması gerekir..." (Yargıtay 12. HD. 13.12.2012 T. E:19755, K:37752, www.e-uyar.com).

ca ihtiyati tedbir kararı verilmesine gerek olmadığını ifade etmiştir.⁶⁸ Aynı Daire borçlu imzaya itiraz etmiş ve bu arada ceza mahkemesinde dava açılmışsa HMK.m.209 hükmünün uygulanacağına hükmetmekte idi.⁶⁹ Yargıtay yeni tarihli kararlarında ise bu görüşünden dönmüş, adi veya resmi senet hakkında cumhuriyet savcılığına yapılan şikâyet başvurusunun ve akabinde ceza mahkemesinde açılan davanın kendiliğinden icra takibini durdurmayaacağını; takibin ancak cumhuriyet savcılığı veya ceza mahkemesince verilecek tedbir kararıyla durdurulabileceğini kabul etmiştir.⁷⁰

Kanaatimizce, Kanunda sahteliği iddia edilen adi senedin bu konuda bir karar verilinceye kadar herhangi bir işleme esas alınmayacağı açıkça kabul edildiğine göre (HMK.m.209/1), sahtelik iddiası ciddi bulunarak ceza davası açıldığında bu davada karar verilinceye kadar icra takibi kendiliğinden durmalıdır. HMK.m.209/1 hükmünün sevk edilmesindeki temel amaç sahte olduğu iddia edilen adi senetlerin usûl işlemlerine ve takip işlemlerine konu olmasını önlemektir. HMK.m.209'da sahtelik iddiasının hukuk mahkemesinde veya ceza mahkemesinde açılan davada incelenmesi arasında fark gözetilme-

⁶⁸ Yargıtay'ın bu yöndeki bir başka kararı şu şekildedir : "Alacaklı hakkında Resmi Belgede Sahtecilik, suçlamasıyla Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığınca 25.04.2011 tarihli kamu davasının açıldığına ve iddianamemde Trabzon 3. Asliye Ceza Mahkemesince 09.05.2011 tarihinde kabul edildiğine göre, (HGK'nun 05.05.2010 tarih ve 2010-12-74-243 sayılı kararında da vurgulandığı üzere) HMK. md. 209/1 fıkrası gereğince bu davanın sonucunun beklenmesi ve takip konusu çekin "bu konuda bir karar verilinceye kadar, herhangi bir işleme esas alınmamasına karar verilmesi" gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir" (Yargıtay 12.HD. 23.01.2012 T. E:2011/14543, K:2012/1094 (www.e-uyar.com). Yargıtay 12. Hukuk Dairesi bu içtihatlarında ceza davasında karar verilinceye kadar icra takibinin durdurulması gerektiğini bildirmiştir. Yargıtay'ın örnek bir kararı şöyledir : "... Ayrıca takip dayanağı bono hakkında dava dışı lehtar ile alacaklı hakkında İzmir 7. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2010/162 sayılı dosyasında sahtecilik suçu kapsamında kamu davası bulunduğu da görülmektedir. Bu durumda, 6100 sayılı HMK 209/1 maddesi uyarınca, anılan konuda bir karar verilinceye kadar, senet herhangi bir işleme esas alınmaz. İcra takibinin yukarıda yer verilen madde doğrultusunda durdurulması gerekirken, imza incelemesi yapılarak İİK'nun 170/3 maddesi gereğince sonuca gidilmesi doğru değil ise de, sonuçta takibin durdurulması kararı verildiğinden, sonucu doğru olan mahkeme kararının onanması yoluna gidilmiştir..." (Yargıtay 12.HD T.03.05.2012 E.10024 /K.14855, Uyar, İcra Takibinin Teminatsız Durdurulması, s. 507).

⁶⁹ Yargıtay 12.HD T.03.05.2012 E.10024 /K.14855 (Uyar, İcra Takibinin Teminatsız Durdurulması, s. 507).

⁷⁰ 12. HD. 17.03.2015 T. E:2014/29455, K:4760 (www.e-uyar.com). Aynı yöndeki bir başka karar için bkz. 12. HD. 07.04.2014 T. E:7838, K:9989 (www.e-uyar.com).

miştir. HMK.m.209 hükmü bu konuda bir ayırıma müsait olmayıp, sahtelik iddiası ister hukuk mahkemesinde isterse ceza mahkemesinde ileri sürülsün, Kanunda sahtelik iddiasına bağlanan bütün hüküm ve sonuçlar doğmalıdır. Kanaatimizce, ceza davası açıldığında icra takibinin durması için borçlunun kamu davasına katılarak (CMK.m.237) senedin iptalini istemesi de gerekli değildir. Hukuk Muhakemeleri Kanununda salt sahtelik iddiasında bulunulması takibin durması için yeterli kabul edildiğine (HMK.m.209/1) ve borçlu da savcılık nezdinde suç duyurusunda bulunarak senedin sahte olduğunu iddia ettiğine göre, takibin durması için borçlunun ceza davasına katılması (CMK.m.237) munzam bir şart olarak aranmamalıdır. Aksi düşüncenin kabulü halinde, borçlunun savcılığa yaptığı şikâyet üzerine ceza davası açılrsa bile, borçlu ceza davasına katılmadığı (müdahil olmadığı) için ceza davası takibi kendiliğinden durdurmayacak ve borçlu ceza davasına katılmak (müdahil olmak) için ayrı bir başvuru yapmak zorunda kalacaktır. Halbuki HMK.m.209'da sahtelik iddiasının mahkeme nezdinde gündeme gelmesi o senedin işlemlere esas alınmasını önlemek için yeterli kabul edilmiştir. Borçluyu ayrıca ceza davasına müdahil olarak bu davayı takip etmek zorunda bırakmak anılan hükmün sevk ediliş amacına aykırıdır.⁷¹

Burada akla gelebilecek bir diğer soru ise, icra mahkemesinin veya sahtelik davasına bakan hukuk mahkemesinin ceza mahkemesinde görülen davayı bekletici mesele yapıp yapamayacağıdır. Bu mesele genel haciz yoluyla takip ve kambiyo senetlerine özgü takip yolu bakımından ayrı ayrı incelenmelidir. Alacaklının elindeki adi senede dayanarak başlattığı genel haciz yoluyla takipte borçlu ödeme emrine karşı sahtelik itirazında bulunabilir. Alacaklı borçlunun itirazını bertaraf etmek için icra mahkemesinde itirazın kaldırılması yoluna başvurduğu veya genel mahkemede itirazın iptali davası açtığı takdirde, anılan davalara bakan mahkemeler tahkikat aşaması daha ilerde olan ceza davasını bekletici sorun yapabilirler. Bu konudaki karar usûl ekonomisi ilkesi dikkate alınarak verilmelidir. Örneğin ceza mahkemesi

⁷¹ 1086 sayılı HUMK yürürlükte olduğu tarihlerde ise gerek doktrindeki yazarlar gerekse Yargıtay ceza davasının icra takibini durdurabilmesi için borçlunun ceza davasına müdahil sıfatıyla katılmasını zorunlu bir şart olarak görmekte idi (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Baki Kuru, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, Ankara 2003, s. 20- 21; Kuru, Usul, C.II, s. 2176; Özbek, s. 222 vd.).

sahtecilik davasında henüz tahkikatın başında ise, itirazın kaldırılması talebini inceleyen icra mahkemesi veya itirazın iptali davasına bakan hukuk mahkemesi ceza davasını bekletici sorun yapmadan kararını vermelidir. Kambiyo senetlerine özgü takip yolunda ise ödeme emrine itiraz her ne kadar takibi durdurmuyorsa da, icra mahkemesi gerek gördüğü takdirde ceza mahkemesinde görülen sahtecilik davasının bekletici sorun yapılmasına karar verebilir.⁷²

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesini takiben verdiği kararlarda kambiyo senetlerine özgü takipte sahtelik itirazında bulunulmuş ve aynı zamanda suç ihbarında bulunularak ceza davası açılması sağlanmışsa, icra mahkemesinin ceza davasının sonucunu bekletici sorun yapması gerektiğini belirtmiştir.⁷³ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi yeni tarihli kararlarında ise bu görüşünden dönmüş ve "İcra mahkemesince takibe konu alacakla ilgili bir karar verilmiş olması, aynı alacak hakkında genel mahkemelerde dava açılmasına engel oluşturmaz. Sahtelik nedeniyle açılan menfi tespit davası gibi, cumhuriyet savcılığına aynı nedenle yapılan şikâyet ve ceza mahkemesinde açılan dava da kendiliğinden icra takibini durdurmaz ve bekletici sorun yapılamaz" demek suretiyle aksi yönde görüş bildirmiştir.⁷⁴ Halbuki, yukarıda izah edildiği gibi, usûl

⁷² İcra mahkemesinin hukuk mahkemesinde açılan sahtelik davasını bekletici sorun yapmasıyla ilgili açıklamalar burada da geçerlidir. Bkz. V, A, 2.

⁷³ Yargıtay'ın konuya ilişkin kararı şöyledir: "Borçlu vekili, kambiyo takibine konu edilen çekin kambiyo senedi vasfını taşımadığını, bu çek yaprağının, 2002 yılında kapatılan Çaykara Halk Bankası tarafından verilmiş bir çek yaprağı olduğunu, alacaklı tarafından bu çek yaprağının her nasılsa ele geçirilerek tahrif edilip doldurulduğunu, müvekkili tarafından böyle bir çekin verilmediğini belirterek icra takibinin durdurulmasına ve iptaline karar verilmesini talep etmiş, (İCRA) mahkemece takip konusu çekin tüm unsurlarının tamam olup, borçlunun da İİK'nun 169/a maddesi kapsamında, borcu olmadığını, borcun itfa veya imhal edildiğini resmi veya imzası ikrar edilmiş bir belge ile kanıtlamadığından bahisle itirazın reddine karar verilmiştir. Alacaklı hakkında Resmi Belgede Sahtecilik, suçlamasıyla Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığınca 25.04.2011 tarihli kamu davasının açıldığına ve iddianamemde Trabzon 3. Asliye Ceza Mahkemesince 09.05.2011 tarihinde kabul edildiğine göre (HGK'nun 05.05.2010 tarih ve 2010-12-74-243 sayılı kararında da vurgulandığı üzere) HMK. md. 209/1 fıkrası gereğince bu davanın sonucunun beklenmesi ve takip konusu çekin 'bu konuda bir karar verilinceye kadar, herhangi bir işleme esas alınmamasına karar verilmesi' gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir..." (Yargıtay 12.HD. 23.01.2012 T. E:2011/14543, K:2012/1094; www.e-uyar.com).

⁷⁴ 12. HD. 17.03.2015 T. E:2014/29455, K:4760 (www.e-uyar.com). Aynı yöndeki bir başka karar için bkz. 12. HD. 07.04.2014 T. E:7838, K:9989 (www.e-uyar.com).

ekonomisinin gerekli kıldığı hallerde, ceza davasının bekletici sorun yapılabilmesi gerekir. Kanaatimizce, ceza mahkemesinde görülen davanın bekletici sorun yapıp yapılmayacağı somut olayın özellikleri ve usûl ekonomisi ilkesi dikkate alınarak icra mahkemesi tarafından takdir edilmelidir. İcra mahkemesi basit yargılama usûlüne göre yargılama yaptığı için, sahtelik incelemesini kendisinin daha çabuk sonuçlandıracağını öngörüyorsa, bekletici sorun yapmaktan imtina edebilir. Buna mukabil, ceza davasında tahkikat daha ileri bir aşamada ise, icra mahkemesinin sahtelik incelemesi yapması gereksiz yere masraf yapılmasına ve zaman kaybına neden olacaktır. O itibarla, icra mahkemesi somut olayın özelliklerini de dikkate alarak bu konuda bir karar vermelidir. Ancak, icra mahkemesinin ceza davasını bekletici sorun yaptığı hallerde, icra takibine devam edilebilmesi için ceza mahkemesinin verdiği kararın kesinleşmesinin beklenmesi isabetli olur. Her ne kadar ceza mahkemesinin kararının kesinleşmesinin beklenmesinin alacaklının icra takibine devam etmesini engelleyeceği ve alacağına kavuşmasını geciktireceği düşünülebilirse de, ceza mahkemesinin kararı temyiz incelemesi neticesinde bozulur ve bu arada takibe devam edildiği için borçlunun malvarlığı haczedilerek satılırsa, aleyhinde sahte bir senede dayanılarak icra takibi yapılan tarafın bu durumdan ciddi şekilde zarar göreceği gözden uzak tutulmamalıdır.⁷⁵

Bu konuyla ilgili bir diğer ihtimal ise, takip borçlusunun hem hukuk mahkemesinde sahtelik davası açması hem de savcılığa suç ihbarında bulunmak suretiyle ceza davası açılmasını sağlamasıdır. Bu

⁷⁵ Nitekim, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi de 1086 sayılı HUMK yürürlükte iken aynı yönde görüş bildirmekte idi : "...Resmi veya hususi bir senedin sahteliği hakkındaki itirazın, HUMK.nun314, 316 ve 317. maddeleri hükümlerine göre değerlendirilmesi lazımdır. Usulüne göre açılmış böyle bir sahtecilik davası sırasında senedin bilirkişi marifeti ile incelenmesine ve olaylardan haberdar olanların dinlenmesine karar verildiği takdirde, senet o dava sonunda verilecek hükme kadar hiçbir işleme esas tutulamaz. Ancak, tek başına ceza davasının açılmış olması, kişisel hak bakımından davaya müdahale olunarak senedin iptali istenmedikçe, hukuk davasına ve icra takibine doğrudan etki etmez. Somut olayda, takip dayanağı senet yönünden sahtecilik suçu işlendiğinden bahisle bir kısım sanıklar hakkında ceza mahkemesince verilmiş bulunan hüküm henüz kesinleşmemiştir. Mahkemece bozma ilamına uyularak sahteciliğe ilişkin Çanakkale Ağır Ceza Mahkemesi dosyasının kesinleşmesinin beklenmesine karar verildiği halde, bilahare bu ara kararından dönülerek ceza mahkemesince verilen hükmün kesinleşmesi beklenmeden sonuca gidilmesi isabetsizdir..." (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi T. 27.09.2011, E. 2011/1622 K. 2011716904 Kazancı İçtihat Bankası).

durumda, sahtelik iddiası iki ayrı mahkemede dava konusu olacağı için HMK.m.209 uyarınca icra takibinin kendiliğinden durması gerektiği aşikârdır.⁷⁶ Anılan ihtimalde tahkikat aşaması daha geride olan mahkeme diğerini beklemeli⁷⁷ ve bekletici sorun yapılan mahkemenin kararı şekli anlamda kesinleştikten sonra⁷⁸ karar verilmelidir. Bu ara-

⁷⁶ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi bu kararında sahtelik iddiasının borca itiraz teşkil ettiği hallerde, icra takibinin duracağına hükmetmişse de, yukarıda zikredildiği gibi imzaya itiraz halinde ancak ceza mahkemesinde açılmış bir dava varsa takibin duracağına karar vermektedir. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin konuya ilişkin kararı şu şekildedir : "... İstanbul C. Başsavcılığı'nın 20.02.2012 tarihli iddianamesiyle alacaklı ve bonoyu imzaladığı iddia edilen Naif Kaya hakkında borçlunun şikayetçi üzerine resmi evrakta sahtecilik suçundan cezalandırılmaları talebi ile Ağır Ceza Mahkemesi'ne kamu davası ile İstanbul 8.Asliye Ticaret Mahkemesi'nden alınan derkenarda da mahkemenin 2012/40 esas sayılı dosyasında sahteciliğe dayalı menfi tespit davasının bulunduğu belirlenmiştir... Buna göre imzaya itiraz İcra ve İflas Kanununda özel olarak düzenlendiğine göre anılan itiraz hakkında bu kanunun 170. maddesinin uygulanması zorunlu olduğundan, imzanın inkarı nedenine dayalı sahtelik iddiası hakkında genel nitelikte olan 6100 sayılı HMK. nun 209.maddesinin uygulama yeri yoktur. Ne var ki sahtelik iddiasının imza inkarı dışında bir nedene dayanması durumu İcra ve İflas Kanununda özel bir düzenleme bulunmadığından sorunun çözümü için 6100 sayılı HMK. nun 209. maddesinin uygulanması gerekecektir... İmzaya itiraz hakkında uygulanması gereken İİK. nun 170/1.maddesi uyarınca itiraz satıştan başka icra takip muamelelerini durdurmaz. Şu hale göre kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takibine konu edilen senedin imza inkarı nedeni ile sahteliğinin iddia edilmesi halinde İİK. nun 170/1.maddesi uyarınca satış dışında hiçbir takip işlemi durmaz. Ancak sahtelik iddiasının imza inkarı dışındaki bir nedene dayanması halinde ise 6100 Sayılı HMK. nun 209/1.maddesinin amir hükmü gereği icra takibi olduğu yerde durur. Bunun için sahtelik iddiasının ileri sürüldüğü Cumhuriyet Savcılığı ya da mahkemece ayrıca tedbir kararı verilmesi gerekmez. Borçlu tarafından icra dairesine başvurulması halinde icra müdürlüğüne anılan madde uyarınca sahtelik davası sonuna kadar icra takibinin durdurulması gerekir... Pek tabidir ki mahkemece sahtelik iddiasının imza inkarı dışındaki bir nedene dayandığının belirlenmesi halinde takip hukukunun özelliği ve ivedi karar verilmesi gerekliliğinin bir sonucu olarak, sahtelik davası bekletici mesele yapılmadan, sahtelik davasında karar verilmeye kadar icra takibinin durdurulmasına karar verilmesi gerekir ..." (Yargıtay 12. HD. 11.06.2013 T. E: 12815, K: 21816, www.e-uyar.com).

⁷⁷ Bu konuda genel bir kural koymak yerine davaların bulunduğu tahkikat aşamasının göz önüne alınması daha isabetlidir (Kuru, Usul, C.II, s. 2174).

⁷⁸ Hakan Pekcanitez, "Bekletici Sorun", Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1980, Sa.1-4, s. 273. Yargıtay 1086 sayılı HUMK ve 6098 sayılı Borçlar Kanununun yürürlükte olduğu tarihte verdiği bir kararda bekletici mesele yapılan kararın kesinleşmesi gerektiğini açıkça belirtmiştir : "...Dosyadaki belgelerden dava konusu haksız fiiller nedeniyle davalıların ceza mahkemesinde yargılandıkları ve mahkum oldukları, davacı eşinin aynı dosyadaki şikayetleri konusunda ise kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiği anlaşılmaktadır. Her ne kadar ceza davasının kesinleşip kesinleşmediği belli değilse de, bu konunun yerel mahkemece incelenmesi ve Borçlar Kanunu'nun 53. maddesi gereğince ceza mahkemesindeki olgu

da anılan sahtelik davaları kesin hükme bağlanıncaya kadar ise icra takibine devam etmek mümkün olmayacaktır.

Öte yandan, icra takibinin dayanağını bir resmi senedin teşkil ettiği ve bu senet hakkında açılan ceza davasında senedin sahte olduğuna karar verildiği takdirde, icra takibinin durması için ceza mahkemesinin verdiği mahkûmiyet kararının kesinleşmesinin gerekip gerekmediği sorulabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanununda resmi senetlerin sahte oldukları “ancak mahkeme kararıyla sabit olursa bir işleme esas alınamayacağı” belirtilmiştir (HMK.m.209/2). Kanaatimizce, Kanundaki bu ifade hükmün şekli anlamda kesinleşmesi şeklinde anlaşılmalıdır. Bir diğer ifadeyle, ceza mahkemesi senedin sahte olduğuna karar verirse, resmi senede dayanarak başlatılan icra takibi kendiliğinden durmalıdır (HMK.m.209/2). Ceza mahkemesinin kararına karşı temyiz yoluna başvurulduğu takdirde ise, temyiz incelemesi sonuçlanıncaya kadar icra takibi durmaya devam etmelidir. Zira, alacaklının sahte olduğuna karar verilen bir resmi senede dayanarak icra takibine devam etmesi kabul edilemez ve bu durum sahtelik iddiasında bulunan tarafın telafi edilemeyecek zararlara uğramasına sebebiyet verir. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi konuyla ilgili eski tarihli bir kararında yerel mahkeme mahkûmiyet kararı verince takibin duracağına ve yerel mahkemenin kararı kesinleşinceye kadar icra takibine devam edilemeyeceğine hükmetmiştir.⁷⁹ Buna karşılık, Yargıtay 12. Hukuk

ve mahkûmiyet kararının hukuk hakimini de bağlayacağı gözetilmek gerekir. Şu durumda yerel mahkemece, davaya dayanak ceza davasının kesinleşmesinin beklenip incelenmesi ve varılacak sonuca göre karar vermek gerekirken yanlış değerlendirmeye dayalı olarak davanın reddi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir...” (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E.2012/16126, K.2013/15703 sayılı karar, Kazancı İçtihat Bankası).

⁷⁹ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin anılan kararı şöyledir : “... Somut olayımızda borçlu M Y(Ö), alacaklı B Ç hakkında Muğla Cumhuriyet Başsavcılığı'na şikayette bulunmuş, tefecilik yapma, resmi belgede sahtecilik ve nitelikli dolandırıcılık suçlarından dolayı alacaklı aleyhine ceza davası açılmış ve Bursa 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nce de alacaklı sanık resmi evrakta sahtecilik suçundan mahkum edilmiştir. Bu aşamada Bursa 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nin bu kararının borçlu tarafından icra müdürlüğüne ibraz edilmesi halinde müdürlükçe kesinleşme şerhi beklenmeksizin HMK'nun 209. maddesi gereğince takip konusu senet bu konuda bir karar verilinceye kadar hiçbir işleme tabi tutulamaz. Ceza mahkemesince herhangi bir tedbir kararı verilmemiş olması bu sonucu değiştirmez. Somut olayımızda icra müdürü mahkeme mahkeme kararını dikkate alarak takibi durdurmuştur. Yapılan bu işlem HMK'nun 209. maddesi ve yukarıdaki açıklamalar ışığında doğrudur...” Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 08.10.2012 tarih E.2012/10908

Dairesi yeni tarihli kararlarında bu içtihadından dönmüştür. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi HMK.m.209/2 hükmündeki “mahkeme kararıyla sabit olunca” ifadesini ceza mahkemesinin kararının şekli anlamda kesinleşmesi şeklinde yorumlamamaktadır. Ancak, Yargıtay 12. Dairesi ceza mahkemesi resmi senette sahtecilik suçundan mahkûmiyet kararı verse bile, bu kararın takibin kendiliğinden durması sonucunu doğurmayacağını; icra takibinin durması için ceza mahkemesinin mutlaka ihtiyati tedbir kararı vermesi gerektiğini belirtmektedir. Kanaatimizce, Yargıtay’ın ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı vermesiyle birlikte takibin duracağına ilişkin eski tarihli içtihatları daha isabetlidir. Zira, ceza mahkemesi yargılama sonunda sahtecilik suçunu tespit ederek mahkûmiyet kararı verdiği halde, salt ceza mahkemesinden ihtiyati tedbir kararı istenmediği veya ceza mahkemesi bu talebi reddettiği için icra takibine devam edilebilmesi ilerde telafisi mümkün olmayan zararlara neden olabilir. O yüzden resmi senette sahtecilik yargılamasının kamu düzenini de ilgilendirdiği dikkate alınarak, mahkeme kararıyla sahte olduğuna karar verilen bir senede dayanarak icra takip işlemlerine devam edilmesi yerine, takibin ceza mahkemesinin verdiği karar kesinleşinceye kadar kendiliğinden durmasının icra takibi yapan alacaklı ile borçlunun menfaatlerini telif edeceği kanaatindeyiz.

Hukuk mahkemesi, ceza mahkemesinde görülen davanın bekletici sorun yapılmasına karar vermiş; fakat ceza davasının sonunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmişse bu kararın bekletici sorun yapılan hukuk davasını etkileyip etkilemeyeceği bir başka soru işareti teşkil eder. Bu soruya verilecek cevap sahtecilik davaları bakımından özel bir önem arz eder. Çünkü sanık adi senette sahtecilik suçundan 1 yıldan 3 yıla kadar (CK.m.206) resmi senette sahtecilik suçundan ise 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasına mahkûm edilebilmektedir (CK.m.204). Ceza Muhakemesi Kanunu’nda ise yargılama sonunda hükmolunan ceza 2 yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebileceği kabul edilmiştir (CMK.m.231/5). Bu durumda hem adi hem de resmi senetlerdeki sahtecilik suçundan açılan davada cezanın alt sınırı hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kapsamı

içinde kalmaktadır.⁸⁰ Hemen belirtmek gerekir ki, ceza mahkemesi sahtecilik suçunu sabit gördüğü her durumda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermemektedir. Burada sanığın takındığı tavır önem taşımakta ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilip verilmeyeceği sanığın takınacağı tutuma göre değişmektedir. Zira sanık aklanma hakkını kullanma ister ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesini kabul etmeyerek hükmün açıklanmasını isterse, ceza mahkemesi mahkûmiyet hükmünü açıklayacak ve sanık da bu karara karşı temyiz yoluna müracaat edebilecektir. Bu ihtimalde, Yargıtay yerel mahkeme kararını onarsa sanık hakkında verilen mahkûmiyet kararı kesinleşeceği için, ceza mahkemesi kararının hukuk mahkemesi için hangi hususlarda bağlayıcı olacağı BK.m.74 hükmüne göre belirlenecektir.⁸¹

Bu konuda karşılaşılabilecek bir diğer ihtimal ise, sanığın hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının açıklanmasını istemesi ve bu karara karşı itiraz etmemesidir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının hukuki niteliği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.⁸² Bu çalışma bakımından konunun önem arz eden yönü ise, mezkûr kararın hukuk mahkemesinde görülen davaya herhangi bir etkisinin bulunup bulunmadığıdır. Yargıtay konuyla ilgili istikrar kazanan kararlarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının hukuk mahkemesini bağlamayacağını belirtmektedir. Yargıtay mezkur kararlarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının CMK.m.223'de sayılan hükümlerden olmadığı; davanın esasını çözen bir karar bulunmadığı için verilecek hüküm veya kararlarda lehe ve aleyhe sonuçtan söz edilemeyeceği; CMK.m.231/5'de hükmün

⁸⁰ Ancak, CK.m.204/2'de kamu görevlileri için resmi evrakta sahtecilik suçunun cezası 3 yıldan 6 yıla kadar öngörülmüştür.

⁸¹ Ceza davasında senedin sahte olduğuna karar verilirse, senedin sahteliğine ilişkin ceza mahkemesi kararı hukuk mahkemesini bağlar (Pekcanitez, Bekletici Sorun, s. 265).

⁸² Bu kurum doktrinde ceza muhakemesi normu, saf bir maddi ceza hukuku normu ve karma nitelikte norm olarak nitelenmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 19.02.2008 tarih ve 2008/25 sayılı kararında bu kurumun karma nitelik taşıdığı sonucuna varmıştır. Hepsini hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fahri Gökçen Taner, "Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Devresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine", ABD, 2011/4, s. 288 vd.; Ali İhsan İpek, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Hukuk Muhakemesine Etkisi", Terazi Hukuk Dergisi, 2012 Mart, s. 84.

açıklanmasının geri bırakılması kararının sanık hakkında hukuki bir sonuç doğurmayacağına açıkça ifade edildiği; beş yıllık deneme süresi içinde bir suç işlendiği takdirde mahkemece hükmün açıklanacağı ve sanığın temyiz hakkının doğacağı, temyiz incelemesinde ceza mahkemesinin kararı bozulduğu takdirde ise, hukuk mahkemesinin kararının dayanağının ortadan kalkacağı ve yargılamanın yenilenmesi yolunun gündeme geleceği ve bu durumun adalete olan güveni zedeleyeceği gerekçelerine dayanmaktadır.⁸³

⁸³ Yargıtay bu sonuca özellikle şu gerekçelerle varmaktadır : “ ... Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ise, 5271 Sayılı C.M.K.nın 223 üncü maddesinde belirtilen hükümlerden değildir. “Kurulan hükmün sanık hakkında hukuksal bir sonuç doğurmasını” ifade eden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, davayı sonuçlandıran ve uyuşmazlığı çözen bir “hüküm” değildir. Bunun sonucu olarak, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kararlar, C.M.K.nın 223 üncü maddesinde sayılan hükümlerden olmadığından, bu tür kararların yasa yararına bozulması durumunda yargılamanın tekrarlanması yasağına dair kurallar uygulanamayacağı gibi, davanın esasını çözen bir karar bulunmadığı için verilecek hüküm veya kararlarda lehe ve aleyhe sonuçtan da söz edilemeyecektir (Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 3.5.2011 gün ve 2011/4-61 E., 2011/79 K.; 6.10.2009 gün ve 2009/4-169 E., 2009/223 K. sayılı ilamları). Kaldı ki, C.M.K.nın 231/5 inci maddesinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmayacağı açıkça ifade edilmiştir. Böylece hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla kurulan hüküm, belli bir süre sanık hakkında hüküm ifade etmemekte, her hangi bir sonuç doğurmamaktadır. Sanık bulunduğu hal üzere bırakılmakta, aynen yargılanan kimsenin durumunda kalmakta ve yapılan yargılama geçici bir süre askıda kalmaktadır. Askı süresi boyunca, yargılanan kimsenin sanık sıfatı devam eder ise de, hiçbir şekilde bu kimse hükümlü sayılamaz. Bu sebeple hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen kimse, hiçbir haktan yoksun bırakılamaz ve ayrıca bu karara dayanarak hiçbir hukuki statüden dışarıya çıkarılamaz. Az yukarda da açıklandığı üzere hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı kesin bir mahkumiyet anlamında değildir. Bu sebeple ortada ceza hukuku anlamında kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmü bulunmadığından B.K.nun 53. maddesi uyarınca hukuk hakimini bağlamayacaktır. Aksi düşünüldüğü takdirde beş yıllık deneme süresi içinde bir suç işlendiğinde mahkemece hüküm açıklanacak ve temyiz hakkı doğacak; şayet yapılan temyiz incelemesinde ceza mahkemesi kararı bozulursa hukuk mahkemesinin kararının da dayanağı ortadan kalkacak ve yargılamanın yenilenmesi gündeme gelecektir. Bu durum ise adalete olan güven ve saygıyı zedeleyecektir. Diğer taraftan, beş yıllık denetim süresi bittikten sonra menfi tespit davası açıldığında ortada ceza mahkemesi kararı bulunmadığından B.K.nun 53. maddesi uyarınca hukuk hakimini bağlayıcı bir karardan da söz edilemeyecektir. Aksine, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının hukuk hakimini bağlayacağı kabul edildiğinde hukuk hakimince verilecek karar davanın beş yıllık deneme süresi içinde ve sözü edilen süre bittikten sonra açılması veya kararın sözü edilen süre bittikten sonra verilmesi hallerinde farklı farklı hukuki sonuçlara ulaşılacaktır. Daha da ötesi, bir olayda birden fazla sorumlu olup da, bunlardan biri hakkında beş yıllık süre içinde, diğeri hakkında beş yıllık süre geçtikten sonra hukuk mahkemesinde dava açılması halinde her

iki davalı hakkında da aynı olay sebebiyle farklı kararlar verilebilecektir ki, bu durum adalete olan güveni sarsacaktır. Sonuç olarak maddi olgunun belirlenmesi yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının, kesinleşmiş bir ceza hükmü olmadığından, hukuk hakimini bağlamayacağına kabulü gerekir...” (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1.2.2012 T. E.2011/19-639 K.2012/30, Kazancı İçtihat Bankası). Yargıtay’ın diğer Daireleri de ceza mahkemesinin verdiği kararın kesinleşmedikçe hukuk mahkemesini bağlamayacağı görüşündedirler. Örneğin Yargıtay 17. Hukuk Dairesi’nin konuyla ilgili bir kararı şöyledir: “... Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde, özellikle oluşa uygun olarak düzenlenen uzman bilirkişi raporunda belirtilen kusur oranlarının hükmüne esas alınmasında bir usulsüzlük bulunmamasına, ceza dosyasında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olması nedeniyle kesinleşmiş bir mahkumiyetten söz edilemeyeceğinden verilen karar hukuk hakimini bağlamayacağına göre, davalı vekilinin yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun bulunan hükmün Onanmasına...karar verildi ...” (Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Esas Numarası: 2012/10759 Karar Numarası: 2013/78 Karar Tarihi: 14.01.2013 www.legalbank.net). Aynı yönde bir diğer karar için bkz. İpek, s. 87-88. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi de yeni tarihli bir kararında bu görüşü devam ettirmiştir: “... Mahkemece toplanan deliller, senetlerin hukuki durumu, davacı defterleri üzerinde alınan bilirkişi raporu, Bakırköy 9. Ağır Ceza Mahkemesi’nde verilen resmi belgede sahtecilik ve nitelikli dolandırıcılık suçlarından verilen cezaların CMK’nun 231/5 maddesi gereği hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları karşısında menfi tespit davasının kabulü ile davaya konu 20.09.2009 keşide tarihli 400.000 USD ve 10.10.2009 keşide tarihli 350.000 USD bedelli senetlerden dolayı davacı şirketin davalıya borçlu olmadığına tespitine karar verilmiş, hükmü davalı vekili ve katılma yolu ile davacı vekilince temyiz edilmiştir. Bakırköy 9. Ağır Ceza Mahkemesi’ nin 2011/48 E. 2012/499 Karar sayılı kararı ile davacı şirketin katılan, davalı Muhammet Sarı’ nun dava dışı Hasan Cevahir ile sanık olarak bulunduğu resmi belgede sahtecilik ve nitelikli dolandırıcılık suçlarından dolayı 13.12.2012 karar tarihinde her iki suçtan mahkumiyetlerine karar verilmiş, her iki ceza yönünden hükmün ayrı ayrı açıklanmasının geri bırakılmasına dair hüküm kurulmuş sanık Muhammet Sarı’ nun itirazı 08.03.2013 tarihinde reddedilmiş ret kararı Muhammet Sarı’ ya 12.04.2013 tarihinde tebliğ edildiği anlaşılmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’ nun 01.02.2012 karar tarihli 2011/19-639 Esas, 2012/30 Karar sayılı kararında “Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ise 5271 sayılı CMK’ nun 223. maddesinde belirtilen hükümlerden değildir. Kurulan hükmün sanık hakkında hukuksal bir sonuç doğurmasını ifade eden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, davayı sonuçlandıran ve uyumsuzluğu çözen bir hüküm değildir. Bunun sonucu olarak, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararlar, CMK’ nun 223. maddesinde sayılan hükümlerden olmadığından bu tür kararların yasa yararına bozulması durumunda yargılamanın tekrarlanması yasağına ilişkin kurallar uygulanamayacağı gibi, davanın esasını çözen bir karar bulunmadığı için verilecek hükmün veya kararlarda lehe ve aleyhe sonuçtan da söz edilmeyecektir. (Yargıtay Ceza Genel Kurulu’ nun 03.05.2011 gün ve 2011/4-61 Esas 2011/791 K. 06.10.2009 gün ve 2009/4-169 E. 2009/223 K. sayılı ilamları) kaldı ki, CMK’ nun 231/5. maddesinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmayacağı açıkça ifade edilmiştir. Bu açıklamalar ışığında 818 sayılı Borçlar Kanunu’ nun 53. maddesine ilişkin değerlendirmeye gelince; hükmün açıklanmasının geri bırakılması

Öncelikle belirtmek gerekir ki, CMK.m.231/5'de hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla birlikte, sanık hakkında ceza mahkemesi tarafından kurulan hükmün hukuki bir sonuç doğurmayacağı açıkça ifade edilmiştir. Bu durumda, hukuken sonuç doğurmayan bir hükmün hukuk mahkemesinde görülen dava için bağlayıcı olduğundan söz edilemez.⁸⁴ Aynı nedenle, hukuk hâkimini ceza mahkemesince tespit edilen maddi vakıalarla bağlı kılmak da mümkün değildir. Çünkü ortada kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı yoktur. Aksi düşüncenin kabulü halinde Yargıtay'ın yukarıdaki kararlarında zikrettiği sakıncalar ortaya çıkar. Bununla birlikte, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının sanık hakkında ceza hukuku bakımından sonuç doğurmaması, ceza davasında varlığı tespit edilen vakıaların tamamen göz ardı edilmesine neden olmamalıdır. Bilhassa ceza davasında sanığın üzerine atılı suçu işleyip işlemediğinin araştırıldığı ve neticede suçun işlendiği sonucuna ulaşıldığı gözden uzak tutulmalıdır. Doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebilmek için öncelikle sanığın mahkûmiyetine karar vermek gerekmektedir. Mahkemenin sanık hakkında ceza tayin etmeden hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermesi mümkün değildir. Kaldı ki, anılan kararın verilebilmesi için ceza mahkemesi tüm araştırmasını yapmakta ve dava dosyasındaki bütün delilleri incelemektedir.⁸⁵ Bu nedenle, ceza dava-

kararı kesin bir mahkumiyet anlamında değildir. Bu nedenle ortada ceza hukuku anlamında kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmü bulunmadığından, BK' nun 53. maddesi uyarınca hukuk hakimini bağlamayacaktır..." şeklinde belirtilmiştir. Mahkemece, yukarıda açıklamalar doğrultusunda varılacak uygun sonuca göre bir karar verilmelidir. SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün temyiz eden davalı yararına BOZULMASINA, bozma nedenine göre, davacı vekilinin temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, vekili Yargıtay duruşmasında hazır bulunan davalı yararına takdir olunan 1.100 TL. duruşma vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya ödenmesine, peşin harçların istek halinde iadesine, 15.04.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi..." (19. HD. 15.04.2014 T. E: 2013/10051, K: 7257, www.e-uyar.com).

⁸⁴ İpek, s. 86- 87.

⁸⁵ İpek, s. 86. Yazar, bu bağlamda ceza mahkemesinin kararının aksi kanıtlanabilir güçlü bir delil olarak kabul edilmesi gerektiğini; ceza mahkemesinin kararına hiçbir hüküm ve delil değeri tanınmamasının isabetli olmadığını ileri sürmekte, akabinde ise sanık aleyhine güçlü bir karinenin oluştuğunu ve oluşan bu durumun aksinin aynı güçteki delillerle ispat edilebileceğini savunmaktadır (İpek, s. 88). Bu görüşe, ceza mahkemesinde yapılan yargılamaya ve bu yargılama neticesinde verilen karara hiçbir hukuki değer atfedilmemesinin isabetli olmadığı noktasında katılmaktayız. Bununla birlikte, mezkur durumda gerek fiili gerekse kanuni bir

sındaki vakıa tespitleri hukuk mahkemesini bağlayıcı değilse de, kanaatimizce ceza mahkemesinin senet üzerinde sahtecilik yapıldığına dair tespitinin hukuk mahkemesince dikkate alınması gerekir. Aksi düşüncenin kabulü halinde, hukuk mahkemesinin ceza davasının sonuçlanmasını beklemesinin hiçbir anlamı kalmayacak ve usûl ekonomisine aykırı davranılmış olacaktır. Öte yandan, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının hukuk mahkemesi için hiçbir değer ifade etmediğinin kabulü adalet duygusunu da sarsacaktır. Ceza mahkemesi senedin sahte olduğunu tespit ettiği halde bu tespite hiçbir değer verilmemesi, alacaklının o senede dayanarak icra takibine devam etmesine veya derdest davada usûl işlemleri yapmasına izin verilmesi sonucunu doğuracak ve bu durum toplum nezdinde adalete olan güveni zedeleyecektir. Kaldı ki, sanık hükmün açıklanmasını isteme ve bu kararı temyiz etme imkânına sahiptir. Sanık hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına razı olmayarak aklanma hakkını kullanmadığı ve ceza davasında da suçun işlendiği tespit edildiği halde, ceza mahkemesindeki vakıa tespitinin hukuk mahkemesince dikkate alınmak zorunda olmadığı kabulü isabetli değildir. Dolayısıyla, ceza mahkemesine ait dosya hukuk mahkemesine delil olarak sunulduğu takdirde, hukuk mahkemesinin ortada bir hüküm olmadığı gerekçesiyle ceza davasında yapılan tespiti ve sunulan delilleri incelemekten kaçınmaması gerekir. Hukuk mahkemesi hâkimi ceza davasında tespit edilen vakıayı dikkate almalı ve serbestçe değerlendirmelidir. Hukuk mahkemesi yaptığı bu değerlendirme sonunda ceza mahkemesinden farklı sonuca ulaşabileceği gibi, aynı yönde de karar verebilir. Önemli olan hukuk mahkemesinin ceza davasında yapılan tespitleri hükmünü verirken dikkate alması ve değerlendirmesidir. Bunun yanında, ceza mahkemesinin kararının dayanağını teşkil eden bilirkişi raporu senedin sahte olduğunu hiçbir tereddüde mahal vermeyecek şekilde ortaya koyuyorsa, hukuk mahkemesi bu rapora istinaden hükmünü tesis edebilmelidir. Örneğin ceza mahkemesindeki yargılama sırasında Adli Tıp Kurumu'ndan bilirkişi raporu alınmış, sanığa bu rapora

karine olmadığı; ayrıca, CMK.m.231/5 hükmünde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının sanık hakkında hukuki sonuç doğurmayacağı açıkça ifade edildiği için bu karara delil olarak dayanılmayacağı; bununla birlikte, ceza mahkemesindeki vakıa tespitinin hukuk mahkemesince dikkate alınması gerektiği ve ceza mahkemesine tevdi edilen delillerden hukuk mahkemesinde de yararlanılabileceği kanaatindeyiz.

karşı itiraz imkânı tanınmış, akabinde ek rapor alınmış ve ondan sonra karar verilmişse ve hukuk mahkemesinin senedin sahte olduğuna dair hiçbir tereddüdü yoksa, ceza mahkemesine sunulan bilirkişi raporu hukuk mahkemesinde de kullanılabilir. Kanaatimizce, ceza mahkemesinin hükmün açıklanmasını ertelemiş olması, senette sahtecilik suçunun işlendiği gerçeğini değiştirmez. Sahteciliğin olup olmadığı bilirkişi incelemesi neticesinde tespit edileceğine göre, hukuk mahkemesi ceza mahkemesinde yapılan tespitten yararlanabilir. Aksi takdirde, senedin sahteliğini iddia eden taraf hukuk mahkemesinde iddiasını bir kez daha ispatlamak zorunda bırakılacak, bu davada yeniden bilirkişi incelemesi yapılacak ve usûl ekonomisine aykırı davranılmış olacaktır. O yüzden, ceza mahkemesi tarafından alınan bilirkişi raporu hukuk mahkemesinde en azından delil olarak kullanılabilir ve senedin sahte olduğuna ilişkin vakıa tespiti hükme esas alınabilir.⁸⁶ Kaldı ki, bilirkişi incelemesinde yapılacak işlemler bu incelemeyi hangi mahkemenin talep ettiğine göre değişmemekte, gerek hukuk gerekse ceza mahkemesince atanan bilirkişi heyeti aynı tekniklere dayalı olarak inceleme yapmakta ve rapor hazırlamaktadır. O yüzden, ceza mahkemesinde sahtecilik suçunun işlendiğinin tespit edildiği hallerde, hukuk mahkemesinin yeni bir incelemeye girişebilmesi için ciddi sebeplerin varlığı gerekir. Hukuk mahkemesi hâkimi ceza mahkemesindeki yargılamada bazı usûli hatalar yapıldığı kanaatinde ise, ceza davasında suçun sabit olduğuna karar verilse bile, yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırarak senedin sahte olup olmadığı konusunda kendi kararını verebilir. Mesela ceza davasında sanığa savunma hakkı tanınmamışsa, bilirkişi incelemesi ehil olmayan kişiler tarafından yapılmışsa, sanığa ceza davasında bilirkişi raporuna itiraz imkânı tanınmamışsa veya sanığın haklı itirazlarına rağmen ek ya da yeni rapor alınmadan karar verilmişse, hukuk mahkemesi yeniden bilirkişi incelemesi yaptırabilir ve bu incelemeden elde edilecek sonuçta göre hükmünü tesis edebilir.

⁸⁶ Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu eski tarihli bir kararında aynı yönde görüş bildirmiştir : "...Sorgu hakimliğince yapılan ceza koğuşturması sırasında, senet aslı Adli Tıp Müessesesi'ne gönderilerek imza incelemesi yapılmış ve senetteki imzanın borçluya ait olduğu yolunda rapor alınmış ve bu konuda bilirkişi raporunun onanmış bir örneği dosyaya konulmuş bulunmasına göre, icra hakimliğince yeniden imza tatbikatı yapılması gerekmeyeceğinden..." (Yargıtay HGK. 11.5.1966 T. E: İc. İf. 841, K: 142, www.e-uyar.com).

Öte yandan, ceza davasında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde, daha önce ceza davası açıldığında kendiliğinden duran takibe bundan böyle de devam edilmesi mümkün olmayacaktır. Ceza mahkemesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilse bile, hukuk mahkemesi nezdinde açılmış bir sahtelik davası varsa, bu dava sonuçlanıncaya kadar icra takibi durmaya devam edecektir. Borçlunun ayrı bir sahtelik davası açmadığı hallerde ise, sahtelik itirazını inceleyen icra mahkemesi veya itirazın iptali davasına bakan genel mahkeme ceza mahkemesinin vakıa tespitlerini de dikkate alarak borçlunun sahtelik itirazı hakkında bir karar verecektir. Bu süreçte, icra mahkemesinin ihtiyati tedbir kararı vererek takibin durdurulmasına karar vermesi sahte olduğu ceza mahkemesi kararıyla ortaya çıkan senede dayanarak takip işlemlerine devam edilmesini önleyecektir.

SONUÇ

Adi ve resmi senet gerek icra takiplerinin gerekse hukuk davalarının dayanağını teşkil eden önemli bir belgedir. Ancak, adi ve resmi senetlerin bu fonksiyonlarını icra edebilmeleri tahrif edilmemiş veya baştan sahte şekilde düzenlenmemiş olmalarına bağlıdır. Adi ve resmi senedin nitelikleri farklı olduğu için bu senetlere yöneltilen sahtelik iddiasının doğurduğu sonuçlar da farklı olmaktadır. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda adi ve resmi senetlerdeki sahtelik iddiasının doğurduğu hüküm ve sonuçlar birbirinden farklı şekilde düzenlenmiştir (HMK.m.209/1, 2). Sahtelik iddiasının hukuk davalarındaki etkisi, o senedin mahkeme tarafından delil olarak dikkate alınıp alınmayacağı hususunda önem arz eder. Taraflardan biri adi senede dayanıyorsa sahtelik iddiasının ön sorun olarak çözüme kavuşturulması gerekecek, senedin sahte olup olmadığı belli oluncaya kadar taraf o senede delil olarak dayanamayacağı gibi, mahkeme de senedi hükmüne esas alamayacaktır. Tarafların resmi senede dayandıkları hallerde ise, sahte olduğu mahkeme kararıyla sabit oluncaya kadar resmi senede delil olarak dayanmak mümkündür. Görüldüğü gibi, kanun koyucu düzenlenmesine veya onaylanmasına resmi makamların katıldığı senetlerin sahtelik iddiasından etkilenmeyeceklerini öngörmüştür. Bu sonuç sadece hukuk davaları bakımından değil, icra takipleri yönünden de geçerlidir.

Sahtelik iddiasının ve sahtelik davasının doğurduğu etkiler en çok icra takipleri bakımından tartışma konusu olmuştur. Esasen genel haciz yoluyla takipte ödeme emrine itirazla birlikte icra takibi durduğu için, daha ziyade hukuk mahkemeleri ile ceza mahkemeleri arasında bekletici sorun kararı verilip verilmeyeceği meselesi öne çıkmaktadır. Kanaatimizce, borçlunun suç ihbarında bulunduğu ve bunu takiben ceza mahkemesinde sahtecilik davası açıldığı hallerde, itirazın kaldırılması talebini inceleyen icra mahkemesi veya itirazın iptali davasına bakan genel mahkeme, ceza davasında verilecek kararın bekletici sorun yapılmasına karar verebilir. Şüphesiz bu karar somut olayın özellikleri ve usûl ekonomisi ilkesi dikkate alınarak verilecektir. Asıl sorun ise, alacaklının kambiyo senetlerine özgü takip yoluna başvurması halinde ortaya çıkmaktadır. Zira borçlu takibin dayanağını teşkil eden senedin sahte olduğunu ileri sürerek takibe itiraz ettiği takdirde, sahtelik iddiasının ne gibi sonuçlar doğuracağı hem doktrindeki yazarlar arasında hem de Yargıtay'ın ilgili Daireleri arasında tartışma konusu olmuştur. Bu tartışmanın temelinde ise, HMK.m.209 hükmünün uygulama alanının hukuk davalarıyla sınırlı olup olmadığı meselesi vardır. Kanaatimizce, bu soruna çözüm ararken Kanunun lafzının yanında tarihsel yorum metoduna da başvurmak gerekir. Zira, adi veya resmi senetlerde sahtelik iddiasında bulunulmasının sonuçları ilk kez Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiş değildir. 1086 sayılı HUMK'da döneminde sahtelik iddiasının doğuracağı sonuçlar HUMK.m.317 hükmünde düzenlenmiş ve bu maddenin uygulama alanı konusunda da ciddi bir tartışma yaşanmamıştır. Sahtelik iddialarıyla ilgili tartışma HMK.m.209 hükmünün yürürlüğe girmesiyle birlikte ve bilhassa bu hükmün kambiyo senetlerine özgü takipte uygulanıp uygulanamayacağı konusunda ortaya çıkmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten beri Yargıtay 12. ve 19. Hukuk Daireleri arasında bu konuda fikir ayrılığı mevcut olup, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin son yıllarda içtihadını değiştirmesiyle birlikte, bu düşünce ayrılığı daha da keskin bir hal almıştır. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi yeni tarihli kararlarında, HMK.m.209 hükmünün sadece hukuk davalarında uygulanacağına hükmetmektedir. Halbuki Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin kararlarında da belirtildiği gibi HMK.m.209 hükmü gerek hukuk davalarında gerekse icra takiplerinde uygulanmalıdır. 1086 sayılı HUMK döneminde sahtelik davası

açılmış ve davaya bakan mahkeme bilirkişi incelemesi yapılmasına ve tanık dinlenmesine karar vermişse, o senedin herhangi bir işleme esas alınamayacağı ve sahteliği iddia edilen senede dayanarak başlatılan icra takibinin ihtiyati tedbir kararı verilmesine gerek kalmaksızın kendiliğinden duracağı tereddütsüz biçimde kabul ediliyordu. Bu düzenlemenin yerini alan HMK.m.209 hükmünü sadece hukuk davalarıyla ilgilendirmek ve sahtelik iddiasının icra takibine etkisini de İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre değerlendirmek isabetli olmayacaktır. Zira kanun koyucunun HMK.m.209 hükmüyle birlikte getirdiği temel değişiklik, sahtelik iddiasının hukuk davaları ve icra takipleri bakımından doğurduğu etkiyi zaman itibarıyla geriye çekmekten ibarettir. 1086 sayılı HUMK döneminde bu etki sahtelik davasında bilirkişi incelemesi yapılmasına ve tanık dinlenmesine karar verildiği anda ortaya çıkarken, HMK.m.209 hükmünde aynı etkinin sahtelik iddiasında bulunduğu anda doğacağı benimsenmiştir. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi takibin ancak sahtelik davasına bakan mahkemenin vereceği ihtiyati tedbir kararıyla duracağını belirtmekte ve böylece, sahtelik iddiasına dayanan davayı İİK.m.72 anlamında bir menfi tespit davası olarak kabul etmektedir. Halbuki İİK.m.72 hükmünde sadece ibra, takas, feragat, alacaklı borçlu birleşmesi gibi sebeplerle borcun olmadığı tespitini için açılan menfi tespit davası düzenlenmektedir. Sahtelik iddiasına dayanan menfi tespit davası ise, HMK.m.209 hükmünde düzenlenmiştir. Sahtelik davasının İİK.m.72 hükmü kapsamında değerlendirilmemesinin temel nedeni borcun olmadığına ilişkin diğer sebeplerden farklı olarak kamu hukuku boyutunun olmasıdır. O yüzden, münhasıran sahtelik iddiasına dayanarak menfi tespit dava açıldığı takdirde, bu davanın açılma koşulları ile doğurduğu hüküm ve sonuçlar HMK.m.209 hükmüne göre belirlenmelidir. İİK.m.72 hükmü menfi tespit davasını düzenlediği halde, sahtelik iddialarıyla sınırlı olarak HMK.m.209 hükmüne de yer verilmesi ancak bu şekilde izah edilebilir. Bu ayırımın doğurduğu en önemli sonuç ise, hukuk mahkemesinde açılan sahtelik davasının o senede dayanarak başlatılan icra takiplerini de durdurmasıdır. Bir diğer deyimle, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin içtihatlarının aksine, icra takibinin durması için sahtelik davasını gören mahkemeden ihtiyati tedbir kararı alınmasına gerek yoktur. Çünkü sahtelik iddiasıyla genel mahkemede açılan dava İİK.m.72 anlamında bir menfi tespit davası değildir. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi

her ne kadar sahtelik davasına bakan mahkemenin ihtiyati tedbir yoluyla takibin durdurulmasına karar verebileceğini belirtmekte ise de, bilindiği gibi takipten sonra açılan menfi tespit davasında borçlunun takibi durdurabilmesi için takibe konu alacağı %115'i tutarında teminat yatırması gerekmektedir. Senette yazılı miktarın yüksek olduğu hallerde, sahtelik iddiasında bulunan taraf gerekli teminatı bulamayacak ve ilerde sahtelik davasını kazansa bile, malvarlığı haczedilip satılmış olacaktır (İİK.m.72/3). Dolayısıyla, bu soruna çözüm ararken alacaklı ve borçlunun menfaatlerinin telif edilmesi gerekir. Bunun için ise HMK.m.209 hükmünün hem sahtelik davasında hem de icra takiplerinde uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

Sahtelik davası açılmasının icra takiplerini kendiliğinden durdurması konusundaki temel endişe, kötü niyetli borçluların asılsız sahtelik davaları açmak suretiyle kambiyo senetlerine özgü takipleri akamete uğratmaları olasılığıdır. Halbuki sahtelik davasının kambiyo senetlerine özgü takipleri durdurması Türk hukukunda ilk kez gündeme gelmemektedir. İcra ve İflâs Kanununun kambiyo senetlerine özgü takipleri düzenleyen hükümleri, HMK.m.209 hükmünün muadili sayılabilecek olan 1086 sayılı HUMK.m.317 hükmü yürürlükte iken de vardı. HUMK.m.317 hükmü uyarınca hukuk mahkemesinde görülen sahtelik davasında bilirkişi incelemesi yapılmasına ve tanık dinlenmesine karar verildiği takdirde kambiyo senetlerine özgü takip olduğu yerde duruyordu. Bugün itibarıyla tek değişen husus, sahtelik davası açılmasının doğurduğu etkinin geriye çekilmiş olmasıdır. HMK.m.209 hükmü sahte belgelere dayanarak aleyhinde icra takibi yapılan veya dava açılan iyi niyetli kişileri korumak için sevk edilmiştir. Ancak, anılan hükümde alacaklıların menfaatlerinin hiç gözetilmediği de söylenemez. Kanun koyucu kötü niyetli borçluların sahtelik davası açarak aleyhlerinde başlatılan icra takiplerini akamete uğratmalarını önleyecek bir enstrümana da Kanunda yer vermiştir. Nitekim HMK.m.209/3 hükmünde senet sahibinin haklarının korunması için gerektiğinde ihtiyati tedbir talep edebileceği kabul edilmiştir. Buna göre, sahtelik davası açıldığında icra takipleri kendiliğinden dursa bile, bu etki ilanihaye devam edecek değildir. Yargılama sırasında sahtelik iddiasının veya davasının asılsız ya da kötü niyetli olduğu anlaşıldığı takdirde, alacaklı ilk derece mahkemesinin esas hakkındaki hükmünü vermesini beklemeksizin duran takiplere ihtiyati

tedbir yoluyla kaldığı yerden devam edilmesine karar verilmesini isteyebilecektir (HMK.m.209/3). Bu çözüm yolunun gerek takibe geçen alacaklının gerekse sahtelik iddiasında bulunan borçlunun menfaatlerini telif edeceği kanaatindeyiz.

Kaynakça

- Alangoya Yavuz/Yıldırım Kamil/Deren Yıldırım Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009.
- Aşık İbrahim, Medeni Usul Hukukunda Bekletici Sorun, Ankara 2012.
- Atalay Oğuz, "Adi Senetler Hakkında Sahtelik İddiası ve Sonuçları", Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul 2013, s. 547 vd.
- Ateş Mustafa, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yargıtay İlke Kararları, Ankara 2013.
- Börü Levent, "Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yolu İle Takipte İmzaya İtirazın Takibi Durdurup Durdurmayacağıın Değerlendirilmesi", Batider, 2012, C.28, S.4, s.257 vd.
- Deliduman Seyithan, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Noter Senetleri, Ankara 2001.
- Deynekli Adnan, Medeni Usul Hukukunda Senetlerin Üçüncü Kişilere Karşı İspat Şekli, Ankara 2006.
- İpek Ali İhsan, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Hukuk Muhakemesine Etkisi", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2012 Mart, s. 83 vd.
- Karslı Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2012.
- Kiraz Taylan Özgür, "Adi Senetlerde Sahtelik İddiasına İlişkin Düalist Yapı Üzerine Bir İnceleme", *MİHDER*, 2013/1, s. 43 vd.
- Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II, İstanbul 2001.
- Kuru Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004.
- Kuru Baki, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, Ankara 2003.
- Kuru Baki, "Hukuk Davasında Adi Senetteki İmzanın İnkâr Edilmesinin İcra Takibine Etkisi", *Bankacılar Dergisi*, Ocak 2013, s. 62 vd.
- Kuru Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2015.
- Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2014.
- Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2010.
- Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, İcra ve İflâs Hukuku Ankara 2014.
- Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, İcra ve İflâs Hukuku Ankara 2010.
- Muşul Timuçin, İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 2013.
- Özbek Mustafa, Noter Senetlerinde Sahtelik, Ankara 2009.
- Pekcanitez Hakan, "Bekletici Sorun", Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1980, Sa.1-4, s. 249 vd.

- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2015.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Medeni Usûl Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2013.
- Pekcanitez Hakan/ Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Medeni Usûl Hukuku, Ankara 2010.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2015.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2010.
- Postacıoğlu İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975.
- Taner Fahri Gökçen, "Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Devresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine", ABD, 2011/4, s. 285 vd.
- Uyar Talih, Olumsuz Tespit ve Geri Alma Davaları, İzmir 2003.
- Uyar Talih, "Senedin Sahte Olduğu İleri Sürülerek İcra Takibinin Teminatsız Durdurulması", İBD 2013/2, s. 488 vd.
- Üstündağ Saim, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000.

KARŞI DAVA COUNTERCLAIM

Emine Aslı KÜÇÜKAYDIN*

Özet: Karşı dava, Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 132 ve devamında düzenlemesini bulan bir dava çeşididir. İnceleme kapsamında, öncelikle davanın açılabilme şartları değerlendirilmiştir. Ardından bu dava açısından özellik arz eden birtakım düzenlemeler irdelenmiştir. Son olarak, bu davanın öngörülen şartları taşımadan açılması durumu ve sonuçları incelenmiştir. .

Anahtar Kelimeler: Karşı Dava, Derdestlik, Aynı Yargılama Usulü, Esasa Cevap Süresi, Yakın İlişki, Takas, Mahsup, Bağlantı, Davaların Ayrılması.

Abstract: Counterclaim is a type of lawsuit arranged under Article 132 and so forth, Code of Civil Procedure. Primarily, the existence of the conditions required for filing a lawsuit is examined. Then, some regulations specific to this lawsuit are scrutinized. Finally, filing this lawsuit in the absence of the conditions required, and the possible outcome of this action are analyzed.

Keywords: Counterclaim, Pendency, Real Jurisdiction Procedures, Imparance, Close Relationship, Exchange, Appropriation, Link, Severance of Actions

GİRİŞ

Çalışmamızın konusunu “Karşı Dava” oluşturmaktadır. Mevzuatımızda karşı dava kurumu, genel itibariyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlenmiş, diğer bazı düzenlemelerle de karşı davaya ilişkin hükümler getirilmiştir. Karşı dava, açılmış ve görülmekte olan bir davanın davalısının, aynı mahkemede, davacıya karşı açtığı dava olarak tanımlanır. Tanımının bu denli kolay yapılmasının aksine bir davanın karşı dava olarak nitelenmesi o kadar kolay olmamakta, davanın bu niteliği haiz olabilmesi için usule ve esasa yönelik birtakım şartları taşıması aranmaktadır.

Çalışmamızda ilk olarak karşı davanın şartları incelenecektir. Bu kapsamda öncelikle usule yönelik şartlar ele alınacaktır. Asıl davanın

* Araştırma Görevlisi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Avukat, e_akucukaydin@hotmail.com

derdest olması, iki davanın aynı yargılama usulüne tabi olması ve karşı davanın esasa cevap süresi içerisinde açılması bu şartları oluşturmaktadır. Ardından, esasa yönelik şartların incelenmesi aşamasına geçilecektir. Asıl dava ile karşı dava arasında yakın ilişki bulunma kapsamında mütalaa edilen şartlardan ilki olan “takas veya mahsup ilişkisinin bulunması” arz ettiği özel önem nedeniyle ayrıntılı olarak irdelenecektir. Esasa yönelik diğer bir şart olan bağlantı bulunma gerekliliği de ele alınacaktır.

Akabinde davanın incelenmesi prosedürü gerçekleştirilecektir. Bu kısımda karşı davanın harca tabi olması, hakkında ayrıca vekâlet ücretine hükmedilmesi gereği, hüküm açısından asıl ve karşı davalar bakımından ayrı kararlar tesis edilmesi ve temyiz konuları açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır. Karşı davada görev, yetki, taraflar alt başlıkları bu bölüm kapsamında değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Ayrıca tahkimde karşı dava, yargılamanın yenilenmesinde karşı dava ve ıslaha dair birtakım açıklamaların da bu bölüm kapsamında incelenmesi gerekecektir.

Sonrasında, davanın esasa ve süreye yönelik şartları taşımaması durumunun sonuçları irdeleme konusu yapılacaktır. Öncelikle davanın esasa yönelik şartı taşımadan açılması hali için kanunun öngördüğü sonuç incelenecektir. Ardından süre şartına uyulmaksızın açılmış olan karşı davanın akibetinin ne olacağı değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Çalışmamızda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu zamanındaki durumun değerlendirilmemesinin konu adına bir şeylerin eksik bırakılmasına sebebiyet vereceği düşüncesine sahip olduğumuzdan yer yer karşılaştırmalar yapılacak, bazı hallerde ise o dönemde geçerli olan duruma ilişkin özel olarak açıklamalarda bulunulacaktır.

Karşı dava kurumuyla ilintili olarak uygulamada çeşitli uyuşmazlıklarla karşılaşılmaktadır. Bu kurumun uygulama açısından arz ettiği değer de dikkate alındığında bu konuda verilen mahkeme kararlarının önemi yadsınamaz. İşte bu önemden ötürü, mahkemelere intikal eden uyuşmazlıkların, konuyla irtibatlı olduğu şekliyle sınırlı kalmak üzere, özellikle Yargıtay Kararları esas alınmak suretiyle incelenmesi gerekecektir.

I. GENEL OLARAK

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 132 ila 135. maddeleri arasında düzenlenen “karşı dava” kurumu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanu-

nu döneminde de düzenlenmiş bir dava çeşidi olup Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 202 vd. da yer almaktaydı. Ayrıca her iki kanun açısından da kanunun farklı bölümlerinde karşı davaya ilişkin hükümlerin bulunduğu belirtilmelidir.

Kanun koyucu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nu şekillendirirken dava çeşitlerinin tanımını yapma yolunda bir tercih göstermiştir. Ancak, karşı davaya ilişkin ilgili hükümler incelendiğinde herhangi bir tanımın bulunmadığı görülmektedir. Bu durum tanım yapılmaya ilişkin tercihin karşı dava açısından sürdürülmediğini göstermektedir. Karşı davanın, dava çeşitlerinin düzenlendiği Hukuk Muhakemeleri Kanunu 107. vd. maddelerde değil, kanunun "İkinci Bölüm: Cevap Dilekçesi" alt başlığının bünyesinde 132. vd. maddelerinde düzenlendiği belirtilmelidir.

II. TANIM

Açılmış ve görülmekte olan bir davada, davalının aynı mahkemede, davacıya karşı açtığı davaya, karşı dava denir.¹ Davalı, bu halde davalının açmış olduğu davadaki iddialara karşı yalnızca savunma yapmakla yetinmemekte, ayrıca davacıdan olan bir hakkının da hüküm altına alınmasını istemektedir.² Karşı dava; doktrin³ ve uygulamada

¹ Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, Cilt 4, Demir-Demir, İstanbul 2001, s. 3889; İlhan E. Postacıoğlu/Sümer Altay, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 454; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 25. Baskı, (Tıpkı Basım), Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 524; Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku, 14.Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 543; Abdurrahim Karşlı, Medeni Muhakeme Hukuku, Üçüncü Baskı, Alternatif Yayınları, İstanbul, 2012, s. 404; Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş 2.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 867; Ömer Uğur Gençcan, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, Bilimsel Açıklama - Son İçtihatlar, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 636; Ömer Ulukapı, Medeni Usul Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya 2014, s. 255.

² Necip Bilge/Ergun Önen, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Üçüncü Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 458 Yazarlar bu hali "sadece savunmakla yetinmeyip aynı zamanda taarruza da geçebilir" diyerek ifade etmişlerdir. ; Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, Beşinci Bası, İstanbul 1992, s. 498; Baki Kuru, s. 3889; M. Gündüz İpek, " Karşı Dava", Eskişehir Barosu Dergisi, Nisan 2003, 20-28, s.20; Ali Haydar Karahacıoğlu/Aynur Parlar, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Bilge Yayınevi, Ankara 2012, s. 540; Ahmet Cahit İyilikli, "Mütakabil (Karşılık) Dava", *Yargıtay Dergisi*, 2004/ 1-6, 147-164, s. 147; Uğur Aybeğ Kını, Karşılık Dava, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2009, s. 4.

³ Meral Sungurtekin Özkan, Türk Medeni Yargılama Hukuku, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir, 2013, s. 228; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 524; Timuçin Muşul,

karşılık dava, mukabil dava, davayı müteakible gibi çeşitli isimlerle anılmaktadır.

Karşı davanın şartlarını incelemeye başlamadan önce, kanunun anlam verdiği şekliyle bu davanın belirli sınırlamalar dâhilinde kabul edildiği belirtilmelidir. Yani, teknik anlamda karşı davanın varlığından bahsedilebilmesi için, bu davanın inceleyeceğimiz şartları haiz olması gerekmektedir. Aksi takdirde mahkemenin aynı dosya ve esas numarasıyla inceleyip karara bağlayacağı bir karşı davadan bahsedilemeyecek, farklı durumlar için bambaşka sonuçlar ortaya çıkabilecektir.

Karşı davanın şartlarının herhangi bir ayırıma gidilmeksizin incelenmesi mümkün olduğu gibi, usule ve esasa yönelik şartlar şeklinde incelenmesi de mümkündür. Biz ikinci yöntemi tercih ederek bir inceleme gerçekleştireceğiz.

III. KARŞI DAVA AÇILABİLMESİNİN ŞARTLARI

A. Usule Yönelik Şartlar

1. Asıl Davanın Derdest Olması

Karşı dava, daha önce açılmış ve görülmekte olan asıl davaya karşı, aynı mahkemede açılır.⁴ Görülmekte olan davadan kasıt ise, açılmış olan davanın henüz mahkeme kararıyla sonlandırılmamış olmasıdır.⁵ Davanın herhangi bir nedenle son bulması (dava hakkında hüküm verilmiş olması, feragat, açılmamış sayılma, davanın geri alınması gibi) halinde artık karşı dava açma olanağı kalkmış olacaktır. Burada davanın şeklen derdest olmasının ise bir önemi olmayacaktır.⁶

Medeni Usul Hukuku, Üçüncü Baskı, Ankara 2012, s. 269 - Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan önce karşılık dava olarak da isimlendirilmesine rağmen, artık karşı dava teriminin kullanılması gerektiğine dair bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 543 vd.

⁴ Kuru, s. 3890; İyilikli, s. 148; Karahacıoğlu/Parlar, s. 540; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, s. 525 Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 544.

⁵ Sungurtekin Özkan, s. 228.

⁶ Kuru, s. 3890 vd.; İyilikli, s. 148; Karahacıoğlu/Parlar, s. 540; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, s. 525 Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 544.

Zikredilen durumlar dolayısıyla hâkim asıl davadan elini çekmişse, davalının

Belirtilmelidir ki, doktrinde bir görüş davalının “kabul”üyle de yargılama sona erdiği için bu durumda da karşı davanın açılmasının mümkün olmadığını söyler.⁷ Ancak diğer bir görüş ise; asıl dava, karşı davanın açıldığı anda son bulsa bile (cevap dilekçesindeki kabul beyanıyla), karşı davanın açıldığı anda asıl dava derdest olduğundan, bu davanın açılabilirliğini söyler.⁸ Kanaatimizce bu durumda davalının açmak istediği karşı dava derdestlik bakımından bir engel ile karşılaşmamaktadır. Ancak asıl dava sona erdiği için, açılmış olan davanın karşı dava olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır. Mahkeme uyuşmazlığın görev alanına girdiğini tespit ederse davayı çözümlene yoluna gidecektir. Kabul⁹ sonrasında, asıl dava ve karşı dava nitelemesinin tek bir ihtimalde devam edebileceği kanaatindeyiz. Bu da Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 311 uyarınca irade bozukluğu hallerine dayanılarak, kabulün iptalinin talep edilmesidir.

karşı dava nitelemesi ile açmış olduğu dava bakımından hâkimin ayırma kararı vermesine gerek yoktur. Kendi görev alanına giren bir uyuşmazlık ise davayı esastan incelemesi gerekmektedir. Bu değerlendirme için bkz. İbrahim Ermenek, Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 172 vd.

⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 544; Karahacıoğlu/Parlar, s. 540; Sungurtekin Özkan, s. 228 Bu görüşü destekler nitelikte (“...Davalı karşı davacının karşılık davanın açılması tarihinden önce davayı kabul ettiğini bildirmesine göre bu tarihten sonra açtığı kısmi iptal ve tescil davasının reddedilmesinde kanuna aykırılık yoktur. Yargıtay 8. HD. E.2003/4968, K. 2003/4991, T. 4.7.2003 Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası.)

⁸ Kuru, s. 3889 vd. ; İyilikli, s. 148, Bu görüşü destekler nitelikte bkz. nakl. Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yargıçlar ve Avukatlar İçin HMK Uygulamasında Karşılaşılabilecek Soru ve Sorunların Türk ve Neuchatel Bilimsel ve Yargısal İçtihatları Işığında Yanıtları ve Çözümleri, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 425: Davalı cevap dilekçesinde davacının açmış olduğu davayı kabul etmiş olsa bile, o dilekçeyle, davacıya karşı dava açabilir. Bu yönde 6. HD 18.2.1965 E.3451 K.792.

⁹ Davalının kabule ilişkin irade beyanının mahkemeye ulaşmasıyla dava sona erer ve sonrasında kabulden geri dönülemez. Ancak tek istisnai hal irade sakatlığı hallerine ilişkindir. Davalı irade sakatlığı hallerinden birine düşer olduğunu ispat edebilirse kabulü etkisizleştirilebilir. Bu değerlendirmeler ve kabul hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İbrahim Ermenek, Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul, (Mahkeme Huzurunda Yapılan Kabuller) Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 91 vd. ; Ayrıca bkz. Taylan Özgür Kiraz, Medeni Yargılama Hukukunda İkrar, Das Gestndnis im Zivilprozessrecht, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Eklenmiş ‘Giriş’ Bölümü Hariç 2.Tıpkı Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2013, s. 106.

2. Asıl Dava ile Karşı Davanın Aynı Yargılama Usulüne¹⁰ Tabi Olması

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 206'da düzenlemesini bulan, idari yargıda ve hakemde halli gereken davanın bir dava-ya karşı dava olarak açılmayacağına ilişkin hükmün karşılığı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yoktur. Ancak, doğrudan bu hükmü karşılayan normatif bir düzenleme olmasına gerek olmaksızın da, mahkemeler yargı yolu¹¹ ayırımının bir sonucu olarak, önlerine idari yargının görevine giren bir uyuşmazlık geldiğinde bu durumu resen gözeterek, karşı dava olarak açılmış olan idari dava hakkında görevsizlik kararı vereceklerdir.¹² Tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılması halinde de, karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilecektir (HMK m. 413). Asıl davacı, süresine riayet ederek böyle bir ilk itirazda bulunursa, hukuk mahkemesi karşı davayı davanın hakemlerde açılması gerektiğinden bahisle usulden reddedecektir.¹³

Genel mahkeme-özel mahkeme bağlamında bir değerlendirme yapmak gerekirse; özel mahkemede görülmekte olan bir davaya karşı, genel mahkemenin görevine giren bir davanın karşı dava olarak açılabilmesi tespiti öncelikle yapılmalıdır.¹⁴ Ancak, karşı dava özel bir mahkemenin görevine girmekte ise doktrinin büyük çoğunluğu,¹⁵ bu

¹⁰ Bu başlık bünyesinde yargılama usulü kavramının daha kapsamlı olarak tanımlanma bulacağı, idari yargı yoluna ilişkin açıklamaların da yapılacağı belirtilmelidir.

¹¹ HMK. m. 114'e göre, "Dava şartları şunlardır: ... b)Yargı yolunun caiz olması. .."

¹² Lütfi Fikri Soner, "Karşılık Davada İlk İtiraz ve Bu Davanın Dinlenme Olanığı" *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, Sayı 10, Ankara 1976, 48-55, s. 55; İyilikli, s. 152; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 525; Kuru, görevsizlik değil de "yargı yolunun caiz olmadığı" ibaresinin daha isabetli olduğunu da belirtmiştir. bkz. Kuru, s. 3891.

¹³ Kuru/Arslan/Yılmaz s. 525; İyilikli, s. 152; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu dönemi açısından hakem itirazının niteliği konusundaki tartışma için bkz. İpek, s. 23 vd.

¹⁴ Kuru, s. 3892 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 545; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 525; Sungurtekin Özkan, s. 229.

¹⁵ Soner, s. 51; Karahacıoğlu/Parlar, s. 541 vd.; İsmail Ercan, *Medeni Usul Hukuku*, İstanbul 2013, s. 255; Sungurtekin Özkan, s. 229; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 545; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 525.

Ermenek, özel mahkemenin görev alanına giren uyuşmazlıkların uzmanlığı gerektirmesi durumuna da vurgu yaparak; özel mahkemenin görev alanına giren bir davanın, genel mahkemede karşı dava olarak açılmamasının yerinde olduğunu belirtmiştir. Bkz. Ermenek, s. 172.

durumda, davanın genel mahkemede bir davaya karşı, karşı dava olarak açılmayacağını belirtir ve bu davanın özel mahkemede ayrı bir dava olarak açılması gerektiğini söyler. Doktrinde bir görüş,¹⁶ daha elverişli bir çözüm sunarak bu durumda genel mahkemenin her iki dava hakkında da görevsizlik kararı vererek davaları özel mahkemeye göndermesi gerektiğini belirtir.

Doktrinin büyük çoğunluğu tarafından savunulan görüşe katılmadığımızı belirtmeliyiz. Çünkü bu görüş teknik anlamda, karşı dava olmaya layık bir davayı, sırf mahkemelerin uzmanlık alanını gerekçe göstererek, bu niteliğinden yoksun görmekte ve kişilerin bağımsız olarak da haklarını arayabileceğini savunmaktadır. Ayrıca, bu görüş, dosyalara tam vakıf olunarak uyuşmazlıkların halli, kararların birbiriyle çelişik olmaması ve usul ekonomisi ilkelerinin sağlayacağı faydaların önüne geçme riskini taşımaktadır. Burada kanaatimizce üstün tutulması gereken ikinci görüş, zaten uyuşmazlıkların genel mahkemelerde görülmesini söylememekte, bilakis özel mahkemeler tarafından uyuşmazlıkların hallini ve tarafların haklarına kavuşmasını savunmaktadır.

3. Esasa Cevap Süresi İçinde Açılması

Karşı dava, cevap dilekçesiyle veya esasa cevap süresi içinde ayrı bir dilekçe verilmek suretiyle açılır (HMK m. 133 f.1). Davalıya ayrı bir dilekçeyle karşı dava açma imkânının verilmesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile getirilmiş bir düzenlemedir. Davalı açısından alternatif sunan bu düzenleme, cevap dilekçesini esasa cevap süresinin başlangıcında sunan ancak henüz karşı dava açma şeklinde bir imkâna sahip olduğunu bilmeyen davalının ilerleyen günlerde ayrı bir dilekçeyle karşı dava açabilmesini sağlayacaktır.

Esasa cevap süresi, yazılı yargılama usulünde ve basit yargılama usulünde, kural olarak dava dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren iki haftadır. Cevap süresinin mahkeme tarafından uzatıldığı hallerde de, ek süre içerisinde karşı dava açılması mümkündür (HMK m. 127).

¹⁶ Kuru, s. 3892, Kuru bu konu hakkında değerlendirmesini Nöşatel Kanunu'ndaki düzenlemeden yola çıkarak iş mahkemelerine hasrederek yapmıştır. Kanaatimizce diğer özel mahkemeler açısından da aynı sonuca varılması gerekmektedir. Çünkü aksi yorumu gerektirecek haklı bir gerekçe bulunmamaktadır.

B. Esasa Yönelik Şartlar

1. Asıl Dava İle Karşı Dava Arasında Yakın İlişki Bulunması

Kanun koyucu yakın ilişki koşulunu sınırlı tutmuş ve madde 132'de şu şekilde belirtmiştir:

“Karşı davada ileri sürülecek olan talep ile asıl davada ileri sürülen talep arasında takas veya mahsup ilişkisinin bulunması yahut bu davalar arasında bağlantının mevcut olması şarttır.” Ancak bu şartlardan birini bünyesinde barındıran dava, teknik olarak karşı dava olarak nitelenebilecektir.

Çalışmamızın bu kısmında öncelikle takas veya mahsup ilişkisinin bulunması incelenecektir. Takas konusu özel olarak arz ettiği önem nedeniyle ayrıntılı olarak irdelenmeye çalışılacaktır.

a. Takas veya Mahsup Talebinin Bulunması

Takas ve mahsup kavramları birbirinden farklı kavramlar olmalarına rağmen uygulamada çokça karıştırılmakta, hatta çoğu zaman bir kelime grubuymuşçasına birlikte kullanılmaktadır. Bu sebeple bu kavramların anlamına tam ulaşılmış kavramlardan olduğu söylenemez.¹⁷ “Takas”ın sözlükteki karşılığı, “ödeşme, hesaplaşma, mahsuplaşma, sayışma” iken; “mahsub” ise “hesabedilmiş, hesaba dâhil edilmiş, avans kapatma” gibi anlamlara gelmektedir.¹⁸ Ansiklopedik lügatlerde dahi bu kavramların birbirine çok yakın addedilebilecek şekilde anlamlarının verilmesi aslında karıştırılmaya ne kadar müsait olduklarını da gözler önüne sermektedir.

Mahsup bazı sebepler dolayısıyla bir alacak miktarında indirim yapılmasını ifade eder. Alacak miktarından indirilecek değer bir karşı alacak değildir. Burada sadece alacağın net miktarının bulunması için yapılan bir hesap işlemi bulunmaktadır.¹⁹ Mevzuatımızda yer alan dü-

¹⁷ Özcan Atalay, “Uygulamada Takas ve Mahsup” *Ankara Barosu Dergisi*, 1980 Sayı 1, 10-13, s. 10; Hüseyin Murat Develioğlu, Takas, Kavram-Takas Beyanında Bulunma Hakkının Oluşum Şartları ve Kullanılması - Takasın Hukuki Sonuçları, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Uyarlanmıştır. , 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 21.

¹⁸ Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, Otuzuncu Baskı, Ankara, 2013; Önen eserinde takası (ödeşme), mahsubu (sayışma) kavramlarıyla niteleme yoluna gitmiştir. Önen, s. 173.

¹⁹ Andreas Von Tuhr, çeviren Avukat Cevat Edege, *Borçlar Hukuku 1-2*, Ankara, 1983 s. 684; Bilge/Önen, a.g.e., s. 460; M.Kemal Oğuzman, M.Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1 s. 599, On Birinci Bası, İstanbul 2013; Tekinay/

zenlemelerden örnek vermek gerekirse: Türk Medeni Kanunu madde 994/f. 3'e göre: "Zilyedin elde ettiği ürünler, yaptığı giderler sebebiyle doğan alacaklarına mahsup edilir". Aynı şekilde Türk Borçlar Kanunu madde 408'e göre "...Ancak, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir" gibi mahsup ilişkisinin düzenlendiği çeşitli hükümlerin bulunduğu görülmektedir.

Takas ise, Türk Borçlar Kanunu madde 139 ila 145. maddeleri arasında "Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi" bölümünde düzenlenmiştir. Karşılıklı, muaccel ve aynı cinsten iki borcun, borçlularından birinin tek taraflı irade beyanıyla sona erdirilmesi olarak tanımlanmaktadır.²⁰ Takas, birbirinden hem alacaklı hem de borçlu olan tarafların, bu karşılıklı borçları fiilen ödemek yerine, tek taraflı yapabilecekleri beyanla, bu alacakları az olanı tutarında sona erdirmelerini ifade eder.²¹ Takasın, belirtilen şekilde alacakları örtüştükleri miktarda sona erdirmesi tüm hukuk sistemlerinde kabul edilen bir durum olmasına rağmen; takasın ne şekilde gerçekleştiği hususu ülkelerin düzenlemesine göre farklı görünüm arz etmektedir.²² Türk Hukuku'nda takas yenilik doğuran bir hak niteliğindedir, hukuki işlemle kullanılmaktadır ve geriye etkili sonuçlar doğurmaktadır.²³ Bu durumu Türk Borçlar Kanunu madde 143 şu şekilde düzenlenmiştir: "Takas, ancak borçlunun takas iradesini alacaklıya bildirmesiyle gerçekleşir. Bu durumda her iki borç, takas edilebilecekleri anda daha az olan borç tutarınca sona erer." Bu hüküm sebebiyle de borçların sona ermesinin sonuçlarının da takas edilebilecek andan itibaren etkisini göstermiş oldu-

Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yedinci Baskı, İstanbul 1993 s. 1013; Aral, s. 23 vd.; Develioğlu, s. 21 vd.; İpek, s. 21.

²⁰ Fahrettin Aral, Türk Borçlar Hukukunda Takas, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 21.

²¹ Andreas Von Tuhr, çeviren, Avukat Cevat Edege, Ankara, 1983 s. 664; Oğuzman/Öz, s. 584; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1012; Senai Olgaç, Kazai ve İlmî İçtihatlarla Borçlar Kanunu, Olgaç Matbaası, Ankara 1976, s. 574 vd.; Bucher Eugen, çeviren: Vedat Buz "Yargılamada Takas: Maddi Hukuka Dönüş, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan C. 2, İstanbul 2003, 613-650, s. 613; Develioğlu, s. 212; Hamide Özden Özkaya Ferendeci, İflas Hukukunda Takas, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 59.

²² Özkaya FerendeciBeyan ile gerçekleşen takas, kendiliğinden gerçekleşen takas, mahkeme önünde gerçekleşen takas şeklindeki görünüm hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. s. 59 vd.

²³ Vedat Buz, "Takas Beyanının Geriye Etkisi Üzerine", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, İstanbul 2000, 229-253, s. 229.

ğu kabul edilecektir. Örneğin faizlerin işleminin o tarihten itibaren durduğu kabul edilecek, temerrüt açısından değerlendirme de takasın hüküm ifade ettiği ana göre tespit edilecektir.²⁴

Takas ve mahsup kavramları yönünden hukuki nitelik açısından ayrıma gidildiğinde; takasın bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğinde olduğu, mahsubun ise yenilik doğuran bir hakkın kullanılması olmayıp, alacağın kapsamını etkileyen durumlara ilişkin bir itiraz teşkil ettiği söylenmelidir.²⁵ Diğer bir ayırım ise, etki doğurmalarına ilişkin olmaktadır. Takasta geçmişe etkili olarak sona erme hali mevcuttur, bu halde sona erme irade beyanına bağlı gerçekleşmektedir. Mahsupta ise, alacak miktarı mahkemenin vereceği kararın kesinleşmesiyle hukuk alanında etki doğurmaktadır.²⁶ Son bir ayırım bağlantı hususuna ilişkin olmaktadır. Mahsup edilen kazanım ile alacak aynı hukuki ilişkiden doğduklarından veya aynı konuya ilişkin olduklarından aralarında sıkı bir bağlantı işin doğası gereği bulunmaktadır. Takasta ise, mahsuptaki gibi sıkı bir bağlantı olmadığı gibi, böyle bir bağlantıya gerek de yoktur. Karşı alacağın farklı bir hukuki sebepten doğmuş olması takasa engel olmamaktadır.²⁷

²⁴ Oğuzman/Öz, s. 597; Fikret Eren, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 18. Baskı, Ankara 2015, s. 1280; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Genişletilmiş 19. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, 2015, s. 882; Safa Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1.7.2012'de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Yirmi Üçüncü Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s. 421; Ali Naim İnan/Özge Yücel, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ekim 2014, s. 639

"..., karşı dava dilekçesinde davacının talep ettiği prim alacağının, müvekkilinin davalı sigorta şirketinden hasar tazminat bedelinden oluşan alacağı ile davadan önce takas mahsup yolu ile ödendiğini açıkladıktan sonra...bakiye kalan alacak miktarına ve sadece bu miktara davacı yararına temerrüt faizine hüküm kurulması gerekirken..." Y. 2. HD, E. 2011/2478, K. 2011/3377, T. 28.2.2011.

²⁵ Andreas Von Tuhr, çeviren, Avukat Cevat Edege, s. 685; Aral, bkz. s. 24; İtiraz teşkil etmesinin sonucu olarak; mahsup, alacakta indirim yapılmasında menfaati olan herkes tarafından ileri sürülebilecektir. Alacak üzerinde mahsup yapılmasını gerektiren hallerin varlığı, şartların oluşup oluşmadığı hâkim tarafından resen dikkate alınacaktır. Ayrıca takastaki karşılıklılık şartı da aranmayacaktır. Develioğlu ise "mahsubun, ne itiraz ne de defi teşkil eden, kendine özgü bir savunma sebebi olarak kabul görmesi" gerektiğini söyler. Ayrıntılar için bkz. Develioğlu, s. 27 vd.

²⁶ Şemsettin Çuhacı, "Takas ve Mahsup Kavramları Üzerine Bir İnceleme", Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, 159-172, s. 167; Develioğlu, s. 26.

²⁷ Kuru, s. 3907; Çuhacı, s. 167. Mahsup edilen kazanım ile alacak arasında sıkı bir bağlantının bulunması durumu, doktrinde 'kanun koyucu hükümde takas ta-

Takas ve mahsup ayırımına dikkat çekmek adına Eski Borçlar Kanunu madde 333/f.1'e de değinmek faydalı olabilir. "5.Mahsup" şeklinde kenar başlığı olan mülga hüküm "İşçi ücretinin tediyesi, işçinin ve ailesinin nafakası için zaruri bulunduğu takdirde; işçinin muvafakati olmaksızın iş sahibi ücreti kendi alacağı ile mahsup edemez." şeklindeydi. Buradaki "mahsup edemez" ibaresinin talihisiz bir tercih olduğu tespiti yapılmalıdır. Çünkü işçi ücretiyle iş sahibinin alacağının karşı karşıya geldiği bu durumda iki alacağın mevcudiyeti sebebiyle "takas" gündeme gelmektedir ki zaten bu hüküm, alacaklının rızasıyla takas edilebilecek alacakların özel bir düzenlemesini teşkil etmektedir. Kanun koyucu bu yanlış Türk Borçlar Kanunu'nda, madde 407/ f. 2'de şu şekilde düzeltmiştir: "İşveren, işçiden olan alacağı ile ücret borcunu işçinin rızası olmadıkça takas edemez." Eski Borçlar Kanunu'nun 333. madde hükmü ve Yargıtay'ın vermiş olduğu çeşitli kararlar Türk Hukuk uygulamasında bu kavramlar açısından ne denli kafa karışıklığı olduğunu göstermesi açısından önemlidir.

1) Takas veya mahsup için karşı dava açılmasının zorunlu olmaması

Takas veya mahsup için karşı dava açılmasının zorunlu olmadığına, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu zamanındaki bir durumdan yola çıkmak suretiyle ulaşmak mümkündür.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 204 şöyle bir ibareyi mündemiçti:

" Aşağıda gösterilen iddialar davayı müteakabile addolunur:

1 - Takas ve mahsup talebi,

2 - Müddeiye karşı müddeaaaleyhin ikame eylediği bilumum davalar."

Bu maddeyi lafzen yorumlayan bazı yerel mahkemeler davada davalıların takas savunması ileri sürdüğü ya da mahsup talebinde bulunduğu durumlarda, açılmış bir karşı davaları bulunmadığı gerekçeyle bu taleplerini reddetmekteydi.

lebinin akabinde mahsuba yer vermemiş olsaydı bile, asıl alacağı aşan mahsup talebinin bağlantı koşuluna dayanılarak karşı dava şeklinde açılacağı' haklı değerlendirmesini sonuçlamıştır. Bu değerlendirme için bkz. Ermenek, s. 175.

Ancak, doktrinde²⁸ ve Yargıtay'ın müstakar içtihatlarında²⁹ haklı olarak belirtildiği gibi, takas veya mahsup talepleri için ayrı bir dava açılmasına gerek yoktur. Anılan hüküm, davalıya karşı dava açabilmesi yönünde bir imkân tanımak için konulmuştu. Davalı karşı dava açmadan, savunma yoluyla takas veya mahsup taleplerinde bulunma haklarından da yararlanabilmekteydi. Nitekim bu lafzi olarak yanlış yorumlara sebep olan hüküm Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na alınmamıştır. Yeri gelmişken burada şöyle bir tespitte bulunmayı faydalı görüyoruz: Kanunlar düzenlenirken tereddüde mahal bırakmayan bir tarzda ifade tercihi yapılmalıdır. Çünkü takas ve mahsup talebi

²⁸ Kuru, s. 3895; İyilikli, s. 152 vd.; İpek, s. 21; Develioğlu, s. 233 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 526; Yavuz Alangoya/M. Kamil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, Tıpkı Sekizinci Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s. 255; Aral, s. 21; Kını, s. 8; Serhat Tolga Sezer, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Takas, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk (Medeni Usul-İcra İflas) Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s. 36.

²⁹ "...Takas def'i sonuç doğurabilmesi için ayrı bir dava açılmasına veya karşı dava ile ileri sürülmesine gerek olmayıp, takas bildirimini karşı tarafa ulaşmasıyla hukuki sonuç doğuracağı kabul edilmelidir." Y. 15. HD, E. 2011/7034, K. 2012/5961, T. 2.10.2012 ; "...Takas karşılık dava olarak ileri sürülebileceği gibi def'i olarak da ileri sürülebilir ve def'i olarak ileri sürüldüğü hallerde diğer savunmaların tabi bulunduğu yasa hükümlerine tabi olur. Usulün, mahkeme kararında anılan ve karşılık davayı ilgilendiren hükmü, karşılık davanın kabul şartlarından birisini bildirmek üzere yasaya konulmuş bir hüküm olup, takas iddiasının davalı tarafca ancak karşılık dava şeklinde ileri sürülebileceğini bildirmek üzere yasaya konulmuş değildir..." Y. 4. HD., E. 1975/9242, K. 1976/8717, T.14.10.1976, aynı doğrultuda bkz. Y. 4.HD, E.1980/13429, K.1981/354, T.22.1.1981; "HUMK'nun 204. maddesi uyarınca takas ve mahsup talebi davayı müteakibedir. Anılan yasa hükmünce ayrıca harcı verilerek karşı bir dava açılmasına gerek bulunmamaktadır. O nedenle davalının sözü edilen dilekçede ileri sürdüğü takas ve mahsuba dayanan maddi olgular çerçevesinde, davalının savunması değerlendirilmeli, bu yönde delil ve karşı deliller de toplanarak sonucuna göre karar verilmelidir..." Y. 13.HD, E.1995/5072, K.1995/5304, T.30.5.1995; "Takas ve mahsup istemi karşılık dava konusu yapılabileceği gibi davalı bu hakkını def'i yolu ile açılan davada da bildirebilir." Y.15.HD. E.2003/6418, K.2004/2636, T.11.5.2004; "...Usulüne uygun harçlandırılmaması nedeniyle karşı dava niteliğinde olmayan davalının ihbar tazminatı ve beş günlük fazla ödenen ücrete ilişkin taleplerinin, takas ve mahsup itirazı olarak kabul edilip değerlendirilmesi gerekirken her hangi bir inceleme yapılmadan karşı dava olarak reddedilmesi hatalıdır." Y. 9. HD., E.2006/9424, K. 2006/30904, T. 23.11.2006; "Davalı vekilince davalıya ait aracın davacıya zorunlu mali sorumluluk (trafik) sigorta poliçesiyle sigortalı olmasından dolayı B.K.nun 118/1 maddesi hükmüne uygun olarak poliçede yazılı (250.000.000) T1.limitin davaya konu alaktan mahsubu istenilmiş olmasına karşın mahsup isteminin yöntemince harçlandırılmadığı ve karşılık dava açılmadığı yolundaki isabetsiz gerekçeyle reddi doğru görülmemiştir." Y. 11. HD., E. 2003/ 8135, K. 2003/10089, T. 30.10.2003.

davayı müteakiledendir denildiği vakit yanlış anlaşılmalara meydan verir tarzda bir hüküm tesis edilmiş olunmaktadır. Aynı şeyi hükmün devamında gelen “bilumum davalar” için de söyleyebiliriz. Çünkü bilindiği üzere davalının açtığı bütün davaları karşı dava olarak nitelendiremiyoruz. Dolayısıyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 204’ün kötü tercih edilmiş kelime gruplarından terkip edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

2) Takasın davada görünüm biçimleri

i. Mahkeme dışında yapılmış bir takasın sonradan açılan bir davada ileri sürülmesi

Mahkeme dışında yapılmış bir takasın varlığı için, davalının kendisine yönelik bir dava açılmadan önce takas beyanında bulunarak borcunu sona erdirmesi gerekmektedir. Ancak, davacı takasın varlığına rağmen dava açtığı için de davalı, kendisine karşı açılan bu davayı reddettirmek amacıyla; talep edilen alacağın mahkeme dışında yapılmış bir takas beyanıyla sona erdiğini ileri sürmektedir.³⁰ Takasın bu şekilde mahkemede ileri sürülmesi, maddi hukuk anlamında itiraz teşkil etmektedir. Çünkü takas, borcu sona erdiren durumlar arasında düzenlenmektedir. Borcun sona erdiğinin mahkemede ileri sürülmesi ise itiraz niteliğindedir. Burada usul hukukunda defi ve itiraz kavramlarının maddi hukuktakinden farklı tanımlandığını belirtmeliyiz. Usul hukukunda defi kavramı maddi hukuktaki itirazları da kapsar tarzda üst bir kavram olarak kabul görür. Takas beyanı usul hukuku anlamında bir defi olarak nitelendirilmektedir.³¹ Böyle bir beyanın geçerli olduğunu davacı kabul etmezse, mahkeme teknik anlamda itiraz

³⁰ Aral, s. 204; Gökçen Topuz/Seçkin Topuz, “Takasın Davada İleri Sürülmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008 Cilt 57, Sayı 3, 719-731, s. 721; Develioğlu, s. 222; Muşul, s. 272.

³¹ Saim Üstündağ “Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Takas ve Davada Kullanılmasının Arz Ettiği Özellikler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1959, Cilt XXV, 214-224, s. 214; Aral, s. 204; Topuz/Topuz, s. 721 vd. Aslında takas beyanı, maddi hukuk anlamında itiraz niteliğini taşımaktadır. Ancak, maddi hukuk anlamında itiraz niteliğinde olsalar dahi dosyanın incelenmesiyle anlaşılabilen itiraz sebepleri, ileri sürülme bakımından usul hukuku açısından defiler hakkındaki hükümlere tabidir. Bu sebeple de usul hukuku anlamındaki defi kavramına hem maddi hukuk anlamındaki defiler hem de hâkimin dosyayı incelemesine rağmen anlaşılacak olan itiraz sebepleri girmektedir. Bu ayrım için bkz. Bilge Öztan, *Medenî Hukuk’un Temel Kavramları*, 37. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2012, s. 206.

teşkil eden takasın hukuken geçerli olup olmadığını Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre inceler ve sonuca bağlar.³²

Takas davalı açısından savunma vasıtalarından biri olduğu için, davalının bu beyanına yazılı yargılama usulünde en geç ikinci cevap dilekçesinde; basit yargılama usulünde ise cevap dilekçesinde yer vermesi gerekmektedir.³³ Davalı takas savunması ileri sürmediği halde, hâkim kendisine sunulan dava malzemelerinden bu durumu tespit ediyorsa, takası resen nazara alabileceği kabul edilmektedir. Çünkü bu durum teknik anlamda bir itiraz teşkil etmektedir. Ancak, dosyadan anlaşılamayan bir takas itirazının varlığının sonradan ileri sürülmesi savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı kapsamına dâhil olacaktır.³⁴ Doktrinde takasın dava malzemesi olarak dosyaya girdiği durumda, davalı bu hususu savunma vasıtası olarak ileri sürmediyse hâkimin bu durumu resen nazara alıp karar veremeyeceğini söyleyen bir görüş³⁵ bulunmaktadır. Ancak kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Çünkü zaten davadan önce takas beyanı borçları karşılıklı olarak sona erdirmiştir. Bu sebeple de takas teknik anlamda "itiraz" olarak nitelendirilmektedir. Usul hukuku anlamında defi olarak nitelemesinin yapılması, ileri sürülmesi gereğine olan ihtiyaçtan değil, maddi hukuk ile usul hukuk anlamındaki definin farklı anlamları içermesinden kaynaklanmaktadır.³⁶

ii. Dava Esnasında Takas Beyan Edilmesi

Davalının aleyhine açılmış bir dava esnasında yaptığı takas beyanının hukuki niteliği konusunda doktrinde uzun soluklu tartışmalar yapılmıştır. Bu tartışmaların sonucunda medeni hukuk teorisi ve usul hukuku teorisi olmak üzere temelde iki görüş ortaya çıkmıştır.³⁷ Kar-

³² Aral, s. 206

³³ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun açık düzenlemesi karşısında Muşul'un eserinde geçen "esasa cevap süresi içinde vereceği cevap layihasında def'i olarak ileri sürmek suretiyle..." ibaresinin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu dönemi açısından geçerli olduğu kanaatindeyiz. bkz. Muşul, s. 272.

³⁴ Arals. 210; Develioğlu, s. 222. vd..

³⁵ Ejder Yılmaz, Davada Takas ve Mahsup Talebi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, Legal Kitabevi, Sayı 16, 2010, 247-284, s. 277.

³⁶ Benzer yönde değerlendirme için bkz. Develioğlu, s. 224, dn. 947.

³⁷ Konu kapsamını gereğinden fazla genişletmemek amacıyla bu görüşleri temellendiren ilkelere ve sonuçlarına ayrıntılı olarak yer vermemekteyiz. Bu görüşler için bkz. Üstündağ, (Takas), s. 214 vd. ; Üstündağ, (Yargılama)s. 500 vd.; Aral, s. 211 vd. ; Develioğlu, s. 238 vd.; Topuz/Topuz, s. 723. vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren-

ma görüş olarak nitelendirilen üçüncü bir görüş ise, takasın davada ileri sürülmesinin, hem maddi hukuka hem de usul hukukuna ilişkin özellikleri olan çifte etkili bir işlem olduğunu belirtmiştir.³⁸ Bu sebeple de takas beyanını usuli açıdan bir savunma, yani itiraz; medeni hukuk açısından ise borcu sona erdirici bir beyan şeklinde değerlendirmiştir.³⁹ Bu teorinin önemi gerektirdiği sonuçtan kaynaklanmaktadır. Şöyle ki: Dava esnasında takasın ileri sürülmesi halinde, dava geri alınma ya da kabule şayan olmama gibi bir sebeple reddedilmiş olsa dahi takas maddi hukuk açısından sonuçlarını doğurmaya devam eder. Çünkü takas beyanı yenilik doğuran haklar kategorisinde yer aldığından, geri alınması gibi bir durumdan kural olarak söz edilemez.⁴⁰

Dava esnasında davalının takas hakkını kullanması bağlamında, alacağın çekişmeli olup olmamasından kaynaklı şu değerlendirmeye yer vermeyi faydalı görüyoruz. Bilindiği üzere hâkim tarafların hukuki nitelendirmesiyle bağlı değildir. Davacının, davalının takas hakkını dayandırdığı alacağa itiraz ettiğini varsayalım. Bu halde hâkim takasın savunma vasıtası olarak ileri sürülmesiyle ya da cevap dilekçesiyle karşı dava olarak açılmasıyla kayıtlı kalmadan, takası karşı dava bağlamında nitelendirecek ve bu şekilde değerlendirme yapacaktır.⁴¹ Davacının davalının takas ileri sürdüğü alacağa itiraz etmediği ve dolayısıyla alacağın çekişmesiz hale geldiği durumlarda ise davalının takas hakkı savunma vasıtası olarak değerlendirilecektir.⁴²

iii. Takas İçin Karşı Dava Açılması

Davalının takas etmek istediği karşı alacağın miktarı, asıl davada davacının iddia ettiği alacaktan fazla ise ve davalı bu fazlayı da

Yıldırım, s.255.

³⁸ Topuz/Topuz, s. 724.

³⁹ Develioğlu, s. 240; Kanaatimizce de takas açısından tercih edilmesi gereken görüş medeni hukuk teorisinin geliştirilmiş bir hali olarak yorumlanabilecek karma görüştür.

⁴⁰ Develioğlu s. 240.

⁴¹ Ermenek, s. 178 vd. Ermenek bu değerlendirme sayesinde, davalının takas hakkını mutlaka savunma vasıtası olarak ileri sürmesi gerektiği, karşı dava açması halinde ise hukuki yarar yokluğundan reddedilmesi gerektiğini savunan yaklaşıma farklı bir açıdan bakmaktadır. Mahsup açısından kabul edilebilir bu yaklaşımın, takas açısından bir ayrıma gidilmek suretiyle değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Ermenek, s. 177-179.

⁴² Ermenek, s. 178.

hüküm altına aldirmek istiyorsa karşı dava açma imkânından yararlanmalıdır.⁴³ Takas veya mahsup⁴⁴ halinde kanun doğrudan bağlantı olduğunu kabul ettiği için de mahkemenin ayrıca bağlantının varlığını araştırması gerekmecektir.⁴⁵ Mahkeme yapacağı inceleme sonucunda her iki alacağın da varlığına kanaat getirebilir. Bu takdirde eğer davalı-karşı davacının alacağı davacı-karşı davalının alacağından fazla ise mahkeme asıl davayı takas nedeniyle reddeder ve davalı-karşı davacının fazla alacağının da davacı-karşı davalıdan alınmasına karar verir. Davacı-karşı davalının alacağının fazla olması durumunda ise, karşı dava hukuki yarar bulunmadığı için usulden reddedilir, takas da bu suretle gerçekleştirilir.⁴⁶

iv. Karşı Davanın Terditli Olarak Açılması veya Takasın Davada Terditli Olarak İleri Sürülmesi

Davacının açmış olduğu davada, davalının kendisinden talep edilen alacağı kabul etmediği, ancak mahkemece bu alacağın varlığına karar verilmesi ihtimali açısından, davalıya terdit ilişkisi kurarak takas beyanında bulunma imkânı tanınmıştır.⁴⁷ Bu halde, yenilik doğuran beyanın şarta bağlanıp bağlanmadığı sorunsalı akla gelse de, burada gelecekte belirsiz bir olayın gerçekleşmesine bağlanan bir şart olmadığı aşikârdır. Asıl alacağın varlığı takasın kanuni bir şartı oldu-

⁴³ Kuru, s. 3903; Soner, s. 49; Bilge/Önen, s. 460; Önen, s. 173; İpek, s. 21; Aral, s. 219; Develioğlu, s. 230; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 526, Emel Hanağası, Davada Menfaat, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 277. "...Takas için karşı dava açılması zorunlu olmayıp, sadece takas savunmasında bulunulmakla yetinilebilir. Bu takdirde dava harcı yatırılması gerekmez. Ancak, karşı alacağın miktarı asıl davada istenen alaktan fazla ise ve davalı bu fazlayı da hüküm altına aldirmek istiyorsa, o zaman fazla alacağın tahsili için harç yatırması gerekir." Y. 4. HD., E. 1997/5050, K. 1997/9059, T. 2.10.1997.

⁴⁴ Takasın davada görünüm biçimleri başlığı çerçevesinde karşı dava açılması alt başlığı incelendiğinden, başlık tercihi bu yönde devam ettirilmiştir. Ancak açıklamalarımızın mahsup açısından da geçerli olduğunu vurgulamakta yarar görüyoruz.

Davalının asıl alacağın miktarını aşan bir mahsup talebi bulunduğu karşı dava açması gerekmektedir ki, ancak bu şekilde yargılama sonunda aşkın talebin hüküm altına alınması mümkün olabilsin. Bkz. Ermenek, s. 175.

⁴⁵ Bilge/Önen, s. 459; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 544 vd.; Karahacıoğlu/Parlar, s. 541.

⁴⁶ Kuru, s. 3905; Üstündağ (Yargılama), s. 504; Develioğlu, s. 232.

⁴⁷ Kuru, s. 3906; İpek, s. 24; Develioğlu, s. 244; Aral, s. 219; Eugen Bucher/Çeviren: Vedat Buz, s. 620; Topuz/Topuz, s. 726.

ğu için, burada olsa olsa gerçek olmayan hukuki bir şartın varlığından bahsedilecektir.⁴⁸ Davalı terditli takas beyanını, davada savunma vasıtasıyla⁴⁹ ileri sürebileceği gibi; karşı dava açmak suretiyle de ileri sürebilir.⁵⁰ Davalının takası terditli olarak ileri sürdüğünün kabulü için mutlaka “terditli takas ileri sürüyorum” ya da bu anlama gelecek ifadeler kullanması gerekmemektedir. Bilindiği üzere hukuki nitelendirme hâkim yapmaktadır.⁵¹

Terditli takasın savunma şeklinde ileri sürüldüğü durumda mahkeme davacının netice-i talebinin bulunmadığına karar verirse takas gündeme gelmeyecektir.⁵² Davacının alacağıın çekışmeli, davalının alacağıın ise çekışmesiz olduğu durumlar açısından terditli takas beyanının yargılamada nasıl bir incelemeye tabi tutulacağı konusunda ise değişik görüşler ileri sürülmüştür.⁵³ Davanın reddi teorisi, bu durumda hâkimin asıl alacağa ilişkin bir inceleme yapmaksızın davayı reddetmesi gerektiğini belirtmektedir. Delil ikamesi teorisi ise, hâkimin önce asıl alacağın varlığını incelemesi gerektiğini; eğer alacak mevcutsa davayı takastan ötürü reddetmesi gerektiğini -ki bu takdirde takas da kesin hüküm kapsamına girecektir- savunmaktadır. Ancak alacak mevcut değilse davayı bu sebepten ötürü reddetmesi gerektiğini söylemektedir.⁵⁴

⁴⁸ Aral, s. 220; Topuz/Topuz, s. 725 vd.

⁴⁹ Mahkeme dışında yapılmış takas beyanı ve dava esnasında ilk kez yapılan savunma beyanı bu kapsama girmektedir.

⁵⁰ Terditli takas beyanının nasıl yapıldığına dair şu şekilde örnek göstermek mümkündür: “Davacının alacağı mevcut bulunmadığından asıl davanın reddine ve fakat karşı davada ileri sürdüğüm alacağımın hüküm altına alınmasına; davacının alacağının mevcut bulunduğu sonucuna varılması halinde ise, alacağının davacının alacağı kadar olan kısmının takas talebinde bulunduğumdan, bunların takasına ve asıl davacının fazla alacağını ödemesine hüküm verilmesine...” Develioğlu, s. 244 dn. 1029.

⁵¹ Topuz/Topuz, s. 726; Feriha Kuru, Takas İşlemi, Takasın Davaya ve İflasa Etkisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2012, s. 47.

⁵² Aral, s. 220.

⁵³ Aral, s. 221 vd. ; Topuz/Topuz, s. 727 vd.

⁵⁴ Aral, s. 221 vd.. ; Topuz/ Topuz, Delil ikamesi teorisine üstünlük tanınması gerektiğini şu gerekçelerle açıklamaktadırlar: Terditli takas, takasın yalın olarak ileri sürülmesinden farklıdır. Bu takdirde davalının dava konusu alacağı kabul ettiği anlamına gelecek bir iradesi yoktur. Bilakis kabulden kaçınmak için terdit ilişkisine başvurmaktadır. Bu sebeple mahkemenin dava konusu asıl alacak hakkında inceleme yapması gerekmektedir. Topuz/Topuz, s. 727 vd. Usul ekonomisi ve tarafların menfaati açısından tercih edilmesi gereken teorinin delil ikamesi teorisi

Takasın karşı davada terditli olarak ileri sürülmesinde; ilk durum mahkemenin asıl davacının alacağıının var olduğu sonucuna varmasına ilişkin olacaktır. Bu takdirde, karşı davayı da inceleyip sonuca bağlayacaktır.⁵⁵ Mahkemenin asıl davacının alacağıının var olmadığı sonucuna vardığı ikinci durumda dahi, davalının karşı alacak talebini incelemesi gerektiği ve asıl davacıdan alacaklı olduğunu tespit ettiği takdirde karşı davacı lehine hüküm tesis etmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu halde, asıl davacının da karşı davacıya takas talebiyle bir karşı dava açabilmesinin mümkün olması gerektiği söylenmektedir.⁵⁶ Kanaatimizce, mahkemenin asıl davacının alacağıının mevcut olmadığı durum açısından karşı davayı bağımsız olarak inceleyip hüküm tesis etme gereği isabetli olsa da; karşı davaya yönelik olarak karşı dava açılması görüşü davaları tevali ettirme tehlikesi taşıdığı için mümkün olmamalıdır. Gerçi doktrinde savunulan bu görüş Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu zamanında ileri sürülmüştü, o zaman karşı davaya yönelik olarak karşı dava açılmayacağı yönünde kanuni bir yasak bulunmamaktaydı. Ancak yine o dönemde açılmaması gerektiği yönünde görüşlerin de savunulduğu bilinmektedir.

Bu başlık altında son olarak her ne kadar takas bahsi dışında kalsa da, terdit konusuyla münasebetinden ötürü bir hususa değinilecektir. Bu hal terditli karşı dava kapsamına bağlantı koşulunu sağlaması sebebiyle dâhildir. Sözgelimi, davacının açmış olduğu el atmanın önlenmesi davasına karşı, davalının ilk talebinde iyiniyetli olması hasebiyle mülkiyetin kendisine geçirilmesini istemesi, bu talebin kabul edilmesini durumuna yönelik olarak da ikinci talebinde tazminat ödenmesini istemesidir. Bu örnekte olduğu gibi davalı açmış olduğu karşı davasında terdit ilişkisi kurmakta ve ilk talebinde Türk Medeni Kanunu madde 724'e dayanmakta; ikincil olarak da Türk Medeni Kanunu madde 723 uyarınca uygun bir tazminat isteme hakkını kullanmaktadır.⁵⁷

b. Asıl Dava ile Karşı Dava Arasında Bağlantı Bulunması

Davalının açtığı davanın teknik anlamda karşı dava niteliğini haiz olabilmesi için esasa yönelik şartlardan ikincisini, karşı davada ileri

olması gerekliliğine dair ayrıca bkz. Kuru, F, s. 48 vd.

⁵⁵ Kuru, s. 3906; Aral, s. 221; Develioğlu, s. 245.

⁵⁶ Kuru, s. 3906.

⁵⁷ Benzer yönde bkz. İpek, s. 24.

sürülecek olan talep ile asıl davada ileri sürülen talep arasında bağlantının mevcut olması oluşturur (HMK m.132, 1/b). Kanunda belirtilen *bağlantının mevcut olması* ibaresinden ne anlaşılması gerektiği, içeriği ve sınırlarıyla tespiti önem arz eden bir husustur. Buradaki ibareyle kastedilenin, davaların birleştirilmesinde kanunun bağlantıya yüklediği anlamla aynı olduğu, bir başka deyişle var sayılır şeklinde tanımladığı kapsamla özdeş olduğu belirtilmiştir.⁵⁸ Bağlantı açısından bu kapsam Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 166 fıkra 4'te "*Davaların aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğması ya da biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunması durumunda, bağlantı var sayılır.*" şeklinde belirtilmiştir.

Davalar yönünden bağlantı teriminin geniş olarak yorumlanması gerektiği belirtilmiştir.⁵⁹ El atmanın önlenmesi davasına karşı, mülkiyetin geçirilmesi talebini içeren dava; taşınır mal hakkında açılmış istihkak davasına karşı, o taşınıra dair rehin hakkının tanınması davası; eşlerden birinin açtığı boşanma davasına karşı diğer eşin açtığı boşanma davası; kira bedeli tespiti davasına karşı açılan kira bedelinin indirilmesi davası; kısmi davaya karşı açılan menfi tespit davası şeklinde çeşitli durumlar bağlantının mevcut olduğu hallere örnek gösterilmektedir.⁶⁰ Sözleşmeler hukuku bünyesinde uygulamada sıklıkla karşılaşılan kira ilişkilerinde; kiraya verenin açmış olduğu ihtiyaç sebebiyle tahliye davasına yönelik olarak kiracının kiralananı yapmış olduğu onarım sebebiyle karşı dava açabilmesinin de mümkün kılınması gerekmektedir.⁶¹

⁵⁸ Postacıoğlu/Altay, s. 456; Ermenek, s. 173. Ermenek, karşı dava bakımından, davalar arasında bağlantının mevcut olması ibaresinin, aksine bir değerlendirmeyi haklı kılacak bir özellik de arz etmediğini belirtmekte; ayrıca kanunda düzenlenen kavramların aynı içerik ve anlamda değerlendirilmesinin hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkelerine de hizmet ettiği görüşünü bildirmektedir. Bkz. Ermenek, s. 173.

⁵⁹ Kuru, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 43'teki (HMK m. 57) hallerden biri sebebiyle bağlantı varsa da karşı dava açılabileceğini söylemiştir. Kuru, s. 3911; Üstündağ, bağlantı kavramının farklı bir şekilde ifade edilmiş tarzı olarak dava konusu olan şeyin aynı olması halinde de talepler arasında bağlantı olduğunu belirtmiştir. Satış sözleşmesinden ötürü dava açan satıcıya karşı alıcının ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme ya da bedelde indirim talebi ettiği hali de tanımladığı şekliyle bağlantıya örnek göstermiştir. Üstündağ, Yargılama, s. 504.

⁶⁰ Kuru, s. 3911 vd; Önen, s. 174; İyilikli, s. 158; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 527; Karahacıoğlu/Parlar, s. 541.

⁶¹ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 528; bkz. Yargıtay Kararı bu yönde nakl. Kuru, s. 3914 dn., 78; karşı Yargıtay Kararı Umar, s. 394; Bilge/Önen de kiralananın tahliyesi da-

2. Karşı Davada Hukuki Yarar Problemi

Davalının hüküm altına aldırarak istediği karşı alacağın, davacının istediği alacağı eşit ya da bu alacaktan daha az olduğu durumlarda; davalının karşı dava açmakta hukuki yararı bulunmadığı doktrinde hâkim görüş olarak savunulmaktadır. Bu durumlar açısından davalının takas savunmasında bulunmasının yeterli olacağı belirtilmektedir.⁶² Bu görüş sahipleri dava açılması halinde ayrıca harç ödeme zorunluluğunun gündeme geleceğini, sadece takas savunmasında bulunulursa davalının harç da ödemeceğini belirterek dava açmanın davalının zararına olan bir durum olduğunu savunmaktadır.⁶³ Doktrinde azınlıkta kalan ikinci bir görüş ise hukuki yarar bulunmaması sebebiyle bu davanın açılmayacağını söyleyen yanlıştır. Bu görüş, asıl davada talep edilen alacağın mevcut olmadığına karar verilmesi durumunda, karşı davacı lehine bir eda hükmü verilmesinin mümkün kılınması gerektiğini belirtmektedir.⁶⁴ Ancak

vasına karşı davalının karz sebebiyle alacaklı olduğu iddia ederek dava açamaya-
cağını, çünkü bu talepler arasında bağlantı olmadığını ifade ettikten sonra tahliye
davası ile kiralanana yapılan masrafların ödenmesi hususundaki talep arasında
bağlantı olduğunu belirtmektedir. Bilge/Önen, s. 461.

⁶² Kuru, s. 3903; Bilge/Önen, s. 460; Önen, s. 174; Pekcantez/Özekes/Atalay, s. 545; Hanağası, s. 277 vd.; Sungurtekin Özkan, s. 228; Karahacıoğlu/Parlar, s. 541; Muşul, s. 272; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 526; Kini, s. 10; Kuru, F, s.41; Ulukapı, s. 255 dn. 58.

Mahsup açısından da aynı durumun geçerli olduğunu, mahsup edilmesi istenen
değerin asıl alacağın değerini azaltıcı nitelikte olması durumunda, karşı dava aç-
makta hukuki yararın bulunmadığı belirtilmelidir. Bkz. Ermenek, s. 175.

⁶³ Kuru, s. 3903 Kuru eserinde bu durumu, takas için karşı dava açılmaması alt başlığı olarak incelemiştir.

⁶⁴ Alongaya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 256. Bu görüşün değerlendirmesine takasın hukuki nitelendirilmesi sonrasında yer vermeyi uygun görüyoruz.

Şöyle ki: Davalı, asıl vakiadan bağımsız bir hukuki ilişkiye dayanarak takas beyanında bulunmakta; böylece bir yandan kendisinin de alacaklı olduğu iddiasını eklemekte, öte yandan ise karşı tarafın alacağını ikrar etmiş olmaktadır. Takas açısından bu durum nitelendirmenin ikrar olmasını, ikrar beyanına konu olan vakıa ile ikrara eklenen vakıa arasında bağlantı olmaması da, bağlantısız bileşik ikrar olarak nitelendirilmesini sonuçlamaktadır. Bu nitelendirmeler ve ayrıntılı incelemeler için bkz. Bilge Umar, Muhtevası ve Hukuki Mahiyeti Bakımından İkrar Kavramı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'ya Armağan, Cilt: 30, Sayı:1-2, 1964, 244-263, s. 255 ve 261; Süha Tanrıver, Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Sorunu, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1993/2, 212-243, s. 226; Kiraz, s. 145 ve 149.

Hal böyle olunca, azınlıkta kalan görüşün, asıl alacağın olmaması ihtimaline ilişkin argümanının da temelsiz kaldığını görmekteyiz. Çünkü zaten davalı takas beyanıyla ikrarda bulunmakta ve bu sebeple de mahkemenin asıl alacağın varlığına

belirtmeliyiz ki, asıl davada talep edilen alacak mevcut değilse, takas da söz konusu olmadığından burada karşı davadan söz edilememiş olur. Bu takdirde karşı dava nitelmesini mümkün kılacak yegâne şart, kanunun belirttiği esasa ilişkin ikinci durum olan davalar arasında bağlantı bulunması şartıdır. Davalar arasında hukuki veya ekonomik bağlantının varlığından söz edilebiliyorsa, davalının açtığı dava karşı davadır. Bu nitelikten yoksun olması durumunda bağlantıya ilişkin hukuki yararın da gerçekleşmemiş olduğu söylenecek ve dava karşı dava nitelemesinden mahrum kalacaktır.

Bu anlamda, davalar arasında hukuki veya ekonomik bağlantı olması ön koşuluyla şu husus da vurgulanmalıdır ki; asıl davadaki alacağın mevcut olmadığı durumlar açısından davalının karşı dava açmamış olmasının olumsuzluklarının, bağımsız olarak dava açmak suretiyle izale edileceği görüşü pek doğru görünmemektedir. Bu düşünce tarzının usul ekonomisi ve kişilerin en kısa sürede haklarına erişmesi prensipleriyle de bağdaşık olmadığı aşikârdır.

IV. KARŞI DAVANIN AÇILMASI, İNCELENMESİ VE BAZI PRENSİPLER

A. Harca Tabi Olması

Harçlar Kanunu madde 6'ya göre, karşı dava, müstakil davalar gibi harca tabidir. Davalı, esasa cevap süresi içerisinde dava açmak için başvurduğunda harcını yatırmak zorundadır. Harcın yatırılmaması durumu, uygulamada ciddi sorunları beraberinde getirmiştir. Harçlar Kanunu madde 32'de harcın yatırılmaması halinde müteakip işlemlerin yapılamayacağı belirtilmektedir. Yargıtay Kararlarının büyük çoğunluğunda, harcın esasa cevap süresi içerisinde yatırılmamış olmasının, davanın karşı dava olarak nitelenememesine yol açtığı, dilekçenin sonradan harçlandırılmış olmasının da bu nitelermeyi de

hükmetmemesi gibi bir ihtimal kalmamaktadır. Dolayısıyla davalının karşı dava açmasında da hukuki yararı bulunmamaktadır.

Burada yeri gelmişken, ikrarın bağlayıcı olduğunu ve kural olarak geri alınmasının da mümkün olmadığını belirtelim. İkrarın bağlayıcılığı ve geri alınması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kiraz, s. 249-293; Erdal Tercan, "Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Geri Alınması", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt XIX, Sayı 3, Haziran 1998, 113-133, özellikle 119 vd.

tirmeyeceği vurgulanmıştır.⁶⁵ Bazı Yargıtay Kararlarında ise sonradan verilecek süre içerisinde harcın yatırılması halinde karşı davanın incelenebilir niteliğe kavuşacağından söz edilmiştir.⁶⁶ Harcın yatırılma-

⁶⁵ "...Bir dilekçenin sonradan harçlandırılmış olması o dilekçeye karşı dava niteliği vermez. Davalı kadının usulünce açılmış boşanmaya, ziyet ve eşya alacağına dair bir dava veya karşı davası bulunmamaktadır. Durum böyleyken, mahkemece usulünce açılmış bir dava olmadığından karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken..." Y. 2. HD., E. 2012/2925, K.2012/4020/T. 27.2.2012; "... Davalı kadın tarafından başvurma harcı verilerek usulüne uygun açılmış bağımsız yahut karşı davası bulunmamaktadır. Sonradan nispi harç yatırılmış olması bu dilekçeyi karşılık dava haline getirmez. Bu istekler hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verileceği yerde kesin hüküm yaratacak şekilde ret hükmü verilmesi doğru olmamıştır." Y. 2. HD., E. 2009/3130, K. 2010/5104, T. 17.3.2010; "...Davalının cevap dilekçesinde, davacıya ait aracın edinilmesine sağlanan katkıya yönelik bir karşılık davası bulunmamaktadır. Sonradan nisbi harç yatırılmış olması, bu talebi karşılık dava haline getirmez. Bu yön gözetilmeden, karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken kesin hüküm oluşturacak şekilde ret hükmü kurulması doğru görülmemiştir." Y. 2. HD., E. 2006/2682, K. 2006/8056, T. 23.5.2006; "...Davalı kocanın bu taleplerine yönelik usulüne uygun olarak açılmış karşılık davası bulunmamaktadır. Yargılama sırasında mahkemece verilen ara kararı üzerine bu taleplerle ilgili nispi harcın yatırılmış olması bu dilekçeyi karşılık dava haline getirmez..." Y. 2. HD., E. 2010/8071, K. 2011/8955, T. 23.5.2011; "Karşılık davalar müstakil davalar gibi harca tabidir. Harca tabi davalarda, harcı ödenmemiş dava açılmış sayılamaz." Y. 2. HD., E. 2010, 10385, K. 2011/11687, T. 7.7.2011, Aynı yönde, Y. 2. HD., E.2009/20209, K. 2010/21820, T. 23.12.2010; Y. 2. HD., E. 2006/17172, K. 2007/5481, T. 3.4.2007; "...Davalı, davacı kadın boşanma davasına vermiş olduğu cevap dilekçesinde, ziyet eşyaları ve aile konutunun 1/2'sinin tapusunun iptali ile kendi adına tescilini talep etmiştir. Kadın bu konularda karşı dava açmadığı gibi herhangi bir başvurma harcı da yatırmamıştır. Sonradan bu konularda nisbi harcın ikmal ettirilmesi onu dava haline getirmez. Mahkemece bu konularda karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir." Y. 2. HD, E. 2006/17960, K. 2007/6377, T. 16.4.2007 ; "...Dava dilekçesinin tebliği üzerine davalı şirket tarafından hakim havalesini de taşımayan cevap dilekçesinde davaya cevap verilmekle birlikte davacıya ödenen iş bedelinin istirdadı istemiyle karşı dava açılmış ise de alınması gerekli maktu başvurma harcı ve peşin nispi harç yatırılmamıştır. Mahkemece harcı ödenerek usulüne uygun olarak açılmış bir karşı dava bulunmadığından karşı dava yönünden hüküm kurulmasına yer olmadığına şeklinde karar verilmesi gerekirken bu husus gözden kaçırılarak karşı davanın esası hakkında kabul kararı verilmesi doğru olmamış, bozulması uygun bulunmuştur." Y. 15. HD, E. 2013/5981, K. 2014/12, T. 6.1.2014; Benzer yönde; Y. 14. HD, E. 2001/6941, 2001/7847, T. 13.11.2001; Y. HGK, E. 2008/9-497, K. 2008/481, T. 9.7.2008, Y. 2. HD. E. 1999/5782, K. 1999/7763, T. 2.7.1999; Y. 2. HD. , E. 2005/651, K. 2005/2704, T. 24.2.2005.

⁶⁶ "Dava, temliken tescil istemine dayalı tapu iptal ve tescil istemine ilişkindir. Dilekçede açık bir biçimde davaya konu parselden mirasen ve intikalen kendisine gelen payına davalılarca yapılan elatmanın önlenmesi ve yararlanmadığı süre için de erimisil ödenmesi istenilmiş ise de, karşı dava istemi biçiminde gelişen bu talebi bakımından dava harcı ödememiştir. Bu dilekçenin verildiği tarihten itibaren hüküm tarihine kadar herhangi bir harç ödenmediğine göre karşı dava-

ması halinde açılmış bir davadan söz edilemediğine göre; bir davanın karşı dava olarak nitelendirilebilmesi için diğer tüm şartları taşımasının yanında harcın da yatırılması gerekmektedir. Aksi takdirde usulüne uygun olarak açılmış bir dava olarak kabul görmez. Bu sebeple sonradan harç tamamlattırılması suretiyle davaların incelenip karara bağlanması kanaatimizce isabetli bir yöntem değildir. Yargıtay'ın da genellikle benimsediği gibi karar verilmesine yer olmadığı şeklinde karar tesis edilmesi gerekmektedir. Çünkü bu hallerde netice-i talep haline gelebilmiş bir talep yoktur. Bu durumlar açısından kesin hüküm oluşturacak şekilde ret kararının verilmesinin de yanlış olduğunu belirtelim.

Son olarak harcın yatırılmamış olmasının olumsuz sonucundan kurtulmaya dair bir açıklamada bulunulmalıdır. Bilindiği üzere uygulamada özellikle boşanma davası ve sonuçlarına ilişkin davalarda harca ilişkin problemle sıklıkla karşılaşmaktadır. Davalılar harçlarını yatırmamış oldukları halde taleplerini sunmakta, fakat bu talepler netice-i talep haline gelemediğinden yargılamanın nihayetinde kişiler haklarına erişememektedirler. Kişilerin süresinde harcı yatırmamalarına rağmen, gecikmeden müstakil bir dava açmaları onlara çözüm sunacaktır. Çünkü boşanma davalarında bağlantı koşulu da gerçekleştiğine göre davalar birleştirilecek ve bu şekilde uyuşmazlığın halli sağlanacaktır. Bu çözüm şeklinin aralarında bağlantı olması koşuluyla diğer davalar açısından da uygulanacağını belirtelim.

B. Davanın Tarafları

1. Davacı:

Karşı davanın davacısı, asıl davanın davalısı konumundaki kişidir. Uygulamada davalı-karşı davacı olarak da isimlendirilmektedir. Asıl davada davalı konumunda olan kişiden başkasının bu davayı açması mümkün değildir.⁶⁷

nın rüyet edilir (bakılabilir) duruma geldiğinden söz edilemez..." Y. 14. HD., E. 2007/16192, K. 2008/530, T. 28.1.2008. "...Harç peşin veya süresinde ödenmemişse müteakip işlemlere ancak harç ödendikten sonra devam edilir. (Harçlar Kanunu 27/son madde) Mahkemece verilen süre içerisinde davalı karşı davacı tarafından harç ikmal edilmiştir..." Y. 2. HD., E. 2011/ 2478, K. 2011/3377, T. 28.2.2011.

⁶⁷ "...Dava konusu olayda da, karşı dava adı altında, bu davada sıfatı bulunmayan bir şirket tarafından bir dava ikame olunmuşsa da, mahkenin (mahkemenin) de

2. Davalı:

Asıl davanın davacısı, karşı dava bakımından davalı konumundadır. Uygulamada davacı-karşı davalı olarak da isimlendirildiği görülmektedir. Asıl davada davacı olmayan kişilere yönelik bu dava açılmaz.⁶⁸

C. Görev

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 5 karşı davada görevi şu şekilde düzenlemektedir:

“Mütekabil davanın miktar veya kıymeti asıl davanın miktar veya kıymetinden çok ise mütekabil davanın kıymeti esastır.”⁶⁹

yerinde bir şekilde olarak kabul ettiği gibi, bu davacının sıfatı itibarıyla karşı dava ikamesi hakkı bulunmadığına göre, açılan dava tamamen bağımsız nitelikte bir davadır ve yukarıda değinildiği gibi bu davanın mesmu olamayacağından reddine değil, asıl davadan ayrılmasına karar verilmesi gerekir...” Y. 11. HD. , E. 2000/1524, K. 2000/4972, T. 1.6.2000; “...Davalı ve dava dışı babası harcıncı da ödemek suretiyle açamayacağı da göz önünde bulundurularak, her iki dava hakkında ayrı ayrı hüküm kurulmak suretiyle...” Y. 3. HD. , E. 2012/18197, K.2013/1398, T. 31.1.2013; “...Karşılık davacı tapu iptalinin kendi mülkiyet hakkına dayalı olarak değil dava dışı kişi için talep edildiği görülmektedir. Bu durumda adı geçenin istemi gayrimenkulün aynı ile ilgili olmakla beraber, kendisinin mülkiyet hakkına dayalı olmadığından reddi gereği...” Y. 12. HD. , E. 2004/7593, K. 2004/12632, T. 17.5.2004.

⁶⁸ “...Somut olayda, karşılık dava dilekçesi ile, asıl davada davacı olmayan İsviçre Sigorta’ya karşı açılmış olup, anılan nedenlerle, bu sigortaya yönelik istemin, bu davada dikkate alınması mümkün değildir.” Y. 11. HD. , E. 2005/4597, K. 2006/4751, T. 27.4.2006; “...Karşılık dava, yalnız asıl davanın davacısına karşı açılır. Asıl davada taraf (davacı) olmayan üçüncü kişilere karşı dava açılmaz; açılma mahkeme, üçüncü kişiye karşı açılmış olan karşı davayı reddeder ve yalnız asıl davayı inceleyip, karara bağlar.” Y. 13. HD., E. 2008/5354, K. 2008/ 10629, T. 16.9.2008.

⁶⁹ Karşı davanın değerinin asıl davanın değerinden fazla olması halinde, mahkemenin görevinin buna göre belirleneceği; asıl davanın değerinin fazla olması durumunda ise görevli mahkemenin asıl davanın görüldüğü mahkeme olduğu; asıl dava asliye hukuk mahkemesinin görevine girmekteyse, her iki davanın da asliye hukuk mahkemesinde görüleceğine ilişkin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu dönemi açısından geçerli olan açıklamalar için bkz. Karşılı, s. 228; Kuru, s. 3924 vd.; Önen, s. 176; İpek, s. 25, Soner, s. 51; İyilikli, s. 161 “...Somut olayda asıl dava sulh hukuk mahkemesinde açılmıştır. Karşılık davanın değeri nazara alındığında asliye hukuk mahkemesi görevlidir. Bu durum karşısında sulh hukuk mahkemesinin her iki dava hakkında görevsizlik kararı vermesi gerekir.” Y. 3. HD. , E. 2003/7388, K. 2003/7356, T. 12.6.2003; “Dava-karşılık dava şeklinde birlikte görülmekte olan davalarda, mahkemenin görevi; davalardan hangisinin görevi yüksek ise ona göre belirlenir.” Y. 14. HD., E. 1999/7298, K. 1999/7957, T. 15.11.1999 “Asıl

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda mahkemelerin görevlerinin belirlenmesi hususunda dava konusunun değer ve miktarı önem taşımadığı için bu hükmün karşılığı da bulunmamaktadır. Kanun'da karşı davada göreve ilişkin m. 4'te şöyle bir düzenleme yer almaktadır: “*Kiralanan taşınmazların, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununa göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler ayrıık olmak üzere, kira ilişkisinden doğan alacak davaları da dâhil olmak üzere tüm uyuşmazlıkları konu alan davalar ile bu davalara karşı açılan davaları,...* görürler.”⁷⁰ Bu madde referans alınmak suretiyle şu tespit yapılmalıdır: Sulh hukuk mahkemeleri Kanun'da belirtilen istisnai hallerde görevli mahkeme olduğuna göre, m. 4 sadece a bendindeki konular yönünden karşı dava açılması halinde sulh hukuk mahkemesinin görevli olacağını belirtmiştir. Bunun mefhum-u muhalifinden şu çıkarıma gidilecektir: Asıl dava açısından sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu diğer hallerde (m. 4 b, c ve ç bentleri uyarınca) yönelik olarak bir karşı dava açıldığında ve bu dava bakımından asliye hukuk mahkemesi görevli olduğunda; mahkeme iki dava bakımından da görevsizlik kararı vererek dosyayı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile “genel görevli mahkeme” haline dönüştürülen asliye hukuk mahkemesine gönderecektir. Diğer uyuşmazlıklar açısından ise dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesi görevli olduğu için (HMK. m. 2) asıl dava ve karşı dava zaten asliye hukuk mahkemesinde incelenip karara bağlanacaktır.

Son olarak şu da belirtilmelidir: Asıl davanın sulh hukuk mahkemesinin görevine girdiği durumda, dava asliye hukuk mahkemesinde açılmış olsa; karşı dava da asliye hukuk mahkemesinin görevine girmekteyse; mahkemenin asıl dava için görevsizlik kararı vermesine gerek olmaksızın her iki dava asliye hukuk mahkemesinde incelenip karara bağlanacaktır.⁷¹

dava Asliye mahkemesinin, karşı dava ise Sulh Mahkemesinin görevine girmekte ise bu halde de davaların her ikisine birden Asliye Mahkemesinde bakılır.” Y. 3. HD. , E. 2004/8311, K. 2004/9879, T. 27.9.2004.

⁷⁰ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu açısından bu hüküm m.5'in istisnası olarak değerlendirilmiştir. Çünkü bu davalarda dava konusunun değerine bakılmaksızın sulh hukuk mahkemesi görevlidir. Bkz. Orbay Bahri Ulgar, Medeni Usul Hukukunda Karşılık Dava, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011, s. 80.

⁷¹ Kuru, s. 3924. Bu görüşe her ne kadar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döne-

D. Yetki

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 13 karşı davada yetkiyi şu şekilde düzenlemiştir:

“Kesin yetkinin söz konusu olmadığı hâllerde, asıl davaya bakan mahkeme, karşı davaya bakmaya da yetkilidir.” Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu zamanında ise m. 14’deki düzenleme gereğince asıl davanın açıldığı mahkeme karşı davaya da bakmak konusunda yetkili oluyordu. Kesin yetkinin söz konusu olduğu hallerin ayrı tutularak bir düzenlemenin yapılmasının yerinde olduğu belirtilmektedir.⁷²

Taraflar Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 17 uyarınca asıl davanın açıldığı mahkemenin yetkisini tesis etmişlerse, karşı dava da bu mahkemede açılacaktır.⁷³ Asıl davanın açıldığı mahkemenin karşı dava için tayin edilen kesin yetkili mahkeme olması durumunda, karşı davaya da o mahkemede bakılacaktır.⁷⁴

Karşı davanın önemli bir faydasının yetki konusuna ilişkin olması, bu faydanın bu başlık kapsamında zikredilmesini gerektirmiştir. Şöyle ki: Karşı dava sayesinde davalı-karşı davacı, kendi yerleşim yeri mahkemesinde dava açma imkânını elde etmek suretiyle davacının yerleşim yerine göre belirlenecek mahkemeye gitmeye mecbur olmamaktadır.⁷⁵

E. Karşı Davanın İncelenmesi

Karşı dava asıl davanın görüldüğü mahkemede ilgili dava dosyasının numarasıyla anılır, ayrıca esas numarası verilmez. Mahkeme, asıl davayla karşı davayı birlikte inceler, ön inceleme ve tahkikat safhalarını da müşterek olarak yapar. Aksine bir kayıt olmadıkça, tarafların ve mahkemenin yapmış oldukları usuli işlemler her iki dava için yapılmış olur.⁷⁶

minde yer verilmiş olsa da, kanaatimizce Hukuk Muhakemeleri Kanunu dönemi açısından da geçerliliğini sürdürmesi gereken bir görüştür.
72 Karşlı, s. 268.

73 İpek, s. 25; Ulgar, s. 83 vd.

74 İpek, s. 25.

75 Postacıoğlu/Altay, s. 459; Üstündağ, s. 498; İyilikli, s.161.

76 Kuru, s. 3958 vd.; İpek, s. 26; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 530; İyilikli, s. 163.

“Asıl davanın herhangi bir sebeple sona ermesi, karşı davanın görülüp karara bağlanmasına engel oluşturmaz.” şeklindeki m. 134 hükmü Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile ihdas edilmiş bir düzenlemedir. Bu düzenleme mahkemenin iki davayı birlikte inceleniyor olmasının, asıl davayla karşı davanın birbirinden bağımsız davalar olduğu hususunu zedelediğini göstermektedir.⁷⁷ Bu sebeple örneğin, asıl davanın davacısının davadan feragat etmesi (HMK m. 307) ya da davasını geri alması (HMK. m. 123) hallerinde asıl dava sona ermiş olacaktır. Ancak bu durum karşı davanın da sona ermesini gerektirmeyecek; mahkeme karşı davadaki uyuşmazlığa ilişkin incelemelerine devam edip karar tesis edecektir. Keza karşı davanın herhangi bir sebeple sona ermesi durumunda da, asıl dava etkilenmeyecek; mahkemece uyuşmazlık çözüme kavuşturulup karara bağlanacaktır.

Son olarak dava şartlarıyla ilintili bir değerlendirme yapılmalıdır. Mahkeme asıl dava ve karşı dava bakımından dava şartlarını ayrı ayrı incelemeye tabi tutmaktadır. Dava şartlarıyla ilgili bir sebepten ötürü davalardan birinin reddedilmesi de diğer davanın görülmesini etkilemeyecektir.⁷⁸

F. Hüküm Verilmesi

Asıl dava ve karşı davayı birlikte inceleyerek çözüme kavuşturan mahkeme her iki dava hakkında tek bir hüküm vermektedir. Mahkeme vereceği hükümde asıl dava ve karşı dava hakkında varmış olduğu kararlara ayrı ayrı yer vermelidir.⁷⁹ Uygulamada yerel mahkemelerin yaygın olarak yaptığı yanlışlık hüküm tesis ederken karşı davaya ilişkin talep hakkında bir sonuca varmamaları ya da vardıkları sonuca yer vermemeleri olmaktadır. Bu sebepten ötürü de verdikleri kararlar Yargıtay tarafından bozulmaktadır.⁸⁰ Karşı davanın geniş uygulama

⁷⁷ Umar, kuralın gerçekte yeni bir çözüm olmadığını, bu çözümün asıl dava ile karşı davanın aynı dosya üzerinden görülmesine rağmen aslında ayrı davalar olduğu gerçeğinin zorunlu bir sonucu olduğunu belirtmiştir. Umar, s. 427.

⁷⁸ Kuru, s. 3960.

⁷⁹ Karşı, s. 405; Kuru, s. 3961; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 546; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 530; İyilikli, s. 164.

⁸⁰ “...Yüklenici tarafından yapılan işteki nefes tutarıyla hatalı işler bedeli iş sahibi tarafından açılan karşı davanın konusunu oluşturduğu halde asıl ve karşı davadaki taraflar yönünden ayrı ayrı hüküm kurulması gerekirken nefes tutarı ve kusurlu işler bedelinin yüklenici alacağından mahsubu suretiyle sonuca gidilmesi

alanı bulduğu boşanma davalarında hüküm tesis edilmesi ile ilgili yanlış kararlara sıklıkla rastlanılmaktadır. Mahkemeler davalı-karşı davacının boşanma davası açmakta haklı olduğunu göz ardı ederek ya da yeterli inceleme yapmayarak asıl davadaki boşanma talebinin kabulüyle yetinmekte, karşı davayı da reddetme yoluna gitmektedirler. Bu durumda her ne kadar boşanma gerçekleşmiş olsa da tarafların boşanmaya dair dayandıkları sebepler veya sonuçlarına ilişkin istemleri farklı olduğu için davalı-karşı davacının talepleri hükme "olması gerektiği" şekliyle yansımamaktadır.⁸¹

ve karşı davanın tamamen reddine karar verilmesi doğru olmamıştır." Y. 15. HD., E. 2012/5539, K. 2013/4183, T. 27.6.2013; "Davacı vekili tarafından, davalılar aleyhine verilen dilekçe ile ticari işletme kirasından kaynaklanan alacak isteminde bulunulmuştur. Davalı-karşı davacılar harcını da yatırmak suretiyle davacı aleyhine karşı dava açmışlardır. Mahkemece, karşı dava hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemesi doğru olmadığından karar bozulmalıdır." Y. 14. HD., E. 2005/9971, K. 2005/10237, T.22.11.2005; "Mahkemece, dava dilekçesinde belirtilen asıl ve yardımcı taleplerin hepsi hakkında hüküm fıkrasında karar verilmesi gerekir... O halde mahkemece, karşı davacının "dava tarihinden itibaren yasal faiz" talebi hakkında hüküm kurulmamış olması doğru görülmemiştir." Y. 3. HD., E. 2004/10381, K. 2004/10281, T. 4.10.2004; "...Karşı dava hakkında müsbet ya da menfi karar verilmemesi HUMK. 533/4. maddesi hükmüne aykırı olup, bozma nedenidir." Y. 13. HD., E. 2002/13816, K. 2003/3836, T. 1.4.2003;

"Mahkeme, asıl davadaki isteme göre yüklenicinin alacağını tespit etmiş ve bundan karşılık dava konusu olup sabit olan gecikme cezası ve noksan iş bedelini indirmek suretiyle ortaya çıkan 29.370 liranın davacı yükleniciye ödetilmesine, fazla isteklerin reddine karar vermiştir. Oysa birleştirilen davalar birbirinden bağımsızdır. Bu nedenle esas davada olduğu gibi karşılık davanın da ayrı olarak karara bağlanması, faiz ve vekalet ücretinin ilk davadan müstakil olarak hesaplanması iktiza eder. Mahkemenin karşılık dava kalemlerinden sabit olan kısmını mahsup işlemine tabi tutması ve bunlar için temerrüt faizi hesabına imkan vermemesi usul ve yasaya aykırı görülmüştür. Y. 15. HD., E. 1976/1504, K. 1976/2824, T. 8.7.1976; "...Mahkemece, karşı davanın reddine karar verildiği halde bu konuda hiçbir gerekçe gösterilmemiştir. Gerçekte karşı davanın bir kısmı kabul edilmiştir. Bu durumda da, davalının saklama ücreti olarak talep edebileceği meblağ üzerinden karşı davanın kısmen kabulüne karar vermek yerine, bu meblağı davacının talep edebileceği tazminattan düşmek şeklinde hüküm kurulması da doğru olmamıştır. O halde mahkemece, davalının talep edebileceği meblağ belirlenerek sonucuna göre karşı dava hakkında bir karar verilmesi gerekir." Y. 11. HD., E.2003/13943, K. 2004/8534, T. 20.9.2004.

⁸¹ "...Davalı-karşılık davacı kocanın boşanma davası hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemesi usul ve yasaya aykırıdır." Y. 2. HD., E. 2010/7579, K. 2011/8445, T. 16.5.2011; "...Dava karşılıklı boşanma, maddi-manevi tazminat, nafaka ve velayet isteğine ilişkindir. Mahkemenin asıl davanın kabulüne karşı davanın reddine dair verdiği karar, Özel Dairece bozulmuş, mahkeme asıl dava yönünden kararı kesinleştirmiş ve bu konuda yeniden hüküm kurmadan sadece karşı dava yönünden kararında direndiğini belirterek karşı davanın reddine karar vermiştir. Oysa boşanma davalarının kendine özgü bir yapısı vardır. Asıl dava ile

Mahkemelerin asıl dava ve karşı dava hakkında hüküm tesis ederken birbiriyle bağdaşmayan kararlar vermemesi de önem arz eden diğer bir husustur.⁸² Ayrıca davalar hakkında verilen hükmün tereddüt bırakmayacak derecede açık olması gerekliliği de aşikârdır.⁸³ Mahkemelerin hüküm tesis ederken belirtilen bu hususlara riayet etmesi önem arz eder. İlgili Yargıtay kararları incelendiğinde şu değerlendirme yapılmalıdır ki; yerel mahkemeler hüküm tesis ederken ciddi ha-

karşı dava birbirine bağlıdır. Davacının açmış olduğu boşanma davasının kesinleşmesine karar verilmesi halinde bozmaya konu olan karşılık boşanma davası bir anlamda konusuz kalır. Davacı-karşı davalının açmış olduğu boşanma ve velayet davası da karşı dava gibi henüz kesinleşmemiştir. O halde her iki dava yönünden hüküm kurulması gerekirken sadece karşı dava yönünden hüküm kurulmuş olması yasaya aykırıdır. HGK. E. 2008/2-738, K. 2008/743, T. 17.17.2008; "...Davalı-davacı kocanın harcı verilerek açılmış bulunan bu karşı davası hakkında bir karar verilmemiş olması usul ve yasaya aykırı olduğu gibi..." Y. 2. HD. , E. 2012/21388, K. 2013/7871, T. 21.3.2013; "...Davalı-karşı davacı (kadın), manevi tazminat için faiz talebinde de bulunmuştur. Bu talep hakkında olumlu veya olumsuz bir hüküm kurulması gerekirken, hüküm tesis edilmemiş olması doğru bulunmamıştır..." Y. 2. HD. , E. 2012/ 15227, K. 2013/ 7828, T. 21.3.2013; "...iştirak nafakası olarak ödenen nafakaların artırılması istenmiş olduğuna göre; mahkemece, bu hususta gerekli araştırma ve inceleme yapılarak, taleple ilgili olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi gerekirken, karşılık davayla ilgili hüküm kurulmamış olması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir." Y. 3. HD. , E. 2004/7126, K. 2004/7215, T. 28.6.2004;

"...davalı-karşı davacı kocanın boşanma davasının da kabulüyle boşanmaya (T.M.K. madde 166/2) karar verilecek yerde, yetersiz gerekçeyle kocanın davasının reddi doğru bulunmamıştır." Y. 2. HD. , E. 2012/ 20846, K. 2013/7906, T. 21.3.2013; "...Kadının açtığı artırım davası üzerine, koca da süresinde (yoksulluk nafakasının kaldırılması, iştirak nafakasının indirilmesi istemini içerir) karşılık dava açmıştır. Karşılık dava tefrik edilmediğine göre asıl ve karşılık dava hakkında ayrı ayrı hüküm kurulması gerekir. Mahkemece, karşılık dava hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmemiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir. " Y. 3.HD. , E.2005/7132, K. 2005/7045, T. 23.6.2005; "...Olayların akışı karşısında davalı-davacı kadın da dava açmakta haklıdır. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın kanunen mümkün bulunmamasına göre davalı-davacı kadının da boşanma davasının kabulüyle boşanmaya karar verileceği yerde (T.M.K. md. 166/2) yetersiz gerekçeyle davasının reddi doğru görülmemiştir." Y. 2.HD., E. 2012/21103, K. 2013/7949, T. 25.3.2013.

⁸² "...Davacı-davalı kocanın terk sebebiyle boşanma davası kabul edildiği halde, davalı-karşı davacı kadının şiddetli geçimsizlik nedeniyle boşanma davasının kabul edilmesi, kadın yararına manevi tazminata hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı..." Y. 2. HD., E. 2005/11649, K. 2005/11577, T. 18.7.2005.

⁸³ "...Davacı kadının boşanma davası üzerine davalı koca da karşı dava olarak boşanma ve velayet isteğinde bulunmuştur. Hüküm açık ve infazda tereddüt yaratmayacak nitelikte olmalıdır. (HUMK. 388. md.) Mahkemece boşanmaya karar verilmiş, ancak kimin davasının kabul edildiği açıklanmamıştır. Her iki dava hakkında infazda karışıklık yaratmayacak şekilde hüküm oluşturulması gerektiğinin düşünülmemesi doğru değildir." Y.2.HD. , E. 2004/11, K. 2004/3645, T. 23.3.2004.

olarak açılabilir. Karşı dava her ne kadar asıl davaya bağlantılı olarak açılabilir da bağımsız bir dava olduğuna göre; mahkemelerin karşı davaya ilişkin ulaştıkları sonuca hüküm kısmında yer vermemeleri hükmün netice-i talebe cevap olması gerekliliğini zedelemektedir. Ayrıca, karşı davadaki talep hakkında olumlu ya da olumsuz bir sonuca varılmamasından ötürü hükümde yer verilmemesi durumu son derece riskli bir hal arz etmekte ve ilgili mahkemenin ağır özensizliğini göstermektedir. Bütün bunlar karşı dava kurumunun sağlayacağı faydaların önüne geçeceğinden ve buna bağlı olarak da kişilerin haklarına erişmesini engelleyeceğinden mahkemeler hüküm tesis ederken çok titiz davranmalıdırlar.

G. Temyiz

Asıl dava ve karşı davayı birlikte inceleyen mahkemenin bu davalar için tek bir hüküm tesis ettiği, ancak bu hükümde her iki dava açısından varmış olduğu kararlara yer verdiği belirtilmişti. İşte haklarında ayrı kararlar verilen davalar açısından temyiz sınırı da ayrı olacak belirlenecektir. Bu davalar birbirinden bağımsız olarak temyize tabi olacaklardır.⁸⁴

Burada Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 357 hükmüne de değinmek gerekmektedir. Bölge adliye mahkemelerine ilişkin bu maddeler şu anda yürürlükte olmasa da, kanun karşı dava açılmasını bölge adliye mahkemesinde yapılamayacak işlemler arasında saymıştır. Dolayısıyla bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesi olarak davaya baktığı sınırlı haller dışında, bu mahkemeye doğrudan dava açılmayacağından karşı dava da açılmayacaktır.⁸⁵ Hukuk Usulü Muhakemeleri döneminde de kanunun yapılamayacak işlemler bağlamında karşı dava açılmasına yer verdiğini belirtmeliyiz (HUMK. m. 426/R). Dokt-

⁸⁴ Kuru, s. 3964; "Miktar ve değeri temyiz kesinlik sınırını aşmayan taşınır mal ve alacak davalarına ilişkin nihai kararlar temyiz edilemez. Kesinlik sınırı kamu düzeni ile ilgilidir. Temyiz kesinlik sınırı belirlenirken yalnız dava konusu edilen taşınır malın veya alacağın değeri dikkate alınır. Faiz, icra inkar tazminatı, vekalet ücreti ve yargılama giderleri hesaba katılmaz. Birleştirilen davalarda, temyiz sınırı her dava için ayrı ayrı belirlenir. İhtiyari dava arkadaşlığında, temyiz sınırı her dava arkadaşının davası için ayrı ayrı belirlenir. Karşılık davada, temyiz sınırı asıl dava ve karşılık dava için ayrı ayrı belirlenir..." Y. 7.HD., E.2013/15698, K. 2014/315, T. 15.1.2014; Aynı yönde bkz. Y. 9.HD., E. 2008/17370, K. 2008/34643, T. 22.12.2008.

⁸⁵ Madde gerekçesinden.

rinde karşı davaya izin verilmemesinin, dar (sınırlı) istinaf modelinin amacına ve ruhuna uygun bir düzenleme olduğu; kaldı ki istinafın amacının ilk derece mahkemesindeki yargılamanın devam ettirilmesi olmayıp, kararın denetlenmesi ve düzeltilmesine ilişkin olduğu belirtilmiştir.⁸⁶

H. Vekâlet Ücreti

Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre⁸⁷,

Karşılık davada, davaların birleştirilmesinde ve ayrılmasında **ücret**

Madde 8 - (1) *Bir davanın takibi sırasında karşılık dava açılması, başka bir davanın bu davayla birleştirilmesi veya davaların ayrılması durumunda, her dava için ayrı ücrete hükmolunur.*

Bu hükümden de anlaşılacağı üzere mahkemenin asıl dava ve karşı dava için ayrı vekâlet ücreti takdirine gitmesi gerekmektedir.⁸⁸

I. Uygulanacak Hükümler

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile ihdas edilen m. 135'e göre;

"Bu kanunun dava ile ilgili hükümleri, aksine düzenleme bulunmayan hallerde, karşı dava hakkında da uygulanır." Bu düzenleme, karşı davanın müstakil bir dava olmasının sonucu olarak; özel düzenleme bulunan haller dışında, dava ile ilgili ilke ve kuralların karşı dava bakımından da işlerlik kazanacağı hususunu açıkça hükme bağlamıştır. Bu çerçevede; karşı davada ayrı harç alınacak, dava şartları asıl davadan bağımsız olarak araştırılacak ve mahkemece verilen hükümde karşı dava ile ilgili nasıl bir sonuca ulaşıldığına işaret edilecektir.⁸⁹

⁸⁶ Tolga Akkaya, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 294.

⁸⁷ Türkiye Barolar Birliği Başkanlığından, Resmi Gazete, 21 Aralık 2015, Pazartesi.

⁸⁸ "...Karşılık dava müstakil bir dava olduğundan mahkemenin asıl dava ve karşılık dava için ayrı ayrı vekalet ücreti takdir etmesi gerekir. Buna göre mahkemece karşılık davanın reddedilmesi nedeniyle davacı lehine ayrıca yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari ücret tarifesi uyarınca vekalet ücretine hükmedilmemiş olması hatalıdır." Y. 9. HD. , E. 2006/ 25353, K. 2007/9863, T. 9.4.2007; aynı yönde bkz. Y. 4. HD. , E. 2003/6129, K. 2003/11675, T. 14.10.2003; Y. 10. HD. , E. 2005/479, K. 2005/4226, T. 19.4.2005; Y. 6. HD. , E. 2004/10089, K. 2005/2257, T. 14.3.2005.

⁸⁹ Madde gerekçesi.

"Geçerliliği kendiliğinden anlaşılan bu kuralın ilk gereği, davaların başındaki dilekçeler alınması verilmesi sürecinin aynen karşı davada da uygulanmasıdır." yönün-

J. Karşı Davaya Yönelik Olarak Karşı Dava Açılmaması

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu zamanında karşı davaya yönelik olarak karşı dava açılmayacağına dair bir yasak söz konusu değildi. Ancak doktrinde bu konunun mukayeseli hukuk açısından da ihtilafı olduğuna değinilmişti. Nöşatel Kanunu'nda böyle bir dava açılmayacağı yönünde hüküm bulunduğu belirtildikten sonra, kanunumuzda böyle bir hüküm bulunmasına gerek olmaksızın da böyle bir istemin netice-i talebin artırılması mahiyetinde sayılacağı çıkarımından hareket edilmişti.⁹⁰

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 132 f.3'te ise bu durum şu şekilde çözüme bağlanmıştır:

“Karşı davaya karşı, dava açılmaz.”

Böylece karşı davanın tevali ettirilmesi engellenerek yargılamanın sürüncemede kalmasının önüne geçilmek istenmiştir. Hüküm, virgülden sonra *“karşı”* ibaresinin eklenmesi veya *“karşı davaya yönelik olarak karşı dava açılmayacağı”* şeklinde düzenlenseydi anlam açısından daha doğru olurdu.

V. KARŞI DAVAYA İLİŞKİN BAZI ÖZEL DURUMLAR

A. Islah Yolu İle Karşı Dava Açılması

Davalının esasa cevap süresini geçirdikten sonra karşı dava açmasını sağlayacak bir yolun mümkün olup olmadığı sorusu, ıslaha dair konuya bakış açısına göre cevap bulmaktadır. Doktrinde ıslah yolu ile karşı dava açılabilmesine dair bir görüş birliği sağlanmış değildir. Bir görüş bu yolu, karşı davanın iddia ya da savunma sebebi olmadığını belirtmek suretiyle kapamakta; bilakis tamamıyla bağımsız bir dava olan karşı davanın ıslahla açılmayacağını belirtmektedir. Ayrıca bu görüş, karşı davanın yargılamanın ilerleyen aşamalarında ıslah yolu ile açılmasının mümkün kılınmasının, asıl dava ve karşı davadaki netice-i taleplerin eş zamanlı müzakere konusu yapılmasındaki men-

deki değerlendirme için bkz. Umar, s. 428.
⁹⁰ Sabri Şakir Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Yedinci Bası, Ankara, 1960, s. 246.

faatleri de ihlal edeceğini belirtmektedir.⁹¹ Diğer bir görüş ise, davalının ıslah yoluyla karşı dava açabilmesine olumlu yaklaşır. Davalının ilk cevap dilekçesini ıslah etmek suretiyle, karşı dava açabileceğini ki bu durumda önceki dilekçenin hiç verilmemiş sayılacağını ve ıslah sayesinde ikinci dilekçenin ilk dilekçe yerine geçeceğini belirtir.⁹²

B. Tahkimde Karşı Dava

Tahkim yargılamasında dava ve cevap dilekçesini düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 428/ f. 1 uyarınca:

“Taraflarca kararlaştırılan veya hakem tarafından belirlenecek süre içinde, davacı tahkim şartını veya sözleşmesiyle birlikte varsa esas sözleşme ile iddiasını dayandırdığı vakıaları ve talebini; davalı ise savunmasını ve dayandığı vakıaları dilekçeyle hakem veya hakem kuruluna sunar.” İşte bu aşamada davalının devlet mahkemelerinde sahip olduğu imkân aynen geçerliliğini sürdürmekte; davalı arzu ederse davacıya karşı hakemler önünde

⁹¹ Saim Üstündağ, İddia ve Müdafaaanın Değiştirilmesi Yasası, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1967, s. 97-98 dn. 167b, Bu görüşle uyumlu Y. 2. HD., E.2008/13544, K. 2009/15234, T.9.9.2009 karar, “...Davalı, karşılık davasını esas dava hakkındaki cevap layihasını bildirmek suretiyle ikame edebilir. (HUMK m. 203) Olayda davalı, cevap layihasını zamanında ve usulüne uygun biçimde vermiş, bu dilekçesinde ziynetlerle ilgili herhangi bir karşılık dava açmamıştır. Cevap dilekçesinde ileri sürülmemeyen savunma ve def’inin cevap dilekçesinin sonradan ıslahı suretiyle ileri sürülmesi mümkün ise de, ayrı ve müstakil bir dava olan karşılık davanın cevap dilekçesinin sonradan ıslahı suretiyle açılması usulen mümkün değildir. Harç alınmış olmasının da sonuca etkisi yoktur. Çünkü ıslah, yeni bir dava olmayıp, evvelce ikame edilmiş davaya ait usuli bir muameledir. Bu açıklama karşısında davalının, ziynetlerle ilgili usulüne uygun olarak açılmış bir karşılık davasının bulunmadığı gözetilmeksizin aleyhine kesin hüküm oluşturacak şekilde ret hükmü kurulması doğru bulunmamıştır.”

Açılmayacağına dair ayrıca bkz. Mehmet Akif Tutumlu, Kuram ve Uygulama Işığında Medeni Usul Hukukunda Islah, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s. 291.

⁹² Kuru, s. 3945; Ejder Yılmaz, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, 6100 sayılı HMK’na göre değiştirilmiş 3. bası, Ankara 2011, s. 452; Kini, s. 52. Yılmaz, karşı dava kurumunun getirilme amacının emek ve zamandan tasarruf etmek suretiyle çelişik karar ortaya çıkma ihtimalinin ortadan kaldırılması olduğunu belirtmektedir. Karşı davaya izin verilmemesi durumunda birleştirme kararı verilmediği her durum açısından davaların ayrı ayrı görüleceğini ve birbiriyle çelişik kararlar ortaya çıkma riskinin de artacağını belirtmektedir. Bu sebeplerle yazar, tereddüde düşülen durumlar açısından karşı dava açılmasına imkân tanınmasını söylemektedir. Kanun tarafından karşı davanın açılmasını yasaklayan bir hal olmadıkça da, usul hukukuna hâkim olan kurallar çerçevesinde karşı davanın açılmasına engel olmamak gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Yılmaz s. 452.

bir karşı dava açabilmektedir. Yargıtay Kararları da bu durumu teyit etmektedir.⁹³ Davalının açtığı karşı davanın kabule şayan olması ve asıl davayla beraber görülmesi için karşı davanın konusunun taraflarca yapılmış tahkim sözleşmesinin kapsamına girmesi gerekmektedir. Aksi takdirde dava, teknik anlamda karşı dava olarak kabul görmeyecek ve hakemler bu uyuşmazlığa dair karar veremeyeceklerdir.⁹⁴

Tahkime ilişkin süre Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 427'de tarafların aksini kararlaştırmadıkları haller açısından bir yıl olarak belirlenmiştir. (karşı. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 539 / altı aylık süre) Tahkim yargılamasında karşı dava açıldığı durumda, yeni bir süre tayini yoluna gidilmemektedir. Hakemler asıl dava ve karşı davayı bir yıllık süre içerisinde çözüme kavuşturmalıdırlar.⁹⁵ Kanu-

⁹³ "Karşılık davanın bir türünü teşkil eden takas ve mahsup talebi ile süresinde şekle uygun olarak hakemde açılan karşılık davaların aynı hakem kurulu tarafından çözülmesini ve esas dava ile birlikte karara bağlanmalarını yasaklayan HUMK'nun tahkime ilişkin sekizinci babında bir hüküm yoktur." 15. HD., 12.7.1973, "Davalı (A.K.) ve (M.Ç.) Kollektif Şirketi karşılık davasını esas dava hakkındaki cevap layihasında bildirmek suretiyle ikame etmiştir. Bu durumda Hakem Kurulu asıl dava ile karşılık davayı birlikte incelemek ve karara bağlamakla yükümlüdür. Her iki davanın tahkikat safhası müşterek olup birlikte karara bağlanması gerekir. Tahkim sözleşmesinde aksine bir kayıt bulunmadığından, tarafların ve hakemlerin yapmış oldukları usul muameleleri hem asıl dava ve hem de karşılık dava yönünden geçerli sayılmalıdır." , 15. HD., 15.11.1984, 1685/3521. Kararlar için bkz. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, Cilt: VI, İstanbul 2001, Demir Demir, s. 6045 -6046.

⁹⁴ Rasih Yeğengil, Tahkim (L'arbitrage), İstanbul, 1974, s. 292; Erol Ertekin/İzzet Karataş, Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s. 226; Kemal Dayınlarlı, HUMK'da düzenlenen ihtiyari İç Tahkim m. 516-536, Gözden geçirilmiş, genişletilmiş ve Yargıtay Kararları ile güncelleştirilmiş) 2. Baskı, Ankara 2004, s. 74; Muharrem Balcı, İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, Danışman Yayınları: 3, Nisan 1999, s. 198; Cengiz Serhat Konuralp, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2011, s. 193.

⁹⁵ Dayınlarlı, s. 74; Selçuk Öztekin, "Ulusal Tahkimde Uygulanacak Yargılama Usulü", Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tahkim Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler, İstanbul, 2009, s. 339-358, s. 343; Konuralp, s. 193; "...Asıl dava ile karşılık davanın tahkim sürelerini ayrı ayrı hesaplamak veya ayrı ayrı sürelere tabi olduğunu kabul etmek doğru görülmemiştir. Asıl davanın ayrı, karşılık davanın ayrı biçimde tahkim süresinin varlığını kabul etmek yanlış olmuştur. Hakem kurulunun aksine yazılı düşüncelerle "karşılık dava hakkında tahkim süresi geçirilmiş olduğundan karar verilmesine mahal olmadığına" dair tesis ettiği karar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 533/4 üncü maddesine aykırı olup bozulmalıdır." Y. 15. HD. , 15.11.1984. Karar için bkz. Ertekin/Karataş, s. 227.

nun öngördüğü süre her iki davanın çözüme kavuşturulması açısından yeterli olmazsa; tarafların mutabakatıyla ya da mutabakat sağlanamadığı durumlarda süre uzatımında menfaati olan tarafın talebi üzerine mahkeme kararı ile tahkim süresi uzatılabilecektir.⁹⁶ Tahkim yargılamasında, asıl dava ve karşı dava bakımından iddia ve savunmalar ayrı ayrı inceleme konusu yapılır. Hükümde asıl davaya ve karşı davaya ilişkin verilen kararlara da ayrı ayrı yer verilir.⁹⁷

C. Yargılamanın Yenilenmesinde Karşı Dava

Yargılamanın yenilenmesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 374 ila 381. maddeleri arasında düzenlenen bir kurumdur, olağanüstü kanun yolu olarak⁹⁸ nitelendirilmektedir. Kanunda sınırlayıcı biçimde sıralanan sebeplere dayanılmak suretiyle; kesin olarak verilen veya kesinleşmiş olan hükümlere karşı istenmesi mümkün olan bir dava olarak tanımlayabiliriz.

Yargılamanın yenilenmesi bağlamında incelemek istediğimiz husus, bu dava bakımından davalının cevap dilekçesiyle karşı dava açmayacağına ilişkin olacaktır. Sonda söyleyeceğimizi başta söyleyerek açıklamalarımıza başlamayı uygun görüyoruz. Bu kanun yolunda davalının her durumda cevap dilekçesi vermesini gerektirecek durumlar oluşmadığına göre, yargılamanın yenilenmesinin gerçekleştirildiği her olayda karşı dava açılabilmesi sonucundan bahsedemeyiz.

Çünkü yargılamanın yenilenmesi sebebinin gerçekleştiğinin tespit edilmesinden sonra önemli bir sorun gündeme gelmektedir. Bu sorun yargılamanın hangi ölçüde yenileneceğine ilişkin olmaktadır. Hukukumuz anlamında, kanunda bu ölçüyü belirleyebilecek normatif bir düzenlemeye yer verilmediğini öncelikle belirtmeliyiz. Doktrinde ise genel eğilim yargılamanın yenilenmesi sebebinin gerektirdiği ölçüde yargılamanın yapılması şeklinde tezahür etmiştir.⁹⁹ Ancak ge-

⁹⁶ Dayınlarlı, s. 74-75; Öztekin s. 343-344.

⁹⁷ Dayınlarlı, s. 74.

⁹⁸ Ramazan Arslan, Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, (İade-i Muhakeme) Ayyıldız Matbaası A.Ş., Ankara 1977, s. 13-15; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, Cilt: V, Demir Demir, İstanbul 2001, s.5165; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 678; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 921.

⁹⁹ Umar, bu hali "vakianın icab ettirdiği nisbette, ihtilafın özüne girilir" şeklinde tarif etmiştir. Bkz. Bilge Umar, Türk Medeni Usul Hukukunda İade-i Muhakeme,

rektirdiği ölçüde ibaresinin muğlak olması, sınırlarının belirlenmesini zorunlu kılmaktadır, bu amaçla farklı değerlendirmeler yapılmıştır. Bir kısım değerlendirmelerin, yargılamanın yenilenmesi sebeplerini ayırma tabi tutmak suretiyle sınır belirleme şeklinde olduğunu görmekteyiz.¹⁰⁰ Ancak yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin tümünü nazara alarak sınır belirlemesi yapan değerlendirmenin¹⁰¹ kanaatimizce tercihe şayan bulunduğunu belirtmeliyiz.

Şöyle ki: Kanaatimizce tercih edilmesi gereken görüşün üç kıstası referans alması münasebetiyle, sacayağı benzetmesinden yola çıkarak açıklamalarda bulunmayı uygun görüyoruz. İlk ayağı, zaman kıstası oluşturmaktadır ki; bu yargılamanın yenilenmesi sebebinin etkilediği ilk işlem den önceki işlemlerin yeniden gerçekleştirilmesinin söz konusu olmamasını ifade eder. İkinci ayağı, maddi kıstas oluşturmaktadır ki; bu yargılamanın yenilenmesi sebebinin hiçbir şekilde etkilemediği durumların yeniden yargılamanın kapsamına girmemesini ifade eder. Üçüncü ayağı ise, ilgili sebebin etkilediği durumların tek tek tespit edilmek suretiyle bunların yenilenmesi gerekliliği oluşturur.¹⁰² Bu üçlü kıstas sayesinde yargılamanın yenilenmesinin ölçütü rahatlıkla ortaya çıkmaktadır. O halde karşı davaya ilişkin başta söylediğimizi yinelemek gerekirse; zaman bakımından cevap dilekçesinden sonraki bir aşamaya denk gelen bir yargılamanın yenilenmesi sebebi varsa veya esasa ilişkin başlangıca dönülerek bir incelemeyi gerekli kılan bir du-

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 29, Sayı: 1-2, 1963, 261-298, s. 293; Mert Namlı, Türk ve Fransız Medeni Usul Hukuku'nda Yargılamanın Yenilenmesi, Beta Basım, İstanbul 2014, s. 463.

¹⁰⁰ Bu ayırmda ilk kategori yargılama sürecinin sil baştan yapılacağı hallere özgüdür. Vekil veya temsilci olmayan bir kişinin davayı yürütmesi durumuna ilişkin yargılamanın yenilenmesi sebebi bu kategoride olup hâkimin baştan itibaren yargılamayı yapmasını sonuçlamaktadır. İkinci kategoriyi sil baştan bir yargılamanın yapılmasını gerektirmeyen durumlar oluşturur. Hâkimin yasaklılığı hali bu durum kapsamında nitelendirilir, yasaklılık halinden itibaren yapılan her türlü işlemin iptali söz konusu olur. Kanunda düzenlenen diğer sebepler de üçüncü kategoriyi oluşturur ve bunlar açısından yeni yargılama süreci tümüyle eskisinin devamı niteliğindedir. Bu ayrımlar hakkında ayrıntılı bilgi için, bkz. Umar, (Şerh) s. 1108-1110.

¹⁰¹ Bu görüşün İsviçre doktrininde yeniden yargılamanın hangi ölçüde yapılacağıyla ilgili oluşturulan kıstaslar referans alınmak suretiyle oluşturulduğunu belirtmeliyiz. Bu kıstaslar; zaman kıstası, maddi kıstas ve yargılamanın adeta hücrelerine ayrıştırılması ve yenileme sebebinin hangi işlemleri etkilediğinin saptanarak, bunların yeniden gerçekleştirilmesini öneren kıstastır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Namlı, s. 461-462.

¹⁰² Namlı, s. 463.

rum oluşmamışsa davalının karşı dava açması mümkün olmayacaktır. Ancak, yargılamanın yenilenmesi sebebi, sil baştan inceleme mecburiyetini doğuran nitelikteyse veya davalının cevap dilekçesi teslim etmesi gereken zamana kadar oluşan bir sebep ise karşı dava açılabilir.

VI. DAVANIN KARŞI DAVA İÇİN ÖNGÖRÜLEN ESASA VE SÜREYE YÖNELİK ŞARTLARI TAŞIMAMASI HALİ

A. Esasa Yönelik Şartın Gerçekleşmemesi

Asıl dava ile arasında bağlantı bulunmayan ve takas veya mahsup talebini de içermeyen bir dava, karşı dava olarak nitelenemez. Bu hale karşı davanın caiz (mesmu veya kabule şayan) olmaması da denmektedir.¹⁰³ Tahliye davasına yönelik olarak karz sözleşmesinden doğan alacak için dava açılması; alacak davasına yönelik olarak müdahalenin önlenmesi talebiyle dava açılması; yine boşanma davasına yönelik olarak istihkak davasının açılması, bağlantı şartı gerçekleşmediği için karşı dava olarak nitelenmesi mümkün olmayan hallere örnek teşkil eder.¹⁰⁴ Ayrıca takas veya mahsup talebine ilişkin şartın gerçekleşmemesi de esasa yönelik şart kapsamına dâhildir. İşte bütün bu haller açısından ne olacağı konusu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu zamanında birbiriyle bağdaşmayan farklı kararların ve ciddi sorunların ortaya çıkmasına sebep olmuştu. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 132/ f. 2 hükmü ise esasa yönelik şartın gerçekleşmemesi halinde, mahkemenin talep üzerine yahut resen karşı davanın asıl davadan ayrılmasına; gerekiyorsa dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesine karar vermesini düzenlemiştir.

Öncelikle Hukuk Usulü Muhakemeleri zamanında geçerli olan durumu incelemek gerekmektedir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 187/8'de "*davayı mütekabilenin kabule şayan bulunmadığı iddiası*" ilk itirazlar arasında düzenlenmişti. Bu sebeple davacının, açılmış bir davanın karşı dava olarak dinlenmesini önleyebilmesi için bu durumu ilk itiraz olarak ileri sürmesi gerekmekteydi.¹⁰⁵

¹⁰³ Kuru, s. 3917; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.528.

¹⁰⁴ Kuru, s. 3917 vd. ; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.528.

¹⁰⁵ Postacıoğlu, s. 283. "Oysaki; anılan önceki ecrimisil davası sırasında davalının, bu karşılık davayı açmaması olgusu, onun (haksız zenginleşmeye dayanan) böyle bir dava hakkını ortadan kaldırmaz asıl dava ile karşılık dava arasında, HUMK. nun 205. maddesinin 2. cümlesi ve dolayısıyla aynı Kanunun değişik 45. madde-

Mahkemeler davacının ilk itirazda bulunduğu durumlarda, karşı davayı reddetmeye yönelik ya da karşı davanın asıl davadan ayrılmasına yönelik birbirinden farklı kararlar tesis etmekteydiler.¹⁰⁶ Davacının ilk itirazda bulunmadığı durumlarda ise mahkemeler asıl dava ile karşı davayı birlikte inceleyip karara bağlamaktaydılar.¹⁰⁷

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 187/8'deki davanın kabulüne şayan bulunmadığı ilk itirazının uygulaması bakımından bir ayrıma gidildiği söylenmelidir. Dava açısından esasa yönelik şart gerçekleşmediği durumda ilk itiraza ilişkin hükmün geçerli olarak uygulanacağına tereddüt bulunmamaktaydı. Karşı davanın süresinde açılma şartını taşımadığı durumda ise bu hükmün uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde görüş ayrılığına yol açmıştı. Bu haller açısından ilk itirazın mı söz konusu olacağı, yoksa resen ayırma veya red kararının mı verileceği hususunda bir mutabakata varılmamıştı.¹⁰⁸

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ise karşı davanın kabulüne şayan bulunmadığı itirazı, ilk itiraz olmaktan çıkarılmış; koşulları oluşmadan bir karşı dava açılması halinde, mahkemenin talep üzerine ya da resen ayırma kararı vererek, karşı dava olarak açılan davanın görevli mahkemesine gönderilmesinin sağlanması olanağı yaratılmak suretiyle, usul ekonomisi ilkesine de uygunluk sağlanmıştır. Aralarında hiçbir bağlantı bulunmayan davaların birlikte görülmesinin de önüne geçilmiştir.¹⁰⁹

sinin 3. fıkrası anlamında tam bir irtibat bulunmaması da (ancak 187. maddesinin 8. bendi uyarınca ilk itiraz olarak öne sürülmüş olmak kaydıyla) karşılık davanın reddini gerektirmeyip, asıl davadan ayırma sonucu doğurur. O halde; belirtilen nedenlerle ve davacı ve karşı davalı tarafın ilk itirazda bulunmadığı da gözetilerek, karşılık davanın esasının incelenip hükme bağlanması gerekirken, aksine düşüncelerle yazılı olduğu gibi reddine karar verilmesi doğru değildir." Y. 3. HD., E. 1996/1140, K. 1996/2826, T. 5.3.1996.

¹⁰⁶ Kuru, s. 3920 vd. Bu kararlardan hangisinin verilmesi gerektiğine ilişkin açıklamalar ve kararlar için; yazar ayırma kararının verilmesinin usul ekonomisine ve menfaatler dengesine daha uygun olduğunu belirtmiştir. s. 3920 vd.; benzer yönde değerlendirme için bkz. Kını, s. 26. Bilge/Önen, davacının ilk itirazının kabulü halinde mahkemenin karşı davayı reddedeceğini; ilk itirazda bulunulmadığı durumda dahi mahkemenin iki dava arasında bağlantı bulunmadığını tespit etmesi halinde davaların ayrılmasına karar verebileceğini belirtmişlerdir. Bkz. Bilge/Önen, s. 461.

¹⁰⁷ Kuru, s. 3923.

¹⁰⁸ Umar, s. 425.

¹⁰⁹ Madde gerekçesinden.

B. Karşı Davanın Esasa Cevap Süresinden Sonra Açılması

Karşı davanın esasa cevap süresi geçirildikten sonra açılması, uygulamada öteden beri sorun teşkil eden bir konu olmuştur. Doktrinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu öncesi tartışmaların olduğu ve uygulamada farklı çözümlerin benimsenmeye çalışıldığı bu durum Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 133/ f. 2'de çözüme kavuşturulmuştur. Bu hüküm uyarınca; süresinden sonra karşı dava açılması halinde, mahkeme davaların ayrılmasına karar verir.¹¹⁰

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer verilen bu düzenlemeye ilişkin açıklamalar yapılmadan önce Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu dönemindeki durumdan bahsetmek gerekmektedir. Esasa cevap süresi geçirildikten sonra açılmış bir karşı davayı mahkemenin resen gözetip gözetemeyeceği tartışmalıydı. Mahkemenin bu hali resen gözetmesi gerektiğini söyleyen bir görüş olduğu gibi; davacının bu durumu ilk itiraz olarak ileri sürmesi gerektiğini söyleyen bir görüş de bulunmaktaydı.¹¹¹

Mahkemenin sürenin geçirilmesi sebebiyle vereceği kararın ne tip bir karar olması gerektiği hakkında da farklı görüşler bulunmaktaydı. Karşı davanın açılmamış sayılmasına (veya reddine) karar verilmesi,

¹¹⁰ Esasa yönelik şartın gerçekleşmediği durumda kanun gerekiyorsa dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesi gerektiğini düzenlemiştir. Süresi

¹¹¹ Kuru, s. 3930; "...karşılık davanın ancak cevap süresi içerisinde açılabileceğine ve kamu düzeniyle ilgili olması nedeniyle karşılık davanın bu süre içinde açılıp açılmadığını mahkemenin resen araştırmak zorunda bulunmasına göre..." Y. 11. HD. , E. 1974/3270, K. 1974/3869, T. 20.12.1974.

Karş."Karşılık davanın süresinde olmadığı itirazı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 187/8. maddesi gereği ilk itirazlardandır. O halde itirazın 10 günlük cevap süresi içinde kullanılması gerekir. Esasa cevap oluşturacak şekilde ve süre geçiminden sonra yapılan ilk itirazlar dikkate alınmaz. Davacı-davalı kadın süresinde ilk itirazını bildirmedikçe göre kocanın boşanma davası hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde (...karşı davanın 10 günlük esas cevap süresinde açılmaması nedeniyle açılmamış sayılmasına) hüküm kurulması isabetsizdir. Y. 2. HD. , E. 2004/5681, K. 2004/6893, T. 27.5.2004; "Karşı dava süresinde değilse de, davacı-davalı koca tarafından karşı davanın süresinde olmadığı yönünde itirazının bulunmadığı anlaşılmıştır. Mahkemece davalı-davacı kadının karşı davasının esasının incelenerek sonucu itibarıyla karar verilmesi gerekirken, karşı davanın süresi içerisinde açılmadığından bahisle karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi doğru görülmüştür. Y. 2. HD., E. 2006/12253, K. 2006/18483, T. 27.12.2006, Benzer yönde Y. 2. HD., E. 2005/1300, K. 2005/5032, T. 29.3.2005; Y. 2. HD. , E. 1997/7786, K.1997/11150, T. 22.10.1997; Y. 19. HD. , E. 2004/1803, K. 2004/9922, T. 11.10.2004.

ayırma kararı verilmesi yönünde farklı görüşler savunulmaktaydı.¹¹² Bu görüş farklılığı Yargıtay'ın uygulamasına da yansımış, yüksek mahkemenin süre sebebiyle verdiği kararlar bir istikrar kazanamamıştı. Mahkemenin süre yönünden; redde ilişkin kararları bulunduğu gibi,¹¹³ davanın açılmamış sayılması gerektiğine ilişkin kararları¹¹⁴ ve ayırmaya ilişkin kararları da bulunmaktaydı.¹¹⁵ Yargıtay'ın bir kararında¹¹⁶ haklı olarak belirttiği gibi her ne kadar davanın açılmamış

¹¹² Görüşler için bkz. Kuru, s. 3936 vd.

¹¹³ "...Karşı davanın da bu on günlük sürede açılması gerekir. ... ,bu süre geçtikten sonra verilen dilekçe üzerine cevap süresinin uzatılmasının yasal dayanağı bulunmadığından, karşı davanın süre yönünden reddi doğrudur." Y. 14. HD. , E. 2005/11451, K. 2006/894, T. 7.2.2006.

¹¹⁴ "...Ayrıca, davalı (k.davacı)nın 10 günlük yasal süreden sonra karşı dava dilekçesi verdiği anlaşıldığından bu durumda mahkemece, karşılık davanın "açılmamış sayılmasına" karar verilmesi gerekirken davanın reddine karar verilmesi doğru değildir. Çünkü, davalı (k.davacı) vekili, karşılık davanın (süresinden sonra açılmış olması nedeniyle) açılmamış sayılmasına ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesinden sonra, o davayı davacıya karşı ayrı (müstakil) bir dava olarak açma hakkına sahip olmalıdır." Y. 3. HD. , E. 2004/2611, K. 2004/2529, T. 23.3.2004; Benzer yönde: Y. 2. HD., E.1995/ 6066, K. 1995/8671, T.12.9.1995.

¹¹⁵ "Boşanma ve karşı boşanma davasına, davacı, "karşı davanın süresinde açılmadığı, bu sebeple kabule şayan bulunmadığı" yönünde ilk itirazda (HUMK. m. 187/8)bulunmuştur. Bu durumda karşı boşanma davasının tefriğine karar verilerek ayrı bir esasa kaydedilmesi gerekirken, davalı vekilinin ayrı bir boşanma davası açmasına hukuken engel bulunmadığı gerekçesiyle karşı davalı (koca)'nın bu yöndeki isteğinin değerlendirilmemesi isabetsizdir." Y. 2. HD., E.2012/17590, K. 2013/2968, T. 11.2.2013; "...O halde, anılan karşı davanın eldeki dava içinde dinlenilmesine olanak yoktur. Karşı dava için harç yatırıldığına göre dava ekonomisi bakımından eldeki davadan tefrik edilerek ayrı esasa kaydının yapılması ve müstakil dava olarak görülmesi gerekir. Nitekim 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK nun 133/2 maddesi hükmünde bu husus açıkça düzenlenmiştir..." Y. 1. H.D., E. 2012/7972, K. 2012/9617, T. 18.9.2012; "...Mahkemece karşılık davanın cevap süresi içinde açılmadığı gerekçesiyle karşılık davanın reddine karar verilmişse de, yerleşmiş uygulamalara, menfaatler dengesine ve usul ekonomisine göre, karşılık davanın cevap süresi içinde açılmaması davanın reddi sonucunu doğurmaz. Mahkemece bu durumda karşılık davanın asıl dava dosyasından tefriki ile ayrı esasa kaydına karar verilerek, yargılamaya o dava dosyası üzerinden devam edilmesi gerekirken belirtilen gerekçe ile karşılık davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir." Y. 11. HD., E. 2009/ 11417, K. 2011/4184, T. 11.4.2011 Benzer yönde; Y. 3. HD. , E. 2001/58, K. 2001/629, T. 25.1.2001; Y. 1. HD., E.2010/13855, K. 2011/389, T. 20.1.2011; Y. 2. HD., E. 2003/ 11046, K. 2003/14024, T. 21.10.2003.

¹¹⁶ "...mahkemenin süresinde açılmayan karşılık davanın açılmamış sayılmasına karar vermesi ilke olarak doğrudur. Ancak bu dava dosyasında biri asıl dava, diğeri karşılık dava bulunduğuna göre mahkeme ya karşılık davayı asıl davayla birlikte hükme başlamalı ya da (şimdi olduğu gibi) karşılık davayı daha önce karara bağlamak istiyorsa karşılık davayı asıl davadan tefrik ederek ayrı bir esasa kaydetmeli ve yeni esas numarasına kayıtlı karşılık davanın açılmamış sayılmasına karar

sayılmasına ilişkin karar verilmesi ilkesel olarak doğru olsa da bu yöntem tercih edilmemeliydi. Ayırma kararı verilmesi kanaatinde olduğumuzu belirtelim.

Biraz evvel belirtildiği gibi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 133/ f. 2 süresinden sonra karşı dava açılmış olması halinde, mahkemenin davaların ayrılmasına karar vereceğini düzenlemiştir. Bu anlamda, hükmün önceki kanun döneminden gelen istikrarsız uygulamaları bitirmeye matuf olduğu görülmektedir. Bu hüküm genel olarak birçok dava açısından uygulanabilir nitelikte olsa ve mahkemeler bu hallerde ayırma kararı vermeliyseler de¹¹⁷ kanaatimizce bazı davalar bu hükmün uygulama alanından arı tutulmalıdır. Bu durum özellikle birbirleriyle sıkı irtibat içerisinde bulunan boşanma davaları açısından geçerli kılınmalıdır.¹¹⁸ Böyle bir görüşe sahip olmamızın temelinde ya-

vermelidir. Aksi halde şimdi olduğu gibi davalardan biri hakkında karar numarası verilmeden hüküm kurulup diğer davanın aynı dosyada derdest bırakılması veya aynı esasa kayıtlı birden çok davanın birden fazla karar sayısı veya bir karar sayısı altında müteaddit ilamlarda hükme bağlanması gibi sonuçlarla karşılaşılır ki, bir mahkemede açılan davaların hangilerinin karara bağlandığı ve hangilerinin derdest olduğunu titiz bir şekilde takibi amaçlayan düzen kuralları muvacehesinde bu durum caiz görülemez. Mahkemece bu husus üzerinde durulmadan, tefrik kararı verilip yeni bir esasa kaydedilmeden ve karar numarası verilmeden karşılık davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi ve asıl davanın derdest bırakılması usule aykırı görüldüğünden kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir. Y. 11. HD. , E. 1988/6956, K. 1989/4269, T. 12.9.1989.

117 "...Somut olayda, mahkemece, karşılık davanın 4.11.2011 tarihinde açıldığı gözetilerek H.M.K.'nun 448. maddesine göre yeni yasa hükümleri gereğince karşılık davanın tefrikiyle ayrı esasa kaydedilmesi gerekirken karşı davanın esasa cevap süresinde açılmadığından bahisle reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir." Y. 3. HD. , E. 2012/6760, K. 2012 / 10088, T. 16.4.2012; "...O halde, anılan karşı davanın eldeki dava içinde dinlenilmesine olanak yoktur. Karşı dava için harc yatırıldığına göre dava ekonomisi bakımından eldeki davadan tefrik edilerek ayrı esasa kaydının yapılması ve müstakil dava olarak görülmesi gerekir..." Y. 1. HD., E. 2012/7972, K. 2012/9617, T. 18.9.2012.

118 "Karşı dava süresinde açılmamış olsa dahi "ret" veya "karar verilmesine yer olmadığına" şeklinde karar verilmeyip, esasen tefrik edilmesi gerekir. Ancak karşı dava da boşanmaya ilişkin olduğuna göre davalardan biri hakkında verilecek hüküm diğerinin sonucunu etkileyecektir. Bu itibarla aralarındaki bağlantı nedeniyle tefrik edilse dahi birleştirilmesi gerekecektir. Dava ve karşı davanın birlikte görülmesi ve delillerin birlikte değerlendirilerek sonuca gidilmesi usul ekonomisine uygun düşecektir. Tefrik kararı da verilmeyip davaların birlikte görülmesi ve taraf delillerinin birlikte değerlendirilerek karar verilmesi gerekir." Y. 2. HD. , E. 2012/ 9357, K. 2012/26807, T. 12.11.2012; "...Mahkemece karşı davanın süresinde açılmadığı gerekçesiyle reddine karar verilmiştir. Karşı dava süresinde açılmamış olsa dahi ret kararı verilmeyip esasen tefrik edilmesi gerekir. Ancak karşı dava da boşanmaya ilişkin olduğuna göre davalardan biri hakkında verilecek hüküm

tan sebep, karşı boşanma davası hakkında ayırma kararı verildikten sonra tekrar birleştirme kararı verilmesi gerekliliğinde yatar. Çünkü bu davalar hakkında verilecek kararlar birbirini etkileyeceği için delillerin birlikte incelenerek sonuca gidilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde birbirleriyle bağdaşık olmayan kararlar çıkacaktır. Bu sebeple önce ayırma sonra birleştirme gibi usul ekonomisi ilkesine ters düşen yaklaşımlara girilmeksizin; karşı davanın diğer bütün şartları münde miç olması koşuluyla, mahkemece iki dava birlikte incelenip nihayete erdirilmelidir.

Bu başlık bünyesinde son olarak incelenecek husus şartların gerçekleşmemesi durumuna ilişkin kanunun düzenlemesine dair olacaktır. Esasa yönelik şartın gerçekleşmemesi halini düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 132 f.2'de "talep üzerine yahut resen" ibaresi kullanılmışken; süreye yönelik şartın gerçekleşmemesi m. 133/ f.2'de mahkemenin davaların ayrılmasına karar vereceği şeklinde düzenlenmiştir.

Doktrinde bu kararın da talep üzerine veya resen mahkemece verilebilecek kararlardan olduğuna değinen yazarlar olmuştur.¹¹⁹ Kanatımızca, burada iki farklı durumu ayırmak gerekmektedir. Şöyle ki: Esasa yönelik şartın gerçekleşmediği ilk durumda; davacının da birtakım iddialarda bulunarak takas veya mahsup ilişkisinin bulunmadığını ispat etmesi ya da davalar arasında bağlantı bulunmadığını ispatlayacak olgular göstermesi mümkündür. Dolayısıyla ayırma kararı bu

diğerinin sonucunu etkileyecektir. Bu itibarla aralarındaki bağlantı nedeniyle tefrik edilse dahi birleştirilmesi gerekecektir. O nedenle dava ve karşı davanın birlikte görülmesi ve delillerin birlikte değerlendirilerek sonuca gidilmesi usul ekonomisine uygun düşecektir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenleme (md. 133/2, 166/1-4) davaların birleştirilmesine ve birlikte görülmesine engel değildir. Bu sebeple tefrik kararı da verilmeyip davaların birlikte görülmesi ve taraf delillerinin birlikte değerlendirilerek sonuca gidilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, ..." Y. 2. HD. , E. 2010/18530, K. 2011/19756, T. 24.11.2011; Benzer yönde çözüme Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu zamanında da varıldığı görülmektedir: "Karşılık dava süresinde açılmış ise de; delillerin değerlendirilmesi ve boşanmanın fer'i (eki) niteliğindeki talepler nazara alındığında kadının ve kocanın açtığı davaların birlikte görülmesindeki yarar açıktır. Davalı-davacı kocanın açtığı davanın tefrikine karar verilmesi halinde dahi her iki davanın birleştirilmesine karar verilmesi gerekir..." Y. 2. HD., E. 2006/4180, K. 2006/10043, T. 26.6.2006.

¹¹⁹ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 529. Madde gerekçesinde bu hal, "mahkemenin kendiliğinden dahi asıl davayla ona karşı açılmak istenen davanın ayrılmasına karar vereceği" şeklinde belirtilmiştir.

haller açısından talep üzerine de verilebilir. Ancak ikinci durum olan süreye yönelik şartı mahkeme, herhangi ek bir işlem yapmaksızın da tespit edebildiğine göre, talep koşuluna da gerek olmaksızın ayırma kararının verilmesinden söz edilecektir.

SONUÇ

Karşı davaya ilişkin çalışmamız neticesinde varmış olduğumuz sonuçlar ve bizce vurgulanması gereken hususlar şöylece özetlenmelidir:

1. Karşı dava, kendisine yönelik olarak açılmış bir davaya ilişkin davalının aynı mahkemede davacıya karşı açmış olduğu dava şeklinde tanımlanmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu 132 ila 135. maddelerde düzenlemesini bulan bu dava sayesinde davalılar, savunma yapmakla yetinmeyerek kendi taleplerinin de hüküm altına alınmasını sağlayabilmektedirler. Ancak aynı mahkemede böyle bir davanın açılması ve bu davanın karşı dava olarak kabul görmesi belirli şartların gerçekleşmesine bağlıdır. İşte çalışmamızın sınırlarını da bu şartlar, dava prosedürü, karşı davaya ilişkin birtakım özellik arz eden hususlar ve şartların gerçekleşmemesi durumu oluşturmuştur.
2. Karşı davanın şartları, usule ve esasa yönelik şartlar olmak üzere bir tasnife tabi tutularak incelendi. Usule yönelik ilk şart olan asıl davanın derdest olması gerekliliğinden, açılmış olan asıl davanın mahkeme kararıyla sonlandırılmamış olmasının anlaşılacağı belirtildi.

Bu kapsamda asıl davanın davalının kabulüyle son bulması halinde, karşı dava açılmasının mümkün olup olmayacağına ilişkin doktrinadaki görüşlere yer verildi. Kanaatimizin her ne kadar davalı derdestlik yönünden bir engel ile karşılaşmasa da, asıl davanın sona ermesinin karşı dava nitelemesini de önleyeceği şeklinde olduğu belirtildi. Burada irade bozukluğu hallerinden birine dayanılarak kabulün iptal edilmesinin, asıl dava ve karşı dava nitelemesini mümkün kılacak yegâne yol olduğuna değinildi.

3. Usule yönelik ikinci şart olan, davaların aynı yargılama usulüne tabi olması gerekliliği incelendi. Genel ve özel mahkemeler bağ-

lamında, asıl davanın genel mahkemenin karşı davanın ise özel mahkemenin görevine girdiği durumlarda mahkemenin nasıl bir değerlendirme yapacağıyla ilgili doktrinde tartışmanın olduğu belirtildi. Böyle bir durumda, mahkemenin her iki dava açısından görevsizlik kararı vermek suretiyle davaları özel mahkemeye göndermesi gerektiğine dair görüşün kabul edildiği açıklandı. Usule yönelik üçüncü şart olan, karşı davanın esasa cevap süresi içerisinde açılması ele alındı. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile süre koşuluna riayet etmek kaydıyla cevap dilekçesinden ayrı bir dilekçeyle de davanın açılacağına dair düzenlemeye işaret edildi.

4. Esasa yönelik şartlar incelenirken, asıl dava ve karşı dava arasında yakın ilişki bulunması gerekliliği belirtildikten sonra bu kapsam başlığında şartlar değerlendirildi. Karşı davanın uygulamasında geniş yer teşkil eden "takas ve mahsup talebinin bulunması" şartı incelendi. Bu anlamda, takas ve mahsubun birbirinden farklı kavramlar olmasına rağmen halen karıştırıldığına ve sanki bir kelime grubuymuşçasına birlikte kullanıldığına dikkat çekildi.
5. Takas incelemesi kapsamında çeşitli alt başlıklarda değerlendirmeler yapıldı. Takas ve mahsuba ilişkin yerel mahkemelerin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 204 hükmünü lafzen yorumlamaları neticesinde, mutlaka karşı dava açılmak suretiyle takas ve mahsubun ileri sürüleceğine dair kararlarının yanlışlığına değinildi. Bu anlamda davalının takas ve mahsup sebebine dayanarak karşı dava açması nasıl mümkünse, aynı şekilde savunma suretiyle talebini ileri sürmesinin de mümkün olduğu belirtildi. Takasın davada çeşitli görünüm biçimleri de ele alındı. Mahkeme dışında gerçekleştirilen takasın sonradan açılan bir davada ileri sürülmesi, dava esnasında takasın beyan edilmesi ve takasın karşı dava yoluyla ileri sürülmesi bu görünümleri oluşturmuştur.
6. Davalının karşı dava açarak takas etmek istediği alacağın, asıl davada iddia edilen alacaktan az veya bu alacağa eşit olduğu durumlarda hukuki yarar bulunmaması sebebiyle karşı davanın açılmayacağı, davalının bu hallerde savunmada bulunmakla yetinmesi gerektiğine dair doktrindeki hâkim görüş ele alındı. Azınlıkta kalan ikinci görüşün, asıl davada talep edilen alacağın mevcut olmamasından yola çıktığına işaret edildi, bu görüş asıl alacağın

olmaması ihtimalinden ötürü davalının hukuki yarar gerekçesiyle karşı dava açmaktan mahrum bırakılmaması gerektiğini savunmaktadır. Ancak, asıl davada iddia edilen alacak yoksa takastan bahsedilemeyeceği için, bu durumlar açısından bağlantının mevcudiyetinin incelenerek davaların nitelendirilmesi gerekliliği vurgulandı. Ayrıca, takasın karşı davada terditli olarak ileri sürüldüğü duruma ilişkin ihtimaller ve karşı davanın bağlantı sebebine dayanılarak terditli olarak açılması da takas kapsamında incelediğimiz konulara dâhildir.

7. Esasa yönelik diğer bir şart olan davalar arasında bağlantı bulunması gerekliliği incelendi. Bu şart değerlendirilirken bağlantının geniş olarak yorumlanması gerektiği belirtildi.
8. Karşı davanın açılması, incelenmesi ve davaya ilişkin birtakım prensiplerin incelenmesi safhasında öncelikle karşı davanın bağımsız bir dava olmasından ötürü harca tabi olduğu hususuna değinildi. Uygulamada harçla ilintili özellikle süresinde yatırılmamaya dair ciddi sıkıntıların olduğu, bu sebeple davanın karşı dava olarak nitelenemediği, sonradan harç tamamlattırılmasının da isabetli bir yöntem olmadığı kanaati belirtildi. Bu kapsamda özellikle boşanma davası gibi aralarında sıkı bağlantının var olduğu davalarda, süresinde harç yatıramamanın getirdiği sorunu kişilerin gecikmeden müstakil olarak dava açmalarıyla çözümlenebileceklerine dikkat çekildi. Çünkü bu takdirde davalar birleştirilmek suretiyle nihayete erdirilecektir.
9. Mahkemenin her iki davayı birlikte incelemek suretiyle sonuca ulaştığı belirtildikten sonra, bu davaların birbirinden bağımsız olmasını vurgulamak amacıyla getirilen, asıl davanın herhangi bir sebeple sona ermesinin karşı davayı etkilemeyeceğine ilişkin m. 134 hükmüne değinildi.
10. Mahkemenin birlikte incelediği asıl dava ve karşı dava için tek bir hüküm tesis edeceğine; fakat bu hükümde davalar hakkında varmış olduğu sonuçlara karar anlamında ayrı ayrı yer vereceğine değinildi. Hüküm verilmesine dair yerel mahkemelerin tutumunun ciddi sıkıntılar oluşturduğu; kimi zaman mahkemelerin karşı davaya ilişkin talep hakkında bir sonuca varmadıklarına, kimi zaman ise vardıkları sonuca kararlarında yer vermediklerine dikkat çekil-

di. Özellikle karşı davanın geniş uygulama alanı bulduğu boşanma davalarında, yerel mahkemelerin nasılsa boşanma gerçekleşiyor mülahazasıyla asıl davacının davasını kabul ettiğine, karşı davayı da yeterli incelemeye tabi tutmayarak reddettiğine işaret edildi. Burada kastedilenin birbiriyle bağdaşık olmayan taleplerin kabul edilmesi olmayıp, tarafların dayandıkları sebeplerin ve istemlerinin hükme olması gerektiği şekliyle yansıması olduğu vurgulandı.

11. Mahkemenin davalar hakkında tesis etmiş olduğu kararların tek bir hüküm içerisinde yer aldığı, temyiz sınırlarının ayrı olarak hesaplandığı ve birbirlerinden bağımsız olarak temyize tabi oldukları incelendi. Vekâlet ücretine de mahkemenin her iki dava açısından ayrıca hükmetmesi gerekliliğine değinildi. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun dava ile ilgili hükümlerinin karşı davaya uygulanmasına dair m. 135 ve karşı davaya yönelik olarak karşı dava açılması yasağını içeren m. 132 f. 3 hükümleri de ele alındı.
12. Esasa cevap süresini geçiren davalının ıslah yolu ile karşı dava açabilmesine ilişkin doktrinadaki görüşlere yer verilip Yargıtay'ın bu konu hakkındaki görüşü belirtildi.
13. Tahkim yargılamasında da karşı dava açma yolunun belirli sınırlar çerçevesinde caiz olduğu, Yargıtay Kararlarının da bu durumu teyit ettiği belirtildi. Ayrıca yargılamanın yenilenmesinde karşı dava açılması durumu incelendi.
14. Karşı dava için öngörülen esasa yönelik şartların gerçekleşmemesi halinde mahkemelerin ne şekilde hareket etmesi gerektiğiyle ilgili Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 132 f.2 incelendi. Bu hüküm uyarınca mahkemelerin ayırma kararı vereceği belirtildi. Ancak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu zamanında böyle bir hükmün bulunmadığına ve yeknesak bir uygulamanın da oluşmadığına değinildi. Esasa yönelik şartın gerçekleşmemesinin eski kanun döneminde, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 187/7 uyarınca ilk itiraz olarak ileri sürülmesi gerektiği, davacı tarafından böyle bir itiraz ileri sürülmediği durumlarda davaların birlikte incelendiğine işaret edildi.
15. Karşı davanın süreye yönelik şartı taşımaması bahsi; esasa cevap süresi geçirildikten sonra davanın açılması başlığında Hukuk Usulü

lü Muhakemeleri Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu açısından ikili bir değerlendirmeye tabi tutuldu. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu zamanında süreye riayet edilmeksizin davanın açılması halinde, bu durumun mahkemece resen gözetilmesi veya davacının ilk itiraz olarak ileri sürmesi yönünde farklı görüşlerin bulunduğu belirtildi. Mahkemenin süre şartına uyulmadığı için vereceği karar hakkında da; ret, açılmamış sayılma ve ayırma kararı verilmesi yönünde farklı görüşlerin ve kararların olduğuna değinildi. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 133 f. 2'nin bu tartışmaları bitirdiği ve mahkemenin davaların ayrılmasına karar vereceği hükmünü ihdas ettiği belirtildi. Bu hükmün uygulaması kapsamından aralarında çok sıkı bağlantının bulunduğu boşanma davalarının ayırık tutulabileceği belirtildi. Böyle bir görüşte bulunmamızın temelinde yatan sebep, bu davalar hakkında ayırma kararı verildikten sonra dahi birleştirme kararı verilecek olmasındandır. Dolayısıyla usul ekonomisi prensibi de göz önünde tutularak bu davalar açısından farklı bir yoruma gidilmesinin haklı gerekçeleri bulunmaktadır. Bu anlamda, *de lege ferenda* yapılacak bir değişiklik aralarında çok sıkı bağlantı bulunan bu davalar açısından ayırık hüküm ihdas edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Kaynakça

- Tolga Akkaya, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- Alangoya Yavuz/Yıldırım M. Kamil/Deren-Yıldırım Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, Tıpkı Sekizinci Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2011.
- Ansay Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Bası, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1960.
- Aral Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Takas, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.
- Ramazan Arslan, Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, (İade-i Muhakeme) Ayyıldız Matbaası A.Ş., Ankara 1977.
- Atalay Özcan, "Uygulamada Takas ve Mahsup", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 1, 1980, 10-13.
- Balcı Muharrem, İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, Danışman Yayınları: 3, Nisan 1999.
- Bilge Necip/ Önen Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1978.
- Buz Vedat, "Takas Beyanının Geriye Etkisi Üzerine", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, İstanbul 2000, 229-253.

- Çuhacı Şemsettin, "Takas ve Mahsup Kavramları Üzerine Bir İnceleme", Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, 159-172.
- Dayınlarlı Kemal, HUMK'da düzenlenen ihtiyari İç Tahkim m. 516-536, Gözden geçirilmiş, genişletilmiş ve Yargıtay Kararları ile güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara 2004.
- Develioğlu Hüseyin Murat, Takas, Kavram-Takas Beyanında Bulunma Hakkının Oluşum Şartları ve Kullanılması - Takasın Hukuki Sonuçları, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Uyarlanmıştır. , 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- Devellioğlu, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, 30. Baskı, Akaydın, Ankara 2013.
- Ercan İsmail, Medeni Usul Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Eren Fikret, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 18. Baskı, Ankara 2015.
- Ermenek İbrahim Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul, (Mahkeme Huzurunda Yapılan Kabuller), Adalet Yayınevi, Ankara 2009.
- Ermenek İbrahim, Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- ErtekinErol/İzzet Karataş, Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Yetkin Yayınları, Ankara 1997.
- Eugen Bucher, "Yargılamada Takas: Maddi Hukuka Dönüş", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, çeviren, Vedat Buz, Cilt: 2, İstanbul, 2003, 613-650.
- Gençcan Ömer Uğur, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, Bilimsel Açıklama - Son İçtihatlar, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- Hanağası Emel, Davada Menfaat, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- İnan Ali Naim/Yücel, Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ekim 2014.
- İpek M. Gündüz, "Karşı Dava", *Eskişehir Barosu Dergisi*, Nisan 2003, 20-28.
- İyilikli Ahmet Cahit, "Mütekabil (Karşılık) Dava", *Yargıtay Dergisi*, 2004/1-6, 147-164.
- Karahacıoğlu Ali Haydar/Parlar Aynur, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Bilge Yayınevi, Ankara 2012.
- Karslı Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, Alternatif Yayınları, İstanbul 2012.
- Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Genişletilmiş 19. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, 2015.
- Kini Uğur Aybeğ, Karşılık Dava, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2009.
- Kiraz Taylan Özgür, Medeni Yargılama Hukukunda İkrar, Das Geständnis im Zivilprozessrecht, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Eklenmiş 'Giriş' Bölümü Hariç 2. Tıpkı Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2013.

- Konuralp, Cengiz Serhat, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2011.
- Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, Cilt: IV, Demir-Demir, İstanbul, 2001.
- Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, Cilt: V, Demir Demir, İstanbul 2001.
- Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, Cilt: VI, Demir Demir, İstanbul, 2001.
- Kuru Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 25. Baskı, (Tıpkı Basım) Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- Kuru Feriha, Takas İşlemi, Takasın Davaya ve İflasa Etkisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2012.
- Muşul Timuçin, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- Namlı Mert, Türk ve Fransız Medeni Usul Hukuku'nda Yargılamanın Yenilenmesi, Beta Basım, İstanbul 2014.
- Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- Olgaç Senai, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Borçlar Kanunu, Olgaç Matbaası, Ankara 1976.
- Önen Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara, Sevinç Matbaası, 1979.
- Özkaya-Ferendeci, H.Özden, İflas Hukukunda Takas, Beta Yayınları, İstanbul 2013.
- Öztek Selçuk, "Ulusal Tahkimde Uygulanacak Yargılama Usulü", Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tahkim Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler, İstanbul 2009, 339-358.
- Öztan Bilge, Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, 37. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2012.
- Pekcanitez Hakan/Atalay,Oğuz/Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 14. Bası, Ankara 2013.
- Postacioğlu İlhan E./Altay Sümer, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- Reisoğlu Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1.7.2012'de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Yirmi Üçüncü Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2012.
- Sezer Serhat Tolga, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Takas, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk (Medeni Usul-İcra İflas) Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.
- Soner Lütfi Fikri, "Karşılık Davada İlk İtiraz ve Bu Davanın Dinlenme Olanacağı", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, Ankara, 1976, 48-55.
- Sungurtekin-Özkan Meral, Türk Medeni Yargılama Hukuku, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir, 2013.

- Tanrıver Süha, "Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Sorunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1993/2, 212-243.
- Tekinay Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, 1993.
- Tercan Erdal, "Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Geri Alınması", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt XIX, Sayı 3, Haziran 1998, 113-133.
- Topuz Gökçen/Topuz, Seçkin, "Takasın Davada İleri Sürülmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 57, Sayı 3, 2008, 719-731.
- Tutumlu Mehmet Akif, Kuram ve Uygulama Işığında Medeni Usul Hukukunda Islah, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.
- Ulgar Orbay Bahri, Medeni Usul Hukukunda Karşılık Dava, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011.
- Ulukapı Ömer, Medeni Usul Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya 2014.
- Umar Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yargıçlar ve Avukatlar İçin HMK Uygulamasında Karşılaşılacak Soru ve Sorunların Türk ve Neuchatel Bilimsel ve Yargısal İçtihatları Işığında Yanıtları ve Çözümleri, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- Umar Bilge, "Muhtevası ve Hukuki Mahiyeti Bakımından İkrar Kavramı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'ya Armağan, Cilt: 30, Sayı: 1-2, 1964, 244-263.
- Umar Bilge, "Türk Medeni Usul Hukukunda İadei Muhakeme", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 29, Sayı: 1-2, 1963, 261-298.
- Üstündağ Saim, "Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Takas ve Davada Kullanılmasının Arz Ettiği Özellikler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 25, 1959, 214-224.
- Üstündağ Saim, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1967.
- Üstündağ Saim, Medeni Yargılama Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 1992.
- Von Tuhr Andreas, Borçlar Hukuku 1-2, çeviren Avukat Cevat Edege, Ankara, 1983.
- Yeğengil Rasih, Tahkim (L'arbitrage), İstanbul, 1974.
- Yılmaz Ejder, "Davada Takas ve Mahsup Talebi", Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, Legal Kitabevi, Sayı 16, 2010, 247-284.
- Yılmaz Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- Yılmaz Ejder, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, 6100 sayılı HMK'na göre değiştirilmiş 3. bası, Ankara 2011.
- Elektronik Kaynakça: www.kazancı.com

GEMİLERİN İHTİYATI HACZI

PRECAUTIONARY ARREST OF SHIPS

Mehmet Ali AKSOY*

Özet: 6762 Sayılı TTK döneminde, cebri icraya ilişkin kurallar ve bu bağlamda geminin ihtiyati haczi; Alman Hukuk'undan ve milletler arası sözleşmelerden kaynaklanan maddi hukuk kuralları ve İsviçre'den iktibas edilen usul hukuku kuralları nedeniyle deniz ticaret hukukunun en tartışmalı kısmını oluşturmakta idi.¹ Bu nedenle TTK'nin söz konusu kısmında köklü reforma gidilmiş ve Türkiye'nin taraf olmamasına rağmen TTK düzenlemelerine 1999 Tarihli Sözleşme² esas alınmıştır.³

Anahtar Kelimeler: Geminin İhtiyati Haczi, Kardeş Geminin İhtiyati Haczi, Serbest Bırakılan Geminin Yeniden veya Aynı Alacak İçin İhtiyati Haczi, Aynı Deniz Alacağı İçin Kardeş Geminin İhtiyati Haczi

Abstract: During the Turkish Commercial Code (TCC) (no. 6762) period, rules on enforcement and in this context precautionary arrest of the ship was the most controversial part of the maritime law. Because of the fact that substantive law rules adapted from German Law and international conventions and the procedural law rules adapted from Swiss Law. For this reason, TCC (6102) provisions were reformed radically and although Turkey is not a participant, the Turkish Commercial Code provisions are excerpted from the Convention on Arrest of Ships, 1999.

Keywords: Precautionary Arrest of Ships, Precautionary Arrest of Sister Ships, Right of Rearrest, Right of Multiple Arrest

* Dr., Gazi Üniversitesi Tapu Kadastro Yüksek Okulu Ticaret Hukuku Bilim Dalı Öğretim Görevlisi

¹ TTK Genel Gerekeşi no 197.

² Gemilerin, mevzuatları birbirinden farklı olan ülke limanlarında dolaşması ve değişik ülke mevzuatlarına göre sürekli ihtiyati haciz tehdidiyle karşılaşması nedeniyle uluslar arası mevzuatın tek tipleştirilmesi ihtiyacı doğmuş ve bu amaçla Gemilerin İhtiyati Hacine İlişkin 1999 tarihli Cenevre Sözleşmesi kabul edilmiştir. 14 Eylül 2011 tarihinde uygulamaya konan söz konusu sözleşmeye Türkiye taraf olmamıştır.

³ Kerim Atamer/Cüneyit Süzel, Yeni Deniz Ticareti Hukukunun Kaynakları, C I, XII Levha Yayınları, İstanbul 2013, s. 714.

1. İHTİYATİ HACİZ KAVRAMI VE İHTİYATİ TEDBİR YASAĞI

İhtiyati tedbir ve ihtiyati haciz, her ikisi de geçici hukuki himaye tedbiri olmasına rağmen her iki müessesenin esasları; hükümleri ve sebep ve sonuçları birbirinden oldukça farklıdır.⁴ Hukukumuzda para ve teminat alacakları için başvurulabilecek geçici hukuki himaye tedbirini ihtiyati haciz oluşturur ve aslında ihtiyati haciz alacaklının nihai tatminine yönelik olmayıp bu tatmini mümkün kılmayı amaçlar.⁵ Bir yargılamada dava konusuna ilişkin geçici hukuki himaye tedbirini ise ihtiyati tedbir oluşturur. Ancak TTK düzenlemesi ile deniz alacaklarına ilişkin olarak ihtiyati tedbir yolu kapatılmış ve dava konusunu oluştursa da alınabilecek tek hukuki himaye tedbiri ihtiyati haciz olarak belirlenmiştir.

1.1. Geminin İhtiyati Haczi Kavramı

Türk Hukukunda ihtiyati haciz müessesesi para ve teminat alacaklarına ilişkin takibin sonucunu güvence altına almak için başvuru olan geçici hukuki himaye tedbirini ifade eder. İhtiyati hacizde takibin sonucunu güvence altına almak amacıyla borçlunun elinde veya üçüncü şahısta olan taşınır ve taşınmaz mallarına ve alacaklarına el konulur (İİK m 257). Ancak söz konusu mal ve haklar üzerinde bir çekişme bulunmaz ve söz konusu mal ve haklar takibin konusunu oluşturmaz; yalnızca bir para alacağının ödenmesi için tedbir alınır ve söz konusu tedbir davanın konusudur.⁶ Şartların oluşmasıyla ihtiyati haciz kesin hacze dönüşür ve daha sonra satış aşaması takip eder. Bu anlamda ihtiyati haciz para ve teminat borçlarının ödenmesine hizmet eden bir kurumdur ve ihtiyati haciz koruması takipten önce veya sonra talep edilebilir. İhtiyati haciz asıl amaç değil bu amaca ulaşmayı sağlayan bir tedbirdir. Ancak muhafaza tedbiri olması yanında kesin hacze dönüşebilmesi ve bu sayede dolaylı olarak alacaklının tatmini-

⁴ Ejder Yılmaz, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Yetkin, Ankara, 2001, s. 176; Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 432.

⁵ Muhammet Özekes, İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Seçkin, Ankara 1999, s. 13.

⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 432.

ne hizmet etmesi açısından önem arz eder.⁷ Hukukumuz açısından para ve teminat alacaklarına ilişkin bir takibin sonucunun garanti altına alınması için başvurulması gereken yol ihtiyati hacizdir. İhtiyati haczin konusu para alacağının garanti altına alınması olduğu için ihtiyaten haczedilen mal üzerinde her hangi bir çekişme söz konusu olmadığı gibi mallar tedbirin veya bir davanın konusu da değildir.⁸ Alacak dışında kalan borçluya ait ve haczedilebilir mal ve haklar üzerine ihtiyati haciz konur.⁹ Borcun ödenmemesi durumunda ihtiyati haciz kesin hacze dönüşür ve mallar satılır; bedeli alacaklıya ödenir.¹⁰ Bu nedenle ihtiyati haciz koruyucu ve güvence sağlayıcı bir fonksiyonu yerine getirir.¹¹

Deniz hukuku anlamında ise ihtiyati haciz; bir deniz alacağının¹² teminat altına alınması için, mahkeme kararı ile geminin alıkonulması veya seferden men edilmesi suretiyle borçlunun tasarruf alanından çıkarılmasını ifade eder. Bu anlamda geminin ihtiyati haczi kavramı İİK anlamında ihtiyati haciz yanında sınırlı sayıdaki ayni ve şahsi talep haklarının güvence altına alınması için başvuru için geçici hukuki himaye tedbiri olarak gemiye el konulmasını da içerir niteliktedir. Bu nedenle gemilerin ihtiyati haczi, icra iflas hukukunda olduğu şekilde takip yolunun güvence altına alınması için başvuru için geçici hukuki himaye tedbiri olma niteliği yanında yargılama konusunun güvence altına alınması başvurulacak yegâne himaye tedbiri olması açısından ihtiyati hacze ilişkin özellikleri de bünyesinde bulundurur. Bu nedenle gemilerin ihtiyati haczi deniz icra hukukuna ilişkin teknik bir kavramdır.¹³ Bu kapsamda liman başkanlığı tarafından gemiye izin kâğıdı verilmeyeceği gibi hareketine de engel olunur.¹⁴

⁷ Ergun Önen, "İhtiyati Haczin Kaldırılması Davası", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1980 C. 37 S. 1-4 s. 251-280, s. 252.

⁸ Yılmaz, s. 177

⁹ Önen, s. 252

¹⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 433.

¹¹ Önen, s. 251

¹² Geminin ihtiyati haczine yalnızca kanunda deniz alacağı olduğu tahdidi şekilde belirtilen alacaklar için başvurulabilir. Ayrıca söz konusu alacakları elde etmek için geminin yalnızca ihtiyati haczine başvurulabilir. Başka bir yolla geminin seferden men edilmesi söz konusu değildir.

¹³ Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s. 530.

¹⁴ Fahiman Tekil, *Deniz Hukuku*, Alkım Yayınları, İstanbul, 1998, s. 458.

1.2. İhtiyati Tedbir Yasağı

Türk Hukuk Sisteminde dava konusu bir mal bulunması¹⁵ ve uyuşmazlığın söz konusu mal üzerindeki aynı hakka ilişkin olması¹⁶ durumunda takibin sonucunun güvence altına alınması ve davacının dava konusu mala kavuşması için başvurulmuş geçici hukuki himaye tedbiri ihtiyati tedbirdir. Yani ihtiyati tedbirde davanın konusunu oluşturan “şey” üzerine tedbir konularak bir tehlikenin veya bir zararın önlenmesi amaçlanmakta¹⁷ ve yargılamanın sonucu garanti altına alınmaktadır.¹⁸ İhtiyati tedbirde ilgili şey, haklı çıkması halinde yargılama sonunda aynen alacaklıya verilir.¹⁹ TTK düzenlemesinde ise geminin mülkiyetine veya geminin zilyetliğine ilişkin uyuşmazlıklarda da mahkemeler takip sonucunun güvence altına alınması için ancak ihtiyati haciz kararı verebilecektir. Deniz alacakları için gemi üzerine ihtiyati tedbir konulması veya başka bir surette geminin seferden men edilmesi ise istenemez (TTK m. 1353/1). Söz konusu düzenleme ile ihtiyati tedbir kararı veya hapis hakkına ilişkin kararın verilmesi ve geminin seferden men’inin önü kapatılmıştır. Ancak deniz alacakları için yalnızca gemilerin ihtiyati haczi yolu kapatılmıştır. Söz konusu alacaklar için gemileri konu almayan ihtiyati tedbirler alınabilir.²⁰

HMK m. 391 uyarınca verilebilecek ihtiyati tedbirler; tedbire konu olan mal veya hakkın muhafaza altına alınması veya bir yediemine tevdi yanında bir şeyin yapılması veya yapılmaması gibi, sakıncayı ortadan kaldıracak veya zararı engelleyecek her türlü tedbir olarak belirtilmiştir. Ancak doktrinde ihtiyati tedbir yasağı kapsamında her türlü ihtiyati tedbirin değil mal veya hakkın muhafaza altına alınması ve yediemine tevdi gibi geminin seferden men’i sonucunu doğuran ihtiyati tedbirlerin ifade edildiği; gemiye el konması ve seferden men’i sonucunu doğurmayan ihtiyati tedbirin ise söz konusu yasağa rağmen mümkün olduğu haklı olarak belirtilmektedir.²¹ Yani TTK m.

¹⁵ İhtiyati tedbirde tedbir konulan şey uyuşmazlığın konusunu oluşturur (HMK m. 389).

¹⁶ Yılmaz, s. 181.

¹⁷ Önen, s. 252

¹⁸ Yılmaz, s. 176.

¹⁹ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 433.

²⁰ Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özkes, s. 531.

²¹ Ergon A.Çetingil/Rayegan Kender/Samim Ünan/Emine Yazıcıoğlu, “TTK Tasarısının “Deniz Ticareti” Başlıklı 5. Kitabında Yer Alan Hükümler Hakkında”,

1353/1 kapsamında yasaklanan ihtiyati tedbir konulması değil ihtiyati tedbir yoluyla geminin seferden alıkonulmasıdır. Bu nedenle söz konusu TTK düzenlemesine rağmen geminin aynına ilişkin uyuşmazlıklarda geminin mülkiyetinin devrinin yasaklanması gibi “sakıncayı ortadan kaldıracak veya zararı engelleyecek” geminin seferden men’i sonucunu doğurmayan diğer ihtiyati tedbir kararları alınabilmelidir. Zira TTK düzenlemesinde geminin mülkiyetine veya gemi üzerindeki aynı hakka ilişkin uyuşmazlıklarda da geminin ihtiyati haczi yoluna gidilmekle birlikte istenen sonuç elde edilmeyebilecektir. Örneğin ihtiyati haciz her ne kadar ilgili sicillere şerh verilse de şerhin devri kısıtlayıcı bir etkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle şerhe rağmen borçlu icra dairesinin veya alacaklının onayına ihtiyaç olmaksızın hacizli gemiyi üçüncü bir kişiye devredebilir. Ancak bu durumda satın alan kişi gemiyi hacizle birlikte satın almış olur. Gemisinin satılmasını istemiyorsa alacağı ödeyerek gemisini elde eder. Gemi üzerindeki aynı bir hakka ve özellikle mülkiyete ilişkin uyuşmazlıklarda ise davayı kazanan kişi malın mülkiyetini elde edecektir. Bu durumda söz konusu kişi gemiyi borcu ödeyerek dahi elince bulunduramayacaktır.²² Bu nedenle devralan kişinin gemiyi ihtiyati hacizle birlikte devralmasının hiçbir pratik önemi olmayacaktır.

2. İHTİYATİ HACZİN ŞARTLARI

Gemi üzerinde ihtiyati haciz kurulabilmesi için öncelikle bir deniz alacağının mevcut olması ve alacağın muaccel olması gerekir. Zira ihtiyati haciz ancak bir deniz alacağı için kurulabilir. Ayrıca üzerinde ihtiyati haciz kurulabilecek bir geminin mevcut olması, alacaklı tarafından teminat gösterilmesi ve ihtiyati haczi tamamlayan merasimin yerine getirilmesi de ihtiyati haciz kurulmasının diğer şartlarını oluşturmaktadır.

DHD Özel Sayı Ocak 2006 1-297, s. 275; Barış Peker, “Türk Hukukunda Gemilerin İhtiyati Haczi” İstanbul 2010 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi), s. 71; Sevilay Kuru, “TTK Tasarısının Deniz Ticareti Kitabındaki Cebri İcra Hükümlerine İlişkin Görüşler”, DHD Özel Sayı, Deniz Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul 2006, 385-408, s. 390; Atamer Kerim, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Deniz Hukukunda Cebri İcra, Arıkan Yayınları, İstanbul 2006 (Sonraki atıflar: Atamer, Cebri İcra, şekildedir) s.282.

²² Yılmaz, s. 254.

2.1. İhtiyati Haciz İstenebilecek Bir Deniz Alacağı'nın Mevcut Olması

Kesin hacizden farklı olarak²³ bir geminin ihtiyati haczi her türlü alacak için değil²⁴ yalnızca deniz alacakları için istenebilir. Deniz alacakları dışında diğer alacaklar için gemi hakkında ihtiyati haciz kararı verilmesi (TTK m. 1353/3) ve geminin seferden alıkonulması mümkün değildir. Deniz alacakları; alacağın söz konusu gemi veya geminin işletilmesinden doğmasını²⁵ deniz alacağı'nın gemi rehini, gemi ipoteği veya gemi üzerinde aynı nitelikteki bir aynı yükümlülük ile teminat altına alınmasını veya uyuşmazlığın geminin mülkiyetine veya zilyetliğine ilişkin olmasını veya alacağın gemi alacaklısı hakkı vermesini ifade etmektedir (TTK m. 1369/1). Ayrıca istisnai haller dışında söz konusu alacağın vadesinin gelmiş olması da gerekir.

İhtiyati haciz kararı geçici bir hukuki himaye tedbiri olduğu ve davanın esasına girilmeyeceği için ihtiyati haciz kararı verilmesi için İİK m. 258' paralel şekilde tam bir ispat aranmamış, alacaklının alacağının deniz alacağı olduğunu ve parasal değeri hakkında kanaat getirecek delil göstermesi yeterli görülmüştür (TTK m. 1362). Ayrıca deniz alacağı olduğu belirtilen alacakların bir kısmı haksız fiil niteliği taşıdığı için alacaklının belgeye dayanması da gerekmez. Mahkeme ilk bakışta elde ettiği kanaate göre karar verir.²⁶ Alacaklı alacağının söz konusu deniz alacaklarından biri olması yanında vadesinin geldiği konusunda da kanaat getirici delil ileri sürmesi yeterlidir. Alacağın rehinle temin edilmemiş olması ise İİK hükümlerinin aksine geminin ihtiyati haczinin istenmesinin bir unsuru olarak aranmaz.

6102 sayılı TTK sisteminde geminin ihtiyati haciz yoluyla seferden

²³ Alacağın kesinleşmiş bir ilama bağlanması durumunda Türk ve yabancı bayraklı bütün gemilerin kesin haczi ihtiyati hacze ilişkin hükümlere göre yapılır. Ancak deniz servetiyle sınırlı sorumluluk ilkesine TTK'de yer verilmemiştir. Bu nedenle gemilerin ihtiyati haczinde geçerli olan "deniz alacağı" sınırlamasına tabi olmaksızın donatanın her borcu için geminin kesin haczi istenebilir ve gemi icra yoluyla satılabilir (TTK m 1382).

²⁴ Söz konusu düzenlemeyle ihtiyati haczi her türlü rehinsiz alacak için mümkün sayan İİK m. 257 hükmü değiştirilmiştir. TTK Genel Gerekeşi no 200.

²⁵ TTK Gerekeşi 1350 ila 1400'üncü maddelere ilişkin Genel Açıklamalar.

²⁶ Yılmaz, s. 38 İtiraz üzerine hakim ispatla yetinmemeli; inceleyerek sonuca varmalıdır. Ancak burada da hakim esas hakkında nihai karar vermez. İtiraz sebepleriyle sınırlı inceleme yapar. Yılmaz, s. 1227.

alıkonması konusunda yargı mercilerine esneklik vermemek için²⁷ Anglo Sakson sistemine benzer şekilde²⁸ hangi alacaklar bakımından gemilerin ihtiyati haczine ve seferden men'ine karar verilebileceğini Gemilerin İhtiyati Haczine İlişkin 1999 Tarihli Cenevre Sözleşmesinin 1. maddesi temel alınarak sayma suretiyle belirtilmiştir (TTK m. 1352). Düzenlemede tahdidi olarak belirtilen söz konusu alacakların yorumu mümkün olmakla birlikte listenin olanaklar ölçüsünde genişletilmeden uygulanması gerekir.²⁹

Deniz alacaklarının TTK m 1352'de bir bütün olarak düzenlenmesine rağmen değişik sonuçlar doğuracağı için ilgili çalışmada belirtilen alacaklar kaynağına göre tasnife tabi tutulması tercih edilmiştir.

2.1.1. Geminin Mülkiyetine veya Zilyetliğine İlişkin Alacaklar

6762 tarihli TTK döneminde doktrinde donatana karşı geminin deniz ticaretinde kullanılmasından doğan bütün alacak ve tazminat taleplerini teminat altına almak ihtiyati haciz yoluna, gemi üzerinde zilyetlik veya aynî hak çekişmesinin bulunduğu hallerde ise ihtiyati tedbir önlemine başvurulması gerektiği kabul edilmekte idi.³⁰ Ancak 1999 Tarihli Sözleşme temel alınarak hazırlanan 6102 sayılı TTK düzenlemesinde istisnasız her türlü deniz alacağı için geminin ihtiyati haczi yoluna gidilebileceği; ihtiyati tedbir kararı ise verilemeyeceği düzenlenmiştir. İhtiyati tedbir yasağı nedeniyle geminin mülkiyetine ve zilyetliğine ilişkin uyuşmazlıklarda yargılamanın sonucunun güvence altına alınması için ihtiyati haciz talep edilmesi durumda ihtiyati haczin kesin hacze dönüşmesine ve satış aşamasına gerek kalmayacağı ve ihtiyati haciz kararının geminin mülkiyetinin devrine engel olmayacağı için geminin seferden men'inin ihtiyati hacizle sağlanması ile ilgili sorunlar ortaya çıkacaktır.³¹

²⁷ William, Tetley, "Arrest, Attachment And Related Maritime Law Procedures" s. 1895-1986, Tulane Law Review V 73 1998-1999, s. 1966.

²⁸ Didem Algantürk Light, "1999 Tarihli Gemilerin İhtiyati Haczine İlişkin Cenevre Sözleşmesi Hakkında" DHD Yıl 9 Sayı, 1-4 s 35-48 (daha sonraki atıflar, Light, Sözleşme, şeklindedir) s. 36; Buna rağmen söz konusu düzenleme, geminin ihtiyati haciz imkânını Anglo Sakson Hukukuna nazaran genişletmekte, Kıta Avrupası Hukukuna nazaran ise daraltmaktadır. Light, Sözleşme s. 37.

²⁹ TTK Genel Gerekeşi no: 200.

³⁰ Ekşi Nuray, Yabancı Gemilerin İhtiyati Haczi, İstanbul, Beta, 2004s. 69; Peker, s.69.

³¹ Light, Sözleşme s. 47.

TTK'de deniz alacağı olduğu belirtilen alacaklar arasında geminin mülkiyeti veya zilyetliğine³² ilişkin her türlü uyuşmazlık (TTK m. 1352/1/t) belirtilmiştir. Sözleşmenin bünyesinde söz konusu durumda ihtiyati haciz uygulanmasına ilişkin çekince ileri sürme hakkı verilmiştir.³³ Sözleşmeye katılan ülkelere çekince ileri sürme hakkı verilmesine ve Türkiye'nin söz konusu anlaşmaya taraf olmamasına rağmen TTK düzenlemesinde belirtilen alacaklar için ihtiyati tedbir talep edilebileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş ve geminin mülkiyetine ilişkin uyuşmazlıklar da ihtiyati tedbir yasağı kapsamına alınmıştır.

TTK düzenlemesinde her ne kadar yalnızca geminin mülkiyetine ilişkin uyuşmazlıkların deniz alacağı teşkil edeceği belirtilmişse de "mülkiyeti" ibaresi "gemi üzerindeki aynı hakka ilişkin uyuşmazlık" şeklinde algılanmalıdır. Bu nedenle gemi üzerindeki diğer aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklarda da yargılama sonucunu güvence altına almak için ihtiyati haciz yoluna gidilmesi ihtiyati tedbir yoluna gidilemeyeceğinin kabulü gerekir.

TTK düzenlemesinde ihtiyati tedbir yasağı kapsamında geminin mülkiyeti yanında zilyetliğine ilişkin uyuşmazlıklarda da yargılama sonucunun güvence altına alınması için ihtiyati tedbir talep edilemeyeceği; ihtiyati haciz talep edilmesi gerektiği açıkça düzenlemiştir. Oysa icra iflas hukukunda dava konusunun zilyetliğine ilişkin uyuşmazlıklar, ihtiyati tedbir açısından, konuyla ilgili maddi hukuktaki tartışmalarına bakılmaksızın, aynı hak olarak kabul edilir. Bu nedenle mülkiyete ilişkin uyuşmazlıklarda olduğu gibi zilyetliğe ilişkin uyuşmazlıklarda da yargılama sonucunu güvence altına almak için ihtiyati tedbir kararı verilir³⁴. Yani düzenlemede gemi üzerindeki zilyetliğe ilişkin uyuşmazlıklar açıkça belirtilmeseydi dahi zilyetlik icra iflas hukuku açısından aynı hak kapsamında görüldüğü için söz konusu uyuşmazlıkların düzenleme kapsamında değerlendirilmesi gerekecekti.

³² Üçüncü kişilerle çıkan uyuşmazlıklar yanında geminin ortak malikleri veya kiracısı ile sahibi arasında çıkan uyuşmazlıklar da geminin zilyetliğine ilişkin olabilir (TTK m. 1352/1/f ve u).

³³ İlgili Sözleşmenin 10/1/c Bendinde ülkelerin belirtilen alacaklara ilişkin olarak ihtiyati haciz uygulanmasına çekince ileri sürebilecekleri belirtilmiştir.

³⁴ Yılmaz, s. 182.

Diğer deniz alacaklarından farklı olarak geminin mülkiyetine ve zilyetliğine ilişkin uyuşmazlıklarda ihtiyati haczin konusu uyuşmazlık konusu gemidir. Söz konusu alacaklara ilişkin olarak alacaklının geminin iade borcu için baskı oluşturmak amacıyla donatanın diğer gemilerinin ihtiyati haczini talep etmesine izin verilmemiştir (TTK m. 1352, m. 1369/3).

2.1.2. Gemi Alacakları

Gemi alacakları TTK m. 1320'de tahdidi olarak sayılmıştır. Söz konusu alacaklar sözleşme veya haksız fiil niteliğindeki bir para alacağının ödenmesi niteliğindedir.³⁵ Gemi alacakları aynı zamanda deniz alacağı teşkil ettiği için deniz alacağı kavramı, gemi alacağı kavramından daha geniş bir kavramdır. TTK m. 1352/1'de

- Geminin işletilmesinin sebep olduğu zıya veya hasar (TTK m. 1352/1/a).

Söz konusu bent kapsamında değerlendirilen deniz alacaklarından geminin işletilmesinin neden olduğu çatma gibi bazı zararların aynı zamanda gemi alacağı olarak kabul edilen zararlara sebebiyet vereceği şüphesizdir.

- Geminin işletilmesi ile doğrudan doğruya ilgili olarak karada veya suda meydana gelen can kaybı veya diğer bedensel zararlar. (TTK m. 1352/1/b).

Söz konusu bent her türlü ölüm ve yaralanma halini kapsayacak şekilde kaleme alınmıştır. Bu nedenle yalnızca çatmadan kaynaklanan ölümler değil iş kazası nedeniyle meydana gelen yaralanma veya ölümler de söz konusu düzenleme kapsamında değerlendirilir. Kendisine yüklenen borçların yerine getirilmemesi durumunda bir geminde yürütülen kurtarma faaliyetlerinin kurtarana yöneltilecek istemleri de söz konusu bent kapsamında değerlendirilmektedir.³⁶

- Kurtarma ücreti (1320/1(c))

Düzenleme kapsamına girecek alacaklar TTK m. 1398 ve m. 1312

³⁵ Atamer, Cebri İcra, s. 175.

³⁶ M. Fehmi Ülgener, "Gemilerin İhtiyati Hacine İlişkin 1999 Tarihli Cenevre Konvansiyonuna Bir Bakış" DHD Yıl, 3 Sayı 3-4, s. 7-16, s. 8.

kapsamında bir kurtarma faaliyeti veya her türlü kurtarma sözleşmesi kapsamındaki alacaklardır. Kurtarma bir sözleşmeye dayanabileceği gibi bir kurtarma faaliyetine de dayanabileceği için TTK m. 1300 kapsamında giren sözleşmenin varlığı da aranmamaktadır.³⁷

- Müşterek avarya.(TTK m. 1352/1/i).
- Kılavuzluk.(TTK m. 1352/1/k).
- Liman, kanal, dok, iskele ve rıhtım, diğer suyolları ile karantina için ödenecek resimlerle diğer paralar.(TTK m. 1352/1/n) gibi kamusal nitelikteki resimden kaynaklanan alacaklar.³⁸

Söz konusu düzenleme ile ihtiyati tedbir kararı veya uygulamada kanuni rehin hakkı olarak adlandırılan hapis hakkına ilişkin kararın verilmesi ve geminin seferden men'inin önü kapatılmıştır. Ancak deniz alacakları için yalnızca ihtiyati tedbir yolu kapatılmış olup söz konusu alacaklar için gemileri konu almayan ihtiyati tedbirler ise alınabilecektir.³⁹

- Ülkelerine getirilme giderlerini ve onlar adına ödenmesi gereken sosyal sigorta katılma paylarını da içererek, gemi adamlarına, gemide çalışmaları dolayısıyla ödenecek ücretlerle, onlara ödenmesi gereken diğer tutarlara ilişkin istemler (TTK m. 1352/1/o)

Şeklinde deniz alacağı teşkil edeceği belirtilen hususlardan doğan alacaklar aynı zamanda TTK'de gemi alacağı olarak kabul edilen alacaklara sebep olabilmektedir.⁴⁰

Deniz alacaklarından farklı olarak gemi alacakları sahibine, gemi ve eklentisi üzerinde önceliği bulunan (TTK m. 1323) kanuni rehin hakkı verir (TTK m. 1321). Bu nedenle öncelikle söz konusu alacakların rüçhan hakkı vardır. Ayrıca belirtilen alacaklar geminin malikine, kiracısına yöneticine veya işletenine karşı doğar⁴¹ ve gemi alacağının verdiği kanuni rehin hakkı gemiye zilyet olan herkese karşı ileri sürülebilir (TTK m. 1321/5).⁴² Bu nedenle ihtiyati hacze ilişkin diğer düzenleme-

³⁷ Atamer, Cebri İcra, s. 222

³⁸ Atamer, Cebri İcra, s. 243.

³⁹ Pekcanitez/Atalay/Özkan/ Özekes, s. 531.

⁴⁰ TTK m. 1352 Madde Gerekçesi.

⁴¹ Atamer, Cebri İcra, s. 182.

⁴² Gemi alacaklısı hakkı veren alacaklarda kanuni rehin hakkı gemi üzerinde devam

lerden farklı olarak bu durumda geminin ihtiyati haczi için borçlunun deniz alacağının doğumu sırasında borçtan sorumlu olması yeterlidir. İhtiyati haczin ileri sürüldüğü sırada borçlunun geminin mülkiyetini elde etmesi ihtiyati haciz istenmesinin bir şartı olarak aranmaz. Böylece deniz alacakları Türk Hukukunda, kiracının veya üçüncü kişinin borcu için malikin gemisinin satılmasına imkân vermesi ve bu vesileyle şartların oluşması durumunda geminin ihtiyati haczinin kiracının borcu için de istenebilmesi açısından önem arz eder.⁴³

2.1.3. Gemi Üzerinde Bir Ayni Hakla Teminat Altına Alınan Alacaklar

İhtiyati haciz, alacağı güvence altına almak için başvuru alan geçici hukuki himaye tedbiridir. Taşınır rehinleri zilyetliğe bağlı olduğunda, taşınmazlar ise belirli bir alanda sabit olduğundan⁴⁴ alacağın rehinle teminat altına alınması durumunda eşyaya el konulması gerekmeyeceği için⁴⁵ yeterli güvenceye bağlandığı kabul edilir. Bu nedenle çifte güvenceye kavuşacağı için rehin hakkı sahibinin ihtiyati haciz istemesinde hukuki menfaati bulunmadığı kabul edilir. Ayrıca alacağın rehinden sağlanacağı ve “teslim şartı” bulunması nedeniyle rehinle temin edilen alacaklarda haciz aşaması da yoktur.⁴⁶ Bundan dolayı İİK m. 257 uyarınca rehinle temin edilmiş alacaklar için ihtiyati haciz talep edilemez.⁴⁷

Gemi rehininde ve aynı teminat hakkına sahip diğer alacaklarda ise teslim yükümlülüğü bulunmaması alacaklının söz konusu haklarını kullanabilmesi için teminat konusu mala el koymasını gerekli kılmaktadır. Bu ise ihtiyati tedbir yasağı nedeniyle ihtiyati haciz müessesesi ile sağlanmaktadır. Bu nedenle söz konusu alacaklar için alacaklının ihtiyati haciz talep etmesinde hukuki menfaati bulunduğu kabul edilir.

edeceği için geminin maliki değişse dahi yeni malike karşı da söz konusu olacaklar ileri sürülebilecektir. Ülgener, s. 12.

⁴³ TTK m. 1369 Madde Gereğesi.

⁴⁴ Turgut Kalpsüz, Gemi Rehni, 4. Bası, Ankara, BTHAE, 2001, s. 154.

⁴⁵ Türkel Doğuş Taylan, Gemi Alacaklısı Hakkının Paraya Çevrilmesi, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2008, s. 51.

⁴⁶ Yılmaz s. 1079, 1080.

⁴⁷ Ancak rehnin karşılamayacağı saptanan alacak kısmı için ihtiyati haciz kararı verilebilmelidir. Önen, s. 253

Geminin ihtiyati haczine yalnızca donatanın deniz alacağı niteliği taşıyan borçları için karar verilebilir. Her hangi bir alacağın gemi rehni ile teminat altına alınması ise alacağa deniz alacağı vasfı verir. Ancak gemi ipoteği hak sahibine yalnızca alacağa bağlı hakları bahşeder.⁴⁸

Gemi rehniyle teminat altına alınan bir alacağın deniz alacağı vasfı taşınması için rehinle temin edilen alacağın da deniz alacağı olması gerekmediği gibi her hangi bir kişinin borcunu temin etmek için de gemi rehin olarak verilebilir.⁴⁹ Bu nedenle söz konusu bentle diğer bentler kapsamında deniz alacağı olarak kabul edilmeyen alacaklar rehinle temin edilmiş olması durumunda deniz alacağı sıfatı kazanmaktadır.⁵⁰ Müstakbel veya şarta bağlı veya kıymetli evraka bağlı bir alacak için de gemi ipoteği kurulabilir (TTK m. 1014). Ayrıca gemi üzerindeki sınırlı aynı hakların takibinde mülkiyet şartı aranmaz.⁵¹ Bu nedenle söz konusu kişilerin takip yapabilmeleri için borcun talep edildiği anda borçlunun geminin maliki olması ihtiyati haczin bir unsuru olarak aranmaz.

Bir mal varlığının haczedilmesi borçlunun tasarruf yetkisini kısıtlar. Rehin ise aynı bir haktır. Bu nedenle söz konusu alacaklar geminin ele geçirilmesi ve seferden men edilmesi açısından ihtiyati haczi prosedürüne bağlanmıştır. Hukuki sonuçları ve gemiye el konmasından sonra izlenecek prosedür ise doğal olarak ihtiyati hacizden farklıdır. Öncelikle rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde haciz prosedürü işlemez. Geminin teslimi veya gemiye el konulması zorunluluğu haciz talebiyle birlikte değil satış istenmesiyle söz konusu olur. Satış talebinden hatta takipten önce gemiye el konulması ise ancak ihtiyati haciz yoluyla gerçekleştirilebilir.⁵² Belirtilen alacaklarda ihtiyati haciz konmasından sonra ödeme süresinin geçmesi ile satış arasında haciz yolu işletilmekle birlikte alacaklar rehinle teminat altına alındığı için satış süresi işlemez.⁵³

⁴⁸ TTK m. 1014 Madde Gerekçesi.

⁴⁹ Atamer, Cebri İcra, s. 256; 274.

⁵⁰ Ülgener, s. 11.

⁵¹ Atamer, Cebri İcra, s. 267.

⁵² Tahir Çağa/Rayegan Kender, Deniz Ticareti Hukuku, C. III. 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1997, s. 95, 96

⁵³ Türkel, s. 51.

Belirtilen nedenlerle 6762 sayılı TTK döneminde gemi alacakları için ihtiyati haciz olanağı sağlanmış⁵⁴ (6762 sayılı TTK m. 1242/2) ancak diğer rehinler için açık bir düzenleme yapılmamıştır. Aslında rehin kavramının İİK m. 23 uyarınca geniş anlamda ele alınması gerekmesine rağmen uygulamada kanundan doğan rehin hakları ile sözleşmeden doğan rehin hakları farklı rejime tabi tutulmuştur ve sözleşmeden doğan rehin hakları için 1086 sayılı HUMK m. 101 uyarınca ihtiyati tedbir talep edilmesi yoluna gidilmiştir. Bu durumda alacağın henüz muaccel olmaması durumunda on günlük dava açma süresi ihtiyati tedbir uygulanmasını imkânsız hale getirmekteydi. Söz konusu nedenle TTK sisteminde gerek kanundan doğan gerek sözleşmeden doğan her türlü rehinli alacak için ihtiyati haciz talep edileceği (TTK m. 1353/1); ihtiyati tedbir talep edilemeyeceği (TTK m. 1353) açıkça düzenlenmiştir.⁵⁵ Böylece söz konusu hükümle gemi alacaklıları, gemi ipoteği alacaklıları ve gemi üzerinde rehin veya hapis hakkı sahibi üçüncü kişilere ihtiyati haciz yolu açılmıştır. Gemi ipoteği alacaklıları ve gemi üzerinde rehin hakkı sahibi olan diğer bütün rehinli alacaklara ihtiyati haciz yolunun açılması ise gemi ipoteğinin kredi vasıtası olarak değerini artırmaktadır.⁵⁶

Gemi üzerinde kanuni bir rehin hakkına sahip alacaklıların, genel haciz yolu ile veya kambyo senetleri hakkındaki özel usullere göre takip yapmaları durumunda ise kanuni rehin hakkından feragat etmiş olurlar (TTK m. 1379).

⁵⁴ Tekil, s. 458.

⁵⁵ Alacağın gemi rehni, gemi ipoteği veya gemi üzerinde aynı nitelikteki aynı bir yükümlülük ile teminat altına alınması durumunda da geminin ihtiyati haczi talep edilebilecektir (TTK m. 1352/1/v) Türk veya yabancı bayraklı gemi ayrımı yapılmaksızın, kanuni rehin hakkı sahipleri (gemi alacaklıları ile alacakları ve alacakları gemi üzerinde hapis hakkı ile temin edilmiş alacaklılar (Eşya üzerinde doğan hapis hakları, teminat altına alınan alacaktan ayrı ve bağımsız olarak yargılama veya icra konusu yapılamaz(TTK m. 1398/3)) ihtiyati haczi tamamlamak veya alacağı doğrudan takip etmek için taşınır rehninin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilirler (TTK m. 1380) Akdi veya kanuni gemi ipoteği alacaklıları ise ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla (TTK m. 1381) takip yapabilir.

⁵⁶ S. Didem Algantürk Light, "TTK Tasarısı'nın Deniz Ticareti Başlıklı Besinci Kitabı İle Getirilen Düzenlemeler ve Değerlendirmeler" *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl:5 Sayı:10 İstanbul 2006, s. 123-145, (Daha sonraki atıflar Light, Tasarı şeklindedir.), s. 144; Söz konusu düzenleme, sözleşme ile veya kanun gereği mahkeme kararı ile kurulan gemi ipotekleri ile gemi payının rehnini kapsamaktadır. Bakınız Atamer, Cebri İcra, s. 257.

2.1.4. Diğer Deniz Alacakları

Deniz alacağı kavramı, gemi alacağı kavramından daha geniş bir kavram olup 2.1.1'de belirtilen gemi alacaklarını ve 2.1.2'de belirtilen geminin mülkiyetine ve zilyetliğine ilişkin uyuşmazlıkları kapsar. Söz konusu hususlar haricinde;

- Geminin işletilmesinin sebep olduğu zıya veya hasar (TTK m. 1352/1/a).

Geminin işletilmesinden doğan her türlü zarar deniz alacağına sebebiyet verir ve ihtiyati haciz sebebi teşkil eder⁵⁷. Belirtilen zararların bir kısmı gemi alacağına sebebiyet verse de düzenleme genel başvuru sebebi olarak kabul edecek tarzda geniş bir şekilde kaleme alınmıştır. Bu nedenle diğer bentler kapsamına girmeyen benzer nitelikli alacaklar da söz konusu bent kapsamında değerlendirilecektir.⁵⁸

İlgili düzenleme kapsamında zararın sözleşme veya haksız fiilden kaynaklanması önem taşımamakla birlikte yalnızca eşyaya gelen zararların bent kapsamında değerlendirildiği dikkate alınmalıdır.⁵⁹ Ayrıca düzenleme kapsamında zarardan bahsedilebilmesi için geminin zarar verici araç olması yeterlidir. Bu nedenle diğer gemilerin gecikmesinden doğan zararlar da bent kapsamında değerlendirilir.⁶⁰

- Özel Tazminat

TTK m. 1352/1(c) hükmünde, Gemilerin İhtiyati Hacine İlişkin 1999 Tarihli Cenevre Sözleşmesine paralel olarak⁶¹ de TTK m. 1320/1 (c)'de belirtilen ve yukarıda 2.1.2 gemi alacakları kapsamında incelenen kurtarma ücreti yanında çevre zararı tehdidi oluşturan bir gemi veya gemideki eşya ile ilgili kurtarma faaliyeti için ödenecek özel tazminata ilişkin alacakların da düzenleme kapsamında değerlendirileceği ve deniz alacağı kapsamında kabul edileceği belirtilmektedir.⁶²

⁵⁷ 1952 Tarihli Brüksel Sözleşmesinde yalnızca çatma ve diğer şekilde sebep olduğu zararlar deniz alacağına sebebiyet vermekte idi. Light, Sözleşme s. 37.

⁵⁸ Ülgener, s. 8.

⁵⁹ Atamer, Cebri İcra, s. 217.

⁶⁰ Atamer, Cebri İcra, s. 217.

⁶¹ Cenevre Sözleşmesinde özel tazminatın uygulanması durumunda deniz alacağı kapsamında değerlendirileceği belirtilmektedir (m 1/c). TTK m 1352/1(C)'de ise söz konusu alacaklar deniz alacağı kapsamında değerlendirilmiştir.

⁶² Gemilerin İhtiyati Hacine İlişkin 1999 Tarihli Cenevre Sözleşmesinde söz konusu husus "kurtarma faaliyeti veya her türlü kurtarma sözleşmesi ve uygulanıyorsa,

- Çevreye, kıyı şeridinde veya bunlara ilişkin menfaatlere gemi ile verilen zarar ya da zarar verme tehdidi; bu zararı önlemek, sınırlandırmak veya ortadan kaldırmak için alınan önlemler; bu zarar karşılığı ödenecek tazminat; çevrenin eski duruma getirilmesi için fiilen alınan veya alınacak makul önlemlerin giderleri; bu zarar ile bağlantılı olarak üçüncü kişilerin uğradığı veya uğrayabileceği kayıplar ve söz konusu kayıplara benzer nitelikteki diğer zararlar, giderler veya kayıplar (TTK m. 1352/1/d)..
- Geminin içinde bulunan veya bulunmuş şeyler de dâhil olmak üzere, batmış, enkaz hâline gelmiş, karaya oturmuş veya terk edilmiş bir geminin yüzdürülmesi, kaldırılması, çıkartılması, yok edilmesi veya zararsız hâle getirilmesi için yapılan giderler ve harcamalar ile terk edilmiş bir geminin korunması ve gemi adamlarının iâsesi ile ilgili giderler ve harcamalar (TTK m. 1352/1/e).
- Bir çarter parti düzenlenip düzenlenmediğine bakılmaksızın, geminin kullanılması veya kiralanması amacıyla yapılan her türlü sözleşme (TTK m. 1352/1/f).
- Bir çarter parti düzenlenip düzenlenmediğine bakılmaksızın, gemide eşya veya yolcu taşınması⁶³ amacıyla yapılmış her türlü sözleşme (TTK m. 1352/1/g).
- Gemide taşınan, bagaj dâhil (TTK m. 1250), eşyaya gelen veya bu eşyaya ilişkin zıya veya hasar (TTK m. 1352/1/h).

Eşyaya gelen zararın düzenleme kapsamında deniz alacağı olarak kabulü için yükün gemide zarar görmesi de zorunlu değildir. Doktrinde kara zararları olarak adlandırılan, yükün limana getirilmesi gemiye yüklenmesi boşaltılması ve teslim alınması sırasında karada iken ve taşıyanın zilyetliği sırasında zarar görmesi de düzenleme kapsamında deniz alacağı olarak değerlendirilir.⁶⁴ Ayrıca eşyaya gelen fiili zararlar yanında gecikme zararları⁶⁵ da söz konusu bent kapsamında değerlendirilir.

çevre zararı tehdidi oluşturan bir gemi veya gemideki eşya ile ilgili kurtarma faaliyeti için ödenecek özel tazminat" şeklinde ifade edilmiştir (m. 1/1/c).

⁶³ 1952 Tarihli Sözleşme, yolcu taşımalarını kapsamına almamakta idi. 1999 Tarihli Sözleşmede yolcu taşıma sözleşmelerinden doğan zarar da deniz alacağı kapsamına alınmış ve oradan TTK'ye aktarılmıştır.

⁶⁴ Ülgener, s. 10; Atamer, Cebri İcra, s. 234.

⁶⁵ Atamer, Cebri İcra, s. 231.

- Römorkaj (TTK m. 1352/1/j).
- Geminin işletilmesi, yönetimi, korunması veya bakımı için sağlanan eşya, malzeme, kumanya, yakıt, konteynerler dâhil teçhizat ve bu amaçlarla verilen hizmetler (TTK m. 1352/1/l).
- Geminin yapımı, yeniden yapımı, onarımı, donatılması ya da geminin niteliğinde değişiklik yapılması (TTK m. 1352/1/m).
- Gemi için alınmış krediler dâhil olmak üzere, gemi için ve malikinin adına yapılmış harcamalar (TTK m. 1352/1/p).⁶⁶
- Geminin malikince veya onun hesabına ödenecek, karşılıklı sigorta aidatları da dâhil sigorta primleri (TTK m. 1352/1/r).
- Geminin malikince veya onun hesabına gemiye ilişkin olarak ödenecek her türlü komisyon, brokaj veya acente ücretleri (TTK m. 1352/1/s).
- Geminin ortak malikleri arasında çıkan, geminin işletilmesine ya da gemiden sağlanan hâsıllara ilişkin her türlü uyuşmazlık (TTK m. 1352/1/u).
- Geminin satışına ilişkin bir sözleşmeden kaynaklanan her türlü uyuşmazlık (TTK m. 1352/1/y).

Hususlarının birinden veya birkaçından doğan istemler de deniz alacaklarına sebebiyet verir.

2.1.5. Özel Takip Yoluna Tabi Belgelere Dayanan Alacaklar

Deniz alacağı bir kambiyo senedine⁶⁷ veya diğer bir kıymetli evrak⁶⁸ bağlanabilir ve alacağı bir kambiyo senedine tabi alacaklı da

⁶⁶ 1999 Tarihli Sözleşmenin metninde bir açıklık bulunmamasına rağmen söz konusu düzenleme özellikle bankalar tarafından verilen kredi alacaklarının bir rehinle temin edilmiş olmaması halinde düzenleme kapsamına gireceğini belirtecek şekilde kaleme alınmıştır. Rehinle temin edilmiş krediler ise TTK m. 1352/1/v bendi kapsamında değerlendirilecektir. TTK m. 1352 Madde Gerekçesi.

⁶⁷ Bir poliçeden veya hamiline yazılı bir senetten ya da ciro yolu ile devri kabil diğer bir senetten doğan alacakları teminat altına almak amacıyla gemi ipoteğinin kurulmasında, alacağı sonradan iktisap edenlerin leh ve aleyhine gemi ipoteği üzerinde belirli tasarruflarda bulunmak ve ipoteğin paraya çevrilmesi için yapılacak takipte alacaklıyı temsil etmek üzere belirlenebilecek temsilcinin de sicile kaydı gerekir. Bu temsilcinin yetkileri hususunda tescil talepnameesine göndermede bulunulabilir (1016/7).

⁶⁸ Hamiline yazılı bir tahvile bağlı alacağı teminat altına almak amacıyla gemi

kambiyo senetlerine özgü haciz yolu yerine genel haciz yoluyla takip yapılabilir.⁶⁹ Bu durumda alacaklının geminin ihtiyati haczini talep edebileceği açıktır (İİK m. 167). Gemi üzerinde kanuni bir rehin hakkına sahip alacaklıların haciz yolu veya kambiyo senetleri hakkındaki özel hükümlere göre takip yapmaları durumunda kanuni rehin hakkından feragat etmiş sayılacakları da TTK'de açıkça düzenlenmiştir (TTK m. 1379). Ancak deniz alacağı kambiyo senetlerine bağlanan alacaklının belirtilen belgelere özgü takip yoluna başvurması durumunda geminin ihtiyati haczini deniz alacaklarına hasreden TTK m. 1353 hükmü karşısında geminin ihtiyati haczini isteyip isteyemeyeceği konusunda TTK'de açık bir hüküm yer almamaktadır.⁷⁰

Geminin ihtiyati haczini deniz alacaklarına hasreden söz konusu hükmün kaynağını 1999 Tarihli Sözleşme oluşturmaktadır. Ancak sözleşmede ihtiyati haczin "diğer icra edilebilir bir belgenin uygulanması için el konulmasını kapsamayacağı"⁷¹ düzenlenerek "belgeye dayanan seferden menler" düzenleme kapsamı dışında bırakılmıştır (1999 Tarihli Sözleşme m. 1/2). Bu nedenle ülke mevzuatının izin vermesi durumunda özel takip yollarına tabi söz konusu belgelere dayanan alacaklar içinde geminin ihtiyati haczine ve seferden men'ine izin verilmektedir.⁷²

Hukukumuzda kambiyo senetleri kurucu kıymetli evrak sınıfına dâhildir ve senedin düzenlenmesine sebep olan hukuki ilişki ile alacak hakkı arasında bir bağ yoktur. Senedin geçerliliği ise temel ilişkinin geçerliliği ile bağlantılı değildir. Senedin devri durumunda ise söz konusu bağ tamamen ortadan kalkar. Bu durumda kambiyo ilişkisine dayanan haklarla temel ilişkiden kaynaklanan hakların yarışması söz konusu olur.⁷³ Ayrıca gemi rehniyle teminat altına alınmış alacak için

ipoteği kurulması için malikin sicil müdürlüğüne beyanda bulunması ve sicile tescil yeterlidir (1015/6).

⁶⁹ Bülent Sözer, *Deniz Ticaret Hukuku*, C I. Vedat kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 355

⁷⁰

⁷¹ Atamer/Süzel, s. 733.

⁷² M. Karaman/D. Bektaşoğlu/Sanlı/S. Ünsal Aksakal/E. Demir/F. Kurt, "TTK Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler, TTK Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler", *DHD, Özel Sayı*, İstanbul 2006, s. 369-385, s. 374-375. s. 374-375. İbrahim Serdar Koyuncu, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın "Deniz Ticareti" Kitabındaki Bazı Hükümler Hakkında Değerlendirmeler", *DHD, Deniz Hukuku Derneği Yayınları*, İstanbul 2006, s 347-368, s.364.

⁷³ Mehmet Ali Aksoy, *Ticaret Hukuku Bilgisi*, Detay Yayınevi, Akara 2011, s. 278.

aynı zamanda kambiyo senedi alan alacaklı, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmaksızın doğrudan kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip yapabilir (İİK m. 45/II; 167/1). TTK'de özel takip yollarına tabi söz konusu belgelere dayanan alacaklar için geminin ihtiyati haczine ilişkin özel bir hükmün bulunmaması ve kambiyo senetlerinin mücerretliği karşısında kambiyo ilişkisine dayanan alacaklının geminin ihtiyati haczini ve seferden men'ini talep etme olanağı temel ilişkinin kambiyo ilişkisi ile bağlantısının ispat edilebildiği ölçüde mümkündür (bakınız TTK m. 1015/6, 1016/7).⁷⁴

2.2. Üzerinde İhtiyati Haciz Kurulabilecek Bir Geminin Mevcut Olması

İhtiyati haciz kararı, Türk karasularında bulunan ticari gemiler hakkında uygulanır. Geminin Türk bayrağı taşıyıp taşıymaması önem arz etmeyeceği gibi ihtiyati haciz talep edilen geminin sicile kayıtlı olup olmaması da önem arz etmez. Ancak İİK m. 82 uyarınca kamu gemileri hakkında ihtiyati haciz kararı verilemez. Bununla birlikte söz konusu istisna hükmünün dar yorumlanması ve ticari şekilde işletilen kamu gemileri hakkında ihtiyati haciz kararı verilmesi gerekir.⁷⁵ Zira suda ekonomik menfaat sağlama amacına tahsis edilen veya fiilen böyle bir amaç için kullanılan her gemi, kimin tarafından ve kimin adına veya hesabına kullanılırsa kullanılsın "ticaret gemisi" sayılır (TTK m. 931 2) ve kanunda aksine hüküm bulunmadığı takdirde TTK'nın deniz ticaretiyle ilgili hükümleri ticaret gemileri hakkında uygulanır (TTK m. 935/1). Ayrıca BMDHS (Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi UNCLOS) m 28'e göre transit geçiş yapan bir gemi hakkında ihtiyati tedbir kararı ancak geminin geçişi sebebiyle ve yolculuk sırasında veya yolculuk nedeniyle ortaya çıkan kılavuz, romorkaj, tamir ücretleri gibi deniz alacakları için verilebilir. Söz konusu alacaklar dışındaki bir alacak için transit geçiş yapan bir geminin durdurulması veya çevrilmesi ise mümkün değildir.⁷⁶ Söz konusu ihtiyati haciz kararları gemi Türk karasularını terk edinceye kadar uygulanabilir (TTK m. 1367/1/b). Bunun yanında transit geçiş yapan bir gemi hakkında ihti-

⁷⁴ Özkes, s. 125.

⁷⁵ Tekil, s. 458.

⁷⁶ Ekşi, s. 157.

yati haciz kararı verilebilmesi için geminin seferine ara verdiği ve Türk Limanlarıyla bir ilgisi olduğunun da ispatlanması da gerekir.⁷⁷ Zira Türkiye’de yabancı bayraklı gemiler hakkında ihtiyati haciz kararı, sadece, geminin demir attığı, şamandıraya veya tonozuza bağlandığı, yanaştığı ya da kızağa alındığı yer mahkemesi tarafından verilebilir (TTK m. 1355). Söz konusu düzenlemeyle ihtiyati haciz kararı verilebilmesi için geminin karar veren mahkemenin yargı çevresi içerisinde seferine ara vermesi bir unsur olarak aranmaktadır.⁷⁸ Bu nedenle Türk Karasularından uğraksız geçiş yapan gemilerin ihtiyati haczine karar verilemez.

2.3. Alacaklı Tarafından Teminat Gösterilmesi

Deniz alacağını ileri süren kişinin ihtiyati haciz talep edebilmesi için davada haksız çıkması durumunda alacaklının, borçlunun ve üçüncü kişilerin bu yüzden uğrayacakları zararları karşılamak için (İİK m. 434) belirli bir miktar teminat göstermesi gerekmektedir. Söz konusu teminat miktarı matbu olarak 10.000 Özel Çekme Hakkı şeklinde belirlenmiştir (TTK m. 1363). Teminatın başvuru sırasında yatırılması gerekmez. Mahkeme kararında kararın teminat karşılığı verildiği belirtilir ve talep sahibinin kararı alabilmesi için teminatı yatırması gerekir.⁷⁹ Teminat bunlarla sınırlı olmamakla birlikte ihtiyati haczin haksız veya sebepsiz olması veya teminat miktarının yüksek olması⁸⁰ nedeniyle oluşacak zararlara karşılıktır ve ihtiyati haciz sebebiyle geminin seferden alıkonulduğu süre boyunca, gemi için yapılan günlük işletme giderleri ve ihtiyati haciz dolayısıyla yoksun kalınan kazançları kapsar. Söz konusu dava genel hükümlere tabidir ve genel hükümlere göre açılır. Ancak, bu davanın ihtiyati haciz kararını veren mahkemede de görülmesi mümkündür (İİK m. 259/4). İhtiyati hacizden dolayı tazminat davası açılması ve teminattan yararlanılması için zarar ile haksız ihtiyati haciz arasından illiyet bağının bulunması

⁷⁷ YRG. 11.HD 14.01.2013/T 2012/18434/E 2013/644/K Nolu Kararı.

⁷⁸ Atamer, Cebri İcra, s. 286.

⁷⁹ Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s. 548. Atamer’e göre ise ihtiyati haciz talebinde mahkemenin esasa ilişkin bir karar vermeyeceği için TTK m. 1363 düzenlemesinin lafzına uygun olarak taleple birlikte söz konusu teminatın da yatırılması gerekir. Atamer, Cebri İcra, s. 296.

⁸⁰ Sözleşme metninde söz konusu hükmüm “ancak bununla sınırlı değil her türlü zarar” şeklinde kaleme alınmıştır (1999 Tarihli Sözleşme m 6); William, s. 1970.

yeterlidir. Ayrıca ihtiyati haciz talebinde bulunan alacaklının kusurlu olması şart değildir.⁸¹ Belirtilen talep hakları haksız fiil zamaşımına (iki yıl) tabidir.⁸²

TTK'de geminin malikine, kiracısına, yöneticisine veya işletenine karşı doğan geminin işletilmesinin sebep olduğu bazı zıya veya hasarlar için ihtiyati tedbir talep edilmesi durumunda gemi adamlarının, gemide çalışmalarından dolayı ödenecek ücretlere ve diğer tutarlara ilişkin gemi alacaklıları⁸³ sosyal konumları ve ekonomik durumları itibarıyla⁸⁴ teminat yatırma yükümlülüğünden muaf (TTK m. 1363/3) tutulmuştur. TTK düzenlemesinde teminattan muaf tutulan gemi alacaklılarına ilişkin düzenleme dışında İİK'ye göre teminattan muaf tutulan alacaklar konusunda bir açıklama yer almaksızın ihtiyati haciz talep eden alacaklının 10.000 özel çekme hakkı teminat yatırması gerektiği hükme bağlanmıştır (TTK m. 1363). Ancak düzenlemenin amacı alacağın belirli bir yüzdesiyle ifade edilen teminat uygulamasının deniz ticaretinin gereklerine cevap vermemesidir.⁸⁵ Bu nedenle kanun koyucunun belirtilen düzenlemeyle İİK m. 259'a göre teminattan muaf olan alacakları teminata bağlama iradesi taşımadığı; yalnızca teminatı matbu bir miktara bağlama amacı taşıdığı kabulü gerekir. Düzenlemenin amacı dikkate alındığında ilama bağlı alacaklarda ve konkordatonun reddi (İİK m. 301) nedeniyle ihtiyati haciz talep edilmesi durumunda alacaklının teminat yatırması da gerekmeyecektir.⁸⁶ İlam

⁸¹ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 444. Tazminat istenmesinin şartları, ihtiyati haciz kararının icra edilmiş olması, ihtiyati haczin haksız olması, maddi zarar doğmuş olması ve uygun illiyet bağının mevcut olması şeklinde sıralanabilir. Kusur şartı ise aranmaz. Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı II. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 1077.

⁸² İlhan Emin Postacıoğlu/Sümer Altay, İcra Hukuku Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 896. Kuru, s. 1079. Özekes'e göre ise söz konusu talepler HMK m 399/ 3'e kıyasen bir yıl içerisinde açılmalıdır. Muhammet Özekes, İcra ve İflâs Hukuku Ders Notları - İhtiyati Haciz, Erişim <http://www.law.an-kara.edu.tr/files/2014/04/9-%C4%B0cra-ve-%C4%B0fl%C3%A2s-Hukuku-%C4%B0HT%C4%B0YAT%C4%B0-HAC%C4%B0Z-1.pdf> Tarihi: 22.03.2015.

⁸³ Geminin malikine, kiracısına, yöneticisine veya işletenine karşı doğmuş Ülkele-rine getirilme giderleri ve onlar adına ödenmesi gereken sosyal sigorta katılma payları da içinde olmak üzere, gemi adamlarına, gemide çalıştırılmakta olmaları dolayısıyla ödenecek ücretlere ve diğer tutarlara ilişkin istem haklarından doğan alacaklar teminat yatırmak yükümlülüğünden muaftır (TTK m 1363/3).

⁸⁴ TTK m. 1363 Madde Gerekçesi.

⁸⁵ TTK m. 1363 Madde Gerekçesi.

⁸⁶ Atamer, Cebri İcra, s. 298, 299.

niteliğindeki belgelere dayanan alacaklarda ise teminat verilip verilmemesi mahkemenin takdirindedir (İİK m. 259).

TTK düzenlemesinde alacaklı ve borçluya, matbu olarak belirtilen söz konusu teminat miktarına süresiz olarak itiraz hakkı tanınmıştır. Teminat tutarının matbu olarak belirlenmesinin alacak tutarının teminat miktarını karşılamaması gibi adil olmayan sonuçlara yol açmaması için alacaklı ihtiyati haciz kararı veren mahkemeden teminat miktarının azaltılmasını; borçlunun da⁸⁷ aynı mahkemeden teminat miktarının artırılmasını isteyebilir (TTK m. 1363/4). TTK düzenlemesinde yer alan söz konusu olanak yalnızca alacaklı ve borçluya tanınmıştır. Bu nedenle alacaklı ve borçlu belirli bir süreye tabi olmaksızın yargılamanın her aşamasında söz konusu talepte bulunabilir. Menfaati ihlal edilen üçüncü kişilere ise söz konusu hak tanınmamıştır. Bu nedenle menfaati ihlal edilen üçüncü kişiler İİK'nin ihtiyati haciz kararına itiraz hükümlerine göre ve ihtiyati haczi öğrenmelerinden itibaren 7 gün içerisinde teminat miktarının azaltılmasını talep etmeleri gerekir (İİK m. 265/2). Teminat miktarının indirilmesinde gemi için yapılan günlük işletme giderleri ve ihtiyati haciz dolayısıyla yoksun kalınan kazançlar dikkate alınır (TTK m. 1363/2).

2.4. Alacağın Muaccel Olması

TTK'de İİK m. 257 hükmüne paralel şekilde muaccel ve müeccel alacaklar için geminin ihtiyati haczine karar verilebileceği kabul edilmiş ancak muaccel alacaklar ile müeccel alacaklar farklı rejime tabi tutulmuştur (TTK m. 1353/5; İİK m. 257). Muaccel alacaklar için güvencesi bulunsun bulunmasın deniz alacağı niteliği taşıyan her türlü ayni veya şahsi talep hakları için geminin ihtiyati haczi talep edilebilirken, müeccel alacaklar açısından ancak kanunda sınırlayıcı olarak belirtilen durumlarda geminin ihtiyati haczi talep edilebilir.

Öncelikle ayni haklar açısından geminin mülkiyetine veya zilyetliğine ilişkin alacaklarda müeccel alacaklar için geminin ihtiyati haczinin talep edilemeyeceği açıktır.

⁸⁷ Teminatın artırılmasına karar verilirse, mahkeme, hangi sürede ek teminatın yatırılacağını da belirler. Ek teminat süresinde yatırılmazsa, ihtiyati haciz kararı kendiliğinden kalkar (TTK m. 1363/2).

Şahsi talep hakları açısından ise muaccel alacaklar için alacağın bir deniz alacağı niteliğinde olması (TTK m. 1352) ihtiyati haciz sebebi- dir ve ihtiyati haciz talep edebilmek için başkaca bir unsur aranmaz.⁸⁸ Müeccel alacaklar için ihtiyati haciz talep edilebilmesi içinse öncelikle alacağın deniz alacağı niteliğinde olması yanında ayrıca alacağın mü- eccel alacaklarda ihtiyati haciz istenmesine ilişkin İİK m. 257/2 şart- larını da taşıması gerekir. Buna göre müeccel alacaklar için geminin ihtiyati haczinin talep edilebilmesi için borçlunun muayyen yerleşim yerinin olmaması; taahhütlerinden kurtulmak için mallarını gizle- meye, kaçırmaya veya kendisi kaçmaya hazırlanması yahut kaçması veya bu amaçla alacaklıların haklarını ihlal eden hileli işlemlerde bu- lunması gerekir (İİK m 257/2; TTK m. 1353). Ayrıca müeccel alacaklar- da ihtiyati haczin uygulanması durumunda⁸⁹ söz konusu borçlu için alacağın muacceliyet kazanacağıının da kabulü gerekir. Bu durumda birden çok borçlu varsa diğer borçlular için alacak müeccel olmaya de- vam edecektir (İİK m. 257/3).

Güvenceyle teminat altına alınmış alacaklar açısından ise vadeden söz konusu alacağın talep edilebilir olması yani ipoteğin dayandığı ala- çağın muaccel olması anlaşılır.⁹⁰ İİK'ye göre ister vadesi gelmiş olsun ister vadesi gelmemekle birlikte şartları oluşsun rehinle temin edilmiş bir alacağın ihtiyati haczi talep edilemez.⁹¹ Ancak TTK'de gemilerin ihtiyati haczi açısından farklı bir düzenlemeye gidilmiş ve teslim şartı olmadığı için rehinle temin edilmiş olsa dahi gemilerin ihtiyati hac- zine izin verilmiştir. Gemi ipoteğiyle temin edilen alacağın belirtilen şartları taşıması durumunda vadeden önce de ihtiyati haciz istenmesi mümkündür. Ayrıca kanun koyucu gemi malikinin veya üçüncü bir kişinin fiili nedeniyle ipoteğin tehlikeye düşmesi durumunda alacağın vadesi gelmeden de ihtiyati haciz istenebilmesine izin vermiştir. Gemi veya tesisatının kötüleşmesi sonucu gemi ve kapsamına dâhil unsur- lar değer kaybına uğrar ve ipoteğin teminat fonksiyonunun azalırsa⁹²

⁸⁸ TTK Genel Gerekçesi no 200.

⁸⁹ Alacağın muaccel hale gelmesi için ihtiyati haciz isteme şartlarının oluşması veya ihtiyati haciz kararı verilmesi yeterli değildir. İhtiyati haczin uygulanması da gerekir. Saim Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, Sulhi Garan Matbaası İstanbul 1970, s. 486; Özekes, s. 290.

⁹⁰ Pekcanıtez/Atalay/Özkan/Özekes, s. 536,537.

⁹¹ Özekes, s. 117.

⁹² Kalpsüz, s. 137.

veya ipoteğin sağladığı teminat tehlikeye düşerse, alacaklı, tehlikeyi gidermesi için malike uygun bir süre verebilir. Bu süre içinde tehlikeye giderilmezse, alacaklı derhâl ipoteği paraya çevirmek hakkını elde eder. Alacak faizsiz olup henüz muacceliyet kazanmamışsa, paranın alınması ile muacceliyet tarihleri arasındaki zamana ait kanuni faiz indirilir (TTK m. 1030/1). Malikin gemiyi işletme tarzı sonucu, ipoteğin sağladığı teminatı tehlikeye düşürecek şekilde gemi veya tesisatının kötüleşmesinden veya ipotekli alacaklının haklarının başka surette tehlikeye girmesinden kaygı duyulursa alacaklının istemi üzerine mahkeme; geminin ihtiyaten hazine karar verebilir. Tehlikeye düşürme gemi malikinın veya üçüncü kişinin fiilinden kaynaklanması önem taşımadığı gibi söz konusu fiilin gerçekleşmesinde tarafların kusurlu olup olmaması da önem arz etmez.⁹³ Aynı şekilde malikin üçüncü kişiler tarafından yapılan benzer müdahalelere veya tahribatlara karşı gerekli önlemleri almaması durumunda da alacaklının istemi üzerine geminin ihtiyaten hazine karar verilebilir. İpoteğin kapsamına giren eklentinin kötüleşmesi veya normal bir işletmenin gereklerine aykırı olarak gemiden uzaklaştırılması hâli de geminin kötüleşmesi hükmündedir (TTK m. 1030 2/3). Bu aşamada amaç gemideki kötüleşmenin giderilmesi olduğu için kısa sürede dava açılması zorunluluğu yerine malike otuz günlük bir süre tanınmıştır. Bu süre içerisinde gerekli tedbirlerin alınmaması durumunda alacaklıya ipoteğin paraya çevrilemesi yoluyla takip başlatma imkânı tanınmıştır.⁹⁴

2.5. İhtiyati Haczi Tamamlayan Merasimin Yerine Getirilmesi

Alacaklı, ihtiyati haciz kararının verildiği tarihten itibaren üç iş günü içinde kararı veren mahkemenin yargı çevresindeki veya geminin bulunduğu yerdeki icra dairesinden kararın infazını istemek zorundadır. Aksi hâlde, ihtiyati haciz kararı kendiliğinden kalkar (TTK m. 1364). İİK m 261’de on gün olarak kabul edilen söz konusu süre gemilerin limanlarda kısa süreli beklemleri dikkate alınarak üç güne indirilmiş ayrıca düzenleme ile geminin bulunduğu yer icra dairesi de yetkilendirilmiştir.⁹⁵

⁹³ Sözer, s. 340; Çağa/Kender, s. 124.

⁹⁴ TTK m. 1030 Madde Gerekçesi. Alacaklıya ipoteğin paraya çevrilemesi yoluyla ilamlı takip başlatması için de bir aylık süre verir (TTK m. 1030).

⁹⁵ TTK m. 1364 Madde Gerekçesi.

2.6. Geminin Borçlunun Mülkiyetinde veya Zilyetliğinde Olması

Gemi alacakları ve kanundan veya sözleşmeden doğan rehin hakkına sahip alacaklar dışında bir geminin ihtiyati haczinin istenebilmesi için genel ihtiyati haciz kurallarından farklı olarak hukuki korumanın konusunu oluşturan geminin ihtiyati haczin talep edildiği sırada borçlunun mülkiyetinde ve zilyetliğinde olması ve bu vasıta ile korumanın konusu ile talepte bulunan borçlu arasında maddi hukuk yönünden bir bağ kurulması gerekir.⁹⁶ İhtiyati haciz talep edildiği sırada borçlunun mülkiyetinde olmayan gemiler için ihtiyati haciz kararı verilemez. Ancak ihtiyati haciz kararı her nasılsa verilmişse; TTK düzenlemesinin lafzı nedeniyle, ihtiyati haczin uygulandığı sırada geminin borçlunun mülkiyetinde olması durumunda verilen karar söz konusu sakatlık nedeniyle geri alınmaz.⁹⁷

3. İHTİYATİ HACZİN UYGULANMASININ ŞARTLARI

Geminin ihtiyati haczini isteme yetkisi; TTK m 1352'de sayılan deniz alacaklarından birine sahip alacaklıya aittir. Alacaklı kural olarak deniz alacağının doğmasına sebebiyet veren geminin; birden fazla gemi söz konusu ise yalnız birinin ihtiyati haczini isteyebilecektir. Ancak kanun koyucu bazı şartların varlığı halinde donatana ait başka bir geminin ihtiyati haczine de izin vermektedir. Ayrıca teminat verilmesi durumunda ihtiyati haciz kaldırılmakta ve üzerindeki ihtiyati haciz kararı kalkan bir geminin aynı alacak için tekrar ihtiyati haczine ancak istisnai bazı durumlarda izin verilmektedir.

6102 sayılı TTK'de sefere hazır geminin haczedilmesiyle ilgili bir sınırlamaya gidilmediği için geminin sefere hazır olması veya seferde olması ise ihtiyati haciz kararı verilmesi açısından bir önem arz etmeyecektir.

3.1. Deniz Alacağının Doğmasına Sebebiyet Veren Geminin İhtiyati Hacinde

Deniz alacağına sebebiyet veren geminin ihtiyati haczi TTK m 1369/1'de düzenlenmiştir. Kural olarak deniz alacağının doğmasına

⁹⁶ Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s. 537, 538.

⁹⁷ Pekcanitez/Atalay/Özkan Özekes, s. 542.

sebebiyet veren geminin; birden fazla gemi söz konusu ise yalnız birisinin ihtiyati haczi talep edilebilir. Donatana ait diğer gemilerin ihtiyati haczi ise istisnai nitelik taşımaktadır.

TTK m. 1369/1 düzenlemesi incelendiğinde öncelikle alacağın deniz alacağı vasfı taşınmasına ilişkin şartlar düzenlendiği görülmektedir. Bu kapsamda

- Öncelikle genel başvuru sebebi olarak kabul edilen geminin işletilmesinden kaynaklanan alacaklar için deniz alacağı işletilmesinden kaynaklanan gemiler ihtiyaten haczedilebilecektir.⁹⁸
- Geminin işletilmesinden kaynaklanan alacaklar dışında ayrıca her hangi bir alacağın gemi ipoteği ile temin edilmesi söz konusu alacağa deniz alacağına vasfı kazandıracığı için bir alacağının gemi rehni, gemi ipoteği veya gemi üzerinde aynı nitelikteki bir yükümlülükle teminat altına alınması durumunda da söz konusu geminin ihtiyati haczi talep edilebilecektir.
- Bunun haricinde geminin mülkiyetine veya zilyetliğine ilişkin uyuşmazlıklarda da geminin ihtiyati haciz talep edilebilecektir.
- Alacağın gemi alacaklısı hakkı vermesi durumunda da söz konusu gemi üçüncü şahsın borcu için dahi ihtiyaten haczedilebilecektir (TTK m. 1369/1).

Düzenleme kapsamında bir geminin, ihtiyati haczinin istenebilmesi için alacağın deniz alacağı vasfı taşınması yanında geminin mülkiyetine ilişkin bazı şartların gerçekleşmesinin arandığı da görülmektedir⁹⁹. Öncelikle deniz alacaklarının kanunda düzenlenenler dışında yeni bir gemi alacağının tesisi şeklinde anlaşılacağı¹⁰⁰ ve gemi üzerinde kanuni rehin hakkı oluşturmayacağı için geminin devredilmesi durumunda devralan kişiye karşı ihtiyati haciz talebi ileri sürülemez. Bu nedenle düzenlemede de belirtildiği üzere ihtiyati haciz uygulanabilmesi için; hakkında deniz alacağı ileri sürülen kişinin söz konusu deniz alacağının doğduğu sırada geminin maliki veya kiracısı olması yanında söz konusu kişinin ihiyati haczin talep edildiği sıra-

⁹⁸ Bir geminin işletilmesinden doğan her türlü zarar deniz alacağına sebebiyet verir (TTK m. 1352/1/a).

⁹⁹ Koyuncu, s. 376.

¹⁰⁰ TTK m. 1369 Madde Gereçesi.

da¹⁰¹ borçtan da sorumlu ve geminin maliki olması gerekir (TTK m. 1369/1).¹⁰² Bu nedenle deniz alacağı'nın aynı zamanda gemi alacağı teşkil ettiği durumlar haricinde geminin devredilmesi ve ihtiyati haczin uygulandığı sırada malikin farklı bir kişi olması durumunda yeni malike karşı ihtiyati haciz ileri sürülemez.¹⁰³ Ayrıca gemi alacaklısı hakkının tanındığı haller bir tarafa bırakılırsa Türk Hukuku bakımından şahsi borçlu olan geminin kiracısının borcu için geminin ihtiyati haczi ancak bu kişinin haczin uygulandığı sırada geminin mülkiyetini elde ettiği hallerde¹⁰⁴ mümkündür.

3.2. Deniz Alacağına Konu Gemi Dışında Donatana Ait Başka Bir Geminin İhtiyati Haczinde

Kural olarak ihtiyati haciz, deniz alacağı'nın isletilmesinden doğmuş gemi üzerine konabilir. Ancak alacaklı ihtiyati hacze konu geminin ihtiyati haciz talep edilmeden önce kesin olarak haczedilmesi gibi çeşitli nedenlerle deniz alacağına konu gemi dışında donatana ait başka bir geminin ihtiyati haczine ihtiyaç duyabilir.¹⁰⁵ Deniz alacağından dolayı sorumlu olan kişiye ait olmakla birlikte üzerinden deniz alacağı doğan gemi dışında başka gemisinin (sister ship; kardeş gemi), alacağı karşılık olarak ihtiyati haczine;

- İhtiyati haciz talep edildiği sırada¹⁰⁶ üzerinde deniz alacağı do-

¹⁰¹ Düzenlemede "ihtiyati haczin uygulandığı sırada" ibaresi yer almaktadır. Ancak İhtiyati haciz uygulama yetkisinin icra dairesinin olması ve icra dairesinin ihtiyati haciz uygulanması sırasında aleyhine karar verilen kişinin borçlu olup olmadığını araştırma yetkisi olmaması nedeniyle düzenlemenin ihtiyati haczin uygulanması anında talepte bulunulan kişinin gerçekten deniz alacağı'nın borçlusu olmasını arayan lafzı eleştirilene maruz kalmaktadır. Bu nedenle söz konusu ifadenin ihtiyati haciz talep edildiği anda şekilde anlaşılması gerekir. Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özkes, s. 541.

¹⁰² Söz konusu düzenlemenin anlam ağırlığı kişinin geminin maliki olması kavramındadır Tetley William, s 1969.

¹⁰³ Ülgener, s. 12; Light, *DHD* s. 42; Atamer, Cebri İcra, s. 274.

¹⁰⁴ TTK m. 1369 Madde Gereğesi.

¹⁰⁵ İhtiyati haciz kesinleşmeden ve İİK m. 100'deki şartlar sağlanmadan ihtiyati haciz alacaklısının hacze katılması da mümkün değildir. Üstündağ, s.188; Sıtkı, Akya-zan, İhtiyati Hacizler ve Hacze İştirak, Kutulmuş Matbaası, İstanbul 1958, s. 60. Bu nedenle geminin ihtiyati haciz konulmadan önce kesin olarak haczedilmesi durumunda m 268'de düzenlenen hacze geçici iştiraktan bahsetmek mümkün olmaz.

¹⁰⁶ Düzenlemenin, talep edilirken henüz malik olmayan deniz alacağı borçlusunun, ihtiyati haczin uygulandığı sırada malik olma ihtimaline göre ihtiyati haciz talep edilebileceği izlenimi uyandıran "alacak doğduğu sırada" ibaresi eleştirilere

ğan geminin maliki veya kiracısı veya tahsis olunanı ya da taşıtanı olan söz konusu kişinin

- İhtiyati haczin uygulandığı sırada gemilerin maliki olması; yani geminin deniz alacağı ileri sürülen kişiye ait olması¹⁰⁷ durumunda izin verilmektedir.

Söz konusu düzenlemeyi borçtan dolayı sorumlu olmaktan çok aynı kişiye ait olmak unsuru karakterize etmektedir.¹⁰⁸ Bu nedenle kiracının geminin mülkiyetine sahip olması ihtiyati haciz talebinde bulunulmasının ön şartıdır. Donatana ait başka bir geminin ihtiyati haczinin talep edilebilmesi için uyumsuzluğun geminin mülkiyetine veya zilyetliğine ilişkin olmaması gerekmektedir (TTK m. 1369/2). Zira geminin mülkiyetine veya zilyetliğine ilişkin uyumsuzluklarda, belirtilen gemi dava konusunu oluşturduğu ve alacağın söz konusu geminin teslimine ilişkin olduğu için yalnızca söz konusu uyumsuzluğun konusu olan gemi hakkında ihtiyati haciz kararı verilebilir (TTK m. 1369/3). Aynı şekilde sözleşmeden kaynaklanan rehinle temin edilmiş alacaklarda, söz konusu alacağa deniz alacağı sıfatını alacağın rehinle temin edilmiş olması verir ve rehinin temel ilkelerine göre yalnızca üzerinde rehin bulunan gemi alacağa güvence teşkil eder. Bu nedenle rehinli gemi başkasına ait olsa dahi sözleşmeden kaynaklanan rehinle temin edilmiş alacaklarda donatana ait başka bir geminin donatana baskı oluşturmak amacıyla ihtiyati haczine karar verilememelidir.¹⁰⁹ Ancak rehinli alacaklar için TTK düzenlemesinde bu yönde bir hüküm sevk edilmediği için kanundan doğan rehin hakkı yanında sözleşmeden doğan rehinle temin edilmiş alacaklarda da kardeş geminin ihtiyati haczinin talep edilebileceği rehinle ilgili temel ilkelerle bağdaşmamakla birlikte kabul edilmektedir.¹¹⁰

maruz kalmaktadır. Bu nedenle söz konusu ifadenin “ihtiyati haciz talep edildiği sırada” şeklinde anlaşılması gerekir. Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s. 541. Ancak ihtiyati haciz talep edildiği anda maliki olunmayan geminin ihtiyati haczi haksız olarak kabul edilmişse ve ihtiyati haczin uygulama anında söz konusu kişi geminin mülkiyet hakkını kazanmışsa söz konusu durum düzenlemede açıkça yer aldığı için ihtiyati haciz talep edildiği sırada maliki olunmadığı gerekçesiyle ihtiyati haciz kararına itiraz edemez. Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s. 542.

¹⁰⁷

William, s. 1969.

¹⁰⁸

William, s. 1970.

¹⁰⁹

Aynı yönde bakınız Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s. 540.

¹¹⁰

Bu durum sıra cetvelinde kendini gösterir ve kardeş gemiyi ihtiyaten haczettiren alacaklı, rehinli gemiyi ihtiyaten haczettiren alacaklıya göre daha dezavantajlı bir

3.3. Serbest Bırakılan Geminin Tekrar İhtiyati Haczinde

Alacaklı için önemli olan alacağına kavuşmaktır. Alacağın haciz objesi gemi ile veya başka şekilde sağlanması onun açısından önem arz etmediği gibi alacağa geminin veya buna eşdeğer başka bir şeyin teminat teşkil etmesi de alacaklı açısından önem taşımaz. Teminat karşılığında gemi üzerindeki ihtiyati haczin kaldırılmasıyla gemi serbest bırakılmakta ve ihtiyati haczin konusunu teminat teşkil etmektedir. Bu nedenle kural olarak bir alacak için ihtiyati haciz kararı almış ve gemi serbest bırakılmışsa veya deniz alacağı için teminat verilmişse aynı alacak için söz konusu geminin tekrar ihtiyati haczine karar verilemez. Aynı şekilde bir alacak için bir geminin ihtiyati haczi durumunda aynı deniz alacağı için ihtiyati hacze konu olabilecek donatana ait başka bir gemi de ihtiyaten haczedilemez. İhtiyaten haczedilen bir geminin serbest bırakılması veya gemiyle ilgili olarak teminat alınması durumunda geminin yeniden ve aynı alacak için tekrar ihtiyati haczi geminin veya gemi için verilen teminatın serbest bırakılması veya yetersizliği veya teminat verenin aczi durumlarından birinin varlığı halinde istenebilir.

Öncelikle ilk teminatın tür veya miktarının yetersiz olması durumunda geminin tekrar ihtiyati haczi talep edilebilir. Ancak bunun için elde edilecek toplam teminat miktarının, geminin değerini aşmaması gerekir. Ayrıca geminin teminat verilmeksizin veya borç ödenmeksizin alacaklının bir tutumu ile serbest kalması durumunda da¹¹¹ gemi-

sırada yer alır. Bakınız Atamer, Cebri İcra, s. 276. Karşı görüşteki Pekcanitez'e göre ise TTK düzenlemesinde kardeş geminin ihtiyati haczine deniz alacağının gemi rehnine dayanması açısından bir sınırlama getirilmemiştir. Ancak İİK m. 45 önce rehne başvurma zorunluluğu nedeniyle kardeş geminin ihtiyati haczi ancak yeterli teminat sağlanamaması durumunda mümkündür. Bu nedenle deniz alacağının rehinin konusu gemi dışında diğer gemilerin ihtiyati haczi istenemez. Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s. 544. Kardeş gemilerin ihtiyati haczini düzenleyen TTK m. 1369/2 düzenlemesinde aynı nitelikte teminat altına alınan alacaklar için geminin ihtiyati haczini düzenleyen TTK m. 1369/1/c bendine yer verilmemesi nedeniyle ipotekle temin edilen alacakların kardeş geminin ihtiyati haciz sebebi olarak düzenlemediği düşünülebilirse de aynı düzenlemenin 3. fıkrası ile geminin mülkiyetine ve zilyetliğine ilişkin uyumsuzluklar için açık düzenleme getirilmesi ve düzenlemede gemi rehini veya ipotegine ilişkin uyumsuzluklara yer verilmemesi karşısında söz konusu yorum zorlama bir yorum niteliği taşıyacaktır (karşılaştığımız 1999 Tarihli sözleşme m. 3).

¹¹¹ Makul sebeplere dayanarak hareket eden alacaklının istemiyle veya onayıyla yahut alacaklının serbest bırakılmayı engelleyecek makul önlemleri alamaması sebebiyle serbest kalması durumunda da geminin ihtiyati haczi talep edilebilir (TTK

nin tekrar ihtiyati haczine veya donatana ait başka bir geminin ihtiyati haczine izin verilmektedir. Buna ilave olarak teminat verenin aczi¹¹² de geminin tekrar ihtiyati haczi sebebi olarak düzenlenmektedir. Ayrıca düzenlemeyle geminin serbest bırakılmasıyla geminin alacaklının bir fiiliyle serbest kalmasının kastedildiği, borçlunun hukuka aykırı fiili ile hukuka aykırı şekilde serbest kalmasının kastedilmediği de hükme bağlanmıştır (TTK m. 1375/3).

3.3.1. Serbest Bırakılan Geminin Yeniden veya Aynı Alacak İçin ihtiyati Haczinde

İhtiyaten haczedilen bir geminin serbest bırakılması veya gemiyle ilgili olarak teminat alınması durumunda geminin yeniden ve aynı alacak için tekrar ihtiyati haczi kural olarak istenemez. Ancak geminin veya gemi için verilen teminatın makul sebeplere dayanarak hareket eden alacaklının istemiyle veya onayıyla yahut alacaklının serbest bırakılmayı engelleyecek makul önlemleri alamaması sebebiyle serbest kalması veya ilk teminatı veren kişinin, kendi borçlarını kısmen veya tamamen yerine getirmemesi veya yerine getirmekten aciz olması durumlarından birinin varlığı halinde talep edilebilir. Ayrıca geminin teminat karşılığında serbest bırakılması halinde ilk teminatın tür veya miktarının yetersiz olması durumunda da geminin tekrar ihtiyati haczi istenebilecektir. Ancak ilk teminatın tür ve miktarının yetersiz olması durumunda elde edilecek toplam teminat miktarının geminin değerini aşmaması gerekir (TTK m. 1375/1).

3.3.2. Aynı Deniz Alacağı İçin Serbest Bırakılan Gemi Yerine Kardeş Geminin İhtiyati Haczinde

İhtiyaten haczedilen geminin veya ilk teminatın makul sebeplere dayanarak hareket eden alacaklının istemiyle veya onayıyla yahut alacaklının serbest bırakılmayı engelleyecek makul önlemleri alamaması sebebiyle serbest bırakılması durumunda yeniden ve aynı alacak için donatana ait başka bir geminin (kardeş gemi) tekrar ihtiyati haczine

m. 1375/1).

¹¹² Geminin tekrar ihtiyati haczi ilk teminatı veren kişinin, kendi borçlarını kısmen veya tamamen yerine getirmemesi veya yerine getirmekten aciz olması durumunda istenebilir. (TTK m. 1375/1).

izin verilmiştir. Ancak bunun için daha önce verilmiş olan teminatın tür veya miktarının yetersiz olması; şahsi teminat söz konusu ise ilk teminatı veren kişinin, kendi borçlarını kısmen veya tamamen yerine getirmemesi veya yerine getirmekten aciz olması gerekir. Kardeş geminin ihtiyati haczi için geminin donatanın mülkiyetinde olması yeterlidir ve teminata ilişkin söz konusu şartların gerçekleşmesi haricinde gemiye ilişkin başkaca bir şart aranmaz. Belirtilen şartlar serbest bırakılan geminin yeniden veya aynı alacak için ihtiyati haczi¹¹³ şartları ile paralellik göstermekle birlikte düzenlemeler arasındaki farklılık teminatın yetersizliği konusunda ortaya çıkmaktadır. Teminatın tür ve miktarının yetersiz olması durumunda aynı geminin ihtiyaten haczedilebilmesi için toplam teminatın gemi değerini aşmaması bir şart olarak aranırken kardeş geminin ihtiyati haczi için söz konusu şart aranmamaktadır. Bu nedenle söz konusu geminin ihtiyati haciz şartlarını taşıması gerekmeyeceği gibi borcun kardeş geminin işletilmesinden doğması da bir şart olarak aranmaz. Kardeş geminin ihtiyati haczi, haczin geminin üzerinde sözleşmeden veya kanundan doğan bir rehin hakkından kaynaklanması durumunda da mümkündür.

4. İHTİYATİ HACİZ KARARININ SONUÇLARI

4.1. Yükü İlgili Kişilere Karşı Sorumluluk

İhtiyati haciz kararı gemiye el konmasına olanak vereceği için geminin ihtiyati haczinden etkilenecek kiracısı, çarteri, taşıtanı, gönderileni, yükleteni, sigortacılar, gemi adamları gibi geniş bir kitle bulunmaktadır. Gemiye ihtiyati haciz konulması durumunda donatan, gemisini işletme imkânından yoksun kalacağı gibi borcunu ödeme-yerek kusuru ile ihtiyati hacze sebebiyet verdiği için ihtiyati hacizden etkilenen söz konusu kişilere karşı da sorumlu olur.

4.2. Gemiye El Konulması ve Muhafaza Tedbirleri

İİK'ye göre ihtiyati haciz, genel hacizdeki hükümlere göre yapılar ve borçlunun ihtiyati haciz konusu mallar üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanır.¹¹⁴ Buradaki tasarruf sözcüğünü geminin deniz ti-

¹¹³ Bakınız 3.3.1.

¹¹⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 435.

caretinde kullanılmasını ve sefere çıkmasını da içerir şekilde anlaşılmalıdır.¹¹⁵ İhtiyati hacizde gemiye fiilen el konulmak zorundadır (İİK m. 92/3).¹¹⁶ Bu amaçla ihtiyati haczine karar verilen bütün gemiler, icra müdürü tarafından seferden menedilerek muhafaza altına alınır veya yed'i emine teslim edilebilir. Bunun için ayrıca bir seferden men kararı verilmesine gerek yoktur.¹¹⁷ Ancak gemiler fiilen muhafaza altına alınamayacağı için ihtiyati hacizden kasıt geminin limanı terkine engel olunmasıdır.¹¹⁸ Bu amaçla gemiye ait evrakların verilmesi, geminin nezaret ve muhafazası için bekçi tayin edilmesi veya çapanın çıkarılması, dümenin zincirlenmesi gibi tedbirler alınabilir.¹¹⁹

Geminin ihtiyaten haczedilerek seferden men edildiği, kaptana veya malike ya da malik olmayan donatana yahut bunların bir temsilcisine tebliğ edilir. Ayrıca bu durumda geminin yediemin olarak bırakılacağı kişiler kanunda belirtilmiştir. Gemi, tebligat yapılan kişiye yediemin sıfatıyla bırakılır.¹²⁰ İcra müdürüne ise söz konusu kişileri tayin etme konusunda bir takdir hakkı verilmemiştir.¹²¹ Yediemin sıfatıyla bırakılan geminin serbest bırakılmadıkça işletilmesi mümkün değildir.¹²²

¹¹⁵ Çağa/Kender, s. 115; Ekşi, s. 117.

¹¹⁶ 6762 sayılı TTK döneminde icra daireleri tarafından mahkeme kararında aksi belirtilmediği sürece geminin ihtiyati haczinde bir haciz tutanağı düzenlenmekte ve gemi işletilmeye devam etmekte veya gayrimenkul sayılan Türk Ticari Gemilerinin ihtiyati haczinde sicile işlemekle yetinilmekte idi. Kerim Atamer, "Gemilerin İhtiyati Hacizinde Seferden Men Önemlinin Uygulanması", İÜHFİM, C.55, S. 3/2, İstanbul 1997, Erişim, <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/>, Tarihi: 15.11.2014, s 281.

¹¹⁷ Borçlu hakkında gemi alacağına istinaden ihtiyati haciz kararı alınarak haciz konulmuş olup, ardından alacaklının talebiyle gemi hakkında seferden men kararı verilmiş, borçlunun söz konusu kararın iptali istemiyle yaptığı şikayet başvurusu mahkemece reddedilmiştir. Yargıtay ise "TTK'nin 1353/1. maddesine göre "deniz alacaklarının teminat altına alınması için, geminin sadece ihtiyati haczine karar verilebilir. Bu alacaklar için gemi üzerine ihtiyati tedbir konulması veya başka bir surette geminin seferden men edilmesi istenemez". Hükmü uyarınca gemi üzerindeki seferden men kararının kaldırılması gerektiğine karar vermiştir YRG 12. HD 21/10/2013/T; 2013/23552/E; 2013/32676/K nolu kararı www.hukukturk.com; Erişim: 01.11.2014.

¹¹⁸ Tekil, s. 459.

¹¹⁹ Ekşi, s. 116.

¹²⁰ Yediemine, görevi ve Türk Ceza Kanununun 289 uncu maddesinden doğan cezai sorumluluk dâhil olmak üzere, kanuni sorumlulukları hatırlatılır (TTK m 1366/1).

¹²¹ Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s. 551.

¹²² Atamer, Cebri İcra, s. 310.

Türk bayraklı gemilerde ihtiyati haciz kararı uygulanacağı sırada, gemi fiilen hareket etmişse veya seferde bulunuyorsa, ayrıca ihtiyati haciz kararı, malike, malik olmayan donatana ve borçtan şahsen sorumlu bulunan kişiye tebliğ edilir. Deniz alacağı için on gün içinde teminat verilmesi, aksi hâlde geminin izleyen ilk seferinde icra dairesine teslim edilmesi ihtar edilir (TTK m 1367). Teminat verilmezse geminin bir sonraki seferine izin verilmez. Ancak 6102 Sayılı TTK sisteminde sefere hazır geminin haczedilemeyeceği hükmüne yer verilmemiştir. Bu nedenle söz konusu düzenlemeyi, sefer sırasındaki geminin haczedilemeyeceği şeklinde yorumlamamak gerekir. Yabancı bayraklı gemilerde ise ihtiyati haciz kararı, sahil güvenlik komutanlığının yardımı alınarak gemi Türk karar sularını terk edinceye kadar uygulanabilir (TTK m 1367/1(b)).

4.3. Alacağın Muacceliyet Kazanması

Yukarıda da bahsedildiği üzere¹²³ müeccel bir deniz alacağı için İİK m 257/2 uyarınca ihtiyati haciz kararı verilmesi durumunda alacak söz konusu alacaklı açısından muacceliyet kazanır. Birden fazla borçlu olması durumunda ise borç diğer borçlular için müeccel kalmaya devam eder.

4.4. İhtiyati Haczin Kapsamı, Geminin İdaresi ve İşletilmesi

Bir geminin ihtiyati haczi, borçlunun o geminin işletilmesinden elde ettiği geliri ve menfaatleri de kapsar (TTK m. 1368/1; İİK m 92).

İcra dairesi, masrafları alacaklı tarafından ödenmek kaydıyla (İİK m. 88) günlük masraflarını karşılamak üzere limanda yer işgali ücreti, personel ve yakıt ücreti, geminin tamiri ve sigortası gibi geminin idaresi ve işletilmesi ile bakımı ve korunması için gerekli her türlü önlemi alır (TTK m. 1368/2; İİK m. 92).

4.5. İhtiyati Haczin Hükümü

İhtiyati haczin hükümü kapsamında ihtiyati haczin ilgili sicillere bildirilmesinin ve söz konusu şerhin etkisinin ve ihtiyati haczin etkisinin belirtilmesi gerekir.

¹²³ 2.4. Alacağın Muaccel Olması.

4.5.1. Şerhin Etkisi

İcra müdürü, ihtiyati haciz kararının uygulamaya koymak için kararı derhâl, geminin bulunduğu bölgeden sorumlu sahil güvenlik komutanlığına veya emniyet teşkilatına, liman başkanlığına ve gümrük idaresine bildirir. Ayrıca ihtiyati haciz kararının ilgili sicillere de bildirilmesi gerekir. İcra müdürü, ihtiyati haciz kararını, kararın uygulanmasını izleyen ilk iş gününde geminin kayıtlı olduğu sicile ve yabancı bayraklı gemilerde, geminin bayrağını taşıdığı devletin en yakın konsoloslughuna bildirir (TTK m. 1366/3,4). Söz konusu şerhten sonra gemi veya ipotek üzerinde yapılacak tasarruflar, şerh ile teminat altına alınan hakkı ihlal ettiği ölçüde geçerli olmayacağı gibi (İİK m. 23/4 atfıyla TTK m. 977) iyi niyetli hak iktisabı da söz konusu olmaz. Ancak unutulmamalıdır ki ihtiyati haczin kesin etkisi yoktur ve alacaklıya satış yetkisi vermez. Bu nedenle şerhin söz konusu etkisinden yararlanabilmek için alacaklının öncelikle haczin kesinleşmesi için harekete geçmesi gerekir.¹²⁴ Ayrıca ihtiyati haciz kararının şerh verilmesinin ihtiyati tedbirde olduğu gibi yapılacak tasarrufları engelleme gibi bir etkisi yoktur. Bu nedenle söz konusu şerhe rağmen borçlu gemi üzerinde tasarrufta bulunabilir ve söz konusu tasarruflar geçerli olur. Gemiye devralan kişi ise hacizle birlikte devralmış olur. Ancak bu durumda davayı kazanan kişi geminin mülkiyetini veya zilyetliğini elde edecektir. Bu nedenle burada ihtiyati tedbir olarak geminin mülkiyetinin devrinin yasaklanması tercih edilebilir. Söz konusu ihtiyati tedbir; geminin yalnızca sicile kaydedileceği ve geminin seferden men'i sonucunu doğurmayacağı için TTK m. 1353/1 anlamında ihtiyati tedbir yasağı kapsamına da girmeyecektir. Ancak alacaklının gemiyi fiilen elde edebilmesi için geminin seferden men'inin ihtiyati haciz yoluyla sağlanması gerekecektir.

4.5.2. İhtiyati Haczin Etkisi

İhtiyati haciz kararının şerhi yukarıda belirtilen¹²⁵ etkilere sahip olmakla birlikte ihtiyati haczin etkisine de değinmek gerekir. Alacaklının ihtiyaten haczettirdiği mallar üzerinde ihtiyati haciz masraflarını satış tutarından öncelikli olarak almak dışında (m. 268) rüçhan hakkı bulunmamaktadır. Bu nedenle diğer alacaklılar da ihtiyati ola-

¹²⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 438.

¹²⁵ Bakınız 4.2.1. Şerhin Etkisi.

rak haczedilen gemiyi kesin veya ihtiyati olarak haczettirebilir ve bu durumda bakiyeye değil hacze katılırlar.

İhtiyati haciz kesin hacze dönüşmeden önce ihtiyaten haczedilen gemi borçlunun diğer bir alacaklısı tarafından kesin olarak haczedilmesi durumunda ihtiyati haciz sahibi alacaklı söz konusu hacze kendiliğinden ve muvakkaten iştirak eder. İhtiyati haciz alacaklısının alacağı aynı zamanda bir deniz alacağı teşkil etmediği sürece hacze iştiraki İİK m. 100 deki şartları taşımasına bağlıdır.¹²⁶ Bu durumda ihtiyati haciz sahibinin alacağının İİK m. 100'de belirtilen şartları taşıması şartıyla satış bedeli vezneye girmeden önce icrai hacze dönüşürse birden fazla kesin haczin iştiraki söz konusu olur (İİK m. 268). Gemi alacaklısı hakları ise hacizden önce veya sonra doğmasına bakılmaksızın hacizden önce gelir.¹²⁷

Gemi rehini ile temin edilen alacaklarda da gemiye el konulması ihtiyati hacizle sağlanır. Rehinle temin edilmiş alacaklar ile diğer alacaklar açısından iştirak söz konusu olmaz. Bu nedenle rehin hakkı söz konusu alacaklardan önce gelir. Rehinden önce konulmuş ihtiyati veya icrai haciz bulunması halinde ise kamu alacakları dâhil hiçbir haciz rehinden önceki hacze iştirak edemez (m. 268, I).

Borçluya ait gemiye birden fazla ihtiyati haciz konması durumunda ise ilk önce kesin hacze dönüşen ihtiyati haczi ilk haciz kabul edilir ve diğer ihtiyati haciz alacaklıları İİK m. 263 hükümlerine göre söz konusu hacze geçici iştirak eder.¹²⁸

¹²⁶ İİK m. 268'de 2003 Tarihinde yapılan değişiklikten önce ihtiyati haciz koyduran alacaklının hacze iştiraki için İİK m. 100 deki şartları taşıması gerekip gerekmediği doktrinde tartışma konusu olmuştur. Postacıoğlu'na göre muvakkat iştirak durumunda iştirakin kabulü m 100 de belirtilen şartlara tabi değildir. Yani İİK m.264'e göre ihtiyati haciz hakkı düşmedikçe ona ayrılan paranın diğer alacaklılara verilmesi mümkün olmaz. Postacıoğlu, İcra Hukuku, İstanbul 1967, s 391-392.belirtilen görüşe uygun olarak Tekil'de bu durumda geminin haczinin ilgili sicillere şerh verileceği ve söz konusu şerhin üst sırada yer alacak yeni deniz alacaklarının doğumu engelleyeceği ancak şerhin rüçhan hakkı bulunduğu için gemi alacaklıları açısından her hangi bir önemi bulunmadığı görüşündedir. Tekil, s. 459. Akyazan ve Kuru'ya göre ise ihtiyati haciz koyan alacaklının hacze katılması m 100 deki şartları taşımasına ve ihtiyati haczin kesin hacze dönüşmesine bağlıdır. Bu durumda ihtiyati haciz alacaklısı kendiliğinden ve geçici olarak hacze iştirak eder Akyazan, s. 60; Baki Kuru/ Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz, İcra İflas Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 432.; s 447 Atamer, Cebri İcra, s. 319.

¹²⁷ Çağa/Kender, s. 113.

¹²⁸ Ahmet Değnekli, "İİK'İNİN 268. Maddesinde 4949 Sayılı Kanun'la Değişiklik

5. GEMİNİN SERBEST BIRAKILMASI

Teminat gösterilmesi ile alacaklı kolay paraya çevrilebilen bir teminata kavuşurken borçlu ise gemisini işletme olanağı elde eder¹²⁹ ve teminat gösterilmesi borçlu ve alacaklının müştereken yararına hizmet eden bir müessesedir. Bu nedenle geminin ihtiyaten haczedildikten sonra teminat karşılığında serbest bırakılması olanağı sağlanmıştır. Ayrıca borçlunun borcun varlığını kabul etmesi durumunda, borçluya en baştan teminat karşılığında gemiye fiili el koyma tedbirinin uygulanmasına (TTK m. 1370) veya ihtiyati haciz konmasına engel olma (TTK m. 1371) olanağı tanınmalıdır.¹³⁰

Geminin serbest bırakılması başlığı altında ihtiyati haciz gemi üzerinde devam ettiği halde teminat karşılığında geminin donatana veya üçüncü bir kişiye bırakılması ve teminat karşılığında gemi üzerindeki ihtiyati haczin kaldırılması olmak üzere iki farklı müessese düzenlenmektedir. Ancak her iki durumda da ihtiyati haciz kararı fiilen kalkmamakta yalnızca donatanın geminin işletmesinin önü açılmaktadır. İhtiyati haciz kararını kaldıran sebepler ise ihtiyati haczi tamamlayan merasime başvurulmaması veya ihtiyati haczin mahkeme kararıyla kaldırılması durumlarında söz konusu olur.

Geminin serbest bırakılması için verilecek teminatın tür ve miktarı, alacaklı ile geminin maliki veya maliki olmayan donatanı arasında serbestçe kararlaştırılabilir (TTK m. 1372/1). Bu durumda teminat miktarı geminin değerini aşmamak üzere taraflar arasındaki anlaşmaya göre belirlenir. Düzenlemeden açıkça anlaşılacağı üzere taraflar teminatın miktarı yanında türünde de anlaşabilir. Tarafların anlaşması durumunda TTK m. 1373 de sayılan teminat türlerinden birisi olmasa dahi teminatın kabul edilmesi gerekir.¹³¹ Tarafların anlaşmaması durumunda ise teminatın tür ve miktarını belirleme yetkisi TTK düzenlemesinde icra müdürüne verilmiştir.¹³² İcra müdürü teminatın

Yapıldıktan Sonra Alınan İhtiyati Hacizlerde Hacze İştirak Derecesi" TBB Dergisi Sayı 57, 2005 s. 162-180, s. 170.

¹²⁹ Ülgener, s. 13, Çağa/Kender, s. 119.

¹³⁰ Postacıoğlu/Altay, s. 870.

¹³¹ Ekşi, s. 121.

¹³² İİK'ye göre ihtiyati hacze ilişkin yetkiler mahkemededir (Yılmaz, s. 36) İİK ve 1999 Tarihli Sözleşmeye göre teminatın tür ve miktarını belirleme yetkisi mahkemeye verilmesine rağmen TTK ile söz konusu yetki istisnaen icra müdürüne verilmiştir.

türü olarak 1373'de sayılan teminat türlerinden birini seçmek zorundadır. Söz konusu teminat türleri dışında bir teminatı kabul edemez. Teminat miktarını ise geminin değeri esas alarak belirler. Teminata yapılan itirazlara ilişkin karar verme yetkisi ise mahkemeye verilmiştir. Teminat veren kişi her zaman, bu teminatın miktarının azaltılması, türünün değiştirilmesi veya iptali için mahkemeye başvurabilir (TTK m. 1374).

Geminin serbest bırakılması için teminat verilmesi geminin işletilmesine olanak sağlamak için başvuru bir yoldur; sorumluluğun kabulü veya herhangi bir itiraz ve def'iden ya da sorumluluğun sınırlandırılması hakkında vazgeçilmesi şeklinde yorumlanamaz (TTK m. 1373/1).

5.1. Teminat Karşılığında Geminin Donatana veya Üçüncü Bir Kişiyeye Bırakılması

İhtiyaten haczedilen gemi belirli bir teminat karşılığında borçlu veya üçüncü kişiye istenildiği zaman icra dairesine teslim edilmek şartıyla bırakılabilir. Bunun için borçlunun veya üçüncü bir kişinin talepte bulunması ve teminat gösterilmesi gerekir. Söz konusu düzenleme ile gemi değeri için güvence verilerek geminin serbest bırakılması düzenlenmekte¹³³ ve bu durumda gemi üzerinde ihtiyati haciz devam etmektedir. Ayrıca söz konusu düzenlemeden borçlu yanında üçüncü kişiler de yararlanmasına olanak sağlanmıştır. Verilen teminat tutarı düzenlemede gemi değeri olarak belirtilmekte ise de borç ve masraflar tutarını aşmamalıdır (İİK m. 263).

Teminat olarak nelerin gösterilebileceği düzenlemede tahdidi olarak sayılmıştır. Taraflar açıkça anlaşmadığı sürece geminin serbest bırakılması için düzenlemede yer alan teminat türlerinden birisinin gösterilmesi gerekir. Ayrıca düzenlemede İİK m. 263'e paralel şekilde borçlunun ve üçüncü kişinin gösterebileceği teminat çeşitleri arasında ayırım yapılmıştır.¹³⁴ Buna göre geminin borçluya bırakılması için borçlunun göstereceği teminat çeşitleri düzenlemede; gemi değerinin depo edilmesi veya icra memuru tarafından kabul edilecek taşınmaz

¹³³ Koyuncu, s. 377.

¹³⁴ İİK m. 263 düzenlemesi ile ilgili olarak bakınız Yılmaz, s. 1165.

rehini, gemi ipoteği veya itibarlı bir banka kefaleti gösterilmesi şeklinde belirtilmiştir. Geminin üçüncü kişiye bırakılması için üçüncü kişinin göstereceği teminat söz konusu teminat türlerinden birisi değil bir taahhüt senedi¹³⁵ alınması şeklinde olacaktır (TTK m. 1370/1). Geminin teminat karşılığında üçüncü kişiye bırakılabilmesi için teminatı mutlaka gemi kendisine bırakılacak üçüncü kişinin göstermesi zorunlu değildir, bu amaçla borçlu veya başka bir kişi de teminat gösterebilir.¹³⁶

Söz konusu düzenlemeyle gemi üzerinde fiili el koyma tedbiri hiç uygulanmamakta veya bu yolla kaldırılmaktadır.¹³⁷ Böylece gemiye fiili olarak el konulması yerine teminat karşılığında işletilmesinin önü açılmak istenmektedir. Burada teminat ihtiyati haczin konusunu oluşturmamakta ve gemi üzerindeki fiili ihtiyati haciz durumu devam etmektedir.¹³⁸ Ayrıca gemi donatana veya üçüncü kişiye yediemin olarak da bırakılmadığı gibi düzenlemede geminin iadesi de öngörülmektedir. Bu nedenle TTK m.1366'de sayılan kurumlara¹³⁹ her hangi bir bildirim yapılmaz; aksine bu durumda geminin, üzerindeki ihtiyati haciz devam etmek kaydıyla serbest bırakıldığı, TTK m. 1366'da sayılan kurumlara bildirilir (TTK m. 1370/2) ve ihtiyati hacze ilişkin sicildeki kayıt korunur (TTK m. 1371/2).

Geminin teminat karşılığında donatana veya üçüncü bir kişiye bırakılması durumunda gemi üzerindeki ihtiyati haciz kalkmamakta; yalnızca gemi teminat karşılığında teminat gösteren kişiye bırakılmakta ve işletilmeye devam etmektedir. Düzenlemede yer alan teminat satış aşamasında gemiye bir daha el konulamaması riskine karşılık olarak verilmektedir.¹⁴⁰ Bu nedenle borçlunun gemi üzerinde-

¹³⁵ Koyuncu'ya göre taahhüt senedinin içeriğinin belirlenmesi gerekir. Koyuncu s. 376. Akyazan'a göre ise düzenlemenin amacı göz önüne alındığında İİK m. 263' göre verilecek taahhüt senedinin istenildiği zaman para veya ayın olarak verilmek şartıyla para veya malın teslimi taahhüdünü içermesi ve noterce tanzim veya tasdik edilmesi gerekir. Akyazan s. 38.

¹³⁶ Pekcanitez/ Atalay/Özkan/Özekes, s. 553.

¹³⁷ Pekcanitez/ Atalay/Özkan/Özekes, s. 552.

¹³⁸ Önen, s. 256.

¹³⁹ TTK m. 1366 uyarınca icra müdürünün, ihtiyati haciz kararını (derhâl) geminin bulunduğu bölgeden sorumlu sahil güvenlik komutanlığına veya emniyet teşkilatına, liman başkanlığına ve gümrük idaresine; (kararın uygulanmasını izleyen ilk iş gününde) geminin kayıtlı olduğu sicile ve yabancı bayraklı gemilerde, geminin bayrağını taşıdığı devletin en yakın konsolosluğuna bildirmesi gerekir (TTK m. 1366/3,4).

¹⁴⁰ Pekcanitez/ Atalay/Özkan/Özekes, s. 552.

ki tasarruf yetkisi kısıtlanmamıştır. Borçlu istenildiğinde gemiyi veya teminatı iade ile yükümlüdür. Alacak teminattan karşılanınca amaç da gerçekleşmiş olur.¹⁴¹ Bu durumda gemi ile teminat arasında kader birliği vardır ve ihtiyati haczin devamı için açılan davanın sonunda, teminatın alacaklıya ödenmesine karar verilse dahi, teminat olarak yatırılan para icra veznesinden çekilene kadar, diğer deniz alacaklıları hacze katılabilir (TTK m. 1370/3). İhtiyati haciz konulması yeni deniz alacaklarına imkân verecek şekilde yorumlanmayacağı ve ihtiyati haciz hakkı sahibinin alacak üzerinde takip giderleri dışında rüçhan hakkı bulunmadığı için diğer alacaklılar bakiyeye değil İİK m. 100'e göre hacze iştirak eder.¹⁴²

Düzenlemeden de açıkça anlaşılabilceği gibi gemi teminat karşılığında borçlu veya borçlu dışında geminin kendisinde bırakılmasında menfaati olan üçüncü kişilere bırakılabilir. Özellikle TTK'de deniz alacağı olarak belirtilen alacaklardan geminin mülkiyeti veya zilyetliğine (1352/1/t) ve geminin ortak malikleri arasında çıkan, geminin işletilmesine ya da gemiden sağlanan hasılatı (1352/1u) ilişkin uyuşmazlıklarda ihtiyaten haczedilen geminin, zilyedi olan kişiye yeterli teminat karşılığında bırakılabileceği düzenlenmiştir (TTK m. 1370/4). Söz konusu alacakların açıkça düzenlenmesinin nedeni, belirtilen alacaklarda geminin kendisinin ihtiyati haczin konusu olduğu için ihtiyati haczin uygulanabilirliği konusunda tereddüde yer vermemektir. Zira belirtilen alacaklarda geminin kendisi ihtiyati haczin konusu olduğu ve muhafazası önem arz edeceği için teminat karşılığında geminin üzerindeki haczin kaldırılmasına karar verilememesine rağmen teminat karşılığında donatana veya üçüncü bir kişiye bırakılmasına izin verilmektedir. Ancak geminin teminat karşılığında serbest bırakılmasının istenebileceği alacaklar belirtilen alacaklarla sınırlı değildir.

Bir gemi alacağının söz konusu olması durumunda gemi üzerindeki ihtiyati hacizle birlikte rehin hakkının da teminat üzerine geçti-

¹⁴¹ Yılmaz, s. 1166.

¹⁴² Atamer'e göre ise diğer alacaklılar bakiyeye iştirak eder (Bu durumda güvencenin alacaklıya verilmesine karar verilirse ilgili kişilerin haciz hakkı düşer; ihtiyati haczi koyduran alacaklının alacağının kısmen veya tamamen reddedilmesi durumunda ise güvencenin serbest kalan miktarı diğer alacaklılara ayrılır) Atamer, Cebri İcra, s. 319.

ğinin ve alacaklının artık gemiyi rehinin paraya çevrilmesi suretiyle takip edemeyeceğinin kabulü gerekir.¹⁴³

5.2. Teminat Karşılığında Gemi Üzerindeki İhtiyati Haczin Kaldırılması

Teminat gösterilmesi ile alacaklı kolay paraya çevrilebilen bir teminata kavuşacağı için daha avantajlı bir durum elde ederken borçlu da gemisini işletme olanağı elde edeceği için teminat gösterilmesinin donatan yanında yükü ilgili kişiler ve yolcular gibi kimseler içinde avantajları söz konusudur.¹⁴⁴ Geminin maliki veya borçlu, geminin değerini geçmemek kaydıyla, deniz alacağının tamamı, faizi ve giderler için yeterli teminat göstererek, ihtiyati haczin kaldırılmasını mahkemeden isteyebilir. Takibe başlandıktan sonra bu yetki, icra mahkemesine geçer (TTK m. 1371/1). Teminatın üst sınırını haczedilen geminin değeri oluşturur. Ancak düzenlemede borç karşılığı ihtiyati haczin kaldırılması söz konusu olduğu ve teminata diğer alacaklılar iştirak edemeyeceği için verilen teminatın talep edilen alacak miktarı ve masrafları tutarını da geçmemesi gerekir.¹⁴⁵

Belirtilen teminatın verilmesi durumunda gemi üzerindeki fiili ihtiyati haciz durumu sona erer. Ancak bu durum tümüyle ihtiyati haciz statüsünün kalktığı anlamına gelmez; gemi üzerinden kalkan ihtiyati haciz teminat üzerinde devam etmektedir. Yani bu durumda ihtiyati haciz gerçekte kalkmamakta; ihtiyati haczin konusu değişmektedir.¹⁴⁶ Gemi üzerindeki ihtiyati haciz kalktığı için ihtiyati haczinin kaldırıldığı; TTK m.1366'de sayılan kurumlara bildirilir ve ihtiyati hacze ilişkin sicildeki kayıt silinir (TTK m. 1371/2). Söz konusu düzenlemeden yalnızca borçlu yararlanabilir. Teminat karşılığında geminin donatana veya üçüncü bir kişiye bırakılmasından farklı olarak (TTK m. 1370/1; İİK m 263) üçüncü kişilere söz konusu düzenlemeden yararlanma imkânı tanınmamıştır (TTK m. 1371; İİK m. 266).¹⁴⁷

¹⁴³ Çağa/Kender, s. 121.

¹⁴⁴ Çağa/Kender, s. 119, Ülgener, s. 13.

¹⁴⁵ TTK düzenlemesinde yer almamakla birlikte 1999 Tarihli Sözleşmede teminatın sınırını ihtiyati haciz talep edilen alacak miktarının oluşturacağı açıkça düzenlenmiştir Bakınız 1999 Tarihli Sözleşme m 4/5/a,b.

¹⁴⁶ Önen, s. 255.

¹⁴⁷ Çağa/Kender, s. 122.

TTK m 1371'e göre teminat verilmesi suretiyle gemi üzerindeki ihtiyati haczin kaldırılması durumunda teminatın verilmesiyle geminin serbest kalacağı ve ihtiyati haczin teminat üzerinde devam edeceği için deniz alacağı ile gemi bağımsızlaşmıştır. Bu nedenle geminin daha sonraki mukadderatı alacaklıyı ilgilendirmez. Bu durumda örneğin ihtiyati haczin devamı için açılan davanın sonunda, teminatın alacaklıya ödenmesine karar verirse, teminat karşılığında geminin donatana veya üçüncü bir kişiye bırakılmasından farklı olarak, diğer deniz alacaklıları söz konusu teminat üzerine haciz koyduramaz (yani diğer alacaklılar hacze değil bakiyeye katılır) (TTK m. 1371/3). Belirtilen düzenlemeye başvurularak geminin işletmeye devamı halinde gemi alacaklılarının hakkı her ne kadar diğer deniz alacaklılarının hakkından önce gelecekse de diğer deniz alacaklıları söz konusu teminattan yararlanamaz.

TTK'de deniz alacağı olarak belirtilen alacaklardan geminin mülkiyeti veya zilyetliğine (1352/1/t) ve geminin ortak malikleri arasında çıkan, geminin işletilmesine ya da gemiden sağlanan hâsılatı (1352/1u) ilişkin uyuşmazlıklarda geminin kendisinin ihtiyati haczin konusudur. Bu nedenle TTK düzenlemesinde açıklık olmamasına rağmen söz konusu alacaklar açısından teminat karşılığında gemi üzerinde ihtiyati haczin kaldırılmasına karar verilememeli, teminat karşılığında geminin malike veya üçüncü kişiye bırakılması yoluna gidilmelidir.

Gemi rehiniyle teminat altına alınmış bir alacağın söz konusu olması durumunda rehin hakkı aynı derecede teminat üzerine geçer. Bu durumda rehin alacaklısı alacağını teminattan elde etmek zorunda kalır ve rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapamaz.¹⁴⁸

5.3. İhtiyati Haczin Kalkması

Teminat verilmesi durumunda ihtiyati haciz statüsü kalkmamakta ya teminat üzerinde devam etmekte veya teminat karşılığında geminin işletilmesinin önü açılmaktadır. İhtiyati haczin tamamen kalkması ise ihtiyati haczi tamamlayan merasime başvurulmaması, vazgeçme, dosyanın işleminden kaldırılması ve mahkemece istem üzerine ihtiyati

¹⁴⁸ Rayegan Kender/Ergon Çetingil Deniz Ticareti Hukuku: Takip Hukuku ve Deniz Sigortaları İle Birlikte: Temel Bilgiler, On İki Levha, İstanbul, 2009, s. 244.

haczin kaldırılmasına karar verilmesi durumlarında söz konusu olur. Taraflar gemini ihtiyati haczinde dikkate alınan şartların ve durumların esaslı surette değişmesi veya ortadan kalkması halinde ihtiyati haczin kaldırılmasını talep edebilir.¹⁴⁹ Zira amacı ortadan kalkmış hukuki yararı bulunmayan bir ihtiyati haczi ayakta tutmak korumanın amacı ile bağdaşmaz. TTK kapsamında açıkça düzenlenmemekle birlikte ihtiyati tedbir için HMK m 396 düzenlenen söz konusu müessese, gemilerin ihtiyati haczinin ihtiyati tedbire ilişkin nitelikleri de bünyesinde barındırdığı için uygulanabilir niteliktedir.¹⁵⁰ İhtiyati haciz kararının verildikten sonra kararın uygulanabilmesi gerekir. ihtiyati haczine karar verilen gemi üçüncü kişinin elinde ise zorla alınır. Geminin kararda adı geçen kişinin elinde bulunmadığı görülürse veya yabancı gemi yurt dışına çıktığı için ihtiyati haciz uygulanamazsa uygulanma olanağı olmayan karar kendiliğinden hükümsüz olur.¹⁵¹

SONUÇ

Deniz hukuku anlamında ihtiyati haciz; bir deniz alacağının teminat altına alınması için, mahkeme kararı ile geminin alıkonulması veya seferden men edilmesi suretiyle borçlunun tasarruf alanından çıkarılmasını ifade eder. TTK düzenlemesi ile deniz alacaklarına ilişkin olarak ihtiyati tedbir yolu kapatılmış ve dava konusunu oluştursa da alınabilecek tek hukuki himaye tedbiri ihtiyati haciz olarak belirlenmiştir. Bu anlamda geminin ihtiyati haczi kavramı İİK anlamında ihtiyati haciz yanında sınırlı sayıdaki ayni ve şahsi talep haklarının güvence altına alınması için başvurulmuş geçici hukuki himaye tedbiri olarak gemiye el konulmasını da içermektedir. Ancak doktrinde ihtiyati tedbir yasağı kapsamında her türlü ihtiyati tedbirin değil mal veya hakkın muhafaza altına alınması ve yedimeine tevdi gibi geminin seferden men'i sonucunu doğuran ihtiyati tedbirlerin ifade edildiği; gemiye el konması ve seferden men'i sonucunu doğurmayan ihtiyati tedbirin ise söz konusu yasağa rağmen mümkün olduğu haklı olarak belirtilmektedir.

¹⁴⁹ Pekcanitez/Atalay/Özkan/ Özekes, s. 557.

¹⁵⁰ İhtiyati haciz ve ihtiyati tedbir her ikisi de geçici hukuki koruma tedbiri olmakla birlikte birbirinden konuları ve sonuçları yönünden tamamen farklı iki müesseselerdir. Bu nedenle ihtiyati tedbire ilişkin hükümlerin ihtiyati hacze tamamlayıcı hükümler olarak uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s. 512.

¹⁵¹ Potacioğlu s. 878, Çağa/Kender, s. 95.

Gemi üzerinde ihtiyati haciz kurulabilmesi için öncelikle bir deniz alacağının mevcut olması ve alacağın muaccel olması gerekir. Zira ihtiyati haciz ancak bir deniz alacağı için kurulabilir. Ayrıca üzerinde ihtiyati haciz kurulabilecek bir geminin mevcut olması, alacaklı tarafından teminat gösterilmesi ve ihtiyati haczi tamamlayan merasimin yerine getirilmesi de ihtiyati haciz kurulmasının diğer şartlarını oluşturmaktadır. Deniz alacakları; alacağın söz konusu gemi veya geminin işletilmesinden doğmasını; deniz alacağının gemi rehini, gemi ipoteği veya gemi üzerinde aynı nitelikteki bir aynı yükümlülük ile teminat altına alınmasını veya uyuşmazlığın geminin mülkiyetine veya zilyetliğine ilişkin olmasını veya alacağın gemi alacaklısı hakkı vermesini ifade etmektedir (TTK m. 1369/1).

Geminin ihtiyati haczini isteme yetkisi; TTK m. 1352'de sayılan deniz alacaklarından birine sahip alacaklıya aittir. Alacaklı kural olarak deniz alacağının doğmasına sebebiyet veren geminin; birden fazla gemi söz konusu ise yalnız birinin ihtiyati haczini isteyebilecektir. Ancak kanun koyucu bazı şartların varlığı halinde gemi üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar dışında donatana ait başka bir geminin ihtiyati haczine de izin vermektedir. Ayrıca teminat verilmesi durumunda ihtiyati haciz kaldırılmakta ve üzerindeki ihtiyati haciz kararı kalkan bir geminin aynı alacak için tekrar ihtiyati haczine ancak istisnai bazı durumlarda izin verilmektedir. 6102 sayılı TTK'de sefere hazır geminin haczedilmesiyle ilgili bir sınırlamaya gidilmediği için geminin sefere hazır olması veya seferde olması ise ihtiyati haciz kararı verilmesi açısından bir önem arz etmeyecektir.

İhtiyati haciz kararı verilmesi ile bazı sonuçlar doğmaktadır. Öncelikle ihtiyati haciz kararı verilmesiyle gemiye fiilen el konulmak zordur (İİK m. 92/3). Bu amaçla ihtiyati haczine karar verilen bütün gemiler, icra müdürü tarafından seferden men edilerek muhafaza altına alınır veya yed'i emine teslim edilebilir. Bunun için ayrıca bir seferden men kararı verilmesine gerek yoktur. Ancak gemiler fiilen muhafaza altına alınamayacağı için ihtiyati hacizden kasıt geminin limanı terkine engel olunmasıdır. İhtiyati haciz kararının diğer sonuçları ihtiyati haciz kararından etkilenen yükümlü kişilerle karşı sorumluluğun doğması, müaccel bir deniz alacağı için İİK m 257/2 uyarınca ihtiyati haciz kararı verilmesi durumunda alacağın söz konusu alacaklı açısından muacceliyet kazanması şeklinde belirtilebilir.

Ayrıca ihtiyati haciz kararı verilmesinin geminin idaresi ve işletilmesi açısından bazı sonuçları bulunacağı gibi ihtiyati haczin ilgili sicillere bildirilmesinin ve söz konusu şerhin ilaveten ihtiyati haczin de bazı sonuçları bulunmaktadır.

İhtiyaten haczedildikten geminin daha sonra teminat karşılığında serbest bırakılması mümkündür. Ayrıca borçluya borcun varlığını kabul etmesi durumunda, en baştan teminat karşılığında gemiye fiili el koyma tedbirinin uygulanmasına (TTK m. 1370) veya ihtiyati haciz konmasına engel olma (TTK m. 1371) olanağı da tanınmalıdır. Geminin serbest bırakılması kapsamında ihtiyati haciz gemi üzerinde devam ettiği halde teminat karşılığında geminin donatana veya üçüncü bir kişiye bırakılması ve teminat karşılığında gemi üzerindeki ihtiyati haczin kaldırılması olmak üzere iki farklı müessese düzenlenmektedir. Ancak her iki durumda da ihtiyati haciz kararı fiilen kalkmamakta yalnızca donatanın geminin işletmesinin önü açılmaktadır. İhtiyati haciz kararını kaldıran sebepler ise ihtiyati haczi tamamlayan mersime başvurulmaması, vazgeçme, dosyanın işlemde kaldırılması ve mahkemece istem üzerine ihtiyati haczin kaldırılmasına karar verilmesi durumlarında söz konusu olmaktadır.

Kaynakça

- Aksoy Mehmet Ali, Ticaret Hukuku Bilgisi, Detay yayınevi, Akara 2011.
- Akyazan Sıtkı, İhtiyati Hacizler ve Hacze İştirak, Kurtulmuş Matbaası, İstanbul 1958.
- Atamer Kerim, Süzel Cüneyt, Yeni Deniz Ticareti Hukukunun Kaynakları, C I, XII Levha Yayınları, İstanbul 2013.
- Atamer Kerim, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Deniz Hukukunda Cebri İcra, Arıkan Yayınları, İstanbul 2006
- Atamer Kerim, "Gemilerin İhtiyati Haczinde Seferden Men Önemlinin Uygulanması", İÜHFİM, C.55, S. 3/2, İstanbul 1997, Erişim, <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/>, Tarihi: 15.11.2014.
- Çağa Tahir/Kender, Rayegan, Deniz Ticareti Hukuku, C. III. 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1997.
- Çetingil Ergon A./Kender Rayegan/Ünan Samim/Yazıcıoğlu Emine, "TTK Tasarısının "Deniz Ticareti" başlıklı 5. Kitabında yer alan hükümler hakkında", *DHD Özel Sayı Ocak 2006* 1-297.
- Değnekli Ahmet, "İİK'NİN 268. Maddesinde 4949 Sayılı Kanun'la Değişiklik Yapıldıktan Sonra Alınan İhtiyati Hacizlerde Hacze İştirak Derecesi" *TBB Dergisi Sayı 57*, 2005 s. 162-180.
- Ekşi Nuray, Yabancı Gemilerin İhtiyati Haczi, İstanbul, Beta, 2004.

- Kalpsüz Turgut, Gemi Rehni, 4. Bası, Ankara, BTHAE, 2001.
- Karaman M./D. Bektaşoğlu/Sanlı/S. Ünsal Aksakal/ E. Demir/F. Kurt, "TTK Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler, TTK Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler", DHD, Özel Sayı, İstanbul 2006, s. 369-385, s. 374-375.
- Kender Rayegan/Çetingil Ergon, Deniz Ticareti Hukuku, XII Levha, İstanbul 2009
- Koyuncu İbrahim Serdar," Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın "Deniz Ticareti" Kitabındaki Bazı Hükümler Hakkında Değerlendirmeler", DHD, Deniz Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul 2006, s 347-368.
- Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, İcra İflas Hukuku, 25. Bası Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.
- Kuru Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı II. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Kuru Sevilay, "TTK Tasarısının Deniz Ticareti Kitabındaki Cebri İcra Hükümlerine İlişkin Görüşler", DHD Özel Sayı, Deniz Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul 2006, 385-408
- Light Didem Algantürk, "1999 Tarihli Gemilerin İhtiyati Haczine İlişkin Cenevre Sözleşmesi Hakkında" DHD Yıl 9 Sayı, 1-4 s 35-48.
- Light S. Didem Algantürk, "TTK Tasarısı'nın Deniz Ticareti Başlıklı Besinci Kitabı İle Getirilen Düzenlemeler ve değerlendirmeler" İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:5 Sayı:10 İstanbul 2006 s.123-14,5
- Önen Ergun, İhtiyati Haczin Kaldırılması Davası, AÜHFD 1980 C. 37 S. 1-4 s. 251-280.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özkan Meral Sungurtekin/Özekes Muhammet, İcra ve İflas Hukuku, Yetkin, Ankara, 2012.
- Peker Barış, "Türk Hukukunda Gemilerin İhtiyati Haczi" İstanbul 2010 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi).
- Sözer Bülent, Deniz Ticaret Hukuku, C I. 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013
- Tekil Fahiman, Deniz Hukuku, 5. Bası, İstanbul, Alkım Yayınları, 1998.
- Tetley William, "Arrest, Attachment and Related Maritime Law Procedures" Tulane Law Review V 73, p. 1895-1986.
- Türkel Doğuş Taylan, Gemi Alacaklısı Hakkının Paraya Çevrilmesi, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2008.
- Ülgener M. Fehmi, "Gemilerin İhtiyati Haczine İlişkin 1999 Tarihli Cenevre Konvansiyonuna Bir Bakış" DHD yıl 3 Sayı 3-4, s, 7-16.
- Üstündağ Saim, İcra Hukukunun Esasları, Sulhi Garan Matbaası İstanbul 1970.
- Postacıoğlu İlhan Emin, İcra Hukuku Esasları İstanbul 1967.
- Potacıoğlu İlhan Emin/Altay Sümer, İcra Hukuku Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- Özekes Muhammet, İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Seçkin, Ankara 1999.
- Özekes Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku ders notları - İhtiyati Haciz, Erişim <http://www.law.ankara.edu.tr/files/2014/04/9-%C4%B0cra-ve-%C4%B0fl%C3%A2s-Hukuku-%C4%B0HT%C4%B0YAT%C4%B0-HAC%C4%B0Z-1.pdf> Tarihi: 22.03.2015.
- Yılmaz Ejder, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Yetkin, Ankara, 2001.

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU'NA GÖRE MÜCBİR SEBEPLER VE SONUÇLARI

FORCE MAJEURE AND ITS CONSEQUENCES ACCORDING TO PUBLIC PROCUREMENT CONTRACTS LAW

Ş. Barış ÖZÇELİK*

Özet: Mücbir sebep kavramı sözleşme hukuku açısından, borcun sözleşmeye uygun olarak ifasına engel olan, haricî, öngörülemeyen ve kaçınılmaz nitelikte olayları ifade eder. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 10. maddesinde, bu Kanun'a tâbi sözleşmelerde mücbir sebep sayılabilecek bazı olaylar belirtildikten sonra, gerektiğinde Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenecek benzeri diğer hallerin de mücbir sebep sayılabileceği öngörülmüştür. Bu çerçevede bir olayın mücbir sebep sayılıp sayılmayacağı değerlendirilirken, mücbir sebep kavramının hukukumuzda ve karşılaştırmalı hukukta genel kabul gören unsurlarının varlığı aranmalıdır. Olayın mücbir sebep niteliğinde olduğu tespit edildikten sonra, bunun kamu ihale sözleşmesi açısından doğuracağı sonuçlar, borcun ifasını imkânsız kılan, geciktiren veya gereği gibi ifayı engelleyen mücbir sebepler bakımından ayrı ayrı ele alınmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Mücbir Sebep, Süre Uzatımı

Abstract: In contracts law force majeure includes external, unforeseeable and unavoidable events that prevent the performance of an obligation according to the contract. In Article 10 of the Public Procurement Contracts Law numbered 4735, certain events are stated as force majeure and it was also provided that others may also be considered as such by the Public Procurement Authority. In this regard in the determination of an event as force majeure, elements of force majeure as accepted in Turkish law and comparative law must be considered. Once an event is determined as force majeure its consequences on public procurement contract should be assessed taking into consideration whether it makes performance impossible or delays the performance or prevents the performance in conformity with contract.

Keywords: Public Procurement Contracts Law, Force Majeure, Time Extension

* Yrd. Doç. Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı
bozcelik@bilkent.edu.tr

GİRİŞ

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (KİSK), Borçlar Kanunumuzun genel hükümlerinden farklı olarak, mücbir sebebi, genel bir sorumluluktan kurtuluş sebebi olarak düzenlemiştir (KİSK 10). Bu yönüyle anılan Kanun, sözleşme hukukumuz bakımından istisnai bir düzenleme niteliği taşır. Öte yandan, KİSK, kamunun ihtiyaçlarının giderilmesine yönelik her türlü sözleşmede uygulandığından, bu Kanun'a göre mücbir sebep kavramına nasıl bir anlam verileceği ve mücbir sebep teşkil eden olayların kamu ihale sözleşmeleri üzerindeki etkilerinin belirlenmesi pratik açıdan önem arz eder.

Çalışmanın konusu KİSK'e göre mücbir sebep sayılabilecek olayların ve bunların kamu ihale sözleşmelerine etkilerinin incelenmesidir. Bu bağlamda öncelikle mücbir sebep kavramının hukukumuzda ve karşılaştırmalı hukukta genel olarak kabul gören unsurları ve sonuçları ele alınmış, ardından da bu unsur ve sonuçlar da göz önünde tutularak, kamu ihale mevzuatının konuya ilişkin hükümleri incelenmiştir.

I. GENEL OLARAK MÜCBİR SEBEP KAVRAMI

A- Mücbir Sebep Kavramının Tanımı ve Unsurları

1. Tanım

Mücbir sebep kavramının tanımı ve unsurları konusunda tam bir görüş birliği bulunmamakla birlikte, bu çalışmadan benimsenen yaklaşıma göre, mücbir sebep, "bir borcun veya genel bir davranış yükümünün ihlâline neden olan, borçlunun işletme faaliyetiyle ilgisi olmayan (harcı), öngörülemez ve kaçınılamaz bir olay" olarak tanımlanmaktadır.¹ Buna bağlı olarak, bir olayın mücbir sebep sayılması için varlığı gerekli unsurlar, haricilik, kaçınılamazlık ve öngörülemezliktir.

¹ Bkz. Haluk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, Ankara 1961, s. 464; Turgut Akıntürk, *Satım Akdinde Hasarın İntikali*, Ankara 1966, s. 51-53; Erzan Erzurumluoğlu, *Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi*, Ankara 1970, s. 37 vd.; Fikret Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Ankara 1975, s. 176; A. Pulat Gözübüyük, *Mücbir Sebepler Beklenmeyen Haller*, Ankara 1977, s. 66 vd.; Hakan Acar, "Uluslararası Sözleşme Hukukunda Mücbir Sebep (Force Majeure) Kavramı ve Hukukî Sonuçları", *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, S. 45-46 (Mayıs-Haziran 2008), s. 10 vd. ; H. Tamer İnal, "Sözleşmenin Kurulması Esnasında Öngörülemeyen Sonraki İfa İmkânsızlığı ve Mücbir Sebep", *Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Ağustos 2014, s. 115 vd. Mücbir sebep kavramı konusunda karşılaştırmalı bir inceleme için bkz. Günter Weick, "Force Majeure, Rechtsvergleichende Untersuchung und Vorschlag für eine einheitliche europäische Lösung", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2014/2, s. 281 vd.

2. Mücbir Sebep Kavramının Unsurları

a) Haricîlik (*Externality, Betriebsfremdheit*)

Mücbir sebebin haricîliğinden, olayın kaynağının, borçlunun faaliyet sahasının dışında bulunması anlaşılır. Bu anlamda haricîlik, fiziksel anlamda bir haricîlik değildir. Burada söz konusu olan, somut borç ilişkisiyle bağlantılı olarak borçluya hukukî bir sorumluluk alanı çizilmesi, kaynağını bu alanda bulan engellerden borçlunun sorumlu tutulması ve bu alanın dışından kaynaklanan engellerde ise borçlunun sorumluluktan kurtulmasıdır.²

Haricîliğin mücbir sebebin bir unsuru olarak kabul edilmesinin sonucu, belli bir faaliyetin tipik risklerinin mücbir sebep sayılmamasıdır. Örneğin, satım sözleşmesinde, satıcının henüz elde etmeden teslimini borçlandığı malların tedarik edilememesi, bu sözleşmenin tipik risklerindedir (*procurement risk, Beschaffungsrisiko*). Bu riskin gerçekleşmesi halinde, satıcı, haricî bir engelle karşılaşacağını ileri süremez.³ Aynı şekilde, ifa için gerekli finansal imkân ve araçlara sahip olmama, borçlunun çalışanlarının veya işletme organizasyonunun yetersizliği, iflas veya tasfiye; üretim, muhasebe veya bilgi işlem sistemi hataları, gerekli personelin temin edilememesi, işyerinde grev, gibi engeller de haricî sayılamaz.⁴ Buna karşılık, deprem, yıldırım düşmesi, su baskını, yangın, şiddetli fırtına gibi doğa olayları; savaş, ihtilâl, ayaklanma, askerî darbe vb. gibi sosyal veya politik olaylar; mallara resmî makamlarca el konulması, ambargo, yabancı para transferinin yasaklanması, bir şeyin ithalatın, ihracatının veya piyasaya sürülmesinin yasaklanması ya da sınırlandırılması gibi hukukî olaylar veya taşıma ya da depola-

² Erzurumluoğlu, s. 38; Tandoğan, s. 464-465; Eren, (Sorumluluk) s. 179-180. Mücbir sebep haricîlik unsuru Taşınır Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde (CISG), "borçlunun kontrolü dışındaki engel" (impediment beyond his control) olarak ifade edilmiştir: Bkz. Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN- Kaufrecht, 6. Aufl., München 2013, Art. 79, N. 11 vd. Bu şartın mücbir sebebin bir unsuru sayılmayacağı yönünde bkz. Silvio Giavonoli, "Zufall und höhere Gewalt im schweizerischen Rechte", Zeitschrift für Schweizerisches Recht, C. 54 (1935), s. 29 vd.

³ Claus Wilhelm Canaris, "Die Einstandspflicht des Gattungsschuldners und Übernahme eines Beschaffungsrisikos nach § 276 BGB", Festschrift für Wolfgang Wiegang zum 65. Geburtstag, Bern 2005, s. 181 vd.

⁴ Örnekler için Bkz. Dionysios P. Flambouras, "The Doctrines of Impossibility of Performance and clausula rebus sic stantibus in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis", Pace International Law Review, C. 13, S. 2, (2001) s. 267-268; Acar, s.14-15; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 79 N.11 vd.

ma sırasındaki hırsızlık⁵ veya sabotaj, genel grev, genel enerji kesintisi gibi diğer olaylar, haricî nitelikte engeller olarak değerlendirilebilir.⁶ Bu tip engeller, diğer iki şartı da sağladıkları takdirde mücbir sebep sayılabilirler.

b) Kaçınılamazlık (*Unavoidability, Unvermeidbarkeit*)

Mücbir sebep kavramının diğer bir unsuru, olayın ve sonuçlarının kaçınılamaz, bertaraf edilemez nitelikte olmasıdır.⁷ Kaçınılamazlık, mücbir sebebin en tartışmasız unsurudur. Çünkü bu unsurun varlığı borçlunun kusurunun yokluğu anlamına gelir. Bu nedenle, kaçınılamazlığın mücbir sebebin temel unsuru olduğunu söylemek yanlış olmaz.

Mücbir sebepten söz edebilmek için, hem ifayı engelleyen olaydan, hem de onun sonuçlarından kaçınmasının veya bunların üstesinden gelmesinin borçludan beklenememesi gerekir. Örneğin deprem, borçlunun kontrolü dışında gerçekleşen bir doğa olayıdır. Ancak özel yapı teknikleriyle, depremin etkilerinin önlenmesi veya azaltılması mümkündür. Başka bir ifadeyle, depremden değil, fakat depremin sonuçlarından kaçınmak veya onun etkisini azaltmak mümkün olabilir.⁸ Bu konuda üzerine düşeni yapmayan borçlu sorumluluktan kurtulamaz. Buna karşılık, bir bölge için olağan sayılabilecek şiddette bir depremin sonuçlarını önleyebilecek bir yapı tekniği kullanılmış olmasına rağmen, meydana gelen depremin şiddetinin olağanın üzerinde gerçekleşmesi nedeniyle bir borcun ifası mümkün olmamışsa, depremin etkileri kaçınılamaz nitelikte sayılabilir.⁹ Aynı şekilde, sözleşme uyarınca, deniz yoluyla taşınması kararlaştırılan malların bu yolla taşınması, haricî bir olay nedeniyle mümkün olmayabilir. Bu koşullar, söz konusu olayın mücbir sebep sayılması için yeterli değildir. Çünkü eğer, ticarî açıdan makûl bir alternatif (*commercially reasonable substitute*)¹⁰

⁵ Yarg. 11. HD, T. 27.9.1994, E.1194/4476, K.1994/6870 (Kazanıcı)

⁶ Örnekler için bkz. Eren, (Sorumluluk) s. 180; Tandoğan, s. 465; İnal, s. 142-143; Flambouras, s. 267.

⁷ Bkz. Erzurumluoğlu, s. 39-40; Eren, (Sorumluluk) s. 181; Tandoğan, s. 465.

⁸ Örnek için bkz. Christian von Bar/Reinhard Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II, München 2002, s. 461.

⁹ Bkz. Acar, s.17.

¹⁰ Schlechtriem/Schwenzer, Art. 79, N. 14; Cessare Massimo Bianca/Michael Joachim Bonell/Denis Tallon, Commentary on the International Sales Law, Giuffrè: Milan 1987, s. 582.

bulunması mümkünse, borçlunun bu alternatif yolu kullanarak borcunu ifa etmesi gerekir. Böylece örneğin, sözleşme konusu malların kara yoluyla gönderilmesi somut olayın şartları çerçevesinde ticarî açıdan makul bir alternatif teşkil ediyorsa, deniz yoluyla taşımada ortaya çıkan engel kaçınılamaz nitelikte sayılamaz.

c) Öngörülemezlik (*Unforeseeability, Unvorhersehbarkeit*)

Bir olay, haricî ve kaçınılamaz nitelikte olsa bile, mücbir sebep sayılabilmesi için üçüncü şart, o olayın sözleşmenin kurulduğu sırada öngörülemez olmasıdır.¹¹

Borcun ifasını engelleyen olgunun sözleşme kurulduğu sırada öngörülebilir olup olmadığı, objektif koşullara göre belirlenir. Buna göre, öngörülemezlik açısından önemli olan, borçlunun, borcun ifasına engel olabilecek bir olayın meydana gelebileceğine ilişkin gerçekçi bir ihtimali öngörmesinin mümkün olup olmadığıdır. Öngörülemezliğe ilişkin değerlendirmede, somut sözleşmenin süresi, sözleşme konusu malların piyasa fiyatlarında değişim eğilimi görülmesi veya borcun ifasına engel olan olayın ön belirtilerinin sözleşmenin kurulması aşamasında görülmekte olması gibi olguların da dikkate alınması gerekir.¹² Öte yandan, borçlunun sözleşmeye uygun davranmasını engelleyen olayın sözleşme kurulduktan sonra öngörülebilir olması, bu şart bakımından değil ancak kaçınılamazlık şartı bakımından önem arz eder. Zira engel, sözleşme kurulduktan sonra öngörülebilir hale gelmişse ve borçlunun o olayın etkilerini bertaraf etmek için yeterli zamanı veya imkânı olmasına rağmen bunu yapmamışsa, kaçınılamazlık şartı gerçekleşmediği için, o engel mücbir sebep sayılmamalıdır.¹³

Doktrinde bir görüş, öngörülemezliği mücbir sebebin bir unsuru olarak kabul etmemekte ve öngörülebilir olsa bile borçlunun karşı koyamayacağı (kaçınılamaz) engellerin mücbir sebep sayılabileceğini ileri sürmektedir.¹⁴ Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira eğer ifanın önünde, sözleşme kurulduğu sırada borçlunun öngördüğü veya

¹¹ Yarg. HGK, T.17.10.1980, E.1978/11-773, K.1980/2310; Yarg. 19. HD, T. 25.10.2002, E. 2002/4558, K.2002/6953 (Kazancı)

¹² Flambouras, s. 271.

¹³ Bianca/Bonell/Tallon, s. 581.

¹⁴ Bkz. Erich-Hans Kaden, "Zufall und höhere Gewalt im deutschen, schweizerischen und französischen Recht", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, C. 31, Y. 1967, s. 611.

öngörmesi gereken bir engel varsa, bu engel kaçınılmaz nitelikte olsa bile, borçlunun o sözleşmeyi yapması başlı başına bir kusur teşkil eder (Übernahmeverschulden).¹⁵ Bu durumda borçlu ya sözleşmeyi hiç yapmamalıdır ya da sözleşmeye söz konusu engele karşı kendisini koruyacak bir kayıt koymalıdır. Bunlardan birini yapmayan borçlu, söz konusu olayın gerçekleşme riskini üstlenmiş olur. Bu nedenle de böyle bir olayın gerçekleşmesi nedeniyle borcunu ifa edemezse, bunun sonuçlarına kendisi katlanmalıdır.

B- Mücbir Sebeplerin Sözleşme Üzerindeki Etkileri

1. Genel Olarak

Mücbir sebeplerle sözleşmeye aykırı davranan borçlu, bunun olumsuz sonuçlarından sorumlu tutulamaz. Sözleşmeye aykırılık hukukumuzda imkânsızlık (hiç ifa etmeme), temerrüt (zamanında ifa etmeme) ve gereği gibi ifa etmeme olmak üzere üç ana türe ayrıldığından, mücbir sebebin sözleşme üzerindeki etkisini de her bir tür için ayrı ayrı incelemek gerekir.

2. İfa İmkânsızlığının Mücbir Sebepden Kaynaklanmasının Sonuçları

Borcun ifası imkânsız hale geldiğinde borcu aynen ifa yükümü sona erer. Bu sonuç, tabiat ve mantık kurallarının bir gereği olup, borçlunun kusurundan bağımsız olarak ortaya çıkar. Sona eren aynen ifa yükümünün yerine tazmin yükümünün doğup doğmayacağı, doğacaksa tazminatı kimin, kime ödeyeceği, imkânsızlıktan hangi tarafın sorumlu olduğuna göre belirlenir.¹⁶

¹⁵ Bu yönde bkz. Simone Gloor, *Das vertragliche Übernahmeverschulden - Einordnung und Erweiterung zur fahrlässigen Leistungsübernahme*, Zürich 2012, s. 13 vd; Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Bern 2009, s. 833-834, N. 65; Erzurumluoğlu, s. 41 (Bu sonuca yazar, "öngörülemezlik" yerine "sezilemezlik" kavramını kullanmaktadır.). Aynı doğrultudaki uygulamalara örnek olarak bkz. Yarg. 19. HD, T. 25.10.2002, E. 2002/4558, K. 2002/6953 (Kazancı); BGE 111 II 354.

¹⁶ Bkz. M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1, 11. Bası, İstanbul 2013, s. 462, 570-571; Ş. Barış Özçelik, "Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkânsızlık ve Sonuçları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 63, S. 3, Y. 2014, s. 582 vd.; Bu konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. Fatih Gündoğdu, *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı*, İstanbul 2014, s. 195 vd.

İfa, mücbir sebep sayılabilecek bir olayın gerçekleşmesi neticesinde imkânsız hale gelmişse, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık söz konusu olur. Bunun sonuçlarını düzenleyen TBK 136'ya göre "Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşır, borç sona erer." (f. 1) Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır (f. 2). Böylece mücbir sebep sonucunda imkânsız hale gelen edimin borçlusu, herhangi bir tazminat ödemeksizin borcundan kurtulur. Buna karşılık kural olarak karşı edimi talep hakkını kaybettiği gibi, kendisine ifa edilmiş edimleri de iade etmekle yükümlü olur.

3. İfanın Gecikmesinin Mücbir Sebepden Kaynaklanmasının Sonuçları

İfası mümkün bir borcun mücbir sebeplerin etkisiyle zamanında ifa edilmemesi durumunda kural olarak borçlu temerrüdü hükümleri uygulanır (TBK 117 vd.).¹⁷ İfanın mücbir sebepler sonucunda gecikmesi, geçici imkânsızlık (*temporary impossibility, vorübergehende Unmöglichkeit*) olarak da adlandırılmaktadır.¹⁸ Bu durum, kanunda veya sözleşmede bu yönde açık bir hüküm bulunmadıkça, kendiliğinden borcun ifa zamanının ertelenmesi sonucunu doğurmaz.¹⁹ Borçlu bor-

¹⁷ İstisnaen, sözleşmenin mutlak kesin vadeli işlem niteliği taşınması veya borcun ifasının önündeki engelin ortadan kalkıp kalkmayacağına bilinmemesi gibi halde, geçici nitelikteki engeller de sürekli sayılıp, imkansızlık hükümleri (TBK 112, 136) uygulanır: Bkz. Mustafa Dural, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK 117), İstanbul 1976, s. 123; Oğuzman/Öz, s. 462; Dilşad Keskin, "Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkânsızlık", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2007, C. XI, S. 1-2, s. 216; Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009, s. 451 N. 63.10.; Özçelik, s. 584.

¹⁸ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2013, s. 1040; Rona Serozan, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, 6. Bası, İstanbul 2014, s. 186, N. 1; Arnd Arnold, "Die vorübergehende Unmöglichkeit nach der Schuldrechtsreform", Juristen Zeitung, Y. 2002, S. 18, s. 866; Özçelik, s. 583.

¹⁹ Bu yönde bkz. Dural, s. 123; Koller, s. 869, N. 189; Claus Wilhelm Canaris, "Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen", Juristen Zeitung, Y. 2001, S.10, s. 516; Arnold, s. 869; aksi yönde bkz: Serozan, s. 186, N. 1, s. 218 N. 3.

cunu zamanında ifa etmemekle her durumda temerrüde düşer. Gecikmenin mücbir sebepten kaynaklanması, yalnızca borçlunun, temerrüdün kusura bağlı sonuçlarından kurtulmasını sağlar. Bu bağlamda alacaklı gecikme nedeniyle uğradığı zararların tazminini isteyemeyeceği gibi (TBK 118), borçlu, beklenmedik halden doğacak zarardan da sorumlu tutulamaz (TBK 119).²⁰ Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ise alacaklı aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini isteyemez.²¹ Sözleşmeden dönme hakkı, borçlunun kusurunu gerektirmediğinden,²² alacaklı gerekli şartları yerine getirdikten sonra sözleşmeden dönebilir. Ancak kusura bağlı olan, menfi zararının tazminini isteyemez (TBK 125/III). Aynı şekilde, ifasına başlanmış olan sürekli borç ilişkilerinde, TBK 126 uyarınca, borçlunun kusurundan bağımsız olarak sözleşmeyi feshetme imkânına sahip olan alacaklı, anılan hüküm çerçevesinde zararının tazminini talep edemez.²³

4. Gereği Gibi İfa Etmemenin Mücbir Sebepten Kaynaklanmasının Sonuçları

Borcun gereği gibi ifa edilmediği hallerde,²⁴ borçlu kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bu nedenle uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlüdür (TBK 112). Bu çerçevede alacaklı dilerse sözleşmeye aykırı ifayı reddedip borçluyu temerrüde düşürebilir; dilerse TBK 112'den doğan tazminat talep etme hakkını saklı tutarak ifayı kabul edebilir.²⁵ Birinci durumda temerrüdün sonuçları uygulanırken, ikinci durumda, alacaklının borçludan sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep etme hakkı doğar.

²⁰ Bkz. Vedat Buz, *Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, Ankara 1998, s. 104-105; Serozan, s. 228 N. 11; Schwenzler, s. 465 N. 64.04, s. 466 N. 66.06.

²¹ Eren, *(Borçlar)* s. 1119; Schwenzler, s. 470 N. 66.26; Oğuzman/Öz, s. 526.

²² Bu yönde bkz. Buz, s. 110; Oğuzman/Öz, s. 529; Serozan, s. 235 N. 16; Eren, *(Borçlar)* s. 1123.

²³ Her ne kadar TBK 126 hükmünde, tazminatın, borçlunun kusurunu gerektirdiği vurgulanmamışsa da borçlu temerrüdü halinde alacaklının talep edebileceği tüm tazminatlar gibi, TBK 126'ya dayanan tazminatın da borçlunun kusuruna bağlı olduğu ve kusursuzluğunu ispat edebilen borçlunun zarardan sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir. Bkz. Oğuzman/Öz, s. 538-540; Serozan, s. 241 N. 20; Özçelik, s. 596.

²⁴ Gereği gibi ifa etmeme kavramı hakkında bkz. Fahrettin Aral, *Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa*, Ankara 2011, s. 73 vd.

²⁵ Aral, s. 74-75.

Borçlu mücbir sebeplerle edimi gereği gibi ifa edememiş ve alacaklı sözleşmeye aykırı ifayı reddetmiş ise borçlu, bu şekilde düştüğü temerrüdün, kusura bağlı olan sonuçlarından sorumlu tutulamaz.²⁶ Alacaklının sözleşmeye aykırı ifayı kabul etmesi sonucunda TBK 112'nin uygulanması halinde, bu hükümden doğan tazminat talep etme hakkı, borçlunun kusursuzluğunu ispat edememiş olması şartına bağlı olduğundan, borcun bir mücbir sebep nedeniyle gereği gibi ifa edilemediğini ispatlayan borçlu tazminat yükümlülüğünden kurtulur. Örneğin, ifa yerinde uygulanan ve mücbir sebep niteliğindeki bir yasak nedeniyle, borcunu, ifa etmesi gereken yerden başka bir yerde ifa edebilen borçlu, alacaklının bu nedenle uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü tutulmaz.²⁷

II. KİSK'E GÖRE MÜCBİR SEBEP KAVRAMI

A- KİSK 10/I'de Açıkça Mücbir Sebep Sayılan Haller

Kanun, kamu ihale sözleşmesine konu borcun ifasını engelleyen bazı olayları açıkça mücbir sebep olarak saymıştır. Bu olaylar, doğal afetler, kanunî grev, genel salgın hastalık ve kısmî veya genel seferberlik ilânıdır.

Doğal afetler, büyük ölçüde tabiat olaylarının etkisiyle meydana gelen, üretim, altyapı, ulaşım ve haberleşme gibi genel hayatın zorunlu vasıtalarının akışını çoğunlukla aniden bozan, jeolojik veya meteorolojik olaylardır.²⁸ Nelerin doğal afet sayılabileceği konusunda 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun esas alınabilir.²⁹ Anılan Kanun'un birinci maddesinde, "Deprem (Yer sarsıntısı), yangın, su baskını, yer kayması, kaya düşmesi, çığ, tasman ve benzeri afetlerde" bu kanun hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu hükümde sayılanların yanısıra tsunami, yanardağ patlaması, kasırğa, kuraklık gibi hallerde doğal afet sayılabilir.

²⁶ Bkz. yuk. I, B, 3.

²⁷ Benzer bir örnek için bkz. F. İtir Bingöl, Uluslararası Ticarî Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep, Ankara 2011, s. 263.

²⁸ Bkz. <http://www.icisleriafad.gov.tr/dogal-afet-nedir-ve-afetlerin-zellikleri> (E.T.: 15.1.2016)

²⁹ Bkz. Salim Demirel, "Kamu İhale Hukuku Bağlamında Yapım İşleri Sözleşmelerinde Mücbir Sebebe Dayalı Süre Uzatımı Verilmesi", Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 95, Temmuz 2014, s. 55.

Kanunî grev, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 58. maddesinin ikinci fıkrasında, *“Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması hâlinde, işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan”* grev olarak tanımlanmıştır.

Genel salgın hastalık kapsamında değerlendirilebilecek haller için, 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun ülke genelinde yaygın ve salgın olabilecek hastalıklara ilişkin 57. maddesi esas alınabilir.³⁰

Kısmî veya genel seferberlikten ne anlaşılması gerektiği ise, 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu'na göre belirlenmelidir. Bu Kanun'a göre (m. 3) genel seferberlik, *“Ülkenin tümüne yönelik bir tehdidin karşılanması, mevcut bütün güç ve kaynakların kullanılabilmesi için ülkenin bütününde uygulanan seferberlik”,* kısmî seferberlik ise *“Ülkenin bir veya birden fazla bölgesinde uygulanan ve bütün güç ve kaynakların kullanılmasını gerektirmeyen seferberliktir.”*

KİSK 10'un ikinci fıkrasına göre *“Süre uzatımı verilmesi, sözleşmenin feshi gibi durumlar da dâhil olmak üzere, idare tarafından yukarıda belirtilen hallerin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için; yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi zorunludur.”* Bu hüküm, mücbir sebep kavramının tanımına³¹ uygun olarak, maddede sayılan olayların gerçekleşmiş olmasının tek başına yükleniciyi sorumluluktan kurtarmaya yetmeyeceğini ortaya koymaktadır. Zira mücbir sebep sayılan olayın yanı sıra yüklenicinin kusurlu bir davranışı da borcun ifa edilememesine neden olmuşsa, yüklenici sorumluluktan kurtulamaz. KİSK 10/I hükmünün ilk dört bendinde belirtilen olaylardan biri gerçekleşmiş olmakla birlikte borcun ifa edilmemesi başka sebeplere dayanıyorsa (yani gerçekleşen olayla borcun ifa edilmemesi arasında illiyet bağı yoksa) yine yüklenicinin sorumluluğu devam eder. Aynı şekilde, gerçekleşmiş olayın sonuçlarının ortadan kaldırılması ve borcun ifa edilmesi mümkün iken yüklenici bunu yapmamışsa, yine sorumlu olur.³²

³⁰ Demirel, s. 55.

³¹ Bkz. yuk. I, A, 1.

³² Bu durumda mücbir sebep kavramının “kaçınılamazlık” unsuru gerçekleşmemiş

Son olarak yüklenici, sorumluluktan kurtulabilmek için, borcun ifasına engel nitelikteki olayın meydana gelmesinden itibaren yirmi gün içinde durumu kamu ihale sözleşmesinin alacaklısı konumundaki idareye bildirmek ve mücbir sebep olduğunu iddia ettiği olayı belgelemekle yükümlüdür.

KİSK'e tâbi herhangi bir sözleşmenin borçlusu, KİSK 10/I hükmünün ilk dört bendinde sayılan olaylardan biri nedeniyle borcunu ifa edemezse, hükmün ikinci fıkrasında öngörülen şartları da gerçekleştirmek kaydıyla, sözleşmeye aykırılığın sonuçlarından kurtulur.³³ Kanun'da öngörülen şartlar çerçevesinde, sözleşmeye aykırılığın sonuçlarının yüklenici hakkında uygulanmayacağına dair karar verme yetki ve sorumluluğu, kamu ihale sözleşmesinin alacaklısı olan idarededir. İdarenin böyle bir kararı verebilmesi için, KİSK 10/I'nin ilk dört bendindeki olaylardan birinin ve maddenin ikinci fıkrasındaki şartların gerçekleştiğinin idarece tespiti yeterli olup, ayrıca Kamu İhale Kurumu'na başvurulmasına gerek bulunmamaktadır.³⁴ Alacaklı idareyle yüklenici arasında, anılan şartlar gerçekleştiği halde borcun ifasını engelleyen olayın idarece herhangi bir gerekçeyle mücbir sebep kabul edilmemesi ve yüklenici aleyhinde haksız olarak sözleşmeye aykırılığın sonuçlarının uygulanmasından doğan davalar adlî yargıda görülür.³⁵

B- KİSK 10/I'in (e) Bendi Uyarınca Mücbir Sebep Sayılabilecek Haller

KİSK 10/I (e) bendi uyarınca, "*Gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller*" de mücbir sebep olarak kabul edilebilir. Yapım İşleri Genel Şartnamesi³⁶ (YİĞŞ) 47/IX ile Mal Alımlarına Dair Tip Sözleşme³⁷ nin (MATS) 25. maddesi de aynı yönde hükümler içermektedir.³⁸ Ancak anılan düzenlemelerde, Kurum tarafından yapılacak be-

olur. Bkz. yuk. I, A, 2, b.

³³ Bkz. aşa. III.

³⁴ Demirel, s. 57.

³⁵ Bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, T. 16.5.2005, E. 2005/16, K. 2005/36; Uyuşmazlık Mahkemesi, Hukuk Bölümü, T. 16.6.2003, E. 2003/47, K. 2003/51 (Bkz. <http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>, E.T.: 15.1.2016).

³⁶ RG, 4.3.2009, S.27159 (Mükerrer) (Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, EK-8)

³⁷ RG, 4.3.2009, S.27159 (Mükerrer) (Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, EK-7)

³⁸ Anılan hükümlerde sözü edilen belirleme, uygulamada Kamu İhale Kurulu ka-

lirlemenin dayanması gereken esaslar konusunda herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu konuda öncelikle mücbir sebep sayılabilecek olaylarla ilgili olarak KİSK 10/II'de yer alan "yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması" kayıtları dikkate alınmalıdır. Bu kayıtların yanı sıra, KİSK 10/I hükmünün ilk dört bendinde mücbir sebep sayılan haller ile KİSK'le ilgili ikincil mevzuat da göz önünde bulundurulduğunda, bir olayın mücbir sebep teşkil edip etmediği belirlenirken, söz konusu kavramın hukukumuzda ve karşılaştırmalı hukukta genel kabul gören, yukarıda³⁹ incelenen unsurlarının esas alınması gerektiği anlaşılmaktadır. Nitekim Kamu İhale Genel Tebliği'nin⁴⁰ 25.3.4 hükmüne göre "...4735 Sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin (a), (b), (c), (d) bentlerinde sayılan mücbir sebep hallerine bakıldığında bu durumlarda hem öngörülemezlik, hem de önlenemezlik şartlarının bir arada gerçekleşmesi gerektiği açıktır. Anılan maddenin (e) bendi çerçevesinde Kurumca belirlenecek "benzeri diğer haller" için de bu iki kriterin bir arada sağlanması şartı aranmaktadır. Buna göre idarelerce yapılacak başvurularda mücbir sebep olarak belirlenmesi istenilen durumun öngörülemezlik ve önlenemezlik kriterlerini birlikte taşıması gerekmektedir. Aynı tebliğin 25.3.5 hükmüne göre de "ihale dokümanındaki şartları okuyup kabul ederek teklif veren isteklilerin, ihale konusu işi ihale dokümanına uygun bir şekilde yerine getirmelerini mümkün kılacak hazırlık ve programlama çalışmalarını, ihale konusu edimin ifasını zora sokmayacak şekilde önceden müdebbir bir tacirin sorumluluğunu taşıyarak gerçekleştirmeleri gerekmektedir." Anılan Kanun ve Tebliğ hükümlerinin sonucu olarak, ancak kaynağını borçlunun risk alanı dışında bulan (haricî), borcun

rarlarıyla, alacaklı idarelerin başvurusu üzerine ve genellikle her bir somut olay değerlendirilmek suretiyle yapılmakta, söz konusu kararlara karşı ise idari yargıya başvurulabilmektedir. Böylece sözleşmenin taraflarının hak ve yükümlülüklerini doğrudan etkileyen bir durum hakkında karar verme yetkisi Kamu İhale Kurulu'na, bu kararın denetimi ise idari yargıya bırakılmış olmaktadır. Sözleşmenin uygulanmasıyla ilgili meselelerin özel hukuka tâbi olduğu, bunlarla ilgili uyuşmazlıkların ise adli yargıda görüleceği prensibi (bkz. dn. 35'te belirtilen Uyuşmazlık Mahkemesi kararları) karşısında, KİSK 10/1-e hükmü ve ilgili ikincil mevzuat hükümlerinin isabetli düzenlemeler olduğu söylenemez. Zira bu düzenlemelerin öngördüğü mekanizma çerçevesinde, belli bir olayın Kurum ve idari yargı tarafından mücbir sebep sayılmaması ve bu nedenle ilgili idare tarafından sözleşmeye aykırılığın sonuçlarının uygulanması üzerine, yüklenicinin mücbir sebep iddiasını, -yukarıda anılan Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında görevli olduğu sonucuna varılan- adli yargı önünde tekrar nasıl ileri sürebileceği sorusu yanıtız kalmaktadır.

³⁹ Bkz. yuk. I, A, 2.

⁴⁰ RG, 22.8.2009, S. 27327.

sözleşmenin gerektirdiği şekilde ifasını engelleyen, öngörülemez ve kaçınılmaz (önlenemez) nitelikte olayların mücbir sebep olarak kabul edilebileceğini söylemek mümkündür.⁴¹

Kamu İhale Kurulu'nun sözleşmeye aykırılığın mücbir sebepten kaynaklandığı görüşünü benimsediği kararlarına şu örnekler verilebilir:

- Bir yapım işinin, mevsim normallerinin öngörülemez derecede üzerinde miktarda meydana gelen yağmur ve kar yağışını nedeniyle tamamlanamaması,⁴²
- Mal (kırsal motorin) teminine ilişkin sözleşmenin kurulmasından sonra yürürlüğe giren hukukî düzenlemeler nedeniyle teknik şartnamede belirtilen nitelikte mal temininin imkânsız hale gelmesi,⁴³
- Hizmet alımı sözleşmesine konu ambulans helikopterin düşmesi,⁴⁴
- Yüklenicinin yurt dışındaki tedarikçisinin, ülkesindeki mevzuat gereği öncelikle o ülke hükümetinin taleplerini karşılamakla yükümlü olması ve ihale sözleşmesinin imzalanmasından sonra ilgili hükümetten böyle bir talep gelmiş olması nedeniyle sözleşme konusu malın zamanında teslim edilememesi.⁴⁵

Kanımca sonuncu olayda söz konusu olan türde bir engelin mücbir sebep sayılması isabetli değildir. Zira her şeyden önce satış sözleşmesinde satıcının satılanı temin edememesi riski (*procurement risk*,

⁴¹ Ortada mücbir sebep sayılabilecek bir durum bulunmamasına rağmen idarece yükleniciye süre uzatımı verilmesi halinde, gecikme cezası tahakkuk ettirilmemiş olmasından doğan kamu zararı sorumlulara ödetilir. Bkz. Sayıştay 6. D, T. 15.10.2009, K. 11975 sayılı kararı: "Yüklenici firmaya döşeme plakları üretim sürecinin uzun sürmesi ve dolayısıyla yükleniciye geç teslim edileceği gerekçesiyle süre uzatımı verilmiş olup, bu sebep yukarıda belirtilen mücbir sebeplerden hiç birine girmediği gibi idarenin neden olduğu bir sebep de değildir. Çünkü; yüklenici firmanın, taahhüt konusu yapım işinde kullanacağı malzeme ve ekipmanı planlamak suretiyle ihaleye katılması gerekir. Açıklanan gerekçeyle, yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerine aykırı olarak süre uzatımı verilip gecikme cezası kesilmesine engel olmak suretiyle neden olunan kamu zararının sorumlulara ödettirilmesine, karar verildi." (Kararın tam metni için bkz. Kazancı, E.T.: 15.1.2016)

⁴² Kamu İhale Kurulu, 12/10/2009 Tarih, 2009/DK.D-138 Sayılı Kararı (Bkz. www.kilichukuk.org, E.T.: 15.1.2016).

⁴³ Kamu İhale Kurulu, 3/3/2011 Tarih, 2011/DK.D-27 Sayılı Kararı (Bkz. www.kik.gov.tr, E.T.: 15.1.2016).

⁴⁴ Kamu İhale Kurulu, 24/02/2009 Tarih, 2009/DK.D-26 Sayılı Kararı (Bkz. www.kilichukuk.org,, E.T.: 15.1.2016).

⁴⁵ Kamu İhale Kurulu, 9/4/2009 Tarih, 2009/DK.D-53 Sayılı Kararı (Bkz. www.kilichukuk.org, E.T.: 15.1.2016).

Beschaffungsrisiko) bu sözleşmenin tipik risklerinden olup, haricî nitelikte bir engel sayılamaz.⁴⁶ Ayrıca bu engel yurt dışındaki tedarikçinin ülkesindeki mevzuattan kaynaklandığına göre, yüklenici açısından öngörülemeyen nitelikte de değildir. Dolayısıyla bu şartlar altında bir mücbir sebepten söz etmek mümkün olmamalıdır.

Kamu İhale Kurulu'nun, aşağıdaki örnek kararlarda ise, kanımca da isabetli olarak, borcun ifasını engellediği ileri sürülen olayların mücbir sebep teşkil etmeyeceği görüşünü benimsemiştir:

- Sözleşme konusu malların tesliminin ekonomik buhran ve global ekonomik kriz nedeniyle gecikmesi,⁴⁷
- İdarenin meydana gelen yangın nedeniyle sözleşme konusu şeye kararlaştırılandan daha az ihtiyaç duyması,⁴⁸
- Küresel ekonomik kriz nedeniyle üreticinin hammadde tedarikinde ve üretimde gecikmesi ile kurum ödemelerinde meydana gelen aşırı gecikmeden doğan nakit sıkışıklığı nedeniyle malzemelerin gümrükten çekilmesinin gecikmesi,⁴⁹
- Sözleşme kapsamında idareye teslimi gereken etleri taşıyan aracın kaza yapması,⁵⁰
- Sözleşme gereği teslim edilmesi gereken araçların Bakanlar Kurulu'nun vergi indirimi öngören kararından sonra oluşan yoğun talep nedeniyle zamanında teslim edilememesi,⁵¹
- Sınırlı sayıdaki üreticilerden birinin fabrikasında patlama meydana gelmesi üzerine, yüklenicinin tedarik anlaşması yaptığı üretici firmaların malı başlangıçtaki şartlarla yükleniciye ulaştıramaması nedeniyle sözleşme konusu malın tesliminin gecikmesi.⁵²

⁴⁶ Bkz. yuk. I, A, 2, a.

⁴⁷ Kamu İhale Kurulu, 5/10/2009 Tarih, 2009/DK.D-137 Sayılı Kararı (Bkz. www.kilichukuk.org E.T.: 15.1.2016).

⁴⁸ Kamu İhale Kurulu, 7/9/2009 Tarih, 2009/DK.D-128 Sayılı Kararı (Bkz. www.kilichukuk.org, E.T.: 15.1.2016).

⁴⁹ Kamu İhale Kurulu, 20/7/2009 Tarih, 2009/DK.D-100 Sayılı Kararı (Bkz. www.kilichukuk.org, E.T.: 15.1.2016).

⁵⁰ Kamu İhale Kurulu, 27/4/2009 Tarih, 2009/DK.D-57 Sayılı Kararı (Bkz. www.kilichukuk.org, E.T.: 15.1.2016).

⁵¹ Kamu İhale Kurulu, 13/4/2009 Tarih, 2009/DK.D-54 Sayılı Kararı (Bkz. www.kilichukuk.org, E.T.: 15.1.2016).

⁵² Kamu İhale Kurulu, 11/04/2011 Tarih, 2001/DK.D-53 Sayılı Kararı (Bkz. www.

KİSK 10/I'in ilk dört bendinde sayılan mücbir sebeplerde olduğu gibi, Kamu İhale Kurumu tarafından bir olayın mücbir sebep sayılabileceği sonucuna varılması halinde de, yüklenici hakkında sözleşmeye aykırılığın sonuçları uygulanmaz.⁵³ Yine burada da yüklenicinin, mücbir sebep teşkil eden olayın meydana gelmesinden itibaren yirmi gün içinde durumu kamu ihale sözleşmesinin alacaklısı konumundaki idareye bildirmiş ve olayın gerçekleştiğini belgelemiş olması gerekir (KİSK 10/II).

III. MÜCBİR SEBEPLERİN KAMU İHALE SÖZLEŞMESİNE ETKİLERİ

A- Genel Olarak Kamu İhale Sözleşmelerine Aykırılığın Sonuçları

Kamu İhale Sözleşmesine aykırılığın sonuçları, KİSK 20'de düzenlenmiştir. Kanun'un 10 ve 20. Maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden, bu hükmün, kamu ihale sözleşmesinde yükleniciye isnat edilebilen sebeplerden doğan sözleşmeye aykırılığın sonuçlarını düzenlediği anlaşılmaktadır. KİSK 20 uyarınca "Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi" halinde, "ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir." Görüldüğü üzere KİSK 20 hükmü, sözleşmenin hiç, gereği gibi veya zamanında ifa edilmemesi hallerinin tümünü birden kapsayan, genel bir sözleşmeye aykırılık hükmü niteliği taşımaktadır.⁵⁴ Böylece KİSK 20 uyarınca, yüklenicinin herhangi bir surette sözleşmeye aykırı davranması durumunda, idarece kendisine en az on günlük bir süre verilecek, bu süre boyunca ihale dokümanında öngörülen cezaî şart işleyecek ve süre sonunda sözleşmeye aykırılık giderilmemişse, sözleşme sona erdirilecek,⁵⁵ kesin teminat ve varsa ek teminatlar gelir

kik.gov.tr, E.T.: 15.1.2016).

⁵³ Bkz. aşa. III.

⁵⁴ Dilek Bilir, Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi (Yayımlanmamış Doktora Tezi) Ankara 2010, s. 111.

⁵⁵ Genel olarak Kanun'da ve özel olarak KİSK 20'de sözleşmenin sona ermesiyle ilgili olarak sadece fesihden söz edilmesi isabetli değildir. Zira her şeyden önce

kaydedilecek, idarenin ayrıca bir zararı söz konusu ise, bu da genel hükümler çerçevesinde yüklenici tarafından tazmin edilecektir.

B- Sözleşmeye Aykırılığın Mücbir Sebeplerden Kaynaklanmasının Sonuçları

1. Genel Olarak

KİSK 23'e göre "Mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin feshedilmesi halinde, hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar iade edilir." Bu hükümde yalnızca sözleşmenin feshinden bahsedilmiştir. Buna karşılık KİSK 10/II'de yer alan "Süre uzatımı verilmesi, sözleşmenin feshi gibi durumlar da dâhil olmak üzere" ifadesi göz önünde bulundurulduğunda, sözleşmeye aykırılığın mücbir sebepten kaynaklanması halinde bunun tek sonucunun sözleşmenin sona erdirilmesi olmadığı, "süre uzatımı verme" seçeneğinin de bulunduğu anlaşılır. Tüm bu hükümler, borçlar hukukunun temel ilke ve kavramları çerçevesinde yorumlandığında şu tablo ortaya çıkmaktadır: KİSK 10 ve KİSK 23'te sözleşmenin feshiyle kastedilen, kamu ihale sözleşmesinin ifasının sürekli olarak imkânsız hale gelmesi sonucunda, TBK 136 uyarınca, edim yükümlerinin karşılıklı olarak ve tazminat gerektirmeksizin sona ermesidir. Buna karşılık süre uzatımıyla kastedilen ise, mücbir sebep sonucunda ifanın gecikmesi durumunda, mücbir sebebin etkili olduğu süre boyunca yüklenici hakkında gecikmeye bağlı sonuçların uygulanmaması olsa gerektir.⁵⁶ Süre uzatımı ayrıca bazı hallerde, gereği gibi ifa etmemenin mücbir sebepten kaynaklanması durumunda da yükleniciyi bunun sonuçlarından kurtarabilir.⁵⁷

KİSK'in anılan hükümlerini dikkate alarak, mücbir sebeplerin kamu ihale sözleşmesi üzerindeki etkilerini, KİSK 36 uyarınca söz konusu Kanun'da hüküm bulunmadığı için uygulanacak TBK hükümleri

yüklenicinin ediminin ifasının tarafların sorumlu olmadığı bir sebeple imkânsız hale gelmesi durumunda, karşılıklı edim yükümleri ayrıca bir beyana gerek olmaksızın, kanun gereği sona erer. Ayrıca fesih yalnızca sürekli borç ilişkisi niteliğindeki sözleşmelerin ileriye etkili olarak sona erdirilmesini ifade eder. Buna karşılık satım ve eser sözleşmesi niteliğinde kamu ihale sözleşmeleri, âni edimli sözleşmeler olup, bu nitelikteki sözleşmeler fesih değil, dönme yoluyla geçmişe etkili olarak sona erdirilirler. Bu nedenle fesih yerine sözleşmenin sona ermesi veya sona erdirilmesinden bahsetmek daha isabetli olurdu.

⁵⁶ Bkz. aşa. III, B, 3.

⁵⁷ Bkz. aşa. III, B, 4.

çerçevesinde, sözleşmeye aykırılığın türlerine göre ayrı ayrı incelemek gerekir.

2. Mücbir Sebeplerle İfanın İmkânsız Hâle Gelmesinin Sonuçları

Yüklenicinin ediminin mücbir sebep sayılan bir olay neticesinde tümüyle ve sürekli olarak imkânsız hale gelmesi durumunda, yüklenici borcu aynen ifa yükümünden kurtulur (TBK 112). Bu, mücbir sebepten bağımsız, tabiat ve mantık kurallarını gereği olarak ortaya çıkan bir sonuçtur. Her ne kadar KİSK'in çeşitli hükümlerinde, imkânsızlığı da kapsayacak şekilde sözleşmenin feshinden söz edilmişse de, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık halinde edim yükümlerinin karşılıklı olarak sona ermesi kanun gereği (TBK 136/II) ortaya çıktığından, idarenin sözleşmenin sona erdirilmesi yönündeki kararı ve bildirimini, edim yükümlerinin sona ermesi bakımından açıklayıcı bir nitelik taşır.

İmkânsızlığın mücbir sebepten kaynaklanması etkisini, yüklenici hakkında KİSK'in sözleşmeye aykırılığa bağladığı sonuçların (KİSK 20) uygulanmamasında gösterir. KİSK 23'te bu durum, "*Mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin feshedilmesi halinde, hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar iade edilir.*" şeklinde ifade edilmiştir. Bunun anlamı, yüklenicinin, aynen ifa yükümünden tazminat gerektirmeksizin kurtulmasıdır. Bu durumda, sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça, öngörülen gecikme cezası (cezaî şart) da talep edilemez (TBK 182/II).⁵⁸

KİSK karşı edime, yani idarenin ücret ödeme borcuna ilişkin herhangi bir hüküm içermediği için, bu konuda KİSK 36 delâletiyle TBK 136/II uygulanır. Bu hüküm uyarınca yüklenicinin aynen ifa yükümünden tazminat ödemeksizin kurtulmasının sonucu olarak, karşı edim, yani idarenin ücret ödeme borcu da sona erer. Yükleniciye yapılmış bir ödeme varsa, bunun da sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iadesi gerekir (TBK 136/II).

Mücbir sebep teşkil eden olay sonucunda ifa kısmen imkânsızlaşmışsa, TBK 137'nin uygulanması gerekir. Buna göre kural olarak yüklenicinin, edimin imkânsızlaşan kısmını aynen ifa yükümü

⁵⁸ Bkz. Dural, s. 127; Eren, (Borçlar) s. 1187.

sona erer. Ancak tarafların kısmî imkânsızlığı öngörselerdi, sözleşmeyi hiç yapmayacaklarının açıkça anlaşılabilir olduğu hallerde, borç tümüyle sona erer. Yüklenicinin borçtan kısmen kurtulduğu ve alacaklı idarenin de kısmî ifaya razı olduğu hallerde, karşı edim (ücret) de kısmî ifaya karşılık gelen oranda ifa edilir. İdarenin kısmî ifayı kabul etmemesi halinde ise TBK 137/II uyarınca tam imkânsızlık hükümleri uygulanır. Diğer bir ifadeyle yüklenici aynen ifa borcundan, idare de ücret ödeme borcundan tamamen kurtulur.

3. Mücbir Sebeplerle İfanın Gecikmesinin Sonuçları

Yukarıda ifade edildiği üzere KİSK 23, yüklenicinin ediminin mücbir sebep sayılan bir olay neticesinde sürekli olarak imkânsız hale gelmesinin sonuçlarını düzenleyen bir hükümdür. Buna karşılık Kanun, mücbir sebeplerle borcun ifasının gecikmesinin sonuçlarına ilişkin herhangi bir düzenleme içermemektedir. Yalnızca mücbir sebepleri düzenleyen KİSK 10/II'de "süre uzatımı verilmesi" ifadesi geçmekte ancak süre uzatımının ne olduğu, şartları ve sonuçlarına dair bir hüküm yer almamaktadır. Oysa ki; uygulamada daha çok rastlanılan sözleşmeye aykırılık biçimi, borcun sürekli imkânsızlık nedeniyle hiç ifa edilememesi değil, geçici engeller nedeniyle zamanında ifa edilememesidir.

Mücbir sebeplerle ifanın gecikmesi konusuna kamu ihale sözleşmeleri açısından baktığımızda genel hükümlere ilişkin olarak yukarıda⁵⁹ söylenenlerden daha farklı bir tablo ortaya çıkar. Esasen KİSK konuyu TBK'dan farklı şekilde düzenleyen bir hüküm içermemektedir. Ancak, KİSK 53'e dayalı olarak çıkarılan yönetmeliklerin ekinde yer alan genel şartname ve tip sözleşmeler, mücbir sebeplerle borcun zamanında ifa edilmemesi durumunda idarenin yükleniciye "süre uzatımı" vermesini gerektirmektedirler. Örneğin yapım işlerine ilişkin her türlü kamu ihale sözleşmesinin bir parçası niteliğindeki YİGŞ'nin 29. maddesinin ikinci fıkrasında "*Sözleşmesinde belirtilen mücbir sebepler ve/veya idarenin sebep olduğu hallerden dolayı, işte sorumluluğu yükleniciye ait olmayan gecikmelerin meydana gelmesi halinde, durum idarece incelenerek işi engelleyici sebeplere ve yapılacak işin niteliğine göre işin bir kısmına veya tamamına ait süre uzatılır.*" hükmü yer almaktadır. Keza MATS'nin 24 ve 25. maddeleri ile Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'nin⁶⁰ 35. maddesi de

⁵⁹ Bkz. yuk. I, B, 3.

⁶⁰ RG, 4.3.2009, S.27159 (Mükerrer) (Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği,

aynı yönde hükümler içermektedir. Kanımca süre uzatımı öngören bu hükümler, taraflar arasında, borcun mücbir sebeplerle zamanında ifa edilmemesi halinde, ifa zamanının erteleneceği yönünde bir anlaşma hükmündedir. Diğer bir ifadeyle, sözleşme hükmü niteliğindeki bu hükümlerin gereği olarak, idare, mücbir sebeplerle borcunu zamanında ifa edemeyen yükleniciye süre uzatımı vermek zorundadır. Böylece ifa zamanı ertelenmiş ve borcunu zamanında ifa edemeyen yüklenici temerrüde düşmemiş olur. Bunun sonucu olarak da yüklenici, TBK hükümlerinden farklı olarak temerrüdün sadece kusura bağlı sonuçlarından değil, tüm sonuçlarından kurtulur. Bu nedenle yüklenicinin gecikme cezası veya herhangi bir tazminat ödemesi gerekmediği gibi, idare de sözleşmeden dönemez. Burada açıklanan nedenlerle, eser sözleşmesi niteliğindeki kamu ihale sözleşmelerinde, yüklenicinin işe zamanında başlayamaması veya gereken tempoda sürdürememesinin mücbir sebeplerden kaynaklanması durumunda da idarenin TBK 473/I uyarınca sözleşmeden dönmemesi, aksine yükleniciye süre uzatımı verilmesi gerekir.⁶¹

4. Mücbir Sebeplerle Borcun Gereği Gibi İfa Edilememesinin Sonuçları

Daha önce belirtildiği gibi, TBK hükümleri uyarınca, mücbir sebeplerden kaynaklanan gereği gibi ifa etmeme hallerinde, alacaklı sözleşmeye aykırı ifayı kabul etmediği takdirde borçlunun sorumlu olmadığı temerrüt; kabul ettiği takdirde borçlunun sorumlu olmadığı gereği gibi ifa etmeme söz konusu olur.⁶² Mücbir sebeplerin borcun gereği gibi ifasını engellemesi durumuyla ilgili olarak KİSK'te herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bununla birlikte YİĞŞ ve MATS hükümlerinin, KİSK 10 da göz önünde bulundurularak değerlendirilmesinden, kamu ihale sözleşmeleri açısından bu konunun genel hükümlere benzer şekilde ele alındığı anlaşılmaktadır.

YİĞŞ 25 hükmü uyarınca yapım işinin sözleşmeye aykırı olması durumunda idare, yükleniciden sözleşmeye aykırılığın giderilmesini ister. Bu durumda borcun ifası gecikmiş olur. Gereği gibi ifa etmeme-

EK-8)

⁶¹ Bilir, s. 115- 116; İbrahim Kaplan, "İnşaatın Teslim Süresinde Gecikmeler ve Müteahhide Süre Uzatımı Verilmesini Gerektiren Durumlar", Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s. 381 vd.

⁶² Bkz. yuk. I, B, 4.

nin mücbir sebeplerden kaynaklanması etkisini bu noktada gösterir. Zira bu durumda, söz konusu Şartname'nin 29. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca yükleniciye mücbir sebebe dayalı olarak süre uzatımı verilmesi ve aynı hükmün birinci fıkrasında öngörülen gecikme cezasının uygulanmaması gerekir.

Mal Alımlarına Dair Tip Sözleşme'nin 33.1. maddesine göre de *"Yüklenici teslim, montaj ve ambalajlama şekli ve durumu, sözleşme ve şartnamelere uymayan veya eksik ve kusurlu oldukları tespit edilen malları, İdarenin talimatı ile belirlenen süre içinde bedelsiz olarak değiştirmek veya düzeltmek zorundadır. Bundan dolayı bir gecikme olursa bu sözleşmenin gecikme cezasına ilişkin hükümleri uygulanır."* Tip sözleşmenin bu hükmü karşısında, herhangi bir açıdan kamu ihale sözleşmesine aykırı mal teslim eden yüklenici, idarenin değiştirme veya düzeltme talebi üzerine ifa zamanını geçirirse, gecikme cezasıyla karşı karşıya kalır. Ancak sözleşmeye aykırılık mücbir sebeplerden kaynaklanmışsa, bir önceki başlık altında açıklanan şekilde ve tip sözleşmenin 25. maddesi uyarınca yükleniciye süre uzatımı verilmesi gerekir. Bu durumda temerrüt söz konusu olmayacağından, temerrüdün sonuçları ve özellikle gecikme cezası uygulanamaz.

SONUÇ

Sözleşme hukuku açısından mücbir sebep, sözleşmenin herhangi bir surette ihlâline neden olan, harici, öngörülemez ve kaçınılamaz nitelikte bir olaydır. Kusura bağlı sorumluluk prensibinin benimsendiği hukuk sistemimizde, mücbir sebep nedeniyle borcun hiç, zamanında veya gereği gibi ifa edilememesi, borçluyu, sözleşmeye aykırılığın bu üç türünün, kusura bağlı sonuçlarından kurtarır.

KİSK 10/I hükmünün ilk dört bendinde, kamu ihale sözleşmelerinde mücbir sebep sayılabileceği açıkça belirtilmiş olan olaylar, doğal afetler, kanunî grev, genel salgın hastalık ya da kısmî veya genel seferberlik ilânıdır. KİSK 10/I-e bendi uyarınca ise, Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenen benzeri haller de mücbir sebep sayılabilir. Kurumca yapılacak belirlemede mücbir sebep kavramının hukukumuzda ve karşılaştırmalı hukukta genel kabul gören unsurlarının varlığı aranmalıdır.

Borcunu mücbir sebepler nedeniyle ifa edemeyen yüklenici, KİSK 10/II hükmünde öngörülen diğer şartları da sağlamak kaydıyla,

Kanun'un sözleşmeye aykırılığa bağladığı sonuçlardan kurtulur. İfanın mücbir sebepler sonucunda imkânsız hale gelmesi durumunda, yüklenici ve idare karşılıklı olarak edim yükümlülüklerinden kurtulurlar. Mücbir sebepler ifanın gecikmesine yol açmışsa, idarenin yükleniciye süre uzatımı vermesi gerekir. Böylece yüklenici temerrüde düşmemiş olduğundan, idare sözleşmeyi sona erdiremeyeceği gibi, yüklenicinin herhangi bir tazminat veya gecikme cezası (cezaî şart) ödemesi de gerekmez. Mücbir sebeplerle borcun gereği gibi ifa edilemediği durumlarda, yükleniciye sözleşmeye aykırılığı giderebilmesi için süre uzatımı verilmesi gerekir.

Kaynakça

- Acar Hakan, "Uluslararası Sözleşme Hukukunda Mücbir Sebep (Force Majeure) Kavramı ve Hukukî Sonuçları", *Kazanıcı Hakemli Hukuk Dergisi*, S. 45-46 (Mayıs-Haziran 2008), s. 7- 23.
- Akıntürk Turgut, *Satım Akdinde Hasarın İntikali*, Ankara 1966.
- Aral Fahrettin, *Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa*, Ankara 2011.
- Arnold Arnd, "Die vorübergehende Unmöglichkeit nach der Schuldrechtsreform", *Juristen Zeitung*, Y. 2002, S. 18, s. 866-871.
- Bianca Cessare Massimo/Bonell Michael Joachim/Tallon Denis, *Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè: Milan 1987.
- Bilir Dilek, *Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi* (Yayımlanmamış Doktora Tezi) Ankara 2010.
- Bingöl F. İtr, *Uluslararası Ticarî Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep*, Ankara 2011.
- Buz Vedat, *Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, Ankara 1998
- Canaris Claus Wilhelm, "Die Einstandspflicht des Gattungsschuldners und Übernahme eines Beschaffungsrisikos nach § 276 BGB", *Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag*, Bern 2005, s. 179-254.
- Canaris Claus Wilhelm, "Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen", *Juristen Zeitung*, Y. 2001, S.10, s. 499-524.
- Demirel Salim, "Kamu İhale Hukuku Bağlamında Yapım İşleri Sözleşmelerinde Mücbir Sebep Dayalı Süre Uzatımı Verilmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 9, S. 95, Temmuz 2014, s. 55-60.
- Dural Mustafa, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık* (BK 117), İstanbul 1976.
- Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Ankara 2013 (Borçlar).
- Eren Fikret, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Ankara 1975 (Sorumluluk)
- Erzurumluoğlu Erzan, *Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi*, Ankara 1970.

- Flambouras Dionysios P., "The Doctrines of Impossibility of Performance and *clausula rebus sic stantibus* in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis", *Pace International Law Review*, C. 13, S. 2, (2001), s. 261-293.
- Giavonoli Silvio, "Zufall und höhere Gewalt im schweizerischen Rechte", *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, C. 54 (1935), s. 1-40.
- Gloor Simone, *Das vertragliche Übernahmeverschulden - Einordnung und Erweiterung zur fahrlässigen Leistungsübernahme*, Zürich 2012.
- Gözübüyük A. Pulat, *Mücbir Sebepler Beklenmeyen Haller*, Ankara 1977.
- Gündoğdu Fatih, *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı*, İstanbul 2014.
- İnal H. Tamer, "Sözleşmenin Kurulması Esnasında Öngörülemeyen Sonraki İfa İmkânsızlığı ve Mücbir Sebep", *Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Ağustos 2014, s. 115-164.
- Kaden Erich-Hans, "Zufall und höhere Gewalt im deutschen, schweizerischen und französischen Recht", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, C. 31, Y. 1967, s. 606-630.
- Kaplan İbrahim, "İnşaatın Teslim Süresinde Gecikmeler ve Müteahhide Süre Uzatımı Verilmesini Gerektiren Durumlar", *Av. Dr. Faruk Erem Armağanı*, Ankara 1999, s. 377-393.
- Keskin Dilşad, "Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkânsızlık", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2007, C. XI, S. 1-2, C. XI, S. 1-2, s. 209-231.
- Koller Alfred, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Bern 2009.
- Oğuzman M. Kemal/Öz Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1, 11. Bası, İstanbul 2013.
- Özçelik Ş. Barış, "Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukukî İmkânsızlık ve Sonuçları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 63, S. 3, Y. 2014, s. 569-621.
- Schlechtriem Peter/Schwenzer Ingeborg, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 6. Aufl., München 2013.
- Schwenzer Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Bern 2009.
- Serozan Rona, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme*, 6. Bası, İstanbul 2014.
- Tandoğan Haluk, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, Ankara 1961.
- Von Bar Christian/Zimmermann Reinhard, *Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II*, München 2002.
- Weick Günter, "Force Majeure, Rechtsvergleichende Untersuchung und Vorschlag für eine einheitliche europäische Lösung", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2014/2, s. 281-312.

**VARŞOVA VE MONTREAL SÖZLEŞMELERİNİN
EŞ ZAMANLI UYGULANMASI, HAVAYOLUYLA
YAPILAN TAŞIMA SÖZLEŞMELERİNE
UYGULANAN HÜKÜMLER VE TÜRK SİVİL
HAVACILIK KANUNU'NUN İÇ TAŞIMALARA
İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN ACİL REVİZYON İHTİYACI**
APPLICABLE RULES TO THE CONTRACT OF CARRIAGE BY AIR
AND URGENT NEED FOR THE REVISION OF THE PROVISIONS
OF THE TURKISH CIVIL AVIATION ACT APPLICABLE TO
DOMESTIC CARRIAGE BY AIR

Meltem Deniz GÜNER-ÖZBEK*

Özet: 1929 tarihli Varşova Sözleşmesi gelişen ve değişen ihtiyaçlara ayak uydurmaya çalışarak havayoluyla uluslararası taşımaları düzenlemiş ve pek çok ülkenin sivil havacılık kanunlarında yurt içinde yapılan taşımalara uygulanacak hükümlere ilişkin olarak ilham vermiştir. Türk Sivil Havacılık Kanunu'muzdaki iç taşımaya ilişkin hükümler de Varşova Sözleşmesinin Lahey Protokolü'yle değişik halinden alınmıştır. Zaman içinde yapılan değişikliklerle oluşan "Varşova Sistemi", 1999 tarihli Montreal Sözleşmesiyle modernize edilmiş ve Türkiye Montreal Sözleşmesine taraf olmuştur. Havayoluyla yapılan uluslararası taşımalar bakımından Varşova Sözleşmesi ve değişiklikleri ile Montreal Sözleşmesi hali hazırda eş zamanlı uygulama alanı bulmaktadır. TSHK'nın iç taşımaya ilişkin hükümleri Varşova Sözleşmesinin Lahey Protokolüyle değişik halinden alınmıştır. Montreal Sözleşmesine taraf olan devlet sayısı da dikkate alındığında Türkiye'den yapılan uluslararası havayolu taşımalarında pek çok halde Montreal Sözleşmesi uygulama alanı bulacaktır. Özellikle yolcu taşımalarında sorumluluğun niteliği ve sınırı bakımından Montreal Sözleşmesi ile TSHK hükümleri arasında önemli farklar vardır. TSHK'nın iç taşımaya ilişkin hükümleri geliştirilip ve modernleştirilerek yurt içi ve uluslararası taşımalar bakımından bu önemli ve haksızlık yaratan fark giderilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Havayoluyla Taşıma, Uluslararası Taşıma, İç Taşıma, Varşova Sözleşmesi, Montreal Sözleşmesi, Türk Sivil Havacılık Kanunu, Taşıyıcının Sorumluluğu, Sorumluluğun Sınırlandırılması, Uluslararası Sözleşmelerin Değiştirilmesi, Uluslararası Sözleşmeler Arasındaki İlişki

* Yrd. Doç. Dr., Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Ticareti Hukuku, Sigorta Hukuku, Hava Hukuku ve Taşıma Hukuku Öğretim Üyesi.

Abstract: 1929 Warsaw Convention has regulated international carriage by striving to keep pace with the developing and changing needs; and has inspired many national civil aviation acts with regard to applicable rules to domestic carriage. The relevant provisions applicable to domestic carriage in the Turkish Civil Aviation Act derive from Warsaw Convention as amended by the Hague Protocol. The “Warsaw System” created by the amendments has been modernized by Montreal Convention of 1999. Both Warsaw and Montreal Conventions apply to international carriages concurrently. Provisions of Turkish Civil Aviation Act regarding domestic carriage have been adopted from Warsaw Convention as amended by the Hague Protocol. Taking into consideration the number of the state parties to the Montreal Convention, Montreal Convention is mostly applicable to international transport contracts from Turkey. Disparity between the provisions of the Turkish Civil Aviation Code and the Montreal Convention particularly regarding transport of passengers is obvious. Such a disparity is unjust and unfair. Thus, provisions of Turkish Civil Aviation Code should be revised immediately.

Keywords: Carriage by Air, International Carriage, Domestic Carriage, Warsaw Convention, Montreal Convention, Turkish Civil Aviation Act, Liability of Air Carrier, Limitation of Liability, Amendments of International Conventions, Relation Between International Conventions

I. GİRİŞ

Hava yolu taşımacılığı dünyada ve Türkiye’de hızla gelişmektedir. Türkiye’deki gelişim dünyadaki hızlı gelişimin de ötesindedir. Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü tarafından toplanan istatistiklere göre dünya çapında tarifeli seferler 1950’lerde yüz bin, 1976’da bir milyar ve 2010’da beş milyar yüz yirmi altı milyondur.¹ Bundan başka 2000 yılında bir milyar altı yüz elli altı bin olan yolcu sayısı 2012 yılında iki milyar dokuz yüz bindir. Görülmektedir ki 1980’li yıllardan sonra sivil havacılık faaliyetleri sürekli olarak yıllık % 4-5 civarında artışlar göstermiştir. Sivil havacılık ekonomik ve sosyal gelişmede de önemli bir rol oynamaktadır. Havayoluyla seyahat eden yolcu sayısının artması dünya çapında ekonomik büyümeye etkilidir. Buna da bağlı olarak dünyada gayrisafi milli gelir 2012 yılında % 2,3 oranında artmıştır.²

¹ Turkish Civil Aviation Assembly Sector Report 2012, sf.1. <http://www.tobb.org.tr/Documents/yayinlar/2013/CivilAviationAssembly-2012.pdf> (08.02.2016).

² IATA Annual Review 2013, sf.6, <http://www.iata.org/about/Documents/iata-annual-review-2013-en.pdf>, (08.02.2016).

Türkiye'ye baktığımızda son yıllarda artışların %20 oranlarında olduğu görülmektedir. Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının "Her Türk vatandaşı hayatında en az bir kez uçağa binecektir"³ hedefi ile 2003 yılında başlattığı bölgesel havacılık politikası ve "Türk vatandaşının dünyada uçamayacağı yer kalmayacak"⁴ hedefiyle son on yılda uyguladığı politikalar kapsamında hayata geçirilen projelerin ardından ülkemizde uçak sayısı %129, koltuk kapasitesi %137 ve yük kapasitesi %318 artmıştır. 2009'da 104⁵ olan ikili anlaşma sayısı 2013 yılında 157'ye⁶ ulaşmıştır. Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü'nce yapılan bir çalışmada, 2003 yılında yaklaşık 100 TL olan yurt içi uçak bilet fiyatının mevcut enflasyon değerlerine göre 2012 yılında 225 TL'ye çıkması gerekirken serbestleşme uygulamaları ve oluşan rekabet ortamı sonucunda, 111 TL civarında kaldığının tespit edilmesi hızlı gelişmenin çarpıcı göstergelerinden biridir.⁷

Havayolu taşımacılığı bu kadar hızlı gelişirken havayoluyla yapılan taşımalara uygulanacak hükümler büyük önem taşımaktadır. Şöyle ki: 1929 yılında Varşova'da imzalanan Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki Sözleşme'nin⁸ ("Varşova Sözleşmesi") yerine geçmek üzere 1999 yılında Montreal'de imzalanan Havayoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme⁹ ("Montreal Sözleşmesi") ülkemiz bakımından 26 Mart 2011 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir; ancak bu sözleşmenin yürürlüğe girmesiyle Varşova Sözleşmesi ne

³ Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü 2007 Yılı Faaliyet Raporu, sf. 2, <http://web.shgm.gov.tr/doc3/2007fr.pdf> (08.02.2016).

⁴ <http://www.transport.com.tr/hav21,78@2200.html> (16.04.2015).

⁵ Meltem Deniz Güner-Özbek, "Türkiye'de Hava Taşıma Hukuku" Avrupa ve Türkiye'de Hava Hukuku Konusunda Güncel Gelişmeler, Legal, 2010, (51-85), sf.57.

⁶ <http://web.shgm.gov.tr/tr/uluslararasi-iliskiler/2188-uluslararasi-iliskiler> (08.02.2016).

⁷ Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü 2012 Faaliyet Raporu, sf. 27 <http://web.shgm.gov.tr/doc5/2012fr.pdf> (08.02.2016).

⁸ Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air.

⁹ Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air. Varşova Sözleşmesindeki "relating to" yerine Montreal Sözleşmesinde "for" kullanılmıştır. Montreal Sözleşmesinin Türkçe tercümesinde pek çok hata bulunmaktadır. Birlikte ele alındığında orijinal İngilizce isimleri aynı olan bu sözleşmelerin Türkçede farklı olarak ifade edilmelerini tercümedeki özensizlikten kaynaklandığını düşünmekteyiz.

ülkemiz bakımından ne de taraf olan diğer ülkeler bakımından uygulanma kabiliyetini yitirmemiştir.

Yurt içinde yapılacak taşımalara ilişkin hükümler ise Türk Sivil Havacılık Kanunu'nda ("TSHK") yer almaktadır. TSHK'nın taşımaya ilişkin hükümleri Varşova Sözleşmesinden alınmıştır; ayrıca 106'ncı maddesi havayoluyla yurt içinde yapılacak taşımalarda bu Kanun'da hüküm bulunmadıkça Türkiye'nin taraf olduğu anlaşmalarının hükümlerinin uygulanacağını¹⁰; 124'üncü maddesi de taşıyıcının sorumluluğunun sınırlandırılmasınının 12 Ekim 1929 tarihinde Varşova'da imzalanan ve Uluslararası Taşımalara İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Sözleşme ve bu Sözleşmeyi değiştiren Türkiye'nin katıldığı sözleşme ve protokollerin hükümlerine göre tayin olunacağını belirtmektedir. Bu itibarla hâlihazırda Montreal Sözleşmesine 112 devletin taraf olduğu dikkate alındığında ülkemizden havayoluyla yapılan uluslararası taşımalar pek çok halde Montreal Sözleşmesine tabi olurken, bir kısmı Varşova Sözleşmesi ve -Türkiye'nin taraf olduğu- tadillerine tabi olmaya devam edecek yurt içi taşımalara ise TSHK'nın Varşova Sözleşmesi ve onu tadil eden Lahey Protokolü'yle değişik halden alınmış -ve artık ihtiyaçları karşılamadığı için Montreal Sözleşmesiyle değiştirilmiş- eski sistem uygulanmaya devam edecektir.

Bu çalışmada havayoluyla yapılan taşıma sözleşmelerine uygulanacak hükümler ve bu hükümler arasındaki *temel* farklar incelenerek TSHK'nın taşıma sözleşmelerine ilişkin hükümlerinin acil revizyon ihtiyacı ortaya konulacaktır. Bu yapılırken öncelikle kısaca *Varşova Sistemi*'nden söz edilecek ve böylelikle sistemin yenilenme ihtiyacı ortaya konulacaktır. Havayoluyla uluslararası taşıma sözleşmelerine uygulanacak birden fazla rejim olduğu için Varşova Sistemi sözleşmelerinden birinin veya Montreal Sözleşmesinin hangisinin uygulanacağını tespit etmek büyük önem taşımaktadır. Ardından Varşova ve Montreal Sözleşmelerinin sorumluluk esasları kısaca incelenecek ve Montreal Sözleşmesinin Türkiye bakımından yürürlüğe girmesiyle Varşova Sözleşmesi ve dolayısıyla TSHK'da yolcu ve yük ile ilgili aleyhine olarak ortaya çıkan olumsuz duruma ulaşılmış olacaktır. Bazı ül-

¹⁰ Uygulanacak hükümlerin sırası hakkında bkz. Banu Bozabalı Bozkurt, Havayoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zarardan Doğan Hukuki Sorumluluğu, Seçkin, Ankara, 2013, sf. 91 vd.

kelerin düzenlemelerinden örnekler verilerek yapılması gereken değişiklik tavsiye edilecektir.

II. VARŞOVA SÖZLEŞMESİ VE “VARŞOVA SİSTEMİ”

1. Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki Sözleşme (“Varşova Sözleşmesi”)

13 Şubat 1933 tarihinde yürürlüğe giren Varşova Sözleşmesi havayoluyla uluslararası yolcu, bagaj ve eşya taşıma sözleşmeleri bakımından bir örnek kurallar getirmektedir. O tarihte hava yoluyla uluslararası taşımalar konusunda bir deneyim olmadığı için muhtemelen konferansa katılan delegeler çok uzun yıllar var olabilecek bir uluslararası belge hazırladıklarının farkında değildiler. Bu sebeple Sözleşme hazırlanırken yakın gelecek için en acil konular üzerinde durulmuştur. Bu konular: bir kaza sonucunda ölüm veya yaralanma halinde yeni doğan bir endüstrinin ağır sorumluluklardan korunması ve yolcu bileti ve yük senedinin yeknesak olmasıdır. Sözleşmede, sözleşmenin hangi hallerde uygulanacağına, taşıyıcının ne zaman ve hangi koşullarda sorumlu olacağına, taşıyıcının sorumlu olması halinde sorumluluğun sınırlandırılmasına; azaltmasına veya sorumluluktan tamamen kurtulmasına imkân veren savunma imkânlarına, tazminat talep eden kişinin hangi hallerde öngörülen sınırın ötesinde tazminat talep edebileceğine, sözleşmenin sorumluluğa ilişkin hükümlerinin münhasıran uygulanmasına, bagaj ve yük bakımından zamanında yapılmış zarar bildirimine, yetkili mahkemeye, hak düşümü süresine, birden fazla taşıyıcı olması halinde davanın kime yöneltileceğine ilişkin hükümler yer almaktadır.¹¹

Varşova Sözleşmesine göre taşıyıcı yolcunun ölümü veya yaralanması veya bedensel zarara uğramasından zarara yol açan kazanın hava aracında veya binış veya iniş işlemleri sırasında meydana gelmiş olması halinde sorumludur.¹² Taşıyıcı kendisinin veya yardımcı şahıslarının zararı önlemek için gerekli tüm önlemleri aldıklarını veya bu önlemleri almanın imkânsız olduğunu ispat ederse sorumluluktan kurtulur.¹³

¹¹ George N. Tompkins, Liability Rules Applicable to International Air Transportation as Developed by the Courts in the United States, Alphen aan den Rijn 2010, sf.3.

¹² Varşova Sözleşmesi m.17.

¹³ Varşova Sözleşmesi m.20.

Yolcu taşımada taşıyıcının sorumluluğu her bir yolcu için 125.000 Poincare Frangı¹⁴ (yaklaşık 8.300 ABD Doları) ile sınırlıdır.¹⁵

Türkiye Varşova Sözleşmesinin aşağıda yer verilen Lahey Protokolüyle değiştirilmiş haline taraf olmuş ve Varşova Sözleşmesinin Lahey Protokolüyle değişik hali Türkiye bakımından 23 Haziran 1978 tarihinde yürürlüğe girmiştir.¹⁶

2. Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki Sözleşmeyi Değiştiren Protokol ("Lahey Protokolü")

Her ne kadar Varşova Sözleşmesi zamanının uluslararası özel hukuk konularıyla ilgili en iyi sözleşmelerinden biri de olsa 1929 ve 1955 yılları arasında havacılığın hızlı gelişimiyle birlikte ortaya çıkan bazı pratik ve hukuki sorunlar sözleşmede bazı iyileştirmeler yapılması ihtiyacını doğurmuştur.¹⁷ Ortaya çıkan sorunlardan en önemlileri, ölüm veya yaralanma halinde taşıyıcının sorumluluğunun düşük olması ve taşıyıcının sınırlı sorumluluktan yararlanma imkânının kaldırılmasıdır.¹⁸

İkinci Dünya Savaşının ve hava yoluyla uluslararası taşımaların gelişmeye başlamasının ardından 1955 yılında Lahey'de Sivil Havacılık Örgütü'nün Hukuk Komitesi tarafından hazırlanan taslak protokole dayanarak Varşova Sözleşmesinin 22 ve 25'inci maddelerini değiştirmek üzere bir diplomatik konferans yapılmıştır. İtiraz ve çekincelere rağmen konferansta uzlaşma sağlanabilmiştir.¹⁹ Uzlaşma sonucunda sorumluluk sınırı 125.00'den 250.000 Poincare Frangına (yaklaşık 16.600 Amerikan Doları) yükseltilmiş ve 25'inci madde zararın taşıyıcının veya adamlarının zarar verme kastıyla veya zararın doğması

¹⁴ Poincare Frang 900 ayar değerinde 65,5 miligramlık Fransız Frangını ifade etmektedir. Varşova Sözleşmesi m.22.5; Poincare Frangı hakkında bilgi için ayrıca bkz. <http://www.citedeconomie.fr/The-franc-germinal-is-replaced-by> (8.2.2016).

¹⁵ Varşova Sözleşmesi m.22.1.

¹⁶ http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/WC-HP_EN.pdf (8.02.2016).

¹⁷ I.H.Ph Diederiks-Verschoor, An Introduction to Air Law, Alphen aan den Rijn 2006, 8. Bası, sf.151; Bülent Sözer, "Havayolu İle Yapılan Uluslararası Taşımalarda Taşıyanın Sorumluluğunu Düzenleyen Varşova/La Haye Sisteminin Tadiline İlişkin 1999 Montreal Sözleşmesi" (Montreal Sözleşmesi), *BATİDER* 2001, C.XXI, sf.148.

¹⁸ Larsen/ Sweeney/Gillick, sf. 268.

¹⁹ Larsen /Sweeney/Gillick, sf.270; Diederiks - Verschoor, sf. 151.

ihtimali olduğunu bilerek dikkatsizce yaptıkları hareket veya ihmal sonucunda meydana geldiği ispat edildiği takdirde sözleşmede öngörülen sorumluluk sınırlarının uygulanmayacağı şeklinde yeniden kalemeye alınmıştır.

12 Ekim 1929 tarihinde Varşova'da imzalanan Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki Sözleşme'yi Değiştiren Protokol ("Lahey Protokolü") Türkiye bakımından 1 Ağustos 1963 tarihinde; bu Protokolle tadil edilen Varşova Sözleşmesi de -yukarıda da belirttiğimiz gibi- 23 Haziran 1978 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

3. Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki Sözleşmeye Ek Sözleşme²⁰ ("Guadalajara Ek Sözleşmesi")

Lahey Protokolü yürürlüğe girip uygulanmayı beklerken Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü, Varşova Sözleşmesinde ve Lahey Protokolü'nde yer almayan uluslararası rejimin taşıma sözleşmesine taraf olmayan fiili taşıyıcıya ("actual carrier") uygulanmasına ilişkin konuyu değerlendirmek üzere 1961 yılında Meksika'nın Guadalajara kentinde bir diplomatik konferans düzenlemiştir. Guadalajara'da imzalanan Varşova Sözleşmesine Ek Sözleşen Taşıyıcı Dışında Başkası Tarafından İcra Edilen Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme 1 Mayıs 1964'te yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu Ek Sözleşmeye taraf olmamıştır.²¹

4. Varşova Sözleşmesi ve Lahey Protokolünün Sorumluluk Sınırlarına İlişkin Anlaşma²² ("1966 Tarihli Montreal Anlaşması")

1965 yılı itibariyle uluslararası havacılık konularından pek tatminkâr olmayan Amerika Birleşik Devletleri ("ABD") Varşova Söz-

²⁰ Convention Supplementary to the Warsaw Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air Performed by a Person other than the Contracting Carrier.

²¹ http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Guadalajara_EN.pdf (8.2.2016).

²² Agreement Relating to Liability Limitation of the Warsaw Convention and the Hague Protocol.

leşmesini feshedeceğini belirterek diplomatik krize ve sonucunda acilen bir uluslararası konferansın toplanmasına sebep olmuştur.²³ Konferansın ana konusunu ABD'nin ölüm ve yaralanma halinde mahkeme masrafları ve vekâlet ücreti dâhil sorumluluk limitinin 100.000 Amerikan Dolarına yükseltilmesi teklifi oluşturmuştur. Delegeleler etkin bir çözüme ulaşamamıştır. Görüşmeler sonucunda, son dakikada, ABD, ABD'ye sefer yapan havayollarıyla anlaşmaya varmıştır. Kısaca 1966 tarihli Montreal Anlaşması olarak adlandırılan bu anlaşma ne bir uluslararası sözleşme ne de bir protokoldür; diplomatik konferans dışında yapılmıştır ve sadece Amerikan Hükümetiyle bu anlaşmayı imzalayan, Amerika Birleşik Devletlerine sefer yapan havayollarını kapsamaktadır.²⁴ Bu anlaşmaya göre ABD'ye yolculuk yapan havayolu şirketleri taşıma **şartlarını yolcunun** ölümü veya yaralanması halinde mahkeme masrafları hariç 58.000 ABD Doları ve mahkeme masrafları dahil 75.000 ABD Doları olarak olacak şekilde değiştirmişlerdir. Türk Havayolları da bu sözleşmeyi 6 Mart 1997 yılında imzalamıştır.²⁵

5. Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki Sözleşmeyi Değiştiren Protokol ("Guatemala City Protokolü")

12 Ekim 1929 Tarihinde Varşova'da İmzalanan Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki Sözleşmeyi Değiştiren Guatemala City Protokolü²⁶ 8 Mart 1971'de imzalanmıştır. Bu Protokol esaslı ve tartışmalı değişiklikler içermektedir. Şöyle ki: sorumluluk daha ağırlaştırılmış sadece yolcunun sağlık durumundan kaynaklanan hallerde taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasına imkân verilmiş ve sorumluluk sınırı 1.500.000 Poincare Frangına (yaklaşık 100.000 Amerikan Doları) yükseltilmiştir.²⁷ Bu sınır

²³ Larsen/Sweeney/Gillick, sf.271; J.C. Batra, "Modernization of Warsaw System-Montreal 1999" 65 J. Air L. & Com.429, sf. 430.

²⁴ file:///D:/2013-2015/Makale/mia-signatory-list.pdf (17.04.2015).

²⁵ <https://www.iata.org/whatwedo/workgroups/Documents/legal/mia-signatory-list.pdf> file:///D:/2013-2015/Makale/mia-signatory-list.pdf (8.2.2016).

²⁶ Protocol to Amend the Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air.

²⁷ René H Mankiewicz, "Warsaw Convention: The 1971 Protocol of Guatemala City", (1972) Am. J. Comp. L. 335, sf.338-340.

aşıl原因ayan, kırılmayan bir sınırdır.²⁸ Diğer bir ifadeyle zarar taşıyıcı veya adamlarının zarara sebebiyet verme maksadıyla veya pervasızca ve zararın meydana gelme ihtimali olduğunu bilerek yaptıkları bir fiil neticesinde meydana gelmiş de olsa bu ödenecek en yüksek meblağdır. Yolcuların tazminat taleplerine ilişkin olarak mücbir savunması kaldırılmıştır. Ayrıca Beşinci Yetki olarak adlandırılan yolcunun yerleşim yerindeki mahkemenin de yetkili olduğuna ilişkin hüküm konmuştur.

Bu protokole taraf olmak için uygun bulma kanunu ve Bakanlar Kurulu kararı yayınlanmış ancak anlaşıldığı kadarıyla katılma kararı Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü'ne depo edilmemiştir.²⁹ Protokol de yeterli sayıda devlet onaylamadığı için yürürlüğe girmemiştir.³⁰

6. Ek Montreal Protokolleri

Guatemala Protokolü'nden kısa bir süre sonra, 3-25 Eylül 1975 tarihlerinde bir diplomatik konferans daha düzenlenmiştir. Aslında yükü ilgili problemleri gidermek için toplanan bu konferansta Uluslararası Para Fonunun altını tedavülden kaldırması ve üye devletlerin kura bağlı olarak altına resmi fiyat koymalarına engel olması sebebiyle³¹ kabul edilen 1-3 sayılı protokollerle tazminat hesap birimi altından Uluslararası Para Fonu tarafından yaratılan Özel Çekme Hakkına³² ("ÖÇH") dönüştürülmüştür. Bu protokollerden 1 Numaralı Protokol Varşova Sözleşmesini, 2 Numaralı Protokol Varşova **Sözleşmesinin Lahey Protokolü'yle değiştirilmiş halini ve 3 Numaralı Protokol Varşova Sözleşmesinin Lahey Protokolü ve Guatemala City Protokolüyle**

²⁸ Mankiewicz, sf.339.

²⁹ 12 Ekim 1929 Tarihinde Varşova'da İmzalanan Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki Sözleşmeyi Değiştiren Guatemala City Protokolü, 3 Sayılı Montreal Ek Protokolü ve 4 Sayılı Montreal Protokollerinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun RG, 21.05.1991, Sayı, 20877; 93/4166 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı RG, 21.04.1993, Sayı, 21559. http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Guatemala_EN.pdf (8.2.2016).

³⁰ http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Guatemala_EN.pdf (8.2.2016).

³¹ Shawcross & Beaumont, Air Law, 4th ed., London, 2000, Part VII: Carriage by Air, para.109; Special Drawing Rights SDRs, <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/sdr.HTM> (8.2.2016).

³² Special Drawing Rights ("SDR").

değiştirilmiş halini değiştirmiştir.³³ Belirtmek gerekir ki bu protokollerden birine katılma veya birinin onaylanması söz konusu sözleşmelerden birine katılma veya birinin onaylanması etkisindedir.³⁴

Diğer taraftan 4 numaralı protokolle eşya taşımalarına ilişkin olarak köklü değişiklikler yapılmıştır. Buna göre, Varşova Sözleşmesinin 18(1), 20(2) ve 22(2) maddeleri değiştirilerek taşıyıcının kusursuz sorumluluğu öngörülmüş, eşya için 250 Poincare Frangı olan sınır 17 ÖÇH olarak değiştirilmiş ve taşıma belgesinin içeriği sadeleştirilmiştir.³⁵ Diğer üç protokolda olduğu gibi 4 Numaralı Protokole katılma veya bu Protokolün onaylanması da Varşova Sözleşmesinin Lahey Protokolü ve bu Protokolle değişik haline katılma veya değişik halinin onaylanması etkisindedir.³⁶

Bu protokollerden 1,2 ve 4 sayılı olanlar yürürlüğe girmiş 3 numaralı olan ise yürürlüğe girmemiştir. 3 ve 4 Sayılı Protokollere taraf olmak amacıyla uygun bulma kanunu ve Bakanlar Kurulu Kararı yayınlanmıştır. 3 Sayılı Protokole katılmak için onay belgesi Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü'ne sunulmuştur; ancak Protokolün 9'uncu maddesine göre bu belgeler ya Protokolün imzalanmasından sonra katılma ("ratification") belgesi olarak ya da Protokolün yürürlüğe girmesinden sonra katılma ("accession") belgesi olarak depo edilebilir.³⁷ Bu itibarla, anlaşıldığı kadarıyla, Türkiye Protokolü imzalamadığı için 3 Sayılı Protokole taraf olamamıştır.³⁸ Yukarıda da belirtildiği gibi zaten Protokol de yürürlüğe girmemiştir.³⁹ 4 Sayılı Protokole katılma belgesi Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü'ne depo edilmiş ve 4 Sayılı Protokol 12.09.1998 tarihinde Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir.⁴⁰

³³ Carriage of Goods By Air, Report by the UNCTAD secretariat, UNCTAD/SDTE/TLB/2006/1 27 June 2006, sf. 10 http://unctad.org/en/Docs/sdtetlb20061_en.pdf (8.2.2016).

³⁴ Montreal Protokolleri 1 ve 2 m. VI(2) ve m.VIII(2).

³⁵ Larsen/Sweeney/Gillick, sf.272; Diederiks-Verschoor, sf. 166-170; Carriage of Goods By Air, Report by the UNCTAD secretariat, sf.12.

³⁶ Montreal Protokolü m.XV, XVII (2) ve XIV (2).

³⁷ 12 Ekim 1929 Tarihinde Varşova'da İmzalanan Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki Sözleşmeyi Değiştiren Guatemala City Protokolü, 3 Sayılı Montreal Ek Protokolü ve 4 Sayılı Montreal Protokollerinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun RG: 21.05.1991, Sayı, 20877; 93/4166 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı RG, 21.04.1993, Sayı, 21559.

³⁸ http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/AP3_EN.pdf, sf. 3 (8.2.2016).

³⁹ http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/AP3_EN.pdf.

⁴⁰ http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/MP4_EN.pdf

7. Özel Anlaşmalar

A. Japon Girişimi (Japanese Initiative)

1983 yılında Amerikan Senatosu 3 Numaralı Ek Montreal Protokolü'nün kabulünü reddedince ve diğer devletler tarafından da söz konusu protokolün yürürlüğe girmesini temin etmek için gereken destek sağlanamayınca Japonya'daki havayolları 20 Kasım 1992'den itibaren geçerli olmak üzere havayoluyla seyahat eden yolcular bakımından yolcunun ölümü veya bedensel yaralanması halinde Varşova Sözleşmesinin 17'inci maddesinde öngörülen tazminat bakımından 22'inci maddede öngörülen sınırın uygulanmaması; 20'inci maddenin 1'inci fıkrasında yer alan "gerekli tüm önlemler" savunmasının ilk 100.000 ÖÇH bakımından uygulanmaması, diğer bir ifadeyle bu sınıra kadar kusursuz sorumluluk esasının öngörülmesi, bu savunmanın sadece 100.000 ÖÇH'yi aşan zararlar bakımından uygulanması konusunda anlaşmışlardır.⁴¹ Bu girişim, Japon Girişimi ("Japanese Initiative") olarak adlandırılmıştır; sadece Japon havayolları arasında imzalanmıştır ve sadece Japon havayollarında yolculuk eden yolcuları kapsamaktadır. Bu girişim havayolları ve hükümetler için bir ışık olmuş ve Montreal Sözleşmesinin kabul edilmesine yol açmıştır.

B. Uluslararası Hava Taşımacıları Birliği⁴² ve Hava Taşımacıları Birliği⁴³ Taşıyıcılararası Anlaşma

Yolcular için sorumluluk rejimini hükümetler düzeyinde modernize etme çabalarının başarısızlığa uğraması sonucunda ABD Taşıma Dairesi⁴⁴, ABD'li ve yabancı taşıyıcılar arasında Uluslararası Hava Taşımacıları Birliği ve Hava Taşımacıları Birliği çatıları altında taşıyıcıların Varşova Sözleşmesi ve ilgili diğer düzenlemelerde yer alan yolculara karşı sorumluluk sınırlarından vazgeçtikleri özel ihtiyari bir anlaşma geliştirmek için iletişimde bulunmalarını sağlamıştır. Ardından 1997 yılı başlarında Taşıma Dairesi, Uluslararası Hava Taşımacıları Birliği ve Hava Taşımacıları Birliği kapsamında Varşova Sözleşmesi sisteminde yolculara ilişkin olarak yer alan sorumluluk limitlerinden

⁴¹ Tompkins, sf.11-12; Pablo Mendes de Leon, "The Montreal Convention: Analysis of Some Aspects of the Attempted Modernization and Consolidation of The Warsaw System" 66 J. Air L. & Com. 1155, sf. 1169.

⁴² International Air Transport Association (IATA).

⁴³ Air Transport Association (ATA).

⁴⁴ Department of Transport

vazgeçilmesine ilişkin iki takım anlaşma metni hazırlamıştır.⁴⁵ 120'nin üzerinde havayolunun katıldığı bu anlaşmalar maalesef yeknesaklığı sağlamada yeterli olmamıştır.⁴⁶

8. Varşova Sistemine ve Türkiye'nin Bu Sistemdeki Yerine İlişkin Tablo

Yukarıda kısaca incelediğimiz Varşova Sistemine ve bu sistem içinde Türkiye'nin yerine ilişkin tablo şöyledir:

Uluslararası sözleşme, protokol veya anlaşma adı	Yürürlük durumu	Türkiye'nin katılımı	Havayolunun katılımı	Diğer havayollarının katılımı
Varşova Sözleşmesi	13 Şubat 1933	23 Haziran 1978 (Türkiye bakımından yürürlüğe giriş tarihi)		
Lahey Protokolü	1 Ağustos 1963	23 Haziran 1973 (Türkiye bakımından yürürlüğe giriş tarihi)		
Guadalajara Sözleşmesi	1 Mayıs 1964	-----		
1966 tarihli Yolculara karşı Sorumluluğa Dair Taşıyıcılararası Anlaşma			THY taraf	
Guatemala Protokolü	Yürürlükte değil	-----		
1 Numaralı Ek Montreal Protokolü	15 Şubat 1996	-----		
2 Numaralı Ek Montreal Protokolü	15 Şubat 1996	-----		
3 Numaralı Ek Montreal Protokolü	Yürürlükte değil	-----		
4 Numaralı Ek Montreal Protokolü	14 Haziran 1998	12 Eylül 1998		
1992 tarihli Japon Girişimi				Japon havayolları

⁴⁵ Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage, Message From the President of the United States transmitting the Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage, done Montreal May 28, 1999 (Message From the President), US Government Printing Office, September 6, 2000, sf. VIII; Tompkins vs. 12 vd.

⁴⁶ Andera L. Buff, "Reforming the Liability Provisions of the Warsaw Convention: Does the IATA Intercarrier Agreement Eliminate the Need to Amend the Convention?", 1996 Fordham Int'l L.J. 1768 sf.1834 vd.

III. MONTREAL SÖZLEŞMESİ

Yukarıdaki açıklamalarımızda ve tabloda görüldüğü üzere sözleşmeler, protokoller ve anlaşmalardan oluşan Varşova Sistemi son derece karmaşık bir hal almıştır. 1975 yılında Montreal'de toplanan diplomatik konferans Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü'nden Hukuk Komitesi'nin Varşova Sistemi'nin tüm alanlarını kapsayan bir birleşik metin hazırlamasını istemiş ancak birleştirilmiş metin çeşitli itirazlar sebebiyle resmi bir metin olarak kabul edilmemiştir. 1996 yılında Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü Varşova Sisteminin Modernleştirilmesine Dair Çalışma Grubu oluşturmuştur. Çalışma Grubu tarafından hazırlanan rapor aynı yıl içinde Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü'nün Konseyi tarafından değerlendirilmiş ve yeni bir birleştirilmiş belgenin oluşturulması konusunda uzlaşma sağlanmıştır.⁴⁷ Ardından bazı konulardaki sorunlara rağmen Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü yeni bir uluslararası sözleşme için büyük çaba harcamıştır.⁴⁸ Bu çabalar sonunda 1999 yılının Mayıs ayında Montreal'de toplanan diplomatik konferansta Havayoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme kabul edilmiştir. Montreal Sözleşmesi olarak adlandırılan bu sözleşme 4 Kasım 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Hâlihazırda sözleşmeye 119 devlet taraftır.⁴⁹ Montreal Sözleşmesi yukarıda belirttiğimiz Varşova Sistemi ni adet bir *kevgire* çeviren değişiklikleri bir araya getirerek Varşova Sistemi üzerine inşa edilmiş modern bir sistem yaratmayı amaçlamıştır.

IV. VARŞOVA SÖZLEŞMESİ VE MONTREAL SÖZLEŞMESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Uluslararası sözleşme veya sözleşmelerle düzenlenmiş olan bir konu daha sonra başka sözleşme veya sözleşmelerle değiştirilebilir. Bu halde sonraki sözleşme ile önceki sözleşme veya sözleşmeler arasındaki ilişki önem taşır. Bazı hallerde sonraki sözleşmenin bir öncekinin yerine geçmesi için sözleşme veya protokollere bir öncekinin feshedilmesi gerektiğine veya feshedilmiş sayılacağına ilişkin hükümler yer

⁴⁷ Batra, sf.436.

⁴⁸ Diederiks-Verschoor, sf.171-172.

⁴⁹ http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl199_EN.pdf (8.2.2016).

alır. Sonraki sözleşme ile önceki veya öncekiler arasındaki ilişki sonraki sözleşmenin hükümlerine göre tespit edilir.

1. *Montreal Sözleşmesinin Varşova Sözleşmesi Belgelerinin Feshini Gerekli Kılmaması*

Montreal Sözleşmesinin 55'inci maddesinde Montreal Sözleşmesinin Varşova Sözleşmesi Belgeleri'yle olan ilişkisine yer verilmekte ve hem Montreal Sözleşmesine hem de Varşova Sözleşmesine -ve/veya Varşova Sözleşmesinin Lahey Protokolü, Gualalajara Ek Sözleşmesi, Guatemala City Protokolü veya 1-4 numaralı Montreal Protokolleri'yle değiştirilmiş hallerinden birine- taraf olan devletler arasında Montreal Sözleşmesinin uygulanma kabiliyeti olacağını belirtmektedir. Görüldüğü üzere Varşova Sözleşmesine taraf olan bir devletin Montreal Sözleşmesine taraf olabilmesi için Varşova Sözleşmesini feshetmesine gerek yoktur ancak şüphesiz ve açıktır ki Montreal Sözleşmesine taraf olan iki devlet arasındaki yapılan taşımalarda bu devletler Varşova Sözleşmesine taraf olsalar bile Montreal Sözleşmesi uygulanacaktır. Varşova Sözleşmesinin güncel statüsüne göre de Varşova Sözleşmesine -veya Lahey Protokolüyle değişik haline- taraf olan devletlerden hiçbirisi Varşova Sözleşmesini feshetmemiştir.⁵⁰

2. *Deniz Ticareti Hukuku Alanındaki Sözleşmelerden Benzer*

Varşova ve Montreal Sözleşmeleri arasındaki ilişki Deniz Hukuku alanındaki bazı sözleşmelerde de vardır. *Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlandırılması Hakkında 1976 tarihli Sözleşme* ile *Gemi Sahiplerinin Sorumluluklarının Sınırlandırılmasına İlişkin 1957 tarihli Sözleşme* ve *Gemi Sahiplerinin Mesuliyetlerinin Sınırlandırılması ile İlgili Bazı Kaidelerin Birleştirilmesi Hakkında 1924 tarihli Sözleşme* arasındaki ilişki böyledir. 1976 tarihli Sözleşme'nin 17'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında 1976 tarihli Sözleşme'ye taraf devletler arasındaki ilişkiler bakımından 1976 tarihli Sözleşme'nin 1957 ve 1924 tarihli Sözleşmelerin yerine geçtiği ve onları yürürlükten kaldırdığını belirtilmektedir. Dahası 1976 tarihli Sözleşme 1996 tarihli Protokol ile tadil edilmiştir. Maddenin amacının bu

⁵⁰ http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/WC-HP_EN.pdf (8.2.2015)..

olduğu hazırlık çalışmalarında da açıkça dile getirilmiştir.⁵¹ Hazırlık çalışmaları esnasında Norveç Delegasyonu 1976 tarihli Sözleşme'nin yürürlüğe girmesine rağmen önceki versiyonların yürürlükte kalmasının uygulamada ciddi güçlükler doğuracağına dikkat çekerek 1976 tarihli Sözleşmeye 1976 tarihli Sözleşme'nin önceki bütün Sözleşmelerin yerine geçeceğine ilişkin bir hükmünün konması ve 1976 tarihli Sözleşmeye taraf olan devletlerin taraf oldukları önceki sözleşmeleri feshetmeleri şartının aranması gerektiğini belirtmiş⁵² ancak bu öneri reddedilmiştir⁵³. Türkiye 1996 Protokolü'ne de taraf olmuştur. 1996 tarihli Protokole taraf olan bazı devletler 1976 tarihli Sözleşmeyi feshetmiştir. Bu itibarla 1924 tarihli Sözleşme'ye taraf olan devletler daha sonra 1976 tarihli Sözleşmeye taraf olmuşlarsa bu devletler arasında 1976 tarihli Sözleşme hükümleri uygulanır, bu devletlerin her ikisi de 1976 tarihli Sözleşmeye taraf *olmamışsa* 1976 tarihli Sözleşme uygulanmaz. Bu halde söz konusu devletlerin 1957 tarihli Sözleşmeye taraf olup olmadıklarına bakmak gerekir; eğer her iki devlet 1957 tarihli Sözleşmeye taraf olmuşsa 1957 tarihli Sözleşme uygulanır; her iki devlet veya biri 1957 tarihli Sözleşmeye taraf *olmamışsa* 1957 tarihli Sözleşme uygulanmaz; her iki devletin ortak olarak taraf olduğu 1924 tarihli Sözleşme uygulanır.

Örnek vermek gerekirse, Türkiye bu sözleşmelerden 1924 ve 1976 tarihlilere ve 1976 tarihli Sözleşmeyi değiştiren 1996 Protokolü'ne taraftır. 1976 tarihli Sözleşmeye ve onu değiştiren Protokole taraf olmasına rağmen 1924 tarihli Sözleşmeyi de feshetmemiştir.⁵⁴ Bu halde hem 1924 hem 1976 tarihli Sözleşmeler hem de 1976 tarihli Sözleşmeyi değiştiren 1996 tarihli Protokol halen uygulamadadır. Daha da somutlaştıracak olursak Brezilya 1924 tarihli Sözleşmeye taraftır ancak 1976 tarihli Sözleşmeye taraf değildir.⁵⁵ Bu halde Brezilya bayraklı bir gemi malikinin Türkiye'de sorumluluğunun sınırlandırılması -veya tam

⁵¹ The Travaux Preparatoires of the LLMC Covention, 1976 and of the Protocol of 1996 ("Travaux Preparatoires"), Comite Maritime International, sf.380 vd.

⁵² Travaux Preparatoires, sf.383,384.

⁵³ Travaux Preparatoires, sf.384.

⁵⁴ CMI Yearbook 2014, sf.466 (online olarak da mevcuttur: http://www.comitemaritime.org/Uploads/Yearbooks/CMI_Yearbook_2014.pdf) (8.2.2016).

⁵⁵ CMI Yearbook 2014, sf.466; Status of Multilateral Conventions and instruments in respect of which the International Maritime Organization or its Secretary-General performs depositary or other functions,IMO; sf.355 vd.

tersi- söz konusu olduğunda 1924 tarihli Sözleşme uygulama alanı bulacaktır. Öte yandan Danimarka 1924 ve 1976 tarihli Sözleşmeleri feshetmiştir, 1976 tarihli Sözleşme'nin 1996 Protokolü'yle değişik haline taraftır.⁵⁶ Türkiye'de Danimarka bayraklı bir gemi malikin sorumluluğunu sınırlandırmak istemesi halinde -veya tam tersi- 1976 tarihli Sözleşme'nin 1996 tarihli Protokolle değişik hükümleri uygulama alanı bulur. Netice olarak Varşova ve Montreal Sözleşmelerinin uygulanmasında olduğu gibi gemi sahiplerinin sorumluluklarının sınırlandırılmasında 1924, 1957 ve 1976 tarihli Sözleşmeler ve 1976 tarihli Sözleşmeyi değiştiren Protokol eş zamanlı olarak uygulamadadır. İlgili devletler bu sözleşmelerden hangisine taraf ise o sözleşme uygulama alanı bulur.

3. Sonraki Sözleşmelerin Önceki Sözleşmelerin Feshedilmesini Gerekli Kıldığı Haller

Bazı hallerde ise sonraki sözleşmeler kendilerinin yürürlüğe girmeleriyle birlikte aynı konudaki önceki sözleşmelerin feshedilmelerini öngörmektedir. Örneğin, *Denizyoluyla Eşya Taşımalarına İlişkin Olarak Konişmentolara Müteallik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkındaki 1924 tarihli Milletlerarası Andlaşma*'yla getirilen sistemi modernleştirmek için hazırlanan 1978 tarihli *Birleşmiş Milletler Denizde Eşya Taşıma Sözleşmesi* 31'inci maddesininin 1'inci fıkrasında *Konişmentolara Müteallik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkındaki 1924 tarihli Milletlerarası Andlaşma*'ya taraf olan bir devletin *Birleşmiş Milletler Denizde Eşya Taşıma Sözleşmesi* ne taraf olması halinde bu devletin *Konişmentolara Müteallik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkındaki 1924 tarihli Milletlerarası Andlaşma*'nın depo makamına *Birleşmiş Milletler Denizde Eşya Taşıma Sözleşmesi* nin yürürlüğe girmesiyle birlikte *Konişmentolara Müteallik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkındaki 1924 tarihli Milletlerarası Andlaşma*'yı fesh ettiğini bildirmesini gerekli kılmaktadır. Bundan başka aynı maddenin 2'inci fıkrası *Birleşmiş Milletler Denizde Eşya Taşıma Sözleşmesi* nin yürürlüğe girmesiyle bu Sözleşme'nin depo makamının bu Sözleşmenin yürürlüğe girdiğini ve taraf olan devletleri *Konişmentolara Müteallik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkındaki 1924 tarihli Milletlerarası Andlaşma*'nın depo makamına bildirmesini de öngörmektedir.

⁵⁶ CMI Yearbook 2014, sf.466

Yolcuların ve Bagajlarının Taşınmasına İlişkin 1974 tarihli Atina Sözleşmesi ve bu Sözleşmeyi tadil eden *Yolcuların ve Bagajlarının Taşınmasına İlişkin Sözleşmeye ait 2002 tarihli Protokol* arasındaki ilişki de böyledir. 2002 tarihli Protokol 23 Nisan 2015 tarihinde yürürlüğe girmiş ve Protokol'ün yürürlüğe girmesiyle birlikte sözleşmenin adı *Yolcuların ve Bagajlarının Taşınmasına İlişkin 2002 tarihli Atina Sözleşmesi* olmuştur. Protokol'ün 17'inci maddesinin 5'inci fıkrasına göre Sözleşmenin 2002 tarihli Protokolle değişik haline taraf olmak için 1974 tarihli Sözleşmeyi -ve bu Sözleşme'nin 1976 veya 1990 Protokolleriyle değişik halini- feshetmek gerekmektedir. Bu nedenle bu Sözleşmelere taraf olan devletler ya 1974 tarihli Sözleşmeye -veya bu Sözleşmenin 1976 ve 1990 tarihli Protokollerle değiştirilmiş hallerine- yahut da 2002 tarihli Sözleşmeye taraftır.

4. Varşova Sözleşmesinin ve Montreal Sözleşmesinin eş zamanlı yürürlükte olması ve uygulanması

Yukarıdaki açıklamalarımızın ışığı altında netice olarak Varşova Sözleşmesi -ve tadilleri- ile Montreal Sözleşmesi hali hazırda eş zamanlı olarak yürürlükte dir. Montreal Sözleşmesine taraf olan devletler arasında, bu devletler Varşova Sözleşmesi ve değişikliklerine- taraf olsalar bile- Montreal Sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır. Montreal Sözleşmesine taraf olan bir devlet ile Montreal Sözleşmesine taraf olmayan ama Varşova Sözleşmesine -veya tadil edilmiş hallerinden birine- taraf olan bir devlet arasında ise Varşova Sözleşmesi veya değiştirilmiş ortak versiyonu uygulama alanı bulacaktır.⁵⁷ Nitekim pek çok devlet bu hususu kanunlarında da açıkça belirtmiştir.⁵⁸ Eş zaman-

⁵⁷ Tompkins, sf. 76 vd.; Tuba Birinci Uzun, Uluslararası Hava Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Seçkin 2012, sf. 38. Diane Marie Amann, (ed.), "International Air Transportation," in Benchbook on International Law § III.D, Am. Soc'y Int'l L., sf. D.II, www.asil.org/benchbook/airtransport.pdf (15.3.2015); Selçuk Çöğen, "Varşova ve Montreal Konvansiyonları Çerçevesinde Hava yolu Taşıyıcılarının Sınırlı Sorumluluğu, Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Hava Taşıma Hukuku Sempozyumu", İlyas Çeliktaş (ed.), sf. 121-122; Bülent Sözer, Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Hava Yolu ile Yük Taşıma Sözleşmesi, (Yük Taşıma Sözleşmesi), sf.77.

⁵⁸ Örneğin Almanya'da Luftverkehrgesetz Paragraf 44 Varşova Sözleşmesinin, Varşova Sözleşmesinin Lahey Protokolüyle değiştirilmiş halinin, 1961 tarihli Ek Sözleşmenin ve AB düzenlemelerinin uygulanabileceğini ve bunlardan birine girmeyen hallerde bu Kanun hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir. Aynı şekilde İngiltere'de The Carriage by Air Acts (Application of Provisions) Order

lı uygulama durumu Varşova Sözleşmesi sistemine taraf olan bütün devletler Montreal Sözleşmesine taraf oluncaya kadar devam edecektir. Yeryüzünde Varşova Sözleşmesi Sistemi'ne taraf hiçbir devlet kalmadığında Varşova Sözleşmesi de yürürlükten kalkacaktır.

V. HAVAYOLUYLA ULUSLARARASI TAŞIMA VE UYGULANACAK ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERİN BELİRLENMESİ

Varşova Sistemi'ndeki belgelerden birinin veya Montreal Sözleşmesinin uygulanabilmesi için en önemli konu bir "uluslararası taşıma" olmasıdır ancak bu sözleşmelerin uygulanabilmesi için havayoluyla yapılmış bir uluslararası taşıma yetmez. Bu taşımanın bu sözleşmelerin uygulama alanı kapsamında yer alan bir uluslararası taşıma olması gerekir. Havayoluyla uluslararası taşımanın 1929 tarihli Varşova Sözleşmesinden 1999 tarihli Montreal Sözleşmesine kadar arada yapılan birçok değişiklikle dahi değişmeyen tek bir tanımı vardır. Bir taşıma sözleşmesinin uluslararası sözleşmelerden birinin kapsamına giren bir uluslararası taşıma sözleşmesi olup olmadığını tespit etmek için iki basamaklı bir inceleme yapılmalıdır.⁵⁹ Buna göre öncelikle karşılaştırılan kalkış ve varış yeri ve duraklama yerine atıfla tanımlanan bir uluslararası taşıma olup olmadığı tespit edilir. Ardından kalkış ve varış yerinin bulunduğu devletin veya devletlerin Montreal Sözleşmesine veya Varşova Sistemi'ndeki sözleşmelerden birinin aynı versiyonuna taraf olup olmadığına bakılır.

2004 Interpretation Başlıklı 2'inci maddede ve Schedule 2 ve Schedule 3'te uygulanacak hükümleri Varşova Sözleşmesinin Lahey Protokolüyle değişik hali, Lahey Protokolüyle değişik Varşova Sözleşmesinin Guadalajara Ek Sözleşmesiyle değiştirilmiş hali ve Lahey Protokolüyle değişik Varşova Sözleşmesinin 4 Numaralı Montreal Protokolüyle değişik hali olarak belirtmektedir. Aynı şekilde Avustralya'da Civil Aviation (Carriers' Liability) Act 1959 Bölüm IA'da hangi taşımalara Montreal Sözleşmesinin uygulanacağı, Bölüm II'de hangi taşımalara Varşova Sözleşmesinin Lahey Protokolüyle değişik halinin uygulanacağını, Bölüm IIIA'da hangi taşımalara Guadalajara Ek Sözleşmesinin uygulanacağı, Bölüm IIIC'de hangi taşımalara 4 Numaralı Montreal Protokolünün uygulanacağı yer almaktadır. Havayolu şirketleri de taşımalara farklı hükümler uygulanacağını dikkate alarak taşıma şartlarında uygulanması muhtemel sözleşmelerin tümüne yer vermişlerdir.

Bkz. http://www.turkishcargo.com.tr/kargo/pdf/tasiyici_sorumlulugu.pdf; http://www.singaporeair.com/jsp/cms/en_UK/global_footer/conditions-carriage.jsp; http://www.lufthansa.com/mediapool/pdf/61/media_1714992061.pdf (8.2 2016) . .

⁵⁹ Carriage of Goods By Air, Report by the UNCTAD secretariat, sf. 14.

Taşıma sözleşmesi, bu uluslararası sözleşmeler kapsamında yer alan bir uluslararası taşıma sözleşmesi değilse Varşova Sistemi Belgelerinden biri veya Montreal Sözleşmesi uygulanmaz. Bu halde böyle bu uluslararası taşıma sözleşmesine uygulanacak hukuku tespit etmek gerekir.

1. Varşova Sözleşmesine Göre Uluslararası Taşıma

Varşova Sözleşme'nin Uygulama Alanı başlıklı 1'inci maddesinin 1'inci fıkrası bu sözleşmenin hava aracıyla gerçekleştirilen uluslararası yolcu, bagaj ve eşya taşımalarına uygulanacağını belirtmektedir. Uluslararası taşımanın ne olduğu da yine aynı maddenin 2'inci fıkrasında yer alır ve iki ihtimal söz konusudur.

A. Tek Yön Taşıma Sözleşmesi

Birinci ihtimalde taraflar arasındaki taşıma sözleşmesine göre, taşımada bir ara veya aktarma olsun ya da olmasın kalkış ve varış yeri sözleşmeye taraf iki ülke sınırları içindeyse bu bir uluslararası taşıma sözleşmesidir ve Varşova Sözleşmesinin kapsamına girer. Diğer bir ifadeyle tek yön taşıma sözleşmelerinde kalkış ve varış yerlerinin her ikisinin de bir taraf devlette bulunması halinde Varşova Sözleşmesi uygulama alanı bulur. Buna göre kalkış yeri Varşova Sözleşmesine taraf bir devlette varış yeri Varşova Sözleşmesine taraf olmayan bir devlette ise Varşova Sözleşmesi uygulama alanı bulmaz.

Eşya taşıma sözleşmeleri, bagaj hariç, pek çok halde tek yön taşımalarıdır çünkü eşya daha ziyade kullanılmak, tüketilmek, satılmak üzere taşınır. Bu halde her iki ülkenin de Varşova Sözleşmesine taraf olması aranacaktır. İstisnai olarak eşyanın bir montaj, tamir vs. gibi bir işlem için gitmesi ve dönmesi söz konusu olabilir. Bu halde kalkış yerinin Varşova Sözleşmesine taraf bir devlette olması yeterlidir; varış -ve aynı zamanda dönüş- yerinin Varşova Sözleşmesine taraf bir devlette bulunması gerekmez.

B. Gidiş Dönüş Taşıma Sözleşmesi

İkinci ihtimalde ise kalkış ve varış yeri aynı ülke sınırları içinde olmakla birlikte başka bir ülke sınırları içinde kararlaştırılan bir duraklama yeri varsa böyle bir taşıma sözleşmesi de uluslararası bir taşıma

sözleşmesidir ve Varşova Sözleşmesinin uygulama alanına girer. Kararlaştırılan duraklama yerinin Varşova Sözleşmesine taraf bir ülkede olması da gerekmez. Bu son halde gidiş dönüş taşıma sözleşmelerinde gidilen ülkenin Varşova Sözleşmesine taraf olmaması halinde Varşova Sözleşmesinin uygulanması temin edilmektedir.⁶⁰ Vurgulamak gerekir ki kalkış yerinin Varşova Sözleşmesine taraf bir devlette olması gerekmektedir. Eğer kalkış yeri Varşova Sözleşmesine taraf bir devlette değilse kararlaştırılan duraklama yeri Varşova Sözleşmesine taraf bir devlette olsa bile böyle bir taşıma sözleşmesi Varşova Sözleşmesinin uygulama alanına girmez.⁶¹ Birden fazla duraklama yerinin olması halinde de durum değişmez, uluslararası sözleşmenin niteliği kalkış ve varış yerine göre tespit edilecektir.

C. Sözleşmesel Yaklaşım

Önemle belirtmek gerekir ki uluslararası taşıma olup olmadığının belirlenmesinde fiilen uçağın kalkış ve varış yeri değil taşıma sözleşmesinde kararlaştırılan yer; yerler dikkate alınır. Sözleşmenin 1'inci maddesinin 2'inci fıkrasında "...*tarafarca yapılan sözleşmeye göre...*" ifadesiyle uluslararası taşımalara ilişkin diğer uluslararası sözleşmelerde olduğu gibi Varşova Sözleşmesinde de sözleşmesel yaklaşım ("contractual approach")⁶² benimsenmiştir. Bu prensibe göre dikkate alınan sözleşmedir. Taşıma sözleşmesi esas alındığı için, tek bir taşıma sözleşmesi kapsamında aktarmalı yapılan taşımalarda ilk kalkış ve nihai varış yeri Varşova Sözleşmesi ve tadillerinin uygulanıp uygulanmaması konusunda belirleyici olmaktadır.

2. Montreal Sözleşmesine Göre Uluslararası Taşıma

Montreal Sözleşmesinin uygulama alanı başlıklı 1'inci maddesi ve uluslararası taşımanın tanımlandığı aynı maddenin 2'inci fıkrası

⁶⁰ Tompkins, sf.79; Message From the President, sf. X; Nicolas Mateesco Matte, International Air Transport, Law of Transport, International Encyclopedia of International Law, C. XII B. 6, sf.27 vd. ; P.C. Haanappel, , The Law and Policy of Air Space and Outer Space, A Comparative Approach, (Kluwer: 2003) sf. 79; Larsen, Paul/ Gillick/Sweeney, Joseph E. sf.314.

⁶¹ Tompkins, sf.80.

⁶² Francesco Berlingieri, "An Analysis of Two Recent Commentaries of the Rotterdam Rules", Il Diritto Maritimo, Y.2012-I, sf.9-10,68; Raffael Ilescas Ortiz, "What Changes in International Transport Law after the Rotterdam Rules", Unif. Law Rev. Y. 2009, sf. 899.

da küçük birkaç farklılık hariç Varşova Sözleşmesiyle aynıdır.⁶³ Varşova Sözleşmesinde “transportation” kelimesi kullanılmışken Montreal Sözleşmesinde “carriage”⁶⁴ kelimesi kullanılmıştır. Bu kelimelerin amaçlanan anlamları aynıdır.⁶⁵ Yukarıda Varşova Sözleşmesi için, tek yön ve gidiş-dönüş taşıma sözleşmeleri için söylediğimiz her şey Montreal Sözleşmesi için de geçerlidir.

Bir uçuşta tek yön, gidiş dönüş veya başka bir yerden aktarmalı veya başka bir yere aktaracak olan farklı yolcular olabilir. Her bir yolcu için taşıma sözleşmesine göre Montreal Sözleşmesi veya Varşova Sözleşmesi ve/veya tadillerinden hangisinin uygulanacağı ayrı ayrı tespit edilmesi gereken bir konudur.⁶⁶

3. Varşova Sözleşmesinin veya Montreal Sözleşmesinin Havayoluyla Yapılan Uluslararası Taşımalara Uygulanması

Havayoluyla uluslararası taşıma sözleşmelerine uygulanacak birden fazla rejim olduğu için Varşova Sistemi sözleşmelerinden birinin veya Montreal Sözleşmesinin hangisinin uygulanacağını tespit etmek büyük önem taşımaktadır. Öncelikle en yeni tarihli sözleşme olarak Montreal Sözleşmesinin uygulama alanı bulup bulmayacağına bakılır. Montreal Sözleşmesi uygulanamıyorsa Varşova Sözleşmesi veya tadillerinden birinin uygulanıp uygulanmayacağı incelenir.

A. Türkiye İle Sadece Montreal Sözleşmesine Taraf Olan Ülkeler Arasında Yapılan Taşımalar

Montreal Sözleşmesine taraf olan bir devlet daha önce Varşova Sözleşmesine taraf olmamış olabilir. Örneğin Gürcistan Varşova Sözleşmesine taraf olmamıştır; fakat Montreal Sözleşmesine taraf olmuştur. Yukarıda belirttiğimiz üzere Montreal Sözleşmesinin 1’inci mad-

⁶³ Batra, sf.437.

⁶⁴ Diğer farklar şunlardır: Varşova Sözleşmesinde “goods” Montreal Sözleşmesinde “cargo”; Varşova Sözleşmesinde “hire” Montreal Sözleşmesinde “reward”, Varşova Sözleşmesinde “according to contract made by the parties” Montreal Sözleşmesinde “according to agreement between the parties”, Varşova Sözleşmesinde “High Contracting Parties” Montreal Sözleşmesinde “State Parties” ifadeleri kullanılmıştır.

⁶⁵ Tompkins, sf. 79

⁶⁶ Tompkins, sf. 76 vd.; Birinci Uzun, sf. 38. Amann, <https://www.asil.org/sites/default/files/benchbook/airtransport.pdf> ; Çöğen, sf. 121-122; Sözer, (Yük Taşıma Sözleşmesi), sf.77.

desine göre Türkiye'den Gürcistan'a veya Gürcistan'dan Türkiye'ye tek yön olarak yapılan taşıma sözleşmeleri bir uluslararası taşıma sözleşmesi oldukları ve hem kalkış hem de varış yerleri Montreal Sözleşmesine taraf devletlerde bulunduğu için Montreal Sözleşmesine tabidir. Bunun gibi Türkiye'den Gürcistan'a veya Gürcistan'dan Türkiye'ye gidiş-dönüş olarak yapılan taşıma sözleşmeleri de kalkış ve varış yeri Montreal Sözleşmesine taraf olan aynı ülke sınırları içinde ve başka bir devlette kararlaştırılan duraklama yeri olduğu için Montreal Sözleşmesi kapsamında yer alır.

B. Türkiye İle Hem Varşova Hem Montreal Sözleşmesine Taraf Olan Ülkeler Arasında Yapılan Taşımlar

Montreal Sözleşmesinin 55'inci maddesinde Montreal Sözleşmesinin diğer Varşova Sözleşmesi Belgeleri'yle ilişkisi düzenlenmektedir. Buna göre hem Montreal hem de Varşova Sözleşmesine ve/veya tadillerine taraf olan devletler arasında Montreal Sözleşmesi uygulama alanına sahiptir. Taraf devletlerin listesi Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü'nün web sayfasında güncel olarak bulunmaktadır.⁶⁷ Buna göre örneğin Fransa, Almanya ve Belçika Varşova Sözleşmesine ve Lahey Protokolü'ne taraftır. Bu devletler aynı zamanda Montreal Sözleşmesine de taraftırlar. Bu halde artık Türkiye'den bu ülkelere veya bu ülkelerden Türkiye'ye *tek yön* bir taşımada Varşova değil Montreal Sözleşmesi hükümleri uygulama alanı bulur. Gidiş dönüş bir taşımada da kalkış ve varış yerinin Türkiye olması halinde diğer ülkelerin Montreal Sözleşmesine -taraf olup olmadığına bakılmasına gerek olmaksızın Montreal Sözleşmesinin 1'inci maddesi uyarınca Montreal Sözleşmesi uygulama alanı bulacaktır. Diğer taraftan Rusya'dan Türkiye'ye gidiş dönüş olarak yapılan bir taşımada Rusya Montreal Sözleşmesine taraf olmadığı için Montreal Sözleşmesi uygulama alanı bulmaz.

C. Türkiye ile Varşova Sözleşmesine Taraf Olan, Montreal Sözleşmesine Taraf Olmayan Ülkeler Arasında Yapılan Taşımlar

Türkiye ile hâlihazırda Montreal Sözleşmesine taraf olmayan ama Varşova Sözleşmesi - ve tadillerine- taraf olan devletler arasındaki taşı-

⁶⁷ http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl99_EN.pdf (8.2.2016).

malara uygulanacak uluslararası sözleşmeyi taşıma sözleşmesinin tek yön veya gidiş-dönüş olmasına göre ikiye ayırarak tespit etmek gerekir.

Taşıma sözleşmesine göre uçuş Türkiye'den Montreal Sözleşmesine taraf olmayan ancak Varşova Sözleşmesine taraf olan bir devlete ve tek yön ise bu takdirde Montreal Sözleşmesinin 1'inci maddesi uyarınca Montreal Sözleşmesinin uygulanması söz konusu değildir. Çünkü böyle bir taşıma Sözleşme kapsamında her ne kadar uluslararası taşıma da olsa Sözleşmenin 1'inci maddesinin 2'inci fıkrasına göre kalkış ve varış ülkelerinin her ikisinin de Montreal Sözleşmesine taraf olma şartı gerçekleşmemiştir. Bu halde Türkiye de Varşova Sözleşmesine taraf olduğu için Varşova Sözleşmesi uygulama alanı bulacaktır. Hâlihazırda örneğin Rusya, İran ve Irak Montreal Sözleşmesine taraf değildir, ancak Varşova Sözleşmesine taraftırlar.⁶⁸ Bu halde Türkiye'den bu üç ülkeye veya bu üç ülkeden Türkiye'ye tek yön bir taşımada Varşova Sözleşmesi hükümleri uygulama alanı bulur.

Diğer taraftan Türkiye'den Rusya, İran veya Irak'a *gidiş-dönüş* olarak yapılan taşıma sözleşmelerinde ise Rusya, İran veya Irak Montreal Sözleşmesine taraf olmasa dahi Montreal Sözleşmesinin 1'inci maddesinin 2'inci fıkrası uyarınca kalkış ve varış yeri taraf bir Devlette bulunduğu ve -sözleşmeye taraf olmasa da- diğer bir ülkede kararlaştırılmış bir duraklama yeri olduğu için Montreal Sözleşmesi uygulama alanı bulur. Belirtmek gerekir ki bunun tam tersi bir halde, Rusya, İran veya Irak'tan Türkiye'ye *gidiş-dönüş* bir taşıma sözleşmesinde ise kalkış ve varış yeri Montreal Sözleşmesine taraf olmayan bir devlette olduğu için Montreal Sözleşmesi değil Varşova Sözleşmesi uygulama alanı bulacaktır.

D. Ne Varşova Sözleşmesi ve Tadillerine ne de Montreal Sözleşmesine Taraf Olan Devletler ile Türkiye Arasında Yapılan Taşımlar

Birleşmiş Milletler'e üye 193⁶⁹ devlet vardır, dünyadaki bağımsız devletlerin sayısı ise 195'tir⁷⁰. Varşova Sözleşmesine 152, Montreal Söz-

⁶⁸ 8 Şubat 2016 tarihinde bu ülkeler Montreal Sözleşmesine taraf değildirler. Güncel statüler için bkz. http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl99_EN.pdf ve http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/WC-HP_EN.pdf.

⁶⁹ <http://www.un.org/en/members/> (8.2.2016).

⁷⁰ <http://www.state.gov/s/inr/rls/4250.htm> (8.2.2016).

leşmesine ise 111 119? devletin taraf olduğunu dikkate aldığımızda - ki Varşova Sözleşmesine taraf devletlerin büyük bir kısmı Montreal Sözleşmesine de taraf olmuştur- azımsanamayacak sayıda devletin ise bu sözleşmelere taraf olmadığı görülmektedir.⁷¹ Örneğin Tayland ne Varşova ne de Montreal Sözleşmesine taraftır. Türkiye'den Tayland'a gidiş dönüş bir taşıma sözleşmesinin varlığı halinde Montreal Sözleşmesinin 1'inci maddesi uyarınca Montreal Sözleşmesinin uygulanacağından şüphe yoktur; ancak Türkiye'den Tayland'a veya Tayland'dan Türkiye'ye tek yön bir taşıma sözleşmesinde ne Montreal ne de Varşova Sözleşmelerinin uygulanması mümkündür. Bu halde Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un⁷² 24'üncü maddesi uyarınca uygulanacak hukuku tespit etmek gerekir.

VI. YURT İÇİNDE YAPILAN TAŞIMALARA UYGULANAN HÜKÜMLER

1. Genel Olarak Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun Hazırlık Çalışmaları ve Politikası

Sivil havacılığın, uluslararası niteliği, devamlı ve hızlı gelişme göstermesi, ileri teknolojinin uygulandığı bir alan olması, temelinde sürat unsurunun bulunması, güvenlik faktörünün çok önemli bir yer tutması, stratejik yönden büyük değer taşıması ve geniş çaplı ekonomik yönü dikkate alınarak, sivil havacılık faaliyetlerinin Türkiye'nin ulusal çıkarlarını da göz önünde tutarak en dengeli şekilde düzenleyecek bir sivil havacılık kanununa ciddi bir ihtiyaç duyulmuştur.

TSHK'nın hazırlık çalışmalarında ulusal hukuk politikasının seçimi üzerinde durulmuş, yürürlükte bulunan yabancı sivil havacılık kanunları incelenmiş ve pek çok kanunun ortak konuları kapsadıkları tespit edilmiştir. Türkiye'nin o tarihlerdeki kanun yapma politikasının daha ziyade, belli oranda da olsa, yabancı mevzuattan büyük ölçüde çeviri veya derleme şeklinde olduğu da göz önünde tutularak, sivil havacılık mevzuatı bakımından da, gerektiğinde, yabancı kaynaklara başvurmakta sakınca görülmemiş ve özellikle, hukuk sistemimizde

⁷¹ <http://www.icao.int/secretariat/legal/lists/current%20lists%20of%20parties/al-litems.aspx>.

⁷² Kanun No: 5718 RG Tarih: 12.12.2007 No: 26728.

belli etkisi bulunan İsviçre, Almanya ve Fransa'nın Sivil Havacılık Kanunları göz önünde tutulmuştur. Bundan başka ülkemizde daha evvel hazırlanmış bulunan tasarılarından ve Ulaştırma Bakanlığının, McGill Üniversitesi öğretim üyelerinden Hava Hukuku Uzmanı Prof. Martin Bradley'e hazırlattığı tasarıdan da geniş ölçüde yararlanılmıştır.⁷³

Kanunun çatısı hazırlanırken, uluslararası özel hukuk ve kamu hava hukuku sözleşmeleri karşısındaki durumumuz incelenmiş ve taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelere atıflar yapılmıştır. Burada 1929 Varşova Sözleşmesi ve onun bazı maddelerini değiştiren 1955 Lahey Protokolü karşısındaki tutumumuzun ise ayrı olarak ele alındığı belirtilmektedir. Türkiye'nin taraf olduğu, uluslararası mahiyetteki havayolu taşımalarını düzenleyen bu sözleşmenin, birçok ülkenin ulusal kanunlarında olduğu gibi yeni hükümler getirmek yerine Sözleşme'nin etkisinde kalarak, Sözleşme'nin hükümlerinin aynen uluslararası mahiyette olmayan iç taşımalara da uygulanması uygun görülmüştür.

2. Türk Sivil Havacılık Kanununun Yurt İçinde Yapılan Taşımalara İlişkin Hükümleri

Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun Üçüncü Kısımının Birinci Bölümü İç Hat Taşıma Sözleşmesi başlığını taşımaktadır. Bu başlık altındaki ilk madde olan 106'ncı madde Uygulanacak Hükümler Başlığı ile "*Havayolu ile yurt içinde yapılacak taşımalarda; bu Kanunda hüküm bulunmadıkça Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmaların hükümleri ve bu anlaşmalarda da hüküm bulunmadığı hallerde, Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanır.*"⁷⁴ ifadesiyle havayoluyla Türkiye sınırları içinde yapılacak taşımalara uygulanacak hükümleri sıralamakta; Kanun'un 107-116'nci maddeleri arasında yolcu ve yük taşıma sözleşmelerine

⁷³ Tasarının hazırlanmasında, kanunun hacmi konusu da incelenmiş ve dünyada yürürlükte olan kanunların en kısasının 5 madde ile Avustralya Kanunu ve en uzununun da 329 madde ile Salvador Kanunu olduğu göz önünde tutularak, ayrıntılı hükümlere yer veren uzun kanunlar ile genel bir muhtevaya sahip bulunan kısa kanunlar arasındaki fark tartışılmış ve dünyadaki hukuk otoritelerinin kabulüne göre en ideal hacmin, Avrupa ülkelerinin kanunlarında görüldüğü tespit edilmiştir. Türk Sivil Havacılık Kanunu Tasarısının Danışma Meclisince Kabul Olunan Metni ve Millî Güvenlik Konseyi İhtisas Komisyonu Raporu, (D. Meclisi: 1/586; M. G. Konseyi : 1/580), sf.1.

⁷⁴ Bu madde, Kanun hazırlanırken o esnada akla gelmeyen bir hususun ileride çıkmaması ihtimaline karşılık olarak konulmuştur . M.G. Konseyi B:173 14.10.1983 O.1.sf.520.

ilişkin hususlara, 120-131'inci maddeleri arasında da sorumluluk ve usulü işlemlere yer vermektedir. Kanun bu son bölümde, 124'üncü maddesinde "*Taşıyıcının sorumluluğunun sınırlandırılması, 12 Ekim 1929 tarihinde Varşova'da imzalanan ve Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Sözleşme ve bu Sözleşmeyi değiştiren Türkiye'nin katıldığı sözleşme ve protokollerin hükümlerine göre tayin ...*" olunacağı ifadesiyle Varşova Sözleşmesi ve bu Sözleşmeyi tadil eden protokol veya ek sözleşmeleri açıkça belirtmiştir.

Önemle belirtmek gerekir ki yurt içinde yapılan taşımadan kasıt taşıma sözleşmesine göre kalkış ve varış yerinin Türkiye sınırları içinde olduğu taşımalardır. Örneğin yolcu taşıma sözleşmesine göre kalkış yeri İstanbul varış yeri Ankara olan havayolu taşıma sözleşmeleri yurt içinde yapılan taşımadır ve TSHK'nın 106'ıncı ve devamı maddelerindeki hükümlere tabidir. Öte yandan Almanya'nın Hamburg şehriden Ankara'ya -İstanbul'dan aktarma ile olacak şekilde yapılmış olan *tek* bir taşıma sözleşmesi yurt içi taşıma sayılmaz çünkü bu halde kalkış yeri Almanya varış yeri Türkiye olan bir uluslararası taşıma sözleşmesi vardır ve bu sözleşme- hem Türkiye hem de Almanya Montreal Sözleşmesine taraf olduğu için- Montreal Sözleşmesi kapsamında yer alır. Hamburg'dan Ankara'ya olan seyahat Hamburg-İstanbul ve İstanbul-Ankara olmak üzere *iki ayrı* taşıma sözleşmesine konu olmuşsa yani yolcu iki ayrı taşıma sözleşmesi yapmışsa bu halde bu taşımaların her biri farklı hükümlere tabi olur. Buna göre Hamburg'dan İstanbul'a yapılan ilk seyahati konu olan taşıma sözleşmesi uluslararası taşıma olarak Montreal Sözleşmesi kapsamında yer alırken ikinci taşıma sözleşmesinin kapsamında yer alan İstanbul'dan Ankara'ya yapılan seyahat yurt içi taşıma olarak TSHK kapsamındadır.

TSHK'daki bu hükümler ve 26 Mart 2011 tarihinden itibaren Montreal Sözleşmesinin Türkiye açısından yürürlüğe girmiş olması TSHK'nın yurt içi taşımalara uygulanan hükümlerini de tartışmalı hale getirmiştir. Acaba burada *Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalardan* kasıt nedir, Varşova Sözleşmesi ve onu tadil eden Lahey Protokolü ile 4 Numaralı Montreal Protokolü mü yoksa Montreal Sözleşmesi midir?

3. Kanunlarda Uluslararası Sözleşmelere Yapılan Atıflar

A. Türk Ticaret Kanunu'nun 1328 ve 1336'ıncı Maddelerinde Uluslararası Sözleşmelere Yapılan Atıfların Anlamı (Bu kısım da bir iki cümle ile geçilebilir)

Kanun koyucu yeni bir sözleşme yapıldığında bir kanunda bir uluslararası sözleşmeye yapılan atfın yeni sözleşmenin uygulanması anlamına gelmeyeceğini Türk Ticaret Kanunu'nda ("TTK") açıkça ortaya koymuştur. TTK'nın 1328'inci maddesinde deniz alacaklarına karşı sorumluluğun sınırlandırılması düzenlenmektedir. Buna göre:

"(1) Deniz alacaklarından doğan sorumluluk, 4/6/1980 tarihli ve 17007 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 19/11/1976 tarihli Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlanması Hakkında Milletlerarası Sözleşme ile bu Sözleşmeyi değiştiren 2/5/1996 tarihli Protokol veya onun yerine geçmek üzere hazırlanarak Türkiye Cumhuriyeti tarafından kabul edilen milletlerarası sözleşmelere göre sınırlanabilir.

(2) 1976 tarihli Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlanması Hakkında Milletlerarası Sözleşmenin 20 ve 21 inci maddeleri ile 1996 tarihli Protokolün 8 inci maddesi uyarınca yapılacak değişikliklerin, Türkiye Cumhuriyeti bakımından yürürlüğe girdikleri tarihten başlayarak, bu madde, anılan değişiklikleri de içine alacak şekilde uygulanır.

(3) Bu Kısımda geçen "1976 tarihli Sözleşme" ibaresi, "19/11/1976 tarihli Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlanması Hakkında Milletlerarası Sözleşme'yi, 2/5/1996 tarihli Protokolü ve bu Sözleşmeye ilişkin değişikliklerden Türkiye Cumhuriyeti bakımından yürürlüğe girmiş olanları topluca ifade eder."

Maddenin gerekçesinde ikinci fıkrada yer verilen ilkenin daha önce TSHK'nın 124'üncü maddesinde de kabul edildiği; böylelikle doğrudan uygulanan bir Sözleşmede yapılan değişiklik Türkiye tarafından kabul edilip yürürlüğe girdiğinde o sözleşmeye atıf yapan kanunda bir değişiklik yapılmasına gerek olmadan sözleşmenin *yeni metnine atıf* yapılmış sayılacağı ve çözümün aynı zamanda 1976 tarihli Sözleşmede yapılacak değişiklikler için de kabul edildiği belirtilmiştir. Bunun dışında 1328'inci madde de sözü edilen 1976 tarihli Sözleşmenin *yerine geçmek üzere yeni bir sözleşme* hazırlanırsa ve Türkiye bu Söz-

leşmeye taraf olursa bu hükmün uygulanmayacağı; *yeni bir sözleşmenin kabulü halinde bu yeni sözleşmenin milli hukukta nasıl uygulanacağı ayrı bir kanunla yeniden alınacağı belirtilmiştir. 1336'ncı maddenin gerekçesinde de bu konuda 1328'inci maddenin gerekçesine atıf yapılmaktadır.*

B. Türk Sivil Havacılık Kanununun 106'ncı ve 124'üncü maddelerinde "... Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere...", "...Varşova Sözleşmesine ve değişikliklerine..." yapılan atıfların anlamı

TSHK'nın 106'ncı maddesindeki "... bu Kanunda hüküm bulunmadıkça Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmaların hükümleri ... uygulanır" ifadesi bazı yazarlarca Montreal Sözleşmesinin uygulanacağı şeklinde yorumlanmaktadır.⁷⁵ Biz bu görüşe katılmamaktayız. Nitekim Kanun Koyucu TTK'nin 1328 ve 1336'ncı maddelerinin gerekçelerinde uluslararası sözleşmelere yapılan atıfların anlamını açıkça belirtmiştir. Bize göre Kanun'un 106'ncı maddesi ve 124'üncü maddesinde açıkça Varşova Sözleşmesine ve Varşova Sözleşmesini değiştiren Protokollere yapılan atıflar uyarınca burada sözü edilen uluslararası düzenlemeler Türkiye'nin taraf olduğu Varşova Sözleşmesi ve bu Sözleşmeyi değiştiren Lahey Protokolü ve 4 Numaralı Montreal Protokolü'dür. Varşova Sözleşmesini değiştiren Guadalajara Ek Sözleşmesi, Guatemala City Protokolü ile 1,2 ve 3 Numaralı Montreal Protokolleri ise Türkiye bunlara taraf olmadığı için bu madde kapsamında değildir. Montreal Sözleşmesi de TTK'nin 1328 ve 1336'ncı maddelerinin gerekçelerinde belirtildiği gibi Varşova Sözleşmesi yerine geçmek üzere kabul edilmiş yeni ve başka bir sözleşme olduğu için değildir.

Genel olarak Montreal Sözleşmesinin tüm metninde özel olarak da 55'inci maddesinde açıkça görüldüğü gibi Montreal Sözleşmesi Montreal Sözleşmesine taraf olan devlet bakımından ve taraf olan devletler arasındaki taşımlar bakımından öncelikle uygulanır; Yukarıda da belirtildiği gibi Varşova Sözleşmesine taraf olup da Montreal Sözleşmesi-

⁷⁵ Bülent Sözer, "Havayoluyla Yapılan Taşımalarda Yolcunun Maruz Kaldığı Zararlardan Doğan Manevi Tazminat Talepleri" (Manevi Tazminat), UTİDER Y.2012 C.1. S.1, sf.87 vd; Bozabalı Bozkurt, sf.96; Nurdan Orbay-Ortaç, "Havayolu ile Taşımalarda Bagajın Zıyı veya Hasara Uğraması Nedeniyle Doğan Akdi Sorumluluk", TBB Dergisi Y.2015 S.114, sf.151-152, 157,161, 169,

ne henüz taraf olmayan bir devlet ile Montreal Sözleşmesine taraf olan bir devlet arasındaki havayolu taşımaları ise Varşova Sözleşmesi –veya değişikliklerine- tabi olmaya devam eder. Diğer bir ifadeyle Montreal Sözleşmesinin yürürlüğe girmesine rağmen Montreal Sözleşmesine taraf olan Devletler açısından dahi Montreal Sözleşmesine taraf olmayıp Varşova Sözleşmesine taraf olan devletlerle ilişkide Varşova Sözleşmesi uygulanmaya devam eder. Bu durum Varşova Sözleşmesine taraf olan tüm Devletler Montreal Sözleşmesine taraf oluncaya –veya Varşova Sözleşmesini feshedinceye- kadar devam edecektir. Yeryüzünde Varşova Sözleşmesine taraf hiçbir devlet kalmadığında Varşova Sözleşmesi de uygulamadan kalkacaktır.

C. Usulüne Uygun Olarak Yürürlüğe Konulmuş Olan Anlaşmaların Kanun Hükmünde Olması

TSHK'nın 106'ncı ve 124'üncü maddelerindeki atıfları Montreal Sözleşmesine yapılmış olarak kabul eden bazı yazarlar bu görüşlerini Anayasanın 90'ıncı maddesine dayandırmaktadırlar.⁷⁶ Bu maddeye göre “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar kanun hükmündedir.” Bu hüküm yasal düzenlemeler arasındaki hiyerarşiyi göstermekte ve uluslararası sözleşmeleri de kanunla bir tutmaktadır. Buna göre Varşova Sözleşmesi de halen yürürlükte olduğu için kanun hükmündedir.

Bundan başka hem Montreal Sözleşmesi hem de Varşova Sözleşmesi havayoluyla yapılan *uluslararası* taşımaları düzenlemektedir. Varşova Sözleşmesi ve onu tadil eden protokoller uluslararası taşımaları düzenlemektedir ve uluslararası taşımanın ne olduğu sözleşmede belirtilmiştir. Bu hükümler yurt içinde havayoluyla yapılan taşımalara doğrudan uygulanamaz. Kanun Koyucumuz, pek çok devletin Kanun Koyucusunun yaptığı gibi, yurt içinde havayoluyla yapılan taşımaları düzenlerken bir örnekliliği sağlamak üzere tercihini o tarihte yürürlükte olan uluslararası sözleşmeyi iç hukukuna da almak yönünde kullanmıştır. Başka bir tercih yaparak yurt içinde yapılan taşımaları farklı, örneğin daha ağır koşullarla – her halde sınırsız sorumluluğun öngörüldüğü- düzenlenmesi mümkün olabilirdi. Aynı şekilde Montreal Sözleşmesi de havayoluyla yapılan *uluslararası* taşımaları kapsamaktadır.

⁷⁶ Orbay-Ortaç, sf. 157,166.

Kaldı ki bir an için bu atıfların Montreal Sözleşmesine yapılmış atıflar olarak kabul edilmesi halinde bile TSHK'nın 120-123'üncü maddelerinde yolcu, bagaj ve yük için sorumluluk ve niteliğine ilişkin somut hükümler bulunmaktadır. Sorumluluk hallerinde bu hükümler uygulanacaktır. Varşova Sözleşmesinden alınan bu hükümler Montreal Sözleşmesinde köklü değişikliğe uğramıştır. 106'ıncı maddeye göre Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler TSHK'da *hüküm bulunmayan hallerde* uygulanacağı için en temel husus sorumluluk konusunda TSHK hükümleri ile Montreal Sözleşmesi hükümleri arasında aşağıda görüleceği üzere büyük farklılıklar vardır. Dolayısıyla atfın Montreal Sözleşmesine yapılmış olarak kabul edilmesi halinde bile pratik yararı son derece sınırlıdır.

TSHK'nın Varşova Sözleşmesi ve bu Sözleşmeyi değiştiren Lahey Protokolünden alınan hükümleri yurt içinde havayolu ile seyahat eden yolcuları Montreal Sözleşmesine göre oldukça dezavantajlı durumda bırakmaktadır. Eşya taşıma sözleşmeleri açısından ise durum biraz farklıdır çünkü belirttiğimiz gibi Türkiye 4 Numaralı Montreal Protokolüne taraftır ve bu Protokol yüke ilişkin önemli değişiklikler getirmiştir ve bu hükümler daha sonra büyük ölçüde Montreal Sözleşmesinin yüke ilişkin hükümlerini oluşturmuştur.

Netice olarak yurt içinde yapılan taşımalara TSHK'nın -Varşova Sözleşmesi ve onu tadil eden Lahey Protokolünden alınan- hükümleri öncelikle uygulanacak; burada hüküm bulunmayan hallerde ise *Varşova Sözleşmesi, Lahey Protokolü ve 4 Numaralı Montreal Protokolü uygulanacaktır*. Vurgulamak gerekir ki *Varşova Sözleşmesi, Lahey Protokolü ve 4 Numaralı Montreal Protokolü* ancak Kanunda açık hüküm bulunmayan hallerde uygulanacaktır.

VI. TSHK'NIN YOLCU VE YÜK TAŞIMAYA İLİŞKİN HÜKÜMLERİYLE MONTREAL SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

1. Genel Olarak

Aşağıda kısaca TSHK'nın yolcu ve yük taşımaya ilişkin hükümleri Montreal Sözleşmesi hükümleriyle karşılaştırılarak TSHK'nın yolcu ve yükle ilgili aleyhine olan artık eskimiş hükümlerinin değişiklik ihti-

yacı ortaya konulacaktır. Vurgulamak gerekir ki bu çalışmanın amacı iç taşımalara uygulanan hükümlerle uluslararası taşımaların pek çoğuna uygulanan modern sistem arasındaki farkı göstermektir. Bu sebeple buradaki açıklamalarımız bu farkı göstermeyle sınırlıdır.

2. Yolcu Taşıma Sözleşmeleri

A. Yolcu Bileti Ve Bagaj Kuponu

TSHK'nın 107'inci maddesinde yolcu biletinde yer alması gereken unsurlar ayrıntılı olarak belirtilmektedir. Taşımanın TSHK'da gösterilen sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin hükümlere tabi olduğu da bulunması gereken unsurlar arasındadır. Taşıyıcı, yolcuyla biletsiz veya 107'inci maddede yer alan unsurları içeren bir bilet vermeden kabul etmiş ise, taşıma sözleşmesinin varlığı veya geçerliliği etkilenmez, ancak taşıyıcı bu Kanunun sorumluluğu kaldıran veya sınırlayan hükümlerinden yararlanamaz. Ayrıca taşıyıcıya teslim edilen her bir parça bagaj için 109'uncu maddede yer alan unsurları içeren bir bagaj kuponu verilmesi gerekmektedir. Yolcu biletinin hiç düzenlenmemesi veya eksik düzenlenmesinde olduğu gibi taşıyıcı bagajı kuponsuz veya 109'uncu maddede yer alan unsurları içeren bir kupon vermeden kabul etmiş ise, taşıma sözleşmesinin varlığı veya geçerliliği etkilenmez; ancak taşıyıcı TSHK'nın sorumluluğu kaldırılan veya sınırlayan hükümlerinden yararlanamaz.

Montreal Sözleşmesinde ise yolcu biletinde yer alacak unsurlar sadeleşmiştir. Bilette sadece kalkış ve varış yerinin, kalkış ve varış yeri aynı ülke sınırları içindeyse karşılaştırılan bir veya birden fazla duraklama yerinin, belirtilmesi gerekli ve yeterlidir.⁷⁷ Bundan başka bilette, Montreal Sözleşmesinin uygulanması halinde yolcunun ölümü veya yaralanması ve bagajın zıya veya hasarı hallerinin Montreal Sözleşmesi kapsamında olduğu ve taşıyıcının sorumluluğunu sınırlayabileceği bildirim yer alması gerekmektedir.⁷⁸ Ayrıca taşıyıcıya teslim edilen her bir bagaj için bagaj kuponu verilmesi gerekmektedir.⁷⁹ Sözleşmenin biletin içeriğine ilişkin hükümlerine uyulmaması taşıma sözleşmesinin varlığını ve geçerliliğini etkilemez. Taşıma söz-

⁷⁷ Montreal Sözleşmesi m.3.

⁷⁸ Montreal Sözleşmesi m.3/4.

⁷⁹ Montreal Sözleşmesi m.3/3.

leşmesine Montreal Sözleşmesi uygulanacaktır; ancak TSHK'dan farklı olarak sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin hükümler de biletin yokluğuna ve eksikliğine rağmen uygulanmaya devam edecektir. Türkiye'nin taraf olduğu 4 Numaralı Montreal Protokolünde teslim taşıyıcıya teslim edilmiş bagaj için de bazı hükümler yer almaktadır. Montreal Sözleşmesi uyarınca yolcu biletinin mutlaka belge olması şart değildir. Elektronik bilet düzenlenebileceği Sözleşmede açıkça yer almaktadır.⁸⁰ Günümüzde elektronik yolcu bileti yurt içi⁸¹ ve yurt dışı taşımalarda yaygın olarak kullanılmaktadır.

B. Taşıyıcının Yolcunun Ölümü veya Yaralanması Dolayısıyla Meydana Gelen Zararlardan Sorumluluğu

TSHK'nın 120'inci maddesinde yolcunun ölümü veya herhangi bir cismani zarara uğraması halinde, bu zarara sebebiyet veren kaza, hava aracında veya iniş veya iniş sırasında meydana geldiği takdirde, taşıyıcının sorumlu olacağı belirtilmektedir.⁸²

Montreal Sözleşmesi bu hususu hemen hemen aynen Varşova Sözleşmesinde olduğu gibi devam ettirmiştir.⁸³ Taşıyıcı uçakta veya iniş veya iniş işlemleri esnasında meydana gelen kaza dolayısıyla yolcunun ölümü veya yaralanmasından sorumludur.⁸⁴ Taşıyıcının sorumlu olduğu süre ve sorumlu olunan zararlar bakımından TSHK ve Montreal Sözleşmesi arasında bir fark yoktur; ancak sorumluluğun niteliği ve sınırı bakımından büyük farklar mevcuttur.

⁸⁰ Montreal Sözleşmesi m.3/2.

⁸¹ Gamze Turan, "Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk", *TBB Dergisi* Y.2008 S.77, sf.93; Turan Şahin, "Elektronik Sözleşmelerin Kurulmasına İlişkin İrade Beyanları ve Bu Beyanların Geri Alınması", *TBB Dergisi* Y.2011, S.95, sf.339; Sinan Sami Akkurt, "Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri" 2011 *AÜHFĐ* C.60 S.1., sf.19-46; Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Kanun No:6563 RG Tarih: 5 Kasım 2015 No:29166.

⁸² Hüseyin Ülgen, *Hava Taşıma Sözleşmesi*, Ankara 1987, sf.160 vd.; Bozabalı Bozkurt, 101 vd.; Ahmet Kırmızı, *Hava Yolu ile Yapılan Yolcu Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990, sf.59 vd.

⁸³ Varşova sözleşmesindeki "wounding" ifadesi Montreal Sözleşmesinde yer almamıştır.

⁸⁴ Montreal Sözleşmesi m.17; Birinci Uzun, sf. 59 vd.; Bozabalı-Bozkurt, sf. 101 vd.,

a. Sorumluluğun Niteliği Ve Sınırı

aa. Türk Sivil Havacılık Kanunu'nda

TSHK'nın 123'üncü maddesi uyarınca taşıyıcı, kendisinin ve adamlarının zararı önlemek için gerekli olan bütün tedbirleri aldıklarını veya bu tedbirleri alma olanağı bulunmadığını ispatlarsa sorumlu değildir. TSHK'da yer alan bu sorumluluğun niteliğinin bir kusur sorumluluğu mu yoksa kusursuz sorumluluk mu olduğu tartışmalı olmakla birlikte daha ziyade bir kusursuz sorumluluk hali olduğu ifade edilmektedir ki biz de bu kanaatteyiz.⁸⁵ Bundan başka TSHK'nın 124'üncü maddesinde sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin olarak taşıyıcının sorumluluğunun sınırlandırılmasının, 12 Ekim 1929 tarihinde Varşova'da imzalanan ve Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Sözleşme ve bu Sözleşmeyi değiştiren Türkiye'nin katıldığı sözleşme ve protokollerin hükümlerine göre tayin olunacağı belirtilmektedir. Varşova Sözleşmesinin Lahey Protokolü'yle tadil edilmiş, Türkiye'nin de taraf olduğu, haline göre ise ölüm ve yaralanma halinde taşıyıcının sorumluluğunun sınırı 250.000 Frank'tır. Bu da yaklaşık 16.600 ABD Dolarına karşılık gelmektedir.⁸⁶

bb. Montreal Sözleşmesinde

aaa. 100.000 Özel Çekme Hakkına Kadar Olan Zararlar

Diğer taraftan Montreal Sözleşmesinde kusursuz sorumluluk prensibi daha ağırlaştırılarak devam ettirilmiş ve fakat bu ağır sorumluluk hali için iki aşamalı bir sorumluluk öngörülmüştür. Buna göre 100.000 ÖÇH'ye kadar olan ispatlanmış zararlar için müterafik kusur hariç olmak üzere taşıyıcı sorumludur.⁸⁷ Taşıyıcının tek kurtuluş imkânı yolcunun veya yolcunun ölümü dolayısıyla zarar görenin kusurudur. Bu sorumluluk oldukça katı bir kusursuz sorumluluk halidir. Buna göre taşıyıcı mücbir sebep veya salt üçüncü şahısların fiilleri dolayısıyla, örneğin olağanüstü bir doğa olayı veya bir terörist saldırı veya uçağın bir askeri uçak zannedilerek hedef alınması vs. gibi hallerde yolcunun ölümü veya yaralanması dolayısıyla meydana gelen

⁸⁵ Ülgen, sf. 157; aksi görüşte Sözer, (Montreal Sözleşmesi), sf. 159.

⁸⁶ Bozabalı Bozkurt, sf.165 vd.

⁸⁷ Montreal Sözleşmesi m.21/1; Leon, sf.1172; Sözer, sf.170-171.

zararlardan da sorumludur. Hâlbuki TSHK uyarınca bu hallerde sorumluluk söz konusu olmaz. Bunun gibi 16.600 ABD Doları ile 100.000 ÖÇH arasındaki fark da çok büyüktür.

bbb- 100.000 Özel Çekme Hakkını Aşan Zararlar

Montreal Sözleşmesinde taşıyıcının sorumluluğu 100.000 ÖÇH ile sınırlı değildir. Taşıyıcı 100.000 ÖÇH'yi aşan ispatlanmış zararlar için de sorumludur; ancak burada taşıyıcı yukarıdakinden farklı olarak kusurunun olmadığını yahut da zararın salt üçüncü şahsın kusurundan kaynaklandığını ispat ederek 100.000 ÖÇH'yi aşan zararlar için sorumluluktan kurtulabilir.⁸⁸ Diğer bir ifadeyle ise eğer taşıyıcı kusursuzluğunu ispat etmeyi tercih etmez veya edemezse yolcunun ölümü veya yaralanması dolayısıyla meydana gelen zararların tümünden sorumludur.⁸⁹ Bu sebeple yolcunun ispatlanmış zararlarını talep etmek için bir tercih yapması gerekmez.⁹⁰ Yolcunun veya tazminat talep etmeye yetkili kişi veya kişilerin sadece kazayı ve bu kaza dolayısıyla uğradıkları zararı ispat etmesi gerekli ve yeterlidir. Bunun ardından taşıyıcı ispat edilmiş 100.000 ÖÇH'yi aşanlar da dâhil olmak üzere bütün zararları ödeyip ödememeye veya 100.000 ÖÇH'yi aşanlar için Sözleşme'nin 21'inci maddesinin 2'inci fıkrasındaki savunmalarda bulunup bulunmamaya karar verecektir. Eğer taşıyıcı 21'inci maddenin 2'inci fıkrasındaki savunmaları iddia ve ispat etmeme yolunu tercih ederse yolcu veya ilgili ispat edilmiş zararlarının 100.000 ÖÇH'yi aşan kısımları da dâhil olmak üzere tümünü giderebilecektir. Eğer taşıyıcı bu savunmaları ispat ederse yolcu veya ilgili yalnızca 100.000 ÖÇH'ye kadar olan zararları giderebilecektir. Taşıyıcı ispat yükünü yerine getiremezse bu halde yolcu veya ilgili yine 100.000 ÖÇH'yi aşan kısım da dâhil olmak üzere tüm zararlarını giderebilecektir. Ticari havayolu taşımacılığındaki kazalara bakıldığında taşıyıcının tamamen kusursuz olduğu hallerin çok istisnai olduğu belirtilmektedir.⁹¹ Montreal Sözleşmesi yolcuların ölümü veya yaralanması bakımından son derece etkin bir tazminat usulü getirmiştir.

⁸⁸ Montreal Sözleşmesi m.21/2; Sözer, sf.172.

⁸⁹ Tompkins, sf.35.

⁹⁰ Tompkins, sf.

⁹¹ Tompkins, sf.35.

Görüldüğü üzere TSHK ve Montreal Sözleşmesi arasında sorumluluktan kurtulma ve sorumluluk miktarı arasında çok ciddi farklılıklar vardır. TSHK'daki hükümler yurt içinde seyahat eden yolcuları dezavantajlı duruma sokmaktadır. Aşağıda görüleceği üzere pek çok ülke yolcu taşıma sözleşmeleri bakımından ya sınırsız sorumluluk öngörmüş yahut da Montreal Sözleşmesinde yolcu için öngörülen hükümleri iç taşımalara da uygulanacak şekilde düzenlemelerini uyumlaştırmışlardır.

C. Taşıyıcının Bagajın Uğradığı Zarar Dolayısıyla Sorumluluğu

Montreal Sözleşmesi bagaj bakımından taşıyıcıya teslim edilmiş ve taşıyıcıya teslim edilmemiş ("checked ve unchecked") bagaj ayrımı yapar.⁹² Taşıyıcı, teslim edilmiş bagajın zıya veya hasarından zarara yol açan olay hava aracında veya eşya taşıyıcının hâkimiyetindeyken meydana gelmişse sorumludur.⁹³ Eğer zarar bagajın kendi mahiyetinden veya kusurundan kaynaklanmışsa taşıyıcı sorumluluktan kurtulur.⁹⁴ Burada öngörülen kusursuz sorumluluk halidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki müşterek kusur halinde de taşıyıcı kısmen veya tamamen sorumluluktan kurtulma imkânına sahiptir.⁹⁵

Taşıyıcıya teslim edilmemiş bagaj ve kişisel eşya bakımından ise taşıyıcı sadece kendisinin ve adamlarının kusurundan sorumludur.⁹⁶

TSHK ise bagaj bakımından ayırım yapmakla birlikte sorumluluk sadece "*tescil edilmiş*" bagaj için söz konusudur.⁹⁷ Buna göre *tescil ettirilmiş bagajın* kaybı veya zarara uğraması halinde, zarara sebebiyet veren olay, havayolu ile taşıma sırasında meydana gelmiş ise zarardan taşıyıcı sorumludur.⁹⁸ Taşıyıcı, kendisinin ve adamlarının zararı önlemek için gerekli olan bütün tedbirleri aldıklarını veya bu tedbirleri alma olanağı bulunmadığını ispatlarsa sorumlu değildir.⁹⁹ Daha önce de

⁹² Leon, sf. 1176.

⁹³ Montreal Sözleşmesi m.17/2.

⁹⁴ Montreal Sözleşmesi m.17/2.

⁹⁵ Montreal Sözleşmesi m.20.

⁹⁶ Montreal Sözleşmesi m.17/2.

⁹⁷ Ülgen, sf.169 vd.

⁹⁸ TSHK m.121.

⁹⁹ TSHK m.123.

belirttiğimiz gibi TSHK'da öngörülen bu sorumluluk da kusursuz sorumluluk olmakla birlikte Montreal Sözleşmesinde öngörülen savunma imkânı TSHK'nın bu ifadesine göre daha dardır. Örneğin bagaj bir savaş veya silahlı çatışma veya olağanüstü bir doğa olayı, örneğin yanardağ patlaması, dolayısıyla zarar görmüş olduğunda Montreal Sözleşmesine göre taşıyıcının sorumluluğu söz konusu olabileceksen TSHK'ya göre sorumluluk söz konusu olmaz.

Bundan başka TSHK'da havayolu ile taşıma; bagajın bir havaalanında veya bir hava aracında veya havaalanı dışına inilmesi halinde o yerde taşıyıcının muhafaza ve nezareti altında bulunduğu süreyi kapsar. Belirtelim ki burada taşıyıcının sorumlu olduğu mekân bakımından da Montreal Sözleşmesine göre daha sınırlı bir alan söz konusudur. Montreal Sözleşmesinde nerede olursa olsun eşyanın taşıyıcının *hâkimiyetindeki* süre ve yer sorumluluğa dâhildir. TSHK'da ise havayoluyla taşıma sadece eşyanın havaalanında veya bir hava aracındaki süreyi ve havaalanı dışına inilmişse orada taşıyıcının koruması ve gözetimi altındaki süreyi kapsar. Bazen herhangi bir sebeple bagaj yolcudan sonra varma yerine ulaşmaktadır. Böyle bir halde varma yerine varmış ve ilgisine teslim edilmek üzere yola çıkmış bagaj havaalanından ayrıldıktan sonra zarar görmüş olursa artık hava aracında veya havaalanında olmadığı ve havaalanı dışında bir yere de inilmediği için TSHK bakımından sorumluluk söz konusu olmazken Montreal Sözleşmesine göre sorumluluk söz konusu olur.

Montreal Sözleşmesine göre bagajın zıya veya hasarında taşıyıcının sorumluluğunun sınırı, yükle ilgili varma yerinde eşyanın teslimindeki özel menfaatini belirtip ek ücret ödemedikçe, her bir yolcu için 4.150 ÖÇH'dir. TSHK'nın 124'üncü maddesinin atıf yaptığı Türkiye'nin taraf olduğu Varşova Sözleşmesinin Lahey Protokolüyle değişik haline göre taşıyıcının sorumluluğu ise 250 Poincare Frangı, yaklaşık 16,6-17 Amerikan Doları'dır.¹⁰⁰ Açıkça görüldüğü gibi fark ciddi boyuttadır.

D. Taşıyıcının Gecikme Zararlarından Sorumluluğu

Montreal Sözleşmesi uyarınca taşıyıcı yolcunun veya bagajın gecikmesi dolayısıyla sorumludur; ancak taşıyıcı kendisinin veya adam-

¹⁰⁰ Varşova/Lahey m.22/2.a.

larının zararı önlemek için makul surette alınabilecek tüm önlemleri aldıklarını veya bu tür önlemleri almanın imkânsız olduğunu ispat ederse sorumluluktan kurtulur.¹⁰¹

TSHK'nın 122'inci maddesinde de taşıyıcının, havayolu ile yolcu, bagaj veya yükün taşınmasındaki gecikmeden doğan zarardan sorumlu olduğu belirtilmektedir. Daha önce de belirttiğimiz gibi taşıyıcı, 123'üncü maddede yer alan genel sorumluluktan kurtulma prensibi uyarınca kendisinin ve adamlarının zararı önlemek için gerekli olan bütün tedbirleri aldıklarını veya bu tedbirleri alma olanağı bulunmadığını ispatlarsa sorumlu değildir.

Dikkat edilirse Montreal Sözleşmesi ve TSHK'nın Varşova Sözleşmesinin 20'inci maddesinden gelen 122'inci maddesi "gerekli tüm önlemler" ifadesi yerine "makul tüm önlemler" ifadesi hariç aynıdır. Varşova Sözleşmesindeki "gerekli tüm önlemler" ifadesini mahkemelerin "makul tüm önlemler" olarak yorumladıkları belirtilmektedir.¹⁰² Bu itibarla gecikme zararlarından sorumluluğun niteliği açısından Montreal Sözleşmesi ile TSHK arasında bir fark yoktur.

Sorumluluğun sınırı bakımından ise Varşova Sözleşmesinde gecikme zararları için bir sınır yer almaz. Sözleşmede gecikme zararları bakımından bir sınıra yer verilmemiş olmasının taşıyıcının gecikme zararlarından sınırsız olarak sorumlu olacağı anlamına gelmediği belirtilmektedir.¹⁰³ Montreal Sözleşmesinde ise gecikme zararları dolayısıyla taşıyıcının sorumluluğu yolcular için 4.150, bagaj için 1.000 ÖÇH ile sınırlıdır.

E. Eşya Taşıma Sözleşmeleri

Eşya taşımalarına ilişkin olarak Montreal Sözleşmesi Türkiye'nin de taraf olduğu Varşova/Lahey Sözleşmesini tadil eden 4 Numaralı Montreal Protokolü'ndeki hükümleri benimsemiştir. TSHK'nın yük taşımalarına ilişkin hükümleri ise sadece Varşova/Lahey Sözleşmesi hükümlerine aittir.

¹⁰¹ Montreal Sözleşmesi m.19.

¹⁰² Tompkins, sf.239

¹⁰³ J.W. Lee/J.C. Wheeler, "Air Carrier Liability For Delay: A Plea to Return to International Uniformity" , 77 J. Air L. & Com. 43, sf. 49.

A. Hava Yük Senedi

Hava yük senedinin içeriği TSHK'nın 110'uncu maddesinde düzenlenmiştir ve yolcu biletinde olduğu gibi pek çok unsur içermektedir. Montreal Sözleşmesinde ise içerik sadeleştirilmiştir. Senette sadece kalkış ve varış yerinin, kalkış ve varış yeri aynı ülke sınırları içindeyse kararlaştırılan bir veya birden fazla duraklama yerinin ve eşyanın ağırlığının belirtilmesi yeterlidir.¹⁰⁴

Sözleşmenin yük senedine ilişkin hükümlerine uyulmaması taşıma sözleşmesinin varlığını ve geçerliliğini etkilemez. Taşıma sözleşmesine Montreal Sözleşmesi uygulanacaktır ve yolcu biletinde olduğu gibi TSHK'dan farklı olarak sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin hükümler de hava yük senedinin yokluğuna veya eksikliğine rağmen uygulanmaya devam edecektir.¹⁰⁵

B. Taşıyıcının Eşyanın Uğradığı Zarar Dolayısıyla Sorumluluğu

TSHK'da taşıyıcının bagaj ve yüke ilişkin sorumluluğu aynı şekilde düzenlenmiştir. Eşyanın kaybı veya zarara uğraması halinde, zarara sebebiyet veren olay, havayolu ile taşıma sırasında meydana gelmiş ise zarardan taşıyıcı sorumludur.¹⁰⁶ Taşıyıcı, kendisinin ve adamlarının zararı önlemek için gerekli olan bütün tedbirleri aldıklarını veya bu tedbirleri alma olanağı bulunmadığını ispatlarsa sorumlu değildir.¹⁰⁷

Montreal Sözleşmesine göre taşıyıcı eşyanın zıya veya hasarından zarara sebebiyet veren olayın hava yoluyla taşıma sırasında meydana gelmesi halinde sorumludur.¹⁰⁸ Zarar eşyanın mahiyetinden veya kusurundan, paketlemenin üçüncü bir şahıs tarafından yapılması halinde eşyanın yanlış paketlenmesinden; savaş veya silahlı çatışmadan veya kamu makamlarının eşyanın ülkeye girişi, çıkışı veya transit ge-

¹⁰⁴ Montreal Sözleşmesi m.5. 4 Numaralı Montreal Protokün'nde bu hüküm halihazırda sadeleştirilmiştir.

¹⁰⁵ Leon, sf.1180.

¹⁰⁶ TSHK m.121.

¹⁰⁷ TSHK m.123.

¹⁰⁸ Montreal Sözleşmesi m.18/1.

çişine ilişkin fillerinden kaynaklanmışsa taşıyıcı bunlardan birinden gerçekleştiği oranda sorumluluktan kurtulur.¹⁰⁹ Taşıyıcının sorumluluğu eşya hâkimiyetinde olduğu sürece devam eder.¹¹⁰ Belirtelim ki Montreal Sözleşmesindeki sınırlı sayıdaki sorumluluktan kurtulma imkânı taşıyıcının sorumluluğunu TSHK'ya göre daha genişletmektedir çünkü taşıyıcı Montreal Sözleşmesi uyarınca sorumluluktan kurtulabilmek için sadece bu hükümde belirtilenleri ve 20'inci madde de yer verilen zarar görenin kusurunu ispat ederek sorumluluktan kurtulur. Bunlar dışında bir kurtuluş imkânı yoktur.

Gecikme için yukarıda bagaj bakımından yaptığımız açıklamalar yük bakımından da geçerlidir.

Sorumluluğun sınırı bakımından ise TSHK m.124 uyarınca TSHK ve Montreal Sözleşmesi arasında fark yoktur. Belirttiğimiz gibi Montreal Sözleşmesi, 4 Numaralı Montreal Protokolü'nü aynen benimsemiştir. Türkiye de 4 Numaralı Montreal Protokolü'ne taraftır. Buna göre her iki durumda da taşıyıcının eşyanın zıyaı, hasarı veya gecikmesi dolayısıyla meydana gelen zararlardan sorumluluğu, yükle ilgili varma yerinde eşyanın teslimindeki özel menfaatini belirtip ek ücret ödemedikçe, 17 ÖÇH ile sınırlıdır.¹¹¹

VII. MONTREAL SÖZLEŞMESİ'NDE SORUMLULUK SINIRLARININ DÜZENLİ OLARAK GÖZDEN GEÇİRİLMESİ

1. Genel Olarak

Uluslararası sözleşmelerdeki değişiklik usulü yavaş olduğu için sözleşmelerde yapılan değişikliklerin kabul edilmesi ve yürürlüğe girmesi uzun zaman almaktadır. Bu sorun zımnî kabul ("tacit acceptance") yöntemiyle değiştirilmeye çalışılmaktadır. Deniz Hukukuna ilişkin pek çok uluslararası sözleşmede bu yönetime ilişkin hükümler yer almaktadır. Bu yöntem Montreal Sözleşmesinde de yer almaktadır.¹¹²

¹⁰⁹ Montreal Sözleşmesi m.18/2.

¹¹⁰ Montreal Sözleşmesi m.18/3.

¹¹¹ Montreal Protocol No:4 m.VII; Montreal Sözleşmesi m.22/3.

¹¹² <http://www.imo.org/About/Conventions/Pages/Home.aspx> (8.2.2016); Hakan Karan, "Revising Liability Limits in International Maritime Conventions: A Tur-

Montreal Sözleşmesinin 24'üncü maddesinde Sözleşme 'de yer alan sorumluluk sınırlarının beş yılda bir gözden geçirileceği, bulunan enflasyon oranı %10'u geçerse enflasyon ayarlaması yapılacağı, Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü'nün taraf devletlere değişiklik konusunda bildirimde bulunacağı ve değişikliğin bildirimden itibaren 6 ay sonra yürürlüğe gireceği, fakat bildirimden itibaren üç ay içinde taraf Devletlerin çoğunluğu değişikliği onaylamadıklarını bildirirse değişikliğin yürürlüğe girmeyeceği belirtilmektedir.

2. Montreal Sözleşmesinin Yükseltilmiş Sorumluluk Sınırları

Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü ilk değerlendirmeyi 2009 yılında yapmıştır. 30 Aralık 2009 tarihinden itibaren olmak üzere güncellenmiş sorumluluk sınırları şöyledir¹¹³:

	Eski sorumluluk sınırları	Yeni sorumluluk sınırları
Yükün ziyai veya hasarı veya gecikmesi (m.22/3)	17 ÖÇH	19 ÖÇH
Bagajın ziyai veya hasarı veya gecikmesi (m.22/2)	1.000 ÖÇH / yolcu	1.131 ÖÇH/ yolcu
Yolcunun gecikmesi (m.22/1)	4.150 ÖÇH	4.694 ÖÇH
Yolcunun ölümü veya yaralanması (m.21/1)	100.000 ÖÇH	113.100 ÖÇH

2014 yılında limitler ikinci kez gözden geçirilmiş enflasyonun oranının ayarlama gerektiren oran altında kaldığı tespit edilerek bir değişiklik yapılmamıştır.¹¹⁴ Belirtmek gerekir ki zımni kabul yöntemi uyarınca sorumluluk sınırlarının yükseltilmesi uluslararası hukuk uyarınca uygun olsa da iç hukuk bakımından sorun yaratabilmektedir.¹¹⁵

kish Perspective" 34 J. Mar. L. & Com. 615; Ü.lkü Halatçı Ulusoy, "Uluslararası Gemi Adamları Sözleşmesi (STCW 1978) ve Değişiklikleri Örneğinde Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukuku'nda Yürürlüğü ve Yargısal Denetimi Sorunu", AÜHFD, 62 (2) 2013: 501-537.

¹¹³ ICAO, değişikliği 4 Kasım 2009 tarihli LE 3/38.1-09/87 sayılı yazı ile taraf devletlere bildirmiştir.

¹¹⁴ Status Quo for Limits of Liability Under Montreal Convention, <http://aviation-lawblog.ahbl.ca/2015/02/23/status-quo-for-limits-of-liability-under-montreal-convention/> (8.2.2016).

¹¹⁵ Karan, sf.620 vd.; Halatçı-Ulusoy, sf. 517-518.

3. Yükseltilmiş Sorumluluk Sınırlarının Türk Hukuku'nda Geçerliliği Sorunu

Anayasa'nın 90'uncu maddesi ve 244 sayılı Milletlerarası Anlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Anlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun'un 2'inci maddesi uyarınca milletlerarası anlaşmaların onaylanması Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından uygun bulma kanunu ve Bakanlar Kurulu Kararıyla olur. Bu hükümler uyarınca her bir uluslararası sözleşme ve uluslararası sözleşmelere yapılan her bir değişiklik için ayrı bir işlem gerekir. Yine Anayasa'nın 90'uncu maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü anlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır. Bu halde uluslararası sözleşmelerde yapılan her bir değişiklik uygun bulma kanunu olmaksızın yürürlüğe giremez.¹¹⁶

Bazı uluslararası sözleşmelerde özellikle teknik ekler çok sık değişmektedir. Uluslararası mevzuatın, uygun bulma kanunu çıkartılarak ulusal mevzuatımıza alınması süreci dikkate alındığında ulusal mevzuatımızın sık revize edilen Sözleşme ve Protokollerle uyumlu hale getirilerek güncel tutulması konusunda zaman bakımından önemli zorluklar ve yığılmalar yaşanmaktadır. Bu çerçevede, bazı anlaşma ve protokollerin teknik düzenlemeler içeren eklerine ilişkin değişikliklerin Bakanlar Kurulunca onaylanarak yürürlüğe girmesini teminen, uygun bulma yasa tasarısına buna ilişkin bir ifadenin eklenerek taraf olunması uygun mütalaa edilmektedir.¹¹⁷ Burada dikkat edilmesi gereken teknik de olsa değişikliklerin kamu düzenine aykırı olup olmadığı ve Türk kanunlarında değişiklik yapıp yapmadıklarıdır.¹¹⁸

Nitekim Deniz Hukuku alanında petrol kirliliğinden doğan hukuki sorumluluğa ilişkin Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde sorumluluk sınırlarının benzer şekilde yükseltilmesine ilişkin 1969 *Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu İle İlgili Uluslararası Sözleşmeyi Değiştiren 1992 Protokolünün Sınırlandırma Miktarlarının*

¹¹⁶ Halatçı-Ulusoy, sf. 517.

¹¹⁷ Örneğin bkz. 1974 Denizde Can Emniyeti Uluslararası Sözleşmesine İlişkin 1988 Protokolüne Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı ve Dışişleri Komisyonu Raporu (1/544), sf.5.

¹¹⁸ Halatçı-Ulusoy, sf.519.

Değişikliklerine Dair Karar ile 1971 Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması İle İlgili Uluslararası Sözleşmeyi Değiştiren 1992 Protokolünün Tazminat Limitleri Değişikliklerine Dair Karara katılmak için birer uygun bulma kanunu hazırlanmış ve uygun bulma kanunlarında bu sözleşmelerin teknik hükümler içeren eklerine ilişkin değişiklikleri onaylamaya Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır.¹¹⁹

Montreal Sözleşmesindeki sorumluluk sınırlarının arttırılmasına ilişkin hükmün kamu düzenine aykırı olduğu veya Türk Kanunlarını değiştirdiği söylenemez. Bu sebeple uygun bulma kanununda Bakanlar Kurulu'na bu konuda yetki verilebilirdi. Hali hazırdaki durumda Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Montreal Sözleşmesindeki sınırların yükseltilmesine ilişkin değişikliğe iç hukukumuzda yürürlük kazandırabilmek için uygun bulma kanunu gerekmektedir.

VIII. BAZI ÜLKELERİN YURT İÇİNDE YAPILAN TAŞIMALARA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELERİ

1. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri'nde Montreal Sözleşmesi sadece uluslararası taşımalara uygulanır.¹²⁰ Amerika Birleşik Devletleri içinde havayoluyla yapılan taşımalara ilişkin özel hükümler yoktur.¹²¹ Prensip olarak Eyalet Hukuku kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde uygulanacaktır.¹²² Bunun dışında havacılık güvenliği gibi konularda uygulanacak temel Federal düzenlemeler vardır ve bunlar eyalet hukukundan önce gelir.¹²³ Aynı şekilde ülke içinde havayoluyla yapılan eşya taşımaları için de özel düzenlemeler yoktur. Federal Yasaların 49'uncu başlığının 41707'inci paragrafı uyarınca Ulaştırma Bakanlığı'nın ("Secretary of Transport") koyduğu kurallar kapsamında havayolu taşıyıcılarının taşıma şartlarını serbestçe düzenleyebileceği belirtilmektedir.

¹¹⁹ 12.07.2012 tarih ve 6345 Sayılı Kanun, RG,12.07.2012, Sayı, 28351.

¹²⁰ Larsen/Sweeney/Gillick, sf. 755 vd.

¹²¹ Cargo Liability Study, U.S. Department of Transport, 1998, sf.12 <http://ntl.bts.gov/lib/22000/22900/22922/cargolivab.pdf> (8.2. 2016).

¹²² Larsen/Sweeney/Gillick, sf. 429. Amerika Birleşik Devletleri'nde eyaletlerarası uyumsuzluk içeren konularda Devletler Özel Hukukunda olduğu gibi kanunlar ihtilafı kuralları uygulanmaktadır.

¹²³ Larsen/Sweeney/Gillick, sf.429, 438, 441.

¹²⁴ Bu sebeple taşıyıcıların sorumluluğu *kamuya hizmet eden* ("common carrier") havayolu taşıyıcılarının sorumluluk rejimine tabidir.¹²⁵ Buna göre taşıyıcılar, muhafazaları altında taşınmakta olan eşyanın uğradığı zarardan zararın beş istisnadan birine girmemesi halinde, kendi kusurları ve yardımcı şahıslarının kusurları yol açmışsa sorumludurlar. Beş *common law* muafiyeti şunlardır: taşıtanın fiili veya ihmali, mücbir sebep, kamu düşmanları, kamu makamlarının hareketleri veya yükün mahiyeti.¹²⁶ Sorumluluk şartları ve sorumluluk sınırları taşıyıcı tarafından hava yük senedinde belirtilir.¹²⁷ Taşıma şartlarında genellikle sorumluluğun 50 sent/pound ve taşıma ve taşıma başına 50 ABD Doları'ndan az olmamak kaydıyla sınırlı olduğu ve ilave taşıma ücreti ödenmesi halinde bu sınırın yükseltilebileceği yer almaktadır.¹²⁸

2. Almanya

Almanya'da *Luftverkehrsgesetz (LuftVG)* taşıyıcının yolcu ve bagaj için sorumluluğunu 44'üncü ve devamı paragraflarında düzenlemektedir. Kanun 44'üncü paragrafında uygulama alanı yer alır. Varşova Sözleşmesi ve değişikliklerinin, Montreal Sözleşmesinin, AB'nin 889/2002 sayılı Tüzüğü ile değiştirilmiş 2027/97 sayılı kaza halinde havayolu taşıyıcısının sorumluluğuna dair Tüzük ile havayolu taşıyıcıları ve hava aracı işletenlerinin sigorta yaptırma zorunluluğuna ilişkin 784/2004 sayılı Tüzük hükümlerinin uygulanmadığı hallerde bu Kanun'daki hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu itibarla başka hallere¹²⁹ ilaveten yurt içinde yapılan taşımalar bu Kanun hükümlerine tabidir.

Sorumluluğun niteliği ve sınırı 45'inci paragrafta düzenlenmektedir. Taşıyıcı hava aracında veya hava aracına iniş veya biniş işlemleri

¹²⁴ 49 C.F.R § 41707.

¹²⁵ American Airlines v. Wolens, 513 U.S. 219 (1995).

¹²⁶ James R. Loumiet/William G. Jungbauer, Train Accident Reconstruction and FELA and Railroad Litigation, Lawyers & Judges Publishing Company Inc. 2005, sf.52.

¹²⁷ Cargo Liability Study, sf.12;

¹²⁸ Bkz. United Airlines yurt içi eşya taşıma şartları <https://www.unitedcargo.com/ShowFiles?filePath=/homelinkpdfs/Domestic%20Conditions%20of%20Contract%20Info.pdf> (8.2. 2016)), Larsen / Sweeney / Gillick, sf. 756;

¹²⁹ Örneğin Varşova veya Montreal Sözleşmeleri kapsamına girmeyen uluslararası taşımalarda kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca Alman Hukukunun uygulanması.

esnasında meydana gelen bir kaza neticesinde yolcunun ölümü veya bedensel yaralanması halinde ortaya çıkan zararlardan sorumludur. Söz konusu zarara taşıyıcının veya yardımcı şahıslarının hukuka aykırı ve kusurlu bir fiili veya ihmali yol açmamışsa taşıyıcının sorumluluğu 113.000 Özel Çekme Hakkı ile sınırlıdır. Diğer bir ifadeyle bu hükme göre taşıyıcı 113.100 Özel Çekme Hakkına kadar olan zararlar için kusursuz olarak sorumludur. Bu meblağı aşan zararlar için ise kusur sorumluluğu söz konusudur. Görüldüğü üzere Kanun'un bu maddesi Montreal Sözleşmesinin 17'inci maddesinden alınmıştır ve sorumluluk sınırı da Montreal Sözleşmesinin gözden geçirilerek güncellenmiş sorumluluk sınırlarına uyarlanmıştır. Bundan başka 46'ncı paragrafta yolcunun gecikmesinden doğan zararlar ile 47'inci paragrafta bagajın uğradığı zararlardan doğan sorumluluk da Montreal Sözleşmesindeki sorumluluk hükümleriyle aynıdır.

Havayoluyla yurt içi taşımalara Alman Ticaret Kanunu ("Handelsgesetzbuch") Paragraf 407 uyarınca Kanun'un 4. Bölümünde - 407 ve devamı paragraflarda- yer alan hükümler uygulanmaktadır. 25.6.1998 tarihli Alman Taşıma Hukuku Reformu Kanunu mevcut pek çok hukuki düzenlemeyi yürürlükten kaldırmış ve taşıma hukukunu tek bir çatı altında toplamıştır. Bu hükümler kara, iç su ve hava yoluyla yapılan taşımalara uygulanmaktadır. Bu hükümlerden taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin olanlar, kaynağını Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı için Mukavele Sözleşmesinden ("Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road - CMR)" almaktadır. Paragraf 425'e göre taşıyıcı eşyanın taşımak üzere teslim edildiği andan teslim edilmesine kadar geçen zaman içerisinde eşyanın zıyı, hasarı veya gecikmesinden doğan zararlardan şunları ispat etmedikçe sorumludur¹³⁰:

- Taşımanın üstü açık bir araçla yapılması
- Gönderen tarafından yapılan yetersiz ambalaj
- Eşyanın gönderen veya gönderilen işleme tabi tutulması, yüklenmesi, işleme tabi tutulması ve boşaltılması

¹³⁰ Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı için Mukavele Sözleşmesi m.17; ayrıca bkz. TTK m.875 ve 878.

- Eşyanın, özellikle kırılma, paslanma bozulma, fire gibi doğan niteliği gibi kolayca zarar görmesine yol açabilecek doğan niteliği
- Eşyanın gönderen tarafından yetersiz etiketlenmesi
- Canlı hayvan taşınması

Hava aracı kapalı olduğu için ilk ihtimalin hava taşımalarında uygulanmasına imkân yoktur. Paragrafın 4'üncü fıkrasında taşıyıcının eşyayı sığağa, soğuga, ısı değişikliklerine, neme, sarsıntılara veya benzer etkilere karşı özel olarak koruma yükümlülüğünde ise yukarıda dördüncü sırada belirtilen eşyanın doğan niteliğinden kaynaklanan hallere ancak özellikle donanım seçimi, bakımı ve kullanımına ilişkin kendisine düşen tüm önlemleri almış ve özel talimatlara uygun davranmış olması halinde; aynı şekilde 5'inci fıkrasında da yukarıda belirtilen son hale ancak kendisine düşen tüm önlemleri almış ve talimatlara uygun davranmış olması halinde dayanabileceği belirtilmektedir. Paragraf 431'e göre sorumluluk kg başına 8,33 ÖÇH ile sınırlıdır.¹³¹ Bu sorumluluk sınırının Montreal Sözleşmesindeki 17 -ve yükseltilmiş 19- ÖÇH'ından çok daha yüksek olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

3. İngiltere

İngiltere'de *Carriage by Air Acts (Application of Provisions) Order 2004*¹³² ("Havayoluyla Taşıma Kanunları") uluslararası olmayan taşımalar başlıklı 4'üncü madde Kanun'un 1'inci Listesinde ("Schedule") yer alan hükümlerin 2'inci ve 3'üncü Listelerinde tanımlanan uluslararası olmayan taşımalara uygulanacağını ifade etmektedir. Sözü edilen Kanun'un 1'inci Listesi Montreal Sözleşmesinin uluslararası olmayan taşımalara uygulanacağını belirtmekte ve buna göre ifadeleri düzenlemektedir.¹³³ Bu itibarla İngiltere'de yurt içinde yapılan taşımalara da Montreal Sözleşmesi hükümleri uygulanmaktadır.

¹³¹ Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı için Mukavele Sözleşmesi, m.25, ayrıca bkz. TTK m.880.

¹³² No:1889/2004; <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2004/1899/contents/made> (8.2.2016); Malcom Clarke, Malcolm / David Yates, *Contracts of Carriage by Land and Air, LLP, London, 2004, sf.312.*

¹³³ *Carriage by Air Acts (Application of Provisions) Order 2004 Schedule 1; Malcom Clarke, Malcolm, Contracts of Carriage by Air LLP, London , 2002, sf.4*

XI. SONUÇ

İncelediğimiz üzere ülkemizde havayoluyla yapılan yurt içi ve uluslararası taşımalara farklı hükümler uygulanmaktadır. Hatta uluslararası taşımalarda dahi taşıma sözleşmesinin tek yön veya gidiş dönüş olmasına ve gidilen ülkeye göre farklı hükümler uygulanabilmektedir. Yurt içi taşımalara TSHK'nın Varşova Sözleşmesi ve onu değiştiren Lahey Protokolünden alınan hükümleri uygulanırken, uluslararası taşımalara taşıma sözleşmesinin tek yön veya gidiş-dönüş olmasına, gidilen ülkeye ve bu ülkenin Varşova Sözleşmesi veya onu tadil eden protokollerinden biriyle değişik hali veya Montreal Sözleşmesi'ne taraf olup olmamasına bağlı olarak tespit edilecek Sözleşme uygulanacaktır. . Uluslararası taşımalardaki farklılık Varşova Sözleşmesine taraf olan tüm devletler Montreal Sözleşmesine taraf oluncaya kadar devam edecektir. Türkiye'de yaşayanlar bakımından - çoğu Türk vatandaşı olan kişiler- uçak bileti çoğu halde gidiş-dönüş olarak satın alındığından -diğer bir ifadeyle taşıma sözleşmesi gidiş-dönüş olarak yapılmış olduğundan- pek çok halde Montreal Sözleşmesi uygulama alanı bulacaktır; ancak ülkemizin ikili havacılık anlaşmalarını, THY ve diğer Türk havayollarının sefer ağlarının ne kadar genişletmiş olduklarını ve ülkemize sefer yapan havayollarının çeşitliliği dikkate alındığında Varşova Sözleşmesinin de uygulanacağı hallerin de azımsanmayacak ölçüde olduğu unutulmamalıdır.

TSHK'daki hükümler Varşova/Lahey Sözleşmesinden gelmektedir. Gelişen ve değişen ihtiyaçlar karşısında Montreal Sözleşmesi Varşova/Sistemi'nin yerine geçmek üzere hazırlanmıştır. Montreal Sözleşmesi Varşova/Lahey sistemine dayanmakla birlikte yolcu ve yük ile ilgili bakımından çok daha avantajlı hükümler içermektedir. Her ne kadar TSHK'nın 106'ıncı ve 124'üncü maddelerinde Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden söz etmekte ise de buradan anlaşılması gereken Varşova Sözleşmesi, Lahey Protokolü ve 4 Numaralı Montreal Protokolü'dür. Ayrıca Türkiye'nin taraf olduğu bu sözleşmeler ve protokoller TSHK'da hüküm bulunmayan hallerde uygulama alanı bulur. Oysaki TSHK'da yolcu, bagaj ve yük için sorumluluk hükümleri yer alır. Ayrıca Varşova Sistemi'nde o günden bu güne köklü değişiklikler olmuştur.

Pek çok ülke Montreal Sözleşmesine taraf olunca Kanunlarında gerekli düzenlemeleri yaparak Montreal Sözleşmesi hükümlerini iç hukuklarına da almışlardır. Yük taşıma sözleşmeleri bakımından

farklı bir tercih yapılırsa bile - Almanya'da olduğu gibi- yolcu taşıma sözleşmeleri bakımından TSHK'da hükümlerin Varşova Sözleşmesi ve onu tadil eden Lahey Protokolünden alınmış olması sebebiyle Montreal Sözleşmesinin yürürlüğe girmesiyle ülkemizde yurt içi ve uluslararası havayolu taşımaları arasında ortaya çıkan fark, başta sorumluluğun niteliği ve sorumluluğun sınırı olmak üzere, ancak TSHK'nın ilgili hükümleri ilk fırsatta revize edilmelidir. Bunun için en azından sorumluluğun niteliği ve sınırı Montreal Sözleşmesindeki gibi düzenlenerek sistem yolcu ve yük ile ilgililer lehine geliştirilmeli ve modernleştirilmelidir. TSHK'nın ilgili hükümlerinin modernleşmesi için Varşova Sözleşmesi hükümlerinin TSHK'ya ve örnek verdiğimiz bazı ülkelerdeki gibi Montreal Sözleşmesi hükümlerinin iç hukuka alınmasında olduğu gibi Montreal Sözleşmesi hükümlerinin aynen -veya Almanya'da olduğu gibi aynı hükümlerin farklı bir sistematik içinde iç hukuka alınması daha iyi bir tercih olabilir.

Kaynakça

- Akkurt Sinan Sami, Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri 2011 AÜHFD C.60 S.1.
- Amann Diane Marie (ed.), "International Air Transportation," in Benchbook on International Law § III.D, Am. Soc'y Int'l L., sf. D.II, www.asil.org/benchbook/airtransport.pdf
- Batra J.C.; Modernization of Warsaw System- Montreal 1999, 65 J. Air L. & Com..429
- Birinci Uzun Tuba, Uluslararası Hava Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, (Seçkin: Ankara 2012)
- Bozabalı Bozkurt, B., Havayoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluğu, (Seçkin: Ankara 2013)
- Buff Andrea L., "Reforming the Liability Provisions of the Warsaw Convention: Does the IATA Inter-carrier Agreement Eliminate the Need to Amend the Convention?", 1996 Fordham Int'l L.J. 1768
- Carriage of Goods By Air, Report by the UNCTAD secretariat, UNCTAD/SDTE/TLB/2006/1 27 June 2006
- Clark M.A., Contracts of Carriage by Air (Carriage by Air), (LLP: Londra 2002)
- Clark M./Yates D., Contracts of Carriage by Land and Air, (LLP: Londra 2004)
- CMI Yearbook 2014, Comite Maritime International (http://www.comitemaritime.org/Uploads/Yearbooks/CMI_Yearbook_2014.pdf)
- Çöğen Selçuk, "Varşova ve Montreal Konvansiyonları Çerçevesinde Havayolu Taşıyıcılarının Sınırlı Sorumluluğu", Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Hava Taşıma Hukuku Sempozyumu, Çeliktaş İlyas, (ed.) (İstanbul, Beta 2012)
- Diederiks-Verschuur I.H.Ph. An Introduction to Air Law, 8. Bası (Kluwer: Alphen aan den Rijn, 2006)
- Berlingieri Francesco, "An Analysis of Two Recent Commentaries of the Rotterdam

- Rules", *Il Diritto Maritimo*, Y.2012-I, sf.9-10,68;
- Güner-Özbek, M.D.:Türkiye'de Hava Taşıma Hukuku, Avrupa ve Türkiye'de Hava Hukuku Konusunda Güncel Gelişmeler (Legal: İstanbul 2010) (51-85)
- Halatçı Ulusoy Ü., "Uluslararası Gemi Adamları Sözleşmesi (STCW 1978) ve Değişiklikleri Örneğinde Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukuku'nda Yürürlüğü ve Yargısal Denetimi Sorunu" *AÜHFD* 62 (2) 2013: 501-537.
- Haanappel P.C. Peter, *The Law and Policy of Air Space and Outer Space, A Comparative Approach*, (Kluwer: Amsterdam, 2003)
- Karan Hakan, "Revising Liability Limits in International Maritime Conventions: A Turkish Perspective" *34 J. Mar. L. & Com.* 615
- Larsen P.B./Sweeney, J.C./Gillick, J.E.: *Aviation Law, Cases, Laws and Related Sources*, Ardsley (Transnational Publishers: New York, 2012).
- Lee J.W/Wheeler, J.C. "Air Carrier Liability For Delay: A Plea to Return to International Uniformity J." *77 J. Air L. & Com.* 43
- Leon Pablo Mendes, "The Montreal Convention: Analysis of Some Aspects of the Attempted Modernization and Consolidation of The Warsaw System" *66 J. Air L. & Com.* 1155
- Loumiet R. James/Jungbauer G. William, *Train Accident Reconstruction and FELA and Railroad Litigation*,(Lawyers & Judges Publishing Company Inc., 2005)
- Mankiewicz René H, "Warsaw Convention: The 1971 Protocol of Guatemala City", (1972) *Am. J. Comp. L.* sf. 335
- Matte Nicolas Mateesco, *International Air Transport, Law of Transport, International Encyclopedia of International Law*, C. XII B. 6
- Raffael Ilescas Ortiz, "What Changes in International Transport Law after the Rotterdam Rules", *Unif. Law Rev.* Y. 2009, sf. 899.
- Shawcross & Beaumont, *Air Law*, 4th ed., London, 2000
- Sözer Bülent, "Havayolu İle Yapılan Uluslararası Taşımalarda Taşıyanın Sorumluluğunu Düzenleyen Varşova/La Haye Sisteminin Tadiline İlişkin 1999 Montreal Sözleşmesi", (Montreal Sözleşmesi), *BATİDER*, 2001
- Sözer Bülent, *Türk Hukukunda ve Uluslar arası Hukukta Hava Yolu ile Yük Taşıma Sözleşmesi (Yük Taşıma Sözleşmesi)*, Genişletilmiş 2. Bası (Vedat Kitapçılık: İstanbul, 2009)
- Şahin Turan, "Elektronik Sözleşmelerin Kurulmasına İlişkin İrade Beyanları ve Bu Beyanların Geri Alınması", *TBB Dergisi* Y.2011, S.95
- Tompkin, G.N. *Liability Rules Applicable to International Air Transportation as Developed by the Courts in the United States* (Kluwer:Alphen aan den Rijn, 2010)
- Turan Gamze, "Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk", *TBB Dergisi* Y.2008 S.77, sf.93
- Türk Sivil Havacılık Kanunu Tasarısının Danışma Meclisince Kabul Olunan Metni ve Millî Güvenlik Konseyi İhtisas Komisyonu Raporu, (D. Meclisi: 1/586; M. G. Konseyi : 1/580)
- Ülgen Hüseyin, *Hava Taşıma Sözleşmesi (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü:Ankara, 1987)*

HİZMET AKDIYLE ÇALIŞANLARIN PRİME ESAS KAZANÇLARININ TESPİTİ

DETERMINATION OF INCOME DEPENDENT ON SOCIAL SECURITY CONTRIBUTIONS OF EMPLOYEES WORKING WITH SERVICE CONTRACT

Recep LEVENT*

Özet: Sosyal güvenlik sisteminde üç statüsünden biri olan hizmet akdiyle çalışmada, çalışanların SGK'ya bildirilmesinin yanı sıra her ay, gün ve kazançlarının da işverenlerince bildirimini yapılması gerekmektedir.

Hizmet akdiyle çalışanlara ödenen ücretler, aynen SGK'ya bildirilmekte, ücrete ait bazı unsurlar hiç veya kısmi olarak sigorta primine esas kazanç dışında tutulmaktadır.

Ücrete ait hangi unsurların; dikkate alınması, alınmaması veya kısmi olarak dikkate alınması açıkça kanuni düzenlemeyle belirlenmiş olup, bu konuda diğer düzenlemelerle değişiklik yapılamamaktadır.

Diğer yandan, bu şekilde belirlenen ücretlerin bildirimini, aynı zamanda asgari ücretin altından az veya asgari ücretin 6,5 katından fazla olmamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hizmet Akdi, Ücret ve Sigorta Primine Esas Kazanç

Abstract: Being one of the three statuses in social security system, in service contract employees and their number of working days and earnings must be notified to Social Security Institution of Turkey (SGK) monthly.

Wages paid to employees working with a service contract are not identically notified to Social Security Institution of Turkey (SGK), on the contrary some components of the wages are excluded partially or completely from the income dependent on social security contributions.

It is explicitly determined by law that which components of wages will be the subject to the income dependent on social security contributions and it could not be altered by other regulations than law.

On the other hand, the wages determined in this way should not be more than six and a half times (6,5) of the minimum wage or less than the minimum wage.

Keywords: Work Contract, Wage and Fuse Premium Main to Gain

1- GİRİŞ

Bilindiği üzere, sosyal güvenlik sistemimizde, hizmet akdiyle, kendi nam ve hesabına bağımsız çalışma ve Devlet memuru kapsamında olmak üzere üç ayrı çalışma statüsü bulunmaktadır.

Her bir statü için sigortalılar açısından sosyal güvenliğin sağlanmasında, çalışmaya başlamanın ve çalışması bildirilen sigortalıların her ay çalışma gün sayılarıyla kazançlarının SGK'ya bildirilmesi gerekmektedir.

Bildirilen çalışma gün sayısı ve kazançlar, sigortalı bazında oluşturulan "hizmet hesabı"nda toplanmakta ve bu hizmet hesabında yer alan bilgiler, diğer sigorta kollarından sağlanan yardımlar için kullanılmakla (müstehaklık açısından) birlikte, sigortalıların hem emekli şartlarının belirlenmesinde hem de emekli aylıklarının hesaplanmasında kullanılmaktadır.

Dolayısıyla, hizmet akdiyle çalışanlar için sigortalılık ile her ay gün-kazanç bildirim yükümlülüğü, sigortalıları çalıştıran işverenlere ait olup, basit anlamda sigortalılara ödenen ücretlerin, işverenlerce SGK'ya bildirilmesi, yani sigortalılarca çalışma karşılığında alınan ücretlerin sosyal güvenlik açısından değerlendirilmesi gerekmektedir.

İşverenlerce, sigortalılara ait ücretlerin SGK'ya bildiriminde, alınan ücret içinde yer alan tüm unsurlar ve doğrudan ücret sayılmayıp da belli adlar altında yapılan diğer ödemelerin tamamı, SGK'ya bildirilememekte, dolayısıyla, ancak sosyal güvenlik mevzuatıyla belirlenmiş olan ücret kalemler ve diğer ödemeler SGK'ca "sigorta primine esas kazanç" olarak kabul edilmektedir. Bu konuda, Kanunen yapılan düzenlemeler dışında, diğer düzenlemelerle, kapsamında daraltılması veya genişletilmesi mümkün olmamakla birlikte tartışmalı bazı konularda yargı kararlarının da öne çıktığı görülmektedir.

Söz konusu sınırlamanın dışında, ayrıca, SGK'ya bildirilen kazançlar, yürürlükteki asgari ücretle asgari ücretin 6,5 katı arasında olması gerekmekte olup, bu sınırların altında veya üstündeki miktarlar sosyal güvenlik açısından değerlendirilmeye alınmamaktadır.

2- KONUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yazımızın "Giriş" bölümünde de belirtildiği üzere, hizmet akdiyle çalışanlar için kazanç bildirim işverenlerince yapılmakta olup, kazançlar bildirilirken tüm ücret kalemleriyle ücret dışında yapılan ödemelerin tamamı değil, Kanunen belirlenmiş olan ücret ve ödeme

unsurlarından, asgari ücretle asgari ücretin 6,5 katı arasındaki tutarlar “sigorta primine esas kazanç” olarak dikkate alınmaktadır.

Konuyla ilgili açıklamalar, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunuyla¹ Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği² hükümleri ve bazı yargı kararları³ esas alınarak aşağıda yer alan başlıklar halinde yapılacaktır.

2.1- Sigorta primine esas kazançta esas ücretin genel esasları

Ücret esasen, sosyal güvenlik ve iş mevzuatına göre farklı tanımlanmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu’nda⁴ ücret; “Bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar”,

Sosyal güvenlik mevzuatına göre ise, ücret; “Sigortalılara saatlik, günlük, haftalık, aylık veya yıllık olarak para ile ödenen ve süreklilik niteliği taşıyan brüt tutar”

olarak tanımlanmıştır.

Tanımlamaların farklı olması, sosyal güvenlik açısından “sigorta primine esas kazanç” ile iş mevzuatı açısından “ücret”in farklı olduğunu ve değerlendirildiğini açıkça ortaya koymaktadır.

Dolayısıyla, söz konusu değişik tanımlamalardan yola çıkarak, sosyal güvenlik açısından ücretlerin sigorta primine esas kazançta dâhil edilebilmesi için “hak edilmesi” şartıyla, ücretlerin ödenip ödenmediğine veya ne zaman ödendiğine bakılmaksızın, hak edildiği veya ödendiği ayın kazancına dâhil edilerek prime tabi tutulması yeterli olmaktadır.

2.2- Sigorta primine esas kazançta dikkate alınan unsurlar

Bir kez daha tekrarlanacak olursa; SGK’ya bildirim açısından ücreti oluşturan her kalem sigorta priminde dikkate alınmamakta ve dik-

¹ Bkz. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, R.G... 16/6/2006, 26200

² Bkz. Sosyal Sigortalar İşlemleri Yönetmeliği R.G... 12/5/2010, 27579

³ Bkz. Yargıtay 10. HD E 2012/16147 K. 2012/14024 T. 18/7/2012 ve de de Yargıtay 9. HD 2011/48313 E. 2011/43574 K. İçtihat

⁴ Bkz. 4857 sayılı İş Kanunu R.G... 10/6/2003, 25134

kate alınmada da, hak edilen ayda dikkate alınıp alınmayacağı önem kazanmaktadır.

Örneğin, asıl ücret “hak edilen ay’ın kazancına, ücret sayılmayan nitelikteki kazançlar (örneğin; prim, ikramiye) öncelikle **ödendiği ayın kazancına** dâhil edilmekle birlikte, toplu iş sözleşmesi, kamu idareleri veya yargı kararlarına istinaden sonradan ödenen **ücret sayılmayan nitelikteki** kazançlar da “**ödendiği ay**”ın kazancına dâhil edilmektedir.

Buna göre, hizmet akdiyle (4/a-eski SSK) çalışanlar için sigorta primine esas kazançta dikkate alınan unsurlar ile hangi döneme dâhil edileceği aşağıdaki (1) no.lu tabloda gösterilmiştir.

TABLO 1: Sigorta Primine Esas Kazanca Dahil Edilen Unsurlar

ÖDEMENİN NİTELİĞİ	PRİME TABİ OLUP OLMADIĞI	DİKKATE ALINAN AY
ASIL ÜCRET	Tabi	Hak Edilen Ay
ŞEKİL VE ZAMANINA GÖRE ÜCRET		
-Zaman Birimine Göre Ücret	Tabi	Hak Edilen Ay
Hafta tatili ücreti	Tabi	Hak Edilen Ay
Ulusal bayram-genel tatil ücreti	Tabi	Hak Edilen Ay
Fazla çalışma/fazla mesai ücreti	Tabi	Hak Edilen Ay
Yıllık izin ücreti	Tabi	Hak Edilen Ay
Cumartesi günü ücreti	Tabi	Hak Edilen Ay
-İş Birimi Esasına Göre Ücret	Tabi	Hak Edilen Ay
Yüzde usulüyle alınan ücret	Tabi	Hak edilen ay
Profesyonel futbolcuya ödenen ücret	Tabi	Hak Edilen Ay
Transfer ücreti	Tabi	Hak Edilen Ay
Transfer verimi ücreti	Tabi	Hak Edilen Ay
-Götürü Ücret	Tabi	Hak Edilen Ay
-Belirsiz Zaman ve Miktar Üzerinden Ödenen Ücret	Tabi	Hak Edilen Ay
Hazırlama ücreti	Tabi	Hak Edilen Ay
Tamamlama ücreti	Tabi	Hak Edilen Ay
Temizleme ücreti	Tabi	Hak Edilen Ay
Kardan hisse şeklinde ücret	Tabi	Hak Edilen Ay
Komisyon ücreti	Tabi	Hak Edilen Ay
ÜCRET EKLENTİLERİ		
-Primler ve Bu Nitelikteki Ödemeler	Tabi	Ödendiği Ay
Yıpranma tazminatı	Tabi	Ödendiği Ay
Özel hizmet tazminatı	Tabi	Ödendiği Ay
Yabancı dil tazminatı	Tabi	Ödendiği Ay

ÖDEMENİN NİTELİĞİ	PRİME TABİ OLUP OLMADIĞI	DİKKATE ALINAN AY
Vardiya ve ağır vasıta tazminatı	Tabi	Ödendiği Ay
İmza zorluğu tazminatı	Tabi	Ödendiği Ay
Nakit ödenen tabi afet yardımı	Tabi	Ödendiği Ay
Nakit ödenen kira yardımı	Tabi	Ödendiği Ay
Nakit ödenen giyecek yardımı	Tabi	Ödendiği Ay
Nakit ödenen yakacak yardımı	Tabi	Ödendiği Ay
Askerlik yardımı	Tabi	Ödendiği Ay
Sünnet yardımı	Tabi	Ödendiği Ay
Nakit ödenen taşıt yardımı	Tabi	Ödendiği Ay
Nakit ödenen ısıtma yardımı	Tabi	Ödendiği Ay
Nakit ödenen elbise dikiş bedeli	Tabi	Ödendiği Ay
Nakit ödenen ayakkabı dikiş bedeli	Tabi	Ödendiği Ay
Ek tazminat	Tabi	Ödendiği Ay
Yılbaşı parası (yılbaşı hediye çekleri hariç)	Tabi	Ödendiği Ay
Kreş ücreti	Tabi	Ödendiği Ay
Makam tazminatı	Tabi	Ödendiği Ay
İş riski zammı	Tabi	Ödendiği Ay
Bayram harçlığı	Tabi	Ödendiği Ay
-İkramiye ve Bu Nitelikteki Ödemeler	Tabi	Ödendiği Ay
Bayram ikramiyesi	Tabi	Ödendiği Ay
Yılbaşı ikramiyesi	Tabi	Ödendiği Ay
6772 sayılı Kanuna ⁵ göre ödenen ikramiye	Tabi	Ödendiği Ay
6772 sayılı Kanuna göre Bakanlar Kurulu Kararıyla ile ödenen ikramiye	Tabi	Ödendiği Ay
2448 sayılı Kanuna ⁶ göre ödenen ikramiye	Tabi	Ödendiği Ay
Jübile ikramiyesi	Tabi	Ödendiği Ay
-Hakkı Huzurlar (Toplantı Parası)	Tabi	Ödendiği Ay
-Eleman Temininde Güçlük Zammı ve Kıdem Zammı	Tabi	Ödendiği Ay
İDARE VEYA YARGI MERCİLERİ KARARLARINA İSTİNADEN YAPILAN ÖDEMELER		
Ücret niteliğinde olanlar	Tabi	Hak Edilen Ay
Ücret niteliği dışında olanlar	Tabi	Ödendiği Ay
SİGORTALILARA İSTİRAHATLI İKEN ÖDENEN ÜCRETLER	Tabi	Hak Edilen Ay
İZİN HARÇLIĞI	Tabi	Ödendiği Ay

⁵ Bkz. 6772 sayılı Devlet ve Ona Bağlı Müesseselerde Çalışan İşçilere İlave Tediye Yapılması Hakkında Kanun R.G... 11/7/1956, 9355

⁶ Bkz. 2448 sayılı Devlet ve Ona Bağlı Müesseselerde Çalışan İşçilere İlave Tediye Yapılması Hakkında Kanun R.G...17/4/1981, 12386

2.3- Sigorta primine esas kazançta dikkate alınmayan unsurlar

SGK'ya bildirim açısından ücreti oluşturan her kalem sigorta priminde dikkate alınmamakta olup, buna göre sigorta priminin tespitinde dikkate alınmayan unsurlar aşağıdaki (2) no.lu tabloda belirtilmiştir.

TABLO 2: Sigorta Primine Esas Kazanca Dâhil Edilmeyen Unsurlar

ÖDEMENİN NİTELİĞİ	PRİME TABİ OLUP OLMADIĞI	ESAS ALINACAĞI AY
Ölüm yardımları	-	-
Doğum yardımları	-	-
Evlenme yardımı	-	-
Görev yollukları	-	-
Kıdem tazminatı veya kıdem tazminatı mahiyetinde toplu ödeme	-	-
İhbar tazminatı	-	-
Kasa tazminatı	-	-
Seyyar görev tazminatı	-	-
İş sonu tazminatı	-	-
Keşif ücreti	-	-
Ayni yardımlar	-	-

Dolayısıyla, ayni yardımlar, esasen; mal, eşya şeklinde (gıda torbası, ramazan kolisi, elbise, ayakkabı, kömür vb.) yapılan ödemeleri ifade etmekte olduğundan, mal ve eşya şeklinde yapılan yardımlar, tutarları üzerinde durulmaksızın, sigorta primine esas kazançta dâhil edilmemektedir.

Ancak, ayni yardımların nakden ödenmesi halinde (yağ parası, un parası, ayakkabı parası, elbise parası vb.) prime tabi tutulması gerekmektedir.

2.4- Sigorta primine esas kazançta kısmi olarak dikkate alınan unsurlar

Bazı ücret kalemleri açısından, SGK'ya bildirim açısından ücreti oluşturan her kalem tam olarak sigorta priminde dikkate alınmamakta olup, sigorta priminin tespitinde kısmi olarak dikkate alınan/alınmayan unsurlar aşağıdaki (3) no.lu tabloda belirtilmiştir.

TABLO 3: Sigorta Primine Esas Kazanca Kısmi Dâhil Edilen Unsurlar

ÖDEMENİN NİTELİĞİ	PRİMDEN İSTİSNA TUTAR	AÇIKLAMA
Yemek parası	Günlük Asgari Ücret x %6 x İşçinin Fiilen Çalıştığı Gün	İstisnayı aşan kısım prime tabi

Çocuk zammı (yardımı)	Aylık Asgari Ücret x %2	İstisnayı aşan kısım prime tabi
Aile zammı (yardımı)	Aylık Asgari Ücret x %10	İstisnayı aşan kısım prime tabi
Özel Sağlık Sigortası ve BES'e yapılan ödemeler	Aylık Asgari Ücret x %30	İstisnayı aşan kısım prime tabi

2.5- Sigorta primine esas kazançların tespitinde genel sınır

5510 sayılı Kanun'da belirtilen istisnalar dışında her ne adla yapılırsa yapılsın tüm ödemeler ile aynı yardım yerine geçmek üzere yapılan nakdi ödemeler prime esas kazançta tabi tutulmakta olup, Kanunda belirtilmeyen bir unsur için farklı bir uygulama söz konusu olmaması gerekmektedir.

Zira, Kanun tarafından açıkça sigorta primine esas kazancın sınırları çizilmiştir. Bunun dışında, başka düzenlemelerle genişletme veya daraltma imkânı bulunmamaktadır.

2.6- Ücretlerin sigorta prime esas kazançta dâhil edilmesinde/edilmemesinde diğer kanunlarda yer alan düzenlemeler

Diğer kanunlardaki prime tabi tutulmaması gerektiğine dair muafiyet ve istisnalar sosyal güvenlik mevzuatı açısından dikkate alınmamaktadır.

Örneğin;

-2914 sayılı YÖK Personel Kanunu'nun⁵ Ek 1'inci maddesinde belirtilen eğitim-öğretim ödeneğinin hiçbir kesintiye tabi olmaması,

-4857 sayılı İş Kanunu'nun 61 inci maddesi gereğince yıllık ücretli izin döneminde ödenecek **ücretlerden prim** kesilmemesi yönündeki düzenleme gibi.

Dolayısıyla, diğer kanunlarda yer alan istisnai ücret kalem ve unsurları sosyal güvenlik mevzuatı açısından değerlendirilmemektedir.

2.7-Geçici iş göremezlik ödeme sürelerinin sigorta primine esas kazanç hesabında dikkate alınması

Bilindiği üzere, hizmet akdiyle çalışan sigortalılara iş kazası-meslek hastalığı, hastalık ve analık hallerinde, hekim raporuyla çalışılmayan günler için geçici iş göremezlik ödeneği verilmektedir.

⁵ Bkz. 2914 sayılı YÖK Personel Kanunu R.G...13/10/1983, 18190

Toplu iş sözleşmelerinde aksine hüküm bulunmayan hallerde, geçici iş göremezlik ödeneği SGK tarafından ödenmiş olması durumunda, sigortalıya işveren tarafından ayrıca ücret ödenmemektedir.

Her iki durum dikkate alınarak, sigortalıların istirahatli oldukları süre içinde,

- Geçici iş göremezlik ödeneği dikkate alınmadan ödenen tam ücret,
- Geçici iş göremezlik ödeneğinin işverene iadesi ile alınan tam ücret,
- Geçici iş göremezlik ödeneği ile ödenek alınan süredeki kazancı arasındaki **ücret farkı**,
- Geçici iş göremezlik ödeneği alınan sürede atıfet kabilinden yapılan ödemeler, **çalışılan sürelerde ödenen ücretler olarak prime tabi tutulması gerekir.**

Diğer yandan, geçici iş göremezlik ödeneği ile asıl ücret arasındaki fark tutar, günlük sigorta prime esas kazancın alt sınırının altında kalması halinde günlük alt sınıra yükseltilmektedir.

2.8- Ücrete hak kazanılmayan durumlarda ücret dışında yapılan ödemelerin sigorta primine esas kazançta dikkate alınması

Sigortalılara, çeşitli nedenlerle (ücretsiz izin, istirahat gibi) ay içinde çalışmasının bulunmadığı ve ücret ödenmediği aylarda prime esas kazançta dâhil olacak nitelikte ücret dışında bir ödeme yapılması halinde, ücret dışındaki bu ödemeler, ödemenin yapıldığı ayda sigortalının prim ödeme gün sayısının bulunmaması nedeniyle ödemenin yapıldığı tarihi takip eden iki ayı geçmemek üzere ilgili ayların sigorta primi kazancına dâhil edilmektedir.

Ancak, ödemenin yapıldığı tarihi takip eden iki ayda da ücret ödemesine hak kazanılmadığı durumlarda, ücret dışındaki bu ödemeler sigorta primine esas kazançta dâhil edilmemektedir.

2.9- Hizmet akdinin mevcut olmadığı veya askıda bulunduğu sürede sigorta primine esas kazancın tespiti

Toplu iş sözleşmelerine tâbi işyerleri işverenlerince, kamu idarelerince, veya yargı mercilerince verilen kararlara istinaden sonradan

ödenen ücret dışındaki ödemelerin (prim ve ikramiye gibi..) hizmet akdinin mevcut olmadığı veya askıda olduğu bir tarihte ödenmesi durumunda, ücret dışındaki bu ödemeler sigorta primine esas kazancın alt ve üst sınırları da dikkate alınarak hizmet akdinin devam ettiği en son ayın kazancına dahil edilmektedir.

Ancak, üst sınırın aşılması halinde, üst sınırı aşan ücret dışındaki bu ödemeler prime tabi tutulmamaktadır.

2.10- Hak kazanılmış yıllık izin ücretlerinin iş akdinin feshedilmesinden sonra ödenmesi durumunda sigorta primine esas kazancın tespiti

Sigortalıların hak kazanıp da kullanmadıkları yıllık izin sürelerine ait ücretlerin hizmet akdinin feshinden sonra ödenmesi halinde, İş Kanunu'nun 59 uncu maddesine göre akdin feshedildiği tarihte hak kazanıldığı dikkate alınarak, bu nitelikteki yıllık izin sürelerine ilişkin ücretler akdin feshedildiği ayın **kazancına** dâhil edilmektedir.

Örneğin; 2011 yılında hak kazanmış olduğu yıllık iznini kullanmayan (A) sigortalısının 2012/Ocak ayında işten ayrıldığı varsayıldığında, söz konusu sigortalının izin ücretinin hangi tarih itibarıyla ödeneceği üzerinde durulmaksızın hak kazanmış olduğu yıllık izin ücreti 2012/Ocak ayına ait sigorta primine esas kazançta dâhil edilecektir.

2.11- Ücret ve ücret dışındaki ödemelerin sigorta primine esas kazancın üst sınırını aşması halinde sigorta primine esas kazancın tespiti

Ücret ile birlikte **ücret dışında ödeme** yapılması halinde, sigorta primine esas kazancın üst sınırı aşılmamak kaydıyla prime tabi tutulacak, her iki kazanç toplamının üst sınırı aşması halinde ise, ücret dışındaki ödemenin üst sınırı aşan kısmı, alt ve üst sınırlar dikkate alınarak en fazla takip eden iki ayın sigorta primine esas kazanç tutarına dâhil edilmektedir.

Örneğin; aylık brüt ücreti 5.000,00 TL olan (A) sigortalısına, 2012/Eylül ayında brüt 4.000,00 TL ikramiye ödendiği varsayıldığında, $1.113,40 \times 3 = 3.340,20$ TL sigorta primine esas kazançta dâhil edilen ikramiye, $4.000,00 - 3.340,20 = 659,80$ TL tutarındaki ikramiye ise sigorta primine esas kazançta dâhil edilmemiş olacaktır.

2.12- Belli bir ücrete tabi olmayanlar için sigorta primine esas kazancın tespiti

Bilindiği gibi, belli zaman ve ücrete tabi olmayan çalışmalar da söz konusu olabilmektedir.

Buna göre, saatlik, günlük, haftalık veya aylık olarak belirli bir ücrete dayanmış olmayıp da komisyon ücreti ve kâra katılma gibi belirsiz zaman ve tutar üzerinden ücret alan sigortalıların prim ve ödeneklerinin hesabında esas tutulacak günlük kazançların alt sınırı asgarî ücretin otuzda biri, üst sınırı ise günlük kazanç alt sınırınının 6,5 katı olarak dikkate alınmaktadır.

3- SONUÇ

Hizmet akdiyle çalışan sigortalıların işverenlerince bildirilen ve sigorta primine esas kazanca esas teşkil eden ücreti oluşturan unsurlardan, hangilerinin sigorta primine esas kazançta dikkate alınacağı, hangilerinin alınmayacağı veya hangilerinin kısmi olarak alınacağı hususları, açıkça kanuni düzenlemeyle belirlenmiştir.

Sigorta prime esas kazancın tespiti kanuni düzenlemeyle yapıldığından, bunun dışında başka düzenlemelerle, bu tespitin dışında genişletme veya daraltma yapmak mümkün değildir.

Diğer yandan, tespit edilecek kazanç yine Kanunen belirlenmiş alt sınırdan az, üst sınırdan da fazla olamamaktadır.

Dolayısıyla, hizmet akdi kapsamında sigortalarca alınan ücretler, aynen SGK'ya bildirilen sigorta primine esas kazanç olarak değerlendirilememektedir.

Kaynakça

Bkz. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, R.G... 16/6/2006, 26200

² Bkz. Sosyal Sigortalar İşlemleri Yönetmeliği R.G... 12/5/2010, 27579

³ Bkz. 4857 sayılı İş Kanunu R.G... 10/6/2003, 25134

⁴ Bkz. 6772 sayılı Devlet ve Ona Bağlı Müesseselerde Çalışan İşçilere İlave Tediye Yapılması Hakkında Kanun R.G... 11/7/1956, 9355

⁵ Bkz. 2448 sayılı Devlet ve Ona Bağlı Müesseselerde Çalışan İşçilere İlave Tediye Yapılması Hakkında Kanun R.G...17/4/1981, 12386

⁶ Bkz. 2914 sayılı YÖK Personel Kanunu R.G...13/10/1983, 18190

“ÖZGÜRLÜKLERİN ŞİDDETİ”NDEN “ŞİDDETİN ÖZGÜRLÜĞÜ”NE: SOSYO-HUKUKSAL GELİŞİMİ İÇİNDE TERÖR KAVRAMINA ULUSÖTESİ ETİK YAKLAŞIM MÜMKÜN MÜ?

FROM VIOLENT FREEDOMS TO FREEDOM OF VIOLENCE: IS IT POSSIBLE TO BRING A TRANSNATIONAL ETHICAL APPROACH TO THE CONCEPT OF TERRORISM?

Erdem İlker MUTLU*

Özet: Sivil itaatsizlik, şiddet ve kamu özgürlükleri üçgeninde terör kavramı bir çok siyasal ve hukuksal yaklaşımın aracı olmuştur. Ulusal düzeyde kamu otoriteleri ve siyasal iktidarlar ile halktan gruplar-kişiler arasında yaşanan çatışmalarda olduğu kadar uluslararası alanda devletler arasındaki uyumsuzlukların da terörle ilişkilendirildiği olmuştur.

Terörün içindeki şiddet unsurunun engellenmesi amacıyla ulusal yasaların kullanılması, terörün uluslararası müdahale için araç olarak kullanılması, terörün ulusal alanda muhalefeti bastırmak için araç olarak kullanılması, terörün şiddet grupları tarafından siyasal taviz koparmak için kullanılması gibi durumlar etik sorunların belli başlı tartışma konularıdır.

Amerika Birleşik Devletleri’nde Bagdasarian ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nde Sefilyan davaları, terörün uluslararası hukuksal, sosyal ve psikolojik yanları ile birlikte ele alınmış, etik sorunlar gözlemlenmiştir.

Anahtar Sözcükler: Uluslararası Hukuk, Terörizm, Sefilyan, Bagdasarian

Abstract: The concept of terror has been a legal and a political instrument within the triangle of civil disobedience, violence and public liberties. The conflict between social groups-individuals and public authorities, governments at national level, as well as disputed between states have closely been linked with terror.

Among the well-known ethical issues worth to debate are: the use of national legislation to ban acts of violence inside terrorism, the use of terror as a reasoning to intervene internationally, the use of terror to oppress the opposition at national arena, the use of terrorism as a leverage to gain concession on political arena.

These ethical questions are observed on the complementary work of social, legal and psychological dimensions with the analysis of cases Bagdasarian in United States Jurisdiction, Sefilyan within the European Court of Human Rights jurisdiction.

Key words: International Law, Terrorism, Sefilian, Bagdasarian

* Yrd. Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Ominis definitio perileus est¹

GİRİŞ

Bu çalışmanın konusunu, Amerikalı Yargıç Stewart gibi “*teröristi gözünden tanıyanlar*”ın² öznel yargılar kataloğunda yer edinememiş, son on yılın popüler “şiddet ve özgürlükler ilişkisinde kavramsallaşmayan terör *etiketi*”nin siyasal kaygılardan uzak bir eleştirisi oluşturmaktır. Ne var ki, disiplinler arası dahi olsa, kavramın çerçevesini normatif bir bakış açısıyla formüller eksenine zincirleyecek olsa da, *Yargıç Stewart* gibi işin daha “*sofistike*” kısmında olanlar için ayrıca bir “*teröristi gözünden tanıma rehberi*” bulunmaktadır.

Böylesine iki ucu keskin bıçak, ama içten içe ikilemli bakışın temel hedefi ise şudur: Normatif bir yaklaşım sonucu çerçevesi çizilecek olan kavram, gerçekten, hukuksal anlamda, devletler için uluslararası düzlemde bir *erga omnes* veya başka türden yükümlülükler içinde tartışma konusu oluşturacak mıdır? Sorumuzu daha da ayrıntılı soracak olursak, ulusal ve uluslararası düzlemde devletler için koruma, önleme, cezalandırma sorumluluğu ortaya çıkaracak mıdır? Bu çalışmada, bir araştırmacının³ “*kutsal kâseyi aramak*”⁴ kadar olanaksız olduğunu düşündüğü bir “ortak tanıma ulaşmak” ya da “kavram tanımlamak” gibi bir sorumluluk yoktur. Bundan dolayıdır ki insancıl bilimlerden alınacak ilhamla kavramı oluşturup hukuksal çerçevesini gösterir ulusötesi bir resim çizebilmek bu çalışma açısından bir başarı olabileceği gibi var olan gerçekliği isimlendirmek ve uygulamaları eleştirebilmek açısından da gereklidir.⁵ Böylece aslında devletlerin ulusal ve uluslararası

¹ “Bütün tanımlar tehlikelidir” anlamına gelen latince ifade.

² Bu ünlü ifade *Jocabilis v. Ohio* US 378: 184, 197 kararında Yargıç Stewart’ın “Terörizmi görünce tanırım” şeklinde çok popüler olan ve hukuken tartışılan yaklaşımdan alınmış ve bu yaklaşım doktrinde Duffy, (bkz. Helen Duffy, *War on Terror and International Law*) gibi üstü örtük biçimde birçok sert eleştiriyi karşılamış olmasına rağmen ilerde Arendt’in şiddet üzerine yaklaşımında görüleceği gibi aslında terör “kötü çocuklar” metaforunun bir itirafı gibi düşünülmüştür.

³ Levitt, Geoffrey. Is “Terrorism” Worth Defining?, s. 13, *Ohio Northern University Law Review* 97, 1986

⁴ Hristiyanlık tarihinde en çok aranan ve bir türlü bulunamayan kutsal nesne olarak İsa peygamberden kalan ve son yemekte kullanılan kutsal kasedir. Bundan dolayıdır ki Anglo-Amerikan dillerinde imkansız derecede zor bir hedefe ulaşmak istemek anlamında “kutsal kaseyi aramak” deyiimi kullanılır.

⁵ Kapitan Tomis, *Terrorism As a method of Terrorism*, Meggle, George (ed.) *Ethics of Terrorism & Counter Terrorism*, GAZELLEBOOKS, Chapter I: *Terrorism & Counter-Terrorism Semantics*, 2005, Frankfurt, s.22

alandanda terörü mücadele edilmesi gereken bir süreç mi yoksa kendi çıkarları için bir kart olarak mı gördükleri eleştirisi de belki bu çalışma açısından beklenmeyen bir katma değer oluşturabilecektir.

Bu iki hedefi gerçekleştirmek için Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi gibi uluslararası örgütlerin kararlarını da içeren uluslararası hukukun ortak araçlarının yanında, Avrupa ve Amerika kıtasından örnekler de insancıl bilimlere ait soyut yüksek çözünürlüklü betimlemelerin değerlendirilebilmesine daha büyük bir katkı sağlayacaktır. Birleşmiş Milletler'in konuyla ilgili Güvenlik Konseyi kararları, Avrupa Birliği yönergeleri ve bazı iç hukuk kuralları yol gösterici normlar olacakken, Amerika Birleşik Devletleri'nden ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinden iki dava da oluşturulan normların yargıçlar gözünde öngörülebilirliği şüpheli⁶ yorumlanma yöntemlerini anlatacaktır.

İlk olarak toplumbilim ve siyaset bilimi çerçevesinde şiddet ve sivil itaatsizlik ilişkisi üzerinde durmakta yarar bulunmaktadır.

SİVİL İTAATSİZLİK VE ŞİDDET ÜZERİNE

Hannah Arendt, şiddetin kökenindeki özneyi devlet olarak tespit etmektedir.⁷ Bunun en ileri boyutu da savaştır. Ancak savaş şiddetin en kötüsü ve en yoğunu olmasına rağmen günümüz dünyasında apokaliptik bir savaş batı uygarlığı açısından rasyonel bir çözüm değildir.⁸ Bunun yerine hedefe varacak caydırıcı şiddet söz konusudur ki bu da caydırıcılığın oranına göre nükleer silahlanma veya diğer kitle imha silahlarının da devletler tarafından kullanıma hazır hale getirildiği aşamalar görülmüştür. Ne var ki böylesine ileri bir teknolojinin getirdiği diğer bir dengesizlik ise olağan konvansiyonel caydırıcılığa sahip olamayan küçük devletlerin dahi çok etkili kitle imha silahlar yoluyla Dünya'yı apokaliptik şiddete götürebileceği gerçeğidir. Bu durum da özellikle savaşı hala *ratione ultima* olarak gören küçük ve geri kalmış devletlerin bu şiddet sürecini rahatlıkla devam ettirmesinin yolunu açmaktadır. Ancak Arendt burada daha önemli bir konuya dikkat

⁶ Dworkin, Ronald. Hakları Ciddiye Almak, Çev: Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost, 2009.

⁷ Arendt, Hannah. Şiddet Üzerine, İletişim Yayınları, çev: Bülent Peker, 2012

⁸ Judith Butler, Frames of War,..... Ayrıca bkz. F.Engels, Herrn Eugen Dührung's Umwälzung der Wissenschaft, Kısım II, bölüm 4'te: "iktidar yapısı iktisadi yapısıyla çelişen bir ülkenin şiddet araçlarına sahip siyasal iktidarı yenilgiye mahkûmdur" diyerek iktidar ile şiddet kullanımı arasındaki ilişkiye atıf yapmaktadır.

çekmektedir. Gerçekten, devlet bazı durumlarda da dışarda göstere-
mediği bu şiddeti içeri yönlendirmektedir. Dışardaki zayıf ve eldeki
şiddet araçlarını üstünlük kurma amacıyla kullanamadığı durumda
bu şiddet araçlarını içeri yönlendirmesi söz konusu olabilmektedir.⁹
Bu da iktidar baskısı olarak ortaya çıkmaktadır.

Şiddetin bir egemenlik gösterisi olduğu düşüncesi Foucault'da
vardır.¹⁰

Anarşizm, devlet egemenliğini ve siyasal otoriteyi reddetmesi ge-
rekçesiyle hep bir siyasal sapkınlık olarak görülmüştür. Bir hukukçu
ise bunu hukuk tanımazlık olarak nitelendirebilir. Eğer hukuk bir dev-
leti işaret ediyor ve bir siyasal otoriteye meşruiyet yanında yasallık ve-
riyorsa, bu hukuku tanımamak o devleti ve siyasal iktidarın otoritesini
de tanımamak anlamına gelmektedir. Ne var ki tersi her zaman geçer-
li değildir. Yani sadece devleti veya otoriteyi reddetmek hukukun ta-
mamını reddetmek anlamına gelmemektedir. Özellikle doğal hukuk
ile pozitif hukukun araçlarının iç içe geçtiği bir hukuk söz konusuysa,
burada doğal hakkın kendiliğinden reddedilmesi ya da vazgeçilme-
si söz konusu değildir. İşte bunlardan dolayı, anarşizm ondokuzuncu
yüzyıldan beri hep bir taraflara itilmiş, genellikle Marksizmin gölge-
sinde kalmıştır.¹¹

Anarşizm yasa karşıtlığı köklerini anarşi yazınında bulur. William
Godwin (1756-1836), Max Stirner (1806-1856), Micheal Bakunin gibi ak-
tivistler bunu farklı şekillerde yazmışlardır. "İnsanın tutkusundan ne
tür uygunsuzluklar çıkarsa çıksın, bunun en iyi çözümü daha önceden
belirlenmiş yasalar olmamal" diyen Godwin ile devletin yerine "*spon-
tane insan toplulukları, kişi birlikler ve toplumların*" geçirilmesini isteyen
Bakunin "*devleti yıkmanın da yaratıcı bir yıkım olacağı*" görüşündedir.¹²

⁹ Bireylerde özellikle pasif-agresif şiddetin kökeni burada, yani dışarda maruz kalı-
nan baskı ve otorite olmaktadır

¹⁰ Michel Foucault, Kelimeler ve Şeyler, İnsan Biliminin bir Arkeolojisi, (Çev.M.Ali
Kılıçbay), İmge Kitabevi, 2001, Foucault'ya bu konuda önemli atıflardan birisi için
bkz. Toplum ve Bilim, Birikim Yayınları, Sayı 108, s. 16, Michigan Üniversitesi

¹¹ Saul Newman, PostAnarchism and Radical Politics Today, Loughborough Uni-
versity, Loughborough Papers, [http://www.lboro.ac.uk/media/wwwlboroacuk/
content/phir/documentsandpdfs/arg/LoughboroughPaper%20-%20Postanarchism%20and%20Radical%20Politics%20Today%20-%20Saul%20Newman.pdf](http://www.lboro.ac.uk/media/wwwlboroacuk/content/phir/documentsandpdfs/arg/LoughboroughPaper%20-%20Postanarchism%20and%20Radical%20Politics%20Today%20-%20Saul%20Newman.pdf)
Erişim Tarihi: 10.09.2015

¹² Ferrell, Jeff Against the Law: Anarchist Criminology, s.4., Anarşist Kütüphane bil-
dirileri, 13 Aralık 2012, <http://theanarchistlibrary.org/library/jeff-ferrell-against->

Edmund Burke (1793)¹³, Fransız devriminden sonra Robespierre'in kitlelerin kontrolünü sağlamak için kullanmış olduğu "terörün hakimi-yeti" (reign of terror) ifadesinin açıklamasını yapan ilk akademisyendir. Robespierre, Fransız Devrimi'nin Yakoben liderlerinden biri olarak devrim sonrası kargaşa ortamını rahatlatmak amacıyla demokratik idealar peşinde pozitif bir araç olarak ileri sürmüştür. 1930'lara kadar ise hep kargaşa ve anarşiyi bastırmak amaçlı olarak kullanılmıştır. 1930'larda ilk kez Nazi iktidarı, daha sonra Mussolini İtalyası ve Franco İspanyası gibi totaliter anlayışlar, terör deyimini muhalefetle eş tutup, kitleleri kontrol altına alabilmek ve totaliter sosyal kontrolü sağlayabilmek için terörle mücadele kavramına sarılmışlardır.

Modern anlamda terörizm kavramının kullanımı ise 1950lerden itibaren ortaya çıkmıştır. Söz konusu dönemde etnik veya radikal dinsel bir grubun politik hedeflerine ulaşmak için kendisini işgal veya kontrol altında tuttuğunu iddia ettiği gruba karşı mücadelesi söz konusu olduğunda bu kavram devreye sokulmuştur.¹⁴ Schmid ve Jongman'ın (1998) bir araştırmasına atıf yapan Hoffman'a¹⁵ göre 109 terörizm tanımı arasında çoğunluk şiddet ve güç kullanımı (yüzde 84), psikolojik etmen (yüzde 40), mağdur-hedef ayrımı (yüzde 30), savaş strateji ve taktik (yüzde 30) içermektedir. Bir tek hususta tüm yazarlar birleşmektedirler: "Terörizm, saldırgan bir kavramdır".¹⁶

Konunun sosyal kuramın ötesinde günümüz çağcıl toplumları açısından bir de güvenlik kuramı çerçevesinde değerlendirilmesi söz konusudur.

GÜVENLİK KURAMI ve SOSYOLOJİK BAKIŞ

Tomis Kapitan, sui generis (idiosyncratic) bulduğu birçok tanımın yanında en genel ve öznelleşmemiş tanım olarak "Siyasal amaçları gerçekleştirmeye yönelik kesin bir şekilde sivil halka karşı şiddet veya şiddet tehdidi içeren davranış" ifadesini esas alınca karşımıza "kesin olarak si-

the-law-anarchist-criminology.pdf

¹³ The Works of the Right Honourable Edmond Burke Collected in Three Volumes, Volume I, Sect II: Terror, London 1792, printed for J Dodsley, Pall Mall, s.120

¹⁴ Forst, Brian Terrorism, Crime and Public Policy, Cambridge University Press, 2009, s.3

¹⁵ Hoffman, Bruce. Inside Terrorism, Columbia University Press, New York, Chicester, West Sussex, 1998, s.40

¹⁶ Ibid. s.31

villere yönelme” olgusu ortaya çıkmaktadır. “Sivillere yönelik zarar” bir toplumda kamu düzeni ve kamu güvenliği sorunsalı ile doğrudan ilgilidir. Bundan dolayıdır ki çok zaman güvenlik kuramı çalışan akademisyenler terör üzerine de düşünceler üretmişlerdir.

Günümüzde, devlet dışı şiddet aktörleri hakkındaki istatistiklere genel olarak baktığımızda güvenlik sorunsalı açısından oldukça önemli durumlarla karşılaşmaktayız. Bunlardan bir tanesi devlet otoritesine meydan okuyan silahlı grupların sayıca artmasıdır. IISS Military Balance’a (2007- 2014) göre dünyada toplam devlet dışı silahlı grup sayısı 345 tanedir.¹⁷ Bunlardan özellikle 50 tanesinin sadece Hindistan’da aktif olduğunu görünce düzensizlik ve istikrarsızlık üzerine ciddi bir bağ kurma gereksinimi ortaya çıkmaktadır. Yine aynı rapor Irakta 25, Pakistan’da 21, Bangladeş ve Nijerya’nı her birinde yarım düzine silahlı grubun faal olduğunu bildirmektedir.¹⁸

Silahlı grupların içerdiği insan sayıları düşünüldüğünde, ister istemez, bu kişilerin neden dışardaki toplumun parçası olmak yerine söz konusu grupların üyesi olmayı seçtiği sorusu ile karşılaşılacaktır. Burada, grup doğası ile kişi davranışı arasında sosyolojik bir ilişki kurmak gerekmektedir. Dünya terörizm çalışmalarının belirlediği ortak “*terörizmin eylem tipleri*” ile “*özellikleri*”ne bakıldığında görüntü daha da netleşecektir. “*Terörist*” suçlaması ve ifadesi bu “doğa” için en önemli nitelemedir. *Duffy*, bunun genelde terörist olmakla suçlanan açısından bir değer eleştirisi olduğundan söz etmektedir:¹⁹

“..*Terörizmin Doğası*

- *Bir bölgede güç kazanmak için o bölgedeki bir devleti zayıflatmak*
- *Devam eden bir probleme uluslararası kamuoyunun dikkatini çekmek*
- *Bölgede düşman olarak görülen bir ülkeye karşı intikam operasyonu yapmak*

¹⁷ Uluslararası Strateji Çalışmaları Enstitüsü’nün yıllık bültenleri için bkz. <https://www.iiss.org/>; yukarıda sözü edilen raporlar için ise <https://www.iiss.org/en/publications/military%20balance/issues/the-military-balance-2014-7e2c>

¹⁸ Boko Haram isimli örgütün Nijerya’da bu yılın başında yapmış olduğu katliam belki de tarihin tek bir seferde yapılan en kapsamlı terör saldırısı sayılabilir: Bir şehrin tamamı yakılmış, binlerce kişi öldürülmüş, binlercesi yaralanmıştır. Bununla ilgili haber kanallarına örnek olarak bkz. <http://www.cnnturk.com/haber/dunya/boko-haram-katliam-yapti> (Erişim tarihi 14.03.2015)

¹⁹ *Duffy*, a.g.e., s.18

- *Bölgede daha büyük bir gücün varlığına meydan okumak, onu gözden düşürmek..”*

PKK'nın Türkiye Cumhuriyeti devletine karşı Güneydoğu'da yürüttüğü politika dikkatlice incelenecek olursa, yukarıda verilen ipuçları ile birebir uyumludur.

Bunun dışında terörün doğasında var olduğu düşünülen ama olmazsa olmazı olarak değerlendiremeyeceğimiz bir konu da terör örgütünün kendisinden daha büyük organizasyonlar ile ilişkileri ve iç organizasyon uzantılarıdır. Bunlara örnek verecek olursak:

- El-Kaide örneğinde olduğu gibi dünyada bütün terörist organizasyonlar diğer networklerle bağlantı halindedirler. Tıpkı Franchise iş yapar gibi, birbirleri için veya yalnız-kurt teröristlerden yardım alarak eylemlerini gerçekleştirirler. El- Kaide'nin yerel adamı olarak bu işi yapan *Ted Kaczynski* “**Unabomber**”, Avusturyalı mektup bombacısı *Franz Fuchs*, Atlanta Olimpik Parkı ve kürtaj kliniği bombacısı *Eric Rudolph* sayılabilir.
- Ne var ki bazen çok daha karmaşık eylemler için müthiş bir iç ağ oluşturulur ki buralarda farklı uzantıların varlığını tespit etmek çok zordur, 9/11 ve Londra 2005 bombalamaları bunlara örnek gösterilebilir.

Ünlü *Amerikan Polis ve Adalet Enstitüsü* terörizm araştırmacısı ve öğretim üyesi, *Columbia Eyaleti Ceza Komisyonu* üyesi Brian Forst'un *Terör, Suç ve Devlet Politikası* kitabından alınan aşağıdaki bölüm önem arz etmektedir.

Forst, günümüzde varlığını sürdüren terör radikal söyleminin sadece etnik ve dinsel terörizm olarak kaldığını, ideolojiye (özellikle sol ideoloji) dayalı terörün günümüz şartlarında desteğini kaybettiği için bu kategoride değerlendirme yapmaya gerek olmadığını ileri sürerek aşağıdaki gruplamayı önermiştir:

Radikal dinci aşırı (extremist) uçlar:

- Özellikle 9/11 saldırısıyla dünyada yoğunlaşan bir *islami cihadizm dinci gruplara örnek olarak verilebilir.*
- *Tarihte 1099 yılından başlayarak toplanan Hristiyan haçlıları da 200 yıl kadar bu işi milyonlarca insan öldürerek yapmışlardır.*
- *Japonya'da ALEF (yüce gerçek) tarikatı bu fanatik ruhani inanç temelli organize örgütlere örnek olarak verilebilir. Japonya metrosuna zehirli*

Sarin gazı ile 1995 yılında yapmış oldukları saldırıda 12 kişi ölmüş, beş binin üzerinde insan zehirlenmiştir.

- *Nijerya'daki Boko Haram yine bir radikal islamcı örgüt olarak kendini göstermiştir.*
- *Bunun dışında toplumda yaygın bir görüş her türlü ruhani yeraltı oluşumunun bir şekilde suça bulaştığı şeklindedir. Komploları özellikle de bu konuda Masonluk, Illimunati²⁰ ve Opus Dei²¹ gibi oluşumlara yönelmektedir.*

Burada, üzerinde durulması gereken bir diğer nokta da aslında bu radikal karşıtlık ve isyanın bir süre sonra kültürel çatışmaya gideceğini savunan tezlerdir. Ünlü Amerikalı Sosyolog Samuel Huntington'un *Medeniyetler Çatışması* tezinde de bahsettiği gibi 1990'lı yıllarda ABD ve SSCB arasındaki soğuk savaşın, SSCB'nin kendisinin feshetmesiyle biteceği ve iki kutuplu dünya anlayışının sona ermesiyle birlikte ideolojik çatışmanın da farklı bir çatışmaya dönüşeceği öngörülmektedir. Bu tezde kültürel çatışmaların sosyal değişme bağlamında dünya üzerinde belirleyici etkiler yaratacağı beklentisi ileri sürülmektedir. Huntington, 'medeniyet' kavramında kültürel yapıya atıfta bulunmuştur. Medeniyet sınıflandırması yaparak dünya üzerinde sekiz medeniyet bulunduğunu, bu medeniyetlerin ise iki üst medeniyeti bulunduğunu dile getirerek doğu ve batı medeniyetleri olarak ikiye bölmüştür. Bu teze paralel olarak Fukuyama'nın "*Tarihin Sonu [Mu?]*" adlı çalışma-

²⁰ 1776 yılında Almanya'nın Münih kentinde, Adam Weishaupt isimli Kabalacı bir hukuk profesörü ve Baron von Knigge önderliğinde kurulan gizli bir topluluktur. Illuminati, 'Aydınlanmış Olanlar' anlamına gelmektedir. Topluluğun kuruluş amacı cehaletle, baskıcılıkla ve kilisenin dogmalarıyla mücadele etmektir. Her ne kadar asıl amaç, aydınlanarak dinsel dogmalardan uzak, hür düşünceyi ve Newtoncu pozitif bilimin önünü açmak idiyse de, daha sonraları gizli siyasi amaçları olduğu öne sürüldü. Illuminati dünya siyaset tarihinin belki de zaman içerisinde üzerine en fazla komplo teorisi üretilmiş topluluğu halini almıştır.

²¹ Opus Dei, 2 Ekim 1928'de Madrid'te sıradan bir papaz olan Jose Maria Escriva de Balaguery Albas tarafından kurulan 79 yıllık İspanyol asıllı bir örgüttür. Katolikliğe sadık, laik iş ve meslek sahiplerini bir araya getirerek Papa'ya Vatikan dışında destek olacak varlıklı ve iyi eğitim görmüş elit bir kadroyu oluşturmak amacı ile kurulan bu örgüt günümüzde Vatikan'da en etkili laik kurumdur. Gizli bir örgüt olan Opus Dei'nin tüm üyeleri Katolik meslek sahiplerinden oluşmaktadır. Bunun yanında her ülkede de örgütten sorumlu bir Kardinal bulunmaktadır. Onlara göre Papa'nın kimliği, Kilise'nin de, Papalık Makamı'nın da üstündedir. Papa, Tanrı-Krallığı'nın kutsal önderidir. Böylesine yüce bir mertebeye erişebilen kişi de elbette Olağanüstü bir kişidir. Bu nedenle Opus Dei, böylesine olağanüstü bir kişi tarafından temsil edilen Vatikan Devleti'ni yüceltir ve Kilise'yi ikinci planda görür.

sında SSCB'nin kendini feshetmesiyle birlikte tek büyük gücün Amerikan Hegemonik Kapitalizmi olduğu dile getirilmiştir.

ABD'yi kapitalizmin ve liberalizmin merkezi olarak görmüş ve komünizmin SSCB'nin feshiyle birlikte yok olduğunu, bu nedenle ABD'nin artık Dünya üzerindeki tek büyük güç olarak kaldığını dile getirmiştir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta komünizmin tamamıyla yok olduğu varsayımının bir totoloji oluşturmadığıdır. Çin, Kuzey Kore, Venezuela, Küba gibi devletlerin varlığını göz ardı ederek böyle bir tespitte bulunuyor olması tezine yönelik eleştiri noktalarından biri olmuştur. Bundan sonraki süreçte tarih sahnesinde ulus-devletler arasında çatışma olmayacağını, küçük çatışmaların devam edeceğini, bu çatışmaların etnik yapı ya da terörist eylemlerin olacağını dile getirmiştir. Tüm bu eylemlerin arkasında Müslümanlığın olduğunun varsayılacağı, kutuplu dünya anlayışının yerini dine dayalı Müslümanlık- Hristiyanlık çatışmalarına bırakacağı şeklinde bir düşünce ortaya atmıştır. 1945'lerden sonraki soğuk savaş döneminin de etkisinin olduğunu düşündüğü ve yaptığı araştırmalarla ABD'nin en büyük probleminin güven problemi olduğu sonucuna varmıştır. 1990'lara kadar olan iki kutuplu dünya anlayışıyla birlikte soğuk savaş döneminde karşılardaki güce karşı kendilerini koruduklarına inanan ülkeler ve devlet başkanları görülmüştür. Ancak *Fukuyama*, iki kutuplu dünya anlayışının yok olmasıyla birlikte bu korkunun yönünün İslami terörizme ve küçük çatışmalara çevrilmiş olduğunu ifade etmiştir.

Wallerstein ise *Liberalizm'den Sonra*'da, Demokratikleşme ile Liberalizmi aslında birbiri ile ters orantılı iki süreç olarak gözlemlemiştir.²² ABD'nin savaş ekonomisi ve korku politikasıyla yönetildiğini ileri sürmüş ve bu duruma Kerkük ve Vietnam savaşlarını örnek vermiştir. *Wallerstein*, Sovyetlerin kendini feshetmesinden sonra var olan *Kontradief B* düzeyinin sona ereceği, ABD'nin bu durum karşısında şok olacağını, özellikle 2000-2005 yıllarında büyük bir liberalizm düşüşü yaşanacağını, bunun üstesinden gelmek için de akılcı yeni bir yaklaşım oluşturulacağını ileri sürmüştür.²³

Günümüzde, medeniyetler çatışması anlayışı ve İslami terörizm üzerine dikkat çekilmiş olması Özgür Suriye Ordusu, Irak Şam İslam Devleti gibi örnekleriyle haklı yorumlar olarak kendini gösteriyor olsa

²² Wallerstein, *Liberalizmden Sonra* (1995), Çev: Erol Öz, Metis, 1998, s.46

²³ Wallerstein, s.40-89

da Irak Kürdistan Bölgesel Ordusu ve YPG gibi etnik kökenli silahlı örgütlerin de varlığını devam ettiriyor olmasını göz ardı etmemek gerekmektedir. Diğer yandan özellikle küresel olarak desteklenmeyen hükümetlerin düşmesi için ortaya çıkan bazı terör odaklarının yapay ve diğer devletlerin destekleriyle ayakta kaldığı yönündeki kuramlar ise bu konunun epeyce tekrar düşünülmesi gerektiğini göstermektedir.

Etnik terörizmin en büyük özelliği, bir etnik grubun sözde mağduriyetini anlatmak ve dikkatleri çekmek için ortaya çıkıyor oluşudur. Bu türden bir terörü tarihte çok zaman görmek mümkündür. Ama günümüzde sıkça rastlanıldığı gibi etnik saldırılarda gerekçesinde bir "özgürlük" anlatısı vardır. Bunların en büyük örnekleri Kuzey İrlanda için savaştığını söyleyen IRA üyeleri, Bask ülkesi için savaştığını söyleyen ETA, Irak Kürt ayrılıkçıları, Türkiye Kürt ayrılıkçısı PKK, Sri-Lanka'da Tamiller olarak sayılabilirler. Ermeni etnik terör örgütü ASALA ise geçmişteki bir sözde "soykırım"a dikkat çekmek için yıllarca Türk diplomatları öldürdükten sonra eylemsizliğe geçmiştir.

Belli bir grubun mağduriyetini ileri sürmeden, dinsel veya mistik referanslara dayanmadan, sağ veya sol uçta radikal siyasal motivasyonlar taşımadan terör çizgisine varmak pek olası değildir. Daha barışçıl, yüksek eğitilmiş, modern ve insan sevgisi ile aydınlanmış düşüncede insanların eylemleri, genelde, sivil itaatsizlikle sınırlı olup, terörizm gibi bir şiddet dışavurumunu içermemektedir.

DEVLETİN HUKUKU ŞİDDETLE AŞMASI: DEVLET TERÖRİZMİ..

Yukarıdaki betimlemelerden sonra Kapitan'ın ABD İçişleri Bakanlığı tanımının dışında kalabilecek bazı örneklerine dönülecek olursa acaba sözü edilen sosyolojik durum ve güvenlik kuramı ile ilişkisi kurulabilir mi? Örneğin:

"...

- *Nikaragua'da ABD tarafından finanse edilen Kontralar tarafından 80'li yıllarda 3000 civarında insanın katli*
- *1982 Beyrut'ta Sabra ve Şatila kamplarında İsrail tarafından desteklenen Lübnanlı milisler tarafından 2000 Filistinlinin katledilmesi*
- *1980'li yıllarda El Salvador ve Guatemala'da sivillerin ölüm mangaları tarafından katledilmesi* "24

²⁴ Kapitan, s.24

Yine bu tanım biraz daha genişletilecek olursa ve devletlerin gerçekleştirmiş olduğu bazı eylemler de bu kapsam çerçevesinde değerlendirilecek olursa:²⁵

“..

- 1999 yılında Çeçenistan’la savaşta Grozny’nin Rus kuvvetleri tarafından yerle bir edilmesi
- 1990 yılında ABD’nin Panama’daki işgali süreci
- Nisan 1986’da Tripoli ve Libya’da ABD tarafından gerçekleştirilen bombalama
- 1983 yılında Lübnan’ın Çuf Dağ Köylerinin ABD donanması tarafından bombalanması
- 1982 yazında Beyrut’un İsrail tarafından havadan ve karadan bombalanması
- 1982 baharında Hama kentine Suriye Ordusu tarafından gerçekleştirilen saldırı
- 1980’lerin ortasında İran ve Irak’ın karşılıklı olarak yerleşim birimlerine gerçekleştirmiş olduğu saldırılar
- Endonezya’nın Doğu Timor’u 1975-1998 arası işgali”

Yukarıda sayılanlara dikkat edilirse meşru şiddet kullanma teke- li çerçevesinde değerlendirilebilecek ve bizzat kendisi meşru şiddetin yöneltildiği terörizmin tanımı içinde kalan şiddet şekillerine de rastlanabilmektedir. Uluslararası hukuka uygun şekilde bu şiddetin gösterilmemiş olması da ilginç olanı hukuksuz şiddet kullanma şeklindeki terör tanımları ile devlet kişiliğine atfedilen ulusötesi eylemi örtüştürmektedir.

Kaldı ki devletin dışarda ve içerde yapmış olduğu eylemlere şöyle bir ekleme de yapabilmektedir:²⁶

“..

- Vietnam savaşı sırasında ABD’nin Kuzey Vietnam ve Kamboçya’yı bombalaması
- İkinci Dünya Savaşı’nın sonuna doğru Alman ve Japon yerleşim birimlerinin havadan ve karadan bombalanması

²⁵ Kapitan ibid.

²⁶ Kapitan, age, s. 25

- 1930'larda Sovyet kırımı
- II. Dünya Savaşı sırasında Nazilerin sivil halk toplu kıyımları
- 1960larda Mao Zedung tarafından gerçekleştirilen kültürel devrim"

Burada sadece devletin ulusötesi şahsiyetine değil, iç hukuktaki otorite olarak varlığına da atıf yapılabilecek eylemler birlikte sayılmıştır.

Modern hukukta terörizmin merkezine her zaman yasal otorite karşısı güçler oturtulmuştur. Bundan dolayıdır ki kendi egemenlik alanında yasal şiddet tekeline sahip tek güç devlet otoritesidir. Ancak bu güç anayasal, yasal ve hukuksal ilkelerle sınırlıdır. Egemenlik alanı dışında ise bunlara uluslararası sözleşmeler, gelenek hukuku ve emredici hukuk kuralları da eklenecektir. Ne var ki devlet ulusal alanda bir idare-i maslahat merkezli bir kamusal akılla hareket ederken uluslararası alanda ise bunun yansıması olan bir çıkar politikası ile hareket etmektedir. Bunun sonucu olarak da devlet birçok zaman hukuk çerçevesinin dışına çıkabilmektedir, özellikle şiddet gösterme yetkisini kullanırken veya böyle bir yetkisinin hiç olmadığı durumlarda.

11 Eylül 2001 ÖNCESİ VE SONRASI TERÖRİZMİN TANIMI

Yaygın kaynaklarda 9/11 sonrası terör tanımları artık o kadar genişlemiştir ki neredeyse, devlet dışı bütün tehditler olarak kısaltılabilecek bir hale gelmiştir.²⁷ Bu durum bizim için 9/11 öncesi terör tanımını yapmamızı aslında biraz kolaylaştırmaktadır.

Didier Bigo "Terörü tanımlamak neyin demokratik olduğunu, neyin demokratik olmadığını" tanımlamıştır.²⁸ Yani bir diğer deyişle, neyin terör olduğu tanımlandığı günümüz hukukunda modern demokrasilerin standartları da tanımlanmış olacaktır. Bu nedenle yasa koyucuların terörle mücadele yasasının uygulama alanına hangi eylem tiplerini dahil edileceği, hangi eylem tiplerini anayasal temel hak ve özgürlükler çerçevesinde kabul edileceği önemlidir. Kapitan ise haklılıktan ziyade meşruiyet sorunsalına atıf yaparak "meşru olmayan siyasal şiddeti etiketleme sanatı" olduğundan söz etmiştir.²⁹

²⁷ Peter R. Neuman & M.L.R. Smith, Strategy of Terrorism, Routledge- New York, 2008, s.12

²⁸ Bigo, Didier, To Assure and Protect after September 11, Terrorism and Democratic Virtues, Essays, Social Science Research Council, bkz. <http://essays.ssrc.org/sept11/essays/big0.htm> Erişim Tarihi:

²⁹ Kapitan agm. s.23

Terörizmi tanımlarken Bruce Hoffman (1998) ilk olarak hangi tanımların yanlış olduğuna bakmak gerektiğini söylemiştir.³⁰ Düşününürün sözünü ettiği tanımlar daha çok sözlük ve ansiklopedilerdeki terörizm tanımlarıdır. Ortak özellikleri hipotezlerle dolu önermeler içeren, oldukça geniş ve belirsiz önermeler olmalarıdır. Bunun gerekçesi olarak son 200 yıla dikkat çekmiş ve terörizmin tipolojik farklılaşmasına ve yüzünün nasıl değiştiğine örnekler vermiştir.

Son dönemde *Gus Martin*³¹, bu anlayışları güncelleyerek, günümüzde çok sıkı olmayan hücresele bağlarla birbirine bağlı, siyasal motivasyonla yumuşak hedeflere karşı asimetrik şiddet eylemleri planlayan bir yapılanmalar tanımlamıştır. Bu yapılanmalar “terörizm” ifadesine karşı kendini genelde aşırı (extremist) bir dille meşrulaştırmaya çalışmışlardır. Bu dilde ahlaki totalitarizm, kısa ve öz neden-sonuç ilişkileri ve mistik-dinsel referanslar hâkimdir. Bunun gerekçesi ise kitlelere aykırı görüşleriyle bir anlamda ulaşmaktır.³²

Terörizm kavramının tanımlanabilir olup olmadığı ise başka bir konudur. Burada *Neuman&Smith* aslında çok radikal bir bakış açısıyla tamamen terörü değer-siz bir kavram olarak nitelemektedir. Sosyal bir değer ifade etmeyen ama dilbilimsel ve felsefi olarak ayrı yollara çıkabilen ve dilbilim filozoflarınca “*kategori problemi*” olarak adlandırılan problemi barındıran bir kavramdır.³³ Zira ortada bir varoluşsal fenomen olarak ve terör eyleminin uzlaşmaz tarzına bağlı olarak farklı kavramsal alt dizinlere girebilirler.

Normalde devlet dışılıkla anlatılmaya başlanan şiddet devlet tarafından kullanıldığında nasıl değerlendirilecektir? İkinci Dünya Savaşı'nın son evresinde Nazilerin maneviyatını çökertmek için müttefik hava kuvvetlerinin Alman sivil yerleşim bölgelerini bombalaması³⁴, savaşta devlet gücünün terörist bir yöntemle gösterilmesi olarak

³⁰ Hoffman, Bruce. *Inside terrorism*, NY, Columbia University Press, 2006

³¹ Martin, Gus. *Understanding Terrorism*, Sage Publications Inc, Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC, 2013, s.37

³² Aynı konuyu farklı bir anlatımla Didier Bigo'da bulabiliriz. Bigo, Didier/Laurent, Bonelli(2008) *Preventing Violent Radicalisation and terrorist recruitment in the EU, The threat to Europe by radical islamic terrorist groups*, Ad hoc Briefing Paper for the European Parliament, January 2008

³³ Neuman&Smith, a.g.e., s. 7

³⁴ Tarihin en ağır bombardmanı olarak bilinir. Çok kısa bir sürede 8 milyon sivil kaybına neden olmuştur. Hiroshima ve Nagazaki'nin yarattığı uzun vade yıkımla karşılaştırıldığında kısa vadede ve çok daha ağırdır.

adlandırılabilmiştir.³⁵ Burada da karşımıza bir şiddet kullanma yöntemi olarak çıkmaktadır. Demek ki hem bir eylem biçimi, hem bir eylem şekli olması gerekmektedir.

Neumann&Smith: "*Belirli bir gurubun politik davranışlarına hakim olmayı hedefleyen, belirgin genellikle sembolik şiddet eylemlerinin gerçekleşmesi veya gerçekleşmesi tehdidi ile korku duygusu*" şeklinde tanımlamışlardır.³⁶

Amerika Birleşik Devletleri gibi 11 Eylül sonrası "teröre karşı savaş" açtığını ileri süren bir devletin federal bürokrasisinde bulunan farklı kurumları dahi bu tanımda birleşememişlerdir. Amerikan İçişleri Bakanlığı'nun tanımı "*Terörizm kavramı ulus-altı gruplar, gizli görevliler tarafından önceden tasarlanmış ve siyasal motivasyonla beslenmiş sivil hedeflere yönelik şiddeti ifade eder.*"³⁷ şeklindedir. Bunun dışında yine iç güvenlikten sorumlu Federal Araştırma Bürosu (FBI) ise "*Terörizm, siyasal ya da sosyal amaçla bir hükümetin, bir sivil gurubun veya bir kesimin gözünü korkutmak veya baskı altına almak amaçlı olarak bir kimse ya da mala karşı işlenen hukuka aykırı şiddet veya güç kullanmadır*" tanımını esas almaktadır.³⁸

PSİKOLOJİ DİSİPLİNİ VE TERÖR ÖZNESİNİN KİŞİSEL PROFİLİ KONUSU

Yine ülkemizde yapılan bir bilimsel çalışmaya göre Avrupa, Ortadoğu ve Asya'da yakalanan binlerce terörist üzerinde yapılan incelemede yüzde 80'lere varan bir oranda teröristlerin medeni durumlarının bekâr olduğu görülmüştür.³⁹ Bu veriyle mevcut düzene tepki, evlilik sorumluluğunu taşıma yeterliliğinde hissetmeme ve gençlik heyecanı olarak evlilik fikrine karşı olma durumu gösterilmektedir. Aynı inceleme terör eylemcilerinin 22-25 yaşları arasında , örgüt yöneticilerinin ise 40-50 yaş civarında olduğunu göstermektedir.⁴⁰

Bir başka konu teröristlerin eğitim durumlarıdır. Emniyet Genel Müdürlüğü'nün 1995 yılında Cumhurbaşkanı'na sunulan bir brifing

³⁵ Neuman&Smith, a.g.e., s.13

³⁶ Neumann&Smith, a.g.e., s. 8

³⁷ United States Code, Section 2656(f), Title 22, <http://www.state.gov/documents/organization/65464.pdf>, erişim tarihi 01.07.2015

³⁸ https://www.fbi.gov/stats-services/publications/terror_99.pdf , erişim tarihi 01.07.2015

³⁹ Prof. Dr. İsmet Karacan: Terörizm; Kavram ve Yapısı, "Uluslararası Terörizm ve Uyuşturucu Madde Kaçakçılığı" Ankara Üniv. Rek.Yayınları 1984 s. 206-207

⁴⁰ Karacan, a.g.e. s.207

raporunda eğitim oranının en yüksek olduğu şehirlerde oluşturulan kadrolarda dahi ancak yüzde 29 üniversite mezunu olduğu, kırsalda oluşan kadrolarda sadece yüzde 3 civarında üniversite mezunu örgüt üyesi olduğu, kalan örgüt elemanlarının okuma yazma dahi bilmeyenlerle en fazla lise mezunu olanlar arasında farklı oranlarda olduğu görülmüştür. Lisansüstü eğitim yapmış ya da doçentlik, profesörlük veya orduda-bürokraside yüksek bir görev tanımlı terörist modeli bu istatistiki çalışmalarda yer almamaktadır.⁴¹ Daha açıkça ifade etmek suretiyle, terör örgütü eğitimsiz ve toplumda “kaybeden” olduğunu düşünen, tatmin olamamış, sosyal olarak geride kalmış bir kesiminden gelmektedir. Örneğin, kimliği ortaya çıkan PKK militanlarında bu verilerin gösterdiği tablo doğrulanmaktadır.

Günümüzde ülkemizde yaşadığımız “terörizmin içeriği sorunu”nun nedeni yasa uygulayıcımız tarafından terörist ile mevcut düzenden memnun olmadığı halde bunu toplu bir isyan sorunu haline getirmeyip sistem içinde yasalara uygun halde yaşamaya devam eden kişilerin sosyo-politik karşılaştırılmasının yapılmamış olmasıdır. Bu durum terörü baş edilmez hale getirdiği gibi, devletin gücünün, yaşadığı politik süreçten memnun olmamasına rağmen sivil itaatsizlik eylemi dahi yapmayan kişilere yöneltilmesinden kaynaklanmaktadır. Bunu, Amerikalı terör uzmanı Jeanne N. Knutson şöyle açıklamaktadır: “*Teröristin kişiliğinde bulunan sosyo-ekonomik-politik değerler, bir teröristin oluşumunda gerekli, ancak yeterli olmayan bileşenlerdir. Bunlar tabii ki kendi başlarına, geleneksel tüm maneviyat ve politik faaliyetlerden soyutlayan ufak bir politik gruba, mevcut politik düzene uyumuş ve sosyalleşmiş kişilerin oluşturduğu gruptan ayırt etmek için yeterli değildir.*”⁴² Diğer bir deyişle, taşıdığı sosyal ve manevi değerler ve daha ağır ahlaki yükümlülükler bir insanın terörist olarak sınıflandırılması için yeterli değildir. Ülkesinden nefret etme, yasalara ve anayasaya karşı çıkma veya başka bir sivil itaatsizlik eylemini bırakın, kontrolsüz sigara ve alkol tüketimi bile ahlaki sınırları zorlar.

“*Terör örgütü kurmuş bir liderin psikolojik yapısı ve karakteri nasıl olur*” sorusunu Amerikan Federal Soruşturma Bürosunun terör uzmanı psikolog Thomas Strenz terörist tiplerini inceleyerek ve üç ayrı kategorinin biri olarak belirlemiştir.⁴³ Strenz’e göre:

⁴¹ Saral’dan naklen, Emniyet Genel Müdürlüğü raporu 02.08.1995, Cumhurbaşkanına arz. s. 40-41

⁴² Karacan-Jeanne N. Knutson; Ankara Üniv. Yayınları Nu:88 S.208-209

⁴³ Karacan, A.g.e. s.209

“

- *Lider, genellikle kendisini davasına adanmış, kuvvetli kişiliğe sahip ve eğitilmiş bir kuramcıdır*
- *Lider, mutlakçı bir görüşe sahip, katı inançla çalışan ve herkesin sadakatinde şüphe eden, bir yapıya sahiptir*
- *Lider, örgütünün bastırılmış korku, arzu, suç ve benzeri duyguların başkasına kolayca aktarıldığı bir pojesiyon perdesi veya bir tiyatro gibi kullanılabilir*
- *Lider, paranoyak bir kişiliğin sınırındadır, onun siyasal radikalizmi her zaman kriminal kişiliğine baskın gelir*
- *Diğer durumdaki terörist liderler de insanları çok iyi kavrama hayallerini anlama ve onları kullanma konusunda zeki ve kurnaz davranırlar”*

İkinci grup olarak oportünist (fırsatçı) tanımlanmıştır. Lider oportünistin grubu yönetme hayalinden oldukça iyi faydalanır. Buna bağlı olarak lider oportünisti işleyerek onun kriminal kabiliyetini politik amaçlara erişmekte kullanır. Bu yüzden eylemlerde lider saklanırken, öldürülen veya yakalanan oportünist (fırsatçı) olur.

İdealistin durumu ise tamamen farklıdır. Normale en yakın kişiliktir. “Saf, şımarık ve arayış içinde” olduğu kişisel çözüm ütopyasında liderlere kolay av olurlar. Daimi bir gerçek mürit olan idealist, suçlulukla karışık bir fedailik mantalitesine sahip olup, kendini ve aşırı durumlarda hayatını verebileceği bir dava aramaktadır: Tipik farkı yaşındır, genelde genç bir üniversite öğrencisidir. Bu rolden vazgeçmesi en olası olan kategoridir.

Jean Servier ise teröriste daha değişik bir tanımlama getirerek “.. genel olarak yetişkinlik çağına ulaşamayan kadın ve erkeklerdir, bozguncu savaş ajanlarının devşirdiği ve yetiştirdiği taylardır. Bunlar güçsüzlüklerinin, varoluşsal mutsuzluklarının bedelini, herhangi bir davayı bahane ederek tüm insanlığa ödetmek isterler” demektedir.

Emma Goldman teröristi ve ruh halini “bir keman teli gibi gerilmiş olan teröristler, yaşamın acımasızlığını, merhametsizliği ve korkunç insafsızlığı için ağlar ve inlerler. Umutsuz kalındığı bir an tel kopar” demek suretiyle tanımlamıştır.

Terör uzmanı 1. Sınıf Emekli Emniyet Müdürü Cevdet Saral’a göre teröristin genel profili şu şekilde çıkarılabilir:

“ ...

- İdealist
- *Hayalperest*
- *Bekar*
- *Cesur*
- *Hırslı*
- *Eğitilmiş*
- *Önyargılı*
- *Dikbaşlı*
- *Haklılığına İnanmış*
- *Macera Eğilimleri Gelişmiş*
- *Kindar ve hedefine karşı acımasız*
- *Önemsenmek İsteyen*
- *Uyumsuz*
- *İsyankar*
- *Serseri Ruhlu*
- *Problemlili*
- *Tatminsiz*
- *Özentili*
- *İnkarcı*
- *Kıskanç*
- *Saldırgan..”*

Aslında ortada var olan durum şudur: Terör eylemi kastına uygun kişilik ceza hukuku anlamında kriminal bir kişiliktir. Şunu netleştirmek gerekir ki terör eylemleri mutlaka ceza hukuku anlamında terör amacından bağımsız olarak tipiklik yönünden suç oluşturan eylemlerdir. Bundan dolayıdır ki aynı tipiklikte olması nedeniyle bu tür eylemleri hemen terör eylemi ve devamında terör suçu olarak kabul etmek olanaksızdır. Terör suçunun konusunu teşkil etmeyen suç eylemi ile terör suçu eylemi arasındaki çizgiyi netleştirmek gerekir. Bunu sağlamak ise suç konusu terör eylemini kriminalize ederken suçun tipiklik özelliğinin iyi belirlenmesi yoluyla mümkündür. Eğer suçun tipikliği çok esnek, belirsiz sınırlarla çizilirse, bu durumda ya “kanunsuz ceza olmaz” yasağını delen bir belirsiz tipikliğe uydurulan her türlü muha-

lif hareket suç haline getirilecek veya doğal hukukun anayasalar ve uluslararası sözleşmeler nezdinde yarattığı temel hak ve özgürlüklerin güvencelerinin delinmesi sonucuna ulaşılabacaktır. Filistin direnişinin tamamının Netenyahu tarafından terörist eylem olarak tanımlanmış olması bunun en güzel örneğidir.⁴⁴

ULUSLARARASI HUKUK EKSENİNDE ORTAK BİR TANIMA YÖNELİK GİRİŞİMLER

Uluslararası hukuk ekseninde bir tanım yapılabileceği tartışması bir yana uluslararası hukuktan kastımız da çok önem arz etmektedir. Nitekim, ulusal hukuklardan farklı parametreleri olan, hukuk öznelinin genel olarak devletler olduğu, ulusal hukukta devletin görevini yapan uluslararası yeknesak bir ortak yaptırım makamı olmadığı anımsatılmalıdır. Bunun dışında, özellikle ulusal hukuk-uluslararası hukuk ilişkilerinde ele alınan ortak tanımların da bu farklı ilke ve işleyişten dolayı farklılık arz edeceğinin altı çizilmelidir. Bundan dolayıdır ki, eğer uluslararası hukuk bir düzenleme yapmışsa, bu düzenlemeyi kendi ekseninde bir kavram ve çerçeve oluşturarak veya oluşturmak amaçlı olarak yapmıştır denilebilir. Bunun dışında bazen bu tanımlar iç hukuklardan devşirilirken iç hukuklar uluslararası terörizmi de tanımlayabilirler. Buna örnek yine Amerika Birleşik Devletleri İçişleri Bakanlığı tarafından kabul edilen tanıma göre *"uluslararası terörizm birden fazla ülkenin yetki alanı veya birden fazla ülkenin vatandaşını içine alan terörizm türü"*dir.⁴⁵

Gerçekten, karşımıza çıkan en eski tarihli belge olan Terörizmin Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme (1937) bir tanım yaparak işe başlamıştır:⁴⁶ *"Belirli kişilerin, bazı grupların veya genel kamunun aklında terör yaratmak hesabıyla ve amacıyla devlete karşı yöneltilmiş her türlü kriminal eylem"*.⁴⁷ Daha sonra uluslararası hukukun bunu kavramlaştırmak için atmış olduğu en belirgin adım 1972'de Birleşmiş Milletler Genel Kurul'u nezdinde *ad hoc* bir komite oluşturularak Taslak Konvansiyon hazırlanmasının talep edilmesidir. Ne var ki

⁴⁴ Kapitan, a.g.e. s.30

⁴⁵ <http://www.state.gov/documents/organization/65464.pdf> ; erişim tarihi 01.07.2015

⁴⁶ Bu tanımın çevirisi makale yazarı tarafından yapılmıştır.

⁴⁷ Milletler Cemiyeti nezdinde imzalanan (LoN Doc. C.546. M 383. 1937 V) ve hiç bir zaman yürürlüğe girmemiş Terörizmin Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin 2. Maddesi'den alıntıdır.

bu komite tanım ve kavramın çerçevesini çizmekten ziyade çerçeve ile ilgili bütünlük içermeyen öznel yorumlar yapmakla yetinmiştir. Soğuk savaş sonrası dönemde Genel Kurul bir tavsiye kararı niteliğinde karar çıkarmış olmasına rağmen çok etkin bir karar olarak tarihte yer almamıştır.⁴⁸

Soğuk savaş sonrası dönemde Genel Kurul bir tavsiye kararı niteliğinde karar çıkarmış olmasına rağmen çok etkin bir karar olarak tarihte yer almamıştır.⁴⁹ 1996'da alınan kararlar kurulan *ad hoc* komite ile birlikte 1999 yılında "*Terörizmin Finansmanının Engellenmesi Sözleşmesi*" ortaya çıkmıştır. Bu Sözleşme dönemine göre oldukça parlak ve "şık" bir terörizm tanımı yapmıştır:

*"Bir uluslararası organizasyon, bir hükümet, bir topluluğa bir şeyi yaptırmak ya da yaptırmamak amacıyla silahlı çatışmaya taraf olmayan biri veya bir sivilin ölümüne ya da ciddi şekilde yaralanması sonucunu doğurabilecek herhangi bir eylem"*⁵⁰

Tanımdan anlaşılacağı gibi kişiler, hükümet dışı kuruluşlar, topluluk oluşturmayacak birden fazla kişi veya grup doğrudan terör mağduru olamamaktadır. Hükümetler, uluslararası organizasyonlar veya çerçevesi tam olarak belirlenmesi zor olan "topluluk"lara karşı girişilecek eylemlerden söz edilmektedir. Yani mağdur merkezli bir tanımdan yola çıkmaktadır. Bu tanımda korunmaya çalışılan değer uluslararası organizasyonlar, hükümetler ve topluluklardır. 1996'dan sonra bu komite çalışmaya devam etti ve terörizmin tanımı üzerine tartışmalar da 11 Eylül olayları gerçekleşene kadar devam etti.

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER-AB GİBİ ETKİN ULUSLARARASI ÖRGÜTLER EKSENİNDE TANIM OLUŞTURMAYA YÖNELİK GİRİŞİMLER

İlk kez 1937 yılında bir uluslararası organizasyonda yazılı olarak ifade edilen terör tanımı Milletler Cemiyeti tarafından taslak olarak

⁴⁸ Genel Kurul Kararı 50/53 11 Aralık 1995 BM Dökümanı A/Res/50/53 (1995) ve 17 Aralık 1996 yılında Genel Kurul'un 51/210 sayılı Kararı BM Dökümanı A/Res/51/210 (1996)

⁴⁹ Genel Kurul Kararı 50/53 11 Aralık 1995 BM Dökümanı A/Res/50/53 (1995) ve 17 Aralık 1996 yılında Genel Kurul'un 51/210 sayılı Kararı BM Dökümanı A/Res/51/210 (1996)

⁵⁰ Orijinal metinden makalenin yazarı tarafından çevrilmiştir.

hazırlanmış ama hiçbir zaman resmi bir belgede tanıma dönüşmemiştir: “*Kamuoyunun veya belirli kişilerin ya da bir grup insanın, devlet görevlisinin zihninde terör yaratmak amacıyla tasarlanmış veya devlete karşı yöneltilmiş suçlar*”⁵¹

Daha sonra, bir önceki bölümde sözü edilen tarihsel sürece günümüzde Birleşmiş Milletler ve AB tarafından tamamen farklı bir boyut getirilmiştir. 2005 yılında BM Genel Sekreteri Kofi-Annan’ın girişimiyle, BM’nin daha aktif ve meşru zeminde hareket edebilmesini sağlamak amaçlı olarak daha genişletilmiş bir tanım yapılmaya çalışılmıştır. Bu çalışmanın sonucunda “*Bedensel zarar veya ölüm sonuçlu ciddi miktarda sivil kaybına*” neden olabilecek herhangi bir eylem” terör olarak kabul edilmiştir.⁵²

Tüm bu kaos ve zorluklara rağmen 2006 yılında Jonathan White, Brian Jenkins’e atıf yaparak bize daha öz bir tanım getirmiştir: “*politik bir değişikliği sağlamak için güç kullanımı*”. Diğerleri ise insan veya mülk üzerinde şiddet eylemi veya tehdidi ile stratejik veya taktik bir hedef üzerinde durmaktadır. Jenerik sözlük tanımları “korku” tanımına o kadar benzemektedir ki gerçekten korku anatomisi incelendiğinde benzerlikler tespit edilebilmektedir. Özellikle terörist eylemin çok geniş halk kitlelerinde korku yarattığı düşünüldüğünde, korkunun meydana geliş şekli ve terörizmin kendini ifade ediş şekli örtüşmektedir.

DOĞU ATLANTİK BAKIŞI: AVRUPA BİRLİĞİ ARENASINDA ORTAK BİR GÜVENLİK ARAYIŞINDA TERÖR YAKLAŞIMI

Wallerstein, *Liberalizm’den Sonra* isimli eserinde, Avrupa Birliği’ni 2000li yıllardan sonra ortaya çıkacak ekonomik hegemonya üçlüsünün güçlü halkası olarak gözlemlemektedir. Bundan dolayıdır ki tıpkı Harvey’nin⁵³ dediği gibi küreselleşme sürecinde temel hak ve

⁵¹ Evangelista, Matthew. *Law, Ethics and The War on Terror*, Cambridge Polity Press, 2008. (Bölüm iki, terörizmin tanımı, kitapta sayfa numarası bulunmamaktadır) Milletler Cemiyeti tarafından yapılan tanım bu makalenin yazarı tarafından Türkçeye çevrilmiştir. İlgilenenler okuyucular için orijinal metin: “All criminal acts directed against a State and intended or calculated to create a state of terror in the minds of particular persons, or a group of persons or the general public”

⁵² <http://www.statewatch.org/news/2007/mar/uk-definition-of-terrorism.pdf>, erişim tarihi: 27.07.2015

⁵³ Harvey, D; “The Right to the City” in R Scholar, ed. *Divided Cities*, Oxford Amnesty Lectures 2003, s.61-63

özgürlüklerin farklı bir düzlemde yeniden yaratıldığı sistemdir.⁵⁴ Avrupa Birliği'nin çıkardığı bir direktifle nasıl somutlaşabileceğini **Avrupa'nın ünlü terör hukuku uzmanı Jean-Claude Paye**⁵⁵ şu şekilde açıklamaktadır:

"11 Eylül sonrası terörle mücadelede özgürlüklerin törpülediği dünyada Avrupa'nın tepkisi Avrupa Birliği Komisyonunca hazırlanan bir direktifin Birlik üyesi devlet Adalet ve İçişleri Bakanlarınca oluşturulmuş Konseyce çıkarılması şeklinde ortaya çıktı.⁵⁶ Paye'a göre bu metin "ulus devletin organlarını paramparça edecek, demokrasiler için oluşturduğu tehlike tartışılmadan teknokratların⁵⁷ terörü nasıl bastırılabilmesine yönelik teknokratlarca yapılmış bir metin"dir.⁵⁸

Söz konusu metin (çerçeve kararı) hem "terör eylemi"ni hem "terör örgütü"nü tanımlamaktadır. 21 Aralık 1998 tarihli Suç Örgütüne Katılımla İlgili Ortak Eylem'e açıkça atıfta bulunarak "iki veya daha fazla kişiden oluşan, belli bir zamanda oluşan ve terörist suçlar işlemek için bir şekilde beraber hareket eden, yapılandırılmış bir örgüt" şeklinde bir tanım yapmıştır.

"Yapılandırılmış örgüt" kavramı, hemen bir suç işlemek için şans eseri kurulmamış, "üyeleri için resmi olarak tanımlanmış rollere, bileşiminde bir devamlılığa ve gelişmiş bir yapıya sahip olması gerekmeyen" olarak tanımlanmıştır. Paye, bu esnekliğin 11 Eylül sonrası süreçte bilerek boş bırakıldığı ve böylece gelişmiş bir yapısı olmayan, bileşiminde devamlılık olmayan, üyelerinin tanımlanmış rolleri olmayan yasanın dışına çıkan organizasyonu da terör örgütü olarak tanımlamaya imkan verildiğinin altını çizmiştir. Böylece, Paye'a ve diğer birçok yazara göre Amerika Birleşik Devletleri'nin Avrupalı ortaklarından ve Dünya'nın kalanından isteği olan 11 Eylül sonrası hukuk

⁵⁴ Wallerstein, Immanuel "Opening Remarks: Legal Constraints in the Capitalist World Economy" in MB Likosky, ed, Transnational Legal Process: Globalisation and Power Disparities, Cambridge University Press, Cambridge, s.61

⁵⁵ Belçikalı Sosyolog- Kamu Hukukçusu-Terör Hukuku Uzmanı, Hukuk Devletinin Sonu: Olağanüstü Halden Diktatörlüğe Terörle Mücadele adlı eseri İngilizce, Almanca, Fransızca, İtalyanca, Hollandaca, ispanyolca, Yunanca ve en son Türkçe'ye çevrilmiş, uluslararası alanda Le Monde, Le Monde Diplomatique, Monthly Review, Democrazia e Dritto, Gara, Blatter vb. Avrupalı yayınlarda terörle mücadele konusunda makaleleri yayınlanmıştır.

⁵⁶ COM (2001) 521 final, 2001/ 0217, Brüksel, 19 Eylül 2001

⁵⁷ Konsey'in daimi temsilciler meclisi olan COREPER (Conséil Representanté Permanent) tarafından "36. Madde" komitesi adı verilen komite

⁵⁸ Jean-Claude-Paye, Hukuk Devletinin Sonu: Olağanüstü Halden Diktatörlüğe Terörle Mücadele, çev. Demet Lüküslü, İmge, 2009, s. 65

değişikliğinin en önemli ayağı oluşturulmuş olmasına rağmen, böyle bir tanım, zaten açık listesi verilen terör örgütleri açısından değilse de devletleri yöneten siyasal iradenin “gizli liste düşmanı” oluşumlar açısından büyük bir tehlike ortaya çıkmaktadır.⁵⁹ Paye, maalesef ülkemizde çok defa tekrarlandığı gibi, bir gösteride resmi olmayan bir şekilde bir araya gelme ya da siyasal mahkûmlara yardım için oluşturulan kısa dönemli birliklerin dahi bu tanıma sokulabileceği endişesini taşımaktadır. 1970’ler Almanya’sında Bader-Meinhoff örgütü üye ve sempatizanlarına karşı iktidar yanlısı basının Alman medyasında başlattığı cadı avı, yine ABD’de neredeyse buna eş zamanlı olarak McCarty dönemi cadı avı bu endişelerin batı dünyasında dahi hala sürecek olmasının göstergesidir. Yine de umutlu davranmak isteyenlere karşı 11 Eylül sonrası çıkan terör yasalarını anımsatmakta yarar olabilir. Nitekim, o dönemden beri şüphelilerin Guantanamo kampına götürülüp herhangi bir hukuksal soruşturma geçirmeksizin bir yıla yakın süre tutulabilmesinin olanak dahilinde olduğu, Türkiye’de 2007 yılı itibariyle başlayan sıra dışı terör soruşturmalarının bir aşamasında önceki genelkurmay başkanının dahi, görev yaptığı dönemde terör örgütü yönetmekle suçlanmış⁶⁰ olması terör yasalarının ne kadar sınırsız, etik dışı ve “terör aracı” olabildiğini göstermektedir.⁶¹

Bu nedenle böyle bir suç tipolojisinin hukukiliğinin, anayasallığının değerlendirilmesi için bir soyut norm denetiminin yapılması gerekmektedir. Gerçekten de modern çoğulcu demokrasilerde, hukuk devletlerinde muhalif hareketler ve gösterilerin terör yasaları kapsamına alınarak bastırılmaya çalışılması anayasal ve demokratik süreçlerin askıya alınması anlamına gelmektedir. Bundan dolayıdır ki böyle girişimlere karşı etkin anayasal denetim mekanizmaları oluşturulmalıdır. Eğer böyle bir denetim yapılmaz ve Anayasa normunun üstünlüğü böyle bir durumda belirtilmezse toplumlar, beğenmedikleri her şeyi terör, beğenmedikleri herkesi terörist olarak adlandırmaya meraklı iktidarların esiri olacaktır.

Bundan dolayıdır ki Alman Anayasa Hukuku Profesörü *Bernhard Schlink*⁶² İkinci Dünya Savaşı öncesi Nasyonel Sosyalist Almanya’nın

⁵⁹ A.g.e. s. 16,17,64, 67, 136,137

⁶⁰ <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/19615365.asp>, erişim tarihi 24.07.2015

⁶¹ Türkiye’de bu soruşturmaları yürütenlerin bir kısmının günümüzde terör örgütü üyeliği ile soruşturuluyor olması, söz konusu soruşturulanların terör yasalarından şikayet etmeleri ise bir hukukçunun yaşamında çok nadir rastlayabileceği bir durumdur.

⁶² Alman Kamu Hukuku Profesörü, 1987-2006 Nordrhein-Westfalen Anayasa Mah-

büyük cürümleri ve hukuksuzluklarının temelinde, Weimer döneminde yetişmiş ve bu dönemde yaşamış pozitivist hukukçuların Nasyonal Sosyalist devletin her buyruğunu hukuk olarak adlandırıp uygulamış olmalarının bulunduğunu ifade etmiştir⁶³. Oysaki *Schlink*'e göre devletin buyruklarının hukukiliğini sorgulamak için yargıçların hukuk bilimini ve doğal hukuku uygulamakla yükümlü kılınmış olması gerekliydi⁶⁴. Doğal hukukun bu şekilde "Almanya'daki Rönesansı"nın sadece hukuk biliminin gelişmesi değil, yargının gelişmesi açısından da büyük önemi vardır. Bundan dolayıdır ki Alman Federal Anayasa Mahkemesi (*Bundesverfassungsgericht*) takip eden onlarca yıl boyunca içtihatlarını bu yönde geliştirdi⁶⁵. *Schlink*, bu dönemde Alman Anayasa Mahkemesi'nin yazılı olan hukukun arkasında var olan gerçek hukuku tespit etmek için "doğal hukukçu tetkik tarzıyla Anayasa'nın metni ve yapısı karşısında kendine olabilecek en geniş hareket tarzını yontmuştur"⁶⁶ demektedir⁶⁷.

Devletin teröre karşı kullandığı yöntemlerle terör söylemini yöntem haline getirmesi konularını birbirinden ayırmak gerekir. Birincisi ile ilgili olarak soruşturmaya dahil olan süreç ve temel hak ve özgürlükler dengesi önemli iken, ikincisinde ise söylemin temel hak ve özgürlüklerle çatışması ile başlayan bir süreç söz konusudur. Bu nedenle her iki durumda da çok önemli bir gerçeklik karşımıza çıkmaktadır: anayasal / uluslararası sözleşmeler ile güvence altına alınmış hak ve özgürlükler..

Pozitif hukuku Anayasa ve uluslararası hukukun kurallarından ayrı düşünmek belki de *Schlink*'in dediği gibi, maalesef, sürekli değişken ve çelişik bir kavram hukukunun yaratılması sonucunu doğurmaktadır. Kavram hukuku sonucu kavramların özdeşleştiği değerlerin korunmasını her türlü hukuksal söylem ve yönetime üstün tutan

kemesi üyeliği, 1992'den günümüze değin Berlin-Humboldt Üniversitesi Anayasa Hukuku kürsüsü öğretim üyeliği yapmaktadır

⁶³ *Schlink*, Jörg Calliess (der.), *Geschichte, Schuld, Zukunft* (Loccum Protokole 66); Rehburg-Loccum, 1988, s.57-58

⁶⁴ *Schlink*, burada ünlü hukuk bilimcisi Radbruch'a atfı yapar. Savaşın hemen bitiminde Radbruch yazdığı "Gesetzlichers Unrecht und Übergesetzliches Recht" isimli bir makalede Rechtsphilosophie isimli eski eserindeki pozitivist duruşundan uzaklaşarak bu görüşte hemfikir olduğunu belirtir.

⁶⁵ *Schlink* A.g.e.

⁶⁶ *Schlink* A.g.e.

⁶⁷ Bu geniş hareket tarzının çok net ve kolay tespit edileceği iki içtihat vardır. Ulusalüstü bir hukuk normundaki temel haklar koruması ile ulusal temel haklar süreçlerini harmonize ettiği "So lange" ve "Internationale Handelsgesellschaft" davalarına bakılabilir.

bir anlayış ortaya çıkmaktadır. Bu anlayışın en önemli yanı da söylem ve yöntemin tamamını kavramı yüceltmeye yönelik olarak değersizleştirmesidir.

Guantanamo'da veya Dünya'nın her hangi bir yerinde terör şüphesiyle kişinin tutulması, tutulduğu süre ve tabi olduğu tutulma şartları dahil olmak üzere, terör soruşturma yöntemleri ortak bir etik sorun ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle uluslararası örgütler ve devletlerin yaratacakları ortak parametreler ile oluşturulacak ortak güvenceler soruşturmanın başlı başına bir cezaya dönüşmesinin önüne geçebilecek ve devletler açısından etkili bir terör soruşturmasından ziyade siyasal karşıtları sindirmek amacıyla hukuk ve etik dışı yollar kullanmasının önüne geçilebilecektir.

Aşağıda incelenecek olan Sefilyan kararı tam da bu standartların belirlenmesi açısından önemli bir karardır. Nitekim Avrupa Konseyi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin beşinci maddesi kişi özgürlüğü ve devlet tarafından bunun sınırlanması açısından hassas parametreler koyan birer uluslararası örgüt ve araçtır.

TERÖR TANIMININ VE TERÖR YASALARININ KİŞİ ÖZGÜRLÜKLERİ ÜZERİNE ETKİSİ: AVRUPA KONSEYİ, AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE SEFİLYAN'DA UYGULANAN STANDARTLAR

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasında "**hukuka uygun**" ve "**yasayla belirlenmiş usullerle**" tutulma hususunun altını çizilmektedir. Bu nedenle kararda şu hususu üstüne bastırarak tekrar etmiştir: "Tüm adli ve idari makamlar⁶⁸ ve özellikle mahkemelerin ulusal hukuku uygulamaya ve doğru yorumlamaya dikkat etmesi gereklidir. Aksine bir tutumu ulusal hukuk açısından tespit eden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin ihlali kararı verebilir"

Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamı içinde bulunan "**özgürlük ve güvenlik hakkı**"nı Mahkeme, Sözleşme'de sözü geçen "**demokratik**

⁶⁸ 10 Haziran 1996 tarihli Benham- Birleşik Krallık davası mahkemeler dışındaki makamların ulusal hukuku uygulamayarak Sözleşme'nin ihlali yol açtıkları yönündeki kararına örnek olarak gösterilebilir. Bir diğer örnek ise Assanidze-Gür-cistan 71503/01 no'lu karardır.

toplum” için en önemli unsurlardan biri olarak saymıştır. Bizim hukukumuzda sözü edilen “kaçma şüphesi” ve/veya “delilleri karartma şüphesi”, sadece- katalog suçlardan olmasından mütevellit- suçlamaya ilişkin bir karineye dayandığı zaman, somut olaya uygulanmamış ve varsayımdan hareketle tutuklama kararı verilmiş oluyor ki bu da özellikle Mahkeme’nin 5. madde ihlalinin olduğunu ifade ettiği durumlardan biridir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 5. maddesinin 3. fıkrası tutukluluğun devamının özgürlük ve güvenlik hakkıyla ilişkisini düzenlemektedir. Buna göre, Mahkeme’nin bu kararında sözünü ettiği gibi⁶⁹, “herhangi bir suçlamanın yöneltildiği kişi, yargılama süresince, mahkeme tarafından **“konuyla ilgili ve yeterli”** gerekçeler belirtilmedikçe, mutlak serbest bırakılmalıdır”.⁷⁰

Bu noktada Konsey ve Sözleşme standartlarının somutlaşmasına daha fazla örnek vermek yerine bu çalışma açısından önemli bir yer içeren Sefilyan kararına yer vermek yararlı olacaktır.⁷¹

Bu bölümün özelliği Avrupa Konseyi üyesi bir ülkede sivil itaatsiz bir Yehova Şahiti’nin olayının incelenecek olmasıdır. Aşağıda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin vermiş olduğu kararda bulunan olaylar kısmından derlenmiş öyküsü, Sefilyan olayının maddi gerçeklerinin görülmesi ve ardından hukuksal durumunun değerlendirilebilmesi yönünden önemlidir. Nitekim, bu maddi gerçekler, devletin böylesi bir durumu sert bir ceza soruşturmasına çevirerek Sefilyan’ı yaratmak istediği tek tip vatandaş olmamakla suçlu konumuna sokuyor olması bu çalışmanın sonuç bölümünde Kapitan’ın değerlendirmelerine yapılan atıflara dikkat çekmektedir.

1967 tarihinde Erivan’da doğmuş ve aynı kentte ailesi ile sahip oldukları dairede yaşayan Sefilyan, sivil toplumun önde gelen liderlerinden biridir. Ermeni Gönüllüleri Birliği, Özgür Ülkelerin Savunması ve Aras-Kur Vakfı bunların başında gelmektedir. Aslen Ermeni kökenli

⁶⁹ Sefilyan paragraf 82

⁷⁰ Simirnova- Rusya 46133/99, Becciev Moldova 9190/03, Khodorkovsky- Rusya 5829/04

⁷¹ Sefilyan- Ermenistan Kararı olarak bilinen başvuruya ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin vermiş olduğu kararın metnine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin resmi internet sitesinden [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"itemid":\["001-113296"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{) bağlantısından ulaşılabilir. Erişim tarihi 05.04.2015

Lübnan vatandaşı olmasına rağmen, 1992'den beri doğduğu yer olan Erivan'da yaşamaya devam etmektedir.

Sefilyan hükümete oldukça eleştirel yaklaştığı için kendisini Ulusal Güvenlik Birimi'nin görüşmeye davet ettiği, muhalif tavrından ve yaptıklarından vazgeçmesi talebinde bulunduğunu iddia etmiştir. Söz konusu devlet örgütünün bir alt birimi olan Anayasal Düzeni Koruma ve Terörizmle Savaş Birimi, tahmin edilemeyen bir zamanda Sefilyan'ın ortam ve telefon dinlemesi dahil, tamamen izlenmesi yönünde bir başvuruda bulunmuştur.

15 Ağustos 2006'da Kentron ve Nork-Maraş yerel mahkemesi "**Sefilyan'ın Anayasal Düzeni Koruma ve Terörizmle Savaş Birimi tarafından sunulan veriler eşliğinde ülke içi siyasetin gidişatını değiştirmek, sivil itaatsizlik ortamı yaratmak, bu yöntemleri kullanarak, halka çağrı yaparak, anayasaya aykırı biçimde hükümeti değiştirmek kastının belirgin olduğu**"ndan bahisle Ceza Kanunu'nun 301. maddesinin unsurlarını taşıyan Sefilyan'ın Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 281 ve 284. Maddeler çerçevesinde kendisine ait üç adet cep telefonu ile üç adet ev-iş telefonunun 6 ay boyunca dinlenmesine karar vermiştir.

2 Aralık 2006 tarihinde Ermeni Gönüllüleri Birliği tarafından Erivan Koreografi Okulu'nda 150 kişilik bir topluluğa yapmış olduğu konuşmada:

..birleşmek ve organize olmak gerektiği, yoksa ileri doğru bir adım atılamayacağı, başbakana ve Cumhurbaşkanıya istifa çağrısının anlamsız olduğu zira onların asla istifa etmeyeceği, bunun bir dış güç tarafından dahi başarılamayacağını belirten bir konuşma yapmıştır. Konuşmanın devamında bu yetkililerin istifa ettirilmesi için sadece bu devlet yöneticilerinden kurtulmak amaçlı olan belirli bir güç üretilmesi gerektiği, iktidarda olanların çoğalmasına izin verilmemesi gerektiği, aksi takdirde bu birleşmenin gelecek için yaptığı planların altüst olacağı, bu canavarların çoğalmasına izin verilirse şu an olduklarından çok daha tehlikeli olacakları, bunun önlenmesi için de gerekli önlemin yöntemi ne olursa olsun kullanılması gerektiği..

çağrısında bulunmuştur.

8 Aralık 2006'da Ulusal Güvenlik Birimi'nin soruşturma bölümü meşru hükümeti zorla devirmek için çağrı yapmak suçundan Ceza Yasası 301. madde çerçevesinde cezai soruşturma başlatmış ve Sefilyan 9

Aralık 2006 saat 10:30'da gözaltına alınmıştır. Aynı gün aranan ofisinden Sefilyan'a ait revolver tip bir silahla değişik çap ve markada mermi bulunmuştur. 10 Aralık 2006 tarihinde kendisiyle ilgili tutuklama kaydı hazırlanmış ve pasaportuna el konulmuştur. Kendisi aynı gün ifadeye çıkarıldığında siyasal motivasyonla açılmış bir ceza soruşturması olduğu için ifade vermeyeceğini söylemiştir. 12 Aralık tarihinde hakkında Ceza Yasası'nın 301'de düzenlenen hükümeti devirmeye yönelik çağrı ve 235/1'de düzenlenen hukuka aykırı silah taşımaktan resmi suçlama yapılmıştır. Aynı gün V.M. isimli aynı toplantıda konuşma yapan bir kişi daha gözaltına alınmıştır.

Tutuklama talebini inceleyen yerel mahkeme suçlamanın ciddiyeti ve eldeki verileri dikkate alarak, Sefilyan'ın kaçma ve delilleri karartma şüphesinin bulunduğu kararına varmış ve tutuklama kararı vermiştir. 19 Aralık günü Sefilyan tutukluluğa itiraz etmiştir: Tutukluluk için yeterli delil olmadığını, delilleri karartma şüphesi olmadığını çünkü suçlandığı delilin sadece kaydedilen bir konuşma olduğu ve konuşmanın da polis tarafından kayıt altına alındığı için, tanıkların ifadelerini değiştirmek için baskı yapmak gibi imkanın zaten kalmadığını ileri sürmüştür. Ne var ki mahkeme bu talebi kabul etmemiş ve kaçma şüphesi olduğuna karar vermiştir. Oysa ki bakmakla yükümlü olduğu iki çocuğu ve hasta bir annesi olduğunu mahkeme göz ardı etmiştir.

27 Aralık günü Yüksek Mahkeme itirazı reddetmiştir. Yüksek Mahkeme Ceza Yasası 235/1. md ve 301. md çerçevesinde yapılmış ses kayıtları ile uzman görüşlerini yeterli görmektedir. Aynı gün Sefilyan adresinin kesin ve belirli olması nedeniyle bir kefalet miktarı için mahkemeye başvurmuş ne var ki mahkeme 7 Ocak günü yukarıda belirtilen aynı nedenlerle talebi reddetmiştir.

30 Aralık Günü Sefilyan'ın bir başka arkadaşı V.A 235/1. Madde suçlamasıyla tutuklanmış ve bu kişinin yapmış olduğu kefalet talebi de reddedilmiştir. 22 Ocak tarihinde yapılan itirazı yüksek mahkeme aynı nedenle bu kişi için de reddetmiştir.

10 Şubat 2007'de tutukluluk halinin kanunen sona ereceğini, Sefilyan'ın ise yabancı ülke vatandaşı olduğu için kaçma ihtimali bulunduğunu ileri sürerek yeni bir iki aylık tutuklamanın yenilenmesi talebi ile savcı gelmiştir. 7 Şubat tarihinde savcının bu talebini inceleyen mahkeme, soruşturmanın derinleştirilmesi için bu talebi uygun görür ve tutuklamayı iki ay için uzatma kararı almıştır..

8 Şubat günü Sefilyan'ın itirazına, yüksek mahkemeden 23 Şubat günü Tutuklama halinin kaldırılması için bir değişiklik olmadığından bahisle red cevabı verilmiştir.

10 Nisan günü tutukluluğu sonra erecek Sefilyan için 30 Mart tarihinde ikinci bir iki aylık süre için savcı başvurmuş, 4 Nisan günü mahkeme tutukluluğu aynı gerekçelere dayanarak iki ay için uzatma kararı almıştır. Bu uzatma kararına itiraz eden Sefilyan'ın avukatı yeni bir delile dayanıp dayanmadığını sorduğunda mahkeme bunu, daha önceki delillerin aynısı diye yanıtlamıştır. Bu durum Ağustosun 6 sında yerel mahkemenin Sefilyan'ı suçsuz bulmasına kadar tekrarlanmıştır.

Sefilyan kararının 83. paragrafında:⁷² *"Ulusal Mahkemeler, masumiyet karinesine saygı duyarak, kişi özgürlüğü hakkında ayrılan bir kararı meşru kılabilecek gerçek bir kamusal çıkarın olup olmadığı hakkındaki tüm olguları incelemeli ve tutuklamaya itiraz kararlarında belirtmelidir⁷³. Salıvermeye yönelik veya karşı kararlar özet ve genel ifadelerle verilmemelidir.⁷⁴"* demektedir.

Yine aynı kararın 84. paragrafında ise çok önemli bir husustan söz etmektedir: **"Şüphelinin bir suç işlediğine yönelik makul bir şüphenin varlığında ısrar etmek tutuklamanın devamı için bir sine qua non ise de belli bir zaman sonra yeterli değildir. Böyle durumlarda Mahkeme özgürlükten yoksun bırakmak için adli makamların verdiği diğer gerekçelerin var olup olmadığını ortaya koymalıdır. Bu gerekçeler doğrudan ilgili ve yeterli olmakla birlikte kamu otoritelerinin soruşturmada "özel bir özen"le hareket etmiş olması beklenmektedir.⁷⁵"**

Devamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yine kendi içtihatlarına atıf yaparak **Sözleşme uygulamasında geliştirilen karar öncesi tutuklama için dört temel kabul edilebilir gerekçeden söz etmektedir:**

- i) kişinin yargılamadan kaçma riski⁷⁶
- ii) salıverilen kişinin yargılamanın sağlıklı ilerlemesine müdahale riski⁷⁷

⁷² Sefilyan paragraf 83

⁷³ 26 Haziran 1996 tarihli Letellier-Fransa kararında belirttiği gibi

⁷⁴ 12 Aralık 1991 tarihli Clooth- Belçika kararında belirtildiği gibi

⁷⁵ Labita- İtalya 26772/95 no'lu kararı

⁷⁶ Stögmüller- Avusturya 10 Kasım 1969

⁷⁷ Wemhoff-Almanya, 27 Haziran 1968

iii) suçu devam ettirme riski⁷⁸

iv) kamu düzenini bozma riski⁷⁹

Mahkeme şüphelinin kaçma tehlikesi sadece verilecek cezanın riske edilmesinin olumsuzluğundan ibaret olarak değerlendirilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Şüphelinin kaçacağı yönünde veya yargılamaya çok az katılabileceği yönünde başka diğer faktörlerin de devam eden yargılamada tutukluluğun gerekliliğini destekler ölçüde var olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.⁸⁰ Bundan dolayıdır ki mahkemeye göre, kaçma şüphesi, kişinin karakteri, ahlaki yapısı, evinin nerede olduğu, mesleki faaliyetinin niteliği, malvarlığı, aile bağları ve yargılandığı ülkeyle olan bütün bağları göz önünde tutulmalıdır.⁸¹ Mahkeme, ağır ceza beklentisinin bu anlamda kaçma şüphesi ile “doğrudan ilgili” olmasının yanında karar vermeye yetmeyeceğini, eğer varsa, herhangi bir riski bertaraf etme olasılığı veya olanaklarının araştırılması gerektiğini belirtmiştir.⁸²

Son olarak mahkeme, içtihat hukukuna atıf yaparak⁸³ “**şüphelinin soruşturmaya müdahale etme** olasılığı sadece özet olarak sözü edilerek dayanılacak bir durum değildir, olgularla delillendirilmesi gerekmektedir”, tespitini yapmak suretiyle yargıcın sübjektif bir inancının “yargılamayı etkileme” şüphesi için yeterli olmadığını belirtmiştir.⁸⁴

Yukarıda belirtilen prensipleri Sefilyan davasında uygulayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 3. Dairesi, Kentron ve Nork-Maraş yerel mahkemeleri ile Cezai ve Askeri Yüksek Mahkeme’nin kararlarını tektipleşmiş bir yöntemle özet, şüphelinin kaçması ya da delilleri karartması yönündeki inancı destekleyen maddi olgulardan uzak kararlarla tutuklamalara ve tutukluluğun devamına karar verdiğini gözlemlemiştir. Hatta başvuranın itirazlarını reddedecek gerekçeler üretmemişlerdir. “Bu risklerin varlığı bu mahkemelerin dayanak noktası olan suçlamanın ciddiyeti ile açıklanamaz” demek suretiyle, yasal olarak veya mahkemelerin suçlamanın ciddiyetine inancıyla ve-

⁷⁸ Matznetter- Avusturya 10 Kasım 1969

⁷⁹ Yukarıda sözü edilen Letellier kararı

⁸⁰ 8 Haziran 1995 tarihli Yağcı ve Sargın- Türkiye kararı paragraf 52, Series A no.319-A

⁸¹ Sefilyan, paragraf 86

⁸² 27 Haziran 1968 tarihli Neumeister- Avusturya kararı, paragraf 10 Series A no. 8

⁸³ 11 Temmuz 2000 tarihli Trzaska-Polonya 25792/94 paragraf 65

⁸⁴ Sefilyan paragraf 87

rilen tutululuk kararı ve tutululuğun devamı kararlarının tamamen sözleşmenin ihlali anlamına geleceği belirtilmiştir. Kaldı ki yine bu mahkemelerden birinin hiç bir gerekçe vermeden dahi tutuklamanın uzatılmasına karar verdiği tespit edilmiştir.

Sefilyan'ın avukatı kefalet karşılığı serbest bırakılmayı talep ettiğinde üst mahkeme “*yabancı uyruklu*” olduğu için kaçma şüphesi olabileceğini ileri sürerek kefalet talebini reddetmiştir. Bunun tek başına bir gerekçe olamayacağını belirten 3. Daire aynen şu ifadeyi kullanmıştır: “*Yüksek Mahkeme burada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında belirlenen faktörleri uygulamamıştır*”. Oysa 1992'den beri sürekli Ermenistan'da yaşamakla birlikte tüm ailesi ve malvarlığı ile başka benzer birçok bağlantının varlığı olan başvuran açısından bunların değerlendirilmemiştir. Yine pasaportuna el konulmuş olması onun başka bir ülkeye uçuş riskini de minimize etmiştir.

Aynı kararda kefaletin reddedilmesi ile ilgili olarak başka bir şüphelinin daha tutuklanmış olması gibi Sefilyan'ın tutuklanmasıyla doğrudan bir ilgiye sahip olmayan bir konunun gerekçe olarak yazılmış olması ve şüphelinin duruşmalara gelmesini garanti altına alacak şüpheli tarafından verilebilecek güvenceler araştırılmadan reddedilmesine mahkeme dikkat çekmiştir.

İşte belirtilen bu nedenlerden dolayı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Üçüncü Dairesi Yerel Mahkemelerin ve Yüksek Mahkeme'nin vermiş olduğu kararların, tutukluluğun devamı ve kefaletin reddi dahil hepsinin “ilgili ve yeterli” olmadığına karar vermiştir.

ŞİDDETLİ ÖZGÜRLÜKLER KITASINDAN BİR ÖRNEK: BİRLEŞİK DEVLETLER- BAGDASARIAN DAVASI

Amerikan – Avrupa kültürel antropolojisi arasındaki bariz farklılıklar özgürlükler anlayışına da yansımıştır. Her zaman en fazla verilen örnek: Auschwitz mağduru Yahudilerin yaşadığı mahallede Nazi destekçilerinin herhangi bir şiddet unsuru barındırmayan yürüyüş ve gösteri yapabilecekleri bir özgürlük anlayışı ile Nazi partisinin kurulmasının ya da işaretlerini taşıyan organizasyon ve gösteriler yapılmasının kesin olarak yasaklandığı iki ayrı sistem söz konusudur. Yukarıdaki örnek ikincisinin kurduğu sistemin hukuksal parametrelerince oluşturan bir uluslararası mekanizmanın konuyu ele alış şeklidir. Bu-

rada ise birincisinin muhtemel ve etkili bir terör tehlikesi tanımlaması ve buna göre hukuksal tepkiyi gösteren örneği bulunmaktadır.

Öykü kısaca Amerikan başkanlık seçimleri akşamı gerçekleşen bir sanal oturumla başlamaktadır. Nitekim, 22 Ekim 2008 günü Yahoo internet sosyal paylaşım hizmet sağlayıcısının Yahoo-Finance: American International Group adlı mesaj sayfasında Walter Bagdasarian isimli kişi *“Obama, zenciği ... (sinkaflı söz) etmek lazım, yakında kafasında elli kalibrelik bir delik olacak”* yazılı bir mesaj postaladıktan yaklaşık 20 dakika sonra ikinci bir mesajda *“zenciği vurun, ülke 4 yıl daha mı batacak, ne yaptı herhangi bir zenci, doğru bişey????uzun dönem???? Tarihte asla, sambos hariç”* bu iki mesajın arasında gerçekten çok sarhoş olduğunu gösteren anlamsız mesajlar da atmıştır.

Mesajı internette gören bir emekli hava kuvvetleri subayının şikayeti ile harekete geçmiş olan Federal Gizli Servis ajanları bir ay kadar sonra Bagdasarian'ın evine arama emri ile gelmiş ve ikisi 50 kalibrelik 6 silah bulmuşlardır. Hard diskinden aldıkları kopyada ise tam da seçim gününe ait *“Ve işte başlıyor” “Pistol??? Dostum, Josh bize bir tane bunlardan bulmalı, zencinin arabayı vurmali ve POOOF!”* içerikli e-posta mesajlarına ulaşılmıştır. Aynı gün aynı başlıkla gönderilen başka bir e-posta içeriği ise *“Pistol.. plink plink plink, eğer şimdi 50 kalibre kullanırsanız bu zenciye olacak şudur”* yazmakla birlikte bir video bağlantısı kopyalanmış, bağlantı açıldığında bir propan tankı, etrafa saçılmış materyal ve havaya uçmuş iki araç gözükmektedir.

Gizli servisin oluşturduğu dosyadan savcılık Amerikan Federal Ceza Yasası'ndaki bir maddeye dayanarak *“başkanlık görevine gerçek bir adayın hayatını tehdit etme veya bedenen zarar verme”* suçundan mahkemeye sevk edilmiştir.

Mahkemedekendisinin sarhoş olduğunu tekrarlayan Bagdasarian'a verilen cezadan sonra avukatı Amerikan Federal Mahkemesi'ne Dördüncü Reformda güvence altına alınan ifade özgürlüğünün cezalandırma yoluyla ihlaline karar verilmesi için başvurmuştur.

İçinde bu kadar şiddet, tehdit kokan bir davranışın terör eylemi olarak nitelendirilmesine bağlı olarak Bagdasarian'ın cezasının Anayasa'ya uygun bulunacağı düşünülse de Federal Mahkeme'nin Kararı, bu şekilde olmamıştır. Bagdasarian'ın hiç bir icra hareketine girmedeği, hazırlık hareketlerine dahi başlamadığı, sözleri ve söyle-

minin sarhoşken, seçimin yaşattığı düş kırıklığıyla söylenmiş bir kızgınlık ifadesinden ibaret olduğu ve kimseyi şiddete çağırmadığı ve herhangi bir şiddet eylemiyle mantıklı organize bağlantı bulunmadığı göz önüne alınarak bu hareketi ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmiştir.

Amerikan Federal Anayasa Mahkemesi'nin çağdaş anayasal somut norm denetimine iki yaklaşımı mevcuttur. Bunlardan ilki “*Originalism*” adı verilen, somut olayda uygulanan yasanın Anayasal normun aslına (orijinaline) uygun olup olmadığını tartışan yaklaşımdır. Yani burada Anayasal hakkın asıl kapsamı araştırılıp, yasanın asıl çerçevesi ile uygulamasının bu anayasal hakkın orijinine uyup uymadığı test edilmektedir. İkincisi ise “*Thayerism*” olarak bilinen ve ilk kez 1893 yılında Harvard Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayınlanan Amerikan Anayasallığının Doktrini isimli makalede sözünü edilen, somut norm denetiminde sadece yasanın Anayasa'ya uygun bulunmadığı ifadesiyle “yasa koyucunun yerine geçmek” değil, Anayasaya uygunluğunun da aykırılık gibi hukuken temellendirilmesi gerektiğini ileri süren yaklaşımdır. İşte Bagdasarian'da Mahkeme bu yaklaşımı kullanmıştır, zira bu yaklaşımı tarihsel süreçte inceleyecek olursak, “originalism” yaklaşımına göre daha özgürlükçü ve vatandaş/temel hak merkezli bir yaklaşımdır. Mahkeme'nin bu seçiminin bir sonucu olarak Bagdasarian'ın davranışının cezalandırılmasının Anayasa'ya uygunluğunun da tıpkı aykırılığı gibi test edilmesi gerekmektedir.

Federal suçlara ilişkin Yasa'nın U.S.C. 879 (a)(3) suçun tipikliğini: “..bilerek ve isteyerek başkanlığın önemli adayını ve böyle bir adayın aile bireylerini öldürme, kaçırma, bedensel zarar verme tehdidi” olarak tanımlamıştır. Bu nedenle Eyalet Yüksek Mahkemesi hiç bir hareket içermeyen sadece konuşmak suretiyle tehdit suçunu kriminalize eden bir ceza normuyla ilgili yanlış bir anlaşılma olmaması için detaylı bir analiz yapmak zorunda kaldığını, bu analizin de mutlaka ifade özgürlüğünü düzenleyen Birinci Reform (First Amendment) ışığında yapılması gerektiğini⁸⁵ belirtmiştir. Anayasal bir özgürlük olan ifade özgürlüğü suç kapsamına sokulmaması da “gerçek tehdit” söz konusu ise bunu bağışlamayan Birinci Reformla ilgili olarak Yüksek Mahkeme daha önce *Virginia v. Black* 538 U.S. 343 (2003) davasında bu tehdidin cezalandır-

⁸⁵ Yüksek Mahkeme bunu ilk kez *Watss v United States*, 394 U.S. 705, 707 (1969) davasında ifade etmiştir.

rılabileceği hüküm altına alınmıştır. Böylece, Birinci Reformun “ancak kişi veya kişiler topluluğu olan karşı tarafla iletişime geçmiş hukuka aykırı bir şiddet içeren hareketi yapma kastı konusunda ciddi bir ifadeyi” cezalandırabileceğinin altı çizilmiştir. Muhatabına ulaşmamış ve üçüncü kişi gözlemcilerle ulaşan sözcükler ile bu tehdit gerçekleşmemiş demektir. Bundan dolayı Yüksek Mahkeme, subjektif (öznel) ya da objektif (nesnel) bir değerlendirme mi yapılması gerektiği konusunda kendi deyimiyle bir algısal karmaşa olduğunu ileri sürmüştür. Bu algısal karmaşa özellikle seçimle ilgili kararlarında büyük bir çatışma ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bundan dolayıdır ki Yüksek Mahkeme burada tıpkı U.S.C. “871’de belirlenen görevdeki başkanın tehdit ceza normunda olduğu gibi objektif kriter analizi mi yapacaktır, yoksa bu davanın konusu olan 879(a)(3) deki gibi hem objektif hem subjektif kriter analizi mi yapması gerekecektir” diyerek, tartışma temelini oluşturmuştur. Daha sonra Mahkeme Black davasına atıf yaparak, sadece bir ifadeyi cezalandırmak için “gerçek tehdit”in ne olduğunun tespit edilmesi gerektiğinin altını çizmiştir. “Gerçek tehdit” kavramının Anayasal bir zorunluluk olduğunun altını çizen Mahkeme, bütün tehdit ceza normlarının Black kararının ışığında okunması gerektiğini belirtmiştir. Bu nedenle bütün sorunun, bazı tehdit suçları açısından ek olarak nesnel kriterin de değerlendirilmesi gerekip gerekmediği noktasında oluştuğunu belirtmiştir.

Burada görüldüğü gibi özgürlük düşüncesinin şiddetinin iktidar paranoyasını bastırıldığı bir sistemde Bagdasarian’ın akıl zayıflığı içinde bulunduğu bir an sarf ettiği ve ortalama insan zekası ile ciddiye alınmayacak sözlerinin “şiddete ve teröre çağrı” olarak alınmasının olanaksız olduğu ortaya konularak, bunu ciddiye alacak muhakeme zayıflığına sahip bir bireyin terör yaratma tehlikesi gibi göreceli zayıf bir ihtimal düşünülerek Bagdasarian’ın kişisel özgürlükleri üzerinde hukuksal yaptırım veya tedbir yürütülmesi istenmemektedir. En kısa söylemiyle: Yasanın öznesi yasaya karşı, toplum sözleşmesinin tarafı olarak korunmaktadır..

ŞİDDETİN ÖZGÜRLÜĞÜNE YÖNELİK ÖZGÜRLÜĞÜN ŞİDDETİ ULUSLARÜSTÜ BİR ETİK SORUNSALINI SONUÇLANDIRABİLİR Mİ?

Etik ile uluslararası hukukun şiddet tartışmasının kesiştiği noktalardan birisi belki de şiddetin gelmiş geçmiş en ileri boyutuna örnek olan

Hiroshima ve Nagazaki'nin atom bombası ile yok edilmesinin ardından yoğunlaşan tartışmalardır. Silah kullanımında sivillere bu kadar ağır kayıplar veren silahların kullanılması ile böyle silahların yapımına yönelik bilimsel çalışmanın etik yönelimleri ayrı ayrı tartışılmıştır.⁸⁶

Yanıtı aranan bir soru üzerine açılacak tartışmanın sonuç bölümünü oluşturacağı bu çalışmada etik ile kavramlaştırma arasındaki ilişki farklı boyutları ile ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu başlıkta sorulan sorunun yanıtını alabilmemiz belki de “*senin teröristin benim özgürlük savaşçım*”⁸⁷ anlayışından bir adım öteye geçerek uluslararası hukukun yeknesaklaştırdığı egemen eşitlik ve uluslararası güvenlik ekseninde etik- kavram ikilisinin tartışılmasına bağlıdır.

Olaf Mueller bir eylemin terörist olup olmadığını belirlerken ona dair uygun etik değerlendirmenin nasıl yapılacağına da belirlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu nedenle bu sorunun yanıtı olarak eylem terörist olarak tanımlansa dahi bu eylemin ahlaki durumu hakkında olumsuz bir yargı yaratmaz demektir.⁸⁸

Kapitan, Beyrut'ta ABD ordusuna karşı saldırı ile Yemen'deki USS Cole destroyerine karşı saldırıya bakıldığı zaman aslında ABD İçişleri Bakanlığı'nın çok kesin bir dille “sivillere yönelik” olma şartıyla uyuşmadığı halde bunu terör olarak tanımladığını ve aslında devletler tarafından bu konuda “dizinli ve benmerkezci” bakış geliştirildiğini ileri sürmektedir.

İsrail- Filistin çatışmasını örnek olarak gösteren Kapitan İsrail'in 1948'de kurulması ve 1967'deki savaş sonrası kalan Filistin topraklarını da işgaliyle Filistinlilerin direniş hareketinin batı kamuoyundaki yansımaları anlatmıştır.⁸⁹ Eylül 1970'de Lübnan'daki iç savaşa kadar İsraililerin, El-Fetih gruplarıyla birlikte hareket eden Filistinli Araplar hakkındaki “katiller” söylemi, bu tarihten sonra “terörist” ve “sabetajcı” olarak değişmiştir.⁹⁰ Nitekim batı medyası da o tarihe kadar “gerilla”, “komando” ve “fedai” gibi söylemleri değiştirmeye, özellikle

⁸⁶ Mohamed Feisal, Milton And The Post-Secular Present, Ethics, Politics, Terrorism, s.1

⁸⁷ Mohamed Feisal, a.g.m, s.107

⁸⁸ Mueller Olaf, benign Blackmail, Cassandra's Plan or what is terrorism, in G.Meggel (ed)Ethics of Terrorism &Counter Terrorism, s.9

⁸⁹ Kapitan, a.g.e., s.29

⁹⁰ A.g.e

de 1968-1970 uçak kaçırılmaları ve 1972 Münih Olimpiyatları'nda İsraili sporcuların kaçırılması eylemlerinden sonra "terör" ifadesini kullanmaya başlamıştır.⁹¹

1949 Cenevre Konvansiyonları devletlerin çatışma yöntem ve silahları üzerinde düzenleme yapana kadar devletler kendi yaptıkları bazı silahlı eylemlere de terörizm adını vermişlerdi.⁹² Gerçekten de bundan neredeyse çeyrek asır öncesine kadar "kontraterör" olarak da Türkçeleşmiş "counter-terror" deyimini bu eylemleri ifade etmişti. Ne var ki günümüz uluslararası hukuku çerçevesinde devletler bu deyim artık kullanmaktan vaz geçmişlerdir. Nitekim hem uluslararası hukuk hem genel demokratik etik açısından bu eylemlerin devletlerin kendi anayasal sistemlerinde güvence altına aldıkları temel hak ve özgürlükleri de ihlal ettiği üzerinde bir görüş birliğine varılmıştır.⁹³

Alexander Haig ABD İçişleri Sözcüsü, 1981 yılında Reagan dış politikasının artık insan hakları değil, terörizmle mücadele odaklı olduğunu açıklamıştır.⁹⁴ Kapitan bu nedenle terörizmden en fazla zarar görenlerin üyesi oldukları topluma karşı o toplumdan gelen münferit bir iki saldırıyı bahane ederek "terörizm" söylemi ile yapılan misilleme saldırılarının mutlaka üzerinde düşünülmesi gerektiğini ileri sürmüştür.⁹⁵

Günümüzde terör kavramını ulusötesi kavram ve normlar dünyasında kullanırken en önemli başvuru noktamız bu davranışın normun kökenindeki meşruiyet ile etik yoksunluğudur. Gerçekten de terör olarak kabul edilmeyenler sayıldığında savaş⁹⁶, gerilla⁹⁷, devlet müdahalesi gibi durumlar kısmen meşruiyet zeminine sahip veya etik bir yanı olduğu kabul edilebilecekken, terör adına veya tamlamasına giren herhangi bir konu için bu durum söz konusu değildir.

⁹¹ A.g.e

⁹² Evangelista, a.g.e.

⁹³ BM'in Kontraterör ve uluslararası hukuk ile ilgili yayımladığı bir broşür bulunmaktadır. Burada uluslararası hukuk kontraterör ilişkisi analiz edilmiştir. Bkz. <http://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/FAQ/English.pdf>, Erişim tarihi 4.9.2015

⁹⁴ Kapitan, a.g.e. s.33

⁹⁵ Kapitan, a.g.e.

⁹⁶ Bozkurt, Enver. Birleşmiş Milletler Sisteminde Kuvvet Kullanma, Nobel Yayınları, Ankara, 2003, s.199

⁹⁷ Başeren, Sertaç. H. "Uluslararası Hukuk Açısından Terörizm", Dünyada ve Türkiye'de Terör, Ed: Ali Tarhan, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası, 1. Baskı, s.183

Bunun dışında yukarıda sayılanlar hariç olmak üzere devlet terörü, gıda terörü, trafik terörü gibi terörün isim tamlamasına girdiği herhangi bir olgu, o olgunun terörizmin meşruiyet, etik yaklaşım ve sonuç özelliklerini içinde barındırdığını göstermektedir.

Daha ayrıntılı inceleyecek olursak devlet terörü dediğimiz zaman devletin görevlilerinin kendi vatandaşlarına veya başkalarına yönelik⁹⁸ hukuk dışı terör etkisi yaratacak eylem ve tutumları söz konusudur. Bunlar, terör etkisi yaratmakta olduğu kadar meşruiyet zemininden ve etikten de yoksundur. Aksine devlet pozitif yükümlülükleri olan ve hukuk için var olan bir yapıdır. Bu nedenledir ki devlet terörü tamlaması kullanılmaktadır. Aynı şekilde gıda terörü, insan beslenmesinde yarattığı etki ile terör sonucu doğuran meşruiyet ve etikten yoksun bir olgudur. Nitekim insan beslenmesi için sentetik ya da uygun olmayan araçların yerleştirildiği gıdalar sonrasında ortaya çıkan ölüm veya kalıcı/geçici rahatsızlıklar için herhangi bir meşruiyet zemini olamaz. Etik olarak da kabul edilmesi olanaksızdır. Aynı durumu trafik terörü için de söyleyebiliriz. Aşırı hız, hatalı sollama, alkollü araç kullanma sonucu ölüm veya yaralanmaya neden veren, yüksek miktarda maddi ve manevi kayba yol açabilen bir olgudur trafik terörü. Burada da hız, keyif, acemilik ya da içsel tatmin gibi sürücü davranışlarının kesinlikle bir meşruiyet zemini veya etik yönünden söz edilemez.

Sonuç olarak bir meşruiyet zemini oluşmaksızın ortaya çıkan terör tanımı etik olmaktan uzaktır. Bundan dolayıdır ki özgür ülkeleri silah zoru ile işgal edilmiş halkların vermiş oldukları mücadele ile parçası oldukları üniter devleti emperyalist hegemonya çıkarları çerçevesinde zayıflatmak isteyen silahlı mücadelenin meşruiyet zeminleri farklıdır. Bundan başka ortaya çıkış, meşruiyet zeminine ek olarak kullanmış oldukları yöntemler açısından sivillere, kadın ve çocuklara, okullara, ekonomik değerlere, tıp ve eğitim çalışanlarına, doğrudan saldırı, bombalı tuzak, uçak kaçırma, elektrik enerji santrallerine sabotaj veya insan gücüyle kontrol edilemeyecek baraj, nükleer reaktör gibi tehlikeli güçlere yönelik saldırılar gibi halkın güvenlik duygusunu terörize edecek eylemler yapmak meşruiyet zemini ne olursa olsun terör olarak adlandırılacaktır.

⁹⁸ Başeren, a.g.e., s.187

ESKİ YUNAN YARGI SİSTEMİ: MÖ IV. YÜZYILDA ATİNA'DA YARGIÇLAR VE MAHKEMELER

ANCIENT GREEK JUDICIAL SYSTEM:
JUDGES AND COURTS OF LAW IN ATHENS IN THE 4TH CENTURY B.C.

Ayşen SİNA*

Özet: Bu makalede Aristoteles'in tarihsel ve bilimsel olgulara ilişkin kapsamlı derlemeleri arasında günümüze ulaşan "Atinalıların Devleti" adlı eseri temel alınarak MÖ IV. yüzyılda Atina yargı sistemi konu edilmektedir. Çalışma, söz konusu eseri esas alarak eskiçağ Atina'sının yargı sisteminin temeli olan yargıçlar, mahkemeler ve yargılama usulleri tarihsel analiz yöntemleri çerçevesinde incelenmiştir. Eski Yunanlıların siyasal örgütlenmesi, günümüzden farklı olarak ulus devlete değil, "polis" denilen kent devleti düzenine dayanmaktaydı. Her kent devleti siyasi olarak bağımsızdı ve kendine yeten bir yapıya sahip olarak kendi kendini yönetirdi. Dolayısıyla her kent devletinin kendi yasaları doğrultusunda, bütün vatandaşlar yürütme ve yasama ile ilgili yetkilere sahiptiler. Bu doğrultuda pek çok Yunan kent devletinden biri olan Atina'da ilk olarak yasalar, yargıçların seçilmesi, yargılama yetkileri ile mahkeme türleri üzerinde durulmuştur. Ardından antik edebi kaynaklarda yer alan yargılamalar için yazılmış söylevlerden yararlanılarak MÖ 4. yüzyıl Atina yargı sisteminin genel çerçevesi anlatılmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Atina, Hukuk, Yargıçlar, Mahkemeler*

Abstract: This article deals with the judicial in 4th century B.C. Athens by means of Aristotle's Athenian Constitution, one of the extant comprehensive compilations about historical facts. The article analyses judges, courts of law and judiciary procedures which form the basis of the ancient Athenian justice system. The political organisation of the Ancient Greeks was based on the polis, the city state order, rather than today's nation states. Politically independent city states were founded solely on a constitution defining the rights and duties of citizens, the principles of sovereignty of the law based on citizens' will and freedom of the individual. Therefore, city states allowed all their citizens to participate in legislation, execution and jurisdiction within the frame of their own laws. Accordingly laws, the election of judges, judicial powers and different kinds of courts of law in Athens have been touched upon. Finally, general outlines of Athenian judicial system in 4th century B.C. have been elucidated, based on orations about proceedings in ancient literary texts.

Keywords: *Athens, Law, Judges, Courts of Law.*

* Doç. Dr. Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi

Yargı, hak ile haksızlığı ayırmadır. Aristoteles,
Nikomakhos'a Etik V. 1133a.

Mahkemeleri yolunca kurulmamış devlet, devlet
olmaktan çıkar.

Platon, *Yasalar* VI. 766d.

Siyasi gücün sembolü ve yasa bilgisi demek olan ve adalet, doğruluk, tanrısal veya ahlaki yasa anlamına gelen eski Yunanca *themistes* sözcüğü adalet tanrıçası Themis'in adından türetilmiştir. Hesiodos'a göre tanrıça Themis, Uranos ile Gaia'nın kızı ve ikinci kuşak tanrılarını oluşturan kadın titanlardan biridir; sonradan kişileştirilerek adaletin simgesi olmuştur.¹ Themis sözcüğü ise "adalet, doğruluk, tanrısal veya ahlaki yasa; tanrıların isteği, iradesi; gelenek ve adet" anlamlarına gelmektedir.² Eskiçağ Yunanistan ve Anadolu'sundaki yargı sisteminin yargıçları ve mahkemeleri hakkında en erken yazılı belgeler Homeros destanlarıdır. İlyada ve *Odysseia* adlı destanlarında Homeros bize, krallar yönetimi altındaki eski Yunan topluluklarının örf ve adet hukukunun mevzuatı hakkında az da olsa bilgi verir. Yargılama ve yönetme yetkisinin insana tanrılar tarafından verildiği bilgisi destan kahramanlarından Nestor'un, Agamemnon'a "*Yasaları Zeus verdi senin eline/yönetesin, çekip çeviresin, diye halkı*" konuşmasından anlaşılmaktadır.³ Bununla birlikte kral, tek yargıç değildir. Homeros, Akhilleus'un kalkanı üzerindeki sahneleri betimlediği dizelerde kral olmayan yargıçlar hakkında şunları yazar: "*Yaşlılar (gerontes) cilalı taşlar üzerinde oturuyordu, kutsal çevrede/ Çınlak sesli yargıçların değnekleri vardı ellerinde/ Kalkıp değnekle yargı veriyorlardı sırayla. İki altın külçe duruyordu ortada/ alacaktı altını en doğru yargıya veren*".⁴ Destanlarda yargıçların, "Zeus adına hak koruyanlar", "eğri yargılar verdikleri için insanlara kızgın Zeus", "kadın hakkında karar veren Hera" örneklerindeki gibi, tanrı-

¹ Hesiodos, Tanrıların Doğuşu 901 vd. Şurada: Hesiodos Eseri ve Kaynakları (Çev. S. Eyüboğlu- A. Erhat) Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1977.

² Henry George Lidell - Robert Scott, A Greek - English Lexicon, Oxford, Clarendon Press, 1990, s.789.

³ Homeros, İlyada IX. 98-99 (Çev. A. Erhat - A. Kadir) İstanbul, Can Yayınları, 20. Basım 2005.

⁴ Homeros, İlyada XVIII, 503 vd.

sal bir yetkiyle hak ve adaleti ellerinde tuttuklarını görürüz.⁵ Tanrısal yargılama yetkisi dışında insanlar tarafından da “öldürülen evlatlar ve kardeşlerin” öcünün alındığını;⁶ “bir adam öldürenin hısım akrabasını bırakıp yurdundan kaçtığı”;⁷ insan, kardeşini öldürenen şöyle dursun, oğlunun kanına girenden bile karşılık olarak” kan parası alındığını okuruz.⁸ Homeros’un çağdaşı Hesiodos ise kardeşi Perses ile yaşadığı mirasla ilgili bir uyuşmazlık nedeniyle hukuk ve adalet konusuna yer vermiştir.⁹

Kuşkusuz bu kadar az bilgiyle MÖ 1000 ile 700 yılları arasında, destanlara yansıyan ve “polis” denilen kent devletlerindeki, bir cinayet vakası karşısında toplumun tutumu ve kan davasının gerekleri gibi, yargılama yasalarını tanımlamak olanaksızdır. Bu süreçle birlikte kökenleri ve sahip oldukları mülklerle toplumda seçkinleşen yeni soylular sınıfının, kült ve hukuk konularında önder bir rol üstlenmeleriyle kralların gücü sınırlanmış ve zamanla da ortadan kalkmıştır. Bir bakıma kent devletlerinin küçüklüğü de vatandaşların (*politai*¹⁰) her çeşit siyasal olaydan etkilenmelerine ve yaşadığı kent devleti anayasasının elverdiği oranda siyasal yaşamda etkin olmasına olanak tanımıştır. İlk yasa, MÖ VII. yüzyılda soylular ve sıradan halk, toprak sahipleri ve köleler, zenginler ve yoksullar arasında yaşanan siyasi ve ekonomik çatışmalar sonucunda monarşinin yıkılmasından sonra yazılarak yürürlüğe konmuştur. Atina’nın ilk yasa koyucusu olan Drakon’un yasaları esasen ceza hukukuyla ilgiliydi. Onun yasaları mevcut siyasal yapıya bir değişiklik getirmese de siyasal iktidarın sınırlarını belirlemiştir. Söz konusu yasada, yargıya ilişkin kararların ve kuralların bütün vatandaşlar için geçerli olduğunun belirtilmesiyle, hukuki anlamda eşitliğin temellerini atılmasını sağlamıştır. Bu yasa,

⁵ Homeros İlyada I. 238, XVI. 385 vd; XIX.109 vd.

⁶ Homeros, Odysseia XXIV, 433 vd (Çev. A. Erhat - A. Kadir) İstanbul, Can Yayınları, 17. Basım 2005.

⁷ Homeros, Odysseia XXIII. 118.

⁸ Homeros, İlyada IX. 631.

⁹ Hesiodos, İşler ve Günler 210-230. Şurada: Hesiodos Eseri ve Kaynakları (Çev. S. Eyüboğlu- A. Erhat) Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1977.

¹⁰ Vatandaş tanımı ve hakları kent devletlerinde farklılıklar göstermektedir. Atina’da sadece özgür erkekler vatandaş sayılmaktadır; kadınlar, çocuklar, kentte yaşayan yerleşik yabancılar (metoikos) ve köleler vatandaş değildir. Vatandaş olmayanlar Halk Meclisi’ne (Ekklesia) katılamaz, mahkemelerde kendilerini temsil edemezlerdi.

sadece kasten cinayet değil, önemsiz hırsızlıklara dahi ölüm cezası öngörmesine rağmen özellikle taammüden cinayet, kasten öldürme ve taksirle öldürme arasında ayırım yapmaktadır. Bununla birlikte Homeros döneminin öç almaya dayalı hukuka nazaran iyileştirme getiren Drakon yasaları somut içeriği belirsiz ve tartışmalı olsa da, cezai hükümler içeren özel hukuk kuralları içermektedir.¹¹ Siyasal, toplumsal ve ekonomik koşulların değişmeye başlamasıyla birlikte, aristokratik içerikli sözlü tanrısal yasalar olan *thesmoi*¹² hem zenginlerle yoksullar hem de zenginlerin kendi aralarındaki anlaşmazlıkları gidermede yetersiz kalmıştır. Özellikle de tanrıların koyduğu bu yasaların uygulayıcısının soylular olması, hoşnutsuzlukları daha çok arttırmıştır. Bu koşullar içinde MÖ VI. yüzyılın başlarında, Sparta hariç, kayda değer bir Yunan devleti de bulunmamaktadır. Bu devletler de yazılmamış yasalar (*agrafa nomima*) ve mutlak hükümlerin (*autognomones*) ötesine gidememiştir. Dolayısıyla söz konusu dönemde hem Yunanistan hem de Batı Anadolu'da yaşayan Yunanlıların adli teşkilatları ve muhakeme usulleri hakkında bilgi yoktur.

Atina demokrasisinde gelişen hukuk sisteminin temeli Solon¹³ yasalarına dayanır. Halk Meclisi (*Ekklesia*¹⁴), Dört yüzler adıyla bilinen

¹¹ Douglas Maurice Macdowell, *The Law in Classical Athens*, New York, Cornell University Press, 1978, 42-47.

¹² Thesmos: Tanrılar tarafından konulan yasa; tanrısal yasa; thesmoi: Atina'daki en erken yazılı yasaların atfedildiği Drakon ve Solon kendi yasalarından nomoi değil, thesmoi olarak söz ederler (Atinalıların Devleti 7.1; 41. 2). Bu durumda thesmoi bir yasa koyucu tarafından halka zorla kabul ettirilen, adeta tanrı buyruğu olarak kabul edilen ve aristokratların işine yarayan yasaları, nomoi ise toplumun her kesiminin sosyal ve siyasal yaşamını adil bir biçimde düzenleyen, bütün halk için geçerli ve bağlayıcı olarak görülen yasaları ifade etmektedir. Nomothetai (yasa koyucu) lakabıyla anılan Drakon'un yasaları aristokrasinin halkın üzerindeki egemenliğinin ifadesiydi.

¹³ Solon: Doğuştan soylu (eupatrides) aileden gelen Atinalı devlet adamı ve ozan (MÖ 640-558). Attika bölgesinde büyük karışıklıklara yol açan tarım bunalımı çıkınca arkhon oldu. Yaptığı reformlar arasında çiftçilerin borçlarının silinmesi, yabancı ülkelere köle olarak satılmış vatandaşların ülkeye geri getirilmesi, borç yüzünden köle olmayı yasaklaması sayılabilir. Solon, siyasal alanda yaptığı işleri duyurmak ve haklılığını savunmak amacıyla elegeia ve iambos vezniyle şiirler yazmıştır. Şiirlerinde ülkenin içinde bulunduğu ekonomik ve toplumsal sıkıntılara çözümler önermesi nedeniyle sonraki araştırmacılar için başlıca bilgi kaynağı olmuştur.

¹⁴ Ekklesia: Başta Atina olmak üzere, bazı kent devletlerindeki Halk Meclisi. 18 veya 20 yaşını doldurmuş ve bağlı oldukları demosa kayıtlı olan erkek vatandaşlardan tamamı Halk Meclisi'ne (Ekklesia) katılabiliyordu. Yasama ve yargı gücünü elinde tutan bir siyasal organ olan bu meclisin üyeleri, Halk Mahkeme'sinde (Heliaia)

Danışma Meclisi (*Bule*¹⁵), Soylular-Aristokratlar Meclisi (*Areopagos*¹⁶) ve Halk Mahkemesi (*Heliaia*¹⁷) kurumlarını eski Yunan siyasal yaşamına kazandıran Solon'dur. Onun anayasasının en demokratik ve dikkat çeken özelliklerinden biri ise, bir *arkhonun*¹⁸ (ya da *magistrat*) verdiği

görülen davalara yapılan itirazlara bakma, arkhonların seçimine katılma ve bireylere özel ayrıcalıklar tanıma gibi yetkilere sahipti. Eski Yunan siyasal yaşamının en önemli kurumu olan Ekklesia siyasi konulardaki en yüksek denetim organıydı. Söz konusu bu meclise, kentlinin 18 yaş üstü tüm erkek vatandaşları katıldığından hem çok geniş alana gereksinim vardı hem de her katılımcı söz hakkına sahip olduğundan fakat bunun çeşitli nedenlerle mümkün olmamasından vatandaşların olasılıkla ancak dörtte biri devam etmekteydi. Halk Meclisi (Ekklesia) olarak kullanılan Ekklesiasterion denilen meclis binası pek az kentte mevcuttu. Bu meclis toplantıları genellikle agora ve tiyatro gibi açık alanlarda yapılırdı; örneğin Atina'da Halk Meclisi (Ekklesia) Pnyks Tepesi'nde toplanırdı.

- 15 Danışma Meclisi (*Bule*) Atina'da otuz yaş üstündeki beş yüz erkek vatandaşın oluşturduğu için Beşyüzlü Meclisi de denilen bu yapı, MÖ VI. yüzyılda Solon tarafından oluşturulmuş olmakla birlikte asıl işleyişi Kleisthenes'in reformlarına dayanır. Bu meclis, Halk Meclisi'nin (Ekklesia) yönetim kurulu gibi işliyor ve yürütme gücünü elinde tutuyordu (modern anlamda hükümet gibi). Halk Meclisi (Ekklesia) toplantılarının gündemini belirleyen ve yönetim organı olarak faaliyet gösteren Danışma Meclisi (*Boule*), vatandaşların oluşturduğu kabilelerden (*phyle*) belli sayıda kişinin katıldığı bir meclistir. Üyelerin kura çekilerek belirlendiği *Bule*'ye devam eden vatandaşlar (*buleutes*) 30 yaşın üstünde olmak zorundaydı. *Buleutes* ya da *Bule* üyelerinin görev süreleri genelde bir, nadiren iki yıldır. Memurların yaptıklarını denetlemenin yanı sıra vatandaşların çeşitli devlet görevlerine seçilme yeterliğini incelemek ve bazı ceza davalarına bakmak gibi adli yetkileri de vardı. Devlet işlerinin aksamadan sürdürülmesi gerektiğinden her gün toplanan Danışma Meclisi'nin (*Bule*) üyelerine Perikles zamanında ücret ödenmeye başlanmıştır.
- 16 *Areopagos* Meclisi (*Areiopagos/Areiospagos*= *Ares* Tepesi): Başlangıçta görevi krala yol göstermek olan bu meclis, sadece doğuştan soylulardan (*eupatrides*) oluşurdu. Demokratik kurumların gelişmesiyle birlikte *Areopagos* Meclisi tamamıyla kapatılmadıysa da yasa koyucu gibi önemli yetkileri elinden alındı. Kısacası "yasaların bekçisi" olarak görev yapan bu meclis, devlet işlerini gözetip yasalara aykırı iş yapanları cezalandırırdı (Aristoteles, *Atinalıların Devleti*8.4). MÖ 462 yılında nüfuzu azalan ve hatta bütün siyasi özelliklerini yitiren meclis sadece cinayet, kundaklama ve dini suçlara bakan mahkeme olarak işlevini sürdürdü.

- 17 *Heliaia*: Atina'da Solon'un kurduğu, toplam üye sayısı 6000 olan jürili halk mahkemeleridir. Bu mahkemenin oturumları *Heliaia* meydanında yapıldığı için böyle adlandırılmıştır. Toplumun hangi sınıftan olursa olsun her vatandaşa açık olan *Heliaia*yani Halk Mahkemesi'nin üyelerine *heliastes* denmekte olup 100'ü yedek olan 600 üyeli 10 bölüme ayrılırdı. Bir mahkemede *heliastes* sayısı 201 ile 501 arasında değişmekteydi. Çok önemli davalarda bu sayı, hep tek olmak kaydıyla, 1001 ya da 5001'e çıkabilirdi. Her vatandaş, arkhonlardan birinin kararını bu mahkemeye götürebilirdi. Bu durum arkhonların adli işlevlerinin yerini almadı, sadece onların denetlenmesine imkan tanıdı.

- 18 *Arkhon*: (*arkhonthes*) veya *magistrat*, başta Atina olmak üzere birçok Yunan kent devletinde yüksek devlet makamlarını ellerinde tutan ve hem yargı hem de yürütme konusunda geniş kapsamlı yükümlülükleri olan yüksek memurlara verilen ad. Atina'da MÖ XI. yy'da krallık rejimi son bulunca, yönetim zaman içinde soylular

karar karşısında vatandaşa mahkemeye (*dikasterion*) başvurma hakkı, yani modern anlamıyla hak arama özgürlüğünü tanınmasıdır.¹⁹ Demosthenes²⁰ ile Lysias²¹ söylevleriyle günümüze gelen Solon'a ait bu arkaik yasa, halk temyiz mahkemesinin *heliaia* olarak adlandırıldığını göstermektedir.²² Bir çeşit Yargıtay rolü oynayan ve verdiği kararların bozulamaz olduğu anlaşılan Halk Mahkemesinin (*heliaia*) önceleri *demoston*²³ ayrıntılı bir yapılanması değil de, sadece dini toplantılara benzeyen bir yapıya sahip olduğu anlaşılmaktadır. Solon yasaları *arkhon*ların kendi yetkileriyle verecekleri cezaları da belirlemişti; ancak *arkhon* verdiği cezayla yetkisini aşma durumunda Halk Mahkemesi'nin (*Helialia*) onayına başvurması gerekmektedir. Bir Atinalının, yargıcın ver-

arasından seçilen üç magistrat genelde *arkhona* olarak anılmaktadır. Arkhonlar ilk zamanlar on yıllık süre için seçilirlerken MÖ 683'ten başlayarak görev süreleri bir yılla sınırlandırıldı, MÖ 487'den itibaren de seçim yerine, kurayla atandılar.

- 19 Aristoteles, Atinalıların Devleti 9. 1. (Çev. S. Baydur) Ankara, Millî Eğitim Bakanlığı, 1943.
- 20 Demosthenes: Atinalı hatip ve devlet adamı (MÖ 384-322). Henüz sekiz yaşındayken, varlıklı babası erkenden ölünce ona vasiyetname uyarınca atanan üç vasi baktı. On sekiz yaşına geldiğinde vasilerin kalan serveti kötü yönetmesi nedeniyle parasız kalan Demosthenes, vasilerine dava açtı. Siyaset alanında ise Atina Halk Meclisi'ndeki konuşma girişiminde "r" harfini söyleyemediği için başarılı olamadığı anlaşılmaktadır. Kekeme anlamına gelen *batalos* lakabı takılan Demosthenes bunun üzerine konuşmasını düzeltmek amacıyla yoğun çaba harcadığı açıktır. Çünkü kısa süre sonra, ilkin kişisel davalar için sonra da kamu davaları için mahkeme söylevleri yazan bir *logographos* (söylev yazıcısı) olmuştu. Demosthenes'in 61 söylevi vardır ve bunların pek çoğu kişisel davalar için yazdığı mahkeme söylevleridir.
- 21 Lysias: Sicilya, Syrakusai kökenli Atinalı hatip (MÖ 440-380). Lysias, erkek kardeşini idam ettiren Otuzlar Meclisi tarafından işkence cezasına çarptırılmış, sonra da sürgüne gönderilmişti. Dönüşünde hem Atina vatandaşlığı hakkını hem de servetine kaybetmişti. İçine itildiği yoksulluk nedeniyle para karşılığında mahkeme söylevleri yazmaya başlamıştı. Lysias'ın günümüze ulaşan 35 söylevi cinayet, vatana ihanet, zina, uydurma gerekçelerle devletten maaş alma, zimmete para geçirme gibi çok çeşitli vakaları kapsar.
- 22 Demosthenes, Against Timokrates 24.105. Kullanılan Metin ve Çeviri: Against Medias. Adration, Aristocrates, Timocrates, Aristogeiton (J. H. Vince) The Loeb Classical Library, London, 1956; Lysias, Against Theomnestus 10. 16, Kullanılan Metin ve Çeviri: Lysias (Çev. W. R. M. Lamb), Cambridge, MA Harvard University Press, 1988.
- 23 Geçmiş oldukça eskiye dayanan, kent devletlerinin khoraları (teritoryumları) içinde yer alan, kırsal nitelikteki yerleşme türlerinden biridir (Herodotos 1.60, 62). Atina'nın merkezinin oluşturduğu Attika yönetim bölgesi içinde sayıları 170'e kadar çıkan her *demoston* kendi maliyesi, meclisi ve mahkemesi vardı. 18 yaşını dolduran her erkek Atina vatandaşı ailesinin *demostonu* kaydedilirdi. Demos, Kleisthenes reformlarıyla akraba gruplarının yerini alarak demokratik Atina anayasasının temelini oluşturmuştur.

diği bir cezayı Halk Meclisi'ne (*Ekklesia*) katılan kişilerden oluşan bir mahkemeye başvurarak temyiz edebilmesi dışında, bu mahkemenin işleyişiyle ilgilimiz yok denecek kadar azdır. Bununla birlikte bu sistemde *arkhonun* kararı, bütün ulusu temsil eden bir mahkemeye temyize götürülebiliyordu; bu mahkeme ise teorik olarak en fakirinden en zenginine toplumun her sınıfından gelen kişilerden oluşmaktaydı. Bununla birlikte Solon yasalarının her vatandaşa dava açma hakkı tanınması akabinde yeni bir meslek doğurmuştu: *sykophantes*²⁴ (ihbarcılık/jurnalcilik). Jurnalciliğin ortaya çıkması ve hızla yayılarak artmasının başlıca nedeni işlenen suçlar için kamu adına dava açacak savcının olmaması, onun işini kamu yararına "sözüm ona" duyarlı (!) kişilerin yerine getirmesidir. MÖ IV. yüzyıl edebiyatında ve kayıtlarında yansıtılmakta olan ayrıntılı yapıya sahip bir teşkilat olarak görülen yargıçların (*dikastes* veya *heliastes*) ne zaman ortaya çıktığı tam olarak belirlenememektedir. Böylesi bir sistem ve bu sisteme bağlı yargıçlar yorumuna dayalı bir yasama sistemini benimsemişlerdir ve bu yasamadan günümüze herhangi bir kayıt kalmamıştır. Fakat Perikles'in bu yargıçlara maaş bağladığını²⁵ ve böylece yargıçların etkili demokratik organlar halini aldıkları bilinmektedir.

Yargıçlar

Aristoteles, yargıcın görevini tanımlarken adaletin bir eşitlik, haksızlığın ise bir eşitsizlik olduğunu, yasanın sadece zararın farkına baktığını ve onlara eşit muamele yaptığını söyler. Bir başka deyişle yargıcın birinin haksızlık yapıp yapmadığına, ötekinin haksızlığa uğrayıp uğramadığına ve birinin zarar verip ötekinin zarar görüp görmediğine baktığını dile getirir. Dolayısıyla yargıcın, eşitsizlik olan bu adaletsizliği denkleştirmeye çalıştığını; çünkü biri dövülüp öteki dövünce ya da biri öldürüp öteki öldürülünce, yapılan ile maruz kalınan eşit olmayan bir bölümlenme olarak görüldüğünü; buna karşılık yargıcın, ceza ile kazancı azaltarak bunları düzeltmeye çalıştığını ekler.²⁶

²⁴ Sykophantes: Sözcük anlamı "incir çalanı haber veren kimse", "incir muhbiri" demektir. Atina'da söz konusu yasaya dayanarak kişisel kazanç sağlamak için uyduruk bir suçlamayla bir kişi aleyhine dava açan kişi.

²⁵ Aristoteles, *Atinalıların Devleti* 62. 2; Plutarkhos, Perikles IX Şurada: *Hayatlar: Perikles - Fabius Maximus* (Çev. O. Davies), Ankara, Millî Eğitim Bakanlığı, 1945.

²⁶ Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik* (Çev. C. Şentuna- S. Babür) Ankara, Hacettepe Yayınları, 1988, V. 4. 1132 a, s.100.

Atina'da yargıç olarak görev yapacak bir erkek vatandaşa aranan koşulların başında otuz yaşını geçmiş olması, devlete borcu olmaması, vatandaşlık hak ve onurlarının hepsine sahip olması gelmektedir. Bir kimse koşullara uymadığı halde, hakkı olmadan yargıçlık ederse bu durum bildirilir ve yargıç mahkemeye verilir. Hakkı olmadığı halde yargıçlık yaptığı anlaşılırsa, yargıçlar bu kişinin çarptırılacağı cezayı ya da ödeyeceği para cezasını belirleme hakkına sahiptir. Para cezasına çarptırılırsa yalnızca mahkemenin ona yüklediği para cezasını değil, eskiden borçları varsa onları da ödeyinceye kadar hapisanede tutulurdu.²⁷ Görevlendirilme koşullarının bu şekilde belirlenmesinden sonra atanan her yargıç, meşe palamudundan bir tahtaya (*pinakion*) sahip olur. Tahtanın üzerinde kendisinin, babasının ve bağlı olduğu *demosun* adıyla A (alfa) harfinden K (kapa) harfine kadar olan on harften biri yazılıdır. Aristoteles'e göre kalabalık bir yargıçlar (*dikastes*) kurulu vardır, bunlar bir çeşit jüriye benzer; davacı iddialarını söyledikten sonra davalının savunmasını dinlerler.²⁸ Tarafların dinlenmesini tamamlanınca önce iddianın geçerli olup olmadığını saptarlar, geçerli olduğunu kabul ederlerse sonrasında istenilen ceza ya da ödentinin verilip verilemeyeceğine olmak üzere iki kere oy verirler. Hukuk davası ve ceza davası ayrımı olmayan bu çok basit usulde yargıçlar tarafların istekleriyle bağlıdır, onların dışında karar alamazlar.

Atina yargı sisteminin en önemli özelliği, mahkeme (*dikasterion*) ile mahkeme başkanı (*hegemonidikasteriou*) arasında bir ayrım yapmasıdır. MÖ VI. yüzyılda, Solon tarafından kurulan jürilerden oluşan halk mahkemesi olarak sadece *heliaia* varken, MÖ V. yüzyılda bu mahkemenin yerini *dikasterion* (halk mahkemeleri) almıştır²⁹. Aynı zamanda On Birler (*hendeka*) veya generaller (*stratego*³⁰) hatta tahsildarlar (*apodek-*

²⁷ Aristoteles, Atinalıların Devleti, 63.

²⁸ Aristoteles, Politika (Çev. M. Tunçay) İstanbul, Remzi Kitabevi, 12. Basım 2010, II.8, s. 51.

²⁹ Aristophanes, Eşek Arıları 119-120, 1108-9 (Çev. S. Eyüboğlu- A. Erhat), İstanbul, Türkiye İş Bankası Yayınları, 2006.

³⁰ Ordu komutanı olan strategoslar, MÖ V. yüzyılda Atina'da hem askerlikle hem siyasette önemli rol oynarlardı. Halk Meclisi, her bir kabileden bir kişi olmak üzere her yıl on strategos seçerdi. Bütün strategoslar, savaş işlerinden sorumlu arkhopolemarkhosun yüksek komuta yetkisi altında bulunurdu. Ancak, arkhopolemarkhos dâhil bütün arkhonların kurayla seçiliyor olmaları askeri konulardan anlamayanlara ordunun teslim edilmesi anlamına geldiğinden, çok çeşitli riskler

*taï*³¹), asıl görevleri adli meseleler olmamakla birlikte mahkeme başkanı (*hegemonos dikasterion*) olarak görev alabilmekteydiler. *Dikasterion*larda yargıç olarak görev yapacak mahkeme üyeleri, her kabileden³² 600 kişi olmak üzere kendi isteğiyle görev almak isteyen otuz yaş ve üstü erkek vatandaşlar arasından, yılda bir kez kurayla belirlenmekteydi³³. Yasama ve yürütmede olduğu gibi, mahkemelerde de uzmanlaşmış kişilerin bulunmadığı Atina'da bir davayı görmek amacıyla 6000 yargıcın toplandığı anlamına gelmektedir ki, bu kadar çok sayıda yargıcın toplandığına ilişkin bilinen sadece bir kayıt bulunmaktadır.³⁴ Bununla birlikte yargıç sayısı dava türlerine göre değişmekteydi. Bireyler arasındaki uyuşmazlıklar hakemler aracılığıyla çözümlendiğinden mahkemenin iş yükünü daha ziyade siyasi davalar oluşturmaktaydı. Bu durumda yargıçlar, daha önce demokratik olmayan dönemlerdeki ceza verme yetkilerini sürdürmüşlerdir, fakat bu suç ve suç tiplerinin tanımı yasalar tarafından belirlenmişti. Böylesi bir düzenlemenin her yargıç için getirilmesi, yasal cezaların yetersiz kaldığı durumlarda bu kişilerin keyfi davranmasını engellemiştir. Ancak yargıç, yasadaki suça bağlı kalsa da cezanın belirlenmesinde takdir yetkisine sahipti. Yargıçlar eğer isterlerse Halk Meclisi (*Ekklesia*) veya Danışma Meclisi (*Bule*) öncesinde bir adli kovuşturma için suçlama (*eisangelia*³⁵) yapabilmekteydiler³⁶, fakat olasılıkla standart uygulama usulleri suçlunun bir mahkeme önüne çıkarılmasıydı. Ne yazık ki, bu gibi durumlarda uygulanan usul kuralları bilinmemektedir.

taşımaktaydı. Bu nedenle bu görev sonradan strategoslara aktarıldı.

³¹ Atina'da vergileri toplayan devlet memurlarına verilen ad. Apodektai vergi vermekle yükümlü vatandaşların ve borçlarının listesini tutarlar, tahsilât yaptıkları kişinin adını listeden silerlerdi.

³² Atina vatandaşları önceleri dört kabileye (*phylai*) ayrılmıştı. Vatandaşlık hakkı kazanan her erkek vatandaş bir kabilenin üyesiydi ve kalıtsal olan kabile üyeliği sadece erkek çocuklara geçerdi. Kleisthenes, Beşyüzler Meclisi diğer adıyla Danışma Meclisi'ne (*Bule*) her biri elli üye sağlayan kabilelerin sayısını ona çıkarmıştır.

³³ Aristoteles, Atinalıların Devleti, 24. 3.

³⁴ Andocides I. 17, Kullanılan Metin ve Çeviri: Kenneth John Maidenment, *Minor Attic Orators*, II. Vol, Cambridge, Harvard University Press, 1982.

³⁵ *Eisangelia* (suçlama): Ceza yargılanmasının gerçekleşebilmesi için suç isnadının yargı makamlarına getirilmesi anlamını taşır. Areopagos Meclisi'nin *eisangelia* (suçlama) yasasına dayanarak devlete karşı işlenmiş suçlarla ilgili kovuşturma yetkisini korumaya devam etmiştir.

³⁶ Thukydides, Peloponnesos Savaşı (Çev. T. Gökçöl), İstanbul, Hürriyet Yayınları, 1976, 8. 70 ve 8. 92.

I. Arkhonlar

Yargıcın hem mahkeme başkanı hem de savcı olması pek olası değildir. Suçlama bir temsilci tarafından yapılmış olabilir. İkinci ve en önemli durum, yargıç, kendi teklifinin görüşüleceği mahkemeye gelmeyip kendi alanı ile ilgili konularda, özel kişilerin suçlama ve taleplerini sunduğu durumlarda ortaya çıkar. Buradaki rolü adliye memurunun görevine benzer; suçlamayı alır, yasalara riayet edilip edilmediğine bakar, yargıçların üstüne düşünerek karar vereceği materyalleri hazırlar, *Thesmotetai* (yasa koyucu *arkhonlar*) ile birlikte mahkeme gününü kararlaştırır, mahkemeye başkanlık eder ve bazen de cezanın infazından sorumlu olur. Anayasa kuralları ve pratiği ona mahkemenin ön hazırlığında pek fazla yetki vermez ve hatta kararda da hiç bir etkisi yoktur. Hukuki ve yönetsel fonksiyonların bu ayrımı, yargıcın kendi yetki alanında olmayan konularda suçlamada bulunamaması gibi basit ve anlaşılabilir bir ilkeye dayanır. Yargıcın 'yetki alanı' yürüttüğü görev tarafından tanımlanırdı. Örneğin birinci *arkhon* (*arkhon eponymos*) yetimlerin, kadın mirasçılarının ve dulların haklarından sorumluydu, yani vatandaşların aile hakları ile ilgilendirirdi.³⁷ Yetimlere, dullara ve mirasçılara haksızlık yapanları mahkemeye vermek ya da para cezasına çarptırmak onun göreviydi. Adam öldürme veya dine hakaret suçları ilkel kralın hem adını hem de dini görevlerini taşıyan ikinci *arkhonu* (*arkhon basileus*) ilgilendirirdi.³⁸ Cınayet işleyerek dinen kirlenmiş olan insanların vatandaşlık haklarını kaybetmelerine karar vermek yetkisine sahip *Arkhon basileus*, devlet dinini denetler ve atalardan kalma kurban törenlerini düzenlerdi. Bu bağlamda yargılama yetkisi, resmi görevleriyle ilişkili olarak dine karşı işlenmiş bütün suçları içerirdi. Çeşitli adam öldürme davaları için oluşturulan bütün mahkemelere de *arkhon basileus* başkanlık ederdi. Fakat kasıtlı öldürme ve yaralama davalarıyla zehirleyerek öldürme, yangın çıkarma suçlarına Areopagos Mahkemesi önünde bakılırdı. Üçüncü *arkhon* (*arkhon polemarchos*) savaşta komutanlığı üstlenen olan eski askeri fonksiyonlarından arındırılmıştı; onun yerine taksirli öldürme, öldürmeye kışkırtma davalarıyla bir köleyi, Atina'da yerleşmiş bir yabancıyı (*metoikos*)³⁹ ve değişik amaçlarla geçici süre orada

³⁷ Aristoteles, *Atinalıların Devleti* 56. 6.

³⁸ Aristoteles, *Atinalıların Devleti* 57.

³⁹ Yunancası *metoikos*/metoikoi, Yunan kent devletlerinde kendi isteğiyle gelip

bulunan bir yabancıyı öldürme vakalarıyla ilgili kamusal veya özel davalarda yargıçlık yapmaktaydı.⁴⁰ Savaşta itaatsizlik ya da saflarını terk etme (*lipotaksion*), orduyu yüzüstü bırakma (*lipostration*), orduyu başarısızlığa uğratma (*astreteia*) ve savaşta korkakça davranma (*deilia*) gibi askeri suçların takibatı ordunun ve donanmanın yönetiminden sorumlu generaller (*strategoï*) tarafından yapılırdı. Tüccarların limandan Atina'ya önceden belirlenmiş miktarda tahıl taşıyıp taşımadıkları konusunda ise Pazar Müfettişleri (*oi epimeletai tou emporiou*) yetkilendirilmişti.⁴¹

II. On Birler (*hendeka*)

Adları Yunanca on bir (11) anlamına gelen sözcükle anılan bu görevliler, temelde Atina'da devlet hapishanesinin yönetimi ile düzeninden ve ayrıca kölelerin çarptırıldığı işkence cezaları dâhil, mahkeme kararlarının yerine getirilmesinden sorumlu devlet memurlardır. On Birler, MÖ V. yüzyıldan itibaren yargılama görevi de yapmaya başladılar. Tapınak ve konut soyguncularını, hırsızları, yankesicileri, kölelerin çocuklarını kaçıranları, zina yapan erkekleri, yol kesenleri, korsanları, belli suçlarda suçüstü yakalanan adi suçluların cezalarının infazından sorumlularken, MÖ IV. yüzyılda bu yetki suçlunun suçunu itiraf etmesi durumunda ölümle cezalandırıldıkları davalarla sınırlandırıldı. Bu davalarda On Birler, failin ancak suçunu açıkça itiraf etmesi durumunda yargılama yetkisine sahiptiler. Aksi halde fail suçsuz olduğunu iddia ederse yargılanması için mahkemeye sevk ederlerdi.⁴² Atina demokrasisinin temel ilkesi hiçbir vatandaşın mahkemeye çıkarılmaksızın ölüm cezasına (*medena akriton apokteinai*) çarptırılmamasıydı. Bu güzel ilke bozularak, yukarıda sayılan kötülükleri (*kakourgoi*) yapanlar, On Birler tarafından mahkemesiz ölüm cezasına çarptırılmışlardır.⁴³ On Birler'e sadece suçunu itiraf edenlerle sınırlı olsa da

oraya yerleşen ve toplumda saygın konumda olan yabancılar. Siyasi hakları olmayan metoikoslar mülk edinme ve vatandaşlarla evlenmenin dışında, bütün vatandaşlık haklarından yararlanırlardı. Ayrıca vergi ödemek ve orduya hizmet etmek zorundaydılar.

⁴⁰ Aristoteles, Atinalıların Devleti 58. 1-3.

⁴¹ Aristoteles, Atinalıların Devleti 51. 4.

⁴² Aristoteles, Atinalıların Devleti 52. 1.

⁴³ Morgen Herman Hansen, The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes (Trans. J. A. Crook), Cambridge MA, Blackwell Publishers, 1991, s. 190.

yargılama yetkisi verilmesi, Atinalıların yargı ve yürütme yetkilerini birbirinden ayıramadıklarının çarpıcı bir örneğidir.

III. Yasa Koyucu Arkhonlar (*Thesmothetai*)

Yönetimsel görevlerde kolayca uygulanan bu görev dağılımı ilkesi, konu Yasa Koyucu Arkhonlar (*thesmothetai*), Kırklar (*tessarakontoi*) ve Dava Başlatanlar (*eisagogeis*) gibi, asıl görevleri hukuki konular olan yargıçlara gelince problemlili bir hal alır. Kısaca belirtilecek olursa Yasa Koyucu Arkhonlar (*thesmothetai*) kamusal, Kırklar ve Dava Başlatanlar özel işlerden sorumludur. Yasa Koyucu Arkhonlar (*thesmothetai*) yöneticiler olarak yasaların yıllık olarak düzenlenmesi, gözden geçirilmesi, mahkemelerin tarih ve yerlerinin belirlenmesi; bazen de yabancılar ve vatandaşlar arasındaki davaları düzenleyen uluslararası anlaşmaların onaylanması (*ta pros tas poleis symbola*) gibi işleri yürütürlerdi. 'Yetki alanları' çok az özel konu içeriyordu: sahibi devlet olduğu için maden davaları (*dikai metallikai*), 'ticari' davalar ve 'anlaşma' davaları (*dikai emporikai* ve *dikai apo symbolon*), yani davalı taraflardan birinin genellikle yabancı olduğu davalar bunlara bir örnektir. Ancak bu yargıçların asıl görevleri kamusal işleyişi düzenlemek ve özellikle de devletin yasaları veya yönetimine karşı işlenmiş suçları cezalandırmaktı. Yasa Koyucu Arkhonların (*thesmothetai*) yetki alanları Danışma Meclisi (*Bule*) ve Halk Meclisi (*Ekklesia*) başkanlarının (*graphai proedri kai kaiepistatikai*) adli kovuşturmaları (*eisangeliai*), adli suçlamalar (*eisangelia* ve *probolai*), beyanlar (*endeikseis*), yasadışı teklifler ile ilgili iddianameler (*paranomoi*), rüşvet alan yetkililerin kovuşturması (*doron*) gelmektedir. Bunların dışında devlete borçluların isim listesinde yanlışlık yapanlar, yani evrakta sahtecilik (*pseudengraphes*) ve vatandaşların haklarını gasp eden yabancıların kovuşturması (*ksenias*) gibi suçlarla ilgilenirlerdi.⁴⁴ Ayrıca, devlete değil de bireye karşı işlenen suçlarda da görevli oldukları bilinir.⁴⁵ Ancak bu görev dağılımındaki ilke kesin olarak anlaşılmamaktadır: örneğin, zina suçu davalarının neden aile ile ilgilenen birinci arkhon (*arkhon eponymos*) değil de altı kişiden oluşan Yasa Koyucu Arkhonlar (*thesmothetai*) tarafından görüldüğü bilinmez.

⁴⁴ Aristoteles, Atinalıların Devleti 59. 1.

⁴⁵ Mogens Herman Hansen, s.223.

IV. Kırklar (*Tesserakontoi*) / *Demos* Yargıçları:

MÖ VI. yüzyılın ortalarında tiran Peisistratos tarafından soyluların yerel yargılama hakkını ortadan kaldırmak için oluşturulmuş, ancak tiranlık rejiminin çökmesi üzerine önemini yitirmiş olan otuz kişiden oluşmuş *demos* yargıçlığı birimi (*dikastai kata demous*), MÖ 453/2 yasasıyla yeniden oluşturulmuştur.⁴⁶ *Demos* yargıçları *dikasterion*lar üzerindeki iş yükünü azaltmak ve davaları Atina'ya taşımadan yerinde yargılama yapmak amacıyla kırsal nüfusa sağlanmış bir ayrıcalıktı. Gezgin olan otuz *demos* yargıç, sonraları davaları seyahate çıkmadan Atina'da görmeye başladılar.⁴⁷ MÖ 403 yılında, Otuzların oligarşik yönetiminin⁴⁸ yıkılmasından sonra sayıları kırk kişiye çıkarıldığından Kırklar olarak adlandırılan kırk yargıçtan oluşan birim, Atinalıların yaşamında esasen antik edebiyat metinlerinde ve yazıtlarda anlatıldığından çok daha fazla öneme sahipti. Kırk yargıç, her *demostan* dört kişi olmak üzere kur'a ile tayin olurdu ve her yargıç kendi *demostan*ın üyelerine karşı açılan davalara bakardı. Bu yargıçların, davacının iddiasına göre maddi değeri 10 *drakhme*y⁴⁹ aşmayan özel hukuk davalarında kendi başlarına karar verme yetkileri vardı.⁵⁰ Bu miktardan fazla ceza gerektiren davalarda ise karar vermeyi hakemlere (*diaitetai*) bırakırlardı. Ancak hakemin kararını taraflardan birinin uygun bul-

⁴⁶ Aristoteles, Atinalıların Devleti 16. 5, 26. 3, 48. 5, 53. 1; Demosthenes, Against Timocrates, 24. 112 Kullanılan Metin ve Çeviri: Against Meidias. A. Ration, Aristocrates, Timocrates, Aristogeiton (J. H. Vince) The Loeb Classical Library, London, 1956.

⁴⁷ Douglas Maurice Macdowell, s. 206.

⁴⁸ Otuzlar Yönetimi: Oligarşi eğilimli bir grup Atinalı, yaklaşık otuz yıl süren Peloponnesos Savaşlarının ardından, MÖ 404 yılında demokrasiyi devirip yeniden oligarşi yönetimine uygun bir anayasa hazırlamaya kalkışır. Bunun üzerine Halk Meclisi'ni yeni bir anayasa hazırlayacak otuz kişiden oluşan bir kurul atamaya zorladılar. Otuzlar yeni bir meclis kurdular, mahkemeleri dağıttılar, kendilerine muhalefet eden düşmanlarını ortadan kaldırdılar ve mal varlıklarına el koydular. Demokrasi yanlısı sürgünlerin bir araya gelmesi üzerine de ılımlı oligarşi yanlıları Atina'da yönetimi üstlendiler. Sparta kralı Pausanias'ın arabuluculuğuyla taraflar arasında uzlaşma sağlandı, sonunda yeniden tam demokrasiye dönüldü.

⁴⁹ Yunan kent devletlerinde kullanılan gümüş sikkedir. Önceleri kentten kentte değeri değişen bu gümüş sikke, Atina'nın MÖ V. yüzyılda ticarete üstünlüğü ele geçirmesiyle tedavüldeki başlıca para birimi haline gelmiştir. Bir *drakhme* 6 *obolos*, 1000 *drakhme* 1 *mina* ve 60 *mina* da 1 Atina talantonuna eşittir.

⁵⁰ Aristoteles, Atinalıların Devleti 53. 1-2; Lysias, Against Pankleon 23. 2, Kullanılan Metin ve Çeviri: Lysias (Çev. W. R. M. Lamb), Cambridge, MA Harvard University Press, 1988; Mogens Herman Hansen, s.238; Douglas Maurice Macdowell, 240.

maması durumunda davalar bir *dikasteriona* götürülürdü.⁵¹ Kırklar ya da Kırk Yargıç özellikle mülkiyet hakları, satışlar, borçlar, sözleşmeler ve kira gibi özel davalarla yetkilendirilen mahkemelerdi ve bu davalara bakanlar da bir bakıma gerçek yargıçlardı.

Kırklar'ın baktığı bir başka dava ise hesap verme davasıdır. Her vatandaş, bir mahkeme önünde hesap vermiş bir memura karşı kişisel ya da devleti ilgilendiren bir hesap verme davası (*euthynai*) açılabil-mekteydi⁵². Böyle bir dava açmak isteyen herhangi bir vatandaş hesap verme gününden sonraki üç gün içerisinde kendi adıyla birlikte suç isnat ettiği memurun adını, ortaya attığı suçu, ona verilmesini doğru bulduğu cezayı beyaz bir tahta üzerine yazarak bir *euthynosa* (araştırmacı) verirdi. Kura ile her kabileden bir kişi olmak üzere seçilen araştırmacı (*euthynos*) bu yazıyı alır, işi araştırır, memurun kişiye karşı işlediği suçtan dolayı yargılanması gerektiğine karar verirse o kabilenin davalarına bakan Kırklar'a, memurun devlete karşı işlediği suçtan suçlu bulunursa Yasa Koyucu *Arkholara* (*thesmothetai*) havale ederdi. Bunun üzerine söz konusu yargıçlar, memura mahkemede hesap verme davası açardı ve bu davalarda yargıçların verdikleri karara itiraz edilemezdi.⁵³

V. Hakemler (*Diaitetai*)

Yargılama amacıyla Atinalılar tarafından oluşturulmuş organize bir birim olan Hakemler (*diaitetai*) 10 *drakhmeyi* aşan ceza hukuku davalarına bakarlardı. Temelde kamu ve özel davalarda usul aynıydı: örneğin kutsal değerlere saygısızlık yapan birini bu suçtan mahkemeye getirecek resmi bir savcı olmadığından, bu görevi kendi isteğiyle seçen ve sonrasında davayı kendi özel davasıymış gibi yürütecek olan bir vatandaş üstlenirdi. Atina'da hem resmi hem de özel hakemler bulunduğundan davacılar istedikleri takdirde özel hakemlere başvurmakta özgürdüler. Mevcut yasaların yanı sıra usul kurallarının da olmasına karşın, adlarını askerlik listesinden sildiren 60 yaşın üzerindeki vatandaşlar arasından her yıl kurayla seçilerek oluşturulan Hakemler (*diaitetai*), ta-

⁵¹ Aristoteles, Atinalıların Devleti 53. 5.

⁵² Aristoteles, Atinalıların Devleti 48. 4-5.

⁵³ Stephen Todd, s. 128; Alick Robin Walsham Harrison, The Law of Athens, vol. II, Indianapolis, Hackett Publishing, 1998, ss. 66-68.

raflar henüz mahkemeye gitmeden davaya müdahale ederlerdi. Taraflar arasında uzlaşma sağlayamazlarsa bir karara varırlar, mahkemelik olan kişiler bu kararı uygun bulur ve karara bağlı kalacaklarına söz verirlerse mahkeme sona ererdi.⁵⁴ MÖ IV. yüzyılda Hakemlerin (*diaite-tai*) yargılama yetkisi zorunlu hale gelince, bu yargılama sistemi hızlı çalışan ve ucuz olan bir itiraza açık yargı kararı veren hakem heyetinin görevlerini yerine getiren bir biçim aldı. Herhangi bir davada, yargıç görevini yapan hakem (yani *diaitetes*), bir *prytanis*⁵⁵ tarafından kurayla seçilirdi. Hakemlerin genellikle tek oturumda herkesin görebileceği biçimde yapılan gizli oylamada oyçokluğuyla verdiği karar, yargılama görevi yapan bir yetkilinin onayından geçmek zorundaydı. Böylece Halk Mahkemesi (*Heliaia*) özel davalar için modern hukuk sistemlerindeki bir istinaf mahkemesinin görevini üstlenmiş olur.⁵⁶ Kırklar, *eponymos*ların listesinde⁵⁷ adı bulunanlara hakemlikleri dağıtırlar; her hakeme bakmak üzere verilecek davalar için kura çekerlerdi. Kırklar tarafından bu şekilde atanan kişi kur'ada kendisine çıkan işleri, yani hakem olarak verilen görevi yerine getirmekle mükellefti. Yasa, altmış yaşına gelmesine rağmen hakemlik yapmamış olanların vatandaşlık hak ve onurlarını kaybedeceğini (*atimia*⁵⁸) bildirirdi. İstisnai olarak sa-

⁵⁴ Aristoteles, Atinalıların Devleti, 53. 2.

⁵⁵ Sözcük anlamı "başkanlık, başkanlar" olan *prytaneis*, Atina'da Klesithenes'in MÖ 508-507'deki siyasal reformlarından sonra oluşturulan on kabile (*phylai*) her yıl kurayla Danışma Meclisi'nin (*Bule*) görev yapmak üzere seçilen elli üyeden her birine verilen addır. On gruptan oluşan *Prytaneis* gruplarından her biri yılın onda biri boyunca, Danışma Meclisi'nin (*Bule*) yürütme kurulu olarak hizmet ederdi. Devletin tüm acil ve öncelikli işleri *Prytaneis* tarafından ele alınırdı. Bu görevliler kesintisiz olarak 24 saat çalıştıkları için kamuya ait devlet konutu anlamına gelen *prytaneion*da her gün devlet hesabından yemek yerlerdi. İşleri yürütmek amacıyla aralarından her gün değişmek üzere kurayla bir başkan (*epistates*) belirlenirdi. Danışma Meclisi'ni (*Bule*) ve gerekirse Halk Meclisi'ni (*Ekklesia*) toplantıya çağır-mak ve bunun için gerekli hazırlıkları yapmak *Prytaneis*'in göreviydi.

⁵⁶ Douglas Maurice Macdowell, s. 30-33.

⁵⁷ Atina'da en yüksek devlet memuru olan yöneticiye (baş ya da birinci *arkhona*) verilen addır. *Eponymos*, *arkhoneponymos*lar arasından görev yaptıkları yıllara kendi adlarını verenler için kullanılan terimdir. Her kabilenin birer tane olmak üzere 18 yaşından 60 yaşına kadar olanlar için 10 kabile *eponymos*u ve ayrıca her doğumdan olanlar için birer tane olmak üzere 42 yaş *eponymos*u vardır.

⁵⁸ Sözcük anlamı "onursuz, şerefsiz" olan ve devlete karşı işlenen belirli suçlara karşı, vatandaşlık haklarının tümünden veya bir kısmından yoksun bırakılma cezasına verilen addır. *Atimia* cezası geçici ya da sürekli olabilirdi. Bu cezaya çarptırılan bir kişi agora ve tapınaklara girme ve mahkemelere başvurma hakkından yoksun kalırdı. Söz konusu cezanın yasalaşmasıyla birlikte yasal vatandaşlık yaratılmıştır (Aristoteles, Atinalıların Devleti 56. 3).

dece o yıl başka bir resmi görevde olanlar veya yurt dışında bulunanlar bu cezadan muaf tutulurlardı. Mağdur tarafın hakem aleyhinde yaptığı herhangi bir şikâyet, birime dâhil olan herkes tarafından dinlenirdi ve hakem aleyhinde alınacak bir karar oy kullanma hakkından mahrum kalmasına neden olurdu. Yine de hakemin mahkemeye (*dikasterion*) temyiz yolu açıktı. Hakemin başlıca görevi taraflar arasında uzlaşma sağlamaktı. İddiaların dinlenmesi ve kanıtlar sonucunda bu uzlaşma sağlanamamışsa, tayin edilen günde kararı verir ve agorada bulunan 'yemin taşı' üzerine yemin ederek onaylardı. Eğer davacı itiraz etmezse, dava kapanırdı. Ancak taraflardan biri temyize giderse hakem delilleri, yeminleri, iddiaları, kısacası kararına ışık tutan tüm materyalleri her biri bir taraf için olmak üzere, iki kutuya (*ekhinoi*) koyup, kararına dair bir not iliştiirdikten sonra davayı mahkemeye getirip duruşmaya başkanlık yapardı. Davada söz konusu olan miktar, görevi daha önceden almış olduğu Kırklar yargıçları arasından dava edilenin kabilesinin işleriyle ilgilenen dört yargıca mühürlü olarak teslim ederdi. Bu davalarda maddi değeri 1000 *drahkmeden* az ise 201, 1000 *drahkmeden* fazla ise 401 yargıç olurdu. Bu aşamada kutularda yer alan mevcut deliller ve iddialar dışında herhangi bir şeye başvurulmasına izin verilmezdi⁵⁹.

Hakemler (*Diaitetai*), Atina demokrasisinin en ilginç buluşlarından birisidir. Kurumun planlaması, öncelikli amacı barışı tahsis etmek olan deneyimli ve tarafsız kişiler tarafından özel davaların sonucu vardırılması için mükemmeldi. Ancak bunların ne ölçüde başarılı oldukları ve temyize gidilmeden ne kadar davayı kapattıkları bilinmemektedir. Hakem kura esasına dayanarak seçildiğinden kararının davacılar ve mahkeme üzerindeki ağırlığı hakemin kişiliğine göre değişiklik gösterirdi. Fakat demokrasi açısından bakıldığında, çok sayıda ihtilafın içinde yasanın kendi halinde iki vatandaşını mahkeme sıkıntısına sokmayıp, adaleti tahsis etmek için ucuz, basit ve uzlaştırıcı yollar sağladığı açıktır.

VI. Dava Başlatanlar (*eisagogeis*)

Kararın hızlı bir şekilde çıkması istenilen durumlarda, davaları bir ay içinde (*emmenoidikaia*) gördürüp bir hükme bağlanmasını sağla-

⁵⁹ Aristoteles, Atinalıların Devleti 53.

yan bir birimdi. Sayıları beş olan Dava Başlatanlar, iki kabile adına bir kişi olmak üzere ve toplamda on kabileyi temsilen kurayla belirlenerek atanırlardı ve yargı görevini Yasa Koyucu *Arkhonlar (thesmothetai)* yetkisi altında yaparlardı. Dava Başlatanlar hakkında MÖ V. yüzyılda Delos Birliği üyelerinden alınan vergi tutarlarını yeniden inceleyen mahkemeye başkanlık yaptıkları⁶⁰ dışında herhangi bir bilgi bulunmaz. MÖ IV. yüzyıldan itibaren bir ay içinde görülmesi gereken davaları başlattıkları ve karara bağladıkları bilinmektedir. Bu davalarda şikâyet alındıktan bir ay sonra duruşma gerçekleştirilirdi, fakat bu görevlilerin 'yetkisi' bütün 'bir ay içinde görülen' davaları kapsamazdı; mültezimlerin açtığı veya mültezimlere (*telonai*) açılan ve Tahsildarlar (*apodektai*) tarafından görülen davalar, yani '*dikaiemporikai*' da bir ay içinde karara bağlanması gereken davalardı. Ayrıca çeyizin geri verilmesi için açılan dava, aldığı borç parayı ödemeyen birine açılan dava, aldığı ödünç paranın aylık faizini ödemeyenlere açılan dava ve pazarda iş yapmak üzere ödünç alınan sermaye davalarına bakarlardı. Bunlardan başka hakaret davaları⁶¹, dernekler ve kurumlarla ilgili davalar, koşum hayvanları, köleler, devletin bir savaş gemisini donatmakla görevlendirilmesine rağmen görevini yerine getirmeyen zengin vatandaşlara açılan ve son olarak da sarraflıkla ilgili davalar Dava Başlatanlar'ın yetkisindeydi.⁶² Söz konusu yargıçların hem ceza hukuku hem de özel hukuktan kaynaklanan sınırlı sayıda (*numerusclausus*) uyuşmazlık konusunda yetkilendirilmiş oldukları anlaşılmaktadır.

Atina demokrasisine dışarıdan gelecek olası bir tehlikeye karşı tedbir amacıyla kurulan mahkemelere yöneticilerin atanması ve davranışları üzerinde etkili olan, hatta Danışma Meclisi'nin (*Bule*) otoritesini bile engelleyebilen demokrasinin bütün güçlü yargıçları (*dikastes* veya *heliastes*) sadece otuz yaşından büyük sıradan birer vatandaşlardı. Atina demokrasisinin en karakteristik özelliği, egemen bir Halk Meclisi'nde (*Ekklesia*) ve hem yargıç hem de hem jüri üyesi olan, gizli oy veren ve kararlarına karşı temyiz yolu kapalı olan yargıçlardan (*dikastes*) oluşan mahkemelerde (*dikasteria*) bir araya gelen bütün vatandaş-

⁶⁰ Alick Robin Walsham Harrison, s. 21-23.

⁶¹ Demosthenes 37. 33'te bu davaların MÖ 346 yılında Kırklar'ın yetkisine devredildiğini yazar. Kullanılan Metin ve Çeviri: Douglas Maurice Macdowell, Demosthenes Speeches 27-38, Austin, Texas of University Press, 2004.

⁶² Aristoteles, Atinalıların Devleti 52. 2.

ların oyçokluğuyla yönetimine dayanmasıydı. Bu ortamda yargıçların yargı görevini yapmalarına mani olacak devlete borçlu olma durumu veya *atimia* cezası almış olma gibi bir engelinin bulunmaması gerekmektedir. Bu sınırlı bilginin dışında birimin nasıl seçildiği ve MÖ V. yüzyılda alt bölümlere nasıl ayrıldığı konusunda günümüze kalan herhangi bir kayıt yoktur. Ancak yargı yetkisinin fiili uygulamada keyfi ve öngörülemez olduğu hakkında komedyacı Aristophanes'ten daha iyi bir kaynak şu an için yoktur⁶³. Yazara göre yargıç sayısı 6000'i geçmemiştir.⁶⁴ Aristoteles ise devletten maaş alan 20.000 kişinin içinde yargıçların 6000 kişilik bir grup olduklarını belirtmiştir⁶⁵. Perikles tarafından verilmeye başlanan bir günlük oturum için 2 *obolos* ücret, MÖ 425/4 yılında Kleon tarafından 3 *obolos*a çıkartılmış ve kurumun tarihi boyunca hep aynı kalmıştır.⁶⁶ Mahkemeler, şenlik zamanları ve Halk Meclisi'nin (*Ekklesia*) toplantı günlerinde olduğu gibi her gün toplanmazdı, dolayısıyla yargıçlık görevi üstlenenler sadece oturuma katıldıkları gün için ücret alırlardı.

Aristoteles'in çağına gelene kadar, MÖ IV. yüzyıldaki yargıç kurullarının yapılanması hakkında çok az şey bilinir. Yargıçlık görevine tayin ile bir mahkemede hizmet etmek üzere tayin arasında dikkatli bir ayırım yapılmalıdır. İlk olarak, yargıçların bu yüzyılın ilk çeyreğinde A (alfa) harfinden K (kappa) harfine kadar olmak üzere on bölüme ayrıldığını, her bölümün aynı sayıda üye barındırdığını ve her kabileyi temsilen üyelere sahip olduğunu biliyoruz. Ancak, yargıçların nasıl ve ne zaman seçildikleri veya sabit bir sayı olup olmadığı konusunda bilgiye sahip değiliz.

Mahkemelerin Oluşturulması:

Adalet işlerinin görülmesini idare etmek ile suçu araştırmak üzere dokuz *arkhon* olduğu, fakat özellikle altı kişiden oluşan Yasa Koyucu *Arknonlar(thesmothetai)* kurulunun yetkisinde bulunduğunu gördük. Baktıkları hukuki işlerin alanı geniş sayılmazdı: bütün aile hukukuna *arkhon eponymos*, dini ve adam öldürme davalarına *arkhon basileus*,

⁶³ Aristophanes, *Kömürçüler*, 375-6; *Atlılar* 1356 vd; *Eşek Arıları* 550-579.

⁶⁴ Aristophanes, *Eşek Arıları*, 662.

⁶⁵ Mogens Herman Hansen, 32-34.

⁶⁶ Aristophanes, *Atlılar*, 51, 800; Douglas Maurice Macdowell, s. 34.

metoikoslar ve yabancıların davalarına *arkhon polemarchos*, bütün öteki davalara ise Yasa Koyucu Arkhonlar (*thesmothetai*) kurulu bakardı. Adları geçen *arkhonlar* araştırdıkları davayı karara bağlamak üzere daimi iki mahkemeden birine; ya cinayet davalarına bakan beş mahkemeye ya da Halk Mahkemesi'nin (*heliaia*) önüne çıkarırlardı.

Ancak duruşma yapabilmek için bir mahkeme oluşturmak bilhassa incelikli bir işti. Yasa Koyucu Arkhonlar (*thesmothetai*) hangi duruşmaların hangi mahkemede ve ne zaman gerçekleştirileceğini belirlerdi. Mahkemelerde gerekli yargıçların toplanması yetkililer tarafından kolayca belirlenirdi, zira yasalar ve kararnamele (*psephismata*) her bir oturumda kaç kişinin olacağını saptardı. Sabah erken saatlerde yargıçlar, her biri bir kabileye ayrılmış mahkeme odalarında (*kleroteria*⁶⁷) toplanırdı ve dokuz *arkhon* ile bir sekreter (*grammateus*) bölümlere gider ve her biri kendi kabilesine başkanlık ederdi. Hangi yargıcın hizmet vereceğini ve bölünmüş odalardan oluşan mahkeme salonlarına kaç kişinin dağıtılacağını karara bağlamak günün öncelikli işiydi. Bu işlemin ilgi çekici olmasının sebebi kabilelerin ayrılmış olduğu on bölümün her birinden tek tek temsilcilerin seçimi ile ilgili titiz ayarlamaların gerçekleştirilmesiydi. Aristoteles, bu kadar zahmete neden girildiğini açıklamaz. İkinci iş, o gün için görevlendirilen yargıçların her birine bakacakları davaların dağıtılmasıydı. Yasa Koyucu Arkhonlar (*thesmothetai*) mahkeme binaları kullanırdı ve bunlar 'Λ' (lambda) harfinden itibaren adlandırılırdı. Bunun dışında her mahkeme binasının kapısının üst pervazında kendine özgü bir renk de bulunurdu. Örnek verilecek olursa, biri 200 diğeri 400 yargıçlık olmak üzere sadece iki mahkeme toplanıyor ve 'Λ' (lambda) harfli yeşil mahkemeye, 'M' (mü) harfli de kırmızı mahkemeye verilir. Daha sonra her biri mahkeme salonu olarak kullanılacak bölünmüş odada, yirmi adet 'Λ' (lambda) işaretli meşe palamudu, 40 adet de 'M' (mü) ile işaretlenmiş meşe palamudu bir kupa (*hydria*⁶⁸) içine konulurdu; 20 yeşil sopa ve 40 kırmızı sopa da girişe yerleştirilirdi. Hâlihazırda seçilmiş 60 yargıç birer birer kupadan meşe palamudu seçmeye çağırılırdı. Meşe palamudu her bir

⁶⁷ Kleroterion, kura, ad çekme yoluyla devlet memurlarının (magistratlık) seçimlerinin yapıldığı yer.

⁶⁸ Hydria "su kabı, şarap küpü; ölülerin küllerinin konulduğu urna" anlamlarının yanı sıra "mahkemede oyların konulduğu kupa, oy sandığı" anlamına da gelmektedir.

kişinin görev yapacağı mahkemeyi belirlerdi. 'Λ' (lambda) harfi işaretli meşe palamudu çeken bir yargıca yeşil bir sopa verilir, elinde meşe palamudu ve sopayla beraber yeşil mahkemeye giderdi. Yargıç mahkeme binasına girmeden önce palamudu bir görevliye verip karşılığında bir marka (*symbolon*) alırdı ve bununla da gün sonunda görev ücreti olarak 3 *obolos* ödenek alırdı. Ancak ödeme kabileler arasında değil, bölümler arasında dağıtılırdı.⁶⁹

Bu karmaşık sistemin uygulanmasının sebebi olasılıkla rüşvet ve korkutma/tehdit gibi yasa dışı durumların önüne geçmekti. Yargıcın hangi mahkemede görev alacağını şansı belirliyordu, mahkemesi belirlendikten sonra da yargıcın başka bir mahkemeye geçmesi mümkün değildi. Bunun dışında her kabileden eşit sayıda yargıcın bulunması da mahkemede milletin temsili anlamına gelmekteydi.

Yargıçların Sayısı

MÖ IV. yüzyıl otoriteleri tarafından 201, 401, 500, 700, 1001, 1500, 2000, 2500 kişilik mahkemelerden bahsedilmiştir: Örneğin, MÖ 415 yılında siyasi bir duruşmanın 6000 yargıçtan oluşan bir mahkemede görüldüğü sadece bir yerde, Andocides'in *Mysteries* eserinde geçer fakat bu metnin de güvenilirliği yoktur.⁷⁰ Perikles'in davasında 1500, maddi değeri 1000 *drakhmeye* kadar olan davalarda 201, bu miktardan daha fazla para cezasının önerildiği davalarda 401 yargıç görev yapardı. 500, 700 gibi düz olarak verilen rakamlar aslında 501, 701 kişilik olan ve nispeten daha az öneme sahip mahkemelerdi.⁷¹ 1001 ve daha fazla yargıçtan oluşan mahkemeler büyük siyasi davalarla ilgilenirdi.⁷² Doğal olarak bu kadar kalabalık sayıda yargıçı alabilecek mahkeme binalarına ihtiyaç vardı; ilkin Metiokheion, her ne kadar müzikle ilgili performanslar için yapılmış olsa da Odeion ve Stoa Poikile mahkeme binaları olarak kullanılmıştır.⁷³ Ancak MÖ V. ve IV. yüzyıllarda Trigo-

⁶⁹ Aristoteles, Atinalıların Devleti 64-65.

⁷⁰ Stephen Todd, *The Shape of Athenian Law*, New York, Oxford University Press, 1993, s.37.

⁷¹ Aristoteles, Atinalıların Devleti 53. 3; Plutarkhos, Perikles, 32. 4; Alick Robin Walsham Harrison, s. 47.

⁷² Demosthenes, *Against Timocrates*, 24. 9, Kullanılan Metin ve Çeviri: *Against Meidias*. Adration, Aristocrates, Timocrates, Aristogeiton (J. H. Vince) The Loeb Classical Library, London, 1956.

⁷³ Aristophanes, *Eşek Arıları*, 273-275, 1109; Douglas Maurice Macdowell, s. 35.

non, Parabyston, Phoinikioun (Kırmızı) ve Batrakhion (Yeşil), Palladion, Areopagos, Delphinion, Phreatto, Prytaneion ile en büyük ve en geniş olan Heliaia mahkemeleridir.⁷⁴

Yargıç Yemini

Halk Mahkemesi'nde görev yapan yargıçlar, muhtemelen atamaların ve bölümlere seçimlerin yapıldığı dönemde, yılda bir kez Ardetos tepesine giderek yemin ederlerdi.⁷⁵ Geçmiş Solon dönemine dayanan yemin geleneğinin tam metni günümüze ulaşmamıştır. Fakat hatiplerin göndermelerinden anlaşıldığı kadarıyla olasılıkla aşağıdaki gibidir. "Halk Meclisi (*Ekklesia*) ve Danışma Meclis (*Bule*) tarafından kabul edilen yasaların ve kararların hükmüne uygun olarak oy kullanacağıma, ancak yasanın olmadığı durumda düşmanlık veya iltimas etmeksizin sadece vicdanımın sesini dinleyerek son derece adaletli davranacağıma, sadece öne sürülen suçlama konusuna dayanarak oy kullanacağıma, hem davacıyı hem de davalıyı tarafsız bir şekilde dinleyeceğime yemin ederim".⁷⁶

Yönetimde her vatandaşın sorumluluğu ve yetkisi olduğu fikrini öne süren demokrasi teorisi Atinalılar tarafından kusursuz biçimde uygulanmıştır. Tasviri yapılan bu karmaşık yapılanma da iki temel fikir üzerine kuruludur: Yasa, ortalama bir insanın anlayacağı şekilde olmalıdır ve geniş kitlelerin sağduyusu ve ahlaki içgüdüleri hukuk yönetiminin garantisidir. Atinalı yargıçların rüşvet aldığı, korku yarattığı veya maksatlı olarak sahtekârlık yaptığı konusunda hiçbir kanıt yoktur. Kendilerine verilen takdir yetkisi bir baskı aracı olarak kullanılmamıştır. Bu tehlikenin üstesinden yargıçların sayısı ve temsil özellikleri ile gelinmiş olmalıdır.

Bu mahkemelerin sayısındaki hızlı artış Halk Meclisi (*Ekklesia*) ve Danışma Meclisi'nin (*Bule*) yasal işlerle uğraşmak için harcadığı zamanı bir hayli azaltmıştır. Örneğin Danışma Meclisi'nin (*Bule*) sadece ha-

⁷⁴ Atina'daki mahkemelerin özellikle mimarileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Alan Boegehold, *The Lawcourts at Athens: Sites, Building, Equipment, Procedure, and Testimonia*, Princeton, New Jersey, 1995.

⁷⁵ "Yemin, ant; yeminin tanığı" anlamına gelen 'horkos' sözcüğü, yeminlerin koruyucu tanrısı Horkos'un adından gelmektedir.

⁷⁶ Alick Robin Walsham Harrison, s. 48; Morgen Herman Hansen, s. 182.

pis cezası vermekle kalmayıp aynı zamanda ölüm cezası uyguladığı bir dönem de vardır ve olasılıkla bu *Areopagos* Meclisi'nin yetkilerinin kısıtlanmasından önce değildir. MÖ IV. yüzyılda bugünkü jürinin görevini yapan kişilerin egemenliğine tanık oluruz. Danışma Meclisi (*Bule*), sadece hainleri ve demokrasiye karşı komplo kuranları, teminatlarını yerine getirmeyen mültezimleri cezalandırmakla yetkilendirilmişti. Çünkü bu meclis üyeleri hem 500 *drahkme* üzerinde bir ceza veremiyorlardı hem de kendilerine getirilen ciddi suç davalarında mahkemelere danışmak zorundaydılar. Söz konusu meclisin hukuki işlevi iki şekildeydi: özellikle para işleriyle ilgilenen memurları sorgulaması açısından son derece ihtiyatlı idarecilik ile ekonomi ve donanma gibi kamusal hizmetlerin belirli alanlarından sorumluydu.⁷⁷ Bu düzenlemeler çerçevesinde, yetki alanı kapsamında işlenmiş suçlarda görevi gereği davaya müdahale edebilirdi.

Suçlamalar: *eisangelia* ve *probole*

Danışma Meclisi'nin (*Bule*) başka bir görevi daha vardı: yargıç veya özel kişiler tarafından getirilen adli kovuşturmalar için yapılan suçlamalar (*eisangeliai* ve *probole*) yığını ile ilgilenmesi beklenirdi. Yargıçların ilgilendiği suçlamalar arasında görevini kötüye kullanan devlet memurlarına, hatiplere, jurnalcilere ve hakemlere karşı yapılan suçlamalar olarak sayılabilir.

Eisangelia ve *probolearkhon*lar tarafından yetkili mahkemeler önünde değil de, *prytaneis* denilen görevlilerden oluşan meclis komisyonu tarafından halkın önüne getirildikleri için bunlar olağanüstü dava türleridir. İki suçlama türü arasındaki en önemli fark *eisangelia*'da suçlayıcı ya kendisi yargıç olarak ortaya çıkarak davayı hükme bağlar veya davayı yetkili mahkemeye yollarken, *probole*'de ise sadece davanın yasalar yoluyla kovuşturulması beklenir. Ayrıca dava edilen kimse kendisine karşı *eisangelia* muamelesine girilmiş ise hemen tutuklanırken, *probole*'de tutuklama yoluna gidilmez. Eğer Danışma Meclisi (*Bule*) suçlamanın incelenmesi lehinde oy kullandıysa, Başkanlar (*Prytaneis*) duruşmanın yapılması için uygun bir gün ayarlardı.

⁷⁷ Aristophanes, *Atinalıların Devleti*, 45. 2; Demosthenes, *Against Timocrates*, 24. 63, Kullanılan Metin ve Çeviri: *Against Meidias*. Adration, Aristocrates, Timocrates, Aristogeiton (J. H. Vince) The Loeb Classical Library, London, 1956.

Esas amaç davanın davacıya zarar vermemesi olsa da, suçun ağırlığına göre hapsedme veya kefaletle serbest bırakma yetkileri vardı. Her iki taraf dinlendikten sonra, çoğunluk aklanma lehinde oylama yaptıysa sanık serbest bırakılır ve dava kapanırdı. Eğer tam tersi yönde bir karar alınırsa, Danışma Meclisi'nin (*Bule*) karar vermesi gereken bir sonraki şey para cezasının yeterli olup olmayacağı veya konunun daha fazla hukuki yetkileri olan bir mahkemeye aktarılıp aktarılmayacağıydı. Suçlamalar aynı zamanda Halk Meclisi'ndeki (*Ekklesia*) halka da beyan edilebilirdi. İlk olarak halk, suçlamanın kabul edilip edilmeyeceği hususunda ellerini kaldırarak oy kullanırdı. Suçlamanın kabulü ve Danışma Meclisi'nin (*Bule*) ön araştırması aynı etkiye sahiptir.⁷⁸ Her iki durumda da mahkemenin söz konusu mecliste yapılması veya başka bir mahkemeye sevk edilmesi muhtemeldir. MÖ V. yüzyılın ortalarından MÖ IV. yüzyılın ilk yıllarına kadar olan süreçte, davalar bazen Danışma Meclisi'nde (*Bule*) fakat daha sık olarak mahkemelerde görülürdü. MÖ IV. yüzyılın ilk yıllarından sonra ise her zaman mahkemelerde görülmeye başlanmıştır. Yasa Koyucu *Arkhonlar* (*thesmothetai*) bu gibi konularda da başkanlık rolü üstlenmiştir.

Bir *eisangelia* ile uygun biçimde kovuşturulabilecek suçlar, sözü geçen yüzyılın ortalarına kadar açık biçimde tanımlanmamıştır. Bu tarih öncesinde *eisangelia* insanlara sahtekârlık yapanları ölümle cezalandırmak için kullanılan antik bir yasayı icra etmek için kullanılmıştır. Böylelikle, genel ya da özel anlamda ihanet (*prodosia*) bir suçlama sebebi olarak kabul edilebilir. Aslında *eisangelia* siyasi yenilgiyi cezalandırmak için kullanılırdı fakat Atina'daki işleyiş hem daha basit hem de daha sık kullanılırdı.⁷⁹ Ayrıca, Danışma Meclisi (*Bule*) aynı zamanda ekonomi gibi, üzerinde denetleme yetkisi olduğu herhangi bir konuda da "suçlama" yapabiliirdi.

Ancak, yaklaşık olarak MÖ IV. yüzyılın ortalarında, yani bugünkü hazırlık soruşturmasına karşılık gelen *eisangelia*'nın suçluyu sadece mahkeme önüne çıkarmak için kullanılan bir yol olduğu ve Danışma Meclisi'nin (*Bule*) formalite icabı iş yürüttüğü dönemde, hakkında "suçlama" yapılması gerekli olan suçlar bir *nomoseisangelitikos* ile kesin

⁷⁸ Morgen Herman Hansen, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes* (Trans. J. A. Crook), Cambridge MA, Blackwell Publishers, 1991, s. 214-216.

⁷⁹ Morgen Herman Hansen, s. 258; Alick Robin Walsham Harrison, s. 54.

bir biçimde tanımlanıp gruplandırılmıştır. Hypereides'e göre bu suçlar demokrasiyi yıkma girişimleri; bir kentin, ordunun veya donanmanın düşmanla iş birliği yapması veya başka herhangi bir ihanet; bir hatip tarafından Halk Meclisi'nde (*Ekklesia*) halka verilen yozlaştırıcı söylemler olmak üzere üç tür suçlama vardır ve savcı görevini yapanlar, birçok suçu bu yasa kapsamına almaya çalışmıştır.⁸⁰ Bu siyasi *eisangeliai* ile diğer iki tip "suçlama" arasında ayırım yapılmalıdır. Birinci *arkhona* (*arkhoneponymos*) getirilen ve her zaman davası mahkemede görülen *eisangeliai kakoseos*, yani ebeveynlere, yetimlere, kadın mirasçılara veya dullara karşı kötü davranma ile hakemlere karşı yapılan bir suçlama olan *eisangeliai diateton* teriminin bu davalarda kullanılmasının sebebi usulün siyasi suçlar için kullanılmasından önce "suçlama" kelimesinin taşıdığı genel anlamdır.

Sözcük anlamı "iddia etmek, ileri sürmek" olan *probole* halkın önünde yapılan adli bir suçlamadır. *Probole* suçlama usulü resmi savcısının eksikliğini telafi etmek amacıyla tasarlanmış ve kamuyu ilgilendiren suçlar konusunda dava açmaları için bireyleri yüreklendiren muhakeme usullerinden biridir. Asalak kişilerin ve halkı boş vaatlerle kandıranların veya Büyük Dionysia, Lenaia, Eleusis Mysterioları gibi bazı belirli dinsel şenliklerin kutsallığına hakaret edenlerin davranış ve konuşmaları bir *probole* konusu olabilirdi.⁸¹ Örneğin, Demosthenes MÖ 348 yılı ilkbaharında kutlanan Dionysia şenliği yarışmaları için erkekler korosunu çalıştırmakta olduğu sırada kendisine kin duyan ressam Meidias tarafından durmaksızın taciz edilir. Gösteri günü geldiğinde de Meidias sahneye çıkarak Demosthenes'i döver, bunun üzerine şenlikten sonraki gün Demosthenes *probole* (suçlama) ile Meidias'ın aleyhinde dava açar, davalı ve davacı Halk Meclisi'nde (*Ekklesia*) savunmalarını yapar, sonucunda vatandaşlar Meidias'ın aleyhinde oy kullanırlar.⁸² *Probole* (suçlama) başvurusunda suçlananların isim listesi, bir toplantıda altı kişinin isminden fazla olmayacak şekilde Halk Meclisi'ne (*Ekklesia*) verilirdi. Bu suçlama usulündeki amaç hal-

⁸⁰ Hypereides, Defence of Euxenippus 3. 7-8, Kullanılan Metin ve Çeviri: Kenneth John Maidment, Minor Attic Orators, II. Vol, Cambridge, Harvard University Press, 1982; Alick Robin Walsham Harrison, s.53.

⁸¹ Morgen Herman Hansen, s. 132, 139, 195, 267, 307.

⁸² Demosthenes, Against Meidian, 21. 215-216. Kullanılan Metin ve Çeviri: Against Meidias. Adration, Aristocrates, Timocrates, Aristogeiton (J. H. Vince) The Loeb Classical Library, London, 1956.

kın yargılama yapmasını sağlamaktan ziyade mahkeme için gerekli ön hazırlık olarak genel kanısını öğrenmekti. Halk, hem sanığa yönlendirilen suçlamayı hem de savunmayı dinler ve ardından ellerini kaldırıp suçlu olup olmadığını oylardı. Eğer karar şikâyetçi aleyhinde verilirse, dava düşerdi.

Sadece bir konu, yaygın mahkemelerin etki alanından belirli bir ölçüde sıyrılabilmiştir. Atinalılar cinayet konusunda oldukça muhafazakâr bir tutum içindeydiler. MÖ VII. yüzyılda, adam öldürme ve tecavüz suçlarına çok ağır cezalar verdiği için “yasalarını kanla yazdı” yakıştırmaları yapılan Drakon’un yasa ve hükümleri, üç yüzyıllık derin değişimin ardından, Aristoteles ve Demesthones’in çağında hala saygı görüyordu. Söz konusu yasa kasten adam öldürme ile istemeden öldürene verilecek ceza arasında ayırım yaparak, kan davası ile kan parasını kaldırarak suçu derecelendirmiştir.⁸³ Platon’un *Yasaları*’ı, kan dökme üzerine eski dini kavramların canlılığını ispatlar.⁸⁴ Bu görüşe göre, katil kirlenmiştir ve etrafını kirletmektedir, kurbanın kızgın ruhu akrabalarının öç almasını istemektedir. Atina’da devletin bir işi de bu intikamın usullerini kontrol altında tutmak ve düzenlemek, suçlunun intikam almak isteyenler tarafından affedilmesi ve aklanması gereken durumları önceden belirlemektir.

Cinayet Davalarına Bakan Mahkemeler

MÖ IV. yüzyıl Atina’sında cinayet (*phonos*) davalarına bakan beş mahkeme vardı ve baktıkları davaların niteliğine göre farklı yerlerde gördükleri davaları her zaman açık havada görüldü: Areopagos, Palladion, Delphinion, Phreatto, Prytaneum.

Areopagos Mahkemesi’nin yetki alanı dışındaki cinayet davalarına bakan ve PalladionDelphinion ve Prytaneion mahkemelerinde görev yapan yargıçlara *ephetai* (hakkı gösterenler) denirdi. Drakon öncesinde dönemde de adlarından söz edilen *ephetai* yargıçları MÖ V. yüzyıldan itibaren elli yaşın üzerindeki Areopagos Meclisi’nin eski 51

⁸³ Stephen Todd, s. 55.

⁸⁴ Platon, *Yasalar* (Çev. C. Şentuna - S.Babür) Ara Yayıncılık, İstanbul, 1988, 1992, 854c-855a-e, s. 120-121; Platon ayrıca, “yazılı olmayan yasalar” ile “babadan kalma yasalar” olarak tanımladığı geleneksel yasaların eğer gereğince korunmuş ve yerleşmiş iseler, yazılı yasaların kurtuluşunu sağladıklarını söyler (793a, s. 47).

erkek üyesinden oluşurdu.⁸⁵ Söz konusu mahkemelerin önemi hakkında çok fazla bilgi yoktur. Günümüze ulaşan tek bilgi, görev yapacak yargıçların liyakat esasına dayalı olarak seçildiğidir. Bu köklü kurumların gelişmiş demokrasi çatısı altında yaşayıp yaşamadığı ise muallâktır, ancak MÖ IV. yüzyılın erken dönemlerinde ortadan kalkmış gibi görünmektedir.

Areopagos Mahkemesi

Areopagos Meclisi üyeleri arasından kurayla seçilerek oluşturulan Areopagos Mahkemesi'nin cinayet davalarıyla ilgilenen en eski kurum olduğu bilinir. Beş mahkemenin arasında planlayarak/kasıtlı ve isteyerek cinayet işleme, öldürme amaçlı yaralama, kundakçılık ve zehirlenme suçlarının bütün davaları her ayın son üç gününde Areopagos Mahkemesi'nde görülürdü. Her biri eski birer *arkhon* olan yargıçların önceki görevlerinde duruşmalara başkanlık yapmış oldukları için yargılama usulleri konusunda deneyimleri vardı. Bu nedenle iyi bir yargıçlar kurulu olan ve büyük bir saygınlığı bulunan Areopagos Mahkemesi'nin yargılamaları sonucunda cinayetin cezası ölüm ve haciz, yaralamanın ise sürgün ve hacizdi.

Palladion Mahkemesi

Bu mahkeme, Atina kentine adını veren tanrıça Athena'nın Batı Anadolu'da Troya/Hisarlık kentinde bulunan ve bu kentin sağ ve esen kalmasının güvencesi sayılan, sihirli özelliklere sahip en eski kült heykeli olan Palladion'dan alır⁸⁶. Söz konusu Palladion heykeli ele geçirilmeden Troya kenti alınamazdı, bu nedenle Odysseus ile Diomedes bir gece gizlice Troya'ya girerek heykeli çaldılar ve kenti korunmasız bıraktılar. Bu mahkeme kasti olmayan cinayetleri, ölüme yol açma vakalarını, köleleri, *metoikos*ları (yerleşik yabancılar) ve

⁸⁵ Douglas Maurice Macdowell, s. 117.

⁸⁶ Efsaneye göre, ırmak tanrısı Triton tarafından eğitilen tanrıça Athena'nın oyun arkadaşı eğitimcisinin kızı Pallas'tır. İki küçük tanrıça savaş oyunları oynarlarken, Pallas Athena'nın attığı mızrakla vurularak ölür. Bu duruma çok üzülen Athena, Pallas'ın adını almaya ve onun adına bir heykel dikmeye karar verir. Palladion adıyla ünlü bu heykel, Troya kentinin kurulmasında da yıkılmasında da büyük önem taşır. Palladion zaman içerisinde bulunduğu kenti ya da devleti koruyan herhangi bir kutsal nesneyle özdeşleştirilmiştir.

çeşitli amaçlarla geçici süreliğine ülkede bulunan yabancıları öldürenleri yargılamasıyla bilinir.⁸⁷Davalar, yabancılarla yabancılar ve yabancılarla vatandaşlar arasındaki anlaşmazlıklar olmak üzere iki türdür.⁸⁸ Kurbanın statüsünden kaynaklanan ayırıcı özellik ile davalının niyetine ilişkin ayırıcı özelliğin birbirinden hiçbir farkı yoktur, çünkü kural olarak kurbanın statüsünü öğrenmek katilin niyetini öğrenmekten daha kolaydır. Kısacası, bir yabancıнын bir vatandaş tarafından öldürülmesi durumunda Palladion Mahkemesi yargıçlarının tutumunun ne olduğu hakkında fazla bilgimiz yok, ancak bir Atina vatandaşını öldürmekle bir yabancıyı öldürmek arasında fark olduğunu tahmin etmek zor olmaz, zira Atina vatandaşı olmak bir ayrıcalıktır ve ayrıcalık da saygınlık demektir. Yani ağırlıklı olarak kölelerin ve yabancıların öldürülmesi davalarını gören Palladion Mahkemesi'nin kendi vatandaşına ayrıcalıklı davranmış olması bizleri şaşırtmaz. Sanık, mahkeme binası olarak kullanılan Athena Pallas Tapınağı'nda yargıçların huzuruna götürülür, yargılama burada yapılırdı. *Ephetai* denen yargıçlar kurbanın kabilesinden on üye seçer ve bunlar katilin affedilip affedilmeyeceğine karar verirlerdi. Kasıtlı cinayet suçunun cezası, mal varlığına el koyulmaksızın kişinin belirli bir süre için sürgün edilmesiydi. Ancak öldürülen kişinin babası, erkek kardeşleri veya oğulları belirli kurallara uygun biçimde "af" bahşederse, sürgün süresi dolmadan kişi geri dönebilirdi.⁸⁹ *Metoikoslar* ve yabancıların, koruyucu (*prostasis*) olarak seçtikleri bir Atina vatandaşına kendilerini temsil ettirmeleri gerekmektedir. Kadınlar vatandaş sayılmadıkları için yasalar karşısında hiçbir hakları yoktu. Bu nedenle özellikle hukuki meselelerde "evin efendisi, vasi" anlamına gelen bir *kyrios* tarafından temsil edilirdi.⁹⁰

⁸⁷ Aristoteles, Atinalıların Devleti 57. 3; Demosthenes, Against Aristocrates 23.71-3 Kullanılan Metin ve Çeviri: Against Meidias. Adration, Aristocrates, Timocrates, Aristogeiton (J. H. Vince) The Loeb Classical Library, London, 1956; Stephen Todd., s. 274; Douglas Maurice Macdowell, s.117.

⁸⁸ Aristoteles, Politika V. 1300b, 28-30 (Çev. M. Tunçay) İstanbul, Remzi Kitabevi, 16.basım 2010, s. 139 - 140; Stephen Todd, s. 169, 185.

⁸⁹ Demosthenes, Against Aristocrates 23.28-52,72, Against Pantainetos 37.39; Against Macartatus 57 Kullanılan Metin ve Çeviri: Against Meidias. Adration, Aristocrates, Timocrates, Aristogeiton (J. H. Vince) The Loeb Classical Library, London, 1956; Douglas Maurice Macdowell, s. 120.

⁹⁰ Kadınların hukuki statüleri için bkz. Douglas Maurice Macdowell, s. 84-108.

Delphinion Mahkemesi

Apollon'un Delphoi kentinde Themis Tapınağı'nı korumakla görevli Python adındaki canavarı öldürmesinden adını alan Delphinion Mahkemesi, cinayet işlediğinin açıkça itiraf eden ve yasalara göre bu cinayetin haklı nedenlere dayandığını iddia eden sanıkların davalarına bakar. Bu durumlar şunlardır: kişinin nefsi müdafaa sırasında ölümü, öldürülen kişinin zina sırasında suçüstü yakalanması, bir spor müsabakasında rakip sporcunun yanlışlıkla öldürülmesi veya savaşta bir askerin silah arkadaşını yanlışlıkla öldürmesi gibi davaların sanıkları Delphinion Mahkemesi'nde yargılanırdı.⁹¹ Sayılan bu suçlara genellikle ceza verilmez, sadece dinsel arınma gerçekleştirilirdi. Birçok toplumda olduğu gibi, Yunan toplumunda da dinin yasakladığı bir suç işlemek ya da dinsel bir kuralı çiğnemek ve murdar bir şeye dokunmakla kişinin kirlendiğine inanılırdı. Cinayet başlı başına bir kirlenme nedeniydi, bu durumda öldürülen kişinin kanının katilin ellerine yapıştığı inancı hâkimdi. Bunun için özenli bir şekilde uygulanacak arınma törenleri gerekirdi, yerine getirilmediği takdirde ise kişisel olarak nesiller boyu sürececek lanetler zincirinin ve kamusal olarak ise cinayetin işlendiği kentte ölümcül salgın hastalıklar başta olmak üzere, çeşitli belalarla bereketin ortadan kalkması gibi istenmeyen sonuçlarına katlanmak demektir.

Phreatto Mahkemesi

Adını Pire kentinin doğusundaki aynı adlı yerden alan bu mahkeme çok sık toplanmazdı. Efsaneye göre Salamis kralı Telamon'un iki oğlu, Aias ile Teukros, Troya soyundan olmalarına karşın Akhaların safında savaşırılar. Teukros, Mysia'ya yaptığı bir çapulculuk seferindeyken ağabeyi Aias Troya Savaşı'nda ölür. Vatana dönüşünde ağabeyinin ölümünde ihmali bulunduğu gerekçesiyle babası Telamon tarafından yurdundan kovulması efsanesine dayanan Phreatto Mahkemesi, takirle öldürmeden sürgün cezasına çarptırılanlar tarafından tekrar işlenen kasıtlı adam öldürme suçlarına bakardı.⁹² Phreatto Mahkemesi

⁹¹ Demosthenes, Against Aristocrates 23.74-75 Kullanılan Metin ve Çeviri: Against Meidias. Adration, Aristocrates, Timocrates, Aristogeiton (J. H. Vince) The Loeb Classical Library, London, 1956; Stephen Todd, s. 274.

⁹² Aristoteles, Atinalıların Devleti 57. 3.

yargıçları, sürgün edilmiş bir kişi kendini aklamak için yeniden yargılanma talebinde bulunduğu zaman toplanırdı. Sürgün edilmiş sanık karada yargılanırsa ilk cinayetten Attika toprağını kirlettiği inancıyla savunmasını bir kayıkta oturarak vermesi istenirdi, bu durumda *ephetai* denen yargıçlar da onu Pire kenti yakınındaki Munykhia sahilinden dinlerdi.⁹³ Sanık beraat ederse sürgün bulunduğu yere geri döner, suçlu olduğuna karar verilirse ölüme mahkûm edilirdi.

Prytaneion Mahkemesi

Atina Akropolis'inin kuzeyinde yer alan ve arkaik bir özelliğe sahip olan bu mahkeme adını birinci *arkhonun* görev yaptığı başkanlık binasından alır. Kralın görev yetkilerini üstlenen ikinci *arkhon* (*arkhonbasileus*) ve kabile kralları (*phylobasileis*) faili meçhul cinayetleri, insan hayatına mal olan hayvan ve nesnelere yargılardı. Ceza verilmek istenen nesnelere devletin sınırları dışında bir yere götürülürdü. Faili meçhul cinayetleri inceleyen bu mahkemede, kendisine bütün cinayet davalarının savcısı olma görevi verilen kişi, devletin dininin temsilcisi olan kraldı (*arkhonbasileus*). Kovuşturma yapan kişi ise en yakın akrabadan başka birisi değildi. Eğer zanlı tutuklanamazsa, ikinci *arkhon* (*arkhonbasileus*) bir duyuru yaparak söz konusu kişinin agora ve kutsal mekânlara girişini yasaklardı.⁹⁴ Duruşmanın başlamasından sonra sanık Attika'dan giderek ölüm cezasından kurtulabiliyordu. Ülkeden çıktıktan sonra bütün Yunan kent devletlerini ve yerleşimlerini kapsayan panhellenik oyunlar ve Amphiktyonik⁹⁵ şenliklere katılmaktan kaçınması koşuluyla ceza almaktan kurtuluyordu. Solon, cinayet ya da tiranlık kurmaya çalışma suçlarından Areopagos ya da *ephetai* denen yargıçların ya da Prytaneum Mahkemesi'ndeki kralların mahkûmiyet

⁹³ Aristoteles, Atinalıların Devleti 57. 3-4; Demosthenes, Against Aristocrates 23. 77-79, Kullanılan Metin ve Çeviri: Against Meidias. Adration, Aristocrates, Timocrates, Aristogeiton (J. H. Vince) The Loeb Classical Library, London, 1956; Douglas Maurice Macdowell, s. 117.

⁹⁴ Demosthenes, Against Aristocrates, 23. 80.81, Kullanılan Metin ve Çeviri: Against Meidias. Adration, Aristocrates, Timocrates, Aristogeiton (J. H. Vince) The Loeb Classical Library, London, 1956; Stephen Todd, s. 275.

⁹⁵ Bir tanrı tapınağı etrafında yaşayan ve tapınağa karşı sorumluluk üstlenen Yunan halklarının kurulan dinsel birlik ya da örgüt. Güçlü devletlerin, üyelerin oylarını kendi çıkarları doğrultusunda yönlendirmeleri nedeniyle bu dinsel birliğin siyasi açıdan önemi büyüktü.

kararı verdikleri kişilere oy hakkı vermemiştir.⁹⁶ Bu ifade Prytaneum Mahkemesi'nin verdiği yargı kararlarının önemine işaret etmektedir. MÖ V ve IV. yüzyıllarda kent devletlerinde şekillenen sınıf egemenliği sistemi, özellikle Atina'da hukuk ve adaletin görece olduğu düşünce-sini pekiştirir. Bu sisteme karşı çıkan Epikuros “mutlak bir adalet hiçbir zaman olmamıştır, yalnızca bir insanın bir başkasından zarar görmesini ön-lemek için toplumsal ilişkilerde ulaşılmış, yerden yere ve zamandan zamana değişen bir anlaşma” olduğunu ileri sürerken, Platon da Thrasymakhos aracılığıyla “adaletin yönetici sınıfın çıkarı olduğunu” ifade eder⁹⁷.

Sonuç

Günümüze ulaşan en eski ve önemli hukuk belgesi MÖ VII. yüz-yıla ait Drakon'un adam öldürme davalarıyla ilgili uyuşmazlıkları ve izlenmesi gereken yöntemleri belirleyen Cinayet Yasası'dır. MÖ VI. yüzyılda Solon'un siyasi, sosyal ve ekonomik reformları söz konusu çağın ihtiyaçlarını karşılamamakla kalmamış, Atina'nın gelecekte iz-lemesi gereken iç siyasetin temel dinamiklerini belirleyecek nitelikte de etkili olmuştur. Bu dönemde meydana getirilen devlet teşkilatı ve kurulları varlığını yüzyıllarca sürdürmüş, hatta sonraki devletlerin teşkilat ve yasalarına örnek oluşturmuştur. Atina için anayasal ve eko-nomik konuların yanı sıra hukuk alanında yasalar hazırlayan Solon, Atina hukukunu toplumun örf, adet ve geleneklerden ayıran en temel özellik olan devlet güvencesi altına alınmasını sağlamıştır. Bunun için Halk Mahkemelerini (*Heliaia*) oluşturarak haksızlığa uğradığını düşünen herkesin mahkemelere başvurarak hakkını arayabilmesinin önünü açmıştır. Halk Mahkemeleri yasaların anayasaya uygunluğunu denetleme ve bir vatandaşın itirazı üzerine konuyu görüşüp verecek-leri kararla, ilgili yasayı yürürlükten kaldırabilirdi. Söz konusu mah-kemeler üst düzey devlet memurlarının sınanması, görevlerinin biti-minde hesap sorulması yetkisine sahipti. Ephialtes, “anayasa yargısı” anlamına gelen *Graphē Paranomon* yasasını çıkararak, vatandaşların yasalara aykırı hareket etmelerine engel olmayı ve anayasal düzenin

⁹⁶ Plutarkhos, Solon XIX. Şurada: Yaşamlar I (Çev. M. Mete) İstanbul, İdea Yayınevi, 2005.

⁹⁷ George Thomson, Aiskhylos ve Atina (Çev. M. H. Doğan), İstanbul, Payel Yayı-nevi, 1990, s. 333-334; Platon, Devlet (Çev.S. Eyüboğlu- M. A. Cimcoz), İstanbul, Remzi Kitabevi, 8. Basım, 1995, 338a, s. 29.

korunmasını sağlar. Söz konusu bu yasayla her vatandaşa meclis toplantılarında anayasayı ortadan kaldırmak isteyen ve yasalara aykırı teklifte bulunan vatandaşa karşı suç duyurusunda bulunma hakkı tanınıyordu. Böylece yasaların koruyuculuğu yetkisi kurumların elinden alınarak vatandaşa bırakıldı. MÖ V. yüzyılda ise Perikles zamanında *demos* yargıçları ya da Kırklar yeniden kuruldu ve yargıçlara ücret ödenmeye başlandı. Atina'da yargı ve yürütmenin iç içeliği hem meclislere hem de *arkhon*lara yargı yetkisi tanımıştır. Yürütme ve yasama görevlerinin yanı sıra Halk Meclisi (*Ekklesia*) ve Danışma Meclisi (*Bule*) suçluları bir mahkemeye yollamak ya da bizzat cezalandırmak, kararları temyiz etmek yetkisine de sahipti. Aynı zamanda doğrudan demokrasinin temel taşlarını oluşturan Hakemler (*Diaitetai*) de günümüz mahkemelerinden önemli bir farkla, yürütme ve yasama yetkisinde söz sahibiydiler. On Birler, Kırklar, Dava Başlatanlar adlarıyla anılan ve mahkemelere kura ile dağılımı yapılan yargıçlar ya da mahkeme üyeleri hem yargıç, hem savcı hem de hakem görevini yerine getirmekteydiler.

Eski Yunan kent devletlerinden günümüze en çok bilgi ulaşan Atina yargı sistemi, son derece sınırlı fiziki koşullar ve az sayıda vatandaşa sahip olan kent devleti yapısı içinde, başka birçok konuda olduğu gibi, yargı alanında da gelişmelerine engel oluşturmuştur. Ayrıca pozitif hukuk alanında tam anlamıyla bir gelişme olmaması, az sayıdaki mevcut yasaların ise bu yönde şekil değiştirmesini mümkün kılacak yeni yasalar oluşturamamıştı. Bu sorun kabile geleneği ile aristokratik ayrıcalık arasındaki uzlaşmazlıkları çözümleyen demokrasi yönetimi çatışı altında giderilmeye çalışılmıştır. Atina'da filizlenen demokrasi yönetim biçimi, aristokrasi yönetiminin vermediği eşitliği vererek sıradan insanları yargı alanında söz sahibi yapmıştır. Yargı organlarının ve yargı yetkisinin, alanda uzmanlığı olmayan sıradan insanların ellerine bırakılması, yani bu kişilerin mesleki bilgi ve deneyimlerden yoksun olmaları, üstelik deneyimle kazanılması olası hukuk bilgilerini kullanmak için önem taşıyan görevde sürekliliğin bulunmaması hukuk alanında gelişmelerine engel oluşturmuştur. Mevcut yargı organları ve mahkemelerde de yasalarca belirlenmiş kuralların pekişmesini engelleyen muhakeme usulleri ile örfi geleneklere bağlılıkları pozitif hukuk alanındaki gelişmeleri zorlaştırmış ve geciktirmiştir.

Kaynakça

Antik Kaynaklar

- Andocides, *On the Mysteries*. Kullanılan Metin ve Çeviri: Maidment, Kenneth John, *Minor Attic Orators*, II. Vol, Cambridge, Harvard University Press, 1982.
- Aristophanes, *Eşek Arıları*. (Çev. S. Eyüboğlu- A. Erhat), İstanbul, Türkiye İş Bankası Yayınları, 2006.
- Aristoteles, *Atinalıların Devleti* (Çev. S. Baydur) Ankara, Milli Eğitim Bakanlığı, 1943.
- Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik* (Çev. C. Şentuna- S. Babür) Ankara, Hacettepe Yayınları, 1988.
- Aristoteles, *Politika* (Çev. M. Tunçay) İstanbul, Remzi Kitabevi, 2010.
- Demosthenes, *Against Aristocrates*. Kullanılan Metin ve Çeviri: Against Meidias, Adration, Aristocrates, Timocrates, Aristogeiton (J. H. Vince) The Loeb Classical Library, London, 1956.
- Hesiodos, *İşler ve Günler 210-230*. Şurada: Hesiodos Eseri ve Kaynakları (Çev. S. Eyüboğlu- A. Erhat) Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1977.
- Hesiodos, *Tanrıların Doğuşu*. Şurada: Hesiodos Eseri ve Kaynakları (Çev. S. Eyüboğlu- A. Erhat) Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1977.
- Homeros, *İlyada* (Çev. A. Erhat - A. Kadir) İstanbul, Can Yayınları, 20. Basım 2005.
- Homeros, *Odysseia* (Çev. A. Erhat - A. Kadir) İstanbul, Can Yayınları, 17. Basım 2005.
- Hyperiedes, *Defence of Euxenippus*. Kullanılan Metin ve Çeviri: MAIDMENT, Kenneth John, *Minor Attic Orators*, II. Vol, Cambridge, Harvard University Press, 1982.
- Lysias, *Against Pankleon*. Kullanılan Metin ve Çeviri: Lysias (Çev. W. R. M. Lamb), Cambridge, MA Harvard University Press, 1988.
- Platon, *Devlet* (Çev. S. Eyüboğlu- M. A. Cimcoz), İstanbul, Remzi Kitabevi, 8. Basım, 1995.
- Platon, *Yasalar* (Çev. C. Şentuna - S. Babür) Ara Yayıncılık, İstanbul, 1988, 1992.
- Plutarkhos, *Perikles*. Şurada: *Hayatlar: Perikles - Fabius Maximus* (Çev. O. Davies), Ankara, Milli Eğitim Bakanlığı, 1945.
- Plutarkhos, *Solon*. Şurada: *Yaşamlar I* (Çev. M. Mete) İstanbul, İdea Yayınevi, 2005.
- Thukydides, *Peloponnesos Savaşı* (Çev. T. Gökçöl), İstanbul, Hürriyet Yayınları, 1976.
- Modern Kaynaklar:
- Hansen, Morgan Herman. *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes* (Trans. J. A. Crook), Cambridge MA, Blackwell Publishers, 1991.
- Harrison, Alick Robin Walsham. *The Law of Athens*, vol. II, Indianapolis, Hackett Publishing, 1998.
- Lidell, Henry George-Scott, Robert. *A Greek - English Lexicon*, Oxford, Clarendon Press, 1990.
- Macdowell, Douglas Maurice. *Demosthenes Speeches*, Austin, Texas of University Press, 2004.
- Macdowell, Douglas Maurice. *The Law in Classical Athens*, New York, Cornell University Press, 1978.
- Thomson, George. *Aiskhylos ve Atina* (Çev. M. H. Doğan), İstanbul, Payel Yayınevi, 1990.
- Todd, Stephen. *The Shape of Athenian Law*, New York, Oxford University Press, 1993.

ZORUNLU ARABULUCULUĞUN HUKUKUN TEMEL İLKELERİNE AYKIRILIĞI VE UYGULANABİLİRLİĞİNE DAİR SORUNLAR

Kürşat KARACABEY*

GİRİŞ

Makalemizin asıl konusunu; kamuoyunda “zorunlu arabuluculuk” olarak adlandırılan, belli bazı hukuk uyuşmazlıklarında dava açmazdan önce arabulucuya müracaat etme zorunluluğu getirilmesine dair önerinin değerlendirilmesi oluşturacaktır.

Bunun için öncelikle, zorunluluk unsuru dışında genel olarak arabuluculuğun ve Türkiye’deki arabuluculuk uygulamasının kısaca bir değerlendirmesini yapmakta yarar görmekteyiz.

Son bölümde ise Türkiye özelinde, uygulanabilir ve denetlenebilir bir arabuluculuk kurumunun nasıl oluşturulabileceğine yönelik değerlendirme ve önermeler yer alacaktır.

1. GENEL OLARAK ARABULUCULUK

Öğretide arabuluculuğun çeşitli tanımları bulunmaktadır. Bu çerçevede Richard Birke’nin tanımı; “Arabuluculuk (uzlaştırma), bir uyuşmazlığın çözüm şekli hakkında menfaati ve uyuşmazlığın sonucuyla ilgili dikte etme yetkisi bulunmayan tarafsız bir üçüncü kişinin, ihtilaflı taraflar arasındaki müzakereyi kolaylaştırdığı uyuşmazlık çözüm yoludur” şeklindedir.¹

* Avukat, TBB Yönetim Kurulu Üyesi, Arabuluculuk Kurulu Üyesi

¹ Mustafa Serdar Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetkin yayınları, 2013 Ankara, s.555

Arabuluculuğun öğretilde kabul gören diğer bir tanımını ise Marriott Brown yapmıştır:

“Arabuluculuk (veya uzlaştırma), uyuşmazlığa düşmüş tarafları, (olası) bir anlaşmanın koşullarını müzakere edebilmeleri amacıyla bir araya getirmeye çalışan, tarafların uzlaşmalarını veya birbirlerini anlamalarını sağlamak için taraflar arasındaki iletişimi kolaylaştıran, tarafsız bir üçüncü kişinin (arabulucunun) katılımıyla yürütülen **gönüllü bir usuldür**”.²

6325 sayılı “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK)” ise m. 2/b’de arabuluculuğu şöyle tanımlamaktadır:

Arabuluculuk: “Sistematik teknikler uygulayarak görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini” ifade eder.

Arabuluculuğun Türk Hukuku’ndaki bir diğer tanımı ise şöyle yapılmıştır:

“Arabuluculuk, uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafları, konuşmak ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, birbirlerini anlamalarını ve bu suretle kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak için aralarındaki iletişimi kolaylaştıran, tümüyle bağımsız, tarafsız ve objektif bir konumda bulunan üçüncü kişinin katkısı yahut katılımıyla yürütülen gönüllü bir usuldür.”³

Arabuluculuk uygulamasında değişik hukuk sistemlerinde farklı yöntemler (kolaylaştırıcı veya değerlendirici arabuluculuk gibi) benimsenmiştir. Kuşkusuz bu yöntemlere göre arabuluculuğun tanımı da farklılık arz edecektir. Ancak, bizim hukukumuzda benimsenen

² Mustafa Serdar Özbek, a.g.e. s.555

³ Süha Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıklarında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBB Dergisi, Sayı 64 2006 s.165

sistem itibariyle hukuk uyuşmazlıklarındaki arabuluculuğu, şu şekilde tanımlamamız mümkündür:

“Arabuluculuk; yargılamaya konu oluşturabilecek nitelikteki kişiler arası bir hukuk uyuşmazlığında, uyuşmazlığın yanlarında ortaklaşa atanacak tarafsız ve ehil bir kişinin, arabulucu sıfatıyla devreye girmesi suretiyle tarafların, gönüllülük esasına dayalı olarak uzlaşmaları için uygun ortamı sağladığı ve esasa ilişkin telkin ve tavsiyeden kaçınmak kaydıyla, anlaşmanın sağlanmasına yönelik olarak kolaylaştırıcılık sağlamayı üstlendiği bir alternatif çözüm yoludur” .

Esasen arabuluculuk, toplumsal ilişkilerde öteden beri uygulanan geleneksel bir usuldür. Özellikle birbirlerini tanıyan insan kümelerinde (bir köy veya kasaba halkı veya bir mesleğin mensupları gibi) üyeler arası bir uyuşmazlık çıktığında, konunun yargıya taşınmasının taraflar için ilişkileri zedeleyici ve tarafları zararlandırıcı bir takım sonuçlar doğurabileceği değerlendirilmesiyle, alternatif çözüm arayışı kapsamında başvuru bir çözüm yöntemidir. Bu yolda başvuru yöntemlerinden en çok uygulama alanı bulanı da üçüncü bir kişinin arabuluculuğuna müracaat edilmesidir. Benzer durum, devletler arası uyuşmazlıkların çözümünde de söz konusu olmaktadır. Bu tür geleneksel uygulamalarda, arabulucunun konu hakkında ehliyetli olması yanında, tarafsızlığına ve adaletli oluşuna duyulan güvenin güçlü olması, başarı şansını artıran en önemli etmen olarak karşımıza çıkar.

Elbette ki dava açılmazdan önce arabulucu yardımıyla uyuşmazlığın çözülebilmesi potansiyeli, dava açıldıktan sonra da mümkündür.

2. TÜRKİYE’DEKİ ARABULUCULUK UYGULAMASI

Geleneksel toplumsal hayatta arabulucular marifetiyle uyuşmazlık çözümünün kökleri, yazılı tarihin başlangıcına kadar gider. Genel olarak, aralarında hukuksal uyuşmazlık baş gösteren kişiler, çoğu kez kendilerinin, kimilerin de üçüncü kişilerin girişimleri sonucunda tarafsız ve güvenilir bilinen bir diğer kişinin hakemliğine ya da arabuluculuğuna müracaat ederler.

Aynı anlayış, arabuluculuk mevzuatı ihdas edilmeden önce de pozitif hukukumuza bir parça olsun yansıtılmıştır. Tarafların mahkeme dışında uzlaşıp anlaşmaları için, "Türk Hukuku'nda da, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle ilgili çeşitli yasal düzenlemeler mevcuttur. Sözü edilen uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile ilgili olarak vergi hukukunda, toplu iş hukukunda (TSGLK m. 22, 23 ve 34, I), avukatlık hukukunda (Av. K. m. 35/A) hatta kamu düzenin korunması düşüncesinin ve kamu yararının en ağır bastığı alan olan ceza hukuku alanında (CMK m. 253, 256) dahi hukuki düzenlemeler bulunmaktadır. Yine, tüketici hukuku (TKHK m. 22) ve aile hukuku alanlarında (4787 sayılı Kanun m. 7), alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak nitelendirilebilecek yahut bu bağlamda irdelenebilecek uyuşmazlık çözme yöntemlerini içeren düzenlemeler öngören hukuk kuralları yer almaktadır".⁴

Bu itibarla geleneksel toplumsal yaşamda ve pozitif hukukta arabulucu marifetiyle hukuksal uyuşmazlık çözümü zaten vardır. Bu yöntemin özel bir kanuna bağlanması, bu bakımdan yeni bir yöntem icadı değildir. Ancak arabuluculuğun özel bir hukuksal düzenlemeye tabi tutulması ile arabuluculuk çözüm yönteminin sistemleştirilmesi, bu konuda toplumda farkındalık yaratılması ve arabuluculuk faaliyetlerinin düzenli işleyişinin denetlenmesi ve arabulucuların eğitilerek niteliklerinin artırılması gibi organizasyonlarla, yöntemin uygulanabilirliğinin kolaylaştırılıp yaygınlaştırılması amaçlanmıştır.

Bir uyuşmazlığın arabulucu desteği ile çözülmesi halinde, tarafların özgür iradeleri tahtında ulaşılan sonuca razı olmaları, adalet felsefesi bakımından ideal bir düzeye işaret etmektedir. Uyuşmazlığın tarafı olan her bir kişinin kendisini yeterince ifade etme olanağı bulacağı bir ortamda, adalet duygusunun büyük ölçüde tatmin olacağı bu sonuç, bir çok zaman hiçbir tarafın tam tatmin olmadığı mahkeme kararları ile kıyaslanamayacak derecede insani, vicdani ve ahlaki üstünlüğe sahiptir. Keza bu yöntem, uyuşmazlığın çözüm sürecini kısaltması, gizliliğe riayet edilmesi, taraflar ve kamusal erk bakımından maliyeti düşürmesiyle de tercih üstünlüğünü haizdir.

⁴ Süha Tanrıver, a.g.e. s.155

Bütün bunlara ek olarak, tarafların üstlenecekleri edimler ve sağlayacakları kazanımlar anlamında arabuluculuk, adeta sınırsız çözüm seçeneği üretme zenginliğine sahip bir yöntem olarak da yargı kararlarına nazaran üstün konumdadır.

Uyuşmazlık sürecini kesin ve kalıcı şekilde sonlandırıp, süreç sonucunda tarafların el sıkışarak ayrılmalarını ve barış içinde kalmalarını sağlama potansiyelinin yüksekliği de arabuluculuk yönteminin bir diğer erdemli özelliğidir.

Ülkemizde, arabuluculuğun yasal ve kurumsal bir yapıya kavuşturulması amacıyla, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, 22.06.2012 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Hemen akabinde Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde Arabuluculuk Daire Başkanlığı kurulmuş ve uygulamaya yönelik olarak yoğun bir çalışma sürecine geçilmiştir.

Ne var ki iki yılı aşan bir süreçte, arabulucuya başvuru anlamında arzu edilen sonucu elde edemediğini değerlendiren Adalet Bakanlığı, kolaycı bir yaklaşımın yansıması olarak, belirli bazı hukuk uyuşmazlıklarında, dava açmazdan önce arabulucuya başvurma zorunluluğunu getirmek istemektedir.

Aşağıda böyle bir uygulama girişiminin, arabuluculuk kurumunun olması gereken yapısına, demokratik değerlere ve mevcut hukuk sistemine ne ölçüde uyarlı olduğu tartışılıp değerlendirilecektir.

3. ARABULUCULUK UYGULAMASININ BELLİ BAZI DAVALAR İÇİN ZORUNLU HALE GETİRİLMESİNİN HUKUK VE DEMOKRASİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bugün itibariyle Dünya genelinde pek çok ülkede, hukuksal uyuşmazlıklarda alternatif çözüm yolu olarak "arabuluculuk uygulaması" yürürlükte bulunmaktadır. Bu ülkeler içinde sadece İtalya'da, belirli bazı uyuşmazlıklarda dava açılmazdan önce, "arabulucuya başvuru zorunluluğu" getirilmiştir. Ancak alınan bu radikal kararın tutarlılığından duyulan kuşkudan kaynaklansa gerek, olağan dışı bir refleksle,

yasanın yürürlük süresi dört yıla sınırlı tutulmuştur. Şöyle ki İtalya'da zorunlu arabuluculuk, 2013 yılında, -dört yıl sonrasında (2017 yılında) uygulamanın sonuçları değerlendirilerek, zorunluluğun devam edip etmeyeceğinin yeniden kararlaştırılması öngörülmek- kaydıyla yürürlüğe konulmuştur.

İtalya'daki bu istisnai uygulamanın örneksenmesi suretiyle ve de aceleci bir hevesle, son dönemde Türkiye'de de, belirli bazı hukuk uyuşmazlıklarında, dava açılmadan önce arabulucuya müracaat etme zorunluluğunun getirileceği; devlet katmanında en yetkili kişilerce dile getirilmekte ve Adalet Bakanlığı'na bağlı Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nca da bu yönde yasa değişikliği tasarıları hazırlanmaktadır. Üstelik Türkiye için öngörülen zorunluluk uygulamasının, İtalya'dakinden katbekat daha fazla hukuksal uyuşmazlığı kapsayacağı da öngörülmektedir. İtalya'da tarafların uyuşmazlığın çözümü sonrasında da iyi ilişkiler içinde olmak durumunda olacakları dava türleri (kat mülkiyetinden, komşuluk hukukundan kaynaklanan vb.) esas alınarak, sadece belirli dava türleriyle sınırlı olmak üzere zorunluluk getirilmiştir. Buna karşın Türkiye'de, konusu para veya para ile ölçülebilen değerlerden oluşan hukuksal uyuşmazlıklarda, dava değeri esas alınarak -bir kısım istisnalar dışında- hukuk uyuşmazlıklarının tamamı için zorunlu arabuluculuk öngörülmektedir. Bu durum karşısında, isabetliliği zaten tartışmalı olan İtalya'daki zorunluluk örneği, tasarlanan şekil itibariyle bizde doğru örnek olmaktan tümünden çıkmakta, deyim yerindeyse Dünya'da bir ilk denenmektedir.

Bu durum karşısında arabuluculuğun, değere bakılmaksızın bir kısım hukuk uyuşmazlıklarının tamamı ve konusu parasal değerle temsil edilebilen bütün hukuk uyuşmazlık türleri için zorunlu başvuru mercii haline getirilmesinin, Ülkemiz bakımından yararlarını, sakıncalarını ve uygulanabilirlik şansını irdelemek kaçınılmaz gözükmektedir.

İşte bu bakış açısı ve anlayış çerçevesinde konuya bakacak olursak aşağıdaki değerlendirmeleri yapmamız kaçınılmaz gözükmektedir:

a. Hukuk uyuşmazlıklarında bir “alternatif çözüm yolu” olarak zorunlu arabuluculuk

Doktrinde genel kabul gören anlayış uyarınca arabuluculuk, hukuk uyuşmazlıklarında alternatif çözüm yollarından birisi olarak benimsenmektedir. Hatta o kadar ki Kimberlee K. Kovach’a göre “arabuluculuk; alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin esas modeli olup, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının tüm özelliklerini barındırır.”⁵

Nitekim Henry Campbell Black de alternatif çözüm yöntemini şöyle tanımlamaktadır: “Alternatif uyuşmazlık çözümü terimi, uyuşmazlıkların çözümü için kullanılan, dava yolu dışında kalan diğer usulleri kasteder; örneğin, tahkim, arabuluculuk, kısa yargılama bu usullerdendir.”⁶

Lott/Fletcher’e göre de “uyuşmazlıkların çözüm yöntemlerinden en yaygını arabuluculuktur.”⁷

Öğretide, “uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemlerinin adli yargıyı sadece tamamlayabileceği fakat onun yerini alamayacağı, dava öncesinde tarafları, zorunlu uzlaşma usulüne başvurmaya davet etmenin bireyi kanun koyucu tarafından zor kullanarak uzlaşmak zorunda bırakmak anlamına geleceği, adli yargının yerini almasının söz konusu olmayacağı” da savunulmuştur.⁸

“Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, yargının alternatifi olan ve dolayısıyla yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan yahut onunla rekabet içinde bulunan bir süreçler bütünü değildir. Sözü edilen yolların asıl hedefi, küçük çaplı ve kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlıkların, adli bir soruna dönüşmeden çözümünü gerçekleştirme.”⁹

⁵ Melis Tuğsavul Taşpolat, Türk Hukukunda Arabuluculuk Yetkin Yayınları, 2012 Ankara, s. 21

⁶ Mustafa Serdar Özbek, a.g.e. s.167

⁷ Melis Tuğsavul Taşpolat, a.g.e. s. 78

⁸ Kamil Yıldırım, İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözümü Hakkında, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 358

⁹ Hakan Pekcanitez, H, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri,” Hukuki Perspektifler Dergisi, 2005/5, s.12-16

“Uyuşmazlıkları çözüme kavuşturma işlevi, esasında devletin işidir ve devlet bu işlevini, yargı erkini kullanmak suretiyle yerine getirir. Alternatif uyuşmazlık çözümleri ise uyuşmazlıkların çözümünde, yargısal yolların yanında yer alan ve ilgililerin istemleri halinde işlerlik kazanan, esas itibariyle, ilişkilerin koparılmadan sürdürülmesini ve adil bir karardan ziyade, her iki tarafı da tatmin edici bir çözüme ulaşılmasını hedefleyen yöntemler bütünü konumdadır. Bir başka ifadeyle, alternatif uyuşmazlık çözümleri, devlete ait yargı yetkisinin mutlak egemenliğine hanel getirilmeden işlerlik kazanan ve uygulama alanı bulan ek yöntemler bütünü olarak nitelendirilebilir.”¹⁰

Yukarıya alıntılanan tanım ve yaklaşımların ötesinde, konuyu değerlendiren bilumum akademik yorumların tümünün, arabuluculuğı “hukuksal uyuşmazlıklarda alternatif çözüm yöntemi” olarak tanımladığını rahatlıkla söyleyebiliriz. Nitekim tarafımızca, incelenen onlarca yorum içinde aksi bir tanımlamaya rastlanılmadığını belirtmek isteriz.

Bu noktada, genel olarak “alternatif” kavramının ve özelde “alternatif uyuşmazlık çözüm yolu”nun ne anlama geldiğini irdelememiz kaçınılmazdır.

Konuya Türkçe dilbilimi açısından baktığımızda “alternatif” kavramı neyi ifade etmektedir? Türk Dil Kurumu Sözlüğü’ne baktığımızda, Türkçeye Fransızcadan giren “alternatif” sözcüğünün karşılığını “seçenek” olarak görmekteyiz. Aynı sözlükte “seçenek” kavramı ise “birinin yerine seçilebilecek bir başka yol, yöntem, tutum, alternatif, opsiyon” şeklinde tanımlanmaktadır.

Hukuk doktrininde de alternatif kavramı tartışılmış ve şu tespitlere ulaşılmıştır: Alternatif; “İki şey arasında seçim yapmaya izin verilmesi (Fowler/Fowler ve Black’a göre); mevcut iki şey içinden biri seçilerek diğeri reddedilecekse, bu iki durum arasında tercih sunan bir durum veya bir teklif ya da iki veya daha çok şey arasında bir se-

¹⁰ L. Rosenberg- K. Shawb - P. Gotwald, Zivilprozessrecht, 16. Neubearbeitete Auflage, München 2004, s. ; Pekcanitez, s. 15 - Alıntı; Süha Tanrıver Süha, age. s. 152.

çim yapma imkânının sunulması (*Kovach, Kimberlee'ye göre*) olarak tanımlanabilir.”¹¹

Buna göre alternatif bir yol ya da yöntemden bahsedebilmek için, kişinin birisini seçmekte iradesinin belirleyici olacağı ve özgür kılınacağı en az iki seçeneğin söz konusu olması gerekliliği kaçınılmazdır.

Hukuk doktrinindeki ve sözlükteki anlamı itibariyle de alternatif yol; var olan diğer yollar karşısında –özgür irade tahtında- tercih edilebilecek bir diğer yol yani seçenektir.

İşte arabuluculuk da bu yola başvuru anlamında, tarafların özgür iradesine ve seçme hakkına dayandığı taktirde, gerçekten doktrinsel ve dilbilimsel tanımlamaya uygun şekilde alternatif bir yol, yani seçenek olacaktır. Ve fakat, belli bazı davalarda, hukuk uyumsuzluklarında yargı yoluna başvurmadan önce, arabulucuya müracaat etme ve orada tanımlanan prosedürü tamamlama gereği bir şart olarak dayatılırsa, bu taktirde arabuluculuk, alternatif bir yol ve seçenek olmaktan çıkar; usul hukukuna dair yeni bir kuruma, bir dava şartına dönüşür.

Bu bakımdan öncelikle şunu tespit etmemiz kaçınılmazdır: Belli bazı davalar için de olsa, hukuksal bir uyumsuzluğuna dair dava açma hazırlığındaki bir kişiye, öncelikle ve mutlak surette arabulucuya başvurma ve bu doğrultuda öngörülen prosedürü tamamlama gereği bir şart olarak dayatılırsa, bu anlamdaki arabuluculuk; hukuk usulü teorisinde kabul gören alternatif bir çözüm yolu ve/veya yüzyıllardır uygulana gelen geleneksel arabuluculuk uygulaması olmaktan çıkar; hukuk yargılamaları usulünde varlığı söz konusu olmayan yepyeni bir “dava şartı” olarak getirilip getirilmemesi tartışmasına dönüşür.

O halde, konuyu yanlış zeminde tartışma riskini bertaraf etme adına, ilk tespit etmemiz gereken olgu şudur: Dünya hukuk literatürü ve evrensel kabuller uyarınca, arabuluculuk en fazla ve ancak, mahkemelere doğrudan erişim yöntemi karşısında, iradiliğe dayalı bir seçenek olarak var olduğu taktirde arabuluculuk olarak tanımlanabilir,

¹¹ Mustafa Serdar Özbek, a.g.e. s.167

tartışılabilir. Aksi taktirde bu yöntemi “arabuluculuk” olarak tanımlamak mümkün olamaz.

b. Arabuluculuğun Doğasında Gönüllülük ve İsteğe Bağlılık Esastır

Yüz yıllardır süre gelen geleneksel arabuluculuk uygulamasında, tarafların rızalarının; bir arabulucuya başvurma ve başvurulacak arabulucunun kim olacağı konularında uyuşmasının öncelikli şart olduğu bilinmektedir.

Hukuksal bir uyuşmazlığın, “müzakere ve sulh” yöntemiyle çözümlenebilmesinin, ancak ve sadece tarafların gönüllülüğü esasına dayalı olarak ve özgür istemleri uyarınca gerçekleştirilebileceği kurumun doğası gereğidir. Taraflardan bir ya da bir kaçının baskı ve zorlama ile onayladığı anlaşma sonucuna “sulh” diyebilmek olanaksızdır.

Nitekim –İtalya’nın sıra dışı ve geçici uygulamasını ayırık tutarsak– ülkesel ölçekteki Dünya uygulamalarında, hukuksal uyuşmazlıklarda alternatif bir çözüm yolu olarak arabuluculuk; gönüllülük ve isteğe bağlılığın (iradiliğin) kurucu unsur olması temelinde kabul görmüş, benimsenmiş ve tanımlanmıştır.

Hukuk öğretisi, bu konuda tam anlamıyla bir uyum halindedir:

Brown/Marriot’a göre “Alternatif uyuşmazlık çözümü, uyuşmazlıkların çözümü amacıyla görev yapan devlet mahkemelerinde görülen dava yolunun yanında **seçimlik bir yol** olarak işleyen, genellikle tarafsız bir üçüncü kişinin, mevcut bir uyuşmazlığın çözümü konusunda taraflara yardımcı olmak ve katkıda bulunmak amacıyla katıldığı bir grup “uyuşmazlık çözüm yöntemleri topluluğu” olarak tanımlanabilir.¹² Unsurları itibarıyla bu tanımda, alternatif uyuşmazlık yolları içinde özellikle “arabuluculuğa” vurgu yapılmış olduğuna dikkat çekmek isteriz.

Hukuk mevzuatımızı yeniden yapılandırma sürecinde, öngörü ve uygulamalarını referans aldığımız Avrupa Parlamentosu ve Konseyi

¹² Mustafa Serdar Özbek, a.g.e. s.174

de arabuluculuğa başvuru ve sürecin devamına ilişkin olarak; "... adlandırılma ve başvurulma şekline bakılmaksızın, uyuşmazlığın tarafı iki veya daha fazla kişinin, **gönüllü bir temelde** uyuşmazlıklarını çözmek için bir arabulucunun yardımı ile bizzat çaba gösterdikleri yapılandırılmış bir süreçtir" demek suretiyle, tarafların gönüllülüğünün varlığını aramaktadır.¹³

"ABD'de yayımlanan Arabuluculuk Standartları Kılavuzu'nda, arabuluculuğun temel prensibinin irade özgürlüğü olduğu belirtilmiştir. Bu durum, tarafların gönüllü ve baskı olmadan bir anlaşmaya ulaşabilmelerini gerektirir.¹⁴ Arabuluculuğun başarılı olabilmesi, tarafların gönüllü olarak ve istekle bu işi yapmalarına bağlıdır; aksi halde bir verim beklemek zordur."¹⁵

"Yargısal yahut mahkeme dışı çözüm yollarına müracaat konusunda, aralarında uyuşmazlık bulunanlar, tam bir serbestiye sahiptirler. Uyuşmazlığın çözümü için alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kararlaştırılmış olması, yargının genel yetkisini bertaraf etmez ve böyle bir kaydın varlığına rağmen yargıya başvurulmuş olması, diğer tarafa herhangi bir itirazda bulunma hakkı bahşetmez."¹⁶

Ülkemizde halen yürürlükte bulunan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda da arabuluculuğun gönüllü ve isteğe bağlı olacağı esası ilkesel ölçekte benimsenmiştir.

Kanun öncelikle, arabuluculuğun tanımını yaptığı 2/b maddesinde ""arabuluculuğun

ihthiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi" olduğunu açıkça vurgulamaktadır. Keza 17. maddesinin "b" bendinde "taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi" ve "c" bendinde de "taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabu-

¹³ Council Of The European Union, Directive 2008/52/EC, s.6

¹⁴ Elif Kısmet Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Adalet Yay. Ank. 2014 2. Baskı s.70 Kekeç alıntısı; "Model Standarts of Conduct for Mediators (September 2005), Standart 1" den yapmıştır.

¹⁵ Elif Kısmet Kekeç , a.g.e. s.70 (Kekeç alıntısı; Ware, s.230'dan yapmıştır.)

¹⁶ İldır, G., Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003, s.30

luculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi” hallerinde arabuluculuk sürecinin son bulacağı belirtilmektedir.

Kanunun arabuluculuğu tanımlayan hükmünde yer alan; “...ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarında” uygulanabileceğine dair hükmü de, arabuluculuğun sadece iradiliğe elverişli konular itibariyle söz konusu olacağına yönelik bir saptamadır.

Kanunun arabuluculuk sürecinin başlatılması ve sürdürülmesiyle ilgili hükümleri hep birlikte değerlendirildiğinde; arabuluculuğun gerek başlatılmasının gerekse sürdürülmesinin tarafların isteğine bağlı olduğu çok açıkça anlaşılmaktadır.

Esasen HUAK’ın kanunlaşması sürecinde de “tarafların, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbest oldukları düzenlenerek arabuluculuğa başvuru konusundaki iradilik açıklığa kavuşturulmuştur. Tasarının madde gerekçesinde, tarafların öncelikle aralarındaki uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturma konusunda anlaşmaya varmaları gerektiği, **arabuluculuğa başvuruda** ve sürecin devamında **zorlamanın mümkün olamayacağı, zaten zorlamanın arabuluculuğun niteliğine aykırı olacağı**, bu konuda ancak özendirici tedbirlerin alınabileceği, aksi durumun Anayasa ile güvence altına alınan hak arama hürriyetine (AY m. 36,1) aykırılık teşkil edeceği ifade edilmiştir.”¹⁷

Zaten bir sürecin ihtiyari olması; ona devam edip etmeme özgürlüğünü temsil ettiği kadar, alternatif olarak tanımlanan o yola başvurup başvurmama özgürlüğünü de kapsamı gereken bir hak ve yetki kullanımı olarak anlaşılmalıdır.

Konunun öğretilde tanımlanması da aynı doğrultudadır: “Gönüllülük iki şekilde karşımıza çıkar. Bunlardan birisi arabuluculuğa katılma konusunda gönüllü olunması, diğeri ise anlaşmanın yapılması konusunda gönüllü olunmasıdır.”¹⁸

¹⁷ Şamil Demir, Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi Adalet Yay. Ankara 2011 s. 33 (Demir, alıntıyı; Tanrıver - Arabuluculuk Tasarısının Getirdikleri s.637’den yapmıştır.)

¹⁸ Elif Kısmet Kekeç a.g.e. s.70

Dolayısıyla dava açmadan önce, tarafların arabulucuya başvuru zorunluluğu; genel olarak “sulh” kurumunun ve onun sistemleştirilmiş yöntemlerinden birisini anlatan “arabuluculuğun” doğasına, ruhuna ve özüne esaslı şekilde aykırı olacaktır. O kadar ki başvurunun zorunlu kılındığı bir arabuluculuk, artık hiçbir şekilde arabuluculuk olarak değerlendirilemeyecektir.

c. Kişinin bir haksızlık algısı karşısında doğrudan bağımsız/ tarafsız yargıya başvurabilmesinin demokrasiyle bağlantısı

Çağdaş ve evrensel hukuk ve demokrasi anlayışı uyarınca, toplumsal örgütlenme

modelinin en üst aygıtını temsil eden “devlet”in; mali kaygılar ve pratik mülahazalarla ve/veya kolaycılığı tercih anlayışı içinde, yargısal alandaki konumunun daraltılmaya çalışılması asla bir çözüm yöntemi olarak düşünülememelidir. Çünkü, yargısal gücü temsil edip, bu konuda tüm bireylere adaletin tahakkukunu garanti edecek bir mekanizmayı oluşturup sunmak, “devlet”in en temel işlevlerinden birisidir. Bu işlevi yadsıyan bir devlet anlayışının meşruiyetinin sorgulanması gerekir. Buna göre yargısal alanın, devlet yapılanmasından dışlanması (bir anlamda özelleştirilmesi) suretiyle yargısal yükü hafifletmeye yönelik çözüm arayışı, yaratacağı daha büyük sistem/rejim sorunları itibarıyla uygulanabilir bir yöntem olarak benimsenemez.

Kişilerin, dava açmadan önce ve zorunlu olarak arabulucuya müracaat etmek durumunda bırakılmasını; devletin asli fonksiyonlarından birisini temsil eden bağımsız ve tarafsız mahkemelere doğrudan erişim hakkının önüne, mutlak surette aşılması gereken bir engel bir set olarak değerlendirmek gerekir. Bu durum aynı zamanda, demokrasinin kurucu üç unsurundan birisi olan ve yurttaşların hukuksal güvenlik duygusu için en önemli dayanağı oluşturan bağımsız ve tarafsız “yargı” erkine, yepyeni bir anlam ve içerik kazandırma anlamına gelir.

Şöyle ki; Aristo’nun ilk tasarımcısı, Montesquieu’nun geliştiricisi olduğu kuramsal demokrasi tanımlamasında, “kuvvetler ayrılığı” olmazsa olmaz bir şart, “bağımsızlık özelliği” ancak kuvvetler ayrılığı içinde anlam bulan “yargı” erki ise bu denge içinde asli belirleyici-

liğı haiz bir unsurdur. Zira, yasamanın veya yürütmenin toplumsal mukaveleye veya evrensel ölçekte kabul görmüş genel hukuk kurallarına aykırı olan herhangi bir davranışı/tutumu karşısında, -en zayıf konumundakiler dahil- bireylerin, adalet talebiyle başvurabileceğı bir organ mutlaka olmak gereklidir. Bu başvuru hakkı, gerektiğinde yasa- ma ve yürütmenin hukuka aykırı eylemlerine karşı da söz konusu olabilmelidir. Ve aynı zamanda bu organın yürütme ve yasamanın olası tehdit ve şantajlarından masun olması da demokrasinin meşruiyeti bakımından kaçınılmaz bir gerekliliktir.

Kimi hukukçular, arabulucuya başvurmanın zorunlu hale getirilmesi halinde dahi tarafların süreci tamamlamak zorunda olmadıklarını, belirli bir prosedürü tamamladıktan sonra dönüp dava açabileceklerini; dolayısıyla mahkemeye erişim hakkının ortadan kaldırılmadığını ileri sürmektedirler. Bu noktada öncelikle şunu belirtmek isteriz: Evet, mahkemeye erişimin tümüyle ortadan kaldırılmadığı doğru, ancak mahkemeye doğrudan erişimin ortadan kaldırıldığı; bağımsız ve tarafsız yargıya ulaşabilmenin geciktirildiğı ve bir takım maliyetlere bağlandığı da aynı ölçüde doğrudur.

Unutulmamalıdır ki adalete ulaşmanın geciktirilmesi ve zorlaştırılması, adaleti talep ve tahakkuk ettirme hakkının özüne dokunan ve onu zedeleyen bir durumdur. Bu olgusal gerçekliğı, tarihsel süreç içinde toplumsal vicdanda karşılık bulmuş bir atasözümüz, kısaca **“gecikmiş adalet adalet değildir”** şeklinde tanımlamıştır.

Buna göre demokrasilerde yurttaşlar için temel bir hak olarak tanımlanmış bulunan, adaletin tahakkuku talebiyle doğrudan mahkemeye erişme hakkının önüne bir takım bariyerler konulması, kuvvetler ayrılığı ilkesine dayalı demokratik anlayış ile bağdaştırılabilecek bir sonuç değildir.

Bundan başka Türkiye’deki mevzuat uyarınca, arabulucuların sicillerini tutma ve denetimlerini yapmak gibi önemli görev ve yetkileri haiz Arabuluculuk Daire Başkanlığı’nın, yürütmenin bir organı olan Adalet Bakanlığı bünyesinde oluşturulması ve Arabuluculuk Kurulu Başkanlığı’nın Adalet Bakanlığı temsilcisine verilmesi de kuvvetler ayrılığı ilkesine açık aykırılık oluşturmaktadır.

Zira hukuk uyuşmazlıklarında bir alternatif çözüm yöntemi ola-

sahip olduğu yükümlülüğün ortadan kaldırılmasına yol açacak bir alternatif düşünceye izin verilmesi imkansızdır. Bununla birlikte, yargı organlarının yargılama hakkı ve yetkisi üzerindeki mutlak egemenliklerine zarar vermeden, yargı organına ilave ya da tali nitelikte olan uzlaştırmacı usullerin tatbikata yerleştirilmesi mümkündür.”²¹

Bu görüşlere katılmamak mümkün değildir. Tarafların özgür iradeleri ve gönüllülüğü çerçevesinde gerçekleşecek anlaşmanın ideal bir sonuç ve yöntem olduğu, yazının en başında zaten vurgulanmıştı. Ancak çalışmaları yürütülen yasa değişikliği uyarınca, belirli bazı uyuşmazlıklarda kişilerin dava açmadan önce arabulucuya müracaat etmesinin zorunluluğa dönüştürülmesi, kuşkusuz ki arabuluculuğun özünü oluşturan gönüllülüğü de iradiliği de açık bir şekilde ortadan kaldıracaktır. Bundan başka kişilerin mahkemeye doğrudan erişimi önünde bir büyük engel olarak belirecektir.

Peki, böyle bir uygulama mevcut Anayasamızla ne kadar uyum arz edecektir? Bu soruyu yanıtlayabilmek için, öncelikle mevcut T.C. Anayasası'nın konu ile ilgili hükümlerinin gözden geçirilmesi gerekmektedir.

Arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesinin Anayasa'ya aykırılığını doğru bir şekilde değerlendirebilmek için de, Anayasa'nın sistemli bir bütün olduğu gerçeğinden hareketle, konuyu dolaylı hükümleri de gözetererek tartışmak uygun yöntem olacaktır.

Anayasa'nın 6. maddesi hükmü; “Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir. Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır.

Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz” demektedir.

Buna göre “egemenlik” hakkı, birinci olarak **“Anayasanın koyduğu esaslara göre”** ikinci olarak da **“yetkili organlar eliyle”** kullanılacaktır. Anayasa, bu açık tanımlamayla da yetinmeyip, egemenlik yetkisinin kullanılmasındaki son derece koruyucu ve kısıkaç duyarlı-

²¹ M. Serdar Özbek; Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2013 s.176

lığını, hiçbir tereddüt ve yanlış anlamaya yer bırakmamak üzere, **“hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz”** demiştir.

Peki, Türk Milleti adına kullanılacak olan “egemenlik yetkileri” nelerden ibaret; bu hakkı kullanacak “yetkili organlar” hangileridir?

Anayasa, takip eden üç maddede (7,8 ve 9. maddelerde) egemenlik yetkilerini “yasama,” “yürütme” ve “yargı” yetkisi olarak sınırlamakta ve bu yetkilerin, ancak ve sadece kimler tarafından kullanılabileceğini tek tek açıklamaktadır.

Bu çerçevede **“Yargı yetkisi” başlıklı 9. maddesinde; “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır”** demektedir.

Anayasa’nın 11. maddesi hükmü ise “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz” demek suretiyle, Anayasanın alıntılanan hükümleri var olduğu sürece, yasamanın dahi egemenlik yetkisini kısmen veya tamamen yetkili organlar dışında hiçbir kişi ya da oluşuma devredemeyeceğini, güvence altına almaktadır.

Anayasa, temel hak ve hürriyetlerin kutsallığı algısıyla ve dokunulmazlıklarının anayasal güvencesini kuvvetlendirme adına, 14/2 maddesinde, bu hak ve hürriyetlerin yorumlanma şeklini de şu suretle ölçülendirip bir anlamda sınırlandırmıştır:

“Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz”.

Anayasa, “Kişilerin Hak ve Ödevleri” başlığı altında “temel hak ve hürriyetleri” sayıp açıkladığı 2. Bölümünün 36. maddesinde (Değişik: 3/10/2001-4709/14 md.) ise **“Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz”** hükmünü getirmiştir.

Anayasa, yukarıya alıntılanan hükümleri ile genel olarak egemenlik yetkilerinin, özellikle de yargı yetkisinin, bağımsız mahkemelere aidiyetinin devredilemezliğini ve sınırlandırılmazlığını yeter açıklıkta hükümlerle güvenceye bağlamıştır. Ancak bununla da yetinmeyip, tanımladığı ölçeğı aşabilecek yanlış yorumların önüne geçme mülahazasıyla, bir de “Kanuni hakim güvencesi” başlığı altında, **37. madde** hükmünü vazetmiştir.

Buna göre; **“Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.”**

Hükmün 1.fıkrasında ifade olunan “başka bir mercii” kavramının üzerinde, özellikle durulması gerektiğı kanısındayız. Burada kurumsal yapının ille de yargısal bir kuruluş olması şart koşulmamış, genişletici ve genellemeci bir yaklaşım içinde “mercii” ifadesiyle, bağımsız mahkemelerin yerine ikame olunacak her tür mekanizma kastedilmiştir.

Anayasaya göre her bir kimsenin kanunen tabi olduğu bir mahkeme vardır. Bu mahkemeye doğrudan başvurabilmek, herkes için anayasal güvenceye bağlanmış bir temel haktır. Her ne suretle olursa olsun kişi, bu haktan yoksun bırakılamaz; kişi bu hakkın tanımladığı, kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir mercii önüne çıkarılamaz, çıkmaya zorlanamaz. Vele ki bu mercii, yargılama yapmakla görevlendirilmiş bir mercii olmasın.

Konu, Anayasa'nın 90. maddesi hükmü uyarınca, tarafı olmakla iç hukukumuz açısından bağlayıcılık kazanmış bulunan Uluslararası sözleşmelerce de değerlendirilip hükme bağlanmıştır. Bu cümleden olmak üzere İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 8. maddesi hükmü; *“Her insanın, kendisine yasalarla tanınan temel haklara aykırı uygulamalar karşısında, hak ve hukukunun fiilen korunması için, bu işle görevli ulusal mahkemelere başvurma hakkı vardır”* demektedir.

Benzer şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin *“Adil yargılanma hakkı”* başlıklı 6. maddesi hükmü; *“Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız*

ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir” şeklindedir.

Kuşkusuz ki, Anayasanın ve tarafı bulunduğumuz uluslararası sözleşmelerin ortaya koyduğu bu hassasiyet anlamsız bir çaba değildir. Haksızlığa maruz kaldığını değerlendirip, hakkını aramak isteyen kişilere, adalet duygularını tatmin edecek bir adres olarak; devlet veya devlet organları dahil hiç bir güç tarafından etkilenmeyecek şekilde güvencelerle donatılmış olarak bağımsız mahkemeler adres olarak gösterilmiştir. Uygulamaya tam anlamıyla yansıtılabilmiş olmasa da Anayasa'nın amaçladığı sonuca göre bağımsız mahkemeler; yasamanın, yürütmenin ve herhangi bir kişinin etkilemesine, baskısına ve yönlendirmesine tabi tutulamayacak şekilde, hukuksal güvencelerle donatılmıştır. Zaten bu özelliği nedeniyledir ki “bağımsız mahkemeler”den söz edebiliyoruz.

Ve işte bunun içindir ki adaletin tecelli etmesi umuduyla kişilerin, son müracaat mercii olarak “bağımsız mahkemelere” doğrudan ve engellemesiz bir şekilde başvurabilme hakkı, Anayasamız tarafından “temel haklar ve hürriyetler” kapsamında değerlendirilerek koruma altına alınmıştır.

Açıklanan olgular nedeniyle,” dava açmadan önce arabulucuya başvurma zorunluluğu,” Anayasanın belirtilen hükümlerine ve genel olarak ruhuna aykırı bir tutum olacaktır. Sorunu kestirmeden ve kolaycılıkla çözme kaygısına dayalı hiçbir pratik mülahaza, Anayasal ilkeleri görmezden gelmenin veya onlardan ödün vermenin mazereti olamaz. Aksi halin kabulü, en başta bizi, hukuk devleti anlayışından vazgeçilmesi gibi vahim bir sonucu kabule zorlayacaktır.

Anayasa Mahkemesi hukuk devleti tanımı ve gereğine ilişkin olarak şu tespiti yapmıştır:

“Hukuk Devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan Devlettir. Böyle bir düzenin kurulması, yasama, yürütme ve yargı alanına giren tüm işlem ve eylemlerin hukuk kuralları içinde kalması, temel hak ve özgürlüklerin, Anayasal güvenceye bağlanmasıyla

olanaklıdır”²²

Şunu da belirtmek gerekir ki Anayasa’nın 36. madde hükmünün bölüm başlığı **“Hakların korunması ile ilgili hükümler”**, başlığı ise **“Hak arama hürriyeti”** şeklinde ifade edilmiştir. Burada mahkemeye erişim hakkının, “temel hak” olması yanında aynı zamanda bir “temel özgürlük” olarak korunmaya alındığı kuşkusuzdur. Bu itibarla konu ile ilgili bilumum hükümlerin yorumunda, özgürlüğün kullanımını kısıtlayacak, sınırlayacak veya engelleyecek bir şekilde genişletici veya daraltıcı yorum yönteminin izlenmesi mümkün değildir. Hükümler “özgürlüğün kullanımı” lehine yorumlanmalıdır. Bu bakış, evrensel hukuk anlayışının bir gereği olarak değerlendirilmelidir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında, yorum yönteminin özgürlük lehine tercih edilmesi gereğine ışık tutmuştur:

“Mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelmektedir. Kişinin mahkemeye başvurusunu engelleyen veya mahkeme kararını anlamsız hale getiren, bir başka ifadeyle mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlamalar mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir”.²³

O halde kişileri dava açmadan önce arabuluculuğa başvurmaya zorunlu kılacak bir uygulamanın, Anayasa’nın 36. ve 37. maddeleri hükmüne açıkça ve esaslı biçimde aykırılık oluşturacağı tereddüte yer bırakmayacak açıklıkta bir sonuçtur. Üstelik Anayasa’nın 3. ve 6. maddeleri var olduğu sürece, 36. ve 37. madde hükümlerinin zorunlu arabuluculuğa yol verecek şekilde değiştirilmesi de kanımızca mümkün değildir. Anayasanın 3. ve 6. maddelerinin değiştirilmeye kalkışılması ise rejimin değiştirilmesine yol açacak bir çaba olacaktır. Bütün bu nedenlerle dava açma hakkının önüne, maliyet ve zaman kaybı gibi yaptırımlar içeren öncelikle arabulucuya başvurma zorunluluğunun getirilmesi, her halükarda Anayasaya aykırı bir girişim olacaktır.

4. ZORUNLU ARABULUCULUĞUN UYGULAMA SORUNLARI

²² Anayasa Mahkemesi’nin 1 Temmuz 1998 tarih ve K.1998/45 sayılı Kararı.

²³ Anayasa Mahkemesi Birinci Bölümü’nün 21.01.2015 gün ve 2014/4683 E. Sayılı Kararı.

Yukarıda belirtilen sakıncalara ve hukuka açık aykırılıklara rağmen, dava açmadan önce arabulucuya başvurma zorunluluğunun getirilmek istenmesi, bir anlamda işin kolayına kaçmaktır. Böyle bir zorlama, arabuluculuğu; uyuşmazlıkların adalet ekseninde çözümünü yolundan ayırmak ve deyim yerindeyse onu araç olmaktan çıkarıp amaç mevkiine taşıma gayretinden başka bir anlam taşımayacaktır. Özgür irade oluşumuna ve rizai uzlaşmacılığa karşı, hukukun temel ve evrensel ilkelerine aykırılıkla mâlul bir kanun gücüyle dayatılacak “zorunluluk” unsuru; arabuluculuğun özünü oluşturan “sulh” kurumunun yeniden tanımlamasını “zorunlu” kılacak bir zorlamayı çağırıştırılmaktadır. Üstelik böyle bir zorlamanın uygulanabilirliği ciddi zorluklara muhatap olduktan başka, bu yöntemle hedeflenen pratik beklentilerin gerçekleşme ihtimali de varit gözükmemektedir.

Türk Hukuku'na kazandırılması planlanan zorunlu arabuluculuğun uygulama sorunlarını, aşağıdaki başlıklar altında değerlendirmekte yarar görmekteyiz:

a. Belli bazı davalarda öncelikle arabulucuya başvurunun zorunlu hale getirilmesi yargının yükünü hafifletecek bir çözüm müdür?

Ülkemizde; belirli tür davaların tamamı ve -istisnalar hariç- dava konusu doğrudan parasal değer veya parasal değerle ölçülebilir nitelikte olan davalardan belli bir miktar altında kalanların tümü için, mahkemelerde dava açmadan önce, konunun arabuluculuğa taşınmasının zorunlu hale getirilmesinin planlandığı ve bu doğrultuda Adalet Bakanlığı'nca bir kanun değişikliği taslağı oluşturulduğu bilinmektedir.

Konu ile ilgili olarak her düzeyde ilgili ve yetkilinin yaptığı açıklamada, bu planlamanın birincil ve asıl nedeni olarak yargının yükünün hafifletilmesinin hedeflendiği iddiasına tanık olmaktayız.

Ne var ki ülkemizin öznel koşulları çerçevesinde yaşanılmakta olan uygulama deneyimleri uyarınca, bu öngörünün gerçekçi ve tutarlı olmadığını değerlendirmekteyiz.

Bu noktada, taraf vicdanlarının tatmin düzeyinin yüksek gerçekleşmesi anlamında, iradiliğe (gönüllülüğe) dayalı arabulucu marifetiy-

le sulh olgusunun, işlevselliğıne ve erdemliliğıne bir kez daha vurgu yapmayı gerekli görmekteyiz. Ancak ısrarla belirtmek isteriz ki bu olumlu sonuç, sadece ama sadece gönüllü arabuluculuk için geçerlidir. Çünkü, bir uyuşmazlığın tarafları, özgür iradeleri tahtında, arabuluculuk yöntemini benimseme konusunda ve belli bir arabulucunun kimliğı üzerinde anlaşmaya varmışlarsa, o sürecin sonucunda, verilen ödünler/sağlanan yararlar çerçevesinde bir anlaşmaya varılması, neredeyse kaçınılmazdır.

Ancak, aralarındaki husumet duygusunun yoğunluğundan ötürü uyuşmazlığa düşen taraflardan birisinin (davacının); konuyu arabulucu marifetiyle çözüm önerisi, en başta hasım tarafından önerilmiş bulunulmakla, davalı tarafça soğuk (güvenilmez) algılanacaktır.

Hele bir de davacı, tarafsız adres olarak arabuluculuk yapacak bir kişi ya da kurumun ismine işaret etmişse, davalı o ana kadar o kişi ya da kuruma güven duymakta olsa bile o andan itibaren bir takım kuşkulardan beslenen güvensizliğini teyakkuza geçirecektir. Hasmının, işaret ettiği kurum ya da kişiyi “niçin seçtiğı” noktasında kafasında soru işaretleri uçuşacaktır.

Bir de konuya Türkiye’deki yargılama pratiğı açısından yaklaşacak olursak, şu tespitleri yapmak zorundayız:

Öncelikle, üçüncü kişinin tarafsızlığına güven duyulması bakımından, onlarca yıldır var olan bir uygulamanın sonuçlarına -kıyas yaklaşımı içinde- göz atmakta yarar görmekteyiz:

Mevcut HMK sistemimiz itibariyle hukuk davalarında, şayet mahkeme bilirkişi incelemesine gerek duyarsa, taraflara üzerinde anlaştıkları bir bilirkişi bulunup bulunmadığını sorar. Bu yöntemin öncelenmiş olmasına karşın, uygulamada tarafların üzerinde uzlaşarak belirledikleri bilirkişi seçimine gidilebildiğı dava sayısı yok denecek kadar azdır.²⁴ Davanın bir tarafının ilk olarak önerdiği bilirkişi adayına, diğer taraf da güven duyuyor olsa bile sırf karşı tarafın teklif etmesi nedeniyle, öneriye kuşkuyla bakma eğiliminde olmaktadır.

²⁴ Bu konuda bir veri sonucu olarak belirtmek gerekirse; makale yazarı, avukat sıfatıyla 28 yıllık uygulayıcılık deneyiminin verdiği gözlem birikimiyle, bilirkişi ataması yapılan -takip ettiği- bine yakın hukuk davasında, tarafların bilirkişi seçiminde anlaşmaya varabildikleri bir tek davaya tanık olabilmış değildir.

Ülkemiz gerçekliğinde, -toplumsal güven bunalımının yoğun yaşandığı sosyo psikolojik zemin esas alındığında- aynı durumun “arabulucu” seçiminde de yaşanacağını tahmin etmek zor olmasa gerektir... Şöyle ki davacının dava açmazdan önce davalıya önereceği arabulucu ismine veya arabuluculuk kurumuna karşı, davalı –salt bu tek yanlı önermeden kaynaklı olarak- kuşkuyla yaklaşacaktır. Ve arabulucu seçimi konusunda anlaşma ihtimali son derece zayıf gerçekleşecektir.

Bu durum, davalının dava sonucunu geciktirmeye yönelik genel ve geleneksel yaklaşımı ile birlikte değerlendirildiğinde; öncelikle arabulucuya başvuru zorunluğu, davalının davanın açılmasını geciktirmesi için kullanılacağı formel bir mekanizma olarak kullanılacaktır. Bu çerçevede davalı, kimi zaman teklifin kabulü için öngörülen süreyi yanıtsız geçirecek; kimi zaman da bir araya gelip görüşmelere katılacak ve fakat sürecin sonucunda anlaşmazlık tutanağı düzenlenmesini sağlayacaktır. Her iki halde de davanın olması gereken süreçten daha geç bir tarihte açılması; dolayısıyla uyuşmazlığın çözümü sürecinin daha uzun sürmesi gibi bir sonuca yol açacaktır. Takdir olunacağı üzere bu hal ise yargılama sürecinin kısalmasına değil fakat, daha da uzamasına yol açacak; dolayısıyla arabulucuya başvurma zorunluluğunun dava şartına dönüştürülmesi ile sağlanacağı varsayılan yargının yükünün hafifletilmesi amacı da gerçekleşmeyecektir.

Diğer bir ahlatımla; “Ağır iş yükü altında bulunması sebebiyle, yargının yavaş işlediği bizim ülkemiz gibi ülkelerde, zorunlu arabuluculuğa başvuru mekanizması, yargıdaki gecikme sebebiyle, lehine daha avantajlı bir durum doğan tarafın, uyuşmazlık çözüm sürecini daha da uzatmasına prim verir; bu da arabuluculuk kurumundan beklenen yararın tümüyle gerçekleşmesini önler. Bu nedenle, arabuluculuk sürecinin işleyişi, tümüyle tarafların ihtiyarına bırakılmalıdır. Yine, kişilere, arabuluculuk sürecini işletmek suretiyle uyuşmazlıkları çözüme kavuşturma alışkanlığının kazandırılabilmesi için, arabuluculuk yapacak olanların, bağımsızlık, tarafsızlık, gizliliğe riayet, mesleki uzmanlık ve sair nitelikler açısından, hakimler gibi güven telkin edici bir konuma getirilmesine gayret edilmeli; bunu temin çerçevesinde de varlığı gereken standartlar, güvenceler ve mekanizmalar

oluşturulmalıdır.”²⁵

b. İş Hukukundan kaynaklanan davalarda zorunlu arabuluculuk uygulaması mümkün müdür?

İş uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolları Alt Komisyonu'nun Ankara Hakimevi'nde yaptığı 02.06.2015 tarihli toplantısında şekillendirilen “İş Mahkemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı” aynen şu hükümlere yer verilmiştir:

- İş uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuk kurumuna başvurulması zorunludur ve dava şartı olarak kabul edilir.
- Zorunlu arabuluculuk, kanuna, bireysel ve toplu iş sözleşmesine dayanan işçi alacakları ile işe iade davalarına münhasırdır.
- Miktarla bakılmaksızın tüm işçi alacakları arabuluculuk kapsamındadır.
- Arabuluculuk ücreti konusunda “Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi” uygulanır.

Anılan taslağın öngörüldüğü şekilde kanunlaşması halinde; herhangi bir miktar sınırlaması olmaksızın, gerek bireysel gerekse toplu iş sözleşmelerine dayalı iş akitlerinden kaynaklı işçi alacakları ve işe iade davalarının tamamı zorunlu arabuluculuk kapsamında yer alacaktır.

Peki böyle bir uygulama, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na ve 4857 sayılı İş Kanunu'na egemen olan temel ilkelere ne kadar uyumlu olacaktır?

Konuya önce 4857 sayılı İş Kanunu'na egemen olan temel ilkeler yönünden bakalım:

Yürürlükte bulunan İş Hukukumuzda egemen olan ilk iki ilke; emredicilik ve işçinin korunmasına dair ilke ve özelliklerden oluşmaktadır. Nitekim Yargıtay, bir kararında bu ilkelerin varlığına ve bağlayıcılığına şu suretle vurgu yapmıştır:

“İş hukukunun **emredicilik** yönü ve işçinin korunması ilkesi uya-

²⁵ Süha Tanrıver, age. s. 170

rınca yabancılık unsuru taşıyan bu tür uyumsuzluklarda açıklandığı gibi Türk vatandaşı olan işçinin kamu düzeni de dikkate alınarak yurt dışına gönderilmesinde gönderen kişi ya da şirketin yurt dışındaki yabancı şirket ile organik bağı delillendirildiğinde Türk İş Hukuku uygulanmakta ve organik bağ içinde olan Türkiye’de kişi veya kişiler işçinin işvereni kabul edilerek sorumlu tutulmaktadır.”²⁶

Emredicilik yönü ve işçinin korunması ilkesine ek olarak, Türk İş Hukukunun bir diğer önemli özelliği de düzenlediği alanların bir çoğunun “kamu düzeni” ile ilgili oluşudur. Bu yöne değinen bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı, taraflar tahkime gitme konusunda anlaşmış olsalar bile anılan ilkeler uyarınca, bu yetki anlaşmasının geçersiz olacağını hüküm altına almıştır.

“Davacı işçi, fazla çalışma parasıyla sözleşmenin altıncı maddesinde öngörülen 180 günlük iş süresinden 15 gündelik karşılığının davalı işverenden alınmasını istemiş, davalı sözleşme gereğince hakeme başvurması gerektiğini savunmuş, mahkeme sözleşme ile tahkim yolu kabul edildiğinden davanın görev yönünden reddine karar vermiş, özel daire toplu iş sözleşmesindeki tahkim şartlarının davacı işçi bakımından geçerli sayılması yolsuz olduğu gerekçesiyle hükmü bozmuş, mahkeme eski hükümde direnmiştir. (...)

İş Kanunu, büyük bir kısmı itibariyle kamu düzeni hükümlerini kapsamaktadır. İşçiye tahkim şartlarının kabul ettirilmesiyle hakemlerin verecekleri kararların Yargıtay’ca murakabesi imkanı daraltılmış ve dolayısıyla İş Kanununun kamu düzeni bakımından birinci derecede önemli olan emredici hükümleri ve bu arada işçi hakları halele uğratılmış bulunacaktır. O halde, bir iş sözleşmesinde tahkim şartı, İş Mahkemeleri Kanunu’na ve İş Hukukunun ana gayesine aykırı olduğu için muteber sayılmamak gerekir.”²⁷

Yukarıya alıntılanan Yargıtay kararları, Türk İş Hukukuna; **kamu düzeni ilkesinin, emredicilik özelliğinin ve işçinin korunması anlayışının egemen olduğunu net bir şekilde tespit etmektedir.** En son alıntılanan ve işçi alacağına ilişkin bulunan YHGK kararı ise belirtilen

²⁶ Yargıtay 7. Hukuk Dairesi E. 2013/10105 K. 2013/17312 T. 24.10.2013

²⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 1964/9-634 K. 1965/405 T. 10.11.1965

ilkeler uyarınca, önceden kararlaştırılmış olsa bile -bu kararlaştırmanın işçiyi bağlamayacağı anlayışından hareketle- zorunlu olarak tahkime dahi gidilemeyeceğini hüküm altına almıştır.

Bahsi geçen ilkeler uyarınca, öncelikle tahkime gitme anlaşması bile işçi yönünden bağlayıcı sayılmazken, işçi alacakları yönünden öncelikle arabulucuya başvurma zorunluluğunun getirilmesi, bu ilkelere yok sayılması anlamına gelmeyecek midir? Bu sorunun cevabı için bir de 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na bakmak gerekiyor.

6325 sayılı Kanunun "Amaç ve kapsam" başlıklı 1. maddesi hükmü aynen şöyledir:

"Bu Kanunun amacı, hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde uygulanacak usul ve esasları düzenlemektir.

Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, **ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır.** Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir".

Görüldüğü üzere alıntılanan Kanun hükmü son derece açıktır. Arabuluculuğun ancak ve sadece "tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde" uygulanabileceğini öngörmektedir.

Evrensel hukuk anlayışına ve kökleşmiş Yargıtay içtihatlarına göre, **bir hususun "tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlem" sayılabilmesi için, bu alanın; kamu düzenine ve hukukun emredici kurallarına aykırı olmaması mutlak bir gerekliliktir.** Yukarıda ifade olunan açıklama ve hukuksal dayanaklar yok sayılmadığı taktirde, işçi alacakları ve işe iade davalarının, emredici hukuk kurallarına tabi ve kamu düzenine ilişkin bulunduğu ve dolayısıyla, "tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemler" kapsamında yer alamayacağı çok açıktır.

Buna göre, Türk İş Hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların, zorunlu arabuluculuğa -hatta gönüllü arabuluculuğa- uygun olmadığı açıktır. Buna aykırı bir yasal düzenleme girişiminin, Anayasanın "değiştiri-

lemez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez” hükümleri kapsamında bulunan, “Türkiye Cumhuriyeti’nin bir sosyal hukuk devleti olduğu” hükmü ile bağdaştırılamazlığı ortadadır.

Bu nedenle arabuluculuğun -hele de zorunlu arabuluculuğun-Türk Hukuk Sistemi içinde uygulamaya konulabilmesi, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü anlayışı ile tevil edilebilecek bir yaklaşım değildir. Diğer bir anlatımla iş hukukuna ilişkin bireysel uyumsuzlukları arabuluculuk -hele de zorunlu arabuluculuk- kapsamına almak, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun ruhuna ve “arabuluculuk” tanımlamasına aykırıdır. Üstelik bu hukuka aykırılığın, değiştirilmesi mümkün olmayan “Türkiye Cumhuriyeti”nin bir sosyal hukuk devleti olduğu’na dair Anayasa hükmü var olduğu sürece hiçbir şekilde giderilemeyeceği açıktır. O halde yürürlükteki hukuk düzeni itibarıyla bırakınız zorunlu arabuluculuğu, gönüllü arabuluculuğun dahi bireysel iş hukuku uyumsuzluklarında hiçbir şekilde uygulanamazlığı çok açıktır.

Peki ama, bu hukuksal gerçekliğe karşın, zorunlu arabuluculuk uygulamasının, öncelikle ve özellikle -üstelik parasal değer sınırlaması getirilmeksizin- iş hukuku uyumsuzluklarında uygulanması girişiminin temel saiki nedir?

Bu sorunun, hukuksal değil fakat hukuksal kaygılardan uzaklaşmış pratik mülahazadan kaynaklanan yanıtı şudur:

Bilindiği ve yukarıda kısmen değinildiği üzere iş hukuku mevzuatımız, Anayasada tanımlanan sosyal devlet anlayışının bir gereği olarak, belirli bazı konularda işçinin haklarını işverene karşı koruma altına almıştır. Bu anlayış nedeniyle işverenler, mahkemelerde görülen davalarda işçiye karşı dezavantajlı olduklarına dair genel bir algıya sahiptir.

Arabuluculuk uygulamasında ise her iki taraf (işçi ve işveren), herhangi bir koruma, gözetme yaklaşımına muhatap kılınmaksızın eşit muameleye tabi tutulmaktadır. İşçi ve işveren, aynı kurallara tabi olarak uzlaşma pazarlığına oturmaktadır. Ne var ki iki taraf, içinde buldukları koşulların, hakkından daha aza razı olmayı baskılaması/dayatması anlamında, eşit güce ve deyim yerindeyse silaha sahip değildir.

Bir genelleme yaparsak, büyük ölçüde işçi işverene karşı zayıf konumda, içinde bulunduğu şartların baskısına maruz durumdadır. Hakkına bir an önce kavuşma saiki ile ondan ciddi ödünler vermeye yatkın ve hazırdır. Konuyu somut örneğe yansıtacak olursak şunu söyleyebiliriz: Yüz birim hakkının doğduğunu bilen bir işçi; bu hakkının yargılamaya konu olması halinde, uzun süreçte ve bir takım ekstra giderler karşılığında tahakkuk edeceğini bildiğı ve daha önemlisi hakkına kavuşmaya yönelik acelesi olduğu için, elli birimi hemen teslim almayı yeğleyebilecek durumdadır. Örneğı esas alırsak böyle bir uygulama sonucunda süreçten işçi kayıpla ayrılacak; işveren ise işçi aleyhine yarı yarıya kar sağlamış olacaktır.

Nitekim sırf bu nedenledir ki Türkiye arabuluculuk uygulamasında, şu ana kadar arslan payını işçi-işveren uyuşmazlıkları oluşturmuştur. Şöyle ki; 2013 yılı Aralık ayında başlayan arabuluculuk uygulaması sonucunda 16.01.2016 tarihi itibariyle (2 yılı aşkın bir süreçte) arabuluculuğa taşınan toplam 1.663 uyuşmazlık sayısının 1.181'ini, yani %71'ini işçi-işveren uyuşmazlıkları oluşturmuştur.²⁸ Onlarca dava türünden işçi işveren arasındaki uyuşmazlıkların oranının bu denli yüksek olması, elbette ki boşuna değildir. İşverenin, bağımsız ve tarafsız mahkemelerin işçinin zayıf konumunu gözeterek "sosyal devlet" anlayışıyla değerlendirme yapan yargısından kaçınıp, çok farklı güç ve avantajlı konumları temsil etmeye karşın, aynı kurullarla mücadele etme arzusundan kaynaklanan bir sonuçtur. Diğer bir anlatımla işverenin, işçinin kendisi karşısındaki zayıf konumunu, kendisi lehine önemli bir pazarlık gücüne dönüştürme bilincinden ve arzusundan beslenen bir seçimdir. Kuşku yok ki bu hal; insanlığın zorlu mücadele tarihlerinden geçerek ulaştığı sosyal yönetim anlayışını, gerisin geriye taşıma ve kuralsız (vahşi) kapitalizmin ilkel güç yarışırma anlayışını -hem de yargısal alanda- yeniden egemen kıılma girişimi olarak adlandırılabilir. Bir gayretin ifadesidir.

Esasen böylesi bir seçime, -yukarıya alıntılanan kural ve ilkeler uyarınca- mevcut Anayasamızın ve iş hukuku mevzuatımızın izin vermediğı/vermeyeceğı de aşıkardır.

²⁸ Alıntılanan veriler, T.C. Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın www.adb.adalet.gov.tr/ sitesinden aktarılmıştır.

Hal böyle iken, hukukun üstünlüğünü, çağdaş/evrensel demokrasi anlayışını ve temel anayasal ilkeleri yok sayan bir bakış açısıyla; hak arayışındaki bir işçi için, bağımsız ve tarafsız yargıdan önce, yürütme organının dizaynına tabi arabulucuya başvurma zorunluluğunun getirilmeye çalışılmasını anlayabilmek ve anlamlandırabilmek mümkün değildir.

Bu tercih, olsa olsa, bugüne kadar verilen kan ve gözyaşı ile sulanmış insanlık mücadelelerini yok sayıp, insanlığı “güçlünün haklı” kabul edildiği ilkel dönemlere taşıma anlayışı ile tevیل olunabilir...

5. ARABULUCULUĞUN GÖNÜLLÜLÜK TEMELİNDE VE ÜLKE GERÇEKLERİNİ GÖZETİR ŞEKİLDE UYGULANABİLİR OLMASINA YÖNELİK ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

a. Temel öncelik mahkemelerin ihtiyacı karşılar yeterliliğe kavuşturulması olmalıdır.

Zorunlu arabuluculuğun getirilme amacı olarak ifade olunan, yargının yoğun yükünün azaltılması adına tanımlanabilecek en doğru çözüm; devletin nitelik ve nicelik olarak ihtiyaca cevap verebilecek yeterlilikte yeni mahkemeler kurması ve hakim ve savcılarını istihdam etmesidir.

Konuyu Türkiye özelinde değerlendirecek olursak, böyle bir politika uygulanamaz veya zor da değildir. Yaklaşık on beş bin civarında olan hakim-savcı sayısının otuz bine çıkarılması, devletin mali dengelerini sarsacak bir uygulama olmayacaktır. Buna bir de hukuk eğitimi için zorunluluk olarak öngörülecek kalite standardı getirilmesi ve hakim-savcıların -hakim savcı yardımcılığı gibi kurumların ihdası suretiyle- iyi ve yeterli derecede staj eğitimine tabi tutulmaları gibi yan önlemlerin eklenmesi halinde, yargının yoğun yükünün hafifletilmesi anlamında, zorunlu arabuluculuk gibi zorlamalara gerek kalmayacağı aşikardır.

Belirtilen türden asli ve olması gereken önlemlere ek olarak, erdemlerine en başta değinilen isteğe bağlı arabuluculuğun, etkin şekilde uygulanabilmesi koşullarının geliştirilmesinde de hiçbir sakınca yoktur; tam tersine sayısız yarar vardır.

b. Arabuluculuk zorunlu hale getirilirken yargının üç temel ögesinden savunmayı temsil eden avukatların hukukunun gözetilmesi gereği

Yurttaşların, kendilerini hukuk güvenliği içinde hissetmeleri ve bu duygunun karşılığını görebilmeleri anlamında, yargı erkinin üç ayağından en önemlisini oluşturan savunmanın temsilcisi olan avukatlar; öncelikle ve özellikle yukarıda tanımlanan ilkesel nedenlerle arabuluculuğa yönelik zorunluluk dayatmasını kabul etmeyeceklerdir. Buna ek olarak avukatlar, yargısal erk içindeki savunma örgütünü zayıf düşürmeye yönelik olarak, peş peşe uygulamaya konulan politikaların en belirleyicisi ve sonuca en çok etkilisi olduğu kavrayışının tetikleyeceği subjektif bakış açısıyla, zorunlu arabuluculuğa karşı koyacaklardır. Çünkü avukatlar; hükümetin yanlış ve ölçüt tanımayan politikaları sonucunda, sayılarının kontrolsüzce arttığını ve buna karşılık potansiyel iş alanlarının giderek daraltılmasının sıkıntısını, zaten yoğun bir şekilde yaşamaktadır. Zaten böylesi bir duyumsamayı güncel gerçeklik olarak yaşamakta olan avukatlar, konu ile ilgili olarak şöyle bir değerlendirmeyi de yapmaya kendilerini zorunlu hissedeceklerdir:

c. Arabuluculuk ancak avukatlar ve baroların etkin işbirliği ile kurumsallaşabilir.

Bilindiği üzere hukuksal bir uyuşmazlık içine düşen kişilerin, sorunun çözümü için öncelikle bir avukatın temsiline veya en azından yönlendirmesine başvurmaları olgusu, sosyal bir gerçekliktir. Bu gerçekliğin bir sonucu da avukatların önerecekleri yolu, öncelikle kendilerinin benimsemesi ve doğru görmeleri gerekliliğidir...

Konuya gerçekçi bir gözle ve belirtilen çerçevede baktığımız takdirde, avukatların; hem yukarıda değinilen ilkesel nedenlerle hem de arabuluculuğun, kendi varlık nedenlerini önemsemeyen bir yaklaşımla alternatif yol olarak sunulması karşısında, bu yolu benimsemeyecekleri ve dahası müvekkillerine tavsiye ve telkin etmeyecekleri ortadadır. Bu yargının özet anlatımı şudur: Avukatların hukuk anlayışını, vicdanını hesaba katıp, bu doğrultuda gerçekleşecek katılım ve katkısını sağlamadan -gönüllü- arabuluculuk kurumunu işlevsel ve

uygulanabilir kılmak mümkün değildir. Aynı sorun, arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesi halinde de sağlıklı ve sonuç alıcı işleyişin gerçekleşmemesi bakımından söz konusu olabilecektir.

Peki, arabuluculuğun, hukuk uyuşmazlıklarında alternatif (seçimlik) bir yol olarak uygulanabilirliğini sağlama anlamında ne yapılabilir?

Madem ki arabulucu marifetiyle çözümlenmek istenen –kamu düzenini ilgilendiren hususlar dışındaki- hukuk uyuşmazlıklarının, alternatif bir çözüm yöntemine kavuşturulması isteniliyor, o taktirde yapılması gereken şu olmak gerekir:

Öncelikle arabuluculuğu, yürütme organının bir temsilcisi olan Adalet Bakanlığının –büyük ölçüde tek yetkili şekilde- organize etmesi yerine, kurumun yargı erki içinde yapılandırılması tercihine hak verilmelidir. Zira hukuk uyuşmazlıklarının nihai çözümünü öngören arabuluculuk mekanizması, dar anlamda değil fakat, geniş anlamda yargısal bir süreçtir. Bu durum, yazının ilk bölümlerinde de değinilen kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gerektirmesidir. Bu doğrultuda yapılması gereken; arabuluculuk kurulu ve bürokrasisinin yargı erkinin üç unsurunun (hakimler, savcılar ve avukatlar) eşit katılımı ile özerk bir yapının meydana getirilmesidir.

Türkiye'nin sosyo-kültürel altyapı gerçekleri gözetildiğinde, arabuluculuk uygulamasının hızlı ve etkili olarak kurumsallaşabilmesi için ikinci önerimiz de şu olacaktır:

Her bir yargı çevresi için oluşturulacak “arabuluculuk merkezleri,” ilgili il barolarının bünyelerinde ayrı ve kısmen özerk bir yönetsel yapı olarak kurulmalıdır. Büyük illerde ihtiyaca göre birden fazla merkez kurulması veya merkeze bağlı şubeler açılması da mümkündür. Her bir merkez yönetiminin seçimi ve işleyişi, merkeze kayıtlı arabulucuların iradeleriyle şekillenmeli; bu suretle baro yönetimi değişikliklerinden etkilenmelerinin engellenmesi sağlanmalıdır. Her bir arabuluculuk merkezi kayıtlı arabulucular üzerinde performans ve disiplin işlemleri bakımından iç denetim yapmalıdır. Arabuluculuk ile ilgili politikaların tespiti, ülkesel ölçekteki koordinasyonun sağlanması ve merkezlerin üst denetimi ile merkez kararlarına karşı itiraz mercii de yargı erki bünyesindeki üst yapıya ait olmalıdır.

Böyle bir tercih; merkezlerin kolay oluşturulması, kurumsallaşması, iç denetlenebilirliği ve etkili işleyişinin sağlanması bakımlarından en uygulanabilir yöntemdir.

Avrupa Birliği Konseyi'nin arabuluculukla ilgili "direktif kararları" uyarınca, Avrupa Birliği'ne "Aday Ülke" statümüzden kaynaklı olarak, yakın bir gelecekte "arabulucu olabilmek için asgari hukuk fakültesi mezunu olma şartı"nın kaldırılması girişimlerinin söz konusu olacağını tahmin etmekteyiz. Nitekim arabulucu olmak için hukukçu olma şartını öngören -Türkiye dışında- yegane ülke konumundaki Yunanistan'ın, Avrupa Birliği'nin baskıları sonucunda bu şartı kaldırmak durumunda kaldığı bilinmektedir. Ancak buna rağmen biz, arabulucuların hukukçulardan oluşması şartının -özellikle de Türkiye bakımından- mutlak bir gereklilik olduğu düşüncesindeyiz.

Yürürlüğe giren mevzuatta arabulucu olabilmek için hukuk fakültesi mezunu olma şartı, isabetli bir takdir ve seçim olarak benimsenmiştir. Çünkü arabulucu, her ne kadar taraflara telkin ve tavsiyelerde bulunmak veya uyuşmazlığın esasına yönelik çözüm önerileri getirmekten yasaklı bir konumda ise de usul hukukunu her halükarda bilmek durumundadır. Zira, uygulama sırasında çoğu zaman taraf müzakerelerinin alacağı boyut öngörülenin dışına çıkabileceği gibi, kimi zaman taraflar arabulucudan yasal işlevinin sınırlarını aşan müdahale taleplerinde ve/veya beklentisi içinde bulunabilirler. İşte bu gibi durumlarda, doğru ile yanlış tutum arasındaki ince dengeyi koruyabilmek için hukuk usulü bilgisine sahip olmak, vazgeçilemez bir gerekliliktir. Bundan başka uyuşmazlık taraflarının, bir hukukçuya karşı, hukukçu olmayanlara nazaran daha yüksek oranda bir başarı şansı tanıyıp, güven duygusu taşıyacakları da kuşkusuzdur.

Bütün bu nedenlerle arabulucu olmak için hukuk fakültesi mezunu olma şartının kararlılıkla sürdürülmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Mahkemedeki yargılama sürecinde tarafların adalete erişebilme anlamında güven duygularını temsil eden asıl öge, gelişmelerin hakim huzurunda ve kontrolü altında cereyan etmesidir. Arabuluculukta ise bir hakim ya da hakem bulunmayacaktır. Bu noktada arabulucunun hukukçu kimliği ve tarafların, avukatlarının temsili çerçevesinde görüşmeye katılmaları, söz konusu güven açığını kapatacak ve bir ta-

kım olası istismarları önleyecektir. Aynı zamanda yargısal erk temsilcilerinin sürece katılmaları, arabuluculuk faaliyetinin geniş anlamda da olsa yargısal bir mekanizma oluşu ile uyum arz edecektir. Daha da önemlisi tarafların avukatla temsili, meramların anlatılması ve anlaşılmasını kolaylaştıracak, uzlaşılabilirliğin önünü açacaktır. Bundan başka tarafların uzlaştıkları hususların; doğru, amaca uygun ve yeni bir uyuşmazlığa yol açmayacak netlik ve yeterlilikte metne bağlanması da sağlanabilecektir. Arabuluculuk görüşmeleri sırasında tarafların kendilerini avukatla temsil ettirmeleri, kanımızca mahkemedeki temsil olgusundan daha işlevseldir. Bütün bu nedenlerle, arabuluculuk görüşmelerinde tarafların kendilerini avukatla temsil ettirmelerinin zorunlu hale getirilmesinin, sistemin sağlıklı ve verimli işleyişi için şart olduğunu değerlendirmekteyiz.

d. Arabuluculuğun geliştirilmesine yönelik olarak alınabilecek diğer önlemler

Bugünkü mevzuatımıza göre arabulucu seçiminde geçerli olan sistem, uyuşmazlık taraflarının belli bir arabulucu kişinin adı üzerinde anlaşmaları şeklindedir. Potansiyel olarak birbirine karşı güvensizlik duygusunun asıl olduğu uyuşmazlığa düşmüş kişilerin, belli bir kişi ismi üzerinde anlaşmaya varabilmelerinin çetinliğini fark etmek ise zor olmayacaktır. Bu nedenle mevcut sistemden vazgeçilmeli; uyuşmazlığa düşen tarafların, barolar bünyesinde oluşturulacak arabuluculuk merkezlerine müracaat etmeleri öngörülmelidir. Arabulucu seçiminin merkezler esas alınarak gerçekleştirilmesi, sözleşme yapılırken -kamu düzenini ilgilendiren konular hariç- uyuşmazlık halinde hangi merkezin seçildiğine dair görev/yetki anlaşmasına da kolayca yansıtılabilecektir. Sözleşme yapılması aşamasında tarafların bir isimi yetkilendirmesinin kolay kolay mümkün olamayacağı gözetildiğinde, böyle bir uygulamanın gönüllü arabuluculuğa yönelecek uyuşmazlık sayısını bir hayli artıracığı açıktır.

Taraf müracaatını alan merkezin, uyuşmazlığın türüne bakıp o alanda bilgi ve deneyim sahibi bir hukukçu arabulucuyu görevlendirmesi, arabuluculukta dal uzmanlığı gereksinimini de çözen pratik bir yaklaşım olacaktır. Esasen arabulucunun görev kapsamının niteliği gözetildiğinde, arabulucunun uyuşmazlık konusuna ilişkin teknik

bilgisinden öte, o tür uyuşmazlıkların çözümünde rol almış olmağından kaynaklı genel bilgisi daha belirleyici olacaktır.

Konuyu şöyle bir örnekle açıklamak kanımızca daha yararlı olacaktır: Bina yapımına ilişkin bir uyuşmazlıkta, -arabulucunun uyuşmazlığın teknik ayrıntılarına, imalatın hesaplanmasına bizatihi girişemeyeceğı de gözetildiğinde- ayrıntılı teknik bilgi sahibi inşaat mühendisi yerine, bu tür uyuşmazlıkların çözümünde bilgi ve deneyim sahibi bir hukukçunun, arabulucu sıfatıyla sağlayacağı katkı çok daha fazla ve sonuca etkili olacaktır.

“Öte yandan, alternatif uyuşmazlık çözümleri konusunda kamuoyu bilinçlendirilir ve bu yolların, yargının yerine ikame edilmek istenen yollar olmadığına sürekli bir biçimde altı çizilir, yararları da açıkça ortaya konulmak suretiyle, bu yollara başvurulmasının özendirmesine ve teşvik edilmesine uygun bir ortam yaratılırsa, alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının özüne de uygun olarak, taraflar kendiliğinden bu mekanizmaları işletmek için istekli hale gelecek ve bu suretle birçok sorun yargı önüne getirilmeden çözüme kavuşturulacak, dolayısıyla yargının iş yükü de önemli ölçüde azalacağı için, onun daha etkin ve daha verimli çalışması da sağlanmış olacaktır”.²⁹

Arabuluculuk uygulamasının, amacına ve doğasına uygun bir şekilde geliştirilmesinin bir önemli yolu da derdest davaların, yargılama aşaması gözetilmeksizin arabulucuya sevkini sağlanabilmesidir. Davanın açılması akabinde özellikle taraf beyanları ve deliller toplandıktan sonra hakim, uyuşmazlığın arabulucu marifetiyle çözülme şansını gerçekçi bir şekilde tartma şansına sahip olacaktır. Kimi zaman da yargılamanın ileri aşamasında böyle bir şansın güçlendiğini fark etmek mümkün olur. İşte bu gibi durumlarda hakimin, gerekirse asıl tarafları da davet edeceği bir duruşmada, tarafların arabulucuya müracaat etmelerini kolaylıkla tavsiye ve telkin edebilmesi için gerekli mevzuat değişiklikleri yapılmalıdır. Hukuk teorisyenleri ve uygulayıcılarının katılımı ile gerçekleştirilecek ayrıntılı bir mevzuat çalışması sonucunda, bu sevk mekanizmasının kolaylaştırılarak kurumsallaştırılması mümkündür.

²⁹ SühaTanrıver, age. s. 154

Hakimlere, arabulucuya sevk ettikleri ve bu yolla çözülen dava sayısı ile orantılı olarak olumlu not değerlendirmesi yapılması da işleyişe katkı sunacak bir etmen olarak düşünülmelidir. Avukatların da destekleyeceği bu yöntemin etkin uygulanması, özellikle çok uzama potansiyeli arz eden davalarda, her iki tarafı da memnun edecek ve yargının iş yükünü bir hayli hafifletecektir.

Konu ile ilgili olarak, “Amerikan Hukuk Enstitüsü ve Özel Hukukun Bütünleştirilmesine İlişkin Milletlerarası Enstitü’nün hazırlamış olduğu Uluslar- Ötesi Hukuk Usulü Prensiplerine İlişkin Model Kanun’da da, uzlaşmayla ilgili özel bir düzenleme bulunmaktadır. Bu Model Kanun’un 24. maddesi aynen şu şekildedir: “Mahkeme, tarafların yargılamaya devam etme fırsatına saygı gösterirken aynı zamanda mümkün olan hallerde makul bir biçimde, tarafları uzlaşmaya teşvik eder. Mahkeme, yargılamanın herhangi bir aşamasında tarafların uyuşmazlığın alternatif yollarla çözümü sürecine katılımını kolaylaştırmalıdır. Taraflar, yargılamanın hem başlamasından önce hem de sonra makul uzlaşma çabaları konusunda iş birliği yapmalıdır. Mahkeme, masraflara ilişkin kararını, iş birliği yapmadaki makul olmayan başarısızlığı veya uzlaşma çabalarına kötü niyetle katılımı yansıtacak bir şekilde ayarlayabilir”.³⁰

Taşınmazın aynına ilişkin bir çok uyuşmazlık türü (özellikle taşınmazdaki ortaklığın taksim veya satış yöntemiyle giderilmesi ile ilgili olanlar), esas itibariyle arabuluculuk yöntemiyle çözüme son derece elverişlidir. Bu tür uyuşmazlıklar ile aile hukukundan kaynaklanan bir kısım davalar, arabulucu marifetiyle çözüm kapsamına alınmalı; “kamu düzeni” ile ilgili olma problemi de şu suretle giderilmelidir: Bu tür davalarda asıl taraflar, taraf vekilleri ve arabulucunun imzalayacağı anlaşma tutanağı, mahkemece onaylanmadıkça bağlayıcılık arz etmemelidir. Mahkeme de, anlaşmanın onayı için mutlaka duruşma açmalı, taraf ve vekillerini dinlemeli; konuyu ve anlaşılan hususları bütün boyutlarıyla irdelemeli ve kamu düzenine, genel ahlaka aykırı bir durum görmezse anlaşma sonucunu onaylamalıdır. Bu suretle onaylanan belge artık ilam hükmünde olmalı; tapu idarelerince işleme esas alınabilmelidir.

³⁰ Süha Tanrıver, age. s. 156

Arabulucunun, görüşmeler sürecinde uyuşmazlığın esasına yönelik etkin müdahil konumunda olmamasına; temel işlevi uzlaşma kolaylaştırıcılığı çerçevesi ile sınırlı bulunmasına karşın, o'nun taraf-sızlığına ve yeterliliğine yöneltilecek güven duygusu, sürecin başlamasında olduğu kadar, olumlu sonuçlandırılmasında da başat rolü hazırdır. Bu nedenle arabulucu olabilmek için verilen eğitimin çok daha kapsamlı ve uygulama ağırlık olmasında büyük yarar bulunmaktadır. Sistemin sağlıklı işleyişi için arabulucuların sayısal çokluğundan öte, nitelik ve ehliyet olarak kendilerini göstermeleri çok daha yararlı olacaktır.

“Son derece kaliteli, profesyonel, objektif bir kimliğe sahip arabulucuların uyuşmazlık çözümünde görev alabilmesini temin ve sürecin işleyişinde daha işin başında bir hayal kırıklığı yahut fiyasko ile karşılaşılması için, resmi sıfatı bulunan üst bir hukuki yapılanma çerçevesinde, arabuluculuğun koordinasyonu, işleyişi ve denetimi gerçekleştirilmelidir.

Yine, arabulucuya başvuruyu teşvik bağlamında, ilgililerin nitelikli arabuluculara kolay ve şeffaf bir biçimde ulaşabilmesine imkan veren bir mekanizma oluşturulmalı; arabuluculuk faaliyetinde bulunacak olanlara, salt bu faaliyetlerinden kaynaklanan zararların tazmini bağlamında işlev görmek üzere sorumluluk sigortası yaptırma ve bunu faaliyette bulunduğu sürece ayakta tutma zorunluluğu getirilmeli ve ayrıca bunların yanı sıra, arabuluculuk giderlerinin, adli yardım ile hukuki himaye sigortasının kapsamında mütalaa edilmesine olanak sağlayan yasal düzenlemeler gerçekleştirilmelidir.”³¹

SONUÇ

İnsanlığın ahlaki temelde süre gelen demokrasi arayışlarının, binlerce yılda kat ederek ulaştığı mesafeyi tanımlayan kuvvetler ayrılığı ilkesi; bu yolda erişilmiş en yüksek ve en erdemli düzeyi temsil etmektedir.

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin üç temel ögesinden, en belirleyici ve kararlayıcı olanını ise kuşkusuz “yargı erki” oluşturmaktadır. Çünkü;

³¹ Süha Tanrıver, age. s. 170

her dönemde değişik formatlarla zuhur etmiş bulunan ve yasama, yürütme gücünü her halükarda uhdesinde toplayabilen yozlaşmış zorba güce karşı; her bir yurttaşın, hukuk güvenliğinin, özgürlüğünün ve adaletin tahakkuku istemli hak taleplerinin yegane teminatını temsil eden erk, “yargı”dır”.

Bu anlayış doğrultusunda ve uygarlaşma tarihi sürecinde oluşup, olgunlaşp yetkinleşen yargı erki; aynı zamanda “devlet” olgusunun başlıca varlık nedenlerinden birisini, belki en önemlisini temsil etmektedir. Ve her bir devletin, yurttaşlarının adalet talebini karşılayacak yeterlilikte/ölçekte yargı erkini örgütleme sorumluluğu, o devletin en temel meşruiyet ölçütü olarak kabul edilmektedir. Nitekim bu bakış açısıyladır ki gerçek demokrasilerde, “hâkimlik güvencesi,” “doğal hâkim ilkesi” gibi ilkeler hayata geçirilmiş; bu suretle yurttaşların hükümet edenlere, hatta devlete karşı şikayette bulunma ve haklarını elde etme hakkı güvence altına alınmıştır.

Geldiğimiz aşama itibariyle Ülke olarak demokrasimizi geliştirip, bu doğrultuda yargısal yapımızı ihtiyaca cevap verecek ölçekte donanımlı kılmayı yeğleyecek yerde; -devletin sair alanlardaki olağanüstü savurganlıklarını görmezden gelen bir anlayışla- tasarruf tedbirleri adına, yargı erkini aşamalı olarak yargısal alandan ayıklamaya çalışmaktayız... İnsanlığın bilinen tarihinden beri var olagelen -iradilik temelindeki- arabuluculuğun sistemleştirilmesi girişimleri, elbette ki böyle bir gayretin ürünü değildir. Ve fakat, şimdilik belli bazı davalar için öngörülüyor olsa da yargı organından önce arabulucuya başvurma zorunluluğunun getirilmek istenilmesi, tam da bu amaca hizmet eden bir uğraşı tanımlamaktadır... Diğer bir anlatımla bu yaklaşım; kapitalist emperyalizmin küreselleşmesi süreciyle doğru orantılı olarak gelişen neoliberal anlayışın, “demokratik devlet” aygıtını küçülterek etkisizleştirmesini hedeflemektedir...

Nitekim gelişmeyi bu düzlem ve doğrultuda değerlendiren Türkiye Barolar Birliği, aldığı ilkesel bir kararla “belli bazı davalarda arabulucuya başvurmanın zorunlu hale getirilmesine” karşı olduğunu tespit ve ilan etmiştir.³²

³² TBB Yönetim Kurulu, ilk olarak tarih, sayılı; ikinci olarak da 04.12.2015 tarih ve 2015/1873 sayılı kararlar uyarınca, belli bazı uyuşmazlıklar için dava aç-

Zorunlu arabuluculuğun getirilmesine yönelik başlıca gerekçe olarak ifade edilen, yargı yükünün hafifletilmesinin çözüm yöntemi; bizce, devletin yargı erkini ihmal ederek küçültmesi olmak yerine, ihya ederek yeterli güç ve donanıma ulaştırması olmak gerekir. Üstelik bu gereklilik; yukarıda ayrıntılı şekilde tanımlandığı üzere anayasal ilkelerin öngördüğü bir zorunluluktur. Bu tutum yerine, yurttaşların bağımsız ve tarafsız mahkemelere doğrudan erişim hakkının önüne, esaslı bir bariyer yerleştirme anlamına gelen zorunlu arabuluculuk; anılan temel hakkın özüne dokunan bir müdahale olarak, aynı Anayasa'ya açıkça aykırılık oluşturmaktadır.

Diğer bir yönüyle zorunlu arabuluculuk projesi, hükümetlerin kayıtsız tutumları nedeniyle zaten zor günler yaşamakta olan savunma örgütünün, daha da zor şartlarla yüz yüze bırakılmasına, giderek çöktürülmesine neden olacak girişimlerin miladına işaret eden bir uygulamadır.

Bütün bu nedenlerle; tarafların özgür iradelerinin kurucu unsur olduğu sulh kurumunun sistemleştirilmiş yöntemlerinden birisini temsil eden gönüllü arabuluculuğun benimsenip desteklenmesi, doğru bir yaklaşımdır. Ve fakat, bu kurumun ruhuna ve doğasına aykırı düşen bir yaklaşımla, arabulucu marifetiyle sulh olgusunun zorunluluk temelinde dayatılması; geniş kabul görmüş evrensel ölçekteki demokratik ve hukuksal ilkeler uyarınca, asla ama asla kabul edilebilir bir sonuç değildir.

madan önce, arabulucuya başvurma zorunluluğu getirilmesine yönelik girişimlere karşı olduğunu kararlaştırmıştır.

İHALE ve İHALENİN FESHİ KONUSUNDA UYGULAMADA KARŞILAŞILAN SORUNLAR

Talih UYAR* **

a) 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 17/4-r maddesi uyarınca satışından hiç KDV. alınmayacak olan bir otelin icra daire-since yapılacak olan satışına ilişkin gerek "açık artırma ilanı" nda (İİK m.126) ve gerekse "açık artırma şartnamesi"nde (İİK m.125/IV) '%18 KDV. alınacağı' nun belirtilmiş ve ihalenin bu koşullarda gerçekleşmiş olması halinde, borçlu "yapılmış olan bu ihalenin feshini" (İİK m.134) talep ederse, icra mahkemesince "ihalenin feshine" karar verilebilir mi?

b) İcra dairesince düzenlenen gerek "açık artırma ilanı"nda (İİK m.126/son; 114/III; İİK.Yönetmeliği 50/son; 48/c:1) ve gerekse "açık artırma şartnamesi"nde (İİK. m.125); satışa konu otelin önemli nitelik-lerinin belirtilmemiş olması, "ihalenin feshine" neden olur mu?

c) Yukarıda belirtilen ve otelin çok önemli niteliklerini teşkil eden hususların gerek "açık artırma ilanı" nda (İİK m.126) ve gerekse "açık artırma şartnamesi"nde (İİK m.125) belirtilmemiş olması sonucunda, bunların varlığından haberdar olmayan alıcıların (taliplerin) satışa katılmaları önlenmiş olurken, ayrıca bunların değerlerinin bilirkişilerce belirlenip otelin değerine eklenmemiş olması nedeniyle, otelin gerçek değerinin çok altında satışa çıkarılmış ve satılmış olması "ihalenin feshine" neden olur mu?

*

a) Bilindiği gibi 365 sayılı **Katma Değer Vergisi Kanununun 17/4-r maddesinde** "Kurumların aktifinde" (veya belediyelerle ile İl Özel İda-relerinin mülkiyetinde) *en az iki tam yıl süreyle bulunan* (iştirak hisse-leri ile) *taşınmazların satışı sureti ile gerçekleşen devir ve teslimleri* (ile bankalara borçlu olanların ve kefillerinin borçlarına karşılık taşınmaz ve iştirak hisselerinin -müzayede mahallerinde yapılan satışlar dahil-bankalara devir ve teslimleri) *nin katma değer vergisinden istisna edildi-ği*" belirtilmiştir.

* İzmir Barosu Avukatı (9 Eylül Üni. Huk. Fak. E. Öğr. Görev.)

** Bu yazı, bir dava dosyasına 'hukuki mütalâa'(uzman görüşü) "HMK 293" olarak sunulmuştur.

“Bu düzenlemenin sadece bankalar hakkında olmayıp, şirketler hakkında da uygulanacağı, çünkü 3065 s. K.’nın 17/4-r maddesinde geçen ‘kurum’ kavramına ‘şirketler’in de girdiği” **yüksek mahkemece** bu konuya ilişkin -çok yeni içtihatlarında- açık-seçik vurgulanmıştır. Gerçekten, **yüksek mahkeme;**

- ü “*Katma Değer Vergisi Kanunu’nun 17/4-r maddesinde öngörülen ve katma değer vergisine tabi olmayan “kurum”lar arasında, “ihale konusu taşınmazı iki yılı aşkın süreden beri aktifinde bulunduran şirketlerin” de bulunduğu (yani; bu şirketin borcundan dolayı anılan taşınmazın satılması halinde alıcıdan KDV istenemeyeceğini)*”¹
- ü “*Kurumların aktifinde, en az iki tam yıl süreyle bulunan taşınmazların satışı suretiyle gerçekleşen devir ve teslimler ile bankalara borçlu olanların ve kefillerinin borçlarına karşılık taşınmaz ve iştirak hisselerinin (müzayede mahallerinde yapılan satışlar dahil) bankalara devir ve teslimlerinin, KDV’den istisna olması” sebebiyle (3065 K. m. 17/4-r), sermaye şirketinin borçlarına karşılık taşınmazların cebri icra yoluyla satılması halinde de bu istisnanın uygulanacağını*”² belirtmiştir.

Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı, gerek 23.06.2010 tarihli “*Katma Değer Vergisi Sirküleri*”nde ve gerekse çeşitli tarihlerde verdiği özelgelere ve bu konuda yazılan *makalelerde*³ bu husus açık-seçik belirtilmiştir.

Bütün bu hususlar yanında, mütalâa(ve dava) konusu uyuşmazlıkta “*satışa konu otelin cebri icra yoluyla satışının katma değer vergisine tâbi olmadığı (katma değer vergisinden müstesna olduğu) hususu*” **Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı’nun** 39044742.130(17-2015/KDV-2-25-49354)/ 60680 sayılı özelge’sinde açıkça belirtilmiş olmasına rağmen, satış dosyasını hazırlayan Antalya 6. İcra Müdürlüğü’nün 2014/367 Talimat Dosyasında düzenlenen gerek “örnek:26” “*Açık Artırma Şartnamesi*”nde ve gerekse “örnek:27” “*Açık Artırma İlanı*”nda

¹ Bknz: 12. HD. 10.04.2015 T. E: 8105, K: 9305 (ww.e-uyar.com)

² Bknz: 12. HD. 28.01.2015 T. E: 2014/31704, K: 2083 (ww.e-uyar.com)

³ Haznedar, İ.M. Cebri İcra Yoluyla Taşınmaz Satışlarında Katma Değer Vergisi (İBD 2009/2, s.804 vd.)- Değer, N. Açıklamalı ve Uygulamalı Katma Değer Vergisi Kanunu, 2007, s.574 vd.- Aras, C. İki Yıldan Fazla Şirket Aktifinde Bulunan Taşınmaz ve İştirak Hisselerinin İcra Yoluyla Satışında KDV. İstisnası Yaklaşım Dergisi, Şubat/2009 s.110.

“dava konusu otel satışından %18 KDV alınacağı” hususu -3065 s. K.’nun 17/4-r maddesine ve Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı’nın dava konusu otel satışının KDV’den istisna edilmiş olduğunu belirten özelgesi’ne aykırı olarak- belirtilmiştir.

Bu koşullarda yapılmış olan ihalenin, 3065 s. K.’nun 17/4-r maddesinin açık hükmüne aykırı olması nedeniyle *“icra mahkemesince feshine karar verilmesi gerekeceği”* hususu, **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Yargıtay 12. Hukuk Dairesince** -tarih sırasına göre- ;

- ü *“İhale konusu araç yönünden KDV oranının %1 iken satış ilanında %18 olarak yazıldığı sebebiyle ihalenin feshi talebine ilişkin davada, ihale konusu malın KDV oranının satış ilanında olması gerekenden fazla gösterilmesi ihaleye katılımı olumsuz yönde etkileyeceğinden, bu durumun başlı başına ihalenin feshine sebep olacağı”⁴*
- ü *“İhale konusu malın KDV oranının satış ilanında olması gerekenden fazla gösterilmesi ihaleye katılımı olumsuz yönde etkileyeceğinden, bu durumun başlı başına ihalenin feshi nedeni oluşturduğu”⁵*
- ü *“Şikayete konu taşınmazın ihale bedeli üzerinden KDV alınıp alınmayacağı talebi ve talibi olumsuz yönde etkileyeceğinden, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu’nun 17/4-r maddesinde belirtilen istisna kapsamına taşınmazın girip girmediği mahkemece yöntemince araştırılmadan şikayetin reddine karar verilmesinin hatalı olduğu”⁶*
- ü *“İhale konusu malın KDV oranının satış ilanında olması gerekenden fazla gösterilmesinin, ihaleye katılımı olumsuz yönde etkileyeceğinden, bu durumun başlı başına ihalenin feshi nedeni olduğu”⁷*
- ü *“Satış ilanı ve şartnamedeki KDV oranının %1 olması gerekirken %18 olarak belirtilmesine ilişkin hatanın, talebi ve talibi azaltıcı nitelikte olup, ihalenin feshini gerektireceği”⁸*
- ü *“Satış ilanı ve şartnamedeki KDV alınacağına ilişkin hatanın, talebi ve talibi azaltıcı nitelikte olup ihalenin feshini gerektireceği”⁹*

⁴ Bknz: HGK. 29.04.2015 T. E: 2013/12-2211, K: 1300 (www.e-uyar.com)

⁵ Bknz: 12. HD. 14.01.2014 T. E:2013/34387, K:461 (www.e-uyar.com)

⁶ Bknz: 12. HD. 28.03.2013 T. E:569, K:11829 (www.e-uyar.com)

⁷ Bknz: 12. HD. 11.03.2013 T. E:1791, K:8725 (www.e-uyar.com)

⁸ Bknz: 12. HD. 18.10.2012 T. E:17587, K:30194 (www.e-uyar.com)

⁹ Bknz: 12. HD. 21.06.2012 T. E:3725, K:21841 (www.e-uyar.com)

ü *“İhalesi yapılan taşınmaz, konut finansmanı amacı ile teminat gösterilen ve üzerine ipotek konulan taşınmaz olduğundan, sözü edilen konut satışının, Katma Değer Vergisine tabi olmadığı ve bu vergiden istisna tutulduğu halde, bunun ilan ve şartnameye geçirilmemesi ve satış ilanı ve şartnamesinde Katma Değer Vergisine tabi olacağıının belirtilmesinin talep ve talibi menfi yönde etkileyeceği”¹⁰*

şeklinde belirtilmiştir....

*

b) İcra dairesince yapılacak satışlarda “Açık Artırma İlanı”na, satılacak taşınmazın önemli niteliklerinin eksiksiz yazılması gerekir (İİK m.126/III, 126/son, 114/III, İİK Yön. m.50/son, 48/c:1)¹¹

Yüksek mahkeme de bu hususun çeşitli kararlarında açık-seçik –aşağıdaki şekilde- belirtmiştir.

ü *“İhaleye konu taşınmazın ilan edilen net alanı ile mevcut net alanı arasında müşteriye yanıltıcı nitelikte ve önemli ölçüde çelişki bulunması halinde bu aykırılığın talep ve talibi etkileyeceği, zira, daha fazla alıcı çıkmasına ve taşınmazın daha yüksek bedelle satılmasına engel olabilecek bu farklılığın varlığının durumunda arttırmaya hazırlık aşamasındaki ve satılan malın esaslı niteliklerindeki hata söz konusu olacağından ihalenin feshi sebebi olduğu”¹²*

ü *“Taşınmazın esaslı niteliklerinin şartname ve ilanda doğru olarak gösterilmemiş olmasının ihalenin feshini gerektireceği”¹³*

ü *“Satış ilanında, satışa konu taşınmazın kıymetinin, tüm özelliklerinin (üzerindeki binaların, ağaçların, kuyuların, kalorifer tesisatının, asansörünün vb.) niteliklerinin de gösterilmesi gerekeceği”¹⁴*

¹⁰ Bknz: 12. HD. 28.05.2012 T. E:4269, K. 17917 (www.e-uyar.com)

¹¹ Ayrıntılı bilgi için bknz: T. Uyar/A. Uyar/C.Uyar İİK. Şerhi, 2014/C:2 ,s:2215- B. Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı,2013,s.647-Ö. Ulukapı, İcra ve İflas Hukuku, 2015, s.194- T. Muşul, İcra ve İflas Hukuku Esasları, 2015, s.420 - B. Kuru/R. Arslan/E. Yılmaz, İcra ve İflas Hukuku, 2013, s.328-H.Pekcanitez/O. Atalay/M. Sungurtekin/M. Özkes, İcra ve İflas Hukuku,2013, s.368- M. Coşkun, Açıklamalı-İçtihatlı İİK, 2013,C:2,s.1853- T. Muşul, İcra ve İflas Hukuku, 2013, C:1,s.809- E. Karmış, Satışın İptali, 2015,Cilt:1,s.707-A.C. Ruhi., İhale, İhalelerin Yapılması, İhalelerin Feshi, 2014,s.194-Z. Gökçe, Tüm Yönleri İle İzale-i Şuyu Dava ve Takipleri, 2000, s.618 vd.

¹² Bknz: 12. HD. 05.05.2014 T. E: 9284, K: 12977 (www.e-uyar.com)

¹³ Bknz: 12. HD. 16.03.1995 T. E: 3934, K:3736 (www.e-uyar.com)

¹⁴ Bknz: 12. HD. 7.3.1994 T. E: 1938, K: 3128 (www.e-uyar.com)

- ü *“Satış ilanında, satışa konu taşınmazın kıymetinin, tüm özelliklerinin (üzerindeki binaların, ağaçların, kuyuların, kalorifer tesisatının, asansörünün vb.) niteliklerinin de gösterilmesi gerekeceği”¹⁵*
- ü *“Satış ilanında, satışa konu taşınmazın kıymetinin, tüm özelliklerinin (üzerindeki binaların, ağaçların, kuyuların, kalorifer tesisatının, asansörünün vb.) niteliklerinin de gösterilmesi gerekeceği”¹⁶*
- ü *“Satış ilanında, satışa konu taşınmazın kıymetinin, tüm özelliklerinin (üzerindeki binaların, ağaçların, kuyuların, kalorifer tesisatının, asansörünün vb.) niteliklerinin de gösterilmesi gerekeceği”¹⁷*
- ü *“Satış ilanında, satışa konu taşınmazın kıymetinin, tüm özelliklerinin (üzerindeki binaların, ağaçların, kuyuların, kalorifer tesisatının, asansörünün vb.) niteliklerinin de gösterilmesi gerekeceği”¹⁸*

şeklinde belirtmiştir.

Bir olayda;

Her biri satışa konu otelin önemli niteliğini oluşturan (ve otelin kıymetini önemli ölçüde artırıcı unsurlar olan);

- Alacaklı bankaların -İİK m.83/c uyarınca- *ipoteklerinin teferruatı niteliğinde bulunan, otelin odalarındaki TV'ler, mini buzdolapları, klima tesisatının, karyola, yatak, yorgan, halı, perde, ayna vb. eşyaları bulunduğu belirtilmemiş olması,*
- Otelin -son inşaat ruhsatına göre- inşaat alanı 123.697 m2 olduğu halde, 5374 m2 eksiği ile 118.323 m2 olarak belirtilmiş olması,
- Satışa konu taşınmazlardan 6 nolu parselde bulunan;
- ü *Arbat (Rus Mutfağı),*
- ü *Baan Thai (Thai Mutfağı),*
- ü *La Brasserie,*
- ü *Beache restoranlar,*
- ü *Her biri bodrum, zemin ve birinci kattan oluşan ve restoran olarak hizmet*

¹⁵ Bknz: 12. HD. 11.1.1994 T. E: 52, K: 33 (www.e-uyar.com)

¹⁶ Bknz: 12. HD. 5.10.1993 T. E: 10973, K: 14738 (www.e-uyar.com)

¹⁷ Bknz: 12. HD. 7.3.1991 T. E: 1012, K: 2882 (www.e-uyar.com)

¹⁸ Bknz: 12. HD. 14.04.1990 T. E: 2847, K:3858 (www.e-uyar.com)

veren Beşiktaş iskelesi binası ile Haydarpaşa iskelesi binasından hiç bahsedilmemiş olması,

- ü Otelin Çadırbar binası önünde lazer şovu için özel dizayn edilmiş, özel fısıkiye ve ses sistemine sahip, otele değer katan, yaklaşık maliyeti 10.000.000- USD olan havuzdan, hiç bahsedilmemiş olması,
- ü Otelin; ısıtma,soğutma, havalandırma, sıhhi tesisat ve elektrik tesisatı vb. gibi sistem ve tesisatlar ve ekipmanlarının yüksek kaliteli ve markalı ürünler olduğundan hiç bahsedilmemiş olması,
- ü Tapu kaydındaki Bakanlığa ve Belediyeye ait şerhlerin sürelerinin dolmuş olması nedeniyle kalktığından belirtilmemiş olması,

İcra mahkemesince “ihalenin feshine” karar verilmesine neden olur...

*

c) İcra dairesince yapılacak satışlarda “Açık Artırma İlanı»nda, satışa konu taşınmazın gerçek değerinin belirtilmesi gerekir (İİK m.126/111; 126/son; 114/III, İİK Yön. m.50/son, 48/c:1)¹⁹

Olayda; İcra Mahkemesince -13.11.2014 T. ve E:... K:... sayılı kararlar- satışa konu İcra Müdürlüğünün 2014/ ... Talimat sayılı dosyasındaki 6 parsel sayılı taşınmazın kıymetinin 650.000.000-TL ve 7 parsel sayılı taşınmazın kıymetinin ise 69.750.650 -TL olduğuna -alacaklılar T.... Bankası A.Ş. T. ...bank A.Ş. borçlu ...İnş.Tur.Tah.Tic. San.A.Ş. tarafından yapılan “kıymet takdirine itiraz” sonucunda- karar verilmiştir.

Yukarıda -(b)nolu CEVAP altında- belirtilen ve satışa konu otelin çok önemli niteliklerini teşkil eden hususların gerek “Açık Artırma İlanı”nda (İİK m. 126) ve gerekse “Açık Artırma Şartnamesi”nde (İİK m. 125) belirtilmemiş olması sonucunda, bunların varlığından haberdar olmayan alıcıların (taliplerin) satışa katılmaları önlenmiş olurken, ayrıca bunların değerlerinin bilirkişilerce belirlenip, otelin değerine eklenmemiş olması da, otelin gerçek değerinin çok altında bir bedelle satılmış olmasına neden olduğundan, bu husus, ihalenin feshine neden olabilecek bir usulsüzlüktür.

¹⁹ Bknz: Yuk. Dipnot: 11 civarı.

Çünkü; olayda borçlu ... İnş.Tur.Taah.Tic.San. A.Ş. İcra Müdürlüğü'nün yaptırdığı "kıymet takdiri"ne **yönelik itirazı (şikayeti)**, İcra Hukuk Mahkemesince -13.11.2015 T. ve E:..., K:... sayılı karar ile- reddedilmiş olduğundan, Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin;

ü "İhale edilen taşınmazın esaslı vasıflarında hata var ise, bu durum kıymet takdiri tebliği ile öğrenilmiş sayılacağından, İİK'nun 134/2. maddesindeki itila tarihinin kıymet takdiri tebliği ile başlayacağı, kıymet takdiri raporu şikayetçi borçluya tebliğ edildiği halde 7 günlük yasal sürede icra mahkemesine kıymet takdirine itirazda bulunmamış olan borçlunun aynı sürede icra mahkemesi yerine icra dairesine yaptığı kıymet takdirine itiraza ilişkin başvurusunun hukuki sonuç doğurmayacağı ve icra mahkemesi nezdinde itiraz edilmediği için kıymet takdirinin kesinleştiği için, satış ilanının tanzimi sırasında kesinleşen kıymet takdiri esas alındığından, mahkemece; satış ilanına, itiraz edilmeden kesinleşen kıymet takdirine uygun olarak düzenlendiğinden, bu aşamada borçlunun, "taşınmazın oda ve balkon sayısının eksik, m2 miktarı ve değerinin düşük gösterildiğinden kıymet takdiri işleminin hatalı ve satış ilanında taşınmazın esaslı unsurlarının yanlış ve eksik gösterildiğine" yönelik iddiasının artık dinlenilmesine olanak bulunmadığı ve ihalenin feshine karar verilemeyeceği "²⁰

ü "Borçlu ihale öncesinde kıymet takdirine itirazda bulunmadığından taşınmazın

kıymetine yönelik şikayetlerini ihalenin feshi sebebi olarak ileri sürmeyeceği "²¹

ü "Kıymet taktirine itiraz sonucu verilen kararlar kesin olmakla birlikte, kıymet taktirine itiraz edilmiş olması halinde, bu hususun ihalenin feshine dair şikayette ileri sürülebileceği "²²

sekindeki içtihatları uyarınca, borçlu şirket «Antalya 6. İcra Müdürlüğüne 2014/367 Talimat sayılı dosyasından satılmış olan otelinin, gerçek değerinin çok altında satılmış olduğunu "ileri sürerek, 'yapılmış olan ihalenin feshine karar verilmesini' isteyebilir.

²⁰ Bknz: 12. HD. 29.01.2015 T. E: 2014/34765, K: 2224 (www.e-uvar.com)

²¹ Bknz: 12. HD. 25.09.2012 T. E: 14566, K:27810 (www.e-uvar.com)

²² Bknz: 12. HD. 09.04.2012 T. E:2011/26943, K: 11613 (www.e-uvar.com)

Yüksek mahkeme; bir olayda, somut olayda olduğu gibi, “taşınmazın(otelin) teferruatları ile birlikte satıldığını, bu nedenle taşınmazın teferruatlarının da kıymetlerinin takdir edilip, bulunacak değerın taşınmazın kıymetine eklenmesi gerektiğini” -yani; olayda olduğu gibi, içindeki teferruat niteliğindeki taşınmazların (otelin odalarındaki tv., buzdolabı, klima, yatak, yorgan, karyola vs. nin) kıymetleri hesaplanıp, otelin bina halindeki değerine eklenmeden yapılan satışın hatalı olacağı- aşağıdaki şekilde belirtmiştir. Gerçekten **yüksek mahkeme:**

“İpotek akit tablosunda yer almasa da, TMK’ nun 862/1 ve 686/1. maddeleri gereğince taşınmaz rehni kapsamında yer alan teferruat (ekleni) niteliğindeki taşınmazların taşınmazla birlikte satılmasının zorunlu olduğunu ve bunların kıymetlerinin belirlenmesi gerekeceğini²³ ifade etmiştir.

Yine yüksek mahkeme;

“İmar durumunun yanlış bildirilmiş olmasının, satışa katılmayı azaltacağı (ve bu nedenle ihalelerin feshi nedeni olabileceğini)”²⁴

belirtmiş olduğundan, somut olayda, bilirkişilerce “satılan otelin 118.323 m2 inşaat alanına sahip olduğu” belirtilmişse de bu hatalı bir tespit olup, davacı-borçlu şirket tarafından dava dilekçesi ekinde mahkemeye sunulan ... Belediyesi İmar Müdürlüğü’nün 14.05.2013 T. 2013/ .. sayılı yapı ruhsatından “satılmış olan otelin inşaat alanının 123.697 m2 olduğu “yani bilirkişilerce 5374 m2 eksik belirtildiği anlaşılmaktadır. (Bunun sonucu olarak da; satış ilanına esas alınmış “kıymet takdir raporu “nda yer alan maliyet analizi hesabına göre, satılan otelin değeri; 5.374 m2 x 1.600.000 TL= 8.598.400,00-TL eksik tespit edilmiştir....)

Bu eksik bildirim, ihalelerin feshine neden olabilecek bir husustur.

²³ Bknz: 12. HD. 11.02.2014 T. E:2013/35958, K:3330 (www.e-uyar.com)

²⁴ Bknz: 12. HD. 21.5.1984 T. E: 4825, K: 6419 (www.e-uvar.com)