

AVUKATLAR İNTERNETTE YERİNİ ALIYOR



www.adınızsoyadınız.av.tr

Bilgi için www.barobirlik.org.tr/avtr
Sorularınız için avtr@barobirlik.org.tr

"AV.TR" ALT ALAN ADI ALMAK İSTEYENLER İÇİN BİLGİ NOTU

1) "av.tr" Alan adını kimler alabilir:

Avukatlar, Avukatlık Büroları, Avukatlık Ortaklıklarına av.tr altında alan adı, örneğin xyz.av.tr, tahsis edilebilir. DNS yönetimine yapılan başvurular şahsi yapılabileceği gibi bunlar adına servis sağlayıcılar tarafından da yapılabilir.

2) Alan adı başvurunuzu yapmadan www.barobirlik.org.tr/avtr adresinde yer alan [av.tr] Alt Alan Adı Tahsis Kuralları ve [av.tr]Alt Alan Adı Tahsis ve Kullanım Taahhünamesini lütfen dikkatlice okuyunuz.

3) Alt alan adları <https://www.nic.tr> adresinden online başvuru ile başlatılacak bir prosedüre göre verilmektedir. [av.tr] alt alan adı tahsisi için öncelikle <https://www.nic.tr> adresine online başvuru yapmanız gerekmektedir. Bu başvuruyu kendiniz yapabileceğiniz gibi sizin adınıza servis sağlayıcınız da yapabilir.

Şayet Başvuruyu siz yapıyorsanız:

Online başvuru prosedürünün ilk adımı olarak bir "sorumlu kodu" almanız gerekmektedir. Sorumlu kodu almak için <https://www.nic.tr> adresinden yapacağınız online başvuru sırasında çalışan bir e-posta adresiniz ve vergi numaranız gerekmektedir. Ayrıca <https://www.nic.tr> adresine yapacağınız online başvuru sırasında yardım menüsünün altında bulunan formlardan **alan adı tescil formunun** başvuru esnasında ODTÜ'ye iletildiğinden emin olunuz. Gereksinim duyabileceğiniz diğer teknik bilgiler için servis sağlayıcınıza danışabilirsiniz.

4) Online başvurudan sonra, 2 numaralı maddede belirtilen belgelerdeki kurallara göre istenen, www.barobirlik.org.tr/avtr sayfasındaki formu doldurduktan sonra çıkartacağınız taahhünameyi, her sayfasını imzaladıktan sonra baronuza tasdik ettirerek Türkiye Barolar Birliğine ulaştırmanız gerekmektedir.

5) Türkiye Barolar Birliği tarafından başvurunuz incelenerek onaylanması halinde bu onay DNS yönetimine bildirilecektir.

6) DNS yönetimi yapılan online başvurunun ardından Türkiye Barolar Birliğinden verilecek onay üzerine; tarafınıza, almak istediğiniz xyz.av.tr şeklindeki alan adının [yada almak istediğiniz av.tr altındaki alan adının] tahsisinin yapıldığına dair (online başvuru sırasında bildirdiğiniz adrese) bir **elektronik posta gönderecektir**. Bu elektronik postanın tarafınıza ulaşmasını takip eden 5 gün içinde size tahsis edilmiş alan adına ait ödemenin **kredi kartıyla web üzerinden** yapılması şarttır aksi takdirde tahsis edilen alan adı otomatik olarak silinecektir

7) Başvurunu yapıp talepte bulunduğunuz [av.tr] altındaki alan adınız, [yada xyz.av.tr şeklindeki alan adınız]alan adının tahsisine dair elektronik posta geldikten itibaren kullanıma hazırdır.Tahsis işlemi tamamlanan bir alt alan adıyla ilgili ödemeler dahil tüm işlemler web üzerinden yapılacaktır. Ayrıca alan adına ilişkin tüm uyarılar tarafınıza elektronik posta yoluyla iletilecektir.

8) Tarafınıza tahsis edilen alan adına ilişkin tüm kurullar **Avukatlık Kanunu, Reklam Yasağı Yönetmeliği ve Meslek Kurallarına** tabiidir. Avukatın mevzuata aykır edimi halinde ilgili kurullar uygulanacaktır.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Mesleğe Yeni Başlayan

AVU
Sorulrı



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

FORU

DENİZLİ / 19

Mesleğe Yeni Başlayan

AVU
Sorulrı



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

FORU

TRÁBZON / 14

Mesleğe Yeni Başlayan

Avukatların
Sorulrı ve Çözüm Yolları

FORUM -6-

ÇORUM / 5 TEMMUZ 2008

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN: 1304-2408

YIL: 21

SAYI: 78

EYLÜL-EKİM

2008

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

© Copyright: Türkiye Barolar Birliği
Union of Turkish Bar Associations

- Türkiye Barolar Birliği'nin yayın organıdır.
- Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir, TBB'yi bağlamaz.
- İki ayda bir yayımlanır.
- Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.

İLETİŞİM ADRESİ / COMMUNICATION ADDRESS

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı
Yayın İşleri Bürosu
Karanfil Sokağı 5/62
06650 Kızılay - Ankara
Tel: (0312) 425 30 11 - 425 36 19 - 418 05 12 - 418 13 46
Faks: 418 78 57
web: www.barobirlik.org.tr
admin@barobirlik.org.tr
yayin@barobirlik.org.tr

ABONE KOŞULLARI

Yıllık Abone Bedeli: 60 YTL.
Abonelik: ABONET, Tel: (0212) 222 72 06 Faks: 222 27 10
www.abonet.net
Abone Dağıtım: Aktif Dağıtım

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık
Düş Atelyesi (0312) 215 70 37

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

Basım Tarihi
31.08.2008

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN: 1304-2408

Sahibi

Av. Özdemir Özok, Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Yayın Sorumlusu

Av. İ. Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri

Genel Yayın Yönetmeni

Av. Teoman Ergül

Yayın Yönetmen Yardımcısı

Av. Oya Günendi

TBB Yayın Eşgüdüm Kurulu

Av. Özdemir Özok
Av. İ. Güneş Gürseler
Av. Soner Kocabey
Av. Teoman Ergül
Av. Özcan Çine

Dergi Yayın Kurulu

Av. Oya Günendi
Av. Serkan Açar
Av. Olcay Küçükpehlivan
Av. Özcan Çine
Av. İlker Hasan Duman
Av. Sezercan Bektaş

Danışma Kurulu

(Soyadı sırasıyla)

Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu (Çankaya Ü. Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Haluk Günuşur (İzmir Ekonomi Ü. Uluslararası İlişkiler AB Bölüm Bşk.)
Prof. Dr. Hamit Hancı (AÜ. Tıp Fak. Adli Tıp Anabilim Dalı Bşk.)
Sabih Kanadoğlu (Onursal Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı)
Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu, Prof. Dr. Erdal Onar (Ankara Ü. Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz (Antalya Ü. Hukuk Fak. Dekanı)
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez (Galatasaray Hukuk Fak.)
Av. Talay Şenol (Türk Hukuk Kurumu Önceki Bşk.)
Prof. Dr. Erdener Yurtcan

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ'NE YAZI GÖNDERECEKLER İÇİN BİLGİ NOTU

1. 1988 yılından bu yana çıkmakta olan dergimiz, Eylül 2002 tarihinden bu yana da “*Hakemli Dergi*” olarak yayımlanmaktadır. Eylül 2002’den itibaren “*Hakemli Dergi*” olarak yayımına devam etmektedir.
2. Dergiye gönderilecek yazıların başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
3. Yazıların uzunluğu dergi formatında 30 sayfayı (ya da 12.000 sözcüğü) geçmemelidir. “*Word for Windows*” formatında yazılmış olarak, CD ile birlikte A4 boyutunda bir nüsha bilgisayar çıktısı ya da e-posta ile “yayin@barobirlik.org.tr” adresine gönderilmelidir.

Hakem incelemesinden geçirilmesi istenilen yazılar üst yazı ile belirtilmelidir.

Bilgisayar çıktılarında 2 satır aralığı kullanılmalıdır.

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

Örneğin: Yazar Adı, “Makale Adı”, *Eser Adı*, Xxxx Yay. 2. baskı, Ankara 1999, s. XX.

Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Meslek Sırn”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. 1, S. 1, s. 35.

Yazılarda, Times New Roman karakteri; ana bölümlerde 12 punto; dipnot, özet, kaynakça, tablo gibi bölümlerde 10 punto harf kullanılmalıdır.

4. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini göndermelidirler.
5. Dergiye verilecek/gönderilecek yazılar Yayın Kurulu’nca ilk değerlendirilmesi yapıldıktan sonra, yazarı tarafından istenildiği takdirde, hakeme/hakemlere gönderilecek; hakemden/hakemlerden gelecek rapor doğrultusunda yazının “*Hakemli Yazılar*” bölümünde basılmasına, yazarından rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve durum yazara bildirilecektir.
6. Yazarı tarafından “*Hakemli Yazılar*” bölümünde yayımlanması istenilmeyen yazılar, Dergi Yayın Kurulu’nun kararı ile yayımlanabilecektir.
7. Gönderilen yazıların yayımlanması kabul edildiği takdirde, yazının basılı ve elektronik yayım haklarına TBB sahip olacaktır.
8. Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmeyecektir. Ancak, durum yazara bildirilecektir. Yazarın, Yayın Kurulu’nun yayımlamama kararına ve hakem raporuna itiraz hakkı vardır.
9. Yazardan düzeltme istenilmesi halinde, düzeltmenin en geç bir ay içinde yapılarak yazının Yayın Kurulu’na ulaştırılması gereklidir.
10. Dergiye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın gönderdiği biçimiyle yazının basımı için “*olur*” verdiği kabul edilecektir. Yazı teslim edildikten sonra baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmeyecektir.

Yazıda, yazım yanlışlarının olağanın üzerinde olması yazının geri çevrilmesi için yeterlidir.

11. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*’nin yazı dili Türkçe’dir.
12. *TBB Dergisi*’nde, bilimsel yazı ve makaleler yanında kitap tanıtma yazılarına, Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi kararları kritiklerine ve güncel olayları irdeleyen notlara da yer verilmektedir. Bu yazılar Dergi Yayın Kurulu’nun kararı ile Dergi’de yer alabilecektir.
13. Yazısı kabul edilen yazarlara derginin yayımlanmasından sonra TBB YAYINLARI’nın HAZIRLANMASI, BASIM VE DAĞITIMI YÖNETMELİĞİ çerçevesinde telif ücreti ödenecek; ayrıca yazarına üç adet Dergi gönderilecektir.

İÇİNDEKİLER

	11	Haberler
Özdemir ÖZOK	25	Başkandan
Fatih BİLGİLİ	29	Yargıtay HGK'nın Bonoda "Ciro Edilemez" Kaydına İlişkin 2007/202 No'lu Kararı Üzerine Bir Değerlendirme
Mithat Arman Karasu	37	Kentli Haklarının Gelişimi ve Hukuki Boyutları
Ferhat CANBOLAT/ Seçkin TOPUZ	53	Kefalet ile Garanti Ayırımının Önemi ve Ayırımında Uygulanacak Kıstaslar
Serkan AĞAR	77	Uluslararası Hukuk Boyutuyla Petrol -II-
Erdem ÖZKARA	105	Ötanaziye Farklı Bir Bakış: Belçika'da Ötanazi Uygulaması ve Ülkemizdeki Durum
Gülnur ERDOĞAN	123	Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı
Abbas KILIÇ	167	Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu
İrfan AKIN	205	Adwords Reklam Sisteminde Marka Kullanımı
Hasan DURSUN	227	Vergi Uyuşmazlıklarından Doğan Davaların Kuramsal Niteliğini Saptayabilmek
Talih UYAR	287	Tasarrufun İptali Davalarının Konusu
Ayşe KILINÇ	315	İflas Kararına Karşı Kanun Yolları, İflas Kararının Kesinleşmesi
M. Lamih ÇELİK	337	Meslek Kuralları'nda Avukatın Reklam Yasağı
Mustafa AKGÜL	352	İnternet Yasakları ve Hukuk
Yargıtay Kararları	378	
Disiplin Kurulu Kararları	401	
Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler	420	
Ekler	439	
Kitaplar - Dergiler	448	

GELECEK SAYILARIMIZDA

Kasten İhmali Davranışla Adam Öldürme
Av. Cankat TAŞKIN

Marka Haczi ve Paraya Çevrilmesi/
Gemilerin Haczi ve Paraya Çevrilmesi/
Finansal Kiralama Konusu Malların Haczi/
Mülkiyeti Muhafaza Sözleşmesine Konu Malların Haczi/
Av. Murat DÖNMEZ

Hukuksal Perspektifleriyle Osmanlıda Kapitülasyonlar/
Ceza Sorumluluğunun Temeli: Kast
Mahmut GÖKPINAR

Madde Bağımlıların Rehabilitasyonunda
Yeni Dönem Denetimli Serbestlik
Vehbi Kadri KAMER

İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 4. Maddesi
ve Dilekçelerin Kayda Giriş Tarihi
Dr. N. Münci ÇAKMAK

Savaş Hukukunun Temel Prensipleri
M. Yasin ASLAN

editör'den...

Türkiye kimileri için anlaşılması çok kolay, kimileri için ise anlaşılması olanaksız olaylar ve günler yaşıyor. Anlaşılması niçin kolay ya da niçin imkansızın cevabı kişisel, toplumsal konumlarla ilgili. Maalesef olaylar karşısında bu tavır alışı, ekonomi için, yolsuzluklar için, iç politika, dış politika için aynı şekilde. Pek az kimse, bilgi ve birikimini objektif kullanabilmek için gayret sarf ediyor.

Bu konuma göre değerlendirmeye güdüsü, tarafsız olması gereken "hukuk" alanında da böyle. "Hukuk", toplum düzeninin sağlanması, bozulmuşluğa, çürümüşlüğe engel olması gereken bir kurum. Bu kurum uluslararası belgeleri, anayasa ve yasaları, savcı, savunma ve yargıçları ile bir bütün. Bu bütünün her birinin, her ögesinin çok önemli işlevleri var. Bir ülkenin anayasa ve yasaları uluslararası belgeler ile evrensel hukuk kurallarına uygun olacak. Savcılık ile savunma arasında "silahların eşitliği" ilkesi sağlanacak. "Haksız ithamın da haksız hüküm kadar sakıncalı" olabileceği düşünülerek savcılarının "görev güvencesi" bulunacak. Yargıçlar bağımsız

olacak, bağımsızlıklarının ayrılmaz parçası olan "tarafsız"lıkları garanti edilecek. Avukatların görev yapmaları için yasal koşullar uygun bulunacak. En önemlisi "silahların eşitliği" tartışılmayacak. Bütün bunların amacının herkes için insan haklarının uygulanabilmesi koşullarının oluşturulması olduğu unutulmayacak.

Geçtiğimiz Temmuz ayında bir yazı ile bir çizide, insan haklarının temel ilkesi "savunma" konusundaki gerçekler yok sayıldı, çarpıtıldı.

Yazıyı bir profesör yazmıştı. Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok'u aklınca Ergenekon soruşturmasına yandaş göstermek amacıyla bakınız neler yazıyor: "Birincisi, Ergenekon'un peşine düşüp deşifre



etmeye çalışanları, yargılama sürecine müdahil olmakla suçlayıp susturmak. Hukukun sanık lehindeki unsurlarından bir savunma hattı oluşturmak. Özdemir Özok'un ön planda görüldüğü bu strateji, 'sanığın mahkûm olana kadar suçsuzluğu karine'sine dayanarak Ergenekon'un üzerini örtmeyi, mahkemeyi sanıklar lehine baskı altına almayı amaçlıyor.' (Mümtaz'er Türköne, *Zaman*, 22.7.2008)

Çiziyi ise yukarıda göreceksiniz. Bir gün ara ile sergilenen bu anlayışın neresini düzeltelim. *"Masumiyet karinesi"* hukukun amentüsüdür. Bütün uluslararası belgelerde ve Anayasamızda, bir hukuk kuralı olarak yer almıştır. Bunun ileri sürülmesinden dolayı bir hukukçunun suçlanması aklın almayacağı bir kötü niyetin değilse cahilliğin sonucudur. Hepsinden önemlisi yüklenilen misyona uygun olarak, hukukun yozlaştırılması çabasının tartışılmaz bir örneğidir. Türkiye Barolar Birliği, çizi ile ilgili yayımladığı bildirin başlığını her ikisine de uygun düşecek biçimde şöyle koymuştu. *"Avukat cüppelerine suçluların elindeki kanın bulaştığı iması ile karikatür yapmak insan haklarından habersiz olmaktadır."*

Bildirinin bu bölümü de çizere gerçeğin ne olduğunu öğretecek nitaliktedir: *"Son yedi yılda meslektaşlarımız 231 saldırıya uğramış, bu saldırıların 17'si ölümle sonuçlanmıştır. Evet, cüppelerimizde kan vardır, ancak bu kan ne katilin, ne ırz düşmanının ne de çetecinin kanıdır. Bu kan kendi kanımızdır; türban uygulaması nedeni ile barosunda öldürülen Gümüşhane Barosu Başkanı Ali Günday'ın kanıdır, duruşma çıkışında adliye bahçesinde daha cüppesi üzerinde iken öldürülen Av. Aydın Şahin'in kanıdır. Müvekkilinin alacağını tahsil için icra memuru ile birlikte hacze gittiği sırada borçlu tarafından öldürülen Av. Cengiz Kaya ile diğer tüm meslek şehitlerimizin ve yaralılarımızın kanıdır."*

Temel kavramları saptırma ve içlerini boşaltma çabaları, insan hakları konusunda, laiklik, egemenlik, kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti, demokrasi, milliyetçilik ve din konularında da acımasızca yapılmaktadır. Dileğimiz sağduyunun egemen olması, her kavram ve kurumun evrensel içerikleriyle doğru değerlendirilmesidir.

Saygılarımla.

Teoman Ergül

ANAYASA MAHKEMESİ AKP HAKKINDA KARAR VERDİ

Anayasa Mahkemesi, AKP'ye 'laikliğe aykırı fiillerin odağı haline geldiği' iddiasıyla açılan davada AKP hakkında 'Kapatmama' kararı verdi. 6 üye partinin kapatılması, 5 üye ise kapatılmaması yönünde oy kullandı.

Üç gün süren toplantı sonunda Yüksek Mahkeme'nin 11 üyesinden 10'u "iktidar partisinin laikliğe karşı odak" haline geldiğine karar verdi. Ancak kapatma kararı lehine sadece 6 üye oy kullandı, Anayasa'da aranan 7 oyluk nitelikli çoğunluk sağlanamadığı için parti kapatılmadı. Kalan 5 üyeden 4'ü partinin Hazine yardımının kesilmesi yönünde oy verdi.

Başkan Haşim Kılıç, ret oyu kullanırken, altı üye kapatılma, dört üye hazine yardımının kesilmesi yönünde oy verdi. Kapatılmasını isteyenlerin oyları nitelikli çoğunluk olan yediye ulaşmadığı için AKP kapatılmadı. Ancak AKP'nin "laikliğe karşı odak haline geldiği" oyları 10'a ulaşmış oldu. Cezaya sadece Başkan Kılıç karşı olduğu için bu oylama birlikte değerlendirilerek, AKP, bir yıllık hazine yardımının yarısının kesilmesi cezasına çarptırıldı. Başkan Kılıç, önce Anayasa Mahkemesi'ne yönelik eleştirileri yanıtladı. Kılıç, Başsavcı Abdurrahman Yalçınkaya'nın 14 Mart'ta açtığı davadaki istemlerini hatırlatarak mahkemenin kararını şu sözlerle açıkladı:

"Ak Parti'nin kapatılmasıyla ilgili davanın sonucunda parti kapatılmamıştır. Ancak altı arkadaşımız kapatılması yönünde oy kullanmış, beş arkadaştan dördü Hazine yardımından yoksun bırakılması sonucuna, bir kişi de reddedilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Bütün bunları, altı kapatma, dört

hazine yardımından yoksun bırakma kararını birlikte düşündüğümüzde, bu siyasi partinin son yıl hazine yardımından 1/2 oranında yoksun bırakılmasına karar verilmiştir.

Bu kararın çok iyi değerlendirileceği, ilgili siyasi partinin, buradan alması gereken mesajı alacağı temennisinde bulunmak istiyorum. Kapatma kararı çıkmamıştır. Anayasa'daki yedi sayısını tutturamamış olmasından dolayı kapatma kararı çıkmamıştır. Ama bu kararın sonucunda, bu partiye bir ihtar kararı çıkmıştır. Ciddi bir ihtar kararı çıkmıştır. O nedenle bu sonucun değerlendirileceğini ve gerekenin yapılacağını umut ediyorum, tahmin ediyorum.

Ben ret oyu verdim. Osman Alifeyyaz Paksüt, Fulya Kantarcıoğlu, Mehmet Erten, Necmi Özler, Şevket Apalak ve Zehra Ayla Perkaş kapatılması yönünde oy kullanmışlardır. Sacit Adalı, Ahmet Akyalçın, Serdar Özgüldür, Serruh Kaleli ise bu partinin odak olduğunu, ancak bu odaklaşmanın çok ağır olmadığı gerekçesiyle Hazine yardımından mahrum bırakılması sonucuna varmışlardır. Oyların dağılımı bundan ibarettir."

TBB FARUK EREM ÖDÜLÜ İLE "ALİ GÜNDAY YILIN HUKUKÇUSU" ÖDÜLÜ VERİLECEK

"Türkiye Barolar Birliği 'Faruk Erem Ödülü Yönergesi ve Türkiye Barolar Birliği 'Ali Günday Yılın Hukukçusu' Yönergesi"ne göre, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu bu yıl Faruk Erem Ödülü için "Erkler Ayrılığı ve Bağımsız Yargı" konusunda bir yarışma açtı. Yarışma koşulları barolarımız ile hukuk fakültelerinde afişlerle duyurulduğu gibi basında da ilanlarla duyuruldu. Gazetelerde yayımlanan ilanın bir örneği de dergimizde de yayımlanmaktadır.

Hain bir saldırı sonucunda yaşamını yitiren Gümüşhane Barosu Başkanı Ali Günday adına düzenlenmesi kararlaştırılan Yılın Hukukçusu için adaylar, Yönerge hükümlerine göre baro başkanlıklarından istenmiştir.

Her iki yarışma için son gün 7 Eylül 2008 olup sonuçlar 29 Ekim 2008 günü açıklanacaktır.

TBB İLE HATAY BAROSU'NUN ORTAKLAŞA ETKİNLİĞİ YAPILDI

TBB ile Hatay Barosu'nun ortaklaşa düzenlediği "*Kuvvetler Ayrılığı*" konulu sempozyum Antakya'da ilgi ile izlendi.

TBB Başkanı Özdemir Özok'un bir açılış konuşması yaptığı ve yönettiği toplantıda Yargıtay Onursal Başsavcısı Sabih Kanadoğlu ile Yrd. Doç. Dr. Ozan Ergül birer konuşma yaptılar; sorulara yanıtlar verdiler.

Etkinlikler akşam düzenlenen yemek ve kent gezisi ile sürdü. Bir gün sonra da konuklar Halep'i gezdiler.

TBB VE BARO BAŞKANLARININ 3-8 AĞUSTOS 2008 TARİHLERİ ARASINDA STRAZBURG VE BRÜKSEL'DEKİ MESLEKİ İNCELEME VE ZİYARETLERİ

TBB'nin Avrupa Barolar Konseyi (CCBE)'nin resmi davetlisi olarak Strazburg ve Brüksel'e yaptığı beş günlük mesleki inceleme ziyareti TBB Başkanı Av. Özdemir Özok'un başkanlığında gerçekleştirilmiştir. Söz konusu mesleki inceleme gezisi TBB Başkanı Özdemir Özok'un başkanlığında; Birlik Genel Sekreteri İ. Güneş Gürseler, Sayman Soner Kocabay, Birlik Yönetimi

Kurulu üyeleri, Disiplin ve Denetleme Kurulu üyeleri ile 78 Baro başkanının katılımıyla Strazburg'da başlamıştır.

İlk ziyaret Strazburg'da Avrupa Konseyi'ne yapılmıştır. Yarım günlük ziyaret Avrupa Konseyi Parlamentosu'na yapılmış, toplantıların yapılış şekli, Parlamento'nun işleyişi hakkında aydınlatıcı bilgiler verilmiştir.

İkinci ziyaret Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan ziyaret olmuştur. Kısa bir brifing şeklinde gerçekleşen toplantı AİHM büyük salonunda yapılmıştır. Heyetimize Dış İşleri Bakanlığı Avrupa Konseyi Türkiye Daimi Temsilciliği'nden Aslıhan Özdemir refakat etmiştir.

Toplantı AİHM'de görevli Türk rapor-tör Hasan Mutaf'ın mahkemenin işleyişi, başvuru şekli gibi usul konularında bilgi vermesinin ardından AİHM Lüksemburg üyesi Hakim Mark Villiger tarafından kısa bir sunum yapılmıştır. Villiger TBB ve AİHM ilişkilerini ve Başkanlıkla ilgili övücü bir açıklama yapmıştır.

İnceleme gezisinin ikinci durağı olan Brüksel için 5 Ağustos 2008 tarihinde otobüslerle Lüksemburg üzerinden Brüksel'e varılmıştır.

Brüksel gezimiz AB Parlamentosu'na ziyaret ile başlamıştır. AB Parlamentosu, Enformasyon Genel Müdürlüğü Ziyaret ve Seminerler Birimi temsilcilerinden Alexandros Karides'in heyetimizi karşılaması ve Par-lamentonun işleyişi hakkında bilgilendirici açıklamaları ile devam etmiştir. İki saat süren inceleme ziyareti esnasında; AB Parlamentosu-nun üye sayısı, parlamenterlerin dağılımı, Lizbon Antlaşması gibi konular yanında inceleme gezisine katılan baro başkanlarının soruları yanıtlanmıştır.

İnceleme gezimizin son toplantısı Avrupa Barolar Konseyi (CCBE) Temsilcisi Hukuk Müşaviri Peter McNamee'nin CCBE hakkında açıklayıcı bilgilendirmesi, TBB CCBE ilişkileri ve Birliğimizin CCBE nezdindeki iyi temsili konusunda ki açıklamaları ile devam etmiştir. Katılımcı Baro Başkanlarını sorularına yanıtlar verilmiştir.

TGS BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ ÖDÜLLERİ VERİLDİ

Türkiye Gazeteciler Sendikası'nın geleneksel "Basın Özgürlüğü" ödülleri bu yıl TBB Temsilcisi Dergimiz Genel Yayın Yönetmeni Avukat Teoman Ergül'ün de aralarında bulunduğu Büyük Seçici Kurul tarafından "telekulak skandalı" nı belgeledikleri için Milliyet gazetesinden Gökçer Tahincioğlu ile Vatan gazetesinden Kemal Göktaş'a verildi.

Ayrıca kurum bazındaki ödül için, "öldürülen gazetecilerin tarihine sahip çıkma

yolundaki güncel çabalarından" dolayı Basın Müzesi uygun bulundu.

Ödüller 24 Temmuz günü Dolmabahçe Sarayı Hasbahçe'de düzenlenen geleneksel Gazeteciler Günü'nde Türkiye Barolar Birliği Başkanı ve seçkin konuklar tarafından sahiplerine verildi.

ERGENEKON İDDİANAMESİ MAHKEMEYE VERİLDİ DURUŞMALAR 20 EKİM 2008 GÜNÜ SİLİVRİ CEZAEVİ'NDE HAZIRLANAN SALONDA YAPILACAK

İstanbul C. Başsavcılığı'nın 21 Ocak 2007 tarihinden bu yana soruşturmasını sürdürdüğü "Ergenekon" adlı örgüt ile ilgili olarak hazırlanmış olduğu 2445 sayfalık iddianame İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'ne sunulmuştur. Mahkeme, on beş günlük yasal süre içinde iddianameyi incelemiş ve usulüne uygun bularak kabul etmiştir. İlk

KARABÜK BAROSU BAŞKANI TANJU KORKUT VEFAT ETTİ

Karabük Barosu Başkanı Avukat Tanju Korkut, geçirdiği kalp krizi sonucu 26 Temmuz 2008 günü vefat etti.

Korkut, 8 Aralık 1957 Tarihinde Çankırı'da doğdu, İlköğrenimini Atatürk İlkokulu'nda, Orta Öğrenimini Merkez Ortaokulu'nda, Lise öğrenimini ise Demir Çelik Lisesi'nde tamamladıktan sonra, 2 yıl Balıkesir Necatibey Eğitim Enstitüsü'nde öğrenim gördü. Daha sonra İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne girerek bu fakülteden 1985 yılında mezun oldu ve böylece avukatlık mesleğine ilk adımını attı. 1980 ile 1985 yılları arasında gazetecilik mesleği ile profesyonel olarak uğraştı. 1985 yılından bu yana Karabük'te serbest avukatlık yapmaktaydı. 19 Aralık 2004 tarihinde Karabük Barosu Başkanlığı'na seçildi. 14 Ekim 2006 tarihinde yeniden baro başkanlığına seçilerek görevini sürdürdü.

Merhuma rahmet, meslektaşlarımıza ve ailesine başsağlığı dileriz.



duruşma günü olarak 20 Ekim 2008 tarihi tespit edilmiştir.

Duruşmalar kesintisiz olarak Silivri Ceza ve Tutukevi'nde hazırlanacak duruşma salonunda devam edecektir.

Seksen altı sanıklı yaklaşık 2500 sayfalık iddianamenin tümü hakkında, biri birleri ile bağlantıları son derece nahif şüpheli gruplarla ilgili topluca, ortak sağlıklı bir değerlendirme yapılması olanağı yoktur.

Kaldı ki gruplar ve tek tek şüpheliler bakımından savunma farklılıkları, dolayısıyla menfaat çekişmesi ortaya çıkabileceğinden topluca bir değerlendirme yapılması Meslek Kuralları ve Avukatlık Kanunu ilkelerine göre uygun düşmeyecektir.

Ancak iddianame hakkında genel olarak şunlar söylenebilir:

a. İddianame şüphelileri gruplandırılmış, aynı gruptan olması gerekenler ile lider kadro olarak nitelediği şüphelileri, diğerleri arasına anlaşılmaz biçimde serpiştirmiştir.

Bu özel bir anlama yani biri birlerine benzemeyenleri "*bütünlük*" içinde ve aynı kast etrafında toplanmış gibi göstermek amacıyla yönelik değilse özensizlikten ileri gelmiştir. İddianamenin başlangıcındaki "*iddianame, soruşturmanın kronolojik gelişimine uygun şekilde, gelişen olayların, elde edilen delillerin ve delillerden şüphelilere ulaştırılması aşamasının, örgüt dokümanlarının, örgütün yapısı ve bağlantılarının, örgütün gerçekleştirdiği ve gerçekleştirmeyi tasarladığı eylemlerin açıklanması*

sistematüğünde düzenlenmiştir," sözleri bu özensizliği gidermeye yetmeyecektir.

b. İddianame 12 Haziran 2007 tarihinde yapılan genel olarak silah depolanması ihbarı ile başlamaktadır.

Ancak soruşturmanın ana hedefinin, Başbakan ve Devlet Bakanı'nın olayın hemen arkasından yaptıkları imalar doğrultusunda Mayıs 2006 *Cumhuriyet Gazetesi*'ne atılan bombalar ile Danıştay saldırısı olduğu tartışılmaz biçimde anlaşılmaktadır.

Soruşturmanın eksenini oluşturan Tuncay Güney'in anlatım ve evrakının ise çok önceleri 2001 yılında devletin elinde bulunması karşısında açıklanması zor bir fotoğraf ortaya çıkmaktadır

Bu kronojik yapı ve hükümete yönelik demokratik sistem içerisinde normal sayılabilecek eleştirilere göre yorumlanan olaylar iddianamenin inandırıcılığını ve yargısal bir belge niteliğindeki tarafsızlığını zedelemektedir.

c. Dosyada çok sayıda belge ve dokümandan söz edilmektedir. Ayrıca iddianamede sayılamayacak kadar çok sayıda telefon görüşmeleri yer almaktadır. Bunların bir kısmının olaylarla, örgütle ilişkisi olmadığı ilk bakışta anlaşılmaktadır.

Bunlar tek tek incelenmeden ilgilileri ile görüşülüp ayrıntılı bilgi ve açıklama alınmadan görüş ileri sürülmesi mümkün görülmemektedir. Bazı belgelerin tartışılır niteliği (VATAN, Güngör Mengi/29.7.2008) hemen ortaya çıkmıştır.

ERGENEKON SORUŞTURMASINDA UYAP TARTIŞMALARI

1. SIZMALAR UYAP'TAN MI?

Ergenekon operasyonunda el altından medyaya bilgi sızdıran kişilerin Adalet Bakanlığı'nın kullandığı Ulusal Yargı Ağı Projesi'ne girme yetkisi bulunan bakanlık personeli arasında bulunduğu belirtiliyor. Adalet Bakanlığı'nın geçtiği UYAP sisteminde soruşturma dosyası olduğu gibi sisteme giriliyor. Alınan ifadelerden elde edilen bilgi ve belgelere kadar bütün soruşturma dosyası soruşturma numarası ile ilgili savcılık ve mahkemenin kullanımına açılıyor. Savcılık soruşturması sürecinde de taraf avukatları ve adalet personeli kendi şifreleri ile dava dosyasına girerek istedikleri bilgilere ulaşabiliyorlar. Soruşturma dosyalarının tarafların kullanımına sorunsuz olarak açılması ve yargılamanın her aşamasının şüphelerden ve soru işaretlerinden uzaklaşması, tamamen şeffaflaştırılması amacı güdülen bu sistemde Türkiye'nin herhangi bir yerinde başlayan hukuki soruşturma ve yargılama sisteme giren savcılar, hakimler, avukatlar ve Adalet Bakanlığı personeli tarafından görülebiliyor.

Ergenekon operasyonunda başlayan sızmanın da UYAP sisteminden kaynaklandığı iddiaları bu noktada başlıyor. Yetkililer her ne kadar soruşturma dosyasının soruşturmayı yürüten savcılık tarafından açılmadığı sürece başka kimselerin göremeyeceği belirtilse de veri tabanı Adalet Bakanlığı'nda bulunan sisteme hiyerarşik yapıda üst düzey bürokratların ve Bilgi İşlem Dairesinin her türlü gizli bilgiye kolaylıkla ulaşabileceğini, sistemin bu noktalarda açık içerdiği belirtiliyor. UYAP'ı bilen Adalet Bakanlığı üst düzey yetkilileri sistem hazırlanırken adalet personeline güven temelinde hazırlandığı için belli noktalarda açık içerdiğini söylemekten çekinmiyorlar.

UYAP merkezi Adalet Bakanlığı olan dev bir veri tabanı. Fiziki anlamda yürütmeye bağlı, teknik işleyişi yürütmenin elinde olan bir sistem. Davalar, hazırlık aşamasından infaz aşamasına kadar, elektronik ortamda yürütülmekte. Yani UYAP'a girmeden hiçbir soruşturma açılmıyor. Dava görülemiyor. Adalet Bakanlığı şalteri kapattığında, Türkiye'de 3. erk olan yargı tamamen duruyor. UYAP'a ilişkin yazılımda, cumhuriyet başsavcılığı alt sisteminde 'soruşturma süreci boyunca olayı aydınlatmak için ifade alma, bilirkişiye başvurma, arama yaptırma, tedbir koyma, sanığın tutuklanmasını talep etme' gibi tüm işlemler UYAP üzerinden yapılıyor. Yasalara göre gizliliği olan, hazırlık soruşturmasının kimleri kapsadığı, kimlerin ne ifade verdiği, tek bir veri tabanında toplanıyor. Adalet Bakanlığı, bu sistem sayesinde gizli olarak yürütülen hazırlık soruşturmasının her aşamasında haber sahibi olabiliyor.

Sistemi kontrol eden birim ise Adalet Bakanlığı'nın kendisi. Bilgi işlem merkezinde kurulan bir yetkili bir birim. Sistemin açık verdiği bir birimin yine sistemi denetlemesi ise hakim ve savcılar arasında seslerini yükseltmeseler bile huzursuzluk yaratıyor. Adalet Bakanlığı da bu sıkıntının farkında olmalı ki, YARSAV'a gönderdiği bir yazıda, 'Gelişmiş

ülkelerde bu amaçla kurulmuş kurum veya kuruluşlar denetlenmekte' olduğunu belirtiyor. Bu nokta adalet dağıtan ve soruşturma yapan birimde sıkıntı yaratıyor. Hakim ve savcılar arasında "İhlali yapma olasılığı olan kamu birimi, kendini denetleyemez. Bu açıdan, fiziki ve teknik altyapısı tamamen yürütmenin elinde olan UYAP'tan bilgi akışı sağlanması noktasında bir kaçığın olmadığını hiç kimse iddia edemez." görüşü hakim.

Adalet dağıtan hukuk adamları sorunun çözümünün, UYAP'ın derhal HSYK'ye devrinin "yargı bağımsızlığının gereği ve iktidarın Ergenekon örgütü soruşturmasında bilgi akışının kontrolüne ilişkin iddiaların son bulması açısından" zorunlu olduğunu kaydediyorlar. (İhsan DEMİR – GAZETEPORT)

2. ADALET BAKANLIĞI'NIN GENELGESİNE UYULMADI MI?

Ergenekon soruşturmasına ilişkin İstanbul Cumhuriyet Savcılığı'nca düzenlenen 2.500 sayfalık iddianamenin Adalet Bakanlığı'nın genelgesine aykırı olarak "dışarıda" hazırlanıp Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) sistemine aktarılması kuşuklara yol açtı. Bakanlık genelgesi, soruturmaların başlamasından bitimine kadar her şeyin UYAP üzerinden gerçekleştirilmesi talimatını içeriyordu. Buna karşın Ergenekon iddianamesinin açıklanması 15 gün boyunca UYAP sistemine aktarılmayı bekledi.

Adalet Bakanlığı 9 Şubat 2006 tarihinde UYAP uygulamalarına ilişkin bir genelge yayımladı. Genelge, UYAP'ın yargı birimlerinde, merkez ve taşra teşkilatında bağlı ve ilgili kuruluşlarında adalet hizmetlerinin daha etkin ve verimli şekilde yürütülmesini, iş süreçlerinin hızlandırılmasını, elektronik arşivin oluşturulmasını amaçladığına işaret edildi.

Genelgede "UYAP'nın işleme geçtiği birimlerdeki bütün kayıt, tevzi, veri girişleri, soruşturma, kovuşturma, harç, duruşma, karar, infaz ve diğer tüm işlemlerin UYAP üzerinden gerçekleştirilmesi" istendi. Bu genelgeye karşın İstanbul Savcılığı'nca yürütülen Ergenekon soruşturmasına ilişkin iddianamenin UYAP'a yüklenmesi yaklaşık 15 gün sürdü. İstanbul Cumhuriyet Başsavcısı **Aykut Cengiz Engin**, iddianamenin açıklanmasındaki gecikmenin nedeninin UYAP sistemine aktarımdan kaynaklandığını duyurdu. Oysa Adalet Bakanlığı'nın genelgesine göre, iddianamenin düzenlenmesinin UYAP'ın içerisinde yapılması gerekiyordu. S

avcılığın iddianameyi UYAP yerine tamamladıktan sonra sisteme aktarması, iddianame "dışarıda" yazılıp, sonradan mı sisteme aktarıldı sorusunu gündeme getirdi. Bilgi işlem uzmanları ise 2 bin 500 sayfa da olsa iddianamenin sisteme aktarımının en fazla bir saat süreceğini, Ergenekon iddianamesinde olduğu gibi 10-15 gün sürmesinin mümkün olmadığını kaydettiler. (İLHAN TAŞCI /Talimat göz ardı edildi/Cumhuriyet 16.7.2008)

AVRUPA BAROLAR BİRLİĞİ'NDEN HABERLER

Haz.: Av. D. Derya Yeşiladalı
TBB Avrupa Barolar Konseyi (CCBE) Temsilcisi

• LİZBON ANTLAŞMASI

Geçtiğimiz Aralık ayında Lizbon Antlaşması imzalandığında AB üyesi ilke liderleri nihayet bir metin üzerinde anlaşmış olmanın mutluluğunu yaşamışlardı. Bu bağlamda, üye ülkeler Ocak 2009 tarihine kadar onaylanması gereken söz konusu Antlaşma'nın usulüne göre yürürlüğe konulması için harekete geçtiler. Fransa ve Hollanda önceki Anayasa'nın veto edilmesi nedeniyle Antlaşma'yı referanduma sunmaktan kaçındılar. Ancak, İrlanda anayasal olarak Antlaşma'yı referanduma sunmak zorunda idi ve 12 Haziranda referandum gerçekleşti. İrlanda üye ülkeler arasında en çok AB fonları ve mali desteğinden istifade eden üyelere biri olmasına rağmen AB üyesi ilke liderlerinin büyük şaşkınlığı içinde Antlaşmayı veto etmiştir. Buna karşın, Antlaşma İngiliz Parlamentosunda kabul edilmiş bulunmaktadır.

• KARA PARANIN AKLANMASININ ÖNLENMESİ

Bilineceği gibi, kara paranın aklanması ile mücadele AB'nin birinci önceliklerinden birisi idi. Ancak, AB üyesi ülkelerin yarısından fazlası Üçüncü Para Aklama Direktifi'ni ulusal mevzuatlarına adapte edemediler. Kanunlaştırma işleminin geçen Aralık ayının ortasına kadar tamamlanması gerekmekte idi. Buna rağmen 15 üye ülke bunu yerine getirememiştir. Bu bağlamda, AB Komisyonu söz konusu üye ülkeler aleyhine ihlal nedeniyle harekete geçmiş bulunmaktadır. Konuya ilişkin olarak; Belçika, Çek Cumhuriyeti, Almanya, Yunanistan, İspanya, Finlandiya, Fransa, İrlanda, Lüksemburg, Malta, Hollanda, Polonya, Portekiz, , İsveç ve Slovakya'ya gerekçeli kararlar tebliğ edilmiştir. Üye ülkelerden tatminkar bir yanıt alınamaması halinde konu AB Komisyonunca Avrupa Adalet Divanı'na götürülecektir.

• BİLİRKİŞİLİK

İngiltere ve Galler Barosu, 23 Eylül 2008 tarihinde; bilirkişi incelemelerinin delil olarak değerlendirilmesi konusunda bir konferans düzenlemeye karar vermiştir.

Avukatlar, savcı ve hakimler bilirkişi delilinin toplanması, ele alınışı, incelenmesi, sunuluşu ve yorumu konularında tartışmalar yapacaktır.

Konuya ilişkin olarak; adli tıp uzmanları ceza yargılamasında bilimsel standartların uygulamasının faydalarını irdeleyecek ve uzmanlıklarını sunacaklardır. Sınır ötesi delillerin toplanması, adli müzaheret ve Avrupa Delil Mazbatası konuları da tartışılacaktır.

• İŞ HUKUKU

AB üyesi ülkeleri Çalışma Bakanları çalışma süreleri ve geçici işçiler konusunda 9 Haziran tarihinde anlaşmaya vardılar. Yeni uygulamaya göre haftalık çalışma saati 60 saat ile sınırlandırılmıştır.

Yargı yetkisini ilgilendiren sözleşmelere hangi ülke yasalarının uygulanacağı konusunda sınırları belirleyen ve kısaca I. Roma Düzenlemeleri olarak adlandırılan mevzuat konusunda görüşmeler sürmektedir. Bu düzenlemenin, bir önceki 1980 tarihli Roma Konvansiyonundan daha avantajlı olduğu ifade edilmektedir.

• ŞİRKETLER HUKUKU

Yasal denetimler ve deneticilerin görev ve sorumlulukları 2006/43 sayılı AB Direktifi ile düzenlenmektedir. Bu Direktifle ilgili olarak geçtiğimiz 29 Haziran tarihinde AB Resmi Gazetesinde bir Tavsiyeler dizini yayımlanmıştır. Buna göre; denetçilerin kasti olmayan ihlal ve ihmallerinde ki hukuki sorumluluklarının denetlenen şirket ve üçüncü kişilerle sınırlanabileceği önerilmektedir. Diğer taraftan; hukuki sorumluluk için azami sınır getirilmesi ve bu şekilde sorumluluğun sınırlanması öngörülmektedir.

• **AİLE HUKUKU**

Sınır ötesi boşanma davalarının hangi ülke mahkemesi tarafından görüleceği ve hangi ülke yasalarının uygulanacağı henüz çözüme kavuşmamıştır. Bu konuda oybirliği ile bir sonuca ulaşmak mümkün gözükmemektedir. Konu farklı politik ve kültürel yaklaşımlar nedeniyle özellikle liberal eğilimli İskandinav ülkeleri ve geleneksel yaklaşım sergileyen ülkeler açısından farklı görüşlere neden olmaktadır. Örneğin Malta yabancı ülkelere alınmış boşanma ilamını tenfiz etmemektedir. Ancak, konunun Fransa'nın başkanlık döneminde çözümleneceği düşünülmektedir.

• **CEZA HUKUKU**

Bilineceği gibi, emniyet yetkilileri ve adli makamlar arasında bilgi alışverişine ilişkin işbirliği sınır ötesi suçlarla mücadele de büyük önem taşımaktadır. Bu bağlamda, AB Komisyonu suçlara ilişkin bilgilerin tutulduğu kayıtlarla ilgili karşılıklı bilgi alışverişinin kolaylaştırılmasına uğraşmaktadır. Konuya ilişkin olarak ulusal ceza kayıtları veritabanlarının merkezi bir sisteme bağlanması önerilmektedir. Bu bilgi alışverişinin Avrupa Suç Kayıtları Bilgi Sistemi aracılığı ile yapılabileceği ve bu şekilde suçların önlenebileceği öngörülmektedir.

• **BORÇLAR HUKUKU**

5 - 6 Haziran tarihlerinde toplanan adalet ve içişleri bakanları sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerin tabi olacağı AB Yönetmeliğini kabul etmiştir. I. Roma Yönetmeliği olarak bilinen söz konusu Yönetmelik 1980 tarihli Roma Konvansiyonu yerine, Danimarka dışında bütün AB'de uygulanacaktır. Yönetmelik; Resmi Gazete'de yayımından on sekiz ay sonra yürürlüğe girecektir.

• **AİLE HUKUKU**

AB ülkeleri adalet bakanları yeni bir düzenleme kabul etmiştir. Buna göre; ayrılan eşler nafaka ve çocuk yardımı gibi yükümlülüklerini yerine getirmek kaçınamayacaktır.

• **TAZMİNAT**

Avrupa'da bir mahkeme, Fransa'da ikamet eden İngiliz uyruklu bir şahsın; kızının ölümü üzerine talep ettiği tazminatın ödenmesine izin vermeyen ilgili Fransız Kanunu'nun ayırımıcılığına karar vermiştir.

• **İTALYA ALEYHİNE DAVA**

AB Komisyonu geçtiğimiz günlerde İtalya'da Napoli şehri çevresinde oluşan çöp sorununun çözümünde başarısız olan İtalya aleyhine bir dava açmıştır. Bu davanın, Roma hükümetini daha etkin tedbirler almaya zorlayacağı tahmin edilmektedir.

• **BRİTANYA ALEYHİNE DAVA**

AB Ekonomik ve Mali İşler Komiseri İngiltere aleyhine hukuki işlem başlatmaya karar vermiştir. Bu karar İngiltere'nin cari açığının AB 2008 yılı için belirlediği kuralları ihlal ettiği için alınmıştır.

• **İSVEÇ VERGİSİ**

Avrupa Adalet Divanı İsveç'in; şarapta biradan daha fazla vergi uygulamasının iptali konusunda açılan davada İsveç'in buna hakkı olduğuna karar vermiştir.

• **İHALE MEVZUATI**

Adalet Divanı geçtiğimiz günlerde verdiği bir kararla; İtalya'nın, helikopter yapımı konusunda ihale açmaksızın Agusta şirketi ile sözleşme yapmasının AB mevzuatına aykırı olduğuna hükmetmiştir.

• **TÜKETİCİ HAKLARI**

AB Komisyonu; tüketicilerin ve iş çevresinde faaliyet gösteren iş adamlarının, yasa dışı kartellere ve pazar güçlerini kötüye kullanan şirketlere karşı, daha güçlü olmaları ve bu bağlamda mücadele edebilmeleri için yeni planlar açıklamıştır.

• **CEZA HUKUKU**

AB; ICC olarak bilinen Uluslar arası Ceza Mahkemesi'ne tam destek vermektedir. ICC'nin tabi bulunduğu kanun ile Roma Kanunu olarak anılan ilgili düzenlemenin AB'nin ilke ve amaçlarıyla uyumlu olduğu ifade edilmektedir. Bu bağlamda ICC düzenlemelerinde yer alan; hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygı, barışın korunması ve uluslar arası güvenlik gibi kavramların BM Sözleşmesi ile AB Antlaşmasınının 11. maddesi ile uyumlu olduğu vurgulanmıştır.

• **AVRUPA ADALET DİVANI**

Bilindiği gibi, Avrupa Adalet Divanı AB mevzuatını yorumlar ve verdiği kararlar bağlayıcıdır. Anılan Mahkeme; 15 yargıç ve 9 yardımcıdan müteşekkildir.

• **SAYDAMLIK İNİSİYATİFİ**

AB Saydamlık İnisiyatifi'nin amacı AB kurum ve kuruluşlarıyla ilgili daha açık ve net bilgi sağlanması, kurum ve kuruluşlara daha kolay erişim, AB bütçesi konusunda bilgilendirme ve AB kurum ve kuruluşlarının hesap verebilirliklerinin artırılması olarak özetlenmektedir.

CCBE'DEN HABERLER

Haz.: Av. D. Derya Yeşiladalı

TBB Avrupa Barolar Konseyi (CCBE) Temsilcisi

• KARA PARANIN AKLANMASI

Belçika Anayasa Mahkemesi'nin Avrupa Adalet Divanı'na; AİHS'nin 6. maddesi ile ilgili olarak yaptığı başvuru doğrultusunda anılan Mahkeme 26 Haziran 2007 tarihinde bir karar vermiştir. Bu Karar'da; Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesine Yönelik İkinci Direktif'in çelişkilerle dolu olduğu, bazı maddelerinin açık ve net olmadığı hususlarına değinilmiştir. Ayrıca, AB üyesi ülkelerin sözü edilen ikincil mevzuatın uygulanmasında temel haklara ve AB Topluluğu genel ilkelerine saygı ve uyum gösterilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bu Karar doğrultusunda Belçika Anayasa Mahkemesi 23 Ocak 2008 tarihinde konuya ilişkin nihai kararını vermiştir. Bu Karar'da; *"bir avukat tarafından, mesleğin icrası esnasında; müvekkili mahkemeler önünde temsil ve savunurken veya hukuki yardım ve danışmanlık verilen konularda edinilen bilgilerin resmi makamlara açıklanamayacağına karar vermiştir. Mahkeme, "meslek sırrı" kavramının baro başkanınca korunduğunu vurgulamıştır.*

• FRANSIZ DANIŞTAY KARARI

Fransız idari yargısının en yüksek karar organı olan; *Conseil d'Etat* (Fransız Danıştayı); *"Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesi Konusunda İkinci AB Direktifi"* nin Fransa'da uygulanmaması için Fransız Barosu ve CCBE tarafından ortaklaşa açılan davada; yukarıda anılan Belçika Anayasa Mahkemesi Kararı ve AİHS'nin 8. maddesine gönderme yapmış ve *"hukuki yardım-istişare"* kavramına çok geniş yorumlama getirmiştir. Anılan Mahkeme; meslek sırrının korunması için bir avukatla o ülke mali istihbarat kurumlarının doğrudan ilişki kurmasının yasaklanması gerektiğini ve bu konuda baro başkanlarının rolünü vurgulamıştır. Gerek Belçika Anayasa

Mahkemesi gerekse Fransız Danıştay'ının kararları topluluk hukukuna gönderme yapmıştır. Görüleceği üzere, AB üyesi ülke hakimleri, birbirlerinden bağımsız fakat uyumlu olarak verdikleri kararlarda antlaşmalardan kaynaklanan kanunlara uymuşlar, ve verdikleri kararlar "temel haklara" dayanmıştır.

• CCBE GÖZLEMCİ ÜYELİĞİ

Bileneceği gibi, AB'ne henüz üye olmamakla beraber Avrupa Konseyi'ne üye olan ülkeler CCBE gözlemci üyesi olabilmektedir. Bu bağlamda başvuruda bulunan; Arnavutluk, Ermenistan, Gürcistan, Moldova ve Rusya gözlemci üyelik için başvurmuş olup Arnavutluk, Ermenistan, Moldova ve Gürcistan'ın başvuruları kabul edilmiştir. Temmuz 2008 itibarıyla CCBE Gözlemci Üyeleri; Arnavutluk, Ermenistan, Gürcistan, Moldova, Makedonya, Karadağ, Sırbistan ve Ukrayna'dır.

• EĞİTİM

CCBE, Avrupa için Yeterlilik Çerçevesi kapsamında tavsiye niteliğinde bulunan öneriler hazırlamış bulunmaktadır. Bu öneriler üç başlık altında değerlendirilmiştir:

1. Kimler avukattır,
2. Avukatlar ne yapar,
3. Avukatlar nasıl çalışır.

Birinci şık etik kurallar ve meslek kurallarına ilişkin bilgilere ilişkin değerlendirme yapmaktadır. Bu bilgilendirmenin amacı geleceğin avukatlarını mesleki kimlikleri anlamında bilgilendirmek ve avukatın adaletin yönetimindeki ve toplumdaki rolünü vurgulamaktır. İkinci şık; avukatların başarılı olabilmesi için genel anlamda sahip olmaları gereken teorik ve pratik bilgileri anlatmaktadır.

Üçüncü şık ise; bir avukatın mesleki faaliyetleri için sahip olması gereken beceri ve yeterlilikleri ortaya koymaktadır.

• **VERİLERİN SAKLANMASI DİREKTİFİ**

Bilineceği gibi, söz konusu Direktif 3 Mayıs 2006 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, 15 Eylül 2007 tarihi itibarıyla, bütün üye ülkeler tarafından ulusal mevzuatlarına adapte edilmesi gerekmekte idi. Direktif ile ilgili yasa çalışmaları devam ederken CCBE; bu düzenlemenin avukat ile müvekkili arasındaki haberleşme açısından mesleki sır kavramını yakından ilgilendirdiğini ve bu bağlamda özellikle hukuki yetki verilmeden önce bilgilere erişilmesi anlamında meydana gelebilecek aksaklıkları ve endişeleri dile getirmişti.

CCBE bu konuda bir değerlendirme yapmıştır. Bu değerlendirmeye göre; ülke mevzuatları yapılırken çoğu ülke barosu kanun yapılması aşamasında katkıda bulunmamıştır. İzlanda dışında hemen hemen bütün ülkelerde avukatlar için meslek sırrı kavramına ilişkin düzenleme olduğu saptanmıştır. Diğer taraftan; verilerin ne kadar süre muhafaza edileceği konusunda da ayrı görüşler bulunmaktadır. Bir kısım verilerin gerektiği sürece muhafaza edilebileceğini ileri sürerken diğer bir kısım ise bu sürenin 6 ay veya 1 yıllla sınırlandırılması gerektiğini belirtmiştir.

TARİHİ KARAR

Av. Özdemir ÖZOK*

Yazımın başlığındaki “*tarihi karar*”ın ne olduğunu hemen anlamışsınızdır. Evet, Anayasa Mahkemesi’nin 25 Temmuz 2008 günü açıklanan kararından söz ediyorum. Bilindiği gibi Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı 14 Mart 2008 günü Anayasa’nın 69.maddesi ve Siyasi Partiler Kanunu’nun 101.maddesindeki görev ve sorumluluğunun yasal gereği olarak Adalet ve Kalkınma Partisi hakkında “*laiklik karşıtı eylemlerin odağı*” haline geldiği savıyla Anayasa Mahkemesi’nde kapatma davası açmıştır. Davanın açılmasından sonra Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı kurumuna ve onu temsil eden sayın Başsavcıya yönelik hakarete varan ağır ve çirkin eleştiriler daha sonra Anayasa Mahkemesi’ne ve onun sayın üyelerine yöneltilmeye başlanmıştır. Tüm bu yaşananlar ve sergilenen saygısızlıklar, “*hukukun üstünlüğü*”, “*hukuk devleti*” ve “*yargı bağımsızlığı*” kurum ve kavramlarına ne denli uzak olduğumuza bir kez daha acı bir biçimde ortaya koymuştur.

Türkiye Barolar Birliği olarak davanın açıldığı günden itibaren, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nın açmış olduğu kapatma davasını; Anayasa’nın 68 ve 69. maddeleri Siyasi Partiler Kanunu’nun 98-108. maddeleri, Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 18. ve 33. maddeleri ve CMK’ nun 174. maddesi hükümleri yanı sıra, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları çerçevesinde değerlendirerek Anayasa Mahkemesi’nin vereceği kararı beklemek gerektiğini ileri sürdük ve yargılamayı etkileyecek her türlü eylem ve söylemden özenle kaçındık. Tüm kesimlerin de bu özeni göstermesini yargılamayı doğrudan ve dolaylı olarak etkileyecek girişimlerde bulunulmamasını ısrarla yineledik. Ancak maalesef hakkında kapatma davası açılan iktidar partisi yetkilileri başta olmak üzere, muhalefet partisi sözcüleri ya-

* Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

başkandan

nında, ulusal ve uluslararası medya kuruluşları, ABD ve AB'nin işgüzar diplomatları akıl almaz eylem ve söylemleriyle başta Cumhuriyet Başsavcılığı olmak üzere Anayasa Mahkemesi'ni hedef alan saldırı ve değerlendirmelerde bulunmuşlardır. Bu toz duman arasında Anayasa Mahkemesi'nin 11 üyesi kendilerince doğru olduğuna inandıkları kararlarını vermişlerdir. Buna göre 1 üye (başkan) davanın reddi, 6 üye partinin laiklik karşıtı eylemlerin odağı olduğu savıyla kapatılması, 4 üye ise aynı gerekçe ile yani AKP'nin laiklik karşıtı eylemlerin odağı olduğu ama kapatılma yerine hazine yardımının yarısının kesilmesi yönünde oy kullanmışlardır. Böylece Anayasa Mahkemesi'nin bir üyesi dışında 10 üyesi *"iktidar partisi AKP'nin laiklik karşıtı eylemlerin odağı olduğu yönünde tespit ve değerlendirme birliği"* yaparak hüküm tesis etmiştir. Bu sonuç karşısında başta Cumhuriyet Başsavcılığı kurumu olmak üzere, Yargıtay Başsavcısı'nın kişiliğine yönelik saldırılar yanı sıra, Anayasa Mahkemesi ve onun sayın üyelerine yönelik acımasız ve seviyesiz saldırıları yapanların yüzleri kızarmadı mı ?

Biz bu aşamada da yine *"hukuku"*, *"hukukun üstünlüğü"*nü, *"yargı bağımsızlığı"*nı, *"yargıç güvencesi"*ni öne çıkararak verilen kararı bu açıdan değerlendirerek herkesin bu karardan kendine düşen dersi çıkarmasını öneriyoruz. Özellikle; mahkemenin AKP'nin *"laiklik karşıtı eylemlerin odağı olduğu"* yolundaki kararı bu partiye yönelik *"kesin"* bir uyarı olması nedeniyle son derece önemlidir. AKP eğer bundan böyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın dikkatinin üzerinde olduğu bilinciyle hareket edip kendisine çekidüzen vermeyi başarabilirse bu hem halkın % 47'sinin oyunu alarak iktidar olma şansını elinde bulunduran AKP, hem de Türkiye için yararlı olacaktır. Aksi tutum ve davranışlar hem AKP'nin geleceği, hem de ülkemiz için telafisi imkansız sonuçlar doğurur. Bu hassas dengeyi her kesimin, özellikle yargılama aşamasında son derece sorumsuz davranan kimi medya kuruluşlarının özenle koruması gerekmektedir.

Türkiye'nin ve dünyanın geldiği bu süreçte çağdaş, katılımcı ve çoğulcu demokrasinin ulaştığı bu evrede, ülkemizde parti kapatma davası açılıyor olması son derece üzücüdür. Demokrasinin sorunları yine demokratik yöntemlerle giderilmeli ve bunu gerçekleştirecek eksiksiz demokrasinin ülkemizde kurulması ve yaşatılması koşulları yaratılmalıdır. Ama maalesef okulluluk ortalaması 4 yılın altında olan büyük bir seçmen topluluğu siyasal partiler tarafından istendiği gibi şekillendirilmektedir. Bu ülke gerçeğini dile getirirken asla *"halkı küçümseme"* ve *"seçkinci davranmak"* gibi bir niyetim ve düşüncem yoktur. Bu halk bizim halkımız ve biz ona hep saygılıyız. Bizim derdimiz, din

bezirganlığı yapanlarla, bizim derdimiz siyaset bezirganlığı yapanlarla, bizim derdimiz akı kara, karayı ak göstermeye çalışan popülist politikacılarıdır. Yoksa özellikle çağdaş değerlerle, akılla, bilimle, gerçekçilikle, sosyal ve siyasal istikrarla tanışmasına engel olunmaya çalışılan masum halkımızla hiçbir alıp vereceğimiz olamaz.

Yukarda ayrıntılı olarak anlattığım sorunları yakın zaman içinde kamu oyununda “Ergenekon” davası olarak adlandırılan davayla ilgili olarak da yaşayacağımızı sanıyorum. Çünkü; İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından TCK’nun “hükümete karşı suç” başlıklı 312. “Türkiye Cumhuriyeti Hükümetine karşı silahlı isyan” başlıklı 313. ve “silahlı örgüt” kurulması ile ilgili 314. maddelerine göre başlatılan soruşturma iddianameye bağlanarak CMK 170. maddesi gereği İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi’ne sunulmuştur.

İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi CMK 175. maddesine göre “iddianamenin kabulüne” karar vermiş ve böylece kamu davası açılarak kovuşturma evresi başlamıştır. Türkiye Barolar Birliği olarak hem savcılığın yetkili olduğu “soruşturma evresi”nde hem de İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi’nin iddianameyi kabulüyle başlayan “kovuşturma evresinde” her zamanki yaklaşımımızı sergiledik, konuyu sadece pozitif ve teknik hukuk yönünden objektif olarak inceledik. Bu tutumumuz kendilerinin şu ya da bu şekilde bir yere ait olduklarına inananlar ve objektifliğini yitirenler yönünden çok garipsendi, çok eleştirildi. Bu konuda ölçü öylesine kaçırıldı ki, hukukun temel ilkelerini savunmamız dahi ciddi ciddi eleştiri konusu yapıldı. Ancak şunu hemen açıklamak ve itiraf etmek durumundayım; bu ülkede hiçbir kişiye, kuruma ya da güç odağına çıkar ilişkisiyle bağlı olmayan büyük bir kesimden takdir, övgü ve moral desteği aldım.

Bizi her iki davaya ve açılan tüm davalara karşı objektif, tarafsız, soğukkanlı, önyargısız ve eşit davranmaya mecbur kılan ulusal yasalar yanında, evrensel hukuk ilke ve kuralları vardır. Bunlar Anayasa’nın 138.maddesi başta olmak üzere, TCK’nın 277 ve 288. maddeleri yanında Basın Kanunu’nun 19. maddesi ve ilgili yasa maddeleridir. Bu pozitif kurallar yanında özellikle “masumiyet ilkesi”, “tekelenmemek hakkı” yanında “adil yargılanma” koşulları yargılamayı oluşturan soruşturma ve kovuşturma evrelerinde her kesimin yargılamayı etkileyecek eylem, söylem ve davranışlardan kaçınmaları gerektiğini öngörmektir. Ama lütfen yakın zaman dilimi içinde bu konularda yazılı ve görsel yayın organlarında çıkan yazı ve yayınları bir anımsayın, Tanrı masum insanları bu kişilerin şerrinden korusun. Masumiyet karanesiyle ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 6 Aralık 1988 günlü

başkandan

kararının 77. paragrafında “...gereğince görevlerini yerine getirirken bir mahkemenin mensupları diğer ilkelerin yanı sıra, sanığın itham edilen suçu işlediği varsayımı ile işe başlamamalıdır; ispat yükü savcılığa aittir ve tüm şüpheler sanığın lehine kullanılmalıdır...” ilkesini kabul etmiştir. Tüm bunlara karşın hala sürüp giden karalama kampanyaları nasıl izah edilebilir. İnsanlara acı vermenin en aşağılık yöntemi, onların onuruyla oynamaktır. Bu haksız suçlamaları ve eylemleri yapanlar bir gün aynı duruma düşebilir ve kendileri aynı ilkelerden yararlanmak isteyebilirler. İşte o zaman bu ilkelerin evrenselliği, yüceliği, hukuka uygunluğu yanı sıra insanlığın büyük bedeller ödeyerek elde ettiğini anlayacaklardır. O nedenle bu kurum ve kavramları yıpratmak hiç kimseye yarar sağlamaz. Yapılan yargılama sonunda haklarında en ağır iddia ve ithamlar yöneltilen sanıkların beraat etme olasılıkları vardır. Bu gün en ağır ithamlarla suçladığımız ve yargısız infaz yaptığımız iddianame sanıkları beraat ederse bu yazıları yazanlar, bu yayınları yapanlar hiç mi utanmayacak, hiç mi sıkılmayacak?

Yazımı sonlandırmadan 3-8 Ağustos 2008 günleri gerçekleştirdiğimiz Strazburg-Lüksemburg-Brüksel ziyaretlerinden söz etmek istiyorum. 65 baro başkanımızın yanı sıra TBB yönetim, disiplin ve denetim kurulu üyelerinden oluşan heyetle birlikte Avrupa Parlamentosu, Avrupa Komisyonu, Avrupa Konseyi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yaptığımız ziyaretler tatil dönemine rastlamasına karşın çok başarılı ve verimli geçmiştir. Ancak bundan sonra bu gibi ziyaretleri bu kurumların çalışma dönemlerinde yapmak daha yararlı olacaktır. Gerçi her gittiğimiz yerde yetkili ve bilgili bir kişi bizi çalışmalar hakkında aydınlattı ama yine de işleyen bir dönemde buraları ziyaret etmek daha iyi olur kanısındayım.

Kalabalık bir heyet olmamıza karşın, hiçbir olumsuzluk yaşamadan Atatürk Havalimanı'nda 3.8.2008 günü başlayan gezimizi, programa uygun bir biçimde 8.8.2008 günü Atatürk Havalimanı'nda sonlandırdık.

Bu başarılı gezinin kusursuz bir biçimde başlayarak, kusursuz bir biçimde sonlandırılmasındaki başarıyı, kuşkusuz geziye katılan sayın başkanlarımızın ve heyeti oluşturan diğer meslektaşlarımızın üst düzeydeki sorumluluk bilincinde aramak gerekir. Çünkü; kafiye başkanı olarak beni strese sokacak, telaşlandıracak ve üzecek hiçbir davranış içinde olmadılar. Bu nedenle kendilerini kutluyor, ayrı ayrı teşekkürlerimi sunuyorum.

Saygılarımla.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU'NUN BONODA “CİRO EDİLEMEZ” KAYDINA İLİŞKİN 2007/202 NO'LU KARARI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

Fatih BİLGİLİ*

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK), 11.04.2007 tarih, 2007/2-206 Esas ve 2007/202 sayılı kararında,¹düzenleyen tarafından bonoya (emre muharrer senet) düşülen “*ciro edilemez*” kaydının bononun kambiyo senedi olma vasfını kaybetmesi sonucuna yol açmayacağı neticesine ulaşarak, bu konudaki yerel mahkemenin direnme kararını bozmuş ve 12. HD'nin kararındaki görüşüne iştirak etmiştir. Aşağıdaki çalışmada HGK'nın bonoda düzenleyenin “*ciro edilemez*” kaydına ilişkin anılan bu kararı değerlendirilmektedir.

I. UYUŞMAZLIĞA KONU OLAY VE YEREL VE YÜKSEK MAHKEMENİN KARARI

Uyuşmazlık konusu olayda, aradaki inşaat sözleşmesi gereği borçlu, borcu için 12 Milyar TL bedelli bir bono düzenlemiş ve alacaklıya vermiştir. Borçlu bonoya “*ciro edilemez*” kaydı düşmüştür. Alacaklı (lehtar) sözleşme gereği teslim etmesi gereken daireyi teslim etmediği gibi düzenleyen (borçlu) aleyhine kambiyo senetlerine mahsus icra takibi yoluna girişmiştir.

Düzenleyen-borçlu (davacı), senedin üzerine “*ciro edilemez*” şerhi yazılması nedeniyle bononun kambiyo senedi olma niteliğini yitirdiği bu nedenle kambiyo senetlerine mahsus yolla icra takibi yapılamayacağını ileri sürerek şikayet yoluyla takibin iptaline ve ayrıca, davalının

* Doç. Dr., Balıkesir Üniversitesi Bandırma İİBF İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

¹ *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl 2, Sayı 14, Ekim 2007, s. 124-127.

kendi edimini yerine getirmeden icra takibi yaptığından bedelsizlik nedeniyle itiraz yoluyla takibin durdurulmasına karar verilmesini istemiştir.

Lehtar-alacaklı (davalı), “*ciro edilemez*” kaydının sadece senedin ciro edilmesini yasakladığını, senedin kambiyo senedi olma niteliğini etkilemediğini, kendisinin de senedi ciro etmeden icraya koyduğunu savunma olarak ileri sürmüştür.

Üsküdar 1. İcra Hukuk Mahkemesi, “*ciro edilemez*” kaydı nedeni ile bononun teminat, müteselsil mesuliyet fonksiyonlarının ve tedavül edebilme kabiliyetinin ortadan kalkması nedeniyle senedin kambiyo senedi olma niteliğini yitirdiğini, adi senede dönüştüğü, bu nedenle kambiyo senetlerine mahsus yolla icra takibi yapılamayacağı gerekçeleri ile icra takibinin iptaline, takibin iptali sebebiyle borca itiraz hakkında inceleme yapılmasına ve karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir (20.02.2006 tarih ve 2006/74 Esas, 89 Karar no).

Lehtar-alacaklı (davalı), mahkemenin kararını temyiz etmiştir.

12. HD, “*ciro edilemez*” veya “*emre yazılı değildir*” şeklindeki kayıtların bononun kambiyo senedi vasfını etkilemeyeceği ve böyle bir bonoya dayalı olarak lehtarın, düzenleyen-borçlu (davacı) aleyhine kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip yapabileceğini kararlaştırarak yerel mahkemenin kararını bozmuştur (09.05.2006 tarih ve 2006/7431-10310 sayılı ilam).

Yerel mahkeme icra takibinin iptali kararında ısrar (direnme) etmiş ve dava Yargıtay HGK’ya intikal etmiştir.

Yargıtay HGK kararda özetle:

“Somut olayda takip konusu bono üzerine düzenleyen tarafından “*ciro edilemez*” şerhi konulmuş, lehtar tarafından senet ciro edilmemiş ve bizzat icra takibine konu edilmiştir. Hal böyle olunca, bono üzerine konulan “*ciro edilemez*” şerhinin senedin kambiyo senedi olma niteliğini engellemeyeceğinden Daire Bozması doğrudur.

Bu nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu’nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasa-ya aykırıdır. Direnme kararı bozulmalıdır.

Öte yandan, davacı dava dilekçesinde yukarıda açıklanan şikayet nedenleri ile birlikte itiraz nedenlerini de ileri sürmesine, şikayet nedenlerinin geçerli

bulunmamasına göre, daha önce incelenmeyen itiraz nedenlerinin incelenip, o yönden de olumlu-olumsuz bir karar verilmesi gerekir”.

II. DEĞERLENDİRME

A. TÜRK DOKTRİN VE YARGITAY KARARLARINDA BONODA “CİRO EDİLEMEZ” KAYDI

TTK'nın 736. maddesinde emre yazılı senetler “*Emre yazılı olan veya kanunen böyle sayılan kıymetli evrak, emre yazılı senetlerdendir*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu maddeye göre emre yazılı senetler, ya senedi düzenleyen düzenleyenin (borçlunun) senet üzerine “*emre yazılı*” kaydını yazmasıyla emre düzenlenebilmektedirler veya senet üzerinde emre yazılı kaydı yazılmış olmasa dahi, söz konusu senedin kanunen emre yazılı senet sayılmış olmasından dolayı emre yazılı senet olabilmektedirler.² Emre yazılı senetler ciro yoluyla devredilirler veya tedavül ederler.³

Kambiyo senedi⁴ olarak bono, poliçe ve çek gibi kanunen emre yazılı senetlerdendir.⁵ Bonoda ikili ilişki vardır.⁶ Buna göre, bonoda senedi düzenleyen ve lehtar vardır. Bu nedenle, bonoyu düzenleyen kişi esas borçlu durumundadır ve poliçeyi kabul eden muhatap gibi sorumludur (TTK m. 691). Bono kanunen emre yazılı senet olduğu için ciro yoluyla devredilir.⁷

² Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 17. bası, İstanbul 2006, s. 73-75 kn. 92-96; Pulaşlı, Hasan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 8. bası, Ankara 2007, s. 49; İmregün, Oğuz, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 3. bası, İstanbul 2003, s. 14; Tuna, Ergun, *Ticaret Hukuku*, Cilt: III Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1989, s. 34; Deryal, Yahya, *Ticaret Hukuku*, 4. bası, Trabzon 2000, s. 151, 152.

³ Poroy/Tekinalp, s. 76 kn. 98; Pulaşlı, s. 49, 50; Kaçak, Nazif, *Açıklamalı-İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bono Poliçe Çek*, 2. bası, Ankara 2006, s. 37; İmregün, s. 14; Kayar, İsmail, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 3. bası, Ankara 2003, s. 12; Tuna, s. 38; Deryal, s. 152.

⁴ Türk hukukunda kambiyo senedi üç tanedir. Bunlar poliçe, bono ve çektir. Bkz. Poroy/Tekinalp, s. 112, 113 kn. 166-168; Pulaşlı, s. 83.

⁵ Poroy/Tekinalp, s. 74 kn. 94; Pulaşlı, s. 49; İmregün, s. 14; Kayar, s. 12; Tuna, s. 35; Deryal, s. 152.

⁶ Diğer kambiyo senetleri olan poliçe ve çekte ise üçlü ilişki vardır. Bkz. Poroy/Tekinalp, s. 243 kn. 409; s. 251 kn. 425; Pulaşlı, s. 161, 162, 188 vd.

⁷ TTK m. 690 uyarınca niteliğine aykırı düşmemek koşuluyla poliçeye ilişkin hükümler bonoya da uygulanacaktır. Bundan dolayı, emre yazılı senet olarak poliçenin devir şekli ciro, bonoya da geçerlidir. Bkz. Poroy/Tekinalp, s. 247 kn. 420; Pulaşlı, s. 167.

Bononun düzenlenmesinde senede isteğe bağlı olarak bazı kayıtlar düşülebilir.⁸ Örneğin protestodan muafiyet kaydı, bedel kaydı, ihbardan vazgeçme kaydı gibi. Bonoya atılabilecek kayıtlardan birisi de düzenleyen tarafından yazılan “emre değildir” veya “ciro edilemez” kayıtlarıdır (TTK m. 593 f. 2). İsteğe bağlı olarak bonoya koyulan tüm bu kayıtların belli bir anlam ve amacı vardır.

Kambiyo senetlerinin temlik amaçlı cirosunda cironun fonksiyonlarından birisi de garanti (teminat) fonksiyonudur⁹ (TTK m. 597). Cironun bu fonksiyonu maddede “Aksine şart bulunmadıkça, ciranta, poliçenin kabul edilmemesinden ve ödenmemesinden mesuldür” şeklinde ifade edilmiştir. Garanti fonksiyonu hukuken geçerli bir devirle başlar ve muhatap tarafından ödeme yapılınca kadar devam eder. Zamanaşımı veya hakkı koruyucu işlemlerin yapılmaması hallerinde sona erer. Müracaat hakkının kullanılmaması durumu ortaya çıkmışsa müracaat borçlusunun yapacağı ödemeye garanti fonksiyonu son bulacaktır.

Kambiyo senetlerinin temlik amaçlı cirosunda ciranta garanti borcunu iki şekilde ortadan kaldırabilir.¹⁰

İlkin, cirantanın poliçenin (bononun) kabul edilmemesinden veya ödenmemesinden sorumlu olmayacağını poliçe (bono) üzerine yazarak senetten doğan sorumluluğunu bertaraf edebilir (TTK m. 597 f. 1). Buna sorumsuzluk veya ademi mesuliyet kaydı adı verilmektedir. Bunun için bir takım ifadeler kullanılmaktadır. Örneğin, “bila mesuliyet”, “bila teminat”, “ödenmemeden sorumlu değilim”, “kabulden sorumlu değilim” gibi şerhler koyarak ciranta sorumluluğunu ortadan kaldırabilir.

Diğer yandan, “ciranta poliçenin tekrar ciro edilmesini yasak edebilir” (TTK m. 597 f. 2). Cirantanın, poliçenin (bononun) tekrar tekrar ciro edilmesini yasaklayarak da, bu yasağa rağmen poliçeyi ciro yoluyla

⁸ Bu kayıtlar şöylece sıralanabilir: Bedel kaydı, karşılık kaydı, ihbar (avis) kaydı, hesaba kaydı, ihbardan vazgeçme kaydı, olumsuz emre (rekta) kaydı, düzenleyenin kabul etmemeden, cirantaların kabul etmeme ve ödemededen sorumsuzluğu kaydı, cirantanın tekrar ciroyu yasaklaması kaydı, ikametgah ve adres kaydı, kabule arz yasağı kaydı, masrafsız iade kaydı, araya girme kaydı, nüsha kaydı, aynen ödeme kaydı, tahkim ve yetki kaydı. Bu konuda bkz. Poroy/Tekinalp, s. 134, 135 kn. 217; Pulaşlı, s. 108-115.

⁹ Temlik cirosunda cironun fonksiyonlar için bkz. Poroy/Tekinalp, s. 160-169 kn. 266-275; Pulaşlı, s. 143-146; Kaçak, s. 257; İmregün, s. 75, 76; Kayar, s. 62-64; Tuna, s. 160-168.

¹⁰ Poroy/Tekinalp, s. 168 kn. 273, 274; Pulaşlı, s. 146; İmregün, s. 76; Kayar, s. 63; Tuna, s. 164.

devralan kişilere karşı temlik cirosunda garanti fonksiyonunun doğurduğu sonuçlardan (yükümlülüklerden) kurtulması mümkündür.

Cirantanın “*ciro edilemez*” kaydını koyabilmesi gibi düzenleyen de TTK m. 593 f. 2 uyarınca aynı nitelikte kayıtlar koyabilir.¹¹ Nitekim bu, maddede “*Keşideci poliçeye: ‘emre yazılı değildir’ kelimelerini veya aynı manayı ifade eden bir kaydı dercetmişse, poliçe ancak alacağın temlik yolu ile devrolunabilir ve bu devir alacağın temlikinin hukuki neticelerini doğurur*” şeklinde ifade edilmiştir.

Poliçe, bono ve çek kanunen emre yazılı senetlerdendir.¹² Bu senetler üzerine ciranta tarafından konulan ciro edilemeyeceği kaydı senedi nama yazılı bir kambiyo senedi haline getirmemektedir.¹³ Buna karşın TTK m. 593 f. 2’nin açık ifadesi gereği düzenleyen tarafından konulan “*emre değildir*” veya “*ciro edilemez*” şeklindeki menfi emre kayıtları senedi nama yazılı hale getirmektedir.¹⁴

Düzenleyen tarafından konan menfi emre kaydıyla nama yazılı hale gelen senedin¹⁵ ciro yoluyla devri imkanı ortadan kalkmaktadır. Alacağın temlik yolu ile devredilebilirler. Alacağın temlikine tabi olmanın sonucu olarak, senet borçlusu devredene karşı sahip olduğu tüm defileri devralana karşı da ileri sürebilecektir.

Yargıtay kararlarında da istikrarlı bir şekilde, düzenleyen tarafından bonoya koyulan “*ciro edilemez*” kaydının senedin bono yada kambiyo senedi olma özelliğini etkilemeyeceği, bu durumda bononun devrinin alacağın temlik hükümlerine tabi olacağı ve lehtarın düzenleyene karşı kambiyo senetlerine mahsus icra takibi yoluna başvurabileceği belirtilmiştir:

“TTK’nın 593’üncü maddesi uyarınca, “*emre yazılı değildir*” veya bu manayı ifade eder” şeklinde mesela “*ciro edilemez*” şeklindeki ibarenin ya-

¹¹ Poroy/Tekinalp, s. 135 kn. 217; Pulaşlı, s. 110.

¹² Poroy/Tekinalp, s. 74 kn. 94; Pulaşlı, s. 49; İmregün, s. 14; Kayar, s. 12; Tuna, s. 35; Deryal, s. 152.

¹³ Poroy/Tekinalp, s. 168 kn. 273, 274; Pulaşlı, s. 146; İmregün, s. 76; Kayar, s. 63; Tuna, s. 164.

¹⁴ Poroy/Tekinalp, s. 61 kn. 68; s. 74 kn. 94; s. 135 kn. 217 Pulaşlı, s. 110; Öztan, Fırat, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. bası, Ankara 1997, s. 483; Kaçak, s. 37; İmregün, s. 55; Kayar, s. 53.

¹⁵ Nama yazılı senetler hakkında geniş bilgi için bkz. Poroy/Tekinalp, s. 61 vd. kn. 68-91; Pulaşlı, s. 37 vd.; Domaniç, Hayri, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, Cilt: IV, Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 1990, s. 47 vd.

zılması, o senedin kambiyo senedi niteliğini etkilemez ve bu senede istinaden lehdarın borçlu aleyhine bu senetlere mahsus usul gereği takip yapma hakkını ortadan kaldırmaz. Bunun hilafına merci kararında yer alan gerekçede isabet yoktur.

Ancak, olayda böyle bir şerhi muhtevi bonoyu “ciro” yolu ile elde eden kişinin, 163 örnek ödeme emri tebliğ ettirmesi ve bu yolda takip açması caiz değildir. Zira TTK'nın 593. maddesinin 2. fıkrası hükmü uyarınca, böyle bir kaydı taşıyan bono ancak alacağın temlik yolu ile ve BK'nın 162. maddesine uygun şekilde devrolunabilir ve bu devir alacağın temlikinin hukuki sonuçlarını doğurur. Alacaklının kambiyo senedine mahsus özel yol ile açtığı takibin itiraz üzerine bu nedenlerle iptaline karar verilmesi yerindedir ve İİK'nın 170/a maddesi de bunu amirdir.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle alacaklı vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddi ile temyiz olunan merci kararının İİK'nın 366 ve HUMK'nın 438. maddeleri uyarınca onanmasına...”¹⁶

“Senedin ciro edilemeyeceğinin protokolle kararlaştırılması hatta senede yazılması, bononun vasfını ve takibini etkilemeyeceği, kaldı ki, takibin letdar tarafından düzenleyen aleyhine yapıldığı nazara alınmadan itirazın kabul olunması isabetsiz, temyiz itirazları yerinde olmakla merci kararının İİK'nın 366 ve HUMK'nın 428'inci maddeleri uyarınca bozulmasına , 27.3.1984 gününde, oy birliği ile karar verildi.”¹⁷

“Davacı vekili; müvekkilinin davalı şirkete verdiği nakit karşılığı düzenlenen toplam (15.000.000) TL'lik iki adet senede dayalı olarak yaptıkları icra takiplerinin, senetlerin kambiyo senedi olmadığından bahisle iptal edildiklerini, davalının imzaya ve borca bir itirazı olmadığını ileri sürerek (15.000.000) TL'nin faiziyle birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkilinin üstlendiği kömür dekapaj işinin yürütülmesinde sunacağı teknik müşavirlik hizmetlerine karşılık senetleri aldığı kabul eden davacının bir hizmet sunmadığını, yine taşeronluk sözleşmesinin de yerine getirilmediğini, bu nedenle senetlerin karşılıksız kaldıklarını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, bonolara konulan “ciro edilemez” şerhinin senedin, bono olma niteliğini etkilemeyeceği, bononun davacı tarafından imzalanan ibra-

¹⁶ 12. HD, 20.10.1981 ve 6012/7655 sayılı karar (Kaçak, s. 100).

¹⁷ 12. HD, 27.03.1984 ve 292/3634 sayılı karar (Kaçak, s. 92).

name başlıklı belgede belirtilen iş için müşavirlik hizmetine karşılık verildiği, davacının bu iş ile ilgili olarak herhangi bir müşavirlik hizmeti yaptığını kanıtlayamadığı, bonolardaki ihdas nedeni (malen) olmasına göre nakit verdiğini iddia ederek bono metnini talil eden davacının nakit verdiğini yazılı delil ile kanıtlayamadığı, hatırlatmaya rağmen yemin teklifinde bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle geciktirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir.”¹⁸

B. KİŞİSEL GÖRÜŞÜMÜZ

Yargıtay HGK kararına konu olan olayda takip konusu yapılan bono üzerine düzenleyen tarafından “*ciro edilemez*” kaydı konulmuştur. Bono lehtar tarafından ciro edilmemiş ve bizzat icra takibine konu edilmiştir. Bu durumda icra konusu senet (bono) TTK m. 593 f. 2’nin açık hükmü gereği kambiyo senedi vasfını yitirmemiştir. Olaydaki bono nama yazılı bir senettir. Dolayısıyla lehtar bu bonoyla icra takibi yapabilecektir. Bu nedenle, gerek TTK m. 593 f. 2’nin açık ifadesi karşısında gerekse de öğreti görüşü ve Yargıtay uygulaması ışığında düzenleyen tarafından “*ciro edilemez*” kaydının düşülmesinden dolayı senedin kambiyo senedi niteliğini yitirerek adi senede dönüştüğü ve neticede icra takibinin iptali yönünde karar veren icra mahkemesi kararına katılma imkanı yoktur ve kanımızca Yargıtay Özel Daire ve HGK kararı isabetli görünmektedir.

III. SONUÇ

Bono kanunen emre yazılı senetlerdendir. Bonoda, bulunması gereken zorunlu şekil şartları yanında isteğe bağlı bazı kayıtlar da konulabilir. İsteğe bağlı koyulan kayıtlardan birisi de ciranta veya düzenleyen tarafından “*ciro edilemez*” şerhidir. Cirantanın bu şekilde bonoya koyduğu kaydın sonucu, düzenleyenin aynı şekilde koyduğundan farklı sonuca yol açmaktadır. Cirantanın “*ciro edilemez*” kaydı kendinden sonrakilere karşı cironun garanti fonksiyonundan doğan sorum-

¹⁸ 11.HD, 25.04.1989 ve 5961/2595 sayılı karar (Kaçak, s. 98).

luluklarını ortadan kaldırır. Ancak bononun vasfında bir değişikliğe yol açmaz. Yani bono yine emre yazılı senet olarak kalır. Buna karşın düzenleyenin bonoya düştüğü “*ciro edilemez*” kaydı senedin kambiyo senedi vasfında bir değişikliğe yol açmasa bile senedin nama yazılı bonoya dönüşmesine yol açar (TTK m. 593 f. 2). Bu durumda bono alacağın temlik hükümlerine tabi olur ve bu ölçüye göre devredilir. Ve tabi ki bono alacaklısının (lehtarın) kambiyo senetlerine mahsus takip yoluna başvurmasına bir engel yoktur.

KENTLİ HAKLARININ GELİŞİMİ VE HUKUKİ BOYUTLARI

Mithat Arman KARASU*

Giriş

Sağlıksız bir kentleşmenin yaşandığı ülkemizde günlük hayatın seyri içinde her gün birçok sorunla uğraşmak zorunda kalıyoruz. Yolların bozuk olması, bitmeyen altyapı çalışmaları, kentlerin yeterince temiz olmayışı, artan kapkaç olayları, gıda maddelerinin sağlıksız üretimi, katı atıkların uygun olmayan biçimde yok edilmesi bunlardan yalnızca birkaçıdır.

Günlük hayatta karşılaştığımız bu sorunların hepsi, aslında, kentli haklarının bir biçimde ihlali anlamına geliyor. Karşılaşılan sorunlar kentli haklarının günlük hayatımız içinde ne denli önemli bir yere sahip olduğunu göstermesi bakımından ilginçtir. Öte yandan günlük hayatımızda bu derece yer almasına rağmen kentli hakları fazlaca bilinmemekte, yürütülen hukuki mücadelelerde diğer insan haklarının yanında ihmal edilmektedir.

Bu yazının amacı kentli haklarının içeriğinin ve yasal dayanaklarının neler olduğunu ortaya koymak, kentli haklarının hayata geçirilmesi önündeki engelleri araştırmaktır. Çalışmada öncelikle kentli haklarının tanımı yapılarak, içeriğinin ne olduğu sorusuna yanıt aranacaktır. Daha sonra sırasıyla, kentli haklarının hukuki dayanaklarına, kentli haklarının hayata geçirilmesinde önemli bir yere sahip olan kentlilik bilincine, Türkiye’de kentli haklarının ne düzeyde uygulandığına yer verilecektir. Çalışma genel bir değerlendirmeye sona erecektir.

* Dr., Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

1. Kentli Haklarının Tanımı

Kentli hakları, temel hakların, ekonomik, toplumsal ve kültürel hakların, siyasal hakların ve dayanışma haklarının gerçekleşme alanı olarak, kent mekânında somutlaşmasıdır. Bireyin sahip olduğu insan haklarını kentsel mekânda yeterince ve özgürce kullanabilmesidir. Kentli hakları, kentte yaşayan herkes için ayırım gözetmeksizin uygulanır (Geray, 2000: 498).

Kentli hakları, bireylerin kişiliklerini çok yönlü geliştirme yanında, oturma, üretme, dinlenme ve dolaşma etkinliklerini de yerine getirmelerine olanak tanıyan bir kentsel yaşam çevresi gereksiniminden doğmuştur (Ertan, 1997: 39). Bu gereksinimler kentli haklarının konusunu teşkil eder. Kentli haklarının alacaklısı ve borçluları, kentli haklarının dayanışma hakları içinde yer alması nedeniyle, herkestir. Herkes temiz, sağlıklı, insan onuruna yakışır bir kentte yeterli kamu hizmetlerini almaya, her türlü sosyal, kültürel ve ekonomik ihtiyaçlarını karşılama hakkına sahiptir. Diğer taraftan bu hakka sahip olanlar bu hakların gereği gibi uygulanmasından da sorumludur.

İnsan hakları, evrensel boyutta soyut olarak düzenlenmiştir. Buna karşılık, atomistik bireylerin oluşturduğu soyut bir toplumu temel alan insan haklarının aksine kentli hakları, kent içindeki insanı temel aldığından daha somuttur. İnsan haklarının uygulamaya geçmesi, pratiğe yansması kentliler için kentli haklarının varlığı ile mümkündür (Tekeli, 1994: 29).

Kentli hakları hem kentlinin insan olarak sahip olduğu insan haklarını hem de bireyin yaşadığı kentin içinde bulunduğu kentsel toplumun üyesi, kentlisi olarak, o kentin kentsel ve çevresel değerleri üzerindeki haklarının tümünü kapsamaktadır.

Kentli hakları dayanışma hakları arasındadır. Ancak dayanışma haklarının bir parçası mı yoksa çevre hakkının bir devamı mı olduğu tartışmalıdır. Bu konuda Tekeli'ye göre iki seçenek vardır (2001: 157). Bunlardan birincisi, kentli haklarını, her üç kuşak insan hakları çerçevesinde yerleşme bağlamında yorumlamak ve somutlaştırmaktır. Örneğin, kentte güvenliğin sağlanması yaşam hakkı, karar alma sürecinde yer almak amacıyla gösteri yapmak örgütlenme hakkı ile kolayca ilişkilendirilebilir.

İkinci seçenek ise, kentli haklarına üçüncü kuşak haklar kapsa-

mında yeni bir alan açmaktır. Tekeli ikinci yolu seçmekte, bu seçeneğin kentli haklarının önünü açacağını iddia etmektedir. Bu görüşe katılmamak mümkün değildir.

Küreselleşme ile paralel gelişim gösteren yerelleşme, yönetim, kentsel yaşam kalitesi vb. kavramlar, kentlerin uygarlığın ve insan haklarının şekillendiği mekânlar olması kentlerin ve kentlilerin ayrı bir başlık altında incelenmesi gereğini ortaya koymaktadır.

Kentli haklarının gelişimi değişen dünya gündeminin bir sonucudur. Dünya üzerinde giderek daha çok insan kentlerde yaşamaktadır. 1800 yılında dünya nüfusunun sadece %1,7'si kentlerde yaşarken, bu oran 1970 yılında % 22'ye, 2000 yılında % 48'e ulaşmıştır. 2000 yılında 2,9 milyar insan kentlerde yaşarken, bu sayı 2020 yılında 4,2 milyara ulaşacaktır. Üstelik bu nüfusun % 77'si nüfusu 100 binden büyük yerleşim yerlerinde yaşayacaktır (unhsp.org/thechallengeofslums, 2.8.2007).

Diğer taraftan, kentli haklarını çevre hakkının uzantısı olarak ele alan görüşler de bulunmaktadır (Ertan, 1997: 38). Kanımca, kentli haklarını çevre hakkının bir uzantısı görmek kentli haklarını sınırlamak anlamına gelmektedir. Her şeyden önce, kentteki sorunların yalnızca bir kısmı çevresel niteliklidir. Örneğin; konut sorunu, istihdam, katılım, can güvenliği, spor ve eğitim alanlarının azlığı, ulaşım hizmetlerinin yetersizliği, kentle bütünleşme vb. sorunlar çevre sorunlarından farklı önemli kentsel sorunlardır.

Çevre sorunlarının önemli bir kısmı kent ve sanayi kökenli olsa da, kentsel alanlar yoğun çevre kirliliğine maruz kalsa da, kentlerin sorunları yalnızca çevresel nitelikli sorunlardan ibaret değildir. Kentli hakları sağlıklı ve dengeli bir çevrenin dışında farklı hakları da içinde barındırmaktadır.

2. Kentli Haklarının İçeriği

Kentli haklarının içeriği çok geniştir. Kentli hakları; kentteki eğitim ve kültür faaliyetlerinden yararlanma, suç ve şiddetten arındırılmış güvenli bir kentte yaşama, temiz su kaynaklarının temini, hava kirliliğinin önlenmesi, kıyı alanlarından toplumun eşit biçimde yararlanması vb. birçok hakkı kapsamına almaktadır.

1989 yılında İnsan Hakları Derneği Çevre Komisyonu'nca hazırlanan "Yaya Hakları Bildirisi"nde ifade edilen yayalara saygı duyulması, araçların yaya kaldırımına park edilmemesi, trafik düzeninde mutlaka yaya önceliğinin gözetilmesi kentli hakların kapsamına girmektedir. Benzer bir biçimde, kentte yürütülen her türlü haberleşme ve iletişim özgürlüğü ile örgütlenme hakkı kentsel nitelikli birer haktır.

Kentli haklarının içeriği konusunda en net ve somut tanımlama Avrupa Kentsel Şartı'nda yer almaktadır. 17-19 Mart 1992 yılında Avrupa Konseyi'nin 27. oturumunda kabul edilen Avrupa Kentsel Şartı (Karar No: 234 ve Eki), Avrupa'da 1980-1982 döneminde yayılan "Kentsel Rönesans"ın geliştirdiği önemli kentsel politikalara işaret eder. Şart, kentsel yaşamın geliştirilmesi için dört ağırlıklı alan seçmiştir. Bunlar;

1. Fiziksel kentsel çevrenin geliştirilmesi,
2. Mevcut konut stoklarının yenilenmesi,
3. Yerleşmelerde sosyal ve kültürel olanakların yaratılması,
4. Toplum kalkınması ve halk katılımının özendirilmesidir.

"Yerinden Yönetim" fikrine açık ve belirgin bir vurgunun yapıldığı Şartın ana hedefi, hemen her ülkede uygulanabilir, iyi bir kent yönetimi için gerekli ilke ve yükümlülükleri tanımlamak ve kentsel yaşam kalitesini artırmaktır. Şart'ın varlığı hem kentli haklarının ne olduğu konusundaki muğlâklığın dağılmasına hem de kentli haklarının zihinlerde somut biçimde şekillenmesine yardımcı olmaktadır.

Avrupa Kentsel Şartı kapsamında kentli hakları on üç başlık altında düzenlenmiştir. Bu başlıkları; ulaşım ve dolaşım, çevre ve doğa, kentlerin fizik yapıları, tarihi kentsel yapı mirası, konut, kentsel güvenliğin sağlanması, kentlerdeki özürülüler ve ekonomik bakımdan engelliler, spor ve boş zamanları değerlendirme, kültür, kültürlerarası kaynaşma, kentlerde sağlık, halk katılımı, kent yönetimi ve kent planlaması, kentlerde ekonomik kalkınmanın sağlanması olarak sıralamak mümkündür.

Kentli hakları, yerel hizmetlerin etkinliğinin artırılmasında, ekonomik, sosyal ve kültürel olanakların yaratılmasında, yerel topluluk ve dayanışma duygusunun geliştirilmesinde ve yerel yönetimlerde etkin yurttaş katılımının teşvik edilmesinde önemli bir yere sahiptir. Kentli

haklarının hayata geçirilmesi, demokrasinin yerel anlamda işletilmesi, insan haklarının yaygınlık kazanıp, uygulanması, kentsel yönetimlerin verimli hale getirilmesi, yerel inisiyatifin harekete geçirilmesi için zorunludur.

Kentli haklarının varlığı özellikle siyasiler için zorlayıcı bir güç olacaktır. Kentli haklarının gerçekleşme düzeyi, yerel yöneticilerin çalışmalarının bir göstergesi olarak rahatlıkla değerlendirilebilir. Bu itici güç, aynı zamanda, kentsel yaşam kalitesinin artırılmasında, kentli haklarının gereği gibi uygulanması için bir tür güvence oluşturmaktadır. Kentli hakları, kentsel yaşam kalitesinin özünü, gerçekleşme düzeyini belirleyen, geliştirilmesi için varılması gerekli hedefleri gösteren temel birer öge niteliği taşımaktadır.

Bu anlamda kentli haklarının yasal bir düzenlemeyle bağlayıcı hale getirilmesi hem yurttaşların hakları bakımından hem idarenin sorumluluğunun hukuki bir zemine oturtulması bakımından büyük bir öneme sahiptir.

3. Kentli Haklarının Hukuki Dayanakları

Kentli hakları konusunda bağlayıcılığı olan herhangi bir uluslararası hukuki metin henüz mevcut değildir. Ancak uluslararası kamuoyunda “*moral değerler*” olarak kabul gören birçok belgede kentli haklarına doğrudan ya da dolaylı bir biçimde yer verilmektedir. Kentli haklarının yer aldığı birçok uluslararası metin gerçekte birinci ve ikinci kuşak haklara yönelik olarak düzenlenmektedir.

24 Ekim 1945 tarihinde yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, kentli haklarını ilgilendiren çeşitli haklara kaynaklık etmiştir. Eşitlik ve kardeşlik (m. 1), işkenceye karşı durma (m. 5), yasalar önünde eşitlik (m. 7), konut dokunulmazlığı (m. 13) vb. haklar yanında, temsilcileri seçerek yönetime katılma, eşit söz sahibi olma hakları, dinlenme, eğlence, boş zamanlarını değerlendirme hakları, eğitim, sağlık, öğretim ve kültür hakları da genelde kentli haklarıyla ilgilidir.

Birleşmiş Milletler tarafından 1966 yılında kabul edilip, 1976 yılında yürürlüğe giren Ekonomik, Toplumsal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmeleri özellikle ikinci kuşak haklara yer vermekte, bu bakımdan kentli hakları konusundaki birçok düzenleme için temel

oluşturmaktadır. Sözleşme'nin 11/1. maddesinde; *"Bu sözleşmeye taraf devletler, herkese, kendisi ve ailesi için, beslenme, giyim ve konut dâhil yeterli bir yaşam düzeyi ve yaşama koşullarını sürekli olarak geliştirme hakkını tanıır"* hükmü yer almaktadır.

Avrupa Konseyi'nce 1950 yılında benimsenen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi konu ile ilgili bir diğer metindir. Doğrudan sözü edilmese de yerel yönetimler ve yerel halka yönelik insan hakları ihlallerine karşı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru hakkı tanınmıştır.

Yine Avrupa Konseyi'nce 1961 yılında benimsenen Avrupa Sosyal Şartı daha çok ekonomik ve sosyal haklar üzerinde odaklanmakla birlikte, Avrupa Kentsel Şartı'nın habercisi olarak görülmektedir (Geray, 2000: 505). Şart'ın içinde yer alan; çalışma yaşamına ilişkin haklar, çocuklar, gençler ve kadınlar ile ilgili koruyucu nitelikteki haklar, özürllülere yönelik haklar, gelir getirici iş edinme, göçmen işçilerin ve ailelerin korunmasıyla ilgili haklar yerel yönetimler açısından anlam taşıyan ikinci kuşak haklardır. Yerel yönetimlerin, bu hakları sağlamakla ilgili çeşitli sorumluluklar yüklenmesi gerekmektedir.

Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı'nca 1990 yılında kabul edilen Paris Şartı'nda insan haklarına ve demokrasiye vurgu yapılmakta, ilk kez uluslararası bir metinde *"yöneticilerin seçmenlere hesap vermesi"* ilkesine yer verilmektedir.

Kentli haklarıyla ilgili bir diğer bölgesel nitelikteki metin 7 Şubat 1992 tarihinde Maastricht'te imzalanan Avrupa Birliği Antlaşması'dır. Antlaşmayla, yerellik (subsidiarite) ilkesi Birlik genelinde kabul edilmiş, böylelikle, hizmetlerin halka en yakın örgütçe verilmesi benimsenmiştir. Merkezi yönetim, bu ilke gereğince, hizmetleri, eğer yerel düzeyde hiç yerine getirilemiyor ya da etkin bir biçimde yerine getirilemiyorsa üstlenebilir. Ayrıca Maastricht Antlaşması'nın 128. maddesinin ilk fıkrasında, üye devletlerin ulusal ve bölgesel çeşitliliğinin ve ortak mirasının korunmasına vurgu yapılmıştır.

1985 tarihinde Avrupa Konseyi'nce kabul edilen, amacı Avrupa genelinde özerk yerel yönetimlerin oluşturulması olan Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı (AYYÖŞ), aynı zamanda, kentli haklarının uygulanması ve geliştirilmesi bakımından büyük bir önem taşımaktadır. Şart kapsamında; yerel yönetimlerin yasal (mümkünse anayasal)

dayanıklara kavuşturulması (m. 2), kendi yönetim yapılarını oluşturma hakkının tanınması (m. 6), seçilmiş kişilerin görevlerini özgürce yerine getirmesi (m. 7), idari vesayetin hukuki denetimle sınırlandırılması (m. 8), yerel yönetimlerin özerk mali imkânlarla sahip olması (m. 9) konularında düzenlemeler getirilmektedir.

AYYÖŞ'nin temel hareket noktası, Avrupa düzeyinde demokrasinin ancak yurttışa en yakın yönetimler olan yerel yönetimlerin gerçek güçle donatılması, özerk hale getirilmesi ile mümkün olmaktadır. Özerklik Şartı'yla, yerel kamu hizmetlerine bütün yurttışların etkin katılımını sağlamakta, kentli haklarını hayata geçirmek amacıyla yerel yönetimler gerekli hukuki, idari ve mali imkânlarla donatılmaktadır.

Kentli haklarının ne olduğu konusunda en önemli ve bu konuda en ayrıntılı düzenleme ise, Avrupa Konseyi tarafından 1992 yılında kabul ve ilan edilen Avrupa Kentsel Şartı'dır. Şart, Avrupa Konseyi'nin temel hak ve özgürlüklerin korunması çağrularına paralel olarak, kentli gelişmenin niteliksel özellikleri ve yaşam kalitesiyle doğrudan ilgilidir. Şartın amaçları;

- Yerel Yönetimler için pratik bir kent yönetimi el kitabı oluşturmak,
- Gelecekte olası bir Kentli Hakları Kongresi için temel ilkeleri oluşturmak,
- Şartın ilkelerini yerine getiren kentler için verilecek uluslararası ödüllere bir baz oluşturmak,
- Fiziksel çevre ve yasalarıyla ilgili yaptırımlar için Avrupa Konseyi'nin bu konulara ilişkin katılımına bir "vize" oluşturmaktır (İçişleri Bakanlığı, 1996: 4).

Avrupa Kentsel Şartı'na göre ideal kent; kentli haklarını koruyan, en iyi yaşam koşullarını sağlayarak halka iyi bir yaşam biçimi sunan, değerini orada yaşayan, ziyaret eden, çalışan ve ticaret yapan, eğlence, kültür ve bilgiyi orada arayan ve eğitim görenlerden alarak; birçok sektör ve aktiviteyi (trafik, yaşam, çalışma, dinlenme gereksinimlerini) bir arada uyum içinde barındıran yaşam yeridir.

Bir kent gelecek ile geçmiş arasında bir köprü olabilmeli, yapıları, ağaçları, tarihi olay ve mekânlarıyla kentin tarihi bağlarını kentte ya-

şayanlara hissettirmelidir. İdeal kent sadece belediyesi ile değil, merkezi ve yerel idaresi, özel sektörü ve halkıyla ortak karar verebilen bir kenttir.

Avrupa Kentsel Şartı'nda vücut bulan bu haklar kentte yaşayan herkesin sahip olması gereken haklardır. Kentli haklarının varlığı kentsel yaşam kalitesinin, yaşam standartlarının bir göstergesidir. Öte yandan asıl sorun bu hakların hayata geçirilmesidir.

4. Kentli Haklarının Hayata Geçirilmesi ve Kentlilik Bilinci

Kentli haklarının gerçekleştirilmesi için üç farklı yöntemden bahsedilebilir. Birincisi, kentte yaşayan bir kimsenin haklarını kullanırken kentli haklarını gasbetmesinin ve onları tahrip etmesinin önlenmesidir. Bu, hakların savunulma yoluyla yaşama geçirilmesidir. İkincisi, kentli haklarının her kentlinin davranışlarıyla oluşup, geliştiği kabul edildiğine göre kişilerin geliştirilmesi yoluyla kentli haklarının gerçekleştirilmesidir. Üçüncü ise, hak sahibinin bu hakların gerçekleştirilmesini toplumsal düzeni kurmaktan sorumlu devletten istemesi yoluyla gerçekleştirilmesidir (Tekeli, 1994: 30).

Kentli haklarının yaşama geçirilmesinde bu üç yoldan tek tek ya da üçü birlikte yararlanılabilir (Geray, 2000: 503). Diğer taraftan, gerekli mali, idari ve hukuki araçlar ile donatılmamış bir yerel yönetimden kentli hakları konusunda gerekli adımları atmasını beklemek gerçekçi olmayacaktır. Kentte yaşayanların temel hak ve özgürlüklerinin gerçekleştirilebilmesi, kentlilerin yaşadıkları kent üzerinde haklarını gereği gibi kullanabilmesi kent yönetiminin söz konusu hakları sağlayacak niteliğe sahip olmasına bağlıdır.

Kentli haklarının gerçekleştirilmesi, buna ilişkin istemlerin kent yönetimine bildirilmesi, bununla ilgili eylem ve etkinliklerde bulunma, bu konuda örgütlenme, bunlara ilişkin kararlara katılma, bilgi isteme ve denetim yapabilme haklarının güvence altına alınmış olmasıyla mümkündür. Bu da kuşkusuz özerk, demokratik, katılımcı, çoğulcu, saydam bir kent yönetiminin var olmasına bağlı bulunmaktadır.

Bütün bunlara karşın kentli hakları, bir dayanışma hakkı olması nedeniyle, yalnızca yerel ya da merkezi yönetimin katkısı ile yaşama geçirilecek haklardan değildir. Kentli haklarının yaşama geçirilmesinde en az yönetimin katkısı kadar halkın katılımı da belirleyicidir.

Kentli sadece mekân olarak kentte yaşayan kimse değildir. Kentlileşmek, kentli olmak; kentleşme akımı sonucunda, toplumsal değişimin insanların davranışlarında ve ilişkilerinde, değer yargılarında, yaşam biçimlerinde değişiklikler yaratması sürecidir (Keleş, 1998: 80).

Birey kentte yaşadıkça kentin sorunlarına gereken duyarlılığı göstermeli, bu konuda aktif bir denetleyici olmalıdır. Aksi takdirde idare gereken duyarlılığı göstermeyecek, sorunlar birikecek, kentsel yaşam kalitesinde önemli düşüşler yaşanabilecektir. Kentlilerin kentsel sorunlara, dolayısıyla, kentli haklarına sahip çıkması yönetim için en önemli zorlayıcı güç olacaktır.

Kentlerin insanca yaşanır hale gelmesinde için asıl görev, kentin asıl sahibi olan kentliye, halka, kamuoyuna, kısacası insana düşmektedir. Kentli olma organize edilmiş hayatın içinde organizasyonu bozmayacak ve/veya aksatmayacak şekilde yer almaya; bunun içinde kent hayatı organizasyonunu günlük hayata kusursuz olarak bütünlendirebilmeye bağlıdır. Bu yaklaşım daha çok çağdaş kentleşmenin niteliklerini yakalayabilmeyi ve "medeni olma" anlamında kentlileşmeyi vurgularken, aynı zamanda, kentsel hakların savunulabilmesi ve uygulanabilmesine bir çerçeve, bir zemin hazırlamaktadır (Ökmen, 1998: 1201).

Kentli hakları ve kent toplumsal yaşamın bir parçasıdır. Birey davranışları ile hem kent hem de kentli hakları üzerinde sonuçlar yaratmakta, böylelikle, hem toplumu hem de kendi yaşamını şekillendirmektedir. Örneğin, bir kişinin belli bir mobilyayı evine almasının sonuçları büyük ölçüde onun özel alanı içinde kalmaktadır. Ama evine bir kat çıkmasının ya da evinin rengini çevresine uyum göstermeyen biçimde değiştirmesinin sonuçları kamusaldır. Bir sokağın estetik görüntüsü kamuca tüketilmektedir; o kamusal bir maldır. O zaman evinin rengini değiştiren bir kişi, o çevrede oturanları rahatsız edebildiği gibi, çevre kalitesini düşürerek rant düzeyini düşürmüş ve mülk sahiplerine zarar vermiş olmakta, kamusal nitelikteki sokağın ve kentin estetiğini bozmaktadır (Tekeli, 2002: 25).

Kentliler, diğer kentlilere karşı gereken özen ve saygıyı göstermelidir. Kentli hakları kentte yaşayanlara bazı haklar getirdiği gibi bazı sorumluluklar da yüklemektedir. Başkasını rahatsız eden, dinlediği müzik nedeniyle gürültü kirliliğine neden olan ya da trafikte tehlikeli araç kullanarak diğer araç ve yayaların hayatını tehlikeye atan birisi gerçek

anlamda kentli değildir. Başka bir deyişle, kentli haklarının korunması, geliştirilmesi ve herkesçe kabul görür hale gelmesi yönetim kadar yurttaşların, kentlilerin duyarlılığını gerektirmektedir.

5. Türkiye’de Kentli Haklarının Durumu

Türkiye’de kentli haklarının yasal dayanakları ele alındığından ilk incelenmesi gereken 1982 Anayasası’dır. Anayasa’daki bazı maddelerin doğrudan ya da dolaylı olarak kentli haklarıyla ilgilidir.

Anayasa’nın 5. maddesinde, kişinin ve toplumun huzur ve mutluluğunun devletin temel amaç ve görevlerinden olduğu belirtilmekte, 23. maddesinin ikinci fıkrasında, yerleşme özgürlüğünün *“sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak”* amacıyla sınırlanabileceğini öngörülmektedir. 1982 Anayasa’sının 43. maddesinde, kıyılar, devletin hüküm ve tasarrufuna bırakılmakta; 56. maddesinde, her yurttaşın sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı olduğuna vurgu yapılmakta; 57. maddesinde ise, *“konut hakkı”* başlığı altında, devletin konut ihtiyacını karşılayıcı tedbirler alması öngörülmektedir.

Anayasa’nın aksine kentli hakları ile ilgili doğrudan bir yasal düzenleme yapılmış değildir. Kentli hakları ile ilgili yapılan bir çalışmada kent ve kentli hakları ile ilgili toplam 415 adet yasa tespit edilmiştir. Yasalardan on tanesi Osmanlı dönemine aittir. Yasaların 178’inde özgürlükten yoksun bırakma cezası (hafif hapis, hapis, ağır hapis) ve para, ağır para cezası öngörülmektedir. Kurum adlarından (belediye, encümen, belediye meclisi vb.) yola çıkarak yapılacak bir mevzuat taramasında ise konu ile ilgili yasa sayısı 169’a düşmektedir (Öndül ve Çekiç, t.y.: 3).

Öte yandan Öndül ve Çekiç’in çalışmasında tespit edilen yasaların önemli bir kısmı dolaylı ve konunun çağdaş boyutunu ele almayan; daha çok esenlik, kamu düzeninin devamı, kamu hizmetlerinin doğru ve yeterli uygulanması, sağlıklı ve temiz yaşamın tesisi amacıyla çıkarılmış yasalardır. Avrupa Kentsel Şartı’nda yer aldığı gibi, kentli hakları bir insan hakkı olarak, bir bütün içinde ele alınmış değildir.

Örneğin, 767 sayılı Türk Kodeksi Hakkında Kanun’da tıbbi maddelerin ve ilaçların yasa hükümlerine aykırı satılmasına karşı cezai hüküm öngörülmüştür (m. 9). Benzer bir biçimde, 1930 tarihli, 1593

Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nda, dönemin gerekleri düşünülerek kentlinin temizliği, sağlıklı ve esenliği adına onlarca hüküm bulunmaktadır. Anılan yasal düzenlemelerin tamamı kentli hakları ile ilgilidir. Ancak yasanın düzenlenmesinde asıl amaç; kentli haklarını hayata geçirmek değil, kentlerin sağlık sorunlarını çözmektir.

Diğer taraftan, çok dağınık ve kentli haklarının gerektirdiği bakış açısıyla düzenlenmemiş olsa da, hakların korunması ve uygulanmasıyla ilgili olarak özellikle kurumsal düzenlemeler ve işleyiş usulleri ile ilgili sorun öbekleri bulunsa da, yurttaşlara tanınmış olan hakların listesinin çok geniş olduğunu, ancak bunların uygulanmasını sağlayacak demokratik bir işleyişin olmadığı görülmektedir.

Hakların verilmesi kadar bu hakların geliştirilmesi ve korunması için gerekli hukuki, idari ve mali kanalların oluşturulması büyük önem taşımaktadır. Aksi takdirde yasal olarak kazanılan haklar hiçbir zaman hayata geçirilemeyecektir. Kentlilerin karar alma sürecine katılmadığı, denetim sürecinde bulunmadığı, ilgili kurum ve kuruluşlara gerekli itiraz ile idari ve/veya adli başvuruları yapamadığı bir sistemde, kentli haklarının, yasal olarak varlığı hiçbir anlam ifade etmeyecektir.

Bu konuda özellikle bilgiye erişme, karar alma sürecine katılma ve yargıya başvuru hakları kentli haklarının hayata geçirilmesinde belirleyici role sahiptir. Kentli haklarının gereği gibi uygulanması bilgi edinmeye, bu bilginin karar alma sürecinde etkin bir biçimde kullanılmasına ve gerekli olduğu durumlarda yargıya başvuru hakkının kullanılmasına bağlıdır.

1982 Anayasası'nın 74. maddesiyle düzenlenen "dilekçe hakkı" bilgi edinme konusunda önemli bir hukuki dayanaktır. 9.10.2003 tarihinde kabul edilen 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu (5432 sayılı yasa ile değişik-RG 22.11.2005, 26001) ve 27.4.2004 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan "Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik" ile bilgiye erişme konusunda önemli adımlar atılmıştır.

Yasa kapsamında; "kurumların her türlü bilgi ve belgeyi etkin, süratli ve doğru bir şekilde başvuran tüzel ya da gerçek kişiye ulaştırması" öngörülmüştür (m. 5). Yasa, bilgi edinme konusunda kurumsal bir yapı kurmuş, bu amaçla bir "Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu" oluşturmuştur.

Başvuru sahibinin talebi 15 iş günü içinde sonuçlandırılacaktır. Başvuru sahibi bu süre içinde bilgiye ulaşamaz ya da bilgi istemi ret edilir ise, o zaman başvuru sahibi 15 gün içinde *“Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu”*na itirazda bulunabilir. İtiraz 1 ay içinde değerlendirilmelidir. Kurula itiraz, başvuru sahibinin idari yargıya başvuru süresini durdurur (m. 13).

Diğer taraftan yapılan bu yasal düzenleme önemli bir adım olmakla birlikte, idare tarafından yasanın desteklenmesi, her şeyden önce Türkiye’de mevcut bulunan katı ve topluma kapalı kamusal zihniyetin değişmesi gerekmektedir.

Kentli haklarının gereği gibi kullanılması bakımından bir diğer önemli konu yargıya başvuru hakkıdır. Özellikle imar ile ilgili uygulamalarda, kentli haklarının savunulması, hayata geçirilmesinde yargıya başvuru hakkı önemli bir araçtır. 1982 Anayasası’nın, hak arama hürriyeti başlığı altında düzenlediği 36. maddesinde, *“herkesin yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip”* olduğunu belirtmiş, 125. maddede ise, *“idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır”* denilerek idarenin işlem ve eylemlerine karşı yurttaşların yargıya başvuru hakkı düzenlenmiştir.

Anayasa’nın 125. maddesinde ifade edilen yargıya başvuru hakkı, 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) ile hayata geçirilmiştir. Bu çerçevede İYUK’nun 10. ve 11. maddeleri kapsamında idareye yapılan başvuru üzerine 60 gün içinde ilgili idareden cevap gelmezse, talep reddedilmiş sayılır ve ilgililer bu sürenin bitiminden itibaren idari mahkemelerde dava açabilirler. Ayrıca, İYUK’nun 12. maddesi uyarınca, *“menfaatleri ihlal edilenler tarafından idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için”* dava açılması düzenlenmiştir.

Yargıya başvuru hakkı bakımından Danıştay’ın esnek tutumu uygulamada önemli bir rahatlık sağlamaktadır. Danıştay özellikle çevre ve imar davalarında dava ehliyetini konusunda esnek davranmakta, menfaat koşulunu geniş yorumlanmaktadır. Bu durum, çevre ve imar konusunda dava açmak isteyen sivil toplum kuruluşları bakımından büyük önem taşımaktadır.

Bilgiye erişme ve yargıya başvuru haklarının aksine halkın karar alma sürecine katılımı konusunda ülkemizde doğrudan yapılmış bir ya-

sal düzenleme bulunmamaktadır. 2872 sayılı Çevre Kanunu, 3194 sayılı İmar Kanunu, 4856 sayılı Çevre ve Orman Bakanlığının Kuruluş Kanunu, Katı Atık Kontrol Yönetmeliği, Hava kalitesi Kontrol Yönetmeliği, ÇED Yönetmeliği vb. yasal düzenlemelerde dolaylı hükümler yer almaktadır. Ancak tüm bu düzenlemeler yurттаşı karar alma sürecine ortak etmek yerine alınan karara itiraz etme ya da karar konusunda görüş sorma biçimindedir. Kuşkusuz bu tür düzenlemeler yeterli değildir.

Bütün bu yasal düzenlemelere karşın uygulamada kentli haklarının iyi bir noktada olduğunu söylemek zordur. Türkiye’deki kentlerin önemli bir bölümü, yolları bozuk, yeşile hasret, kaldırımları araba işgaline uğramış, altyapısı yetersiz, halk katılımına kapalı bir yapıdadır.

3194 sayılı İmar Kanunu’nun amir hükmü gereğince 2.11.1985 tarihinde 18916 sayılı *Resmî Gazete’de* yayımlanan “*Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmelik*”te (Ek-1) kentler için gerekli olan asgari sosyal ve teknik altyapı tutarları verilmiştir. Bu verilerin asgari düzeyde karşılanması hem yasal olarak bir zorunluluk, hem de kentli haklarının bir gereğidir. Öte yandan, Türkiye’de bu asgari altyapı standartlarının bile gereğince karşılandığını söylemek oldukça güçtür.

DPT tarafından ülke geneli esas alınarak yapılan bir çalışmada, kentlerin % 40.65’inin konut, %1.09’ünün ticaret, % 6.81’inin sanayi, % 3,5’inin eğitim, % 0,8’inin sağlık, % 0.57’sinin spor, % 0,2’sinin kültür ve eğlence, % 2.27’sinin ise yeşil alan olduğunu görülmektedir (Yonca, 1993: 4). Kentsel donatıların bu kadar yetersiz olmasının temelinde plansızlık ve rant yatmaktadır. Donatıların yetersiz olduğu bir kent, kentli haklarının ihlal edildiği bir kent anlamına gelmektedir.

Ülke genelinin %50’si gecekondualarda kentsel yaşam kalitesi düşük, hiçbir sosyal, kültürel ve teknik altyapısı olmayan yapılarda yaşamak zorunda bırakılmaktadır. Her yağmur yağdığında Türkiye’de birçok kent sular altında kalmaktadır. Ankara’nın Altındağ ilçesinde sağanak yağış sonrası meydana gelen göçükte bir kişi hayatını yitirmiş, onlarca ev su altında kalmıştır (Milliyet, 27.5.2005).

Türkiye nüfusunun % 12.29’ü özürlü olmasına rağmen kentlerde özürlüler için yapılan çalışmalar son derece yetersizdir (ozidbas.gov.tr, 2.8.2007). Avrupa Kentsel Şartı’nda ifade edilen özürlülerin, özürlerinin onlar için bir engel olmaktan çıkarılması ilkesi Türkiye’de hiçbir kentte hayata geçirilmiş değildir.

İnsanlar gibi kentlerinde anıları, tarihleri ve geçmişleri vardır. Bunları korumak kente karşı bir görevdir. Orada yaşamış, yaşayan ve yaşayacaklara karşı bir ödevdir. Ancak kente ve kentlilere karşı bu duyarlılığı Türkiye’de görmek mümkün değildir. Prost’un İstanbul için hazırladığı planda mutlaka korunmalı, özel bir plan kapsamında ele alınması gerekir dediği İstanbul Suriçi’den bugün otoyol geçmektedir.

Eşsiz olarak nitelenen İstanbul’un silueti gökdelenler ile yok edilmekte, İstanbul Boğaziçi’nde yapılan kazıklı sahil yolu ile hem sahil toplumsal kullanıma kapatılmakta hem de doğal bir değer olan kıyı alanı tahrip edilmektedir. Bu kente ve kentlilerin haklarına yapılan bir saldırıdır. Oysaki idare, kıyı alanlarını, Anayasa’da ifade edildiği gibi, öncelikli olarak kamu yararına açmalı, kullanım önceliği kamuda olmalıdır.

İnsan hayatı için doğrudan bir tehlike kaynağı olan yakıt depoları, akaryakıt ve LPG istasyonları, kimyevi, yanıcı ve parlayıcı madde imalathaneleri ve depoları kent içinde plansız ve hiçbir önlem alınmaksızın faaliyetlerini sürdürmektedir. Türkiye’de mevcut bulunan LPG istasyonlarından sadece % 12’sinin ruhsatı bulunmaktadır (Gözcü, 21.6.2003). İstanbul Ümraniye’de ruhsatsız olarak çalışan bu imalathanelerden birisinde meydana gelen patlamada 6 kişi can vermiştir (Milliyet, 10.6.2005).

Bütün bu örnekler kentli haklarının hiçe sayıldığını, dahası, yaşanan plansız ve sağlıksız kentleşmenin devam ettiğini göstermektedir. Kentli haklarının bu derece yaygın ihlal edilmesinin temelinde kentlerin plansız bir biçimde gelişmiş olması yatmaktadır. Planlı kentler, kentli haklarının sağlıklı bir biçimde uygulanabileceği yegâne alanlardır. Plana ve hukuka inancın olmadığı bir toplumda kentli haklarının hayata geçirileceği bir kent düşünmek zor olacaktır.

Günümüzde imar planları kentlerde yaratılan oldubittileri meşrulaştırmakta kullanılmaktadır. İmar plan değişikliklerine karşı açılan davaların sonuçları hasıraltı edilmekte, kesinleşmiş mahkeme kararları uygulanmamaktadır. Sıklıkla yapılan plan değişiklikleri ile kentlilerin ihtiyaç duyduğu park, yeşil alan, eğitim alanları, ticari ya da konut alanlarına dönüştürülmekte, üstelik bu değişiklikler kentlilerin haklarını korumakla yükümlü yerel yönetimlerce yapılmaktadır.

Kentlerde belirleyici olan tek etken kentsel ranttır. Kamu kaynaklarıyla yaratılan bu rant mutlaka kamuya geri kazandırılmalıdır. Böylelikle, hem kamuya kaynak sağlanmış olacak hem de sağlıklı kentleşme sayesinde kentli hakları hayata geçirilecektir. Oysaki kentler ve kentli hakları plansızlığa, hukuk tanımaz zihniyete ve kentsel ranta yenik düşmüştür.

Genel Değerlendirme

Türkiye’de kentli haklarının gereği gibi uygulandığını, kentlilerin bu haklardan yeterli düzeyde yararlandığını söylemek mümkün değildir. Kentli hakları gerek Türkiye’de gerekse dünyada hukuki anlamda sağlam bir zemine oturmuş değildir. Mevcut hukuki metinler tavsiye niteliğindedir. Hukuki zeminin bu zayıf yapısı, Türkiye’nin sağlıklı kentleşmesinin getirdiği koşullarla birleşince, kentli hakları uygulanamaz hale gelmektedir.

Hukuki zeminin sağlanması bir yana, kentsel rantın vergilendirilmesi, şehircilik ilkelerine ve planlama esaslarına uygun ülke genelini kapsayan bir plan düzeninin kurulması, içgöçün önüne geçecek bölgesel kalkınma planlarının hazırlanması, toplumun bilime, plana ve hukuka karşı zayıflayan inancının artırılması kentli haklarının uygulanır hale gelmesi için mutlak gereklidir.

Yurttaşların yaşadığı kenti sahiplenmesini sağlayacak tedbirler alınmalıdır. Kuşkusuz, hukukun üstünlüğüne inanan, Aydınlanmacı bir plan anlayışına gönülden bağlı, yurttaşları ile bütünleşebilen bir idare kentli haklarının da en önemli garantisi olacaktır.

KAYNAKLAR

- Alıca, Süheyla (1999), *Bir İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı ve Uygulaması*, İnsan Hakları Koordinatör Üst Kurulu Yayını, Ankara.
- Ersoy, Melih ve Keskinok, Çağatay (2000), *Mekân Planlama ve Yargı Denetimi*, Yargı Yayınları, Ankara.
- Ertan, Kıvılcım Akkoyunlu (1997), “Kentli Hakları,” *Amme İdaresi Dergisi*, C. 30, S. 3, s. 31–48.
- Geray, Cevat (2000), “Kenttaşlık Hakları,” *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 21, TODAİE, s. 499–510.

- İçişleri Bakanlığı (1996), *Avrupa Kentsel Şartı*, Ankara.
- Kaboğlu, İbrahim (1991), "Dayanışma Haklarının Hukuksal Değeri (Soyut Talepler mi, İnsan Hakları mı ?)," *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 13, TODAİE, s. 37-48.
- Kaboğlu, İbrahim (1996), *Çevre Hakkı*, İmge Kitabevi, Ankara.
- Keleş, Ruşen (1998), *Kentbilim Terimleri Sözlüğü*, İmge Kitabevi, Ankara.
- Keleş, Ruşen (2004), *Kentleşme Politikası*, İmge Kitabevi, Ankara.
- Ozankaya, Özer (1985-1986), "Bir Uygarlık Tasarısı Gerektiren Kapsamıyla İnsan Hakları Üzerine Bir Deneme," *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 7-8, s. 117-132.
- Ökmen, Mustafa (1998), "Bir İnsan Hakkı Olarak "Kentsel Haklar" ve Bazı Mülahazalar," *Yeni Türkiye*, İnsan Hakları Özel Sayısı, s. 1199-1207.
- Öndül, Hüsnü (1995), "İnsan Hakları ve Habitat - 2," *Planlama*, S. 3-4, s. 34-39.
- Öndül, Hüsnü ve Çekiç Cengiz (t.y.), *Türkiye'de Kentli Hakları Mevzuatı*, TMMOB Yayını, Ankara.
- Özdek, Yasemin (1993), *İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı*, TODAİE, Ankara.
- Tekeli, İlhan (1994), "IULA ve EMME Başkanışmanı sıfatıyla yaptığı konuşma," *Kentsel Haklar: Karşılaştırmalı Çerçeve Türkiye*, Der.: Mete Tunçay, Dünya Yerel Yönetim ve Demokrasi Akademisi, İstanbul, s. 25-32.
- Tekeli, İlhan (2001), *Modernite Aşılırken Kent Planlaması*, İmge Kitabevi, Ankara.
- Tekeli, İlhan (2002), "İnsan Haklarının Yerleşmeye ve Mekâna İlişkin Boyutları Üzerine," *İnsan, Çevre, Kent*, Der.: Ferzan Yıldırım, Dünya Yerel Yönetim ve Demokrasi Akademisi, İstanbul, s. 15-29.
- Yonca, Ali (1993), *Türkiye'de Kentlerin Fiziki Dokusu*, DPT, Ankara.

KEFALET İLE GARANTİ AYIRIMININ ÖNEMİ VE AYIRIMDA UYGULANACAK KISTASLAR

Ferhat CANBOLAT*
Seçkin TOPUZ**

GENEL OLARAK

Borç ilişkisi, alacaklı ile borçlu arasında mevcut olan bir veya birden çok alacak hakkı ile bunlara tekabül eden asli ve yan edim yükümlülüklerini içeren bir hukuki ilişkidir.¹ Konusu bir edim olan bu hukuki ilişkinin taraflarını, edimi yerine getirmekle yükümlü olan borçlu ile ondan bu edimi yerine getirmesini talep etme yetkisine sahip olan alacaklı oluşturmaktadır. Dolayısıyla borç ilişkisi, kural olarak alacaklı ile borçlu arasındadır ve üçüncü bir kişi bakımından ne bir hak ne de bir yükümlülük doğurur. Alacaklının, borç ilişkisinden doğan alacağını elde etmek konusunda daha güvenilir bir durum yaratmak ve borçlunun sözleşmeden doğan borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi tehlikelerini karşılamak üzere üçüncü bir kişinin güvence vermesi sağlanabilir. Doktrinde bu güvence, teminat kavramı ile ifade edilmektedir.² Burada kullanılacak teminat, aynı teminat olabileceği gibi şahsi teminatta olabilir. Şahsi teminatlar arasında en yaygın kullanılanı, kefalet sözleşmesi ve garanti sözleşmesidir.³

Şahsi teminat sözleşmeleri arasında yer alan kefalet sözleşmesi ile garanti sözleşmesi, üç köşeli bir hukuki ilişkiyi bünyesinde barındır-

* Dr., Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü araştırma görevlisi.

** Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü araştırma görevlisi.

¹ Bucher, Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2. Aufl., Zürich 1988, s. 38-39 vd.; Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 9. Bası İstanbul 2006, s. 24.

² Kuntalp, Erden, "Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk", *Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan*, İstanbul 1995, s. 266 vd.

³ Kuntalp, s. 288.

ması açısından büyük benzerlik gösterir. Benzerlik, özellikle teminatı amaçlayan garanti bakımındandır. Kefaletle ayırimda problem yaşanan garanti sözleşmesi tipi de zaten “yöneltmeyi amaçlayan garanti” değil, “teminatı amaçlayan garanti” bakımındandır.⁴ Zira teminatı amaçlayan garantide garanti alan ile edimi garanti edilen arasında bir temel borç ilişkisi bulunmakta ve garanti veren de bu temel borç ilişkisinden doğan edimin, edimi garanti edilen tarafından yerine getirileceğine ilişkin taahhütte bulunmaktadır. Buna karşılık yöneltmeyi amaçlayan garantide, sadece garanti alan ile garanti veren arasında bir garanti sözleşmesi bulunmakta ve herhangi bir temel borç ilişkisi bulunmamaktadır.

Kefalet, kefil, alacaklı ve asıl borçludan oluşmasına karşılık teminatı amaçlayan garantiler de ise, garanti veren, garanti alan ve edimi garanti edilen bulunmaktadır. Nitekim teminat amaçlı garantilerin, “kefalet benzeri garanti” şeklinde adlandırılması da bu benzerlikten kaynaklanmaktadır. Bu nedenle kefaletle kıyaslamada dikkate alınacak garanti türü, teminatı amaçlayan garantidir.⁵

Kefalet ve garanti ayırımı konusunda uzun yıllardır devam eden tartışmanın son dönemde güncellik kazanması ve bilimsel çalışmalara konu olması Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 4.7.2001 tarihli kararından kaynaklanmaktadır.⁶ Söz konusu kararda Yargıtay, kredi kartı ilişkisinde bankaya verilen kişisel teminatı kefalet olarak nitelendirmiştir. Uyuşmazlık konusu olayda bankadan bir kredi kartı alan ve harcamalarından kullanan müşteri, bankaya olan borcunu ödemeyince, banka tarafından teminat veren aleyhine icra takibine girilmiştir. Teminat verenin icra takibine itiraz etmesi üzerine banka tarafından itirazın kaldırılması amacıyla dava açılmıştır.

⁴ Garantinin çeşitlerinden birini de “yöneltmeyi amaçlayan garanti” ve “teminatı amaçlayan garanti” ayırımı oluşturmaktadır. Garanti çeşitleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Boetius Jan, *Der Garantievertrag*, München 1966, s. 3 vd.; Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı İstanbul 1996, s. 816; Tekinalp, Ünal, *Banka Hukukunun Esasları*, C. I, İstanbul 1988, s. 374 vd.; Doğan, Vahit, *Banka Teminat Mektupları*, Ankara 2005.,s. 61 vd.; Kahyaoğlu, Emin C., *Banka Garantileri*, İstanbul 1995, s. 7 vd;

⁵ Bkz. Kleiner, Beat, *Die Abgrenzung der Garantie von der Bürgschaft und anderen Vertragstypen; mit besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes*; Zurich 1974, s. 31.

⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 4.7.2001 tarih ve E.2001/19-534, K.2001/583 sayılı kararı için bkz. *Yargı Dünyası*, S.67, Temmuz 2001, s. 33 vd.

Biz de bu çalışmamızda kefalet ve garanti kavramlarını açıkladıktan sonra, kefalet ve garanti ayırımının önemini ve bu ayırimda uygulanacak kıstasları, yeri geldikçe Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.7.2001 tarihli kararına da değinmek suretiyle inceleyeceğiz.

KEFALET VE GARANTİ KAVRAMLARI

Kefalet

Kefalet, BK m. 483 hükmünde; “Kefalet, bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder” şeklinde tanımlanmıştır. Ancak kanundaki bu tanım doktrinde eleştirilmektedir.⁷ Zira kefil, asıl borcun ödenmesini temin etmeyi taahhüt etmemekte, aksine bu borcun ödenmemesi halinde bundan şahsen sorumlu olmayı taahhüt etmektedir. Ayrıca kanuni tanımda “...borçlunun akdettiği borcun edasını...” ifadesinin kullanılması da yerinde değildir. Zira kefalet ile teminat altına alınan borcun, sözleşme ilişkisinden doğması şart değildir. Haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden veya nafaka borcunda olduğu gibi kanundan doğan ve para ile belirlenebilen herhangi bir borç için kefalet altına girilebilmesi mümkündür.

Kanundaki tanıma ilişkin yapılan bu eleştirilerden sonra kefaleti şu şekilde tanımlamak mümkündür; kefalet, bir kimsenin, asıl borçlunun borcunu ödememesi halinde bu borçtan şahsen sorumlu olmayı alacaklıya taahhütte ettiği bir sözleşmedir.⁸ Tanımdan da anlaşılacağı üzere kefalet, kefil, alacaklı ve asıl borçludan oluşan üç köşeli bir hukuki ilişkidir.

Kefalet sözleşmesi, kefil ile alacaklı arasında kurulan bir sözleşmedir.⁹ Bu sözleşme ile kefil, alacaklı ile asıl borçlu arasındaki ilişkidir.

⁷ Bkz.: Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri*, C. II, Ankara 1987, s. 693; Aral, Fahrettin, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 6. Baskı Ankara 2006, s. 421; Yavuz, s. 776.

⁸ Bucher Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil 3. Aufl.*, Zürich 1988, s. 285 vd.; Reisoğlu, Seza, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, Ankara 1992, s. 2; Grassinger, Gülçin, E., *Borçlar Kanuna Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları*, İstanbul 1996, s. 13; Hatemî, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul 1992, s. 520-521; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri II*, s. 693; Yavuz, s. 776.

⁹ Bucher, BT, 287; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri II*, s. 693-694; Aral, *Özel Borç İlişkileri*, s. 421; Yavuz, s. 776.

doğın borcun ödenmemesi halinde bundan şahsen sorumlu olmayı taahhüt etmektedir. Dolayısıyla kefaletten söz edilebilmesi için, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden, sözleşmeden veya kanundan doğın “asıl borcun” varolması gerekir. Bunun yanısıra kefil, bu borçtan şahsen sorumlu olmayı istemeli ve kefil ile alacaklı bu konuda anlaşmalıdır.¹⁰

Kefalet, hukuki niteliğı itibariyle fer'i, yani asıl borca bağımlı bir sözleşmedir.¹¹ Bu nedenle kefilin borcunun doğumu, varlığını devam ettirmesi ve sona ermesi asıl borcun varlığına bağılıdır. Kefaletin tali nitelikte olması ise, kendini adi kefalette göstermektedir.¹² Buna göre alacaklı, asıl borçluya karşı takip yapıp, bu takip semeresiz kalmadığı sürece kefile başvuramayacaktır. Ayrıca kefalet de sadece kefil borç altına girdiğinden, kefalet, kural olarak tek tarafa borç yükler.¹³

Garanti

Garanti kelimesi günlük hayatta çok sık ve farklı anlamlarda kullanılmakla beraber garanti sözleşmesi, diğerk hukuk sistemlerinde olduğu gibi Türk Hukuku'nda da, pozitif düzenlemelere doğrudan konu olmamıştır. Bu nedenle doktrinde garantiye ilişkin farklı tanımlar bulunmaktadır.¹⁴ Kanaatimizce garanti, garanti konusu olayın gerçekleşmesi üzerine garanti verenin, belli bir miktar parayı garanti alana ödemeyi taahhüt ettiği bağımsız ve tek tarafa borç yükleyen bir

¹⁰ Hatemi/Serozan/ Arpacı, s. 521; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri II*, s. 694 vd.; Yavuz, s. 777 vd..

¹¹ Bucher, BT, 287-288; Hatemi/Serozan/ Arpacı, s. 521; Aral, *Özel Borç İlişkileri*, s. 422; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri II*, s. 695.

¹² Reisoğlu, *Kefalet*, s. 2 vd.; Aral, *Özel Borç İlişkileri*, s. 425; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri II*, s. 696-697; Yavuz, s. 780.

¹³ Aral, *Özel Borç İlişkileri*, s. 425; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri II*, s. 694-695; Yavuz, s. 781.

¹⁴ Garantiye ilişkin tanımla konusunda bkz. Reusser, Samuel, *Der Garantievertrag und sein Verhältnis zur Bürgschaft und andern Sicherungsverträgen nach schweizerischem Recht*, Langenthal 1938, s. 61; Boetius, s. 15-16; Weber, Hansjörg, *Kreditsicherheiten, Recht der Sicherungsgeschäfte*, 7. Neubearbeitete Auflage, München 2002, s. 122; Demuth Peter, *Garantievertrag und privative Schuldübernahme in der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte*, Diss., Hamburg 1966, s. 1-2; Tandoğan, Haluk, *Garanti Mukavelesi (Mahiyeti ve Benzeri Muamelelerden Tefriki)*, Ankara 1959, s. 6 vd.; Reisoğlu, Seza, *Garanti Mukavelesi*, Ankara 1963, s. 9; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri II*, s. 809; Arkan, Sabih, *Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu*, *Batider* 1992, C. XVI, S. 4, s. 60.

sözleşmedir. Bu tanımlamada öne çıkan hususlar, garanti konusu olay ve garantinin bağımsızlığıdır.

Garanti konusu olay, önceden belli olmayan ve gerçekleşmesi garanti alan tarafından arzu edilmeyen bir durumun gerçekleşmesi, özellikle de edimi garanti edilenin, garanti alana borçlandığı edimi zamanında ve sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirmemesidir.¹⁵

Garanti verenin borcu, bağımsız (fer'i olmayan) nitelikte bir borçtur. Bağımsızlık, garanti verenin garanti alana karşı yükümlendiği borcun varlığının ve geçerliliğinin, diğer herhangi bir borç ilişkisine bağlı olmaması ve ondan etkilenmemesi anlamındadır.¹⁶ Bunun sonucu olarak, temel borç ilişkisinden tamamen bağımsız bir borç altına giren garanti verenin, edimi garanti edilen ile garanti alan arasındaki temel ilişkinin borçluya tanımış olduğu savunma imkânlarından yararlanması, kural olarak mümkün değildir.¹⁷

Garanti sözleşmesi, temel ilişkiden bağımsız olmasına rağmen soyut borç taahhüdü niteliğinde değildir.¹⁸ Zira garanti sözleşmesi, edi-

¹⁵ Bu konuda değerlendirmeler ve çeşitli ayrımlar için bkz. Büsser, Andres, *Einreden und Einwendungen der Bank als Garantin gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten*; Friburg Schweiz 1997, s. 219 vd.;

¹⁶ Bkz. Canaris, Claus-Wilhelm, *Bankvertragsrecht*, (Handels Gesetz BuchStaub Grosskommentar 4. Auflage) Berlin-NewYork 1988, s. 754; Kleiner, Beat, *Bankgarantie*, 4. Aufl., Zürich 1990, s. 7-8; Dohm Jürgen, *Bankgarantien im internationalen Handel*, Bern 1985, s. 57; Eberl Borges Christina, *Rechtsfragen der Bankgarantie im internationalen Wirtschaftsverkehr nach deutschem und schweizerischem Recht*, Diss., Baden-Baden 1992, s. 17; Guggenheim Daniel, *Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis*. 3. Auflage. Zürich 1986, s. 155; Roesle Eugen A., *Die internationale Vereinheitlichung des Rechts der Bankgarantien*, Diss., Zürich 1983, s. 3; Demuth, s. 2; Büsser, s. 154 vd.; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 19 vd.; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri II*, s. 812 vd.; Tekinalp, s. 376; Arkan, *Teminat Mektubu*, s. 61; UNCITRAL tarafından yayınlanan Konvansiyon'un 3. maddesinde ifadesini bulan bağımsızlıkta, garanti verenin borcunun fer'i nitelikte olmadığına işaret etmektedir. Bkz. Lienesch Irmtraud, *Internationale Bankgarantien und die UN-Konvention über unabhängige Garantien und Stand-by Letters of Credit*, Berlin-New York 1999, s. 60-61.

¹⁷ Reisoğlu Seza, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, Ankara 2003, s. 52; Arkan, *Teminat Mektubu*, s. 61.

¹⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, banka teminat mektuplarının ve dolayısıyla da garantinin kıymetli evrak olmadığına ve mücerret borç taahhüdü oluşturmadığına hükmetmiştir. Kararda Yargıtay şu şekilde hüküm vermiştir; "... Banka teminat mektupları bir kıymetli evrak olmadığı gibi mücerret bir borç taahhüdü de değildir. Daima ileride doğabilecek bir rizikoyu ihtiva eder...". YHGK. 28.02.1990 tarih ve E.1990/6-1 K: 1990/141 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.

mi garanti edilenin, garanti alana karşı yükümlendiği bir borcun, hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunu teminat altına almaktadır. Dolayısıyla garanti, teminat sebebinden soyut bir işlem olmayıp, teminat amacı (*Sicherungszweck*) noktasında sebebe bağlı, yani başka bir işlemin garantisi niteliği taşımaktadır.¹⁹

Garantide, garanti veren, garanti alan ve edimi garanti edilenden oluşan üçlü bir ilişki söz konusudur. Garanti sözleşmesi, garanti veren ile garanti alan arasında kurulmaktadır. Bu sözleşmenin tarafı olmakla birlikte sözleşmenin kurulmasını sağlayan edimi garanti edilen ve edimi garanti edilenin garanti sözleşmesinin tarafları ile olan ilişkisi garanti bakımından büyük önem taşımaktadır.

KEFALET VE GARANTİ AYIRIMININ ÖNEMİ

Somut bir olayda verilen şahsi bir teminat taahhüdünün kefalet mi yoksa garanti mi olduğu konusunda yapılacak ayırım büyük önem taşır. Zira şahsi teminatın kefalet veya garanti olarak nitelendirilmesi,

tr. Bir başka kararında Yargıtay “soyutluk” kavramını açıklamaktadır; “...Bankalar verdikleri teminat mektupları ile garanti sözleşmesi yapmış olurlar. Garanti sözleşmesinin asıl borç ilişkisinden bağımsız olması sebebiyle, garanti verenin asıl borç ilişkisinden doğan def’ileri ileri sürmesi mümkün değildir. Ayrıca, garanti sözleşmesine konulacak olan şartların geçerliği, bunların sözleşmenin bağımsızlık özelliğini zedelememesine bağlıdır. ... Türk hukukunda, bir kimsenin teminat sağlamak amacıyla (soyut-mücerret) olarak borcun edası için sorumlu olmayı üstlenen sözleşmelere, garanti sözleşmesi adı verilmektedir. Bankalar, böyle bir sözleşmeyi teminat veya kontrgaranti mektupları vermek suretiyle yapmakta ve sorumluluk altına girmektedirler. Garanti ile lehtar veya garanti alan ile onun teminat verdiği kimse arasındaki ilişkiden etkilenemez. Bunun için de, garanti verenler, yani bankalar, ilk istemde garanti miktarını ödeyeceğine ve asıl kayıtlarla, istenen garantiyi sağlamaktadırlar. Ancak, garanti sözleşmesine, az önce değinilen ilkeler ve özellikle bağımsızlık ilkesi ortadan kaldırılmaksızın, garanti sözleşmesi bazı usulü kuralları bağlanabilir. Eğer, böyle usulü kurallar söz konusu ise, bağımsızlık ilkesini zedelememelidir”. Yarg. 11. HD 14.09.1995 T ve E. 1995/3754, K.1995/6288 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr Kararı değerlendiren Reisoğlu, Yargıtay’ın, “soyut-mücerret” kavramını, “bağımsız” anlamında kullandığını, aynı paragrafta tekrar bağımsızlık ilkesinden söz ettiğini belirtmektedir. Bkz. Reisoğlu, *Teminat Mektupları*, s. 52. Gerçekten de kararın tamamı incelendiğinde, Yargıtay’ın garantinin fer’i olmadığını vurgulamak için bağımsızlık unsuruna vurgu yaptığı ve soyutluğu da bağımsızlık anlamında değerlendirdiği anlaşılmaktadır.

¹⁹ Canaris, s. 763-764; Reisoğlu, *Teminat Mektupları*, s. 53-54; Büsser, s. 128; Garantinin bağımsızlığı ve soyutluğu konusundaki tartışmalar ve değerlendirmeler için bkz. Kleiner, *Bankgarantie*, s. 163 vd.; Dohm, s. 66-67; Büsser, s. 207 vd.

sözleşmenin geçerlilik şartları ve hukuki sonuçları başta olmak üzere büyük farklılık gösterir.²⁰ Kefalet ile garanti arasındaki başlıca farklılıkları şu şekilde sıralamak mümkündür;²¹

Öncelikle kefalet sözleşmesi kanunda(BK m. 483-503) düzenlenmiş ve kefil koruyucu birçok hükmü bulunmasına rağmen garanti sözleşmesi kanuni düzenlemeye konu olmadığı gibi, genel hukuki ilkelere dışında garanti vereni koruyucu herhangi bir özel düzenleme de bulunmamaktadır.²²

²⁰ Garanti ve kefalet arasındaki farklılıklar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Weber Von Rolf H., Berner Kommentar Band VI, 1. Abteilung, 6. Teilband. Allgemeine Bestimmungen, Artikel 110-113 OR., Bern 2002, s. 56 vd.; Kleiner, Die Abgrenzung der Garantie, s. 30 vd; Demuth, s. 5 vd.; Reisoğlu Seza, Garanti Mukavelesi ve Kefalet Münasebeti, II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (10-18 Mayıs 1961), Ankara 1962, s. 149 vd.; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s. 818 vd.; Barlas, Nami, Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi, Prof. Dr. Ömer Teoman'a Armağan, C. II, İstanbul 2002, s. 949 vd.

²¹ Garanti ve kefalet arasındaki bu farklılıklar Yargıtay'ın 2001 tarihli kararında şu şekilde belirtmiştir; "...Somut olaya girilmeden önce her iki sözleşmenin nitelikleri ve farkları üzerinde durulmalıdır. Kişisel (şahsi) teminat sözleşmelerinin alt kavramlarını oluşturan kefalet ve garanti sözleşmelerinin temel amaçları esas itibariyle asıl borç ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişilerce alacaklıya şahsi teminat verilmesidir. Her iki sözleşmede temel amaçları itibari ile aynı hedefe yönelmekle birlikte gerek doktrinde gerekse bu konudaki uygulamanın öncüsü niteliğindeki 11.6.1969 gün ve 1969/4-6 sayılı içtihadı birleştirme kararındaki belirlemelere göre şu ana farkları bulunmaktadır; Öncelikle kefalet sözleşmesi BK'nun 484. maddesi hükmü uyarınca geçerliliği yazılı şekle tabi olması ve ayrıca bu sözleşmede kefilin sorumlu olacağı belirli bir miktar gösterilmesi gerektiği halde BK'nun 110. Maddesindeki 'Başkasının Fiilini Taahhüt' başlığı altında düzenlenmiş olan garanti sözleşmesi herhangi bir şekle tabi tutulmadığı gibi, verilen garantinin belli bir limite bağlanmış olması da öngörülmemiştir. Öte yandan kefalette BK'nun 497. maddesi hükmü uyarınca kefil borçluya ait defileri alacaklıya karşı ileri sürebilme hakkına sahipken garanti akdinde teminat veren kişiye bu hak tanınmış değildir. Bunların dışında kefil kefaletten doğan borcunu ödedikten sonra BK'nun 496. maddesi hükmü uyarınca asıl borçluya yasadan ötürü dönme (rücu) hakkı bulunduğu halde garanti sözleşmesinde teminat verene bu hak tanınmış değildir. Nihayet BK'nun 492. maddesi gereğince kefalette kefilin sorumluluğu asıl borcun geçerli oluşuna ve devamına bağlı iken bir tür üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğini taşıyan garanti sözleşmesindeki bağımsızlık ilkesi gereğince bu koşullara tabi tutulmamıştır. Bu farklı hüküm ve sonuçlardan anlaşıldığı üzere garanti veren kişinin sorumluluğu kefalet veren kimsenin sorumluluğundan çok daha ağır koşullara tabi tutulmuştur. Bu nedenle sözleşmenin niteliğinin tespit ve yorumunda teminat veren kimsenin iradesi de bu yönden titizlikle değerlendirilmelidir...".

²² Aral, Özel Borç İlişkileri, s. 427; Barlas, s. 950; Turan, Gamze, Garanti Ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar Ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliği, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.66, Eylül-Ekim 2006, s. 29-30;

Kefaletin geçerliliği, alacaklı ile borçlu arasındaki temel borç ilişkisinin geçerliliğine bağlıdır ve temel borç ilişkisi geçersizse kefalet de geçersiz olacaktır.²³ Buna karşılık garanti, temel borç ilişkisinden bağımsız olduğu için, temel borç ilişkisi geçersiz olsa bile, bu durum garantinin geçerliliğini etkilemez.²⁴ Ayrıca kefilin sorumluluğu, temel borç ilişkisinden doğan borcun varlığını sürdürmesine bağlıdır ve temel borç, herhangi bir nedenle sona ererse kefil de sorumluluktan kurtulacaktır. Buna karşılık yine garantinin bağımsızlığı nedeniyle temel borç sona ermiş olsa bile garanti veren, sorumlu olmaya devam edebilir.²⁵ Ancak, borçlunun taahhüdünü yerine getirmesi veya borcunu ödemesi gibi nedenlerle temel borcun sona ermesi garanti konusu olayı da sona erdiriyorsa garanti verenin sorumluluğu da doğal olarak sona erecektir.

Kefalet sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmasına ve kefilin sorumlu olacağı azami miktarın sözleşmede gösterilmesine bağlı olduğu halde,²⁶ garanti sözleşmesi bakımından bu tür bir şekil zorunluluğu bulunmadığı (BK m. 11) gibi sorumluluğun azami miktarının gösterilmesi de gerekmez.²⁷ Garanti sözleşmesi ve özellikle de garanti-

²³ Ayrançı, Hasan, "Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları", *AÜHFD* 2004, C.53, S. 2, s. 97.

²⁴ Scyboz Georges, *Garantievertrag und Bürgschaft*, in: *Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht besondere Vertragsverhaeltnisse Art 1-529*, Herausgeber von Frank Vischer, Zweiter Halbband, Basel-Stuttgart 1979, s. 323; Büsser, s. 34-35; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri II*, s. 812 vd.; Tekinalp, s. 376; Reisoglu, *Teminat Mektupları*, s. 54; Arkan, *Teminat Mektubu*, s. 61.

²⁵ Barlas, s. 950-951.

²⁶ Weber R., s. 57; Ayrançı, s. 98 ve s. 102; Aral, *Özel Borç İlişkileri*, s. 427.

²⁷ Weber R., s. 57; Reisoglu, *Teminat Mektupları*, s. 75-76; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri II*, s. 818; Aral, *Özel Borç İlişkileri*, s. 426-427; Barlas, s. 950. Nitekim Yargıtay bir kararında şu şekilde hükmetmiştir; "Türk Hukukunda, banka teminat mektuplarının bir garanti sözleşmesi olduğu artık yerleşmiş bulunmaktadır. (13.12.1967 gün, 1966/16 esas, 1967/7 karar sayılı ve 11.6.1969 gün, 1969/4-6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları). Garanti sözleşmesinin oluşması ise bir şekle tabi değildir, iradelerin birleşmesi yeterlidir. Banka teminat mektubu bir garanti sözleşmesi olarak banka ile muhatap arasındaki iradelerin birleşmesi ile banka için bir yükümlülük doğurur. O halde garanti sözleşmesinin yazılı metni (teminat mektubu), garanti sözleşmesinin ve kapsamının bir ispat vasitasından başka bir şey değildir. Binnetice muhatap (garanti alan), usulen mümkün olan diğer herhangi bir delille garanti sözleşmesinin varlığını kanıtlayabilir. Garanti sözleşmesinin oluşması için muhatapın kabul iradesinin varlığı gereklidir. Bu kabul, açık veya zımni olabilir. Muhatap tarafından kabul edilinceye kadar bankaca düzenlenen teminat mektubu bir icap-tan ibaret ise de, mektubun muhatapın eline geçmesi ve muhatapça reddedilmemiş olması zımnen kabulü oluşturur". Yarg. 11 HD 27.12.1990 T ve E. 1989/4046,

nin bir türünün oluşturan banka garantileri de uygulamada yazılı şekilde düzenlenmekte ve genelde de belirli bir meblağı içermektedir. Bu nedenle uygulama bakımından bu farklılığın önemli olmadığı sonucu çıkarılabilirse de, teorik bakımdan da olsa bu farklılık mevcuttur. Zira garanti bakımından teminat veren kişi, sorumlu olacağı azami meblağı garanti metninde göstermemiş olsa da, taahhüdünün geçerli bir garanti sözleşmesini oluşturduğu kabul edilebilecektir.

Kefil, kefalet sözleşmesinden kaynaklanan def'i ve itirazların yanı sıra temel borç ilişkisinden kaynaklanan ve asıl borçluya ait bulunan def'i ve itirazları da ileri sürme hakkına sahip ve yükümlü iken,²⁸ garanti veren, temel borç ilişkisinin borçlusu durumundaki edimi garanti edilene ait def'i ve itirazları kural olarak ileri süremez.²⁹

Adi kefalette, kefilin sorumlu olması için öncelikle asıl borçlunun takip edilmesi ve bu takibin semeresiz kalması gerekirken,³⁰ garantide, garanti alan garanti konusu olayın gerçekleşmesiyle derhal garanti verene başvurabilecektir.³¹

Kefil, yaptığı ödeme oranında alacaklının haklarına kanunen halef olur ve asıl borçluya rücu edebilir(BK m. 496). Buna karşılık garanti veren kanuni halefiyet hakkına sahip bulunmamaktadır.³²

Belirli süreli ve belirsiz süreli kefalet sözleşmeleri için kanunda kefaletin sona ermesini sağlayan ve kefil kefaletten kurtaran çeşitli koruyucu düzenlemeler (BK m. 493-494) getirilmiş olmasına karşın garanti veren bakımından bu tür bir koruyucu düzenleme söz konusu değildir.³³

Bu farklılıkların yanı sıra bir de garanti verenin BK m. 501 ve BK m.

K.1990/8459 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr

²⁸ Scyboz, s. 387; Grassinger, s. 17; Reisoğlu, *Kefalet*, s. 169.

²⁹ Zobl Dieter, *Die Bankgarantie im schweizerischen Recht*, Personensicherheiten- Berner Bankrechtstag 1997, Bern 1997, s. 39; Pleyer Klemens, *Die Bankgarantie im zwischenstaatlichen Handel*, WM 2/1973, s. 18; Kleiner, *Bankgarantie*, s. 196-197; Lienesch, s. 139; Dohm, s. 108; Tekinalp, s. 393; Arkan, *Teminat Mektubu*, s. 70; Kahyaoğlu, s. 75-76; Barlas, s. 950; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri II*, s. 818; Reisoğlu, *Teminat Mektupları*, s. 77; Doğan, s. 57.

³⁰ Aral, *Özel Borç İlişkileri*, s. 425; Reisoğlu, *Kefalet*, s. 2 vd.; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri II*, s. 696-697; Yavuz, s. 780.

³¹ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri II*, s. 818-819.

³² Reisoğlu, *Kefalet*, s. 213; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri II*, s. 819; Aral, *Özel Borç İlişkileri*, s. 427; Doğan, s. 57; Barlas, s. 950; Reisoğlu, *Teminat Mektupları*, s. 77.

³³ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri II*, s. 819-820; Reisoğlu, *Teminat Mektupları*, s. 77.

503 de kefile tanınmış olan haklardan yararlanma imkânı bulunmadığı gibi BK m. 502'de öngörülen haber verme yükümlülüğünün garanti alan açısından bulunmadığı da doktrinde kabul edilmektedir.³⁴

KEFALET VE GARANTİ AYIRIMINDA UYGULANACAK KISTASLAR

Genel Olarak

Kefalet ve garanti arasındaki yukarıda değinmiş olduğumuz farklılıklara rağmen bir taahhüdün kefalet mi, yoksa garanti mi olduğunu belirlemek kolay değildir. Konu doktrinde ve içtihatlarda tartışmalıdır. Bir taahhüdün, kefalet veya garanti olduğunu belirlemek için öncelikle metnin genel yorum ilkeleri çerçevesinde yorumlanması ve tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın gerçek ve ortak iradelerin araştırılması gerekir (BK m. 18). Çünkü sözleşme tarafları, sözleşme metinlerinde garanti ve kefalet kelimelerini kullanmalarına rağmen, bu kelimeleri, bilinçli bir şekilde ve hukuki anlamında kullanmamaktadırlar. Bu nedenle, sözleşme başlığında veya metninde garanti kelimesi kullanılmasına rağmen, sözleşmenin niteliğinin kefalet olması söz konusu olabilmektedir. Bundan dolayı sadece tarafların kullandıkları deyimlere ve başlıklara bakılmaksızın tarafların gerçek iradelerinin araştırılması gerekir.³⁵ Garanti ve kefalet arasındaki ayrımı belirlemek için doktrinde çeşitli kıstaslar ortaya atılmıştır. Bu kıstasları, temel kıstaslar ve yan kıstaslar şeklinde ikili bir ayırımla incelemek mümkündür.³⁶

³⁴ Reisoğlu, *Teminat Mektupları*, s. 78. BK m. 501'de borcun muacceliyet kazanması halinde kefilin, her zaman alacaklıyı borcun ifasını kabule veya kendisini borçtan kurtarmaya zorlayabileceği, alacaklının edayı kabul etmemesi veya sahip olduğu teminatı vermemesi veya devretmemesi halinde kefilin kendiliğinden sorumluluktan kurtulacağı düzenlenmiştir. BK m. 503'de ise, burada sayılan hallerden birinin gerçekleşmesi durumunda, örneğin kefilin kefaleti kabul ettiği zamana göre daha çok tehlikeye maruz kalmışsa, kefil borçludan teminat vermesini veya borç muaccel olmuş ise kendisinin kefaletten kurtulmasını talep edebilmektedir. Bu hükümlerin yanı sıra BK m 502'de alacaklının, borçlunun iflasını öğrenir öğrenmez kefil haberdar etme zorunluluğu getirilmiştir.

³⁵ Aral, Fahrettin, "Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği Ve Kefaletten Farkları", *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan*, Ankara 2006, s. 137-138; Oftinger Karl, *Über Bankgarantien*, SJZ-38 1942, s. 60-61; Kleiner, *Bankgarantie*, s. 37; Canaris, s. 761; Dohm, s. 58;

³⁶ Bu şekilde temel kıstaslar ve yan kıstaslar ayrımı doktrinde *Barlas* tarafından yapı-

Asli Kıstaslar

Aslilik-Fer'ilik Kıstası

Garanti ve kefaleti birbirinden ayıran ilk ve en önemli kıstas, "aslilik-fer'ilik kıstası"dır. Bu kıstasa göre, taahhüt, fer'i nitelikte ise kefalet sözleşmesi, fer'i olmayıp asli ve bağımsız bir taahhüt bulunuyorsa bir garantinin bulunduğu kabul edilmektedir.³⁷ Bunun sonucu olarak kefalette kefilin borcu, doğuşu, içeriği, kapsamı ve ileri sürülebilmesi bakımından asıl borca bağlı bulunmakta ve onun mukadderatını paylaşmaktadır. Buna karşılık garantide garanti verenin borcu, temel borç ilişkisinden bağımsız olup, temel borç ilişkisinin mevcut, geçerli ve dava edilebilir olmasına bağlı olmadığı gibi garanti veren, sadece borçlunun ödeme gücünü değil, aynı zamanda borcun varlığını ve dava edilebilirliğini de garanti etmektedir.³⁸

Teminat verenin teminatının fer'i nitelikte mi, yoksa asli nitelikte mi olduğu konusunda sözleşme metni incelenecek ve bir sonuca varılacaktır. Buna göre, teminat veren, açık veya örtülü bir şekilde ancak asıl borcun varlığı, geçerliliği ve dava edilebilirliğinin bulunması hali için teminat vermişse, bu taahhüt fer'i nitelikte kabul edilecek ve böylece

muştır: Bkz. Barlas, s. 955 vd. Biz de konunun ve garanti ile kefalet arasındaki ayrımın daha kolay anlaşılmasını sağlaması bakımından bu şekilde bir ayrımı dikkate almak suretiyle açıklamalarda bulunacağız. Ayrıca ayırimda başvurulacak kıstaslar konusunda bkz. Aral, *Banka Teminat Mektupları*, s. 136 vd.

³⁷ Horn Norbert, Bürgschaften und Garantien zur Zahlung auf erstes Anfordern. NJW 1980, s. 2154; Gutzwiller Christoph, Bankgarantien als Rechtsöffnungstitel, SJZ 2003, s. 246-247; Weber H., s. 58; Dohm, s. 57-58; Aral, *Banka Teminat Mektupları*, s. 136; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri II*, s. 820; Reisoğlu, *Kefalet*, s. 85; Aral, *Özel Borç İlişkileri*, s. 426; Barlas, s. 955-956; Kocaman, Arif B., Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.7.2001 Tarih ve E.2001/19-534, K.2001/583 Sayılı Kararı Üzerine Bir Değerlendirme-Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel (Şahsi) Teminatın Hukuki Niteliği: Garanti mi? Kefalet mi?, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, Ankara 2003, s. 72-73; Reisoğlu, *Teminat Mektupları*, s. 75; Turan, s. 48. Yargıtay'da garanti ve kefalet ayırımında aslilik-fer'ilik ayırımını kıstas olarak kabul etmektedir. Özellikle 13.12.1967 tarih ve E.1966/16 K.1967/7(Resmi Gazete 5.4.1968, N.12867) ve 11.06.1969 tarih ve E.1969/4 K.1969/6 (Resmi Gazete 3.10.1969, N.13317) sayılı içtihadı birleştirme kararlarında Yargıtay bu kıstası uygulamış ve daha sonra Yargıtay'ın diğer kararları da bu içtihatlar etkisi altında şekillenmiş ve kökleşmiştir.

³⁸ Von Westphalen Graf, *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr*, 3.Auflage, Heidelberg 2005, s. 33-34; Kleiner, *Bankgarantie*, s. 32-33; Canaris, s. 760; Dohm, s. 57-58; Roesle, s. 36; Pleyer, s. 13; Eberl, s. 102-103; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri II*, s. 820-821; Barlas, s. 956.

kefalet sözleşmesinin bulunduğu sonucuna varılacaktır. Buna karşılık teminat veren, temel borç ilişkisi doğmаса, geçersiz olsa ve sona erse bile teminat verdiği belirtilirse, bu durumda temel borç ilişkisinden bağımsız ve asli bir yükümlülüğün bulunduğu kabul edilecek ve teminat, garanti sözleşmesi olarak nitelendirilecektir. Ancak uygulamada sözleşme metinleri her zaman bu şekilde bir sonuca varılabilecek kadar açık düzenlenmemektedir. Bu nedenle aslilik ve fer'ilik ayırımını yapabilmek için doktrinde çeşitli alt kıstaslar benimsenmiştir.

Fer'iliğe ilişkin alt kıstaslardan ilkinin "*temel borç ilişkisine atıfta bulunulması*" oluşturmaktadır. Teminat verenin taahhütte bulunurken, temel borç ilişkisine atıfta bulunması fer'iliğe karine kabul edilmektedir.³⁹ Ancak bu kıstas her zaman doğru sonuçlar vermeyebilir. Zira temel borç ilişkisine her atıfta bulunulması fer'iliğe işaret etmeyebilir.⁴⁰ Zira bazen garanti sözleşmesinde, teminat konusu olayın ne olduğu tanımlanmaksızın temel borç ilişkisine atıfta bulunulabilmektedir.

Fer'iliğe ilişkin ikinci alt kıstas, "*def'i ve itirazların ileri sürülmesinden vazgeçilmesi*"dir. Taahhütte bulunanın, temel borç ilişkisinden borçlu lehine doğabilecek def'i ve itirazları ileri sürmekten önceden ve tamamen vazgeçmesi halinde, taahhüdün, fer'i değil asli bir nitelik taşıyacağı doktrinde kabul edilmektedir.⁴¹ Buna karşılık doktrinde diğer bir görüş, def'i ve itirazları ileri sürmekten feragatin, her zaman taahhüdün asliliği sonucunu doğurmayacağını kabul etmektedir.⁴² Bu görüş sahipleri hukuki dayanak olarak İsviçre Borçlar Kanunu m. 492/4 hükmünü dayanak olarak göstermektedir. Bu hükümde, kanun tarafından farklı şekilde bir düzenleme getirilmediği sürece, kefilin, kefaletle ilişkin haklardan önceden vazgeçemeyeceği kabul edilmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nda bu tür düzenleme bulunmadığı için, bu dayanak Türk hukuku bakımından önem taşımaz. Ancak bu tür bir düzenleme bulunmasa bile, teminat verenin bu denli geniş kapsamlı bir feragatte bulunması ve böylece de kefilin koruyucu hükümlerden yararlanmak istememesi ile bağımsız bir taahhüt altına girmek istediği

³⁹ Tekinalp, s. 380; Kahyaoğlu, s. 33.

⁴⁰ Zobl, s. 34; Dohm, s. 59; Aral, *Banka Teminat Mektupları*, s. 138; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri II*, s. 820-821; Barlas, s. 956.

⁴¹ Aral, *Banka Teminat Mektupları*, s. 139-140; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri II*, s. 824; Dohm, s. 60; Zobl, s. 34; Tekinalp, s. 381; Aral, *Özel Borç İlişkileri*, s. 426-427; Barlas, s. 959-960; Kocaman, *Kişisel Teminat*, s. 76-77; Kahyaoğlu, s. 36-37.

⁴² Görüş sahipleri ve bu konudaki değerlendirmeler için bkz. Barlas, s. 959, dp.45-46.

ve bunun da teminatın asliliği için yeterli olacağı söylenebilir.⁴³

Fer'iliğe ilişkin üçüncü alt kıstas ise teminat metninde “*ilk talepte*” ödeme kaydının bulunmasıdır. Doktrinde bir görüş, teminat verenin, alacaklının “*ilk talebi*” üzerine ödeme yapmayı kabul etmesinin, onun def'i ve itirazları ileri sürmekten önceden feragat etmesi anlamına geldiğini, bu durumunda, taahhüdün asliliğine ve garanti sözleşmesine işaret ettiğini kabul etmektedir.⁴⁴ Buna karşılık doktrindeki diğer bir görüş, “*ilk talepte*” ödeme kaydının, ödemenin gecikmeksizin yapılmasını sağlamaya yönelik olduğunu ve tek başına def'i ve itirazları ileri sürmekten önceden feragat etmek anlamına gelmediğini kabul etmektedir.⁴⁵ Kanaatimizce bir şahsi teminat taahhüdünde “*ilk talepte*” ödeme kaydının bulunması garantinin her halükarda ve her şartta ödeneceği anlamına gelmez. Bu ifade, sadece teminat bedelinin ödenmesi talebinde bulunulmasından sonra derhal ve gecikmeksizin ödeneceği anlamına gelir. Bu nedenle “*ilk talepte*” ödeme kaydının varlığı, doğrudan asli bir taahhüdün bulunduğu işaret etmez. Açıklanan nedenlerle ikinci görüşe üstünlük tanımak gerekir.

Teminat Verenin Özel Menfaatinin Bulunması Kıstası

Garanti ve kefaleti birbirinden ayıran temel kıstaslardan ikincisini, “*teminat verenin özel menfaatinin bulunması*” oluşturmaktadır. Bu kıstasa göre, garanti sözleşmesinde garanti veren, garanti alanı belli bir hareket tarzına yöneltmekte çoğu zaman özel bir menfaate sahipken, kefalet sözleşmesinde kefil, çoğunlukla hatır için ve özel bir menfaati bulunmaksızın kefalet vermektedir.⁴⁶

Doktrindeki bir başka görüş ise, özel menfaatin bulunması kıstasının garanti ve kefaleti ayırmada bir kriter olarak kullanılamayacağı, kefilinde garanti veren gibi, teminat vermede menfaatinin bulunabileceğini kabul etmektedir.⁴⁷

⁴³ Barlas, s. 959-960.

⁴⁴ Kleiner, Bankgarantie, s. 46; Zobl, s. 37; Dohm, s. 60; Guggenheim, s. 148; Aral, *Banka Teminat Mektupları*, s. 141; Kocaman, Arif B., “Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği Üzerine”, *Batider*, 1990, C. XV, S. 3, s. 56; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri II*, s. 824; Tekinalp, s. 381; Arkan, *Teminat Mektubu*, s. 63 vd.; Kahyaoğlu, s. 36.

⁴⁵ Barlas, s. 961.

⁴⁶ Zobl, s. 34; Oftinger, s. 60; Kocaman, *Kişisel Teminat*, s. 77; Kahyaoğlu, s. 39-40.

⁴⁷ Kleiner, Bankgarantie, s. 60 vd.; Reusser, s. 114; Aral, *Banka Teminat Mektupları*, s.

Bu konudaki diğer bir görüş ise, bu kıstasın tek başına dikkate alınmaması gerektiği, diğer kıstasların kullanılması sonucuna varılmaması halinde yardımcı bir kıstas olarak kullanılması gerektiğini kabul etmektedir.⁴⁸

3. Kişiyeye-Sonuca Yönelik İlgi Kıstası

Garanti ve kefaleti birbirinden ayıran temel kıstaslardan bir diğerini, “*kişiyeye-sonuca yönelik ilgi*” oluşturur. Bu kıstasa göre teminat veren, asıl borçlunun kişiliğini göz önünde bulundurmak suretiyle hareket ediyorsa kefalet, buna karşılık teminat veren, asıl borçlunun kişiliği ile ilgilenmeksizin, belirli bir sonucu hedef olarak tutmuşsa garantinin varlığı kabul edilecektir.⁴⁹ Bu kıstas da doktrinde eleştirilmekte ve hem kefalette hem de garantide, teminat verilen kişinin kişilik özellikleri dikkate alınmak suretiyle teminat verildiği gibi, belirli bir sonucun hedef tutulmasının da mümkün olabileceği savunulmaktadır.⁵⁰

4. Aynen İfa ve Tazminat Ödeme Yükümlülüğü Kıstası

Temel kıstaslardan bir diğeri ise, “*aynen ifa ve tazminat ödeme yükümlülüğü*” kıstasıdır. Bu kıstasa göre, kefalet sözleşmesinde kefil, asıl borcun ifasını üstlenmekte, yani asıl borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda ifayı onun yerine üstlenirken, garanti sözleşmesinde garanti veren, sadece tazminat ödeme borcu altına girmektedir.⁵¹ İleri sürülen bu kıstas, kefalet hukukunun temel kavramlarına ters düştüğü için doktrinde eleştirilmekte ve kıstas olarak dikkate alınamayacağı belirtilmektedir.⁵² Zira kefalet sözleşmesinde kefil, hiçbir şekilde asıl borçlunun borcunu üstlenmemekte, sadece alacaklının ifaya ilişkin menfaatinin gerçekleşmemesi halinde belirli bir miktardaki parayı ödemeyi üzerine almaktadır.⁵³ Kanaatimizce ne kefilin, aynen ifa yü-

142.

⁴⁸ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri II*, s. 828; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 81-82; Barlas, s. 962.

⁴⁹ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 82 vd.

⁵⁰ Barlas, s. 963.

⁵¹ Oftinger, s. 60.

⁵² Kleiner, *Bankgarantie*, s. 76; Reusser, s. 25 vd.; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri II*, s. 829; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 72-73; Tekinalp, s. 381.

⁵³ Barlas, s. 964.

kümlüğünün bulunduğu ne de garanti verenini, tazminat yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilebilir.

Yan Kıstaslar

Yukarıda belirtilen temel kıstasların yanı sıra garanti ve kefaleti birbirinden ayırmaya yönelik bazı yan kıstaslar doktrinde kabul edilmektedir.⁵⁴ Teminat verenin asıl borçlu ile birlikte müteselsil sorumlu olduğu belirtilmişse; teminat taahhüdünde, taahhütte bulunanın rücu hakkını ancak, alacaklı tamamen tatmin edildikten sonra kullanılabileceği belirtilmişse; teminat veren, alacaklıya karşı ancak asıl borçlunun borcunu kusurlu bir şekilde ifa etmemesi hali için sorumluluk üstlenmişse; sözleşme metninde kefalete ilişkin kanuni hükümlere atıfta bulunulmuşsa ve teminat veren, peşin dava def'i ile bölme def'ini ileri sürmekten feragat etmişse, bu durumların taahhüdün fer'iliğine karine teşkil edeceği ve teminatın kefalet olarak nitelendirilmesi gerektiği savunulmaktadır.⁵⁵ Buna karşılık MTO'nun Birörnek kurallarına atıfta bulunulması ve teminat verenin, edimin ifa edilmediğini gösteren bir kişiden veya bir kurumdan verilmiş bir belgenin ibrazı üzerine ödeme de bulunacağına kararlaştırılması halinde bu durumların, taahhüdün asli ve bağımsız olduğuna karine teşkil edeceği ve teminatın garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir.⁵⁶

Şüphe Halinde Kefaletin Bulunduğu Karinesi

Garanti ve kefaleti birbirinden ayırmaya yönelik temel ve yan kıstasların kullanılmasına rağmen hukuki nitelendirmede tereddütler bulunması halinde, yani "*şüphe halinde kefalet*" sözleşmesinin bulunduğu karine olarak kabul edilmektedir.⁵⁷ Kefalet sözleşmesi, kanuni düzenlemeye konu olduğu ve kefil koruyucu nitelikte hükümler içerdiğinden dolayı kefalet sözleşmesinin kabulü teminat veren açısından

⁵⁴ Yan kıstaslar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Barlas, s. 964 vd.

⁵⁵ Kleiner, Bankgarantie, s. 54 vd.; Oftinger, s. 61; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri II*, s. 823 vd.; Tekinalp, s. 381; Kahyaoğlu, s. 38 vd.

⁵⁶ Dohm, s. 60-61; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri II*, s. 825; Tekinalp, s. 381; Barlas, s. 966; Kahyaoğlu, s. 32-33.

⁵⁷ Canaris, s. 762-763; Dohm, s. 62; Zobl, s. 35; Aral, *Banka Teminat Mektupları*, s. 143; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri II*, s. 832; Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, s. 88; Tekinalp, s. 381; Barlas, s. 967-968; Kocaman, *Kişisel Teminat*, s. 74-75.

avantajlı durum oluşturur. Ayrıca gerçek kişilerin teminat taahhütlerinin kefalet karinesinin kabul edilmesi noktasında etkili olacağı savunulmaktadır.⁵⁸ Buna karşılık, harici garantiler ve bankalar tarafından verilen garantiler bakımından bu kuralın uygulanmaması gerektiği ve tam tersine bağımsız bir taahhüdün ve böylece de garanti sözleşmesinin bulunduğu doktrinde kabul edilmektedir.⁵⁹

KEFALET VE GARANTİ AYIRIMINA İLİŞKİN KISTASLARIN SOMUT OLAYA UYGULANMASI

Kefalet ve garanti ayırımı konusundaki tartışmanın son dönemde güncellik kazanmasına neden olan ve ayırımı ilişkin kıstasların somut olaya uygulanmak suretiyle ayrıntılı bir şekilde değerlendirildiği karar, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.7.2001 tarihli kararıdır. Bizde bu başlık altında kefalet ve garanti ayırımı konusundaki kıstasların somut olaya uygulanmasını Yargıtay kararı çerçevesinde değerlendireceğiz.

Uyuşmazlık Konusu Olay

Uyuşmazlık konusu olay, bankadan bir kredi kartı alan ve harcamalarından kullanan müşterinin, bankaya olan borcunu ödememesi üzerine, banka tarafından teminat veren kişi aleyhine icra takibine girilmesidir. Bankanın icra takibi üzerine teminat veren kişi icra takibine itiraz etmiş ve bunun üzerine banka tarafından itirazın kaldırılması amacıyla dava açılmıştır. Uyuşmazlık özellikle, hakkında icra takibi başlatılan gerçek kişinin, bankaya karşı verdiği teminatın kefalet mi, yoksa garanti mi olduğu noktasındadır.

Teminat veren kişinin beyanı, banka ile müşterisi arasında kurulan kredi kartı sözleşmesinin hemen arkasına konulan ve “*Garanti Şerhi*” başlığı altına yer almaktadır. Şahsi teminat aşağıdaki şekilde ifade edilmiştir;

“Bu sözleşmede yer alan hükümlere göre bankomat 7/24 kart hamili ve ortak kart hamillerinin yükümlülüklerini doğmuş ve doğacak tüm borçları-

⁵⁸ Dohm, s. 62-63; Zobl, s. 35; Kocaman, *Kişisel Teminat*, s. 75.

⁵⁹ Zobl, s. 35; Aral, *Banka Teminat Mektupları*, s. 143; Kocaman, *Kişisel Teminat*, s. 75; Barlas, s. 968.

nı garanti ettiğinden bu kredi sözleşmesinde belirtilen limitlerin bankaca tek taraflı olarak veya hamilinin talebi üzerine tespiti ve artırılması veya kart türünün değiştirilmesi ve kartın yenilenmesi bankomat7/24 kartın kaybedilmesi, çalınması, şifrenin deşifre edilmesi hallerinde doğacak borçlar da dâhil olmak üzere bankaca ödenmesi istenecek meblağların herhangi bir limite bağlı olmaksızın protesto çekmeye hüküm elde etmeye ve kart hamilinin rızasını almaya gerek olmaksızın ve bu borçlular ile bankanız arasında ortaya çıkacak herhangi bir uyuşmazlık ve bunun akıbet ve kanuni neticelerini dikkate almaksızın bankanızın ilk yazılı talebi ve talep tarihinden ödeme tarihine kadar geçecek günlere ait bankanın uyguladığı akdi kredi faizinin %50 artırılması suretiyle hesaplanacak faizi, komisyon; banka ve sigorta muameleleri vergisi, kaynak kullanım destekleme fonu ve diğer her türlü masrafları birlikte ödeme-yi gayri kabili rücu olarak kabul ederim”.

Uyuşmazlık önüne gelen ilk derece mahkemesi söz konusu teminat beyanını, kefalet olarak nitelendirmesine karşılık, özel daire garanti sözleşmesinin bulunduğu sonucuna varmıştır. İlk derece mahkemesinin direnmesi üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 4.7.2001 tarihli kararında yukarıda saymış olduğumuz kıstasları olaya uygulamak suretiyle kredi kartı için verilen şahsi teminatı kefalet olarak nitelendirmiştir.

Kıstasların Somut Olaya Uygulanması

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında, kefalet ve garanti ayırımına ilişkin kıstaslar konusunda yardımcı kıstaslar ve ana kıstasları şeklinde ikili bir ayırım yapmak suretiyle somut olaya uygulanacak kıstaslar sıralanmaktadır.

Yardımcı kıstaslara ilişkin olarak şu değerlendirme yapılmaktadır; *“...bunlar ana hatları itibariyle sözleşmede kullanılan deyimler üstlenilen rizikonun niteliği borçlu yerine ifa veya tazminat ödeme yükümlülüğü para borcunun tekeffülü veya bir filin tekeffülü gibi kriterlerdir. Bunlar aşağıda belirtilecek ana kıstasların yanında kullanılması mümkün olan ferî nitelikteki kriterlerdir”.*

Ana kıstaslara konusunda ise şu ayırımlar yapılmaktadır; *“...bunlardan ilki **asli-ferî yükümlülük kriteri**dir. Buna göre garanti veren bağımsız bir borç altına girmekte olup bu yükümlülüğün bir başka borç ile ilgisi yoktur. Kefalette ise asıl olan bir başka borcun (temel ilişki) olması ve verilen*

teminat ile o borcun ödenmesinin sağlanmasıdır. Doktrine göre de bir başka borç ilişkisinde yollamada bulunulması ferilik karinesini teşkil eder. Ana kıstaslardan ikincisi **yükümlülüğün kapsam ve niteliği** teşkil eder. Buna göre asıl borçlu gibi yükümlülük altına girme amacını taşıyan sözleşme kefalet asıl borçlunun borcunu aşabilecek bir başka deyişle lehine taahhüt altına girilen alacaklının hiçbir şekilde zarara uğramayacağını temine yönelik sözleşme ise garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Ana kıstaslardan bir diğeri ise **menfaat kıstası** olup buna göre kefalet ilişkisinde kefalet verenin bu ilişkide bir yararlanma amacı olmadığı halde garanti sözleşmesinde ilke olarak böyle bir teminat verenin yararı olduğudur. Nihayet ana kıstaslardan bir diğeri ise **kişiyeye yönelik teminat verme kıstası** olup buna göre teminatın bir kişi göz önüne tutularak verilmesi kefalete işaret olacak böyle değil de objektif olarak belli bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla yönelik olarak verilmesi halinde garanti sözleşmesinin amaçlandığı kabul edilecektir...”.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu saymış olduğu bu kıstasları somut olaya uygularken şu değerlendirmelerde bulunmuştur.

‘Garanti Şerhi’ beyanı ve bu beyanda kullanılan sözcük ve deyimleri ferî kıstaslardan olan sözleşmede kullanılan deyimler kıstasına göre ilk bakışta bir garanti akdinin oluştuğu intibayı bırakıyor ise de sadece bu deyim ve sözcüklere dayanılarak sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi doğru olmayacağı gibi mümkün de değildir. Nitekim yukarıda değinilen 11.6.1969 gün ve 4/6 sayılı İBK’da da banka talimat mektupların da kullanılan kefalet sözcüğü vurgulamasına rağmen bu ilişkinin bir kefalet değil garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu açık bir şekilde kabul edilmiştir.

Davalının garanti beyanı kredi kartı sözleşmesinin hemen altına alınmış ve bu beyanın başlangıcında da kredi sözleşmesine yollama yapılarak bu sözleşmeden doğan ve doğacak borçlar için davalıdan teminat beyanı alınmış olmakla garanti beyanı asli unsur olmaktan çıkmış ve ferî nitelik yani kefalet amacıyla yönelik olduğu intibayı borçluya vermiş bulunmaktadır.

Teminat veren kimsenin bu sözleşmeyi yapmakta menfaati olduğu belirlenemediği gibi bu husus davacı bankaca da ileri sürülüp kanıtlanabilmiş değildir.

Kişiyeye yönelik teminat verme amacı gerek sözleşme gerekse garanti beyanından açıkça anlaşılmaktadır. Zira verilen teminat kredi

sözleşmesinin müşterisi ve asıl borçlusu ... isimli kişinin borçlarını karşılamaya yöneliktir. Bağımsız ve objektif bir amaca yönelik teminat verilmiş değildir.

Hiçbir menfaati olmayan ticari bir gaye gütmeyen sadece dostane ilişkiler nedeniyle tüketime yönelik banka kredi kartı kullanmasına imkan tanımak için verilen teminatın amacına aykırı olarak yorumlanması yasanın yukarıda anılan hükmüne aykırılık teşkil eder. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de 17 Kasım 1987 de verdiği bir kararda gerçek kişiler tarafından verilen garantilerin daha ziyade kefalet olarak görünmeleri gerektiğini ifade etmiştir.

Tüm ana kıstasların uygulanması sonucu davalının garanti beyanı adı altındaki beyanlarının bir garanti sözleşmesi amacı ile değil kefalet amacı ile verildiği sonucu ortaya çıkmaktadır. BK'nın 18. maddesi uyarınca da davalının bu iradesinin bir kefalet amacına yönelik olduğunun kabulü gerekir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu kararı doktrinde eleştirilmiştir.⁶⁰

Barlas, yardımcı kıstaslar olarak anılan kıstasların çok eski olduğu ve bu kıstasların modern uygulama ve doktrinde artık kullanılmadığı; fer'ilik kıstasını uygularken bir başka borç ilişkisine atıfta bulunulması olgusuna büyük değer atfedilmesinin ve bunun tek başına fer'iliğe karine olarak görülmesinin hatalı olduğu; kişiye ve sonuca yönelik ilgi kıstasının temel kıstas olarak dikkate alınmasının isabetsiz olduğu; gerçek kişiler tarafından verilen teminatların kefalet olarak nitelendirilmesine ilişkin yardımcı kıstasın hatalı bir şekilde uygulandığını ileri sürmektedir.⁶¹ Yazar, Yargıtay'ın gerekçelerini eleştirmekle birlikte, hem aslilik hem de fer'iliğe ilişkin unsurların olayda bir arada mevcut olmasına rağmen şüphe hali bulunduğu için kefalet karinesinin uygulanması suretiyle kefaletin kabulü gerektiği sonucuna varmaktadır.⁶²

Kocaman, Yargıtay'ın gerekçelerini teorik bakımdan yeterli zenginliğe ulaşmamış olmasına rağmen vardığı sonuç itibarıyla isabetli

⁶⁰ Barlas, s. 981 vd.; Kocaman, *Kişisel Teminat*, s. 78 vd.; Arkan, Sabih, "Kredi Kartıyla İlgili Olarak Verilen Güvencenin Hukuki Niteliği (HGK'nın 4.7.2001 Tarihli Kararının Eleştirisi, Bilgi Toplumunda Hukuk", *Ünal Tekinalp'e Armağan*, C. I, İstanbul 2003, s. 985 vd.

⁶¹ Barlas, s. 981-989.

⁶² Barlas, s. 988-989.

olduğunu belirtmektedir.⁶³ Yazar, dava konusu olayda temel ilişkiye atıfta bulunulmakla birlikte, teminat temel ilişkinin geçerliliğine bağlı kılınmadığından bir başka borç ilişkisine atıfta bulunulmasının fer'ilik lehine kesin bir sonuç vermeyeceğini, ayrıca aslilik lehine de kesin sonuca ulaşmanın mümkün olmadığını; bir veya birkaç kıstasın kullanılmasına rağmen bir sonuca varmanın mümkün olmaması nedeniyle kefilin korunması düşüncesinden hareketle şüphe halinde kefaletin kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁶⁴

Arkan, sadece teminat verilmesine neden olan ilişkiye, yani temel borç ilişkisine atıfta bulunulmuş olmasına bakılarak kefaletin varlığına karar verilememesi gerektiğini; ayırırda dikkate alınması gereken esas unsurun üstlenilen yükümlülük ile temel borç ilişkisi arasında sıkı bir bağlılığın varlığı olması gerektiğini; kişisel menfaatin varlığının başlı başına belirleyici bir kıstas olamayacağını ve Hukuk Genel Kurulu'nun kararında belirtilen diğer gerekçelerle buradaki taahhüdün kefalet olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığını vurgulamış, fakat garanti sözcüğünün günlük hayatta kefaleti ifade etmek üzere kullanıldığını dikkate almak suretiyle teminat veren kişinin, bu taahhüdünü dürüstlük kuralı çerçevesinde kefalet olarak algılaması ve değerlendirmesi halinde kefaletin varlığının kabulünün gerektiğini ifade etmiştir.⁶⁵

Değerlendirme

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında, sözleşmenin adında ve sözleşme metninde kullanılan deyimlerden hareketle sözleşmenin niteliğinin belirlenemeyeceğine ilişkin değerlendirmesi isabetlidir. Zira bir taahhüdün, kefalet veya garanti olduğunu belirlenirken, sadece tarafların kullandıkları deyimlere ve başlıklara bakılmaksızın tarafların gerçek iradelerinin araştırılması gerekir.

İkinci olarak Yargıtay'ın karar verirken öncelikle "*aslilik-fer'ilik*" kıstasını uygulaması yerindedir. Ancak, sözleşme metnini bu kıstas bakımından değerlendirirken, sadece fer'iliğe işaret eden noktaları nazara almasına karşın, asil ve bağımsız nitelikte bir taahhüdün bulunduğuna işaret eden hususlarda herhangi bir değerlendirme yap-

⁶³ Kocaman, *Kişisel Teminat*, s. 84.

⁶⁴ Kocaman, *Kişisel Teminat*, s. 79-83.

⁶⁵ Arkan, *Armağan*, s. 986-990.

mamış olması karar bakımından bir eksiklikler. Zira garanti metninde kullanılan, "...bankaca ödenmesi istenecek meblağların herhangi bir limite bağılı olmaksızın...", "protesto çekmeye hüküm elde etmeye ve kart hamilinin rızasını almaya gerek olmaksızın...", "...borçlular ile bankanız arasında ortaya çıkacak herhangi bir uyuşmazlık ve bunun akıbet ve kanuni neticelerini dikkate almaksızın..." ve "...bankanızın ilk yazılı talebi..." ifadeleri asli ve bağımsız bir taahhüdün varlığına işaret etmektedir. Bu ibarelerin varlığı nedeniyle teminatın, garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu sonucuna varılabilecektir. Ancak kullanılan bu ibarelerin yanısıra Yargıtay kararında da değerlendirmesi yapılan ve fer'iliğin varlığına işaret eden ifadelerin bulunması, garantinin varlığını şüpheli hale getirmektedir. Teminatın niteliğine ilişkin şüphenin bulunduğu bir durumda da sözleşmenin garanti olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır.

Kanaatimizce, sözleşme metninde hem asli ve bağımsız nitelikte bir sözleşmenin bulunduğuna hem de fer'i nitelikte bir sözleşmenin bulunduğuna yönelik ibareler yer almaktadır. Bu durum ise, teminatın nitelendirilmesi konusunda şüpheye neden olmaktadır. Şüphe halinin bulunmasından ve teminat taahhüdünde bulunanın bir gerçek kişi olmasından dolayı, "şüphe halinde kefalet" karinesi uyarınca kefalet sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir.

SONUÇ

Kanaatimizce, bir teminat sözleşmesinin hukuki niteliğinin, kefalet mi, yoksa garanti mi olduğunu belirlerken dikkate alınması gereken asıl kıstasın "aslilik-fer'ilik kıstası" olması gerekir. Buna göre taahhüt, fer'i nitelikte ise kefaletin, fer'i olmayıp asli ve bağımsız bir taahhüt bulunuyorsa garantinin bulunduğu kabul edilmelidir. Diğer kıstaslar ise, teminatın asli mi yoksa fer'i mi olduğunun belirlenmesinde kullanılmalıdır.

Asli ve yan bütün kıstasların kullanılmasına rağmen bir sonuca varılamaması durumunda, kefalet, kanuni düzenlemeye konu olduğu ve kefil koruyucu nitelikte hükümler içerdiğinden, "şüphe halinde kefalet" prensibi uyarınca hareket edilerek, gerçek kişilerin teminat taahhütlerinin kefalet olduğu sonucuna varılmalıdır. Nitekim Borçlar Kanunu Tasarısı'nda da getirilen bir hüküm ile, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak gerçek kişilerce yapılan başka ad altında yapılan

sözleşmeler bakımından, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir (Tasarı m. 603). Tasarı'daki bu hüküm de yukarıda varmış olduğumuz sonucu destekler mahiyettedir.

Harici garantiler ve bankalar tarafından verilen garantiler bakımından ise, "şüphe halinde kefalet" prensibi uygulanmamalı, aksine bu tür bir durumun varlığı halinde bağımsız bir taahhüdün ve böylece de garanti sözleşmesinin bulunduğu kabul edilmelidir.

KAYNAKLAR

- ARAL, Fahrettin, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 6. Baskı Ankara 2006. (Aral, *Özel Borç İlişkileri*).
- ARAL, Fahrettin, "Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Kefaletten Farkları", *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan*, Ankara 2006, s.131-145 (Aral, *Banka Teminat Mektupları*).
- ARKAN, Sabih, "Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu", *Batıder*, 1992, C.XVI, S.4, s. 59-84 (Arkan, *Teminat Mektubu*).
- ARKAN, Sabih, "Kredi Kartıyla İlgili Olarak Verilen Güvencenin Hukuki Niteliği (HGK'nın 4.7.2001 Tarihli Kararının Eleştirisi, Bilgi Toplumunda Hukuk", *Ünal Tekinalp'e Armağan*, C. I, İstanbul 2003, s. 983-991 (Arkan, *Armağan*).
- AYRANCI, Hasan, *Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları*, AÜHFD 2004, C. 53, S.2, s. 95-120.
- BARLAS, Nami, "Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi", *Prof. Dr. Ömer Teoman'a Armağan*, C. II, İstanbul 2002, s. 937-989.
- BOETIUS, Jan, *Der Garantievertrag*, München 1966.
- BUCHER, Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2. Aufl., Zürich 1988, (Bucher, AT)
- BUCHER, Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil 3. Aufl.*, Zürich 1988, (Bucher, BT)
- BÜSSER, Andres, *Einreden und Einwendungen der Bank als Garant gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten*; Friburg Schweiz 1997.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, *Bankvertragsrecht*, (Handels Gesetz BuchStaub Grosskommentar 4. Auflage) Berlin-NewYork 1988.
- DEMUTH, Peter, *Garantievertrag und privative Schuldübernahme in der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte*, Diss., Hamburg 1966.

- DOĞAN, Vahit, *Banka Teminat Mektupları*, Ankara 2005.
- DOHM, Jürgen, *Bankgarantien im internationalen Handel*, Bern 1985.
- EBERL, Borges Christina, *Rechtsfragen der Bankgarantie im internationalen Wirtschaftsverkehr nach deutschem und schweizerischem Recht*, Diss., Baden-Baden 1992
- EREN Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 9. Bası İstanbul 2006.
- GRASSINGER, Gülçin E., *Borçlar Kanuna Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları*, İstanbul 1996
- GUGGENHEIM Daniel, *Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis*, 3. Auflage. Zürich 1986.
- GUTZWILLER, Christoph, *Bankgarantien als Rechtsöffnungstitel*, SJZ 2003, s.245-250.
- HATEMÎ Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI Abdülkadir, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul 1992.
- HORN, Norbert, *Bürgschaften und Garantien zur Zahlung auf erstes Anfordern*. NJW 1980, s. 2153-2159.
- KAHYAOĞLU, Emin C., *Banka Garantileri*, İstanbul 1995.
- KLEINER, Beat, *Die Abgrenzung der Garantie von der Bürgschaft und anderen Vertragstypen; mit besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes*; Zurich 1974. (Kleiner, *Die Abgrenzung der Garantie*).
- KLEINER, Beat, *Bankgarantie*, 4. Aufl., Zürich 1990 (Kleiner, *Bankgarantie*).
- KOCAMAN, Arif B., "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.7.2001 Tarih ve E.2001/19-534, K.2001/583 Sayılı Kararı Üzerine Bir Değerlendirme-Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel (Şahsi) Teminatın Hukuki Niteliği: Garanti mi? Kefalet mi?," *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, Ankara 2003, s.67-94. (Kocaman, *Kişisel Teminat*).
- KOCAMAN, Arif B., "Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği Üzerine", *Batider*, 1990, C.XV, S.3, s.49-66 (Kocaman, *Banka Teminat Mektupları*).
- KUNTALP, Erden, "Teminat Kavramı, Teminat Türleri Ve Bunlardan Doğan Sorumluluk", *Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan*, İstanbul 1995, s.263-299.
- LIENESCH, Irmtraud, *Internationale Bankgarantien und die UN-Konvention über unabhängige Garantien und Stand-by Letters of Credit*, Berlin-New York 1999.
- OFTINGER, Karl, *Über Bankgarantien*, SJZ-38 1942; s.58 vd.
- PLEYER, Klemens, *Die Bankgarantie im zwischenstaatlichen Handel*, WM 2/1973, s.1-26.
- REİSOĞLU, Seza, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, Ankara 1992 (Reisoğlu, *Kefalet*).

- REİSOĞLU, Seza, “Garanti Mukavelesi ve Kefalet Münasebeti”, *II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası* (10-18 Mayıs 1961), Ankara 1962, s.147-173. (Reisoğlu, *Kefalet Münasebeti*).
- REİSOĞLU, Seza, *Garanti Mukavelesi*, Ankara 1963 (Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*).
- REİSOĞLU, Seza, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, Ankara 2003 (Reisoğlu, *Teminat Mektupları*).
- REUSSER, Samuel, *Der Garantievertrag und sein Verhältnis zur Bürgschaft und andern Sicherungsverträgen nach schweizerischem Recht*, Langenthal 1938.
- ROESLE, Eugen A., *Die internationale Vereinheitlichung des Rechts der Bankgarantien*, Diss., Zürich 1983.
- SCYBOZ, Georges, *Garantievertrag und Bürgschaft*, in: *Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht besondere Vertragsverhältnisse Art 1-529*, Herausgeber von Frank Vischer, Zweiter Halbband, Basel-Stuttgart 1979.
- TANDOĞAN, Haluk, *Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri*, C.II, Ankara 1987 (Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri II*).
- TANDOĞAN, Haluk, *Garanti Mukavelesi (Mahiyeti ve Benzeri Muamelelerden Tefriki)*, Ankara 1959, (Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*).
- TEKİNALP, Ünal, *Banka Hukukunun Esasları*, C.I, İstanbul 1988.
- TURAN, Gamze, “Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar Ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 66, Eylül-Ekim 2006, s. 27-50.
- Von WESTPHALEN, Graf, *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr*, 3. Auflage, Heidelberg 2005.
- WEBER, Hansjörg, *Kreditsicherheiten, Recht der Sicherungsgeschäfte*, 7. Neubearbeitete Auflage, München 2002.
- WEBER, Von Rolf H., *Berner Kommentar Band VI, 1. Abteilung, 6. Teilband. Allgemeine Bestimmungen. Artikel 110-113 OR.*, Bern 2002.
- YAVUZ, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı İstanbul 1996.
- ZOBL, Dieter, *Die Bankgarantie im schweizerischen Recht, Personensicherheiten- Berner Bankrechtstag 1997*, Bern 1997; s.23-53.

ULUSLARARASI HUKUK BOYUTUYLA P E T R O L * - II -

Serkan AĞAR**

c. Münhasır Ekonomik Bölge ¹¹⁷

Münhasır ekonomik bölge (exclusive economic zone; zone  conomique exclusive), bir kıyı devletinin karasuları esas çizgisinden başlayarak 200 mile kadar varan ve karasuları dışında kalan su tabakasıyla deniz yatağı ve onun toprak altında bu kıyı devletine münhasır ekonomik haklar ve yetkiler tanıyan deniz alanıdır.¹¹⁸ 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 56. maddesi, kıyı devletinin münhasır ekonomik bölge üzerinde bir kısmı ekonomik nitelik tařıyan¹¹⁹ ve bir bölümü de bu deniz alanında kimi yetkilerin kullanılmasını içeren egemen haklara sahip olduğunu belirtmektedir. Ancak Sözleşme'nin 58, 61, 62, 69 ve 70. maddeleriyle   nc  devletlere de bu deniz alanı üzerinde haklar tanınmıştır.

Kıyı devleti, ekonomik hakların yanında her türlü tesis, araç ve gerecin bu alana yerleştirilmesi ve kullanılması, bilimsel araştırma yapılması,  vrenin korunması ve düzenlenmesi konularında idari ve

* Bu çalışmanın ilk bölümü *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*'nin Temmuz-Ağustos 2008 sayısında yayımlanmıştır.

** Av., Ankara Barosu, Ankara  . SB Ens. Kamu Hukuku Anabilim Dalı doktora  ğrencisi.

¹¹⁷ Türkiye, 05/12/1986 tarih ve 86/11264 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Karadeniz'de 200 millik münhasır ekonomik bölge ilan etmiştir, *RG*, 17/12/1986, 19314.

¹¹⁸ Pazarcı, *a. g. e.*, II. Kitap, s. 408.

¹¹⁹ Kıyı devletinin ekonomik hakları, 200 mile kadar varan deniz yatağında, toprak altında ve su alanında canlı doğal kaynaklara ve madenlerle cansız öteki doğal kaynaklara veya bu deniz alanından başka amaçlarla yararlanılmasına ( rneğin deniz suyu, akıntı veya rüzgardan enerji üretilmesi gibi) ilişkindir (1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 56/1,a).

yargısal yetkilere sahiptir.¹²⁰ Münhasır ekonomik bölgede, her türlü yapay ada, tesis, araç ve gerecin yerleştirilmesi ve bunlardan yararlanılması konusunda kıyı devleti tek yetkilidir.¹²¹

Bir kıyı devletinin münhasır ekonomik bölgesi üzerindeki hakları, üçüncü devletlerin bu alanda deniz ulaşımı ve boru hattı döşeme hakkına engel değildir. Tüm devletler bir kıyı devletinin münhasır ekonomik bölgesinden deniz ulaşımı bakımından yararlanma hakkına sahiptir. Münhasır ekonomik bölge gemilerin geçişi açısından açık deniz rejimine tabidir. Üçüncü devletlerin, bir devletin münhasır ekonomik bölgesinden boru hattı döşemek suretiyle yararlanmak hakkı da vardır.

d. Açık Deniz

1958 tarihli Cenevre Açık Deniz Sözleşmesi'nin¹²² 1. maddesine göre açık deniz (high sea, haute mer), bir devletin karasularına ve içsularına dahil olmayan bütün deniz kısımlarıdır. 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 86. maddesi, açık deniz alanının hangi deniz alanlarını içerdiğini belirtmeden sadece tabi bulunduğu hükümler bakımından bu deniz alanını saptamıştır. Buna göre açık deniz rejimi içsular, karasuları, takımada devletlerinin takımada suları ve münhasır ekonomik bölge dışında kalan deniz alanında uygulanır.

Günümüzde açık deniz rejimine açık denizin serbestliği ilkesi (freedom of high sea, liberte de la haute mer) egemendir. Bu ilke barış zamanında, deniz ulaşımı,¹²³ açık deniz üzerindeki hava sahasında hava ulaşımı, balıkçılık ve canlı kaynakların avlanması, bilimsel araştırma, kablo ve boru hattı döşenmesiyle bu alanda yapay ada veya tesisler kurma konularında denize kıyısı olsun olmasın bütün devletlerin eşit koşullarda yararlanabileceğini ifade eder.¹²⁴

¹²⁰ 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 56/l,b.

¹²¹ 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 60.

¹²² Türkiye'nin taraf olmadığı bu sözleşme 30/09/1962 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹²³ Açık denizin serbestliği ilkesi, deniz ulaşımı konusunda özellikle bütün devletlerin bayraklarını taşıyan gemilerin açık denizde serbestçe seyredebilmesidir (1958 tarihli Cenevre Açık Deniz Sözleşmesi m. 4, 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 90).

¹²⁴ 1958 tarihli Cenevre Açık Deniz Sözleşmesi m. 2, 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 87.

Açık denizin serbestliği ilkesi, bu alana boru hatları döşenmesiyle yapay ada veya tesisler kurma konularında üçüncü devletlere kimi haklar tanımakta ve üçüncü devletler bu hakların kullanımında kıta sahanlığı üzerinde bunların yerleştirilmesinde gözetilen kurallara uyumak zorunda bulunmaktadır.¹²⁵

B. BORU HATLARI

Denizlerin¹²⁶ ulaşım amacıyla kullanılması bakımından deniz dipplerinden petrol borularının (pipelines) geçirilmesi konusu önem arz eder. Üçüncü devletlerin petrol borularının deniz diplerine yerleştirilmesi durumunda, bunların bir devletin ülkesini oluşturan deniz alanlarından geçmesi ilgili devletin iznine bağlı olup, iznin alınması durumunda da ilke olarak ülke devletinin yetki alanı içindedir. Buna karşılık, uluslararası alanlarda petrol borularının yerleştirilmesi serbesttir.¹²⁷

Ulusal ve uluslararası deniz alanlarına yerleştirilen petrol boru hatlarının korunmasıyla ilgili olarak genel nitelikli bir takım uluslararası hukuk düzenlemeleri vardır. Örneğin, 1958 tarihli Cenevre Açık Deniz Sözleşmesi¹²⁸ petrol borularının korunmasına ilişkin çeşitli düzenlemeler içermekte ve bu konuyu uluslararası hukukun kurallarına dahil etmektedir. 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi¹²⁹ de çeşitli

¹²⁵ 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 87/1,d.

¹²⁶ Uygulanan uluslararası hukuk bakımından "deniz", tuzlu su alanı olma ve tüm dünya yüzeyinde doğal bir iletişim-ulaşım alanı oluşturma niteliğine bağlı olarak belirlenir. Uluslararası ulaşım ve iletişime olanak vermedikçe bir su alanının tuzluluğu, uygulanan uluslararası hukuk bakımından deniz olarak nitelendirilmesini olanak vermez ve bu tür su alanları göl olarak değerlendirilir (örneğin, Ölü Deniz).

¹²⁷ Pazarcı, *a. g. e.*, II. Kitap, s. 309.

¹²⁸ Deniz hukuku ile ilgili hukuku evrensel planda ilk defa tedvin ve formüle eden düzenlemeler 1958 tarihli Cenevre Deniz Hukuku Sözleşmeleri'dir. BM Milletlerarası Hukuk Komisyonu'nun uzun yıllar süren çalışmalarından sonra hazırladığı ve yine BM'nin Cenevre'de topladığı konferansta Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi, Kıta sahanlığı Sözleşmesi, Açık Deniz Sözleşmesi ile Balıkçılık ve Açık Denizin Canlı Kaynaklarının Korunması Hakkında Sözleşme kabul edilmiştir, Gündüz, *a. g. e.*, s. 329.

¹²⁹ Türkiye'nin taraf olmadığı 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi, deniz hukuku ile ilgili bütün konuları düzenleyen ve bugüne kadar yapılmış en detaylı sözleşmedir. 10/12/1982'de imzalanan sözleşme, 16/11/1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 2000 yılı itibarıyla taraf devlet sayısı 130, imzacı devlet sayısı 158'dir.

hükümlerinde¹³⁰ petrol boru hatlarının hukuki rejimini düzenlemiştir.

1. Bakü - Tiflis - Ceyhan (BTC) Ana İhraç Ham Petrol Boru Hattı Projesi



Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra bağımsızlığını kazanan Orta Asya ve Kafkasya'daki Türk cumhuriyetlerinin petrol ve doğal-gaz zenginliklerinin batıya taşınması konusunda uluslararası arenada çekişmeler yaşanmaktadır.¹³¹ Türkiye ve ABD'nin savunduğu Batı Rotası petrol ve doğalgazın Rusya ve İran'ın güzergaha dahil edilmeden Orta Asya, Hazar, Gürcistan ve Türkiye üzerinden uluslararası piyasalara arzını hedeflemektedir. Rusya'nın desteklediği Kuzey Rotası petrol ve doğalgazın boru hatlarıyla Kafkaslar üzerinden Rusya'nın Karadeniz'deki Novorosisk Limanı'na pompalanmasını, oradan tankerlerle İstanbul Boğazı yoluyla Avrupa'ya sevk edilmesini hedeflemektedir. Kuzey Rotası'nın ikinci alternatifi ise Boğazlar yerine Bulga-

Sözleşme, kirlenme konusunda milli yetkiye tabi deniz alanları dışında kalan deniz yatağı, okyanus tabanı ve toprak altı ve bu sahanın kaynaklarının insanlığın ortak mirası olduğunu kabul etmiş ve bunların işletilmesi konusunda yeni düzenlemeler ve kurumlar getirmiştir.

¹³⁰ Örneğin 21/1,c, 51/2, 58, 79, 87/1,c, 112-115.

¹³¹ Hazar Denizi, Amerikan şirketlerinin başı çektiği çokuluslu petrol konsorsiyumları tarafından dünyanın gelecekteki en büyük petrol kaynağı olarak tanıtılmaktadır. 2000 yılında Hazar bölgesinden çıkarılan 57,4 milyon ton ham petrol miktarı, 2020 yılında 291,4 milyon tona yükselecektir. Petrol ve doğalgaz arama işleri başladığından bu yana Hazar bölgesinden çıkarılan toplam ham petrol miktarı ise 1,5 milyar tonu aşmıştır.

ristan ve Yunanistan üzerinden geçerek Avrupa'ya ulaşacak bir boru hattıdır. Bir diğer rota ise Kafkaslardan Gürcistan'ın Supsa Limanı'na uzanan boru hattıdır.

1990'ların başında Türkiye'nin öncülüğünde gündeme gelen Bakü-Ceyhan (Batı Rotası) hattının diğerlerine göre üstün yanı Ceyhan Limanı'na çok büyük tonajlı tankerlerin yanaşabilmesidir. Supsa ve Novorosisk limanları ise Boğazlardan geçebilecek daha küçük tonajlı tankerlere hizmet verebilmektedir. Diğer taraftan, Novorosisk Limanı kötü hava şartlarından dolayı yılda 2 ay kadar kapalı kalmaktadır.

Türkiye'nin yılda 100 milyon ABD Doları gelir beklediği "Bakü-Tiflis-Ceyhan Ana İhraç Ham Petrol Boru Hattı Projesi"nin amacı, Azerbaycan'da üretilen ham petrolün boru hattıyla Gürcistan üzerinden Adana Ceyhan'daki bir deniz terminaline, oradan da tankerlerle dünya pazarlarına ulaştırılmasıdır.

BTC petrol boru hattına ilişkin olarak imzalanan hükümetler arası anlaşma,¹³² TBMM tarafından 4585 sayılı Kanun'la¹³³ onaylanmasının uygun bulunmasının ardından 2000/1127 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı¹³⁴ ile kabul edilerek yürürlüğe girmiştir.

Projede en büyük ortaklardan BP Exploration (Caspian Sea) Ltd. %30,1 ve SOCAR %25 paya sahiptir. TPAO'nun payı ise %6,53'tür.¹³⁵

15/11/2000'de başlayan temel mühendislik çalışmaları, 15/05/2001'de tamamlanmıştır. Ardından, projenin Türkiye tarafının ikinci aşamasını temsil eden detay mühendislik çalışmaları, 19/06/2001-28/08/2002 tarihleri arasında gerçekleştirilmiştir. 20/09/2002'de ise, hattın yapım sözleşmeleri imzalanmıştır. Ülkemizde "Anahtar Teslim Anlaşması" çerçevesinde müteahhit olarak görevlendirilen BOTAŞ, arazi ve inşaat çalışmalarını 32 ay içerisinde bitirmiştir. Tüm hattın tamamlanması ve devreye alınması için 2005 yılı başları hedeflenmiştir.

¹³² "Türkiye Cumhuriyeti, Azerbaycan Cumhuriyeti ve Gürcistan Arasında Petrolün Azerbaycan Cumhuriyeti, Gürcistan ve Türkiye Cumhuriyeti Ülkeleri Üzerinden, Bakü-Tiflis-Ceyhan Ana İhraç Boru Hattı Yoluyla Taşınmasına İlişkin Anlaşma".

¹³³ RG, 24/06/2000, 24089.

¹³⁴ RG, 10/09/2000, mük. 24166.

¹³⁵ BTC ham petrol boru hattı projesinin sahibi olan "Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı Şirketi (BTC Şti)", BP (operatör), SOCAR, Unocal, Statoil, TPAO, ENI, Total, Itocu, Inpex, Conoco Philips ve Amerada Hess'ten müteşekkildir.

1.076 kilometresi Türkiye, 260 kilometresi Gürcistan, 440 kilometresi de Azerbaycan sınırları içinde olmak üzere toplam 1.776 kilometre uzunluğundaki BTC'nin resmi açılışı 13 Temmuz 2006'da gerçekleştirilmiştir. BTC'nin çıkış noktası olan Adana Ceyhan'daki Haydar Aliyev Deniz Terminali'nden İtalya başta olmak üzere Avrupa ülkelerinin yanı sıra İsrail, ABD ve Hindistan yoğunluklu olarak sevkiyat yapılmaktadır. Türkiye'nin sevkiyat ve vergilerden elde ettiği gelir 2006 yılında 200 milyon ABD Doları'na ulaşmıştır.¹³⁶

BTC'nin Türkiye bölümünde 5 Ağustos 2008 günü bir patlama meydana gelmiş ve bu saldırı neticesinde Azeri petrolü ana ihracat kanalı kullanılamamıştır. Bu sürede Azeri petrolü Bakü-Supsa yedek hattı üzerinden Karadeniz kıyısındaki Batum ve Kulevi limanlarına ulaştırılan petrol buradan tankerlere yüklenmiştir. 8 Ağustos 2008'te Güney Osetya'nın Gürcistan'dan ayrılarak tek taraflı bağımsızlığını ilan etmesiyle Rusya ve Gürcistan arasında başlayan çatışma neticesinde Rus savaş uçaklarının Gürcü limanı Poti ve çevresini bombalamasıyla Batum ve Kulevi limanlarından da petrol ihracatı yapılamaz duruma gelmiştir. Azeri petrolü BTC hattı tamir edilene kadar Rusya üzerinden yapılmıştır.

2. Transtrakya Boru Hattı Projesi

Rusya ile Türkiye arasında 10 yıldan beri rekabet havasında devam eden petrolün uluslararası pazara taşınması çabaları, Transtrakya Boru Hattı Projesi ile ilk kez işbirliğine dönüşecektir.

Transtrakya Petrol Boru Hattı Projesi ile Rus petrolü, Türkiye'nin Karadeniz kıyısında kurulacak terminalden Türkiye'ye giriş yaparak Saros Körfezi İbrice mevkiine kadar inşa edilecek boru hattı ile Ege Denizi'ne çıkış yapacaktır. Anılan petrol boru hattının keşif bedeli 900 milyon ABD Doları'dır. İşbirliği anlaşmasının imzalandığı söz konusu proje ile yılda 60 milyon ton petrol taşınabilecektir. Öngörülen bu miktar aynı zamanda 100 bin tonluk 600 dev petrol tankerinin Türk Boğazları'ndan geçmeyeceği anlamına gelmektedir.

Rusya, petrol ihracını değişik istikametlerde Sibiry'a'dan Uzakdoğu ülkelerine, Batı'da Baltık Denizi üzerinden Avrupa'ya ve Güney'de

¹³⁶ <http://www.ntvmsnbc.com/news/393822.asp>, 15/07/2008.

Adriyatik kıyılarına yönelerek arttırmak ve Güney istikametinde Türkiye'yi by-pass ederek yeni boru hatlarının oluşturulması çabası içerisinde. Rusya, Sovyet döneminde inşa edilen ve Rusya'dan Romanya ve Bulgaristan sınırına kadar uzanan Drujba (Dostluk) Boru Hattı'nın Adriya Petrol Boru Hattı ile birleştirmek istemektedir. Tüm bu görüşler o dönemki Rusya Devlet Başkanı V. Putin tarafından dilendirilmiştir.¹³⁷ Petrol taşımacılığı konusunda Rusya'nın Türk Boğazları ve BTC Projesi'ne bakışını yansıtan bu görüşlerin dile getirilmesinin hemen ardından Rus petrolünü ulaştırmadan sorumlu Transneft Şirketi, Rusya'nın Transtrakya Boru Hattı Projesi'ne katılma kararı aldığını duyurmuştur.¹³⁸

İnşasına 2005 yılında başlanması planlanan 198 km uzunluğundaki Transtrakya Projesi için Haziran 2003'te özel sektör tarafından ilk müracaat yapılmış, fakat bir türlü Bakanlar Kurulu gündemine alınmamıştır. Doluluk (throughput) garantisi olan projenin yapım süresi 21 ay olarak öngörülmüşse de müracaatı sonuçlandırılmamıştır.

Türkiye'nin Transtrakya projesine alternatif Bulgaristan Burgas (Burgaz) ile Yunanistan Alexandroupolis (Dedeağaç) arasındaki 178 mil (285 km) uzunluğundaki hattır. Bu proje Türkiye'yi ve Türk boğazlarını bypass etmektedir. Yıllık 20 milyar ABD Doları ticaret yapılan Rusya, ticarete Almanya'nın ardından Türkiye için ikinci en büyük pazardır. Türkiye, 2006 yılında Rusya'dan 28.5 milyar dolarlık fuel-oil, doğalgaz, ham petrol, LPG ve kömür ithal etmiştir. Rusya, Türkiye doğalgaz ithalinin %65'ini, ham petrol ithalinin %20'sini karşılamaktadır. Transtrakya projesinin rafa kalkması bu işbirliğini zedeleyecektir.

C. PETROL TAŞIMACILIĞI VE KİRLENME

Petrol kirliliği, denizdeki canlıların dokularında birikerek ve besin zinciriyle diğer deniz canlılarına geçerek deniz suyundakinin bin katı yoğunluğa ulaşabilmektedir. Deniz yüzeyindeki petrol, oksijen alışıverişini ve güneş ışınlarını da engellemektedir. Rafine edilmiş petrol ürünleri aynı miktardaki ham petrole oranla daha toksiktir. Suya yayılan petrol ürünü inceldikçe kötü etkisi daha da artar.¹³⁹

¹³⁷ *Hürriyet*, 27/05/2004.

¹³⁸ *Hürriyet*, 30/05/2004.

¹³⁹ Yakın geçmişin en önemli petrol kazalarından biri olan 1989 Exxon Valdez kaza-

Uluslararası hukuk kurallarının çevre sorunlarına ilişkin gösterdiği temel gelişme, uluslararası deniz alanlarının rejimleri ile ilgilidir. Söz konusu alanlardan en önemlilerden biri olan açık denizin korunmasına ilişkin ilk hukuki düzenleme, 12/05/1954 tarihli “Deniz Sularının Hidrokarbürlerle Kirlenmesinin Önlenmesine İlişkin Londra Sözleşmesi”dir. 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi, açık denizi de içerecek biçimde, çeşitli deniz alanlarında çevrenin korunmasını amaçlayan birçok hüküm içerir.¹⁴⁰

Günümüzde denizlerin kirlenmesi, başlıca beş ana nedene bağlanmaktadır. Bunlar,

- Gemilerden kirlenme,
- Atmosfer kökenli kirlenme,
- Gemilerden ve uçaklardan boşaltılan atıklardan kirlenme,
- Deniz yatağının ve toprak altının işletilmesinden kaynaklanan kirlenme,
- Kara kökenli kirlenmedir.¹⁴¹

Denizlerin gemilerden bırakılan çöp, sintina suları veya hidrokarbürlerden (örneğin petrol ve türevleri) kirletilmesi konusu özellikle 1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi’nin 194/3,b ve 211. maddeleri ile 217-221. maddelerinde düzenlenmektedir. Bu konudaki en temel anlaşma, 02/11/1973 tarihli Gemilerden Kirlenmenin Önlenmesi Sözleşmesi (MARPOL)’dir.¹⁴² Bu alandaki en önemli bölgesel düzenlemelerden bir diğeri de 1976 tarihli Barcelona Akdeniz’in Kirlenmeye Karşı Korunması Sözleşmesi’dir.¹⁴³

Deniz yatağının ve toprak altının işletilmesinden doğan kirlenme konusunda yetki, kıta sahanlığı veya münhasır ekonomik bölge üzerinde yetki olan devlete aittir.¹⁴⁴ Uluslararası deniz yatağının işletilmesinden doğacak zararları önleme görevi, Uluslararası Deniz Yatağı

sında 42 bin ton petrol denize yayılmış ve bu nedenle Alaska’da 400 binden fazla kuş ölmüş, insanlar da dahil birçok canlı zarar görmüştür. Bu kaza nedeniyle yaklaşık 19 bin adet dava açılmıştır.

¹⁴⁰ 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 192 - 237.

¹⁴¹ Pazarıcı, *a. g. e.*, II. Kitap, s. 473.

¹⁴² RG, 24/06/1990, 20558.

¹⁴³ RG, 12/06/1981, 17368.

¹⁴⁴ 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 208-214.

Otoritesi'ne¹⁴⁵ verilmiştir.¹⁴⁶ Özellikle “Londra Hidrokarbürlerden Kirlenmeden Doğan Zararların Hukuksal Sorumluluğu Uluslararası Sözleşmesi”, deniz yatağı veya toprak altının işletilmesinden doğabilecek zararlar nedeniyle hukuki sorumluluk sorununu düzenler.

Türk boğazlarında gemi trafiğinin artmasının da çevre kirlenmesine ve doğal hayatın bozulmasına çok olumsuz etkileri bulunmaktadır. Örneğin İstanbul Boğazı, Akdeniz ile Karadeniz arasında kendine özgü bir ekosistem oluşturmakta ve Akdeniz kökenli birçok balık türü Ege Denizi ve Marmara Denizi'ni geçerek Karadeniz'e ulaşmaktadır. Bu nedenle Türk Boğazları, Karadeniz ve Akdeniz'deki biyolojik çeşitliliğin devamı için hayati bir öneme sahiptir. Ancak özellikle İstanbul Boğazı uzun yıllardan beri deniz canlıları için doğal yaşam ortamı iken günümüzde kirlenmeden dolayı üretkenliğini yitirmiştir. Türk boğazları, çok önemli bir biyolojik koridor olmasına karşın, yılda ortalama 50 bin gemi bu suyunu kullandığından, sürekli kirletilmektedir. Karadeniz'de yaşayan deniz canlısı türlerinin büyük çoğunluğu Akdeniz göç kökenlidir. Ancak son yıllarda söz konusu göç ekolojik dengenin bozulması nedeniyle bugün çok yavaşlamıştır.

Türkiye “Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu İle İlgili Uluslararası Sözleşme” ile “Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması İle İlgili Uluslararası Sözleşme (FUND)”yi önce çekince koyarak 27/01/2000 tarih ve 4507 ve 4508 sayılı kanunlarla, ardından çekinceyi kaldırarak 26/04/2001 tarih ve 4658 sayılı kanunla onaylamıştır. Türkiye 1990 tarihli “Petrol Kirliliğine Karşı Hazırlıklı Olma, Müdahale ve İşbirliği İle İlgili Sözleşme (OPRC)”yi de 11/06/2003 tarih ve 4882 sayılı kanun ile onaylayarak iç hukukuna dahil etmiştir.

V. ÖNEMLİ PETROL TEDARİKÇİLERİ

A. ULUSLARARASI TEŞKİLATLAR

Dünyada OPEC ve AOPEC olmak üzere petrol tedarikçileri tarafından kurulan iki önemli teşkilat vardır. Bunlardan OPEC, diğerine

¹⁴⁵ 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 156-191. maddelerinde düzenlenen Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi, Sözleşme'ye taraf olan bütün devletlerin üyesi bulunduğu uluslararası bir örgüttür. Otorite'nin ana organları, Genel Kurul, Konsey ve Sekreteryadır. Ayrıca, uluslararası deniz yatağını doğrudan işletmekle görevli İşletme (Teşebbüs, Enterprise), bu örgütün önemli organlarından biridir.

¹⁴⁶ 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 145.

kıyasla çok daha önemli bir konumda bulunmakta ve petrol fiyatları konusunda aldığı kararlarla dünya ekonomisinin genel durumunu etkileyebilmektedir.

1. OPEC

Ham petrol fiyatlarında yaşanan düşüşü durdurmak amacıyla Venezüella'nın girişimleri sonucunda 14/09/1960'ta Bağdat'ta İran, Irak, Kuveyt, Suudi Arabistan ve Venezüella tarafından kurulan "OPEC (*Organization of the Petroleum Exporting Countries, Petrol İhraç Eden Ülkeler Teşkilatı*)", gelişmekte ve temel gelir kaynağı petrol olan 11 devletten oluşan ve üyelerinin izlediği petrol politikalarını koordine eden uluslararası bir kuruluştur. Üyeler,¹⁴⁷ petrol üretiminde egemenliklerini korumaya devam etmekte, üretim miktarının ve bunun üyelere dağılımının belirlenmesinde eşit söz hakkına (bির oy) sahip bulunmaktadır.

Beş kurucu üyenin (İran, Irak, Kuveyt, Suudi Arabistan, Venezüella) yanında teşkilatın diğer üyeleri ve üyelik tarihleri şöyledir: Katar (1961), Endonezya (1962), Libya (1962), Cezayir (1969), Nijerya (1971), Birleşik Arap Emirlikleri (Abu Zabi 1967, BAE 1977).¹⁴⁷

Coğrafi bölge esasına dayanmayan bir teşkilat olan OPEC'in petrol fiyatlarında yaptığı büyük artışlar, 1970'li yıllarda dünya ekonomisi üzerinde derin etkiler doğurmuştur. Ancak 1980'lerden sonra üyeler arasında dayanışmanın bozulması, petrol tüketimindeki azalma ve teşkilat dışı İngiltere ve Meksika gibi ülkelerin üretimde sağladığı artışlar ve ardından gelen Körfez Krizi (1990), OPEC'in dünya petrol piyasası üzerindeki egemenliğini önemli ölçüde zayıflatmıştır.¹⁴⁸

OPEC'in kuruluş amacı,

- Üyelerinin düzenli bir petrol geliri elde etmesi,
- Tüketici ülkeler için verimli, ekonomik ve düzenli bir petrol arzı bulunması,
- Petrole yatırım yapan sanayilerin adil bir getiri kazanmalarınıdır.

¹⁴⁷ Üyelik, net petrol ihracatçısı olan ve kuruluşun hedeflerini benimseyen tüm ülkelere açıktır.

¹⁴⁸ Seyidoğlu, H., *Uluslararası İktisat, Teori, Politika ve Uygulama*, Geliştirilmiş 12. Baskı, İstanbul, 1998, s. 283.

Bu amacı gerçekleştirmek için OPEC, zarar verici ve gereksiz fiyat dalgalanmalarını önleyerek uluslararası petrol piyasalarında fiyat istikrarını sağlamaya çalışmaktadır.¹⁴⁹

Olağanüstü toplantılar dışında Mart ve Eylül aylarında olmak üzere yılda iki kez toplanan OPEC Kongresi'nde genel strateji ve uygulanacak planlar belirlenir. Kongre, genellikle üye ülkelerin petrol, maden ve enerji bakanlarından oluşan Temsilciler Kurulu tarafından toplantıya çağrılır. Kongre'de Yönetim Kurulu seçilmekte, teşkilatla ilgili konularda Yönetim Kurulu'nun sunduğu rapor ve önergeler incelenmekte, üyelikle ilgili kararlar alınmakta ve Yönetim Kurulu tarafından sunulan bütçe incelenip onaylanmaktadır. Yönetim Kurulu, teşkilatın idaresini sağlamakla yükümlü organdır.¹⁵⁰

OPEC, resmi olarak petrol piyasasını kontrol etme yetkisinde olmayıp, gücünü pazar payından almaktadır. Dünya üzerindeki petrol rezervlerinin %78'ine (811.526 milyon varil) sahip olan OPEC üyeleri tarafından tüm petrol üretiminin %41'i ve doğalgaz üretiminin %15'i gerçekleştirilmekte, petrol ihracatının %55'i yine bu ülkelerden yapılmaktadır.¹⁵¹

OPEC'in üretim kararlarının dünya petrol fiyatlarına etkisi, petrol ürünlerinin fiyatlarında gerçekleşen değişimlerden ayrı değerlendirilmelidir. Birçok ülkede tüketicilerin cebinden çıkan paranın büyük kısmını vergiler oluşturmakta, benzine ödenen para ham petrol fiyatının 3-4 misline kadar ulaşmaktadır.¹⁵² Bu gibi durumlarda dünya petrol fiyatlarında yaşanan değişimlerin tüketici fiyatları üzerindeki etkisi ikinci planda kalmaktadır.¹⁵³

¹⁴⁹ Yıldırım, *a. g. e.*, s. 46.

¹⁵⁰ Genel merkez olarak görev yapan ve teşkilatın Yönetim Kurulu'nun idaresinde yönetimini sağlayan "OPEC Sekreteryası'nın merkezi 1961 yılında İsviçre'de kurulmuş, 1965 yılında ise Avusturya'ya taşınmıştır. Uluslararası petrol piyasalarında istikrarın sağlanmasına katkıda bulunmak amacıyla Sekreterlik bünyesinde özel bir yapı olarak "Ekonomik Komisyon" oluşturulmuştur.

¹⁵¹ Yıldırım, *a. g. e.*, s. 47.

¹⁵² Örneğin ülkemizde petrol ürünlerinin pompa satış fiyatının %70'i aşan kısmı ÖTV ve KDV'dir.

¹⁵³ Özellikle G8 ülkeleri (ABD, Kanada, Japonya, Fransa, Almanya, İtalya, İngiltere ve Rusya) 1996-2000 yılları arasında petrol vergilerinden toplam 1.3 trilyon ABD Doları kazanırken, OPEC ülkelerinin bu dönemde petrol geliri 850 milyar ABD Doları'nda kalmıştır, OPEC, Who gets what from imported oil?, PR & Information Department, 2001.

Petrol tüketim vergilerinin fiyatları yükseltmesi, OPEC üyeleri aleyhine sonuçlar doğurur. Bu olumsuz sonuçlar arasında yüksek tüketici fiyatlarının küresel talep artışını yavaşlatması sayılabilir. Talep artışının asıl kaynağı Uzakdoğu Asya ülkeleridir.

Petrol üzerindeki tüketim vergilerinin gelirini düşürdüğünü savunan OPEC, petrol ihracatçısı ülkelerin petrol dışındaki çoğu ürünün ithalatçısı olduklarına ve gelirin azalması durumunda ithalatın düşeceğine, dolayısıyla diğer pek çok ülkenin ihracat gelirinin azalacağına ve dünya ekonomisinin spiral etkiyle OPEC üyeleriyle birlikte zarar göreceğine dikkat çekmektedir.¹⁵⁴

Günümüzde Asya, Batı Avrupa ve Kuzey Amerika'nın Ortadoğu petrolüne bağımlılığı giderek artmaktadır.¹⁵⁵ Bugün petrol talebindeki payı giderek artan Asya ülkelerinin petrol tüketiminin tamamına yakını, özellikle sanayi alanında petrolü yoğun olarak kullanan Batı Avrupa petrol talebinin dörtte biri ve dünyanın en büyük petrol tüketicisi olan Kuzey Amerika bölgesinin tüketiminin beşte biri OPEC'in Ortadoğu üyelerinden karşılanmaktadır.

2. OAPEC

1968 yılında kurulan ve merkezi Kuveyt'te bulunan "OAPEC (Organization of Arab Petroleum Exporting Countries, Arap Petrol İhraç Eden Ülkeler Teşkilatı)"nın kuruluş amacı,

- Petrol sanayiyle ilişkili ekonomik faaliyetlerde üye ülkeler arasında işbirliğini geliştirmek,
- Petrol sanayinde üyelerin yasal çıkarlarını koruma yollarını belirlemek,

¹⁵⁴ Yıldırım, *a. g. e.*, s. 48.

¹⁵⁵ Uluslararası Enerji Ajansı (IEA), petrol ithal eden ülkeleri Ortadoğu petrolüne daha fazla bağımlı olmamaları konusunda uyarmıştır. Uluslararası Enerji Ajansı'nın uyarısı, Eylül 2003'te Japonya'nın Osaka kentinde başlayan ve 60 ülke temsilcisinin katıldığı "Uluslararası Enerji Forumu"nda gündeme gelmiştir. Forumda dağıtılan raporda, Ortadoğu'nun taşıdığı risklerin bir savaş veya kriz durumunda enerji sağlamayı tehlikeye düşürebileceği belirtilmiştir. Raporda, Körfez Savaşı'nın gerçekleştiği 1990 yılından sonra uluslararası enerji politikalarında önceliği "tedarik güvenliği"nin aldığı *ilk kez* vurgulanmıştır, <http://www.ntvm5nbc.com>, 21/09/2003.

- Tüketici piyasalarına petrol arzının eşit ve uygun miktarlarda olmasını sağlamak için ortak çalışmalar yürütmek,
- Petrol sanayindeki sermaye yatırımları ve ekspertiz için uygun bir ortam yaratmaktır.¹⁵⁶

OAPEC'in 11 üyesi vardır. Bunlar Cezayir, Bahreyn, Mısır, Irak, Kuveyt, Libya Arap Sosyalist Halk Cemahiriyesi, Katar, Suudi Arabistan, Suriye, Tunus (üyeliği 1986'da dondurulmuştur) ve Birleşik Arap Emirlikleri'dir.

Teşkilatın en yetkili organı "*Bakanlar Konseyi*"dir. Her bir üyenin petrol bakanlarından oluşan Konsey, teşkilatın genel politikasını belirlemek, faaliyetlerini yürütmek ve yönetimiyle ilgili kuralları koymakla yükümlüdür. Yılda en az iki kez toplanan Konsey'de başkanlık yapacak üye her yıl değişmektedir.

Teşkilatın bir diğer organı "*İdari Büro*", teşkilatın yönetiminde Konsey'e yardımcı olmakta, Sekretarya'nın personel düzenlemelerini onaylamakta, bütçe taslağını yeniden incelemekte ve Genel Sekreter'in görüşleri ile birlikte Konsey'e göndermekte, anlaşmanın uygulanması ve teşkilatın faaliyet ve görevlerindeki performansı ile ilgili görüş bildirmekte ve Konsey'in gündemini belirlemektedir.

"*Genel Sekretarya*" ise, teşkilatın faaliyetlerini planlamakta ve yürütmektedir. Genel Sekreterya, 3 yıllık bir dönem için atanan bir genel sekreter ile en fazla 3 adet genel sekreter yardımcısından müteşekkildir. "*Arap Enerji Çalışmaları Merkezi*", Sekretarya bünyesinde faaliyet gösterir.

Teşkilat bünyesinde yer alan bir diğer organ "*Adli Mahkeme*"dir. Adli Mahkeme, üye ülkeler arasında veya üye ülkeyle üye ülkenin topraklarında faaliyet gösteren bir petrol şirketi arasında petrolle ilgili konularda ortaya çıkan anlaşmazlıklarda uzlaştırıcı görev yapan uzmanlaşmış bir mahkemedir. Mahkeme, ülkelerinde en yüksek mevkiilerdeki hakimlerden veya uluslararası üne sahip hukukçulardan oluşmakta, kararları kesin nitelik taşımakta ve anlaşmazlığın taraflarını bağlamaktadır.

¹⁵⁶ <http://www.dtm.gov.tr/>

B. ÜLKELER

1. Suudi Arabistan

Suudi Arabistan petrol rezervleri yönünden en zengin ülkedir. Yüksek petrol gelirlerine karşın 1981 yılında 29 bin ABD Doları'na yaklaşan milli geliri 2000 yılında 6.700 ABD Doları'na düşmüştür. 2006 yılı verilerine göre 366,2 milyar ABD Doları GSYİH'na sahip olan Suudi Arabistan'da kişi başına düşen milli gelir 14.650 ABD Doları'dır.

Suudi Arabistan'ın ekonomisi tamamen petrole bağımlıdır. Petrol fiyatlarındaki 1 ABD Dolarlık artış, Suudi Arabistan'ın ihracat gelirini yıllık 3 milyar ABD Doları artırmaktadır. Suudi Arabistan'ın ihracatının %95'ini, bütçe gelirlerinin %80'ini ve GSMH'nin %40'ını petrol sektörü oluşturmaktadır.¹⁵⁷

Suudi Arabistan, 2006 Ocak verilerine göre kesinleşmiş 267 milyar varil petrol rezerviyle dünya petrol rezervlerinin %25'ine sahiptir. Topraklarında 77 petrol sahası bulunmasına karşın bunların sadece 8 tanesi petrol rezervlerinin yarısını sağlamaktadır. Devlet eliyle işletilen petrol şirketi Suudi Aramco'nun petrol üretimi, dünyanın önde gelen petrol şirketlerinden BP'nin üretiminin 3 katına yaklaşmaktadır.

Petrol Üretimi	11 milyon varil/gün (2007)
Petrol Tüketimi	2 milyon varil/gün (2005)
Petrol İhracatı	8.9 milyon varil/gün (2007)
Petrol Rezervi	266.8 milyar varil (2006 Ocak)

Kaynak: <http://www.dtm.gov.tr/>

Bugün itibariyle dünya ham petrol üretiminin %14'ünü Suudi Arabistan gerçekleştirmektedir. 2007 verilerine göre 11 milyon varil/gün üretimin 2 milyon varili iç tüketimde, kalan 9 milyon varili ise ihracatta kullanılmaktadır. İlk petrol ihracatını 1939 yılında gerçekleştiren Suudi Arabistan, bugün ABD, AB, Çin ve Japonya'nın en büyük ham petrol tedarikçisi konumundadır. Ancak son yıllarda Venezüella, Kanada ve Meksika gibi "yeni" üreticiler Suudi Arabistan'ın ABD pazarındaki konumunu sarsmaktadır.

¹⁵⁷ <http://www.bp.com/>

Avrupa pazarına ve Kızıl Deniz’de bulunan ihraç terminallerine açılan Abqaiq-Yanbu arasındaki “Doğu-Batı Ham Petrol Boru Hattı”, Suudi Arabistan’ın başlıca petrol boru hattı olup, Lübnan’a açılan “TAPLINE (Trans Arabian Boru Hattı)” kullanılmamakta ve Irak-Suudi Boru Hattı I. Körfez Krizi’nin ardından kapatılmış bulunmaktadır.

Petrol rezervleri, pazar payı ve yedek üretim kapasitesi, Suudi Arabistan için uzun dönemde stratejik önem taşımakta, başta dünya ham petrol tüketiminin dörtte birine sahip olan ABD’yi enerji güvenliği konusunda kendine bağımlı duruma getirmektedir. Yedek üretim kapasitesi Suudi Arabistan’ı OPEC lideri ve herhangi bir krizde “son müracaat merci (last resort)” konumuna getirmektedir.¹⁵⁸

ABD’nin 10 mbd ithalatının 1.7 mbd’sini tedarik eden Suudi Arabistan, ABD’ye coğrafi bakımdan daha yakın bulunan petrol üreticilerine ABD ithalatındaki payını kaptırmamak için, nakliye masraf farklarını üstlenmek durumunda kalmaktadır. Suudi Arabistan böylece bu fark nedeniyle ABD’ye varil başına örtülü olarak 1 ABD Doları indirim yapmaktadır ki bu, ABD’ye yılda 62 milyar ABD Doları kaynak aktarılması anlamına gelmektedir. Ancak 11 Eylül olayından sonra yakalanan teröristlerin çoğunun Suudi uyruklu olması, Bush yönetiminin önemli OPEC üyelerine üretimi artırmaları için baskı yapması ve bu baskılara olumsuz cevaplar verilmesi, Arap-İsrail barış sürecinde ABD’nin daha önce oynadığı aktif rolden vazgeçmesiyle ABD-Suudi Arabistan arasında süregelen ilişkiler gerilmiştir.¹⁵⁹

Son Irak hareketinin ardından, Irak’taki petrol rezervleri ve üretimi konusunda otoriteler tarafından yapılan iyimser tahminler, Suudi Arabistan’ın konumunun sarsılabileceğini gündeme getirmektedir. Hedefi gelir istikrarı olan ve Suudi Arabistan’ı da geçerek en büyük günlük üretim kapasitesine ulaşan Rusya, gerek ABD ile ilişkilerinde gerekse tüm petrol piyasasındaki işlevinde Suudi Arabistan için risk oluşturmaktadır.

¹⁵⁸ 1996-1997 yıllarında Venezüella’nın OPEC kotası olan 2,3 mbd’yi (milyon varil/gün) aşarak üretimini 3 mbd’ye çıkarması ve Suudi Arabistan’ın ABD’nin bir numaralı tedarikçisi olma özelliğini elinden alması üzerine Riyad, önce Karakas ile müzakereler yaparak sorunu çözmeyi denemiş, sonuç alamayınca 1998 yılında üretimini 1 mbd civarında artırarak petrol fiyatlarının fazlasıyla düşmesine sebep olmuştur. Bu, ülkenin petrol gelirlerini o yıl için azaltmış olsa da, OPEC liderliğini sağlamlaştırmış ve OPEC üyesi olmayan ülkelere de gözdağı vermiştir.

¹⁵⁹ Bkz. Morse, E. L., Richard, J., *The Battle For Energy Dominance*, Foreign Affairs, Y. 81, S. 2, s. 16-31.

2. Irak

Irak, 113 milyar varillik petrol rezerviyle dünyada ikinci büyük petrol rezervine sahip ülke konumundadır. Irak'ta saptanmış 73 petrol havzası bulunmakta ve bunların sadece 15'i işletilebilmektedir.¹⁶⁰

Ülkenin petrol üretiminin büyük bölümü yedi merkezden sağlanmaktadır. Kuzeydeki en büyük merkez günde 700 bin varil üretim kapasitesiyle Kerkük, güneydeki ise Rumayla kentidir. 1972 yılında devletleştirilen petrol sektörü, en yüksek üretim rakamlarına günlük 3.5 milyon varil ile 1979 yılında ulaşmıştır. İran Savaşı ve ardından gelen uluslararası yaptırımlar nedeni ile bir daha geçmiş üretim rakamları yakalanamamıştır. 1989 yılında 2.8 mbd olan petrol üretimi, 1991 yılında Körfez Savaşının başlamasından sonra günde 279 bin varile kadar gerilemiştir. Rezervleri bakımından ikinci sırada yer alan Irak'ın petrol üretimi 2001 yılında 2.4 mbd olarak gerçekleşmiş ve bu üretim dünya toplamının ancak % 3'ünü oluşturmuştur. 2002 yılı üretimi 2 mbd düzeyindedir ve bunun 1.5 mbd'si ihraç edilmiştir.

Irak, OPEC üyesi olmasına karşın, üretim düzeyini OPEC üretim kotalarından bağımsız olarak belirlemektedir. Irak, İsrail'in işgal ettiği Filistin topraklarından geri çekilmesini sağlamak için, ABD'nin Irak hareketına başlamasından birkaç gün önce OPEC üyesi ülkeleri ABD ve İsrail'e karşı petrol ambargosu uygulamaya çağırmıştır. Irak'ın ambargo çağrısına İran destek vermiştir. Bu girişimle diğer Müslüman Ortadoğu ülkelerinin (özellikle Suudi Arabistan'ın) desteğini almak ve ABD'ye gözdağı vermek isteyen Irak başarılı olamamıştır. İlginç olan nokta OPEC'in, "İsrail-Filistin sorununda petrolün silah olarak kullanılmasının düşünülemeyeceği" biçiminde yaptığı açıklamadır.¹⁶¹

Nisan 2003 itibariyle Irak'ın Kerkük bölgesindeki petrol yataklarında petrol üretimine yeniden başlanmıştır. "Yeniden İnşa ve İnsani Yardım Ofisi (ORHA)"ne göre bölgede ilk aşamada günlük 60 bin varil üretim yapılmaya başlanmış, güneydeki kuyularda da aynı tarihlerde günde 175 bin varil petrol üretimi başlatılmıştır.

¹⁶⁰ Ülkedeki petrol rezervlerinin 220 milyar varilin çok daha üzerine çıkabileceği ve ABD'nin 100 yıllık petrol ihtiyacını karşılayacak düzeyde olduğu hesaplanmaktadır. Irak'taki tüm petrol kaynaklarının işletilmesi halinde, rezervlerin 300 milyar varile çıkabileceği belirtilmektedir. Bu tahminlerin gerçekleşmesi halinde, Irak, petrol rezervi 260 milyar varil olan Suudi Arabistan'ı geçecektir.

¹⁶¹ <http://www.ntvmsnbc.com/>, 01/04/2003.

Mayıs 2003'te Irak'ın ham petrol üretimi 0.8 mbd'ye yükselmiştir.¹⁶² *"Stratejik Araştırmalar Enstitüsü (Center For Strategic and International Studies-CSIS)"*, Irak'taki petrol sektörünün yeniden yapılandırılmasında en büyük engelin savaşlar nedeniyle tecrübeli mühendis ve işçilerin büyük bölümünün yitirilmesi, yatırımların durması ve sektörün teknoloji ve know-how açısından çok geri kalması olduğunu belirtmiştir. 1998 ve 2000 yıllarında Irak petrol sektörü hakkında inceleme yapan Hollandalı *"Saybolt International"*, sektörün teknolojisini *"acınacak durumda"* diye nitelendirmiştir.¹⁶³

Petrol ekonomisti Daniel Yergin, 5-7 milyar ABD Doları bir yatırımla 2010 yılına kadar Irak'taki petrol üretiminin iki katına çıkarılabileceğini ve işletilmeyen 58 petrol havzasının üretime geçebilmesi için yaklaşık 30 milyar ABD Doları kaynak ayrılması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁶⁴

CSIS, savaş sonrasında Irak'ın petrol üretiminin kısa vadede 3.2 mbd, 2010 yılı itibariyle de 4 mbd'ye çıkabileceğini tahmin etmektedir.¹⁶⁵ Son Irak hareketinin ardından Irak petrollerini işletme hakkının kime ait olacağı tartışılmaya başlanmıştır. Bu hakkın ABD, BM veya Irak milli petrol şirketlerine mi ait olacağı henüz netlik kazanmamıştır. Saddam yönetimiyle Batı Kurna havzası için 1997 yılında bir anlaşma imzalamış olan Rus Lukoil gibi firmalar daha önce elde ettikleri hakları korumaya çalışırken, ABD ve İngiltere öncülüğünde petrol sektörünün özelleştirilmesi gündeme gelmiştir.¹⁶⁶

Dünyanın ikinci büyük petrol rezervine sahip ülkesi olan Irak dış gelirlerinin tamamına yakınına petrol ve petrol ürünleri ihracatından elde etmektedir. Irak, Körfez Savaşı sırasında önemli ölçüde zarar gören petrol üretim tesisleri ve rafinerilerinin önemli bir bölümünü işler hale getirmiştir. Ancak petrol üretiminin istikrarlı bir biçimde artırılması için bu tesislerin tamamına yakınının rehabilite edilmesi ve yeni sahaların geliştirilmesi için büyük yatırımlar yapılması gerekmektedir.

¹⁶² <http://www.opec.org/>, 15/06/2003.

¹⁶³ <http://www.ntvmsnbc.com/>, 22/01/2003.

¹⁶⁴ <http://www.ntvmsnbc.com/>, 09/04/2003.

¹⁶⁵ <http://www.ntvmsnbc.com/>, 22/01/2003.

¹⁶⁶ 08/04/2003'te G. Bush ve T. Blair ortak bir açıklamayla Irak petrolünün yine Irak halkının egemenliğinde kalacağını ve yine sadece Irak halkının yararı için kullanılacağını söylemişlerdir. Ancak "Irak halkının yararına" ifadesinin ne anlama geldiği açık değildir, <http://www.economist.com/>, 12/04/2003.

3. İran

İran, 60 milyon nüfus, 100 milyar ABD Doları GSYİH ve kişi başına düşen 1.500 ABD Doları milli gelire bir petrol ve doğalgaz ülkesidir. İran, dünya petrol rezervlerinin %9'una sahip olup, doğalgaz rezervlerinde Rusya'dan sonra ikinci sırada yer almaktadır.

İran'ın yıllara göre ihracatı ham petrol fiyatlarına bağlı bir seyir izlemiş, ham petrol fiyatlarının 22,00 ABD Doları civarında olduğu 1996-1997'de 22.4 milyar ABD Doları olarak gerçekleşmiş, 1997-1998'de 18.2 milyar ABD Doları'na gerilemiş ve 1998-1999'da ham petrol fiyatlarının 10,00 ABD Doları seviyesine inmesine paralel olarak 14.5 milyar ABD Doları olarak gerçekleşmiştir.

İran'ın en önemli ihraç kalemini ham petrol teşkil etmektedir. Petrolden elde edilen ihracat gelirleri toplam ihraç gelirlerinin %75'ini oluşturmakta ve dünya ham petrol fiyatlarına bağlı olarak artmakta veya azalmaktadır.

Petrol tedarikçisi önemli ülkelerden biri olan İran, petrol satışı için ortak banka ve ortak döviz önerisinde bulunmuş ve petrol satışında kullanılacak para biriminin uluslararası para piyasalarında geçerliliği yüksek bir döviz olması gerektiğini ve petrol üreticilerinin ABD Doları'ndan vazgeçerek başka bir döviz kullanmasının doğru olacağını belirtmiştir. İran, 2006 yılından bu yana uluslararası ticarete ABD Doları kullanmamaktadır. Tahran'ın petrol ihracatı büyük oranda Euro para birimine dayanmaktadır.^{167, 168}

Petrol üretimindeki payını, son yıllarda, siyasi etkileri olan ekonomik bir güç olarak kullanmaya başlayan İran, 21 Mart 2007-20 Şubat 2008 tarihlerini kapsayan 11 aylık dönemde, 70 milyar ABD Doları tutarında petrol ve petrol ürünü ihraç etmiştir. Söz konusu dönemde ham petrolün ortalama varil fiyatının 74 ABD Doları olduğu dikkate alınacak olursa, İran bu dönemde OPEC kararları doğrultusunda

¹⁶⁷ İran, Aralık 2007'den bu yana petrol satışında ABD Doları kullanmamaktadır. İran Petrol Bakanı Gulamhüseyn Nozeri, petrol satışını ABD Doları üzerinden yapmayı tamamen durduklarını belirterek "Değer kaybı ve petrol ihracatçılarının uğradığı zarar göz önüne alınca dolar güvenilir bir para birimi oldu" demiştir, <http://www.ntvmsnbc.com/news/429120.asp>, 11.12.2007.

¹⁶⁸ İran Cumhurbaşkanı Ahmedinejad, 2007 yılında Suudi Arabistan'daki OPEC zirvesinde yaptığı konuşmada, ABD Doları'ndan "değersiz bir kağıt parçası" olarak söz etmiştir, <http://www.ntvmsnbc.com/news/441974.asp>, 08.04.2008.

günlük 2.5 milyon varil ham petrol ihraç etmiştir. İran'ın 2007 yılına ait petrol geliri 60 milyar ABD Doları olarak açıklanmıştır. Dünyada dördüncü, OPEC'in ise Suudi Arabistan'dan sonra ikinci büyük petrol üreticisi konumundaki İran, günlük 4.2 milyon varil ham petrol üretmektedir. Günlük 2.5 milyon varil ham petrol ihraç eden İran, OPEC'in petrol üretim miktarının da azaltılması gerektiğini savunmaktadır.¹⁶⁹

4. Rusya Federasyonu

Rusya dünya petrol pazarında stratejik bir konuma sahiptir. 2002 yılında günlük ortalama 7.3 milyon varil üretim ve 4.8 milyon varil ihracat yapan Rusya'da, petrol fiyatlarındaki artışa paralel olarak son yıllarda hızlı bir ekonomik iyileşme gözlenmektedir. Bugün itibariyle dünya ham petrol üretiminin %12'sini Rusya gerçekleştirmektedir.

Halen dünyadaki kesinleşmiş petrol rezervlerinin %6,2'si eski SSCB ülkelerinde bulunmakta ve bu bölgede yeni keşifler beklenmektedir.¹⁷⁰ Rusya, 2002 yılında günde 9.35 milyon varil petrol üretimiyle dünyanın en büyük günlük üretim kapasitesine ulaşmıştır. Petrol üretimi 2000, 2001 ve 2002 yıllarında toplam 15.9 mbd artmıştır. Böylece, geçmişte¹⁷¹ dünyanın en önemli petrol üreticisi olan Rusya'nın stratejik öneminin yeniden artacağı tahmin edilmektedir.

Bugün Rusya, OPEC ülkelerinin dışında, küresel petrol arzını etkileyen ve üretim seviyesiyle küresel fiyatlara yön verebilen bir ülkedir. Uluslararası Enerji Ajansı'nın 2006 yılı dünya enerji istatistiklerine göre, petrol ihracatında 258 milyon ton ile Rusya, Suudi Arabistan'dan sonra ikinci sıradadır. Rusya, Norveç ve Meksika OPEC üyesi olmayan üç önemli petrol üreticisi durumundadır. Ancak Norveç ve Meksika, tek pazara bağlı ihracat yaptıkları için küresel fiyatları etkileyemezken, Rusya fiyatlar üzerinde söz sahibidir. Rusya'nın değinilen bu

¹⁶⁹ İran Milli Petrol Şirketi Uluslararası İlişkiler Direktörü Hüccetullah Ganimiferd'in verdiği bilgilerden derlenmiştir, <http://www.ntvmsnbc.com/news/437211.asp>, 28.02.2008.

¹⁷⁰ Örneğin, Kazakistan'ın Kaşagan yöresinde 22 milyar varillik petrol kapasitesi olduğu tahmin edilmektedir. SSCB'den ayrılan diğer ülkelerde de Hazar Denizi tabanında yapılacak araştırmalar sonucu büyük rezervlere ulaşılabacağına kesin gözüyle bakılmaktadır.

¹⁷¹ SSCB döneminde 1987 yılında petrol üretimi 12.7 mbd'ye çıkmış, bu rakama halen Suudi Arabistan dahil hiçbir ülke erişememiştir.

konumu, OPEC'in etkisini azaltmayı planlayan ABD politikaları ile de uyumludur. ABD'nin hedefi küresel arzın sürekliliğiyle fiyat istikrarı iken, Rusya'nın hedefi gelir istikrarıdır. Irak'ta Rusya'nın Lukoil firması aracılığıyla sahip olduğu mevcut haklarının korunması halinde Orta Asya ham ve işlenmiş petrolünün Kazakistan, Azerbaycan ve Rusya üzerinden uluslararası pazarlara açılması ABD ile Rusya arasındaki karşılıklı çıkarları besleyebilecektir. Rusya petrol sektörünün liberal yapısı, petrol sektörü devletleştirilmiş OPEC ülkelerine karşı Rusya'ya avantaj sağlamaktadır.¹⁷²

Resmi Adı	Rusya Federasyonu
Yönetim Biçimi	Federal Cumhuriyet
Resmi dili	Rusça
Başkenti	Moskova
Yüzölçümü	17.075.000 Km ²
Nüfusu (2003)	145.000.000
Para Birimi	Ruble
Para Birimi Paritesi	1 USD= 28,54 Ruble (22 Haziran 2005, Rusya Merkez Bankası)
GSYİH	433 milyar USD (2003)
Dış Borç (kamu Kesimi)	97.1 milyar USD (2004)
İstihdam (2003)	66.3 milyon kişi
İşsizlik oranı	% 8.3 (Mart 2005)
Doğrudan Yatırımlar	9.5 milyar USD (yıllık, 2004)
Rusyadan Sermaye Çıkışı	9.5 milyar USD (yıllık, 2004)
Enflasyon	11.7 (2004 yıllık ortalama)
Cari İşlemler Dengesi	+ 60.1 milyar USD (2004)
Üyesi Olduğu Uluslararası Kuruluşlar	APEC, ASEAN, BIS, Avrupa Konseyi, BDT, AYKB (EBRD), AEK, G-8, IAEA, Dünya Bankası, IMF, ILO, Interpol, IOC, IOM (gözlemci), ISO, AGİT, BM Güvenlik Konseyi, DTÖ (gözlemci)

Kaynak: <http://www.dtm.gov.tr/>

¹⁷² Yıldırım, a. g. e., s. 57.

5. ABD ve Petrol Stratejisi

İlk kez II. Dünya Savaşı'ndan sonra İran Körfezi'nden petrol ithal etmeye başlayan ABD, 1971 yılında petrol ithalatı üzerinde uyguladığı kota uygulamasını kaldırmıştır. Dünya petrol tüketiminin %25,5'i ve petrol ithalatının %27'si ABD'ye aittir. ABD, petrol piyasasının en önemli alıcısıdır ve aynı zamanda Suudi Arabistan'dan sonra en yüksek üretim ABD'de gerçekleştirilmektedir. ABD'de petrol üretilen önemli bölgeler Teksas, Louisiana, California, Alaska, Oklahoma ve Kansas'tadır. Bugün itibariyle dünya ham petrol üretiminin %8'ini ABD gerçekleştirmektedir. 2000 yılında 352.6 milyon ton ham petrol üreten ABD, 2001 yılında 349.2 milyon ton, 2002 yılında 346.9 milyon ton, 2003 yılında 338.4 milyon ton, 2004 yılında 329.8 milyon ton, 2005 yılında 313.3 milyon ton ham petrol üretmiştir.

Uluslararası Enerji Ajansı'nın 2006 yılı dünya enerji istatistiklerine göre, petrol ithalatında 577 milyon ton ile ABD ilk sıradadır. En büyük petrol alıcısı ABD ile en büyük petrol tedarikçisi Suudi Arabistan arasında petrole dayanan bir işbirliği oluşmuştur. Dünya petrol tüketimi artışının üçte birinden fazlasını sağlayan ABD'nin petrol ithalatının %17'sini Suudi Arabistan tedarik etmektedir. Suudi Arabistan'ın OPEC liderliği rolü ile petrol fiyatlarının istikrarına etkisi ABD'yi yakından ilgilendirmektedir. Suudi Arabistan'ı diğer petrol üreticilerinden ayıran ve kriz anında can simidi görevi yapan yedek üretim kapasitesi, ABD'nin petrol güvenliği stratejisinin temel unsurlarından biridir. Bunun karşılığında ABD, Suudi Arabistan'a zaman zaman finansal kaynak sağlamakta, Suud ailesinin egemenliğini korumakta, krallığın petrol kuyularını ve toprak bütünlüğünü savunmasına yardımcı olmaktadır.

Irak hareketi, ABD'nin yeni petrol stratejisi ile paraleldir. Mayıs 2001'de "ABD Ulusal Enerji Politikaları Geliştirme Grubu (NEPD)" tarafından hazırlanan "Ulusal Enerji Stratejisi Belgesi"nin çizdiği strateji, 10 yıl içinde küresel talebin tekrar canlandırılmasını amaçlamaktadır. Küresel ekonomik büyümenin anahtarı petrol ve enerji piyasalarında gösterilmiş ve aşağıdaki maddeler temel unsurlar arasında sayılmıştır:¹⁷³

- Küresel enerji kaynakları arzında yer alan bölge ve ülke sayısı artırılmalı ve çeşitlendirilmeli,

¹⁷³ Gürlesel, a. g. e., s. 23-24.

- Orta-uzun vadede daha istikrarlı ve güvenli bir küresel enerji piyasası oluşturulmalı,
- Enerji kaynaklarında dışa bağımlılık dengesi korunmalı,
- Arz kaynakları çeşitlendirilmelidir.

❖ Büyük (Genişletilmiş) Ortadoğu Projesi (BOP)

Büyük Ortadoğu Projesi (BOP) sıkça gündeme gelen bir konudur. Bu projenin Ortadoğu'yu konu edinmesi, akla petrolle yakın bir ilgisinin bulunabileceği sorusunu getirmektedir.¹⁷⁴ 11 Eylül sonrası¹⁷⁵ "terörizmle savaş" maskesi altında Irak'ı işgal eden ABD ve İngiltere, Irak'ı bütün Ortadoğu'nun örnek alacağı son derece çekici bir model yapmayı vaat etmiştir.¹⁷⁶ Son 30 yıl içinde ABD siyasetinin özü Arap demokrasisine terstir. İzlenen strateji, İsrail'in savunmasının finansmanı ve belli bir barış sürecinin öne çıkarılması, Mısır ve Ürdün'de ABD yanlısı yönetimlere destek verilmesiyle Basra Körfezi petrol devletlerinde hüküm süren ailelerle, özellikle Suudiler ile sıkı bir ittifakın geliştirilmesi biçiminde gerçekleşmiş, öte yandan Irak'ın işgali, ABD'nin Irak halkının refahından çok petrol ve egemen askeri konumu ile ilgilendiği izlenimini güçlendirmiştir.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Bu yakın ilgiden olacak, haftalık siyasi haber dergisi *Nokta* anılan projeyi "Büyük Ortadoğu Petrolleri" başlığı ile duyurmuştu. Zira sonuçta her ikisinin kısaltılmışı da "BOP"tur, bkz Çakır, I. G., *Büyük Ortadoğu Petrolleri*, *Nokta*, Y. 23, S. 1083, 05-11 Nisan 2004, s. 40-56.

¹⁷⁵ Aslında BOP için ilk adımlar daha önce atılmıştır. 1998 yılında Amerikan Ulusal Savunma Üniversitesi bünyesinde yer alan üst rütbeli askerler denetiminde hazırlanan "Güç Değerlendirme Raporu", Ortadoğu'nun ABD açısından nasıl vazgeçilemez bir enerji (petrol) kaynağı olduğundan, ancak başarısız ve haydut rejimlerin bölgedeki istikrarsızlığı körükleyerek yer altı kaynaklarının güvenli kullanımını engellediğinden söz ederek ABD-Türkiye-İsrail çizgisinde Büyük Ortadoğu adında bir güvenlik ve işbirliği anlayışı öngörmekte idi. 11 Eylül'ün ardından 06/11/2003'te ABD Başkanı George W. Bush, BOP'ü ülkesinin yeni Ortadoğu stratejisi olarak ilan etmiştir. 06/02/2004'te ise, ABD Başkan Yardımcısı Dick Cheney, Davos'ta düzenlenen Dünya Ekonomik Forumu'ndaki konuşmasında, "Büyük Ortadoğu'da reformlar için çalışan, kendini feda eden herkese destek vermek görevimizdir" diyerek BOP'a göndermede bulunmuştur.

¹⁷⁶ Achcar, G., "Büyük" Ortadoğu Projesi, *Le Monde Diplomatique-Vatan*, 21-27 Mart 2004, s. 1.

¹⁷⁷ Schwenninger, S., "Rewamping American Grand Strategy", *World Policy Journal*, 2003, nak. Achcar, a. g. e., s. 4.

BOP, dünyanın kanıtlanmış petrol rezervlerinin %66'sının bulunduğu coğrafyaya egemen olmayı amaçlamaktadır. Yani BOP'un seslendirilmeyen amacı, Ortadoğu'nun yeraltı serveti petrolün güvenli kullanımını temin etmektir. Petrol nerede ise güç orada odaklaşmalıdır.¹⁷⁸

13/02/2004'te Londra'da yayımlanan liberal eğilimli Arapça bir gazetede Washington yönetiminin 8-10 Haziran'da ABD'de Georgia-Sea Island'da yapılan G-8 zirvesi¹⁸¹ için temsilcilere dağıttığı "*Büyük Ortadoğu G-8 Girişimi*" isimli bir belge yayımlanmıştır.¹⁷⁹ Söz konusu belge, Arap ülkeleri dışında Afganistan, İran, Pakistan, İsrail ve hatta Türkiye'yi¹⁸⁰ de kapsamaktadır. Dünyanın bütün çıkarlarını tehdit eden bir yönetimin sunduğu söz konusu proje, inandırıcılıktan bütünüyle uzaktır.

6. AB ve Petrol Stratejisi

Avrupa Birliği (AB) enerji politikası, ekonomik bütünleşmeye paralel olarak kademeli bir biçimde gelişmiştir. AB'nin 6 kurucu üyesi, enerji kaynaklarını yönetmek için bir çerçeve oluşturma gereksinimi duyarak 1951'de "*Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu (AKÇT)*" kurmuştur. Bu girişimle birlikte bugüne kadar gelen Avrupa politik entegrasyonu süreci başlatılmıştır. 1958'de ise "*Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu (AAET)*" ve "*Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET)*"nu kuran antlaşmalar imzalanmıştır.

1973'te yaşanan ilk petrol bunalımından önce AB, enerji tüketiminde tutumsuz davranmakta ve ithalata aşırı bağımlı bulunmaktaydı. Petrol bunalımı AB'de enerji arzını dış şoklarsan koruyacak bir

¹⁷⁸ ABD Enerji Enformasyon Enstitüsü'nün verilerine göre, küresel petrol gereksinimi 2025 yılına kadar her yıl ortalama %1,8 oranında artarak günde 118.8 milyon varile yükselecektir. ABD, 2020 yılında ithal edeceği petrol için yıllık 150 milyar ABD Doları ödeyecektir. Avrupa ülkeleri ise, önümüzdeki dönemde, petrol gereksinimlerinin %92'sini ithal eder duruma gelecektir. 20-30 yıllık süreçte Ortadoğu, küresel petrol gereksinimini karşılayacak en önemli kaynak olacaktır, Çakır, a. g. e., s. 44-45.

¹⁷⁹ Orijinal metin için bkz <http://english.daralhayat.com/>

¹⁸⁰ BOP'ta Türkiye'nin stratejik anlamda öne çıktığı bir konu bulunmaktadır: Büyük Ortadoğu coğrafyasındaki kanıtlanmış enerji kaynaklarının %76'sı, Adana/İncirlik merkez alınarak çizilecek ve yarıçapı 1000 mil olan bir dairenin içinde yer almaktadır. Söz konusu bu durum Türkiye'yi, ABD için vazgeçilmez kılmaktadır.

stratejiye gereksinim olduğunu göstermiştir. 1980'li yılların sonunda AB enerji piyasasını serbestleştirme yönünde çalışmalara başlamıştır. Bu bağlamda yapılması gereken, AB üyeleri arasında parçalanmış bulunan mevcut enerji piyasalarının bütünleştirilmeleri idi. Böylece AB enerji iç pazarı kısa zamanda artan rekabetin odağı durumuna gelmiştir.

Nihayet 1995'te AB enerji iç pazarı için gelen ilkeleri ve hedefleri ortaya koyan "Avrupa Birliği İçin Bir Enerji Politikası" başlıklı "Beyaz Kitap"¹⁸¹ kabul edilmiştir. Beyaz Kitap'a göre AB enerji politikasının en önemli hedefleri,

- Enerji arzının güvenliği,
- Çevrenin korunması,
- Genel rekabet gücüdür.

AB enerji politikasının amaçları ise,

- Rekabet gücü, enerji arzının güvenliği ve çevrenin korunması arasında bir dengeye vararak toplam enerji tüketiminde kömürün payını korumak ve doğalgazın payını artırmak,
- Nükleer enerji santralleri için azami güvenlik koşulları getirmek,
- Yenilenebilir enerji kaynaklarının payını artırmaktır.

AB'nin başlangıcından beri kurucu antlaşmaların doğrudan uygulanması, kömür ve petrol ürünlerinin serbestçe ve kısıtlamasız dolaşabildikleri bir "Tek Pazar" kurulmasını olanaklı kılmıştır.

AB enerji politikası, petrolü başka enerji biçimleriyle ikame etmeyi hedeflemekte ise de, bir yandan petrol arzının kesintiye uğramasını önleyici tedbirler öngörmekte, diğer yandan yerli hidrokarbon kaynaklarının aranması ve işletilmesini de teşvik etmektedir. 1994'ten bu yana AB, kendi içinde hidrokarbon arama, keşif ve üretim faaliyetlerinde (üçüncü ülke şirketleri dahil) bütün şirketlere erişim olanağı sağlamaktadır.

¹⁸¹ Orijinal metin için bkz <http://europa.eu.int/en/comm/dg17/whitepap.htm>, 15/07/2008.

Petrol ürünleri üzerindeki tüketim vergileri, AB enerji iç pazarının temel taşlarından biri olarak kabul edilmektedir. Çoğu ürünler için asgari vergi düzeyi, ürünün yakıt veya ısınma amaçlı olarak kullanılmasına göre değişmektedir.

AB enerji kaynakları bakımından fakir değildir. Ancak tüketilen enerjinin yarısı üçüncü (AB dışı) ülkelerden ithal edilmektedir. En çok ithal edilen enerji kaynağı petroldür. AB’de tüketilen petrolün yaklaşık dörtte üçü ithalat yoluyla karşılanmaktadır.

1991’de Lahey’de imzalanan “*Avrupa Enerji Şartı*” ise, 38 ülkeyle AB tarafından onaylanmıştır. Şart’ın temel hedefleri,

- Arz güvenliğini artırmak,
- Enerji üretimi, dönüşümü, taşınması, dağıtımı ve kullanımının verimliliğini en üst düzeye çıkarmak,
- Çevre sorunlarını azaltmaktır.

Nisan 1998’de “*Enerji Şartı Antlaşması*” ve enerji verimliliği üzerine bir protokol yürürlüğe girmiştir.

Petrol sektöründe çevrenin korunması amacıyla açık deniz tesislerinin sökülmesiyle bir oto-petrol programı öngörülmüştür. Avrupa sularında yaklaşık 6 bin petrol platformu vardır. Bunların nasıl sökülüp kaldırılacağı hükümetler, sanayi ve çevreciler arasında tartışma yaratmaktadır. “*Kuzey Doğu Atlantik Deniz Çevresinin Korunması Hakkında Sözleşme (OSPAR)*” ile Kuzey Denizi’nde açık deniz tesislerinin tümüyle kaldırılması kararlaştırılmıştır. Çevrenin korunması alanında ikinci girişim, 1992 yılında Avrupa Komisyonu tarafından otomotiv ve petrol tasfiyesi sektörleriyle ortaklaşa başlatılan “*oto-petrol programı*” adını taşımaktadır. Söz konusu program, “*Dünya Sağlık Teşkilatı (WHO)*” tarafından hazırlanan bir dizi hava kalitesi standartlarını baz alarak arabalar ve yakıtlarla ilgili olarak hava kalitesinde iyileşme sağlamak için gerekli tedbirleri incelemiştir.

1970’li yıllarda yaşanan petrol bunalımından sonra stok tutma sisteminin geliştirilmesiyle gelecekte gerçekleşmesi olası bunalımların etkisinin sınırlandırılacağı kabul edilmiştir. AB üyeleri, asgari 90 günlük tüketime eşdeğer düzeyde petrol ürünü stokları bulundurmakla yükümlüdür.

AB, eski SSCB devletleri için “INOATE (Avrupa’ya Devletlerarası Petrol ve Doğal Gaz Taşımacılığı Programı)” çerçevesinde önemli bir çalışma yapmıştır. INOATE, eski SSCB’nin yeni bağımsız devletleri için AB’nin teknik yardım programı kapsamında önemli bir bölgesel girişimdir. Bazı Orta ve Doğu Avrupa ülkelerini de içine alan bu programla bölgesel petrol ve doğalgaz ürünlerinin daha iyi duruma getirilmesi ve modernize edilmesine, Hazar ve Orta Asya bölgelerinden Avrupa ve Batı piyasalarına hidrokarbon taşınması için farklı seçeneklerin değerlendirilmesine yönelik olarak taraf ülkelerin çabalarının desteklenmesi amaçlanmaktadır.

VI. SON SÖZ

“Kafkasya’da petrol, kan ve politika birbirine karışık...”

Alfred Nobel

Ağustos 1958’de Albay Drake’in Batı Pennsylvania’nın dar vadilerinde petrole rastlamasıyla yeni bir çağ başlamıştır. Bu çağın kaynağı petrol, savaşta ve barışta ulusları bir araya getirdiği gibi onların aralarını da bozmuştur. 20’nci yüzyılın büyük politik ve ekonomik mücadelelerinde son sözü söyleyen hep petrol olmuştur.¹⁸²

Bugün dünya petrol üretiminde OPEC, kesinleşmiş petrol rezervlerinin dörtte üçünü kontrol etmekte, toplam petrol üretiminin ve ihracatının yarısını gerçekleştirmektedir. OPEC üyeleri ağırlıklı olarak Ortadoğu bölgesindedir. Ortadoğu ülkeleriye, petrol rezervlerinin üçte ikisine ve üretimin üçte birine sahiptir. OPEC dışındaki üreticilerin öneminin giderek artmasına rağmen OPEC’in dünya petrol üretimindeki payının 2025’te %50 seviyesine yükselmesi beklenmektedir.

Batı Avrupa, Kuzey Amerika ile Asya’nın Ortadoğu petrolüne bağımlılığı giderek artmaktadır. Asya ülkelerinin petrol tüketimi ve toplam petrol talebindeki payı yükselmekte ve petrol tüketiminin tamamına yakını Ortadoğu ülkelerinden karşılanmaktadır. Batı Avrupa’nın büyük ölçüde sanayi kaynaklı olan petrol talebinin yaklaşık dörtte biri ve dünyanın en büyük petrol tüketicisi olan Kuzey Amerika’nın tüketiminin sekizde biri Ortadoğu ülkeleri tarafından karşılanmaktadır.

¹⁸² Yergin, D., *Petrol, Para ve Güç Çatışmasının Epik Öyküsü*, çev. Tuncay, K., 3. Basım, Mayıs, 2003, s. 736.

Günümüzde Avrupa ve Japonya'nın olgunlaşan ekonomilerinin petrol tüketimindeki payı düşmektedir. Yakın zamana kadar ABD'den sonra en yüksek ham petrol tüketimi Japonya tarafından gerçekleştirilmekte iken bugün ikinci sırada Çin vardır. Uzakdoğu Asya ülkelerinin toplam petrol tüketimi ise ABD'nin tüketimini geçmektedir.

Petrol tüketimi ile GSYİH birbirine paralel olarak artmaktadır. OPEC analizlerine göre, petrol tüketiminde ikinci ülke konumundaki Çin'in, daha önce Mançurya'daki petrol rezervleri sayesinde kendine yeterli olması, 1993 yılından bu yana ise net ithalatçı konumuna geçmesi dikkat çekicidir. Önemli petrol ihracatçısı ülkelere komşu olan ve Irak ile Rusya'nın petrol arzındaki paylarının yükselmesi durumunda jeopolitik önemi artacak olan Türkiye, "Kerkük-Yumurtalık" ve "Bakü-Tiflis-Ceyhan" ile gerçekleşecek diğer petrol boru hatlarıyla transit petrol geçişi sağlayan ülke olarak artı bir stratejik değer kazanacaktır.

Petrol bugüne kadar pek çok savaşa konu olmuş, onun için çok kan dökülmüştür. Yarın da petrol ve onun sağladığı zenginlik ve güç için yine savaşlar olacaktır. Dünyada petrol tükenmedikçe bu böyle sürüp gidecektir. Petrolün bugün genel dünya politikasının belirlenmesiyle ülkelerin coğrafi, siyasi ve ekonomik geleceğinin biçimlenmesindeki etkinliği halen sürmektedir.

Endüstri toplumunun temeli enerjidir. Tüm enerji kaynakları içinde en büyük yankıyı petrol uyandırmıştır. Ancak büyük sorunları da beraberinde getirmiştir. Bu sorunların temelinde petrolün stratejik karakteri, coğrafi anlamda homojen dağılması, sürekli kriz yaratması ve insanoğlunun petrol tarafından kendisine sunulan fırsatları hoyratça kullanması yatmaktadır.

Rus-Amerikan, Amerikan-İngiliz, Türk-İran nüfuz mücadelesi, XX. yüzyılın sonunda başlayan soğuk savaşın XXI. yüzyıla taşınmasına yol açmıştır. Rusya ve İran'a bağımlı olmayan enerji otoyolları açılması gereği bu savaşın temelini oluşturmaktadır. Türkiye bu mücadelelerin tam ortasındadır. İlk raundu Rusya ve İran kazanmış ve Trans-Hazar projesi iptal edilmiştir. Mavi Akım ve İran hattı yapılmış ve doğalgaz nakli başlamıştır. Afganistan'ın işgaliyle Türkmen gazına Unocal'ın sunduğu Afganistan hattı projesi Bush döneminde öncelik kazanmıştır. Bakü-Tiflis-Ceyhan petrol boru hattının kullanıma açılmasıyla ikinci raundu Batı kazanmıştır. Ancak Çin ve Rusya ABD'nin enerji imparatorluğunun karşısındadır. Kafkaslarda petrol yüzünden

Çeçenler yok edilirken dünya bu vahşete seyirci kalmaktadır. Bu süreçte Azerbaycan, Ermenistan ve Gürcistan sürekli iç çatışma yaşamakta ve karıştırılmaktadır. Darbe, suikast, iç savaş ve etnik çatışmalar olağan hale gelmiştir. Kafkasların kaderi petrole endeksleşmiştir. Karabağ, Abhazya ve Güney Osetya savaşları dolaylı olarak petrol kavgasının eseridir. 100 yıl önce Bakü'den ilk petrolü çıkartan dinamitin mucidi olan Alfred Nobel, "*Kafkasya'da petrol, kan ve politika birbirine karışık...*" demişti. Bu tarihi söz bugün tekerrür etmektedir.¹⁸³

Petrol her zaman için soylu insan karakterinin temelinde bir tiyatro olmuştur. Bu tiyatrodaki yaratıcılık, işletmecilik, beceri ve teknik yeniliklerin rolü olduğu kadar, tamahkârlığın, çözülmenin, kör politik hırsın ve acımasız gücün de rolü vardır.¹⁸⁴

XX. yüzyıl nasıl petrolün çağı olmuşsa, içinde bulunduğumuz XXI. yüzyıl da dünyanın her alanda petrolün modern yapısıyla değişime uğradığına tanıklık etmektedir. Petrole her geçen gün daha çok bağlanan uygarlık, uzunca bir süre daha petrolün esareti altında yaşayacaktır.

¹⁸³ http://www.farukarslan.com/articles/publish/article_25.shtml, 11/08/2008.

¹⁸⁴ Yergin, *a. g. e.*, s. 736.

ÖTANAZİYE FARKLI BİR BAKIŞ: BELÇİKA'DA ÖTANAZİ UYGULAMASI VE ÜLKEMİZDEKİ DURUM

Erdem ÖZKARA*

GİRİŞ VE AMAÇ

Sözcük anlamı olarak “*kolay, hoş ölüm*” anlamına gelen ötanazi ve yardımcı intihar (Assisted suicide) dünyada çok yönlü olarak tartışılan konulardır. Tartışma etik, hukuki, tıbbi, dini, ekonomik boyutlarıyla çok yönlü sürerken bir yandan da konuyla yakından ilgili olan tarafların görüşleri araştırılmaktadır. Ötanazi; sağlık, yaşam ve ölüm kavramlarıyla yakından ilişkilidir. Dolayısıyla halkın, hukukçuların yanı sıra sağlık hizmetlerinin verilmesinde vazgeçilmez bir rolü olan hekimlerin konuya yaklaşımı çok önemlidir. Bu nedenle özellikle hekimlerin, sağlık çalışanlarının, hastaların ve hukukçuların bakışını ölçen çok sayıda çalışma yapılmıştır. (1, 2) Bu yazıda ötanazinin tanımı ve içeriğindeki öğeler, ötanaziye ilişkin sınıflamalar, ötanaziye yasal olarak kabul eden ülkelerden Belçika’daki uygulamanın yerinde gözlenmesiyle elde edilen bulgular ve ülkemizdeki durumla ilgili veriler ele alınacaktır.

ÖTANAZİ NEDİR?

Ötanazi (*euthanasia*); Türkçe karşılığı iyi, hoş, güzel, kolay olan “*eu*” ve ölüm anlamına gelen “*thanatos*” sözcüklerinin birleşmesinden türemiş bir sözcüktür. Birleşik sözcük olarak Ötanazi (*Euthanasia*); “*kolay ölüm*”, “*huzur, rahat ve kolaylık içerisinde ölüm*”, “*ıstırapsız doğal ölüm*” olarak düşünülebilir.(1)

* Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı

Ötanazinin sözlük tanımı “İyileşmeyen ve ızdırap verici hastalığı olan bir kişinin acısız bir biçimde öldürülmesi” şeklindedir. Amerikan Tıp Kurumu ötanaziyi; tıp uğraşının acılarını dindiremediği ve çaresini bulamadığı ölüme mahkum hastaların ıstaplarını dindirmek için istek üzerine acısız bir şekilde ölümü sağlamak ya da tedaviyi bırakmak ve yaşatılması için çaba harcamamak şeklinde tanımlamıştır.(1, 3)

Günümüzde ötanazinin tanımı ve bu tanım içinde yer alan öğelerle ilgili tartışmalar sürmektedir. Ancak genel kabul gören tanım şu şekilde özetlenebilir:

Ötanazi; iyileşmeyeceği ve dayanılmaz acıları ölümüne kadar süreceği tibben benimsenmiş olan, durumu kendisi ve yakınlarınca bilinen, zihinsel yeterliliğe sahip bir kişinin, kendi bilinci ve özgür iradesi ile vermiş olduğu karar üzerine tedavisini yürüten hekim aracılığıyla acısız bir biçimde hayatının sonlandırılması olarak tanımlanabilir. Ötanazi ile ilgili sık kullanılan kavramları kısaca incelersek:

ÖTANAZİ İLE İLGİLİ KAVRAMLAR VE SINIFLANDIRMA

A. Eylemin Gerçekleştirilmesiyle İlgili Kavramlar

AKTİF ÖTANAZİ: Hekimin derin bir sedasyonu takiben ani ölüm yapacak nitelikteki ölümcül dozdaki ilacı uygulayarak (enjekte ederek vb.) hastasının hayatını sonlandırmasıdır.

PASİF ÖTANAZİ (Ortotanezi): Hekimin hastanın bir süre daha yaşamasını sağlayacak yaşamı destekleyici tedaviyi sunmayarak veya bu tedaviyi sona erdirerek ölümü hızlandırması olarak tanımlanabilir.(1-3)

Hastanın içinde bulunduğu durumun doğal sonucu ölümdür. Pasif ötanazi hastanın hayatını uzatan girişimlerin yapılmaması, sonlandırılması veya hareketsiz kalınması sonucunda hastanın doğal ölümünün sağlanması olarak da tanımlanabilir. Bu eylem bazı yazarlarca “ölüme terketmek-izinli ölüm” olarak da ifade edilmektedir. Pasif ötanazi, tıbbi etik gereği olduğu kadar aynı zamanda kanun gereği tıp mensuplarına bağlanan yaşatma sorumluluğunu yerine getirmeme veya sona erdirme olarak nitelenebilecek hareketsizlik hallerini de içerir. Hayati fonksiyonlarını tıbbi yöntemlerle sürdüren hastaya uygulanan tedavinin kesilmesi, respiratörün, gastrostomi tüpünün çekilmesi, ömrünü

uzatacak tedaviye başlanmaması ya da durdurulması, antibiyotik vb. ilaç tedavisinin yapılmaması gibi örnekler pasif ötanazi alt başlığında ele alınabilmektedir.

Bu noktada “beyin ölümü” kavramına da deyinmek gerekiyor. Türk hukuk sisteminde 2238 sayılı Kanun’da organ naklinin söz konusu olduğu durumlarda beyin ölümü şartı aranmaktadır. Beyin ölümü, santral sinir sistemi fonksiyonlarının geri dönüşsüz kaybolduğu durumlarda, yapılan tüm müdahalelere karşın kişinin iyileşmesinin olası olmadığı, tüm yaşam fonksiyonlarının durduğu, solunum ve dolaşım fonksiyonlarının ancak yaşam destek cihazlarıyla sürdürülebildiği durumlarda kabul edilmektedir. Bu tanımlamalardan dolayı “Gerçek ölüm, beyin ölümüdür”. Ülkemizde 2238 sayılı Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun’un 11. maddesi ölüm halinin saptanmasıyla ilgilidir: “Bu kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölüm hali, bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulamak suretiyle, biri kardiyolog, biri nörolog, biri nöroşirurjiyen ve biri de anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan dört kişilik hekimler kurulunca oy birliği ile saptanır”. Günümüzde organ naklinin artırılması için bu dörtlü hekim grubunun kararı yerine bazı ülkelerde olduğu gibi iki hekimin karar vermesini öneren yazarlar da vardır. Bu kanunla ilgili yönetmelikte ise “hasta yakınına beyin ölümü deklare edildikten sonra organ bağıışı izni alınamadığında, hastaya uygulanan tıbbi destek kesilir” denilerek beyin ölümü kabul edilmiştir.(1, 3-5) Kısaca özetlersek; beyin ölümünden farklı olarak ötanazide kişi doğal ölümü beklemek yerine, kendisinin yaşamına son verilmesini kabul etmektedir.

HEKİM YARDIMLI İNTİHAR (Physician Assisted Suicide, PAS): Hastanın açık istemi sonucunda hekimin hastaya kendini öldürebilmesi için gerekli bilgi ve malzemeyi sağlamasının ardından öldürücü enjeksiyonu vb. yapma işleminin bizzat hasta tarafından gerçekleştirilmesidir. Bu işlem direkt enjeksiyon şeklinde olabildiği gibi bir düzenek yardımıyla da olabilir.

B. Hastanın İzniyle İlgili Kavramlar

İSTEMLİ (VOLUNTARY) ÖTANAZİ: Hastanın özgür iradesiyle açık bir şekilde istemesiyle yapılan ötanazidir. İstemli ötanazinin bazı koşulları vardır:

1. **Temyiz Gücü:** Kişinin kendi durumunu kavrayabilip karar verebilecek kapasitede olmasıdır. Demanslı, bilinci kapalı, akıl hastası veya mental geriliği olan kişiler temyiz gücüne sahip değildir.

2. **Aydınlatılmış Onam:** İçinde bulunduğu duruma, bundan sonraki sürece ve olası tedavilerin etkilerine ilişkin tüm gerçeklerin hastaya anlatılarak hastanın seçtiği yöntem için izin alınmasıdır.

3. **İstemlilik:** Serbestçe, zorlayıcı etkilerin altında kalmaksızın karar verilmesidir. Başka bir deyişle; maddi veya manevi herhangi bir baskı altında kalmaksızın, hile, hata, korkutma, zorlama olmaksızın verilen kararlar istemli kararlardır.

İSTEMDİŞİ (NON VOLUNTARY) ÖTANAZİ: Hastanın bu konudaki iradesinin hasta tarafından dile getirilemediği, bilincin kapalı olduğu koma, bitkisel yaşam gibi durumlarda uygulanan ötanazidir.

İSTEMSİZ (UNVOLUNTARY) ÖTANAZİ: Kişinin iradesine hiç başvurmadan, ölümcül hasta ya da sakat olması nedeniyle öldürülmesidir. Hasta ya ölmek istememiş ya da ne istediği hiç sorulmamıştır. Bu şekilde öldürmenin ötanaziyle tek ortak noktası öldürülen kişinin hasta olmasıdır. Bunun en tipik ve uç örneği Hitler'in 1939 yılında verdiği kararla Nazi Almanya'sında görülmüştür. "Ari ırk" oluşturmak için kronik hastalar, sakatlar, yaşlılar ve yaşamları "değersiz" bulunan Yahudi ve Çingene gibi ırklara mensup olanlar gaz odalarında katledilmiştir. Ötanaziyle ilgisi olmayan bu cinayetlerin ötanazi adı altında gerçekleştirilmesi yüzünden Dünyada uzun yıllar istemli ötanazi lehinde propaganda yapılamamıştır. İstemsiz ötanazinin insan haklarına dayalı hiçbir hukuk devletinde savunulması mümkün değildir. Aslında bu cinayetleri ötanazinin bir türü olarak sınıflamamak daha doğru bir yaklaşımdır.(1-3)

Ötanazi eylemiyle ilgili olarak en sık kullanılan kavramlar yukarıda belirtilmiştir. Bunların yanı sıra aşağıdaki kavramlarda ötanazi tartışmalarında karşımıza çıkmaktadır.

Erken (Pediatrik)Ötanazi: Ağır anomalilerle dünyaya gelen yeni doğan bebeğin öldürülmesine dayanan ötanazi türüdür. Özellikle ağır santral sinir sistemi anomalilerinin eşlik ettiği durumlar veya yaşama şansı sınırlı diğer sistemik anomalilerle doğan bebeklerde söz konusu olmaktadır. Ancak bu olgularda karar verme yeterliliği ve gönüllülük esas, hastanın yüksek yararı gibi açılardan tartışmalar sürmektedir.

Hollanda'da 2006 yılında belli özellikteki anomalilerle doğan bebeklerde ötanazi uygulaması yasal olarak başlamıştır. Ancak ailenin onayı olsa bile bu konu özellikle etik boyutta çok tartışılmaktadır.

Kazai ötanazi Ötanazi uygulanan ülkelerin bir kısmında mahkeme kararı ile ötanazi uygulanmasına kazai ötanazi denmektedir.

İç Ötanazi (Self ötanazi): Kişinin kendi ölümüne iradesini kullanarak razı olmasıdır. İç ötanazi intihar ile benzeşirse de intiharda kişi kendi bildiği yöntem ve yollarla kendi isteğiyle hayatına son verir. İç ötanazide ise ötanazi kararı-iradesi hastadan gelir ama ölüm sonucunu doğuran eylem tıp mensuplarınca yerine getirilir.

Dış Ötanazi: Kanun tarafından kendisine yetki verilmiş kimselerin iradesi alınmak suretiyle üçüncü bir kişinin ölümünün sağlanmasıdır. Bilinci kaybolmuş hastada, yakınlarının iradesine bağlı olarak gerçekleşen non-voluntary ötanazi veya kararın mahkeme sonucuna bağlı olduğu ülkelerde uygulanan voluntary ötanazi türleri dış ötanazi olarak değerlendirilebilir.(3, 4)

HOLLANDA VE BELÇİKA'DA ÖTANAZİ

Hollanda'da Ötanazi

Bu alanda en yoğun tartışmaların ve uygulamaların yaşandığı ülke olan Hollanda'da aktif ötanazi yasası çıkarılmadan önce 1994 yılında ötanazi eylemini bildirim prosedürünü belirleyen bir yasa çıkarılmıştır. Hekim bu prosedüre uygun davrandığını gösteren belgelerle birlikte yaptığı ötanazi uygulamasını savcılığa bildirdiğinde hakkındaki kovuşturma yapılmamakta idi. Ancak uygulamalardaki denetimin yetersizliği ve bazı sorunlar yeni arayışlara yöneltince halkın bu konudaki beklentileri araştırılmıştır. Hollanda'da 2000 yılı Kasım ayında yapılan referandumda Hollanda halkı %80'in üzerinde kabul oyuyla ötanaziye yeşil ışık yakmış ve 2001 Nisan ayında Aktif ötanazi tasarısı Hollanda Parlamentosundan geçip yasalaşmıştır. Hollanda da 2001 yılında kabul edilen bu yasaya göre:

1. Hasta dayanılmaz ve sürekli acılar içinde olmalı,
2. Hasta ölüm isteğini açıkça dile getirmeli, ikinci bir hekiminde görüşü alınmalı,

3. Hastanın hayatına uygun tıbbi yöntemle (acısız) son verilmeli.

Yasaya göre 12 yaşından küçük çocuklara ölüm yardımı yapılamayacağı, 16 yaşından küçükler için ise ebeveynlerinden izin alınması gerektiği belirtilmektedir. Son olarak ağır anomalilerle doğan ve dayanılmaz acılar çeken yeni doğmuş bebeklere ötanazi uygulaması da 2006 yılında Hollanda da yasallaşmıştır. (2, 3, 6) Bebek ötanazisinin nasıl uygulanacağı, olguların nasıl belirleneceği gerçekten çok zor bir konu olarak uygulayıcıların karşısında durmaktadır.

Hollanda önce 1994 yılında bildirim prosedürünü daha sonra 2001 yılında ötanazi yasasını çıkararak kayıt dışı ötanazi uygulamalarını önleyerek eylemin belirli kurallar çerçevesinde yapılmasını amaçlamıştır.

Hollanda da yaygın olan ötanazi uygulamasıyla ölenlerin kesin rakamları bilinmese de yılda 3.500-10.000 arasında olduğu yönünde tahmin edilmektedir. Araştırmalar Hollanda da ötanazi isteminde bulunanların %80'inin kanser hastaları olduğunu göstermiştir.(1, 4, 5)

Belçika'da Ötanazi

Belçika parlamentosu'nun 16 Mayıs 2002 tarihinde kabul ettiği ötanazi yasası 28 Mayıs 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ötanaziye yasal izin veren ikinci ülkedir. Yasada ötanazi; *"Bir kişinin yaşamına, kendi isteği üzerine, bir başka kişi tarafından son verilmesi eylemi"* olarak tanımlanmaktadır. Bu düzenleme kaza ya da hastalık sonucu tedavisi olmayan bir sebepten dolayı ortaya çıkan kronik ruhsal ya da fiziksel şiddeti azalmayan yetişkin hastalarda doktora ötanazi uygulama izni vermektedir. Belçika'da ötanazi isteyen hastanın 18 yaşından büyük olması, bu talebini bilinçli ve kendi iradesiyle yapması, bu isteğini düşünerek ve birkaç defa yansıtması şart koşulmaktadır. (7, 8)

Belçika'daki ötanazi prosedürü nasıl işliyor? Belçika yasalarına göre, ötanazi isteyen hastanın 18 yaşından büyük olması, bu talebini bilinçli ve kendi iradesiyle yapması, bu isteğini düşünerek ve birkaç defa yansıtması şart koşuyor. Hastaya ötanazi yapılabilmesi için, *"fiziki veya psikolojik açıdan, tıbbi olarak sürekli ve dayanılmaz acı çekiyor olması, hastalık sürecinde çaresiz bir aşamada bulunması"* gerekiyor.

Ötanazi yapacak doktorun hastayla derinlemesine görüşmesi, sağlık durumu hakkında ayrıntılı bilgi vermesi, *“ötanaziden başka bir çare kalmadığı”* konusunda hastayla mutabakat sağlaması da koşullar arasında bulunuyor. Hastanın ötanazi talebinde bulunmasıyla yapılması arasında en az 1 ay geçmesi ve Federal Kontrol Komisyonu'nun nihai kararı vermesi şartları da yasada yer alıyor. Yasaya göre, Belçika'daki insanlar, arzu ederlerse sağlıklı günlerinde bir yazılı vasiyet hazırlayarak, amansız bir hastalığa yakalandıkları veya bir kaza sonucu bilinçsiz kaldıkları, kurtuluş ümidi bulunmadığı durumlarda, ötanaziye gidilmesini isteyebiliyor. Bu durumda, bir vekaletname, bir veya birkaç kişinin ismi verilebiliyor ve bu kişiler ötanazi kararını hasta adına doktorlara bildirmekte yetkili kılınabiliyor. Belçikalı doktorlar, ötanazinin yapılmasını izleyen 4 gün içinde, Federal Kontrol Komisyonu'na bilgi raporu sunuyor. Bu komisyonun üyelerinin üçte ikisi, mevcut verilerin incelenmesinden sonra, ötanazinin gereksiz olduğu kanaatine varırsa dosya savcılığa sevk ediliyor ve adli takibat başlatılıyor. Yasa, hiçbir doktorun zorla ötanazi yapmaya mecbur edilemeyeceğini de kayda bağlıyor. (5, 7, 9)

Yasada sözü edilen Federal Ötanazi Araştırma ve Kontrol Komisyonu 16 üyeden oluşuyor. Buna göre; tıp alanından gelen 8 kişinin en çok 4'ü Belçika üniversitelerindeki profesörlerden seçilmelidir. 4 üye Belçika'daki hukuk fakültesi profesörlerinden veya çalışan avukatlardan, 4 üye ise iyileşmez hastalığa sahip hastaların sorunlarıyla ilgilenen gruptan gelmelidir. Komisyon üyeliği ile bölgesel veya hükümet üyeliği birlikte olamaz. Komisyon üyeliği süresi dört yıldır ve gerek görüldüğünde uzatılabilir. Komisyon için Adalet Bakanlığı ve Senato tarafından uygun adaylar belirlenir. Komisyon kararlarını üyelerin 2/3 çoğunluğuyla verir.(8, 9)

Ötanazi prosedüründeki bu detaylar ve nihai karar için komisyona başvurulması elbette uygulamanın sağlıklı işlemesi ve denetimi sağlamaya yönelik adımlardır. Ancak Belçika'daki bu prosedürün, *“uygulanmasındaki zorluklar”* nedeniyle, *“kayıt dışı ötanazinin”* eldeki verilerin birkaç katı olabileceği kuşku da dile getirilmektedir. (5, 9) Belçika'daki ötanazi işleyişini incelerken bu ülkeye ait bazı verileri de belirtmek yararlı olacaktır. Bağımsızlığını 1830 yılında ilan eden, yaklaşık 10milyon nüfuslu, büyüklüğü bizim Ege Bölgemizi aşmayan boyutta olan ülkede 10 il vardır. Belçika halkının %75'i Katoliklerden oluşmaktadır. Kuzeyde Hollandaca (Flamanca) konuşan Felemenkler

ve güneyde Fransızca konuşan Valonlar yaşamaktadır. Belçika üç bölge ve üç topluluklu bir federal devlet şeklindedir, başkent Brüksel'dir. Belçika'da 2005 yılı verilerine göre; kişi başına gelir 13.655 Euro, ülkenin toplam sağlık bütçesi ise 21 milyar Euro dolayındadır.(10, 11)

Belçika'da yaklaşık 130 bin sağlık personeli görev yapmaktadır. (Tablo 1)

Tablo 1. Belçika'da 2006 yılı verilerine göre görev yapan sağlık personeli sayısı. (11)

Aile hekimi	18.027
Diğer uzmanlar	20.801
Eczacı	12.109
Diş doktoru	8.423
Ebe	5.467
Hemşire	65.952

Federal Ötanazi Kontrol ve Değerlendirme Komisyonu'nun 2004-2005 raporuna göre; 2004 yılında 349 olgu, 2005 yılında ise 393 olguya ötanazi yapıldığı bildirilmiştir.(12)

Bu olguların ötanazi istemi sırasında bilinçli olması veya olayın öncesinden bu yönde istemde bulunmalarına göre dağılımı ise tablo 2'de gösterilmiştir.

Tablo 2. Ötanazi uygulanan olguların bilinçli veya önceden istekli olmalarına göre dağılımı

	2004	2005	TOTAL	%
Eylem sırasında bilinçli	344	385	729	98
Önceden istem yapmış	5	8	13	2

Hastaların cinsiyete göre dağılımına bakıldığında iki yıllık sürede olguların %54'ünün erkek olduğu görülmüştür. (Tablo 3)

Tablo 3. Hastaların cinsiyete göre dağılımı

	2004	2005	Toplam	%
Erkek	182	204	386	54
Kadın	167	189	356	46

Ötanazi uygulanan olguların yaşa göre dağılımı tablo 4'te gösterilmiştir.

Tablo 4. Ötanazi uygulanan hastaların yaşı

	2004	2005	TOTAL	%
<20	2	0	2	<1
20-39	31	14	45	6
40-59	116	93	209	28
60-79	150	212	362	49
≥ 80	50	74	124	17

Ötanazinin olguların %54'ünde hastanede uygulandığı gözlenmiştir. (Tablo 5)

Tablo 5. Ötanazinin uygulanma yeri

	2004	2005	TOTAL	%
Hastane	195	203	398	54
Ev	132	159	291	39
Bakım evi	15	22	37	5
Diğer	7	9	16	2

Ötanazi uygulanan olguların hastalıklara göre dağılımına bakıldığında önceliği %83 ile kanser hastalarının aldığı görülmektedir. (Tablo 6)

Tablo 6. Ötanazi uygulanan hastaların aldığı tanılar

	2004	2005	TO-TAL	%
Kanser	284	334	618	83
İlerleyici nöromusküler hastalıklar	27	16	43	6
İlerleyici olmayan nöromusküler hastalıklar	1	6	7	<1
Nöropsikiyatrik hastalıklar	6	3	9	1
Kanser olmayan akciğer hastalıkları	4	13	17	2
Kalp-damar hastalıkları	12	5	17	2
Böbrek hastalıkları	1	0	1	<1
Kanser olmayan sindirim sistemi hastalıkları	2	1	3	<1
Aids	3	1	4	<1
Çeşitli patolojiler	9	11	20	3
Diğer	0	3	3	<1

Ötanazi uygulanmadan önce danışılan hekimlerin dağılımı tablo 7 ve 8'de gösterilmiştir.

Tablo 7. Ötanazi uygulanmadan önce danışılan ilk hekim

	2004	2005	TOTAL	%
Yoğun bakım ünitesi doktoru	53	42	95	13
Aile hekimi	143	166	309	42
Uzman	147	183	330	44
Diğer	6	2	8	1

Tablo 8. Ötanazi uygulanmadan önce danışılan ikinci hekim

	2004	2005	TOTAL
Psikiyatrist	10	18	28
Uzman	14	9	23
Başvurulan diğer hekimler	206	185	391

Belçika'daki ötanazi uygulamasına göre hastalar yalnızca fiziksel değil ruhsal olarak da acı veren, ıstıraplı durumlarda ötanazi isteyebilmektedir. Komisyonun verilerine göre hastalarda bildirilen fiziksel ve ruhsal acıların dağılımı Tablo 9'da gösterilmiştir.

Tablo 9. Belirtilen fiziki ve ruhsal acıların dağılımı

	2004	2005	TOTAL
Belirtilen fiziki acıların sayısı	511	366	877
Psikiyatrik acıların sayısı	243	241	484

Ötanazi eylemi yapılırken uygulanan teknik ve kullanılan maddelere bakıldığında; damar içine Penthothal adlı anestezi maddenin verilmesi olguların %57'sinde karşımıza çıkmaktadır. (Tablo 10)

Tablo 10. Ötanazi sırasında uygulanan teknik ve kullanılan ürünler

	2004	2005	TOTAL	%
Barbitürik p.o. tek	5	3	8	1
Barbitürik + nöro-müsküler paralizan	1	1	2	<1
Penthothal I.V. tek	88	118	206	28
Penthothal + nöro-müsküler paralizan I.V.	190	232	422	57
Penthothal + nöro-müsküler paralizan + KCI	15	12	27	4
Midazolam + nöro-müsküler paralizan I.V.	31	10	41	6

Tek morphine veya sakınleştirici	3	1	4	<1
Tek morphine + nöro-müsküler paralizan I.V.	4	6	10	1
Bilinç kaybına neden olan ilaçlar + KCI	4	0	4	<1
Midazolam tek	1	1	2	<1
Diğer	7	9	16	2

Federal Ötanazi Kontrol ve Değerlendirme Komisyonu'na bildirilen olgulara ilişkin kararlarda %78 oranında ötanazi işleminin kabul edildiği görülmektedir. Adli takibat gerektiği kararına ise rastlanmamıştır. (Tablo 11)

Tablo 11. Komisyonun kararları

	2004	2005	TOTAL	%
Kabul	267	313	580	78
Basit dikkat çekme	15	21	36	5
Bilgi isteği	67	59	126	17
Adli takibat	0	0	0	-

Belçika'da 2002 yılındaki yasal düzenlemeden sonra belirli kural-lara göre yapılan ötanazi rakamlarının yıllara göre toplam ölümlerin %0.30-1.20'si arasında olduğu belirtilmiştir. Ötanazi yasasının çıkma-sından sonra uygulamadaki, sağlık personelinin konuya yaklaşımın-daki ve halkın beklentilerindeki değişiklikler de sürekli araştırılmak-tadır. (9, 12, 13)

ÖTANAZİNİN YASAL BOYUTU

Dünyada istemli aktif ötanaziyi tanıyan ilk yasa (Ölümcül Hastala-rın Hakları Yasası) Avustralya Kuzey Bölgesi'nde 1995 yılında çıkarıl-mıştır. Ancak yapılan itirazlar üzerine Avustralya'daki bölgesel devlet biçiminin Kuzey Bölgesi'ne böyle bir yasayı çıkarma yetkisi vermediği

gerekçesiyle 1997 yılında Avustralya Senatosu 38'e karşı 34 oyla bu yasayı yürürlükten kaldırmıştır. (1, 3, 4)

Günümüzde aktif ötanaziyi yasal olarak kabul eden Hollanda, Belçika ve Lüksemburg dışındaki ülkeleri incelediğimizde; ötanazinin yasal boyutuyla ilgili olarak ülkeler iki grupta incelenebilir:

1. Ötanazinin yasada açıkça tanımlandığı ülkeler: Bu ülkelerde ötanazi eylemi istek üzerine adam öldürme şeklinde tanımlanarak diğer öldürme eylemlerinden daha hafif cezalandırılmaktadır. Buna örnek olarak İsviçre ve Almanya verilebilir.

2. Ötanazinin yasada açıkça tanımlanmadığı ülkeler: Bu ülkelerin ceza yasalarında ötanazi eylemi belirtilmemektedir. Yapılan işlem eylemin gerçekleşme şekline göre "adam öldürme" başlığı altında değerlendirilmektedir. Bu duruma ülkemiz de dahil olmak üzere İngiltere, Fransa, Kanada gibi bir çok ülke örnek olarak verilebilir. (1-4, 14)

TÜRKİYE'DE ÖTANAZİNİN YASAL BOYUTU

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 17. maddesi: "*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*" ifadesini içermektedir. Bunun yanı sıra ülkemizin de kabul ettiği uluslar arası anlaşmalarda da ilgili hükümler vardır.

10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi 3. maddesi: "*Yaşamak, hürriyet ve kişi emniyeti herkesin hakkıdır.*"

04 Kasım 1950 tarihli İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin (Roma Sözleşmesi) 2. maddesi: "*Herkesin yaşama hakkı kanunla korunur.*" hükümlerini içermektedir. Ülkemizde ceza yasasında ayrıca tanımlanmasa da ötanazi ve sonuçta ortaya çıkan öldürme eylemi bir suçtur ve uygulanma yöntemine bağlı olarak Türk Ceza Kanunu'nun ilgili maddeleri içerisinde (m. 81, 83, 84.) değerlendirilebileceği belirtilmektedir. Ancak bu yazının hazırlandığı sırada henüz ötanaziyle ilgili bir yargı kararına ulaşılamamıştır. Bu yasalardan 81. madde kasten öldürme suçunu tanımlamakta ve faile müebbet hapis cezası öngörmektedir. Pasif ötanazinin yorumlanabileceği belirtilen 83. madde kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesini konu alır ve bu eylemin cezası kasten öldürmeye (81. madde) göre hafifletilmiştir.

84. madde ise intihara ikna ve yardım suçunu tanımlamakta ve faile 4 yıla 10 yıl arasında bir ceza öngörmektedir.

Bunların dışında Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 13. maddesi ile Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 2 ve 13. maddelerinde ötanazi ve öldürme eylemlerine değinilmiş ve etik olmadığı belirtilmiştir. (3, 4, 14-16)

Günümüzde ötanazi tartışmalarında başlıklar: Ötanazi eyleminin gerçekleştirilme yöntemlerinin karşılaştırılması (Aktif-pasif ötanazi karşılaştırılması, Hekim yardımlı intihar-aktif ötanazi karşılaştırılması...), anomalili yenidoğan bebeklerde ötanazi uygulaması, ölümcül olmayan kronik hastalarda ötanazi, bilinci kapalı hastalarda ötanazi, ötanazi uygulamalarının bilime, insan sağlığına ve sağlık sistemlerine etkilerinin sorgulandığı çok yönlü (etik, tıbbi, hukuki, dini ve sosyal boyutlu) tartışmalar olarak sürmektedir.

ÜLKEMİZ VERİLERİ

Ülkemizde sağlık çalışanlarının, hukukçuların ve halkın ötanaziye yaklaşımını ortaya koyan çalışmalar yapılmıştır. (14, 17-20). Bu çalışmalardan elde edilen bazı veriler konunun ülkemiz için önemini gözler önüne sermektedir. Ötanazi uygulaması, istemi ve tartışmasına ilişkin yaklaşımlar Tablo 12'de gösterilmiştir.

Tablo 12. Ötanazi uygulaması, istemi ve tartışmasına ilişkin yaklaşımlar

Ötanazi uygulaması, istemi ve tartışmasına ilişkin yaklaşımların Karşılaştırılması

	Hekimler (n=949)	Onkolog (n=85)	Göğüs H. (n=110)
Ötanazi uygulamasına karşı olmayanlar	% 38,6	% 43,8	% 40,8
Ötanazi isteğiyle karşılaşanlar	% 19	% 33,7	% 22,7

Ötanazinin ülkemizde yasak da olsa gizlice uygulandığına inanlar	% 55,9	% 40	% 56,7
Ötanazinin ülkemizde tartışılmasını yararlı bulanlar	% 84,8	% 84,3	% 80,9

Ötanaziye karşı çıkanların gerekçeleri Tablo 13'te gösterilmiştir.

Tablo 13. Ötanaziye karşı çıkma gerekçeleri

	Hekimler (%)	Onkolog (%)	Göğüs H. (%)
İstismar olasılığı	46,1	36,6	30
Etik açıdan yanlış	24,9	46,3	8,2
Dini nedenler	18,7	31,7	6,4
Yasal değil	11,2	31,7	9,1
Diğer	3,6	-	1,8
Ötanaziye karşı çıkanların oranı (Toplam)	61,4	56,2	59,2

Dokuz Eylül Üniversitesi(DEÜ) Hukuk Fakültesi son sınıf öğrencilerinin ötanaziye yaklaşımları Tablo 14'te gösterilmiştir.

Tablo 14. DEÜ Hukuk Fakültesi öğrencilerinin ötanaziye yaklaşımları

- Katılımcıların % 36,5'i ötanazi uygulamasına karşı olmadığını,
- % 63,5'i ise bazı gerekçeler nedeniyle karşı olduğunu bildirmiştir. Karşı çıkma gerekçeleri: İstismar edilebilir olması (% 41,5); dini nedenler, (% 16,3) ve yasal olmaması (% 7)
- Öğrencilerin % 52,1'i ötanazinin belli koşullarda yasallaşmasını istediğini,

- % 10,2'si çevrelerinde ötanazi isteğiyle karşılaştıklarını
- % 86'sı ülkemizde ötanazinin tartışılmasının yararlı olacağını belirtmiştir.

SONUÇ VE ÖNERİLER

- Ötanazi tüm insanları ilgilendiren ve bilinmesi gerekli bir kavramdır.
- Ötanazi ülkemizde ve birçok ülkede yasal olarak suç sayılan bir eylemdir, etik olarak tartışılmaktadır.
- Hukukçular, sağlık çalışanları ve yasaları yapan siyasetçiler ötanaziyle ilgili gelişmeleri ve halkın beklentilerini yakından izlemek durumundadır.
- Sağlık çalışanları çalışma koşulları nedeniyle ötanazi kavramıyla (uygulaması?) sıklıkla karşılaşabilmektedir.
- Dünyada ötanaziye standart bir yaklaşım yoktur, ülkelerin koşullarına göre değişen yaklaşımlar söz konusudur. Bu bağlamda öncelikle ülkemize özgü koşulların araştırılması ve buna uygun yaklaşım geliştirilmesi gerekmektedir.
- Belçika ötanazi modelinin ülkemizde uygulanabilirliği için henüz yeterli veriye sahip değiliz. Ülkemizin ve Belçika'nın verileriyle koşulları daha fazla araştırılarak olası sorunlar göz önüne alınıp sonrasında bu model tartışmaya açılmalıdır.
- Ötanazinin olumlu-olumsuz tüm yönleriyle ilgili platformlarda tartışılması ve halkın da bu konuda bilinçlendirilmesi çok önemlidir.

KAYNAKLAR

- Özkara, E., *Ötanazide Temel Kavramlar ve Güncel Tartışmalar*, 1. baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2001.
- İnceoğlu S., *Ölme Hakkı-Ötanazi*, 1. baskı. İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1999:135-254.
- Tepehan S., Yoğun Bakım Ve Servislerde Çalışan Sağlık Personelinin Ötanaziye Yaklaşımı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniv. Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler AD, İstanbul, 2006.
- Kumaş G., Adana İlindeki Çeşitli Hastanelerin Yoğun Bakım Ünitelerinde Çalışan Hemşirelerin Ötanazi Hakkındaki Düşünceleri, Yüksek Lisans Tezi, Çukurova Üniv. Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Adana, 2005.
- http://www.hukuki.net/portal_External.asp?LinkID=298&LinkName=insan%20hakları%20ve%20hasta%20hakları%20bağlamında%20ötenazi&CatID=42&CatTitle=Tip&URL=http://www.hukuki.net/portal_ARTICLES.asp?CATID=42&catTITLE=Tip :Erişim tarihi 9 Mart 2007.
- VrackingAM, vanderHeideA, ProvoostV, BilsenJ, vanderWalG, Deliens L., *End-of-life decision making in neonates and infants: comparison of The Netherlands and Belgium (Flanders)*, *Acta Paediatr.* 2007 Jun; 96(6):820-4. 7. <http://www.kuleuven.ac.be/cbmer/viewpic.php?LAN=E&TABLE=DOCS&ID=23>
- Turla A., Özkara E., Özkanlı Ç., Alkan N., Health Professionals' Attitude Toward Euthanasia: A Cross-Sectional Study from Turkey, *OMEGA: The Journal of Death and Dying*, 2006-2007, 54(2):135-145.
- Joke Lemienge, Bernadette Dierckx de Casterl'e, Geert Verbeke, Catherine Guisson, Paul Schotsmans, Chris Gastmans, *Ethics policies on euthanasia in hospitals – A survey in Flanders (Belgium)*, *Health Policy* 84 (2007) 170-180.
- <http://tr.wikipedia.org/wiki/Bel%C3%A7ika>
- İnami, Belçika Hastalık ve Malûliyet Sigortası Milli Enstitüsü.
- Englert M., Depenalized practice of euthanasia in Belgium: evolution from 2002 to 2005 and interpretation of the differences between the north and the south of the country. *Rev Med Brux.* 2007 Sep-Oct; 28(5):423-30.

- Bilsen J., VanderStichele R., Broeckaert B., Mortier F., Deliens L. Changes in medical end-of-life practices during the legalization process of euthanasia in Belgium, *Soc Sci Med.* 2007 Aug;65(4):803-8. Epub 2007 May 8
- Mayda A.S., Ozkara, E., Corapcioglu, F., (2005) Attitudes of oncologists toward euthanasia in Turkey, *Palliat Support Care*, 3(3): 221-5.
- T.C. Sağlık Bakanlığı, Hasta Hakları Yönetmeliği. 1 Ağustos 1998. *Resmi Gazete*, Sayı: 23420.
- Yurtcan, E. (2005) Yeni Türk Ceza Kanunu. 3. baskı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul.
- Özkara, E., Hancı, H., Civaner, M., Yorulmaz, C., Karagöz, M., Mayda, AS., Gören S., Kök, AN. (2004) Turkey's Physicians' Attitudes toward Euthanasia: A Brief Research Report, *Omega*, 49: 109-115
- Özkara E., Yemişçigil A., Dalgıç M., Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Ötanaziye Bakışı, *Adli Tıp Dergisi*, 15(2) s:46-52, 2001.
- Yalnız E., Özkara E., Kömürcüoğlu B., Tekgül S., Özden E., *Approach of Pulmonologists to Euthanasia*, 12th World Conference on Lung Cancer, Seoul, Korea, August 2007. *Journal of Thoracic Oncology* Volume 2, Number 8, Supplement 4, p.840.
- Özkara E, Mayda AS. Türkiye'de Hekimlerin Çalıştıkları Bölgelere Göre Ötanaziye Bakışı. 2. Ulusal Adli Tıp Kongresi, Bildiri Özet Kitabı: 21, Abant-Bolu, 2006.

AVRUPA SOSYAL ŞARTI VE GÖZDEN GEÇİRİLMİŞ AVRUPA SOSYAL ŞARTI

Gülnur ERDOĞAN*

I. GİRİŞ

Avrupa Konseyi¹ üyesi devletlerin ve “Şartın İmzacı Tarafları”nın² uymayı kabul ve taahhüt ettikleri Avrupa Sosyal Şartı (Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesi), 1961 yılında Turin’de imzaya açılmış ve 1965 yılında yürürlüğe girmiştir.

“Avrupa Sosyal Şartı, temel sosyal ve ekonomik hakları koruyan, medeni ve politik hakları garanti eden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni takviye eden bir Avrupa Sözleşmesi’dir.”³

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) birinci kuşak haklar olarak bilinen temel hakları (yaşam hakkı, işkence yasağı, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, hürriyet ve güvenlik hakkı, adil yargılanma hakkı gibi) güvence altına alırken, ikinci kuşak haklar olarak kabul edilen sosyal ve ekonomik hakları (çalışma hakkı, örgütlenme hakkı, sosyal güvenlik hakkı, adil ücret hakkı gibi) ise Avrupa Sosyal Şartı koruma altına almıştır.

* Av., İzmir Barosu, DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Ekonomi Hukuku Tezsiz Yüksek Lisans öğrencisi.

¹ Merkezi Strasbourg’ta olan ve 1949 yılında 10 Avrupa devletince kurulan hükümetler arası örgüt.

Avrupa Konseyi’ne Atlantik’ten Urallar’a kadar 46 devlet üye olup, Türkiye’de 1949 yılından bu tarafa Avrupa Konseyi’nin bir üyesidir.

² Sözleşmeyi imzalamış ve imzaladığı belgeyle bağlı olacağını kabul ve taahhüt etmiş devlet.

³ Çiçekli, Bülent, *Avrupa Sosyal Şartı-Temel Rehber*, Ankara 2001, s. 19.

AİHS'nin 11. maddesi "sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkını" güvence altına almışsa da, AİHS'nin sosyal hakları içerdiği söylene-
mez.⁴

Şartın imzalanması ne yeni ne de eski Avrupa Konseyi üyeleri için zorunlu değildir. Ancak böyle bir mecburiyet 1974 yılından beri AİHS için bulunmaktadır. Ülkeler Avrupa Konseyi'ne giriş yaptıkları gün, AİHS'yi imzalamak ve bir yıl sonra da onaylayarak yürürlüğe sokmak zorundadırlar. Ancak "şartın onaylanması"⁵ politik olarak etkili şekilde desteklenen bir amaçtır.⁶

Türkiye Avrupa Sosyal Şartı'nı 1989'da imzalamış⁷ olup, bu tarihten itibaren Şart'ın denetim mekanizmaları işlemeye başlamıştır.

Şart, dönem dönem protokollerle takviye edilmiş, yeni haklar Şart'ın kapsamına alınmıştır.

- Protokol No: 1 – 5 Mayıs 1988 tarihli Ek Protokol, 1992 yılında yürürlüğe girmiş olup, 4 grup yeni hakkı korumaya almıştır.

- Protokol No: 2 – 21 Ekim 1991 tarihli Değişiklik Protokolü (Turin Protokolü) ile denetim sistemi gözden geçirilmiştir.

- Protokol No: 3 – 9 Kasım 1995 tarihli Ek Protokol ile "kolektif şikâyet sistemi" tesis edilmiş ve 1 Temmuz 1998'de yürürlüğe girmiştir.⁸

Daha sonra gelinen aşamada ise Avrupa Sosyal Şartı, 1996 yılında Gözden Geçirilmiş Avrupa Şartı olarak yeniden oluşturulmuş ve imzaya açılmıştır.

⁴ Çelik, Aziz, "Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye'nin Çekinceleri", *Türk-İş Dergisi*, S:366, Mayıs-Haziran 2005, s.91.

⁵ a-Parlamenteler Asamblesi, 1997'de Avrupa Sosyal Şartı veya Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın mümkün olan en geniş sayıda devletçe onaylanmasının sağlanması için kampanyaya başlamıştır.

b-Yine 1997'de Strasbourg'ta toplanan 2. Devlet Başkanları ve Hükümet Başkanları Zirvesi, şart için "mümkün olan en geniş bağlilik" çağrısında bulunmuştur.

c- Yine Parlamenteler Asamblesi, yeni devletlerden yapılan üyelik başvurusu ile ilgili görüşünde, başvuru yapan devletlerin "Şartı incelemeyi ve bu süre içinde Şartın hükümlerine uygun politikalar uygulamayı taahhüt etmesini" istemiştir. Andora ve Gürcistan bu istemi kabul ederek, üyeliğe kabulden itibaren 3 yıl içinde Şartı onaylamayı taahhüt etmiştir.

⁶ Çiçekli, *Avrupa Sosyal Şartı-Temel Rehber*, s. 217.

⁷ Dönemin Çalışma Bakanı Cahit Talas tarafından imzalanan Şart, 14 Ekim 1989 tarihinde onaylanmış ve 24 Aralık 1989'da yürürlüğe girmiştir.

⁸ Çiçekli, *Avrupa Sosyal Şartı-Temel Rehber*, s.19.

*“Şart ile güvence altına alınan sosyal ve ekonomik hakların korunma alanını genişletmek için yeni önlemler alınması”*⁹ hedeflenmiş ve düzenlemeler koruma altında olan sosyal ve ekonomik hakların genişletilmesi yönünde yapılmıştır.

Gözden Geçirilmiş Şart’ın VI. Bölüm - K maddesi, Şart’ın *“İmza, onay ve yürürlüğe girme”* şeklini düzenlemektedir. Maddeye göre Şart’ın onay, kabul ya da uygun bulma koşullarını kabul eden devletlerin *“Onay, kabul ya da uygun bulma belgelerini Avrupa Konseyi Genel Sekreterine vermeleri”* gerekmektedir. Aynı maddenin devamında *“Şart’ın, onu daha sonra onaylayacak her imzacı devlet için onay, kabul ya da uygun bulma belgesinin verildiği tarihten sonraki bir aylık dönemin sona ermesini izleyen ayın birinci gününde yürürlüğe gireceği”* hüküm altına alınmıştır.

Türkiye tarafından 2 Nisan 1996 tarihli Gözden Geçirilmiş Şart, 6 Ekim 2004 tarihinde bazı maddelere çekince konularak kabul edilmiş, daha sonra da *“27/9/2006 tarihli ve 5547 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunan ekli (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı”nın ilişik beyan ile onaylanması; Dışişleri Bakanlığı’nun 2/3/2007 tarihli ve HUMŞ/161 sayılı yazısı üzerine, 31/5/1963 tarihli ve 244 sayılı kanunun*¹⁰ 3. maddesine göre,

⁹ Avrupa Anlaşmaları Avrupa Sosyal Şartı’na Ek Protokol (No:1), Strasbourg, 5.V.1988 - Önsöz (Avrupa Anlaşmaları Serisi / 128) .

¹⁰ Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü Ve Yayınlanması İle Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 244, Kabul Tarihi: 31/05/1963, Yayınlandığı R.G. Tarihi: 11/06/1963, Yayınlandığı R.G. Sayı: 11425.

Madde 3- ONAYLAMA VE SAİR TASARRUFLAR:

1. Milletlerarası andlaşmaların onaylanması, bunlara katılma, bunların feshini ihbar etmemek suretiyle yürürlük süresini uzatma, Türkiye Cumhuriyetini bağliyan bir Milletlerarası Andlaşmanın belli hükümlerinin yürürlüğe konulması için gerekli bildirimleri yapma, milletlerarası andlaşmaların uygulama alanının değiştiğini tesbit etme, bunların hükümlerinin uygulanmasını durdurma ve bunları sona erdirmeye, Bakanlar Kurulu kararnamesiyle olur.

Onaylama veya katılma konusu olan milletlerarası andlaşmanın Türkçe metni ile andlaşmada muteber olduğu belirtilen dil veya dillerden biri ile yazılmış metni, yukardaki fıkrada söz konusu kararnameye ekli olarak Resmi Gazetede yayınlanır.

2 nci maddenin 2, 3 ve 4 üncü fıkraları gereğince bir milletlerarası andlaşmanın onaylanmasının veya buna katılmanın uygun bulunmasına dair bir kanun çıkarılması zorunluluğu yoksa ve bu andlaşmanın onaylanması veya buna katılma bir Bakanlar Kurulu kararnamesiyle olursa, bu andlaşmanın onaylanmasının veya buna katılmanın uygun bulunması hakkında kanun çıkarılamaz.

2. Bir milletlerarası andlaşmanın veya Türkiye Cumhuriyetini bağliyan bir milletlerarası andlaşmanın belli hükümlerinin Türkiye Cumhuriyeti bakımından yürürlüğe girdiği; bir milletlerarası andlaşmanın uygulama alanının değiştiği, uygulan-

Bakanlar Kurulu'nca 22/3/2007 tarihinde kararlaştırılmıştır."¹¹ 27 Haziran 2007 tarihinde Türkiye Gözden Geirilmif şart'ı onaylamış ve 1 Ağustos 2007 tarihi itibariyle (VI. Bölüm - K /3 maddesi gereği) Gözden Geirilmif Avrupa Sosyal şartı Türkiye'de yürürlüğe girmiştir.¹²

Gözden Geirilmif Avrupa Sosyal şartı'nda, Avrupa Sosyal şartı'nda (ve ek protokollerle) teminat altına alınan haklara 8 yeni hak eklenmiş, ancak Avrupa Sosyal şartı'nın geleneksel yapısı da korunmuştur.

Gözden Geirilmif Avrupa Sosyal şartı'nın oluşturulması, 1961 tarihli Avrupa Sosyal şartı'nı ortadan kaldırmamıştır. şart halen mevcut olup, onaylayan devletleri bağlamaktadır.

II. SOSYAL, KÜLTÜREL VE EKONOMİK HAKLAR İLE TEMEL İNSAN HAKLARI ARASINDAKİ BAĞ

İnsan hakları, insan onurunun korunması ve saygı duyulması için vardır ve bu nedenle evrenseldir. Geleneksel haklar ile sosyal haklar arasında bir ayırım yapılması mümkün değildir. Sosyal ve ekonomik yönden en gsz korumak, kişisel ve siyasal hakların korunması için de gereklidir. Zira sosyal ve ekonomik yönden güçsüz toplumsal kesimlerin, sosyal ve ekonomik haklar olmadan, kişisel ve siyasal

masının durdurulduğu ve sona erdiği tarihler, bir Bakanlar Kurulu kararnamesiyle tesbit olunarak Resmi Gazetede yayınlanır.

Bir milletlerarası andlaşma, yukardaki fıkrada söz konusu yürürlük tarihinin tesbitine dair kararnamede belirtilen yürürlüğe giriş tarihinde kanun kuvvetini kazanır.

3. Milletlerarası bir andlaşmaya dayanılarak Bakanlar Kurulunca yapılan teknik veya idari nitelikteki uygulama andlaşmalarından ve kanunun verdiği yetkiye dayanılarak Bakanlar Kurulunca yapılıp 2 nci maddenin 2 nci fıkrasına göre Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosunun bilgisine sunulanların dışında kalan teknik veya idari andlaşmalardan iktisadi veya ticari nitelikte olmayan, özel kişilerin haklarını ilgilendirmeyen ve Türk kanunlarına değişiklik getirmeyenlerin yayınlanması zorunlu değildir. Bu fıkra gereğince yayınlanması zorunlu olmayan andlaşmalar hakkında 1 ve 2 numaralı bentler uyarınca çıkarılan kararnamelerin yayınlanması da zorunlu değildir.

Yukarıdaki fıkra hükmünün dışında kalan milletlerarası andlaşmalar, 1 numaralı bendin 2. fıkrası uyarınca yayınlanmadan yürürlüğe konulamaz.

¹¹ Karar Sayısı: 2007/11907, R.G. Tarih: 09/04/2007, RG Sayı: 26488.

¹² 27 June 2007: Turkey ratifies the European Social Charter (revised). The revised Charter entered into force in respect of Turkey on 1 August 2007. http://www.coe.int/t/e/human_rights/esc/6_news_archive/Signatures2007_en.asp#TopOfPage

insan haklarını bilinçli olarak kullanmaları söz konusu olamaz. Bu nedenle sosyal haklar olmaksızın insan haklarından faydalanmak mümkün değildir. Bu düşünce, İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinde "insan haklarının bölünmezliği ve karşılıklı bağımlılığı" olarak formüle edilmiştir. Yine aynı yönde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun, 4 Aralık 1950 yılındaki bildiriminde "kişisel ve siyasal haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel hakların yakın ilişkili ve birbirine bağlı haklar" olduğu belirtilmiş, "ekonomik, siyasal ve kültürel haklardan yoksun olan insanın Evrensel Beyanname'de öngörülen özgür insan olamayacağı" ayrıca ve açıkça vurgulanmıştır.¹³

İnsan Hakları Avrupa Divanı,¹⁴ 9 Ocak 1979 tarihli Airey Kararı'nda¹⁵ "hiçbir su geçirmez duvarın/engelin sosyal ve ekonomik hakların alanını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden ayıramayacağını" belirtmiş ve insan haklarının bölünmezliği ilkesini vurgulamıştır. Ayrıca Divan, "AİHS ile güvenceye alınan hak ve özgürlüklerin birçoğunun sosyal ya da ekonomik nitelikli uzantılarının olduğunu ve kamu görevlilerinin bu hususlarda da olumlu önlemler alması gerektiğini" kabul etmiştir.¹⁶

Şart, Avrupa Konseyi çerçevesinde kabul edilen en önemli insan hakları belgelerindedir. 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanan AİHS. Avrupa Konseyi üyeleri arasında "siyasi birliği" ve "sosyal demokrasi"yi

¹³ Gülmez, Mesut, Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye Kollokyumu, Bildiriler ve Tartışmalar-Kollokyum Sunuş Konuşması, (Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi/TODAİE.), Ankara 1993, s. 20-21.

¹⁴ 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren Ek-11 nolu protokol ile Komisyon ve Divan'ın yerine tam zamanlı çalışan tek bir Mahkeme (AİHM) kurulmuş ve Bakanlar Komitesi'nin yargısal görevi ortadan kaldırılmıştır.

¹⁵ Avrupa İnsan Hakları Divanının 1979 yılında verdiği karar İrlanda vatandaşı Bayan Johanna Airey'in kendi hükümeti ile arasında, «yargı organlarına başvurulabilme hakkı» (m. 6) konusunda ortaya çıkan bir uyuşmazlığa ilişkindir ve 9 Ekim 1979 tarihinde verilmiştir. (Johanna Airey / İrlanda Hükümeti)

(Ayrıntılı bilgi için bkz: Doç. Dr. M. Aydoğan Özman, "Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın 1979 Yılında Verdiği Kararlar" (Erişim Tarihi: 04.01.2008)

<http://auhfd.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1978-35-01-04/AUHF-1978-35-01-04-Ozman.pdf>

Anayasa Mahkemesi'nin 2001/5E. 2002/42K.T:28.3.2002, (R.G:05.09.2002/24867) sayılı ilamında "... Mahkeme önünde hak arama yolunun fiilen yahut hukuken geçici de olsa kapatılmasının veya kullanımını imkânsız kılan koşullara bağlayarak sınırlandırılmasının adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geleceği (Airey/İrlanda, 9.10.1979, A 32, s.12)... "belirtilmiş ve Airey Kararına bir atıfta bulunmuştur.

¹⁶ Gülmez, Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye Kollokyumu, Bildiriler ve Tartışmalar - Kollokyum Sunuş Konuşması, s. 21.

genelleştirmeden önce “siyasi demokrasi”yi güvence altına almış ve dolayısıyla “sosyal haklar” AİHS’de yer almamıştır. şart işte bu eksikliği gidermek ve AİHS’de yer almayan sosyal hakları koruma altına almak için oluşturulmuştur. Avrupa Sosyal şartı, AİHS’nin sosyal haklar alanındaki karşılığını oluşturmaktadır.¹⁷

Avrupa Sosyal şartı, bölgesel nitelikli ve uluslararası bir sözleşmedir.

şart, onaylayan tüm devletleri bağlayan hukuksal bir belgedir. Bu nedenle Avrupa Sosyal şartı, üstlenilen yükümlülükler temelinde devletleri “yargılamaya” yönelik bir belge değil –ya da azıcık böyle bir belge– temelde sosyal kalkınmanın siyasal bir belgesidir.¹⁸

III. AVRUPA SOSYAL şARTI VE GÖZDEN GEçİRİLMİş AVRUPA SOSYAL şARTI’NIN TÜRK HUKUKUNA ETKİSİ

Türk Hukukunda uluslararası sözleşmelerin uygulanma şekli ve usulü 1982 Anayasası’nın 90. maddesinde düzenlenmiştir.

“Milletlerarası Andlaşmaları Uygun Bulma” başlığı altında düzenlenen 90/1. maddede, “Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin onaylamayı bir kanunla uygun bulması” şartına bağlanmıştır.

Hemen akabinde yer verilen 2. ve 3. fıkrada¹⁹ ise “uygun bulma” şartının istisnalarına yer verilmiştir. Bu fıkralardaki istisnalar kapsa-

¹⁷ Gülmez, Kollokyum Sunuş Konuşması, s.19–20.

¹⁸ Fuchs Klaus, Avrupa Sosyal şartı ve Türkiye Kolokyumu-Bildiriler ve Tartışmalar- Avrupa Sosyal şartı: Günümüzdeki Durum ve Perspektifler, s.28 ve 30.

¹⁹ Ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, devlet maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin bilgisine sunulur. (Md. 90/2)

Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik veya idari andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisi’nce uygun bulunması zorunluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.(Md.90/3)

mında olan ve “Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır.” (1982 An. m. 90/4)

90. maddenin 5. fıkrasında ise usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmünde olduğu ve bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamayacağı belirtilmiştir.

Ancak özellikle konumuz açısından önem taşıyan düzenleme, 1982 Anayasa’nın 90. maddesinin 5.fıkrasının sonuna, 5170 sayılı kanunun²⁰ 7. maddesi ile yapılan eklemedir. Anayasa maddesine 07.05.2004 tarihinde eklenen cümle ile “usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağı” hükmü eklenmiştir.

Burada tartışılması gereken konu, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ve Avrupa Sosyal Şartı ile ek protokollerinin anayasanın bu düzenlemesi dâhilindeki uluslararası anlaşmalar kapsamında olup olmadığıdır. Zira m. 90/5-son cümlede yapılan düzenleme “temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin iç hukuk kuralı hükmünde olacağını” belirtmektedir.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ve Avrupa Sosyal Şartı ile ek protokollerinin Anayasa’nın 90. maddesinde belirtilen “temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir sözleşme” olduğu sabittir.

Gerek Avrupa Sosyal Şartı gerekse Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, temel sosyal ve ekonomik hakları koruyan, medeni ve politik hakları garanti eden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni takviye eden sözleşmelerdir.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nın “Başlangıç” bölümünde “Avrupa Konseyi hedefinin, kendilerinin ortak mirası olan ideal ve ilkelere gerçekleştirilmesi ve korunması amacıyla üyeleri arasında daha güçlü bir birliğin sağlanması ve özellikle İnsan hakları ve temel özgürlüklerin gerçekleştirilmesi ve sürdürülmesi yoluyla sosyal ve ekonomik gelişmenin kolaylaştırılması olduğunu” belirtilmiş ve devamında “Avrupa Konseyi’ne üye

²⁰ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5170, Kabul Tarihi: 07/05/2004, Resmi Gazete Tarihi: 22/05/2004, Yayımlandığı Resmi Gazete Sayısı: 25469.

devletlerin, 4 Kasım 1950 tarihinde Roma’da imzalanmış olan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Avrupa Sözleşmesi ile 20 Mart 1952 tarihinde Paris’te imzaya açılan ek protokollerde, halklarına bu belgelerde belirtilen sivil ve siyasi özgürlükleri sağlamayı kabul ettikleri” hatırlatılmıştır.

Yine başlangıç bölümünde “bütün insan haklarının, bunlar kişisel, siyasal, ekonomik, sosyal ya da kültürel olsun, blnmezliğinin korunması” gerektiği belirtilmiştir.

Başlangıç bölümünde “*insan haklarının bölünmezliği ilkesi*”nin kabulü, İnsan Hakları Evrensel Beyanname’sinde “*insan haklarının bölünmezliği ve karşılıklı bağımlılığı*” ilkesinin ve aynı yöndeki Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun, 1950 bildiriminde kabul ettiği “*kişisel ve siyasal haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel hakların yakın ilişkili ve birbirine bağlı haklar*” kuralının tekrarı niteliğindedir.

Uygulamada çok rastlanmasa da iç hukuk kuralı haline gelen bu Şartlara bazı mahkeme kararlarında²¹ atıf yapıldığı görülmektedir.

Tüm bu açıklamalar dikkate alındığında sosyal ve ekonomik hakların da Anayasa’da belirtilen “*temel hak*” kavramı içinde olduğunu ortaya koymaktadır.

Bu nedenle Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, Anayasa’nın 90/5. maddesinin son cümlesinde düzenlenen “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir sözleşme*”dir ve Türk Hukuku’nda doğrudan uygulanabilen bir iç hukuk kuralıdır.

Ancak çekince konulan maddeler açısından doğal olarak Türk Hukuku’nda bir bağlayıcılıktan söz edilemeyecektir.

²¹ Anayasa Mahkemesi 1997/62 E. 1998/52 K. T:16.09.1998; Anayasa Mahkemesi 1999/42 E. 2001/41 T: 23.02.2001. Danıştay 1. Dairesi 2005/1067 E. 2005/1363 K. T:17.11.2005; Danıştay 10. Dairesi 1991/1262 E. 1992/3911 K. T:10.11.1992; Danıştay Onuncu Dairesi 1993/5367 E 1995/1273 K. T: 21.03.1995; Danıştay İçtihatları Birleş-tirme Kurulu 2005/1E. 2006/1 K. T: 03.03.2006.

IV. AVRUPA SOSYAL ŞARTI VE GÖZDEN GEÇİRİLMİŞ AVRUPA SOSYAL ŞARTI TARAFINDAN KORUMA ALTINA ALINAN HAKLAR

A. AVRUPA SOSYAL ŞARTI

1. Genel Olarak

Avrupa Sosyal Şartı, uluslararası bir sözleşme niteliğini taşımakta olup, imzacı devletler tarafından uyulması gerekli bir kurallar bütünüdür. Bu nedenle onaylayan ülkeler açısından bağlayıcı bir belgedir.²²

Avrupa Sosyal Şartı'nda 19 sosyal hak koruma altına alınmış, 1988 Protokolü ile 4 yeni sosyal hak daha eklenmiştir.

Şart, "başlangıç" bölümünden başka beş blmden ve bir ekten oluşmaktadır ve 38 maddeden ibarettir. İkinci bölüm ise 19 maddeden oluşmakta olup, toplam 72 fıkra mevcuttur.

Avrupa Sosyal Şartı, ye ülkelere belirli maddeleri seçmeli onaylama yani belirli maddelere çekince koyma imkânı tanımaktadır. Şartın 1, 5, 6, 12, 13, 16 ve 19. maddeleri²³ çekirdek maddeler olarak kabul edilmekte, bu yedi maddeden en az beŐinin üyelerce kabul edilmesi gerekmektedir. ye ülkelerin tüm Şartı kabul etmesi de (Belçika, Hollanda ve Portekiz) mümkündür.²⁴ Türkiye ise asgari onay ile yetinmiŐ²⁵ ve Gözden Geçirilmiş Şart'ın III. Bölümünün A maddesi gereğince, anılan Şart'ın II. Bölümünün aşağıdaki madde, fıkra ve bentlerini;

- 1. madde,
- 2. maddenin 1, 2, 4, 5, 6 ve 7. fıkraları,
- 3. madde,
- 4. maddenin 2, 3, 4 ve 5. fıkraları,
- 7. il 31. maddeleri,

kabul ettiğini beyan etmiştir.

²² elik, Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye'nin çekinceleri, s. 92.

²³ Madde: 1- alıŐma Hakkı, Md:5-rgtlenme Hakkı, Madde: 6- Toplu Pazarlık Hakkı, Madde: 12- Sosyal Güvenlik Hakkı, Madde: 13- Sağlık ve Sosyal Yardım Hakkı, Madde: 16- Ailenin Sosyal, Yasal ve Ekonomik Korunma Hakkı, Madde: 19- alıŐan Göçmenlerin ve Ailelerinin Korunma ve Yardım Alma Hakkı, Md:20- Taahhütler.

²⁴ elik, Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye'nin çekinceleri, s. 96.

²⁵ Akıllıoğlu, Tekin; "Avrupa Sosyal Şartı" zerine Bazı Gözlemler, www.idare.gen.tr/akillioglu-sosyalsart.htm. (Erişim Tarihi: 27.10.2007)

1. Topluluk İşçileri Temel Sosyal Haklar Şartı ve Avrupa Sosyal Şartı

Avrupa Konseyi'nin Sosyal Şartı ile Topluluk İşçileri Temel Sosyal Haklar Şartı (Topluluk Şartı), Avrupa Sosyal Şartı'nın aksine, herhangi bir yasal yükümlülük içermeyen politik bir bildirgedir. Topluluk Şartı, Avrupa Topluluğu'nun sosyal yönlerini geliştirme konusunda Avrupa Birliği yesi devletlerin politik iradelerini ortaya koymaktadır. Topluluk şartında işçilerin serbest dolaşımı, istihdam ve ücretler, yaşama ve çalışma koşullarının iyileştirilmesi, refahın korunması, işte sağlık ve güvenlik korunması, çocuk ve ergenlerin korunması, yaşlıların korunması ve zrl kişilerin korunması konusunda temel sosyal haklar ortaya konulmaktadır. Topluluk şartında öngörülen hakların uygulanmasını sağlama, ye devletlere ve Avrupa Komisyonu'na²⁶ aittir ve Avrupa Komisyonu çok sayıda direktif (tüzük) hazırlamaktadır. Komisyonun ayrıca Topluluk Şartı'nın ye devletler ve Avrupa Topluluğu tarafından uygulanmasına dair yıllık bir rapor hazırlaması gerekse de, bu sistem 1990-1993 yılları arasında uygulanmış, ancak şu an bu uygulama terk edilmiştir.²⁷

Avrupa Birliği Anlaşması'nda hem Avrupa Sosyal Şartı'na hem de Topluluk Şartı'na başlık bölümünde ve 136. maddeye/eski 117. madde atıfta bulunulmuştur.²⁸

2. Şart'la Korunan Haklar

Avrupa Sosyal Şartı ile sağlık, konut, eğitim, istihdam, sosyal koruma ve ayrımcılığın nlenmesine ilişkin temel hakları koruma altına almış olup, bu hakları "istihdam koşulları" ve "sosyal sağlık" başlıkları altında toplamak mümkündür.²⁹

Şartta 19 adet hak koruma altına alınmış olup, bu haklar şu şekildedir;

Madde 1 - Çalışma hakkı,

Madde 2 - Adil çalışma koşulları hakkı,

²⁶ Avrupa Birliği'nin idari organı.

²⁷ Çiçekli, Avrupa Sosyal Şartı-Temel Rehber, s. 2-23.

²⁸ Çiçekli, Avrupa Sosyal Şartı-Temel Rehber, s. 24.

²⁹ Çiçekli, Avrupa Sosyal Şartı-Temel Rehber, s.19.

- Madde 3 - Güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları hakkı,
Madde 4 - Adil bir ücret hakkı,
Madde 5 - rgtlenme hakkı,
Madde 6 - Toplu pazarlık hakkı,
Madde 7 - ocukların ve gençlerin korunma hakkı,
Madde 8 - alışan kadınların korunma hakkı,
Madde 9 - Mesleğe yöneltme hakkı,
Madde 10 - Mesleki eğitim hakkı,
Madde 11 - Sağlığın korunması hakkı,
Madde 12 - Sosyal güvenlik hakkı,
Madde 13 - Sağlık ve sosyal yardım hakkı,
Madde 14 - Sosyal refah hizmetlerinden yararlanma hakkı,
Madde 15 - zrllerin toplumsal yaşamda bağımsız olma, sosyal bütünleşme ve katılma hakkı,
Madde 16 - Ailenin sosyal, yasal ve ekonomik korunma hakkı,
Madde 17 - ocukların ve gençlerin sosyal, yasal ve ekonomik korunma hakkı,
Madde 18 - Diğer akit tarafların ülkelerinde gelir getirici bir iş edinme hakkı,
Madde 19 - alışan göçmenlerin ve ailelerinin korunma ve yardım hakkı,
1988 Ek Protokolü ile eklenen 4 adet daha hak bulunmakta olup, bu haklar ise aşağıdaki gibidir;
Madde 1 - İstihdam ve meslek konularında cinsiyete dayalı ayırım yapılmaksızın fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkı,
Madde 2 - Bilgilendirilme ve danışılma hakkı,
Madde 3 - alışma koşullarının ve çalışma ortamının düzenlenmesine ve iyileştirilmesine uygun bulma hakkı,
Madde 4 - Yaşlıların sosyal korunma hakkı,
Yukarıda belirtilen haklardan çekirdek haklar, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı başlığında incelenecek olduğundan, bu başlık altına sadece madde başlıklarıyla belirtilmekle yetinilmiştir.

3. Denetim Mekanizmaları

a. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi

Avrupa Sosyal Şartı'nın 25.maddesinde belirtilen Avrupa Sosyal Haklar Komitesi (Uzmanlar Komitesi), Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nce atanan en az 9 üyeden oluşmaktadır.³⁰

Bakanlar Komitesi, sözleşmeci taraflarca aday gösterilen ve üstün karakterli ve uluslararası sosyal sorunlardaki ehliyeti tanınmış bağımsız uzmanlardan oluşan bir listeden Uzmanlar Komitesi'ne atamayı yapmaktadır.

Uzmanlar Komitesi üyeleri, altı yıllık bir süre için atanmakta olup, üyelerin yeniden atanmaları mümkündür.³¹

Uzmanlar Komitesi, sözleşmeci devletlerin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini değerlendirmektedir. Değerlendirmeler "olumlu ya da olumsuz sonuçlar" şeklinde olmakta, değerlendirmeye ilişkin her hangi bir bilgi sahibi olmadığı hallerde değerlendirmeyi bir sonraki denetim evresine kadar ertelemektedir.³²

Ayrıca Komite 1995 tarihli Ek Protokol'le kabul edilen "kolektif şikâyet" açısından da denetim organıdır.

Ancak Uzmanlar Komitesi bazı durumlarda denetim yapmamaktadır.

"Günümüzde, küreselleşme etkileri, özellikle sosyal güvenlik sistemlerinde sunulan hizmetlerin özelleştirilmesi, esnek çalışma saatleri gibi ekonomik ağırlıklı uygulamalar Şart'ın getirdiği bazı güvencelerinin zayıflamasına ya da yeniden yorumlanmasına yol açmış görünmektedir. Şart'ın denetim organı

³⁰ Başlangıçta üye sayısı 7 olarak belirlenmişse de 1991 tarihli Değişiklik Protokolü ile bu sayı "en az 9" olarak belirlenmiş ve atanacak üye sayısını belirleme yetkisi Bakanlar Komitesi'ne bırakılmıştır. Şarta katılan ülke sayısının artması ile bu sayının yeniden artırılması halen müzakere edilmektedir.

³¹ Bununla birlikte ilk atanmış üyelerden ikisinin görev süresi dört yılın bitiminde sona ermekte ve ilk dört yıllık sürenin bitiminde görevleri sona erecek olan üyeler, ilk atanma yapıldıktan hemen sonra Bakanlar Komitesi tarafından kura ile belirlenmektedir.

Yine maddeye göre, Uzmanlar Komitesi'nin görev süresi sona ermemiş bir üyesinin yerini almak üzere atanmış bir ye kendisinden öncekinin süresini tamamlamaktadır.

³² iekli, *Avrupa Sosyal Şartı-Temel Rehber*, s.38-39.

olan Komite, Avrupa'da yaşanan işsizlik nedeniyle 1.maddede³³ güvence altına alınan denetimleri bir 'sonuca' bağlamamaktadır. Bu madde altında sadece gözlem ve tespit yapılmakta, fakat bu durumun Şart'a uygun olup olmadığını belirlememektedir. Kısaca bu alanda denetim yapılmamaktadır. Şart'ın birçok maddesinde geçen 'imkânlar dâhilinde' deyimini 'ekonomik Şartlar' olarak anlaşılmıştır. Bu tür bir kayıt içeren yükümlülüklerin ölçütlere bağlanması çok zordur. Bu alanlarda denetim en alt düzeye inmekte, bazı durumlarda etkisiz olmaktadır."³⁴

b. Hkmetler Komitesi

Şart'ın 27. maddesine göre Hkmetler Komitesi "her Âkit Tarafın bir temsilcisinden" oluşmaktadır.

Ayrıca Hkmetler Komitesi "Toplantılarında danışman sıfatıyla gözlemci olarak temsil edilmek üzere saptayacağı en çok iki uluslararası işveren örgütüyle en çok iki uluslararası sendika örgütünü davet eder. Ayrıca sosyal refah ve ailenin ekonomik ve sosyal açıdan korunması gibi özellikle yetkili oldukları konular üzerinde Avrupa Konseyi'nin danışmanı statüsü taşıyan uluslararası Hkmetler dışı örgütlerin en çok iki temsilcisine danışabilir."

Hkmetler Komitesi, Bakanlar Komitesi için rapor hazırlamakta ve Sosyal Haklar Komitesi'nin Şartı ihlal edildiğini belirlediği durumlardan tavsiyeye konu olması gereken durumları seçmektedir.

c. Bakanlar Komitesi

Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi yesi devletlerin her birinden gelen bir temsilciden (Dış İşleri Bakanı ya da Dış İşleri Bakanının hazır olmasının mümkün olmaması durumunda bu kişi yerine hareket etmek üzere alternatif bir temsilci) oluşmaktadır.³⁵

Şartın denetim organı olan Bakanlar Komitesi hem ulusal raporları hem de kolektif Şikâyeti esas alan denetim sürecinin son aşamasında müdahale etmektedir.³⁶

³³ alışma Hakkı.

³⁴ Akıllıoğlu, "Avrupa Sosyal Şartı" zerine Bazı Gözlemler.

³⁵ iekli, Avrupa Sosyal Şartı-Temel Rehber, s.45.

³⁶ iekli, Avrupa Sosyal Şartı-Temel Rehber, s.45.

5. Şart'ın Uygulanmasının Denetimi

a. Kolektif Şikâyet Usulü

Kolektif Şikâyet, 1995 tarihli Ek Protokol ile kabul edilmiş olup, 1 Temmuz 1998'den beri yürürlüktedir. Ancak *Türkiye, kolektif Şikâyet sistemini ngren bu protokolü (3. Protokol) imzalamamıştır.*

Protokol, mevcut hükümet raporlarının incelenmesine ilaveten, Şart'ın ihlal edildiğine dair iddiaları kolektif Şikâyet sistemi ile Şart'ın etkin denetimini sağlamayı amaçlamıştır.³⁷

Kolektif Şikâyet usulünde bireysel başvuru hakkı tanınmamış olup sadece temsili kuruluşlar Şikâyet hakkını kullanabilmektedirler. Bu kuruluşlarında bireysel başvuru hakkı bulunmamaktadır. Őikâyetle, Taraf devletin yasasında veya uygulamasında Şart ile öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmediği ya da mevzuatında Şart'a aykırı hükümlerin bulunduğunu ileri sürmek söz konusudur. BaŐvurucular;

- Herhangi bir taraf devlet aleyhine başvuru yapabilenler, (1. grup)
- Sadece kendi devleti aleyhine başvuru yapabilenler, (2. grup) olarak ikiye ayrılmaktadır. Birinci gruba Avrupa Konseyi nezdinde danışma statüsü verilmiş ve Hkmetler Konseyi'nce düzenlenmiş listede yer alan Avrupa Sosyal Tarafları dâhil olup, ikinci gruba ise ulusal temsil yetkisine sahip işçi-işveren kuruluşları ile sivil toplum örgütleri girmektedir.³⁸

Avrupa Konseyi'nin resmi dili Fransızca ve İngilizcedir. Hkmetler Konseyi nezdinde danışma statüsü verilen 1.grup örgütlerin bu resmi dillerden biri ile başvuru yapması gerekirken, 2. gruba dâhil örgütlerin resmi dil dışındaki bir dille de müracaat edebilmeleri mümkündür.³⁹

Başvurular iki aŐamadan meydana gelmekte olup, ilk aŐamayı basit ve Şekli bir inceleme olan "*kabuledilebilirlik*" aşaması oluşturmaktadır. AİHM tarafından titizlikle aranan koŐullar⁴⁰ burada aran-

³⁷ Çiçekli, *Avrupa Sosyal Şartı-Temel Rehber*, s.65.

³⁸ Akıllıoğlu, "Avrupa Sosyal Şartı" zerine Bazı Gözlemler.

³⁹ Çiçekli, *Avrupa Sosyal Şartı-Temel Rehber*, s.66.

⁴⁰ Başvurucunun iç hukuk yollarını tüketmesi, başvuru süresi, başvurucunun güncel

mamaktadır. Kabul edilebilirlik için, Şikâyet olunan devletin kolektif başvuruyu kabul eden Protokol'e taraf olması gerekmektedir. Ayrıca Şikâyet dilekçesinde Őikâyetin konusu, Şikâyet olunan devletin ne Şekilde Şart'a uygun hareket etmediğine dair kanıt ve belgeler de bulunmalıdır. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, esasa ilişkin bir inceleme yapmaksızın Şikâyet hakkında "kabuledilebilir" ya da "kabul edilemez" kararı vermektedir.⁴¹

EĞer Şikâyet kabuledilebilir nitelik taşıyorsa, Komite esasa ilişkin inceleme yapmaktadır. Őikâyetilerden ve ilgili devletten gerekli bilgileri toplayan Komite, ilgili devletin Şart'ın Şikâyete konu hükmünün uygulanıp uygulanmadığına dair bir rapor hazırlar ve raporu Bakanlar Komitesine sunar. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin Şart'ın ihlal edildiğine karar vermesi halinde, Bakanlar Komitesi, süreci kapatan bir karar almak ve ilgili devlete tavsiye kararında bulunmak yetkisini haizdir.⁴²

b. Kolektif Őikâyette Bulunma Hakkına Sahip Uluslararası - Hkmetler Dışı Örgütler

Kolektif Şikâyet hakkına ve Hkmetler Komitesi'nin çalışmalarına katılan uluslararası örgütler;

- Avrupa Ticaret Birliği Konfederasyonu (ETUC),
- Avrupa Endüstri ve İŞ Verenler Konfederasyonu Birliği (UNICE),
- Uluslararası İŞverenler Örgütü'dr (IOE).⁴³

Bir diğer kolektif Şikâyet hakkına sahip hükümet dışı ve uluslararası örgütler ise sivil toplum örgütleridir.⁴⁴ Avrupa Yoksullukla Mücadele AĞı, Avrupa Kamu Hizmetlerinde alıŐanlar Federasyonu (EUROFEDOP), Avrupa Evsizler İçin alıŐan Ulusal Örgütler Fede-

ve doğrudan menfaatinin aranması gibi.

⁴¹ Akıllıoğlu, "Avrupa Sosyal Şartı" zerine Bazı Gözlemler.

⁴² iekli, Avrupa Sosyal Şartı-Temel Rehber, s.67.

⁴³ iekli, Avrupa Sosyal Şartı-Temel Rehber, s.65.

⁴⁴ iekli, Avrupa Sosyal Şartı-Temel Rehber, s.69-71.

Sivil Toplum Örgütleri, Hkmetler Komitesi'nce belirlenmiş ve bir liste hazırlanmıştır. Bu liste faydalanılan Avrupa Sosyal Şartı-Temel Rehber adlı kitapta belirtilen Şekliyle ve sırası ile alınmıştır.

rasyonu (FEANTSA), Avrupa Demiryolu Çalışanları Derneği, Uluslararası Kadınlar Konseyi Avrupa Merkezi, Avrupa Polis Sendikaları Konseyi bu örgütlerden bazılarını oluşturmaktadır.⁴⁵

A. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı Tarafından Koruma Altına Alınan Haklar

Avrupa Sosyal Şartı, 1950'li yılların ürünü olup, dönemin Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) sözleşmelerinden esinlenerek hazırlanmıştır. Bu nedenle o döneme ait olan kimi değerleri ve düşünce biçimini taşımaktadır ve koşullara göre değişikliklere uğramıştır. Ancak 1998 Ek Protokolü hariç -ki o da sadece 4 yeni hak ekleyebilmiştir- 1961 yılından beri herhangi bir değişiklik yapılamamıştır. Hâlbuki ILO aynı süreçte temel sosyal hakların uygulanmasını genişletmiş, gözden geçirmiş ve 50'den fazla sözleşmeyi kabul etmiştir.⁴⁶

İşte tüm bu eleştiriler neticesinde, Şart revize edilmiş ve yeni bir Şart oluşturularak 1996 yılında imzaya açılmıştır.

⁴⁵ Diğer Örgütler: Avrupa Kiliseler Konferansı (KEK), Avrupa Yaşlılar Linki (Euro-link Age), Avrupa Özürlüler Aksiyonu (AEH), Avrupa Teskin Edici Bakım Derneği (EAPC), Avrupa Demiryolu Çalışanları Derneği, Uluslararası Kadınlar Konseyi Avrupa Merkezi, Avrupa Polis Sendikaları Konseyi, Avrupa WIZO Federasyonlar Konseyi, Avrupa Yaşlılar Federasyonu, Avrupa Çocuk Refahı Forumu, Uluslararası Öğretim, Avrupa Hareketi, Avrupa Hükümet Dışı Spor Örgütü (ENGSO), Avrupa Ombudsman Enstitüsü, Avrupa Askeri Dernekler Örgütü (EUROMİL), Dünya Ruhsal Sağlık Federasyonu Avrupa Bölge Konseyi, Avrupa Zekâları (EUROTAL-LENT), Avrupa Rechtspfleger Birliği, Avrupa Kadın Lobisi, Uluslararası Avrupa Hayalciler Derneği, Uluslararası 3.Kuşak Üniversiteleri Derneği, Kızlar İçin Uluslararası Katolik Derneği, İnsan Haklarının Yasal Olarak Korunması İçin Uluslararası Merkez (INTERIGHTS), Uluslararası Hukukçular Komisyonu, Uluslararası Katolik Yardım Kuruluşları Konfederasyonu (CARITAN INTERNATIONALIS), Uluslararası Çevre Hukuku Konseyi (ICEL), Uluslararası Hemşireler Konseyi, Uluslararası Sosyal Refah Konseyi, Uluslararası Öğretim Toplulukları Federasyonu (FICE), Uluslararası İnsan Hakları Ligleri Federasyonu, Uluslararası Hydrocephalus ve Spina Bidifa Federasyonu, Uluslararası Müzisyenler Federasyonu, Uluslararası Ebeveyn Öğretimi Federasyonu, Uluslararası İskân ve Komşuluk Merkezi, Uluslararası İnsani ve Ahlaki Birlik, Uluslararası ATD Hareketi-Dördüncü Dünya, Uluslararası Planlı Ebeveynlik Federasyonu- Avrupa Bölgesi (IPPF), Uluslararası Yol Güvenliği, Yarının Avrupa'sı İçin Uluslararası Azınlıklar Konferansı (ISCOMET), Marangopoulos İnsan Hakları Vakfı (MFHR), Uluslararası Kamu Hizmetleri, Quaker Avrupa İlişkileri Konseyi (QCEA), Avrupa Birliği Hastaneleri Daimi Konseyi, Dünya Öğretmenler Konfederasyonu.

⁴⁶ Funch, *Avrupa Sosyal Şartı: Günümüzdeki Durum ve Perspektifler*, s. 34-35.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, koruma altına alınan toplam 31 sosyal haktan oluşmaktadır. Bu sosyal haklardan 8 tanesi yeni olup, diğer haklar ise Avrupa Sosyal Şartı'nda öngörülen 19 sosyal hak ile 1988 Protokolü'nde eklenen 4 sosyal haktan oluşmaktadır.

Avrupa Sosyal Şartı'nda bulunan dokuz madde aynen, Gözden Geçirilmiş Şarta aktarılmıştır.

Gözden geçirilmiş Şart'ın 2. Bölüm'ünde "Âkit Taraflar kendilerini, III. Bölüm'de belirtildiği gibi, aşığıdaki madde ve fıkralarda yer alan yükümlülüklerle bağlı saymayı taahhüt ederler" denilmiştir.

Ayrıca Gözden Geçirilmiş Şart'ın IV. Bölüm C. maddesinde, Şart'ta yer alan maddelerin uygulanmasına ilişkin denetim sistemi düzenlenmiştir. Ancak bu yeni bir sistem olmayıp, 1995 Ek Protokolü ile kabul edilen "kolektif şikâyet" usulünün aynen Gözden Geçirilmiş Şart'a da aktarılmasından ibarettir.⁴⁷

Gözden Geçirilmiş Şart'ın 2. Bölüm'ünde yer alan 31 maddeden 9 tanesi çekirdek (öz) madde olup, bunlardan en az 6 tanesinin ve 2. Kısım'dan en az 16 maddenin veya 63 paragrafın âkit taraflarca kabul edilmesi gerekmektedir.

Bu çekirdek maddeler; Madde 1- Çalışma Hakkı, Md.5-Örgütlenme Hakkı, Madde 6- Toplu Pazarlık Hakkı, Madde 12- Sosyal Güvenlik Hakkı, Madde 13- Sosyal ve Tıbbı Yardım Hakkı, Madde 16- Ailenin Sosyal ve Ekonomik Korunma Hakkı, Madde 19- Göçmen İşçilerin ve Ailelerinin Korunma ve Yardım Görme Hakkı,⁴⁸ Madde 7- Çocukların ve Genç Kişilerin Korunma Hakkı, Madde 20- İstihdam ve İş Konularında Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Olmaksızın Eşit Fırsat ve Eşit Muamele Görme Hakkı, olarak belirlenmiştir.⁴⁹

⁴⁷ Çetin, İzzet, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, (CHP Milletvekili-Makaleler) http://www.tbmm.info/modules.php?name=article&lang=tr&uid=izzetçetin&file=index_detay&idMArticle=663&PHPSESSID=0defb56aeda92e6a7cbece95abd0d3 (Erişim Tarihi: 15.10.2007)

⁴⁸ Avrupa Sosyal Şartı'nın imzalanması gerekli 7 maddesine, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'ndan kaynaklanan ek iki madde daha bulunmaktadır. Bu nedenle madde sıralaması yapılmamış, sadece eklenme tarihine göre yazım yapılmıştır.

⁴⁹ Diğer haklar; Adil Çalışma Koşulları Hakkı (m. 2), Güvenli Ve Sağlıklı Çalışma Koşulları Hakkı (m. 3), Adil Bir Ücret Hakkı (m. 4), Çalışan Kadınların Analığının Korunması Hakkı (m. 8), Mesleğe Yöneltilme Hakkı (m. 9), Mesleki Eğitim Hakkı (m. 10), Sağlığın Korunması Hakkı (m. 11), Sosyal Refah Hizmetlerinden Yararlanma Hakkı (m. 14), zrllerin Toplumsal Yaşamda Bağımsız Olma, Sosyal Btnleş-

1. Çalışma Hakkı (m. 1)

Âkit Taraflar *“herkes, özgürce edinebildiği bir işle yaşamını sağlama fırsatını”* (1. Bölüm 2. fıkras) sağlayacak politikalar geliştirmek ve etkin Şekilde bu hakkı korumak zorundadır.

Avrupa Birliği (AB) Topluluk Anlaşması'nun 136.maddesi doğrudan Şart'ın 1.maddesine atıfta bulunmaktadır. (*Ayrıca Gözden Geçirilmiş Şart'ın iş akdinin sona erdirilmesine ilişkin 24. maddesi de 158 sayılı ILO⁵⁰ Sözleşmesi ile aynı yöndedir.*)⁵¹

Yine Birleşmiş Milletler (BM) Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin⁵² *“Maddi Haklar”* başlıklı III. Bölüm'nde de *“alışma Hakkı”* düzenlenmiştir. 6. madde de çalışma hakkının sağlanması için *“Bu Sözleşmeye taraf devletler herkesin çalışma hakkını tanır ve bu hakkı korumak için gerekli tedbirleri alır”* denilmiştir.

Şart'ın 1. maddesine göre *“kit taraflar çalışma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla;*

1- Tam istihdamı gerçekleştirmek amacıyla olabildiğince yüksek ve istikrarlı bir istihdam düzeyine ulaşmayı ve bu düzeyi korumayı başta gelen amaç ve sorumluluklarından biri saymayı;

me ve Katılma Hakkı (m. 15), Çocukların ve Gençlerin Sosyal, Yasal ve Ekonomik Korunma Hakkı (m. 17), Diğer kit Tarafların lkelerinde Gelir Getirici Bir iş Edinme Hakkı (m. 18), Bilgilendirilme ve Danışılma Hakkı (m. 21), alışma Koşullarının ve alışma Ortamının Düzenlenmesine ve İyileştirilmesine Katılma Hakkı (m. 22), Yaşlıların Sosyal Korunma Hakkı (m. 23), iş Akdinin Sona Erdiği Durumlarda Korunma Hakkı (m. 24), işverenlerinin İflası Halinde alışanların Haklarının Korunması Hakkı (m. 25), Onurlu alışma Hakkı (m. 26), Ailevi Sorumlulukları Olan alışanların Fırsat Eşitliği ve Eşit Muamele Görme Hakkı (m. 27), alışanların Temsilcilerinin işletmede Korunma ve Kolaylıklardan Yararlanma Hakkı (m. 28), alışanların Toplu işten ıkarma Sürecinde Bilgilendirilme ve Danışılma Hakkı (m. 29), Toplumsal Dışlanma Ve Yoksulluğa Karşı Korunma Hakkı (m. 30), Konut Hakkı (m. 31).

⁵⁰ Uluslararası alışma rgt.

⁵¹ elik, Aziz, AB Emeğe Zararlı mı? *Birikim Dergisi*, <http://www.birikimdergisi.com/birikim/dergiyazi.aspx?did=1&dsid=169&dyid=2895>

(Erişim Tarihi:03.11.2007).

⁵² BM Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiş ve imzaya, onaya ve katılmaya açılmıştır. Yürürlüğe giriş: 3 Ocak 1976 - Türkiye, *“Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi”*ni 15 AĞustos 2000 tarihinde imzaladı. Bugüne kadar BM yesi 188 ülkeden 137'sinin imzaladığı Sözleşme, TBMM'de onaylandıktan sonra yürürlüğe girecektir.

2- *Çalışanların özgürce edindikleri bir işle yaşamlarını sağlama haklarını etkili bir biçimde korumayı;*

3- *Tüm çalışanlar için ücretsiz iş bulma hizmetlerini kurmayı ya da sürdürmeyi;*

4- *Uygun mesleğe yöneltme, eğitim ve rehabilitasyon hizmetlerini sağlamayı ya da teşvik etmeyi” taahhüt etmektedirler.*

Çalışma Hakkı, devletin iş isteyen herkese iş sağlamak zorunda olması anlamına gelmemektedir. İş sağlamak, işgücü piyasasının durumu, iş arayan kişinin nitelikleri gibi bir takım koşullara bağlıdır. Bu nedenle 1. fıkrada *“tam istihdamı gerçekleştirmek”* yani bu amacı gerçekleştirmek için gerekli ekonomik politikaları oluşturmak, asıl amaç olarak konulmuştur.⁵³

Ayrıca çalışma hayatındaki *“ayrımcılığın kaldırılması, angaryanın yasak olması, ücretsiz istihdam hizmetlerinin sağlanması ve mesleki rehberlik, eğitim ve rehabilitasyonun sağlanması ve geliştirilmesi (engelliler de dâhil olmak üzere)”* de, madde de öngörülen korumalar olup, bu korumaların sağlanması kit devletin sorumluluğundadır.⁵⁴

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın nlenmesi Uluslararası Sözleşmesi (CEDAW)⁵⁵ ile de *“istihdam alanında kadınlara karşı ayrımı önlemek ve kadın-erkek eşitliği esasına dayanarak eşit haklar sağlamak ve bütün uygun önlemleri almak, kadının çalışma hakkını korumak”* görevi taraf devletlere dev olarak yüklenmiştir. (m. 11)

⁵³ Çiçekli, *Avrupa Sosyal şartı-Temel Rehber*, s. 115-116.

⁵⁴ Çiçekli, *Avrupa Sosyal şartı-Temel Rehber*, s. 116-118.

⁵⁵ 1985 yılında Türkiye tarafından imzalanan sözleşme (CEDAW), 1986 ‘da yürürlüğe girmiştir. 2000 yılında imzaya açılan *“İhtiyari Protokol”* ise 2002 yılında imzalanarak, 2003 yılında yürürlüğe girmiştir.

2. Örgütlenme Hakkı (m. 5)⁵⁶

AİHS'nin "Dernek kurma ve toplantı özgürlüğü" başlığını taşıyan 11. maddesinin 1. no.lu bendinde "Her şahıs asayişini ihlâl etmeyen toplantılara katılmak ve başkalarıyla birlikte sendikalar tesis etmek ve kendi menfaatlerini korumak üzere sendikalara girmek hakkı dâhil olmak üzere dernek kurmak hakkını haizdir" şeklinde örgütlenme hakkı düzenlenmiştir.

Sendika hakkı, dernek kurma hakkının özel bir biçimi olup, kimi uluslararası belgelerde "siyasi kriterler" başlığı altında bulunmaktadır.⁵⁷

BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 8. maddesi⁵⁸ ile de "Sendikal Haklar" koruma altına alınmıştır.

⁵⁶ Madde 5- Örgütlenme hakkı - "Akit Taraflar, çalışanların ve çalıştıranların ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak, için yerel, ulusal ve uluslararası örgütler kurma ve bu örgütlere üye olma özgürlüğünü sağlamak veya geliştirmek amacıyla ulusal mevzuatın bu özgürlüğü zedelemesini veya zedeleyici biçimde uygulanmasını önlemeyi taahhüt ederler. Bu maddede öngörülen güvencelerin, güvenlik güçleri için hangi ölçüde uygulanacağı ulusal yasalarla veya düzenlemelerle belirtilir Bu güvencelerin silahlı kuvvetler mensuplarına uygulanmasına ilişkin ilke ile bu kesime hangi düzeyde uygulanacağı, yine ulusal yasalar veya düzenlemelerle saptanır."

⁵⁷ Gülmez, Uyum Düzenlemelerinin Üvey Evladı: Sendikal Haklar, Türkiye Barolar Birliği Paneli-Anayasa ve Uyum Yasaları, 13-14 Aralık 2002.

<http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/AB-UYUM%20Mesut%20G%FCImez.DOC> (Erişim Tarihi: 07.01.2008)

⁵⁸ 1. Bu Sözleşme Taraf Devletler şu hakları sağlamayı taahhüt eder:

a) Herkese kendi ekonomik ve sosyal menfaatlerini korumak ve geliştirmek için sendika kurma ve sadece sendikanın kendi kurallarına tabi olarak kendi seçtiği bir sendikaya katılma hakkı tanınır. Bu hakkın kullanılması ulusal güvenliği veya kamu düzenini veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak için demokratik bir toplumda gerekli olan ve hukuken öngörülen sınırlamalardan başka sınırlara tabi tutulamaz.

b) Sendikalara ulusal Federasyonlar ve konfederasyonlar kurma ve konfederasyonlara da uluslararası sendikal örgütler kurma ve bunlara katılma hakkı tanınır;

c) Sendikaların serbestçe faaliyette bulunma hakkı, ulusal güvenliği veya kamu düzenini veya başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma amacıyla, demokratik bir toplumda gerekli olan ve hukuken öngörülen sınırlamaların dışında her hangi bir sınırlamaya tabi tutulamaz,

d) Kullanılma şartları her bir ülkenin yasalarıyla düzenlenmiş olan bir grev hakkı tanınır.

2. Bu madde, silahlı kuvvetler veya polis mensuplarının veya Devlet idaresinde görevli olanların bu hakları kullanmalarına hukuken öngörülen sınırlamalar koymalarını engellemez.

3. Bu maddenin hiç bir hükmü, Uluslararası Çalışma Teşkilatının Örgütlenme Özgürlüğü ve Teşkilatlanma Hakkının Korunması ile ilgili 1948 tarihli Sözleşmesine taraf olan Devletlere, o Sözleşmede yer alan güvencelere aykırı düşebilecek bir

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ise sendika hakkı konusunda *“herkesin menfaatlerinin korunması için sendikalar kurmaya ve bunlara katılmaya hakkı vardır”* hükmünü içermektedir.

Türkiye’nin de taraf olduğu 87 no.lu İLO Szleřmesi⁵⁹ de *“Sendika Özgrlğine ve Örgütlenme Hakkının Korunması”*na ilişkindir. Sözleşme’nin 2. maddesine göre *“alışanlar ve işverenler herhangi bir ayırım yapılmaksızın, önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve yalnız bu kuruluşların tüzüklerine uymak koşulu ile bunlara ye olmak hakkına sahiptir.”*⁶⁰

Yine ILO’nun 98 sayılı *“Teşkilatlanma ve Kolektif Müzakere Hakkı Prensiplerinin Uygulanmasına Müteallik Sözleşme”*⁶¹ de Türkiye tarafından kabul edilmiştir.

98 sayılı Sözleşme *“ILO’nun temel haklara ilişkin 8 sözleşmesinden biridir”* ve örgütlenme hakkına ilişkin *“işçiler çalışma hususunda sendika hürriyetine hanel getirmeye matuf her türlü fark gözetici harekete karşı tam bir himayeden faydalanacaktır.”* (m. 1)

“Böyle bir himaye bilhassa,

- *Bir işçinin çalıştırılmasını, bir sendikaya girmemesi veya bir sendikadan çıkması şartına tabi kılmak,*

- *Bir sendikaya ye olması yahut çalışma saatleri dışında veya işverenin muvafakati ile çalışma saatlerinde sendika faaliyetlerine iştirak etmesinden dolayı bir işçiyi işten çıkarmak veya başka bir surette onu ızrar etmek; maksatları güden hareketlere müteallik hususlarda, uygulanacaktır.”* (98 sayılı ILO Sözleşmesi m. 2)

Avrupa Sosyal şartı, örgütlenme özgürlüğü açısından bu Sözleşmelere göre iki açıdan daha ileri bir düzenleme içermektedir. Bunlar-

tarzda bir yasa çıkarma ve uygulama imkân verecek şekilde tasarruflarda bulunma yetkisi vermez.

⁵⁹ ILO Kabul Tarihi:17.06.1948, Kanun Tarihi ve Sayısı:25.11.1992/3847, RG Yayın Tarihi/Sayısı: 22.12.1992/21432 Mükerrer, Bakanlar Kurulu Kararı Tarihi/Sayısı: 08.01.1993/93-3967, RG Yayın Tarihi/Sayısı: 25.02.1993/21507.

⁶⁰ 98 sayılı Sözleşmeden farklı olarak 87 sayılı Sözleşme Türkiye tarafından imzalanmış ancak onaylanmamıştır. Fakat bu sözleşmenin de Türkiye’yi de bağladığı tartışılmaz bir gerçektir. (Alpaslan Işıklı, Avrupa Sosyal şartı ve Türkiye Kolokiyumu, s.107).

⁶¹ ILO Kabul Tarihi: 18.06.1949, Türkiye Kanun Tarihi/Sayısı: 08.08.1951/5834, RG Yayın Tarihi/Sayısı: 14.08.1951/7884.

dan ilki, memurların ve memur statüsünde bulunanları kapsamaktadır. Diğeri ise grev hakkını açıkça öngörmesidir.⁶²

Gözden Geçirilmiş Sosyal Şartı'nın (ve Avrupa Sosyal Şartı'nda) 1. Bölüm 5. maddesinde "Tüm çalışanlar ve işverenler, ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak amacıyla ulusal ve uluslararası kuruluşlar düzeyinde örgütlenme özgürlüğüne sahiptir" hükmü bulunmaktadır.

Buradaki "tüm çalışanlar" ibaresi kamu kesiminde memur statüsünde çalışan memurları, emniyet ve silahlı kuvvetler mensuplarını (belli sınırlar da dâhilinde) da kapsamaktadır.⁶³ Tüm çalışanlar kapsamına, yabancı çalışanların da dâhil olduğu tartışmasızdır.

3. Toplu Pazarlık Hakkı (m. 6)

Toplu Pazarlık Hakkı sadece Avrupa Şartları'nda değil, diğer insan hakları belgelerinde de bulunmaktadır.

Avrupa Sosyal Şartı, 98 sayılı ILO sözleşmesinden esinlenmiş olmasına rağmen, ondan daha ileri hükümler taşımaktadır. Şart'ın ve Gözden Geçirilmiş Şartı'n 6. maddesinin⁶⁴ amacı "toplular pazarlık hakkının sosyal taraflarca kullanımını güvence altına almaktır". Madde çalışanlar ve işveren örgütleri arasında toplu ilişkileri düzenlemekte ve ilişkileri geliştirmek için kullanılacak araçlar belirtilmektedir. İlk üç fıkra sosyal tarafların toplu pazarlık süreci içinde ve dışındaki işbirliği biçimlerini, son fıkra ise bu araçların başarısız kalması halinde başvurulabilecek toplu eylemleri düzenlemektedir.⁶⁵

⁶² Işıklı, Alpaslan, Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye Kolokyumu Bildiriler ve Tartışmalar-Sendika Hakkı ve Türkiye, s. 107

⁶³ Işıklı, s.108.

⁶⁴ Toplu Pazarlık Hakkı, Madde 6- Akit Taraflar, toplu pazarlık hakkının etkin biçimde kullanılmasını sağlamak üzere,

1. Çalışanlar ve çalıştıranlar arasında ortak görüşmeleri geliştirmeyi;

2. Gerekli ve uygun olduğu durumlarda; toplu sözleşme yoluyla iş koşullarının düzenlenmesi amacıyla çalıştıranların veya çalıştıran örgütlerinin çalıştıran örgütleriyle özgürce görüşmeleri yöntemini geliştirmeyi;

3. İş uyuşmazlıklarının çözümü için uygun uzlaştırma ve isteğe bağlı hakem sisteminin kurulmasını ve işletilmesini geliştirmeyi taahhüt ederler ve

4. Menfaat uyuşmazlığı durumunda çalışanların ve çalıştıranların bir önceki toplu sözleşmelerden doğabilecek yükümlülükler saklı kalmak üzere grev hakkı dâhil ortak hareket hakkını tanır.

⁶⁵ Gülmez, Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye Kollokyumu, Bildiriler ve Tartışmalar - Toplu Pazarlık ve Grev Hakları ve Türkiye, s.120.

6. madde Türkiye açısından en sorunlu olan maddelerdendir ve özellikle maddenin grevi de içeren toplu eylem hakkına ilişkin son fıkrası Türkiye açısından sorun oluşturmaktadır.

Avrupa Sosyal Şartı'nı onaylayan devletlerden, 6.maddenin ortak danışma, gönüllü toplu pazarlık ve uzlaştırma ve gönüllü hakem ve ilgili ilk üç fıkrasına yalnızca Türkiye ve Yunanistan çekince koymuştur. Grev hakkını da içeren toplu eylem hakkına dair 4. fıkraya ise Yunanistan ve Türkiye'nin yanında Avusturya ve Lüksemburg'da çekince koymuştur.⁶⁶

4. Çocukların ve Gençlerin Korunması Hakkı (m. 7)

Çocukların ve gençlerin korunma haklarını etkin bir şekilde kullanmalarını temin etmek üzere 7. madde⁶⁷ düzenlenmiştir.

Bu maddeyi onaylayan az sayıdaki ülke dahi bu maddenin uygulanmasında zorlanmakta olup, asgari çalışma yaşına dair 1.fıkrası, tehlikeli ve sağlığa zararlı işlerde uygulanacak asgari çalışma yaşına

⁶⁶ Gülmez, Toplu Pazarlık ve Grev Hakları ve Türkiye, s.119-120.

⁶⁷ Madde 7: Çocukların ve gençlerin korunması hakkı- Âkit Taraflar, çocukların ve gençlerin korunma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla;

1- Çocukların sağlık, ahlak ve eğitimleri için zararlı olmayacağı belirlenen hafif işlerde çalıştırılmaları durumu dışında asgari çalışma yaşının 15 olmasını sağlamayı;

2- Tehlikeli veya sağlığa zararlı olduğu öngörülen işlerde, asgari çalışma yaşının 18 olmasını sağlamayı;

3- Henüz zorunlu eğitim çağında olanların, eğitimlerinden tam anlamıyla yararlanmalarını engelleyecek işlerde çalıştırılmalarını sağlamayı;

4- 18 yaşından küçüklerin çalışma sürelerinin, gelişmeleri ve öncelikle de mesleki eğitim gereksinimleri uyarınca sınırlandırılmasını sağlamayı;

5- Çalışan gençlerin ve çırakların adil bir ücret ve diğer uygun ödemelerden yararlanma hakkını tanımayı;

6- Gençlerin, işverenlerin izniyle normal çalışma saatlerinde mesleki eğitimde geçirdikleri sürenin, günlük çalışma süresinden sayılmasını sağlamayı;

7- 18 yaşın altındaki çalışanlara yılda en az dört haftalık ücretli izin hakkını tanımayı;

8- 18 yaşın altındaki kişilerin, ulusal yasalar ve yönetmeliklerle belirlenen işler dışında gece işinde çalıştırılmalarını sağlamayı;

9- Ulusal yasalar veya yönetmeliklerle belirlenen işlerde çalışan 18 yaşın altındaki kişilere düzenli sağlık kontrolü yapılmasını sağlamayı;

10- Çocukların ve gençlerin özellikle doğrudan veya dolaylı olarak işlerinden doğan tehlikeler başta olmak üzere, uğradıkları bedensel ve manevi tehlikelere karşı özel olarak korunmalarını sağlamayı; taahhüt ederler.

dair 2. fıkrası, 18 yaşın altındakilere en az üç haftalık yıllık izin verilmesine ilişkin 7. fıkrası ve çocukların bedensel ve manevi tehlikelere karşı korumalarını düzenleyen 10. fıkrası Türkiye tarafından onaylanmamıştır.⁶⁸

Türkiye, Şart'ın 7. maddesindeki bazı hükümleri onaylamasa dahi bu hükümlerin de Türkiye'yi bağladığını kabul etmek gerekecektir.

Zira Türkiye BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'ni⁶⁹ onaylamış ve Çocuk Hakları Sözleşmesi usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiştir.

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 32. maddesi gereği, taraf devletler "çocuğun ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitimine zarar verecek ya da sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ya da toplumsal gelişmesi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılmasına karşı korunma hakkını kabul etmiştir."

Yine aynı maddeye göre taraf devletler bu maddenin uygulamaya konulmasını sağlamak için yasal, idari, toplumsal ve eğitsel her önlemi almak ve bu amaçlar ve öteki uluslararası belgelerin ilgili hükümleri göz önünde tutarak,

- a. İşe kabul için bir ya da birden çok asgari yaş sınırı tespit etmek,
- b. Çalışmanın saat olarak süresi ve koşullarına ilişkin uygun düzenlemeleri yapmak,
- c. Bu maddenin etkili biçimde uygulanmasını sağlamak için ceza veya başka uygun yaptırımlar öngörmek, zorundadırlar.

⁶⁸ Bezci, Füzuran, Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye Kollokyumu, Bildiriler ve Tartışmalar-Avrupa Sosyal Şartı Karşısında Türk Sosyal Hukuku ve Uygulaması, s. 184-185.

⁶⁹ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, RG Tarihi: 27/01/1995, RG Sayısı: 22184, Geçerli Dili: İngilizce, Arapça, Çince, İspanyolca, Fransızca ve Rusça, Depoziter: Birleşmiş Milletler Teşkilatı Genel Sekreteri,

Türkiye'nin İmza Tarihi: 14.09.1990, Onay Şekli: Onay Kanunu-Bakanlar Kurulu Kararı,

İhtirazı Kaydı: "Türkiye Cumhuriyeti Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 17, 29 ve 30. maddeleri hükümlerini T. C. Anayasası ve 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Anlaşması hükümlerine ve ruhuna uygun olarak yorumlama hakkını saklı tutmaktadır."

Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 09/12/1994, Kanun No: 4058, RG Tarihi: 11.12.1994, RG Sayısı: 22138.

Görüldüğü Ėzere, Şart'ın ilgili maddesi ile bir takım çekinceler konulsa dahi, Türkiye Çocuk Hakları Sözleşmesi gereği kendini Şart'ta koruma altına alınan haklar ile yükümlü kılmıştır.

Dolayısıyla, Gözden Geçirilmiş Şart'ın 7. maddesi açısından Türkiye'nin koymuş olduğu çekince geçersiz olup, maddedeki yükümlülükler Türkiye'yi bağlamaktadır. (Gerekçe için bkz. 81. dipnot).

5. Sosyal Güvenlik Hakkı (m. 12)

“Sosyal güvenlik hakkı” BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 9.maddesi ile teminat altına alınmış ve madde de *“Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkese sosyal güvenlik hakkını tanır. Bu hak, sosyal sigorta haklarını da içerir”* denilmiştir. Ayrıca 1982 Anayasası'nın 60.maddesinde de herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu ve devletin bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alacağı ve teşkilatı kuracağı belirtilmiştir.

Şart *“sosyal yardım ve sosyal güvenlik”* konularını iki farklı madde altında düzenlemiş ve farklı yükümlülükler getirmiştir. Komite, 12. ve 13. maddelere nezaret etme ve bunları yorumlama amacıyla yardımları sosyal güvenlik ve sosyal yardım olarak sınıflandırmak üzere ölçütler belirlemiştir. Ulusal hukukun bir yardıma ilişkin yaptığı sınırlandırma nihai olmak zorunda değildir. Genel rejimler ile mesleki rejimlerden oluşan sosyal güvenlik sistemi, 12. madde bağlamında *belirli beklenmedik olaylar (hastalık, iş maluliyeti, analık, aile yükümlülükleri işsizlik, yaŐlılık, ölüm, dul kalma, mesleki kazalar ve hastalıklar)* ile ilişkili primli, primsiz ve bunların birleŐiminden oluşan (karma) yardımları kapsamaktadır. Ancak beklenmedik olaydan kaynaklanabilecek ihtiyaç durumunu iyileŐtirmek amacını taşıyan yardımları kapsamaz.

13. madde bağlamındaki sosyal yardım ise ne belirli bir riski kapsayan bir sosyal güvenlik rejimine ilişkin herhangi bir yelik Şartı ne de mesleki faaliyet veya prim ödeme koşulu aranmaksızın tamamıyla bireysel ihtiyaç bazında verilen yardımları ilgilendirmektedir. Yardım ilgili kişinin yeterli kaynaklara sahip olmasını sağlayan herhangi bir sosyal güvenlik yardımının bulunmadığı durumlarda verilmektedir.⁷⁰

⁷⁰ iekli, *Avrupa Sosyal Şartı-Temel Rehber*, s.165-166.

12. ve 13. madde arasındaki farka ilişkin yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, lkemizdeki Sosyal Sigortalar Kurumu (SSK) Emekli Sandığı, Bağ-kur (bu kurumlar aynı çatı altında birleştirilmiştir) isimleriyle bilinen sosyal güvenlik kurumları 12. madde, yeşil kart,⁷¹ gibi hizmetlerin ise 13. madde kapsamında şart ile ele alındığını söylemek mümkündür.

6. Sosyal ve Tıbbi Yardım Hakkı (m. 13)

şart'ın 6. maddesi ile taraf devletler *“sosyal ve tıbbi yardım hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamayı”* ve bu hususa ilişkin etkin önlemleri almayı kabul etmişlerdir.

Buna göre taraf devletler;

1. Yeterli olanağı bulunmayan ve kendi çabasıyla veya başka kaynaklardan, özellikle bir sosyal güvenlik sisteminden yararlanarak böyle bir olanak sağlayamayan herkese yeterli yardımı sağlamayı ve hastalık halinde bunun gerektirdiği bakımı sunmayı;

2. Böyle bir yardım görenlerin, bu nedenle siyasal ve sosyal haklarının kısıtlanmasını önlemeyi;

3. Herkesin, kişisel veya ailevi mahrumiyet halini önlemek, gidermek ya da hafifletmek için gerekebilecek öneri ve kişisel yardımları uygun kamusal ya da özel hizmetler eliyle alabilmesini sağlamayı;

4. Bu maddenin 1. 2. ve 3. fıkralarında değinilen hükümleri, lkelelerinde yasal olarak bulunan diğer kit tarafların vatandaşları ile kendi vatandaşlarını eşit tutarak, 11 Aralık 1953'te Paris'te imzalanmış olan Avrupa Sosyal ve Tıbbi Yardım Sözleşmesi ile üstlendiği yükümlülükler çerçevesinde uygulamayı, taahhüt etmişlerdir.

Sosyal ve Tıbbi Yardım Konusunda Avrupa Sözleşmesi ve Ek Protokol⁷² ile taraf devletlerden her biri, kendi ülkesinin bu Sözleşme'nin uygulanacağı bölümlerinde kanuna uygun olarak bulunan ve yeterli

⁷¹ Hiçbir sosyal güvenlik kurumunun güvencesi altında bulunmayanları kapsayan sosyal yardım sistemi.

Konuya ilişkin, 13/8/1992 tarihli ve 21314 sayılı *Resmî Gazete'*de yayımlanan deme Gücü Olmayan Vatandaşların Tedavi Giderlerinin Devlet Tarafından Karşılanması ve Yeşil Kart Uygulaması Yönetmeliği bulunmakta olup, ilgili yönetmelikte 22.12..2004 tarihinde (RG No: 25678) değişiklik yapılmıştır.

⁷² Karar Sayısı: 7/11753, 25 Mart 1976.

geçim olanaklarından mahrum olan diğer Sözleşen Tarafların vatandaşlarını, ülkesinin o bölümünde yürürlükte olan mevzuatın öngördüğü sosyal ve tıbbî yardımdan kendi vatandaşlarıyla aynı şekilde ve aynı koşullar altında yararlandırma taahhüdünde bulunmuşlardır.

Türkiye’de hem Şart’lara hem de Sosyal ve Tıbbî Yardım Konusunda Avrupa Sözleşmesi’ne imza koyarak, hem kendi vatandaşlarına hem de yabancılara “*Sosyal ve Tıbbî Yardım Hakkı*”nı sağlama konusunda yükümlülük üstlenmiştir.

Avrupa Sosyal ve Tıbbî Yardım Sözleşmesi’ne taraf olmayan hükümetlerin, diğer taraf devletlerin vatandaşları söz konusu anlaşmanın hükümleri ile uyumlu bir muamelede bulunmak koşuluyla Şart’ı bu paragraf açısından onaylayabileceklerdir.⁷³

7. Ailenin Sosyal, Yasal ve Ekonomik Korunma Hakkı (m. 16)

16. madde taraf devletleri toplumun en temel birimi olan aileyi sosyal, yasal ve ekonomik açıdan korumakla ve gerekli önlemleri almakla yükümlü kılmıştır.

AİHS’nin 8. maddesi ile de “*aile hayatının korunması*” öngörülmüştür.

Ancak “*aile*” kavramı dar olarak yorumlanmamalıdır. Aile kavramının her zaman evliliğe dayanan ya da aralarında kan bağı olan insanlar olarak algılanmaması gerekmektedir.

AİHM vermiş olduğu kararlarda, her davadaki bilgilere bakarak aile hayatının var olup olmadığına karar vermektedir. Uygulanan genel prensip, *ilgili taraflar arasında yakın kişisel bağlar* olup olmadığıdır. Özellikle son zamanlarda AİHM giderek daha çok sayıda ilişkiyi aile hayatı kavramı içinde 8.maddenin koruması altına almaktadır.⁷⁴

Mahkeme, 18 Aralık 1998 tarihli Johnston-İrlanda Davası’nda “*çocukları ile beraber yaşayan evli olmayan çiftleri*” aile saymıştır.

Yine 24 Nisan 1996 tarihli Boughanemi-Fransa davasında mahkeme “*8.maddenin dayandığı aile hayatı kavramının, bir arada yaşamasalar*

⁷³ Çiçekli, *Avrupa Sosyal Şartı-Temel Rehber*, s.170.

⁷⁴ Kilkelly, Ursula, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8.Maddesi Uygulanmasına İlişkin Kılavuz- Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, İnsan Hakları El Kitabı-, No:1, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 87, s. 15.*

bile, çocuk meşru olsun olmasın, bir anne veya baba ve çocuğu arasındaki bağı kapsadığını” belirtmiştir.

Mahkeme kararlarında aile kavramı oldukça esnekleştirilmiştir. 26 Mayıs 1994 tarihli Keegan-İrlanda davasında “*aile hayatı kurma potansiyeli*” aile kavramı için yeterli sayılırken, 19 Mayıs 1992 tarihli Kerkhoven-Hollanda davasında iki kadın ve birinin AID (yapay döllenme) yöntemiyle doğurduğu çocuğu aile saymıştır.

Avrupa Şartı ve Gözden Geçirilmiş Şart’ın, AİHS’nin eki olduğu⁷⁵ sabittir. Bu nedenle AİHM’nin aile kavramını, kanaatimizce Şart’ta bahsedilen aile kavramını belirlerken de kullanmak gerekmektedir.

8. Çalışan Göçmenlerin ve Ailelerinin Korunma ve Yardım Hakkı (m. 19)

Max Frisch “*Biz işgücünü çağırdık, ama gelen, insanlardı*”⁷⁶ diyerek göçmen işçileri anlatmıştır.

Çalışmak için başka ülkelere giden işçilerin, sadece iş gücü olarak değil, insan olarak anlaşılması ve bir takım temel insan haklarına sahip olduğu düşüncesi ile hareket edilmiş, göçmen işçilerin ve ailelerinin korunması ve yardım hakkı düzenlenmiştir.

19. maddeyi ifade etmeden önce, aynı Şart’ın 18.maddesinden bahsedilmesi gerekmektedir.

18. madde ile “*Âkit Taraflar, diğer Âkit Taraflardan herhangi birinin ülkesinde gelir getirici bir iş edinme hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak*” yükümlülüğünü üstlenmişlerdir.

Türkiye 18 ve 19. maddeyi de onaylamıştır.

Sosyal Şartlar’ın genelde ILO sözleşmelerini izleyen normlar olduğu kabul edilmektedir. Ancak Şartlar bazen hiçbir uluslararası sözleşmede ya da tavsiye kararında yer almamış hususlarda da düzenlemeye gitmiştir. İşte bunlardan biri, kazanç getirici faaliyette bulunma hakkıdır. Bu hak kapsamında, yabancı/göçmen işçilerin istihdamını düzenleyen mevzuatları düzenlemek de bulunmaktadır. 18.ve 19.

⁷⁵ Bkz. Ek Açıklama İçin: “Sosyal, Kültürel ve Ekonomik Haklar İle Temel İnsan Hakları Arasındaki Bağ”.

⁷⁶ Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye Kollokyumu, Bildiriler ve Tartışmalar, s. 159.

madde, münhasıran bir sözleşmeci devletin vatandaşı, diğer bir sözleşmeci devletin ülkesine “yasal olarak gittiklerinde” madde hükümlerinin uygulanacağını öngörmüş ve sınırlı bir yaklaşım benimsemiştir. Oysa göçmen işçilere ilişkin ILO Sözleşmeleri, göçmen işçilerin vatandaşı olduğu devlet, ILO Sözleşmelerini imzalamamış bile olsa, onlar hakkında da uygulandığı kabul ederek, geniş bir yaklaşım benimsemiştir.⁷⁷

Ayrıca mülteciler ve vatansızlarda Şart'ta sağlanan güvencelerden faydalanabilmektedirler. “Avrupa Sosyal Şartının Ekine göre, Âkit Tarafların, Mültecilerin Statüsüne ilişkin 28 Temmuz 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nde tanımlanan şekilde kendi ülkelerinde kalan mültecilere mümkün olduğu ölçüde elverişli muamelede bulunmaları gerekmektedir. Ayrıca, 1 No.lu Protokol ile Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı bu elverişli muameleyi 28 Eylül 1954 tarihli New York Konvansiyonu'nda tanımlanan vatansız kişileri de kapsamak üzere genişletmiştir”.⁷⁸

19. maddedeki “yabancı işçinin ailesi” kapsamına “en azından eş ve 21 yaş altındaki çocukların” girdiği kabul edilmektedir. Devletler, kendi ülkelerinde yerleşik bulunan göçmen işçilerin ailelerinin bu işçilerle birleşmelerine izin vermeleri gerekmektedir. Çocuklara ilişkin aile birleşmelerinde yaş sınırının 21'den daha aşağı olan durumlarda Komite, uygulamadaki durumu dikkate almakta ve devletlerden 18-21 yaş arası çocukların aile birleşimini kabul ettiklerini ispatlamasını istemektedir.⁷⁹

Ayrıca “göçmen işçilerin aileleri” kavramının kapsamını belirlerken, kanaatimizce AİHS'nin aile yorumunu kabul etmek gerekmektedir.

9. İstihdam ve Meslek Konularında Cinsiyete Dayalı Ayrım Yapılmaksızın Fırsat Eşitliği ve Eşit Muamele Görme Hakkı (m. 20)

Bu maddede bulunan hak, 1988 Ek Protokolü'nün 1. maddesi ile Avrupa Sosyal Şartı'na eklenmiş, daha sonra da Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda da yer verilmiştir.

⁷⁷ Demircioğlu, Murat, Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye Kolokyumu-Bildiriler ve Tartışmalar, Göçmen İşçilerin Hakları ve Türkiye, s.159-160.

⁷⁸ Çiçekli, Avrupa Sosyal Şartının Yabancılara Sağladığı Güvenceler ve Türkiye. http://www.turkaydanismanlik.com/tr/docs/Avrupa_sosyal_sartinin_yabancilara_sagladigi_guvenceler_ve_turkiye.pdf (Erişim Tarihi: 10.01.2008).

⁷⁹ Çiçekli, Avrupa Sosyal Şartı-Temel Rehber, s. 188-190.

Âkit taraflar, istihdam ve meslek konularında cinsiyete dayalı ayırım yapılmaksızın fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkının etkili bir biçimde kullanımını sağlamak amacıyla, bu hakkı tanımayı ve aşağıdaki alanlarda uygulanmasını sağlamayı ve teşvik etmeyi kabul taahhüt etmişlerdir.

Taraf devletler madde gereği;

a. İşe giriş, işten çıkarılmaya karşı korunma ve yeniden işe yerleştirilme,

b. Mesleki yönlendirme, eğitim, yeniden eğitim ve rehabilitasyon,

c. İstihdam koşulları ve ücreti de kapsayan çalışma koşulları,

d. Yükselmeyi de kapsayan meslekte ilerleme, konusunda uygun önlemleri almakla yükümlüdürler.

İşverenlerin hükümsüz ilan edilmesi muhtemel hususları -bilme-yerek bile uygulaması halinde dahi- caydırıcı önlemleri alması da bu maddenin koruması kapsamındadır.⁸⁰

ILO Sözleşmeleri'nden 100 sayılı Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında Sözleşme, 111 sayılı Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi de benzer konuda düzenlemeler içermektedir. Her iki ILO Sözleşmesi de Türkiye'ce imzalanmıştır. Ayrıca 20.madde, Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi'nin 1 ve 2. maddesiyle, AIHS'nin "Ayrımcılık yasağı"na ilişkin 14. maddesiyle, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin "Ayrımcılık Yasağı" (m. 2) ve "Cinsiyet Eşitliği" (m. 3) maddeleriyle de paralel hükümler içermektedir.

CEDAW İle taraf devletler kadının tam gelişmesini ve ilerlemesini sağlamak için, özellikle politik, sosyal, ekonomik ve kültürel alanlar başta olmak üzere bütün alanlarda, erkeklerle eşit olarak insan hakları ve temel özgürlüklerinden yararlanmalarını ve bu hakları kullanmalarını garanti etmek zorundadırlar.

⁸⁰ Çiçekli, *Avrupa Sosyal Şartı-Temel Rehber*, s.196.

V. AVRUPA SOSYAL ŞARTI VE GÖZDEN GEÇİRİLMİŞ AVRUPA SOSYAL ŞARTI'NIN DEVLETLER TARAFINDAN UYGULANMASI

Ulusal makamların imzalayacakları Şart'ı ve Şart'ın hangi hükümlerini kabul edeceklerine dair seğme hakkı bulunmaktadır.

Gözden Geçirilmiş Şart, temel sosyal ve ekonomik hakları bütün yönleri ile garanti eden tek sözleşme olup, sosyal haklar alanında 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı'nın boŐluklarını telafi etmekte olup, 21. yüzyılın geręeklerini yansıtan bir Avrupa İnsan Hakları Koruma Belgesi'dir.⁸¹

Şartlar'da çekince konusunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak devletlerin çekince koyma hakkı bulunmaktadır. Bazı devletler Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne yolladıkları açıklamalara çekince adı vermişlerdir. Akıllıoğlu, biręok bakımdan çekincenin Őartla bađdaŐmadıđını söylemektedir. lkeler maddelere çekince koymamakta, onay dışında bırakılmaktadırlar. Onay dışı bırakma ile çekince, denetim açısından önem taşımaktadır. İlke olarak çekince genel nitelikte değilse, ilişkin olduğu nokta bakımından anlaşma kuralının yerine iç hukuk kuralı geçmektedir. Yani çekince varsa denetim organı değerlendirme yapamayacaktır. Komite'nin vermiş olduğu bazı kararlarda⁸² onay dışı bırakma esasını kabul etmektedir.⁸³

Gözden Geçirilmiş Şart'ın 4. Bölüm C. maddesinde "*Şartta yer alan yükümlülüklerin uygulanmasına ilişkin denetim*" hususunda "*Bu Şartta yer alan hukuksal ykmllklere uygunluk, Avrupa Sosyal Şartı'ndaki ile aynı denetime tabi olacaktır*" denilmiştir. 1998 tarihli Ek Protokolün 6. maddesi -Kabul Edilen Ykmllklere Uygunluğun Denetimi- başlığını taşımakta olup, maddeye göre "*Taraflar, bu Protokolün II. Bölümündeki hükümlerden kabul etmiş olduklarının uygulanmasına ilişkin raporları, Şartın 21. maddesi*⁸⁴ *uyarınca sundukları raporların içinde sunacaklardır*" denilmiştir.

⁸¹ Çiçekli, Avrupa Sosyal Şartı-Temel Rehber, s.82.

⁸² Almanya'nın memurlar açısından işçi sayılmadıkları ve nedenle Avrupa Sosyal Şartı'nın md.6/4 kapsamı dışında tutulduklarına dair açıklamasını geçerli saymaması, Louzidou davasında AİHM. nin Türkiye'nin çekincelerini geçersiz sayması gibi.

⁸³ Akıllıoğlu, "Avrupa Sosyal Şartı" zerine Bazı Gözlemler.

⁸⁴ Kabul edilmiş hükümlere ilişkin raporlara dair madde.

Gözden Geçirilmiş Şart'ın hükümleri, ilgili kişilerin daha lehte bir muameleye tabi olmalarını sağlayacak; yürürlüğe girmiş ya da girecek olan tek ya da ikili ya da çok taraflı sözleşme, antlaşma ya da anlaşma veya ulusal hukuk hükümlerinin uygulanmasını engellemeyecektir. (Bölüm VI, m. H)

Gözden Geçirilmiş Şart'ın imzası, onayı ve yürürlüğe girmesi ise VI. Bölüm'n K maddesi ile düzenlenmiştir.

Madde de Şart'ın Avrupa Konseyi yesi Devletlerin imzasına açık olduğu belirtilmiştir. Şart onay, kabul ya da uygun bulma Şartlarına tabi olup, onay, kabul ya da uygun bulma belgeleri Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne verilecektir.

Avrupa Konseyi yesi  devletin bu Őartla bağlı olma iradesini açıkladıkları tarihten sonra, bir aylık dönemin sona ermesini izleyen ayın birinci gününde Şart'ın yürürlüğe gireceği kabul edilmiştir.

Şart, onu daha sonra onaylayacak her imzacı devlet için onay, kabul ya da uygun bulma belgesinin verildiği tarihten sonraki bir aylık dönemin sona ermesini izleyen ayın birinci gününde yürürlüğe girecektir. (Bölüm VI, m. K)

Gözden Geçirilmiş Şart'ta da kolektif Őikyet⁸⁵ hakkı tanınmış olup, Gözden Geçirilmiş Şart'ın D maddesi "*Kolektif Şikâyet*" başlığı altında düzenlenmiştir.

D. maddesinin 1.fıkrasında Avrupa Sosyal Şartı'na Ek Protokolün kolektif Şikâyet sistemi getiren hükümlerinin Şartı imzalayan ve 1995 Protokolü'n onaylamış olan devletler bakımından, bu Őarttan kaynaklanan ykmllklere de uygulanacaktır, denilmiştir.

2. fıkraya göre Avrupa Sosyal Şartı'na kolektif Şikâyet sistemi getiren Ek Protokol ile bağlı olmayan herhangi bir devlet, bu Şartın onay, kabul ya da uygun bulma belgesini verirken ya da daha sonraki bir tarihte, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bu Őarttan kaynaklanan yükümlülüklerinin denetlenmesinde, anılan Protokolde ngrlen usullerin kullanılmasını kabul ettiğini bir bildirimle açıklayabilmektedir.

⁸⁵ 1995 tarihli Ek Protokol ile kabul edilmiş olup, 1 Temmuz 1998'den beri yürürlüktedir. Ancak Türkiye, kolektif Şikâyet sistemini ngren bu protokolü (3. Protokol) imzalamamıştır. Ek açıklama için bkz. Denetim mekanizmaları bölümüne.

VI. TÜRKİYE'NİN ŞARTLARA DAİR ÇEKİNCELERİ VE TÜRKİYE'NİN SOSYAL POLİTİKALARININ AB POLİTİKALARI İLE UYUMU

Sosyal haklar açısından en kapsamlı uluslararası sözleşme olan Gözden Geçirilmiş Şart, grevli-toplu sözleşmeli sendikal haklar yanında toplam 31 maddede hemen hemen tüm çağdaş sosyal hakları içermektedir.⁸⁶

Ancak Türkiye, uluslararası belgelerde yer alan sosyal politika kurallarını düzenlemek ve uygulamak konusunda oldukça isteksiz davranmaktadır.

Gülmez, "Türkiye, geleneksel olarak insan hakları belgelerini ancak ulusal mevzuatla uyum içinde bulunduğu ve pozitif hukukun değiştirilmesini gerektirmediği zaman onaylama politikası izlediğinden ve Sosyal Şart'ın onaylanmasında da bu politikadan ayrılmadığından, Şart'a konulan çekinceleri, sosyal hukukumuzun Avrupa Sosyal Hukuku karşısındaki düzeyinin bir göstergesi olarak değerlendirmek yanlış olmaz" demektedir.

Avrupa Sosyal Hukuku ve Avrupa Sosyal Politikaları ile Avrupa Sosyal Şartı'nın ve Gözden Geçirilmiş Sosyal Şart'ın bağlantısını açıklamak gerekmektedir.

Avrupa Sosyal Şartları, AB anlaşmaları ve AB Anayasası ile AB hukukunun bir parçası haline getirilmiştir. Şart'ların her ikisi de AB tarafından referans belgeler kabul edilmekte, AB Anayasası doğrudan atıfta bulunarak, Şartlara anayasal bir değer kazandırmaktadır.⁸⁷

AB Anayasası, AB'yi temel insan hakları üzerine kurulu bir birlik olarak tanımlamakta ve sosyal hakları geleneksel insan hakları kapsamında kabul etmektedir.⁸⁸

AB Anayasası sosyal politikalar açısından oldukça önemlidir. Anayasa'nın en önemli olan yönlerinden biri, Avrupa Temel Haklar Şartı'nı tamamen Anayasa'nın ikinci bölümüne aktarmasıdır. Ancak AB Sosyal Politikasının kaynaklarını incelerken üye devletlerdeki sosyal politika ve sosyal mevzuatın da dikkate alınması gerekmektedir.

⁸⁶ Çelik, *Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye'nin Çekinceleri*, s. 91.

⁸⁷ Çelik, *Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye'nin Çekinceleri*, s.96.

⁸⁸ Çelik, *ABAnayasası: Sosyal Haklar Açısından Kaçırılan Bir Fırsat, Türk-İş Dergisi*, Mayıs-Haziran 2005, S:367. http://www.kristalis.org.tr/aa_dokuman/AB%20Anayasasi%20iscisi%20Haklari%20Acisindan.pdf (Erişim Tarihi: 10.01.2008)

dir. unk AB organlarının düzenleme yetkisinin olmadığı pek çok durum ulusal mevzuatlarca düzenlenmiştir. AB yesi devletler sosyal devlet⁸⁹ modeline sahiptir ve AB lkelerindeki sosyal ve sendikal hakların şu an var olan en ileri kurallar ve uygulamalar olduğu kabul edilmektedir.⁹⁰

AB Anayasası'na dair metnin Hollandalı ve Fransız seçmenlerce reddi nedeniyle AB Anayasasının oluşturulmasına dair çalışmalar ke-sintiye uğramıştır. Bu nedenle AB Anayasası'nın bazı unsurlarından vazgeçilerek, yeni bir düzenlemeye gidilmiştir. Bu yeni oluşum Re-form Anlaşması veya son şeklini aldığı AB zirvesine istinaden Lizbon Anlaşması olarak isimlendirilmekte ve anlaşmanın 2009'da yürürlüğe girmesi öngörülmektedir. Lizbon Anlaşması *Temel Haklar Sözleşmesi açısından önem taşımakta ve şartlarla koruma altına alınan haklar açısından bir takım etkiler doğurmaktadır*. Lizbon Anlaşması ile Temel şartlar Sözleşmesi'ne atıfta bulunulmakla yetinilerek, Temel şartlar Sözleşmesi metnin içinde ve hatta eklerinde bile yer almayacaktır. Ancak atıf nedeniyle Temel şartlar Sözleşmesi bağlayıcılık kazanacaktır.⁹¹ Ancak bu sözleşmenin sosyal haklar açısından bir takımlar sakıncalar doğurması muhtemeldir. Türkiye'nin Avrupa Birliği ile olan üyelik süreci, 17 Aralık 2004 tarihli Brüksel Zirvesi'nde tam üyelik müzakerelerinin başlatılması kararı ile yeni bir ivme kazanmıştır. Özellikle tarama sürecinde, Avrupa Birliği mevzuatı ile uyumlu olmayan yasaların gözden geçirilmesi ve uyumlu hale getirilmesi çalışmaları başlamıştır. AB ile müzakere sürecinde *“sosyal politika ve sendikal haklara ilişkin konular, siyasi kriterler bölümü ile müktesebatın 13. başlığı olan “Sosyal Politika ve İstihdam” başlıklarında müzakere edilecektir*. Ancak Sosyal Politika ve İstihdam başlığının müzakerelerinde ciddi sorunlarla karşılaşılması

⁸⁹ Ekonomiye sosyal amaçlarla müdahale eden devlet, sosyal devlettir. Bu tur devlet, gelir dağılımında adaleti gerçekleştirmek, sosyal güvenlik sağlamak gibi sosyal amaçlar yanında bunlarla çok yakın ilişkili görülen yaşam düzeyini yükseltmek, maddi olanaklar sağlamak, ulusal geliri arttırmak, kalkınma amaçlı yatırım yapmak gibi ekonomik amaçlara da sahiptir. (Prof. Dr. Rafet Evyapan, Atatürk ve Sosyal Devlet, *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, S. 43, C. XV, Mart 1999.)

⁹⁰ elik, Avrupa Birliği Sosyal Politikası: Gelişimi, Kapsamı ve Türkiye'nin Uyum Süreci-1.

http://www.kristalis.org.tr/aa_dokuman/AB%20Anayasasi%20isci%20Haklari%20Acisindan.pdf (Erişim Tarihi: 10.01.2008)

⁹¹ İngiltere Temel şartlar Sözleşmesi'nin Avrupa Adalet Divanı'nca İngiliz alışma yasalarına ya da sosyal güvenlikle ilgili yasalara dahil edilmeyeceği konusunda yazılı bir teminat almıştır.

beklenmektedir ki, bu başlık altında kadın erkek-eşitliği, işçi sağlığı, çalışma koşulları gibi bireysel çalışma hukukuna dair hususlar gündeme gelecektir. Sendika, toplu sözleşme ve grev hakkı gibi kolektif haklar ise siyasi kriter başlığı altında görülecektir. AB Uyum sürecinde anayasa değişiklikleri ve “uyum paketleri” içinde en az yer verilen alan, Türkiye’nin sosyal hukuk ve sosyal politikalarına dair düzenlemelerdir.⁹²

AB sosyal politikalarının Türkiye’de nasıl yorumlanacağı ve uyumunun sağlanacağı konusunda sendikaların, işveren örgütlerinin, hükümetin, AB organlarının ve bilim çevrelerinin farklı bakış açılarına sahip oldukları, toplumda yaşanan tartışmalarla ortaya çıkmaktadır.⁹³

“Türkiye Ulusal Programı, sendikal haklarla ilgili düzenlemeler konusunda AB Belgelerine, örneğin Çalışanların Temel Sosyal Hakları Toplu Şartı ile 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Şartına yollamada bulunmamıştır... Öte yandan Türkiye Ulusal Programında Avrupa Sosyal Şartı’nın sendika ve toplu pazarlık haklarıyla ilgili 5.ve 6. maddelerine çekince koymuş ve henüz bu çekinceyi kaldırmamıştır.”⁹⁴

Sendika kurma hakkı 1982 Anayasası’nın 51. maddesinde düzenlenmiş olup, madde AB ile uyum çalışmaları nedeniyle 03/10/2001 tarihinde değiştirilmiştir.

Gülmez, sendikal haklarla ilgili yapılan çalışmaları “uyum düzenlemelerinin üvey evladı” olarak nitelendirmekte ve Türkiye’de yapılan gerek anayasal gerekse yasal düzenlemelerde sendikal haklarla, toplu pazarlık ve grev haklarının AB hukukuna uyumunun sağlanması hususunun görmezden gelindiğini söylemektedir.

Sendikal haklarla, toplu pazarlık ve grev hakkının önündeki engelin kaldırılması için öncelikle şartların 5 ve 6. maddelerinin Türkiye’ce onaylanarak yürürlüğe sokulması gerekmektedir.

Ayrıca kolektif şikâyet usulü kabul edilmeli, Anayasa’nın 51. maddesinin 5. fıkrasındaki sendika özgürlüğünün evrensel ilkeleriy-

⁹² Çelik, Avrupa Birliği Sosyal Politikası: Gelişimi, Kapsamı ve Türkiye’nin Uyum Süreci-2. http://paribus.tr.googlepages.com/a_celik2b.pdf (Erişim Tarihi: 10.01.2008)

⁹³ Çelik, AB Sürecinin En Uyumsuz Alanı: Sosyal Haklar. <http://www.birikimdergisi.com/birikim/dergiyazi.aspx?did=1&dsid=167&dyid=2867> (Erişim Tarihi: 10.01.2008)

⁹⁴ Gülmez, Uyum Düzenlemelerinin Üvey Evladı: Sendikal Haklar.

le bağdaşmayan “işçiler ve işverenler aynı zamanda birden fazla sendikaya ye olamazlar” kuralı kaldırılmalıdır. Toplu Pazarlık ve Grev hakkına ilişkin yeni düzenlemeler yapılmalıdır. Toplu görüşme hakkına dair kamu görevlileri arasında kamu erkini kullananlar ve kullanmayanlar yönünden bir ayırım yapılması ve tüm çalışanlar için tanınmaması (m. 53/3), aynı işyerinde, aynı dönem için *birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılabilmesi* ve uygulanabilmesi (m. 53/4) gibi hususlar öncelikle Şart ve ILO sözleşmeleri ile uyumlu hale getirilmelidir.⁹⁵

Yasalarda yapılması gereken düzenlemeler tabii ki bu kurallarla sınırlı değildir. İş Yasası, Sendikalar Kanunu gibi pek çok kural uluslararası belgelere aykırılık teşkil etmektedir. Sadece fikir edinilebilmesi açısından burada kısmen yer verilmiştir.⁹⁶

Sonuç olarak şunu demek mümkündür, “AB sosyal politika yönergelerinin hemen hemen hepsi (istisna bazı hükümler hariç) Türk iş hukukundan ileridir. Son birkaç yılda i hukuka aktarılmaya çalışılan yönergelerin içeriği ortadadır: İşçi sağlığı standartlarının yükseltilmesi, kadın-erkek ayrımcılığının ve ayrımcılığın yasaklanması, toplu işçi çıkarma ve iflas durumunda işçinin korunması, ebeveyn izni, yıllık ücretli izin, işçilere danışılması ve onların bilgilendirilmesi bu yönergelerin belli başlılarıdır... Hkmetler, AB ve ILO normlarının gereği olan sendikal haklar konusunda gerekli adımları atmazken, bireysel iş hukuku alanında var olan işçi haklarının sınırlandırılmasında, AB’ye uyum bahanesine başovurmaktadırlar...2004 İlerleme Raporu, sendikal hakları açıkça insan hakları ve temel özgürlükleri kapsamında ele almış ve bu hakların ILO standartlarına ve Avrupa Sosyal Şartına uygun olması gerektiğini vurgulamıştır. 32 Rapor ILO standartlarına atıf yapmış ve Türkiye’nin ILO standartlarını karşılamaktan uzak olduğunu ve toplu sözleşme ve grev hakkına ilişkin sınırlamaların varlığını koruduğunu vurgulamıştır. 2004 İlerleme Raporu tereddütsüz bir biçimde Türkiye’nin önüne sendikal hak ve özgürlüklerle ilgili tamamlanması gereken siyasi ölçütler koymuştur. Komisyon bu konuda ILO standartlarına atıf yaparak, ILO standartlarını AB yeliği için bir çeşit siyasi kriter haline getirmiştir.”⁹⁷

⁹⁵ Gülmez, Uyum Düzenlemelerinin vey Evladı: Sendikal Haklar.

⁹⁶ Konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için, bkz. Gülmez, , Uyum Düzenlemelerinin vey Evladı: Sendikal Haklar.

⁹⁷ elik, AB Emeğe Zararlı mı? <http://www.birikimdergisi.com/birikim/dergiyazi.aspx?did=1&dsid=169&dyid=2895> (Erişim Tarihi: 03.11.2007).

VII. SOSYAL DIŐLANMIŐLIK VE SOSYAL İÇERME

Gözden Geçirilmiş Şartın 30. maddesi “*Toplumsal dışlanma ve yoksulluğa karşı korunma hakkı*”nı düzenlemektedir.

Maddede âkit devletlerin, toplumsal dışlanma ve yoksulluğa karşı korunma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla,

a. Toplumsal dışlanma ve yoksulluk durumunda yaşayan ya da bu duruma düŐme tehlikesinde olan kişilerin ve ailelerinin, özellikle istihdam, konut, eğitim, öğrenim, kültür ile sosyal ve tıbbi yardım olanaklarına fiilen ulaŐmalarını teşvik edecek genel ve eŐgüdümlü bir yaklaşım çerçevesinde önlemler alması,

b. Bu önlemlerin, uyarlanmasını sağlamak amacıyla gerektiğinde gözden geçirilmesi gerekmektedir.

Maddenin amacının anlaşılabilmesi için öncelikli olarak sosyal dışlanma ve sosyal içerme kavramını tanımlamak gerekmektedir.

İlk kez Fransa’da 1970’li yıllarda kullanılmaya başlayan sosyal dışlanma kavramı “*toplumda yoksulların dışında, suçlularını, madde bağımlılıklarını, farklı etnik kökenden gelenleri, uyum sorunu çekenleri ve sosyal koruma kapsamı dışında kalanları kapsamakta ve bu grupların toplum tarafından dıŐlandıkları kabul edilmektedir. Ancak bu dışlanma kavramını ülkeden ülkeye, kültürden kültüre değişim gösterebilmekte olup, dıŐlanmış grubu genişletmek mümkündür. Özellikle gelişmekte olan toplumlarda kadının da sosyal dıŐlanması söz konusudur. Ayrıca sağlık, konut, temel eğitim, temiz su gibi imknlerden faydalanamayan gruplar da sosyal dıŐlanmışlık kapsamı içerisinde yer almaktadır. Ayrıca yurttaŐlık haklarının sosyal ve ekonomik fırsatlardan yararlanmayı sağlamasını nedeniyle, yurttaŐlık haklarından yoksun olma halinde de sosyal dıŐlanmışlıktan söz etmek mümkün olacaktır. ILO, gelişmekte olan ülkelerde sosyal dıŐlanmanın bireysel ve toplumsal iki boyutu olduğunu kabul etmektedir. Bireysel olan sosyal dıŐlanmışlık sadece yoksul olmayı değil aynı zamanda sosyal yalıtılmışlığı, yasal haklara sahip olmamayı ve bu yasal hakları kullanma özgürlüğü’nn engellemesini de içermektedir. Toplumsal olan sosyal dıŐlanmışlık ise mal edinme ve hizmetlere ulaşmada eŐitsizliĐin olması, ayrımcılık uygulamaları ve toplumsal eŐitsizliklerin yaygın olması halini ifade etmektedir”⁹⁸*

⁹⁸ Sunal, Onur, Sosyal Dışlanmaya Kuramsal Yaklaşımlar.

Sosyal İçerme ise sosyal dışlanmışlığın karşıtı olan bir kavram olarak karşımıza çıkmakta ve sosyal dışlanmış kesimlerin, sosyal ve ekonomik açıdan yeniden topluma dhilde edilmesini öngörmektedir.

Mart 2000 Lizbon Konseyi, Avrupa Birliği'nde yoksulluk ve sosyal dışlanmanın kabul edilemez düzeylere ulaştığı tespitini yapmış ve Konsey 2010 yılı itibariyle Avrupa Birliği'nde yoksulluk ve sosyal dışlanmaya son vermek için açık işbirliği yönteminin benimsenmesini kararlaştırmıştır. Aralık 2000 Nice Zirvesi'nde, yoksulluk ve sosyal dışlanmaya ilişkin dört temel ortak amaç üzerinde anlaşmaya varılmıştır. Bu amaçlar:

- Kaynaklara, mallara ve hizmetlere ulaşımı kolaylaştırmak,
- Dışlanma risklerini engellemek,
- En zor durumda olanlara yardım etmek,
- Tüm tarafları harekete geçirmek, olarak sayılmıştır.

ye devletler Temmuz 2003'te, 2003-2005 dönemine ilişkin olarak yoksulluk ve sosyal dışlanma ile mücadeleye yönelik yeni eylem planlarını sunmuşlardır.⁹⁹

“AB, yoksulluk ve sosyal dışlanma riski yüksek olan grupları; işsizler (zellikle uzun dönemli işsizler), tek ebeveynli aileler, yaşlılar(zellikle yalnız yaşayan ve kadın olanlar), çok sayıda ocuk ve yaşlı bağımlısı olan aileler, yoksulluk içinde büyüyen çocuklar (ilerideki dönemlerde yoksunluğun kendini sürekli olarak üreteceği bir grup olarak kilit önemde değerlendirilmektedir), göçmenler, etnik gruplar ve özellikle ingeneler, engelliler, evsizler, insan ticaretine konu olanlar, bakım kurumlarında yaşayanlar, geçimlik tarım yapan aileler ve toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılığa maruz kalan kadınlar olarak kabul etmektedir. Bu grupların sosyal dışlanma yaşadıkları temel olgular ise, istihdamdan dışlanmışlık (kilit öneme sahiptir), eğitimden dışlanmışlık, konuttan dışlanmışlık(hem nicelik hem nitelik anlamında), ulaşım ve sağlık özellikle de uzun dönemli sağlık bakım hizmetlerinden dışlanmışlık olarak sıralanmaktadır... Tüm bu sorunlara karşı, AB, sosyal koruma ve sosyal içerme araçları olarak öncelikli olarak şu politika alanlarını saymaktadır: İşgücü pi-

<http://sosyalpolitika.fisek.org.tr/?p=65#more-65> (Erişim Tarihi: 11.01.2008).

⁹⁹ Erdoğdu, Seyhan, Sosyal Politikada “Avrupalı” Bir Kavram: Sosyal Dışlanma, alışma Ortamı Dergisi, S. 75, Temmuz- Ağustos 2004. <http://sosyalpolitika.fisek.org.tr/?p=38#more-38> (Erişim:11.01.2008).

yasasına katılımı arttırmak(bu tüm üye devletler bazında en öncelikli politik araç olarak kabul edilmektedir); sosyal koruma sistemlerini modernleştirmek (özellikle hızla yaşlanan nüfus ve değişen istihdam biçimleri karşısında ciddi sorunlar yaşayan emeklilik sistemine ilişkin olarak çalışma yaşamını uzatmak ve bu alanda kamu emeklilik programları yanında özel emeklilik programlarını arttırmak); formel ve mesleki eğitimdeki dezavantajları ortadan kaldırmak; çocuk yoksulluğunu ortadan kaldırmak; insana yakışır barınma koşulları sağlamak; uzun dönemli sağlık bakım hizmetleri, sosyal hizmetler ve ulaşım hizmetlerine erişimi sağlamak; özür, etnik azınlık ve göçmenlerin topluma olan entegrasyonunu arttırmak ve ayrımcılık ile savaşmak.

Tüm bu politika araçlarının yaşama geçirilmesinde, üye ülkelerin refah devleti yapısındaki farklılıklar kabul edilmekte ve üye ülkeler bağlamında sosyal içerme programlarında rol alacak farklı aktörlere vurgu yapılmaktadır. Bu aktörler, farklı kamu kuruluşları, yerel ve bölgesel yönetimler, farklı sosyal paydaşlar(sosyal taraflar, STK'lar,¹⁰⁰ girişimciler) olarak belirtilmekte ve bunlar arasındaki işbirliğine dikkat çekilmektedir".¹⁰¹

Türkiye, Ortak İçerme Belgesi (JIM) ile 24 Temmuz 2003 tarihli ve 25 178 (Mükerrer) RG'de yayınlanan Ulusal Program'ın "*Sosyal Politika ve İstihdam*" başlığı altında "*Sosyal Dışlanma ile Mücadele*" Topluluk Programının Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı koordinasyonu ile yürütülmesi karara bağlanmıştır... Türkiye'nin Avrupa Sosyal Dışlanma ile Mücadele Stratejisi'ne dâhil olmasının ilk aşaması olan JIM'in hazırlanmasına ilişkin çalışmalar, 3 Aralık 2004 tarihinde Ankara'da Avrupa Komisyonu yetkilileri ile ilgili tüm kamu kurum ve kuruluşlarının, sosyal ortakların, sivil toplum örgütlerinin ve üniversitelerin temsilcilerinin katıldığı bir toplantı ile başlatılmış, hazırlanan taslak metne ilişkin olarak Avrupa Komisyonu'nun da talebi ile "*sağlık, eğitim, istihdam, sosyal yardımlar ve sosyal hizmetler, yoksulluk, sosyal güvenlik, kadın-erkek eşitliği, engelliler, çocuklar ve bölgesel farklılıklar*" konularında ilgili kurumların ve Avrupa Komisyonu uzmanlarının da katılımı ile bir dizi teknik toplantı gerçekleştirilmiş ve metnin geliştirilmesi amacıyla karşılıklı görüş alışverişinde bulunulmuştur.¹⁰²

¹⁰⁰ Sivil Toplum Kuruluşları.

¹⁰¹ Gökbayrak, Şenay, Avrupa Birliği'nin Sosyal Koruma Sorunsalı Olarak "Sosyal İçerme Politikaları", *Çalışma Ortamı Dergisi*, S:80, Mayıs Haziran 2005. <http://sosyalpolitika.fisek.org.tr/?p=61> (Erişim:11.01.2008).

¹⁰² T.C. Başbakanlık Sosyal Yardımlaşma ve dayanışma Genel Müdürlüğü, Ortak İçerme Belgesi, <http://www.sydgm.gov.tr/sydtf/web/gozlem.aspx?sayfano=91> (Eri-

Türkiye'nin, Avrupa Birliği'ne adaylık sürecindeki yükümlülüklerinden biri olan belgenin ekonomi ve iŐgücü piyasaları durum analizine ilişkin birinci bölümünde Türkiye'de sosyal korumanın kapsamının geniŐlemesi gereği belirtilirken, bu geniŐlemenin en önemli engelinin bütçe kısıntısı olduğu ileri sürülmektedir. Sosyal dışlanmaya karşı geliştirilen sosyal içerme stratejilerinde istihdam sorunu ve iŐsizlikle mücadele en önemli nokta olmaktadır.¹⁰³

Türkiye'ce Ortak İçerme Belgesi'nin hazırlanması ve sosyal dıŐlanmıŐlıĐın ortadan kaldırılabilmesi için gerekli tedbirlerin alınması gerekmektedir. AB Anayasası tarafından anayasal atıf yapılan Gözden GeirilmıŐ Şart, Türkiye'nin AB Uyum Sürecinde etkin bir rol oynayacaktır.

Ayrıca Őartlarda yer alan tüm sosyal ve ekonomik haklar, taraf devletlerdeki kişilerin bireysel ve toplumsal dıŐlanmasını önlemeye yönelik tedbirlerdir.

VIII. SONUÇ

"Bir devletin uluslararası bir antlaŐmaya taraf olması kendi rızası dhlinde gerçekleşen bir süreci ifade eder. Kısaca, hiç bir devlet bir antlaŐmaya taraf olmak yönünde zorlanamayacağı gibi böyle bir ilişki içine giren süjenin taraf olacağı antlaŐmanın kendisine ne gibi yararlar sağlayacağı ve ne gibi artılar getireceği hususuna ek olarak, elde edeceği yararlar karşılığında hangi yükümlülükleri, borçları üstleneceği, hangi tür yetki devirlerinde bulunacağı konularını irdeleyip, bunların dengelenmesi halinde antlaşmayı onaylayacağı varsayılır. Bir uluslararası antlaşma değerlendirilirken, taraf olmayı düşünen devletin aktif ve pasif hanelerinin dengelerine hassasiyetle eğilmesi, bu gereği sağlıklı bir biçimde yerine getirebilmek için de antlaşma metninin hassasiyetle değerlendirilmesi gerekecektir.

AntlaŐmanın onaylanmasından sonra atılacak adım ise doğal olarak taraf olunan antlaşma i hukukun hangi alanına ilişkin ise antlaşma gereklerinin iliğili mevzuatın içine yedirilmesi, ulusal mevzuatın uluslararası antlaşma ile uyumlaştırılması olacaktır.

Őim:11.01.2008).

¹⁰³ Erdoğdu, Seyhan / Gökbayrak, Şenay, Sosyal İçerme Belgesinin Düşündürdükleri, <http://sosyalpolitika.fisek.org.tr/?p=42> (Erişim:11.01.2008).

Âkit devlet, ulusal hukukunun antlaşma konusuna ilişkin bölümünde yapacağı iyileştirme ve uyumlaştırma faaliyetleriyle hem kendi hukukunun ve buna bağlı olarak uygulamasının standardını yükseltecek, hem de diğer âkilerle aynı dili konuşur, ortak yarara ve bu yolla kendi yararına hizmet eder duruma gelecektir.”¹⁰⁴

Tüm bu açıklamalar ışığında Türkiye imza koyduğu uluslararası sözleşmelerle kendi mevzuatı arasındaki uyumsuzluğu gidermek ve yüklendiği edimleri yerine getirmek durumundadır.

Özellikle Avrupa Sosyal Şart'ı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın onay dışı bırakılan maddelerinin de onaylanması gerekmektedir.

Şartların gereklerini yerine getirme de tabii ki her taraf ülkenin kendi koşulları ve ekonomik durumunu dikkate almak gerekecektir. Ancak bu engelin aşılması bu maddelerin onay dışı bırakılması olmayıp, sosyal politikaların üretilerek, engelin aşılması için devletin gerekli çalışmaları yapmasıdır.

Gerek Avrupa Şartı gerekse Gözden Geçirilmiş Şart, AİHS'nin bir eki ve tamamlayıcısı olması nedeniyle, 1982 Anayasası'nın 90/5 maddesi iç hukuk kuralı (onay dışı bırakılan maddeler hariç) haline gelmiştir.

KAYNAKLAR

- Akıllıoğlu, Tekin, “Avrupa Sosyal Şartı” zerine Bazı Gözlemler, www.idare.gen.tr/akillioglu-sosyalsart.htm. (Erişim Tarihi: 27.10.2007)
- Akipek, Serap, Türk Mevzuatının Onaylanan Uluslararası Antlaşmalar İle Uyumlaştırılması Sorunu, <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/fulltext/1647.pdf> (Erişim:11.01.2008).
- Bezci, Füruzan, Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye Kollokyumu, Bildiriler ve Tartışmalar – Avrupa Sosyal Şartı Karşısında Türk Sosyal Hukuku ve Uygulaması, (Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi/TODAİE), Ankara 1993.

¹⁰⁴ Akipek, Serap, Türk Mevzuatının Onaylanan Uluslararası Antlaşmalar İle Uyumlaştırılması Sorunu, <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/fulltext/1647.pdf> (Erişim:11.01.2008).

- Çelik, Aziz, Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye'nin Çekinceleri, *Türk-İş Dergisi*, S:366, Mayıs-Haziran 2005. http://www.kristalis.org.tr/aa_dokuman/Avrupa%20Sosyal%20Sarti%20ve%20Turkiye.pdf (Erişim Tarihi:03.11.2007).
- Çelik, AB Anayasası: Sosyal Haklar Açısından Kaçırılan Bir Fırsat, *Türk-İş Dergisi*, Mayıs-Haziran 2005, S:367. http://www.kristalis.org.tr/aa_dokuman/AB%20Anayasasi%20isci%20Haklari%20Acisindan.pdf (Erişim Tarihi: 10.01.2008)
- Çelik, Avrupa Birliği Sosyal Politikası: Gelişimi, Kapsamı ve Türkiye'nin Uyum Süreci-1. http://www.kristalis.org.tr/aa_dokuman/AB%20Anayasasi%20isci%20Haklari%20Acisindan.pdf (Erişim Tarihi: 10.01.2008)
- Çelik, Avrupa Birliği Sosyal Politikası: Gelişimi, Kapsamı ve Türkiye'nin Uyum Süreci-2. http://paribus.tr.googlepages.com/a_celik2b.pdf (Erişim Tarihi: 10.01.2008)
- Çelik, AB Sürecinin En Uyumsuz Alanı: Sosyal Haklar. <http://www.birikimdergisi.com/birikim/dergiyazi.aspx?did=1&dsid=167&dyid=2867> (Erişim Tarihi: 10.01.2008)
- Çelik, AB Emeğe Zararlı mı? <http://www.birikimdergisi.com/birikim/dergiyazi.aspx?did=1&dsid=169&dyid=2895> (Erişim Tarihi: 03.11.2007).
- Çetin, İzzet, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, (CHP Milletvekili-Makaleler) http://www.tbmm.info/modules.php?name=article&lang=tr&uid=izzetctin&file=index_detay&idMArticle=663&PHPSESSID=0defb56aeda92e6a7cbecdef95abd0d3 (Erişim Tarihi: 15.10.2007)
- Çiçekli, Bülent, Avrupa Sosyal Şartı-Temel Rehber, Ankara 2001.
- Çiçekli, Avrupa Sosyal Şartının Yabancılara Sağladığı Güvenceler Ve Türkiye. http://www.turkaydanismanlik.com/tr/docs/Avrupa_sosyal_sartinin_yabancilara_sagladigi_guvenceler_ve_turkiye.pdf (Erişim Tarihi: 10.01.2008).
- Demircioğlu, Murat, Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye Kolokyumu-Bildiriler ve Tartışmalar, Göçmen İşçilerin Hakları ve Türkiye, (TODAİE), Ankara 1993.
- Erdoğan, Seyhan; Sosyal Politikada "Avrupalı" Bir Kavram: Sosyal Dışlanma, Çalışma Ortamı Dergisi, S: 75, Temmuz- Ağustos 2004. <http://sosyalpolitika.fisek.org.tr/?p=38#more-38> (Erişim:11.01.2008).
- Erdoğan, Seyhan/GÖKBAYRAK, Şenay; Sosyal İçerme Belgesinin Düşündürdükleri, <http://sosyalpolitika.fisek.org.tr/?p=42> (Erişim:11.01.2008).
- Evyapan, Rafet, Atatürk ve Sosyal Devlet, *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, S. 43, C. XV, Mart 1999.) http://turkoloji.cu.edu.tr/ATATURK/arastirmalar/evyapan_sosyal_devlet.pdf (Erişim:11.01.2008).

- Fuchs, Klaus, Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye Kolokiyumu-Bildiriler ve Tartışmalar- Avrupa Sosyal Şartı. (TODAİE.), Ankara 1993.
- Gökbayrak, Şenay, Avrupa Birliği'nin Sosyal Koruma Sorunsalı Olarak "Sosyal İçerme Politikaları", Çalışma Ortamı Dergisi, S:80, Mayıs Haziran 2005. <http://sosyalpolitika.fisek.org.tr/?p=61> (Erişim:11.01.2008).
- Gülmez, Mesut, Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye Kolokiyumu-Bildiriler ve Tartışmalar-Kollokyum Sunuş Konuşması, (TODAİE.), Ankara 1993.
- Gülmez, Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye Kollokyumu, Bildiriler ve Tartışmalar - Toplu Pazarlık ve Grev Hakları ve Türkiye. (TODAİE.), Ankara 1993.
- Gülmez, Uyum Düzenlemelerinin Üvey Evladı: Sendikal Haklar, Türkiye Barolar Birliği Paneli-Anayasa ve Uyum Yasaları, 13-14 Aralık 2002. <http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/AB-UYUM%20Mesut%20G%FCImez.DOC> (Erişim Tarihi: 07.01.2008)
- Işıklı, Alpaslan, Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye Kolokiyumu-Bildiriler ve Tartışmalar-Sendika Hakkı ve Türkiye, (TODAİE), Ankara 1993.
- Kilkelly, Ursula, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi Uygulanmasına İlişkin Kılavuz- Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, İnsan Hakları El Kitabı-No:1,Türkiye Barolar Birliği Yayınlar:87.
- Sunal, Onur; Sosyal Dışlanmaya Kuramsal Yaklaşımlar. <http://sosyalpolitika.fisek.org.tr/?p=65#more-65> (Erişim Tarihi: 11.01.2008).
- Özman, M. Aydoğan, "Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın 1979 Yılında Verdiği Kararlar".
<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1978-35-01-04/AUHF-1978-35-01-04-Ozman.pdf> (Erişim Tarihi: 04.01.2008)
- T. C. Başbakanlık Sosyal Yardımlaşma ve dayanışma Genel Müdürlüğü, Ortak İçerme Belgesi. <http://www.sydgm.gov.tr/sydtf/web/gozlem.aspx?sayfano=91> (Erişim:11.01.2008).



Türkiye Barolar Birliği Dergisi'ne

abonelik için;

arayın: **(0212) 210 0 110**

ya da tıklayın:

www.abonet.net

abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10

CİNSEL HAKİMİYET VE YENİ TÜRK CEZA KANUNU'NDA CİNSEL SALDIRI SUÇU (TCK m. 102)

Abbas KILIÇ*

I. GİRİŞ

765 sayılı Türk Ceza Kanunu (eski TCK), Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk Ceza Kanunu olarak, "döneminin en demokratik, insan hak ve özgürlüklerine en geniş yer veren kanunu olması"¹ ve "liberal-demokratik bir devletin ceza kanunu"² niteliği sebebiyle 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan (Zanardelli Kanunu) kimi düzenlemeler yapılarak iktibas edilmiştir.³ 1930'lu yıllarda İtalya'da faşizmin⁴ yükselmesiyle birlikte, İtalyan Ceza Kanunu'nda "Devletin Şahsiyeti Aleyhine Cürümler"⁵ de bu ideolojiye uygun olarak değişiklikler yapılmış ve bu değişiklikler eski TCK'ya 1936 yılında yapılan değişikliklerle büyük ölçüde nakledilmiştir.⁶ Bu tarihten

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku ABD yüksek lisans öğrencisi.

¹ Dönmezer, Sulhi, "Mukayeseli Hukukta Yasalaştırma Eğilimi ve İlkeleri", *Atatürk'ün 100. Doğum Yıldönümü Kutlama Çalışmaları, Kolokyumlar ve Tartışmalar*, 1981 akt. Özgenç, İzzet, *Gerekçeli Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2004, s. 7.

² Hafizoğulları, Zeki, *Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu*, <http://www.abchukuk.com/cezahukuku/cinsel-suclar.html>, s. 2 (08.11.2007).

³ "...genel adaba ve aile düzenine ilişkin suçlar olması sebebiyle, kanunun milli bir karakter taşıması, sosyal gerçeklerden esinlenmesi sebebiyle bu suçlar, mehzaz 1889 İtalyan Ceza Kanunu'ndan aynen iktibas edilemezdi." Bkz. Dönmezer, Sulhi, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, İstanbul 1983, s. 41.

⁴ "Devlete karşı suçlar, fikir suçları ve kamusal ekonomi aleyhine suçlarda faşist ideoloji kendini açık bir şekilde gösterir.", Seminara, Sergio, "İtalyan Ceza Kanunu Reformları", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 2005, S. 3, s. 203. "1931 yılında ceza kanunu projesi yasalaştığında Alfredo Rocco, bunun siyasi ceza yasası olduğunu açıklamış, aileye karşı işlenen suçun ailenin bir kamu kurumu olduğunun kabulüyle devlete karşı işlendiğine inanılmıştır" Can, Cahit, *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar*, Ankara 2002, s. 369.

⁵ "Zanardelli Kanunu'na haksız olarak faşist denmesinin hiçbir gerekçesi yoktur. 1889 tarihli Zanardelli Kanunu nasıl faşist olur, o zaman faşizm vardı da biz mi duymadık (...). Faşist

sonra 765 sayılı eski TCK'da yine dönem dönem birtakım değişiklikler yapılmış olsa da çağın gerekleri ile toplumun ihtiyaçları gözetilerek yeni bir ceza kanunu hazırlanması zorunluluğu doğmuştur.⁶

1984'te başlayan çalışmalar sonucunda ilk metin 1987'de oluşturulmuş ve nihayet 14.04.2003 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından kabul edilerek 12.05.2003 tarihinde Hükümet Tasarısı olarak TBMM Başkanlığı'na gönderilmiştir. Dönmezer Tasarısı olarak bilinen bu metin TBMM Adalet Komisyonu'nda yapılan çalışmalar ile büyük değişikliğe uğratarak 03.08.2004 tarihinde TBMM Başkanlığı'na sunulmuştur. Böylece 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK), 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girmek üzere 26.09.2005 tarihinde TBMM tarafından kabul edilmiştir. Ancak kanun daha yürürlüğe girmeden büyük tartışmalar meydana gelmiş ve daha sonra da devam etmiş ve eleştirilerin haklılık payı ortaya çıkmıştır. Şöyle ki, 5328 (31.03.2005), 5377 (29.06.2007) ve 5560 (06.12.2006) sayılı kanunlarla TCK'nın birçok maddesinde değişiklik yapılmıştır.⁷ Özellikle "cinsel saldırı" suçunu düzenleyen 102. maddede yapılan, konumuz açısından önem taşıyan ve ileride üzerinde duracağımız gibi, bu değişikliklerden 5377 sayılı yasa ile yapılmıştır.

TCK'nın kimi kurumlar açısından önemli değişiklikler getirdiği ve birçok yönden modern bir kanun olduğu söylenebilir; ancak bu değişikliklerin insanı ön plana alarak bir devrim yarattığını söylemek büyük bir iddia olur. TCK'nın, Türk doktrin ve uygulamasının bir ürünü olduğu, anlaşılır bir Türkçe kullanıldığı, son derece teknik bir dil kullanıldığı, kavramların farklı anlaşılmalara önleyecek biçimde son derece

kanun denilmesinin sebebi olan 1930 değişikliği sonrası düzenlenen 'Devletin Şahsiyeti Aleyhine Cürümler Bölümü'dür (...) Modern ve özgürlükçü kanun yaptık söyleminden ne beklersiniz? Eski kanuna faşist damgasının vurulmasına yol açan bölümün önemli değişikliğe tabi tutulmasını beklersiniz ki, eleştirilerde haklılık payı olsun. Oysa TCK'da (5237 sayılı) hemen hemen hiç değişmeyen bölüm de bu bölümdür..." ayrıntılı olarak bkz. Kocasakal, Ümit; TCK Sistematiği ve Sorunları Üzerine Söyleşi, Ankara Barosu Hukuk Gündemi Dergisi, S. 4, 2006, s. 44, 45.

⁶ Mahmutoğlu, Fatih S., 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, S. 5, 2005, s. 42; karşı görüşte olan Kocasakal, 765 sayılı TCK'nın eskimiş olduğunu kabul etmekle "...bir benzetme yaparsak, güzel bir yüz vardı zaten ve bir makyaj ile daha güzel hale getirilebilirdi." eleştirisini sunmaktadır, bkz. Kocasakal, s. 44.

⁷ Kanun'da her ne kadar birtakım değişiklikler yapılmış olsa da bu değişiklikler, esasında sistematik hatalara yönelik eleştirilerin birçoğuna da yanıt verememiştir.

özenle⁸ seçildiği ifade edilmiştir.⁹ Olması gereken açısından bunlar bir kabul niteliği taşıyabilir ancak kanun metnine ve madde gerekçelerine bakıldığında bunların bir temenni düzeyinde kaldığı görülmektedir.¹⁰ Ancak, kanunun sistematığına yönelik eleştirilerin yanında küçümse-nemeyecek kadar olumlu yönlerinin de olduğu söylenmelidir. Bu yönüyle, özellikle konumuz açısından önem taşıyan ise kadın örgütleri-nin kanunun hazırlanma sürecinde göstermiş olduğu büyük çabadır.

Ceza kanunu gibi doğrudan kişi hak ve özgürlükleri üzerinde etkili olan bir temel kanunun amacı, modern ceza hukuku gerekliliklerini göz önüne alarak toplumun ve özellikle bireylerin yaşam, sağlık, özgürlük, kişilik ve malvarlığı gibi hukuksal değerlerini koruyarak insanların barış, huzur içinde birlikte yaşamalarını ve bunlara yönelik ihlallerin giderilmesini sağlamaktır.¹¹ Bunun için de modern devlet sistemlerinin çağdaş ve insan hakları ve özgürlükleri üzerinde insan onuruna yaraşır düzenlemeler getirmeleri kaçınılmazdır, hatta bir anlamda da zorunludur. Hukuk sistemimizde meydana gelen bu değişikliklerden ceza kanunumuz da etkilenmiştir. TCK kişi hak ve özgürlüklerine yönelik işlenen suçlar açısından büyük ölçüde farklı düzenleme getirmiş, yeni suç tiplerine yer vermiş ve birçok suç tipini yeni baştan düzenlemiştir. TCK'nın konumuz açısından önem taşıyan ve eski TCK ile büyük ölçüde farklılık gösteren bölümlerinin en önemlilerinden birisi de hiç kuşkusuz "*kişilere karşı suçlardan*" olan "*cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardır*". Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığı, suçla korunan hukuksal değer açısından, ileride de üzerinde duracağımız gibi, önemli bir değişiklik getirerek, topluma karşı suçlar

⁸ Söz gelimi, kanunun en önemli yeniliklerinden birinin "*cürüm-kabahat*" ayrımının kaldırılması olduğu ifade edilmiştir; ancak TCK madde 219/4'te "*...yazılı fiillerden başka cürüm işlerse...*" şeklinde yer alan *cürüm* ibaresi bu konuda tereddütlere yol açmaktadır.

⁹ Özgenç, s. 12.

¹⁰ Teknik ve anlaşılır olma konusunda da benzer eleştiriler yöneltilebilir. Tanımlama yapılırken, tanımı yapılan kavramla tanım yapmak tanımı yapılan kavramı anlamayı zorlaştırır ve bu da tipe uygun hareketin ne olduğunu anlamakta güçlük yaratır. Mesela, TCK'nın 96/1. maddesinde yer alan *Eziyet*'in tanımı şöyle yapılmaktadır: "*Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren...*"; yine 105/1. maddesinde yer alan *Cinsel Taciz*'in tanımı da aynı yöntemle: "*Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi...*"; yine 106/1. maddesinde yer alan *Tehdit*'in tanımı ise şöyle yapılmaktadır: "*... bahisle tehdit eden...*".

¹¹ Artuk, Mehmet Emin, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Temel İlkeleri, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, S. 5, 2005, s.12.

yerine “kişilere karşı suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. Ancak kişinin “cinsel dokunulmazlığı” muhtelif unsurları barındırması ve çok geniş bir alanı kapsaması sebebiyle biz de konuyu sınırlandırarak sadece “cinsel saldırı” suçunu işleyeceğiz.

II. CİNSEL DOKUNULMAZLIK VE CİNSEL SUÇ

A. GENEL OLARAK

İnsan yaşamını fonksiyonları itibari ile çeşitli etkileşim alanları ile kategorize ettiğimiz zaman bu alanlarda ağırlıklı olarak gayri maddi değerler yani, psikolojik, moral, cinsel ve şerefe ilişkin değerler yer alır.¹² Bu alanları yalnız bir açıdan ele alarak değerlendirmeye tabi tutmak bunların tanımlanmasında zorluklara neden olabileceği gibi nitelendirilmesinde de eksikliklere yol açabilir. Özellikle, kişinin cinsel hayatına ilişkin hususların yalnızca kişinin manevi bütünlüğü ve toplumsal adap kuralları ile açıklanması bu kavramın korunan hukuksal değer açısından eksik ve yanlış bir değerlendirmeye tabi tutulması sonucunu doğuracaktır. Kişinin manevi dünyasına dâhil olan unsurları da yalnızca ahlaki çerçeveye sığdırmak ve bunu da göreceli kimi kavramlarla açıklamaya çalışmak özellikle ceza hukuku açısından büyük tehlikeler yaratır. Bu sebeple cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar açısından korunan hukuksal değer doğru bir şekilde tespiti gerekmektedir.

Kişinin hayatını, “toplumsal hayat, özel hayat ve çok özel hayat” olarak farklı bölümlere ayırdığımızda, cinsel hayatı, çok özel hayat kapsamında değerlendirilebilir.¹³ Bu sebeple bu alanın diğerlerine göre gizliliğinin korunması da farklı ve özel korunma yöntemlerini gerektirecektir. Her ne kadar cinsel suçların özellikle cinsel saldırı suçunun toplumsal yansımaları ve fail-mağdur ilişkisi niteliği ile normatif olarak belirlense de esas olan mağdur açısından mağduriyetin giderilmesi çabalarına daha fazla eğilme gerekliliğidir.¹⁴

Kişinin cinsel hayatının da ahlaktan çok özgürlük alanına dâhil

¹² Can, s. 474.

¹³ Bayraktar, Köksal, “Kadına Karşı Şiddet”, *İnsan Hakları Hukuku ve Kadın*, İstanbul 2003, s. 66.

¹⁴ Centel, Nur, *Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması*, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul 1997, s. 60 vd.

olduğu ve bunun da genel ahlakın genel kavramları ile açıklanmasının zor olduğu bugün çoğunlukla kabul bulmaktadır.¹⁵ Dolayısıyla kişinin cinsel hayatı ve ilişkileri yalnızca genel ahlak, adap, aile düzeni ile anlamlandırılıp sınırlandırılmaktan öte kişinin kendi bedeni üzerinde rızai tasarrufu kapsamında değerlendirilmeyi gerektirir.

İnsanın manevi dünyasının ve gereksinimlerinin yanında bir takım fizyolojik gereksinimleri de vardır ki bunlar insanın varoluşunun kökeninde bulunurlar. İnsan bu gereksinimlerini gidererek yaşar ve mutlu olur. Bu gereksinimlerin giderilememesi sapmalara ve yıkıcılığa yol açar.¹⁶ *Fromm* da tutkularından ve arzularından arındırılmış insanın yaşayamayacağını ve canlılara özgü olan bu durumun uyumlulaştırılmaması ve kişilik değişimine olanak verilmemesi durumunda bunların bedeni ve ruhu yıkıma uğratacağını ifade etmektedir.¹⁷

B. CİNSEL SUÇLAR VE HAKİMİYETİN CİNSİYETİ

Cinsel dokunulmazlığa karşı suç kavramı modern bir kavram olmakla birlikte, kişilerin cinsel saiklerle hareket ederek başkaları üzerinde hakimiyet kurması yeni bir olgu değildir. İnsanlığın bireyleşme tarihsel gelişimi kısa bir süreç olmayıp, uzun bir insanlık durumunun tezahürü olmuş, kadın-erkek arasındaki hakimiyet mücadelesi de bunun bir parçası olmuştur. Ancak buradaki mücadele kavramı son birkaç yüzyıl içinde ağırlıklı olarak ortaya çıkmış, erkeğin kadın üzerindeki hakimiyetinin kırılması ve siyasi iktidarın cinsiyetinin de sorgulanmaya başlaması ile yeni bir boyut kazanmıştır. İktidar ilişkisinde kadına uygulanan bedensel-ahlaki şiddet onun savunma araçlarından yoksun bırakılmasına ve özgür düşünme imkânının yok edilmesi, bedensel ve

¹⁵ Aydın, Öykü Didem; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 2, 2005, s.152; Sevük, Handan Yokuş, 5237 Sayılı TCK'da Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz suçları, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 57, s. 243; Nuhoglu, Ayşe, Türk Ceza Kanunu'nda ve 2002 Tasarısında Cinsel Suçlar, in: *Çetin Özek Armağanı*, İstanbul 2004, s. 610; Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa R./Önok, Murat, 5237 Sayılı TCK'ya Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2006, s. 213; Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara 2005, s. 56; Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2006, s. 135; farklı görüşte olan Hafızoğulları ise, "beşeri cinselliğin hukuka aykırı tezahürlerinin edep ile ilgili olduğunu" düşünmektedir, bkz. Hafızoğulları s. 4.

¹⁶ Köknel, Özcan, *Kaygıdan Mutluluğa Kişilik*, İstanbul 1999, s. 194,195.

¹⁷ Fromm, Erich, *İnsandaki Yıkıcılığın Kökenleri*, (Çev. Şükrü Alpagut), İstanbul 1993, s. 28, 29.

cinsel açıdan klasik anlamıyla ataerkil zorun sonucu olmuştur.¹⁸

Ataerkil bir anlayışla erkeğin üstünlüğünün sağlanması, meşruluk aracı olarak önce meşrulaştırıcı ideolojilerin geliştirilmesi ve sonra da buna uygun hukuki dayanakların yaratılması ile oluşur. Bu durum yalnızca bu konu açısından değil birçok sosyal olgu bakımından benzer şekilde görülebilir. Kadını, özellikle kadınlık, duygusallık, rasyonel yeti eksikliği ve cinsiyet ibaresi olarak bağımlı özelliğe hapsedme bunun en yaygın yöntemidir. Birçok düşünür, kadın üzerinde hâkimiyetin sağlanması gereksinimini değişik gerekçelerle, ancak aynı amaçlarla ortaya koymuştur. Örneğin, *Aristo* bu yöntemi kullanarak, erkeğin kadın üzerindeki üstünlüğünü doğaya bağlamış; *Homeros* da *İlyada*'da, kadınların savaş ganimeti olduğunu açıkça belirtmiş;¹⁹ *Rousseau* ise erkeği mutlu etmenin kadının doğası gereği olduğunu vurgulamıştır.²⁰

Cinsel hakimiyet, insanlığın varoluşundan bu yana değişen görünüşleri ile cinsler arası ilişkiye yön vermiş, daha açık bir ifade ile erkek hakimiyetinin yansıması şeklinde tezahür etmiştir.²¹ Bu hâkimiyette kadınlar açısından yalnızca iç hukuk sistemleri bakımından ikincillik yaratılmakla yetinilmemiş, savaş hukukunda da savaştan devletler, düşmanı kadınlılaştırarak küçültme ve onun üzerinde sınırsız tasarruf etme kudretini kendilerine hak bilmişlerdir. Kadınlara önemli görev ve roller yükleyen milliyetçi ideolojilerde ise savaşta tecavüz, cinselliğe dayanan saldırganlık, cinselleştirilmiş şiddet olarak bir milleti kadınları aracılığı ile aşağılamak ve tahrip etme aracı olarak kullanılmıştır.²² Bunun örnekleri, gerek Amerika'nın Vietnam'ı, Afganistan'ı, Irak'ı işgali, gerekse Almanya'nın II. Dünya Savaşı sırasında Fransa'yı işgali sırasında açık bir şekilde görülmüştür. Tek başlarına tecavüz suçlarını işlemeyecek kişiler bu savaşlarda, kitlesel olarak hareket etmeyi, saldırganlık açısından meşruluk yarattığını gösterircesine söz konusu

¹⁸ Akal, Cemal Bali, *Siyasi İktidarın Cinsiyeti*, Ankara 1994, s. 39.

¹⁹ Yumul, Arus, Savaş ve Kadın, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, S. 1, 2004, s. 41.

²⁰ Dinçkol, Bihteran Vural, Kadının İnsan Hakları, in: *İnsan Hakları Hukuku ve Kadın*, İstanbul 2003, s. 14,15.

²¹ "...bütün toplumlarda ortak bilinç Adem ve Havva öyküsü ile oluşturulmuş, Ademin şeytana uyarak yasak meyveyi yemesiyle, cinsel içgüdüsünün altında işlediği günah yüzünden cennetten kovulma sebebi olarak sürekli Havva suçlanmıştır. Bu suçlama günümüze kadar sürmüş, cinsel istek duyan kadınlar, erkekler ve toplum tarafından kınanmış ve baskı altına alınarak günah sayılma bilinci oluşturulmuştur..." , ayrıntılı olarak bkz. Köknel, s. 201.

²² Yumul, s. 44.

suçları rahatlıkla işlemişlerdir.²³

eski TCK'nın kadına bakışı da yöneltlen eleştiriler açısından önem taşımaktaydı. eski TCK'nın, ırza geçme, ırza tasaddi, sarkıntılık, kaçırma ve alıkoyma, fuhşa teşvik, alacağım diye kızlık bozma, zina²⁴ suçlarını kapsayan “*umumi adap ve aile nizamı aleyhine işlenen cürümler*” başlığını taşıyan suçlar genel bir çerçeve ile incelendiğinde kanunun kadına yaklaşımı açıkça görülecektir.²⁵

C. CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLARIN TARİHSEL GÖRÜNÜMÜ

Birey toplum ilişkilerinde, öngörülen suç politikası bakımından hak ve özgürlükler belirlenirken, cinsel dokunulmazlığın da nasıl teminat altına alınacağı birçok hukuk sisteminde hayati önem arz etmiş ve çok uzun tartışmalara neden olmuştur. Düşünsel anlamda ileri sürülen argümanların birçoğu da devletlerin bizatihi hukuk düzenlerinde farklı ceza hukuku türleriyle,²⁶ doğrudan ve açık hükümlerle yer almıştır. Gerek antik dönemlerde gerek ortaçağda gerekse din odaklı hukuki sistemlerde cinsel suçlar ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş ve çok şedit yaptırımlara tabi tutulmuştur.

a. *Roma hukukunda, günümüz hukukunda “genel adap ve aile düzeni aleyhine işlenen suçlar”* başlığı altında yer alan fiillerin hemen hepsi Roma ceza hukukunda düzenlenmiştir.²⁷ Cinsel suçların cezalandırılması aile reisine bırakılmıştır. Cinsel suçlar; zina, evli olmayan kadınla cinsel ilişki, kocanın eşiyle zina halinde yakaladığı kişiyi bırakması, zina nedeniyle mahkum bir kadınla evlenilmesi, fücür (incestus-evlen-

²³ “Vietnam Savaşı sırasında, Amerikan askerlerinin topluca Viet Konglu bir fahişenin ırzına geçip sonra da öldürülmesine katılan Amerikalı bir deniz piyadesi, “aşk yaptığını” ve “hayatında ilk kez bir kadınla çizmelerini çıkarmadan seviştiğini” gururla ifade etmiştir. Piyadeler, oradaki kadınların ırzına geçilmesi izni verilmesi de Vietnam’a gitmek için erkeklerin gönüllü olmalarını teşvik etmiştir”, ayrıntılı olarak bkz. Yumul, s. 39, 43.

²⁴ 765 sayılı eski TCK'nın 441. maddesinde yer alan “kocanın zinası” suçu 1996'da eşitlik ilkesine aykırı bulunarak AYM tarafından iptal edilmişken; 440. maddesindeki “kadının zinası” ise 1999'da iptal edilmiştir; ayrıntılı olarak bkz. Evik, Ali Hakan, Ceza Kanunumuz ve Kadın, in: Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s. 358, 359.

²⁵ Evik, s. 349 vd.

²⁶ Ceza hukuku türleri için bkz. Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Türleri, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, S. 5, 2005, s. 61.

²⁷ Can, s. 360.

meleri yasak akrabalar arasındaki cinsel ilişkilerdir) olarak sayılmıştır. Irza geçme suçunda cinsel içgüdü değil, cebirin kullanılması cezalandırılmış; bu itibarla fiilin hem kadınlara hem de erkeklere karşı işlenebilmesi kabul edilmiş, cinsel sapıklıklara da ağır cezalar uygulanmıştır.²⁸

b. Orta çağ hukukunda, suç politikası açısından benimsenen yöntem, kişinin ahlaki değerleri benimsemesini sağlamak ve genel ahlakı korumak olmuştur. Bu anlamda ceza kanunları da dini bir eser mahiyetine bürünmüş, suç ile günah arasındaki sınır tayin edilememiş ve her türlü gayri meşru cinsel ilişkinin cezalandırılması ilkesi benimsenmiştir.²⁹

c. İslam hukukunda, “zina” için belirli bir ceza bulunmakta diğer genel adap suçlarında ise “şer’i tazirat”³⁰ uygulandığı görülmektedir. Zina bir cinayet olarak kabul edilmektedir ve “hadd” (belirli ölçüde ceza) olarak; “recm” (suçlunun beline kadar toprağa gömüldükten sonra taşlanarak öldürülmesi) ya da “celt” (değnek ile dövmek) uygulanır. Normal dışı, cebren cinsel ilişkide bulunmanın cezası ölüm; evli kadını veya kızı kaçırmanın cezası ise ölünceye kadar hapistir.³¹

d. 18. ve 19. yüzyıllarda ise Avrupa’da dinin etkisiyle, günah ile suç birbirinden ayırt edilememiş ve bu günah en ağır şekilde cezalandırılmış hatta ölüm cezası verilmiştir. Ancak uzunca bir tartışmadan sonra; “Sadece cinsel özgürlüğe ve genel ahlak duygusuna alenen tecavüzü belirten hareketler, ahlak ve adaba aykırı suçlar sayılacaktır. Sözü geçen esasa göre kanun koyucu evlenme dışındaki cinsel ilişkilerle, ancak zarar vermek suretiyle hukuken başkasına ait bulunan alana girdiği ya da alenen işlenerek başkasının edep ve namus duygusuna bir saldırı teşkil ettiği takdirde uğraşacaktır” şeklinde bir belirleme yapılmıştır.³² Cebir ve şiddet kullanılmadıkça ve alenen yapılmadıkça onanizm (kendi kendini cinsel tatmin), homoseksüalite, bestialite (hayvanlarla cinsel ilişki sapıklığı) sosyal kanunu ilgilendirmediği için suç sayılmamıştır.³³

²⁸ Dönmezer, s. 25, 26.

²⁹ Okumuş, Hülya, Cinsel Suç Faillerinde Kişilik Yapısı-Yüksek Lisans Tezi (İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü), İstanbul 1994, s. 9

³⁰ “Ta’zir, İslam hukukunda, önceden belirtilmemiş suçlara veya belirtilmiş olup da cezası gösterilmemiş suçlara yargıcın ceza belirlemesidir”, bkz. Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 2001, s. 848.

³¹ Okumuş, s. 12.

³² Dönmezer, s. 28, 29.

³³ Dönmezer, s. 29.

D. CİNSEL SUÇLARIN TOPLUMSAL BOYUTU

Açıklamalarımızdan cinsel suçların yalnızca erkekler tarafından kadınlara karşı işlendiği anlaşılmamalıdır. Cinsel suçlar genelde kadınlar üzerinde işlenmekle birlikte, çocuklar ve erkekler üzerinde işlendiği de görülmektedir. Ancak, erkeklerin, kadınlardan daha fazla suç işlediği birçok istatistiki veri ile sabittir.

Can, cinsel suçu; "Ceza yasalarında, kamu ahlakı, genel adap, aile düzeni gibi kavramlarla çeliştikleri öngörülüp, ihlal ettikleri çıkarlar açısından değerlendirilerek, kişinin cinsel özgürlüğüne veya insanlık özsaygısına ya da toplumsal düzeninin varlığına zarar verdiği kabul olunan dolayısıyla da o günün geçerli toplumsal değerleri ve ahlak kuralları doğrultusunda cezaları saptanan cinsel kökenli eylemler" olarak tanımlamaktadır.³⁴ Aydın da cinsel suçu; "Bir başkası üzerinde gayri meşru bedensel ya da psikolojik hâkimiyet kurarak cinsi saik taşıyan ya da cinsel yöntem içeren davranışların gerçekleştirilmesi" olarak tanımlamaktadır.³⁵ Tanımlardan da anlaşılacağı üzere cinsel suçlar ile cinsellikle ilgili suçların hepsinin aynı kategoride değerlendirilmemesi gerekmektedir. Cinsellikle ilgili suçlarda, cinsel hazzın ahlak dışı yöntemlerle (ensest, hayvancılık, pornografi gibi) gerçekleştirilmesi cezalandırılmak istenmektedir.³⁶

Cinsel suçlar, genelde ifade edildiği gibi yalnızca akıl hastalığı ya da cinsel sapıklıklar şeklinde ortaya çıkmamakta; psikiyatrik açıdan normal olarak değerlendirilen kişilerce, biyolojik, psikolojik, sosyolojik faktörlerin etkisiyle de işlenmektedir.³⁷ Cinsel suçların oluşumundaki çeşitli unsurlar, sosyal baskı aracı olarak etkili olmaktadır. Bunlar:³⁸

a. Toplumsal düzeyde destekleyici unsurlar: Toplumda cinsel davranışlara kültürel değerler ve cinsel kalıpların etkisiyle bir takım anlamlar yüklenmekte ve bu yaklaşım önyargılı sonuçlar çıkartılmasına yol açmaktadır. Örneğin, "*İstemeyen kadına tecavüz etmek imkânsızdır*", "*Hayır aslında evet demektir*", "*İyi kızlara tecavüz edilmez*", "*Kadınlar ayaklarını yerden kesen kuvvetten hoşlanırlar*" şeklindeki ifadelerin doğruluğuna inanılmaktadır.

³⁴ Can, s. 486, 487.

³⁵ Aydın, s. 155.

³⁶ Aydın, s. 155; Dönmezer ise bu fiilleri "*kişisel ahlaka ilişkin fiiller*" olarak nitelendirmektedir, bkz. Dönmezer, s. 29.

³⁷ Okumuş, s. 34.

³⁸ Polat, Oğuz, *Klinik Adli Tıp- Adli Tıp Uygulamaları*, Ankara 2006, s. 200-203.

b. Kurumsal etkiler: Okul, aile, arkadaş grubu, dini inanç cinsel şiddetin ortaya çıkışında belirleyicidir. Şiddetli bir ortamda yetişen çocuklarda cinsel şiddet eğilimi daha fazla görülmektedir. Ayrıca yine çocuğun cinsellikle ve cinsel tacizle erken tanışması; erkeğin beraber olduğu kadın sayısının artması gibi durumlarda cinsel şiddet eğiliminin arttığı görülmüştür.

c. Kişiler arası kalıplar: Fail ile mağdur arasındaki ilişkinin derecesi ve uzunluğu da etkili bir faktör olmaktadır. Cinsel saldırı mağdurlarının suçlanması da genelde başvurulan bir yöntem olmaktadır. “Kadın istiyordu çünkü o biçim giyinmişti”, “zaten hafif bir kadındı” şeklinde değerlendirmelerle tecavüz (eski TCK’da Irza geçme, TCK’da ise cinsel saldırının nitelikli halidir) gerekçesi olarak kadına da pay çıkarılmaktadır.

Bu geleneksel ve yaygın kabul, cinsel saldırının mağduru olan kadının davranışlarını ve çekiciliğini, meşru bir savunma aracı gibi kullanılmaktadır. Ancak daha da kötü olanı ise bu savunma gerekçelerinin ve yönteminin adli mercilerde onay bulması ve kadının baştan çıkarıcı ve tahrik objesi olarak asıl suçlu gibi kabul edilmesi ve biyolojik yapısının kurbanı olduğunun benimsenmesidir.³⁹

Cinsel suçlarda dikkat çekilmesi gereken bir diğer husus da bu suçların, özellikle cinsel saldırı suçunun adli mercilere pek yansıtılmıyor olması dolayısıyla bu suçların büyük kısmının “siyah rakamlar” halinde kalmasıdır. Bunda etkili olan en önemli etken de bu suçlar bakımından faille mağdurun önceden birbirini tanıyor olmaları ve yakın bir toplumsal çevreyi paylaşıyor olmaları hatta mağdurun iftira eden kişi durumuna düşebilme tehlikesiyle karşı karşıya kalması sebebiyle adli mercilere bildirilmemesidir.

³⁹ “Batı Almanya’da yapılan bir ankette: Erkeklerin % 56’sı, bir kadının lokalde bir erkeğin yemek davetini kabul etmesi cinsel isteklerin kadın tarafından reddedilmeyeceği anlamına geleceğini; % 88’i, kadının, erkeğin evine gitme davetine uymasını, kadının cinsel ilişki isteğinin bir delili olacağını; % 75’i ise çekici kıyafet giyen kadınların erkekleri tecavüze tahrik ettikleri inancında olduklarını ifade etmişlerdir”, bkz. Godenzi, Alberto, *Cinsel Şiddet*, (Çev. Sultan Kurucan-Yakup Coşar), İstanbul 1992, s. 21, 22.

E. CİNSEL SUÇLARIN TIBBİ AÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Saldırganlığın fizyopatolojik kökeninin araştırılması sonucu erkeklerde, testosteron seviyesi ile saldırganlık arasında paralellik bulunmuş ve saldırganlığa testosteron seviyesinin en yüksek olduğu 15-24 yaş grubunda daha sık rastlandığı görülmüştür. *Freud*, kişinin psikoseksüel gelişimini dört döneme (oral, anal, fallik, gizlilik-ergenlik) ayırmış ve davranış bozukluklarına yol açan nedenleri psikoanalitik yöntemle açıklamıştır. Buna göre:⁴⁰

- *Oral dönemde* (18-24 ay), cinsel haz kaynağı ağız ve dudaklardır.

- *Anal dönemde* (1,5-3 yaş), cinsel haz kaynağı boşaltım organlarıdır ve çocuk dışkısını tutma veya olmadık yerde bırakmayı bir silah olarak iletişim aracı haline getirmektedir ancak; buna yönelik katı ve cezalandırıcı tuvalet eğitimi homoseksüel eğilimlere yol açabilmektedir.

- *Fallik dönemde* (2,5-7 yaş), cinsel organın kendisi cinsel haz bölgesi olur ve bu dönemde erkek çocuk babaya, kız çocuk ise anneye nefret duymaya başlayarak onlarla yarışmaya girerler ki buna erkeklerde⁴¹ Oedipus; kızlarda ise Elektra kompleksi denir.

- *Gizlilik döneminde* (6/7-12/15 yaş), cinsel çalkantılar ve çatışmalar yatışmaya girip cinsel ilgilerin yerini yeni uğraşlar alırken; *Ergenlik döneminde* (12-15 yaş), cinsel dürtü artışı, taşması meydana gelir; ancak, eğer kişi bunlar üzerinde hâkimiyet sağlayamazsa cinsel suçları işlemesi kaçınılmazdır.

Kişinin cinsel suç işlemede etkili olan diğer faktörler ise şöyle sıralanabilir: Cinsel kimlik oluşumu, cinsel davranışın uyum boyutları, cinsiyet içgüdüğü, cinsel gücün artması, iç salgı bezlerinin fonksiyonu, alkol, uyuşturucu maddeler, fizyolojik faktörler (beden arazları, yaş, cinsiyet), zeka düzeyi, aşağılık kompleksi, ahlaki gelişim, ailevi durum, akıl hastalıkları, cinsel sapıklıklardır.⁴² Bu etkenler göz önüne

⁴⁰ Okumuş, s. 36-42; ayrıntılı olarak bkz. Can, s. 304-308.

⁴¹ "Erkeklerde görülen diğer bir kompleks ise *Castration* (İğdişlik Korkusu), yani erkek çocukta penisin kesileceği korkusudur. Erkek çocuğun, kız çocukta penisin olmadığını fark etmesi sonucu, kızlarda penisin olmadığını kabul etmeme veya gizli bir yerde saklı olduğunu düşünmek biçiminde gelişir ve bu kompleksin sağlıklı bir şekilde atlatılamaması kadınlara yönelik cinsel suçlar ya da cinsel sapıklıkların görülmesine yol açmaktadır", ayrıntılı olarak bkz. Okumuş, s. 41.

⁴² Okumuş, s. 43-62.

alınarak "Adli Tıp Kurumu Gözlem İhtisas Dairesi"ne, ceza ehliyetlerinin tespiti için, 1985-1993 yılları arasında gönderilen suç faili "250 deneğin" dosyaları incelenerek şu sonuçlara ulaşılmıştır: ⁴³

- *Faillerdeki akıl hastalığı oranı*; % 59'u (147 kişi) sağlam, % 36'sı (92 kişi) akıl hastası, % 5'inde (11 kişi) ise uygulanamama sonucuyla veri elde edilmiştir. Bu istatistikî verilerden de anlaşılmaktadır ki tıbbi açıdan "sağlam" olan kişiler genel olarak bu suçların faili olarak ortaya çıkmaktadır.

- *Faillerdeki zekâ seviyesi*; normal ve normal üstü zekâlılar (90 IQ ve üstü) % 56 (139 kişi), geri zekâlılar (75 IQ ve altı) % 25 (63 kişi), sınır zekâlılar (76-90 IQ) %14 (36 kişi), uygulanamayan ise % 5 (12 kişi) olarak belirlendiğinde, failerin zekâ seviyesinin genel olarak "normal ve üstü" kişilerden oluştuğu ortaya çıkmaktadır.

- *Faillerin yaş grubu*; 19 yaş altı % 34 (85 kişi), 20-29 yaş % 38 (94 kişi), 30-39 yaş % 18 (46 kişi), 40-49 yaş % 7 (17 kişi), 59-59 yaş % 2 (6 kişi), 60 yaş ve üstü % 1 (2 kişi) olarak belirlendiğinde, failerin yaşı genellikle "20-29 yaş" grubu yani genç yaş grubundan oluşmaktadır.

- *Faillerin bölgelere göre dağılımı*; Karadeniz bölgesi % 23 (58 kişi), Marmara bölgesi % 22 (56 kişi), İç Anadolu bölgesi % 17 (43 kişi), Ege bölgesi % 13 (32 kişi), Doğu Anadolu bölgesi % 10 (25 kişi), Akdeniz bölgesi % 8 (20), Güneydoğu Anadolu bölgesi % 6 (15 kişi) olarak belirlendiğinde failerin genellikle "Karadeniz ve Marmara ve İç Anadolu bölgelerinden" olduğu görülmektedir.

- *Faillerin eğitim durumu*; ilkokul % 51 (127), eğitimsiz % 29 (73 kişi), ortaokul % 9 (22 kişi), lise % 6 (16 kişi), okur-yazar % 3 (7 kişi), yüksek % 2 (5 kişi) olarak belirlendiğinde failer genellikle " ilkokul mezunlarından" oluşmaktadır.

- *Faillerin mesleklere göre dağılımında*; serbest % 35 (88 kişi), işçi % 23 (58 kişi), çiftçi %16 (40 kişi), işsiz % 13 (32 kişi) olarak belirlendiğinde, failerin genellikle "serbest meslek" sahibi kişilerden oluştuğu görülmektedir.

- *Faillerin medeni durumları*; bekar % 78 (195 kişi), evli % 19 (48 kişi), dul % 3 (7 kişi) olarak belirlendiğinde failerin genellikle "bekar" kişilerden oluştuğu görülmektedir.

⁴³ Okumuş, s. 67-79.

- İşlenen suçların dağılımında; Irza geçme (nitelikli cinsel saldırı) % 57 ile (141 kişi), irza geçmeye teşebbüs % 19 (48 kişi), irza tasaddi % 16 (39 kişi) olarak belirlenirken faillerin genellikle “irza geçme” suçunu işledikleri görülmüş; irza geçme suçunun da büyük çoğunluğunu (% 40) “*füli livata*” şeklinde kayda geçtiği görülmüştür. Mağdurların ise % 60’ını kadınlar % 40’ını ise erkekler (erkeklerin de % 72’sini 15 yaşından küçük erkek çocuklar) oluşturmaktadır.

III. CİNSEL SALDIRI SUÇU (TCK m. 102)

GENEL OLARAK

MADDE 102. - (1) *Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) *Füilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda, yedi yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır.*

(3) *Suçun;*

a) *Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,*

b) *Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,*

c) *Üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı,*

d) *Silâhla veya birden fazla kişi tarafından birlikte,*

İşlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.

(4) *Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır.*

(5) *Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâlinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.*

(6) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur

1. KAVRAM

TCK'nın 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçu, eski TCK'da, "ırza tasaddi, ırza geçme ve sarkıntılık" suçlarının karşılığını oluşturmaktadır. Cinsel saldırı suçu; aşağıda da üzerinde duracağımız gibi; ya vücuda organ veya sair bir cisim sokulmadan, cinsel arzuları tatmine yönelik cinsel davranışlarla cinsel dokunulmazlığın ihlali suretiyle "basit cinsel saldırı" suçundan (m. 102/1) ya da cinsel arzuları tatmin amacına yönelik olmasa da vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle, "nitelikli cinsel saldırı" suçundan (m. 102/2) meydana gelir.

TCK, eski TCK'dan farklı olarak "ırz" kavramından hareket etmemiş, bu kavram ile ilişkilendirilerek tanımlanan suç tiplerinin yerine yeni terimler kullanmıştır. eski TCK'nın 415 ve 416. maddelerinde "ırza tasaddi"; 414 ve 416. maddelerinde "ırza geçme" suçu yer almaktaydı. Ancak suçun maddi unsuru olan ırza geçme ve ırza tasaddinin ne olduğu belirtilmemiş, bunların tanımı yargı kararları ile yapılmıştır. Yargıtay, ırza tasaddiyi: "mağdur üzerinde işlenen ve cinsel birleşme kastı taşımayan devamlılık gösteren şehvi davranışlar"⁴⁴ şeklinde; ırza geçmeyi ise: "aktif failin cinsel organının, diğerinin vücuduna normal veya anormal bir şekilde menisini boşaltacak şekilde kısmen veya tamamen ithal etmesi, sokması" şeklinde tanımlamıştır.⁴⁵ Sarkıntılık ise: "bir kişiye karşı, onun isteğinin aksine, şehvet amacıyla söz, fiil ve hareketle edep ve iffete tecavüz oluşturacak şekilde ve ancak ırza tecavüz ve tasaddi suçlarına veya bunların teşebbüsüne varmayacak biçimde yönelen tecavüz" olarak tanımlanmaktadır.⁴⁶

Irz kavramı, genelde ifade edildiği üzere, doğrudan cinsel özgürlüğü ve dokunulmazlığı karşılamamakta olup, kadın hakları bakışı açısından ise, kadına ait bir değer olmadığı, erkeğin kadına atfettiği ya da erkeğin kadına sahip olmak bakımından kendinde gördüğü bir değer olarak kabul edildiği için eleştirilmiştir.⁴⁷ Irz kavramı bu açıdan,

⁴⁴ Bkz. CGK, 04.06.1990, 5/101-156, akt. Nuhoğlu, s. 622.

⁴⁵ Bkz. CGK, 04.06.1990, 101/156, akt. Nuhoğlu, s. 618.

⁴⁶ Bkz. Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, s. 759.

⁴⁷ Aydın, s. 157.

diğer bir takım kavramlarla birlikte ele alındığında görülecektir ki, bununla cinsel dokunulmazlık ve cinsel özgürlük değil, toplumsal bir ahlaki bakış açısı yansıtılmaktadır. Şöyle ki ırz; iffet, namus, ahlak, edep ve töre gibi kavramlarla açıklanmakta ve çoğunlukla bunlarla birlikte kullanılmaktadır,⁴⁸ oysa bu da kavramın tam olarak hangi anlama karşılık geldiğini anlaşılmaz kılmaktadır.⁴⁹

Irza geçme kavramı, suç tipindeki fiili tam olarak ifade etmemekle birlikte bunun yerine kimi zaman "tecavüz" veya "cinsel ilişki" kavramlarının kullanıldığı görülmektedir. Tecavüzün, "kadının rızası dışında ve zorla yaşadığı cinsel deneyimdir ve cinsel deneyim terimi de penisin vajinaya dahil edilmesidir", şeklindeki "geleneksel" tanımı dolayısıyla, sadece erkek bu tanıma uygun aktif hareketin faili olabilmekte ve penisin ithali dışındaki cinsel suçlar dışlanmaktadır.⁵⁰ Geleneksel tanımda gerek erkeğin mağduriyeti dışlanmakta gerekse eşler arası ilişkideki cinsel şiddet, cinsel saldırı suçu kapsamında değerlendirilmemektedir. Bunun sebebi ise "livatanın"⁵¹ bu suçlar kapsamında değerlendirilmemiş olması ve kocanın tecavüzünün ise eski TCK'nın 478. maddesinde yer alan "aile fertlerine kötü muamele" hükmü ile giderilmeye çalışılmasıdır.

Cinsel bütünlüğün, kadınlık ve erkeklik göstergesi olan organlarla belirlenmesi ve cinsel suçların da büyük çoğunlukla buna göre tanımlanması dolayısıyla cinsel saldırı suçunun da yalnızca kadın üzerinde gerçekleştirilebileceğinin kabulü şeklinde bir anlam çıkarılmaktadır. Ancak, artık geleneksel tanımın yetersizliğinin anlaşılması ile cinsel

⁴⁸ "Çağdaş ve demokratik bir ceza kanununda, hele de cinsellik gibi pek çok tabunun bulunduğu bir alanda 'töre' kavramının hiç yer almamasının, kanuni tipin 'açık ve belirgin' olmasının 'kanunilik ilkesi' açısından taşıdığı önem" için bkz. Sancar, Türkkan Yalçın; TCK Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Düşünceler, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2002-51-03/AUHF-2002-51-03-TSancar.pdf>, (25.11.2007).

⁴⁹ Irz: "bir kimsenin, başkaları tarafından dokunulmaması ve saygı gösterilmesi gereken iffettidir"; iffet: "Cinsi konularda ahlak kurallarına bağlılık, namus"; namus: "bir toplumda ahlak kurallarına beslenen bağlılık, dürüstlük, doğruluk"; ahlak: "İyi nitelikte güzel huylar, töre"; töre: "bir toplulukta benimsenmiş, yerleşmiş davranış ve yaşama biçimlerinin, kuralların, görenek ve geleneklerin, ortaklaşa alışkanlıkların ve tutulan yolların bütünüdür"; edep: "Toplum töresine uygun davranma, incelik" tanımlarından da anlaşıldığı gibi bir birinin yerine ikame edilebilecek, açık olmayan anlamlar çıkmaktadır. Kavramlar için bkz. TDK Türkçe Sözlük, Ankara 1998.

⁵⁰ Polat, s. 199..

⁵¹ "Livata, erkeğin erkekle cinsel ilişkisi veya erkeğin kadına arkadan yanaşması -anal yoldan cinsel organ ithali-dir", bkz. Yılmaz, s. 540.

suçlarda ve özellikle cinsel saldırı suçunda yeni bir tanım yapılması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, dünyada genel kabul gören tanım şu şekilde yapılmıştır: “Kadın ve erkek arasında, kurbanın rızası olmadan vajinal ilişki ve cinsiyet ayrımı olmaksızın anal ilişki, fellatio (Ağızla erkek cinsel organını uyarmak) ve cunnilingus (Ağızla kadın cinsel organını uyarmak) ve yüzeysel de olsa vajinal ya da anal girişin olduğu koşullar eşi de kapsamak koşuluyla suç oluşturur.”⁵² Tanımdan anlaşıldığı üzere suçun oluşması için esas olan, kişilerin rızasının bulunmamasıdır; yani kişilerin rızalarına dayalı cinsel ilişkiler bu suçun kapsamında değerlendirilemez.

Cinsel saldırı başlığı ile düzenlenen 102. maddede, “saldırı” kavramından hareket edildiğinden, rıza ve irade dışı yapılan hukuka aykırı eylemleri kapsaması nedeniyle kişilerin cinsel arzularını tatmine yönelik “cinsel davranışları” temel alınmaktadır. Yeni düzenleme ile geleneksel anlayış terk edilmiştir; ancak bu yeni düzenlemenin sistematik açıdan sorunsuz olduğu anlamına gelmemelidir.⁵³

2. MUKAYESELİ HUKUKTA CİNSEL SALDIRI SUÇU

Alman Ceza Kanunu’nun “ahlaka karşı cürümler ve cünhalar” bölümü, 1973 yılında yapılan değişiklikle “cinsel özerkliğe karşı suçlar” olarak değiştirilmiştir. 1997 yılında yapılan değişiklikle de ırza geçmenin “evlilik dışı” olması zorunluluğu kaldırılmıştır. Cinsel birleşme dışında aynı ağırlığa sahip oral veya anal ilişkiler de ırza geçme suçu içinde ele alınmış (Alman CK 177), böylece erkeklerin de bu suçun mağduru olabileceği kabul edilmiştir.⁵⁴

Fransız Ceza Kanunu 2. kitap “kişilere karşı işlenen cürüm ve cünhalar” başlığı ile 2. kısmın 2. bölümünde “fiziki bütünlüğe ve psikolojik bütünlüğe saldırılar” yer almakta, bunun 3. alt başlığında ise “cinsel saldırılar” düzenlenmektedir. ırza geçme ve benzeri suçlar “genel ahlak ve adap aleyhine cürümler” başlığı altında düzenlenmiştir. ırza geçme, bir kimsenin vücuduna her ne şekilde olursa olsun cinsel organın ithali ile gerçekleşmekte, ayrıca suçun mağdurunun kadın veya erkek olması önem taşımamaktadır.⁵⁵

⁵² Polat, s. 200.

⁵³ Hafizoğulları bu konuda; TCK’nın, beşeri cinselliğin ırzına geçtiğini düşünmektedir. Bu eleştiri için bkz. Hafizoğulları, s. 3.

⁵⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 214.

⁵⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s. 215.

İtalyan Ceza Kanunu'na 1996'da dâhil edilen 609bis maddesi ile "ırza tasaddi-ırza geçme" şeklindeki ayırım kaldırılmış, her iki kavram "cinsel şiddet" başlığı altında toplanmıştır.⁵⁶

3. CİNSEL SALDIRI SUÇUNDA KORUNAN HUKUKSAL DEĞER

Suçun kanunda düzenlendiği yer, suçların tasnifinde özel mahiyetlerini ve niteliğini ortaya koymak ve önemini göstermek bakımından, koruduğu hukuksal değeri ön plana çıkarır.⁵⁷ eski TCK bu bakımdan cinsel suçları "adabı umumiye ve nizamı aile aleyhine cürümler" babında düzenleyerek cinsel suçlarda, "genel ahlak ve aile düzeni"ni korunan hukuksal değer olarak kabul etmekteydi. TCK ile bu anlayış değişmiş, cinsel saldırı suçunda korunan hukuksal değer, kişilerin "cinsel dokunulmazlığı ve cinsel özgürlüğü" olduğu kabul edilmiştir.⁵⁸ TCK'nın 102. maddesinin gerekçesinde açıkça; bu bölümde yer alan suç tipi ile korunan hukuksal değer, kişilerin cinsel dokunulmazlığı olduğu; cinsel dokunulmazlığın ise kişilerin vücudu üzerinde gerçekleştirilecek cinsel davranışlarla ihlal edilebileceği belirtilmiştir.

Ceza hukukunun asli ödevi, ahlak, edep, etik veya din kurallarına aykırılıkları suç haline getirmek değildir. Ahlaki veya dinsel kurallara aykırılıklar, onlar bir hukuksal değer haline gelmedikleri sürece devletin ceza uygulama yetkisi bakımından bir gerekçe oluşturamazlar. Bugün, daha yerinde bir ifadeyle, "ceza hukukunun, hukuksal değerlerin korunmasına ilişkin bir araç" olduğu kabul edilmektedir.⁵⁹ Aksi takdirde, Jakobs'un da belirttiği gibi; "hukuksal değerlerin aşırı, olağan sınırlar aşılarak korunmak istenmesi, bireyleri hukuksal değerlerin düşmanı saymaya

⁵⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s. 217.

⁵⁷ Sevük, s. 245.

⁵⁸ Nuhoğlu, s. 610; Centel, s. 61; Sevük, s. 246; Aydın, s. 152; Toroslu, s. 56; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 135; Şen, Ersan, TCK'nın Yorumu, Cilt 1, İstanbul 2006, s. 376; farklı görüşte Tezcan/Erdem/Önok ise; "her ne kadar bu suçlar eski TCK'da 'genel ahlak ve aile nizamına karşı suçlar' başlığı altında düzenlenmiş olsa da, bu suçların cinsel özgürlüğe yönelik ve bu nedenle de burada korunan hukuksal yararın yine de mağdurun cinsel özgürlüğü olduğunun söylenebileceğini" ifade etmektedir, bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 219.

⁵⁹ Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s. 1025.

ve bir “düşman ceza hukuku” oluşumuna yol açarak, özel yaşamı, bireyin hareket serbestisini yok eder.”⁶⁰

Ahlaklılık-adaplılığın ne olduğu çoğu zaman tartışmalıdır. Bu kavramlar hukuksal kavramlar gibi göreceli gerçeklik yerine bir norm ve değerler düzenini ifade etmemektedirler. Ahlaklılığın bir hukuksal değer olmaması sebebiyle, çoğu kez hukukun da ahlaka aykırılıklara katlanması tepkide bulunmaması gerekir. Çünkü hukuk kimi zaman, ahlakın olanağı olabileceği gibi ahlaksızlığın da olanağı olabilmektedir.⁶¹

Kanun koyucu, açıkladığımız bu sebepler gereği 5237 sayılı TCK’da cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan olan “cinsel saldırı suçu”, kişiye karşı işlenen suçlar olması sebebiyle, 2. kitabının, “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı 2. kısmının 6. bölümünde 102. maddede düzenlemiştir.

B. BASİT CİNSEL SALDIRI SUÇU (TCK m. 102/1)

Eski TCK’nın basit cinsel saldırı suçuna karşılık gelen “ırza tasaddi” hükmü 415 ve 416. maddelerinde mağdurun yaşı esas alınarak düzenlenmişti. Buna göre: eski TCK’nın 415. maddesi, 15 yaşından küçüklere karşı işlenen; 416. maddesi ise 15 yaşını bitirmiş kişilere karşı işlenen ırza tasaddi suçunu yaptırıma tabi kılmıştı. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz gibi madde metninde ırza tasaddi kavramının tanımı yapılmamış, tanım Yargıtay tarafından yapılmıştır.⁶²

1. FAİL VE MAĞDUR

Bu suçun faili herhangi bir kimse olabilir. Fail, kadın, erkek herkes olabilir. Yani bu suç herkes tarafından herkese karşı işlenebilir. Failin belirli kişilerden olması ise cezayı ağırlaştırıcı neden olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶³

Suçun mağduru aynı cinsten bir kişi olabileceği gibi farklı cinsten bir kişi de olabilir. Ancak mağdurun özellikle, 18 yaşından büyük

⁶⁰ Akt. Ünver, s. 1056.

⁶¹ Ünver, s. 1027-1030.

⁶² Yargıtay’ın ırza tasaddi tanımı için bkz. dipnot 44.

⁶³ Toroslu, s. 57.

olması gerekmektedir, aksi takdirde basit cinsel saldırı suçu değil, çocukların cinsel istismarı suçu oluşacaktır. Ayrıca suçun mağdurunun yalnızca insan olabilmesi sebebiyle, hayvanlar veya ölümler üzerinde işlenmesi durumunda cinsel saldırı suçu oluşmayacaktır. Bununla birlikte, hayvanlar üzerinde işlenmesi durumunda, Hayvanları Koruma Kanunu'na muhalefeti; ölümler üzerinde işlenmesi durumunda ise TCK'nın 130/2. maddesindeki "*kişinin hatrasına hakaret*" suçunu oluşturacaktır.⁶⁴

Eski TCK bakımından da bu konuda bir farklılık bulunmamakta, ırza geçme suçundan farklı olarak ırza tasaddi suçunun failinin kadın veya erkek olabileceği kabul edilmekteydi.⁶⁵

2. MADDİ UNSUR

Basit cinsel saldırı suçu, eski TCK'nın, "*ırza tasaddi ve sarkıntılık*" suçlarına karşılık gelmektedir. Sarkıntılık suçu, TCK'da ikili bir ayırma tabi tutulduğundan, suça konu olan fiilin tespiti ve bu durumda yaşanacak tereddütler bakımından cinsel eylemlerin çok ağır cezalara tabi tutulmasına neden olabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁶⁶ Çünkü eski TCK'nın 421. maddesinde düzenlenmiş olan "*sarkıntılık suçu*" TCK'nın hem 102. maddesinde yer alan "*cinsel saldırı*" suçuna hem de 105. maddesinde yer alan "*cinsel taciz*" suçuna karşılık olacak şekilde düzenlenmiştir. Bu sebeple de sarkıntılık suçu bakımından, bu ikili ayırım için benimsenecek en iyi yöntem; vücuda temas yoluyla gerçekleştirilen, şehvet duygusuyla yapılan ve ırza tasaddi boyutuna varacak düzeyde süreklilik taşımayan fiilleri TCK'nın 102/1. maddesi; söz ve yazı ile vücuda temas olmaksızın gerçekleştirilen fiiller ise 105. maddesi kapsamında değerlendirmektir.⁶⁷

Bir kişinin vücudu üzerinde, rızası olmaksızın, cinsel arzuları tatmine yönelik olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar suçun maddi

⁶⁴ Toroslu, s. 57; Gürkan, Şeref/Uğuz, Ahmet, Yeni Ceza Yasamızda Cinsel Suçlar, *Adalet Dergisi*, S. 27, http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/27_sayi.htm (20.11.2007); Tezcan/Erdem/Önok, s. 221.

⁶⁵ Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2003, s. 787; Tezcan/Erdem/Önok, s. 220; Dönmezer, s. 106.

⁶⁶ Gürkan/Uğuz, http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/27_sayi.htm, (22.11.2007)

⁶⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2006, s. 136; Artuç, Mustafa/Gedikli, Cemil, *TCK-CMK-CGİK-ÇKK ve 5560 sayılı Kanunla Getirilen Yenilikler*, Ankara 2007, s. 100.

unsurunu meydana getirir. Ancak cinsel davranışla, vücuda temas aranmakla birlikte cinsel ilişki derecesine ulaşmamış olması gerekmektedir. 102. maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere; *“suçun oluşması için, gerçekleştirilen hareketlerin objektif olarak şehvi nitelikte bulunmaları yeterlidir; failin şehvi arzularını fiilen tatmin etmiş olması aranmaz.”*

Suçun oluşması için, kişinin cinsel dokunulmazlığının her ne kadar kişinin vücudu üzerinde cinsel davranışlar gerçekleştirilerek ihlal edilmesi aransa da, “cinsel davranışlardan” ne anlaşılması gerektiği ise belirtilmemiştir. Artuk/Gökçen/Yenidünya, suçun basit şekli açısından cinsel davranıştan; *“cinsel ilişki boyutuna ulaşmayan ancak mağdurun vücuduna temas etmek suretiyle gerçekleştirilen cinsel arzuların tatminine yönelik hareketlerin”* anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir.⁶⁸ Tezcan/Erdem/Önok da aynı yönde ve buna ek olacak şekilde ; *“cinsel saldırı suçunun oluşması için cinsel davranışın tek başına yeterli olmayıp aynı zamanda vücut dokunulmazlığının da ihlal edilmiş olması gerekmekte, yani bedensel temasın şart olduğunu”* ifade etmektedir.⁶⁹

Mağdurun rızasının bulunması durumunda suç oluşmaz. Rızanın ise suçun işlenmesinden önce ya da en geç suç işlenmekte iken varlığı gerekir. 102. maddede yer almamasına rağmen madde gerekçesinde *“mağdura cebir veya tehdit ya da hile kullanılabileceği gibi, örneğin bilincin yitirilmesine neden olmak ya da uyku hali dolayısıyla bilincin kapalı olmasından yararlanmak suretiyle de bu suçlar işlenebilir”* ibaresi yer aldığından, suçun işlenmesi için iradenin ortadan kaldırılması gerektiğinden bahsedilmiştir. İradenin ortadan kaldırılması ise cebir, tehdit veya hileden yararlanılarak gerçekleştirilebileceği gibi bu davranışlar zor kullanılarak bizzat mağdura da yaptırılabilir.⁷⁰

Rızanın var olup olmadığının belirlenmesinde yalnızca “hayır” demenin yeterli olup olmadığı tartışmalıdır. Bu sebeple de her somut olayın şartlarına göre değerlendirme yapmak gerekmektedir. Tezcan/

⁶⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 137.

⁶⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 229.

⁷⁰ “Cebir, mağdur üzerinde onun mukavemetini kırarak nitelikte ve failin arzu ve isteklerine uygun olarak mağdurun hareket etmesine neden olan maddi kuvvet; tehdit, kendisi veya yakınları üzerinde ileride gerçekleştirilebilecek bir kötülüğün mağdura bildirilmesi; hile ise mağdurun hataya düşürülerek fiile mukavemet edemeyecek bir duruma düşürülmesidir.” Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 139,140.

Erdem/Önok, kişinin hayır demesinin yalnız başına yeterli olmayacağını savunurken;⁷¹ *Aydın* ise, mağdurun ciddi bir hayır demesinin yeterli olduğunu, ayrıca direnç göstererek üstüne bir de dayak yemesini aramanın çağdaş gelişmelere aykırı olduğu kanaatinde dir.⁷²

Yargıtay eski TCK döneminde vermiş olduğu kararda irza tasad-dinin kapsamında değerlendirilebilecek eylemleri; “...bir kadın veya kızın veya erkeğin şehveti tahrik edici bir yerini tutmak, tutturmak, kucağa oturtmak, cinsel organlarına sokma niyeti olmaksızın dokundurmak, memelerini sıkmak, yanaklarını ve dudaklarını öpmek, şehvet veren diğer yerlerini sıkıştırmak gibi hareketler” şeklinde sıralamıştır.⁷³

3. MANEVİ UNSUR

Basit cinsel saldırı suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Kast, TCK'nın 21. maddesinde “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir” şeklinde tanımlanmıştır. Suçun gerek doğrudan gerekse olası kastla işlenmesi mümkündür. Örneğin, kalabalık bir yerde cinsel duygularını tatmin amacıyla birine sürtünmeye çalışırken bir başkasının da vücuduna dokunabileceğini öngörerek fiili gerçekleştirirse olası kasttan söz edilir.⁷⁴

Kastın varlığı için ise fiilin objektif olarak cinsel nitelik taşıması ve fiilin de mağdurun iradesine aykırı olduğunun bilinmesi yeterli olup, failin bu arzularını fiilen tatmin etmiş olup olmadığının önemi olmadığı gibi bunun tespiti de zordur.

Suçun işlenmesinde özel kast aranır. 102. maddenin gerekçesinde, suçun işlenebilmesi için failde cinsel arzuları tatmin amacına yönelik cinsel davranışların varlığı aranmaktadır. Bu da faildeki cinsel davranışın özel suç işleme kastına yönelik olduğunu gösterir.⁷⁵ Fail cinsel ar-

⁷¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 223.

⁷² Aydın, s. 158.

⁷³ Bkz. CGK 15.4.1985, 513/218 (Bakıcı, Sedat, Açıklamalı-İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Ankara 1994, s. 94), akt. Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 138, 139.

⁷⁴ Sevük, s. 253.

⁷⁵ Şen ve Sevük, suçun “özel kast”la işlenebileceği düşüncesindedir, bkz. Şen, s. 379; Sevük, s. 252. Farklı görüşte ise; suçun özel değil “genel kast”la işlenebileceği yönündedir, bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s.141; Tezcan/Erdem/Önok, s. 231; Dönmezer, s. 103.

zuları tatmin amacı taşımaksızın mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal ederse başka suç tiplerini meydana getirebilecektir.⁷⁶

4. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

a. TEŞEBBÜS

Cinsel saldırı suçu, mağdurun cinsel dokunulmazlığını ihlal edecek nitelikte davranışların gerçekleştirilmesi ile tamamlanır. Basit cinsel saldırı suçu sırf hareket suçu olması sebebiyle mağdurun vücudu üzerinde cinsel davranışların gerçekleştirilmesiyle suç meydana gelir. Ancak failin icra hareketleri kısımlara bölünebiliyorsa bu durumda teşebbüs mümkündür.

TCK'nın 35. maddesi gereği, *"kişi işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle icraya başlayıp da elinde olmayan sebeplerle tamamlayamaz ise"* teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. Cinsel saldırı suçunun basit şekli açısından icra hareketlerine başladıktan sonra gönüllü olarak icra hareketlerinden vazgeçen veya kendi çabalarıyla suçun oluşmasını engelleyen kişi bu suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. TCK'nın 36. maddesi gereği; gönüllü vazgeçme durumunda fail teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; ancak o ana kadar gerçekleştirilen fiiller bir suç oluşturuyorsa sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.⁷⁷

b. İÇTİMA

Cinsel saldırı suçunda cebir ve tehdit unsur olduğundan, fail ayrıca cebirden dolayı cezalandırılmayacaktır. Cebirin mağdurun direncini ortandan kaldıracak düzeyde olması gerekir; aksi takdirde bu ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda fail ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı da cezalandırılır. Ancak mağdurun direncinin kırılması konusunda ölçünün ne zaman aşıldığının tespitinin uygulamada sorunlar yaratması olanak dahilindedir⁷⁸.

TCK *"zincirleme suçu"* 43. maddede düzenlemiştir. Zincirleme suç: *"bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı"*

⁷⁶ Şen, s. 379.

⁷⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s.153; Tezcan/Erdem/Önok, s. 223; Şen, s. 378; Sevük, s. 253.

⁷⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s. 233.

aynı suçun birden fazla işlenmesi (m. 43/1) durumunda uygulanır.” 5377 sayılı Kanun’la değişiklik yapılmadan önce, TCK’nın 43/3. maddesinde cinsel saldırı suçunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağı hükmü yer almaktayken, değişiklik sonrası cinsel saldırı suçu açısından da zincirleme suç kurallarının uygulanması yolu açılmıştır. Ancak bunun için mağdurun aynı kişi olması gerekir. Cinsel saldırı suçunun mağdurlarının farklı kişiler olması durumunda her bir mağdur bakımından ayrı ayrı suç oluşur ve gerçek içtima uygulanır.⁷⁹

c. İŞTİRAK

Suçun kanuni tanımında yer alan cinsel davranışların birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi durumunda iştirak kuralları uygulanır. TCK’nın 37. maddesi gereği, burada gerek suç işleme kararında gerekse fiil üzerinde hâkimiyet sağlanmasında müşterek hareket etme söz konusu olduğundan ortaklardan her biri fail olarak sorumlu olur. TCK ile “*asli*” ve “*feri*” iştirak ayrımı kaldırıldığından her bir ortak hakkında suçun işlenişindeki katkısı ve rolü dikkate alınacaktır.

Bu suçun işlenilmesinde başkasının araç olarak kullanılması durumunda dolaylı faillik mümkündür. Ayrıca, “*iştirakte bağlılık kuralı*” gereği asıl failin fiilinin hukuka aykırı olmaması durumunda fiile iştiraktan söz edilmeyecektir. Suçun işlenişine azmettiren veya yardım eden olarak katılmak mümkündür. Örneğin, suçun failine, icra hareketlerine başlamadan önce, onun haberi olmaksızın, mağdurun içkisine ilaç katan kişi, “*yardım eden*” olarak sorumlu tutulur.⁸⁰

C. NİTELİKLİ CİNSEL SALDIRI SUÇU (TCK m. 102/2)

TCK’nın 102/2. maddesinde “*nitelikli cinsel saldırı suçu*” düzenlenmiştir. Cinsel saldırı suçunun “*vücuda organ veya sair bir cisim sokulması*” suretiyle işlenmesi durumunda suçun nitelikli hâli gerçekleşir. eski TCK’nın, 416/1. maddesinde yer alan “*ırza geçme*” suçunun karşılığını

⁷⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 154; Tezcan/Erdem/Önok, s. 234; farklı görüşte olan Sevük ise “*eylem her gerçekleştiğinde kişinin cinsel dokunulmazlığının zarar görmesi ve her eylem mağdurun maruz kaldığı psikolojik traomayı arttıracığı için, her cinsel saldırı eyleminin ayrı değerlendirilmesinin isabetli olacağı*” düşüncesindedir. Bkz. Sevük, s. 254.

⁸⁰ Sevük, s. 255.

oluşturmaktadır. Ancak TCK, eski TCK'dan farklı olarak mağdurun 18 yaşından büyük olmasını aramıştır. Bu suçun, "15 yaşını tamamlamamış veya 15 yaşını tamamlamakla birlikte fiilin anlam ve sonucunu kavrayamayan bir kişiye karşı" cebir, tehdit, hile gibi iradeyi sakatlayan araçlarla işlenmesi durumunda "cinsel istismar suçu"; yine 15-18 yaşları arasındaki bir kişiyle cebir, tehdit, hile olmaksızın cinsel ilişkiye girilmesi durumunda "reşit olmayanla cinsel ilişki suçu" meydana gelecektir.

1. FAİL VE MAĞDUR

Bu suçun faili, kadın ya da erkek herkes olabilir. eski TCK döneminde "ırza geçme" suçunun tanımından hareketle failin ancak bir erkek olabileceği kabul edilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 4.6.1990 tarihli kararında, ırza geçmeyi; "Aktif failin cinsel organını, diğerinin vücuduna normal veya anormal yoldan menisini boşaltacak şekilde kısmen veya tamamen ithâl etmesi, sokması" şeklinde tanımlamıştır.⁸¹ eski TCK döneminde "ırzına geçmek" kavramından hareket edildiği için, yukarıda da belirttiğimiz gibi ırz kavramının da kadına özgülmesi sebebiyle failin ancak erkek olabileceği benimsenmiştir.⁸²

eski TCK, suçun nitelikli hali bakımından eşin failiği hakkında özel bir hüküm içermemekteydi. eski TCK'nın 414 ve 416. maddelerinde buna ilişkin bir kısıtlama getirilmemiş olduğundan, kocanın da bu suçun faili olarak kabul edilmesinin mümkün olabileceği öğretiler kimi yazarlarca belirtilmiştir.⁸³ Evlilik içi gerçekleştirilen zorla cinsel ilişkinin evlilik kurumunun doğal bir sonucu olarak kabul edilmesi durumunda, eşlerin, özellikle kadının, rızaya dayalı olmayan her türlü cinsel fanteziye katlanması gerekliliği ortaya çıkar. Dönmezer, eski TCK uygulamasında, "ırza geçme suçunun oluşmasının gayri meşru olması gerektiği, bu itibarla kocanın karısı üzerinde cebir kullanarak veya diğer

⁸¹ Bkz. YCGK, 4.6.1990, 101/56; (Malkoç, İsmail, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, Ankara 2001, s.1), akt. Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 143. Dönmezer, Yargıtay'ın bu kararından önce yine bu kararlar aynı yönde, "bu suçun ancak "aktif bir fail" yani erkek tarafından, "pasif bir mağdura" karşı yani kadın veya erkek (zahri cima/livata şeklinde) olan bir kişiye karşı gerçekleştirilebileceğini" belirtmekteydi. Ayrıntılı olarak bkz. Dönmezer, s. 57, 58.

⁸² Dönmezer, s. 57; Sevik, s. 256; Nuhoglu, s. 615.

⁸³ Centel, s. 63; Nuhoglu, s. 616; Artuk, Mehmet Emin/Yenidünya, Caner, Evlilik İçinde Irza Geçme, in: *Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı*, İstanbul 1999, s. 57-71.

suretle ırzına geçecek olursa fiilin suç teşkil etmeyeceğini; ancak fiilin zahren (anal/livata) gerçekleşmesi durumunda eski TCK'nın 478 ve 479. (TCK m. 232) maddelerindeki fena muamele olarak kabul edilmesi gerektiğini" ifade ederek, evlilik birliğinin cinsel saldırı suçu açısından "hukuka uygunluk sebebi" olduğunu belirtmiştir.⁸⁴ Hatta ayrılık kararı verilmiş eş hakkında dahi fiilin suç teşkil etmeyeceği savunulmaktadır.⁸⁵

Evlilik birliğinin, eşin bütün cinsel isteklerini tatmin etmeye olanak sağladığına ilişkin görüşe katılmak mümkün değildir. Günümüzde, kadının nikâhla cinsel ilişkiyi kabul ettiği konusunda geri alınmaz bir irade beyanında bulunmuş sayıldığı anlayışı terk edilmiş ve evliliğin kocaya karısının vücudu üzerinde tasarruf yetkisi vermediği kabilenilmiştir. Çünkü kadın evlenmekle vücut bütünlüğü üzerindeki hakkını kaybetmemektedir.⁸⁶

Artuk/Gökçen/Yenidünya, bu konuda pek isabetli olarak, "karısına karşı müessir fiil uygulayan kocanın, müessir fiil suçundan yargılanabilmesine karşın; aynı kişinin cebren cinsel ilişkide bulunmasından dolayı ırza geçme suçunun faili olarak kabul edilmemesini bir çelişki" olarak nitelendirmektedir.⁸⁷ Benzer eleştirilerin, ayrılık kararı verilmiş eşe karşı işlenen cinsel saldırı suçu hakkında da getirilmesi pek olanaklıdır. Kaldı ki ayrılık kararı verilmiş eşler hakkındaki ayrılık kararı gerekçesinin "cinsel şiddet" olması durumunda da yine aynı görüşün savunulması mümkün görünmemektedir.

Suçun nitelikli hali vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilebilecektir. Bu fiillerin eşe karşı gerçekleştirilmesi durumunda da TCK'da, eski TCK'dan farklı olarak eşin rızasının olmaması durumunda suçun nitelikli hali meydana gelecektir. Bu durumda soruşturma ve kovuşturma yapılması, mağdur eşin şikâyetine bağlı tutulmuştur. Ancak burada belirtilmesi gereken diğer bir husus da; cinsel özgürlüğün hareket noktası olarak kabul edilmesine rağmen, evlenmekle kişinin cinsel özgürlüğünü "diğer eşe terk etmediği" anlayışından hareketle böyle bir düzenlemenin suçun basit şekli açısından

⁸⁴ Bkz. Dönmezer, s. 59-61; aynı yönde YCGK, 19.6.1996 4409/5504 sayılı kararı için bkz. akt. Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 148.

⁸⁵ Dönmezer, s. 61.

⁸⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 149-151; Nuhoğlu, s. 616; Sevik, s. 260; Şen, s. 384; Centel, s. 63.

⁸⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 151.

getirilmemiş olmasının eksikliğidir.⁸⁸

Mağdurun yaşı, mağdur açısından suçun unsurlarından olduğu için fiilin ancak 18 yaşından büyüklere kaşı gerçekleştirilmesi durumunda suçun nitelikli hali meydana gelir. Mağdurun, her ne kadar nüfus kaydı alınıyor olsa da, mağdurun kayıttaki yaşı konusunda tereddütlerin olması durumunda, ceza hukukunda da amacın, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olması sebebiyle, yaşının tespiti yapılır. Bu konuda Adli Tıp Kurumu'ndan mağdurun suç tarihindeki yaşı hususunda görüş alınarak, CMK'nın 218/2. maddesi gereğince yaş düzeltilmesi yoluna gidilir.⁸⁹

Suçun oluşması bakımından mağdurun evli veya bekâr olması, bakire olması, fuhşu meslek haline getirmiş olması, eşcinsel olması, sosyal statüsü önemli değildir. Mağdurun, 15 yaşını tamamlamamış veya 15 yaşını tamamlamakla birlikte fiilin anlam ve sonucunu kavrayamayan bir kişi olması durumunda, TCK'nın 103/2. maddesi gereği çocukların cinsel istismarı suçu söz konusu olur. Fiilin canlı olmayanlara, cesetlere karşı gerçekleştirilmesi durumunda TCK'nın 130/2. maddesindeki "*kişinin hatırasına hakaret suçu*" gerçekleşecektir. Aynı şekilde hayvanlara karşı gerçekleştirilen fiiller de Hayvanları Koruma Kanunu'na muhalefeti gerçekleştirecektir. eski TCK döneminde mağdurun "*fuhşu meslek haline getirmiş olma*"sı durumunda uygulanan ve 1989'da Anayasa Mahkemesi'ne iptal istemi ile yapılan başvurunun reddedilmesi ile sonuçlanan ancak; 1990 yılında yapılan değişiklikle eski TCK'dan çıkarılan indirim nedeni TCK döneminde de benimsenmemiş ve cinsel özgürlük açısından bu nitelikte istisnalara yer verilmemiştir.⁹⁰

⁸⁸ Gürkan/Uğuz, http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/27_sayi.htm; Tezcan/Er-dem/Önok, s. 235.

⁸⁹ Gürkan/Uğuz, http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/27_sayi.htm.

⁹⁰ Dönmezer, "... kriminolojik bakımdan, suçun kadının cinsi safiyetini, bekâretini ihlal eden bir hareket olması sebebiyle ağır cezalarla karşılandığı tespit olunabilmektedir. Nitekim fuhşu işgal eden kadın üzerinde icra olunan ırza geçmenin bugün dahi hafifletici bir sebep sayılmasını bu telakki tarzına bağlamak icap eder" görüşünde olup yine benzer anlayışla "*kadına yönelik tecavüz, kocanın cinsi haklarına da tecavüz teşkil etmekte ve ailenin kan rabıtasıyla yürütülen birliğini ihlal etmekte*" olduğunu belirtmektedir, bkz. Dönmezer, s. 44.

2. MADDİ UNSUR

Suçun maddi unsuru “*vücuda organ veya sair bir cisim sokulmasıdır*”. TCK’nın 102. maddesinin gerekçesi gereği bu fiil, vajinal, anal veya oral yoldan gerçekleşebilir. Vücuda penis sokulabileceği gibi, vajinal veya anal yoldan cop, sopa, şişe, kalem ve benzeri maddelerle sair katı veya sıvı cisim de sokulması mümkündür.⁹¹ Vücuda girmesi mümkün olmayan şeylerin ithaline çalışılması durumunda suça teşebbüs söz konusu olabilecektir. Gerek eski TCK döneminde gerekse 2002 tasarısında ırza geçme, “*cinsiyet organın ithali*” olarak benimsendiği için suçun oluşabilmesi için erkek cinsel organının suçta kullanılması aranmaktaydı. Bu sebeple de sopa, parmak ve sair araçlarla fiilin gerçekleştirilmesi durumunda ırza geçmenin değil ırza tasaddi veya müessir fiil suçunun oluşabileceği kabul edilmekteydi.⁹²

Kişinin vücuduna organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilen nitelikli cinsel saldırı suçunun, mağdurun iradesi dışında gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Mağdurun rızası varsa suç meydana gelmez. Mağdurun, failce gerçekleştirilen eyleme karşı tepkisiz kalması cebir veya tehdit ya da hile ile sağlanabilir. Bu şekilde elde edilen rıza geçerli bir rıza olarak kabul edilmemektedir. Ancak kullanılacak cebirin, cinsel saldırıyı gerçekleştirmeye yetecek ölçünün ötesinde, yani mağdurun direncinin kırılmasının ötesinde olması durumunda failin ayrıca kasten yaralamadan da sorumlu tutulacağı belirtilmiştir.

TCK’da “*cinsel organ*” kavramı yerine “*organ*” kavramı kullanıldığından, vücuda cinsel organ dışında, örneğin parmak⁹³ dâhil edilmesi de söz konusu suç kapsamında değerlendirilecektir. “*Vücuda*” kavramının, ırza geçme suçunun anlamını oldukça genişlettiği ve haklı olarak madde metninde yer almamasına rağmen, madde gerekçesinde buna yer verilmesinin, kanunilik ilkesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁹⁴

⁹¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 142.

⁹² Nuhoglu, s. 619.

⁹³ New York Ceza Yasası, vajinaya parmak sokulmasını ırza geçme (rape) değil; ağır cinsel saldırı (aggravated sexual abuse) olarak düzenlemiştir, bkz. Aydın, s. 159.

⁹⁴ “...vücuda organ veya sair cisim sokmak, bu ne yahu? Vücutun neresine, koltuk altı olur mu? Bacak arası olur mu, ben bunu anlamadım” bkz. Öztürk, Bahri; TCK Reformu, TBB Panel, 1. Kitap, Ankara 2004, s. 144; aynı yönde bkz. Tezcan/Erdem/Önok; s. 236.

3. MANEVİ UNSUR

Bu suç kasten işlenebilen bir suçtur, taksirle işlenemez. TCK'nın 102. maddesinin gerekçesine göre, eylemin cinsel arzuların tatminine yönelmesi aranmaz. Failin herhangi bir nedenle, mağduru aşağılamak, intikam almak, korkutmak gibi amaçlarla hareket etmesi durumunda da suç gerçekleşir.

TCK'nın 102. maddesinin gerekçesinde, her ne kadar suçun temel şeklindeki aksine, cinsel arzuları tatmin maksadının aranmayacağı belirtilse de, fiilin niteliği gereği "*cinsel bir içerik*" taşıması gerekmektedir. Aksi takdirde diğer suç tiplerinden ayırt etmek zorlaşacaktır. Failde cinsel arzuları tatmin kastının aranmaması uygulamada sorunlara yol açacaktır. Çünkü suçun oluşması için vücuda organ veya sair cisim sokulması arandığından, örneğin bir kişinin ağzına cop veya şişe sokulması durumunda suçun nitelikli halinin meydana geldiğinden söz etmek gibi bir durum ile karşılaşılabilecektir.⁹⁵

5. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

a. TEŞEBBÜS

Cinsel saldırı suçunun nitelikli hâline teşebbüs mümkündür. Fail suçun icra hareketlerine başladıktan sonra, elinde olmayan nedenlerle organ ya da sair bir cisim sokamamış ise eylem teşebbüs aşamasında kalmıştır. Cinsel saldırı suçlarında saldırı türüne göre o saldırı bakımından icra hareketi sayılacak hareketlerden birinin yapıldığının tespit edilmesi durumunda doğrudan icra hareketleri başlamış kabul edilecektir.⁹⁶ Örneğin; mağduru soymaya başlamak, soyunması için zorlamak, prezervatif takarak hazırlanmak hâllerinde suça teşebbüs edildiği kabul edilecektir.⁹⁷

⁹⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 152; Sevük, s. 258, 259; Toroslu, s. 59; Tezcan/ Erdem/Önok, s. 231; Hafizoğulları'nın bu konuya ilişkin eleştirisi ise şöyledir; "*cinsel amaç*" dışında bir kimsenin bir yerine bir şey sokmak fiilinin "*vücut dokunulmazlığına karşı*" bir suç değil de "*cinsel saldırı suçu*" sayılması anlaşılır bir "*gağ*" değildir. Çünkü cinsel amaç dışında bir kimsenin bir yerine bir şey sokarak onu aşağılamak fiili, gerekçede öyle dense de cinsel saldırı suçuna vücut vermez, her hâlde hakaret ve müessir fiil suçlarına vücut verir", bkz. Hafizoğulları, s. 4.

⁹⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 153.

⁹⁷ Gürkan/Uğuz, http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/27_sayi.htm.

Failin hareketlerinin teşebbüs şeklinde değerlendirilebilmesi için kullandığı aracın ve yaptığı hareketlerin suçun tanımındaki fiili meydana getirmeye elverişli olması gerekir. Failin icra hareketleri kişinin vücuduna anal ya da vajinal yoldan cinsel organının sokulmasına yönelik olup da iktidarsızlığı nedeniyle icra hareketlerini tamamlayamaması durumunda fail bu suça teşebbüsten sorumlu tutulmalıdır. Bu sebeple, failin iktidarsızlığı sebebiyle cinsel saldırıyı gerçekleştirememesi durumunda, işlenemez suç değil, teşebbüs hükümleri uygulanmalıdır.⁹⁸ Gönüllü vazgeçme durumunda ise failin bu ana kadarki hareketleri başka bir suç oluşturuyorsa, örneğin basit cinsel saldırı suçunu, fail tamam olan bu kısım için cezalandırılacaktır.⁹⁹

b. İŞTİRAK

İştirak çeşitleri kanun tarafından sınırlı sayıda (numerus clausus) sayılmıştır. Bunların dışında bir iştirak çeşidi kabul edilerek cezalandırma yoluna gidilemez. TCK'nın 37 ve 38. maddelerinde "asli failler", 39. maddesinde ise iştirakin diğer çeşidi olan "yardım eden" düzenlenmiştir. Yardım edenler kendi içinde maddi ve manevi olmak üzere ikiye ayrılır. İştirakin failin iradesine yönelik şekline manevi iştirak, maddi katkı arz eden şekline ise maddi iştirak adı verilmiştir.¹⁰⁰ İştirakin bu şekilleri arasındaki ayırımın "failin işlenişi üzerinde kurulan hâkimiyet ölçü alınarak" belirleneceği madde gerekçesinde açıklanmıştır. Bu suçta kişinin iktidarsız olduğundan, mağdurun vücuduna organ sokulması için bir başkasını araç olarak kullanması durumunda dolayısıyla faillik mümkündür.¹⁰¹

c. İÇTİMA

TCK'nın ilk hâlinde madde 43/3 gereğince, cinsel saldırı suçunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı şeklindeki düzenleme bulunurken, 5377 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu bu suç

⁹⁸ Sevik, s. 261; Tezcan/Erdem/Önok, s. 233; karşı görüşte ise, "iktidarsızlığın mutlak olması durumunda işlenemez suç, nispi olması durumunda ise teşebbüsten sorumlu tutulması gerektiği" belirtilmektedir, bkz. Dönmezer, s. 55, 56; Nuhoğlu, s. 621.

⁹⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 233.

¹⁰⁰ Gürkan/Uğuz, http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/27_sayi.htm.

¹⁰¹ Sevik, s. 262.

yönünden zincirleme suç hükümlerinin uygulanması sağlanmıştır.¹⁰² Ancak işlenen suçta mağdurlar birden fazla, yani farklı kişiler ise her bir mağdur bakımından ayrı ayrı suç olacaktır. Cinsel saldırı suçu işlenirken konut dokunulmazlığı da ihlal edilmişse fail ayrıca TCK'nın 116. maddesi gereği konut dokunulmazlığının ihlali suçundan da sorumlu olacaktır.

D. SUÇUN DAHA AĞIR CEZAYI GEREKTİREN HALLERİ

TCK'nın 102/3. maddesinde cinsel saldırı suçunun daha ağır cezayı gerektiren hallerine veya diğer bir ifade ile suçun ağırlaştırıcı nedenlerine yer verilmiştir.

Cinsel saldırı suçunu incelerken, suçun “basit” ve “nitelikli” hallerini göz önüne alarak ikili bir ayrıma tabi tuttuk. Ancak öğretilerde bundan farklı olarak, TCK'nın 102/2. maddesinde nitelikli bir halin değil, suçun basit şeklinden tamamen bağımsız başka bir suçun söz konusu olduğu belirtilmiştir.¹⁰³

1. SUÇUN, BEDEN VE RUH BAKIMINDAN KENDİNİ SAVUNAMAYACAK DURUMDA BULUNAN BİR KİŞİYE KARŞI İŞLENMESİ (TCK m. 102/3-a)

Suçun işlenmesinde, “mağdurun” beden ve ruh sağlığı göz önüne alınarak, fiile direnç gösterebilme serbestisinin ortadan kalkmış olması ve bu hallerin de fail tarafından bilinmesi gerekmektedir. Ruh bakımından kendini savunamayacak durumunda olma, mağdurun kendini savunma imkanını tamamen ortadan kaldıracak nitelikte akli maluliyetinin bulunmasına bağlıdır. Ancak mağdurun saflığı ve deyimlilik bu kapsamda değerlendirilemez. Beden hastalığında ise mağdur fiziki anlamda direnç göstermekten yoksun durumdadır. Ör-

¹⁰² Tezcan/Erdem/Önok, “suçun nitelikli hali olarak öngörülmüş olsa da, 102/2. maddede tamamen farklı nitelikte bir suç olduğunu düşünmekte; aynı suç işleme kararına dayanarak değişik aralıklarla aynı kişiye yönelik basit ve nitelikli cinsel saldırı gerçekleştiğinde, zincirleme suç kurallarının uygulanamayacağı” belirtmektedir, bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 234.

¹⁰³ Tezcan/Erdem/Önok, s. 235.

neğin; mağdurun felçli olması, tabii uyku halinde olması¹⁰⁴ sağır dilsiz olması, görme engelli olması.¹⁰⁵

TCK, eski TCK'dan farklı olarak "akıl hastalığı" gibi bir ölçüt belirlemediğinden daha geniş bir kapsama sahiptir. Dolayısıyla gerek gecici gerekse kalıcı olsun, gerçek anlamda bir hastalık teşkil etmemekle birlikte, mağdurun eyleme geçerli bir rıza göstermesi ya da direnmesi olanağını kısmen ya da tümüyle ortadan kaldıran tüm durumlar bu kapsamda değerlendirilir.¹⁰⁶

2. SUÇUN KAMU GÖREVİNİN VEYA HİZMET İLİŞKİSİNİN SAĞLADIĞI GÜVENİN KÖTÜYE KULLANILARAK İŞLENMESİ (TCK m. 102/3- b)

Bu konuda, fail ile mağdur arasındaki bazı ilişkilerin varlığı önem kazanmaktadır. Fail, kamu kudretinin sağladığı yetki ile kamu görevini¹⁰⁷ ve hizmet ilişkisinin¹⁰⁸ sağladığı güç ve etkiyi kötüye kullanarak bu suçu işlediğinde söz konusu ağırlaştırıcı neden uygulanacaktır.

¹⁰⁴ Yargıtay, tabii uyku halinin mağdurun mukavemet iktidarsızlığını içerdiğine karar vermiştir, bkz, Toroslu, s. 61.

¹⁰⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 155; Sevük, s. 266; Şen, s. 385.

¹⁰⁶ Sevük, "mağdurun iradi sarhoşluk ve uyuşturucu madde kullandığı durumlarda gerçekleştirilen cinsel saldırı da ağırlatıcı nedenin uygulanıp uygulanmayacağına tespiti için somut olayın değerlendirilmesi gerektiğini" düşünürken, bkz. Sevük, s. 266; Tezcan/Erdem/Önok ise, "bu nitelikli halin uygulanması bakımından mağdurun kendini savunma olanağını kaldırması bakımından kusurunun önem taşımamaktadır... söz gelimi, bir barda fazla içki içerek sarhoş olan kişiye karşı bu durumundan istifade ederek cinsel saldırı suçunun işlenmesi durumunda da bu ağırlaştırıcı neden uygulanacağı" kanaatindedir, bkz. Tezcan/Erdem/Önok s. 237.

¹⁰⁷ Bkz. Yarg. 5. CD, 6.5.1986, 1353/2309: "...Jandarma takım komutanı olan sanığın tahkikat yapacağından bahisle, karakola getirdiği müdahil üzerindeki nüfuzunu suiistimal etmek suretiyle ırza geçme suçunu işlediği anlaşılmış ve karar yerinde de böyle bir kabule yer verilmiş olmasına göre, cezasının özel nitelikleri TCK'nın 417. maddesi yerine genel nitelikteki 251. madde gereğince artırılması bozmayı gerektirmiştir", (Savaş-Mollamahmutoğlu, III, s. 3955), akt. Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), dipnot 59, s. 156.

¹⁰⁸ Bkz. Yarg. 5. CD, 14.3.1995, 551/660: "...unlu mamuller imalat bölümünde pasta ustası olan sanık Mevlüt'ün yanında çırak olarak çalışan mağdur Ahmet üzerinde hüküm ve nüfuzunun bulunduğu gözetilmemesi bozmayı gerektirmiştir" (Savaş-Mollamahmutoğlu, III, s. 3955), akt. Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), dipnot 60, s. 156.

3. SUÇUN ÜÇÜNCÜ DERECE DÂHİL KAN VEYA KAYIN HISIMLIĞI İLİŞKİSİ İÇİNDE BULUNAN BİR KİŞİYE KARŞI İŞLENMESİ (TCK m. 102/3-c)

Cinsel saldırı suçlarında faille yakınlık, bu suçların işlenmesinde kolaylık sağladığından mağdur üzerindeki nüfuz, güç ve güvenin kötüye kullanılması daha ağır ceza verilmesini gerektirmiştir. Çünkü bu gibi hallerde hem fiilin gerçekleştirilmesi kolaylaşmakta hem de mağdurun direnci daha kolay kırılabilir. ¹⁰⁹

4. SUÇUN SİLAHLA VEYA BİRDEN FAZLA KİŞİ TARAFINDAN BİRLİKTE İŞLENMESİ (TCK m. 102/3-d)

TCK'nın 6/1-f maddesinde silahın tanımı yapılarak, silahtan ne anlaşılması gerektiği geniş bir biçimde belirlenmiştir. Buna göre: *"ateşli silahlar, patlayıcı maddeler, saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler"* silahtır. Silah, niteliği gereği failin suçu işlenmesinde mağdur üzerinde korku yaratarak onun direncinin kırılmasına kolaylık sağlamakta ve direnmesine engel olmaktadır. Bu sebeple de silahın somut olayda doğrudan doğruya kullanılmasına gerek yoktur. Örneğin suçun, silahın kılıfı içinde teşhir edilerek işlenmesi veya gerçeğine çok benzeyen oyuncak bir silahı teşhir ederek işlenmesi durumunda da bu ağırlaştırıcı hüküm uygulanacaktır. ¹¹⁰

Cinsel saldırı suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi daha ağır ceza gerektiren diğer bir durumdur. Buna göre, bu suçun en az iki fail tarafından birlikte işlenmesi durumunda ağırlaştırıcı nedenden söz edilebilecektir. Cinsel saldırının bir başkasını *"azmettiren"* veya bir başkasına *"yardım eden"* sıfatıyla iştirak edilerek işlenmesi durumunda söz konusu ağırlaştırıcı nedenin uygulanması mümkün

¹⁰⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 156; Sevik, s. 267.

¹¹⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 157; farklı görüşte ise, *"failin silahlı olması yetmez, ayrıca cinsel saldırı fiili silah kullanılarak işlenmiş olması gerektiği"* ifade edilmektedir, bkz. Toroslu, s. 61.

olmayacaktır. Ancak sanıklardan birinin isnat kabiliyetine sahip olması ağırlaştırıcı nedenin uygulanmasına engel değildir.¹¹¹

E. CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN NETİCESİ İTİBARIYLA AĞIRLAŞMIŞ HALLERİ

1. MAĞDURUN BEDEN VEYA RUH SAĞLIĞININ BOZULMASI (TCK m. 102/5)

Cinsel saldırı sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâlinde faile verilecek ceza artırılabilecektir. Ancak bu durumda, netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar dolayısıyla sorumluluk için TCK'nın 23. maddesinde belirtilen koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir. Failin sorumlu olabilmesi için netice konusunda en azından taksirli kabul edilebilmesi gerekecektir. Yani kastın çerçevesini aşan sonuçtan sorumluluğu için aşan kısım itibarıyla hiç olmazsa taksirli olduğunun kabul edilmesi gerekecektir.¹¹² Failin öngördüğü neticeden daha ağır bir netice meydana geldiğinde, neticenin fail tarafından öngörülüp öngörülemeyeceğine bakılacaktır. Failin, neticeyi öngörüp, olursa olsun iradesi ile hareket etmesi durumunda, gerçekleşen ağır neticeden, olası kastla hareket etmesi sebebiyle sorumlu tutulması söz konusu olacaktır.

Cinsel saldırı sırasında meydana gelen sıyrıklar ve ekimozlar cebir ve şiddetin doğal sonucu olarak kabul edildiği ölçüde bu ağırlaştırıcı hüküm uygulanmaz. eski TCK'da cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren, "*failin bir marazın bulaşması sonucuna yol açması*";¹¹³ "*mağdurun sağlığında önemli bir eksikliğe neden olması*";¹¹⁴ "*maluliyete ve mayubiyete yol açması*"¹¹⁵ hallerine TCK'da yer verilmemiştir.

¹¹¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 158; Toroslu, s. 62; Tezcan/Erdem/Önok, s. 239; Sevük, s. 267; Şen, s. 387.

¹¹² Sevük, s. 268; Gürkan/Uğuz, http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/27_sayi.htm.

¹¹³ "...bu durumda mağdurun hastalık kapması söz konusudur. Hastalığın bizzat failden geçmiş olması aranmaz, çevreden veya kullanılan vasitalardan da kaynaklanabilir. Fail kendisinde bu hastalığın (AIDS, belsoğukluğu, frengi, cüzam, verem vb.) var olduğunun bilerek, bunun mağdura da geçmesini istiyorsa bu durumda ayrıca hastalığın niteliğine göre, kasten öldürme veya kastan müessir fiilden de söz edilecektir", bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2003), s. 803

¹¹⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2003), s. 803.

¹¹⁵ "Maluliyet halinde mağdurun bir uzvu, fiil sebebiyle devamlı arızaya uğramakta ve

Mağdurun ruh sağlığının bozulması uygulamaya bırakılmış olsa da psikolojik anlamda travmanın ne zaman meydana geldiğinin tespiti sorunlara yol açabilecektir. Öğretide ise, her cinsel saldırı sonucu mağdurda ruhsal çöküntü meydana geleceğinden, psikolojik bozukluğun ölçüsünün akıl hastalığı olup olmadığı sorgulanmakla beraber;¹¹⁶ kalıcı ruhsal bozukluğun bulunmasının esas alınarak fiile maruz kalan kişinin evlilikten veya karşı cinsle bir arada bulunmaktan soğumasının kalıcı olması ölçütünün bulunması gerektiği de ifade edilmektedir.¹¹⁷ Yargıtay kararlarında da yerleşmiş bir uygulama ile mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığının tespiti için Adli Tıp Kurumu'ndan rapor alınması gerektiği vurgulanmıştır.¹¹⁸

eski TCK'dan farklı olarak TCK'da, "*kızlığın bozulması*" ağırlatıcı bir neden (eski TCK m. 418) veya bağımsız bir suç (eski TCK m. 423) olarak kabul edilmemiştir..

2. MAĞDURUN BİTKİSEL HAYATA GİRMESİ VEYA ÖLMESİ (TCK m. 102/6)

Cinsel saldırı sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi durumunda, suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali söz konusu olacaktır. Bunun için de fiil ile mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölüm neticesi arasında nedensellik bağı olmalıdır. Örneğin, cinsel saldırı sonrasında mağdurun intihar etmesi bu kapsamda değerlendirilmemektedir. Ancak cinsel saldırı suçu işlendikten sonra suçun ortaya çıkmaması için mağdur öldürülmüşse, hem cinsel saldırı hem de nitelikli kasten öldürme suçundan dolayı (TCK m. 82/g) faile ceza verilir ve bu durumda TCK 102/6 uygulanmaz.¹¹⁹

tedavisi mümkün olmamaktadır. Mayubiyet ise bir uzvun fizyolojik fonksiyonuna herhangi bir zarar gelmeden o uzvun estetik güzelliğinin ya da şeklinin bozulması (Yargıtay, ırza geçme ve ırza tasaddi suçlarında kızlığın bozulmasını mayubiyet olarak nitelendirmekteydi. Bkz. YCGK. 10.2.1992, 357/21) Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2003), s. 804.

¹¹⁶ Öztürk, s. 144; Aydın, s. 145; Hafızoğulları, s. 6.

¹¹⁷ Adli tıp uzmanlarına göre, kalıcı ruhsal bozukluğun bulunup bulunmadığı kişiden kişiye değişmekle birlikte iki ile altı ay arasında devam eden tedaviye rağmen iyileşme gerçekleşmemişse ruhsal bozukluğun varlığı kabul edilmektedir. Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 159.

¹¹⁸ Yargıtay kararları için bkz. (5. CD, 25.1.2006, 2005/19291 E. ;2006/186 K.), (5. CD, 25.1.2006, 2005/16112 E. ;2006/182 K.), (5. CD, 2.2.2006, 2005/16884 E. ;2006/517 K.), (5. CD, 225.1.2006, 2005/19115 E. ;2006/181 K.), Artuç/Gedikli, s. 102-108.

¹¹⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 242; Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 160.

Failin, suçu işlerken kullandığı vasıtalar dolayısıyla bitkisel hayat veya ölüm vukua geldiğinde de bu hüküm uygulanmaz. Ayrıca cinsel saldırının tamamlanmış olması ile teşebbüs aşamasında kalmış olması arasında bu hükmün uygulanması açısından da fark yoktur.¹²⁰ Bitkisel hayat kavramı açısından da kasten yaralama suçunun nitelikli halleri uygulama bulur.

F. EVLENMENİN ETKİSİ, KOVUŞTURMA VE YAPTIRIM

eski TCK'nın 434. maddesinde ırza tasaddi veya ırza geçme suçunda fail ile mağdurun evlenmesi bir cezasızlık nedeni olarak sayılmaktaydı. TCK ise bu konuda farklı bir düzenleme getirerek fail ile mağdurun evlenmesi bakımından kamu davasını veya cezayı ortadan kaldıran bir sonuç öngörmemiştir.¹²¹

Cinsel saldırı suçunun basit şeklinde fail ile mağdurun evlenmesi kovuşturmayla bu hüküm uyarınca engel teşkil etmeyecektir. Ancak bu ihtimalde şikâyetten vazgeçme mümkündür. Suçun nitelikli şekli açısından soruşturma ve kovuşturma, fiilin evlilik birliği içinde gerçekleştirilmiş olup olmamasına göre farklılık gösterecektir. Evlilik birliği içinde gerçekleştirilen nitelikli cinsel saldırı suçunda soruşturma ve kovuşturma için şikâyet aranırken, diğer nitelikli hallerde ise şikâyet aranmamakta, resen takip yapılmaktaydı. Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2007 tarihli kararında yeni bir uygulamaya yol açmıştır. Buna göre: *"Eşe karşı silahla, nitelikli cinsel saldırıda bulunulması durumunda; silahla, birden fazla kişi tarafından cinsel saldırı suçunun işlenmesi halinde; kardeşe, anneye ve babaya cinsel saldırı suçunda; kamu görevlisinin nüfuzu altında bulunan kişilere karşı cinsel saldırı suçunda; beden ve ruh bakımından kendisini savunamayacak durumdaki kişilere cinsel saldırı suçunda artı şikâyet şartı aranmayacaktır"*.¹²²

Suçun basit şeklinin (TCK m. 102/1) müeyyidesi *"iki yıldan yedi yıla kadar hapisdir"*. Nitelikli cinsel saldırı suçunun müeyyidesi (TCK m. 102/2) ise *"yedi yıldan on iki yıla kadar hapisdir"*. Suçun (TCK m. 102/3)

¹²⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2006), s. 160.

¹²¹ "...cinsel saldırının temel şeklinin eşler arasında işlenmesini cezalandırmayan bir anlayışın, suçun işlenmesinden sonra fail ile mağdur arasında evliliğin gerçekleşmesine rağmen, niçin faili cezalandırma yoluna gittiğini anlamak mümkün gözükmemektedir", eleştirisi için bkz. Tezcan/Erдем/Önok, s. 243.

¹²² Bkz. <http://www.turkukukuksitesi.com/showthread.php?t=7464> , (16.10.2007).

daha ağır cezayı gerektiren hallerinde ise faile verilecek ceza “yarı oranında” artırılır.

Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda, faile “cinsel saldırı suçunun yanı sıra kasten yaralama suçunun cezası” da verilir. Suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olan mağdurun ruh veya beden sağlığının bozulmasına yol açması durumunda fail “on yıldan az olmamak üzere hapis” cezası ile cezalandırılır. Cezanın üst sınırının belirlenmemiş olması sebebiyle de TCK’nın 49. maddesi gereği üst sınır en fazla “yirmi yıl hapis” olarak kabul edilir. Cinsel saldırı suçu sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi durumunda ise fail “ağırlaştırılmış müebbet hapis” cezası ile cezalandırılır.

KAYNAKLAR

- Akal, Cemal Bali, *Siyasi İktidarın Cinsiyeti*, Ankara 1994.
- Artuç, Mustafa/ Gedikli, Cemil, *TCK-CMK-CGİK-ÇKK ve 5560 Sayılı Kanunla Getirilen Yenilikler*, Ankara 2007.
- Artuk, Mehmet Emin, Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Temel İlkeleri, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, S. 5, 2005, s. 11-19
- Artuk, Mehmet Emin/ Yenidünya, Caner, Evlilik İçinde Irza Geçme, in: *Cumhuriyet’in 75. Yıl Armağanı*, İstanbul 1999, s. 57-70.
- Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2003.
- Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2006.
- Aydın, Öykü Didem, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 2, 2005.
- Bayraktar, Köksal, Kadına Karşı Şiddet, in: *İnsan Hakları Hukuku ve Kadın*, İstanbul 2003, s. 65-72.
- Can, Cahit, *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar*, Ankara 2002.
- Centel, Nur, Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması, in: *Kenan Tunçomağ’a Armağan*, İstanbul 1997, s. 59-70.

- Dinçkol, Bihteran Vural, Kadının İnsan Hakları, in: *İnsan Hakları Huku-ku ve Kadın*, İstanbul 2003, s. 13-19.
- Dönmezer, Sulhi, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, İstanbul 1983.
- Evik, Ali Hakan, Ceza Kanunumuz ve Kadın, in: *Çetin Özek Armağanı*, İstanbul 2004, s. 349-365.
- Fromm, Erich, *İnsandaki Yıkıcılığın Kökenleri*, (Çev. Şükrü Alpagut), İstanbul 1993.
- Godenzi, Alberto, *Cinsel Şiddet*, (Çev. Sultan Kurucan-Yakup Coşar), İstanbul 1992.
- Gürkan, Şeref/Uğuz, Ahmet, Yeni Ceza Yasamızda Cinsel Suçlar, *Adalet Dergisi*, S. 27, http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/27_sayi.htm.
- Hafızoğulları, Zeki, *Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu*, <http://www.abchukuk.com/cezahukuku/cinsel-suclar.html>.
- Kocasakal, Ümit, TCK Sistematiği ve Sorunları Üzerine Söyleşi, *Ankara Barosu Hukuk Gündemi Dergisi*, 2006, S. 4, s. 44-49.
- Köknel, Özcan, *Kaygıdan Mutluluğa Kişilik*, İstanbul 1999.
- Mahmutoğlu, Fatih, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, 2005, S. 5, s. 42-61.
- Nuhoğlu, Ayşe, Türk Ceza Kanunu'nda ve 2002 Tasarısında Cinsel Suçlar, in: *Çetin Özek Armağanı*, İstanbul 2004, s. 609-641.
- Okumuş, Hülya, *Cinsel Suç Faillerinde Kişilik Yapısı-Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul 1994.
- Özgenç, İzzet, *Gerekçeli Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2004.
- Öztürk, Bahri, TCK Reformu, *Türkiye Barolar Birliği Panel*, 1. Kitap, Ankara 2004, s. 138-171.
- Polat, Oğuz, *Klinik Adli Tıp-Adli Tıp Uygulamaları*, Ankara 2006.
- Sancar, Türkan Yalçın, *TCK Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Düşünceler*, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2002-51-03/AUHF-2002-51-03-TSancar.pdf>.
- Seminara, Sergio, İtalyan Ceza Kanunu Reformları, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 3, 2005, s. 202-206.
- Sevük, Handan Yokuş, 5237 Sayılı TCK'da Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, *TBB Dergisi*, S. 57, s. 243-282.

- Şen, Ersan, *Yeni TCK'nın Yorumu*, Cilt I, İstanbul 2006.
- Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa/ Önok, Murat, *5237 Sayılı TCK'ya göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara 2006.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2005.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Türleri*, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, S. 5, 2005, s. 61-65.
- Ünver, Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003.
- Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara, 2001.
- Yumul, Arus, Savaş ve Kadın, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, S. 1, 2004, s. 39-53.

ADWORDS REKLAM SİSTEMİNDE MARKA KULLANIMI

İrfan AKIN*

I. Giriş

Önemi ve kapsamı giderek büyüyen internet, işlevlerine her geçen gün bir yenisini eklemektedir. Bu genişlemeyle beraber gerçek hayatta gerçekleştirilen faaliyetler yavaş yavaş internetin de konusu olmaya başlamıştır. Tabiidir ki aynı faaliyet gerçek ve sanal ortamlarda farklı özellikler arz etmekte, bu da beraberinde farklı hukuki değerlendirmeleri ve tanımlamaları getirmektedir. Reklamcılık da bu sektörlerden biridir. İnternette gerçekleştirilen reklam uygulamalarından olan adwords reklam sisteminde başkasına ait markanın kullanımı da özel bir değerlendirmeyi hak eden, dünyada da çok tartışılan sanal dünyanın kendine has problemlerinden biridir.

Bu makale kapsamında, arama motorlarında yapılan arama sonucu ekrana çıkan görüntünün marka hukuku açısından değerlendirilmesi yapılacaktır. Konunun en önemli aktörlerinden olan Google ve onun tarafından geliştirilen adwords reklam sistemi, böylesi bir değerlendirme için ideal örnek niteliğindedir. Bu nedenle adwords reklam sistemi marka hukuku kriterleri ışığında ele alınıp, bu reklam sistemi kapsamında olası marka hakkı ihlalleri ve haksız rekabet sorunları detaylarıyla ortaya konmaktadır. Google'ın ve reklam verenin hukuki sorumluluğu bu değerlendirme kapsamında bulunmamaktadır. Sadece başkasına ait markanın anahtar kelime olarak kullanımı halinde doğan hukuki durumun tespiti yapılmaya çalışılmaktadır.

* Dr., İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi.

II. Adwords Reklam Sistemi

Google'ın kendi internet sitesinde “*tıklama-başı-maliyete dayanan ücretlendirme uyguladığı reklam yayınlama programıdır*”¹ şeklinde tanımladığı adwords reklam sistemi, reklam veren tarafından belirlenen anahtar kelime ve kelime gruplarının arama motorunda aranması neticesi, yine reklam veren tarafından belirlenen ürün veya firmaya ilişkin tanıtıcı ibarelerin ve internet sitesine bağlantı linkinin bulunduğu reklam mahiyetindeki tanıtımın, Google tarafından arama sonuçlarını gösteren ekranın üst ve genellikle de sağ kısmında, reklam için ayrılan bölümde gösterilmesi suretiyle gerçekleşen reklamcılık modelidir. Reklam verene ait bu tanıtımlar, Türkçe “*Sponsor Bağlantı*”, İngilizce “*Sponsored Links*”, Almanca “*Anzeigen*” üst başlığı altında bulunan arama sonuçlarından ayrı olarak üst ve yan kısımda arama yapan kullanıcının karşısına çıkmaktadır.

Bu sistem içinde reklamların en etkili şekilde kullanıcıya ulaşmasında, seçilecek anahtar kelimelerin önemi büyüktür. Belirlenen anahtar kelime, reklam veren firmaya ait linkin görüntülenme sayısını doğrudan etkilemektedir. Ayrıca hedeflenen potansiyel müşterilere ulaşmada kolaylık sağlayarak reklamın etkinliğini arttırmaktadır. Bu sebeple Google, reklam müşterilerini doğru yönlendirmek amacıyla onlara dört farklı anahtar kelime belirleme seçeneği sunmaktadır.

A. Anahtar Kelime

İnternet kullanıcısı tarafından arama motoruna ilgili siteleri bulmak amacıyla yazılan ibareler, reklam veren açısından iyi tahmin edilip, belirlenmesi gereken anahtar kelimeler niteliğindedir. Bu iki kelime grubu, aranan kelime ve anahtar kelime, örtüştüğü oranda reklam amacına ulaşacaktır. Bu örtüşmeyi reklam veren açısından kolaylaştırmak amacıyla Google dört anahtar kelime eşleme seçeneği geliştirmiştir.

1. Geniş Eşleme

Google tarafından varsayılan seçenektir. Bu seçenekte sadece belirlenen anahtar kelimeler değil, aynı zamanda bu kelimelerin tekil/

¹ <https://adwords.google.com/support/bin/answer.py?answer=6319&topic=29>

çoğul formları, eşanlamlıları ve diğer alakalı varyasyonları da arandığında reklam yayınlanmaktadır. Örneğin “tenis ayakkabıları” anahtar kelime olarak belirlendiğinde, “tenis” ve “ayakkabı” kelimelerini içeren arama sorgularında herhangi bir sırayla ve muhtemelen diğer kelimelerle birlikte² reklam gösterilebilecektir.

Geniş eşleme seçeneğinde anahtar kelimenin ötesinde, bu kelimelerle alakalı varyasyonlar da anahtar kelime listesinde yer almasa dahi otomatik olarak yayınlanır. Örneğin, “web barındırma” geniş eşlemeli anahtar kelimesinde yayınlanan reklam, “web barındırma şirketi” veya “web barındırıcısı” arama sorguları için de gösterilebilecektir. Adwords sistemi anahtar kelimenin kalite ve performans faktörlerini sürekli olarak izleyerek, reklamın tetiklemesine izin veren anahtar kelime varyasyonlarını zamanla değiştirmektedir. Bu şekilde Google reklamların sadece en yüksek performanslı ve en alakalı anahtar kelime varyasyonlarında gösterilmesini temin etmeye çalışmaktadır.³

2. Öbek Eşleme

Google’ın internet sitesinde yaptığı açıklamalara göre, öbek eşleme seçeneğinde tırnak içinde verilen anahtar kelime bu sırayla ve muhtemelen ondan önce ve sonra gelen diğer kelimelerle arama yapıldığında gösterilebilecektir. Öbek eşleme geniş eşlemeden daha belirgin hedeflidir, ancak tam eşlemeden daha esnektir. Örneğin “tenis ayakkabıları” kelimelerinin tırnak içinde girilmesi halinde, reklam “tenis ayakkabıları” olarak bir bütün olarak arandığında ya da “kırmızı tenis ayakkabıları” şeklinde sıralı ve bir başka kelime ile arandığında gösterilecektir. Ancak “tenis için ayakkabı”, “tenis ayakkabısı” veya “tenis için spor ayakkabıları” için yapılan aramalarda reklam gösterilmez.⁴

² Bu çerçevede anahtar kelime olarak “tenis ayakkabıları” belirlendiğinde arama sorgusunda “tenis ayakkabısı” veya “tenis için spor ayakkabıları” ibareleri de arandığında reklam görüntülenecektir. <https://adwords.google.com/support/bin/answer.py?answer=6100&cbid=9rl5diqusa5b&src=cb>.

³ <https://adwords.google.com/support/bin/answer.py?answer=6100&cbid=9rl5diqusa5b&src=cb>.

⁴ <https://adwords.google.com/support/bin/answer.py?answer=6100&cbid=9rl5diqusa5b&src=cb>.

3. Tam Eşleme

Anahtar kelime köşeli parantez içinde yazıldığında, reklam, kullanıcı tam olarak bu kelime öbeğini bu sırada ve sorguda başka kelimeler olmadan aradığında gösterilir. Örneğin, [tenis ayakkabıları] anahtar kelimesi girildiğinde “kırmızı tenis ayakkabıları” veya “tenis ayakkabısı” sorgusu için reklam gösterilmez. Tam eşleme hedefi en kesin olan seçenektir.

4. Negatif Anahtar Kelime Eşlemesi

Reklam veren tarafından anahtar kelime grubuna negatif anahtar kelime eklenmesi halinde reklamlar o kelimeleri içeren arama sorgularında gösterilmeyecektir. Negatif anahtar kelimeler, istenmeyen gösterimleri filtreleyerek en uygun potansiyel müşterilere ulaşılmasına ve reklam maliyetinin azaltılmasına yardımcı olur. Anahtar kelime “tenis ayakkabıları” ise ve “kırmızı” negatif anahtar kelimesini eklerseniz, bir kullanıcı kırmızı tenis ayakkabıları için arama yaptığında reklam gösterilmez. Çok sayıda geniş eşlemeli anahtar kelime kullanıldığında negatif anahtar kelimeler özellikle yararlı olur.

B. Adwords Metatag Ayrımı

Her firma gerçek hayatta olduğu gibi sanal ortamda da bilinmek, tanınmak ister. İnternetteki bilgilendirme platformlarında boy göstermenin yolu ise HTML formatında yazılmış olan hypertext’lerdir. Metatag olarak tespit edilen işaret burada, bu işaretin temsil ettiği ticari faaliyetin konusuyla ilgili ibarelerin bu bilgi platformlarında görünmesi için kanca fonksiyonu görmektedir.⁵ Metatag’lar da bu kapsamda, genellikle web sitesinin içeriği hakkında bilgilendirici nitelikteki anahtar kelime ve tümcelerden oluşan, HTML kodları olarak web sayfalarına sokulan görünmez hypertext işaret dilidir. Web sitesine metatag koyulmasının amacı, Google ve benzeri arama motorlarının metatag’ları okumalarını ve bunların geçtiği web sitesine erişimi sağlamak suretiyle web sitesinin internet ortamında etkili tanıtımının yapılmasıdır. Firma tarafından faaliyet alanıyla ilgili kelimelerin metatag olarak belirlenmesi sonucu, bu ibarelerin arama motorlarında her

⁵ Ullmann Eike, *Wer sucht, der findet - Kennzeichenverletzung im Internet*, s. 633, 635.

aranmasında firmanın sitesi arama sonuçları arasında görülecektir. Bu sayede internet ortamında son derece büyük bir yönlendirme kabiliyetine sahip olan arama motorlarının bu özelliğinden şirket tanıtımı için azami ölçüde yararlanılmış olunacaktır. Sadece arama sonuçları arasında yer almayı yeterli görmeyen firmalar, bu sonuçların üst sıralarında bulunmak amacıyla arama motorlarının sıralama kriterlerine uygun olarak değişik taktikler denemektedirler. Çoğu arama motoru, kelime veya ibarelerin web sayfasının başlığında kullanılmasına daha büyük önem vermekte, bazıları ise kelime veya ibarenin nereye yerleştirildiğine bakmaksızın metin içerisinde tekrarlanma sıklığına göre web sitelerini sıraya koymaktadır.⁶

Normal metatag kullanımının hukuka aykırı bir tarafı bulunmamaktadır. Fakat başkasına ait markalar veya diğer tanıtıcı nitelikteki ibarelerin ve sektördeki öncü firmaların isimlerinin metatag olarak kullanılması durumunda bu tanıtım sisteminin kötüye kullanılması söz konusudur. Bu durumda bir İnternet kullanıcısı aradığı markayla bağlantılı linklerin arama sonuçları arasında çıkmasını beklerken, aynı veya bağlantılı başka bir sektördeki firmalara ait bağlantı linkleriyle karşılaşmaktadır. Hatta bu linkler aranan markanın ait olduğu firmaya ait linklerden daha üst sıralarda arama sonucu olarak çıkabilmektedir. Bu durumda kullanıcı, başkasının markası kullanılarak o markayla ticari bağı bulunmayan başka bir firmanın web sitesine aldatıcı şekilde getirilmiş olmaktadır. Metatag'ları göremeyen ortalama bir kullanıcıya aradığı kelime ile ilgisi bulunmayan arama sonuçlarının sunulması, onun, bu sonuçların aradığı kelime ile bağlantılı olduğu zannına kapılarak, yanlış yönlendirilmesine neden olacaktır. Bir web sitesinde kullanılan metatag'ların bir başka kişinin markasını içermesi sonucunda aranan web sitesiyle beraber, markanın metatag olarak kullanıldığı web sitesinin de arama sonuçları arasında çıkması, tüketicilerin kafasında o markayla ilgili tereddütlerin oluşmasına neden olacaktır.⁷ Başkasına ait markanın bu şekilde metatag olarak kullanımının marka hakkının ihlali anlamına geleceği, bugün birçok ülkede verilen yargı kararlarıyla tescillenmiş bir gerçektir.⁸

⁶ Özdilek Ali Osman, *İnternet ve Hukuk*, Papatya Yayıncılık, 2002, s. 203.

⁷ Özdilek, Ali Osman, *İnternet ve Hukuk*, Papatya Yayıncılık, 2002, s. 204.

⁸ Bkz. Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararı, BGH 18.05.2006 tarihli I ZR 183/03 sayılı "impuls" kararı.

III. Marka Hukuku ve Adwords

Sunduğu hizmetlerle bireyin özgürlük alanını genişleten, hayatın her alanına yeni açılımlar getiren internetin hukukun farklı dallarının çizdiği sınırların içinde meşru bir zemine oturtulması gayreti, bugün birçok hukukçunun kafasını meşgul eden bir konudur. Marka hukuku da bu sınırları belirleyen hukuk dallarından biridir. Mutlak hak niteliğinde olan marka hakkı, sahibine üçüncü kişilerin markayı izinsiz kullanmalarını önleme yetkisi vermektedir. Bu önleme yetkisi sadece markanın aynısının veya benzerinin marka olarak kullanılması halinde devreye girmez. Başkasına ait markanın ayırt edici işaret olarak gerçekleşen tüm kullanımlarında marka hakkı sahibinin bu kullanımı engelleme yetkisi vardır.⁹ Adwords reklam sisteminde markanın anahtar kelime olarak kullanımının ne tür bir kullanım olarak ele alınacağına, ancak reklam sisteminin, reklam metninin ve kullanıcının algılayışının değerlendirilmesinden sonra karar verilebilir.

A. Markasal Kullanım

Marka hukukunun marka sahibine tanıdığı pozitif kullanma hakkının beraberinde getirdiği markayı başkalarının kullanımını yasaklama hakkı, işaretin bütün kullanım şekillerini kapsamaz. Sadece belli kullanım şekillerine yönelik bir yasaklama öngörür marka hukuku. Bu kullanım öncelikle markasal bir kullanım olmalıdır. İşaret, ticari hayatta üçüncü kişi tarafından ticari işletmesini adlandırmak veya marka olarak kullanımında da mal ve hizmetlerini başka firmaların mal ve hizmetlerinden ayırt etmek için kullanılıyorsa, marka hukukunun değerlendirme alanına giren bir kullanım vardır.¹⁰

Şüphesiz marka hakkından kaynaklanan bir engelleme ancak markanın iktisadi kullanımında söz konusu olabilecektir. İşaretin kullanılmasından özel alanın dışında, ticari bir fayda elde edilmesi bekleniyorsa işaretin ticari hayatta kullanılmasından bahsedilebilir. Böyle bir kullanım için reklam yapmanın işletme olarak bir fayda elde etmesi

⁹ Marka hakkı sahibinin bu mutlak hakkından kaynaklanan inhisari yetkisini ve buna bağlı men imkânlarının kapsam ve sınırları MarkaKHK m. 9, 61 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir, *Kaya Arslan*, Marka Hukuku, Arıkan Yayıncılık, s. 38 vd.; *Yasaman Hamdi*, Marka Hukuku, s. 486 vd.

¹⁰ Ullmann Eike, *Wer sucht, der findet - Kennzeichenverletzung im Internet*, s. 633, 635.

de şart değildir. Ticari olmayan bir faaliyeti yürüten kişi de ticari hayattaki bir aktivitesinden dolayı marka ve rekabet hukukuna ilişkin bir ihlalin aktörü olabilir. Bu anlamda ticari hayat kavramı geniş yorumlanmalıdır. Özel, resmi veya işletme içi olmayan her türlü serbest, ekonomik amaca yönelik faaliyet bu kavram dâhilinde değerlendirilmelidir. Faaliyetin sürekli olması da aranmamalıdır. İnternet sitesinden satmak üzere *bir defaya mahsus* bir ürün alan kişi de ticari hayatın içinde bir işlem gerçekleştirmiştir.¹¹

Avrupa Adalet Divanı Marka Direktifi'nin 5/1/a hükmü kapsamında bir işaretin markasal kullanımı konusunda verdiği Opel¹² ve BMW¹³ kararlarında, bu tür bir kullanımdan söz edebilmek için reklamda işaretin ayırt edicilik vasfının kullanılması ve reklamda kullanılan marka ile reklamı yapılan ürün arasında reklamın yöneldiği müşteri çevresi tarafından bir bağ kurulması gerekliliğini ortaya koymuştur.¹⁴ Avrupa Adalet Divanı'nın bu değerlendirmesinde markasal kullanım için işaretin ayırt edicilik özelliğinden yararlanmanın kilit rol oynadığı esası net bir şekilde ortaya konmuştur. Markanın adwords reklam sisteminde anahtar kelime olarak kullanımında markasal bir kullanım olup olmadığı sorusu, ancak konu bir bütün olarak değerlendirildiğinde karşılığını bulabilecektir.

B. Yargı Kararları

Dünyada adwords reklam sisteminde başkasına ait markanın anahtar kelime olarak kullanılmasından kaynaklanan sonuçlanmış ve halen sürmekte olan birçok dava bulunmaktadır. Özellikle ABD ve Almanya'da konuyu farklı yönleriyle ele alıp inceleyen ve böylece hem Google ve reklam verenlere, hem de taraflar dışında konuyla ilgilenen uzmanlara değerlendirmeler sunan kararlar mevcuttur. Aşağıda bu doğrultuda sonuçlanmış ve konuyu farklı açılardan ele alan örnek niteliğindeki iki Alman Yüksek Mahkeme kararı gerekçeleriyle yer almaktadır.

¹¹ Ullmann Eike, *Wer sucht, der findet - Kennzeichenverletzung im Internet*, s. 633, 635.

¹² Avrupa Adalet Divanı C-48/05 sayılı, 25.01.2007 tarihli - *Adam Opel AG/Autec AG* kararı.

¹³ Avrupa Adalet Divanı C-63/97 sayılı, 23.02.1999 tarihli - *BMW/Karel Deenik* kararı.

¹⁴ Bkz. Kur Annette, *Confusion Over Use? - Die Benutzung „als Marke“ im Lichte der EuGH-Rechtsprechung*, s. 101, 112.

1. OLG Braunschweig Yüksek Mahkemesinin Kararı¹⁵

Davacı kendi adına tescilli “*impuls*” markasıyla diğer hizmetlerinin yanı sıra, www.impulsonline.de internet sitesinde sigorta ve finans hizmetleri için bir bilgilendirme platformu oluşturmuş ve yine bu site-de sağlık sigortası alanında fiyat karşılaştırması hizmeti sunmaktadır. Davalı taraf ise www.kv-guenstig.de internet sitesinde farklı sağlık sigortası şirketlerinin ücret ve performanslarına ilişkin karşılaştırma hizmetini sunmaktadır. Davalı firma Google arama motoru ile bir reklam sözleşmesi yapmıştır. Bu sözleşme kapsamında arasında “*impuls*” kelimesinin de bulunduğu anahtar kelimeler arandığında, arama sonuçlarının yanında ekranın sağ tarafında davalı firmaya ait (“*impuls*” kelimesinin yer almadığı) ilan görüntülenecektir. Bu ilanda yer alan linke tıkladığında da davalı firmaya ait internet sitesine ulaşılmaktadır. Davacı kendine ait markanın böylesi bir kullanımının markasal bir kullanım olup, marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğunu ileri sürerek, bu kullanımın ortadan kaldırılmasını ve tazminat talebini ileri sürmüştür.

Yüksek Mahkeme aşağıdaki gerekçelere dayanarak davalı firmanın reklamlarını davacıya ait bir marka olan “*impuls*” kelimesinin Google arama motorunda aranmasına bağlantılı olarak yayınlanmasını ve bu şekilde başkasına ait markanın bu reklam sürecine bir şekilde dâhil edilmesini, marka hakkına tecavüz olarak nitelendirmiştir.

- *Impuls* kelimesinin adwords reklam sistemi içerisinde anahtar kelime olarak kullanılması markasal bir kullanımın unsurlarını taşımaktadır. Bu şekilde marka başka bir firmaya ait mal ve hizmetleri ayırt etmek amacıyla kullanılmaktadır. Başkasına ait markanın meta-tag olarak kullanımıyla benzer nitelikte bir kullanım vardır. Markanın her iki kullanımda da kullanıcı tarafından görünmemesinin bu değerlendirme kapsamında bir önemi yoktur. Kullanımı internet kullanıcısı tarafından algılanamasa da, kullanıcı bu kullanım neticesi reklam verenin internet sayfasına yönlendirilmektedir. Aranılan kelime, anahtar kelime veya bir diğer ifadeyle başkasına ait marka, kullanıcının ilgisini reklam yapan firmaya çekmek için kullanılmaktadır.

- Başkasına ait bir marka olmasına rağmen söz konusu kelimenin

¹⁵ OLG Braunschweig Yüksek Mahkemesi'nin 5.12.2006 tarih 2 W 23/06 sayılı Kararı.

Google arama motorunda anahtar kelime olarak belirlenmesi halinde, internet kullanıcısı tarafından bu kelimenin aranan kısmına girilmesiyle, arama sonuçlarının yanında davalı firmaya ait reklamın yayınlanması sonucunu doğurmaktadır. Bu yolla davalı firma, davacı tarafın meydana getirdiği marka gücünden yararlanmakta ve yöneldiği mal ve hizmetlerle ilgili olarak büyük bir talep potansiyelini içinde barındıran markanın kılavuz fonksiyonundan haksız şekilde istifade etmektedir.

- Davalı tarafın görüşünün aksine, davalı ilanının arama sonuçlarından ayrı şekilde ekranın yan tarafında yer alması, ilana arama sonuçları arasında yer veren metatag uygulamasından adwords reklam sistemini farklı kılmayacaktır. Kullanıcılar yan taraftaki reklamların üst kısmında yer alan “*ilanlar*” (Anzeigen) ibaresinden, sadece bu sonuçlar için ödeme yapıldığı sonucunu çıkaracaktır. Bu sonuçlar ile arama yapılan kelime, somut olayda başkasına ait marka, arasında kullanıcının bağlantı kurması kaçınılmazdır.

2. OLG Frankfurt Yüksek Mahkemesinin Kararı¹⁶

Davacı taraf, kendisi adına tescilli markanın davalı tarafından haksız şekilde kullanıldığını ileri sürmektedir. Google arama motorunda adwords reklam uygulaması kapsamında davalı tarafa ait reklamın yayınlandığını, bu reklamın yayınlanması için kullanılan anahtar kelimelerin kendi markası dışında kelimeler olmasına karşın, davalı tarafından belirlenen “*geniş eşleme*” seçeneği nedeniyle kendi markası arandığında da davalıya ait reklamın yayınlandığını ileri sürerek bu durumun marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet teşkil ettiğini iddia etmiştir.

Bu gerekçelerle ileri sürülen iddialar ve davanın reddini talep eden savunma muhakemesinde Yüksek Mahkeme, aşağıdaki gerekçelerle marka hakkına tecavüzün somut olayda vuku bulmadığı kanaatine varmıştır.

- Alt derece mahkemenin, “*yabancı bir markanın veya Google’ın standart seçeneği olan “geniş eşleme” seçeneğinin özelliklerinden dolayı tasviri bir işaret belirlense dahi bu işaret ile bağlantılı markanın adwords reklam*

¹⁶ OLG Frankfurt Yüksek Mahkemesi’nin 26.02.2008 tarih 6 W 17/08 sayılı Kararı.

sisteminde anahtar kelime olarak kullanılması markasal bir kullanım olarak görülemez”, kararına Yüksek Mahkeme de katılmaktadır. Bir işaret, bir mal ve hizmeti temsil ediyor ve onların diğer mal ve hizmetlerden ayırt edilmesi için kullanılıyorsa işaretin markasal kullanımından söz edilebilir. Eğer işaret, ticaret hayatında ilgili mal ve hizmetin menşei-ni temsil ediyor, kullanıcı nezdinde bu mal ve hizmet ile işaret arasında bir bağ kuruluysa, o takdirde markasal bir kullanım vardır (13.09.2007 tarihli Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin “THE HOME STORE” kararı ve Avrupa Adalet Divanı’nın 11.09.2007 tarihli “Céline” kararı da aynı yöndedir).

- Böylesi bir markasal kullanımın varlığı, Federal Yüksek Mahkeme’nin verdiği “Impuls” kararında da ortaya konduğu üzere, bir markanın metatag olarak kullanımında kabul edilebilir. Bir internet sayfası sahibi internet kullanıcısının göremediği hypertext dilini kullanarak başkasına ait markayı anahtar kelime olarak belirleyip, bunun neticesinde de kendi sitesinin Google arama sonuçları arasında yer alma sıklığını arttırıyorsa markasal kullanımın şartları gerçekleşmiştir. Markanın yine anahtar kelime olarak kullanıldığı adwords reklam sisteminde, başkasına ait bu marka arama sonuçlarını etkilemek için değil, reklam ilanının görüntülenme anını ve yerini tespit amaçlı kullanılmaktadır. Markanın bu kullanım şekli metatag olarak kullanılmasından farklıdır.

- Markasal kullanımın tespitinde ticaret hayatındaki algılamalar önem taşır. Bir işaretin hukuka uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının tespitindeki kilit nokta, bu işaretin somut kullanımı neticesinde hitap ettiği ortalama çevrenin, işaret ile işletmesel kökeni arasında bir bağ kurulabilmesidir.¹⁷ Yabancı bir markanın adwords sisteminde anahtar kelime olarak kullanımında aynı ilke geçerlidir. Reklam yapan anahtar kelime olarak kullandığı işareti asli (ayırt edicilik) fonksiyonuna uygun olarak kullanıp, reklamını yaptığı mal ve hizmetlerin kullanılan işaretin sahibine ait mal ve hizmetler olarak algılamasına yol açıyorsa, bu işareti marka olarak kullanmış demektir. Diğer bir ifadeyle, başkasına ait marka niteliğindeki işareti marka olarak kullanmıştır.¹⁸

¹⁷ Bkz. Avrupa Adalet Divanı 14.05.2002 tarihli kararı, GRUR 2002, 692, 693; Federal Mahkeme’nin 04.05.2001 tarihli Marlboro Dach kararı, GRUR 2002, 171, 173.

¹⁸ Ullmann Eike, Wer sucht, der findet - Kennzeichenverletzung im Internet, s. 633, 638.

• Reklam yapanın kendi firması için yaptığı reklamın yayınlanma yerinin belirlenmesi amacıyla başkasına ait markayı kullanmasında markasal kullanım yoktur. Bu durumda reklam veren söz konusu işaretin kılavuz fonksiyonundan sadece kendi reklamının gösterimini temin amacıyla yararlanmış olmaktadır. İşaretin bu şekilde kullanılması halinde, yöneldiği kullanıcılar tarafından reklamı yapılan ürün ile işaretin marka olarak sahibi olan firma arasında bahsedilen türde bir bağ kurulmayacaktır.¹⁹ Yabancı bir markanın hukuka uygun şekilde kullanımı ancak, yapılan reklamın arama sonuçlarından açık ve net olarak ayrı şekilde ekranda gösterilmesi durumunda söz konusu olacaktır. Bu şekilde yapılan bir reklamda, reklamı yapılan ürünler ile anahtar kelime olarak kullanılan marka arasında bir bağ bulunmadığı rahatlıkla anlaşılabilecektir.

• Davalı tarafından verilen reklam ile arama sonuçları, büyük boş bir alan ve bir hatla ayrılmış durumdadır. Adwords reklamları ve arama sonuçları arasındaki bu ayrım kullanıcılar tarafından da iyi bilinen bir durumdur. Ayrıca "ilanlar" kısmında gösterilen bu reklamda davalı sadece kendi ürünleri ile ilgili ibarelere yer vermiştir. Bu reklam ile kullanıcı davalının firmasına yöneltilmektedir. Davalı tarafından reklamı yapılan ürünler ile davacı şirket arasında kullanıcının herhangi bir bağ bulunduğu sonucuna ulaşması zor görünmektedir.

• Başkasına ait marka olan işaretin adwords reklam sisteminde anahtar kelime olarak belirlenip, kullanılmasında markasal kullanım olmadığı gerçeği karşısında, başka bir kelimenin anahtar kelime olarak belirlenmesine rağmen "geniş eşleme" seçeneğinin özelliklerinden dolayı bağlantılı olan bir markanın da anahtar kelime olarak kullanılmasında markasal kullanım evleviyetle reddedilmelidir.

• Somut olayda haksız rekabet teşkil edecek bir davranış da bulunmamaktadır. Davacı markasının piyasadaki itibarından haksız yararlanma olmadığı gibi, müşterilerin yine haksız yönlendirilmesi de olayda gerçekleşmemiştir.

• İtibardan haksız yararlanma bir imaj transferini, başkasının mal ve hizmetleri için sahip olduğu iyi itibarın kendi ürünlerine aktarılmasını gerektirir. Reklamın başka bir firma tarafından verildiği ve bu

¹⁹ Aynı yöndeki görüş için bkz. OLG Düsseldorf Yüksek Mahkemesi 23.01.2007 tarihli "Beta Layout" kararı.

durumunda müşteri tarafından net olarak anlaşıldığı somut olayda, başkasına ait itibardan haksız yararlanmanın şartları vuku bulmamıştır. İnternet kullanıcısının, Google arama motoruna girdiği aranan kelime ile reklamı yapılan ürün arasında bir bağ kurup, aradığı kelimeye ilişkin kalite tasavvurlarını reklamı yapılan ürünlere aktarması kabul edilemez.²⁰ Adwords reklam sisteminde reklam verenin tavrının yazılı medyada rakip firmanın test sonuçlarının yanına reklam vermekten farkı yoktur.

- Müşterilerin haksız yönlendirilmesi de gerçekleşmemiştir. Bu durum ancak reklam yapanın rakip firma ile müşterisi arasına girip, müşterinin satın alma kararını etkilemesi halinde söz konusu olacaktır.²¹ Adwords reklamcılığında bu şartlar gerçekleşmemektedir. İnternet kullanıcı tanınan bir markayı Google’da aradığında, bu markayla doğrudan ilgili linklerin dışında, başka bağlantılı linklerinde ekranda görüneceğini öngörür. Arama motoruna aranacak kelimenin girilmesi satın alma kararının verildiği anlamına gelmez. Arama motorlarının kullanımı ile gerçek hayatta bir ticarethanenin aranması birbirinden farklıdır. Arama motoruna bilgilenmek amacıyla da, özellikle tanınmış markaların aranmasında, başvurulabilmektedir. Satın alma kararı ise bu bilgilenme sürecinin sonrasında gerçekleşmektedir. Bu nedenle başkasına ait markanın adwords reklam sisteminde anahtar kelime olarak kullanımında, marka sahibi firmaya yönelen müşterilerin haksız şekilde engellenmesinden bahsedilemez.²²

- Avrupa Birliği 2005/29/ AB direktifinin 6/2/a) hükmüne göre ticaret hayatındaki bir uygulama veya pratik, rakip firmaya ait bir ürün, marka veya diğer ürün adları ile karıştırılma tehlikesini taşıyorsa bu uygulamanın yanıltıcı olduğu anlamına gelecektir. Somut olayda davalının reklamı açık olarak ayırt edilebildiği ve sadece kendi ürünlerini ilgilendirdiği için böyle bir karıştırılma tehlikesi bulunmamaktadır.

²⁰ Bkz. OLG Düsseldorf Yüksek Mahkemesi 23.01.2007 tarihli “Beta Layout” kararı

²¹ Bkz. Avrupa Adalet Divanı 17.05.2001 tarihli kararı, GRUR 2001, 1061, 1063.

²² Aynı yöndeki görüş için bkz. OLG Karlsruhe Yüksek Mahkemesi 26.09.2007 tarihli kararı; eleştirisi için bkz. *Ullmann Eike, Wer sucht, der findet - Kennzeichenverletzung im Internet*, s. 633, 638; karşıt görüş için bkz. OLG Köln Yüksek Mahkemesi 08.06.2004 tarihli kararı, *Illmer*, WRP 2007, 399, 405.

C. Marka Hakkının İhlali

Bir işaretin reklamın yayınlanma yerinin belirlenmesi sürecinde anahtar kelime olarak kullanılması, o işaretin markasal kullanımına karar vermek için yeterli değildir. Esas olan, yayınlanması başkasına ait markanın aranmasına bağlanan reklam metninin, yöneldiği çevre tarafından nasıl anlaşıldığıdır. Bu reklamın yöneldiği ticari kesim, müşteri çevresi, reklam ile kullanılan işaret arasında bir bağ olduğunu düşünüyorsa, işaretin markasal nitelikte kullanımının şartları gerçekleşmiştir. İşaretin kullanımında önemli olan reklam yapanın işareti asli fonksiyonunda, (reklamı yapılan mal ve hizmet ile marka sahibi arasında bir bağ kurulması) kullanıp kullanmadığıdır. Diğer bir belirleyici nokta ise, reklam yapanın davranışının markanın bu esas fonksiyonunu zedeleyerek, tüketici nezdinde marka ile temsil ettiği mal ve hizmetlerin yanlış algılanmasına, tüketicinin yanıltılmasına neden olup olmadığıdır.²³

Adwords reklam sisteminde aranan ibarenin kullanılmadığı bir reklamın Google'ın reklam için ayırdığı bölümde yayınlanmasında, işaretin markasal kullanımından bahsetmek, böylesi bir kullanımın şartlarını yeterince değerlendirmemek anlamına gelecektir. İnternet kullanıcısı görüntülenen reklamı aradığı markadan tamamen farklı, üçüncü bir firmaya ait reklam olarak algılayacaktır. Google arama sonucu kullanıcıya sunduğu ekranda bilgilendirme ve reklam olmak üzere iki platform oluşturmuştur. Reklam platformunda yayınlanacak reklamlar ile aranan ibare arasında bir bağ bulunmamaktadır. Markanın temsil ettiği mal ve hizmetler ile reklamı yapılan mal ve hizmetlerin ekonomik anlamda aynı veya benzer ürünler olmaları markasal kullanımın varlığına bir karine oluşturmamaktadır. Ancak, başkasına ait markanın bulunduğu internet adresinde, o markanın temsil ettiği ürünlerin benzeri veya aynısı ürünler kullanıcıya sunuluyor ise marka hakkının ihlali mevcuttur.

OLG Braunschweig Yüksek Mahkemesi'nin gerekçesinde ortaya koyduğu, markanın sahip olduğu kılavuz fonksiyonundan yararlanmanın markasal kullanım anlamına geleceği görüşüne katılmak mümkün değildir. Yüksek Mahkeme'nin görüşüne göre, markanın anahtar kelime olarak kullanılması, onun gücünden ve sahip olduğu talep

²³ Ullmann Eike, *Wer sucht, der findet - Kennzeichenverletzung im Internet*, s. 633, 638.

potansiyelinin somut görünümü olan kılavuz fonksiyonundan yararlanarak, markanın temsil ettiği ürünlere olan talebin reklamı yapılan ürünlere yönelteceği anlamına gelecektir. Ancak markanın adwords reklam sistemindeki rolü, onun bu gücünden haksız olarak yararlandığı sonucunu vermez. Çünkü markanın asli fonksiyonu olan ayırt edicilik özelliğinden bu reklam şeklinde yararlanılmamaktadır. Yapılan reklamda, yöneldiği müşteri çevresinde bir yanlış anlamaya neden olacak, markayla veya marka sahibi firmayla ilgili ibareler yer almadığı müddetçe markanın sadece kılavuz fonksiyonundan hukuka uygun şekilde yararlanılmaktadır.²⁴ Böylesi bir kullanım ise yazılı medyada yıllardır başvurulan bir reklamcılık tekniğidir.

D. Haksız Rekabet

Google ve benzeri arama motorları, arama yapılan kelime üzerinden bu kelimeyle bağlantılı internet sayfalarını ekrana getirirler. İnternet kullanıcısı bir sektöre ait bir markayı ararken, ilgili sektörden başka firmalara ait ibarelerle de karşılaşacağını öngörür ve farklı alternatiflerin sunulduğu bu ortamda kendi menfaatine uygun bir sayfaya girip, oradaki şartları değerlendirdikten sonra ticari bir faaliyete karar verir. Google herhangi bir ticari faaliyetin gerçekleştiği bir platform değildir. Böyle bir işlemin gerçekleşeceği sitelere yönlendirmenin yapıldığı ara durak hüviyetindedir. Müşteri arama sonucu önüne çıkan sayfada, hangi linkin hangi firmanın internet sayfasına bağlantı sağladığını anlayabiliyorsa, yanlış yönlendirme yoktur. Arama yapan kişi satın alma kararını ancak ilgili firmanın internet sitesini inceledikten sonra verebilecektir. Yapılan açıklamalar sonucunda anlaşılacağı üzere internet kullanıcısının sadece adwords reklam sisteminden kaynaklanan yanıltılması, aldatılması gibi bir iddia, ortalama kullanıcının ve reklam sisteminin özellikleri göz önüne alındığında biraz abartılı durmaktadır. Adwords reklam sisteminde böylesi yanıltıcı bir ortamın bulunmadığı gerçeğinin üstüne bir de bu platformda ticari kararların verilmeyip sadece yönlendirmenin yapıldığını düşündüğümüzde, kullanıcının ya-

²⁴ *Schaefer Matthias*, *Kennzeichenrechtliche Haftung von Suchmaschinen für AdWords Rechtsprechungsüberblick und kritische Analyse*, s. 807. Bu reklam formunda markanın kaynak gösterme fonksiyonu değil reklam fonksiyonunun ihlalden söz edilebilir. Bu durum da marka hakkından kaynaklanan koruma kapsamına girmemektedir.

nıltılarak istemediği bir ticari faaliyete sürüklendiği iddiası daha da abartılı durmaktadır. Bu şartlar altında başkasına ait markayı adwords reklam sisteminde kullanarak, marka sahibi firmanın piyasadaki itibarından istifade edip haksız rekabete neden olduğu sonucuna ulaşmak mümkün değildir.

IV. Değerlendirme

Çok yönlü bir konu olan adwords reklam sisteminde marka kullanımının hukuki niteliğinin incelenmesi, tartışmanın taraflarının iyi analiz edilmesini gerektirmektedir.

A. Genel

Milyarlarca sitenin bulunduğu internet ortamında arama motorları olmadan verimli ve etkin bir çalışma gerçekleştirmek mümkün değildir. Arama motorları bu hayati hizmeti ücretsiz olarak vermektedirler. Bu hizmette en büyük faydayı muhakkak hiçbir ücret ödemeden kullanıcılar tarafından rahatça aranıp bulunma lüksüne kavuşan marka sahibi firma görmektedir. Kâr amacıyla çalışan ticari şirketler olan arama motorlarının en büyük gelir kalemi ise reklamlardır. Reklamcılıkta ise (reklamın içeriğinin yanı sıra) önemli olan, en etkin ve en çok fark edilebileceğin yerde reklamın yayınlanmasıdır. Sektörle ilgili genel bilgilendirmelerin yapıldığı, rakip firmaların da hazır bulunduğu ortamlar konuyla ilgili bakışların yönelmesi açısından en ideal reklam ortamlarıdır. Yazılı medyada da sıkça karşılaştığımız bir reklamcılık metodudur. Otomotiv sektöründeki bir yeniliğe ilişkin haberin yanında bir otomobil firmasına ait reklamın yayınlanması veya başka bir firmaya ilişkin haber niteliğindeki yazının yanında yer alan rakip firmanın reklamı, görmeye alışkın olduğumuz ve hukuka aykırı bir niteliği de bulunmayan reklam uygulamalarıdır. Yazılı medya da aynı şekilde bir markayı haber yaparken o firmadan bir ücret almamakta, o markanın kılavuz fonksiyonundan yararlanarak başka markalara reklam pazarlaması yapmaktadır. Bir şekilde medyadaki reklam pazarlaması da bu mantık üzerinden çalışmaktadır. Hiçbir firma sahibi, kimsenin ilgilenmediği veya ilgilenenlerinde müşteri portföyüne girmeyen kişilerin oluşturduğu bir ortamda reklamını yayınlamak istemez. Burada hukuka uygunluğun sınırı, bu ortamlardan yararlanan

kullanıcının reklam ile haber veya hizmet niteliğindeki gösterimleri birbirinden ayırt edebilmesidir. Reklam veren firma belirlediği reklam içeriğiyle reklamın hitap ettiği çevrede yanılmalara neden olmamalıdır. Bu, reklamda diğer firmanın markasını veya sair tanıtıcı işaretlerini kullanmak şeklinde olabilir. Reklam ortamını sağlayan²⁵ da kullanıcının yanılmasına neden olmayacak netlikte, reklam ile sunduğu hizmeti birbirinden ayırmalıdır.

B. Kullanıcı Profili

Google'ın aranacak kelime bölümüne bir markayı yazan çoğu internet kullanıcısı çıkan sonuçların sadece markanın resmi internet siteleri olmadığını bilincindedir. Zaten çıkan sonuçların niceliği de böyle bir sonuca varmayı, her akliselim kullanıcı için zorunlu hale getirmektedir. Bu gerçeğin yanında yine birçok kullanıcı da arama kutusuna bir marka yazarken o markanın bağlantılı olduğu aynı veya farklı sektörlerdeki diğer internet siteleri ile karşılaşma ümidiyle arama motorunu kullanmaktadır.²⁶ Sonuç olarak günümüz internet kullanıcısı istesin ya da istemesin Google'da bir marka araması yaptığında, sadece bu markanın arkasındaki firmanın resmi internet siteleri ile değil, belki de sayıları milyonları²⁷ bulan sair ilgili sitelerle karşılaşacağını öngörmektedir. Bu bilinç içerisindeki kullanıcının, karşısına çıkan ekranın sağında yer alan reklam bölümündeki bağlantı linklerini, aradığı markanın sahibi veya ticari bağı bulunan firmalara ait olduğunu düşünmesi beklenemez. Nasıl ki bütün arama sonuçlarının aranan markayla ticari bir bağı bulunmadığı öngörüsüne bugün nerdeyse bütün Google

²⁵ Bu klasik medyanın aktörlerinden gazete, dergi, TV kanalı olabileceği gibi, konumuz kapsamında arama motorları, fiyat karşılaştırma hizmeti sunan sair internet siteleri de olabilir.

²⁶ Arama motorunda arama yapan internet kullanıcısı, yaptığı aramanın sonucunda ne türlü sonuçlarla karşılaşacağına dair net bir bilgiye sahip değildir. Kullanıcı ulaşmak istediği internet sayfasıyla bağlantılı gördüğü kelimeleri arayarak amaçladığı sayfayı bulmayı düşünebilir. Aranan internet sayfasının net olarak tespiti, ancak arama sonrası ortaya çıkan sonuçlardan yapılacak seçimle mümkündür. Ortalama internet kullanıcısı arama sonucu ekranda karşısına çıkan görüntüye zaten şüpheyle yaklaşmakta ve hedeflediği bağlantı linkini bu sonuçlar arasında bulmayı ummaktadır. Bu yapıdaki bir kullanıcının arama sonuçlarından ayrı duran reklam linklerini aradığı markayla bağlantılı olduğu zannına kapılacağı düşüncesi, çok zorlama bir önyargıdan ibarettir.

²⁷ 17.06.2008 tarihi itibarıyla Google'da "ford" markası arandığında 380 Milyon arama sonucu çıkmıştır.

kullanıcıları sahipse, aynı şekilde ekranda arama sonuçlarından ayrı şekilde sunulan adwords reklam uygulamalarının da bu markayla ticari bir bağı bulunmadığı bilgisine ortalama bir kullanıcının sahip olması, beklenebilir bir sonuç olacaktır.

Bu değerlendirme kapsamında kullanıcının bu bölümdeki bağlantı linklerinin ve sair ibarelerin reklam oluşunu bilmesinden daha önemlisi, kullanıcının bu reklam linklerinin markayla ticari bir ilişkisinin olmadığını anlayıp anlayamamasıdır. Arama sonucu çıkan görüntüye bir bütün olarak baktığımızda, kullanıcı bu ekrandaki görüntünün aradığı markanın resmi internet sitesi olmadığını farkındadır. Görüntünün arama motorunun verdiği bir hizmet kapsamında oluştuğunu ve yine bu hizmetin bir parçası olarak markayla ilişkili²⁸ sair linklerin de, gerek arama sonucu olarak gerekse de reklam olarak, bu ekranda yer aldığını günümüz ortalama internet kullanıcısı bilmektedir. Reklam niteliğindeki linklerin ekranın sağında belli bir boşluk ve çizgi ile ayrılan “*sponsor bağlantı*” başlığı ile kullanıcıya sunulduğu göz önüne alındığında, ortalama kullanıcının bu linklerin reklam niteliğinde olup, aranan markayla ticari bir bağının bulunmadığını anlamaları şaşırtıcı olmayacaktır.

Sonuç olarak ortalama internet kullanıcısının Google tarafından adwords reklam uygulaması kapsamında sunulan linklerin reklam niteliğinde olduğunu anlaması, olağan bir sonuç olarak değerlendirilebilir. Bu sonucun ötesinde bu reklam linklerinin aradığı markayla ticari bir bağı bulunmadığı bilgisine sahip olması, onun ortalama internet kullanıcısı olmasının zorunlu sonucudur. Aksi bir düşünce internetteki bütün bağlantı linklerini hukuken tartışmalı bir hale getirir.

C. Google

Arama motorları bugün internet dünyasında adeta deniz feneri gibi çalışmaya başlamışlardır. Onların yönlendirmeleri olmaksızın sanal ortamda hareket etmek, deneme yanılma yoluyla atılacak birkaç adımdan ibaret kalacaktır. Google tartışmasız bu denizdeki en büyük deniz feneridir ve yolunu arayan büyük çoğunluğun ilk başvurduğu kaynaktır. Google bu hizmetini bilgisayar dünyası için çok basit sayılabilecek bir şekilde sunmaktadır. Kullanıcı bir kelime yazmakta ve kar-

²⁸ İlişki kavramının sanal ortamın şartları altında geniş yorumlanması gerekir.

şısına o kelimenin geçtiği binlerce sayfa açılmaktadır. Bugün itibariyle Google verdiği hizmette herhangi bir sınırlandırma yapmamaktadır, ücret ödeyenlere daha detaylı sonuçlar ya da çıkan sonuçların belli kriterlere göre sınıflandırılması gibi. Sadece arama sonrası çıkacak sonuçlar popülaritelerine²⁹ göre sıralanmaktadır. Her yeni hizmeti haber programlarına konu olan Google'ın bu hizmet şekli kullanıcılar için sıradışıdır. Arama yapan her ortalama internet kullanıcısı ne tür bir hizmet aldığını ve nasıl bir sonuçla karşılaşacağını bilir. Google kimseye sadece aradığı kelimeyle ticari bağı bulunan internet sitelerinin veya sadece web adresinde o kelimenin kullanıldığı sitelerin arama sonucu olarak sunulacağını vaad etmiyor. Google aranan kelimeyi sayfalarında kullanan internet sitelerini, ticari ilişkisinin olup olmadığına, varsa da bu ilişkinin şekline ilişkin bir araştırma yapmaksızın arama sonucu olarak sunar. Ortalama internet kullanıcısı da bu durumun bilinci içerisinde arama sonuçlarından işine yarayan bağlantı linklerine tıklayarak yoluna devam eder.

Ne kullanıcı ne de arama sonucu bulunan internet sitesi sahiplerinin bir ücret ödemediği bu hizmeti Google ağırlıklı olarak reklam gelirleriyle finanse etmektedir. Farklı reklam uygulamalarının yanı sıra kullandığı adwords reklam sisteminde reklamlar, arama sonuçlarının yanında yayınlanmaktadır. Reklam için ayrılan kısım ile arama sonuçları arasında boş bir bölüm ve bir çizgi bulunmaktadır. Kullanıcıların bu kısımdaki linklerin reklam niteliğinde olduğunu anlayıp anlamamaları üzerine, farklı ülkelerde yapılmış birçok anket bulunmaktadır. Fakat ortada net bir tavır geliştirilmesini sağlayacak çoğunluk iki tarafta da bulunmamaktadır³⁰. Sanal ortamdaki ulaşım kolaylığı ve aynı sayfada birden fazla hizmeti verme zorunluluğu göz önüne alındığında bu bulanıklığın önüne geçmenin zorluğu anlaşılacaktır. Google yine de reklam alanının sınırlarını netleştirmek ve reklamlarda farklı yazı karakteri kullanmak gibi önlemler ile daha fazla kullanıcının arama sonuçları ile reklamları ayırt etmesini sağlayabilir.

Netice itibariyle arama sonucu herhangi bir ön değerlendirme yapmadığı verileri sunan Google, aynı sayfada reklamlara da yer ve-

²⁹ İnternette popüler olmak eşittir çok tıklanan.

³⁰ Adwords reklam sisteminde, reklam niteliğindeki linklerin arama sonuçlarından ayırt edilemediğini savunanlar da bu iddialarını destekler somut veriler ortaya koyamamışlardır. Google'ın yapacağı istatistikî bir çalışmanın bu konuda yardımcı olacağı kanaatindeyim.

rerek marka hakkı ihlaline ve haksız rekabete neden oluyor mu sorusu, verilen bu hizmetin niteliğinin iyi değerlendirilmesi sonucunda cevaplandırılmalıdır. Bir markanın aranması halinde Google sadece bu markanın resmi internet sitesini veya ticari bağlantısı bulunan firmaların internet sitelerini görüntülemiyor, görüntülemek gibi hukuki bir sorumluluğu da bulunmuyor. Belirlediği kriterleri sağlayan bütün internet sitelerini ki bunların aralarında pekâlâ rakip firmalar, aleyhte bir haberin yer aldığı medya siteleri de bulunabilir, yayınlamaktadır. Bu kapsamda reklam kısmında rakip firmaların reklamlarına yer vermesinin, verdiği hizmetle çelişen, kullanıcıların yanlış yönlendirilmesine neden olabilecek bir yanı yoktur.

D. Anahtar Kelime ve Reklam Metni

Google anahtar kelimelerin belirlenmesine müdahale etmeyip reklam verenin reklamını tetikleyen anahtar kelimeleri ve reklam metnini serbestçe belirlemesine izin vermektedir. Her serbestide olduğu gibi reklam verenin anahtar kelime ve reklam metnini oluştururken yaptığı hak ihlallerinin sorumluluğunu da taşıyacağını, Google ön şart olarak ortaya koymaktadır.³¹ Google şikâyet halinde reklam verenin başkasına ait markayı gelecekte kullanmasını engellemeyi, ticari marka politikasının bir parçası olarak benimsemiştir.³²

Reklam veren reklamını tetikleyecek kelimeleri belirlerken kendisine sunulan dört anahtar kelime belirleme seçeneğini kullanır. *Geniş eşleme* seçeneğinin kullanılması halinde, bir marka anahtar kelime olarak belirlenmese dahi marka kapsamındaki kelimelerden biri anahtar kelime olarak belirlendiyse, marka arandığında da reklam yayınlanır. Bu durum markanın *negatif anahtar kelime* olarak belirlenmesiyle aşılabilir. Diğer bir alternatif de *tam eşleme* seçeneği kullanılarak anahtar kelimenin net bir şekilde belirlenmesidir. Bu sayede sadece seçilen kelimeler arandığında reklam yayınlanır. Başkasına ait markanın

³¹ <http://adwords.google.com/support/bin/answer.py?hl=tr&answer=6118>, "Ayrıca, reklamverenlerle üzerinde anlaştığımız Şartlar ve Koşullar'ımız, reklamverenlerin zihinsel mülkiyet hakkı ihlallerinde bulunmalarını yasaklar ve reklamverenlerin reklam üretmekte kullanmak üzere seçtikleri anahtar kelimelerden ve bu reklamlarda kullanmayı seçtikleri metinlerden sorumlu olduklarını açıkça ortaya koyar."

³² <http://adwords.google.com/support/bin/answer.py?hl=tr&answer=50007>.

aranması halinde reklamın yayınlanmasında hangi anahtar kelime seçeneğinin seçilerek bu sonucun elde edildiğinin fazla önemi yoktur. Seçeneklerin yapısı değerlendirildiğinde bu öngörülebilir bir sonuçtur ve reklam verenin sorumluluğunu etkilemeyecektir.³³

Reklam metni, adwords reklam sisteminde verilen reklamın başkasının marka hakkına tecavüz oluşturmaması için iltibasa neden olmayacak şekilde belirlenmelidir. Bunun içinde özellikle metinde markaya yer verilmemelidir. Markaya yer vermemenin ötesinde kullanılacak sair ibarelerle kullanıcının marka ile reklamı yapılan mal ve hizmetler arasında bağ kurmasına imkân verilmemelidir. Reklam metni, yayımlandığı yer ve anahtar kelime de değerlendirilerek bir bütün olarak incelenmelidir. Reklam metni kullanıcının yanılmasına neden olacak ibareler içeriyorsa, adwords reklam sisteminde marka hakkı ihlali kapsamında değerlendirdiğimiz reklamın yayınlanma zamanı ve yerinin fazla da bir rolü kalmamaktadır. Böyle bir kullanım zaten marka hakkı ihlali ve haksız rekabet anlamına gelecektir.

V. Özet

Reklam veren tarafından adwords reklam sisteminde başkasına ait bir markanın anahtar kelime olarak belirlenmesi halinde, o markanın Google'da aranması sonucu ekranda oluşan görüntünün hukuki değerlendirmesinde konunun üç tarafının iradeleri ve bu iradelerin tezahürü niteliğindeki faaliyetleri iyi analiz edilmelidir.

Reklam veren, firmasının reklamını en etkin şekilde gerçekleştirmek amacıyla, tanınan bir markanın kılavuz fonksiyonundan faydalanmak istemektedir. Reklam verene düşen en önemli sorumluluk, reklam içeriğini belirlerken internet kullanıcısının yanılmasına neden olabilecek ibareleri kullanmaktan kaçınmaktır. Reklamın yayımlandığı ortamın özelliklerinden dolayı en ufak benzerliğin dahi kullanıcıyı yanıltabileceği unutulmamalıdır. Bu nedenle normal şartların üstünde bir hassasiyetle benzerlik taşıyan ibarelerin ele alınması zaruridir.

Google, adwords reklam ortamını kullanıcının yanılmasına mahal vermeyecek şekilde dizayn etmelidir. Kullanıcı psikolojisi iyi tahlil edilerek, onun algılama düzeyine paralel, açık ve net bir şekilde arama sonuçları ile reklam bölümü birbirinden ayrılmalıdır. Mevcut ayırım

³³ Bu sonuç sorumluluğun varlığı kabul edildiği takdirde önem arz edecektir.

çoğu kullanıcı için belirgin olmakla beraber kesin sonuçlar sunan bir araştırmanın yapılması yerinde olacaktır.

Ortalama internet kullanıcısının, Google’da bir marka aradığında ne tür bir beklenti içinde olduğu ve karşısına çıkan görüntüyü ne şekilde algılayacağı, konunun bütün taraflarını bağlayıcı önemi hazirdir. Ortalama kullanıcı öncelikle, arama sonucu karşısına çıkan görüntüdeki bütün sonuçların aradığı markayla ticari bağı bulunmadığı bilgisine sahiptir. Bu bilgi düzeyindeki kullanıcının hangi bağlantı linkine tıkladığında hangi internet sitesine ulaşacağı konusunda net bir kanaate sahip olması da gerekir. Bu netlik reklam veren ve Google’ın yukarıda açıklanan sorumluluklarını yerine getirmesiyle sağlanabilecektir. Ancak ortalama kullanıcının hangi şartlar altında yanıtlanabileceği değerlendirilirken, onun bütün sonuçların markayla ticari bir bağı bulunmadığı önbilgisiyle hareket ettiği unutulmamalıdır. Google’ın sadece aranan kelimelerin resmi internet sitelerini sunmadığı bütün kullanıcıların malûmudur.

Özetle, reklam veren reklam metninde başkasına ait markayı kullanmadan sadece o markanın kılavuz fonksiyonundan yararlanıyorsa, mevcut değerlendirmeler ışığında marka hakkına bir tecavüz yoktur. Ortalama internet kullanıcısı karşısındaki görüntüde hangi işaretin ne anlama geldiğini bilerek, bilinçli bir şekilde kendi çıkarına en uygun siteye yönelip, ticari faaliyetini orda gerçekleştiriyorsa haksız rekabetten de bahsedilemez.

VI. Sonuç

Google’a reklam verirken anahtar kelime olarak başkasına ait bir markanın belirlenmesi, hukuki açıdan riskli olduğu kadar ticari açıdan da kârlı bir yatırımdır. Sunduğunuz mal ve hizmetlerin yöneldiği müşteri çevrelerinin dikkatlerinin yoğunlaştığı ortamlarda gerçekleştirilecek reklamlar, hedefe doğrudan ulaşmak anlamına gelecektir. Bu durumu iyi bilen Google ve benzeri hizmet sağlayıcıların, bu tarz hedefe yönelik reklamcılıktan vazgeçmeyecekleri finansal nedenlerle mümkün olmayacaktır. Ancak hedefteki müşteri kitlesinin ilgisini çeken unsurlar ile yapılan reklamın hukuki açıdan barışık olması da aynı şekilde göz ardı edilemeyecek bir zorunluluktur. İnternet kullanıcısının yanılmasına neden olmadan istediği hizmeti en iyi ve kısa yoldan

elde etmesini sağlamak, konunun değerlendirilmesinde gözetilmesi gereken en önemli esas olacaktır.

KAYNAKLAR

Ali Osman Özdilek, *İnternet ve Hukuk*, Papatya Yayıncılık, 2002.

Annette Kur, *Confusion Over Use? - Die Benutzung „als Marke“ im Lichte der EuGH-Rechtsprechung*, GRURInt 2008, s. 101, 112.

Arslan Kaya, *Marka Hukuku*, Arıkan Yayıncılık 2006.

Eike Ullmann, *Wer sucht, der findet - Kennzeichenverletzung im Internet*, GRUR Heft 8, s. 633, 639.

Hamdi Yasaman, *Marka Hukuku*, Vedat Kitapçılık 2004.

Matthias Schaefer, *Kennzeichenrechtliche Haftung von Suchmaschinen für AdWords Rechtsprechungsüberblick und kritische Analyse*, MMR 2005 Heft 12, s. 807, 810.

VERGİ UYUŞMAZLIKLARINDAN DOĞAN DAVALARIN KURAMSAL NİTELİĞİNİ SAPTAYABİLMEK

Hasan DURSUN*

Vergi uyuşmazlıklarından kaynaklanan davalar genellikle tam yargı davası olarak bilinir. Ancak bu bakış açısı yüzeysel bir bakış açısı olup vergi uyuşmazlıklarından kaynaklanan davaların kuramsal niteliğini doğru bir şekilde ortaya koyamaz. Vergi uyuşmazlıklarından kaynaklanan davaların kuramsal niteliğini doğru bir şekilde ortaya koyabilmek için konunun ayrıntılı bir şekilde incelenmesi ve analiz edilmesi gerekir. Söz konusu inceleme ve analiz sonucu vergi uyuşmazlıklarından kaynaklanan davaların, şaşırtıcı bir şekilde, ağırlıklı olarak iptal davası olduğu ortaya çıkmaktadır.

Vergi¹ uyuşmazlıklarından kaynaklanan davaların kuramsal niteliğini doğru bir şekilde saptayabilmek için her şeyden önce vergi uyuşmazlıklarından kaynaklanan davaların tanımlanması gerekmektedir. Vergi uyuşmazlıklarından doğan davaları tanımlamanın en kestirme yolu; vergi mahkemelerinin görev alanına bakmaktır. Gerçekten de, 6.1.1982 tarih ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemeleri Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un; vergi mahkemelerinin görevleri başlıklı 6. maddesinde, vergi mahkemelerinin; genel bütçeye, il özel idarelerine, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davalara; vergi ve benzerleri ile ilgili olarak 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un uygulanmasına ilişkin davalara ve diğer kanunlarla verilen işlere ba-

* Ankara Ü. S. B. Ens. Kamu Hukuku (İdare Hukuku) doktora öğrencisi.

¹ Burada vergiden kastedilen husus, geniş anlamda vergi olup bunun içerisine dar anlamda vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler girer.

kacağı belirtilmiştir. 2576 sayılı Kanun'un 6. maddesi, 24.2.1988 tarih ve 3410 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önce vergi mahkemeleri kural olarak 6183 sayılı Kanun'un uygulanmasından doğan tüm uyuşmazlıklara bakmakla görevli iken, sözü edilen değişiklikten sonra sadece vergi ve benzerleri ile ilgili olarak 6183 sayılı Kanun'un uygulanmasından doğan uyuşmazlıklara bakmakla görevli kılınmıştır. Vergi mahkemelerinin görev alanını düzenleyen 2576 sayılı Kanun'un 6. maddesi hükmünden, vergi uyuşmazlıklarından kaynaklanan davaların da maddede sayılan davalar olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, 2576 sayılı Kanun'un 6. maddesinde sayılan davalar, dar anlamdaki vergi uyuşmazlıklarından kaynaklanan davalardır. Vergi uyuşmazlıklarından kaynaklanan davalardan sadece dar anlamdaki vergi uyuşmazlıklarından doğan davalar anlaşılabilir, bu yüzden geniş anlamdaki vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların saptanması zorunlu bulunmaktadır.

Geniş anlamda vergi uyuşmazlıklarından doğan davaları; 2576 sayılı Kanun'un 6. maddesinde sayılanlar yanında, bir vergi kanununun Anayasa'ya aykırı olduğu savıyla Anayasa Mahkemesi'ne açılan iptal davaları ile vergiyle ilgili bir kanunun Anayasa'ya aykırı olduğu savıyla mahkemeler tarafından somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne gönderilen davalar;² vergiyle ilgili tüzük, yönetmelik, genel tebliğ gibi düzenleyici işlemlerin kanuna aykırı olduğu savıyla Danıştay'da açılan iptal davaları da oluşturur. Geniş anlamdaki vergi uyuşmazlıklarından doğan davaları, bunların yanında, özel durum olarak nitelendirilebilecek; takdir komisyonu kararlarına karşı açılan davalar, vergi ve cezadaki hataların şikayet yoluyla düzeltilmesi isteminin reddi üzerine açılan davalar, uzlaşma komisyonlarının uzlaşma başvurusunu yetkisizlik veya süre aşımı nedeniyle reddetmesi üzerine açılan davalar ile uzlaşmanın olmaması ya da sağlanamaması üzerine açılan davalar da oluşturur.³

Bu çalışmada öncelikle medeni yargılama hukukundaki geleneksel dava türleri incelenecek, daha sonra ise idari uyuşmazlık ve dava

² Uygulamada gerek iptal davası yoluyla gerekse somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilen davalarda yaygın olarak Anayasa'nın kanun önünde eşitlik başlıklı 10. maddesi ile vergi ödevi başlıklı 73. maddesine aykırılık olduğu savında bulunmaktadır.

³ Vergi davalarını oluşturan özel durumlar hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. Ağar, *Vergi Davalarının Hukuki Niteliği*, s. 274-279.

türleri ile yargının çeşitli açılardan sınıflandırılması üzerinde durulacaktır. Öncelikle geleneksel dava türlerinin incelenmesinin nedeni, davaların klasik ve tipik şeklinin medeni yargılama hukukundaki ilkelere dayalı olması ve kimi ülkelerde vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların medeni yargılama hukukunda düzenlenen dava türleri içerisinde yer almış olmasıdır. İdari uyuşmazlık ve dava türleri ile yargının çeşitli açılardan sınıflandırılmasının incelenmesinin nedenini ise vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların niteliğinin etkin bir şekilde kavranması, Fransa ve Türkiye’de vergi yargısının idari yargı düzeni içerisinde yer alması nedeniyle vergi uyuşmazlıklarından davaların idari dava türleri içerisinde yerleştirilmesi gereğidir. Çalışmanın daha sonraki kısmında, karşılaştırmalı hukukta vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların konumu saptanılacaktır. Çalışmanın sonunda ise vergi uyuşmazlıklarından kaynaklanan davaların öğretilde hangi dava türüne girdiği konusunda ileri sürülen görüşlere yer verilecek ve Danıştay uygulamalarında vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların nasıl bir nitelendirmeye tabi tutulduğu üzerinde durulacaktır.

I. MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA DAVA TÜRLERİ

Medeni yargılama hukukunda dava türleri çeşitli ölçütler bakımından sınıflandırılmaktadır. Bu hukuk dalında çoklukla davalar, mahkemeden istenen hukuki korunmaya göre sınıflandırılmaktadır. Mahkemeden istenen hukuki korunmaya göre üç türlü dava bulunmaktadır. Bunları; eda davası, tespit davası ve inşai dava (yenilik doğuran dava) olarak ifade etmek olanaklıdır.⁴

Eda davasında; davacı, davalının bir iş yapmaya, bir şey vermeye veya bir işi yapmamaya mahkum edilmesini ister. Bir başka deyişle eda davalarında, belirli bir hakkın veya hukuki ilişkin saptanması ve bu hak veya hukuki ilişkin özünü oluşturan edimin elde edilmesi için davalıya bir emir verilmesi istenir. Örneğin satış bedelinin ödenmesi açılan dava eda davası niteliğindedir.⁵

Tespit davaları; bir hukuki ilişkinin var olup olmadığının ya da kapsamının veya bir belgenin gerçek veya sahte olup olmadığının

⁴ Bkz. Kuru, Arslan, Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 1986, s. 187.

⁵ Eda davası hakkında fazla bilgi için bkz. Kuru, Arslan, Yılmaz, *a. g. e.*, s. 182, 187, 188.

saptanmasına ilişkin davalardır. Örneğin kira bedelini veya taraflar arasındaki rekabet yasağının neleri kapsayıp kapsamadığını saptamak üzere açılan davalar, tespit davalarının somut örneklerini oluşturmaktadır.⁶

Medeni usul hukukunda son bir dava türü olan inşai dava ile de, davacı, var olan bir hukuki durumun değiştirilmesini veya kaldırılmasını veya yeni bir hukuki durumun yaratılmasını ister. Bu yüzden inşai davalara yenilik doğuran davalar da denilmektedir. Kural olarak inşai hak sahibinin bu hakkını tek taraflı olarak kullanılmasıyla hukuki sonuç kendiliğinden doğar; bir başka deyişle, hukuki sonucun doğabilmesi için karşı tarafın kabulüne veya mahkeme kararına gerek yoktur. Örneğin, bir sözleşme bir tarafın fesih iradesini kullanmasıyla kendiliğinden sona erer, sözleşmenin fesih edilmiş sayılabilmesi için bir mahkeme hükmüne veya karşı tarafın kabulüne gereksinim yoktur. Buna karşın, bazı inşai hallerde hak sahibinin bu hakkını tek taraflı olarak kullanılmasıyla hukuki sonuç kendiliğinden doğmaz. Bu tür inşai haklar iki türlüdür. Birinci tür inşai haklarda; hukuki sonucun doğabilmesi için iki tarafın anlaşması gereklidir. Örneğin bir cezai şartın kaldırılması veya indirilmesi için iki tarafın anlaşma yapması gerekmektedir. Eğer taraflar anlaşmazlarsa hukuki sonucun doğabilmesi için inşai hak sahibinin mahkemeye başvurması gerekir. İkinci tür inşai haklarda ise hukuki sonucun doğabilmesi için bir mahkeme hükmüne gereksinim vardır. Bu tür inşai haklarda taraflar anlaşsa bile kendiliğinden yeni bir hukuki durum yaratmazlar. Hukuki durumun yaratılabilmesi için bunun mutlaka mahkemeden dava yolu ile istenmesi ve mahkemenin kararına gereksinim bulunmaktadır. Örneğin boşanma veya evliliğin butlanı için açılan davalar bu tür inşai davaların somut örnekleridir.⁷

II. İDARİ UYUŞMAZLIK VE DAVA TÜRLERİ

Bu kısımda idari uyuşmazlık ve dava türleri ile idari dava türlerini oluşturan iptal ve tam yargı davaları arasındaki farklar incelenecektir.

⁶ Tespit Davaları hakkında fazla bilgi için bkz. Kuru, *Tespit Davaları*, 1963, s. 15-67.

⁷ Fazla bilgi için bkz. Kuru, Arslan, Yılmaz, *a. g. e.*, s. 183, 192-194.

1. İdari Uyuşmazlık

Genel olarak uyuşmazlık; bir hukuki ilişkide, ilişkinin taraflarından birisinin, ilişkinin öteki tarafının hukuk kurallarına aykırı davranışını ve böylece hakkını ihlal ettiğini ileri sürmesiyle ortaya çıkan bir sürtüşme ya da çekişmeyi ifade eder.⁸ Bazı durumlarda ise ilişkinin iki tarafı da kendi açılarından kendilerini haklı görebilir; bir başka deyişle, nesnel hukukun tanıdığı hakkın kendilerine ait olduğunu sanarak sürtüşme ve çekişme içerisine düşebilirler. Sürtüşme ve çekişme olduğu zaman ise günümüzde kendi kendine hak alma kuralı olarak⁹ suç sayıldığı için taraflardan birinin devlete (yargı mercilerine ve icra dairelerine) başvurarak haklı ya da haksız devlet belirlenmesini ve haklı olanın hakkının tanınması ve yerine getirilmesi için mahkemeye başvurması, yani dava açması gerekir. Dava; bir başkası (davalı) tarafından öznel hakkı ihlal edilen veya tehlikeye konulan veya kendisinden haksız bir talepte bulunulan kimsenin (davacının) mahkemedeki hukuki koruma istemesine denilir.¹⁰

İdari uyuşmazlık ise, idarenin yapmış olduğu bir işlem ya da eylemin hukuk kurallarına aykırı olduğunun iddia edilmesi sonucu, böyle bir iddiada bulunan ile İdare arasında ortaya çıkan sürtüşme ya da çekişmedir. İdari dava da, ortaya çıkan böyle bir idari uyuşmazlığın çözümlenmesi için, İdarenin yapmış olduğu bir işlem ya da eylemin hukuka aykırılığını ileri süren kimsenin devletten (kural olarak idari yargı merciinden) hukuki koruma istemesidir.¹¹

Her idari dava bir idari uyuşmazlığı içerir. Ancak her idari uyuşmazlığın mutlaka bir idari davaya yol açması gerekmez. Bir idari uyuşmazlığın dava biçimine dönüşebilmesi için onun belli bir süre içerisinde ve belirli usuller izlenerek yargı merci önüne getirilmesi ve yargı merciinden hukuki koruma istenmesi gerekmektedir.¹²

⁸ Günday, *İdare Hukuku*, 2003, s. 271.

⁹ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kendi kendine hak almanın müstakil olarak cezai bir yaptırıma tabi tutulmaması kendi kendine hak almanın kural olarak yasak olduğu ilkesini zedelemeyiz. 5237 sayılı Kanun'da; hırsızlık, yağma ve dolandırıcılık ve belgede sahtecilik suçlarının kendi kendine hak almaya dayanması halinde verilecek cezanın indirileceği belirtilmiş, diğer suçlarda ise böyle bir indirim kabul edilmemiştir. Konu hakkında fazla bilgi için bkz. Hakeri, *Sorularla Ceza Hukuku*, 2005, s. 222, 223.

¹⁰ Fazla bilgi için Bkz. Kuru, Aslan, Yılmaz, *a. g. e.*, s. 14, 146 vd.

¹¹ Günday, *a. g. e.*, s. 271.

¹² Günday, *a. g. e.*, s. 271.

2. İdari Dava Türleri

6.1.1982 tarih ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu yürürlüğe girmen- den önce yürürlükte bulunan 521 sayılı Danıştay Kanunu'nda idari davalar; iptal davaları, tam yargı davaları, idari sözleşmelerden doğan davalar, yorum davaları ve temyiz davaları olmak üzere toplam beş tür olarak kabul edilmekteydi. Halbuki 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasında idari davalar; iptal davaları, tam yargı davaları ve idari sözleşmelerden doğan davalar olmak üzere toplam üç tür olarak kabul edilmiştir. 2577 sayılı Kanun'la yorum davası kaldırılmış, temyiz davası ise temyiz başvurusu yoluna dönüştürülmüştür. Gerçi her ne kadar 2577 sayılı Kanunu'nda idari davalar üç tür olarak kabul edilse de, kanımızca da toplam iki tür idari dava bulunmaktadır. Bunlar; iptal davası ile tam yargı davasıdır. 2577 sayılı Kanun'da idari sözleşmelerden doğan davalar ayrı bir idari dava kategori olarak düzenlense de idari sözleşmeden doğan davaları, Günday'ın isabetli olarak belirttiği üzere kimi durumlarda iptal davası kimi durumlarda ise tam yargı davası olarak saymak olanaklıdır.

Daha somut bir deyişle, Günday, bir idari sözleşmede, idarenin sözleşmeden ayrılabilen tek yanlı işlemlerine karşı açılacak davaların iptal davası, sözleşmenin mali hükümlerinin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklara karşı açılan davaların ise tam yargı davası olduğunu ileri sürmektedir.¹³

Hukukumuzda idari dava türlerinin iptal ve tam yargı davası olduğunu belirttikten sonra bu dava türlerinin dışında "vergi davası" şeklinde bir idari davanın olup olmadığı sorusu haklı olarak sorulabilir. Gerçekten de, 6.1.1982 tarih ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemeleri Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 13. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde; diğer kanunlarda geçen vergi ihtilafı deyiminin vergi davası anlamını taşıdığı ifade edilmesi ve 6.1.1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda kimi durumlarda sadece vergi davasından bahsedilmesi (örneğin 3. maddenin 1. fıkrasının (e) bendinde), kimi durumlarda ise iptal ve tam yargı davalarından bahsedildikten sonra ayrıca

¹³ Bkz. Günday, *a. g. e.*, s. 275. Bununla birlikte Gözübüyük ve Tan, idari sözleşmelerden doğan tüm davaları, kanımızca isabetsiz olarak, tam yargı davası olarak kabul etmektedirler. Bkz. Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku Cilt 2 İdari Yargılama Hukuku*, 1999, s. 614.

bir de vergi davalarından bahsedilmesi (örneğin 17. maddenin 1. fıkrasında) zihinleri karıştırmaktadır.

Burada şu hususu hemen belirtelim ki, “*vergi uyuşmazlıklarından kaynaklanan dava*” şeklinde ayrı bir idari dava türü bulunmamaktadır. Çünkü idari dava türlerini sayan 2577 sayılı Kanun’un 2. maddesinde vergi uyuşmazlıklarından kaynaklanan dava şeklinde ayrı bir idari dava türü öngörülmemektedir. Diğer yandan, 2576 ve 2577 sayılı kanunlarda sanki ayrı bir idari dava türü gibi “*vergi davasından*” bahsedilmesini ise kanun koyucunun özensizliği ve dikkatsizliği olarak kabul etmek gerekir.¹⁴

Vergiye ilişkin uyuşmazlıklardan doğan davalar; kimi durumlarda iptal davası, kimi durumlarda ise tam yargı davası olarak kabul edilmelidir. Bununla birlikte, vergiye ilişkin uyuşmazlıklardan doğan davaların hangi durumlarda iptal davası, hangi durumlarda ise tam yargı davası oluşturacağına aşağıda kuramsal inceleme kısmında ayrıntılı olarak deyinileceğinden burada üzerinde durulmayacaktır. Bu açıklamalardan sonra ilk olarak, idari dava türlerini oluşturan iptal ve tam yargı davaları üzerinde durulacaktır.

1. İptal Davaları

İptal davaları, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, idari işlemler hakkında yetki, şekil, konu, sebep ve amaç yönlerinden birisi ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için açılan davalar iptal davalarıdır.

İptal davasının amacı, İdarenin hukuka ve kanuna aykırı işlemlerini ortadan kaldırmak suretiyle, onun hukuka bağlılığını sağlamak ve böylece hukuk düzenini sağlamaktır. İptal davalarında davacının rolü, İdarenin işleminin hukuka ve kanuna aykırı olup olmadığının incelenmesi ve bir aykırılık saptandığı takdirde işlemi geçmişe etkili olarak iptal etmesi için idari yargı merciini harekete geçirmekten ibarettir.¹⁵

İptal davaları, bir ölçüde medeni yargılama hukukundaki tespit davalarına benzer. Gerçekten iptal davasında da yargı yeri, dava ko-

¹⁴ Karş. Turmangil, *Vergi Davasının Hukuki Niteliği*, s. 155.

¹⁵ Azrak, *İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler*, s. 146.

nusu yapılan idari işlemin hukuka uygunluğunu denetlemekte ve bu denetimi sonunda işlemin hukuka uygun olup olmadığı yönünde bir saptama yapmaktadır. Daha somut bir deyişle, iptal davalarında da tespit unsuru bulunmaktadır. Ancak yargı yeri denetlediği işlemin hukuka aykırı olduğunu saptadığında salt bu saptama ile yetinmemekte, bu saptamadan sonra hukuka uygunluk karinesinden yararlanarak etki ve sonuçlarını o zamana kadar doğurmuş; bir başka deyişle ilgilisi hakkında bir hukuksal durum yaratmış bir işlemi yapıldığı tarihten itibaren hükümsüz kılmaktadır.¹⁶

Hukuka ve kanuna aykırı idari işlemin geçmişe etkili olarak iptal edilmesi özelliğini göz önünde tutarak Azrak; haklı olarak, iptal davasının özel hukukta benzerine rastlanmayan, tümüyle idare hukukuna özgü bir dava tipi olduğunu ifade etmektedir.¹⁷

Buna karşın Önen, iptal davasının amacının hukuka aykırı bir idari işlem veya kararın kaldırılması veya değiştirilmesini sağlamak olduğu, bu karakteriyle iptal davası ve dava sonunda verilen iptal kararının bir inşai karar olduğunu ifade etmektedir.¹⁸

Kanımızca, Önen'in fikrinde bir isabet bulunmamaktadır. Gerçekten de, Özyörük'ün haklı olarak belirttiği üzere, idare hukukunda inşai dava şeklinde bir dava türünden bahsedilemez. Çünkü idare hukukunda hukuki durum ve ilişki yaratmak aktif İdareye düştüğünden idare mahkemesi, idare adına hareket etmeye kuvvetler ayrımı ilkesi dolayısıyla yetkili değildir. Yazara göre, idare mahkemesi, iptal kararı yoluyla idareyi ancak dolaylı olarak bir işlem yapmaya mecbur bırakır.¹⁹

2. Tam Yargı Davaları

Tam yargı davaları, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar (ihlale uğrayanlar) tarafından açılan davalar, tam yargı davalarıdır.

Tam yargı davaları, medeni yargılama hukukundaki edim davala-

¹⁶ Günday, *a. g. e.*, s. 272.

¹⁷ Azrak, *a.g.m.* s. 146.

¹⁸ Önen, *İnşai Dava*, 1981, s. 161.

¹⁹ Özyörük, *İdare Hukuku ve İdari Yargı Ders Notları* (Kısaltılmış; Ders Notları), 1975, s. 460.

rına benzemektedir. Çünkü tam yargı davalarında da, tıpkı edim davalarında olduğu gibi, bir idari işlem ya da eylem ile ihlal edilmiş olan bir hakkın korunması ve bu hakkın özünü oluşturan edimin yerine getirilmesini sağlamak için dava açılmaktadır.²⁰

İdari işlem ve eylemlerden dolayı kişisel hakları ihlal edilenler tarafından açılan tam yargı davaları temel olarak üç türdür. Bunlar;

a. Tazminat Davaları

Tam yargı davalarının en sık karşılaşılan türü olan tazminat davaları, idarenin işlem ya da eylemleri nedeniyle uğranılan zararların giderilmesi için açılan davalardır. Bir başka deyişle tazminat davaları, idarenin mali sorumluluğuna dayanan davaları ifade etmek için kullanılır.²¹ Örneğin, idarenin hayvanlara uyguladığı aşı sonunda hayvanların ölmesi hâlinde doğan zararın giderilmesi için açılan dava tam yargı davasıdır.²²

b. İstirdat (Geri Alma) Davaları

İstirdat davaları, haklı bir neden olmaksızın İdarenin malvarlığına geçmiş olan bir mal ya da paranın geri alınması için açılan davalardır. Örneğin yapılan bir vergi hatası sonucu fazladan alınan bir verginin geri alınması için açılan dava bir istirdat davasıdır.²³

c. İdari Sözleşmelerden Doğan Davalar

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde ifade edilen "*Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan anlaşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar*" gerek öğretide ve gerek İYUK'nun 36. maddesinde ayrı bir dava türü olarak değil, fakat tam yargı davalarının bir türü olarak kabul edilmektedir.²⁴

²⁰ Günday, *a. g. e.*, s. 274.

²¹ *A. g. e.*

²² Gözübüyük ve Tan, *a. g. e.*, s. 612.

²³ Günday, *a. g. e.*, s. 275.

²⁴ *A. g. e.*

Ancak, idari sözleşmelerden doğan her türlü uyuşmazlıklara ilişkin davaları yukarıda da anlatıldığı üzere tam yargı davası olarak nitelendirmek olanaksızdır. Gerçekten de, bir idari sözleşmeye ilişkin olmakla beraber, idarenin sözleşmeden ayrılabilen tek yanlı işlemleri iptal davasına konu yapılabilir. Buna karşılık sözleşmenin mali hükümlerinin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklara ilişkin davaların tam yargı davası olduğundan ise kuşku duyulmamaktadır.²⁵ İdari sözleşmelerden doğan davaları tam yargı davası başlığı altında incelememizin nedenini, genellikle, sözleşmenin mali hükümlerinin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar nedeniyle tam yargı davalarının açılması yoluna gidilmesi, İdarenin sözleşmeden ayrılabilen tek yanlı işlemlerine karşı ayrıksı durumlarda iptal davası yoluna gidilmesi oluşturmaktadır.

3. İptal ve Tam Yargı Davası Arasındaki Farklar

İdari dava türlerini oluşturan iptal ve tam yargı davaları arasında önemli farklar bulunduğu Türk öğretisinde bütün yazarlar tarafından benimsenmemektedir. Örneğin Özyörük; iptal ve tam yargı davalarını kıyaslamanın, bir zamanlar idare hukukçuları için adeta bir zevk teşkil ettiğini, o dönemde hukukçuların iptal davalarının “*menfaat*” ihlal edildiği zaman açılan dava, tam yargı davasının ise “*hak*” ihlal edildiği zaman açılan dava olduğunu söylediklerini ve bu sözlerden o günkü zamanda bile son derece kuşkulu ve tartışma götürür sonuçlar çıkarıldığını ifade etmektedir.²⁶

Özyörük; kişinin, içeriği menfaat olmayan bir hakkının olamayacağını, hukukun sözünü ettiği her hakkın, hukuk tarafından bir menfaatin saptanması olduğunu ve bu menfaatin mutlaka maddi olması gerekmeceğini ifade etmektedir. Yine, yazar, idarenin parayla ifadesi mümkün olan bir zarar vermeden de bir subjektif hakkı ihlal etmiş olabileceğini ifade ederek; bir kimsenin, somut bir öznel hak olarak düzenlenmemiş nitelikte idarenin salt hukuka uygun davranmasından doğan menfaati ile her öznel hakkın içeriği olan menfaat arasında menfaat unsuru itibarıyla bir farkın olmadığını ifade etmektedir. Yazara göre, para ile ölçülebilir bir zarar verilmediği sürece, bir öznel

²⁵ A. g. e.

²⁶ Özyörük, *Ders Notları*, s. 481.

bir hak olarak da, bir sübjektif hak kılığında bulunmayarak da, soyut menfaat ihlali olanaklıdır. Yazar, bu iki durumda da açılacak davanın iptal davası olduğunu ifade etmekte ancak bir öznel hakkın para ile ölçülebilir surette ihlal edildiği durumda ise açılacak davanın tam yargı davası olacağını belirtmektedir.²⁷

Özyörük; o dönemde yürürlükte olan 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun 30. maddesinin öznel hakkın içeriği olan menfaat ile somutlaştırılmış bir öznel hak biçimine dönüşmemiş menfaati birbirinden ayırmak için kanun iptal davasının menfaati ihlal edilenler, tam yargı davasının da hakları ihlal edilenler tarafından açılacağını söylediği ifade ederek bunun uygulama kolaylığı açısından getirilen bir sınıflandırma olduğunu belirtmektedir. Özyörük'e göre, bir tutum, bir davranış hukukla çelişirse ortadan kaldırılır, bu çelişmeden bir zarar doğmuşsa telafi edilir. Yazara göre bilimsel gerçeklik planında iki türlü dava vardır. Birinci türde; hukuka uymayan norm, tespit ve imha edilmekte, ikinci türde ise verilmiş zarar ödetilmektedir. Yazar bu iki tür dava arasındaki usul farklarının sadece yargı görevinin yerine getirilmesindeki maddi hukuki nitelik farkından değil uygulama zorunluluğundan doğduğunu ifade etmektedir. Bu nedenle, yazara göre, kanun koyucunun uygulama kolaylığı sağlamak amacıyla başka türlü de koyabilmesine hiç bir engel bulunmayan usuli hükümlerden, maddi hukuki sonuçlar çıkarmanın boşuna bir çaba olduğunu ifade etmektedir.²⁸

Yürürlükten kaldırılan 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun 30. maddesinde; iptal davasının menfaati ihlal edilenler, tam yargı davalarının ise hakkı ihlal edilenler tarafından açılacağı kuralı 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde aynen benimsense de, kanımızca Özyörük'ün yukarıda belirtilen görüşlerinde isabet bulunmamaktadır. Gerçekten de iptal davası ile tam yargı davası arasındaki farklar sadece usuli hükümlerden doğmamakta, öze ilişkin olarak da aralarında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bu açıklamalardan sonra iptal davası ile tam yargı davasının karşılaştırılması sonucu aralarındaki farklılıkları şu şekilde ifade etmek olanaklıdır:

a. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesindeki yasal tanımdan da anlaşılacağı üzere iptal davasına ancak idari işlem-

²⁷ A. g. e., s. 459, 460.

²⁸ A. g. e., s. 459. 482, 483.

ler konu olabilirken, tam yargı davalarına hem idari işlemler hem de idari eylemler konu olabilmektedir.²⁹ Bir başka deyişle, konu unsuru yönünden iptal davası ile tam yargı davası arasında fark bulunmaktadır.

b. Yine yasal tanımda da belirtildiği üzere iptal davası açabilmek için dava konusu yapılmak istenen işlemin davacının mutlaka kişisel bir hakkını ihlal etmesi gerekmez iken, tam yargı davasının açılabilmesi için dava konusu yapılmak istenen idari işlem ya da eylemin davacının kişisel bir hakkını ihlal etmesi zorunludur.³⁰

c. İptal davasının amacı bir idari işlemin iptalini sağlamak iken, tam yargı davalarının amacı bir hakkın yerine getirilmesi, uğranılan zararın giderilmesi ya da eski durumun geri getirilmesidir.³¹

d. İptal davası, bir idari işlemin hukuka uygun olup olmadığını saptadığından nesnel bir nitelik taşımaktadır. Buna karşın tam yargı davasıyla, kişisel bir hakkın ihlal edilip edilmediği araştırıldığından öznel bir nitelik taşımaktadır.³²

e. İptal davasının doğurduğu sonuçtan sadece davanın tarafları değil iptal edilen kararlar ilgili herkes yararlanırken, tam yargı davası ile elde edilen sonuçtan sadece davanın tarafları yararlanır.³³

f. Türkiye’de iptal ve tam yargı davaları arasında yargılama usulü bakımından bir fark olmasa da idari yargı düzenimizin esin kaynağı olan Fransa’da iptal davası ile tam yargı davası yargılama usulleri bakımından da birbirinden farklıdır.³⁴ Ayrıca, aşağıda görüleceği üzere, Fransa’da idari tasarrufun iptal veya tam yargı davasına konu olmasına göre İdareye başvurduktan sonra söz konusu tasarruf hakkında ne kadar bir süre içerisinde idari yargıya başvurulacağı da farklıdır.

Bu açıklamalardan sonra vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların kuramsal niteliğini iyice kavrayabilmek açısından öncelikle yargının çeşitli açılardan sınıflandırılması üzerinde durulacaktır.

²⁹ Günday, *a. g. e.*, s. 274.

³⁰ *A. g. e.*

³¹ *A. g. e.*

³² *A. g. e.*

³³ Gözübüyük ve Tan, *a. g. e.*, s. 613.

³⁴ *A. g. e.*

III. YARGININ ÇEŞİTLİ AÇILARDAN SINIFLANDIRILMASI

Fransa'dan kaynaklanan idari yargı sisteminde; idari uyuşmazlıklar ve bunların çözüm yolları hukuksal niteliklerine temel olarak iki kategoriye ayrılmaktadır. Bunlardan birinci kategori; idari uyuşmazlıkları çözümleyecek olan yargıcın önüne getirilen hukuki sorunun niteliğine göre yapılmaktadır. Bu çerçevede; Léon Duguit "*nesnel uyuşmazlıklar*" ile "*özel uyuşmazlıklar*" ayrımı yapmaktadır.³⁵

İdari uyuşmazlıklar; ikinci kategori olarak ise Edouard Laferriere'nin XIX. yüzyılın sonunda ortaya attığı ve ülkemiz uygulamasını da büyük ölçüde etkileyen bir ayrıma dayanmaktadır. Bu ayrım, idari konulardaki çeşitli uyuşmazlıklara bakan yargıca verilen yetkilerin karşılaştırmalı çözümlenmesine dayanmaktadır. E. Laferriere, bu sınıflamasında, idari konulardaki açılacak davaları; iptal davası, tam yargı davası ve cezai dava olarak ayırmış ve davaları sistemleştirmiştir.³⁶

1. Vergi Uyuşmazlıklarına Bakan Yargıcın Önüne Konulan Sorunun Özüne Göre Yapılan Sınıflandırma

Bu sınıflandırma, değişik mahkemelerin önüne gelen uyuşmazlıkların içeriğinin incelenmesine göre Léon Duguit'in yaptığı nesnel yargı-özel yargı ayrımına dayanmaktadır.³⁷ Duguit'in yaptığı bu ayrımın ölçütleri ve her bir yargı türünün özellikleri şunlardır:

a. Nesnel Yargı

Duguit'e göre nesnel hukuk; toplum hâlinde yaşayan bireyleri bağlayan davranış kuralıdır, öyle bir kural ki, ona uyulması belirli bir zamanda toplum tarafından adalete uygun ve ortak yararın güvencesi olarak düşünülür, ihlali hâlinde ise ihlal edene karşı ortaklaşa bir tepkiye neden olur.³⁸ İşte nesnel yargıda, yargıca sunulan sorun bir nesnel

³⁵ Bkz. Turmangil, a.g.m., s. 137.

³⁶ A. g. e..

³⁷ Bkz. a. g. e., s. 138.

³⁸ Duguit, Manuel de Droit Constitutionel, 4. éd. Paris, 1923, s. 1, nak. Turmangil, a.g.m., s. 140 dn. 19.

hukuk sorunu olup yargıç bu hukuksal sorunu iki farklı varsayımla çözmektedir. İlk varsayım; bir maddi veya hukuki işlemin bir hukuk kuralını ihlal edip etmediğidir. Bu varsayıma göre, maddi bir fiil veya hukuksal bir işlem hukuka aykırı ise yargının hiç bir duraksamaya yer vermeksizin nesnel alanda olduğu kabul edilir. Yine bu varsayım gereği, hukuki bir işlem hukuk kuralını ihlal ediyorsa bu işlemin, nesnel veya öznel olup olmadığına bakılır, nesnel bir hukuki işlem hukuka aykırı ise yargı da nesnel hukuk alanındadır.³⁹

İkinci varsayım ise, bir işlem, davranış veya fiil, nesnel bir hukuki statüye aykırı olursa yine nesnel yargı alanında bulunulduğunu kabul eder. Buradaki temel sorun bu nesnel hukuki statünün gücü ve genişliğinin ne olduğunun çözümlenmesidir. Dolayısıyla yargıcın çözmesi gereken sorun bir nesnel yargı sorunudur. Bir başka deyişle, nesnel bir yargılamaya yürütülmekteyse, nesnel hukuka giren herhangi bir durum, statü veya usul söz konusudur ve bir işlemin bu duruma, statüye veya usule aykırı olduğu ileri sürülmektedir.⁴⁰

L. Duguit; yukarıda bahsedilen varsayımların yanı sıra bazı somutlaştırma denemeleri yapmış ve bu çerçevede nesnel yargının türlerini açıklarken ceza yargısı ve haksız fiilleri tazmin yargısı yanında iptal yargısına da yer vermiştir. Duguit; iptal davasının türleri olarak düzenleyici veya şart işlemlere karşı açılan davaları örnek olarak göstermiştir.⁴¹

b. Öznel Yargı

Duguit'e göre öznel hukuk; toplumda yaşayan bireyin, istediği bir sonucun toplum tarafından tanınmasını sağlayabilme yetkisidir. Yazara göre bu yetki, ancak, bireyin irade beyanını oluşturan hedef ve gerekçe nesnel hukuk tarafından meşru olarak kabul edildiği durumlarda var olabilir.⁴²

Duguit'e göre, ilgilinin yargıçtan öncelikle ve temel olarak bir sübjektif hukuk sorununu çözmesini istediği zaman öznel yargı ortaya

³⁹ Bkz. Turmangil, a.g.m., s. 138, 139.

⁴⁰ Bkz. a. g. e., s. 139.

⁴¹ Fazla bilgi için bkz. a. g. e., s. 139, 140.

⁴² Duguit, Manuel de Droit Constitutionnel, 4. éd., Paris, 1923, s.1, nak. Turmangil, a.g.m., s. 140 dip not 19.

çıkar. Duguit ilgilinin, üç varsayımda hakimden bir öznel hukuk sorununu çözmesini isteyebileceğini ifade etmektedir.⁴³

Birinci varsayımda yargı organı, bir öznel hukuki durumun var olup olmadığını, varsa genişliğinin ne olduğunu araştırır ve vereceği yanıtı göre de bu durumu olanaklı kılacak bir karar alır. Öznel bir hukuki durumun niteliklerini şunlar oluşturabilir; söz konusu durum belirli bir kişiye bir defaya özgü olmak üzere herhangi bir yükümü yerine getirme borcu yüklemiştir veya özel ve geçicidir veya nesnel hukuk tarafından yaratılmamıştır veya nesnel hukukun herhangi bir kuralının uygulanması yoluyla bu kişiye yüklenmemiştir.⁴⁴

İkinci varsayımda; öznel hukuki durumun varlığı ve kapsamına itiraz edilmemekte, sadece bu durumu doğuran öznel hukuki işlemin bir sakatlık taşıdığı ileri sürülerek iptali istenmektedir. Bu varsayımda yargıca sorulan soru, idari işlemin bir hukuki sakatlık taşıyıp taşımadığı, bir başka deyişle, hukuka uygun olması için nesnel hukukun gerektirdiği bütün öğeleri bünyesinde barındırıp barındırmadığıdır. Burada öznel bir hukuki durumun hukuka uygun olarak doğup doğmadığı incelendiği için öznel yargı durumu mevcuttur.⁴⁵

Üçüncü varsayımda ise, var olan öznel bir hukuki durumun, nesnel bir hukuki işlemde etkilenip etkilenmediği sorunu incelenir. Buradaki sorun, nesnel hukuki işlemin hukuka uygun olup olmaması değil, bu işlem sonucunda öznel hukuki durumda bir değişiklik olup olmadığıdır.⁴⁶

2. Vergi Uyuşmazlıklarına Bakan Yargıca Tanınan Yetkilerin Niteliğine Göre Yapılan Sınıflandırma

Yukarıda da belirtildiği üzere ilk defa Fransız yazar Laferriere tarafından yapılan bu sınıflandırmaya göre davalar arasında yapılan temel ayırım; iptal davası-tam yargı davası ayırımıdır. Laferriere, bu sınıflandırmayı yaparken vergi yargıcının önüne getirilen uyuşmazlık konusu sorunun özüne değil, yargıcın verdiği kararların içeriğine ve vergi yargıcının yetkilerine göre bir ayırım yapmıştır. Yazara göre iptal

⁴³ Bkz. Turmangil, a.g.m., s. 140.

⁴⁴ A. g. e..

⁴⁵ A. g. e..

⁴⁶ Bkz. a. g. e., s.141.

davasında yargıç, sadece hukuka aykırı kararları iptal etme hakkına sahip bulunmakta, bu kararları düzeltmek veya kendi kararıyla ikame etmek hakkına sahip bulunmamaktadır. Buna karşın tam yargı davasında ise, yargıç, kendisine sunulan uyuşmazlıkta tam bir hakemlik yapmakta, maddi ve hukuki unsurları incelemek, İdarenin kararlarını düzeltmek (örneğin; vergi borcunu azaltmak, yükümlünün vergi borcunu terkin etmek gibi), tazminata hükmetmek gibi yetkilere sahip bulunmaktadır. Yazara göre yargıç öznel hakları belirlerken çoğu zaman bu tür yetkileri kullanır ancak öznel yargı ile tam yargı arasında zorunlu bir bağ bulunmamaktadır. Bununla birlikte, yazara göre öznel haklara ilişkin uyuşmazlıkların çoğu, yargıcın en geniş yetkilerle donatılması halinde eksiksiz bir çözüme kavuşturulabilecektir.⁴⁷

Bu açıklamalardan sonra vergi davalarında yargıcın iptal ve tam yargı yetkilerinden bahsetmek yerinde olacaktır.

a. Yargıcın İptal Yetkileri

Vergilendirme işlemi tek taraflı bir hakimiyet tasarrufuna dayandığından vergi idaresinin iptal davası (ya da Fransız idari yargı sisteminde olduğu gibi yetki aşımı davası) ile yargılanmasının çeşitli önemli yönleri bulunmaktadır. Bir kere vergi yükümlülerinin hakları ve borçları, ancak matrahı ve vergiyi doğuran olayı belirleyen yasal kurallara göre saptanacağından, vergi yargısı bir hukuka uygunluk denetimidir. Bu açıdan vergilendirme kararının hükümsüzlüğüne iptal davası yoluyla gidilmesinin tutarsız bir yönü bulunmamaktadır. Vergilendirme işlemi yargılayan yargıç, iptal davası (yetki aşımı davası) yargıcı gibi hukuka aykırılığın bütün yönlerini araştırmaktadır. Daha somut bir deyişle, yargıç, vergilendirme işlemi yetki, şekil ve kanuna aykırılık bakımından incelemekte, bu unsurlar bakımından bir sakatlık saptarsa vergilendirme işlemi iptal etmektedir. Ancak, vergi davası yargıcı, sadece yetki saptırılması gibi bir nedene dayanarak yapılan vergilendirme işlemi iptal etmemelidir çünkü vergi idaresinin vergilendirme işleminin hazırlanması sırasında tam bir takdir hakkı bulunmamaktadır.⁴⁸

Sıradan bir idari karar ile vergilendirme kararı arasında sebep un-

⁴⁷ Bkz. *a. g. e.*, s. 145, 146.

⁴⁸ Bkz. *a. g. e.*, s. 147.

suru açısından hukuka aykırılık bağlamında da önemli bir fark bulunmaktadır. İdari işlemlerdeki sebep unsuru, işlemin temelinde yatan fiili veya hukuki nesnel durumdur. Bu tanım çerçevesinde vergilendirme kararının altında birbirinden farklı iki öge ortaya çıkmaktadır. Bir tanesi vergilendirme işleminin yasal temelini oluşturan mevzuat, diğeri ise vergiyi doğuran olay veya eylemdir. İdare hukuku ilkele-ri çerçevesinde bir idari kararın altında yatan fiili veya hukuki neden sakat olursa kararın kendisi de sakat olur. Vergiye ilişkin idari kararlarda ise, sakatlığın kararın yasal temelini veya kararı doğuran olaya bağlanmasına göre ayırım yapılması gerekir. İdarenin tek yanlı işlemi olması nedeniyle yasallık ilkesine sıkı sıkıya bağlı olan vergilendirme işleminin dayanağı olan mevzuat sakat olursa, vergilendirme işlemi de sakat olur. Buna karşın, vergilendirme işleminin dayanağı fiili bir durum ise, bu işlemin hukuka uygunluğu kendisini doğuran olaydan bağımsız olacaktır. Bir başka deyişle, fiili durumun hukuka aykırı olması, vergilendirme işleminin de hukuka aykırı olması sonucunu doğurmaz. Kısacası, vergilendirme işlemindeki sebep bakımından hukuka aykırılık sadece yasal temel, bir başka deyişle hukuki sebep bakımından olacaktır.⁴⁹

b. Yargıcın Tam Yargı Yetkileri

Günümüzde iptal davaları somut sorunları da incelediğinden tam yargı davası aleyhine sınırlarını genişletse de vergi davalarında yargıcın tam yargı yetkileri bir takım özellikler göstermektedir. Vergi davası yargıcı, hukuka aykırı bir vergilendirme işlemi sadece iptal etmek yerine, vergi idaresi tarafından esasa ilişkin değerlendirmeleri değiştirebilmekte; bir başka deyişle, vergiyi azaltabilmekte, çoğaltabilmekte, terkin edebilmekte veya ilk derece mahkemesi tarafından kaldırılan bir vergi, yüksek mahkeme tarafından yine konulabilmektedir. Tam yargı davası niteliğindeki vergi davalarında yargıcın yetkileri; iptal davası niteliğindeki vergi davalarından oldukça fazladır. Daha somut bir deyişle, tam yargı davası niteliğindeki vergi davalarında yargıç; soruşturma ve mantık yürütme yetkilerini faal idarenin yetkilerine ekleyerek adeta bir idareci gibi karar vermekte, İdarenin takdir yetkisi dışında, kendisi de gerçek anlamda bir takdir yetkisi kullanmakta-

⁴⁹ Bkz. *a. g. e.*, s. 147, 148.

dır. Kısacası, tam yargı davası niteliğindeki vergi davalarında yargıç; üstlendiği görevin gereği ve çözmesi istenilen uyuşmazlıklara ilişkin vereceği kararlar ile nesnel bir yargı yargııcı konumunda bulunmakta, ancak iptal davası yargıcının sınırlı görevinin ilerisine de gitmektedir.⁵⁰

Vergi yargıcının yetkisi; eş anlı olarak hukuka uygunluk denetimi yapıyorsa uyuşmazlığın esasının incelenmesine göre çok genel; buna karşın, uygulanabilir hukuk kuralına göre çok özeldir. Vergi yargısı, hukuka uygunluk denetiminin yanı sıra, belirli bir mükellefin vergi borcunun esas ve tutarı üzerinde olduğu için bir tam yargı niteliğini taşımakta ifade etmekte ve tam yargı niteliğindeki vergi davalarında yargıç; iptal davası niteliğindeki vergi davalarındaki yargıcın aksine, sınırlamasız ve kayıtsız olarak yargılama yapmaktadır.⁵¹

Türk yargı sisteminde özellikle Danıştay içtihatlarında tam yargı davası, genellikle tazminat davası olarak anlaşılmaktadır. Halbuki tam yargı davasının anlamı tazminat davaları demek değildir; tazminat davaları, yukarıda da ayrıntılı olarak açıklandığı üzere tam yargı davasının sadece bir türüdür. Tam yargı davasının anlamı; Turmangil'in isabetli olarak belirttiği üzere yargıcın bir yargılamanın gerektirdiği bütün yetkileri sınırlamasız ve kayıtsız olarak kullanması demektir.⁵²

Bu açıklamalar ışığında; vergi davalarında yargıcın tam yargı yetkilerini şu şekilde sınıflandırmak olanaklıdır:

- Vergi yargıç, vergilendirme işleminin dayandığı tüzük, yönetmelik veya genel tebliğ gibi düzenleyici işlemleri kendiliğinden veya itiraz üzerine yasaya aykırı görürse o düzenleyici işleme göre uygulama yapmayı reddetmelidir.

- Vergi hukukunun idare hukukundaki kendine özgü yeri nedeniyle vergi davası yargıç, özel hukuk nitelendirme ve idarenin değerlendirmeleri ile bağlı olmadan bir hukuki işlemi vergi yasası uyarınca tanımlayabilmelidir. Vergi yargıç; vergi yasasına ve bunun yorumuna uygun olarak ekonomik ve teknik değerlendirmeye girişme yetkisine sahip olmalıdır. Örneğin bir derneğin ticari faaliyet güdüp gitmediğine karar verebilmeli, bir şirketin yöneticilerinin almış olduğu ücretin aşırı

⁵⁰ Bkz. a. g. e., s. 148.

⁵¹ Bkz. a. g. e., s. 149.

⁵² Bkz. a. g. e..

olup olmadığını kendi koyduğu ölçütlere göre belirleyebilmelidir.

- Vergi yargıcı; delil ve kanıt konusunda da büyük bir serbesti içerisinde bulunmalı, her türlü yoldan delil ve kanıt kabul edebilmelidir.

- Vergi yargıcı; bazı durumlarda, hakkaniyetle karar verebilmeli ve çoğu zaman iyi niyet veya doğal borçlar gibi kavramlara yollama yapabilmelidir.⁵³

IV. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA VERGİ DAVALARININ NİTELİĞİ

Bu kısımda Amerika Birleşik Devletleri, Almanya, Fransa'da vergi uyuşmazlıklarından kaynaklanan davaların nasıl bir nitelendirilmeye tabi tutulduğu üzerinde kısaca durulacaktır.

1. Amerika Birleşik Devletleri'nde

Anglo-Sakson hukukunu benimsemiş tüm ülkelerde olduğu gibi Amerika Birleşik Devletleri'nde de idari yargı düzeneği olmadığı için idare hukuku pek fazla gelişmemiştir. Amerika Birleşik Devletleri'nde vergi davaları, vergi mahkemelerinde açılrsa da vergi mahkemeleri tek yargı düzeni olan adli yargı düzeni içerisinde yer almaktadır.

Amerika Birleşik Devletleri'nde vergi mahkemelerine iki türlü vergi uyuşmazlığı davası açmak olanaklıdır. Birinci tür vergi davası, memorandum davasıdır. Bu dava sonucu; kimi durumlarda vergi mahkemeleri, hukukun temel ilkelerini ve maddi olguları saptamakta, kimi durumlarda ise memorandum kararı vermektedir.⁵⁴ Memorandum davası sonucu vergi mahkemesinin vermiş olduğu karar; bir saptama niteliğinde olup söz konusu kararda, mahkeme kararıyla birlikte konu hakkındaki görüşünü ortaya koymamakta; bir başka deyişle, mahkeme kararının gerekçesi bulunmamaktadır. Memorandum kararı; mahkemenin vermiş olduğu bir hüküm niteliği taşımamaktadır. Memorandum kararı; sadece mahkemenin vermiş olduğu bir niyet kararı niteliği taşımakta ve temyiz edilememektedir.⁵⁵

⁵³ Karş. a. g. e., s. 149.

⁵⁴ Rice, *Introduction to Taxation*, 1994, s. 16-18, 19.

⁵⁵ *Black's Law Dictionary*, 1979, s. 888.

Kanımızca Amerika Birleşik Devletleri'nde açılan memorandum davaları bir ölçüde tespit davalarına bir ölçüde de yürürlükten kaldırılmış olan 521 sayılı Danıştay Kanunu'nda öngörülen yorum davalarına benzemektedir. Tespit davasına benzemektedir çünkü aynen tespit davalarında olduğu gibi bir maddi olgu veya bir hukuki ilişki saptanmaktadır, yorum davasına benzemektedir; çünkü Özyörük'ün isabetli olarak belirttiği üzere yorum davasında asıl sorun yorum değil, bir kanuniyetin saptanmasıdır.⁵⁶ Memorandum davalarında da kanuniyet daha doğru bir deyişle vergisel bir işlemin hukukiliği saptandığından bu bakımdan yorum davalarına benzemektedir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde açılan ikinci tür vergi davası ise sıradan (regular) dava niteliğindedir. Bu dava yoluna gidilebilmesi için mükellefin haksız olduğunu savladığı vergiyi öncelikle ödemesi istenir. Mükellef vergiyi ödedikten sonra ödemiş olduğu verginin sonra usul veya hukuka aykırı olduğu savında bulunarak mahkemeye başvurur ve sıradan bir vergi davası açar. Açmış olduğu davayla, haksız olarak kendisinden tahsil edilen vergi miktarının kendisine geri verilmesini ister. Vergi mükellefi; sadece Bölge Mahkemesi'nde (District Court) açmış olduğu sıradan davalarda jüri isteme hakkı bulunmaktadır. Bu mahkemelerde kurulan jüri ise sadece olguyu saptamakta ve hukuki bir değerlendirme yapmamaktadır.⁵⁷ Amerika Birleşik Devletleri'nde açılan sıradan vergi davalarının medeni yargılama hukukunda kabul edilen edim davası niteliğinde olduğu çıplak bir gerçekliktir. Çünkü söz konusu ülkede idari yargı düzeni bulunmadığı gibi iptal ve tam yargı davası şeklinde idari dava türleri de bulunmamaktadır.

2. Almanya'da

Alman idari yargı sisteminde, Fransız idari yargı sisteminde olduğu gibi iptal davası-tam yargı davası ayrımı bulunmamakta, medeni yargılama hukuku bakımından geçerli olan dava türleri –tespit davası, inşai dava ve edim davası ayrımı– idari yargı sistemi bakımından da geçerli bulunmaktadır.⁵⁸

⁵⁶ Özyörük, *Ders Notları*, s. 491.

⁵⁷ Rice, *a. g. e.*, s. 16-21.

⁵⁸ Kumrulu, *Vergi Davalarının Kuramsal Niteliği Üzerine Düşünceler (Kısaltılmışı; Vergi Davalarının Kuramsal Niteliği)*, s. 971 vd.

Alman öğretisinde Bettermann; iptal davasının kimi durumlarda bir eda davası niteliğine bürünebileceğini kabul etse de, diğer tüm yazarlar, iptal davalarını inşai dava olarak tanımlanmakta, bir başka deyişle, Bettermann dışında iptal davasının inşai dava olduğu konusunda öğretide bir oydaşı bulunmaktadır.⁵⁹

Alman öğretisinde iptal davalarının inşai dava olduğu fikri şu gerekçeyle kabul edilmektedir: İptal davasıyla fertlere, devlete karşı hukuka aykırı olan idari işlemi kurtulmayı sağlayan bir iddia tanınmıştır. Bu iddia bir haktan kaynaklanmaktadır. Bu hak, iptali isteme hakkıdır. İptali isteme hakkı öznel bir hak, bir inşai haktır. Fertler, devlete karşı iptali isteme savında bulunurken, bu öznel inşai hakkı kullanmış olurlar. İdare ilgilinin istemini kabul edecek olursa bununla işlem iptal edilmiş ve inşai sonuç doğmuş olur. Buna karşın; İdare ilgilinin istemini reddederse, ilgilinin bu hakkı iptal davası yoluyla kullanmak hakkı saklıdır. Böyle bir durumda, kişinin iptali istemeye yönelik öznel hakkının her somut olay bakımından inşai sonuç doğurmaya elverişli nitelikte olup olmadığı mahkemenin vereceği iptal kararıyla belirlenecektir. Bu çerçevede idari yargıdaki iptal davalarının konusu, maddi içerikli iptali isteme hakkıdır.⁶⁰

Alman öğretisinde tam yargı davalarının, doğası gereği edim davaları olduğu konusunda bir oydaşı bulunmaktadır.⁶¹

3. Fransa'da

Fransa'da ayrı bir vergi yargısı düzeni bulunmamakta ve vergi davaları idare mahkemeleri tarafından çözümlenmektedir. Gözler'in naklettiğine göre Fransa'da idari dava türleri; iptal davası, tam yargı davası, yorum davası ve idari ceza davası olmak üzere dörde ayrılmaktadır.⁶²

Fransa'da vergi davalarının iptal davası mı yoksa tam yargı davası mı olduğu yönünde öğretilerde yoğun tartışmalar yaşandığından söz konusu dava türleri hakkında kısaca durulması yararlı olacaktır. Fransız idari yargı sisteminde "*recours pour excès de pouvoir*" adını taşıyan iptal

⁵⁹ Önen, *a. g. e.*, s. 161, özellikle dn., 11.

⁶⁰ *A. g. e.*, s. 161.

⁶¹ Karş. Kumrulu, *Vergi Davalarının Kuramsal Niteliği*, s. 972.

⁶² Bkz. Ağar, *a.g.m.* s. 264, dn. 8.

davası, daha doğru bir deyişle yetki aşımı davası, nitelikçe davadan ziyade, nesnel yargısal denetim olarak kabul edilmekte ve uygulanmakta; tam yargı davaları (recours de plein contentieux) ise, Türk Danıştay'ı uygulamasında olduğu gibi sadece tazminat davalarından ibaret sayılmayıp, çeşitli konulardaki öznel uyuşmazlıkları içeren geniş bir kategoriye oluşturmaktadır. Diğer yandan, Fransa'da, nesnel yargı alanına giren yorum, hukuki geçerlik başvuruları gibi kimi uyuşmazlıklar da iptal davası içerisinde değerlendirilmektedir.⁶³

Fransa'da vergi davalarının kuramsal niteliği konusunda öğretide yoğun tartışmalar yaşanmasına rağmen Fransız Danıştay'ı söz konusu davaları genel olarak tam yargı davası olarak değerlendirmektedir.⁶⁴ Fransa'da iptal davası ile tam yargı davası sadece konu unsuru yönünden değil yukarıda da belirtildiği üzere yargılama usulleri yönünden de birbirinden farklı olduğundan vergi davalarını iptal, tam yargı davası, kendine özgü dava veya karma dava olarak kabul etmenin önemli sonuçları bulunmaktadır.⁶⁵

Fransız Danıştay'ının 29 Haziran 1962 tarihinde vermiş olduğu bir karar, vergi davalarının niteliği konusunda önemli bir kilometre taşı oluşturmaktadır. Karara konu olan uyuşmazlık ve çözümü şu şekildeydi: Dolaysız vergiler alanında; Fransa'da benimsenmiş kurallara göre eğer yükümlü bir vergilendirme işlemi vergi uyuşmazlığı konusu yapmak isterse, idare mahkemesinden önce bölge yöneticisine başvurusu gerekir. Yapılan başvuru üzerine bölge yöneticisi altı ay içerisinde konu hakkında bir karar vermekte, bu karara karşı tebliğinden itibaren iki ay içerisinde idare mahkemesine gidilebilmektedir. Eğer bölge yöneticisi altı ay içerisinde bir karar vermeyerek susarsa, yükümlü yine idare mahkemesine başvurabilmektedir. Ancak Fransız Vergi Yasası, susma halinde yapılacak bu başvurunun altı ayın bitiminden itibaren ne kadar bir süre içerisinde yapılabileceğini bildirmemektedir. Bu sürenin saptanmasında iki olasılık bulunmaktadır. Fransız idari yargı sisteminde **a)** eğer uyuşmazlık bir iptal davası ile çözümlenecekse, dava açma süresi İdarenin dört ay susmasından itibaren iki aydır; **b)** eğer uyuşmazlık tam yargı davası ile çözümlenecekse dava açma süresi açık

⁶³ Bkz. Duran, *İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararlarıyla Vergi Davalarının Çözümü (I) (Kısaltılmışı; Vergi Davalarının Çözümü (I))*, s. 9.

⁶⁴ Bkz. Gözübüyük ve Tan, *a. g. e.*, s. 614.

⁶⁵ Karş. *İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararlarıyla Vergi Davalarının Çözümü (II)*, (Kısaltılmışı; *Vergi Davalarının Çözümü (II)*), s. 71, 72.

ret cevabından sonra iki aydır. Buradaki vergi uyuşmazlığının tam yargı davası olduğu kabul edilirse açık bir yanıt söz konusu olmadığı için yükümlü süre sınırı olmadan istediği zaman yargıya başvurabilecektir. Fransız Danıştay'ı bu durumda vergi davalarının tam yargı davası olduğunu kabul etmiştir. Ancak bu tercihin çok kesin olduğu söyleyemez. Çünkü, kanun sözcüsü Poussiere, bu davada verdiği görüşte, mali alandaki başvuruların ne yetki aşımı ne de tam yargı davası olarak vasıflandırılmayacağını, söz konusu başvuruların yetki aşımı ve tam yargı davasının karması olduğunu ifade etmiştir.⁶⁶

V. VERGİ UYUŞMAZLIKLARINDAN KAYNAKLANAN DAVALARIN KURAMSAL NİTELİĞİ KONUSUNDA ÖĞRETİDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

Duran; Türk hukukunda esasen idari dava türleri arasında ne içerik ne de çözüme bağlamadaki usul yönünden doğru ve kesin bir ayırım bulunmaması nedeniyle vergi davasının iptal davası mı tam yargı davası mı ya da kendine özgü bir dava mı olduğu sorununu tartışmanın kuramsal anlamdaki yeri, uygulama bakımından da bir yararı ve sonucu olmadığını ifade etse de⁶⁷ kanımca vergi davalarının kuramsal niteliğinin saptanması Türk hukuku açısından da büyük bir önem taşımaktadır. Çünkü vergi davalarının iptal veya tam yargı davası olarak adlandırılması Türk hukukunun mevcut durumunda bile kimi hallerde örneğin dava açma ehliyeti bakımından büyük önem taşımaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere iptal davasını menfaati ihlal edilenler açabilmesine rağmen, tam yargı davasını hakkı ihlal edilenler açabilmektedir. Öte yandan, vergi uyuşmazlığı davalarının hangi tür bir idari dava olduğu Türk pozitif hukukunda açıklığa kavuşturulmadığından vergi uyuşmazlığı davalarının kuramsal niteliğini saptama konusunda öğretiyeye büyük işler düşmektedir. Ayrıca, vergi uyuşmazlığı davalarının kuramsal niteliğini saptamanın uygulama bakımından bir yararı ve sonucu olmadığını savlamak da doğru değildir. Çünkü öğretti, olan hukuktan ziyade olması gereken hukuka ağırlık vererek yasa koyucuya, yapılması gereken anayasal ve yasal değişiklikler konusunda yol gösterdiği gibi yargıya da doğru karar verebilmesi konusunda yol gösterir ve ona yardımcı olur.

⁶⁶ Bkz. Turmangil, a.g.m., s. 150.

⁶⁷ Duran, *Vergi Davalarının Çözümü (II)*, s. 71, 72.

Vergi uyuşmazlığı davalarının kuramsal niteliği konusunda Fransız ve Türk öğretisinde dört tür görüş bulunmaktadır. Bu görüşleri; tam yargı davası, iptal davası, kendine özgü dava ve karma görüş olmak dörde ayırmak olanaklıdır. Aşağıda bu görüşler ayrıntılı olarak incelenecektir.

1. Tam Yargı Davası Görüşü

Davanın özünü dikkate alarak Duguit'in yaptığı ve yukarıda ayrıntılı bir şekilde anlatılan nesnel yargı-öznel yargı ayrımının etkisinde kalan Fransız öğretisinde baskın bir şekilde vergi davalarının tam yargı davası olduğu görüşü savunulmaktadır. Fransız yazınında vergi davalarına farklı nitelik atfeden görüşler azınlıkta kalmaktadır.⁶⁸

Fransa'da vergi uyuşmazlığı davalarının tam yargı davası olduğunu ileri süren ilk yazar, L. Duguit'tir. Duguit, vergi davasını değerlendiren burada bir borç sorunu olduğunu ileri sürmekte ve salt bir öznel hukuki durumun bulunduğunu ifade etmektedir.⁶⁹

Duguit'in vergi uyuşmazlığı davalarının öznel bir hukuki durum, bir başka deyişle tam yargı davası olduğu şeklindeki görüşü, Fransız yazarlardan J. Laferriere ve M. Waline tarafından yumuşatılarak kabul edilmiştir. Bu yazarlara göre; vergi yükümlüsünün durumu, diğer bütün hukuki durumlar gibi birbirini izleyen iki görüntü oluşturmaktadır. Birinci görüntüde genel bir kural, örneğin bir yasa bir vergi koymaktadır. Bu yasa; ya genel biçimde, kişilik dışı olarak bu vergiye tabi olmanın koşullarını da belirlemekte ya da bu verginin matrahının belirlenmesi ve tahsili için yapılması gereken işlemler için kamu görevlilerinin sahip oldukları yetkileri düzenlemektedir. Birinci görüntüde vergi yükümlüsünün durumu yasal, nesnel mevzuat değişikliklerine bağlı olarak sürekli olarak değişken bir durumdur. İkinci görüntüde ise, belirli bir anda vergi yasının uygulanması, belirli bir kişinin hazineye ödemesi gereken vergi borcunu yaratmaktadır. Bu andan itibaren yükümlünün durumu kişisel bir durum haline gelerek bu tür durumların değişmezliğine bağlı olarak vergi yasalarının geriye yürümezliği ilkesi doğrultusunda yükümlünün durumu artık sonraki

⁶⁸ Bkz. Kumru, *Vergi Yargılama Hukukunun Kuramsal Temelleri İşlev-Yapı-İlkeler-Nitelik (Kısaltılmışı; Vergi Yargılama Hukuku)*, 1989, s. 141.

⁶⁹ Fazla bilgi için bkz. Turmangil, a.g.m., s. 141.

vergi yasası değişikliklerinden etkilenmemektedir. Bu yazarlar, vergi borcunun varlığı ve miktarı üzerinde bir uyuşmazlık doğması halinde öznel bir yargının geçerli olacağını ifade etmektedirler. Ancak söz konusu yazarlar, yasal ve nesnel durumdan kişisel, öznel vergi borçlusu durumuna geçişin zor olduğunu ifade etmektedirler.⁷⁰

Vergi uyuşmazlığı davasına bakan yargıcın yetkilerini dikkate alarak yukarıda bahsedilen dava sınıflandırması yapan Edouard Laferrriere ise vergi davalarını tam yargı davası olarak kabul etmiştir.⁷¹

Vergi uyuşmazlığından kaynaklanan davalarının tam yargı davası olduğunu savunan başka bir Fransız yazar, Debbasch'tır. Yazara göre vergi davaları çok özel bir yargı şekline karşılık gelmektedir. Yazara göre vergi davalarının niteliği tartışmalı olmakla birlikte, tam yargı davası olarak kabul edilmelidir. Çünkü vergi davalarında, vergilendirme işleminin temelindeki düzenleyici işlem dava konusu yapılmamakta, söz konusu işleme göre gerçekleştirilen hesaplama ve düzenleyici işlemin yükümlünün kişisel durumuna uygulanış şekli üzerinde uyuşmazlık çıkartılmaktadır. Bu nedenle, söz konusu davalar, tam yargı davasıdır.⁷²

Fransız öğretisinin etkisinde kalan Türk öğretisi vergi uyuşmazlığından kaynaklanan davaları, genel olarak, Gözübüyük dışında hem de gerekçe bile göstermeye gereksinim duymaksızın tam yargı davası olarak kabul etmektedir.⁷³ Gözübüyük; tam yargı davalarını; tazminat davaları, istirdat davaları, vergi davaları ve yönetsel sözleşmelerden doğan davalar şeklinde dörde ayırmakta ve vergi davaları arasında herhangi bir ayrıkı duruma yer vermeyerek tüm vergi davalarını, tam yargı davası olarak nitelendirmektedir. Yazara göre, vergi uyuşmazlığı davalarında da vergi yükümlüsü salınan bir verginin esasına ya da tutarına itiraz etmekte, mahkeme de dava sonunda verginin indirilmesine ya da kaldırılmasına karar vermektedir. Dolayısıyla yazara göre tüm vergi davaları tam yargı davasıdır.⁷⁴

⁷⁰ Laferrriere Julien ve Waline, Maurice, *Traité Élémentaire de Science et de Législation Financiere*, nak., Turmangil, a.g.m. s. 141.

⁷¹ Bkz. Turmangil, a.g.m., si 137.

⁷² Debbasch, Charles, *Contentieux Administratif*, Dalloz, Toulouse, 1975, s. 333, 334, nak., Kumrulu, *Vergi Yargılama Hukuku*, s. 143, 144.

⁷³ Fazla bilgi için bkz. Kumrulu, *Vergi Yargılama Hukuku*, s. 141, 142.

⁷⁴ Gözübüyük, *Yönetsel Yargı*, 1983, s. 212.

Bununla birlikte, daha sonra Tan'la yazdığı kitabında Gözübüyük fikrini değiştirerek; vergi mahkemelerinin görevleri ve vergi uyuşmazlıklarının niteliği ve davacının istemini gerekçe göstererek vergi uyuşmazlıklarının bir bölümünün tam yargı davası, bir bölümünün ise iptal davası niteliğinde olduğu fikrini savunmuştur.⁷⁵

Kanımızca, tüm vergi uyuşmazlığı davalarını tam yargı davası olarak nitelendirmek olanaksızdır. Özellikle herhangi bir bireysel işlem den farkı olmayan tarh aşaması ile tahsil aşamasında, tahsil gerçekleştirilmeden önce açılan davaları iptal davaları olarak nitelendirmemek ve vergi yargıcının davanın esasına karar verdiği durumlarda da iptal davası özelliği görmemek eşyanın doğasına aykırıdır.⁷⁶

2. İptal Davası Görüşü

Fransız öğretisinde vergi davalarının iptal davası olduğu yolundaki savı ilk olarak, 1929 yılında *Haurio Armağanı*'na yazdığı makede idare ve vergi hukukçusu Trotobas savunmuştur. Yazar, vergi uyuşmazlığı davalarının mal varlığına ilişkin bir konu olması nedeniyle tam yargı davası olduğu şeklindeki görüşlere katılmamakta, vergi uyuşmazlığı davalarını tam yargı davası olarak kabul ettiğimiz takdirde vergi uyuşmazlığı davası ile sadece yükümlünün haklarının korunduğu sonucunun doğacağını halbuki bu sonucun vergi hukukunun bir kamu hukuku dalı olduğu gerçeğiyle bağdaşmayacağını ifade etmektedir. Yazara göre, vergi uyuşmazlığı davalarında asıl amaç, hazinenin faaliyetinin, bir başka deyişle vergilendirme yetkisinin kullanımının denetlenmesi olup, yükümlünün öznel haklarının korunması değildir.⁷⁷ Yazara göre; vergi yargısının amacı, genelde sanıldığı gibi yükümlünün haklarının ölçülmesi olmayıp, onun statüsünün saptanması ve vergilendirme yetkisinin denetlenmesidir. Yazar, vergi uyuşmazlığı davalarında yükümlünün durumunun nesnel, yasal bir durum niteliği taşıdığını, bir yükümlü hakkında tesis edilen vergilendirme işleminin onun açısından bir bireysel durum yaratmadığını, sadece vergi kanunu ile tesis edilmiş olan hukuki durumun ona uygulanmış

⁷⁵ Gözübüyük ve Tan, *a. g. e.*, s. 614.

⁷⁶ Karş. Kumrulu, *Vergi Davalarının Kuramsal Niteliği*, s. 972.

⁷⁷ Trotobas, Lois. "La nature Juridique du Contentieux Fiscal en Droit Français", *Mélanges Maurice Hourie, Recuell Sirey, Paris, 1929, s. 709-762, nak. Kumrulu, Vergi Yargılama Hukuku, s. 146.*

olacağını ifade etmiştir. Bu gerçekleri göz önüne alarak, Trotabas vergi uyuşmazlığı davalarının nesnel yargı içerisinde yer aldığı sonucunu çıkarmaktadır.⁷⁸

Trotabas, vergi yargısının iptal davası olduğu şeklindeki savını Fransız yargılama usulüne ilişkin iki kanıtla da savlamaktadır. Yazara göre, bir sendikanın üyesi tarafından açılan bir vergi uyuşmazlığı davasına müdahil olarak kabul edilmesi ve vergi uyuşmazlığı davalarında re'sen araştırma ilkesinin uygulanması vergi davasının nesnel niteliğini destekleyici unsurlardır.⁷⁹

Ancak daha sonraki çalışmalarında Trotabas, yukarıda ayrıntılı bir şekilde anlatılan vergi uyuşmazlığı davalarının özü ölçütünü dikate alarak bu davaların iptal davası olduğunu ifade etmekte, vergi uyuşmazlığına bakan yargıcın yetkileri ölçütü açısından ise kimi vergi uyuşmazlığı davalarında tam yargı davasına özgü yargılama yöntemlerinin geçerli olabileceği fikrini kabul etmektedir. Bununla birlikte Trotabas, daha önce vardığı sonuçtan sapmayarak, vergi uyuşmazlığı davalarında duruma göre tam yargı davalarındaki yargılama usulü geçerli olsa da onların iptal davası niteliği taşıdığı sonucunu değiştirmemektedir.⁸⁰

Vergi uyuşmazlığı davalarının iptal davası olduğunu ileri süren diğer bir Fransız yazar, Desmouillers'dir. Desmouillers; vergi yargısının niteliğinin özgün bir bütünlük gösterdiğini, bu nedenle nesnel nitelikli bir yargı olduğunu, vergi yargıcının rolünün vergilendirme işlemi ile ilgili olsun, tahsil işlemleri ile ilgili olsun, önüne getirilen vergi idaresi işlemini bu konudaki vergi hukuku nesnel kuralları ışığında değerlendirmekten ibaret olduğunu, vergi yargıcının, vergi idaresinin veya yükümlünün davranışlarını ve iradelerini bundan hukuki sonuç çıkarmak üzere inceleyemeyeceğini, sadece vergilendirme işlemini inceleyip onu düzelteceğini, yaptığı yargılamanın bu işlemi yapan kişi olmadığını, vergi yargıcının; idarenin işlemlerini yasallık yetkisi çerçevesinde değerlendirme yetkisine sahip olduğunu ifade etmektedir.⁸¹

Vergi uyuşmazlığı davalarının iptal davası olduğu yönündeki gö-

⁷⁸ Fazla bilgi için bkz. Kumrulu, *Vergi Yargılama Hukuku*, s. 145-149.

⁷⁹ Bkz. *a. g. e.*, s. 147.

⁸⁰ Fazla bilgi için bkz. *a. g. e.*, s. 148, 149.

⁸¹ Desmouillers, Georges, *La Responsabilité du Fisc, Montpellier*, s. 23, 24., nak. Turman-gil, *a. g. m.*, s. 144.

rüşü dile getiren bir diğer Fransız yazar, Gaudemet'tir. Gaudemet'e göre, vergi yargısının asıl konusu, vergi idaresinin faaliyetinin denetlenmesidir. Yazar, vergi yargısının, yükümlünün çıkarını da korumakla birlikte, asıl amacının bu olmadığını, vergi davalarının nesnel yargıya girdiğini, çünkü yükümlünün, bu sıfatıyla hazine karşısında nesnel bir statüde bulunduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, vergi yargısına salt yasallık denetimi yapan yargıçtan daha fazla yetki tanınması gerekir. Çünkü vergi yargıcının tam yargı davalarında olduğu gibi düzeltme yetkisi bulunmaktadır. Bununla birlikte, yazar, vergi davasının yargılanması usulünün onu tam yargı davasına yaklaştırsa bile nitelik itibarıyla nesnel bir dava olduğunu ileri sürmektedir.⁸²

Türk öğretisinde vergi davalarının iptal davası niteliğini taşıdığını Danıştay önceki başkanlarından Nuri Alan savunmuştur. Alan; kimi hukukçuların vergi uyuşmazlığı davalarının tam yargı davası olduğu şeklindeki görüşlerini reddetmekte ve tüm vergi davalarının iptal davası niteliği taşıdığını ileri sürmektedir. Alan; vergi uyuşmazlığı davalarına konu edilen vergi işlemlerinin de bir idari tasarrufun yeki, şekil, sebep, konu ve amaç şeklindeki tüm unsurlarını kapsadığını, vergi davalarındaki yargı denetiminin de bu unsurların hukuka uygun olup olmadığı noktasında oluştuğu fikrini benimsemektedir. Alan, bu noktada bir örnek vererek; bir vergi tarh işlemine karşı açılan davada vergi mahkemesinin zararın varlığını, idari işlem veya idari eylem-zarar ilişkisini ve bunun nasıl giderileceğini değil, vergilendirme işleminin unsurları yönünden yasaya uygun olup olmadığını inceleyeceğini ifade etmektedir.⁸³

Bununla birlikte, Alan, kimi hukukçuların tam yargı davalarını daha kapsamlı düşünerek, bireysel işlemlerin iptali halinde genellikle bir hakkın geri döndüğü veya bir zararın giderildiği sonucundan hareketle bireysel işlemlere karşı açılan davaları da tam yargı davası olarak kabul ettiğini, vergi davalarının tam yargı davası olduğunu ileri sürenlerin davanın esasının incelemesini ve vergi davası ile elde edilmek istenen hakkı dikkate alarak bu görüşü ileri sürüyorlarsa, haklı olduklarını ifade etmektedir.⁸⁴

⁸² Gaudemet, Paul Marie, *Finances Publiques*, Editions Montchrestein, Paris, 1975, nak. Kumrulu, *Vergi Yargılama Hukuku*, s. 149, 150.

⁸³ Alan, *İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartları*, s. 39.

⁸⁴ A. g. e.

Seçkin idare hukukçusu Duran'da vergi uyuşmazlığı davalarının iptal davası olduğu savında bulunmaktadır. Duran'a göre, pozitif hukukumuz, Fransız idare yargısındaki klasik iptal-tam yargı davaları arasındaki ayrımı tam ve doğru olarak benimseyip uyarlamadığından vergi uyuşmazlığı davalarının tam yargı davası olduğunu savlayabilmek doğru ve yerinde değildir. Yazara göre, Danıştay içtihat ve uygulamalarında taraflarca veya üçüncü kişilerce açılan sözleşme davası veya iptal davası yolu ile idari sözleşmelerin hukuka aykırılıklarından ötürü iptaline karar verildiğine göre, bu tür idari işlemlerin vergiye ilişkin kayıt ve şartlarından doğan uyuşmazlıklar da vergi uyuşmazlığından doğan davaya konu olabilir. Bununla birlikte, yazar, vergi uyuşmazlıklarının mevcut idari dava türleri arasında en kolay ve uygun biçimde yerleştirilebileceği kategorinin iptal davası olduğunu ileri sürmektedir. Yazar, vergi uyuşmazlıklarının, mutlaka idarenin aldığı bir kararın ilgilinin hak ve yararlarını zedelemiş olmasından kaynaklandığını ve bu genellikle bunun hukuka ve mevzuata aykırı olduğu savına dayandığını ileri sürmektedir.⁸⁵

Kanımızca, tüm vergi uyuşmazlığı davalarını iptal davası olarak nitelendirmek olanaksızdır. Özellikle tahsil aşamasında tahsil gerçekleştirildikten sonra açılan davaları tam yargı davaları olarak nitelendirilmemesi ve vergi yargıcının davanın esasına karar verdiği durumlarda da tam yargı davası özelliğinin görülmemesi eşyanın doğasına aykırıdır.⁸⁶

3. Kendine Özgü Dava Görüşü

Fransız öğretisinde, vergi uyuşmazlığı davalarının bilinen dava türlerinden farklı ayrı bir dava türü olduğu görüşü Castagnede tarafından savunulmaktadır. Castagnede'ye göre bireysel vergilendirme işlemi bir şart işlem olup, kişiyi yasal düzenlemeye göre yükümlü statüsüne sokmaktadır; böylelikle kişinin nesnel durumu bireyselleştirilmiştir olmaktadır. Yazara göre, vergilendirme işleminin bu özelliği söz konusu işlemde doğan uyuşmazlığın niteliğini etkiler. Çünkü vergi uyuşmazlığı davası yargıcının önüne getirilen uyuşmazlığın temeli nesnel hukuka ilişkin olup yargıç, yükümlünün özel durumu ve hak-

⁸⁵ Duran, *Vergi Davalarının Çözümü (II)*, s. 71.

⁸⁶ Karş. Kumrulu, *Vergi Davalarının Kuramsal Niteliği*, s. 972.

larının korunması söz konusu olmaksızın işlemin geçerliliğini inceler. Bununla birlikte, yazara göre, vergilendirme işlemi, hazine ile yükümlü arasındaki ilişkiyi geleceğe dönük olarak bireyselleştirdiğinden öznel öğeler de taşımaktadır. Yazar, vergilendirme işleminin bu özelliğinin, söz konusu işlemin dava konusu yapıldığı vergi yargısına da bir özellik verdiğini, daha somut bir deyişle, vergi yargısının iki tarafı ilgilendirmesi nedeniyle öznel bir nitelik taşıdığını, ancak davanın konusunun bir hukuk kuralının ihlaline ilişkin olduğundan aynı zamanda nesnel yanının da söz konusu olduğunu ifade etmiştir. Yazar, vergi uyuşmazlığı davasında yargıcın önüne getirilen hukuk sorununun nesnel hukuka ilişkin bir sorun olmakla birlikte, her yükümlü ile vergi idaresi arasında kurulan özel ilişki çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini kısacası, vergi davasının bireyselleştirilmiş bir nesnel yargı olarak düşünülmesi gerektiğini belirtmiştir.⁸⁷

Bu çerçevede Castagnede, vergi uyuşmazlığından kaynaklanan davayı şu şekilde nitelendirmektedir; vergi uyuşmazlığı davaları usul kuralları nedeniyle klasik iptal ve tam yargı davalarından farklıdır. Daha somut bir deyişle vergi uyuşmazlığı davaları; yargıcın kullandığı yetkiler ve kapsamının sınırlılığı nedeniyle iptal davasından farklılık göstermekte, öte yandan sadece bir yasallık sorununu gündeme getirdiğinden dolayı öznel yargıdan da ayrılmaktadır. Bu açıdan vergi uyuşmazlığı davaları orijinalite taşımakta ve kendisine özgü bir yargı türü ortaya çıkarmaktadır.⁸⁸

Türk hukuk yazınında vergi uyuşmazlığı davalarının tam yargı davasına benzer, kendisine özgü ayrı bir dava türü olduğunu savunan yazar Tekgündüz'dür. Tekgündüz; yasalara aykırı olarak vergi salındığında veya tahsil edildiğinde, mükellef haksız bir işleme maruz kaldığı gibi mamelekinde de bir azalmanın olacağını, kısacası haksız yapılan tarh ve tahakkuk işlemi sonucu bir hakkın ihlali bahis konusu olduğundan açılacak davanın tam yargı davası olduğunu ifade etmektedir. Yazar, tam yargı davalarının tazmin, telafi ve istirdat davaları olmak üzere üç kısma ayrıldığını, tahakkuku tahsile bağlı vergilerde tahsilatın, tevkif yoluyla alınan vergilerde verginin tevkifinin veya

⁸⁷ Castagnede Bernard, *Remarques sur la nature juridique du contentieux fiscal*, *Revue de Science Financiere*, 1970, s. 19, 21-23, nak. Kumrulu, *Vergi Yargılama Hukuku*, s. 155, 156.

⁸⁸ A. g. e., s. 157.

kesinleşen vergilerde, düzeltme şikayet yoluyla doğrudan Danıştay'a açılan davalarda, haksız alınan verginin geri istenilmesi söz konusu olduğundan açılan vergi davasının tam yargı davasının bir türü olan istirdat davası olduğunu ifade etmektedir. Yine yazar, tarh ve tebliğ üzerine açılan vergi davalarında, vergi istenilmesinden vazgeçilmesi veya istenilen verginin miktarının indirilmesi talep edildiğinden vergi davalarının tam yargı davalarıyla birçok ortak yönleri bulunduğunu ifade etmektedir. Ayrıca, Tekgündüz, idare hukukunda otorite olarak kabul edilen Tahsin Bekir Balta'nın da *İdari Yargı Notları* kitabında vergi uyuşmazlıklarından doğan davaları tam yargı davası olarak kabul ettiğini ifade etmektedir.⁸⁹

Tekgündüz'ün bu görüşlerine bakılarak, yazarın, vergi uyuşmazlığı davalarını tam yargı davası olarak kabul ettiği sonucu çıkartılabilir. Bununla birlikte yazar, söz konusu çalışmasında, vergilendirme işleminin niteliğine bakınca vergi uyuşmazlığı davasının iptal davasına, uyuşmazlığa konu bir miktarın bulunması nedeniyle de tam yargı davasına benzediğini ifade etmekte ve vergi uyuşmazlığı davalarının taşıdığı özellik nedeniyle daha çok tam yargı davalarına benzer, ayrı bir dava türü olarak kabulünün zorunlu olduğunu vurgulamaktadır.⁹⁰ Bu sonuca ulaşması nedeniyle, yazarın, vergi uyuşmazlığı davasını kendine özgü dava olarak kabul ettiğini düşünmekteyiz.

Türk hukuk yazınında, vergi uyuşmazlığı davasının kendisine özgü dava olduğu görüşünü savunan diğer bir yazar Turmangil'dir. Turmangil; vergi yargısının, nesnellik ve yasallık öğeleri nedeniyle iptal davasının unsurlarını, yargıcın yetkilerinin genişliği nedeniyle de tam yargı davasının unsurlarını birlikte bünyesinde barındıran bir karmaşık yargı türü olduğunu ifade etmektedir.⁹¹

Turmangil görüşünü desteklemek üzere Türk idari yargı mevzuatına da dayanmaktadır. Yazar, Türk idari yargı mevzuatını oluşturan 2575, 2576 ve 2577 sayılı Kanun'ların getirdiği düzenlemelerde, vergi yargısının, idari davalar içindeki yerinin pek açık olmadığını, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde idari dava türleri sayılırken vergi davası kavramına yer verilmediğini ifade etmektedir. Yazar, buna karşılık, 2576 sayılı Kanun'un 13 üncü madde-

⁸⁹ Tekgündüz, *İdari Dava Türleri ve Vergi Davası*. s. 58.

⁹⁰ A. g. e., s. 57, 59.

⁹¹ Turmangil, a.g.m., s. 154.

sinin (b) bendinde eski yasalardaki vergi uyuşmazlığı deyiminin vergi davası olarak anılacağını belirtildiğini ve 2577 sayılı Kanun'un çeşitli hükümlerinde de vergi davalarının ayrı bir yargılama usulüne bağlandığını ifade etmektedir. Turmangil; idari yargılama usulündeki bu farklı düzenlemenin, idari yargı mercilerinin "idare" ve "vergi" uyuşmazlıklarını çözümleyen iki bölüme ayrılması ile sürdüğünü, bu bölünmenin "idare mahkemeleri" ile "vergi mahkemeleri" arasında başlayıp "bölge idare mahkemeleri"nden geçerek Danıştay'da daireler arasında ve bunların genel kurullarında da sürdüğünü ifade etmektedir.⁹²

Turmangil; 2577 sayılı Kanun'un 5. maddesinden yükümlünün vergi mahkemelerinde iptal ve tam yargı davalarını ayrı ayrı açabileceği gibi birlikte de açabileceği şeklinde bir sonuç çıktığını, bir iptal davası kurumu olan yürütmenin durdurulması sisteminde vergi davalarına da yer veren aynı kanunun 27. maddesi ile birlikte bütün diğer kapalı mevzuat hükümlerinin vergi davalarının niteliği konusunda öğretici ve yargı içtihatlarının katkısını gerekli kıldığını ifade ederek, vergi davasının ne iptal davasının ne de tam yargı davasının tek başlarına bazı özelliklerini dışarıda bırakmayı göze almadan karşılayamayacakları bir dava olduğunu ifade etmektedir. Yazar; vergi davasının ayırt edici niteliğinin, çözdüğü uyuşmazlığın niteliği açısından iptal davasının, yargıcın yetkileri açısından ise tam yargı davasının unsurlarını bünyesinde barındırdığını ifade etmektedir.⁹³

Turmangil'in vergi uyuşmazlığı davalarının Türk idari yargı mevzuatında ayrı bir yargılama usulüne tabi tutulduğu fikri kabul edilemez. Kumrulu'nun isabetli olarak belirttiği üzere, vergi uyuşmazlığı davaları da Türk idari yargı mevzuatında diğer davalar ile aynı usule bağlanmış ancak belli noktalarda özel düzenlemelere tabi tutulmuştur.⁹⁴

Kanımızca vergi uyuşmazlığı davalarının kendisine özgü dava olduğu şeklindeki görüşlerin hiç birisinde isabet yoktur. Gerçekten de vergi uyuşmazlığı davasını, kendisine özgü bir dava türü olarak kabul etmek, vergi uyuşmazlığı davasının kuramsal niteliğini saptamaktan ziyade, söz konusu davanın kuramsal niteliğini saptamaktan kaçınmak olarak düşünmek gerekir.

⁹² A. g. e., s. 154, 155.

⁹³ A. g. e., s. 155.

⁹⁴ Turmangil'in fikrinin eleştirisi konusunda fazla bilgi için bkz. Kumrulu, *Vergi Yargılama Hukuku*, s. 159-162.

4. Karma Nitelikte Dava Olduğu Görüşü

Vergi uyuşmazlığı davalarının karma nitelik taşıdığını savunan görüşleri iki modelde toplamak olanaklı gözükmektedir. Birinci model, vergi uyuşmazlığı davalarının esas olarak tam yargı davası olduğunu kabul etmekte, ayrıksı durumlarda ise iptal davası niteliği taşıdığını kabul etmektedir. İkinci model ise birincinin tersi olarak vergi uyuşmazlığı davalarının esas olarak iptal davası olduğunu kabul ederek, ayrıksı durumlarda ise tam yargı davası niteliğine bürüneceğini benimsemektedir.⁹⁵ Aşağıda bu iki model ayrı başlıklar halinde incelenecektir.

a. Tam Yargı Davası Niteliğini Esas Tutan Görüşler

Fransız öğretisinde, vergi uyuşmazlığı davalarının tam yargı davası ağırlıklı iptal davası olduğu fikri Lasry tarafından savunulmaktadır. Lasry'ye göre vergi uyuşmazlığı davaları esas itibarıyla tam yargı davası niteliği taşırlar çünkü bu davalarda yargıç uyuşmazlığın esasına ilişkin olarak da karar verebilmektedir. Bununla birlikte, yazar, vergi yargısında aynı zamanda nesnel bir yön de bulunduğunu, dolayısıyla yasallık denetimini de kendisini gösterdiğini ifade etmiştir. Yazar, vergi uyuşmazlığı davasında yükümlünün düzenleyici işlemler karşısında durumun saptanmasının da söz konusu olduğunu ifade etmiştir. Yazara göre, vergi yargısının niteliği saptanırken uyuşmazlığın esasını incelemek bakımından vergi yargıcının sahip olduğu genel yetki, uygulanacak hukuk kuralı bakımından ise çok özel yetkinin göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmiştir.⁹⁶

Tourdias'da, Lasry'nin görüşüne katılarak vergi uyuşmazlığı davalarında baskın nitelik olarak tam yargı davası özelliğinin bulunduğunu ifade etmekte ancak iptal davası öğelerine de yer vermektedir. Yazara göre vergi yargısı; karışık ya da melez bir yargı dalıdır.⁹⁷

Vergi uyuşmazlığı davalarının tam yargı davası ağırlıklı iptal davası olduğu fikrinin Türk hukuk öğretisinde taraftar bulmadığı düşünülmemelidir. Yukarıda ayrıntılı bir şekilde anlatıldığı üzere gerek

⁹⁵ Fazla bilgi için bkz. Kumrulu, *Vergi Yargılama Hukuku*, s. 164, 165.

⁹⁶ Bkz. A. g. e., s. 165.

⁹⁷ Tourdias, M. *Observations de Jurisprudence, Juriclasseeur Périodique*, 1963/II, 13026, nak. Kumrulu, *Vergi Yargılama Hukuku*, s. 165, 166.

Tekgündüz'ün, gerekse Gözübüyük ve Tan'ın görüşleri, vergi uyuşmazlığı davalarının esas itibariyle tam yargı davası olduğu, bunun yanı sıra ayrıksı durumlarda iptal davası özelliği taşıdığını savunan bu modele yakındır. Tekgündüz ile Gözübüyük ve Tan'ın görüşlerinin bu kısımda yer almamasının temel nedeni, söz konusu yazarların bu modele taraftar olduklarını açık bir şekilde belirtmemiş olmaları ve sistematik kaygılarla hareket etmemizdir.

b. İptal Davası Niteliğini Esas Tutan Görüşler

Bu modele taraftar olanlar, vergi uyuşmazlığı davalarının öz olarak iptal davası niteliği taşıdığını, bununla birlikte bazen tam yargı davası niteliğine büründüğü tezini savunurlar. Fransız öğretisinde bu görüş, Venezia, Lalumiere ve Auby ile Drago tarafından savunulmaktadır.⁹⁸

Venezia'ya göre vergilendirme işlemleri bakımından yükümlü genel olarak nesnel bir hukuki durum içinde bulunmaktadır; yükümlü ile hazine arasındaki ilişkilerin hukuki niteliğini verginin yasal niteliği belirler; ancak, vergilendirme işlemi bakımından hukuka aykırılık söz konusu olduğunda kanun koyucu yükümlü ile hazine arasındaki ilişkilere müdahale etmekte ve belirli yaptırımlar öngörmektedir. Bu durum olaydaki öznel hukuki nitelikten kaynaklanmaktadır. Yazara göre, bu özelliklere bağlı olarak vergi uyuşmazlığından kaynaklanan dava da bir özellik göstermektedir. Yazar, vergi uyuşmazlığı davasında da temelde nesnel bir hukuki durumun yasallık açısından denetiminin asıl olduğunu; ancak diğer yetki aşımı davalarına göre vergi davalarının bir özelliğinin veya özerkliğinin bulunduğunu, bu özellik veya özerkliğin vergi hukukun özelliği veya özerkliğinin yargılamaya yansımalarının bir sonucu olduğunu ifade etmiştir. Yazara göre, vergilendirme işleminin yasallığı denetlendiği sırada, vergi davası yargıcı önündeki davada söz konusu olan öğelerin tümünün yasallığını saptamak durumunda bulunmakta, bu durum, yargıcın tam yargı yetkisi ile çalışmasını gerekli kılmakta, bunun sonucunda ise yargıcın dava sırasında yaptığı araştırmaların ötesine geçip, faal idare yerine kendi takdir yetkisini ikame etmesi gerekebilmektedir.⁹⁹

⁹⁸ Bkz. Kumrulu, *Vergi Yargılama Hukuku*, s. 168.

⁹⁹ Venezia, J. C., *L'application de la théorie de nullité aux actes d'imposition*, Rev.sc.fin.

Lalumiere ise Fransız Danıştay'ının yukarıda anlatılan vergi uyuşmazlığı davalarının tam yargı davası olduğu yönündeki içtihadını değiştirmesi gerektiğini ifade etmekte ve vergi uyuşmazlığı davalarının iptal davası niteliğinin baskın olduğunu ifade etmektedir.¹⁰⁰

Fransız öğretisinde vergi uyuşmazlığı davalarının ağırlıklı olarak iptal davası niteliği taşıdığı görüşünü geliştirip savunan yazarlar Auby ve Drago'dur.¹⁰¹ Yazarlara göre, vergi yargısı nesnel bir yargıdır çünkü dava yargıcının rolü, kendisine sunulan olayda, vergi kanununun doğru olarak uygulanıp uygulanmadığını araştırmaktır. Yazarlar, Duguit'in, yükümlünün hazine karşısında borçlu durumda olduğu dolayısıyla vergi davalarında yargıcın bu borcun varlığını ve tutarını belirleyeceği, kısacası vergi davalarının öznel bir yargı olduğu fikrini eleştirmektedirler. Yazarlar, yükümlü verginin kaldırılmasını veya indirilmesini isterken ancak verginin matrahını ve oranını belirleyen nesnel yasanın ihlal edildiğini ileri sürebileceğini, eğer yükümlü kişisel özelliklerine ilişkin öznel varsayımlar ileri sürerse, bunun daima nesnel yasanın koyduğu kurallara göre olması gerektiğini ifade etmekte ve Trotabas'ın görüşüne katılarak yükümlünün bir statüye bağlandığını ve yükümlünün ancak bu statünün ihlal edildiğini dayanak olarak ileri sürebileceği şeklinde fikirlerine vurgu yapmaktadırlar.¹⁰²

Auby ve Drago, fikirlerini şu şekilde geliştirmektedirler: *"Kuşkusuz, yargıcın maddi olgulara ilişkin araştırmalarının davayı öznellediği düşünülebilir. Ne var ki, maddi olgular söz konusu olduğunda günümüzde yetki aşımı denetimi, bu savın kabulünü olanaksız kılacak ölçüde genişlemiştir. Gerçekte, vergi uyuşmazlığı davalarını karakterize eden öge, yargıca tanınan yetkidir: Kurallara aykırı bir vergilendirme işlemi sadece iptal ile yetinmek yerine, vergi yargıcısı, idare tarafından yapılan değerlendirmeleri değiştirebilmekte ve tarh edilen vergi miktarını indirip yükseltebilmekte, yükümlüye salınan verginin terkinine karar verebilmekte ya da ilk derece mahkemesince kaldırılan bir vergi için kanun yolunda yeniden hüküm verebilmektedir. Bu noktada vergi uyuşmazlığı davası yasallık denetiminin ötesine geçmektedir. Vergi yargıcısı, idarenin yerine kendi soruşturma ve hüküm verme yetkilerini geçirmek suretiyle, idari işlem tesis etmekte ve idarenin takdir yetkisinin öte-*

1960, s.731, 736-737, nak. Kumrulu, a. g. e., s. 169.

¹⁰⁰ Bkz. Kumrulu, Vergi Yargılama Hukuku, s. 169, 170.

¹⁰¹ Bkz. a. g. e., s. 170.

¹⁰² Auby J. M. ve Drago, R., *Traité de contentieux administratif*, t. III, 1962, pg.1233, s. 120, nak. Turmangil, a.g.m., s. 144.

*sinde gerçek bir takdir yetkisi kullanmaktadır. Böylelikle, bir nesnel davanın yargıcı sıfatıyla vergi yargıcı, yasallık denetimi yapan bir yargıcın dar görevinin ötesine geçmektedir... ”*¹⁰³

Vergi uyuşmazlığı davalarının ağırlıklı olarak iptal davası olduğu, ayrıksı durumlarda tam yargı davasına bürüneceği şeklindeki bu modele Türk öğretisinde de taraftar bulmak olanaklıdır. Örneğin Candan, bu görüşe taraftır. Candan; vergi davaları adlı yeni bir dava türünün gereksiz olduğunu, vergi uyuşmazlıklarının mevcut idari dava türlerinden iptal veya tam yargı davalarının birisinin içerisine sokulabileceğini savlamaktadır. Yazara göre, mevcut idari dava türlerinden birisinin vergi mevzuatının uygulanmasından doğan idari uyuşmazlıklara değişmez dava kalıbı olarak seçilmesine de gerek yoktur. Yazar, dava türünün, uyuşmazlığın kaynağına, davacının dava ile elde etmek istediği sonuca, bu sonucun sağlanması için anayasa ve yasalarla idari yargıca verilen yetki ve güçlere ve nihayet, idare ile yargının yetki ve görevlerinin ayrılığı ilkesine göre belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir.¹⁰⁴

Candan; ister bir tek makamın iradesiyle oluşsun isterse takdir komisyonları kararlarında olduğu gibi bir çok iradenin aynı yönde birleşmesiyle oluşsun vergi idaresinin faaliyetinin idari işlem tesisi suretiyle olması hâlinde ve bu işlemin idare edilenlerin yalnızca menfaatlerini ihlal ettiği durumlarda adı ne olursa olsun açılacak davanın, işlemin hukuka uygunluğunun tartışılması sonucunu doğuracak olan iptal davası olduğunu ifade etmektedir. Yazar, böyle bir durumda, yargıcın, davada, idarenin yetkisini, idari işlemin vergi alanında idari usul kanunu olan Vergi Usul Kanunu’nda öngörülen sürece uygun olarak alınıp alınmadığını “*şekil*”, idarenin dayandığı sebeplerin “*vergiyi doğuran olay*” gerçekte var olup olmadığını, dayandığı bu sebeplerin kanunun amaçladığı sonucu yaratıp yaratmayacağını “*konu*” ve nihayet kamu yararı gözetilip gözetilmediğini “*amaç*” araştıracağını, eğer idari işlemin bu sayılan yönlerinden birisi ile hukuka aykırılığını saptarsa işlemin iptaline karar vereceğini ifade etmektedir.¹⁰⁵

Candan; vergi hukukuyla ilgili idari işlemin idare edilenlerin haklarını da ihlal etmişse, bir başka deyişle, mameleklerinde bir azalmaya,

¹⁰³ Auby ve Drago, *a. g. e.*, s. 121, nak. Kumrulu, *Vergi Yargılama Hukuku*, s. 171.

¹⁰⁴ Candan, *Vergi Uyuşmazlıkları ve İdari Davalar*, s. 40.

¹⁰⁵ *A. g. e.*, s. 32.

bir zarara neden olmuşsa örneğin; salınan vergi ve kesilen ceza bu arada tahsil edilmişse açılacak davanın adı ne olursa olsun, yargıcı, idari işlemin hukuka uygunluğunun tartışılması yanında ortada bir zarar olup olmadığını ve bu zararın idari işlem arasında illiyet bağının bulunup bulunmadığını ve nihayet zararın kesin ve hesaplanabilir nitelikte olup olmadığını araştırmaya götüreceğini, bütün bu araştırmalardan amaçlanan hususun ise, idari işlem dolayısıyla uğranılan zararın giderilmesi olduğunu ifade etmektedir. Yazar, bu amacın, tam yargı davası ile sağlanabilecek bir amaç olduğunu, zarara uğrayanın İYUK'nın 12. maddesindeki seçeneklerden birisini kullanarak iptal veya tam yargı davası veyahut her ikisini birden açıp işlemin hukuka uygunluğunu tartışma konusu yapabileceği gibi zararın giderilmesini de isteyebileceğini belirtmektedir. Yazara göre, o halde, vergi davası adı altında yeni bir dava türünün yaratılması, davanın isminin değişik söylenmesinden başka bir sonuç doğurmayacaktır.¹⁰⁶

Candan, vergilendirme faaliyetiyle ilgili idari eylemlerin dava türleri açısından bir güçlük doğurmayacağını, çünkü idari eylemler sonucu bir zarar doğmuşsa, bu zararın giderilmesinin ancak tam yargı davası ile olanaklı olduğunu ifade etmektedir.¹⁰⁷

Candan; vergi tarhına ilişkin işlemlerin, yetkili vergi dairesinin vergiyi doğuran olayı sebep göstererek devlete gelir sağlamak amacıyla idare edilenler tarafından ödenecek verginin miktarını belirlemeye yönelik işlemler olduğunu, bu işlemlerle idare edilenlerin borçlu duruma sokulmak istenilmekle birlikte, henüz vergi borcunun tahsilinin söz konusu olmadığını ifade etmektedir. Yazar; böyle bir durumda kendisine bir vergi tarhiyatı tebliğ olunan kişinin mamelekinin borç altına sokulma tehlikesiyle karşı karşıya bulunmakla birlikte mamelekten henüz bir eksilme olmadığını, mamelekteki eksilmenin muhtemel bir eksilme olduğunu ifade etmektedir. Candan; böyle bir durumda tebligatla kişinin dava hakkının doğduğunu, vergi mükellefinin açacağı davada, mamelekinin muhtemel tehlikeden koruyabilmek için vergi tarhiyatını yapan vergi idaresinin yetkisizliğini, vergiyi doğuran olayın bulunmadığını, bir başka deyişle sebep unsuru yönünden hukuka aykırı olduğunu, konu unsuru yönünden daha somut bir deyişle yanlış vergi nispeti uygulanarak verginin miktarının yanlış hesaplan-

¹⁰⁶ A. g. e., s. 34.

¹⁰⁷ A. g. e.

dığını, amaç unsuru yönünden ise amacın Devlete gelir sağlamak olmayıp, vergi idaresi yöneticisinin kişisel amacına hizmet ettiğini veya şekil unsuru yönünden tarhiyat işleminin VUK'da öngörülen usule aykırı olarak, örneğin, takdir komisyonuna gidilmeden tesis edildiğini savlayabilecektir. Yazara göre bu davada idari yargıcın, idari işlemin söz konusu unsurlarının bir hukuka aykırılık içerip içermediğini araştırarak varacağı sonuca göre kararını vereceğini ifade etmekte ve bu davayı açık bir şekilde iptal davası olarak nitelendirmektedir. Yazar, bu davada yargıcın yaptığı saptamaya göre ya unsurlarından biriyle hukuka aykırı görülen tarh işleminin iptaline veya davanın reddine karar verileceğini ifade etmektedir.¹⁰⁸

Bununla birlikte, Candan, tahakkuku tahsile bağlı vergilerde, davada talep olunması koşuluyla yargıcın, tahakkuk işleminin hukuka aykırılığını saptadıktan sonra işlemin iptaliyle birlikte tahsil olunan, bir başka deyişle, davacının mamelekenden çıkıp hazineye geçen vergi miktarının davalı vergi dairesinden alınıp davacıya verilmesine de karar vereceğinden iptal davası ile tam yargı davasının birlikte açılmış sayılacağını ifade etmektedir. Yazar, davacının isterse, tam yargı davasıyla sağlamak istediği bu sonucu iptal davasıyla da sağlayabileceği, iptal kararına rağmen vergi dairesinin tahsil ettiği vergiyi geri vermek istemezse, o takdirde, davacının İYUK'nun 12. maddesinde öngörülen usule uymak suretiyle ayrı bir tam yargı davası açma olanağına da sahip olduğunu ifade etmektedir.¹⁰⁹

Candan; ödeme emrine karşı açılan davalarda ise şöyle düşünmektedir; İdari dava açma süresinin geçirilmesiyle veya süresinde açılan davanın reddi sebebiyle kesinleşen kamu alacağının tahsiline yönelik olan bu işleme karşı idare edilenlerin, böyle bir borcun olmadığı, kısmen veya tamamen ödendiği veya zamanaşımına uğradığı savıyla dava açabilecekleri gibi açılacak bu davada sebep ve konu unsurlarına ilişkin hukuka aykırılık savlarını da ekleyebileceklerini ifade etmekte ve bu davaları da duraksamaksızın iptal davaları olduğunu belirtmektedir. Yazar, ödeme emrinin iptal talebiyle açılan davanın tahsilatı durdurulmaması nedeniyle kamu alacağının tahsil edildiği hallerde ise, ilgili kişinin 2577 sayılı Kanun'un 12. maddesinde öngörülen usule

¹⁰⁸ A. g. e., s. 38.

¹⁰⁹ A. g. e., s. 38, 39.

uyarak ayrı bir tam yargı davası da açabileceğini ifade etmektedir.¹¹⁰

Candan; VUK'nın 124. maddesine göre, vergi hatalarının düzeltilmesi isteğinin reddi üzerine Maliye Bakanlığı'nca şikayet yoluyla yapılacak başvuru dolayısıyla bu Bakanlıkça tesis edilecek işlemlere karşı doğrudan doğruya Danıştay'da açılacak dava türünü vergi borcunun tahsil edilip edilmediğine, bir başka deyişle, idare edilenlerin mamelekinde bir azalma olup olmadığına göre belirlemek gerektiğini, hatalı verginin henüz tahsil edilmemişse açılacak davanın iptal davası olduğunu, aksi halde iptal ve tam yargı davalarının ayrı ayrı açılacakları gibi birlikte de açılabilceğini ifade etmektedir.¹¹¹

Candan; takdir komisyonlarının kararlarına karşı açılacak vergi davalarının niteliğini de incelemiştir. Yazara göre, takdir komisyonunun kararlarına karşı açılacak davalarda vergi dairelerinin kararda saptanan meblağın; bir başka deyişle, rayiç bedelin normal piyasa değerinden az olduğunu, dava hakkı olan kuruluşların ise aksini savlamak durumunda olduğunu ifade etmektedir. Yazar, böyle bir davada, idari yargıcın, takdir komisyonlarının kanunlarda öngörülen usule göre teşekkül edip etmediklerini, rayiç bedelin takdirinde kanunlarda belirlenen usule uyulup uyulmadığını, toplantı ve karar nisabının bulunup bulunmadığını, takdir olunan değer muamele tarihindeki normal piyasa değerini yansıtmadığını, takdiri yapan komisyonun yetkili komisyon olup olmadığını ve takdiri gerektiren bir sebebin mevcudiyetini araştıracağını ifade etmektedir. Yazara göre bu araştırması sırasında yargıç, sebep ve konu unsurlarıyla ilgili olarak yani takdiri gereken bir olayın olup olmadığının ve takdir olunan rayiç bedelin muamele tarihindeki normal piyasa değerini yansıtmadığını saptarken keşif yapabileceği gibi bilirkişiyi de başvurabilir.¹¹²

Candan; bu araştırmalarında yapacağı saptamalara yargıcın, komisyon kararının iptaline veya davanın reddine karar vereceğini, yargıcın komisyon kararının iptaline karar vermesi hâlinde, yetkili komisyonun iptal kararının gerekçesine göre yeniden takdir yapmak zorunda olacağını ifade ederek takdir komisyonlarının kararlarına karşı açılan idari davaları, iptal davaları olarak nitelendirmektedir.¹¹³

¹¹⁰ A. g. e.

¹¹¹ A. g. e., s. 39.

¹¹² A. g. e.

¹¹³ A. g. e., s. 40.

Candan; bir an için yargıcın, rayiç bedeli kararında bizzat takdir ettiğini veya tarh işlemlerine karşı açılan davalarda vergi miktarını tespit ederse bu durumda iptal davasından ve karar genel hükümler dairesinde infaz ve icra edilebilecek nitelikte olmadığından tam yargı davasından söz etmek olanağının bulunmayacağını, böyle bir durumda olsa olsa tespit davasının olacağını ifade etmektedir. Yazar, idari yargıda tespitin, yargıcın kararına etkili olabilecek konularla ilgili olarak yapılabileceğini, bizzat tespitin kararın konusu olamayacağını, bir başka deyişle, idari yargıcın idari makamların tesise yetkili oldukları işlemlerin konularını aynı etki ve sonucu yaratacak şekilde tespit edemeyeceğini, esasen bu sırf bu nedenle idari yargıda doğrudan doğruya tespit davası açılmasına izin verilmediğini ifade etmektedir. Yazar; aksine bir uygulamanın kanunların idareye tanıdığı yetkinin kullanılması demek olduğunu, bu durumun ise, idareyle yargının fonksiyon açısından birbirine karışması, bir başka deyişle, kuvvetler ayrılığı ilkesinin zedelenmesi sonucunu doğuracağını, idarenin fonksiyon gaspıyla tesis ettiği işlemleri yok hükmünde sayan idari yargının da fonksiyon gaspı yaptığını göstereceğini ifade etmektedir.¹¹⁴

Candan, son olarak vergi idaresinin faaliyetinin idari eylem tesisi suretiyle olduğu durumlarda açılacak davaların, tam yargı davasına konu olabileceklerini ifade etmektedir.¹¹⁵ Görüldüğü üzere Candan, vergi davalarının ağırlıklı kısmının iptal, ayrıksı durumlarda ise tam yargı davası olacağı esasını benimsemektedir.

Candan'ın, takdir komisyonunun kararlarına karşı açılacak davaları sadece iptal davası olarak nitelendirmesi kanımızca isabetsizdir. Candan, bu davaları iptal davası olarak nitelendirirken görüşünü idari işlem ve eylem niteliğinde karar verme yasağı temelinde şekillendirmekte ve aksi durumu, idari yargının fonksiyon gaspı olarak nitelendirmektedir. Çalışmamızın sonuç kısmında ayrıntılı olarak duracağımız üzere esasen idari işlem ve eylem niteliğinde karar verme yasağı vergi yargısının niteliğiyle bağdaşmadığından, daha somut bir deyişle, vergi uyuşmazlığından kaynaklanan davanın esası hakkında yargıcın karar verme yetkisini zedelediğinden dolayı kaldırılması gerekir. Diğer yandan, yukarıda yargıcın tam yargı yetkileri kısmında da gördüğümüz üzere yargıcın bir yargılamanın gerektirdiği bütün

¹¹⁴ A. g. e.

¹¹⁵ A. g. e.

yetkileri sınırlamasız ve kayıtsız olarak kullanması tam yargı davası anlamını taşır. Bu açıdan Candan'ın görüşünün aksine, yargıcın matrahi bizzat saptaması hiç bir şekilde yargıcın fonksiyon gaspı yaptığını göstermez, uyuşmazlığın esası hakkında yargıcın karar vermesinden dolayı yargıcın dava konusu üzerinde yetkisini tam olarak kullandığını gösterir.¹¹⁶

Kumrulu da vergi uyuşmazlığı davalarının temelde iptal davası ağırlıklı, ayrıksı durumlarda ise tam yargı davası olduğu şeklindeki bu modeli benimsemektedir. Kumrulu'nun vergi uyuşmazlığı davalarının kuramsal niteliği konusundaki görüşlerine değinmeden önce yazarın dava tipolojileri hakkındaki görüşünün incelenmesi yerinde olacaktır. Yazar, Fransız öğretisindeki iptal davası-tam yargı bölümlenmesi ile Alman öğretisinin geniş kapsamıyla yargılama hukukunda temel aldığı tespit davası, inşai dava ve edim davası ayrımını birlikte ele almakta ve bir takım sonuçlar çıkarmaktadır.¹¹⁷

Yazar, yukarıda yargıcın iptal yetkileri ile tam yargı yetkileri kısmında da ayrıntılı olarak bahsedildiği üzere, Fransız öğretisinin iptal ve tam yargı davaları ayrımı için iki ölçüt geliştirdiğini, bunlardan ilkinin; nesnel hukuk söz konusu olduğunda geçerli olan dava türünün iptal davası olduğu, buna karşın öznel bir hukuki durumun olduğu hallerde ise geçerli dava türünün tam yargı davası olduğunu ifade etmektedir. Yazar ikinci ölçütün ise yargıcın kullandığı yetkilerin niteliğine bakmak olduğunu, bu ölçüte göre yargıcın, iptal davalarında işlemi salt iptal etmekle yetineceği; buna karşın, tam yargı davalarında yargıcın hakkın yerine getirilmesi için bir edime de hükmedeceğini, bir başka deyişle, bu davada yargıcın bir hususu yerine getirmesi yönünde davalıya emir verdiğini ifade etmektedir.¹¹⁸

Fransız ve Alman öğretilerinin dava tipolojilerini birlikte değerlendiren Kumrulu, her şeyden önce Alman hukukunun iptal davalarına tanıdığı inşai nitelik olgusuna katılmakta ve iptal davalarını inşai dava olarak betimlemektedir. Yazar, tam yargı davalarını ise edim davası olarak nitelendirmektedir. Konuyu vergi uyuşmazlığı davalarının niteliği konusunda daha da özele indirgeyen Kumrulu; iptal davaları ve tam yargı davaları ayrımı için menfaat ve hak ihlali kavramlarının

¹¹⁶ Karş. Kumrulu, *Vergi Yargılama Hukuku*, s. 178.

¹¹⁷ Kumrulu, *Vergi Davalarının Kuramsal Niteliği*, s. 970, 971.

¹¹⁸ A. g. e., s. 971.

gereksiz yere analize sokulduğunu ifade ederek Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nun bir kararında da belirtildiği üzere menfaat ve hak kavramını birbirinden ayırt etmenin olanaksız olduğunu ifade etmektedir. Bu yüzden Kumrulu, iki dava türünü birbirinden ayırt etmek için başka bir ölçütü esas almanın uygun olacağını ifade etmektedir. Yazara göre, idari yargıda bakılan her davada kural olarak nesnel hukuki durum ögesi baskındır. Ancak bazı özel durumlarda öznel öge de ağırlıklı olarak kendisini gösterebilmektedir. Bununla birlikte, yazar, hangi vergi davasında öznel durumun ağır, hangi vergi davasında öznel durumun hafif olduğunun bir kuyumcu terazisiyle irdelemenin olanaksız olduğunu, ancak, bir eğilim olarak öznel ögenin de duruma göre göreceli olarak ağırlık kazanabileceğini ifade etmektedir. Yazar, Candan'ın fikrine katılarak bir haksız mal varlığı transferinden dolayı hakkın ihlal edilmesi, yani bir zararın meydana gelmesi durumunda öznel ögenin oldukça belirgin bir şekilde gözlenebileceğini ifade etmektedir. Bu çerçevede Kumrulu; vergi davaları için iptal davası ağırlıklı bir karma modeli benimsemektedir. Daha somut bir deyişle, Kumrulu, vergi davalarının esas itibariyle iptal davası niteliği taşıdığı ancak ayrık durumlarda tam yargı davası kimliğine de bürünebildiği bir karma modeli benimsemektedir. Bununla birlikte, yazar, uygulamada tam yargı davası niteliğindeki vergi davalarının oldukça fazla olduğunu ancak kuramsal açıdan vergi davasına ancak ayrık durumlarda vergi davası gözlüğüyle bakılabileceğini ifade etmektedir.¹¹⁹

Kumrulu; vergi uyuşmazlığı davalarını vergilendirme sürecini dikkate almadan esasen tek bir kategoriye indirmenin olanaklı olmadığını ifade ederek söz konusu davaları vergilendirme işlemleri sürecine paralel olarak davanın konu unsuru ve vergi yargıcının kullandığı yetki ölçütlerine göre dört başlığa ayırarak değerlendirmede bulunmaktadır.

Yazara göre, bunlar; **a)** Tarh işlemine karşı açılan davalar iptal davası niteliğinde olup inşai etkiler yaratmaktadır. Bir başka deyişle bu tip işlemlere karşı açılan davalar sonucu verilen karar yeni hukuk durum yaratmaktadır, **b)** Tahsil aşamasında, henüz tahsili gerçekleştirilmeden açılan davalar yine iptal davası niteliğindedir, **c)** Tahsilden sonraki davalar ise (iade, istirdat, tazminat davaları) tam yargı davası, dolayısıyla edim davası niteliğindedir, **d)** Vergi mahkemesinin dava-

¹¹⁹ A. g. e., s. 971, 972.

nın esasına ilişkin karar verdiği durumlarda ise hem tam yargı davası hem de iptal davası niteliği bulunmaktadır.¹²⁰

Yazar; vergilendirme süreci bakımından yaptığı bu dörtlü ayrımla vergi uyuşmazlığı davalarını nitelendirirken birinci ölçüt olan davanın konu unsurunu, bir başka deyişle, nesnel hukuki durum ölçütünün büyük ölçüde geçerli bulunduğunu ifade ederek, dörtlü tasnifin bir, iki ve dördüncü gruplarında bu ölçütün geçerli olduğunu belirtmektedir. Yazar, üçüncü grupta bu ölçütün bir ölçüde geçerli bulunduğunu ayrıca vurgulamaktadır. Yazar, ikinci ölçüt olan yargıcın yetkileri ölçütü esas alınırca birinci ve ikinci grupta davanın konusu, özöl ölçütü geçerli olmasına karşın, üçüncü grupta ve kısmen dördüncü grupta yer alan davalarda yargıcın kullandığı yetki ölçütünün geçerli bulunduğunu ifade etmektedir. Yazar, iki ölçütün esas alındığında ise vergi uyuşmazlığı davalarının kural olarak iptal davası niteliğinde olduğunu belirtmekte, bunun yanı sıra söz konusu davalarda tam yargı davasının da duruma göre geçerli olabileceğini benimsemektedir.¹²¹

Kumrulu; kuramsal niteleme sonucu vardığı bulguları kısaca şu şekilde özetlemektedir: Vergi davası iptal davası denilirse, bunu Alman dava tipolojisine uygun olarak bir inşai dava olarak kabul ederek yeni hukuki durumun kararla birlikte ortaya çıktığını kabul etmek gerekir. Vergi davası, tam yargı davası kimliğine büründüğü durumlarda ise, bu edim hükmü aracılığıyla yargıcın idareye hakkın yerine getirilmesi için bir emir verdiği esasını benimsemek gerekir.¹²²

Kumrulu, görüşünü ifade eden ve kendisine özellikle bu kısımda bolca yollama yaptığımız tebliğinde M. Atıf Kösebalan'ın sorduğu bir soru üzerine görüşünü daha somut olarak şu şekilde ortaya koymaktadır: Vergiler alanında tesis edilen öznel veya bireysel işlemlerde de, nesnel bir hukuki durum söz konusudur. Bu durum, idari hukukunun, idari yargının dolayısıyla vergi hukukunun doğası gereği olarak karşımıza çıkar. Tek bir yükümlü hakkında tesis edilen vergilendirme işlemi de, aslında onun mal varlığına ait olmasına rağmen nesnel bir hukuki alana karşılık gelmektedir. Davanın ve kararın bu alana ilişkin yönüyle, dava iptal davası kimliğini taşır. İptal kararından sonra kişinin çok özel durumu dikkate alınmak suretiyle örneğin matrahın

¹²⁰ A. g. e., s. 972.

¹²¹ A. g. e.

¹²² A. g. e., s. 973.

gerçek miktarını saptama ya da cezayı değiştirme yolunda hüküm tesis edildiği sırada ise, edim davası, bir başka deyişle, tam yargı davası kimliğine bürünür. İki ölçüte göre karar; bir kısmı itibariyle iptal, bir kısmı itibariyle tam yargı davasını yansıtır.¹²³

Biz de, vergi uyuşmazlığı davalarının iptal davası ağırlıklı, duruma göre de tam yargı davası özelliği taşıdığını kabul ettiğimizden kısaca bu modele taraftar olduğumuzdan görüşümüzü burada işlemek uygun olacaktır.

Biz vergi alanında tesis edilen öznel işlemlerde bir başka deyişle bireysel işlemlerde Kumrulu'nun yaptığı dörtlü ayrıma göre vergi davalarının niteliğinin saptanmasını yerinde buluyoruz. Kumrulu'nun; tarh işlemine karşı açılan davaların iptal davası olduğu fikri doğrudur. Gerçekten de Vergi Usul Kanunu'nun 20. maddesine göre verginin tarhı; vergi alacağının kanunlarda gösterilen matrah ve nispetler üzerinden vergi dairesi tarafından hesaplanarak bu alacağı miktar itibariyle tespit eden idari muameledir. Bu tanım çerçevesinde tarh işleminin idari bir işlem olduğu ve idari işlemler ile ilgili olarak yapılan analizlerin tümünün tarih işlemi için de geçerli olduğu açıktır.¹²⁴

Kumrulu'nun tahsil aşamasında¹²⁵ tahsil gerçekleştirilmeden açılan davaların iptal davası, tahsil gerçekleştirildikten sonra açılan davaların tam yargı davası olduğu şeklinde çözümlemesi de son derece isabetlidir. Gerçekten de Vergi Usul Kanunu'nun 23. maddesine göre, verginin tahsili, kanuna uygun surette ödenmesidir. Verginin tahsili ile ilgilin malvarlığındaki eksilme gerçek bir eksilme olduğundan, tahsilin gerçekleşip gerçekleşmediğine göre vergi davalarının farklı kimliğe bürüneceği açıktır.

Yine Kumrulu'nun vergi mahkemesinin davanın esasına ilişkin karar verdiği durumlarda hem tam yargı davası hem de iptal davası niteliği bulunduğu şeklindeki görüşü de yerinde bir görüştür. Gerçekten de takdir komisyonu kararlarına karşı açılan davalarda vergi mahkemesi işin esası hakkında karar verdiği için bu davalar hem iptal hem de tam yargı davasıdır. Buna karşın, vergi yargısının işin esası hakkında karar vermediği durumlarda açılan davalar ise sadece iptal

¹²³ Bkz. *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, Üçüncü Kitap, 1992, s. 991, 992.

¹²⁴ Fazla bilgi için bkz. Önel, Kumrulu, Çağan, *Vergi Hukuku*, 2005, s. 89-106.

¹²⁵ Tahsil konusunda fazla bilgi için bkz. *a. g. e.*, s. 108, 109.

davasıdır. Mahkeme işin esası hakkında karar verilmeyen örneğin vergi ve cezadaki hataların şikayet yoluyla düzeltilmesi isteminin reddi üzerine açılan davalar, uzlaşma komisyonlarının uzlaşma başvurusunu yetkisizlik veya süre aşımı nedeniyle reddetmesi üzerine açılan davalar ile uzlaşmanın olmaması ya da sağlanamaması üzerine açılan davaları iptal davaları olarak nitelendirmek gerekir.

Bununla birlikte, Kumrulu'nun iptal davalarını inşai dava, tam yargı davasını ise edim davası olarak nitelendiren görüşlerine katılmıyoruz. Gerçekten de, Özyörük'ün yukarıda bahsedilen isabetli görüşüne göre, idare hukukunda inşai dava şeklinde bir dava türünden bahsedilemez. Çünkü idare hukukunda hukuki durum ve ilişki yaratmak faal İdareye düştüğünden idare mahkemesi, idare adına hareket edemez. Yine yukarıda anlatılan Azrak'ın haklı görüşüne göre iptal davası yoluyla hukuka ve kanuna aykırı idari işlem, geçmişe etkili olarak herkes için (erga omnes) iptal edildiğinden; iptal davası, özel hukukta benzerine rastlanmayan, tümüyle İdare Hukukuna özgü bir dava tipidir. Diğer yandan, tam yargı davasının edim davası olarak da nitelendirilmesi de doğru değildir. Çeşitli defalar bahsedildiği üzere tam yargı davası ile yargıcın, yargılamanın gerektirdiği bütün yetkileri sınırlamasız ve kayıtsız bir şekilde kullanmasının anlaşılması gerektiğinden, edim davalarında bu nitelik görülemez. Daha somut bir deyişle, her ne kadar Türk pozitif hukuku açısından yasaklansa bile tam yargı davalarında yargıç, söz konusu davaların özünün doğası gereği idari işlem ve eylem niteliğinde karar verebileceği gibi yerindelik denetimi de yapabilir. Yargıcın bu yetkisi, edim veya eda davalarında görülemeyeceğinden tam yargı davası da özel hukukta benzerine rastlanmayan, tümüyle idari yargıya özgü bir dava türüdür.

Burada son olarak bir hususu vurgulamak istiyoruz. Biz vergi uyuşmazlığı davalarını geniş olarak ele aldığımızdan bir vergi kanununun Anayasa'ya aykırı olduğu savıyla Anayasa Mahkemesi'ne açılan iptal davaları ile vergiyle ilgili bir kanunun Anayasaya aykırı olduğu savıyla mahkemeler tarafından somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne gönderilen davalar; vergiyle ilgili tüzük, yönetmelik, genel tebliğ gibi düzenleyici işlemlerin kanuna aykırı olduğu savıyla Danıştay'a açılan davalar iptal davalarıdır. Zaten işin doğası da aksi türlü düşünmeye engeldir.

Bu açıklamalardan sonra, vergi davalarının niteliği konusunda Türk Danıştay'ının içtihatları incelenecektir.

VI. VERGİ DAVALARININ NİTELİĞİ KONUSUNDA DANIŞTAY İÇTİHATLARI

Bu kısımda, vergi uyuşmazlığı davalarının kuramsal niteliğine örtülü de olsa değinen Danıştay içtihatları incelenecektir. Özellikle, idari yargı düzeniyle ilgili 1982 yılında kabul edilen 2575, 2576 ve 2577 sayılı temel kanunların kabulünden sonraki devrede Danıştay içtihatları incelendiğinde görülmektedir ki, Danıştay kimi durumlarda vergi davalarını tam yargı davası, kimi durumlarda iptal davası kimi durumlarda ise kendine özgü dava olarak değerlendirmektedir. Bu açıdan vergi davaları konusundaki Danıştay içtihatlarını; tam yargı davası, iptal davası ve kendine özgü dava olduğu yönünde kararlar olmak üzere üç başlık altında incelemek uygun düşecektir.

1. Tam Yargı Davası Olduğu Yönündeki Kararlar

Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nun kimi içtihatlarının incelenmesi sonucu vergi davalarının tam yargı davası olduğu anlaşılmaktadır. Gerçi söz konusu kurul, vergi davalarının tam yargı davası olduğunu açıkça belirtmese de, kararın içeriğinden vergi davasının tam yargı davası olarak kabul edildiği sonucu çıkartılmaktadır. Aşağıda konuya ilişkin olarak iki örnek verilmektedir.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu; kim içtihatlarında vergi davalarını iptal davası olarak nitelendirerek vergi mahkemesinin bizzat matrah takdir etmesini uygun görmemiş, kimi kararlarında ise bizzat matrah takdir etmesi gerektiğini içtihat etmiştir. Gerçekten de Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 8.4.1988 tarih ve E. 1987/35, K.1988/25 sayılı kararında; mahkemenin tarh edilen vergi ve kesilen ceza miktarını değiştirebileceği ifade edilmiş ve vergi uyuşmazlığından kaynaklanan davaların tam yargı davası olduğu açık bir şekilde şu şekilde belirtilmiştir: *"213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 20. maddesinde vergi tarhının 'idari muamele' olarak nitelendirilmesi, ilgililerin bu muamele ile belirlenen vergiye karşı açtıkları davanın iptal davası olarak kabulü için yeterli değildir. Tarh işlemi, yükümlülerin menfaatlerini ihlal etmeksiz kalmayıp, belli miktarda vergi borcunun borçlusunu durumuna da getir-*

mekle onların haklarını da ihlal etmektedir. Vergi ve cezaların usulüne uygun biçimde tebliği ile bu hak ihlâli gerçekleşmekte ve aksine bir nitelik kazanmaktadır. Hükümlünün ihbarname tebliği üzerine, vergi ve cezanın yasal dayanağının bulunmadığı, işleme esas olan tespitlerin gerçeği ifade etmediği, istenen miktarın fazla olduğu yolundaki ya da benzer iddialar ileri sürerek tarhiyatın tamamen ya da kısmen kaldırılması dileğiyle açacakları davalar, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-b maddesinde hakkın ihlali nedeniyle açılacağı öngörülen tam yargı davalarındadır. Bu davalarda vergi mahkemesi çözüme ulaşırken, vergi idaresinin gerçekte yapması gereken işlemin ne olduğunu göstermesi yeterli olmayıp, haksızlığın varlığını saptamışsa bunun giderilmesi için gereken şeye de hükmetmesi gerekmektedir. Bu suretle mahkeme, davacının isteğini aşarak, başlangıçta idarenin yapması gerekip de yapmadığını hüküm altına almayacağından, bu uygulamanın idarenin yerine geçerek onun adına işlem yapması anlamına geldiği de söylenemez..."¹²⁶

Yine, Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 24.1.1997 gün ve E. 1996/111, K.1997/86 sayılı kararında; bir nakliyat şirketinin aktifinde kayıtlı araçların satışı nedeniyle beyan edilen satış bedellerinin düşük bulunması üzerine takdir komisyonunca kasko sigorta değeri esas alınarak matrah takdir edilerek tarhiyat yapılması halinde, vergi mahkemesince; araçların emsal bedelinin mahalli ticaret odası ile şoförler ve otomobilciler derneğinden araştırılarak karar verilmesi içtihadında bulunmuştur.¹²⁷ Kuşkusuz, Karardan vergi davalarının tam yargı davası olduğu açık bir şekilde anlaşılammaktadır; bununla birlikte, söz konusu kararda, vergi mahkemesinin bizzat matrah takdir etmesi ifade edildiğinden bu nitelikteki vergi davalarına tam yargı davası niteliği verildiği sonucu çıkartılmaktadır.

Danıştay; vergi mahkemesinin davayı tam yargı davası olarak nitelendirip bizzat matrah takdir etmesini, vergi yargısında geçerli olan resen araştırma ilkesine dayandırmakta ve İYUK'nun 2. maddesinde öngörülen idari işlem ve eylem niteliğinde yargı kararı verilemez hükmüne aykırı olmadığı sonucuna varmaktadır. Örneğin; Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 21.2.1997 gün, E. 1995/209, K. 1997/124 sayılı kararında; idari yargı yerlerince resen inceleme yetkisinin gereği olarak yapılan araştırma ve incelemelerin idari yargı yetkisinin kullanımına 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 2. fıkrasıyla

¹²⁶ Nak. Kumrulu, *Vergi Yargılama Hukuku*, s. 211, 212.

¹²⁷ Bkz. *Danıştay Dergisi*, Yıl 28, Sayı 94, 1998, s. 218-221.

getirilen sınırlamaya aykırı olmadığı içtihadında bulunulmuştur. Danıştay, bu kararında şu görüşü savunmuştur: “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 20. maddesinin 1. bendinde, Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinin bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapacakları hükme bağlanmakla idari yargılama hukukunda resen araştırma ilkesi benimsenmiştir.

Bu ilke uyarınca idari yargı yerleri, uyuşmazlık konusu olayın hukuki nitelendirmesini yapmak, olaya uygulanması gereken hukuk kurallarını belirlemek ve sonuçta hukuki çözüme varmak yönlerinden tam bir yetkiye sahip oldukları gibi maddi olayı belirleme yönünden de her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliklerinden yaparak iddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığını serbestçe araştırabilir, tarafların hiç değinmedikleri olayları ve maddi unsurları araştırıp, maddi olayın çözümünü için gerektiğinde bilirkişi incelemesi de yaptırabilirler. Bu tür inceleme ve araştırmaların resen inceleme yetkisinin gereği olarak yapılması, idari yargı yetkisinin kullanımına 2577 sayılı Kanun’un 2. maddesinin 2. fıkrasıyla getirilen sınırlamaya aykırı değildir.

Taraflar arasında uyuşmazlık doğuran tarhiyat, yükümlünün defter ve belgelerinde gösterdiği doküma tezgahlarının, ticaret ve sanayi odasınca bildirilen fiyattan düşük gösterilmesi nedeniyle uygulandığından, yükümlünün ticaret ve sanayi odasınca fiyatları bildirilen tezgahların, imal ve satışı yapılan tezgahlara teknik, fonksiyonel ve ekonomik açıdan benzemediği için tarhiyata bu fiyatların esas alınamayacağına ilişkin iddialarının doğruluk derecesi yönünden bilirkişi incelemesi yaptırılmaksızın sonuca ulaşılması ve bu tür incelemenin yargı yerinin idarenin yerine geçmesine yol açacağıyla görüşüyle verilen direnme kararında hukuka uygunluk bulunmamıştır”.¹²⁸

Danıştay’ın 2577 sayılı İYUK’nun 20. maddesinde belirtilen resen araştırma ilkesine dayalı olarak mahkemelerin davanın esası hakkında karar vereceğini, bu kararın İYUK’nun 2. maddesinde ifade edilen idari işlem veya eylem niteliğinde mahkemelerin karar verilemeyeceği şeklindeki kuralına aykırı olmadığını ifade eden bu görüşü haklı olarak Duran tarafından eleştirilmektedir. Duran’a göre mahkemelerin yargılama evresinde resen hareket etme ilkesine sahip olmaları hiç bir şekilde yargının idari işlem ve eylem niteliğinde karar veremeyeceği yasağını delmeye yetmez. Yazara göre, idari yargıda geçerli olan re-

¹²⁸ A. g. e., s. 246-248.

sen araştırma ilkesi, idari yargı yerlerinin uyuşmazlığa yol açan olay ve olguları aydınlığa kavuşturmak ve davayı çözümlmek için gerekli tüm bilgi ve belgeleri, taraflar ileri sürmemiş ve iletmemiş olsalar bile kendiliklerinden araştırıp elde etmeye yetkili olduklarını gösterir. Bir başka deyişle, idari yargıda soruşturma ve araştırma; kanıtları sağlamak ve değerlendirmekten ibaret olup, verilecek hükümde yer almaz. Yazar, vergi mahkemelerinin yapacakları araştırma ve soruşturma ile bilirkişi incelemesi sonucu kanıya vararak idari işlemi iptal edebileceklerini ancak doğrudan idari işlem veya eylem niteliğinde hüküm tesis edemeyeceklerini ifade etmektedir.¹²⁹

2. İptal Davası Olduğu Yönündeki Kararlar

Danıştay bazı içtihatlarında kimi vergi uyuşmazlığı davalarının iptal davası olduğu içtihadında bulunmuştur. Söz konusu içtihatlarda dikkati çeken nokta, kimi vergi uyuşmazlığı davalarının açıkça iptal davası olarak nitelendirildiğidir. Aşağıda, kimi vergi uyuşmazlığı davalarının iptal davası olduğu yönündeki içtihatlara temas edilecektir.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 6.2.1997 tarih ve E.1996/258, K.1997/117 sayılı kararında; düzeltme ve şikayet isteminin reddi yolunda kurulan işleme karşı açılan davaların iptal davası olduğu, işlemin iptali ile birlikte ret ve iadeye de hüküm verilmesi gerekmediği, kararda faiz isteminin karşılanmamış olmasının bozma nedeni oluşturmayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Bu kararda davacı; Vergi Dava Daireleri Genel Kurul kararının ret ve iadeye hükmedilmemesi, vekalet ücreti ve yasal faiz istemi yönünden düzeltilmesini istemiş ancak bu istem oybirliğiyle Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nun yukarıdaki kararıyla reddedilmiştir. Danıştay Vergi Daireleri Genel Kurulu; karar düzeltme talebini şu gerekçeyle reddetmiştir: *"...Danıştay Vergi Davaları Genel Kurulu'nun 17.5.1996 günlü ve E:1995/74, K:1996/234 sayılı kararıyla; Maliye Bakanlığı'nca kurulan olumsuz işlemin konu yapıldığı bu davanın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 1/a fıkrasında belirtilen iptal davası olduğu, iptal davalarının özelliği gereği yargı yerlerinin, davaya konu olan idari işlemin unsurlarında hukuka aykırılık olup olmadığını araştırarak aykırılık saptandığında işlemi iptal yetmekle yetineceği, kurulun bozma kararı uyarınca verilen*

¹²⁹ Fazla bilgi için bkz. Duran, *Vergi Davalarının Çözümü (II)*, s. 73, 74.

kararda da Danıştay Yedinci Dairesi'nin, Maliye Bakanlığı'nun olumsuz işlemini iptal ettiği, iptal davalarının özelliği gereği ve dava bir alacak davası olmadığından verilen kararda, faiz isteminin ve iptal kararı sonucuna göre geri verilmesi gereken miktarın hüküm altına alınmasına olanak bulunmadığı ayrıca, alacak davası olarak nitelenemeyecek bu davanın kabulü nedeniyle davacı lehine maktu avukatlık ücretine hükmedilmesinde de yasaya aykırılık görülmediği gerekçesiyle istem reddedilmiştir" demektedir ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54. maddesinde, Danıştay tarafından verilen yargısal kararlar hakkında, bu maddede yazılı sebeplerle kararın düzeltilmesinin istenebileceği belirtildiğinden ve dilekçe sahibinin ileri sürdüğü sebeplerin bunlardan hiç birisine uymadığından istemin reddine oybirliğiyle karar verildiği bildirilmektedir.¹³⁰

Benzer şekilde; Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu; 19.06.1992 tarih ve E.1991/556, K.1992/290 sayılı kararında iptal davasında faize hüküm verilmesine gerek bulunmadığı ifade edilmiştir. Bu kararında Danıştay; "Sosyal Sigorta Kurumu Genel Müdürlüğü'nün maliki bulunduğu taşınmazlar için ödediği Emlak vergisinin iade edilmeyeceği yolundaki işlemin iptali ve söz konusu verginin tahsil tarihinden itibaren kanuni faiziyle birlikte iadesi istemiyle açtığı davayı kısmen kabul eden Danıştay 9. Daire kararının, faiz isteminin kararda karşılanmadığı ileri sürülerek bozulması istenmektedir.

Dosyadaki belgelerin incelenmesinden, davacı Kurumun, düzeltme ve şikayet yollarını izleyerek yaptığı başvurunun reddi yolunda kurulan olumsuz işlemin davaya konu yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu yol izlenerek açılan dava, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 1/a fıkrasında yazılı olan iptal davasıdır.

Iptal davasının özelliği gereği yargı yerleri, davaya konu yapılan idari işlemin öğelerinde hukuka aykırılık olup olmadığını araştırır ve aykırılık saptandığı takdirde idari işlemi iptal etmekle yetinirler.

Temyiz istemine konu yapılan Kararda Danıştay 9. Dairesi, ödenen verginin iade edilmeyeceği yolundaki işlemi yasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Yukarıda açıklanan niteliği gereği dava, bir alacak davası olmadığından, yargı yerince verilen kararda kanuni faiz isteminin de hüküm altına alınmasına ola-

¹³⁰ Bkz. *Danıştay Dergisi*, Yıl 28, Sayı 94, 1998, s. 221-223.

*nak bulunmamaktadır” demekte ve temyiz olunan kararın yasaya uygun olduğu gerekçesiyle temyiz istemini oybirliğiyle reddetmektedir.*¹³¹

Yukarıda da bahsedildiği üzere Danıştay kimi kararlarında vergi davalarını iptal davası olarak nitelendirerek vergi mahkemesinin bizzat matrah takdir etmesini hukuka aykırı bulunmaktadır. Gerçekten de Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunun 1.12.1989 tarih ve E. 1989/29, K. 1989/120 sayılı kararında; Takdir Komisyonlarının Vergi Usul Kanunu’nun 72. maddesi gereğince inceleme yetkisini haiz olduklarından, inceleme raporu düzenlemeden takdire sevk edilen konularda somut verilere dayanarak matrah takdir etmelerinin gerekli olduğu, Takdir Komisyonu’nun bu şekilde yapması gereken incelemenin yargı yerince yapılmasının 2577 sayılı Kanun’un 2. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı olduğu fikrini benimsemiştir. Kararın hüküm kısmında şu ifadeler yer verilmektedir. “İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesinin (2) işaretli fıkrasında idari yargı yetkisinin, idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu, idari mahkemelerin, yerindelik denetimi yapamayacakları, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremeyecekleri hükme bağlandığından; idari davaların görülmesi sırasında idari mahkemelerin her türlü bilgi ve evrakı isteyerek değerlendirebileceklerini kurala bağlayan aynı yasanın 20. maddesinin (1) işaretli fıkrası hükmü sadece dava konusu yapılan idari işlemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi amacını taşımaktadır. Bu işlem yerine nitelik ya da nicelik yönünden farklı bir işlemin uygulanması gerektiği belirlendiği takdirde mahkemelerin, olması gereken hüküm altına almaları, 2577 sayılı Kanun’un (2) işaretli fıkrasında yazılı kurala aykırı olacaktır.

Bu nedenlerle, Vergi Usul Kanunu’nun 30. maddesi ile 72, 74, 74 ve 75. maddelerinden dolayı vergi idaresi tarafından yapılması gereken işlemlerin vergi mahkemesi tarafından yapıp, sonucuna göre tarh matrahının belirlenmesi, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun, idari yargı yetkisinin kullanımına çizdiği çerçeveye aykırıdır” diyerek oyçokluğu ile istemi reddetmiştir.

Bu karara konulan karşı oy yazısında ise şu görüşlere yer verilmiştir: “Yerel mahkemenin hukuka uygunluk denetimi yaparken bu hukuki durumu saptaması gerekirken, takdir komisyonu kararının dayanaksız oldu-

¹³¹ Bkz. *Danıştay Dergisi*, Yıl 23, Sayı 87, 1993, s. 149- 151.

ğunu ve idarenin yerine geçerek karar veremeyeceğini ileri sürmesi yukarıda açıklanan hukuki duruma ters düşmektedir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde, yargı yerlerinin idarenin yerine geçemeyeceği öngörülmekle birlikte aynı maddede yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak ve idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemeyeceği de hüküm altına alınmıştır. Yukarıda açıklandığı veçhile kanunda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak ve idarenin sahip bulunduğu takdir yetkisine dayanarak verilmiş bulunan takdir komisyonu kararına müstenit tarh işlemini iptal eden vergi mahkemesi kararı, anılan 2. maddenin özüne ve sözüne aykırı bulunmaktadır.

Diğer taraftan davacının iddiası üzerine... Vergi mahkemesinin niyabetiyle kaza yükümlü kurum için emsal alınan kurum kayıtlarını inceleyen vergi mahkemesinin, iki kurum arasındaki ilişkiler açısından da bir inceleme ve araştırma yapılması gerektiği yolundaki Danıştay 3. Dairesi'nin bozma kararına uymamasındaki çelişkiyi önlemek de mümkün değildir. Hukuken katılma imkanı bulamadığımız çoğunluk kararına göre beyanname vermeyen, istenmesine rağmen defter ve belgelerini ibraz etmeyerek ticari faaliyetlerini, ticari ilişkide bulunduğu kişi ve kuruluşların bildirilmemesi nedeniyle gerçek gelirin incelenmesi, araştırılması ve saptanması imkanını idareye tanımayan yükümlüler vergi de vermeyeceklerdir. Her halde idari yargının görevi vergilendirme ile ilgili ödevlerinin hiçbirini yerine getirmeyen yükümlülerin vergi vermesini sağlamak değildir. Açıklanan nedenlerle vergi mahkemesinin ısrar kararının bozulması görüşüyle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.¹³²

Danıştay'ın aşağıda bahsedeceğimiz kararında ise vergi uyuşmazlığı davası açık bir şekilde iptal davası olarak nitelendirilmemekte, kararın incelenmesi sonucu örtülü bir şekilde vergi davasının iptal davası olduğu sonucu çıkartılmaktadır. Gerçekten de, Danıştay 3. Dairesi'nin 15.12.1989 tarih ve E. 1989/1325, K. 1989/2825 sayılı kararında vergiyi doğuran olayı ortaya koyan tespitlerin bulunmaması halinde olayın tespitine ilişkin inceleme ve araştırmaların idari yargı yerlerince yapılmasının olanaklı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Kararın hüküm kısmında; "2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 2. fıkrasında 'İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler, yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine

¹³² Karar hakkında fazla bilgi için bkz. *Danıştay Dergisi*, Yıl 20, Sayı 78-79, 1990, s. 137-142.

getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremezler' hükmü yer almıştır. Maddede yer alan idari yargı yetkisinin hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olduğu yolundaki hükümle İdarenin yaptığı her türlü idari işleme karşı dava açılması durumunda yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden hukuka uygun olup olmadığının araştırılması, sonuçta işlem hukuka uygun ise davanın reddine, hukuka aykırı ise işlemin iptaline karar verilmesi amaçlanmış olup, başka bir ifade ile işlemin değiştirilmesi, yeni bir işlem haline getirilmesi veya idarenin takdir yetkisinin kaldırılması yolunda karar verilmesi ve yargı yerinin idare yerine geçerek işlem tesis etmesi önlenmek istenmiştir.

İdari yargı yerlerinin hukuka uygunluk denetimi sırasında bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapabilecekleri hususu İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Ancak bu incelemenin kapsamının idari işlemin meydana getirilmesinde idarenin izlediği yol ve uyguladığı yöntemlerle sınırlı olması gerekmektedir.

Vergi dairelerince yapılan tarh işlemlerinde de vergiyi doğuran olaya ilişkin idarece yapılan tespitler veya matrahın saptanmasına ilişkin hesaplamalarla ilgili her türlü inceleme ve araştırmayı talep olmasa dahi vergi mahkemeleri yapabileceklerdir. Vergiyi doğuran olayı ortaya koyan bir tespit yoksa mahkemelerin vergiyi doğuran olayın tespitine ilişkin bir inceleme ve araştırmaya girmeleri söz konusu olamayacaktır.

Bu açıklamalar karşısında, uyumsuzluk konusu olayda idarece yapılan tarh işleminde, mükellefin defter ve belgelerinin incelenmesi sonucu düzenlenen tutanakla tespiti yapılan hususlar matrahın hesaplanmasında dikkate alınmayarak başka bir yöntem kullanılmışken, vergi mahkemesince idarenin yerine geçilmek suretiyle, tutanaklar tenkit konusu yapılmaksızın tespit edilen konularla ilgili yeni bir matrah farkı yaratılmak suretiyle tarh işleminin değiştirilmesinde isabet görülmemiştir."¹³³ denilerek örtülü bir şekilde vergi davalarının iptal davası olduğu sonucuna varılmıştır.

3. Kendine Özgü Dava Olduğu Yönündeki Kararlar

Sayıları çok az da olsa Danıştay'ın kimi kararlarında vergi uyumsuzluğu davalarının kendine özgü dava olduğu görüşü savunulmak-

¹³³ Kararın tam metni için bkz. a. g. e., s. 171-174.

tadır. Örneğin, Danıştay 7. Dairesi'nin 12.4.1985 tarih ve E. 1984/3570, K. 1985/1039 sayılı kararında şu görüş savunulmuştur: *"Takdir komisyonlarının tahmin ve takdir olunan matrahlara karşı vergi daireleri tarafından mahkemelerde açılan davalar idari yargıdaki iptal ve tam yargı davalarına benzerlik arz etmekle beraber kendine özgü ilkeleri bulunan ve bu dava türlerine benzemeyen tarafları da vardır. Nitekim 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesi 2. fıkrasındaki, bu kanun ve yukarıdaki fıkra uyarınca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na atıfta bulunulan haller saklı kalmak üzere vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanunu'nun ilgili hükümlerinin uygulanacağına ilişkin hüküm de vergi ihtilafının diğer idari dava türlerinden farklı olduğunu açıkça göstermektedir. Bu davaların niteliği, maddi değer saptanması göz önüne alınırsa, vergi mahkemelerinin yapacakları araştırma, soruşturma ve bilirkişi incelemesi sonucu edindikleri kanıya varırken, yasaya aykırı gördükleri takdir komisyonu kararının iptali ile yetinmeyip daha ileri giderek anlaşmazlığı çözüme ulaştırmaları gerekir. Mahkemenin anlaşmazlığı çözmek için verdiği karar ise, idarenin yerine geçerek karar verme anlamına gelmez."*¹³⁴ Danıştay 7. Dairesi'nin vermiş olduğu bu karar, Danıştay Vergi Daireleri Genel Kurulu'nun; 14.11.1986 tarih ve E. 1986/16, K.1986/18 sayılı Kararıyla aynı gerekçeyle onaylanmıştır.¹³⁵ Mahkemenin anlaşmazlığı çözmek için verdiği kararın idarenin yerine geçerek karar verme anlamını taşımayacağını ifade eden Danıştay'ın bu görüşü, yukarıda, bu bölümün (1) numaralı kısmında kendisine yollama yapılan Duran'ın görüşü doğrultusunda isabetsiz olduğu açıktır.

SONUÇ

Vergi uyuşmazlığı davalarının kuramsal niteliğini saptamaya yöneldiğimiz bu çalışmadan beş adet önemli sonuç çıkmaktadır. Yukarıda vergi uyuşmazlığı davasının kuramsal niteliği kısmındaki Danıştay içtihatları bölümünde de görüldüğü üzere vergi davalarının kuramsal niteliği konusunda Danıştay içtihatları arasında çelişkiler bulunmaktadır. Anayasa'nın 125. maddesinin 4. fıkrası ile 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 2. fıkrası olduğu müddetçe Danıştay içtihatları arasında sürgit bir çelişki bulunacak ve Danıştay hiç bir şekilde vergi uyuşmazlığı davalarının kuramsal niteliğini tam olarak belirleyemeyecektir. Bu

¹³⁴ DD, S. 60-61, s. 334-335, nak. Kumrulu, *Vergi Yargılama Hukuku*, s. 224, 225.

¹³⁵ Bkz. Kumrulu, *a. g. e.*, s. 226.

açından çalışmamızdan çıkan ilk sonuç; Anayasa'nın yargı yolu başlıklı 125. maddesinin 4. fıkrası ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun idari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı başlıklı 2. maddesinin 2. fıkrasının kaldırılması gerekliliğidir. Anayasa'nın 125. maddesinin 4. fıkrasında; yargı yetkisinin, idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu, yürütme görevinin, kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari işlem ve eylem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak ölçüde yargı kararının verilemeyeceği ifade edilmiş ve bu hüküm 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "*idari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı*" başlıklı 2. maddesinin 2. fıkrasında; idari yargı yetkisinin, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu, idari mahkemelerin yerindelik denetimi yapamayacakları, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemeyeceği şeklinde ifade edilerek, Anayasa'nın söz konusu hükmü pekiştirilmiştir.

Uygulamada Danıştay, mahkemelerin; gerek matrah belirleyebileceğini gerekse vergi cezalarını daha alt kademe vergi cezalarına dönüştürebileceğini, örneğin kaçakçılık cezasını ağır kusur cezasına çevirebileceği yönünde çeşitli kararları bulunmaktadır. Danıştay matrah belirlenmesi işinde mahkemelerin araştırma yaparak örneğin 100 birimlik matrah yerine doğrusu olan 150 birim olarak matrahın belirlenmesi gerektiğini, olayda ağır kusur cezası verilmesi gerekirken kaçakçılık cezası verilmesinin hukuka aykırı olması nedeniyle cezanın ağır kusur cezasına dönüştürülmesi gerektiği şeklinde gerekçeler ileri sürmektedir. Danıştay'ın ileri sürdüğü bu gerekçeler haklı ve yargılamanın gereklerine uygun de olsa idari işlem ve eylem niteliğinde yargı kararı verilemez şeklindeki yukarıda bahsedilen mevzuatımızda öngörülen yasağı ihlal edici niteliktedir. Danıştay'ın yargılamasının gerektirdiği haklı görüşlerini yaşama geçirebilmek için Anayasa'nın 125. maddesinin 4. fıkrası ile İYUK'nun 2. maddesinin 2. fıkrasının kaldırılması mutlak bir gereksinim olarak gözükmektedir.

Yukarıda ayrıntılı olarak gördüğümüz üzere bir vergi uyuşmazlığı davasında yargıcın hem iptal hem de tam yargı yetkileri bulunmaktadır. Pozitif hukukumuzda bu hükümler olduğu müddetçe yargıcın özellikle tam yargı yetkisini kullanması neredeyse olanaksızdır.

Çünkü yargıcın tam yargı yetkilerini kullanması, idari işlem ve eylem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak ölçüde yargı kararı verme yasağı kapsamı içerisine girdiği gibi kimi durumlarda yerindelik denetimi yapma yasağı kapsamına içerisine de girebilir. Çünkü hukukilik denetimi ile yerindelik denetimi arasındaki ayrımı sağlayan nesnel ölçütler yargıcın elinde bulunmamaktadır. Halbuki kimi vergi uyuşmazlığı davalarında yargıcın tam yargı yetkilerini kullanarak davanın esası hakkında karar vermesi, vergi uyuşmazlığı davalarının niteliği gereği mutlak bir zorunluluktur.

İdari yargının olmadığı ve idare hukukunun pek fazla gelişmediği Anglo-Sakson hukukuna tabi ülkelerde bile yargı organları için böyle bir yasak öngörülmezken, hukuk devleti ilkesini yaşama geçirme bakımından kilit bir önem taşıyan idari yargı ülkemizde yaklaşık olarak 140 yıldır bulunmasına rağmen, mahkemelerin gereği gibi yargılama yapmasını önleyen pozitif hukukumuzdaki bahsedilen yasakların bulunması anlaşılır gibi değildir. Gerçekten de, Anglo-Sakson hukukuna tabi ülkelerde bile mahkemeler; daha önce geleneksel olarak tamamıyla idarenin sorumluluğu altında bulunduğu için pek fazla karışmadığı alanlara bile müdahale etmeye başlamışlardır. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nde mahkemeler idarenin uyguladığı usul ile çıkardığı düzenleme ve kuralları iptal ederek doğrudan veya dolaylı olarak idari işlem ve eylem niteliğinde kural koymaya başlamışlardır. Böylelikle mahkemeler kural koyucu bir konuma gelmişlerdir. Mahkemelerin yaptığı bu müdahale sonucu kamu idareleri, yapacakları düzenlemelerin yargı tarafından iptal edileceği endişesi duyarak, keyfi veya geliş güzel düzenleme yapma yerine hukuka uygun şekilde düzenleme yapmaya daha fazla önem vermeye başlamışlardır.¹³⁶

Çalışmamızdan çıkan ikinci sonuç; "vergi davası" kavramının mevzuatımızdan çıkartılması gerekliliğidir. Özellikle gerek 2576 sayılı Kanun'da gerekse 2577 sayılı Kanun'da vergi davası kavramına yer verilmesi vergisel uyuşmazlıklardan doğan davaların kuramsal niteliğinin saptanmasını güçleştirmekte ve sanki vergi davası adı altında ayrı bir idari dava türü varmış izlenimini vererek zihinleri karıştırmaktadır. Halbuki vergi davası adı altında hukukumuzda idari bir dava türü bulunmamakta ve yukarıda ayrıntılı olarak anlattığımız

¹³⁶ Fazla bilgi için bkz. Nich, *Administrative Law for the Criminal Justice Administrator*, s. 318, 319.

üzere vergisel uyuşmazlıklardan doğan davalar; ağırlıklı olarak iptal davası ayrıksı durumlarda tam yargı davası olmak üzere mevcut idari dava türleri içerisine girmektedir. Bu yüzden biz çalışmamızda “*vergi davası*” kavramı yerine “*vergi uyuşmazlığından kaynaklanan/doğan dava*” veya “*vergi uyuşmazlığı davası*” kavramını kullanmaya özen gösterdik.

Çalışmamızdan çıkan üçüncü sonuç; vergisel uyuşmazlıklardan doğan davalar iptal veya tam yargı davası içerisine girdiğinden ve yukarıda ayrıntılı bir şekilde bahsedildiği üzere iptal davaları ile tam yargı davası arasında çok önemli farklar bulunduğundan iptal davası ile tam yargı davası arasında gerek idari ve yargısal usul, gerekse öze ilişkin olarak farklı düzenlemelere gidilmesi gerektiğidir. Mevcut durumda, vergisel uyuşmazlıklardan doğan davaları, tam yargı veya iptal davası olarak nitelendirmenin davaya taraf olma ehliyeti ve iptal kararının herkes için geçerli olması esas dışında önemli bir anlamı bulunmamaktadır. Hukukumuzda yargıcın tam yargı yetkileri, evrensel niteliğine uygun olarak, yargıcın, davanın gerektirdiği bütün yetkileri kayıtsız ve koşulsuz olarak kullanarak davanın esas hakkında karar verme yetkisi olarak belirtilirse, vergisel uyuşmazlıklardan doğan davaların vergi yargısının niteliğine uygun olarak daha etkin bir şekilde çözüme kavuşturulabileceğini ve vergi uyuşmazlıkları davalarının ti-polojilerini daha doğru belirleyebilmek açısından fayda sağlayabileceğini ifade etmek olanaklıdır.

Gerçi, yargıcın davanın gerektirdiği bütün yetkileri kayıtsız ve şartsız olarak kullanarak davanın esas hakkında işlem tesis etmesi yargıcın İdarenin yerine geçerek işlem tesis etmesi anlamını taşıyacağı bunun da erkler ayrılığı (seperation of powers) ilkesine aykırı düşeceği söylenebilir. Ancak, kanımızca, bu durumun erkler ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Çünkü, yargıcın söz konusu nitelikte yetki kullanarak davanın esas hakkında karar vermesi; hukuka uygun olarak işlem tesis etmeyen İdare yerine yargıcın hukuka uygun olarak işlem tesis etmesi anlamını taşır. Bir başka deyişle, hukuka uygun olarak işlem tesis etmesi gerektiği hâlde hukuka aykırı olarak işlem tesis eden İdare yerine yargıcın hukuka uygun olarak işlem tesis etmesi anlamını taşır. Hukuk devletinde, İdarenin hukuka uygun olarak idari işlem tesis etme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Çalışmamızdan çıkan dördüncü sonuç, vergisel uyuşmazlıkların çözümünde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) ve Vergi

Usul Kanunu (VUK)'nın ilgili hükümlerine yollama yapılmasından kaçınılmasıdır. Daha somut bir deyişle, 2577 sayılı Kanun'un 30. maddesinin 2. fıkrasındaki; vergi uyuşmazlıklarının çözümünde HUMK ve VUK'nun ilgili hükümlerinin uygulanacağını belirten hükmünün kaldırılması gerekir. Duran'ın isabetli olarak belirttiği üzere vergi uyuşmazlıklarına ilişkin VUK sisteminin idari yargıya boca edilmiş olması vergi yargısı, daha somut bir deyişle vergisel uyuşmazlıklardan doğan davaların niteliğini belirlemek açısından bir takım sorunlara yol açmaktadır.¹³⁷ İdare ve vergi mahkemeleri kurulmadan önce, idari organ niteliğinde bulunan vergi itiraz komisyonları ile Vergi Temyiz Komisyonu'nun vergi uyuşmazlıklarını çözümlemesi ilkesine dayalı olarak Vergi Usul Kanunu'na konulan ilgili hükümlerin vergi uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacağını belirtilmesi kanımızca vergi yargısının niteliğine de aykırıdır. Çünkü vergi mahkemesi, vergisel uyuşmazlıkların çözümünde idari organ gibi taraf konumunda bulunmamakta, ağırlıklı olarak vergilendirme işlemleri sürecinin nesnel hukuk açısından bir sakatlık taşıyıp taşımadığını incelemektedir. HUMK'ya yollama yapılmaması şeklindeki tezimizin gerekçesi ise aşağıda açıklanmaktadır.

Çalışmamızdan çıkan son sonuç ise, vergi yargısının niteliğine uygun çalışmasını sağlamak ve vergi davalarının kuramsal niteliğini doğru saptayabilmek açısından; vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanunu'na yollama yapılmasından vazgeçilmesinin yetmediği; ayrıca, vergi yargısının da içerisinde yer aldığı idari yargının kendisine özgü kurum ve kurallarla işletilmesinin idari yargının niteliğinin gereği olmasıdır. Bu amaçla her şeyden önce, idari yargılama usulünde, HUMK'nın bir kısım hükümlerinin uygulanacağını belirten 2577 sayılı Kanun'un 31. maddesinin 1. fıkrasının kaldırılması gerekir. Çünkü eşit konumda bulunan kişiler arasında doğan uyuşmazlıkların yargılanmasında uyulacak kuralları düzenleyen HUMK'da öngörülen kurum ve kuralların idari yargının niteliğine uygun düşmesi olanaklı değildir. İdari yargının adli yargıya bağımlılığı sürdüğü müddetçe vergi davalarının kuramsal niteliği konusunda sürgit bir tartışma olacağı ve vergi yargısı ile içerisinde bulunduğu idari yargının derin krizlere sürükleneceğinden hiç kimsenin kuşkusunun bulunmaması gerekir.

¹³⁷ Duran, *Vergi Davalarının Çözümü (II)*, s. 72.

KAYNAKÇA

- Alan, Nuri, İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartları, *Danıştay Dergisi*, Yıl 13, Sayı 50-51.
- Ağar, Serkan, Vergi Davalarının Hukuki Niteliği, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 62, Ocak/Şubat 2006.
- Azrak, Ali Ülkü, İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler, *Onar Armağanı*, İstanbul Üniversitesi yayınlarından No: 2354, Hukuk Fakültesi No: 530, Fakülteler Matbaası, İstanbul-1977.
- Black's Law Dictionary With Pronunciations*, Fifth Edition, West Publishing Company, USA, 1979.
- Candan, Turgut, Vergi Uyuşmazlıkları ve İdari Davalar, *Danıştay Dergisi*, Yıl 14, Sayı 54-55, 1984.
- Duran, Lütfi, İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü (I). (Kısaltılmışı; Vergi Davalarının Çözümü (I)), *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 20, Sayı 4, Aralık 1987.
- İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararıyla Vergi Davalarının Çözümü (II) (Kısaltılmışı, Vergi Davalarının Çözümü (II)), *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 21, Sayı 1, Mart 1988.
- Gözübüyük, A. Şeref, *Yönetmelik Yargı*, 6. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1983.
- Gözübüyük A. Şeref, Tan Turgut, *İdare Hukuku*, Cilt 2 İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1999.
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir 2003.
- Hakeri, Hakan, *Sorularla Ceza Hukuku*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 94, Birinci Baskı, Ankara, 2005.
- Kuru, Baki, *Tespit Davaları*, AÜHF Yayınları No:186, Ankara, 1963.
- Kuru Baki, Arslan Ramazan, Yılmaz Ejder, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, "S" Yayınları, Ankara, 1986.
- Kumrulu, Ahmet, Vergi Davalarının Kuramsal Niteliği Üzerine Düşünceler in *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, Üçüncü Kitap Çeşitli İdare Hukuku Konuları. 1-4 Mayıs 1990, Danıştay Matbaası, Ankara, 1992.

- , Vergi Yargılama Hukukunun Kuramsal Temelleri İşlev-Yapı-İlkeler-Nitelik, Yayınlanmamış, Ankara,1989.
- Nich, Vernon, *Administrative Law for the Criminal Justice Administrator in Law and the Administration of Justice*, Volume Coordinator Vernon Nich, Southern Illinois University, Carbondale, John Wiley & Sons, Inc. 1975.
- Öncel Mualla, Kumrulu Ahmet, Çağan Nami, *Vergi Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül 2006.
- Önen, Ergun, *İnşai Dava*, AÜHF Yayınları No:459, Olgaç Matbaası, Ankara 1981.
- Özyörük, Mukbil, *İdare Hukuku, İdari Yargı Ders Notları*, Ankara, 1975.
- Rice J. Steven, *Introduction to Taxation*, 1994 Edition, South-Western Publishing Co., Cincinnati, Ohio, USA.
- Tekgündüz, Metin, *İdari Dava Türleri ve Vergi Davası, Danıştay Dergisi*, Yıl 13, Sayı 50-51, 1983.
- Turmangil, Civan, *Vergi Davasının Hukuki Niteliği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XXXIX, 1982-1987, Sayı 1-4.

TASARRUFUN İPTÂLİ DAVALARININ KONUSU (İİK m. 278, 279, 280)

Talih UYAR*

İİK m. 277/I'de; iptal davasının, "İİK 278, 279 ve 280. maddelerinde yazılı tasarruflar nedeniyle açılabilirliği" belirtilmiştir (İİK m. 277).*

I. Maddede kullanılmış bulunan "tasarruflar" sözcüğünün hatalı olduğu doktrinde¹ belirtilmiştir. Gerçekten, borçlunun "İİK m. 277 anlamında iptal edilebilen tasarrufları" sadece "malvarlığındaki bir hakka doğrudan etki yaparak, o hakkı başkasına nakleden veya sınırlayan, külfet yükleyen veya değiştiren veya sona erdiren hukukî işlemler" olarak tanımlanan² tasarruf işlemlerinden (tasarrufi muameleler) ibaret bulunmadığı gibi, tasarruf işlemlerinin ancak bir bölüm olarak dahil olduğu ve doktrinde³ "hukukî bir sonuç doğurmak üzere yapılan irade beyanları" olarak tanımlanan "hukukî işlem"lerden ibaret değildir. Bu madde gereğince iptali söz konusu olanlar, "hukukî işlem" kavramından daha geniş olan, onu da içeren ve doktrinde⁴ "kendisine hukuk düzenince hukukî bir sonuç bağlanmış olan beşeri (insan) fiilleri" olarak tanımlanan hukukî fiiller'dir.⁵ Nitekim kaynak yasanın Almanca metninde, bu konuda "tasarruf" değil "hukukî fil" kavramı yer almaktadır.⁶ Bu nedenle, İİK m. 277 vd.

* Av., İzmir Barosu.

¹ Umar, B., *Türk İcra; İflâs Hukukunda İptâl Davası*, 1963, s. 54 vd.

² Tuhr, von, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, C. 1-2, 1983, s. 189; Schwarz, A. B., *Borçlar Hukuku*, 1948, s. 163; Ayiter, K., *Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri*, 1953, s. 13.

³ Ataay, A., *Medeni Hukukun Genel Teorisi*, 1980, s. 317 vd.; Oğuzman, K., *Medeni Hukuk Dersleri*, 1994, s. 106 vd.; Özsunay, E., *Medeni Hukuka Giriş*, 1986, s. 318 vd.; İmre, Z., *Medeni Hukuka Giriş*, 1980, s. 205 vd.; Zevkliler, A. / Acarbey, M. B. / Gökyayla, K. E., *Medeni Hukuk (Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku)*, 1999, s. 131 vd.

⁴ Ataay, A., a. g. e., s. 310 vd.; Oğuzman, K., a. g. e., s. 99; Özsunay, E., a. g. e., s. 319; İmre, Z., a. g. e., s. 207; Zevkliler, A. / Acarbey, M. B. / Gökyayla, K. E., a. g. e., s. 129.

⁵ Umar, B., a. g. e., s. 54 vd.; Gürdoğan, B., *İflâs Hukuku Dersleri*, 1966, s. 222, dipn. 615; Sarısözen, İ., *İcra ve İflâs Hukukuna Göre İptal Davasında Yargılama Usulü* (ABD 1977/1, s. 52 vd.)

⁶ Umar, B., a. g. e., s. 54 vd.; Üstündağ, S., *İflâs Hukuku*, 2007, s. 294.

geçen “tasarruf” kavramını, “hukukî işlem”leri, “hukukî fiil”leri de içerir şekilde, en geniş anlamıyla kabul etmek gerekir.⁷ Örneğin, borçlunun “*protesto çekmemesi*”, “*haksız bir ödeme emrine itiraz etmemesi*”, “*zamanaşımı def’inde bulunmaması*”, “*davaayı kabul etmesi*”, “*davadan feragat etmesi*”, “*yeminden çekinmesi*”, “*kanun yoluna başvurmadan kaçınması*”, “*hukukî işlem*” olmadığı halde birer “*hukukî fiil*” sayılır ve iptal davasına konu yapılabilir.⁸ Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi⁹ “*borçlunun anlaşmalı olarak hakkında icra takibine geçen alacaklının*” yaptığı takibe itiraz etmemesi yani ‘*itirazdan kaçınması*’ halinde, bu davranışa karşı, asıl alacaklıların iptal davası açabileceğine” karar vermiştir. Yargıtay’da, “*borçlunun ‘muvazaalı olarak kardeşine borçlanıp kendisi hakkında takip yaptırıp, taşınmazlarını haciz ettirmesi işleminin, iptal davasına konu edilebileceğini*”¹⁰ belirtmiştir.

Şu halde, borçlunun gerek “*dava dışındaki*”, gerek -sulh, feragat, kabul gibi- “*icra takibi içindeki*” en geniş anlamı ile hukukî işlemleri, iptal davasına konu olabilecektir¹¹ Kısaca, borçlunun; alacakları aleyhine malvarlığını azaltıcı nitelik taşıyan her türlü -en geniş anlamı ile- hukukî işlemleri, iptal davasına konu olabilir.

İptal davasına konu olan işlemler -kural olarak- maddi hukuk bakımından tamamen geçerli olan ve alacaklıları zarara sokan işlemlerdir.¹² Örneğin, borçlunun tapuda geçerli bir şekilde yaptığı “*satış işlemi*”nin,¹³ “*ipotek işlemi*”nin,¹⁴ noterde düzenlediği “*âdi ortaklığın fesihine ilişkin sözleşme*”nin,¹⁵ “*tapuya şerh verilerek güçlendirilmiş taşınmaz satış vaadi sözleşmesi*”nin,¹⁶ “*kişisel hakların kuvvetlendirilmesi için tapuya verilen şerh*”lerin,¹⁷ “*ölünceye kadar bakma sözleşmesi*”nin,¹⁸ (İİK m. 278/

⁷ Kuru, B., *İcra ve İflâs Hukuku*, C: 4, 1997, s. 3410; Kuru, B., *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, 2004, s. 1197.

⁸ Umar, B., *a. g. e.*, s. 54, dipn. 4; Üstündağ, S. *a. g. e.*, s. 294.

⁹ Bkz. BGE, 65 III, s. 133 naklen: Üstündağ, S., *Medeni Yargılama Hukuku*, C: 1-2, 2000, s. 762.

¹⁰ Bkz. 15. HD 15.9.1990 T. 3485/3290.

¹¹ Üstündağ, S., *a. g. e.*, s. 294.

¹² Bkz. 15. HD 16.6.2003 T. 2821/3199.

¹³ Bkz. 17. HD 30.10.2007 T. 4356/3297; 9.10.2007 T. 3874/3051; 15. HD 14.7.2006 T. 726/4171; 23.10.2004 T. 3310/5282 vb.

¹⁴ Bkz. 15. HD 3.7.1989 T. 1864/3207; 13. HD 18.11.1982 T. 7676/6882 vb.

¹⁵ Bkz. 13. HD 3.5.1982 T. 2826/3119.

¹⁶ Bkz. 15. HD 30.9.2002 T. 3158/4300; 30.9.1995 T. 3945/4845; 26.1.1990 T. 5153/160 vb.

¹⁷ Bkz. 15. HD 15.5.2002 T. 1010/2526.

¹⁸ Bkz. 13. HD 16.4.1974 T. 640/925.

III-3) “alacağın temlik işleminin”,¹⁹ “bir taşınır ya da taşınmaz malın başkasına bağışlanması”nın, “borç ikrarında bulunması”nın, “ticari işletmesini üçüncü bir kişiye devretmesi”nin vs. iptali için, “iptal davası” açılabilir.

II. Buna karşın;

a. “Maddi hukuk” (BK m. 20) bakımından hükümsüz olan işlemler hakkında, iptal davası açılmasına gerek yoktur.²⁰ Çünkü, bu gibi durumlarda, tasarruf konusu mal ya da hak, borçlunun malvarlığından çıkmamıştır. Hükümsüz olan bu tasarrufa dayanarak, üçüncü kişinin “istihkak davası” açması halinde (İİK m. 97; 228) davalı alacaklı (iflâsta; iflâs masası) savunma yoluyla “hükümsüzlük iddiası”nı ileri sürebilir. Buna karşın, alacaklı (İİK m. 99) ya da iflâs idaresinin, üçüncü kişiye karşı açtığı istihkak davasında, davacı-alacaklı ya da iflâs idaresinin, “üçüncü kişinin o malı hükümsüz bir tasarruf sonucunda ele geçirdiğini ve bu nedenle, malın borçluya ait olduğunu” kanıtlaması gerekir. Görüldüğü gibi, aslında ayrı nitelikte davalar olmalarına rağmen gerek “istihkak davası”nın ve gerekse “iptal davası”nın amacı aynı olup, bu da alacaklılarına zarar vermek isteyen borçlunun tasarruflarına karşı alacaklıları korumaktadır.²¹ Bu amaca, istihkak davasında, borçlu ile üçüncü kişi arasında yapılan tasarrufun hükümsüz olması nedeniyle, “malın borçlunun malvarlığından çıkmadığı” iptal davasında da, borçlu ile üçüncü kişi arasındaki tasarrufun geçerli olduğu, malın böylece borçludan üçüncü kişinin malvarlığına geçtiği ancak, bu tasarrufun İİK 278 vd. göre iptale konu olduğu, bu nedenle davacı - alacaklının (iflâsta; iflâs masasının) “mal borçlunun malvarlığındaymış gibi, cebri icra yolu ile o malın bedelinden alacağını almak yetkisine sahip olduğu” iddia edilerek ulaşılır.

b. Takip hukuku bakımından hükümsüz olan (İİK m. 191/1, 290) işlemler hakkında iptal davası açılmasına gerek yoktur.²² Çünkü, bu

¹⁹ Bkz. 19. HD 11.3.1999 T. 1146/1615.

²⁰ Umar, B., a. g. e., s. 16; Ansay, S. Ş., *Hukuk, İcra ve İflâs Usulleri*, 1960, s. 325; Kuru, B., a. g. e., C: 4, s. 3413; Ulukapı, Ö., *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 284; Gürdoğan, B., a. g. e., s. 222; Pekcanitez, H. / Atalay, O. / Özkan, M. S. / Özekes, M., *İcra ve İflâs Hukuku*, 2007, s. 582; Muşul, T., *İcra ve İflâs Hukuku*, 2005, s. 1174; Özkaya, E., *İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları*, 2004, s. 214; 1005.

²¹ Kuru, B., a. g. e., C: 4, s. 3416; Kuru, B., *El Kitabı*, s. 1199.

²² Umar, B., a. g. e., s. 16; Gürdoğan, B., a. g. e., s. 222.

durumda, tasarruf konusu mal ya da hak, borçlunun malvarlığından çıkmamıştır.

c. “Muvazaalı işlem”ler (BK m. 18) hakkında iptal davası açılmasına gerek olup olmadığı **doktrinde** tartışmalıdır. Bu konuda “*iptal davası açılmasına gerek bulunmadığını*” ileri sürenler bulunduğu gibi, “*iptal davası açılabileceğini*” kabul edenler de vardır.

“Muvazaalı işlemler hakkında iptal davası açılmasına gerek bulunmadığını” ileri sürenlere göre²³ İİK 277 vd. göre iptal davasına konu olan tasarruflar geçerli tasarruflardır. İşlemin muvazaalı olması halinde, işlem konusu taşınır/taşınmazın mülkiyeti borçlu ile işlemde bulunan üçüncü kişiye geçmemiş olduğundan, bu durumda iptal davası açılmaz şeklen üçüncü kişinin üzerinde gözükten örneğin; aracın, taşınmazın alacaklı tarafından haciz ve satışının istenmesi gerekir...

Muvazaalı işlemler hukuki sonuç doğurmadığından, “*iptal davası*”na değil “*istihkak davası*”na konu yapılabilir: Eğer, muvazaalı tasarrufa konu yapılmış olan mal, borçlunun elinde bulunduğu için üçüncü kişi, “*istihkak davası*” açarak (İİK m. 97) ‘malın kendisine ait olduğunu’ ileri sürerse, davalı-alacaklı veya iflas masası, “*muvazaa*” iddiasını -tıpkı “*hükümsüzlük*” iddiası gibi- davaya vereceği cevapta ileri sürebilir. Eğer mal üçüncü kişinin elinde bulunduğu için (İİK m. 99), alacaklı ya da iflas masası, üçüncü kişiye karşı “*istihkak davası*” açmak zorunda kalmışsa, bu davada alacaklı veya iflas masasının ‘*üçüncü kişinin, o malı muvazaalı bir işlem sonucunda ele geçirdiğini*’ ileri sürmesi ve bunu kanıtlaması gerekir. Bir işlemin muvazaalı olmasından dolayı iptali, BK’nın 18. maddesi mümkündür. Zira muvazaada, malvarlığı devri muvazalıdır ve bu hali ile de devir gerçekten arzu edilmiş değildir. Bu nedenle de, İİK m. 277 vd. eden hükümlerin uygulanmasına ihtiyaç ve

²³ Umar, B., a. g. e., s. 17; Kuru, B., a. g. e., C: 4, s. 3413 vd.; Kuru, B., *El Kitabı*, s. 1198 vd.; Belgesay, M. R., *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, 1950, s. 264; Gürdoğan, B., a. g. e., s. 222; Muşul, T., a. g. e., s. 1173 vd.; Muşul, T., *İflas Suçları (Taksiratlı ve Hileli İflas Suçları ile Diğer İflas Suçları)*, 1998, s. 95, dipn. 285a; Muşul, T., *İcra ve İflas Hukuku ile İlgili Bilirkişi Raporları ve Hukuki Mütalâalar*, 2004, C:1, s. 833 vd., 899 vd., 907 vd. 1000 vd.; Üstündağ, S., a. g. e., s. 286; Üstündağ, S., *Medeni Usul, İcra ve İflas Hukukçuları Toplantısı*, II-III, 2007, s. 207 vd.; Karataş, İ. / Ertekin, İ., *Tasarrufun İptali Davaları*, 1998, s. 133 vd.; Deliduman, S., *Medeni Usul, İcra ve İflas Hukukçuları Toplantısı*, s. 211; Akşener, H. S., *İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları*, 2007, s. 117; Aslan, K., *Hacizde İstihkak Davası*, 2005, s. 492 vd.; Altay, S., *Türk İflas Hukuku*, C: 1, 2004, s. 670; Pekcanitez, H. / Atalay, O. / Özkan, M. S. a. g. e., s. 582.

zaruret yoktur. Burada, İİK m. 277 vd. hükümlerinin uygulanamamasının nedeni, muvazaalı işlemler ile borçlu malvarlığı dışına çıkarılmış gibi görünen malların, yine borçlu malvarlığında kalmış olması ve bu nedenle de alacaklıların müdahale alanı dışına çıkarılmamış olmasıdır... Bu bakımdan, “muvazaa iddiası” ile tasarrufun iptali davasının bir arada bulunması mümkün değildir...

“Muvazaalı işlemler hakkında iptal davası açılabilirliği” kabul edenlere göre²⁴ borçlunun muvazaalı tasarrufları hakkında İİK m. 277 vd. göre iptal davası ya da BK. m. 18’e göre muvazaalı işlemin hükümsüzlüğünün tespiti için dava açılabilir.

Muvazaa davasının iptal davasını bertaraf ettiği kabul edilecek olursa, İİK’nun 277 vd.’de öngörülen iptal davasının pratik öneme kaybolmuş olur ve bu yorum şekli borçlu ile borçlunun mal kaçırma fiiline katılan kötü niyetli üçüncü kişileri koruyucu bir sonuç yaratacağından hukuk mantığı ile bağdaşmaz.

Bu görüşlerden hangisi daha doğrudur ve uygulamada benimsenmektedir? Konunun daha iyi değerlendirilmesi için “muvazaa” hakkında şu hususların açıklanması yararlı olacaktır. Bilindiği gibi, “ *tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacı ile gerçek durumu onlardan gizleyerek kendi gerçek iradelerine uymayan ve kendi aralarında geçerli olmayan bir hususta anlaşmalarına*” muvazaa ve bu şekilde yapılan işlemlere de muvazaalı işlemler denilir.²⁵ Başka bir deyişle, muvazaa; “ *açıklanan be-*

²⁴ Esener, T., *Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler*, 1956, s. 108; Kostakoğlu, C., *Takip Hukukunda İptal Davaları* (Yasa D. 1989/8, s. 1040; Adalet D. 1989/6, s. 263 vd.); Aynı görüşte: Güneren, A., *İstihkak Davaları ile Tasarruf İptal Davaları*, 2004, s. 1017 vd.; Akkaya, T., *Alacaklıdan Mal Kaçırmaya Yönelik Muvazaalı Tasarrufların İcra ve İflas Kanunu’nda Düzenlenen İptal Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu* (*Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 2006/3, s. 681; Yıldırım, M. K., *İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları*, 1995, s. 142; Ülkü, F. M., *Muvazaa Davaları ile İptal Davaları Arasındaki İlişki*, *Manisa Bar. D.*, 1997/Tem.-Ekim, S: 62-63, s. 84; Yavuz, N., *Alacaklılardan Mal Kaçırmaya Yönelik İşlemlerin Hukuken Nitelendirilmesi Sorunu ve Bu Amaçla Yapılan Muvazaalı İşlemler Hakkındaki Yargıtay Uygulamasından Örnekler* (1986/1-2, Ocak-Nisan 1986, s. 106; Yarg. D. 1999/3, Tem./1999, s. 224; *Tür. Not. Bir. Huk. D.* Ağustos/1999, S: 103, s. 8 vd.); Kılıçoğlu, A., *a. g. e.*, s. 103; Uyar, T., *İcra ve İflas Yasasında Düzenlenen İptal Davasının Hukuki Niteliği ve Konusu*, *İBD*, 1984/10-11-12, s. 574 vd; 581); Yavuz, N., *Muvazaa, İnançlı İşlem, Nam-ı Müstear ve Kanuna Karşı Hile Davaları*, 2. Baskı, s. 140.

²⁵ Bkz. Oğuzman, K. / Seliçi, Ö. / Oktay, S., *Eşya Hukuku*, 2006, s. 301; Oğuzman, K. / Öz, T., *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 1998, s. 106; Esener, T., *a. g. e.*, s. 7; *Borçlar Hukuku*, s. 83; Feyzioğlu, F., *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, C: 1, 1976, s. 187; Tekinay, S. S., *Borçlar Hukuku*, 1979, 358; Önen, T., *Borçlar Hukuku*, s. 45; Reisoğlu, S., *Borçlar Hukuku*, 1981, s. 48; İnan, A. N., *Borçlar Hukuku*, 1979, s. 178; Tekil, F., *Borçlar Hukuku*,

yanlarının gerçek maksatlarına uymadıklarını bildikleri halde, âkitlerin (ta-
rafların) kastettikleri durumdan başka bir ilişkide kendilerini anlaşılmış gibi
göstermeleri hali"²⁶ " tarafların üçüncü kişiler aldatmak amacıyla kendi gerçek
iradelerine uymayan haksız eylem niteliğinde anlaşmaları"dır.²⁷

Bu tanımlardan da anlaşıldığı gibi, "muvazaalı bir hukuki işlem" den
bahsedilmek için; **a)** Tarafların iradeleri ile beyanları arasında isteyey-
rek yaratılmış bir uygunsuzluk, **b)** Üçüncü kişileri aldatmak (muva-
zaa) niyeti, **c)** Taraflar arasında gizli işlemi yaralan muvazaaa sözleş-
mesi bulunmalıdır.

Tüm "muvazaalı işlemler" de; **a)** Üçüncü kişileri aldatmak için ya-
pılmış "görünürdeki işlem", **b)** Görünürdeki işlemin taraflar arasında
hüküm ifade etmeyeceğini tesbit eden "muvazaaa anlaşması" bulunur.
Bu öğeleri içeren muvazaaya "mutlak (=âdi=basit) muvazaaa" denilir.²⁸
Bu muvazaada; taraflar aslında aralarında hukuki işlem yapmadıkları
halde üçüncü kişileri yanıltmak ve onlara karşı bir işlem yapmış gibi
görünmek amacı ile görünüşte bir işlem yapmışlardır. Örneğin; ala-
caklıların icra takibinden kurtulmak için, bir borçlu, mallarını bir ar-
kadaşına devreder ve "bu devrin gerçekte aralarında hiç bir hukukî sonuç
doğurmuyacağı" borçlu ile arkadaşı arasında kararlaştırılırsa "mutlak
muvazaaa" söz konusu olur... Eğer taraflar arasında yaptıkları bir işle-

1981, s. 70; Özsunay, E., *Borçlar Hukuku*, 1983, s. 92; Baştuğ, İ., *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 1984, s. 93; Aybay, A., *Borçlar Hukuku Dersleri*, 12. Bası, 2000, s. 46; Kaynar, R., *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 1975, s. 34; Sayman, F. H. / Elbir, H. K., *Türk Borçlar Hukuku (Umumi Hükümler)*, 1965, s. 249; Tunçomağ, K., *Türk Borçlar Hukuku*, C: 1, 1976, s. 291; Kurak, N., Muvazaaa ve Yargıtay Kararları, *Adalet D.*, 1989/4, s. 37 vd.; Sarıgöllü, E., *Muvazaaa* (ABD. 1989/4, s. 665 vd.); Postacıoğlu, İ., Nam-ı Müstear Meselesi, Vekalet ve İtimat Mukavelesi ile Muvazaanın Karşılıklı Münasebetleri, *İHFM*, 1947, S: 3, s. 1021); Postacıoğlu, İ., *Gayrimenkullerin Ferağına Müteallik Akitlerde Şekle Riayet Mecburiyeti*, s. 114; Özsunay, E., *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler*, 1968, s. 219; Uygur, T., *Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu*, 2003, C: 1, s. 728; Özkan, A., M., *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 2004, s. 115; Karahasan, M. R., *Türk Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, C: 1, 2003, s. 203; Eren, F., *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 6. Bası, 1998, s. 324 vd.; Oğuzman, K. / Öz, T., *a. g. e.*, s. 108 vd.; Oğuzman, K. / Selici, Ö. / Oktay, S., *a. g. e.*, s. 301; Akkaya, T., *a. g. m.*, s. 666; Yavuz, N., *a. g. e.*, s. 3.

²⁶ Bkz. İçt. Bir. K. 7.10.1953 T. 8/7 (RG, No: 8569; (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Yargıtay Yayınları, C: IV, Hukuk Bölümü, s. 516 vd.)

²⁷ Bkz. 4. HD 9.4.2007 T. 2654/4665.

²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Esener, T., *a. g. e.*, s. 41 vd.; Feyzioğlu, F., *a. g. e.*, s. 192; Tekinay, S. S., 360; Önen, T., *a. g. e.*, s. 47; Reisoğlu, S., *a. g. e.*, s. 49; İnan, N., *a. g. e.*, s. 179; Oğuzman, K. / Öz, T., *a. g. e.*, s. 109; Eren, F., *a. g. e.*, s. 318; Özkan, A., *a. g. e.*, s. 100; Özkaya, E., s. 173 vd.; Tekil, F., *a. g. e.*, s. 68; Özsunay, E., *a. g. e.*, s. 93; Aybay, A., *a. g. e.*, s. 47; Kurak, N., *a. g. m.*, s. 38; Sarıgöllü, E., *a. g. m.*, s. 667; Yavuz, N., *a. g. e.*, s. 4.

mi, kendi gerçek iradelerine uymayan ve sırf üçüncü kişileri yanıltmak için yaptıkları başka bir işlemin altına gizlemişlerse, bu tür muvazaaya “*nisbî (mevsuf) muvazaa*” denilir.²⁹ Bu muvazaa türünde, görüldüğü gibi, “*görünürdeki işlem*” ve “*muvazaa anlaşması*” yanında ayrıca - tarafların gerçek iradelerine uygun- bir “*gizli işlem*” bulunur. Örneğin; taraflar gerçekte “*bağışlama*” yapmak istedikleri halde, bunu “*satış sözleşmesi*” biçiminde yaparlar. Böylece, görünürdeki işlem “*satış*” olduğu halde, gizli işlem “*bağışlama*”dır.

Tarafların üçüncü kişileri yanıltmak için, muvazaalı olarak yaptıkları (görünürdeki) işlemin -bu konuda Borçlar Kanununda açık bir hüküm olmamakla beraber- “*hükümsüz (bâtıl) olduğu*” gerek doktrin³⁰ ve gerekse Yargıtay³¹ tarafından öteden beri duraksamasız belirtilmiştir. Hükümsüzlüğün nedeni, taraflarca açıklanan beyanların, onların gerçek iradelerine uymaması, başka bir deyişle bu beyanların “*irade beyanı*” niteliği taşımasıdır... Görünürdeki işlemin hükümsüzlüğü taraflarca ileri sürülebileceği gibi, bunu ileri sürmede hukuki yararı bulunan üçüncü kişiler (örneğin; işlemde bulunan kimsenin alacaklıları) tarafından da ileri sürülebilir. Hakim de, muvazaayı kendiliğinden dikkate alır. Ayrıca, muvazaa iddiası, taraflarca herkese karşı ileri sürülebilir. Ancak; **a)** BK m. 18/II uyarınca, yazılı borç ikrarına dayanarak muvazaalı alacağı iktisap etmiş olan iyiniyetli (MK m. 3) üçüncü kişilere karşı borçlu; muvazaa iddiasında bulunamaz. **b)** Muvazaalı bir sözleşme gereğince bir malı devralan kimse, emin sıfatıyla zilyet durumunda olduğundan, ondan iyiniyetle o malı iktisap eden kimsenin iktisabı korunur (MK m. 990) ve ona karşı muvazaa iddiasında bulunamaz. **c)** Muvazaalı sözleşme ile mülkiyeti devredilen bir taşınmaz ise, görünürde malik lehine olan tapu kaydına, iyiniyetle güvenerek, ondan o taşınmazı iktisap eden kimsenin bu iktisabı korunur (MK m. 1023) ve ona karşı muvazaa iddiası ileri sürülemez.

²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Esener, T., *a. g. e.*, s. 42; Feyzioğlu, F., *a. g. e.*, s. 192 vd.; Tekinay, S. S., *a. g. e.*, s. 360; Önen, T., *a. g. e.*, s. 47 vd.; Özsunay, E., *a. g. e.*, s. 94; İnan, A. N. *a. g. e.*, s. 180 vd.; Kurak, N., *a. g. m.*, s. 38; Sarıgöllü, E., *a. g. m.*, s. 668; Özkaya, E., *a. g. e.*, s. 174 vd.; Eren, F. *a. g. e.*, s. 318; Oğuzman, K. / Öz, T. *a. g. e.*, s. 109; Özkan, A., *a. g. e.*, s. 100; Yavuz, N., *a. g. e.*, s. 4 vd.

³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Esener, T., s. 49 vd.; Feyzioğlu, F., *a. g. e.*, s. 195; İnan, A. N. *a. g. e.*, s. 182 vd.; Reisoğlu, S., *a. g. e.*, s. 50 vd.; Özsunay, E., *a. g. e.*, s. 97 vd.; Aybay, A., *a. g. e.*, s. 47 vd.; Tunçomağ, K., *a. g. e.*, s. 300 vd.; Yavuz, N., *a. g. e.*, s. 5

³¹ Bkz. HGK, 3.6.1964 T. 422/398 (Renda, N. / Onursan, G. Borçlar Hukuku (Dördüncü Hukuk Dairesinin Emsal Kararlarıyla, C: II), 1976, No: 376 vb.)

Görünürdeki işlemin hükümsüzlüğü -tarafarla ve üçüncü kişilerce- def'i olarak ileri sürülebileceği gibi³² bu konuda -tarafarla ve üçüncü kişilerce- bir davada da açılabilir.³³ Bu davada, yapılan görünürdeki işlemin, "*muvaaza nedeniyle hükümsüz olduğunun tespiti*" istenir. Bu dava hukukî niteliği bakımından bir "*menfi tespit davası*"dır.

Görünürdeki (muvaazalı) işlem, belirtildiği şekilde "*hükümsüz*" olur ve belirtilen sonuçları doğururken, görünürdeki işlemin altında (gizli) bir işlem varsa -yani, bir "*nisbi muvaaza*" söz konusu ise- bu gizli işlem, tarafların gerçek iradelerine uygun olduğu için, genel ve (şekil) koşulları yerine getirilerek yapılmış ise, geçerli olur.³⁴

Buraya kadar -konumuz bakımından önem taşıdığı için- niteliğini belirtmeye çalıştığımız "*muvaazalı işlemler*" hakkında, İİK m. 277 vd. göre "*iptal davası açılmayacağı*" doktrinde³⁵ genellikle belirtilmesine rağmen, kanımızca -biraz sonra değineceğimiz Yargıtay'ın bu konudaki içtihatlarındaki görüşe de katılarak -muvaazalı işlemler hakkında iptal davası açılabileceğini- kabul eden görüş³⁶ daha doğrudur.

"*Muvaaza davası*" -daha doğrusu; yapılan işlemin muvaaza nedeniyle hükümsüz olduğunu belirtmek için açılan tespit davası- ile "*iptal davası*" güttükleri amaç bakımından birbirlerine yaklaşırlarsa da, gerçekte, nitelikleri, koşulları, doğurduğu sonuçlar bakımından birbirinden farklıdır. "*İptal davası*"da, borçlunun tasarruf işlemlerinden zarar gören -ve elinde "*aciz vesikası*" bulunan- alacaklılar tarafından açılabilir. Ancak, "*iptal davası*", borçlu tarafından geçerli olarak yapılan tasarruf işlemlerinin -davacı bakımından- hükümsüz olduğunu tespit ettirmek için açıldığı halde, "*muvaaza davası*"nda, borçlunun yaptığı tasarruf işleminin gerçekte hiç yapılmamış olduğunun tespiti istenir... İptal davası... aynî olmayıp kişisel (şahsi) bir dava olduğu halde, "*muvaaza davası*" aynı bir davadır ve sonunda muvaaza kanıtlanırsa, dava konusu mal, borçlunun malvarlığından hiç çıkmamış hale gelir. Taşınmaza ilişkin muvaaza davalarında, hakim "*tapu kaydının da (borçlu adına) düzeltilmesine*" karar verir. "*Muvaaza iddiası*" zamanaşımına

³² Esener, T., a. g. e., s. 56; Özsunay, E., a. g. e., s. 97; İnan, A. N. a. g. e., s. 183; von Tuhr, A., *Borçlar Hukuku*, C: 1-2 (Terc. Edege, C.) 1983, s. 274; Tunçomağ, K., a. g. e., s. 301.

³³ Özdil, Z., Sözleşmenin Tarafı Olmayan Kişinin "Muvaaza" İddiası, *Yarg. D.*, 1984/4, s. 444 vd.; *İzmir Bar. D.* 1984/4, s. 33 vd.; Yavuz, N., a. g. e., s. 6.

³⁴ Esener, T., a. g. e., s. 102 vd.; von Tuhr, A. a. g. e., s. 274; Tunçomağ, K., a. g. e., s. 301.

³⁵ Bkz. Yuk. dipn. 23 civarı.

³⁶ Bkz. Yuk. dipn. 24 civarı.

bağlı olmadan ileri sürülebildiği halde^{37, 38} “iptal davası”nın, tasarrufun yapıldığı tarihten itibaren en geç hak düşürücü süre olan beş yıl içinde açılması gerekir (İİK m. 284).

“Muvazaalı tasarrufun hangi tarihte yapıldığı” önem taşımamasına -ve bu nedenle; az önce belirttiğimiz gibi her zaman muvazaa iddiasının ileri sürülebilmesine rağmen; “iptal konusu tasarrufun İİK m. 277 vd. göre iptal davası sonucunda iptal edilebilmesi için, davacı alacaklının alacağının doğumundan sonra yapılmış olması” öteden beri Yargıtay’ın yerleşmiş içtihatları ile istenmektedir...

Aynı amaca yönelik bulunmakla beraber, nitelikleri, koşulları birbirinden farklı olan bu davalar karşısında, alacaklıların durumu ne olmalıdır?

Kanımızca, borçlunun muvazaalı bir işlemde bulunduğunu öğrenen alacaklı, dilerse İİK m. 277 vd. göre “iptal davası” dilerse BK m. 18’e göre “muvazaa davası” (daha doğrusu, yapılan işlemin muvazaa nedeniyle hükümsüz olduğu konusunda tespit davası) açabilmelidir. Ala-

³⁷ Esener, T., a. g. e., s. 107; Özkaya, E., a. g. e., s. 215-1006; Uygur, T., a. g. e., C: 1, s. 734; Oğuzman, K. / Seliçi, Ö. / Özdemir, S. O., a. g. e., s. 301, dipn. 319; Altay, S., a. g. e., C: 1, s. 671; Yavuz, N., a. g. e., s. 6.

³⁸ Bkz. “...Muvazaa iddiasına dayanan davalarda zamanaşımı ve hak durumu süre sözkonusu olamaz. Anılan yön, yargısal uygulamada benimsenmiş bulunmaktadır...” ‘1. HD 10.12.1987 T. E: 9438, K: 11993’ (YKD, 1988/4, s. 469).

- “...bu temlikin muvazaalı olup geçerli bulunmadığını ileri sürerek işbu iptâl ve tescil davasını açmıştır. Böylece dava, mülkiyete ve aynı hakka ilişkindir. Bu tür davalarda kural olarak dava zamanaşımı sözkonusu olmaz. Bu nedenle, olayda BK’nın 125. ve MK’nun 638. maddelerinin uygulama yeri yoktur...” ‘1. HD 28.2.1984 T. 1206, K: 2145’ (Manisa Bar. D. 1985/ Temmuz, s. 17.)

- “...muvazaalı işlemin hiçbir hüküm doğurmayacağı konusu gerek uygulamada ve gerekse bilimsel görüşlerde oybirliği ile benimsenmiş olduğuna; bu nedenle hakimin muvazaayı istek olmaksızın resen göz önünde tutması gerektiğine; muvazaa sebebinin ortadan kalkması veya bir zamanın geçmesi ile görünüşteki işlemin geçerli hale geleceği kuşkusuz olduğuna, muvazaanın gerek def’an ve gerekse dava yolu ile her zaman ileri sürülebileceğine, bir başka ifadeyle muvazaa iddialarında zamanaşımı söz konusu olmadığına göre (Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku*, C: 1, Genel Hükümler, s. 300 vd., özellikle dipn. 19 ile ilgili metin ve dipnotta anılan eserler; Becker, *Borçlar Kanunu Şerhi*, 87). Hukuk Genel Kurulu’nca da benimsenen özel daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. ‘HGK 22.6.1983 T. E: 1981/1-497, K: 1983/713’ (İKİD, 1983/10, s. 2090; YKD, 1984/2, s. 189; Bursa Bar. D., 1984/Kasım, s. 30)

- “...Borçlar Yasasının 18. maddesine dayanılarak açılan iptâl davalarında zamanaşımı söz konusu değildir. Hal böyle olunca, yazılı olduğu üzere, davanın kabulüne karar verilmesinde bir isabetsizlik yoktur. ‘1. HD 25.1.1983 T. E: 1982/14813, K: 1983/430’ (Yayımlanmamıştır)”

caklının, muvazaalı işlem hakkında “iptal davası” açamayıp, “muvazaa davası” açması gerektiğini savunmak, teorik esaslara uygun olmakla beraber, özellikle, muvazaa davalarında, “muvazaa iddiasının ispatı” konusunda alacaklılar çok güç durumda kalabilir. Gerçekten, “muvazaanın üçüncü kişilerce ispatında yazılı delile gerek yok ve bu konuda tanık dinletilebilirse”de³⁹ alacaklı, muvazaa iddiasını kanıtlayabilmek için tanık beyanından da yararlanmıyor olabilir. Halbuki iptal davasında davacı - alacaklı, borçlunun muvazaalı işlemi hakkında tanık dinletmeden de -dava konusu işlemin, kanunun öngördüğü belirli kimseler arasında veya belirli süreler içinde yapılmış olduğunu (İİK m. 278, 279, 280) kanıtlamak suretiyle- kendi yararına, tasarrufun iptali konusunda, mahkemeden bir karar alabilir.

Davacı-alacaklı, “muvazaa”yı her türlü kanıtla ispat edebilecek durumda ise, “muvazaa davası” açabileceği gibi, “iptal davası” da açabilir. Ancak, iptal davası süreye bağlı olduğundan (İİK m. 284) eğer davacı - alacaklı, bu süreyi geçirmişse ya da iptal davasına konu ettiği tasarruf, İİK m. 278, 279 ve 280’deki bir ve iki yıllık sürelerden daha önce yapılmışsa, davacı - alacaklının “muvazaa davası” açması gerekir. Çünkü bu dava, zamanaşımına bağlı olmadığından, her zaman açılabilir.⁴⁰

Eğer davacı - alacaklı, açtığı “muvazaa davası”nı kazanırsa, mahkemeden alacağı ilâmı, icra dairesine sunarak, dava konusu taşınmazın -borçlunun borcundan dolayı- haczedilmesini isteyebilir. Ayrıca “iptal davası” açmasına gerek yoktur.⁴¹

Buraya kadar yaptığımız açıklamalardan anlaşıldığı gibi, davacı - alacaklının, borçlunun yaptığı muvazaalı tasarrufun iptalini isteyebilmesine karşı çıkmamak gerekir. Aksi takdirde, “muvazaalı olan, dolayısı ile hükümsüz olan hiç bir hukukî sonuç doğurmamış olan bir işlemin iptali istenemez” gerekçesiyle, alacaklıların bu dava hakkından yararlanamayacakları ileri sürülürse, borçluların uygulamada sık sık başvurdukları pek çok muvazaalı işlemlere göz yumulması gerekir. Örneğin; borçlu, alacaklılarının muhtemel icra takibinden etkilenmemek ve mallarının haczini önlemek için, bir yakınına muvazaalı olarak borç senedi ve-

³⁹ Esener, T., a. g. e., s. 109; Feyzioğlu, F., a. g. e., s. 210; Tunçomağ, K., a. g. e., s. 312; İnan, A. N., a. g. e., s. 187; Postacıoğlu, İ., *Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları*, 1964, s. 230; Özkaya, E., a. g. e., s. 206.

⁴⁰ Bkz. Yuk. dipn. 37, 38 civarı.

⁴¹ Esener, T., a. g. e., s. 107.

rip, maaşına haciz koydurursa ya da bir taşınmazı üzerine muvazaalı borç ikrarında bulunup ipotek kurdurursa, gerçek alacaklıları bu tasarrufların “muvazaalı olduğunu” nasıl kanıtlayacaklardır? Eğer bu gibi durumlarda “alacaklılar, iptal davası açamamışlar, çünkü ortada geçerli bir tasarruf yoktur, muvazaa davası açsınlar” denilirse, muvazaanın ispatı konusundaki güçlük -hatta, imkansızlık- nedeniyle, borçluların kötüniyetli davranışı ödüllendirilmiş olur. Halbuki bu gibi durumlarda borçlulara “iptal davası” açma olanağı da tanınırsa, alacaklılar hiç olmazsa, İİK m. 278-280’de öngörülen durumların varlığını -örneğin; borçlu ile işlemde bulunan kimsenin, borçlunun İİK m. 278/III-1’de öngörülen hısumu ya da evlatlığı olduğunu veya kurulan ipoteğin İİK m. 279/III-1’deki bir yıllık süre içinde kurulmuş olduğunu- kanıtlamak suretiyle, borçlunun muvazaalı olarak yaptığı tasarrufu iptal ettirerek, bu tasarruftan etkilenmeyebilirler...

Veya belirtilen durumlarda “iptal davası açılmaz yahut iptal davası açılmasına gerek yoktur, çünkü muvazaalı tasarruflar hiçbir hüküm doğurmadığından, bu işleme konu mal ve alacaklar borçlunun malvarlığı dışına çıkmamış olduğundan alacaklı bunları haciz ettirip, sattırarak -gerekirse istihkak davası açarak- alacağına kavuşabilir” şeklinde düşülürse; borçlu tarafından muvazaalı olarak başkasına devredilmiş (ya da üzerinde ipotek kurulmuş uzun süreli kira şerhi verilmiş) taşınmaz ya da sicile kayıtlı (kara, deniz ve hava taşıtları vb. gibi) taşınurlar hakkında alacaklının -yapılan devir ya da ipotek işlemi yok sayarak- “haciz” ve “satış” işlemini yürütmesi teknik olarak mümkün değildir. Bu gibi durumlarda ‘İİK m. 94/II uyarınca alacaklının talebi üzerine icra müdürlüğüne tasarruf konusu taşınmazın tapu kaydı üzerine haciz konulabileceği’ konusundaki görüşün uygulamada benimseneceğini sormadığımız gibi İcra ve İflâs Kanunu hükümlerini öteden beri çok dar yorumlayan Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin de bu görüşe sıcak bakacağını sanmıyoruz...

Alacaklıların “muvazaa nedeni”ne dayanarak İİK m. 277 vd. göre iptal davası açamamalarını istemek teorik esaslara uygun olmakla beraber bu görüş uygulamada özellikle taşınmazlara ve sicile kayıtlı taşınurlara ilişkin muvazaalı işlemlerden kaynaklanan tüm sorunları çözememektedir...

Sonuç olarak, borçlunun malvarlığını azaltmak (mal kaçırmak) amacıyla yaptığı muvazaalı işlemlerden zarar gören alacaklı dilerse özel hüküm niteliğindeki İİK m. 277 vd. göre iptal davası, dilerse genel

hüküm niteliğindeki BK. m. 18'e göre muvazaa davası açabilir.^{42, 43} İİK m. 277 vd.'de düzenlenmiş "*iptal davası*", genel hükümlere (BK m. 18) göre "*muvazaa davası*" açılmasını önlemez.⁴⁴ Ayrıca davacı-alacaklı bu konuda mahkemede *terditli (kademeli)* dava da açabilir (HUMK m. 74, 179/5). Yani; borçlunun mal kaçırmak amacıyla yaptığı tasarruflardan zarar gören alacaklı, açtığı davada önce "*işlemin muvazaalı olduğunun tespiti ile buna göre hüküm kurulmasını*" (yani; borçlunun yaptığı işlemin hükümsüzlüğünün, hiç yapılmamış olduğunun tespitini), bu (muvazaa) iddiasının kabul edilmemesi halinde ise "*İİK m. 277. vd. göre tasarrufun iptaline karar verilmesini*" talep edebilir. Ya da önce "*İİK m. 277 vd. göre tasarrufun iptalini*" bu kabul edilmediği taktirde "*muvazaa nedeniyle hükümsüzlüğün tespitine karar verilmesini*" isteyebilir. Davacı birinci halde ispat yükünün gereğini yerine getirmeme ihtimalini dikkate alarak, ikinci halde ise "*iptal sebeplerine ilişkin objektif koşulların gerçekleşmeme ihtimali nedeniyle*" terditli (kademeli) talepte bulunur.⁴⁵

Hatta doktrinde⁴⁶ bu davaların birbirinden farklı olmaları nedeniyle, aynı anda ayrı ayrı açılarak görülebileceği, bu durumda "*derdestlik itirazı*"nda bulunulamayacağı ve birisinde verilen kararın diğeri için "*kesin hüküm*" teşkil etmeyeceği ancak, "*muvazaa davası*" sonuçlanıp karar kesinleştğinde, "*iptal davası*"nın konusuz kalacağı ileri sürülmüştür...

Yargıtay'ın "*muvazaa nedenine dayalı iptal davaları*" konusundaki tutumu nedir?

Yerel mahkemeler tarafından İİK 277 vd. dayanılarak açılan davalar sonucunda verdikleri kararlar, yakın zamana kadar temyizden Yargıtay 15. Hukuk Dairesi tarafından incelenmekteyken (daha önce bu kararlar Yargıtay İİD ve 12. Hukuk Dairesi ile Yargıtay 13. Hukuk Dairesi tarafından inceleniyordu) 1.2.2007 tarihli Yargıtay Başkanlar Kurulu Kararı ile 29.1.2007 tarihinden itibaren Yargıtay 17. Hukuk Dairesi tarafından incelenmeye başlanmıştır (Bkz. *Yargıtay Kararları Dergisi*, Mart/2007, s: 424). Ayrıca, "*muvazaa (BK m. 18) nedenine dayalı iptal*"

⁴² Bkz. 1. HD 22.5.1984 T. 3005/6104.

⁴³ Aynı görüşte Akkaya, T. a. g. m., s. 681; Özkaya, E., a. g. e., s. 215.

⁴⁴ Bkz. 15. HD 11.10.1983 T. 342303940.

⁴⁵ Akkaya, T., a. g. m., s. 677 vd.; Aslan, K., *Hacizde İstihkak Davası*, 2005, s. 493; Altay, S., a. g. e., C: 1, s. 671; Belgesay, M. R., *İcra ve İflas Hukuku*, 2. Cilt, İflas, 1946, s. 88; Belgesay, M. R., *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, 1949, s. 264.

⁴⁶ Özkaya, E., a. g. e., s. 215.

(veya “iptal ve tescil” istemleri hakkında yerel mahkemeler tarafından verilmiş olan kararlar öteden beri - haksız fiil”den kaynaklanmaları nedeniyle temyizden Yargıtay 4. Hukuk Dairesi tarafından incelenmektedir.

Bu Dairelerin (ve Dairelerin kararlarına karşı yerel mahkemelerce “direnme kararı” verilmesi üzerine, uyuşmazlığı çözümleyen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun) olaya bakış açısı farklı olmuştur.

Gerçekten;

A. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, bu konudaki içtihatlarında;

• “ ‘Cironun muvazaaya dayalı olduğu’nun, iptal davasına konu yapılabileceğini”⁴⁷

• “Borçlunun yaptığı temlik işleminin muvazaaya dayandığı ileri sürülerek iptal davası açılabilceğini”⁴⁸

• “Muvazaalı borç ikrarlarının, iptal davasına konu edilebileceğini”⁴⁹

B. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, bu konudaki içtihatlarında;

• “Muvazaalı borç ikrarının (borçlanmanın) iptal davasına konu olabileceğini”⁵⁰

• “Muvazaalı taşınmaz devir işlemi hakkında iptal davası açılabilceğini”⁵¹ belirtilmişken;

C. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, bu konudaki içtihatlarının bir kısmında “muvazaalı işlemler hakkında iptal davası açılabilceğini” bir kısmında ise “iptal davasının geçerli tasarrufları için söz konusu olabileceğini, muvazaalı tasarruflar için iptal davası açılmayacağını” aşağıda sunulduğu şekilde belirtmiştir.

aa. • “‘Muvazaalı’ borç ikrarı ve takip hakkında İİK’nın 277 vd. göre iptal davası açılabilceğini”⁵²

⁴⁷ Bkz. 12. HD 14.3.1988 T. 5283/2978.

⁴⁸ Bkz. HGK 9.4.1975 T. 12-1274/528.

⁴⁹ Bkz. İİD. 9.6.1966 T. 8057/8007.

⁵⁰ Bkz. 13. HD 13.2.1978 T. 5021/535.

⁵¹ Bkz. 13. HD 18.4.1975 T. 2153/2622.

⁵² Bkz. 15. HD 20.2.2002 T. 5385/865; 15.11.1999 T. 4175/4058.

• “ ‘Borçlunun muvazaalı olarak diğer davalı üçüncü kişiye borçlandığı’ ileri sürülerek, bu borç senedinin iptali istemiyle İİK 277 vd. göre dava açılabilceğini”⁵³

• “Muvazaalı işlemler hakkında iptal davası açılabilceğini”⁵⁴

• “ ‘Borçlunun ‘muvazaalı olarak kardeşine borçlanıp, kendisi hakkında takip yaptırıp taşınmazlarını haciz ettirmesi’ işleminin iptal davasına konu edilebileceğini”⁵⁵

bb. • “Tasarrufun iptali davalarının kanun uyarınca geçerli tasarruflar için sözkonusu olabileceğini, başka bir deyişle muvazaalı olmayan, geçerli satışların tasarrufun iptali davasının konusunu teşkil edebileceğini”⁵⁶

• “İİK 277 vd. göre iptal davası açma hakkının, genel hükümlere göre (BK. 18) muvazaa davası açılmasını engellemeyeceğini”⁵⁷

belirtmiştir.

D. Bugün iptal davası hakkında verilen kararları temyizen inceleyen Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, bu konudaki içtihatlarında;

• “Muvazaa nedenine dayalı iptal davaları” ile “İİK 277 vd. dayalı iptal davaları” arasında sadece güttükleri “amaç” bakımından bir benzerlik bulunmadığı; İİK 277 vd. dayalı iptal davalarının “borçlu tarafından geçerli olarak yapılmış olan bazı tasarrufların hükümsüz kılınması için” açıldığı, buna karşın muvazaa davalarının ise “alacaklı ve borçlunun yaptığı tasarrufi işlemlerin gerçekte hiç yapılmamış olduğunu tesbit ettirmeyi” amaçladığı, bu tür davaların dinlenebilmesi için davacının icra takibine geçmesine ve aciz belgesi almasına gerek bulunmadığı sadece davacının, danışıklı (muvazaalı) işlemde bulunmuş olan kişide bir alacağının bulunmasının yeterli olduğu, İİK’nun 277 vd. maddelerinde düzenlenmiş olan iptal davası açma hakkının, davacının genel hükümlere (BK 18) dayanarak “muvazaa davası”nı açmasına engel teşkil etmediği, davacının muvazaa iddiasını kanıtlaması durumunda, iddianın dava konusu taşınmazın aynına ilişkin olmayıp, alacağın tahsiline yönelik bulunduğu gözetilerek, dava sonucunda İİK’nun 283/1. maddesinin

⁵³ Bkz. 15. HD 24.10.1994 T. 3652/6122; 5.4.1994 T. 1516/2040.

⁵⁴ Bkz. 15. HD 5.3.1992 T. 917/1106; 14.11.1990 T. 4381/11547.

⁵⁵ Bkz. 15. HD 15.9.1990 T. 3485/3260.

⁵⁶ Bkz. 15. HD 18.9.2002 T. 3326/3957; 16.1.2002 T. 5624/97; 5.6.2001 T. 2478/3026; 15.2.2001 T. 514/873; 29.11.2000 T. 4908/5266.

⁵⁷ Bkz. 15. HD 11.10.1993 T. E: 3423/3940.

benzetme yoluyla (kiyasen) uygulanarak “iptal ve tescile gerek olmaksızın davacının taşınmazın haciz ve satışını isteyebilmesi” yönünde hüküm kurulması gerekeceğini⁵⁸

• “Davacı-alacaklının dilerse BK’nın 18. maddesine göre, dilerse İİK’nın 277 vd. göre ‘muvazaa sebebiyle’ iptal davası açabileceğini; HUMK’nın 76. maddesine göre ‘bir davada ileri sürülen maddi olgu ve bulgulara göre yasa maddelerini bulmak ve davanın hukuki nitelendirmesi yapmanın hakimnin doğrudan görevi olduğunu’⁵⁹

E. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi bu konudaki içtihatlarında;

• “Muvazaalı icra takibinin iptali için iptal davası açılabileceğini”⁶⁰

• “İİK 277 vd. göre ‘tasarrufun iptali davası’ açılabilmesi için, davacının davalıdaki alacağından dolayı yaptığı icra takibinin kesinleşmiş olması ve bu takip (ler) sonucu alacaklının ‘aciz belgesi’ne dayanması gerekirse de, davacı-alacaklı tarafından açılmış veya açılacak alacak (tazminat) davasını sonuçsuz (karşılıksız) bırakmak amacı ile kötü niyetli borçlu-davalı ile diğer davalı üçüncü kişi arasında yapılmış olan danışıklı (muvazaalı) mal kaçılmaya yönelik hukuki işlemlerin (tasarrufların) iptali için de -BK 18’e dayalı olarak iptal davası açılabileceğini, bu davanın dinlenebilmesi için, davacı-alacaklının ayrıca ‘aciz belgesi’ ibraz etmesine gerek bulunmadığını”⁶¹

• “Muvazaanın ‘ tarafların, üçüncü kişileri aldatmak amacıyla kendi gerçek iradelerine uymayan haksız eylem niteliğinde anlaşmaları’ olduğunu, muvazaa iddiasının her zaman ileri sürülebileceğini (bu durumda zamanaşımının söz konusu olmayacağını)”⁶²

• “Danışıklı (muvazaalı) işlem (BK. 18) nedeniyle, hakları zarara uğratılan üçüncü kişilerin, bu danışıklı (muvazaalı) işlemin geçersizliğini ileri sürebileceklerini, çünkü danışıklı (muvazaalı) bir hukuki işlemin onlara karşı işlenmiş bir ‘haksız fiil’ niteliğinde olduğu, ‘desteklerini öldüren’ davalının (ya da ‘trafik kazasında yaralanmasına neden olan’ davalının veya ‘boşanma davasına bağlı olarak açılan maddi/veya manevi tazminat davalarında, bo-

⁵⁸ Bkz. 17. HD 8.10.2007 T. 4397/3011.

⁵⁹ Bkz. 17. HD 15.11.2007 T. 3042/3663; 17.7.2007 T. 3519/2534.

⁶⁰ Bkz. 4. HD 8.11.2007 T. 12753/13696; 31.5.2007 T. 4760/7445.

⁶¹ Bkz. 4. HD 21.6.2007 T. 6454/8425; 24.5.2007 T. 8388/6948; 7.3.2007 T. 3924/2876; 8.2.2007 T. 1069/1244; 2.3.2007 T. 3739/2480; 2.2.2007 T. 1201/892; 2.12.2006 T. 14662/14427; 11.12.2006 T. 14516/13824 vb.

⁶² Bkz. 4. HD 9.4.2007 T. 2654/4665.

şandığı eşinin') diğer davalıya-kendilerine tazminat ödememek için- yaptığı danışıklı (muvazaalı) satış işleminin iptali istemiyle davacılar (alacaklılar) tarafından açılan iptal davasında, davacıların açtıkları tazminat (ya da ceza) davasının sonucunun beklenilmeden, davacıların davalıdan ne kadar alacaklı olduğu belirlenmeden, iptal davasının sonuçlandırılmayacağını"⁶³

• "Davacı alacaklı tarafından 'kendisine borçlu olan davalı ile diğer davalı üçüncü kişi arasındaki işlemin, danışıklı (muvazaalı) olduğu, kendisini alacağından yoksun bırakmak amacıyla yapılmış olduğu ileri sürülerek BK 18'e dayanılarak iptal davası açılabileceğini, bu davanın dinlenebilmesi için, davacı-alacaklının ayrıca 'aciz belgesi'ne dayanmak zorunda olmadığı, davadan muvazaanın varlığının anlaşılması halinde, İİK 283/1'e göre 'iptal ve tescil olmaksızın taşınmazın haciz ve satışının istenebileceğine' karar verilmesi gerekeceğini"⁶⁴

• "Muvazaalı işlemler (haciz, satış, ipotek vs.) hakkında iptal davası açabileceğini"⁶⁵

• "18 yaşını henüz doldurmuş birinin, satın alma tarihine çok yakın tarihlerde yapılmış olan kira sözleşmeleriyle gelir sağlayacağını ve bu gelirle 4.865.000.000 TL bedelle taşınmaz satın alacağını kabulünün hayatın olan akışına ters düşeceğinden, davacının, davalı borçlu hakkında, alacağını tahsili için yaptığı icra takibinden sonra, davalı borçlu ile diğer davalı kızı arasındaki satışın muvazaalı olduğu sonucuna varılarak açılan iptal davasının kabulü doğrultusunda karar verilmesi gerekeceğini".⁶⁶

• "Alacaklı sıfatı ile borçlu ve onunla işlemde bulunan 3. kişi aleyhine açılan 'borçlunun 3. kişiyle yaptığı muvazaalı satış işleminin iptali' davasında, icra takibinin kesinleşmesi yeterli olmayıp aynı zamanda takip konusu alacağında kesinleşmesi gerekeceğinden, borçlu tarafından alacaklıya karşı açılıp devam eden olumsuz tespit davasının sonucunun, iptal davası için 'bekletici mesele' oluşturacağını"⁶⁷

belirtmiştir.

⁶³ Bkz. 4. HD 1.11.2007 T. 13999/13413; 26.10.2007 T. 13684/13083; 9.4.2007 T. 2660/4675; 27.2.2007 T. 7145/2330; 12.10.2006 T. 11737/10786; 27.6.2006 T. 10583/7785; 14.7.2005 T. 8923/8209; 13.12.2004 T. 6067/14091; 11.4.2002 T. 138/4608 vb.

⁶⁴ Bkz. 4. HD 14.12.2007 T. 1884/16023; 6.12.2007 T. 2461/15457; 1.11.2007 T. 14011/13418; 30.10.2007 T. 12755/13178 vb.

⁶⁵ Bkz. 4. HD 10.12.2007 T. 2393/15778; 24.5.2007 T. 5742/7066; 13.12.2004 T. 6067/14091; 4.4.1996 T. 2177/2705.

⁶⁶ Bkz. 4. HD 4.11.2004 T. 12951/12703.

⁶⁷ Bkz. 4. HD 4.4.1996 T. 2177/2705.

F. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da bu konuda kesin bir tavır sergilemediğini -özellikle kararların gerekçe bölümünde- kimi kez "muvazaalı işlemler hakkında iptal davası açılabileceği"⁶⁸ kimi kez ise "iptal davasının geçerli tasarruflar için söz konusu olabileceğini, muvazaalı işlemlerin iptal davasına konu olamayacağını"⁶⁹ ifade ederek, bu konuda çelişkili kararlar vermiştir...

Burada, *muvazaa nedenine* (BK. 18) *dayalı 'iptal' (ya da "iptal ve tescil") istekleri* hakkında Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin -kimi kez oyçokluğu kimi kez de oybirliği ile- oluşturduğu ve yıllardır hiç sapma göstermeden aynı doğrultuda devam eden içtihatlarının⁷⁰ isabetli olup olmadığına da değinmek istiyoruz. Yüksek mahkeme bu içtihatlarında "davacı alacaklının, herhangi bir aciz vesikası ibraz etmeden hatta alacağı'nın kesinleşmesini beklemeden, borçlu hakkında açtığı teminat/alacak davası devam ederken 'borçlunun üçüncü kişilerle muvazaalı işlemlerde bulunduğu' -örneğin; taşınır/taşınmaz mallarını başkalarına devrettiğini/sattığını/üzerinde ipotekler kurduğunu/kaydına uzun süreli kira sözleşmelerin iptalini isteyebileceğini, bunda hukuki yararı bulunduğunu, çünkü borçlunun üçüncü kişilerle yaptığı bu tür muvazaalı işlemlerin 'haksız eylem' niteliğinde bulunduğunu, ancak bu tür davalarda davacının asıl amacı davalı-borçludaki alacağını tahsil etmek olduğundan, -davacı dilekçesinde 'tapu (trafik) kaydının iptali ile tekrar davalı borçlu adına tescilini' istemiş dahi olsa- davacıyı haklı bulan mahkemenin -İİK m. 283 hükmünü kıyasen uygulayarak- tapu ya da trafik kaydının iptaline (ve tekrar borçlu adına tesciline) gerek kalmaksızın 'dava konusu taşınmazların tesciline) gerek kalmaksızın 'dava konusu taşınmazların/taşınurların haciz ve satışını isteyebilmesi' yönünde hüküm kurulması gerekeceğini" oyçokluğu ile belirtirken, bu içtihatların "karşı oy" yazısında "İİK 277 vd. göre iptal davası açabilmek için 'alacağının kesinleşmesi'ne ve 'aciz vesikası' olması gereken davacı alacaklının bunları yerine getirilmeden, açtığı tazminat/alacak davasında 'alacak veya tazminatın doğum tarihine yakın tarihlerde borçlunun üçüncü kişilerle muvazaalı işlemlerde bulunarak malvarlığını kaçırdığını' ileri sürüp, bu işlemlerin iptalini istemeyeceği, eğer buna olanak tanınırsa, İİK 277 vd. maddelerinin uygulama alanı kalmayacağı, çünkü herkesin alacak/tazminat istemli davalarında -davanın sonuçlanmasını, alacağının kesinleşmesini beklemeden, borçlu hakkında aciz vesikası almadan- iptal isteminde bulunarak amacına kolaylıkla ulaşabile-

⁶⁸ Bkz. HGK 9.4.1975 T. 12-1274, K: 528.

⁶⁹ Bkz. HGK 14.4.2004 T. 15-182/220; 3.5.2000 T. 4-823/851.

⁷⁰ Bkz. Yuk. dipn. 60-67.

ceği, bu davaların hem “yasal dayanağı”nın bulunmadığı hem de bu aşamada davacının -henüz alacağı kesinleşmediği için- dava açmakta “hukuki yararı” bulunmadığı, ayrıca davacının asıl alacak ve tazminat davasını kaybetmesi halinde, davalıların (borçlu ve üçüncü kişilerin) tasarruf haklarının kısıtlanmış olmasından doğacak zararlarının kimin tarafından karşılanacağına bir sorun olarak ortaya çıkacağı” ileri sürülmüştür...

Kanımızca, alacaklı -alacağı kesinleşmeden, borçlu hakkında aciz vesikası almadan- “borçlunun, üçüncü kişilerle muvazaalı işlemlerde (BK m. 18) bulunarak, mallarını kaçırdığını” ileri sürerek açtığı davada haklı görülmesi halinde, mahkemece muvazaalı işlem iptal edilip, dava konusu taşınmaz/sicile kayıtlı taşınır tekrar borçlu adına tescil edilmelidir. Burada, İİK m. 277’deki koşulları yerine getirerek dava açmamış olan davacıya -bu koşulların yerine getirilmesi halinde uygulanabilecek olan- İİK m. 283’e göre “dava konusu taşınmaz/taşınır üzerinde haciz ve satış isteyebilme yetkisi” verilmemelidir... Davacının amacının, “yaptığı/yapacağı icra takibi sonucunda alacağını tahsil etmek olanağına kavuşmak” olması, davacının istemi doğrultusunda BK. m. 18’e göre karar verilmesine engel teşkil etmemelidir.⁷¹

d. “Nam-ı müstear” ile gizlenmiş işlemler hakkında iptal davası açılabilir.⁷²

Sözlük anlamı “bir kişinin, sanat, edebiyat, ticaret hayatında yahut faaliyette bulunduğu herhangi bir işte, kimliğini gizlemek için seçtiği ad”⁷³ olan -ve uygulamada “mehlâs” ya da “takma ad” da denilen- nam-ı müstear durumunda, borçlu çeşitli nedenlerle -özellikle, konumuz bakımından, alacaklılarından mal kaçırmak amacı ile- “kendi adını gizleyerek, yapmak istediği hukuki işlemi bir başkasına, kendi hesabına” yaptırır.⁷⁴

Borçlunun adını gizleyerek, borçlu hesabına ancak kendi adına hareket ederek üçüncü kişilerle işlemde bulunan bu kişiye *nam-ı müstear* denilir.

⁷¹ Bu konuda Sayın Surlu M. H.’nin HGK 3.5.2000 T. 4-823/851 sayılı kararı altındaki “mu-halefet şerhi”ne bkz. Uyar, T. / Uyar, A. / Uyar, C., *Tasarrufun İptali Davaları*, 2008, 3. Bası, s. 161 vd.

⁷² Bu konuda ayrıntılı ve nitelikli bir inceleme için bkz. Erdönmez, G. *Nam-ı Müstear ve Tasarrufun İptali Davaları (Bankalar Der. Aralık/2006, S: 59, s. 84 vd.)*

⁷³ *Türk Hukuk Lügati*, 3. Baskı, 1991, s. 266; Şener, E., *Hukuk Sözlüğü*, 2001, s. 586; Yılmaz, E., *Hukuk Sözlüğü*, 2004, s. 897.

⁷⁴ Bkz. 4. HD 3.7.1973 T. 7053/7760.

Uygulamada, borçlunun gerçekte kendi adına satın almak üzere bedelini ödediğini bir taşınmazı veya aracı, alacaklılarından kaçırmak amacı ile yakınları adına tescil ettirmiş olması halinde, tasarruf (hukukî işlem) dışarıdan üçüncü kişiler arasında yapılmış görünmesine rağmen, gerçekte bedeli borçlunun malvarlığından çıkmış fakat karşılığı, borçlunun arkasına gizlendiği kişinin malvarlığına girmiştir⁷⁵

Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nda bu kurumu düzenleyen açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, gerek doktrininde⁷⁶ ve gerekse -aşağıda belirteceğimiz gibi- Yargıtay içtihatlarında; *"nam-ı müstear iddialarının dinlenebilir"* olduğu kabul edilmektedir.

Kanımızca tüm nam-ı müstear vasıtasıyla işlem yapılan durumlarda İİK 277 vd. göre iptal davası açılabilir⁷⁷

Yüksek mahkeme -eski tarihli- bir kararında *"borçlu kocanın, borcunu ödememek amacıyla kendisine ait (parasını ödeyerek/satın aldığı) aracı, trafikte karısı adına tescil ettirmesi olayının nam-ı müstear demek olduğunu, İİK 277 vd. göre değil, BK 18'e göre iptali gerekeceğini"*⁷⁸ vurgulamışken daha sonraki kararlarında;

• *"Borçlunun, hakkında yapılan icra takibini sonuçsuz bırakmak için 'parasını ödeyerek satın aldığı taşınmazı, kız kardeşi adına tescil ettirmesi' işleminin iptal davasına konu olabileceğini"*⁷⁹

• *"Bedeli borçlu tarafından ödenip tapu kaydı eşi adına oluşturulan taşınmaz hakkında açılan iptal davasının kabulü gerekeceğini"*⁸⁰

• *"Borçlu tarafından parası ödenerek satın alınan ancak borçlunun isteği üzerine karısı adına tapuya tescil edilen taşınmaz hakkında iptal davası açılabilirliği, çünkü kocanın bu işlemi-*

⁷⁵ Kostakoğlu, C., a. g. m., (Ad. D. 1989/6, s. 12; Yasa D. 1989/8, s. 104 vd.)

⁷⁶ Kostakoğlu, C., a. g. m., (Ad. D. 1989/6, s. 12; Yasa D. 1989/8, s. 104 vd.); Erdönmez, G., a. g. m., s. 86.

⁷⁷ Karş: Erdönmez, G., a. g. m., s. 85 vd. (Bu görüşe göre; "şahısta muvazaa" yani, "tarafardan birisinin ismini, üçüncü kişilerden gizlemek amacı ile, başka bir kişinin öne sürülmesi" durumunda örneğin; borçlu (B) ve onunla birlikte hareket eden (C), alacaklılardan mal kaçırmak için (Ü) ile anlaşılır ve (C) ile (Ü) arasında bir satış akdi yapılırsa, bu satış akdi "muvazaalı olduğu" için muvazaalı tasarruflar hakkında da İİK. 277 vd. göre iptal davası açılmayacağından- alacaklılar tarafından "muvazaa davası"na (BK 18) konu edilebilir...)

⁷⁸ Bkz. 4. HD 3.7.1973 T. 7053/7760.

⁷⁹ Bkz. 14. HD 19.10.2001 T. 5932/6946.

⁸⁰ Bkz. 15. HD 29.4.1993 T. 2212/2029.

nin gerçekte karısı yararına yapılmış 'bağış' niteliğini taşıyacağını"⁸¹ belirtmiştir.

e. Borçlandırıcı (iltizami) işlemler hakkında iptal davası açılmasına gerek yoktur.⁸² Çünkü "borçlandırıcı işlemler sonucunda -ayrıca "tescil" ya da "teslim" gibi tasarrufi işlem yapılmadan- mal borçlunun malvarlığından çıkmamış olduğu için iptal davası açılmasına gerek kalmadan, alacaklı o malı haczettirebilir ya da borçlunun iflâsı halinde o mal da iflâs masasına girer.

Nitekim, Yüksek Mahkeme, borçlunun yaptığı "satış vaadi" hakkında iptal davası açılmayacağını⁸³ eğer "satış vaadi tapuya şerh verilmişse, o zaman iptal davasına konu olabileceğini"⁸⁴ belirtmiştir.

f. Borçlunun haczedilmeyen (İİK m. 82) bir malını malvarlığından çıkarması, iptal davasına konu olamaz. Çünkü borçlunun bu işlemden alacaklıları zarar görmüş değildir. Bir malın haczinin mümkün olup olmadığına karar verme yetkisi icra mahkemesine ait olmakla beraber (İİK m. 82) iptal davasında, "iptali istenen tasarruf konusu mal ya da hakkın haczinin mümkün olup olmadığını", davaya bakan mahkeme karar verecektir.⁸⁵

Ancak doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre⁸⁶ "ne lehine iptale tâbi tasarruf yapılmış olan üçüncü kişi ve ne de borçlu 'iptale tâbi tasarruf konusu malın haciz edilemeyeceğini ileri süremez... Çünkü, üçüncü kişi, alacaklı ile borçlu arasındaki icra takibinde taraf değildir. Borçlu da; tasarruf konusu mal üçüncü kişinin mülkiyetine geçmiş olduğundan ve tasarrufun iptaline karar verilmesiyle borçlunun mülkiyetine geri dönmeyeceğinden, haczedilmezlik iddiasında bulunamaz... 'Borçlu' ya da 'üçüncü kişi' bu husu-

⁸¹ Bkz. 15. HD 21.10.1988 T. 2561/3344; 26.4.1984 T. 775/1466.

⁸² Umar, B., a. g. e., s. 56; Kuru, B., a. g. e., C: 4, s. 3411; *El Kitabı*, s. 1197; Berkin, N., a. g. e., s. 491; Ansay, S. Ş., a. g. e., s. 325; Gürdoğan, B., a. g. e., s. 222; Gürdoğan, B., İptal Davaları ("İcra ve İflas Kanunu Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer"e sunulan bildiri), 1963, s. 157.

⁸³ Bkz. 13. HD 9.10.1979 T. 3558/4980.

⁸⁴ Bkz. 15. HD 30.9.2002 T. 3158/4300; 20.9.1995 T. 3945/4845; 26.1.1990 T. 5153/160; 19.12.1990 T. 4739/5602

⁸⁵ Gürdoğan, B., a. g. e., s. 223, dipn. 617; Sarısözen, İ., İcra ve İflas Hukukuna Göre İptal Davalarında Yargılama Usulü (ABD 1977/2, dipn. 3)

⁸⁶ Kuru, B., a. g. e., C: 4, s. 3476 vd.; Kuru, B., *El Kitabı*, s. 1210.

su şikayet yolu ile icra mahkemesine bildiremeyeceği gibi, iptal davasında da mahkemede ileri süremezler...”

Yüksek Mahkeme de bu konudaki içtihatlarında;

• “ ‘Mesken’ niteliğindeki taşınmaza ilişkin borçlunun tasarrufunun iptaline karar verilmesi halinde, taşınmazın mülkiyeti borçluya dönmeyeceğinden, borçlu tarafından bu taşınmaz hakkında ‘haczedilmezlik şikayeti’nde (‘meskeniyet iddiası’nda) bulunulamayacağını”^{87 88}

• “Tasarrufun iptali davasını kazanan alacaklının, bu ilamı icra dosyasına koyarak, üçüncü kişi adına kayıtlı bulunan taşınmaza -borçlusunun borcundan dolayı- haciz koydurması üzerine, taşınmaz maliki üçüncü kişi tarafından -icra takibine taraf olmadığı, takipte ‘borçlu’ sıfatını taşımadığı için- “haczedilmezlik şikayeti”nde bulunulamayacağını”^{89 90}

• “İptal davasına bakan mahkemenin ‘dava konusu taşınmazın borçlunun meskeni olup olmadığını’ araştıramayacağını, borçlunun dava konusu taşınmazı -diğer davalı- üçüncü kişiye satmakla meskeniyet iddiasından vazgeçmiş sayılacağını”⁹¹

belirtmiştir.

g. Borçlunun kişilik haklarından olan ve aile hukukuna giren; boşanma, evlat edinme, nesebin tanınması gibi eylem ve işlemleri iptal davasına konu olamaz.⁹²

h. Alacaklılarına zarar vermek amacı ile borçlunun kasten yaptığı ihmali işlemler de, iptal davasına konu olabilir. Örneğin; borçlunun kasten ödeme emrine itiraz etmemesi⁹³ veya alacak davasında kasten zamanaşımı def’inde bulunmamış olması da iptal davasının konusunu teşkil edebilir. Bu durumda, alacaklılar açtıkları iptal davasında, borçlunun alacaklarına zarar vermek kastıyla hareket ettiğini ispat ederek, “ödeme emrine itirazda bulunulmuş veya zamanaşımı def’inde bulunulmuş

⁸⁷ Bkz. 12. HD 6.6.2005 T. 9692/12254; 12.2.2005 T. 1234/3437; 20.9.1995 T. 11388/11631.

⁸⁸ Karş; 12. HD 26.11.1982 T. 7896/14934; 21.11.1983 T. 7982/9211.

⁸⁹ Bkz. 12. HD 8.2.2005 T. 24990/2109; 20.9.1995 T. 11388/11631.

⁹⁰ Karş; 12. HD 17.2.2004 T. 26637/3061.

⁹¹ Bkz. 15. HD 17.3.1997 T. 826/1399; 27.2.1995 T. 706/1077; 17.12.1987 T. 3690/4496.

⁹² Umar, B., *İptal Davası*, s. 61; Gürdoğan, B., *a. g. e.*, s. 223; Ansay, S. Ş., *a. g. e.*, s. 326; Berkin, N., *a. g. e.*, s. 494.

⁹³ Bkz. FMK 19.10.1939 T. (JdT 1940 II, 29) Naklen; Berkin, N., *a. g. e.*, s. 513); Bkz. 15. HD 15.9.1990 T. 3485/3260.

gibi, haklarının saklı kalmasını" talep edebilirler. Bu istem üzerine, borçlunun ihmali işlemlerinin iptaline karar veren mahkeme, "davacıların itiraz hakkını veya zamanaşımını kullanmalarına" karar verebilir⁹⁴

1. İptal davası, borçlunun alacaklılarına zarar vermek kasdı ile yaptığı hukuki işlemlere yönelik olduğundan, **borçlunun aleyhine açılan bir davada, karşı tarafla anlaşarak davayı kaybetmiş olması halinde**, alacaklıları, alınan mahkeme kararının "hile" nedeniyle iptalini sağlamak için İcra ve İflâs Kanunu'na göre bir iptal davası açamazlar.⁹⁵ Alacaklılar ancak, karara karşı "yargılamanın iadesi" yoluna (HUMK. m. 446) başvurabilirler.⁹⁶

j. "Cebri icra yolu ile yapılan satışlar" hakkında da iptal davası açılmaz.⁹⁷ Çünkü ortada borçlunun serbest iradesi ile yaptığı bir tasarruf yoktur. Halbuki ancak borçlunun -mal kaçırmak amacı ile- üçüncü kişilerle yaptığı tasarruflar iptal davasına (İİK m. 277 vd.) konu olabilir. Yani, "cebri icra yolu ile yapılan satışlar", "borçlu tarafından yapılmış bir tasarruf" niteliğinde değildir...

Yüksek mahkeme de bu konuya ilişkin olarak;

- "İcra müdürlüğünce yapılan ihale hakkında iptal davası açılmayacağına"⁹⁸
- "İcra dairesince, tapu sicilindeki on yıllık kira şerhiyle birlikte satılan ipotekli taşınmaz hakkında, iptal davası açılmayacağına"⁹⁹ belirtmiştir.

k. Borçlunun taraf olmadığı (yani borçlu tarafından yapılmamış olan) işlemler, iptal davasına konu olamaz¹⁰⁰ Örneğin; borçlunun karısının "borçlunun yetiştirdiği tütünlerin kendisine ait olduğu" konusunda Tekel Müdürlüğüne verdiği beyanname hakkında iptal davası açılmaz.¹⁰¹

⁹⁴ Berkin, N., a. g. e., s. 514.

⁹⁵ Bkz. 13. HD 24.9.1974 T. 2095/1919; 3. HD 25.6.1956 T. 841/3633.

⁹⁶ Kuru, B., *El Kitabı*, s. 1198; a. g. e., C: 4, s. 3412; Altay, S. a. g. e., C: 1, s. 674; Pekcanitez, H. / Atalay, O. / Özkan, M. S. / Özekes, M., a. g. e., s. 583.

⁹⁷ Kuru, B., a. g. e., C: 4, s. 3412; Kuru, B., *El Kitabı*, s. 1197 vd.

⁹⁸ Bkz. 15. HD 3.4.1990 T. 4763/1551.

⁹⁹ Bkz. İİD.5.4.1969 T. 1668/3785.

¹⁰⁰ Bkz. 15. HD 21.4.1988 T. 1432/1589; 13. HD 23.3.1982 T. 823/2020.

¹⁰¹ Bkz. 15. HD 12.9.1988 T. 328/2777.

Borçlunun vekaleten yapmış olduğu tasarruflar da, iptal davasına konu olamaz.¹⁰²

III. Bir tasarrufun İİK m. 277 vd. göre iptal davasına konu olabilmesi için, “davacı-alacaklının alacağından doğumundan sonra yapılmış olması” gerekir mi? Doktrinde tartışmalı olan bu konuda ileri sürülen -ve çoğunlukla savunulan (egemen olan)- görüşe göre¹⁰³ “bir tasarrufun iptal edilebilmesi için, davacı-alacaklının alacağından, dava konusu yapılan bu tasarruftan önce doğmuş olması gerekir. Borçlunun tasarrufta bulunurken, o tarihte (tasarruf tarihinde) mevcut olmayan bir alacaklısına zarar vermesi mümkün değildir. Alacaklı, borçlu ile işlemde bulunurken -örneğin; ona borç verirken ya da ona bir taşınır ya da taşınmazını satarken işlem (tasarruf) tarihindeki durumunu dikkate alır. Borçlunun mali durumu hakkında alacaklının gerekli araştırmayı yaparak, ona göre, borçlu ile işlemde bulunması gerekir. Tedbirli bir kişi gibi gerekli araştırmayı yapmayan kimse bunun sonucuna katlanır... Başka bir deyişle, alacaklı, borçlunun tasarruf (işlem) tarihindeki mal varlığına güvenerek onunla işlem yaptığından, işlem tarihinden (borcun doğum tarihinden) önceki tasarruflar iptal davasına konu olamaz... Ayrıca; İİK 277 vd. maddelerinin Millet Meclisi Adalet encümeninde müzakeresi sırasına, ‘alacaklıların, muamelede bulunduğu sırada, borçlunun mali durumunu bilmeleri gerekeceği’ belirtilerek, ‘borçlu veya müflisin, borçlu olmadığı bir zamandaki tasarrufunu muteber saymanın doğru olmayacağı’ belirtilmiştir...

Diğer bir görüşe göre¹⁰⁴ ise “iptal davasının açılabilmesi için, alacaklının alacağını iptale tâbi tasarruftan önce veya sonra doğmuş olması önemli değildir. Başka bir ifade ile, alacaklının alacağı, iptali istenen tasarruftan sonra doğsa bile alacaklı, kendi alacağından doğumundan önce yapılmış olan

¹⁰² Bkz. 15. HD 1.12.1986 T. 4402/4059.

¹⁰³ Kuru, B., a. g. e., C: 4, s. 3417 vd; Muşul, T., *İcra ve İflas Hukuku*, 2005, s. 1175 vd.; Muşul, T., *Bilirkişi Raporları ve Hukuki Mütalâalar*, C: 2, 2006, s. 887, 928; Kostakoğlu, C., *Takip Hukukunda İptal Davaları (Ad. D. 1989/6, s. 21 vd; Yasa D. 1989/6, s. 1048 vd.)*; GÜNEREN, A., a. g. e., s. 1069; Kale, S., *Aciz Halindeki Borçlunun, Bir veya Birkaç Alacaklısını Kayıran Hukuki Fiilleri Dolayısıyla İptal Davası (İİK m. 279) Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan*, s. 193; Şener, A., a. g. e., s. 1190; Karataş, İ. / Ertekin, E., a. g. e., s. 74; Şimşek, E., a. g. e., s. 863.

¹⁰⁴ Üstündağ, S., a. g. e., s. 284; Berkin, M., *İflâs Hukuku*, 1972, s. 499; Berkin, N., *İflâs Hukuku Rehberi*, 1980, s. 110; Yıldırım, M. K., a. g. e., s. 139, 288 vd.; Altay, S., a. g. e., C: 1, s. 675.

tasarrufun iptalini isteyebilir..."¹⁰⁵

Yüksek mahkeme bu konudaki içtihatlarında birinci görüşe katılarak;

• "İİK'nin 277 vd. göre açılan tasarrufun iptali davaları sonucunda iptal kararı verilebilmesi için, alacaklının takip konusu yaptığı alacağının, davaya konu olan tasarruftan önce doğmuş olması gerektiğini"¹⁰⁶

• "İİK'nin 277 vd. göre açılan tasarrufun iptali davalarında 'iptal kararı' verilebilmesi için, borcun doğum tarihinin, iptale konu tasarruftan önce olması gerektiğinden, takip konusu senedin (bononun) borcun doğduğu anda düzenlenmiş olması halinde, 'borcun doğum tarihinin senedin düzenlenme tarihi' olarak kabulü gerekeceğini, fakat davacı-alacaklının 'temel borç ilişkisinin (borcun gerçek doğum tarihinin, senedin düzenlenme tarihinden önce olduğunu) ileri sürmesi halinde, bu hususu kanıtlaması için imkan tanınması ve ulaşılabilecek sonuca göre bir karar verilmesi gerekeceğini"¹⁰⁷

• "Tasarrufun iptali davasının dinlenebilmesi için, takip dayanağı emre muharrer senetlere esas (neden) olan borç ilişkisinin, 'tasarruftan önce var olduğu'nun, alacaklı tarafından kanıtlanması gerekeceğini"¹⁰⁸

• "Daha önce 'borcun tasarruftan önceki hukuki ilişkiden doğduğunu' ileri sürebilme imkanı kendisine verilmemiş olan davacının bu durumu ilk kez temyiz dilekçesinde ileri sürmüş olması halinde, mahkemece verilmiş olan "davanın reddine" ilişkin kararın bozularak, tarafların, senedin tanzim tarihinden önceki tarihlerde her hangi bir hukuki ilişkiye girip girmediklerinin araştırılması gerekeceğini"¹⁰⁹

• " 'Davacının alacağının daha önce doğup, senedin sonradan düzenlendiği' yolunda ne dava dilekçesinde ve ne de yargılama sırasında herhangi bir açıklama (iddia) bulunmaması halinde, mahkemece 'borcun doğum tarihinin tasarruf tarihinden sonra olması' nedeniyle 'davanın reddine' karar verilme-

¹⁰⁵ Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Uyar, T. / Uyar, A. / Uyar, C., a. g. e., s:827 vd.

¹⁰⁶ Bkz. 17. HD 15.1.2008 T. 5073/73; 6.12.2007 T. 3408/4088; 15. HD 14.12.2004 T. 5965/6501; 23.9.2004 T. 3966/4595; 23.6.2004 T. 367/3525; 24.2.2004 T. 306/960; 13.1.2004 T. 6711/72 vb.

¹⁰⁷ Bkz. HGK 18.2.2004 T. 15-18/82; 15. HD 23.9.2003 T. 2993/4247; 20.2.2003 T. 149/784; 29.1.2003 T. 6349/449 vb.

¹⁰⁸ Bkz. 17. HD 19.7.2007 T. 3875/2555; 26.6.2007 T. 1080/2216; 15. HD 9.4.2002 T. 1462/1697.

¹⁰⁹ Bkz. 17. HD 25.9.2007 T. 3195/2774.

sinde bir isabetsizlik bulunmadığını"¹¹⁰

"Kambiyo senedinden kaynaklanan alacaklarda; alacağın 'vade' veya 'ta-
kip' tarihinden dolayısıyla da 'tasarruf tarihi'nden önce doğduğunun iddia
edilmiş olması halinde, bunun araştırılarak (davacıya bu konudaki delilleri
ibraz ettirilerek) sonucuna göre karar verilmesi gerekeceğini"¹¹¹

- "Çeklerin bankaya ibraz tarihinden önce yapılan tasarrufların -çek-
lerin düzenlenmesine neden olan temel ilişkinin daha önce olduğu alacaklı
tarafından kanıtlanmış olmadıkça- iptalinin istenemeyeceğini"¹¹²

- " 'Borcun doğum tarihinin,tasarruf tarihinden önce olduğu'nun ka-
nıtlanamaması halinde mahkemece, tasarrufun iptali davasının 'düzenleme
koşulunun yokluğu' nedeniyle reddedilmesi gerekeceğini"^{113, 114}

belirtmiştir.

**6183 sayılı Kanun'a göre amme (kamu) alacaklarının tahsili yö-
nünden açılacak iptal davalarında** "borcun doğum tarihine bakılmaksız-
ın, borçlunun tasarruflarının -6183 sayılı Kanun'un 24-31. maddeleri çer-
çevesinde- iptaline karar verilebileceği" doktrinde¹¹⁵ ileri sürülmüşse de,
yüksek mahkeme¹¹⁶ bu görüşe katılmamış ve "6183 sayılı Kanuna da-
yanılarak açılan tasarrufun iptali davalarında iptal kararı verilebilmesi için,
davacı idarenin kamu alacağının dava konusu tasarruftan önce doğmuş ol-
ması gerekeceğini" belirtmiştir...

IV. "İptal davası"nın niteliğinin daha iyi anlaşılabilmesi için, bu
davanın "istihkak davası"ndan farklı olay yönünün de açıklanması ya-
rarlı olur. Bilindiği gibi, haczedilen malın üçüncü kişinin bulunması
ve üçüncü kişinin de o mal üzerinde "istihkak iddiasında" bulunması
halinde, alacaklının -icra mahkemesinde- o kimse aleyhine "istihkak da-
vası" açması gerekir. (İİK m. 99)¹¹⁷ Davacı - alacaklı, açtığı bu davada,

¹¹⁰ Bkz. 17. HD 12.7.2007 T. 3031/2475.

¹¹¹ Bkz. HGK 18.2.2004 T. 15-18/82.

¹¹² Bkz. 15. HD 23.10.2004 T. 3310/5282.

¹¹³ Bkz. 15. HD 13.10.2004 T. 2178/5077.

¹¹⁴ Bu konudaki diğer içtihatlar için bkz. İleride; Uyar, T. / Uyar, A. / Uyar, C., a. g. e., s:943
vd.

¹¹⁵ Kostakoğlu, C., 6183 sayılı Kanuna Göre Amme Alacaklarının Tahsili Yönünden İptal Da-
vaları, *Yarg. D.*, 1991/1-2, s. 14; *Yasa D.*, 1990/9, s. 1237.

¹¹⁶ Bkz. 17. HD 9.10.2007 T. 3034/3010; 15. HD 5.10.2004 T. 2573/4847; 2.4.2002 T.
1363/1549; 1.4.2002 T. 5792/1502; 4.10.1999 T. 2389/3628 vb.

¹¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Uyar, T., *İcra Hukukunda İstihkak Davaları*, 3. Bası, 1994, s. 1003
vd.; Uyar, T., *Gereğçeli-İçtihatlı İİK Şerhi*, C: 6, 2006, s. 8795 vd.

“dava konusu malın üçüncü kişiye değil, borçluya ait olduğunu” ileri sürer ve bunu kanıtlamaya çalışır.

Halbuki “iptal davası”nda, davacı - alacaklı, “davalılardan üçüncü kişinin, dava konusu malın maliki olduğunu” önceden kabul etmiş ve bunu bile bile bu davayı açmıştır. Davacı-alacaklı, iptal davasında, “davalılardan borçlunun, diğer davalı üçüncü kişiye, dava konusu malı devrettiğini ve üçüncü kişinin ‘malik’ olduğunu (ya da ‘rehin hakkı sahibi’ olduğunu) ancak, borçlu ile üçüncü kişi arasındaki işlemin İİK m. 278, 280’de öngörülen varsayımlardan dolayı kendisi hakkında geçersiz olduğunu ve bu devre (tasarruf işlemine) rağmen, kendisine o mal üzerinde cebri icra hakkı, tanınmasını” -yani, o malı haczettirip sattırma ve satış parasından alacağını alma hakkı tanınmasını- ister.

Eğer davacı - alacaklı, dava konusu malın mülkiyetinin üçüncü kişiye geçip geçmediği konusunda kesin bilgi sahibi olmadığı için, bu malın “borçluya ait olduğu” kanısıyla istihkak davası açar ve davalı-üçüncü kişi de, “o malın kendisine ait olduğunu (devredildiğini)” ileri sürerse, davacı - alacaklı, “borçlu ile üçüncü kişi arasındaki devir işleminin iptalini” isteyebilir.¹¹⁸

V- İptal davasına konu olabilecek ve neticede iptal edilebilecek tasarruflar, İcra ve İflâs Kanunu’nda, üç grup halinde; 278, 279 ve 280. maddelerde öngörülmüştür. İİK m. 278, 279 ve 280’de iptal edilebilecek (iptale tâbi) tasarrufların neler olduğu, teker teker sayılarak (tahdidi olarak) belirtilmiş değildir. Yasanın bu maddelerinde, bazı iptale tâbi tasarruflar sayılmış ise de, bu sayma sınırlayıcı (tahdidi) değildir. Hangi tasarrufun iptale tâbi bulunduğunu, olayın koşullarına göre -maddedeki genel tanımlamalar çerçevesinde- hakim takdir edecektir (İİK m. 281/I)¹¹⁹

VI. Buraya kadar “İcra ve İflâs Kanununa göre açılacak olan iptâl davalarına konu olabilecek tasarruflar” hakkında yaptığımız açıklamalar, kural olarak, 6183 sayılı Kanun -m. 24-31- uyarınca açılacak olan iptal davaları bakımından da aynen geçerlidir.

Başka bir deyişle, 6183 sayılı Kanun uyarınca açılacak iptal davaları

¹¹⁸ Bkz. Uyar, T. / Uyar, A. / Uyar, C., a. g. e., s. 603

¹¹⁹ Bkz. 15. HD 16.2.2005 T. 5141/808; 21.10.2004 T. 3131/5291; HGK 25.11.1987 T. 15-381/873; 17. HD 21.1.2008 T. 5529/178.

ile İİK m. 277 vd. göre açılacak iptal davaları aynı “hukuki nitelikte” dir.¹²⁰ Bu davalar sonucunda, davanın kabulü halinde mahkemece “iptal ve tescil” kararı değil, “dava konusu taşınır/taşınmaz üzerinde davacı alacaklıya haciz ve satış isteme yetkisinin tanınması...” yönünde hüküm kurulur.

Bu kanunda da, iptal konusu olabilecek tasarruflar İcra ve İflâs Yasasına paralel şekilde üç grup halinde **a)** “İvazsız tasarruflar” (m. 27, 28) (İİK m. 278), **b)** “Aciz halinde iken (ödeme güçsüzlüğü içinde iken yapılan tasarruflar” (m. 29) (İİK m. 279), **c)** “Kamu alacağını ödememek amacı ile yapılan tasarruflar” (m. 30) (İİK m. 280) şeklinde- düzenlenmiştir.

Yüksek mahkeme, “6183 sayılı Kanuna göre açılacak iptal davalarının konusu”na ilişkin olarak;

- “İptal davasına konu olabilecek tasarrufların, 6183 s. K.’nın 27-30. maddelerinde üç gurup halinde düzenlenmiş olduğu, ancak hangi tasarrufların iptale tabi olduğu hususunun hakimnin takdirine bırakılmış olduğunu”¹²¹

- “Cebri icra yoluyla, icra dairesince yapılan ihalelerin iptali için -6183 sayılı Kanun uyarınca, kamu alacağından dolayı- iptal davası açılmayacağı”¹²²

- “Gerek uygulamada gerek doktrinde kira akitlerinin tasarrufun iptali davasına konu edilebileceği kabul edildiğinden, 6183 sayılı Kanun uyarınca da kamu alacağını engeller nitelikteki borçlu tarafından yapılmış olan kira sözleşmesinin iptali için de iptal davası açılabilirliğini”¹²³ belirtmiştir.

¹²⁰ Kostakoğlu, C., 6183 sayılı Kanuna Göre Amme Alacaklarının Tahsili Yönünden İptal Davası, *Yarg. D.*, 1991/1-2, s. 19.

¹²¹ Bkz. 17. HD 21.1.2008 T. 5529/178.

¹²² Bkz. 15. HD 5.11.2003 T. 4290/5246; 24.1.1991 T. 5427/157; 25.6.1990 T. 1367/309.

¹²³ Bkz. 15. HD 18.5.1998 T. 1988/2084.

İFLAS KARARINA KARŞI KANUN YOLLARI, İFLAS KARARININ KESİNLEŞMESİ (İİK m. 164)

Ayşe KILINÇ*

GİRİŞ

“İflas Kararına Karşı Kanun Yolları”, “İflas Kararının Kesinleşmesi” konulu bu çalışmada, asliye ticaret mahkemesince iflas davasının incelenmesi sonucu verilen kararlara göre bir ayırım yapılmak suretiyle, başvurulabilecek kanun yolları ve bu kanun yollarının özellikleri dikkate alınmış, kanun yollarına başvurmanın ticaret mahkemesinin iflas davası sonucunda verdiği karara etkileri ve iflas davası sonucu verilen kararlara karşı tüketilebilecek kanun yolları 5132 sayılı Kanun’un m. 12 ile İİK m. 164’e eklenen istinaf kanun yolu da dikkate alınarak incelenmiştir.

İstinaf mahkemelerinin henüz kuruluşu tamamlanmamış olduğu hususu dikkate alınarak, yürürlükteki mevzuat uyarınca iflas davası sonucunda verilen karara karşı gidilebilecek bir kanun yolu olarak uygulamasının başlamadığından bahisle, iflas davası sonucu verilen kararların istinaf incelemesinin ne şekilde olacağı ancak teorideki görüşler çerçevesinde ele alınmıştır. Ayrıca ticaret mahkemesinin iflas davası sonucunda verdiği hangi kararlara karşı, kimler tarafından kanun yollarına başvurulabileceği de kanun yolları ayırımı yapılmaksızın ortak açıklanmak suretiyle inceleme konusu yapılmıştır.

* Av., Eskişehir Barosu, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk doktora öğrencisi

1. BÖLÜM: İFLAS KARARINA KARŞI KANUN YOLLARINA BAŞVURMAK İÇİN GEREKEN ŞARTLAR

I. İFLAS DAVASI SONUCUNDA VERİLEN KARARA KARŞI KİMLER KANUN YOLLARINA BAŞVURABİLİR?

Ticaret mahkemesinin iflas davası sonucunda vermiş olduğu karara karşı, “*hukuki yararı*”¹ olmak koşuluyla, davacı ya da davalı kanun yollarına başvurabilirler.²

İflas davası sonucunda iflasına karar verilmiş olan borçlu müflisin kanun yollarına başvurmada prensip olarak hukuki yararı mevcuttur. Zira iflas davası bir takibe mesnet açılmış ve borçlunun iflasına karar verilmişse, aleyhine olan bu karara karşı kanun yollarına başvurmada hukuki yararının olduğu şüphesizdir.

Borçlu aleyhine açılan doğrudan iflas davası için de aynı durum geçerlidir. Ancak sorun borçlunun (şartları oluştuğunda) kendisinin iflasını talep etmesi durumunda, mahkemenin verdiği karara karşı (eğer bu karar borçlunun iflasına ilişkin bir kararsa, bu karara karşı koymada hukuki yararı yoktur. Zira onun talebi iflasına karar verilmesidir) ki bu karar iflas davasının reddine ilişkinse, kanun yollarına başvurmada hukuki yararın aranıp aranmayacağı noktasında ortaya çıkar.

Kanaatimizce; böyle özel durumlar için gerek iflas davasının açılmasında, gerekse bu dava sonucunda verilen karara karşı kanun yollarına başvurmada aranan menfaat; aslında kamusal bir menfaattir. Burada hukuki menfaat aranmaz ya da böyle bir talepte hukuki menfaat varsayımsal olarak vardır.

İflasın açılmasıyla müflisin tasarruf yetkisinin masaya dahil mallar hakkında sınırlandırılması (İİK m. 191), müflisin iflas kararını temyiz

¹ HUMK m. 427’de “*Davada haklı çıkmış olan taraf da hukuki yararı bulunmak şartıyla hükmü temyiz edebilir.*” diyerek kanun yollarına başvurmak için de davacı olabilmede gereken hukuki yarar şartı aranmıştır.

² “İstinaf yoluna başvuran kişinin de hukuki yararının bulunması gerekir. İlk derece mahkemesinde lehine karar verilmiş olan tarafın istinafa başvurmak bakımından hukuki yararının bulunmadığı söylenebilir. Ancak duruma göre, karar lehine tarafın istinafa başvuruda hukuki yararı olduğu tespit edilirse, o da bu yola başvuruabilir.” Pekcanitez Hakan / Atalay Oğuz / Özekes Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2005, s. 540

etme hak ve menfaatini ortadan kaldırmaz.³ Müflisten başka takipte bulunan alacaklının⁴ iflas talebinin ilanı üzerine davaya müdahale eden alacaklıların, tüzel kişiler adına temsil ve ilzam yetkisine sahip olan kişilerin⁵ temyiz talebinde bulunabilecekleri kabul edilmektedir.

II. İFLAS DAVASI SONUCUNDA VERİLEN HANGİ KARARLARA KARŞI KANUN YOLLARINA BAŞVURULABİLİR?

İİK m. 164'te "*Ticaret mahkemesince verilen nihai kararlara*" denmek suretiyle, bu soruyu tereddüde yer bırakmadan cevaplamıştır. Aynı zamanda bu hüküm, "*İlk derece mahkemelerinin nihai kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulabilir.*" diyen HUMK m. 426A ile de paralel bir düzenleme getirmiştir. Gerek HUMK m. 426A'nın⁶ gerekse İİK m. 164'ün lafzından nihai kararın esasa mı yoksa usule mi ilişkin olduğu konusunda bir ayırım yapılmadığından, ticaret mahkemesinin iflas davası sonucu davanın esasına girmeden usulden veya davanın esasına girerek yaptığı inceleme sonucu verdiği nihai kararlara karşı kanun yollarına başvurulabilecektir. Bu bağlamda nihai karar niteliğinde olmayıp ara karar niteliği taşıyan depo kararı,⁷ muhafaza tedbirleri ve defter tanzimine ilişkin kararlara karşı kanun yollarına başvurabilmek mümkün olmayacaktır.⁸

³ Altay Sümer, *Türk İflas Hukuku*, 1.cilt, 2004, s. 184

⁴ Belgesay Mustafa Reşit, *İcra ve İflas Hukuku Sentetik*, Bölüm 2. cilt Konkordato, İflas, İptal Davası, Tahliye, İstanbul 1953, s. 59; Ayrıca kanuni veya akdi temsilci veya yetkili vekil tarafından temyiz edilebilmesine ilişkin bkz. Olgaç Senai, *İcra-İflas* 2.cilt, Ankara 1978, s. 1344.

⁵ Altay s. 184; Olgaç s. 1344; *Anonim şirketin iflasına dair kararı, ortakların temyiz etme yetkisinin olmadığına dair* İİD 2.7.1968T, E 3615, K 69900 bkz. Uyar Talih, *Gereğçeli-İçtihatlı İcra-İflas Kanunu Şerhi*, İzmir 1975, s. 1767-1768

⁶ istinaf yoluna başvurulabilecek kararlar bakımından bkz. Konuralp Haluk, *Türkiye Barolar Birliği, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı*, (7-8 Mart 2003), "*Bölge Adliye Mahkemelerinde Uygulanacak Usul (Hukuk Davaları Açısından)*", (s. 247-265), s. 247-248; Pekcantez/Atalay/Özkes s. 538-539; Yıldırım Kamil, *Türkiye Barolar Birliği, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı* (7-8 Mart 2003) "*Kanun yolu olarak İstinaf*" (s.285-317), s. 304-305

⁷ *Depo emrine ilişkin kararın nihai bir karar bulunmamasına göre, ancak asıl hüükümle birlikte temyiz edilebileceğine dair* Y. 12 HD, 22.5.1984 E 3451/K 6472 için Eriş Gönen, *Uygulamalı İflas ve Konkordato Hukuku (Açıklamalar ve İçtihatlar)*, Ankara 1991, s. 128

⁸ *Nihai karar niteliğinde olmayan kararların temyizine dair* bkz. Altay s. 185; Ögütçü A.Tahir/Çitoğlu Ali, *Uygulamalı İcra ve İflas Kanunu*, Ankara 1977, s. 766

III.KANUN YOLLARINA BAŞVURMANIN HÜKMÜN İCRASINA ETKİSİ

İİK m. 164/2 c.1’de açıkça belirtildiği üzere “*iflas kararının temyizi iflasın ilanına ve masanın teşkiline mani değildir.*”

İflas kararına karşı kanun yollarına başvurmanın hükmün icrasını etkileyip etkilemeyeceği meselesi, Kanun’un açık metni karşısında tartışmadan uzak tutulması gerekir. Nitekim m. 164/2 c. 1’de iflas kararının temyizinin iflasın ilanına engel olmayacağı belirtilmesi yanında aynı fıkra c. 3’te buna bir istisna getirmek suretiyle kanun yollarına başvurmanın sadece ikinci alacaklılar toplantısının yapılmasına engel olacağını belirtmiştir.

İİK m. 164/2 karşısında doktrinde iflas kararının temyizinin (Bunu geniş anlamda kanun yollarına başvurmak olarak anlamamız gerekir.) hükmün icrasına engel olmayacağı benimsenmiştir.⁹

A. TEMYİZ KANUN YOLUNA BAŞVURMA HALİNDE

Yukarıda belirttiğimiz gibi kanun yollarına başvurmanın hükmün icrasını etkilemeyeceği kabul edilmekle birlikte, bu hususun doktrinde kabul görmesi zaman almış, İİK m. 164’e eklenen fıkra hükmü neticesinde varılan sonuç açıklık kazanmıştır. Nitekim iflas kararının temyizi halinde İİK m. 36 ve HUMK m. 443’e göre Yargıtay’dan tehiri icra kararının istenip istenemeyeceği hususu tartışılmıştır.

Bir görüş, Yargıtay’ın iflas kararının icrasının durdurulmasına karar verilebileceğini;¹⁰ hakim olan diğer görüş¹¹ ise bu konuda icranın durdurulmasına karar verilemeyeceğini savunmuştur. Ancak üzerinde durmamız gereken husus; Yargıtay’ın iflas kararının icrasının dur-

⁹ Altay s. 185; Berkin Necmettin, *İflas Hukuku*, İstanbul 1966, s. 100-101; Doğan Cahid, *İcra ve İflas Hukuku*, Niğde 1998, s. 131; Erman Sahir, *Ticari İlimler Öğrencileri için Usul ve İcra-İflas Dersleri*, İstanbul 1968, s. 151; Eriş s. 127; Gürdoğan Burhan, *İflas Hukuku Dersleri*, Ankara 1966, s. 43; İpekçi Nizam, *İcra ve İflas Kanunu Tatbikatı Şerh Açıklamalı-İçtihatlı-Uygulama-Örneklili*, Ankara 2001, s. 654; Kuru Baki, *İflas ve Konkordato Hukuku*, İstanbul 1988, s. 91; Postacıoğlu İlhan E., *İflas Hukuku İlkeleri*, İstanbul 1978, s. 35-36; Olgaç s. 1342; Ögütçü/Çitoğlu s. 766-767; Tikveş Özkan, *İçtihatlarla Açıklamalı İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, İstanbul 1990, s. 214; Uyar s. 1764

¹⁰ Bu görüş ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ansay Sabri Şakir, *Hukuk, İcra ve İflas Usulleri*, Ankara 1956

¹¹ Altay s. 185; Berkin s. 100-101; Gürdoğan s. 43 dn 108; Kuru s. 91 dn 132; Postacıoğlu s. 35-36

durulmasına karar verilebileceğini savunan *Ansay*'ın bu mütalaasını, 538 sayılı Kanun'la İİK m. 164'e eklenen fıkra ile maddenin bu şekli almasından önceki haline ilişkin olarak vermiş olmasıdır.

Ansay'ın vermiş olduğu bu mütalaası karşısında; *Postacıoğlu*¹² bu görüşü iflas kararında müddeabih diye bir meblağın tediyesinin mevzuu olmadığı, emirdeki yedi gün geçirilmiş olduktan sonra da o meblağın temin edilmesi suretiyle iflas kararının tatbik mevkiine geçilmesinin önlenemeyeceğinden bahisle reddetmiştir.

Bu mesele, İsviçre'de müspet bir şekilde çözümlenmiş; Federal İcra ve İflas Kanunu'nun m. 174/2 de iflas kararına karşı müracaat edilen yüksek mahkemenin bu kararın icrasını durdurabileceği açıkça kabul edildiği gibi ayrıca Federal Mahkeme'nin içtihatlarının da bu yönde olduğu bilinmektedir.¹³

B. İSTİNAF KANUN YOLUNA BAŞVURMA HALİNDE

İflas davası sonucunda verilen iflas kararının temyizinin, hükmün icrasına engel olmayacağını, İİK m. 164/2'nin bunu tereddüde yer vermeyecek şekilde düzenlediğini belirtmiştik. İflas kararına karşı istinaf yoluna başvurulması halinde de hükmün inşai etkisi gereği, sonuçlarını doğurması önlenemeyecek istinafa başvurmak da hükmün icrasına engel olamayacaktır.¹⁴

Burada temyizden farklı olarak istinaf yoluna başvurulması durumunda iflas kararının etkilerini devam ettirmesi sorun yaratacaktır. Zira istinaf yolunun özelliği gereği, Bölge Adliye Mahkemesi davayı yeniden ele alacak tıpkı Ticaret Mahkemesi gibi (şartları oluşmuşsa) davayı esastan inceleyecektir. İşte sorun da bu noktada kendini gösterecektir. Bir taraftan Ticaret Mahkemesi'nin iflasa karar vermesi anında iflas açılmış, iflas masası kurulmuş, borçlu müflis sıfatını almış olacak diğer taraftan da Bölge Adliye Mahkemesi, sanki bu sonuçlar hiç doğmamış gibi iflas davasını inceleyecektir. İflas davasını yeniden

¹² ayrıntı için bkz. *Postacıoğlu* s. 35

¹³ *Berkin* s. 100

¹⁴ HUMK m. 426J gereği; istinaf başvurusu kural olarak icrayı durdurmayacaktır. Ancak İİK m. 36'ya göre icranın geri bırakılmasını istemek mümkündür. Ayrıca kişiler ve aile hukuku ile taşınmaz mal ve taşınmazın aynına ilişkin haklarla ilgili kararlar kesinleşmedikçe icra edilemez

inceleyecek olan bölge adliye mahkemesinin bu noktada zaten iflas açılmış ve sonuçlarını doğurmuş olduğundan, muhafaza tedbirleri alınması hem gerekli olmayacak hem de mümkün olmayacaktır. İstinaf başvurusunun kural olarak icrayı durdurmayaacağı ancak İİK m. 36 gereği, icranın geri bırakılmasının mümkün olduğu ileri sürülmüştür.¹⁵

Yıldırım'a göre; bununla mukayeseli hukuktaki kanun yolu sisteminin vazgeçilmez, belirleyici bir şartı, sonucu olarak kabul edilen erteleyici etki tanınmamaktadır.¹⁶ Öte yandan yürürlükte kanun yolu sistemimizde temyiz yoluna başvurmada tanınmamış olan bir erteleyici etkinin daha alt düzeydeki bir mahkemeye başvuruya tanınmasından da uzak durulduğu söylenebilir. Yani *"temyize başvuru icrayı durdurmuyorsa, istinafa başvurmak hiç durdurmaz."* biçimindeki bir anlayış...¹⁷

İstinafa başvurmanın icrayı durdurmayaacağına ilişkin kanunun açık hükmü ve bunun tek istisnanın İİK m. 36 ile mümkün olacağına dair kabul karşısında iflas kararının istinaf incelemesinde bunun sorun yaratacağına dikkat çekmek gerekir. Zira ticaret mahkemesinin borçlunun (veya talepte bulunanın) iflasına dair verdiği hüküm gereği, iflasa ilişkin tüm sonuçların ortaya çıktığı ve bölge adliye mahkemesinin de ayrıca bu davayı yeniden ele aldığı ve esasın incelemeye geçtiğini düşünürsek bizde de Fransız usul hukukundaki gibi bir düzenlemeye¹⁸ ya da *"istinaftan karar çıkmadıkça, iflas açılmaz"* şeklinde bir *"askıda iflas"*¹⁹ haline ihtiyaç olduğu şüphesizdir.

¹⁵ Konuralp Haluk, "HUMK Tasarısına göre İstinaf Derecesi Tebliğ II", *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı*, 3-5 Ekim 2003 Eskişehir, s. 6; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes s. 544, Yıldırım (tebliğ) s. 306.

¹⁶ Yıldırım Kamil, *Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf*, İstanbul 2000, s. 129.

¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Konuralp (Tebliğ II) s. 5.

¹⁸ "Fransız usul hukukundaki düzenlemeye göre, bir ilamın icra edilebilmesi için ilke olarak kesin hüküm niteliği kazanması gerekir.(C.pr.civ m.500) Bir hükmün kesin hüküm niteliği kazanabilmesi için de herhangi bir kanun yolundan doğan erteleyici bir etkinin bulunmaması gerekir.(C.pr.civ m. 501) Başka bir anlatımla, olağan kanun yollarına başvurma süresi geçmedikçe veya kanun yoluna başvurulmuşsa buna ilişkin inceleme tamamlanmamışsa hüküm kesinleşmiş olmaz ve bu nedenle icra edilemez.."ayrıntılar için bkz. Konuralp Haluk, "Fransız Hukukunda Kanun Yolları Arasında İstinafın Yeri (Hukuk Davaları Açısından)", *AÜHFD*, c.50, S. 1 2001, s. 25-39.

¹⁹ "İsviçre sisteminde iflas kararına karşı üst mercie müracaat iflas hükümlerini kendiliğinden askıya almamakta kanun müsaade ettiği ve üst mercii de bu yetkisini kullandığı takdirde iflas hükümleri askıya alınabilmekte, fakat iflas kararının tasdiki halinde askıda tutulmuş olan iflasın, mahalli mahkemenin kararında gösterildiği gün, saat ve dakikadan itibaren bütün neticelerini husule getirdiği kabul edilmek-

2. BÖLÜM: İSTİNAF KANUN YOLUNA BAŞVURMA

I. İFLAS KARARINA KARŞI İSTİNAF KANUN YOLUNA BAŞVURMA

Asliye ticaret mahkemesinin borçlunun (ya da talepte bulunanın) iflasına dair vermiş olduğu karara karşı ilgililer,²⁰ ilamın usulen kendilerine tebliğinden itibaren on gün içinde yetkili bölge adliye mahkemesine istinaf isteminde bulunabileceklerdir. Ancak genel hükümlere göre istinafa başvurma süresi on beş gün olduğundan, iflas davası sonucu verilen kararlar için İİK m. 164/1 ile kanun koyucu bir ayrık hüküm sevk etmiştir.²¹ (m. 426E)

İflas kararına karşı istinaf yoluna başvuracak taraf, bu istemini yetkili bölge adliye mahkemesine yöneltmek zorundadır. Bölge adliye mahkemelerinin yetkilerine ilişkin düzenlemeye bakıldığında, kararı hakkında istinaf başvurusu yapılan mahkemenin yetkisinden bağımsız olarak, bölge adliye mahkemesinin yetkisi, kesin yetkidir.²²

Kanunun bölge adliye mahkemelerine bu konuda kesin yetki tanımış olması, iflas kararına karşı istinaf yoluna başvurulması halinde bazı problemler yaratacaktır. Zira iflas davasında yetkili mahkemeyi düzenleyen HUMK m. 17’de kesin bir yetki kuralı getirmekte, iflas davasının tacirin muamele merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde görülmesi gerektiğini ve bu konuda tarafların yetki sözleşmesi yapamayacağını, bunun kamu düzenine ilişkin bir yetki kuralı olduğunu belirtiyor.

İflas kararına karşı istinaf yoluna başvurulması halinde, davayı yeniden ele alacak olan yetkili Bölge Adliye Mahkemesi ise tacirin muamele merkezinin bulunduğu yargı çevresinin dışında ise HUMK m. 17’nin getirdiği kesin yetki kuralı ihlal edilmiş olmayacak mıdır?

Bu konuda belki şöyle bir cevap verilebilir: HUMK m. 426R ile

tedir.” bkz. Postacıoğlu s. 38 .

²⁰ “İlgililerin” kim olduğu yukarıda “İflas Davası Sonucu Kimler Kanun Yollarına Başvurabilir?” başlıklı s. 4’te incelenmiştir.

²¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 540; Yıldırım (tebliğ) s. 306; “HUMK Tasarısı m. 426E’de istinafa başvuru süresi otuz gün olarak düzenlenmişti.” için bkz. Konuralp (tebliğ II) s. 4; Öztekin Selçuk, “Adalet Bakanlığı Üst Mahkemeler Hukuk Komisyonu Tarafından Hazırlanmış olan Üst Mahkemeler Tasarısı”, *Yargı Reformu 2000 Sempozyumu*, İzmir 2000, s. 104 vd.

²² Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 540-541.

getirilen bölge adliye mahkemelerinin yetkisi de kesindir ve ilk derece mahkemelerinden farklı olarak bölge adliye mahkemeleri, ilçe teşkilatına göre kurulmayıp, belirli yargı çevrelerinde faaliyette bulunacaktır. Bunun sonucu olarak borçlunun muamele merkezini içine alan yargı çevresindeki Bölge Adliye Mahkemesi, iflas davasının istinaf talebini inceleyecektir. Ayrıca HUMK m. 17 de yer alan kesin yetki kuralının, ilk derece mahkemelerinin yetkisini düzenlediği ve bunun Bölge Adliye Mahkemelerinin yetkisini de kesin olarak belirleyebileceği düşünülemez.

Kanaatimizce; böyle bir gerekçe haklı olmamakla birlikte, şu gerçek gözden kaçırılmamalıdır: Elbette ki bölge adliye mahkemelerinin yetkisini, ilk derece mahkemelerinin yetkisine göre belirlemek mümkün olmayabilir ancak davayı yeniden ele alıp inceleyecek olan bölge adliye mahkemelerinin yetkisi belirlenirken, iflas davası gibi kamu düzenine ilişkin olup, özellikle üçüncü kişiler için de sonuç doğuracak davalardaki ilk derece mahkemelerinin kesin yetkisini düzenleyen kurallar, gözden uzak tutulmamalıdır.

İflas kararına karşı istinaf yoluna başvuracak taraf, talebini bir dilekçe ile bölge adliye mahkemesine yöneltecektir. (m. 426B/1) Diğer bir ifadeyle, iflas kararı mahkemece re'sen bölge adliye mahkemesine gönderilmeyecektir.²³

A. BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİNİN İSTİNAF İNCELEMESİ SONUCU VEREBİLECEĞİ KARARLAR

İstinaf talebini alan Bölge Adliye Mahkemesi, asıl incelemeye geçmeden başvuru hakkında bir ön inceleme²⁴ yapacak, bu ön inceleme sonunda eksiklik olmadığı anlaşılırsa dosya incelemeye alınacaktır. (m. 426L)

Ön inceleme yapıldıktan sonra nasıl bir karar verileceği kanunda açıkça belirtilmemiştir. Sadece "...gerekli karar verilir" şeklinde genel bir ifadeye yer verilmiştir. Bu sebeple her bir durum için ayrıca değer-

²³ Konuralp (tebliğ II) s. 5; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 541; Yıldırım (tebliğ) s. 303-307

²⁴ ön incelemede hangi hususların dikkate alınacağı HUMK m. 426L c.1'de belirtilmiştir.

lendirme yapılması gerektiği yolunda görüşler vardır.²⁵

Burada dikkat edilecek bir hususta; başvuru dilekçesinde iflas kararına karşı istinaf yoluna başvuru sebepleri ve gerekçelerinin de gösterilmesi gereğidir. Zira bu hususların yokluğu durumunda, Bölge Adliye Mahkemesi talebi sadece kamu düzenine aykırılık bulunup bulunmadığı yönünden inceleyecek; kamu düzenine aykırılık bulunmuyorsa, başvurunun reddine karar verecektir.²⁶

Bölge Adliye Mahkemesi ön incelemeyi tamamladıktan sonra iflas kararına karşı istinaf talebinin asıl incelemesine geçecektir. bölge adliye mahkemesinin yargılamada ilk derece mahkemesinin yargılama usulünü uygulayacağına ilişkin HUMK m. 426U karşısında, iflas kararına karşı istinaf yargılamasının basit yargılama usulüne göre olacağı açıktır. Bölge adliye mahkemesinin iflas kararının asıl incelemesini duruşmaya gerek olmadan da yapabileceği durumlar vardır. Bu hususlar HUMK m. 426M/İ de altı bent halinde sayılan ağır usul hatalarının ve m. 426M/İİ de üç bent halinde sayılan esasa ilişkin bazı durumların varlığı halinde mümkündür. Bunlar dışındaki durumlarda, Bölge Adliye Mahkemesi duruşma açarak tahkikatı yürütecektir.

İflas kararına karşı istinaf yoluna başvurulması halinde asıl incelemeyi tamamlayan bölge adliye mahkemesinin istinaf başvurusunu yerinde görmemesi halinde bu başvuruyu reddedeceği açıktır.²⁷

Peki istinaf başvurusunun haklı olduğu diğer bir ifadeyle, Ticaret Mahkemesi'nin iflas kararını usulden veya esastan hatalı olarak verdiği kanaatine ulaşan Bölge Adliye Mahkemesi nasıl karar verecektir?

İstinaf başvurusunun yerinde olması halinde, bölge adliye mah-

²⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 544; "İstinaf mahkemesinin dosya üzerinde yaptığı ön inceleme sonunda komisyona göre; ret veya tamamlattırma kararı alacağı ve tasarıda açıklık olmamasına rağmen, istinaf dilekçesinin reddine ilişkin bir ara kararı vereceğine" ilişkin bkz. Yıldırım (tebliğ) s. 307 ve ayrıca bkz. *Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf* s. 130.

²⁶ Konuralp s. 258; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 541-542-544; ayrıca karş. Yıldırım s. 130

²⁷ Konuralp s. 265; Yıldırım s. 308; "Burada bir temyiz incelemesi söz konusu olmadığından buna onama kararı denilmesinin teknik olarak doğru olmadığına ilişkin bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 549; Bu kararın özü itibarıyla bir onama kararı olduğuna ilişkin bkz. Yıldırım (tebliğ) s. 308; Bu kararın teknik anlamda bir onama kararı olmamakla birlikte, nitelik bakımından onama kararına benzer nitelikte bir karar olduğuna ilişkin bkz. Konuralp (tebliğ II) s. 13.

kemesince verilecek kararlar farklı olabilecektir. Ancak bu kararların tümünde ortak olan nokta; Ticaret Mahkemesi'nce verilen "iflas kararı"nın "kaldırılmasına" karar verildiğidir.

1. TİCARET MAHKEMESİNCE VERİLEN İFLAS KARARINI KALDIRARAK GÖNDERME KARARI VERMESİ

Duruşma yapılmasına gerek olmayan, usulü hataların söz konusu olduğu HUMK m. 426M/İ de altı bent halinde sayılan durumlar için geçerli olacaktır. Bu durumda dosya kendisine gönderilen (yetkili) Ticaret mahkemesi iflas davasını yeniden görecektir.

Bu kısımdan sora inceleyeceğimiz diğer iki karar türünün özelliği ise, bu kararların ancak bölge adliye mahkemesince istinaf incelemesinin esasına girildikten sonra verilebilmesidir.

2. TİCARET MAHKEMESİNİN KARARINI KALDIRARAK DAVANIN KISMEN YA DA TAMAMEN KABULÜNE KARAR VERMESİ

İflas kararının istinaf incelemesi sonucunda bölge adliye mahkemesince bu nitelikte bir karar verilmesi, iflas davasının mahiyeti gereği mümkün değildir. Zira iflas talebi bölünmez nitelikte olup, borçlunun (ya da talepte bulunanın) kısmen iflasına karar verilmesi söz konusu olamaz. Bu durumda olsa olsa, Bölge Adliye Mahkemesi, iflas kararını kaldırarak iflas davası bir takibe mesnet açılmışsa borçlunun takip konusu borcun kısmen borçlusu olduğuna karar verebilir. Zaten bu karar genellikle ilk derece mahkemesinin davanın reddine ilişkin vermiş olduğu kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunun kısmen ya da tamamen haklı görülmesi halinde verilecektir.²⁸

3. TİCARET MAHKEMESİNİN KARARINI KALDIRARAK İFLAS DAVASININ REDDİNE KARAR VERMESİ

Bölge adliye mahkemesinin iflas kararının istinaf başvurusunun esasına girdikten sonra yaptığı yeniden incelemede, ticaret mahke-

²⁸ Konuralp (tebliğ II) s. 13

mesinin borçlunun (ya da talepte bulunanın) iflasına karar vermesini doğru bulmadığı ve Ticaret Mahkemesi'nin yerine geçerek, iflas davasının reddine ilişkin verdiği karardır. Bölge adliye mahkemesinin iflas davasını reddine ilişkin verdiği bu karar, *inşai*²⁹ hüküm niteliğindedir. Zira bölge adliye mahkemesinin iflas davasının reddi sonucunu doğuran bu kararı ile borçlunun (ya da talepte bulunanın) iflasına karar veren ticaret mahkemesinin hükmü kalkmış olacağından, iflasın açılması ile sonuç doğuran bütün durumlar da ortadan kalkacaktır. Diğer bir ifadeyle, bölge adliye mahkemesinin bu kararı da tıpkı ticaret mahkemesinin iflasa karar veren hükmü gibi aynı etkiyi yaratacaktır.

Ancak burada şu tartışılabilir: Bölge adliye mahkemesinin bu kararına karşı süresi içinde Yargıtay'a temyiz talebinde bulunulursa İİK m. 36 ve HUMK m. 443 hükümlerinden faydalanarak, bu kararın icrasının ertelenmesinin istenip istenemeyeceği.

Kanaatimizce; bunun mümkün olması gerekir. Zira Yargıtay, bölge adliye mahkemesinin hükmünü bozarsa HUMK m. 439/İİ gereği³⁰ dosya tekrar bölge adliye mahkemesine geleceğinden, Bölge Adliye Mahkemesi ilk kararında -iflas davasının reddine- direnmeyip, bozma kararına uyarırsa -ki o zaman istinaf başvurusunun haksızlığı ortaya çıkacaktır- bu sefer borçlunun (ya da talepte bulunanın) iflasına karar veren ticaret mahkemesi hükmü canlanacağından, iflasın hüküm ve sonuçlarını doğurması açısından uygulamada karışıklık ortaya çıkabilir. Burada çözüm için şöyle bir öneri getirilebilir; Bölge Adliye Mahkemesi, ticaret mahkemesinin iflas kararının istinaf yolu ile incelenmesi sonucunda, ticaret mahkemesinin "*iflas kararının iptaline ve iflas davasının reddine*" ilişkin bir karar verebilir. Bu çözüm pratik açıdan da faydalıdır. Zira bu halde az önce tartıştığımız gibi, bölge adliye mahkemesinin kararının temyiz edilmesi durumunda icranın ertelenip ertelenmeyeceğine ilişkin problem de çözülmüş olacak, ticaret mahkemesinin iflas kararının iptali ile iflas kararının kendiliğinden doğurduğu sonuçlar da ortadan kalkacaktır. Böyle bir çözüm tarzı için

²⁹ karş. "Bölge adliye mahkemesince, ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılması ile davanın reddine dair vereceği kararın tespit hükmü niteliğinde bir karar olduğuna" ilişkin Konuralp (tebliğ II) s. 13-14.

³⁰ HUMK m. 439/İİ de "bölge adliye mahkemesinin düzelterek yeniden verdiği veya yeniden esas hakkında verdiği karar Yargıtay'ca tamamen veya kısmen bozulduğu takdirde dosya, kararı veren Bölge Adliye Mahkemesi veya uygun görülen diğer bir Bölge Adliye Mahkemesine gönderilir."

şüphesiz mevzuatta değişiklik yapılması gerecektir.

II. İFLAS DAVASININ REDDİNE KARŞI İSTİNAF YOLUNA BAŞVURMA

İflas davasının reddi kararına karşı istinaf yoluna başvurulması halinde de bölge adliye mahkemesinin yapacağı inceleme; yukarıda iflas kararına karşı istinaf yoluna başvurulması halinde açıkladığımız doğrultuda olacağından bu bölümde sadece bölge adliye mahkemesinin iflas davasının reddi üzerine kendisine intikal eden dosya üzerine yaptığı yargılama sonucunda nasıl kararlar verilebileceğine ilişkin açıklama yapılacaktır.

Eğer Bölge Adliye Mahkemesi istinaf istemini yerinde görmezse, reddecektir. Böylece Ticaret Mahkemesi'nin iflas davasının reddine ilişkin verdiği kararın usul veya esas yönünden hukuka uygun olduğu sonucu ortaya çıkacaktır.

HUMK m. 426M/İ'de sayılan altı ihtimalden birinin bulunması halinde Bölge Adliye Mahkemesi, istinaf incelemesinin esasına girmeden ticaret mahkemesinin kararını kaldırarak, "*dosyanın gönderilmesine*" karar verecektir. Bölge Adliye Mahkemesi, istinaf incelemesinin esasına girip yeniden yaptığı yargılama sonucunda ticaret mahkemesince verilen kararın yanlış olduğu kanaatine varırsa, "*ticaret mahkemesinin kararının kaldırılması ile borçlunun iflasına*" karar verecektir. Bu durum özellikle ticaret mahkemesinin borçlunun borçlu olmadığı ya da borçlunun iflasa tabi kişilerden olmadığı gerekçesiyle iflas davasının reddine ilişkin verdiği karar sonucunda, alacaklıların istinaf talebinde bulunmaları durumunda ortaya çıkacaktır. Ancak borçlunun depo emrini depo edip de bölge adliye mahkemesine istinaf talebinde bulunması durumunda, Bölge Adliye Mahkemesi istinaf incelemesini borçlunun borçlu olup olmadığına hasredecektir (tabi borçlu bu gerekçeyle istinaf başvurusunda bulunmuşsa ve kendisine karşı yapılan iflas yolu ile takibe karşı itiraz etmişse; aksi halde istinaf incelemesi sadece ticaret mahkemesince verilen kararın kamu düzenine uygun olup olmadığına ilişkin olacaktır.)

Borçlunun depo emrini ifa etmesi sebebiyle iflas davasının reddedilmesi durumunda ise alacaklının hukuki yararı bulunmadığından karara karşı istinaf yoluna başvurusu mümkün olmayacak; borçlu-

nun ise depo emrini ifa etmesi borçlu olduğuna ilişkin zımni bir kabul anlamına geleceğinden, iflas davasının bu sebeple reddine ilişkin karara karşı istinaf talebinde bulunması söz konusu olamayacaktır.

İstinaf incelemesi sonucunda borçlunun (veya talepte bulunanın) iflasına karar verilmesi durumunda iflas, bölge adliye mahkemesinin kararında gösterdiği gün, saat ve dakikada açılmış olacak ve borçlu da o an itibariyle müflis sıfatını alacaktır.

Bölge Adliye Mahkemesi iflasa karar verdiğinde bu kararı ancak kendi yargı çevresinde bulunan iflas dairelerine gönderebileceğinden; iflasın açılmasının sonuçları bu durumda pratik açıdan gerçekleşemeyecektir, meğer ki; Bölge Adliye Mahkemesi, tacirin muamele merkezinin bulunduğu yerdeki iflas dairelerini içine alan yargı çevresinde bulunsun.

Bölge adliye mahkemesinin bu kararına karşı da menfaati olan taraf on gün içinde Yargıtay'a temyiz talebinde bulunabilecektir.

Bundan sonraki bölümde iflas kararına ve iflas davasının reddine ilişkin karara karşı temyiz incelemesinin nasıl olacağı ele alınacaktır. Şöyle ki; bu bölümde bölge adliye mahkemesince verilen kararların temyiz incelemesi değil ve fakat yürürlükteki mevzuat hükümleri gereği uygulanan ticaret mahkemesinin iflas davası sonucu verdiği kararlara ilişkin olan temyiz incelemesi üzerinde durulacaktır.

3. BÖLÜM: İFLAS KARARINA KARŞI TEMYİZ KANUN YOLU

I. GENEL OLARAK

Yukarıda³¹ iflas davasını inceleyen ticaret mahkemesinin hangi nihai kararlarına karşı kanun yoluna başvurulabileceğini inceledik. İşte, ticaret mahkemesinin iflas davasını esastan incelemesi sonucunda vereceği nihai kararlardan biri, iflas davasını kabulü sonucunu doğuran “borçlunun³² iflasına” şeklindeki karardır.

Mahkemenin borçlunun iflasına karar vermesi üzerine iflas açılmış

³¹ bkz. yukarıda s. 5

³² Burada ve bundan sonra kullanılacak olan “borçlu” kavramını geniş anlamda iflas davası sonucu verilen iflas kararı ile müflis sıfatını alan kimse şeklinde anlamamız gerekir. Nitekim yukarıda istinaf incelemesi bölümünde bu ayrımı “borçlu veya talepte bulunan” şeklinde ifade etmiş bulunmaktayız.

olacak, mahkemenin hükmünde iflasın açıldığı anı gün, saat, dakika olarak göstermesi ile borçlu, müflis sıfatını alacak ve iflasın sonuçları kararın metninde gösterilen andan itibaren doğacaktır.³³

Mahkemenin borçlunun iflasına karar vermesi ile müflis sıfatını alan borçlu, iflas kararının maddi hukuka ve takip hukukuna ilişkin kurallara ve usul hükümlerine aykırılığı nedeniyle bu kararı temyiz edebilir.³⁴

Ticaret mahkemesinin borçlunun iflası hakkındaki kararı aleyhine, kararın tebliği tarihinden itibaren on gün içinde temyiz yoluna gidilebilir. Mahkeme kararı tefhim edilse bile, temyiz süresi kararın tebliğinden itibaren işlemeye başlar.³⁵ Nitekim bu husus İİK m. 164/İ de açıkça “tebliğden” demek suretiyle tereddüde yer bırakmamıştır.

İflas kararının temyizi, İİK’ndaki temyiz ile ilgili hükümlere (363-366) değil, kaideden genel hükümlere (HUMK m. 427-444) tabidir. İflas kararının temyizi HUMK’daki genel hükümlere göre de bazı özellikler arz eder. Bu özellikler dışındaki hallerde, HUMK’un temyiz ile ilgili genel hükümler uygulanır.³⁶

Nitekim *Kuru*³⁷’ya göre bu özelliklerin başında iflas kararının temyiz süresinin genel temyiz süresi olarak kabul edilen on beş gün değil, on gün olması gelir.

İflas kararına karşı temyiz talepleri 19. HD tarafından incelenir.³⁸ İflas kararının temyizi halinde, duruşma istenip istenemeyeceği hak-

³³ “...Demek oluyor ki iflas kararının neticeleri, bunun tefhim veya tebliğinden ya da ilanından itibaren değil, kararda gösterilen gün ve saatten itibaren hüküm ifade eder. Hatta bu iflas kararı ileride temyiz edilip de Yargıtay’ca onanmak suretiyle kesinleşecek olursa, iflasın neticeleri ilk kararda gösterilen andan itibaren cereyan etmiş olur, yoksa Yargıtay’ca kararın tasdik edilmiş olduğu andan itibaren iflas neticelerini göstermiş olmaz...” Erman s. 152; aynı yönde Belgesay s. 59; aksi yönde “iflas kararı kesinleşince, o tarih ve o andan başlayarak iflas açılmış olur.” diyen İpekçi s. 654; Tikveş s. 214.

³⁴ “...Mahkemenin anılan gazetede ilan yapıp yapılmadığı hususunu araştırmadan, Milliyet gazetesindeki ilan tarihini esas almak suretiyle yazılı şekilde süre yönünden davayı reddetmesi isabetsizdir.” Y19HD 2.6.1995T, 3757E, 4885K için bkz. İpekçi s. 659; Altay s. 184-190.

³⁵ Altay s. 185; Erman s. 151; Eriş s. 127.

³⁶ Kuru s. 90.

³⁷ Kuru s. 90-93 özellikle bkz. s. 90 dn 131.

³⁸ Yargıtay Kanunu m. 14; ancak 1730 sayılı Yargıtay Kanunu m. 13’te iflas kararı 12. HD tarafından incelenmekteydi.

kında doktrinde bir görüş birliği mevcut değildir. Genel eğilim³⁹ bu durumda duruşma istenebileceği görüşündedir. Ancak bu eğilimde olanlar arasında ise HUMK m. 438/İ'deki sınırın burada uygulanıp uygulanamayacağına dair tartışma vardır. Bir fikre göre; HUMK m. 438/İ'deki kaide hem davacı hem de davalı bakımından uygulanmalıdır. Diğer bir fikir ise alacaklının duruşma isteği bakımından HUMK m. 438/ İ'deki kaide uygulanabilirse de borçlu bakımından aynı kaide uygulanmaz.

Postacıoğlu, iflas kararının mesnedi olan takibin HUMK m. 438'deki sınırın altında bile olsa, iflasın hattı zatında borçlunun bütün borçlarına tesiri ve borçlarının bütününün bu safhada gayrı muayyen olması sebebi ile duruşma isteğinin müspet karşılanması gerektiğini; *Gürdoğan* da keza bu neticeye katıldığını; *Altay*, iflasın borçlu için çok ağır hukuki ve cezai sonuçları bünyesinde taşıyan bir kurum olması sebebi ile iflas kararının temyizinin duruşmalı olarak yapılmasının hukuki güvenlik açısından yarar sağlayacağını belirterek bu fikre katılmaktadır. *Kuru* ise duruşma isteği açısından HUMK m. 438'deki sınırın dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır.

Kanaatimizce; iflas kararını temyiz eden ister alacaklı ister borçlu olsun, iflas davasının niteliği gereği ve bu dava sonucunda verilen hükmün borçlunun şahsiyetinde bir takım değişiklikler meydana getirip, hukuki ve cezai sonuçlar doğuracağından iflas davası bir takibe mesnet açılmış olması durumunda bile takip konusu değere bakılmaksızın duruşma istenebilmesi gerekir. Ayrıca bu sonuç, iflas davasının takip konusu değere bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesinin görevine girmesi hususuyla da paralellik gösterir. Zira kanun koyucu, iflas davasında müddeabihe önem vermeyerek, bu davanın görevine ilişkin hükmü ayrıca sevk etmiştir. O halde bu kararın temyiz incelemesi için de müddeabihin önemli olmaması gerekir; bu çözüm tarzı Kanun koyucunun güttüğü gayeye de uygundur.

Temyiz mahkemesi, gerektiğinde ticaret mahkemesi tarafından emredilmemiş olan bazı muhafaza tedbirlerinin alınmasına karar verebilir. Örneğin, defter tutulmasına karar verebilir.⁴⁰

³⁹ Altay s. 185; Gürdoğan s. 43 dn 107; Kuru s. 90 dn. 131; Postacıoğlu s. 35; Uyar s. 1765.

⁴⁰ Berkin s. 99-103.

Borçlunun temyizi kendisinin iflasa tabi şahıslardan olmaması sebebine dayanabileceği gibi, borçlu olmadığı veya depo emrindeki kadar borçlu olmadığı sebeplerine de dayanabilir. HUMK gereğince temyiz talebi bütün temyiz sebeplerinin dermeyanını tazammum ettiği için, borçlu iflas kararını temyiz etmekle yetinip sebepleri zikretme-se bile temyiz incelemeleri her yönden yapılacaktır.⁴¹

*Favre'*nin Federal Mahkeme'nin bir kararına dayanarak, üst derece mahkemesinin, ilk derece mahkemesinde dava görülürken mevcut olan ve iflasa mani teşkil eden bütün unsurları, o zaman borçlu tarafından dermeyan edilmiş olsun olmasın, re'sen tahkik edebileceği ve etmesi lazım geldiği fikrinde olduğunu zira İsviçre'nin bazı kanton mahkemeleri, Federal Mahkeme'nin 19.12.1950 tarihli bu husustaki bir kararına kadar, bunların ancak iflas kararının icrası tehir edilmişse nazarı itibara alınabileceklerini kabul ettiğini ancak *Jaeger'*in aksi içtihadı, yani iflas kararının icrası tehir edildikten sonra meydana gelen hadiselerin üst derece mahkemesince nazarı itibara alınamayacağına dair bir çok eski mahkeme kararı zikrettiğini ve bu suretle İsviçre mahkemeleri arasında bu konuda bir içtihat birliği tesis edilemediği görülmektedir.⁴²

Yargıtay iflas kararının temyiz incelemesi sonucunda iflas kararı hakkında onama veya bozma kararı verecektir.⁴³ Ancak, Yargıtay'ın iflas kararı hakkında düzelterek onama kararı vermesinin iflasın inşai mahiyeti ve sonuçlarının mahkeme kararı ile yürürlüğe girmesi sebebiyle mümkün olmadığı belirtilmektedir.⁴⁴

⁴¹ Postacioğlu s. 36; "İflas kararından önceye ait olup, hükmün esasını etkileyen sebep ve olaylar, süresi içinde Yargıtay'a serdedilmek sureti ile hükmün bozulması istenebilir. Mahkemenin böyle bir sebebe dayanarak nihai mahiyetli iflas kararından rücu ederek tamamen yeni ve evvelkine mübayin ikinci bir karar vermesine usul hükümleri müsait değildir. Bu duruma rağmen, Ticaret Mahkemesinin, hükümden evvele taalluk edip Yargıtay'da dermeyan edilebilecek sebeplerle iflas kararının hükümsüz sayarak iflasın kaldırılmasına ilişkin kararı vermesi isabetsiz olur. Ancak bu karar ilgililerce temyiz olunarak Yargıtay'ca kaldırılmadıkça hükmünü ifa eder. İcra memurunun bu ikinci karara uyarak bazı işlemlerde bulunmuş oluşu durumun gerektirdiği bir mecburiyettir." Olgaç s. 1343.

⁴² Berkin s. 103-104; özellikle bkz. s. 103 dn. 91,92,93,94.

⁴³ Altay s. 185; Berkin s. 101; Kuru s. 91-92; Uyar s. 1764 .

⁴⁴ Altay s. 185; aksi yönde bkz. Berkin s. 103.

II. İFLAS KARARININ BOZULMASI

Yargıtay, iflas kararının temyizi üzerine yaptığı inceleme sonucunda iflas kararının bozulmasına karar verirse ve bu karar da usulüne uygun olarak kesinleşirse, iflas davasının yeniden yargılması durumu ortaya çıkar. Yeniden başlayan yargılama süreci içinde iflas davasından feragat edilmesi⁴⁵ veya takibin konusu olan borcun ödemesi gibi sebeplerle iflas davasının reddini gerektiren sonuçlar ortaya çıkabilir ve artık bu durumlarda iflasa karar verilemez.^{46, 47}

Yargıtay'ın iflas kararını bozması ve bu bozma kararının kesinleşmesi ile iflasın açılmış olmasının sonuçları ortadan kalkacağından; borçlunun malları üzerinde alınmış olan muhafaza tedbirlerinin de kalkması gerekir. Ancak İİK m. 164/3'te bu duruma bir istisna getirilmiş ve iflas kararı bozulsu bile borçlunun malları üzerindeki tedbirlerin devam edeceği ancak davanın bozmadan sonraki seyrine göre ticaret mahkemesinin bu tedbirleri değiştirmeye veya kaldırmaya yetkili olduğu belirtilmiştir.⁴⁸ Bu halde, ticaret mahkemesinin yalnız kendi takdirine bağlı bulunan muhafaza tedbirlerini değil, alacaklının talebi üzerine almak mecburiyetinde bulunduğu tedbirleri dahi değiştirmeye veya kaldırmaya yetkili olduğu kabul edilmek gerekir.⁴⁹

⁴⁵ "Bozma kararı üzerine borçlu davacı alacaklı ile anlaşır, iflas davasının taraflarından hiçbiri bozma kararını tebliğe çıkartmaz ve davayı takip etmek istemeyebilir, bu halde dosya muameleden kalkar ve ticaret mahkemesi bozma kararına uyup uymama hakkında bir karar veremez." demek suretiyle iflas kararının bozulması ile iflastan önceki durumun geri döneceğini belirten Kuru için bkz. s. 92 dn 137 ve ayrıca "Davacının iflas kararını temyiz ettikten sonra davadan feragatinin açılan iflasa tesir etmeyip, iflasın kaldırılmasını gerektirmez." diyen Berkin için bkz. s. 99.

⁴⁶ İflas kararının bozulması ile iflastan önceki durumun geri döneceğine ilişkin bkz. Altay s. 188; Kuru s. 92; Uyar s. 1765; aksi görüş için bkz. Berkin s. 99.

⁴⁷ İsviçre sisteminde iflas kararına karşı üst mercie müracaatın iflas hükümlerini kendiliğinden askıya almamakta, kanun müsaade ettiği ve üst merci de bu yetkisini kullandığı takdirde iflas hükümleri askıya alınabilmekte, fakat iflas kararının tasdiki halinde askıda tutulmuş olan iflasın, mahalli mahkemenin kararında gösterdiği gün, saat ve dakikadan itibaren bütün neticelerini husule getirdiğinin kabul edildiği ve bizde de bu sistemden esinlenerek iflas kararının bozulması üzerine iflas hükümleri askıya alınmış sayılmalı ve bilahare bozma üzerine muamele yapıp yine iflasa karar verildiği takdirde, iflasın ilk kararda gösterilen andan itibaren hükümlerini yerine getirmiş olduğunun kabul edilmesi gerektiği yolunda bkz. Postacıoğlu s. 38 vd.

⁴⁸ Altay s. 186; Berkin s. 101; Erman s. 151; Kuru s. 91; Postacıoğlu s. 98; Ögütçü/Çi-toğlu s. 767; Tikveş s. 214; Uyar s. 1765.

⁴⁹ Gürdoğan s. 44.

İflas kararının bozulması üzerine dosya kendisine gönderilen mahkeme ya bozmaya uyacak yahut kararında ısrar edecektir. İsrar kararına karşı da (bu yeni bir nihai karar olduğundan) hukuki yararı bulunan taraf, Hukuk Genel Kurulu'na gönderilmek üzere kararı temyiz edebilir.

İflas kararının bozulmasından sonra yerel mahkemece yapılan yeniden yargılama sonucunda iflas davasının reddine karar verildiği ve bu karar da kesinleştiği takdirde İİK m. 40 gereğince icranın iadesi yoluna başvurulması iflas kararının tüm sonuçlarının ortadan kaldırılması sağlanabilecektir.⁵⁰

İflas kararının temyizi üzerine Yargıtay, bu kararı hukuka uygun bulursa temyiz talebini reddederek iflas kararının onanmasına karar verecektir. Bu durumda süresi içinde karar düzeltme yoluna başvurulmaması veya karar düzeltme talebinin reddedilmesi halinde; iflas kararı kesinleşecektir. Yargıtay'ın iflas kararını onaması durumunda iflas, onanma tarihinde değil, ticaret mahkemesinin iflas kararında tayı etmiş olduğu anda açılmış olacaktır,^{51' 52}

III. İFLAS DAVASININ REDDİ KARARININ TEMYİZİ

Asliye ticaret mahkemesi, iflas davasını çeşitli sebeplerle reddedebilir. İflas davası ister usulden ister esastan reddedilsin, bu ret kararına karşı temyiz yolu açıktır.⁵³

İflas davası bir takibe mesnet olarak açılmış ve alacağın sübut etmemesi nedeniyle iflas talebi reddedilmişse; alacaklının temyizi üzerine Yargıtay, alacağın varlığı yönünden verilen hükmü denetleyecektir. Bunun sonucunda Yargıtay, ret kararının onanması veya bozulması yönünde bir hüküm tesis edecek ve fakat ret kararını düzelterek onamak suretiyle, iflas kararı verme yetkisine sahip olamayacaktır.⁵⁴ Ancak doktrinde, Yargıtay'ın mahkemenin iflası reddeden kararını bozması ve başkaca bir tahkik muamelesine lüzum görmemesi itibarıyla,

⁵⁰ Altay s. 187; Postacıoğlu s. 39; Olgaç s. 1343; YİİD 24.8.1972T, E3440, K3376 ve Y12. HD 7.4.1987T, E11970, K4914 için bkz. Eriş s. 127 vd.

⁵¹ Belgesay s. 59; Berkin s. 101; Erman s. 152 .

⁵² ayrıca bkz. dn 33.

⁵³ İflas davasının yetki yönünden reddine ilişkin nihai kararın on gün içinde temyiz edilebileceğine ilişkin Y12. HD, 9.5.1983T, E 2535, K 3613 için bkz. Eriş s. 128.

⁵⁴ Altay s. 187; Berkin s. 126; Kuru s. 90 dn. 128; Kuru s. 92 dn. 137.

doğrudan doğruya iflasa karar verebileceği ve iflasında Yargıtay'ın kararında gösterilen andan itibaren neticelerini doğuracağına ilişkin düşünceler de vardır.⁵⁵

Kanaatimizce, bu fikre katılmak mümkün değildir. Zira temyiz mercii olan Yargıtay, yerel mahkemenin kararına karşı ancak hukukilik denetimi yapmakla yetkilidir ve kararın hukuka uygun olup olmadığını denetler, ayrıca yerel mahkemenin kararı yerine yeni bir karar itihaz edemeyeceği gibi bu kararı iptal de edemez.⁵⁶

İflas davasının reddi hakkındaki kararın Yargıtay'ca bozulması üzerine, dosya kendisine gönderilen ticaret mahkemesi, Yargıtay'ın bozma kararına uyarırsa borçlunun iflasına karar verecek, aksi halde eski kararında ısrar edecektir.

İflas davası bir takibe mesnet açılmış olup da; borçlu veya üçüncü şahıslar tarafından depo kararının yerine getirilmesi halinde, konusu kalmayan iflas davasının reddine karar verilecektir. Bu halde borçlunun bu kararı tehiri icra talepli olarak temyiz etmek suretiyle İİK m. 36 ve HUMK m. 443'ten yararlanarak, temyiz incelemesinin sonucuna kadar depo edilen paranın alacaklıya ödenmemesini sağlayabileceğini düşünenler vardır.⁵⁷

Bu konudaki temyiz nedeniyle tehiri icra prosedürü ile ilgili kanunda açık bir hüküm olmamasına rağmen kanaatimizce, buna olanak verilmelidir. Zira, Yargıtay'ın bu konudaki temyiz incelemesi esasen borçlunun borcu bulunup bulunmadığına ilişkin ticaret mahkemesince verilen kararın hukuka uygun olup olmadığına hasredileceğinden ve itirazın kaldırılması talebine dayalı iflas davasında, alacağının varlığı ve miktarının kanıtlanıp kanıtlanmadığı temyiz incelenmesinde denetleneceğinden, Yargıtay'ın bu konudaki kararına kadar icranın ertelenmesinde borçlunun menfaati olduğu açıktır.

⁵⁵ Belgesay s. 59.

⁵⁶ Berkin s. 103.

⁵⁷ Altay s. 188; Borçlunun depo emrini yerine getirdiği için iflasına karar verilmeyerek yalnız bu meblağla mahkumiyetine karar verilmişse, borçlunun bu hükmü umumi hükümler dairesinde temyiz edebileceğine ilişkin bkz. Postacıoğlu s. 36 .

4. BÖLÜM: KARAR DÜZELTME KANUN YOLU

I. YARGITAY İNCELEMESİ SONUCU VERİLEN KARARLARA KARŞI KARAR DÜZELTME

Yargıtay'ın temyiz üzerine verdiği karara karşı tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde karar düzeltme yoluna gidilebilir.(md 366/İİİ) Buna karşın HUMK m. 440/İ uyarınca karar düzeltme süresinin on beş gün olduğu da ileri sürülmektedir. Bu sorunun temyiz incelemesinin Yargıtay 12. HD tarafından yapılmayıp, bu yetkinin halen 19. HD'ye ait olmasından kaynaklandığı ileri sürülmektedir. Zira İİK m. 366/3, icra-iflas dairesinin takip hukukuna dair kararların temyizi-ne ilişkin kararlarına karşı, karar düzeltme süresinin on gün olduğunu belirtmesine karşı, şu an için Yargıtay 19. HD'nin temyiz incelemesinde yetkili olması bu konuda İİK m. 366/İİİ'nin değil, HUMK m. 440/İ'nin uygulanabilmesi olasılığını gündeme getirmiştir.⁵⁸

Ticaret mahkemesi kararın reddine veya onanmasına ilişkin karar düzeltme yoluna başvurabilmek için dava konusunun HUMK m. 440/İ'deki değerden fazla olmasının gerektiği yolunda düşünceler vardır.⁵⁹

Kanaatimizce; böyle bir düşünceye katılmak olanaklı değildir, bilakis yukarıda⁶⁰ temyiz isteminin duruşmalı olarak yapılıp yapılamayacağına dair verdiğimiz izahat doğrultusunda, karar düzeltme yoluna başvurabilmek için de müddeabihin nazara alınmaması gerektiğini; Zira iflas davasının bir takibe mesnet olmayıp da şartları varsa alacaklı ya da borçlunun doğrudan doğruya iflası talep etmesi durumunda bu düşüncenin pratikte uygulama şansı olamayacağından bahisle iflas davası sonucu verilen kararların HUMK m. 440/İ'deki sınıra bakılmaksızın karar düzeltme yoluna başvurulabileceğini düşünmekteyiz.

Yargıtay'ın iflas kararını onaması ve bu karar aleyhine süresi içinde karar düzeltme yoluna gidilmemesi veya karar düzeltme talebinin reddedilmiş olması ya da usulüne uygun başka bir şekilde iflas kara-

⁵⁸ Karar düzeltme süresinin on gün olduğuna ilişkin bkz. Altay s. 187-188; Eriş s. 127; Kuru s. 93; Uyar s. 1764-1765 ve ayrıca bkz. iflas davalarına ilişkin karar düzeltme süresinin on gün olarak kabul edilmesine ilişkin 19. HD, 6.2.1998 8760/572 için *Yargıtay Dünyası* 1999/37 s. 120-121.

⁵⁹ Doğan s. 129-131

⁶⁰ bkz. "emyiz incelemesinde Yargıtay'dan duruşma istenip istenemeyeceğine" dair s. 15.

rının kesinleşmesi durumunda İİK m. 164/İİ c.2'de belirtildiği üzere ikinci alacaklılar toplantısı yapılabilecek ve masa malları satılabilecektir. Diğer bir ifadeyle iflas tasfiyesinin, ikinci alacaklılar toplantısından sonraki kısmına devam edilebilecektir.

İflas kararı kesinleştikten sonra iflas dairesi ve iflas idaresi, iflas kararını icra etmeye mecburdurlar. İsviçre'de yetkisiz bir mahkemenin vermiş olduğu iflas kararının veya iflasa tabi olmayan bir kimse hakkında verilmiş olan iflas kararının iflas dairesi için bağlayıcı olmadığı, yani iflas dairesinin böyle bir iflas kararını icra etmekten kaçınabileceği kabul edilmektedir.⁶¹ Türk hukukunda ise *Kuru*'ya⁶² göre, iflas dairesinin böyle bir yetkisi yoktur. Ancak *Belgesay*,⁶³ *Jaeger*'e atıf yaparak İsviçre'deki uygulamayı benimsemekte, yani iflas dairesinin bu iki halde iflas kararını icra etmekten imtina edebileceğini düşünmektedir.

KAYNAKLAR

- Altay, Sümer, *Türk İflas Hukuku*, 1. cilt 2004.
- Ansay, Sabri Şakir, *Hukuk, İcra ve İflas Usulleri*, Ankara 1956.
- Belgesay, Mustafa Reşit, *İcra ve İflas Hukuk Sentetik*, Bölüm 2. cilt, Konkordato, İflas, İptal Davası, Tahliye İstanbul 1953.
- Berkin, Necmettin, *İflas Hukuku*, İstanbul 1966.
- Doğan, Cahid, *İcra ve İflas Hukuku*, Niğde 1988.
- Eriş, Gönen, *Uygulamalı İflas ve Konkordato Hukuku (Açıklamalar ve İçtihatlar)*, Ankara 1991.
- Erman, Sahir, *Ticari İlimler Öğrencileri için Usul ve İcra-İflas Dersleri*, İstanbul 1968.
- Gürdoğan, Burhan, *İflas Hukuku Dersleri*, Ankara 1966.
- İpekçi, Nizam, *İcra ve İflas Kanunu Tatbikatı Şerh, Açıklamalı-İçtihatlı-Örnekli*, Ankara 2001.
- Konuralp, Haluk, Türkiye Barolar Birliği, *İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı (7-8 Mart 2003) "Bölge Adliye Mahkemelerinde Uygulanacak Usul (Hukuk Davaları Açısından)" s.247-265.*

⁶¹ Kuru s. 93.

⁶² Kuru s. 93.

⁶³ Belgesay s. 60.

- Konuralp, Haluk, "HUMK Tasarısına göre İstinaf Derecesi Tebliğ II", *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı*, 3-5 Ekim 2003 Eskişehir.
- Konuralp, Haluk, "Fransız Hukukunda Kanun Yolları Arasında İstinafın Yeri", *AÜHFD*, 2002/1 cilt 50 sayı 1 s. 25-39.
- Kuru, Baki, *İflas Hukuku*, İstanbul 1988.
- Olgaç, Senai, *İcra-İflas*, 2. cilt, Ankara 1978.
- Öğütçü, A. Tahir/ Çitoğlu, Ali, *Uygulamalı İcra ve İflas Kanunu*, Ankara 1977.
- Öztek, Selçuk, Adalet Bakanlığı Üst Mahkemeler Hukuk Komisyonu Tarafından Hazırlanmış Olan Üst Mahkemeler Tasarısı, *Yargı Reformu 2000 Sempozyumu*, İzmir 2000, s.104 vd.
- Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2005.
- Postacıoğlu, İlhan E., *İflas Hukuku İlkeleri*, İstanbul 1978.
- Tikveş, Özkan, *İçtihatlarla Açıklamalı İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, İstanbul 1990.
- Uyar, Talih, *Gerekçeli-İçtihatlı İcra-İflas Kanunu Şerhi*, İzmir 19975.
- Yıldırım, Kamil, *Hukuk Devletin'in Gereği: İstinaf*, İstanbul 2000.
- Yıldırım, Kamil, *Kanun Yolu Olarak İstinaf*, s. 285-317.

MESLEK KURALLARI'NDA AVUKATIN REKLAM YASAĞI

M. Lamih ÇELİK*

“Meslek kuralları” mesleğin düzen ve geleneklerini korumak yerleştirmek ve yasaların avukatlara yüklediği görevlerin onurlu bir şekilde yerine getirmesini sağlamak amacıyla oluşturulmuştur. Avukatlık mesleğini yapanlar Avukatlık Kanunu ve yönetmeliği ile birlikte meslek kurallarını da iyi bilmek ve özümsemekle yükümlüdür.¹

Serbest bir irade sonucu kabul edilen meslek kuralları, bir toplum yaşamı için vazgeçilmez olarak kabul edilen avukatlık mesleğinin en iyi şekilde çalışmasını garanti altına alır. Bu kurallara uyulmaması avukat için bir disiplin cezasına çarptırılmakla sonuçlanır. (AB Meslek Kuralı m.1.2.1)Avukatlar haklarını kullanırlarken, her zaman hukuka ve hukuk mesleğinin kabul görmüş standartlarına ve mesleki ahlak kurallarına uygun davranırlar. (Havana Kuralları m. 23) “Meslek kurallarının bir bölümü Avukatlık Kanununda gösterilmiştir. Bir bölüm meslek kuralları ise Türkiye Barolar Birliği'nin 8-9 Ocak 1971 tarihli IV. Genel Kurul toplantısında kabul edilmiş ve 50. maddesi hükmüne göre TBB Bülteni'nin 26.1.1971 tarih ve 5 sayısında yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Türkiye Barolar Birliği'nin ve baroların meslek kurallarını tüm avukatlara ayrı ayrı tebliğ etmesi gibi görevleri ve yükümlülükleri yoktur. Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulu tutanaklarına geçen tüm barolara bildirilen ve muhtelif şekillerde kitap halinde de yayınlanan bu kuralları avukatlar bilmek zorundadır. Avukatlık Kanununda bu kuralların “uyulması zorunlu” kurallar olduğu açıkça belirtildiğinden meslek kurallarına uygun davranmayan avukatlara disiplin cezası uygulanır”²

* Av., Şanlıurfa Barosu.

¹ 12.11.2004 T. E.2004/260 K.2004/358 - 25.6.2005 T. E.2005/134 K.2005/211

² 25.1.1999 T. E.1998/109 K.1999/15 - 21.10.2000 T. E.2000/130 K.2000/160, TBB Der-

Çalışmamızda Avukatlık Meslek Kuralları'nda yer alan avukatın reklam yasağına ilişkin konuyu açıklamak için varsa benzer Avrupa Birliği Meslek Kuralı'na, kanun maddelerine ve Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararları'nın konuya açıklık getiren kısmına yer verdik.

1- Meslek Kuralı m. 7

Avukat salt ün kazandırmaya yönelik her türlü gereksiz davranıştan titizlikle kaçınmalıdır.³

a- Avukat, yalnız adres değişikliğini reklam niteliğini taşımayacak biçimde ilan yolu ile duyurabilir.⁴

gisi, Sayı 1999/2 s.57. "Avukatlık Yasası ve Meslek Kuralları, Türk avukatlarının Türkiye sınırları dışındaki eylem ve davranışları içinde geçerlidir" (27.10.2001 T.E.2001/92 K.2001/168), "657 sayılı yasa kapsamında kamu görevlisi olan avukatlar, avukatlık yasasının ek-1 maddesinin son fıkrasına göre stajyer avukatlar ise aynı yasanın 23. maddesinin son tümcesine göre meslek kurallarına uymak zorundadırlar. (18.10.2002 T. E.2002/144 K.2002/285- 20.7.2000 T. E.2000/75 K.2000/108)" "Meslek kurallarına uymak tüm avukatların yükümlülüğünde olup,serbest-kamu avukatı ayırımı yoktur.(20.07.2000 T. E.2000/75 K.2000/108-TBB Dergisi sayı:2000/3 s.924)

3 TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği

Yükümlülükler

Madde 11- Bu Yönetmelik kapsamında olanlar; salt ün kazanmaya yönelik her tür girişim ve eylemlerden kaçınmak, iş elde etmek için reklam sayılabilecek her hangi bir girişim ve eylemde bulunmamak, üçüncü kişilerin kendileri için reklam sayılabilecek bu tür eylem ve davranışlarına izin vermemek, engel olmak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdürler.

İnternet

Madde 9-Mesleki faaliyetlerini internet üzerinden sürdürmek, müvekkillerini bilgilendirmek, mesleki makalelerini ve bilimsel çalışmalarını yayınlamak amacıyla yalnızca [av.tr] uzantılı internet sitesi açabilir. Tabelada, basılı evraklarında ve internet sitesinde sadece av.tr uzantılı veya Türkiye Barolar Birliğinin ya da bağlı bulunduğu barosunun verdiği e-posta adreslerini kullanabilir.

.....

c) İş sağlama amacına yönelik ve meslektaşlarıyla haksız rekabete yol açacak şekilde, internet kullanıcılarını kendi sitesine veya kendi sitesinden bir başka siteye yönlendirecek internet kısa yolları kullanamaz, kullanılmasına izin veremez ve reklam veremez ve alamaz.

4 TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği

Madde 8-a) Adres değişikliğini, büro açılışını ve altı ayı aşan ara vermeden sonra yeniden mesleğe dönüşünü; avukatlık ortaklığına girişini ve çıkışını, reklam niteliğini taşımayacak şekilde, gazete ve sair yazılı basın yolu ile bir kez duyurabilirler. Avukatlık ortaklığının tescil ya da sona ermesi ya da ortaklardan birinin ayrılması

b- Avukatın başlıklı kağıtları,⁵ kartvizitleri büro levhaları⁶ reklam niteliği taşıyabilecek aşırılıkta olamaz.

c- Avukat telefon rehberinde meslekler kısmında adres yazdırabilir.⁷ Bunun dışında faklı büyüklükte harflere, ya da ilan niteliğinin

ilan yolu ile duyurulabilir,

5 TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği

Basılı Evrak

Madde 6- Başlıklı kağıtlar, kartvizitler ve diğer basılı evrak, reklam niteliği taşıyacak aşırılıkta olamaz.

Başlıklı kağıtlarda, kartvizitlerde ve diğer basılı evrakta; sadece avukatlık unvanı, varsa akademik unvan, adı ve soyadı, adres, telefon-faks numaraları, internet ve e-posta adresleri ile bağlı bulunan; Baro ve Türkiye Barolar Birliği sicil numaraları, vergi dairesi ile vergi sicil numarası yer alabilir. (...)

Başlıklı kağıtlarda, kartvizitlerde ve diğer basılı kağıtta avukat unvanı ve akademik unvan dışında; emekli yargıç, emekli savcı, emekli noter, hukuk uzmanı, marka-patent vekili, sigorta uzmanı, bilirkişi, Bakan, Milletvekili ve benzeri sıfatlar kullanılmayacağı gibi kamu kurum ve kuruluşu ile özel kurum ve kuruluşlardaki, siyasi partilerdeki geçmiş ve mevcut görevler belirtilemez. Barolar ve Türkiye Barolar Birliği organlarında geçmişte görev alan avukatlar bu unvanlarını kullanamazlar. Halen görevli olanlar bu unvanlarını; ancak bu görevin ifasında ve bu görevleri ile sınırlı olmak kaydıyla kullanabilirler.

Başlıklı kağıtlarda, kartvizitlerde ve diğer basılı evrakta; avukatın veya avukatlık ortaklığının ad ve unvanını belirtme amacını aşan her türlü yazı, deyim, resim, kayıtlı bulunduğu baro veya Türkiye Barolar Birliği amblemi dışında amblem ve şekiller yer alamaz...

6 TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği

Tabela

Madde 5- Bu Yönetmelik kapsamında olanlar kullanacakları tabelada; avukatlık unvanı ile ad ve soyadı, varsa akademik unvanı, büronun bulunduğu kat ve büro/daire numarası telefon numarası, internet adresi ile e-posta adresi yer alır. Tabelada bu Yönetmelikte belirlenenlerin dışında unvan, deyim, şekil, amblem ile Türkçe dışında yabancı dillerde ifade ve sair şekiller, işaret, resim, fotoğraf ve benzerlerine yer verilemez. (...)

Bina cephelerine, büro balkonu ve pencerelerine birden fazla tabela asılamaz, benzeri yazılar yazılamaz. Tabela yerine ışıklı pano kullanılamaz, tabela ışık verici donanımla süslenemez. Tabelada en çok iki renk kullanılabilir.

Tabela (70 cm x 100 cm) boyutunu geçemez. Ancak birden fazla avukata ya da avukatlık ortaklığına ait tabelalar ile yüksek katlarda kullanılacak tabelalarda bu boyut (100 cm X 150 cm) ye kadar arttırılabilir.

7 TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği

Telefon Rehberi

Madde 7- Bu Yönetmelik kapsamında olanlar, telefon rehberinin "meslekler" kısmına alfabetik sırada dizilmiş olmak ve diğer avukatlardan, avukat bürolarından ve avukatlık ortaklıklarından ayırt edici her hangi bir ifade, sembol, işaret ve saire kullanmamak koşulu ile; adı, soyadı, büro adresi, telefon ve faks numaraları, internet adresi ve e-posta adresini yayınlatabilirler.

de yazılara yer veremez.⁸

ç- Ortak büro kuran avukatlar büronun reklam aracı olmamasına, hukuk bürosu olma niteliğini yitirmemesine dikkat ederler.⁹

TBB Disiplin Kurulu Kararları

"Avukatlar tabelalarında hacı ünvanı kullanamazlar." (24.2.1973-99/77)

"Avukatların tabela ve basılı kağıtlarında Türkçe (Avukat) kelimesi dışında yabancı dille eş anlamlı dahi olsa başka kelime kullanmaları mümkün değildir." (5.9.1983/74 -9)

"Şikayetli avukatın 'Avukat' ünvanı ile birlikte "Samsun eski Belediye Başkanı" sıfatını, büyük ölçülerde renkli fotoğrafını, büro ve ev telefonlarını içeren 1993 yılına ait bir takvim bastırarak dağıttığı, dosyadaki kanıtlar ve şikayetlinin kabulü ile sabittir. Avukat, dağıttığı takvimin, iş sağlama ve reklam amacına yönelik olmayıp, "Belediye Başkanlığı seçimlerine dönük bir hediye" olduğunu savunmuştur. Ancak, 1994 yılının Mart ayında yapılacak yerel seçimler için, bir buçuk yıla yakın bir süre önceden kimin sadece Belediye Başkanlığı adaylığı ile ilgili olduğunun kabulü olanaksızdır. Avukat, yasal propaganda süresi içinde "avukat ünvanı ile siyasal amaçlı tanıtım yapmakta serbest olmakla birlikte, henüz bu süre başlamadan ve aday olduğu da belirlenmeden, ünvanını kullanmak suretiyle, kendisine ün kazandırmaya yönelik davranışlardan kaçınmak zorundadır. Eylem Avukatlık Kanunu'nun 55. ve Meslek Kuralları'nın 7. ve 8. maddelerine açıkça aykırı bulunmaktadır." (5.2.1994 T. E.1994/8 K.1994/10)"

"Avukatlık Kanunu'nun 55. maddesine göre; Avukatların basılı kağıtlarında avukat ünvanı ile akademik ünvanlarından başka sıfat kullanmaları yasaktır. TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 6. maddesine göre de: Avukatların kartvizitlerinde emekli yargıç ve benzeri sıfatları kullanamayacağı

⁸ **Avrupa Birliği Avukatlık Meslek Kuralı**

2.6.1. Avukat, yasak olduğu yerde ne kendisi, ne de başkası vasıtasıyla hiçbir şahsi reklam yapamaz, yaptırılmaz. Ayrıca, ancak bağlı bulunduğu baronun kurallarının izin verdiği ölçü içinde şahsi bir reklam verebilir veya verdirebilir.

⁹ **TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği**

Madde 10- Bu Yönetmelik kapsamında olanlar, ülke içinde ve dışında işbirliği yaptıkları ve başka kentlerdeki avukatları, ortak avukat bürolarını ve avukatlık ortaklıklarını; "İrtibat Bürosu" ve benzeri tanımlarla, işbirliğini genelleştirecek ve süreklilik kazandıracak biçimde açıklayamazlar, duyuramazlar.

hüküm altına alınmıştır. Şikayetli avukat kartvizitinde "Emekli Yüksek Hakim" sıfatını kullanması, yukarıda bildirildiği gibi Avukatlık Kanunu'nun 55, TBB. Reklam Yönetmeliği'nin 6. ve TBB. Meslek Kuralları'nın 7/b maddelerine açıkça aykırılık teşkil etmekte olduğundan, eylem disiplin suçunu oluşturmaktadır." (06.06.2003T. E.2003/59 K.2003/164) Aynı şekilde kart vizite Emekli Cumhuriyet Savcısı" sıfatını kullanmakta disiplin suçudur. (13.12.2002.T. E. 2002/228 K.2002/358) "Kaldı ki "avukatlık" başka bir onurlu sıfatla desteklenmeyi gerektirmeyecek kadar onurlu bir meslektir." (29.04.2005 T. E.2005/76 K.2005/166)

"Şikayetli avukatın, hazırlık sayılı dosyasına sunduğu bilirkişi raporunun altında ismi ile birlikte "T. C. Ziraat Bankası Emekli Müdürü, Serbest Muhasebeci ve Mali Müşavir, Serbest Avukat" unvanlarının yazılı olduğu anlaşılmıştır.

Avukatlık unvanından başka emekli banka müdürü ve serbest muhasebeci ve mali müşavir unvanlarını da kullanan şikayetlinin eylemi Avukatlık Kanunu'nun "Reklam Yasağını düzenleyen 55. maddesi ile Reklam Yasağı Yönetmeliği'ne açıkça aykırı bulunduğundan "disiplin suçu" oluşturmaktadır." (23.04.2004 T. E. 2003/344 K. 2004/12)

"Şikayetli Avukatın ... PATENTOFİSİ ... olarak ilan vermesi üzerine gereği görüşülüp düşünüldü.

Patent ve marka vekilliği işinin avukatlıkla birlikte yürütülmesi, bir avukata basılı kağıtlarında " Patent Ofisi" şeklinde uzmanlık belirtmek ve bu hususu reklam aracı olarak kullanma hakkını vermez. Avukatların iş elde etmek için reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları, tabelalarında ve basılı kağıtlarında avukatlık unvanı ve akademik kariyerinden dışında başka sıfat kullanmaları yasaktır. Ayrıca avukatlık Kanunu'nda uzman avukatlık gibi bir statüye yer verilmediğinden, diğer avukatların belirli bir konuda uzman olma mesajını taşıyan sıfatlar kullanmaları Avukatlık Kanunu 55 ve Meslek Kuralları 7. maddelerine aykırıdır." (18.07.1998 T. E.1998/59 K. 1998/93)

"Avukatların Ortaklık Büroları, kurulan büroların Hukuk Bürosu olma niteliğinde olması nedeniyle HUKUK BÜROSU ibaresi kullanılabilir. Ayrıca birden çok birlikte çalışan avukatlar öz ve soyadlarının yanında Ortak Avukat Bürosu ibaresini kullanabilirler." (13.09.1997 T. E.1997/97 K. 1997/81)

"Şikayetli avukatın ilanında yazıhanesinin mevcut adresinden yeni adresine naklinden başka kendisinin Yargıtay Dairesi Başkanlığının isteği ile

ayrılarak Avukatlığa başladığı da yazılı bulunmaktadır. Şu durum karşısında iş bu ilan yalnız yazihane nakli ve adres değişikliği mahiyetinde kabul edilemez. Avukatın eylemi Avukatlık Kanunu'nun 55 ve Meslek Kuralları'nın 7/a ve 8. maddelerine aykırı görülmüştür." (27.9.1975, 36/22)

"Hangi amaçla yapılırsa yapılsın, Avukatın basın organlarında sık sık resimlerinin ve beyanlarının çıkması suretiyle bir kampanyayı sürdürmesi, halka geniş ölçüde tanıtımı reklamını da sağlayacağından yasaya ve meslek kurallarına aykırıdır." (27.10.1990 T. E.1989/101 K. 1990/2)

"Yerel gazeteye "köy taş yönetim kurulu başkanı Av..... adıyla verdiği ilanda büyük boy fotoğrafını kullanarak içerikten çok kendisini ön plana çıkararak kendisine ün kazandırmaya yönelik davranış sergilediğinden disiplin suçu söz konusudur." (16.3.2002 T. E. 2001/276 K. 2002/86)

"Şikayetli avukat hakkında gazetede çıkan ... Belediyesi'ne karşı Nema davasını kazandı haberine karşı ilgisi olmadığına dair bir açıklamada bulunmadığından reklam yasağına aykırı eylem söz konusudur." (2.12.2005 T. E.2005/320 K.2005/401)¹⁰

"... dergisinde avukatın büyük boyutlarda kartvizitinin yayınlanması reklama yöneliktir." (5.4.1995 T. E.1995/20 K.1995/22)¹¹

"Teknolojinin, (bu bağlamda internet'in) sunduğu yeni oluşumların, mevcut Avukatlık Kanunu'ndaki 55. madde ve Meslek Kuralları'nın 7. maddesinde düzenlenen reklam yasağı ile ilgili kriterleri hayli zorladığı gerçektir.

Buna karşın, reklam yasağı ile ilgili hükümlerin, bir kamu görevi olan avukatlık mesleğini, iş temini konusunda meslektaşlar arasında haksız rekabet yaratmak, mesleğin ticarileştirilmesi ve avukatın müvekkilleri karşısında bağımsızlığını kaybetme tehlikelerine karşı korumak için getirildiği de açıktır. İnternet'te açılan web sayfasının, yalnızca çeşitli konular hakkında bilgi içeren dosya olduğu ileri sürülse de, burada avukat tarafından belirtilen bilgilerin, Yasa ve Meslek Kuralları'nda belirtilen kriterlere aykırı olmaması esastır. Aksi hal, Yasa ve Meslek Kuralları'nın "reklam yasağı ilkesi" ile ilgili yukarıda belirtilen amacına ters düşer.

Şikayetli avukat tarafından açtırıldığı sabit olan web sayfasındaki "Dünyanın her yerinde profesyonel hizmet" şeklindeki ibarenin reklam amacı gü-

¹⁰ Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2006/1 s.169-171

¹¹ Ankara Barosu Dergisi, Sayı 1995/2 s.116

tüğü ve Avukatlık Kanunu'nun 55 ile Meslek Kuralları'nın 7. maddesine aykırı olduğu açıktır." (10.10.1998 T. E. 1998/98 K.1998/130)

"Şikayetli avukatın söz konusu internet sayfasını sadece bilgi verme amaçlı olup reklam niteliği taşımadığını savunmakta ise de bir avukatın kamuya sunduğu "bilgi verme hakkı"ni kullandığının kabul edilebilmesi için, doğru ve gerçek bilgi sunulması, bu bilginin verilmesinde gerekli olanlarla sınırlı olması (ölçülülük) objektif sınırlar içinde verilmesi ve diğer meslek ilkelerine aykırı olmaması gereklidir.

Kovuşturma konusu web sitesinde ise "üniversite profesörleri ile birlikte eski hakim ve savcularla çalıştıklarını ... alanlarda uzman olduklarını" iddiasında bulunmuş gerekli olmayan anlatımlara yer verilmiş objektif ve ölçülük ilkelerine uyulmamış "bilgi verme hakkı"nın sınırları aşılmıştır." (21.2.2003 T. E.2002/311 K. 2003/48)

"Şikayetli avukatın gönderdiği e-mailde yer alan "katıldığım profesyonel yönetici ve yönetim eğitimleri", "iş kariyeri", "faaliyet gösterdiğim hukuk alanları", "hobilerim ve üye olduğum kulüpler", "... hukuk bürosu organizasyon ağı", "üniversite öğretim üyeleri akademisyenler ve uzman mali müşavirlerle dayanışma içerisindeyiz", "hukuk krizi yaşanmadan önce de müvekkillerimizin yanındayız, müvekkillerimizin yönetici ve çalışanlarına hukuk eğitim programları sunmaktayız", "bir kanun çıkmış bilginiz var mı? sorusunu artık bizim müvekkillerimiz kendilerine sormayacak" başlıkları altındaki bilgilerin Avukatlık Kanunu 55. ve Avukatlık Meslek Kuralları'nın 7-8. maddelerine açıkça aykırı olduğu tartışmasızdır." (19.04.2003 T. E.2003/14 K.2003/119)

"Kamu hizmeti niteliği dikkate alınarak tesis edilen reklam yasağı mesleğin ticarileşmesini engellediği kadar avukatın bağımsızlığında korumayı meslek anlayışının zarara uğratılmasını önlemeyi amaçlamaktadır." (21.3.2003 T. E.2002/349 K. 2003/88)

"Avukatlık Kanunu uyarınca avukat, hukukun hizmetinde olup, kamu hizmeti görmektedir. Bu niteliği nazara alınarak tesis edilen reklam yasağı, mesleğin ticarileşmesini engellediği kadar, avukatın bağımsızlığını da korumayı, meslek anlayışının zarara uğratılmasını önlemeyi amaçlamaktadır.

Şikayetli avukatın, internette açtığı web sayfasında, "Hakkımızda" ve "Referans" başlıklı kısımda vekili bulunduğu kurum ve kuruluşların isimlerini, bilgilendirme açısından zorunluluk olmamasına rağmen tek tek açıklaması

ve bu şirketlere danışmanlık ve avukatlık hizmeti verdikleri görüntüsünü vermesi, büronun ve büroda çalışan avukatların faaliyet konularını bildirmesi, soru cevap formu ile ücretsiz danışmanlık yapması ile tanıtım boyutu aşılmış, iş sağlama amacına yönelik, meslektaşları ile haksız rekabete yol açacak bir boyuta ulaşılmıştır. Bu da Avukatlık Kanunu'nun 55. maddesi, TBB Meslek Kuralları'nın 7. maddesinde kabul edilen kriterlere aykırılık teşkil etmektedir." (06.06.2003 T.E.2003/63 K.2003/168)

"Avukat salt ün kazanmaya yönelik her türlü gereksiz davranıştan tizlikle kaçınmalıdır. **Avukatın vasıtalı veya vasıtasız yollarla reklam yapması yasak olduğu gibi genel olarak da mesleğin reklama ihtiyacı yoktur.**¹² Hiçbir avukat mesleki faaliyeti hakkında reklam mahiyetinde yayınlarda bulunamaz. Gazetelerde, dergilerde avukat olarak resminin çıkması için teşebbüslerde bulunamaz bu şekilde yayın yapılması halinde yazıda sonradan haberdar olduğunu sunan şikayetli avukatın aynı gazeteye tekzip göndermediği görüldüğünden gazetede yer alan ailenizin ve işyerinizin hukuk danışmanı Av. ... bundan böyle ... ile ilgili hukuksal uyumsuzluklarda sorunlarına çözüm yolları göstererek şeklindeki reklam yasağına aykırı ifadeler nedeniyle oluşan disiplin suçu sabittir." (26.12.2003 T. E.2002/317 K. 2003/432)

"Bankaları tüm ülkelerde temsil eden hukuk firmalarının yer aldığı bir kitapçıkta" ... Hukuk Bürosu'nun "Türkiye'nin en büyük hukuk bürolarından biri olduğu, menkul kıymetler ve finans alanında lider olduğu, en çok bankalar ve bankacılık alanındaki faaliyetleriyle tanındığı" ifadelerine yer verildiği anlaşılmıştır.

Şikayetli avukatın bilgisi ve isteği dışında böyle bir yayının yapıldığı yolundaki savunmasını doğrulayacak herhangi bir kanıt gösterilmediğinden, bu savunmaya itibar edilmemiştir. Şikayetli büro isminin bu yayından çıkartılması için girişimde bulunduğu yolunda bir savunma yapmamış ve delil de sunmamış olduğundan, savunma inandırıcı bulunmamıştır.

Avukatların kamuya sunduğu bilgilerde "bilgi verme hakkı"nı kullandığının kabul edilebilmesi için sunulan bilginin "doğru ve gerçek bilgi" olması, "verilmesinde gereklilik olanlarla sınırlı olması", "objektif sınırlar içinde ve-

¹² ".....Avukat,bilmem hangi hastalığın tedavisinde yeni bir usul keşfettiğini söyleyen bir hekim gibi reklam yapamaz,bir damlasıyla yüzdeki çilleri düşüreceğini söyleyen hazır ilaç satıcıları gibi ilan veremez.Bunlar yasak. Ne yapmalı? Gelen iş sahibinin işini çok iyi takip edip yaparsanız..iş sahipleri sizin için zahmetsiz,masrafsız reklam yaparlar...." (Av. Haydar Özkent, Genç Avukatlara Gizli konuşmalar, *Adana Barosu Dergisi*, Sayı 2007/1 s. 225-241)

rilmesi" ve "meslek ilkelerini ihlal etmemesi" zorunludur.

Şikayetlinin, kitapta büro için kullanılan İngilizce "Large" sözcüğünün nitelik değil nicelik ifade ettiği, "nesnel" için kullanıldığı, büronun mekânı (m²) ve çalışanların adedi gibi nesnel büyüklüğünü ifade ettiğine ilişkin açıklaması doğru olmakla birlikte, bir avukatlık bürosunun nesnel büyüklüğünü ifade eden bilgilerin yayınlanması da Avukatlık Kanunu'nun 55. ve TBB Meslek Kuralları'nın 7.maddesine aykırı olan eylemi "Reklam Yasağı" kapsamına girdiğinden "disiplin suçu" oluşturmaktadır." (06.06.2003 T. E.2003/62 K.2003/167)

"Dosya içindeki iş rehberinde "Türk Hukuku Avukatı T. Ö., Türk Hukuku ve Türkiye ile ilgili sorunlar için boşanma, evlenme, tanıma ve tenfiz, miras, alacak, tazminat, icra takibi, gayrimenkul işlemleri" ibaresine yer verilmiş, bu ilanun alt kısmında ise adres, telefon ve fax numaraları bildirilmiştir. Bu iş rehberinin Berlin şehrinde yayınlandığı ve dağıtıldığı anlaşılmaktadır. Avukatların iş elde etmek için reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları yasaktır.

Avukatlar adres değişikliğinde, büro açılışında veya telefon rehberinde ayırt edici herhangi bir ifade, sembol, işaret kullanmadan yalnız adı, soyadı, büro adresi, telefon ve fax numaralarını yayınlatabilirler. Avukat salt ün kazandırmaya yönelik her türlü gereksiz davranıştan titizlikle kaçınmalıdır. Şikayetli avukatın eylemi Avukatlık Kanunu'nun 55/2 maddesi ile TBB Meslek Kuralları'nın 7. maddesine ve reklam yasağı yönetmeliğine aykırıdır." (23.01.2004 T. E. 2003/357 K. 2004/20)

"Şikayetli, gazetede yayınlanan ve hukuk bürosuna ait telefon, fax ve e-mail adresinin de bulunduğu "Endüstri Holding ve Konya'daki diğer holdinglerin hissedarlarına, Holdinglerdeki ve Sermaye Piyasaları Kurulun'daki haklarınızı koruyabilmeniz, alacaklarınızı tahsil edebilmemiz için hukuk büromuzu arayınız" metni ile yayınlanan ilanın reklam ve iş temini amacıyla ve bilgisi içinde yayınlanmadığını, kamu görevi olan avukatlığı yaparken vatandaşlara yardımcı olmak ve Holdinglerle ilgili olarak halkı aydınlatmak gibi bir görevinin de bulunduğunu ve bu nedenle suçsuz olduğunu savunmuştur.

Gazetede ilan şeklinde yayınlanan hususların şikayetlinin bilgisi dışında yayınlandığı savunmasına itibar olanağı bulunmamaktadır. Avukatın toplumsal konularda bilgi ve görüşlerini topluma aktarmasında sosyal fayda vardır. Ancak bu fayda hiçbir zaman kötüye kullanılmamalı ve iş temini

amacına yönelik bir bahane olarak gösterilmemelidir. İlan metni göz önünde bulundurulduğunda salt iş temini amacına yönelik olduğu açıktır. Bu nedenlerle eylem disiplin suçu oluşturmaktadır." (10.04.2004 T. E. 2004/19 K. 2004/112)

"Avukat mesleğinin yerine getirilmesi ile doğrudan ilgili bulunan Avukatlık Kanunu TBB meslek kuralları ve yasa uyarınca çıkarılmış olan yönetmelikleri iyi bilmek, özümsemek ve bu alanda yapılacak değişikliklerde tüm olanaklarını kullanarak izlemek zorundadır. Bu nedenle reklam yasağı yönetmeliğinin uygulanması için baronun kendilerine uyarıda bulunmasını beklemeden gereğini yerine getirmelidirler." (11.6.2004 T. E.2004/122 K. 2004/211)

"Taşınmazın kamulaştırma işlemlerinin tamamlandığını, evrak gönderme aşamasına geldiğini, bu işlerin özellik taşıyan işler olup kesinkes bir avukat eliyle takibinin gerektiğini, aksi halde giderilmesi mümkün olmayan zararlarla karşılaşabileceğini, bunları görüşmek ve avukat olarak yardımcı olmak istediğini belirten mektup göndermesi reklam yasağına aykırı eylemdir." (1.2.1992 T. E.1991/95 K.1992/8)¹³

Danıştay Kararı

"Olayda, davacının vekili olduğu firmaya ait bir ürün hakkında medyada açıklama yapması ve bu konudaki ilanın altına avukat unvanıyla imza atması, reklam niteliği taşıdığından, Avukatlık Kanununun 55. ve Meslek Kurallarının 7. maddesinde öngörülen uyulması zorunlu kurallara aykırı olan bu eylemi nedeniyle oluşturulan işlemde mevzuata aykırılık görülmemiştir." (Danıştay 8. Daire T. 19.4.2005 E. 2004/2155 K. 2005/1841)¹⁴

"Avukat olan davacının kartvizitinde "yalnız Danıştay ve Yargıtay (Temyiz Mahkemesindeki) davaların duruşmalarına girilir" ibaresinin yazılı olduğu davacının bu kartviziti kullandığı ve dağıttığı nedeniyle Avukatlık Kanununun 55 ve Meslek kurallarının 7 ve 8. maddelerinde düzenlenen reklam yasağı ile iş edinmeye ilişkin her türlü davranıştan kaçınılmalı vurgulayan hükümlere aykırı hareket ettiği için Ankara Barosu Disiplin Kurulunca verilen disiplin cezası kararının iptali için idare mahkemesinde dava açabilmek için öncelikle bu karara karşı Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kuruluna iti-

¹³ TBB Dergisi, Sayı 1992/1 s. 99

¹⁴ Danıştay Dergisi, Sayı 110.

raz edilmesi ve karar buradan geçip kesinleştikten sonra idari yargı yoluna başvurulması gerekir." (Danıştay 8. Daire T. 19.2.1997 E. 1995/1883 K. 1997/579)¹⁵

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararı

Casada Coca/İspanya davasında verdiği kararda; "Avukatlığa yeni başlayan başvurucunun yerel gazetelere verdiği ilanlar ve şirketlere kendileri için avukatlık yapabileceğine dair gönderdiği yazılar nedeniyle Baro tarafından başvurucu avukata verilen disiplin cezasının İnsan hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 10. maddesindeki düşünceyi açıklama hakkının ihlali anlamına gelmediğine karar vermiştir. Ayrıca disiplin cezalarının yönetmelik ile de düzenlenebileceğine karar vermiştir." (başvuru no: 15450/89 karar tarihi:24.02.1994 -Seri:A,No:285-A)¹⁶

2- Meslek Kuralı m. 8

*Avukat kendine iş sağlama niteliğindeki her davranıştan çekinir.*¹⁷

3- Meslek Kuralı m. 9

Avukat, kanunen bulunduğu başkaca mevki ve olanaklarının mesleki çalışmalarına etkili olmamasına dikkat eder.

Avukat mesleki çalışma dışında kişisel anlaşmazlıklarda avu-

¹⁵ Danıştay Dergisi, Sayı 94.

¹⁶ Terazi Hukuk Dergisi, Sayı 2007/7, s. 7-31.

¹⁷ Avukatlık Kanunu

Reklam Yasağı

Madde 55 - Avukatların iş elde etmek için, reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelâlarında ve basılı kâğıtlarında avukat unvanı ile akademik unvanlarından başka sıfat kullanmaları yasaktır. Bu yasak, ortak avukatlık bürosu ve avukatlık ortaklığı hakkında da uygulanır.

Yukarıdaki yasaklara ilişkin esaslar Türkiye Barolar Birliğince düzenlenecek yönetmelikle belirlenir.

Avukata Çıkar Karşılığında İş Getirme

Madde 48 - Avukat veya iş sahibi tarafından vadolunan veya verilen bir ücret yahut da herhangi bir çıkar karşılığında avukata iş getirmeye aracılık edenler ve aracı kullanan avukatlar altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu eylemi yapanlar memur iseler, verilecek hapis cezası bir yıldan aşağı olamaz.

katlık sıfatının özelliklerinden yararlanamaz.

TBB Disiplin Kurulu Kararları ;

“Avukatın kendisine iş sağlamak amacıyla iş verebilecek kişilere mektup yazıp görüşmeye çağırması yasaya aykırı ve avukata duyulması gereken güveni sarsıcı bir davranıştır.” (19.12.1987 T. E.1987/62 K.1987/67)¹⁸

“Avukatların iş elde etmek için, reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları yasaktır. Avukat kendisine iş sağlama niteliğindeki her türlü davranıştan çekinmelidir.” (1.2. 1992 T. E.1992/ 95 K. 1992/8)¹⁹

“Avukat, yasal propaganda süresi içinde avukat ünvanı ile siyasal amaçlı tanıtım yapmakla serbest olmakla birlikte henüz süre başlamadan ve aday olduğu da belirtilmeden ünvanını kullanarak kendine ün kazandırmaya yönelik davranışlardan kaçınmak zorundadır.” (5.2.1994 T. E.1994/8 K.1994/10)²⁰

“Köye gittiğini inkar etmeyen avukat davet üzerine ve ücret karşılığında Avukatlık Kanununun 51/2 maddesi anlamında çağrıya uyduğunu sunmuş ise de yasanın 51/2.maddesi sadece “danışma” ile ilgili olup kamulaştırma davaları almak için köylere gitme eylemini kapsamaz dava toplamak için köye yapılan gezi meslek kurallarının 8.maddesine aykırıdır.” (22.12.2001 T. E. 2001/162 K. 2001/238)

“Bilirkişilik yapan bir avukatın raporunu “Avukat sıfatını da kullanarak imzalamasında herhangi bir sakınca bulunmamakta ise de antetli kağıdın kullanılması mutata olmadığı gibi gerekli de değildir. Bilirkişi raporunda büro adresinin büro ve cep telefonlarının yer verildiği antetli kağıtların kullanılması ün kazanmaya ve iş elde etmeye yönelik naklen amaçlı bir davranış niteliğinde olduğundan Avukatlık Kanununun 55.maddesi ile Meslek Kurallarının 7. ve 8. maddelerine aykırıdır.” (11.6.2002 T. E.2002/60 K. 2002/188)

“Şikayetli avukatın diğer meslektaşlarına üstünlük sağlamak amacıyla “yüksek nitelikli hukuki hizmet sunmak en iyi hukuki hizmeti sunmak uluslar arası baroya kayıtlı avukatlar ile hukuki hizmet sunmak” gibi ifadeler kullanarak İnternette web sayfası açması ve kendilerine göre üstün hizmet verdikleri

¹⁸ Ankara Barosu Dergisi, Sayı 1988/1 s. 68.

¹⁹ TBB Dergisi, Sayı 1992/7 s. 99.

²⁰ TBB Dergisi, Sayı 1994/2 s. 264.

birçok uzmanlık alanlarını sıralaması bilgi verme amacıyla çok reklam niteliğinde olup ve kuruluşları etkileyerek iş edinmeye yöneliktir.” (13.12.2002 T. E.2002/244 K. 2002/372)

“Dosyada mevcut ... tarihli mektup içeriğinden Şikayetli Avukat tarafından emeklilerle ilgili bilgilerin her nasılsa elde edildiği ve bu kişilere sadece harç, bilirkişi ve posta giderleri dışında herhangi bir ücret istenmeksizin örnek kararlar da olduğu belirtilmek suretiyle dava açılabilceği ve bu davanın kazanılacağına bildirildiği görülmektedir.

Şikayetli Avukat ,açacağı davalarda peşin ücret dahi almayacağını bildirmiş, kendisine iş temini amacıyla hareket etmiştir.” (19.03.2004 T. E. 2003/413 K. 2004/83)

“Tek çalışan Avukatın, “Hukuk Bürosu” şeklinde tabela asıp çalışması, hem Avukatlık Kanununun 44/A maddesine aykırılık olup, hem de kendisine haksız iş temin etmeye ve meslektaşlar arasında haksız rekabete yol açacağından disiplin suçudur.” (22.10.2004 T.E.2004/175 K. 2004/321)

4. Meslek Kuralı m. 12

Avukat, bürosunun görevin vakarına uygun biçimde tutulmasına çaba gösterir.²¹

²¹ **Avukatlık Kanunu**

Büro Edinme Zorunluluğu

Madde 43 - Her avukat, levhaya yazıldığı tarihten itibaren üç ay içinde baro bölgesinde bir büro kurmak zorundadır. Büronun niteliklerini barolar belirtir.

Bir avukatın birden fazla bürosu olamaz. Birlikte çalışan avukatlar ayrı büro edinemezler. Avukatlık ortaklığı yurt içinde şube açamaz. (...) Bürosunu veya konutunu değiştiren avukat yenilerinin adreslerini bir hafta içinde baroya bildirmek zorundadır.

TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği

Madde 4- Mesleki faaliyetlerin yürütüldüğü büro; bu amaca elverişli ve mesleğin saygınlığına yarışır nitelikte olmalıdır.

“... Müvekkil yazıhaneye girerken bir kahvehaneye, bir sinemaya girer gibi girmemelidir;hele bir sigara veya kahve içmek,dedikodu ve boşboğazlık etmek için hiç gelmemelidir.Ona his ettirmelisiniz ki yazıhanenizde yalnız iş konuşulur. Davaya,hukuka dair görüşülür ve her yardıma bir karşılık beklenir.Hatta yazıhanenizin dışında dahi onlara bu hissi veriniz. Hülasa, iş sahipleriyle can ciğer, sıkı fıkı,teklifsiz olmayanız.Teklifsizlik,meslek haysiyetinizi kırar,iş sahiplerine kendinizi oyuncak eder ve sizi bedava çalıştırır... İş sahibi, avukat yazıhanesine karanlıkta ışık, hastalıkta derman arar gibi girmeli,avukatı ilim ve ahlak bakımından olduğu gibi dünyalık bakımından dahi hiç kimseye muhtaç olmayan,müstakil,üstün bir

TBB Disiplin Kurulu Kararları

“1136 sayılı Kanununun 43/2. maddesi uyarınca avukatın ancak bir bürosu olması gerektiğinden iki ayrı yerde yazıhane açması mümkün olmadığı gibi iki ayrı yerde tabela bulundurması olanağı da yoktur.” (3.10.1976 -660/16)

“Avukatın çalışma yerini değiştirmesi ve kaydını başka bir baroya nakletme, üstlendiği işi takip etmemesi için haklı bir neden oluşturamaz.” (12.5.1990 T. E.1990/26 K.1990/41)²²

“Her avukat, lehaya yazıldığı baro bölgesinde bir büro kurmak zorundadır. Bir avukatın birden fazla bürosu olamaz.” (19.12.1992 T. E.1992/ 94 K.1992/102-16.02.2002 T. E.2001/200 K.2002/34) “Birlikte çalışan avukatlar ayrı ayrı büro edinemezler.” (14.12.1991 T. E.1991/85 K.1991/87)²³

“Avukatlık ortaklıklarında tek bir büro olması zorunludur. Bu nedenle il merkezinde çalışan avukatın ayrıca ilçede de bürosunun veya irtibat yerinin bulunması disiplin suçudur.” (14.12.1991 T. E. 1991/85 K.1991/87-16.02.2002 T. E.2001/200 K.2002/34)²⁴

5. Meslek Kuralı m. 40

Avukat kesin olarak zorunlu bulunmadıkça müvekkili adına açıklamada bulunamaz. Açıklamalarda adalete etkili olmak amacı güdülemez.²⁵

vaziyette görmelidir...” (Av. Haydar Özkent, Genç Avukatlara Gizli konuşmalar, Adana Barosu Dergisi, Sayı 2007/1 s. 225-241)

²² Antalya Barosu Dergisi, Sayı 1991/6

²³ TBB Dergisi, Sayı 1992/2 s. 256

²⁴ TBB Dergisi, Sayı 2002/1 s. 169

²⁵ **TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği**

Medya İlişkileri

Madde 8- Bu Yönetmelik kapsamında olanlar; (...)

b) Yaşamları, kazançları, mesleki faaliyeti hakkında “reklam niteliğinde” yayınlarda bulunamaz, halen ya da eskiden takip ettiği, devam eden veya sonuçlanmış bir dava hakkında; dava ile özdeşleşip tarafların sözcüsü gibi hareket edemez, davanın hukuki boyutları içinde kalmak kaydıyla ve zorunlu haller dışında yazılı, işitsel ve görsel iletişim araçlarına ve internet’e görüntü, bilgi, demeç veremez, açıklama yapamazlar,

c) Yazılı, işitsel ve görsel iletişim araçlarında ve internet’te röportaj, sohbet, konuşma, tartışma ve benzeri programlara katıldıklarında; reklam sayılabilecek her türlü davranıştan, avukatlık mesleğini zedeleyici her türlü açıklamadan kaçınmak

TBB Disiplin Kurulu Kararları

“Hangi amaçla yapılırsa yapılsın avukatın basın organlarında sık sık resimlerinin ve beyanlarının çıkması suretiyle bir kampanyayı sürdürmesi, halkla geniş ölçüde tanıtımını ve reklamını da sağlayacağından Yasaya ve Meslek Kurallarına aykırıdır.” (27.1.1990 T. E.1989/101 K.1990/2)²⁶

“Kovuşturma konusu basın açıklamasının içeriği yönünden bir zorunluluktan kaynaklanmadığı ve taraflar arasındaki anlaşmazlığın salt hukuki yönü ile de olmadığı saptandığından söz konusu eylemin meslek kurallarının 40. maddelerine aykırıdır.” (23-24.11.2001 T. E. 2001/139 K. 2001/194)

“Meslek Kurallarının 40. maddesi hükmü avukatın müvekkili adına basına açıklama yapmasını kesin olarak zorunlu bulunması ve adalete etkili olmak amacının güdülmemesi koşullarına bağlanmış ve sınırlanmıştır.” (13.4.2002 T. E. 2001/293 K. 2002/106)

“Kesin olarak zorunlu bulunma hali 40. maddenin ön koşuludur. Bu koşul oluşmadıkça avukat müvekkili adına basına açıklama yapmamalıdır.” (21.2.2003 T. E.2002/318 K. 2003/55)

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararı

Schöpfer/İsviçre davasında verdiği kararda; *“Müvekkillerinden birinin tutukluluğu hakkındaki gözlemlerini basına açıklamaktan dolayı Baro tarafından başvuru avukata verilen disiplin cezasının İnsan hakları Avrupa Sözleşmesinin 10.maddesindeki düşünceyi açıklama hakkının ihlali anlamına gelmediğine karar vermiştir.” (Başvuru no:25405/94 karar tarihi:20.05.1998-Reports 1998/III)²⁷*

zorundadırlar, (...)

e) Gerek mahkemede temsil görevini yerine getirirken, gerek yazılı, işitsel ve görsel iletişim araçları ve internet ile ilişkisinde kendisini veya üzerinde çalışmakta olduğu hukuki işi reklam olabilecek nitelikte ön plana çıkaramazlar.

²⁶ Ankara Barosu Dergisi, Sayı 1990/2; Av.Adil Giray Çelik, Avukatların Müvekkilleri adına Medyaya Demeç Vermeleri veya olayla ilgili açıklama yapmaları, TBB Dergisi, Sayı 2000/2 395-398

²⁷ Terazi Hukuk Dergisi, Mart 2007 sayı 7 s.7-31

İNTERNET YASAKLARI VE HUKUK

Mustafa AKGÜL*

Youtube 5 Mayıs'tan beri kapalı. 3,5 milyon kişinin günlüğünü tutan wordpress.com, bir yazı nedeniyle aylarca kapalı kaldı. İki inşaat şirketi arasında bir kepçe markası uyuşmazlığı nedeniyle, kurumlar arası ticaret ve ithalat-ihracat merkezi olan alibaba.com bir süre kapalı kaldı. Toplum, İnternet yasaklarını kanıksamaya başladı. Türkiye'de kamu ve pek çok kesim "*Temiz İnternet*" istiyor! Bu amaçla 5651 nolu yasa çıkartıldı ve bu yasayla yeni bir kolluk oluşturuldu. Bu yasa, bu yeni kolluğa, bazı katalog suçlar için İnternette yasaklama yetkisi verdi. Bürokratik yasaklamada, yurt dışındaki webler için iletişim ve savunma durumu olmadığı gibi, haber verme durumu da söz konusu olmadığından; yasaklama kararları kolayca toplu cezalandırma halini almaktadır. İnterneti, basın, medya olarak algılamının sonucu olarak, refleksel tepkilerle İnternette yasaklama uygulanmaktadır. Bununla birlikte, yasaklamalar, kolayca aşılabilceği gibi, sadece Türkiye'de yaşananlar için geçerli olmaktadır. Ayrıca, yasaklamının uygulama biçimi, kolayca ilgisiz kişileri de etkilemekte ve yasaklama kararının amaçladığının ötesinde; insanların iletişim, öğrenme, iş yapma haklarına da zarar vermektedir.

Görülen odur ki, Türkiye, zararlı bulduğu içeriği engellemek amacıyla, dünya İnternetine kendi başına kurullar koyma çabasıdadır. Bir yandan Türkiye'de kurumsal varlığı olmayan şirketlere "burada bir temsilci bulundur, benim otoritemi tanı ve Telekomünikasyon Kurumu'ndan -TK Faaliyet Belgesi- al denmekte; öte yandan, Türkiye olarak her hangi bir mahkememizin tedbir kararı olarak verdiği bir

* Prof. Dr., Bilkent Üniversitesi Endüstri Mühendisliği Bölümü.

yasaklamanın, tüm dünya için geçerli olması istenmektedir. Bunun yine savunma alınmadan, karar kesinleşmeden ve uluslararası hukuka uygun tebligat yapılmadan uygulanması istenmektedir. Bunu yaparken dünya uluslarının çoğunun imzaladığı Siber Suç Sözleşmesi'ni imzalamıyoruz. Türkiye, uluslararası İnternet camiasında da aktif bir konumda değildir. Türkiye bunları büyük ölçüde 5651 nolu yasa yoluyla yapmaya çalışmaktadır. Ama yasaklamalar 5651 yasa ile sınırlı değildir; daha çok Medeni Kanun ve FSEK yoluyla, mahkemelerimiz, bir paragraf nedeniyle, hiçbir iletişime geçmeden, savunma almadan, milyonlarca sayfası olan bir webi, milyonlarca webi olan bir sunucuyu yasaklayabilmektedir.

Tüm bu yaklaşımlar, sonuçta Türkiye'ye zarar vermekte ve Türkiye'nin İnterneti ve temsil ettiği değişimi anlamadığını, çok sessliliğe ve bireye inanmadığını ortaya koymaktadır. Türkiye, İnternetin, "bilgi toplumu"nu temsil ettiğini henüz algılayamamıştır. Bu değerlendirmeye, sadece siyasal partiler ve bürokrasiyi değil, büyük ölçüde toplum önderlerini ve sivil toplum kuruluşlarını da kapsamaktadır. Bu yasaklamaların, ülkenin imajı, tanıtımı için ciddi bir darbe vurduğuna kuşku yoktur. Turizmi ve ihracatı olumsuz yönde etkilediği de bir gerçektir. Ülkenin gençlerine, girişimci insanlarına, aydınlarına, meraklı yurttaşlarına engel olduğu, umut kırıcı mesaj verdiği ortadadır. Ülkemizin, refleksel tepkilerin ötesine geçerek, diyalog ve yönetimle çözüm araması gerekmektedir. Bu yasakların en kötü tarafı, kanımca, kamuoyunun dikkatini, İnternetin marjinal problemlerine odaklayıp; asıl olumlu yanlarına, İnternetin ülkemizi dünya ile nasıl bütünleştirebileceği, rekabet gücümüzü nasıl artırabileceği, demokrasimizi güçlendireceği, saydamlığı ve katılımcılığı artıracacağı, yolsuzlukları önlemek için kullanılabilmesi konularına odaklanmasını engellemesidir.

Biz bu yazıda, ülkemizdeki İnternet yasaklarını, uygulamadaki sorunları, hukuki sorunları, 5651 nolu yasayı, çözüm önerilerinin tartışacağız. Bu satırların yazarı bir hukukçu değildir. Bir hukukçunun bakış açısından çok, İnterneti büyütme ve ondan toplumsal yarar sağlamaya çalışan, bunun için emek vermiş bir İnternet gönüllüsünün bakış açısıyla; oluşmakta olan İnternet hukukunun, bireysel özgürlükleri ve hakları garantiye alan, toplumsal gelişme ve endişelerle bireysel haklar arasında hassas dengeyi gözetmek isteyen bir bakış açısı yansıtmaya çalışacağız.

İnterneti Nasıl Algılamalıyız ?

İnternet hepimizin günlük hayatına girmektedir. Ama, İnternetin ne olduğunu, neyi temsil ettiğini, neyi değiştirdiğini, nasıl değiştiğini ve potansiyeli tartışmak gerekmektedir. Algılamamız, ona karşı tavrımızı belirleyecektir.

İnternet bir bilgisayar ağının ötesinde, insanları ve insanlığın düşünce ve kültür ürünlerini kapsayan bir ağdır. İnternet üzerinde 1.4 milyar insan mevcuttur. 570 milyon bilgisayar İnternet alan adı sistemi DNS'e kayıtlı durumdadır. Yeni tarama motoru cuil.com 120 milyar sayfayı indekslediğini söylemiştir, yani en az o kadar da sayfa bulunmaktadır. netcraft.com 175 milyon web saymıştır. 160 milyon civarında alan adı mevcuttur. 60 milyon civarında kişisel web/günlük olduğunu düşünmekteyiz. Tüm İnternette 100 milyon civarında video olduğu düşünülmektedir.

İnternet, insanların bulunduğu, iş yaptığı, eğlendiği, öğrendiği, öğrettiği, çeşitli elektronik nesnelere değiştiği, paylaştığı, okuduğu, yazdığı bir ortamdır. İnternet, kütüphanelerin, gazete ve dergilerin, TV'lerin, müzelerin, laboratuvarların, sergilerin, konser salonlarının olduğu, insanlığın kültür mirasının paylaşıldığı bir ortamdır. İnsanlar arası iletişim, iş birliği ve dayanışmanın olduğu bir ortamdır. Yaşamın tüm boyutlarına, tüm mesleklere, tüm yaş gruplarına hitabeden, yaşamın yansını bulan, insanlığı etkileyen önemli bir gelişmedir.

Bilgi teknolojilerindeki değişim, bilgi ve enformasyonun saklanması, işlenmesi, üretilmesi, taşınması, sunulması, paylaşılmasında devrimsel boyutta gelişmeleri gerçekleştirmiştir. Bu işlemlerin, çok ucuz, kolay, hızlı ve büyük boyutlarda yapılmasını sağlamıştır.

Bilişim, bilgi teknolojileri ve İnternet, insanlığı yeni bir toplum biçimine taşıyan, tetikleyen ve temsil eden içiçe geçmiş araçlar bütünüdür. İnsanlık, sanayi ötesi bir toplum biçimine, adına "*bilgi toplumu*" demeye çalıştığımız yeni bir toplum biçimine geçişin sancılarını yaşamaktadır. "*Bilgi toplumu*" kavramı oldukça yeni bir kavramdır ve bu kavramla ilgili tartışmalar sürmektedir. İngilterede, "*information age*", "*information society*", "*knowledge society*", "*wisdom society*", "*knowledge economy*", "*knowledge driven economy*" gibi terimleri görebiliyoruz. Ben bunun normal olduğunu düşünüyorum. Bu kadar köklü bir değişimi tüm boyutlarıyla görmek, algılamak ve tanımlamak mümkün değil-

dir. James Watts'ın buharlı makineyi bulduğu günleri, sanayi topluluğunu, işçi sınıfını öngörmek nasıl mümkün değilse, bugün de *"bilgi toplumu"*nu kesin çizgilerle tanımlamak mümkün değildir.

*"Bilgi toplumu"*nun temel özellikleri konusunda geniş bir uzlaşmadan bahsedebiliriz. En temel özellik, bilginin bir üretim faktörü olmasıdır. Stanford Üniversitesi'nden Paul Romer, bilginin, emek, sermaye gibi üretim fonksiyonunun bir değişkeni olduğunu yazabildi. Bunun sonucunda, bilgi sektörüne yapılan yatırımın ülkenin kalkınmasına katkısını hesaplayabilmek mümkün hale geldi. Bu yönde bir çalışmayı Türkiye Bilişim Vakfı'nın isteği üzerine Prof. Semih Koray ve ekibi yaptı. Daha önce de bilim ve teknolojinin de üretimde önemli olduğu biliniyordu, ama bu ilişki bu kadar açık ve net bilinmiyordu. Buradaki *"bilgi"*, bilim, teknoloji, bilimsel bilgi, ar-ge, inovasyon, patent, örtük bilgi ve benzerleridir. Bu anlamda bilgi, temel zenginlik kaynağı, verimlilik, rekabet kaynağı ve istihdam aracıdır.

Beyinsel emek yaratılan katma değer açısından, kol emeğinin önüne geçmiştir. Yer altı zenginliklerinden, bankalardaki paralardan çok entelektüel sermaye öne çıkmıştır. Bunun sonucunda ülkelerin zenginlik kaynağı, yetişmiş insanların beyinlerindeki bilgidir denebilmektedir..

Birey üretici ve tüketici olarak öne çıkmıştır. Tüketicilere dünyanın her yerinde, kişiselleştirilmiş bir şekilde ürün ve hizmet sunumu mümkün olmaya başlamıştır. Tüm dünya, bir pazar olarak, üreticinin önüne çıkmıştır. Zaman ve mekanın etkisi azalmış, dünyanın her hangi bir yerinden entelektüel ürünleri sunma ve pazarlama olanağı oluşmuştur. Her dünya yurttaşına, kendi matbaasını, gazetesini, radyosunu, kolay, ucuz ve hızlı bir şekilde TV'sini kurması ve çalıştırması mümkün kılınmıştır. Dünya üzerine yayılan özel ilgi gruplarının oluşması ve bunların topluluk oluşturması mümkün olmuştur.

İnsanlar arasında tüm dünyayı kapsayan, ülkeleri aşan ağlar oluşması mümkün kılınmış, ağ ekonomisi ortaya çıkmaya başlamıştır. Klasik iktisadın tersine, ağın büyümesi sonucunda yaratılan fayda artmaya başlamıştır. Web 2.0 dediğimiz sosyal ağlar oluşmaya başlamıştır. Bu ağlar, tamamen sıradan kullanıcılar tarafından üretilen içeriği sunmakta, gelişimi kullanıcılar belirlemektedir.

İnternetle öne çıkan bir diğer kavram katılımcılık, saydamlık ve

yönetişimdir. Bilgi ve enformasyonun üretim ve dolaşımındaki bu gelişmeler, örgütsel yapıları değiştirmekte, hiyerarşik yapılar, yerini daha az katmanlı yatay yapılara bırakmaya başlamaktadır. Zaman ve mekan farklarının öneminin azalması ile pek çok kişi bir gerçek ya da elektronik örgüte katkıda bulunabilmekte, bilgi ve deneyimlerini paylaşabilmekte; bu da o örgütün etkisini artırmaktadır. Daha fazla insan bir olaya, bir örgüte katılabilmekte, işleyişinde söz sahibi olabilmekte, daha fazla bilgi talep edebilmektedir. ABD’de başkanlık yarışında, İnterneti etkin kullanabilenler, partizan ve sempatizanlarla, katılımcı, saydam yapılarla ilişki kuran adaylar hemen öne çıkarak fark yaratmaktadır. İnternet, katılımcı, saydam bir yapının olanaklarını sunmaktadır. Bunu yönetim ilkeleri ile yapan örgütler de yararlarını görmektedir. Ülkemizde, sınırlı da olsa, bunu başarı ile uygulayan büyük şirketlerimiz vardır.

“Bilgi toplumu”na yönelişin bir sonucu olarak, sektörlerin yapısında önemli değişimler gözükmemektedir. Telekom, basın, medya, eğlence sektörleri köklü olarak değişmektedir. Eski telefon santrali üreten fabrikalar kapanmakta; ansiklopediler, kütüphaneler; basın, müzik, film gibi eğlence sektörleri köklü değişimin sancılarını yaşamaktadırlar. Ürünleri sayısal halde ve İnternet üzerinden taşınabilen sektörler, değişimin etkisini çok fazla hisseden sektörlerdir. Bu sektörlerin, bu değişimi iyi kavraması gerekmekte ve yeni paradigmalarda yeni bir yapılanmaya gitmeleri zorunlu olmaktadır.

Kamu yönetimi, bu gelişmeler sonucunda ciddi bir yeniden yapılanma arayışına girerek, kendini e-devlet uygulamaları şeklinde ortaya koymaktadır. Daha önemlisi, ülkeler ve Birleşmiş Milletler, AB, Dünya Bankası, ITU (Uluslararası Telekomünikasyon Birliği), Dünya Ekonomik Forumu gibi uluslararası yapılar, ülkeleri ve tüm dünyayı “bilgi toplumu”na taşımak için planlar yapmaya, eylem planları ortaya çıkartmaya, her çocuğa bir dizüstü bilgisayar gibi tüm dünya yurttaşlarına yönelik projeler üzerinde çalışmaya başlamıştır.

Kısaca tüm dünya, “bilgi toplumu” hedefini benimsemiş ve ona yönelmek için ciddi bir çabaya girmiştir. Bu bağlamda ülkemizde de 2006-2010’u kapsayan bir “Bilgi Toplumu Stratejisi” ve “Eylem Planı” bulunmakta ancak DPT Bilgi Toplumu Dairesi sekreteryasında, DPT ile ilgili Başbakan Yardımcısı’nın başkanlığında, bakanlar düzeyinde katılımı ile oluşan e-dönüşüm İcra Kurulu Başkanlığı’nda ağır aksak ilerlemektedir.

İnternet Hukukunun Bazı Boyutları

İnternet fikri 1960'larda somut bir şekilde Licklider ve Kleinrock tarafından ortaya atıldı. Vizyon, tüm dünyayı kapsayan "galaktik ağ" üzerinde, veri bankalarını insanlığın paylaşmasıydı. Somut bir araştırma geliştirme projesi olarak 1969 Eylül'ünde başladı. ABD ordu araştırma merkezinin desteğiyle, 1983'e kadar laboratuvar aşamasında temel protokoller birkaç kere yeniden yazıldı. 1983 sonrasında ABD'de sınırlı olarak ticari ağın oluşup İnternete bağlanmasına, kamunun İnterneti kullanmasına ve tüm dünyanın ABD İnternetine bağlanmasına izin verildi. ABD, İngiltere ve Japonya'da akademik ağlar kuruldu. Ve dünya ülkeleri, araştırma kurumları yoluyla İnternete bağlanmaya başladılar. ABD'de TÜBİTAK eşdeğeri bir kurum olan Ulusal Bilim Vakfı (NSF) da mevcut İnternet ağını tüm ABD'ye hizmet verecek akademik ağa döndürmeyi ve ağa destek olmayı üstlendi. 1993'te web düzgün çalışmaya başladı. 1995'te ise dünya, İnternetin ticari boyutunu ve her yurttaş için anlamını fark etti. Aynı yıl, NSF İnternet desteğini sınırladı ve İnternet ticari ağ olarak çalışmaya başladı.

Bilgisayarları açık standartlarla birbiriyle haberleştirmek oldukça zor bir işti. İnternet en başta araştırmacılar için düşünülen bir ağdı. Onun herkes için bir ağ olması, bugünkü boyutlara ulaşması hayal bile edilmiyordu. İyiniyet temel varsayımdı. Bu nedenle, güvenlik, kimlik denetimi gibi konular ilk ağızda gündeme gelmedi. Zaten problem yeteri kadar karmaşıktı. Ortaya çalışan bir sistem çıkartmak ana hedefti.

Öte yandan, İnternet bir ABD projesi olarak ortaya çıktı. İngiltere'den araştırmacılar, İnternet protokollerin tasarımında yer aldı, önemli katkılar sağladı. İngiltere, deney aşamasında bile İnternete bulaşmıştı. Araştırma sonuçları da konferanslarda bilim adamları ile paylaşıldı. Ama İnternetin çalışması, ABD içinde ABD'li araştırmacılarca tasarlandı. Uluslararası bir katkı, birlikte ilkeleri oluşturma söz konusu değildi. Bunun bir sonucu olarak da İnternete ilişkin uluslararası yapılar ve uluslararası hukuk henüz oluşmuş değildir.

İnternet teknolojileri çok hızlı değişmektedir. Bu değişimi öngörmek pek mümkün değildir. Ortaya çıkan çeşitli sorunlara kesin çözüm bulmak mümkün olmamaktadır. Gelişen teknoloji bulunan çözümü kolayca geçersiz bırakabilmektedir. Bu nedenle aceleci çözümler yerine, esnek, diyaloga dayalı çözümler peşinde koşmak, bulunacak çözü-

mün minimal, mümkün olduğunca teknolojik, bağımsız olması tercih edilmektedir. Değişen teknolojilerde ille de bir düzenleme yapmak her zaman en iyi çözüm değildir. Bazen az düzenleme, en iyi düzenleme demektir. Bir başka deyişle, çözümü, yasal düzenlemeler yerine, sektör ve sivil toplum kuruluşlarının desteği ile yurttaşların etik ilke ve davranışlarında aramak anlamlı olabilir.

İnternetin Sorunları

İnternetin çok uluslu yapısı, uluslararası iş birliği mekanizmalarının kurulamamış oluşu ve teknolojinin sürekli gelişiyor oluşu, çözümünün kısa vadede mümkün olmadığı çeşitli sorunlar ortaya çıkartmıştır. Yurttaşların kimseden izin almadan, fazla bir uzmanlık gerektirmeden, hızlı ve makul fiyatlarla İnternete bağlanabilmesi, bir web işletilmesi, İnternet üzerinden iş yapabilmesi, kendi iletişim ağını kurup çalıştırabilmesi, olumlu boyutlarının yanında, kaçınılmaz olarak pek çok ülkede sorun yaratmaktadır. Dünyanın 192 ülkesinden birinden, küçük bir ada ülkesinden, bazen de bir gemiden yayın yapmanın mümkün oluşu, sıradan yurttaşlara, muhalif gruplara, azınlıklara, aykırı seslere, marjinal gruplara, kriminallere İnternet üzerinde varolma fırsatı sunmaktadır. İnternette yaşamın her boyutunun yansımaları olduğu gibi, yaşamdaki tüm olumsuzlukların da İnternette yansımaları vardır. İnternet, bir kütüphane, bir okul, bir iş merkezi vs olduğu gibi, aynı zamanda İnternet sokaktır. Sokakta bulduğunuz tüm unsurlar, İnternette de vardır. Bu sokak tüm dünyadır; bunun kuralları, polisi, mahkemesi henüz oturmamıştır. Bunun bir nedeni teknolojinin sürekli gelişiyor olması, bir nedeni ise uluslararası görüş farklılıkları, ortak bir zeminde anlaşmanın zorluğu ve böyle bir mekanizmanın olmayışıdır.

Tasarlanan teknolojinin güvenlik unsurlarında eksikliklerin oluşu, kimlik tespitinde bazı sıkıntıları beraberinde getirmektedir. Kullanılan bilgisayar sistemlerinin güvenliğindeki sıkıntılar ve kullanıcıların bilgi ve bilinç eksikliği, bu kişilerin tespitini zorlaştırmaktadır. Teknolojilerin ve alttaki bilimin sürekli gelişiyor oluşu, eksikliklerin ve açıkların olmasına imkan sağlamakta ve kötü niyetli unsurlar tarafından sık sık masum 3. kişiler aleyhine kullanılmasına neden olmaktadır. Spam trafiği bugün büyük ölçüde, bilinçsiz kullanıcıların ele geçirilmiş bilgisayarları ve bilinçsiz sistem yöneticilerinin kendi alan adı ve e-posta sistemlerindeki açıklar yoluyla yapılmaktadır. Gene benzeri şekilde,

masum kişilerin mahrem bilgilerine erişim, kredi kartları ve banka bilgilerine erişim nedeniyle, çeşitli sahtekarlık ve yolsuzluklar yapılmaktadır. Bilişim sistemlerinin artık kritik altyapı haline gelmesi nedeniyle, ülkeler için bu konular stratejik hale gelmektedir.

Uluslararası ticaretin, İnternet üzerinden kolayca yapılması, alan adı, web mekanı kiralama gibi hizmetlerin kredi kartıyla yapılabilir olması, pek çok ülkede kimliği saklayarak web işletmeyi mümkün kılmaktadır. Ayrıca, kimliği (isim ve IP numarası) saklamaya yönelik anonimlik gibi hizmetler de ticari ve ücretsiz olarak yapılmaktadır.

Zararlı İçerik

Kriminal konularda bilişim dünyasında esas olarak uzlaşma söz konusudur. Uluslararası işbirliği büyük ölçüde vardır ve gittikçe gelişmektedir. Asıl sıkıntı içeriğe ilişkin konularda olmaktadır.

Ülkeler arasında kültür, politik sistem farklılıkları, adli sistem farklılıkları içerik konusunda ortaya çıkmaktadır. İfade özgürlüğü ve demokrasi anlayışı farklılıkları, en çok burada kendini göstermektedir. "Terörist", "özgürlük savaşçısı" gibi kavramlar; hakaret, erotik, müstehcen ve kutsal sayılan kavramlar; ülkeler, bölgeler ve kişiler arasında değişmektedir.

Bunların arasında çocuk pornosu konusunda hemen hemen mutabakat vardır. Kimin çocuk olduğu, neyin çocuk pornosu olduğu konusunda ufak tefek farklılıklar olsa da, çocuk istismarının önlenmesi konusunda, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne paralel bir ortak tavır söz konusudur. Ülkeler, çocuk pornosu üretimi ve dağıtımını şiddetli bir şekilde cezalandırmaktadır. Çocuk pornosunu izlemek bile pek çok ülkede ciddi bir suçtur. Türkiye'de de suçtur. Hatta bu konuda araştırma yapmanın bile mümkün olmadığı görüşü vardır.

Ülkemizde sınırlı sayıda çocuk pornosu vakası yaşandı. Uluslararası işbirliği ile birkaç dağıtıcı yakalandı. Az sayıda izleyici de yakalandı. Ülkemizde ciddi bir çocuk pornosu sanayi ve kullanıcı olduğuna dair elde belge ve bilgi bulunmamaktadır. Ama 2006 yılı sonbaharında İstanbul'da, emniyet içinde ilgili birimin kurulması üzerine elde biriken çocuk pornosu vakaları abartılarak ve çarpıtılarak basına verildi. Kamuoyunda çocuk pornosunun ciddi bir problem olduğu havası ya-

ratıldı. Başbakan tarafından, sorunun çözülmesi talimatı verildi. Adalet Bakanlığı devre dışı bırakılarak, Ulaştırma Bakanlığı liderliğinde 5651 nolu yasa çıkartıldı.

5651'e Giden Yol

Türkiye'de AB'ye üyelik sürecinin yansıması olarak, 2001'de e-Avrupa+'ya katılmış ama sağlıklı bir yapılanma ve gelişme sağlanamamıştır. 1998'de yapılan KamuNet Konferansı'ndan sonra başlayan kamu-net çalışmaları, 1999 seçimleri sırasında tıkanmıştır. e-Avrupa+'ya katılmamızla birlikte, 2001'de Başbakanlık müsteşarlığı öncülüğünde e-Türkiye çalışma grupları oluşturulmuş ve "Bilişim Şurası" gündeme gelmiştir. 1998-2000 döneminde, Türk özel sektöründe "Altına Hücum" İnternet sektöründe yaşanmış, İnternet reklamları deterjan reklamları ile yarışmaya çalışmıştır.

Bu sırada Türkiye'de İnternet gelişmeye başlamış, başta İnternet yayıncılığı olmak üzere, İnternet'in marjinal problemleri toplumun dikkatini çekmeye başlamıştır. Dönemin koalisyon ortakları, alternatif medya konumundaki İnternet yayıncılığından rahatsız olmuş ve gündemdeki RTÜK Kanunu yoluyla Basın Kanunu'na bir ekleme yapılması ve böylece İnternetin Basın Kanunu'na tabii tutulması istenmiştir. Bu istek, RTÜK taslağı Anayasa Komisyonu'nda görüşülürken, koalisyon ortaklarının ortak imzasıyla teklif edilmiş ve hemen kabul edilmiştir. Burada amaç, basitçe, verilen cezaların %50 artırılma isteğiydi. Bunun, İnternet yayıncıları tarafından, yazılı basındaki gibi önce izin alınıp, sonra da her sayfanın, hatta mesajın iki kopyasının savcılığa iletilmesini gerektirdiği anlaşılınca kıyamet kopmuştur.

Teklif konusunda, ne TBMM'de varolan Bilgi Toplumu Grubu'na, ne bilişim STK'ları'na, ne de üniversitelere görüş sorulmuştur. Tüm medya ve İnternet dünyasının ayağa kalkması üzerine, ilgili madde epey yumuşatılarak, sadece hakaret ve yalan içeren haberlere ilişkin para cezasıyla yasalaştı. RTÜK yasası veto edildi ama bir yıl sonra tüm yasa olduğu gibi geçerek yasalaştı. Ama, 59. Hükümet bu maddeyi kaldırdı.[4]

RTÜK Kanunu bilişim ve hukuk dünyasının suratına bir tokat gibi patladı. Taslak, e-Türkiye çalışma grupları ve 1. Bilişim Şurası çalışmaları sürerken, insanlar yoğun bir şekilde çalışırken, hiçbir uzmana,

STK'ya sorulmadan ansızın Anayasa Komisyonu'nda ortaya çıktı. Siyasal iktidar, "kol kırılır yen içinde kalır" ilkesiyle uzlaşmaya çalışmadı. İktidarın 3 ortağı da taslağa sahip çıkıp, sorumluluk almadı ama hep birlikte taslağa oy verdiler. Taslağın vetodan sonra tekrar görüşülmesi, İnternet Haftası ile Bilişim Şurası arasında idi. Türkiye, bir yandan İnterneti geniş kitlelere yaymaya yönelik İnternet Haftası'nı kutlayıp, bilişim ve İnternet politikaları için ortak akıl oluşturmaya çalışırken; diğer yandan tüm İnternet ve bilişim kamuoyunu ayağa kaldıran bir düzenlemeyi, ben yaptım oldu tarzıyla hayata geçiriyordu. İnsana "bu ne perhiz, bu ne lahana turşusu" dedirten tavır, Türkiye için ciddi bir talihsizlikti.

2002 Mayıs'ında yapılan 1. Bilişim Şurası sonuç raporunun kapsamlı bir hukuk bölümü vardır. 200 sayfa içerikli ve İnternet hukuku konusunun her bir boyutunda önemli bir birikimi kapsayan bir rapordur [8]. 2004'te 2. bilişim Şurası'nda yine bir hukuk bölümü vardır. RTÜK Kanunu ve sonrasını da kapsamaktadır [9]. 2003 Şubat'ında yapılan İletişim Şurası'nda, İnternet Komisyonu genelde İnternet ve özelde İnternet hukuku konusunda ne yapılması gerektiğini ortaya koymuştur[10]. İnternet aktörlerinin sorumlulukları, zararlı içerik, özdenetim, bilişim suçları, kişisel veriler ve yönetim konularında, ilke düzeyinde öneriler sunulmuştur. Bir başka deyişle, Adalet Bakanlığı taslağı ve 5651'in kapsamına çalıştığı tüm konuları içermektedir. Bu süreçte, İnternet konferanslarında bu konuları içeren çalışma grupları ve paneller yapılmıştır; dökümleri weblerde yayınlanmıştır [11]. Başka konferanslarda yapılmıştır. Ne yazık ki, ne Adalet Bakanlığı komisyonu, ne de 5651'i hazırlayan Ulaştırma Bakanlığı bu çalışmalarını gözönüne almıştır. Ülke olarak tekerleği yeniden keşfetmeyi çok seviyoruz.

TCK çıkarken bilişim STK'ları, 2. Bilişim Şurası Hukuk Çalışma Grubu'yla birlikte, bilişimle ilgili maddeler konusunda öneriler getirmişlerdir. Bazıları Adalet Bakanlığı Alt Komisyonu'nda kabul edilmiş bazıları kabul edilmemiştir; her hangi bit gerekçe de bildirilmemiştir. Tekrar görüşerek bu maddelerin üzerinden birlikte geçme önerisi, Adalet Bakanlığı tarafından ilke olarak kabul edilmiş, "biz hazırlanalım sonra görüşelim" denmiştir. Ama taslak çok hızlı yasalaştığı için, alt komisyonla görüşme sansi olmamış ve yasa eksik halde çıkmıştır. CMUK yapılırken, o kadar hızlı yasalaşmıştır ki, bilişim STK'ları bir teklif götürme sansına bile sahip olamamıştır. CMUK, İnternet aktörlerinin yetki ve sorumluluğu konusunu açık bırakmıştır. TCK ve

CMUK'taki eksiklikler üzerine, yasa çıkar çıkmaz, Adalet Bakanlığı bir "İnternet Yasası" yapmaya soyunmuştur. İlk planların ve ilk komisyonun oluşumundan bir yıl sonra yeni bir komisyon çalışmaya başlamıştır. TCK ve CMUK'taki eksikleri kapatan, yetki ve sorumlukları belirleyen bir yasa taslağı için bir yılı aşkın süre çalışılmıştır. Komisyon, İnternet aktörlerini yeteri kadar temsil edememiştir. Doğrudan özel sektör temsilcisi sıfatıyla başta hiç temsilci bulunmamıştır. Bir servis sağlayıcı temsilcisi daha sonra mecburen komisyona eklenmiştir. Komisyon, kamu ve güvenlik kurumları ağırlıklıdır. Komisyonun teşkilinde bile güvenlik-özgürlük dengesi, güvenlik lehine bozulmuştur. Taslak bitip Başbakanlığa gönderilme sürecinde, ülke gündemine çocuk pornosu konusu gelmiştir. Emniyette ilgili dairenin kurulması, biriken çocuk pornosu haberlerinin abartılı bir şekilde gündeme getirilmesi birbirini izlemiştir. Bunun üzerine Başbakan'ın talimatıyla çocuk pornosunu sorunu çözmek adına, Ulaştırma Bakanlığı durumdan vazife çıkarmıştır. Adalet Bakanlığı kenara çekilmiştir. Bu süreçte Ankara'da, Sabah Gazetesi ile Ulaştırma Bakanlığı'nın işbirliği ile "temiz İnternet" toplantısı yapılmıştır. Bu toplantının logosu, çamaşır ipine asılmış "WWW" şeklindeki çamaşırlardır. Temizlenmiş, zararlı niteliklerden arındırılmış bir İnternet istenmektedir. Başbakan, Ulaştırma ve Aileden Sorumlu Devlet Bakanı katılmış, çocukları zararlı içerikten koruma etrafında bir söylem geliştirilmiştir. TK yetkililerinin söyledikleri ve Adalet Komisyonu Başkan vekilinin söyledikleri zikretmeye değerdir diye düşünüyorum. TK Başkan yardımcısı, "Bugüne kadar İnternetin sahibi yoktu, bundan sonra İnternet bizden sorulur" diyerek ve "temiz İnternet" hedeflediklerini söylemiştir. TK Araştırma Daire Başkanı ise yakında tüm dünyanın İpv6'ya geçeceğini, dolayısıyla her İnternete ilişkin kişisel cihaza sabit IP verileceğini ve IP'ye TC Kimlik nosunu ekleyeceklerini söylemiştir. Bir başka deyişle, "sizin kullandığınız bilgisayarlara TC Kimlik nosu gömülecek ve sizin tüm yaptıklarınızı izleyebileceğiz; suç işleyen herkesin kolayca yakalayabileceğiz" diyordu. Tam bir gözetim toplumu ve onun büyük biraderi TK hayal ediliyordu. Adalet Komisyonu başkan vekili ise gazetelerin "güzeller sayfasi"ndan şikayet ederken, Adalet Bakanlığı taslağını bekleyemeyeceklerini, çok tartışmalı olan Ulaştırma Bakanlığı taslağını hızlıca çıkartacaklarını beyan ediyordu.

Ulaştırma Bakanlığı uzmanları, Adalet Bakanlığı taslağından da yararlanarak, bugün 5651 diye bildiğimiz taslağı hazırlayıp, yasalaştırdılar. 5651 nolu yasa, bilişim sivil toplum kuruluşlarının çığlıkları

arasında çıktı. İnternetin öne çıkardığı yönetim, saydamlık, katılım- cılık ilkeleri tamamen gözardı edildi. Bakanlık bünyesinde İnternetle ilgili tüm tarafların temsil edildiği; kamu, özel sektör ve sivil toplum kuruluş temsilcilerinin katıldığı İnternet Kurulu'nun birikimi dışlandı. Kurul, yeniden yapılanmak üzere fesh edilmişti. 1998'den beri var olan bu ortak akıl platformu tamamen dışlandı. Kamuoyuna kapalı bazı çalışmalar yapıldı. Taslakları Bakan'ın demeçlerinden öğreniyorduk. Sivil toplum kuruluşları, bildirge ve kampanyalarla taslağa ve yasaya muhalefetini sürdürdüler ve sürdürmeye devam etmektedirler. Kampanya.org.tr de "İnternetine Sahip Çık", "Sansüre Hayır" ve "Bir Dilekçe de Sen gönder" kampanyaları 5651 Yasası için yapıldı. Bunlar, İnternet yasakları için İnternet kamuoyu ile toplum önderleri ve yöneticilere yönelik dikkati çekmeye ve göreve çağırma hedefleyen çabaları arasındaydı. Bilişim STK Platformu olarak, "İnternet Suçlu Değildir!", "İnternete Sansür Değil Sürat Gerek!" ve "İnternet Yasakları Türkiye'ye Zarar Veriyor!" bildirgeleri de 5651 ve uygulamalarına karşı yayımlandı.

5651 Neyi Amaçlıyor?

Ulaştırma Bakanlığı taslağı ve gerekçesi, vizyonu ve amacı yeterince ortaya koymaktadır: "Temiz İnternet". Bunun için oluşturulan kolluk kuvveti tüm İnterneti izleyecek, zararlı unsurları etkisiz hale getirecektir. Arada gözden kaçan kriminal unsurlar olursa, gerekli izleme/kayıt tutma sonucunda o da kolayca yakalanıp, adalete teslim edilecektir. İdarenin istemediği kuş uçmayacaktır. Gerekçeden birlikte okuyalım:

"Hazırlanan bu Tasarı ile, Anayasa'nın söz konusu hükümleri uyarınca, aileyi, çocukları ve gençleri İnternet dahil elektronik iletişim araçlarının su- iistimal edilmesi suretiyle uyuşturucu ve uyarıcı madde alışkanlığı, intihara yönlendirme, cinsel istismar, kumar ve benzeri kötü alışkanlıkları teşvik eden yayınların içeriklerinden korumak için gerekli önleyici tedbirlerin alınması amaçlanmakta; elektronik ortamda çocuğa, gençliğe ve aileye yönelik ağır ve vahim nitelikteki saldırıların önlenmesini teminen gereken yasal düzenleme- nin yapılması sağlanmış olmaktadır.

Tasarı ile yeni bilişim suçları kategorisi oluşturulmamakta ve suçlar işlendikten sonra devreye girecek cezai ve idari yaptırımlar getirilmemektedir. Türk Ceza Kanunu'nda yer alan belirli suçların, İnternet dahil elektro-

nik ortamda etkilerini sürdürmesinin, idari ve yargısal koruma tedbiri olmak üzere belirlenen iki yöntemle önlenmesi mümkün kılınmaktadır. Bu amaçla, söz konusu kanunda yer alan bazı suçların, elektronik ortamda işlenmesinin içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden önlenmesine ilişkin esas ve usûller belirlenmektedir. Bir başka ifade ile bu Tasarı; suçun ve suçlunun gelişen bilişim teknolojilerini bir truva atı gibi kullanarak, Anayasamızın, özel olarak korunmasını öngördüğü, başta aile, çocuklar ve gençler olmak üzere belirli sosyal kesimlere yönelik suçların kolayca işlenmesini önleyici özel bir kanun mahiyetindedir. Tasarıyla içerik denetiminin nasıl ve hangi kurum tarafından yapılacağına ilişkin düzenlemelere yer verilmiş, bu amaçla Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına ilave görev ve yetkilerin verilmesi öngörülmüştür. Söz konusu Başkanlığa, elektronik ortamdaki zararlı içeriklerin izlenmesi ve önlem alınması, filtreleme görevi, bu konuda uluslararası kurum ve kuruluşlarla işbirliği sağlanması, şikâyet ve talepleri değerlendirmek üzere izleme ve bilgi ihbar merkezi kurulması gibi çok önemli yetki ve görevler verilmektedir. Ancak, bilişim teknolojilerinde yaşanan baş döndürücü gelişmeler nedeni ile söz konusu düzenlemeler, İnternet ortamında yapılan ve içerikleri suç teşkil eden yayınların önlenmesinde yetersiz kalmıştır. Bu konuyla ilgili henüz yasal bir düzenleme yapılmamıştır. Dünyada ve Avrupa Birliği ülkelerinde ise, elektronik ortamda işlenen suçların önleyici tedbirlerle önlenmesinde farklı adlarla da olsa genelde bağımsız ya da özerk yapıların oluşturulduğu görülmektedir. Elektronik ortamda işlenen, suçların hızlı bir şekilde artışı, bu suçların işlenmesindeki kolaylığa karşın ortaya çıkarılmasındaki zorluklar, toplumsal açıdan doğabilecek zararların sonradan telafisinin mümkün olmaması, bu konuda acilen etkin mücadele edecek kurumsal bir yapının, yasal bir düzenleme ile oluşturulmasını zorunlu kılmaktadır.

Ülkemizde İnternet ortamı dahil elektronik ortamda yapılan yayınları teknik açıdan ve bilimsel olarak takip eden, sorunu tespit eden, çözümü için öneriler getiren; İnternet servis sağlayıcıları da dahil elektronik haberleşme ve İnternet sektörünü koordine edecek kurumsal bir yapılanmanın kurulması zorunlu hale gelmiş bulunmaktadır.

Bilişim teknolojileri ve sunduğu hizmetler, nitelikleri gereği sadece ulusların milli düzenlerini değil, tüm uluslararası toplumu etkilemektedir. Bu nedenle, diğer ülkelerle ve uluslararası örgütlerle de bu alanda işbirliği ve koordinasyon yapılarak, bilişim ve İnternet teknolojilerinin ortaya çıkardığı bu yeni ortama uyum sağlanması gerekmektedir. Hazırlanmış olan bu Tasarı ile, yasa metninde belirtilen suçların İnternet yolu ile ve genel olarak elektro-

nik ortamda işlenmesini önlemek amacı ile diğer ülke muadil kuruluşları ve uluslararası örgütlerle gerekli işbirliği ve koordinasyonu sağlama görevi de Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına verilmektedir.”[11,12]

5651 Ne Getiriyor ?

Yasaklamalar açısından bu yasa 9 suç kataloglamaktadır. Bunlar TCK m. 84, 103/1,190, 194, 226, 227, 228, Atatürk’e ilişkin 5816 nolu yasa ve şans oyunları olarak tanımlanmaktadır. Hakaret ve bot denilen kişisel bilgisayarları ele geçirme de 5651 kapsamına alındı ama ilgili yasa veto edildi. Yasa esas olarak, yasa kapsamında zararlı içeriği erişimi engellemeyi mümkün kılmaktadır. Ayrıca içeriğin yayından kaldırılması ve cevap hakkını düzenlemektedir. Bunun dışında İnternet aktörlerini tanımlayıp, sorumlulukları belirlemeye çalışmaktadır. Kimlerin nasıl izin/lisans alacağını ve ne tür kayıt(log) tutacağını yönetmelikler yoluyla belirlemektedir. Yasa toplu kullanım sağlayıcıları tanımıyla, ticari olsun olmasın, mensuplarına veya kamuya İnternet kullanımı sunan tüm kurumlara (firmalar, üniversiteler, kamu kurumları) İP dağıtım kayıt tutma ve zararlı içeriği engelleme sorumluluğu getirmektedir. Tüm içerik sağlayıcılara ve kendi bilgisayarlarında hizmet veren tüm birey ve kurumlara, kamu dahil, TK’ya kayıt olma ve “faaliyet belgesi” alma sorumluluğu getirmektedir. İçerik ve yer sağlayıcıları için olanlar yurt dışındakileri de kapsamaktadır.

İçeriği engelleme açısından Yasa, “yurt içi”, “yurt dışı” ayırımını getirmektedir. Yasa’da neyin yurt içi, neyin yurt dışı olduğunun tanımlanması yer almamaktadır. Yönetmelik, tüm yer ve erişim sağlayıcılardan faaliyet belgesi istemektedir. Pratikte, şayet yer sağlayıcı faaliyet belgesi aldıysa, o webler “yurt içi” sayılmaktadır. İçerik sağlayıcıları için, ticari ve ekonomik amaç aranmak kaydıyla, weblerinde açık olarak, açık bireysel veya kurumsal kimlik, ticari sicil/vergi kimlik numaraları, yerleşim adresi, tel ve e-posta bilgileri, varsa faaliyete ilişkin ruhsat ve izin bilgileri sunmak zorundadırlar. Ticari ve ekonomik amaçlı içerik sağlayıcıları ayrıca yer sağlayıcısı bilgisini de sunmak zorundadırlar.

Pratikte, faaliyet belgesi olmayan yer sağlayıcıda barınan webler “yurt dışı” kabul edilmektedir. Yurt dışındaki webler için, İletişim Başkanlığına (TİB) resen yasaklama yetkisi verilmektedir. TİB, hiçbir

temas kurmadan, savunma almadan, ilan etmeden yasaklama kararı alma ve uygulama yetkisine sahiptir. Çoğunlukla da böyle yapılmaktadır izlenimindeyiz. Böyle bir webe ulaşmak isterseniz, hiçbir yere ulaşamazsınız; “timeout” alırsınız. Bürokratik kadroya, katalog suçlarla sınırlı olsa da, yasaklama yetkisi verilmesi hukuk devletiyle bağdaşmaz. Bu kanımızca Anayasa’ya aykırıdır. STK’lar, ilgili yönetmeliklerin iptali ve 5651’in Anayasa Mahkemesi’ne gitmesi için Danıştay’a dava açmıştır. [5, 6]. Bunun yargısız infaz olduğu da bir olgudur. Gerçi, bilgi edinme yasası ve usul kanunları ile idareye dava açmak mümkündür. Ama, bunun yerleşik demokratik hukuk devleti pratiği olmadığı da açıktır.

Yönetmelikler, “yurt içindeki webler” için, TK’ya mahkeme kararının uygulanmasını geçiktirme yetkisi vermektedir. 24 saat olan bu geçiktirme süresinde, TK’nun içerik/yer sağlayıcı ile temasa geçip, yasaklı içeriği kaldırma ve böylece erişimi engelleme kararını kaldırma olanağı oluşmaktadır. Yasa gereği, bu kararı, erişime engelleme kararını veren savcılık veya mahkeme vermektedir. TK, faaliyet belgesi alınmasını ticari erişim ve yer sağlayıcıların ötesine taşımaktadır.

Kamu kurumları da faaliyet belgesi almaktadır. Kendi evinde ADSL bağlantısı ile kendi kişisel weblerini tutanlardan da faaliyet belgesi istenmesi bizi şaşırtmayacaktır. TK, yer sağlayıcılarından, hizmet verdiği içerik sağlayıcıların, yani müşterilerin listesini periyodik olarak TK’ya bildirmesini istemektedir. Zaten içerik sağlayıcıları, kimlik bilgisi ve yer sağlayıcı bilgisini webte tutmak zorundadır. Şayet webte bu bilgiler varsa ve yer sağlayıcı TK’dan faaliyet belgesi aldıysa, zararlı içeriğin 24 saat içinde kaldırılmasını TK talep edecek, kaldırılırsa erişim yasağı geçersiz olacaktır. Ama yer sağlayıcı, faaliyet belgesi almadıysa, bu içeriği kaldırma süreci çalışmayacak, doğrudan mahkemenin yasaklama kararı TK tarafından uygulanacaktır.

5651, Getirilen Yönetmeliklerle Geniş Bir Kayıt Tutma Zorunluluğu Getiriyor

TK, içerik ve yer sağlayıcılardan kapsamlı bir trafik bilgisini tutmasını istemektedir. Bu bilgileri yer sağlayıcı 6 ay, erişim sağlayıcı ise 1 yıl süreyle tutmak ve bunların bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamak zorundadır. Ayrıca erişim sağlayıcılar, TK’nun İnternet trafiğini izle-

mesine yardımcı olmakla ve vekil sunucusu varsa, tüm trafiği URL temelinde kaydetmek zorundadır. Burada yine güvenlik endişesi ön plana çıkmakta, özgürlük, kişisel bilgilerin korunması ve mahremiyet geri plana düşmektedir.

Yasaklar Nasıl Uygulanıyor?

TİB'nin re'sen yaptığı yasaklamaların dışında mahkemeler, 5651 sayılı Kanun'a dayanarak ve daha çok fikri, kişisel haklara ilişkin nedenlerle bir webin yasaklanmasına karar vermektedir. Yasağa neden olan, ya bir mesaj, bir yazı, bir resim, bir video gibi genelde bir ya da birkaç nesne olmaktadır. İlgili webte sadece zararlı bulunan nesnelere yasaklamak yerine, o nesneyi içeren bağımsız birim yasaklanmaktadır. Bu birim, teknik olarak en kolay yolla seçilmektedir ve çok büyük haksızlıklara sebep olabilmektedir. Buna, bir kitap yüzünden koca bir kütüphaneyi yasaklamak olarak bakabiliriz. Benzeri bir benzetme olarak, iş merkezleri kompleksindeki bir iş merkezinde yer alan bir dükkanda, istenmeyen bir mal nedeniyle, tüm iş merkezleri kompleksini yasaklamayı düşünebiliriz. Bir başka benzetme de, bir daireye yasaklama getirmek isterken, içinde pek çok apartmanlar olan siteye, veya bir çok sitesi olan mahalleye yasaklama getirmek şeklinde olabilir. Burada, ilgili nesneyi yasaklama kararının doğruluğunu kabul etsek bile, suçsuz birimlerin cezalandırılması söz konusudur ki, bu da hakkaniyete aykırıdır.

Erişimi engelleme kararının uygulanmasını teknik olarak anlatmak için, alan adı sistemi (DNS - Domain Name System) ile IP numarası arasındaki ilişkiyi anlatmak gereklidir. DNS, İnternetin düzgün çalışması için gerekli en önemli parçalardan biridir. DNS sistemindeki aksamalar tüm İnterneti etkileyebilir. Sadece webin değil, e-posta dahil tüm İnternet hizmetleri için önemlidir. İnternetteki her bilgisayarın bir IP numarası vardır, ve genelde bir de isim verilir. İsim verme, kurumsal yapıyı yansıtır ve akılda tutulması kolay sembolik isimler seçilmeye çalışılır. Bir alan adına ilişkin bilgisayar isimleri ve IP numaralarının ilişkilendirilmesi DNS yoluyla yapılır. Örneğin, kampanya.org.tr ile 139.179.20.111 bağlantısı vardır. Bu isim-IP bağlantısı genelde çoklu çoklu olabilir. Bir büyük sunucu için birden fazla IP numarası olabilir ve bir IP için farklı alan adları içinde çoklu isim verilebilir. Aynı webin farklı isimleri ve farklı IP'leri olabildiği gibi, aynı IP altında kolayca

binlerce/milyonlarca farklı alana ait webler olabilir. Bir isme karşılık farklı bilgisayarlar olabilir ve bunlar farklı coğrafi konumda olabilirler. Aynı bilgisayarın, birden fazla ağın üzerinde olması nedeniyle birden fazla IP numarası olabilir.

Türkiye’de TK’nın çıkardığı yönetmelikte erişimi engellemek için iki yöntem benimsenmiştir ve mahkemelerimiz bu ikisinden birini bazen da ikisini birden seçmektedirler. Bunlar “alan adı” ve “IP” yöntemleridir.

“Alan adı yasaklama yöntemi”nde, Türkiye’deki servis sağlayıcılarında yasaklanmak istenilen webin alan adının tümü için yeni bir kayıt girilmektedir. Bunun sonucunda o alan adına ait tüm webler “Bu siteye erişim yasaklanmıştır” sayfasına yönlendirilmektedir. Bunu wordpress.com örneği ile açıklayalım. Diyelim ki, ilgili mahkeme www.wordpress.com’da yasalarca tanımlanan zararlı içerik buldu ve yasaklama kararı hukuku uygun. Wordpress.com alan adını bir iş merkezine benzetirsek, “www” oradaki dükkanlardan sadece biri. “Alan adı yasaklama yöntemi” ile aynı iş merkezindeki milyonlarca dükkanı yasaklıyoruz. Şu anda wordpress.com altında 3,5 milyon kişinin blogu var. “Alan adı yasaklama yöntemi” kolay uygulanmakta ama haksızlığa sebep olmaktadır. Bir dükkanı yasaklamak için 3,5 milyon dükkanı yasaklamak hukuki midir? Ayrıca, alan adı sistemine yapılan bu müdahale, o alan adlarını içeren e-posta adreslerinin Türkiye bağlantısını koparmaktadır. İnternette web ve e-posta dışında çalışan başka hizmetler olabilir. Alan adı üzerinden yasaklama, o alan adını içeren tüm birey ve kurumların Türkiye ile İnternet üzerinden yapılan tüm işlemlerini yasaklamak demektir. Bu, amacı aşan, adaletsiz ve haksız bir işlemdir.

İkinci yasaklama yöntemi ise “IP numarasını yasaklamak”tır; yani o alan adının IP numarasına giden talepleri çöpe atmak ve “Bu siteye erişim yasaklanmıştır” sayfasına yönlendirmektir. Bir IP’de koca bir iş merkezi olduğu zaman, yasaklanmak istenen dükkanın IP’si, o iş merkezindeki aynı IP’yi kullanan bütün dükkanların yasaklanması ile sonuçlanmaktadır. Yine yaşın yanında binlerce kuru da yanmaktadır.

Nesne Temelli Yasaklama

Üçüncü bir yasaklama yöntemi, sadece ilgili nesneyi engellemektir. Bunun için giden talep paketlerini inceleyip, yasaklı nesneyi iste-

yen paketleri çöpe atmak yeterlidir. Bu teknik olarak mümkündür. Zahmetli ve masraflı olabilir. Bunun maliyetini kamu adına TK üstlenebilir. Bunun için ciddi bir çabaya girilmemiştir. Nesne temelli yasaklama uygulansa, birkaç video için youtube gibi milyonlarca nesneye erişimi engellemek gerekmezdi. Böylece kamuoyu birkaç nesnenin yasaklandığını hissetmeyecektir bile. Asıl önemlisi hizmet devam edecek ve ülkemizin imajı da zarar görmeyecektir. İşin doğrusu, zararlı içeriği yasaklamak yerine, kaldırılacak yapılar üzerinde kafa yormak ve yasaklamayı kullanıcıya bırakmaktır.

Youtube Neyi Temsil Ediyor?

Youtube.com, facebook.com, wordpress.com ve geocities.com, web 2.0 dediğimiz İnternetteki son birkaç yılın öne çıkan değişimini temsil etmektedir. Bunlar ve benzerlerinin temel özelliği, içeriği tamamen kullanıcılar, çeşitli meslek, yaş, ırk, ulus ve coğrafyadan insanlar, bilişim ve İnternet uzmanı olmayan insanlar tarafından oluşturulmaktadır. Weblerin ya da ilgili şirketlerin sahipleri altyapıyı sağlamaktadır; genel kurallar koymaya çalışılmaktadır o kadar. Her birinde milyonlarca insan katkı vermektedir. Youtube.com'a her dakikada bir, 10 dakikalık video yüklenmektedir. Bu kabaca yılda 2 milyon video demektir. Facebook'ta şu anda 90 milyon kişi yer almaktadır. Wordpress'te 3,5 milyon kişi günlük tutmaktadır. Myspace Türkiye'ye 53 bin kişi kayıtlıdır; ama myspace'teki Türkler bundan çok daha fazladır. Görüldüğü gibi bunların her birinde milyonlarca kişi ve on milyonlarca sayfa/nesne vardır. Bu webler basit bir eğlence ortamının ötesine çoktan geçmişler; paylaşım, iş, tanıtım, eğitim ortamı olmuşlardır. Youtube'a ait bazı rakamlar vermek istiyorum. 1250 üniversite kendilerine kanal açmış, kendi videolarını koymuştur. Harvard' lı 20 bin video vardır. İstanbul'a ilişkin 136 bin, Ankara'ya ilişkin 76 bin, Bodrum'a ilişkin 10 bin, Alanya'ya ilişkin 10 bin, Antalya'ya ilişkin ise 30 bin video vardır. Astronomy için 19 bin, Türkçe matematik için 1040 video, İngilizce için 7 bin video vardır. Atatürk'e ait 42 bin, Türkiye'ye ilişkin 232 bin video bulunmaktadır. "Fenerbahçe" taraması 65 bin, "Galatasaray" taraması 70 bin, "Beşiktaş" taraması 48 bin, "Trabzonspor" taraması ise 6100 video vermektedir. "University of California" taraması 13 kanal ve 21 bin video ile sonuçlanmıştır.

Video, insan iletişiminin, tanıtım ve eğitimin önemli bir aracı hali-

ne gelmiştir. Web 2.0 uygulamaları ise geniş kitleleri, sıradan insanları; kolay, hızlı ve ucuz bir şekilde bu iletişim, paylaşım, eğitim, eğlence ve iş ortamının bir parçası yapmıştır. Üniversiteler, uluslararası kuruluşlar, firmalar ve yer yer kamu kurumları bu ortamları paylaşmak için kendilerini konumlandırmış durumdadırlar. Video'ların gelecekteki konusunda, ABD'de üniversite ve araştırma kurumları liderlerini içeren bir düşünce kurumunun raporunu belirtmek isterim: New Media Consortium'un Horizon Raporu. [13]

Yasaklamalar Ne Kadar Etkili

Yasaklama sözcüğü aslında aldatıcıdır. Biz bir nesneyi yasakladığımızda ya da erişimi engelleme kararı verdiğimizde, en iyi anlamda, Türkiye'deki kullanıcıların o nesnelere erişimini engellemiş olmaktadır. Oysa bizim dışımızdaki dünya için yerinde durmaktadır. Bazen bizim yasaklama kararımız, zararlı bulduğumuz videonun, yapılan reklamları nedeniyle, daha fazla izlenmesiyle sonuçlanmaktadır. Tepkisel olarak yasaklamak, dar amaç açısından bile tam aksi sonuçlar verebilmektedir. Kaldı ki, Türkiye gibi kapalı olmayan bir toplumda, yurt dışındaki webleri yasaklamak konusunda o kadar başarılı olunamaz. Birazcık İnternet kültürü olan biri, şayet bu yasağı aşmak isterse, kolayca bunu yapabilir; İnternet kaynaklarıyla ve çeşitli sosyal ortamlarda bunun nasıl yapılabileceğini öğrenebilir. Bunun yerine, yurttaşlara güvenmek, zararlı bulunan nesne ile başka türlü yollarla mücadele etmek çok daha anlamlıdır.

Yasaklamalar Kimi Cezalandırıyor ?

İnterneti basın gibi algılayıp; kitap, dergi gazete yasakları gibi İnterneti yasaklamaktan vazgeçmek gerekmektedir. Daha doğrusu, yasaklama bakış açısından uzaklaşıp, insana güvenip, fikir boyutunda mücadele etmek gerekmektedir. Bakış açımızı, yasaklamak, cezalandırmak yerine; ifade özgürlüğü, hoş görü, fikri mücadele ve insana saygı ve güven boyutuna döndürmeliyiz.

Yasaklamalar, sadece Türk vatandaşlarını cezalandırmaya yaramaktadır. Atatürk aleyhine bir video nedeniyle, Türk vatandaşlarını cezalandırmak, onların Atatürk'ü savunma hakkını elinden almak ve

bütün dünyanın o videoları izlemesine olanak bırakmak, yanlış bir yol olarak gözükmektedir. Ayrıca, bu tür nesnelere kaldırmanın başka yolları vardır. Aşağıda değineceğiz. “Gece Yarısı Ekspresi” filmi bütün dünya görmüştür, ama Türkiye’de yıllarca yasaklanmıştır. Yurt dışına çıkan Türkler, bu filmi izlememiş oldukları için, Türkiye’yi hakkıyla savunamamışlardır.

Yasaklamalar, esas olarak, vatandaşlarımızın kendilerini geliştirme, iş yapma, Türkiye’yi tanıtmaya çabalarını engelleyerek, Türkiye’ye zarar vermektedir.

Yasaklamalar: Adaletsiz, Hukuku Zorluyor ve Anayasa Suçu İşliyor!

Uygulanan alan adı ve IP temelli yasaklamalar, ilk verilen kararı hukuki kabul etsek bile, yasaklamak istenilen nesnenin yanında binlerce, yer yer milyonlarca nesnenin ve ilgisiz birilerinin ve bunlardan yararlanmak isteyen yurttaşlarımızın cezalandırılmasıyla sonuçlandırıldığı için büyük bir adaletsizliğe neden olmakta ve kanımca hukukiliğini yitirmektedir. Kitapta bir sayfa için, bir kitabı yasaklamamanın ötesinde, o kitapçıyı, o kitapçıyı içeren alışveriş merkezini cezalandırmak nasıl hukuki olur ki? Kaldı ki, o kitaptaki o paragrafı silmek veya karşı paragraf eklemek yollarının hiç biri için bir çaba da gösterilmemektedir. Bir dükkandaki bir kitap nedeniyle, aynı iş hanındaki başka iş yerlerinin dükkanını kapatmak, iletişimini engellemek adaletsiz, ve haksız bir uygulamadır. İlgisiz ve masum insanların, iş yerlerinin iletişimi, iş yapması engellenmektedir. Yasaklamalarla, ilgisiz ve masum birilerinin en temel hakları engellenerek Anayasal suç işlemiş olunmaktadır.

Verilen mahkeme kararları tedbir olarak alınmaktadır. Savunma alınmamakta, alınmamaktadır. Savunma almak için ciddi bir çaba da gösterilmemekte, bir tebligat yapılması da söz konusu olmamaktadır.

DNS sisteminde yaptığımız, ilgili webi yasaklamayı hukuki saysak bile, hukuku zorlamaktadır. En başta mahkeme kararı ile web yasaklamak istenmekte ama uygulama ile o alan adının Türkiye ile tüm iletişimi kesilmektedir. Dolaylı olarak e-posta trafiği engellenmektedir. Varsa başka hizmetleri de aksatmaktadır. DNS sistemine müdahale ederek, başkasına ait bilgiler değiştirilmektedir. Buna hakkımız

var mıdır? Değiştirirken, amacı aşan bir şekilde, iletişim aksatılıyor, suçsuz birilerine zarar verilebiliyor. İnternet, yazılı olmayan uluslararası bazı de facto anlaşmalarla çalışmaktadır. Bunun önemli bir parçası da DNS sistemidir. DNS sisteminde yapılacak hatalar, önemli zararlar verebilmektedir. Pakistan, yönlendirmede yaptığı bir teknik hata yüzünden, dünya İnternetinde önemli bir yavaşlığa sebep olmuştur.

Getirilen “*faaliyet belgesi*” uygulaması, uluslararası hukukta ciddi sorunlar ortaya çıkartmaktadır. Türkiye henüz “*Siber Suç Sözleşmesi*”ni bile imzalamamıştır. Türkiye, tek taraflı olarak, dünyadaki tüm yer sağlayıcılardan Türkiye’de temsilci bulundurmasını istemektedir. Bunu herhangi bir uluslararası platformda savunmadık bile.

Youtube Niye Hala Kapalı?

Şu anda youtube’un kapalı olmasının altında çok daha derin bir problem yatmaktadır. Daha önceki yasaklamalar daha kısa sürmüştür. İlgili videolar, Türkiye’deki IP’lerden bakıldığında gözükmemektedir. Türkiye, zararlı videoların, Türkiye’den bakıldığında gözükmemesini yeterli görmemekte, tamamen webten kaldırılmasını istemektedir. Türkiye, böylece, verilen bir yasaklama kararının tüm dünya için geçerli olmasını istemektedir. Bu uluslararası hukuka ne kadar uygundur? Bu, Türkiye’nin, dünyanın her yerindeki gazete, dergi, kitapları toplatma, yasaklama hakkı olduğunu iddia etmesine eş değer değil midir?

Örneğin; Rusya, Çin, Japonya, Arjantin, Afrika’da yayımlanan, Türkiye aleyhine ırkçı bir yayını toplatmaya kalkıyor muyuz? Dünyanın en büyük kütüphanesi ABD Kongre Kütüphanesi’nde Türkiye aleyhinde, Türkiye’de suç olan pek çok kitap, dergi, film, fotoğraf gibi nesnelere yer almaktadır. Kongre Kütüphanesi’ni yasaklamak, Türk vatandaşlarının oraya girmesini suç saymayı düşünüyor muyuz? Türk mahkemelerinin suç bulduğu her nesneyi, İnternette tamamen kaldırmayı gerçekçi olarak bekleyebilir miyiz ? İnternette, her ülke kendi kanunlarına göre zararlı olan nesnelere kaldırırsa, geriye ne kalacaktır? Bir ülkede suç olan, bir başka ülkede suç değilse, ne olacaktır?

Türkiye Batıya Örnek Oluyor!

Batı dünyasında, bizdeki 5651 sayılı benzeri bir yasa yok. Ulaştırma Bakanı, yasa çıkarken dünyaya örnek olacağımızı söylüyordu. Gelişmiş batı, İnternetle ilgili düzenlemeleri, bireyi ve özgürlüğü öne alan, asgari düzeyde tutmaya çalışmaktadır. Türkiye, İnternetin çok boyutlu ve devrimsel yapısını fark edemediği için, tepkisel bir refleksle, “benim istemediğim kuş uçmasın” felsefesiyle, gelişmiş ülkelerin değil; Çin, İran, Suudi Arabistan gibi yasakçı ülkelerin kervanına katılmayı tercih eder görüntüsü vermektedir.

Tüm dünya, çocuk pornosu, uyuşturucu ticareti gibi konularda çok hassas ve birlikte mücadele etmektedir. Müstehcenlik gibi, sınırı kişiden kişiye değişen konularda, devletin, ancak okullar ve kamuya açık yerlerde (halk kütüphaneleri gibi) filtre uygulaması gündemdedir. ABD’de hükümetler, müstehcenlik ve porno konusunda mücadelede ısrarcı oldular. Bu nesnelere internette dolaşmasını engelleyici iki kere yasa çıkardılar. Bu yasalar, ABD Yüksek Mahkemesi (Anayasa Mahkemesi) tarafından, ifade özgürlüğü (Anayasa’ya yapılan ilk ekleme) açısından iptal edildi.

Şu anda halk kütüphaneleri ve okullar gibi kamu kaynaklarını kullanan kurumlar, bu tür nesnelere izlenmesini engellemektedirler. Bu konuda kontrolü yurttaşlara bırakmak esastır. Devletin yurttaşları bilgilendirmesi, ilgili yazılımların gelişmesini teşvik etmesi, alternatiflerin gelişmesini sağlaması, ücretsiz yazılım sağlaması anlamlı olacaktır. Ama devletin tüm yurttaşlara kendi müstehcenlik anlayışını dayatması, özgürlükçü bir demokraside kabul edilemez. Özgürlükçü demokrasi ile otokratik devletleri ayıran önemli turnusol kağıdı görevini yapmaktadır. Avrupa Konseyi, uzun zamandır, “zararlı içerik” için self-regulasyon, co-regulasyon önermekte, güvenli İnternet projelerine destek vermekte ve yurttaşın bilgisayarında, yurttaş tarafından yapılacak filtrelemeyi önermektedir.

AB ve Dünya Ne Yapıyor?

Avrupa Konseyi, Bakanlar Konseyi yoluyla İnternet, bilgi toplumu ve medya konusunda pek çok öneri, karar ve bildirge yayımladı[14]. 2001(8) nolu kararında üye ülkeleri öncelikle öz yönetim yapıları kur-

maya çağırıldı. İnternet servis ve içerik sağlayıcıları ve kullanıcıların kendi aralarında örgütlenmelerini, zararlı ve yasaklı içerikle ilgili etik ve işleyiş kuralları belirlenmesini ve bunların uygulanmasını önermektedir. Bu sivil yapıların daha sonra düzenlemelerde yol gösterici olmasını önermektedir. Örneğin Almanya’da “*yakılacak Türk evleri*” listesini yayımlayan bir web sayfası, bir vatandaşın şikayeti üzerine Alman İnternet servis sağlayıcıları örgütü tarafından hızlıca kaldırılabilirdi. Bunun yanında, gönüllü içerik dereceleme sistemi öneriliyordu. Zararlı içeriği rapor etme mekanizması öneriliyordu. Bu mekanizmanın 24 saat çalışarak, İnternet aktörlerini içererek, kamu yönetiminin desteği ve işbirliği ile çalışması öneriliyordu. Uyuşmazlıklar için, mahkeme dışında alternatif çözüm mekanizmaları ve toplumu işin bütün boyutlarında bilgilendirme ve eğitimi öneriliyordu. Zararlı içerik için yurttaş düzeyinde gönüllü filtreleme öneriliyordu.

AB “Çocuklar İçin Güvenli İnternet” programını [15] başlattı, bu amaçla özel günler yapmakta, broşürler ve webler üretmekte, bültenler yayımlamakta, konferanslar düzenlemektedir. 2003’te kamu yönetimlerinin, İnternet okullar ve kütüphanelerde çocukları korumak için filtre kurabileceklerini ama genel toplum için yapmamalarını önerdi. 2005’te bilgi toplumunda insan hakları bildirgesi ile sansüre karşı uyardı. 2006’da [12] çocukların ırkçılık, şiddet, ayrımcılık, pornografi gibi zararlı içerik ve zararlı davranışlara karşı eğitilmeleri ve bilgi teknolojilerinin güvenli ve etik kullanılmasının altını çizdi. 2007’de [12] İnternette ifade özgürlüğünün ve bilgiye erişimin teşvik edilmesi, özel sektör ve sivil yapıların, kullanıcıların içeriği filtrelemeleri konusunda ortak standartlar geliştirmesinin teşvik edilmesini istedi. 2008 Martı’nda İnternet filtreleri, ifade özgürlüğü konusunda ilkeler önerdi. Temel bakış açısı, kullanıcıyı bilgilendirmek, güçlendirmek, ve filtreleme konusunda onu yetkilendirmektir. Özel sektör ve sivil yapıların işbirliği önemlidir, ve kullanıcı var olan herhangi bir filtre konusunda bilgilendirilmek zorunda ve filtreleri kullanıp kullanmama, kaldırma konusunda bilgili ve yetkilidir. Filtre mekanizmalarının değişen koşullara göre güncellenmesi ve etkinliğin incelenmesi; tehlikeleri ve sakıncaları, mahremiyetle ilişkisi konusunda kamuoyunun bilgilendirilmesi, eğitilmesi ve sivil yapılarla işbirliği yapılması önerilmektedir. Çocuk ve gençlere daha hassas davranılması, onların eğitilmesi, ana baba ve eğitimcilerle iş birliği, filtrelerin dengeli olması, özel sektör ve

sivil yapılarla işbirliği önerilmektedir. Kurumlar içinde öneriler getirilmektedir [16]. Ülkemizde, RTÜK'ün önerisi ile okullarda medya dersi ve 5651 ile getirilen ihbar hattı ve güvenli web[17] doğru yönde atılmış küçük adımlardır. Ama 5651, Avrupa Konseyi kararlarının tam tersi yönde bir uygulamadır.

Yasaklar Son Çare

"İnternet Yaşamdır!" sloganının belirttiği gibi, İnternette yaşamda olan her şeyin yansması söz konusu. Dolayısıyla, pek çok konuda İnternette suç işlenmesi, kişilik haklarının, fikri hakların ihlali gibi konularla karşılmaktayız. Batıda, ilgili nesnenin bir süreç sonunda kaldırılması söz konusudur; bizde ise ilgili webin tümünün kapatılması standart hale gelmiştir. İstenmeyen yazı ya da paragrafın kaldırılması, cevap verilmesi, savunma alınması, hatta haber verilmesi bile yapılmadan, o nesneyi içeren, webi veya alan adının yasaklanması, haksız ve hukuksuz bir uygulamadır. Söz konusu yasakların sadece Türkiye için geçerli olabilmesi ve bu yasağın kolayca etkisiz hale getirilmesi, ülke olarak başımızı kuma gömdüğümüzün resmidir. Ülkemizde önemli bir kesim, ısrarla İnterneti bir basın yayın gibi değerlendirmekte, yasaklamayı eldeki tek araç gibi değerlendirmektedir. Yasaklama, çok özel koşullarda ancak son çare olabilir.

Ne Yapılmalı?

Stratejik boyutta yasakçı refleksi bırakmalıyız. Meseleye fikir özgürlüğü odağından yaklaşmalıyız. İnsana güvenmeliyiz. İnsanı serbest bırakmanın, özgürlükçü bakış açısının faydalarının, zararlarından çok daha fazla olduğunu görmeliyiz. İnternet, web 2.0 ile geniş kitlelerin potansiyelini değerlendirme arayışındadır. İnterneti çok sesli, çok renkli yapımızı geliştirmek, demokrasimizi ve ekonomimizi geliştirmek için kullanmaya odaklanmalıyız. Öte yandan, ülke olarak kendi başımıza tüm İnterneti yönetme sevdasından vazgeçmeliyiz.

Faaliyet belgesi ve mahkeme kararlarının tüm dünyada uygulanma arzusu üzerine biraz daha düşünmeliyiz.

Tüm İnterneti zapturapt alma arzusundan vazgeçmeliyiz. 5651, çözdüğünden daha fazla problem üretmektedir. Türkiye'nin, İnterne-

tin yapılanması içinde daha özgürlükçü bir bakış açısıyla, katılımcı bir yapı içinde soruna tekrar bakmasında yarar vardır.

Sorunu kamu eliyle, mahkeme kararları ile çözmek çabasına ara verip; özel sektör ve sivil yapıları öne çıkartan çözümlere özen göstermeliyiz. Öncelikle kamu, özel sektör, sivil toplum ve üniversiteler arasında bir diyalog ve iş birliği yapısı kurmalıyız. Böyle bir yapı ile, youtube'taki istemediğimiz videoları kolayca kaldırabiliriz. Sivil yapılar daha esnek ve hızlı davranabilir ve kullanıcılardan gelen talepleri içerik sağlayıcıları daha can kulağı ile dinleyebilirler.

Belirli içtihat oluşana kadar, uzmanlaşan bir kaç mahkeme, İnternetteki yayınlarla ilgili konulara bakabilir. Bu mahkemelerin geniş bir uzman kadrosuyla desteklenmesi faydalı olacaktır. Verilmesi zorunlu gözüken engelleme kararları, sadece o nesneye erişimi engelleyici şekilde, TK tarafından uygulanmalıdır. TK bunu yapacak teknik ve mali olanaklara sahiptir. Tüm İnterneti zapturapt alma arzusundan ve dolayısıyla tüm İnternetin Türkiye'den faaliyet belgesi alması talebimizden vazgeçmeliyiz.

Türkiye'nin, İnternetin marjinal problemlerine odaklanmak yerine, olumlu boyutlara, *"İnternet ve Telekom sektörünü nasıl büyütürüz", "kalkınma ve rekabette İnterneti nasıl kullanabiliriz", "eğitimi nasıl zenginleştiririz", "kamu hizmetlerini nasıl daha verimli yaparız", "saydamlık ve katılımcılığı nasıl artırırız", "yolsuzlukları nasıl önleriz", "demokrasimizi İnternetle nasıl geliştiririz"* konularına odaklanması gerekmektedir.

İnternet Yaşamdır!

KAYNAKLAR

<http://bt-stk.org.tr/bt-stk.html>

http://ec.europa.eu/information_society/eeurope/2002/documents/

[archiv_eUerope2002/initiative_en.pdf](http://ec.europa.eu/information_society/eeurope/2002/documents/archiv_eUerope2002/initiative_en.pdf)

<http://bt-stk.org.tr/rtuk.html>

<http://bt-stk.org.tr/#rtuk-veto>

<http://bt-stk.org.tr/k5651.html>

<http://www.tib.gov.tr/>

<http://2002.bilisimsurasi.org.tr/>

<http://www.bilisimsurasi.org.tr/>

<http://akgul.web.tr/yazilar/iletisim/>

<http://bt-stk.org.tr/ubak-taslak.html>

<http://bt-stk.org.tr/1-1305.pdf>

<http://akgul.bilkent.edu.tr/nmc/2008-Horizon-Report.pdf>

http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/CM_en.asp

<http://www.saferInternet.org/>

<http://akgul.bilkent.edu.tr/coe/>

<http://www.guvenliweb.org.tr/>

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 24.10.2007

E. 2007/11-673

K. 2007/760

- * Lisans sözleşmesi feshinin hükümsüzlüğünün tespiti
- * Tescilli markaya tecavüz suretiyle yapılan haksız rekabet
(556 s. Markaların Korunması Hakkındaki KHK m. 9,61; 5000 s. Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında K. m. 31/2; 5187 s. Basın K. m. 9/2)

Taraflar arasındaki “feshin hükümsüzlüğü, haksız rekabet” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 2. Fikri Sinai Haklar Hukuk Mahkemesi’nce asıl davanın reddine, karşı davanın kabulüne dair verilen 10.2.2005 gün ve 2004/928-32 sayılı kararın incelenmesi davacı ve fer’i müdahil vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 9.5.2006 gün ve 5245-5425 sayılı ilamı ile; (...Davacı vekili, müvekkilinin temettü hariç ortaklık haklarına, yönetimine ve denetimine TMSF’nin el koyduğunu, müvekkili ile davalılardan M. C. A. S. A. arasında, dava dışı İ. A.’nın imtiyaz hakkı sahibi olduğu tescilli “M.C.” ve “M.C.M.” dergileri için lisans sözleşmeleri olduğunu ve bu sözleşmelerin yenilenerek devam ettiğini, müvekkilinin Fon’a devri sonrasında davalılardan M. C. A. S. A.’nın sözleşmeleri kötüniyetli olarak feshettiğini, Fon’a devredildikten sonra, müvekkilinin önceden belirlenen hedeflerden sapmadığı gibi, reklam geliri ve satışının arttığını, sözleşmelerin üçer yıl ara ile yenilenmesi ve marka sahibi ile müvekkilinin eski yönetim kurulu başkanının e-mail vasıtasıyla görüşmesi sonucunda sözleşmenin 31.12.2006 tarihine kadar geçerli olduğunu, diğer davalılar T.C. ve H.F.Y.’nin davaya konu marka kullanımına ilişkin lisansı almak için çalışma yaptıklarını ileri sürerek, lisans sözleşmesinin fes-

hinin hükümsüzlüğünü, feshin haksız ve kötünietle yapıldığının tespitini ve dergilerin basım ve yayımının müvekkiline ait olduğuna karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılardan M. C. A. S. A. vekili; müvekkilinin "M.C." ve "M.C.M." markalarının maliki olduğunu, davacı ile 16.12.1993 tarihinde "M.C." 22.12.1997 tarihinde "M.C.M." dergileri için lisans sözleşmeleri imzalandığını, sözleşme uyarınca müvekkiline tanınmış olan fesih hakkının kullanıldığını, kötünietlerinin olmadığını savunarak, davanın reddini istemiş, karşı davayla; karşı davalının hukuka uygun gerçekleşen feshe rağmen, müvekkilinin "M.C." ve "M.C.M." dergilerini yayımlayarak piyasaya sürdüğünü, bu eylemin sözleşme hükümlerine aykırı olduğu gibi, karşı davalının eylemiyle 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki KHK'nın 9. ve 61. maddesinde düzenlenen şartların oluştuğunu ileri sürerek, karşı davalının eyleminin marka hakkına tecavüz ile haksız rekabet oluşturduğunun tespitine, marka hakkına tecavüz ve haksız rekabetin önlenmesine, karşı davalıca Ocak ayına ilişkin olarak piyasaya sürülen derginin toplatılmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Diğer davalılar vekili, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve dosya kapsamına göre, davaya konu markaların tescilli olduğu, davalı M. C. A. S. A.'nın sözleşme hükümleri çerçevesinde sözleşmeleri feshettiği gerekçesiyle asıl davanın reddine, karşı davaya ilişkin olarak ise; sözleşmenin feshedilmesi ile karşı davalının dergilerin yayımı ve dağıtımını durdurması gerekirken durdurmadığı, karşı davalının karşı davacının tescilli markalarını kullanmak suretiyle haksız rekabette bulunduğu gerekçesiyle, karşı davanın kabulüne karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili ile fer'i müdahil TMSF vekili temyiz etmiştir.

1. Dosya içindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı ve fer'i müdahil vekilinin aşağıdaki bendin dışındaki diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2. Asıl dava, lisans sözleşmesinin feshinin hükümsüzlüğünün tespiti, karşı dava ise, marka hakkına tecavüz ile haksız rekabet oluşturduğunun tespiti, haksız rekabet ve tecavüzün önlenmesi ve asıl davacı karşı davalının piyasaya sürdüğü derginin toplatılması istemine ilişkindir.

5000 sayılı Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 31/2 ve 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 9/2. maddeleri, bu kanunların yürürlük tarihinde 5680 sayılı Basın Kanunu gereğince mevkiye neşredenlerin 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname hükümleri gereği mevkiye neşretmekten alıkonamazlar hükmünü düzenlemiştir.

Somut olayda, mahkemece, asıl davacı karşı davalı tarafından çıkartılan M. C. ve M. C. M. isimli dergilerinin toplatılmasına ve basım yayını ve dağıtımının durdurulmasına karar verilmiştir.

Bu durumda, mahkemece, yukarıda anılan Basın Kanunu ve Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un hükümleri çerçevesinde değerlendirme yapılarak, sonucuna göre karar vermek gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava; taraflar arasında aktedilen lisans sözleşmesinin feshinin hükümsüzlüğünün tespiti, karşı dava ise; tescilli markaya tecavüz edilmek suretiyle yapılan haksız rekabetin men'i, dergilerin toplatılması, basın yayın ve dağıtımının durdurulması istemine ilişkindir.

Mahkemece, asıl davanın reddine, karşı davanın kabulüne karar verilmiştir.

Özel Daire'ce, sair temyiz itirazları reddedildikten sonra, sadece mahkeme kararında 5000 sayılı Türk Patent Enstitüsünün Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun'un 31/2 ve 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 9/2 maddelerindeki hükmün değerlendirilmediği açıklanarak, bu hükümler çerçevesinde değerlendirme yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle hüküm bozulmuştur.

Yerel mahkemece direnme hükmü kurulurken mezkur kanun hükümleri bozma ilamında istenen şekilde değerlendirilmiş, ancak yine ilk hüküm yönünde karar verilmiştir.

Hal böyle olunca ortada varlığından söz edilebilecek bir direnme hükmü bulunmayıp, yerel mahkemece bozma kararından esinlenerek kurulmuş yeni bir hüküm bulunmaktadır. O halde kurulan yeni hükme ilişkin davacı-karşı davalı vekili ve fer'i müdahil vekilinin temyiz itirazlarının Özel Dairece incelenmesi gerekir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle kurulan yeni hükmü yönelik olarak davacı- karşı davalı vekili ve fer'i müdahil vekilince yapılan temyiz başvurusunun değerlendirilmesi için dosyanın Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'ne gönderilmesine 24.10.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 09.05.2007
E. 2007/21-255
K. 2007/260

*** Hizmet tespiti**
*** Zorunlu ve ihtiyari dava**
arkadaşlığı
(1086 sayılı HUMK m.43,46)

Taraflar arasındaki "*hizmet tespiti*" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 2. İş Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 24.3.2005 gün ve 2004/740 E. 2005/753 sayılı kararın incelenmesi davalı SSK vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 23.3.2006 gün ve 2005/12849 E. 2006/2734 K. sayılı ilamı ile, (...Uyuşmazlık, davacının davalı işverenlerin ayrı ayrı işyerlerinde dilekçede tarihlerini bildirdiği ayrı ayrı dönemlerde hizmet akdine dayalı olarak çalıştığının tesbitine ilişkindir. Bu yönüyle davanın yasal dayanağı 506 sayılı Kanun'un 79/10. maddesidir.

Ne var ki, birden fazla işveren hakkında aynı dava dilekçesi ile dava açılabilmesi için işverenler arasında zorunlu veya ihtiyari (isteğe bağlı) dava arkadaşlığının bulunması gerekir.

Zorunlu dava arkadaşlığı maddi hukukun (MK, BK, TTK) bir hakkın birden fazla kişi tarafından dava edilmesini veya birden fazla kişiye karşı dava açılmasını öngördüğü durumdur. Somut olayda, maddi yönden zorunlu dava arkadaşlığı (örneğin MK'nun m. 630 iştirak halinde mülkiyet, BK m. 520 adi ortaklık) bulunmadığı gibi şekli yönden dava arkadaşlığı da (MK m. 242, M.K. m. 639/3, İİK, m. 282) söz konusu değildir.

Öte yandan, zorunlu dava arkadaşlığı dışında kalan ihtiyari (isteğe bağlı) dava arkadaşlığının mümkün olduğu haller HUMK'nın 43.maddesinde **a)** dava konusu hak veya borcun ortak olması (BK m. 142. müteselsil borçluluk) **b)** borçluların ortak bir işlem (örneğin sözleşme) ile birden çok kişi yararına borç yüklenmiş olması **c)** davanın aynı nedenden doğması (örneğin, BK m. 50 birden fazla kişinin haksız fiil sorumluluğu) olarak sayılmıştır. Somut olayda, davalı işverenler arasında anılan maddede öngörülen nitelikte ihtiyari (isteğe bağlı) dava arkadaşlığı da bulunmamaktadır.

Bu durumda, davalı işverenler arasında zorunlu veya ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmadığından, HUMK'nın 46. maddesi uyarına davaların ayrılmasına karar verilmesi gerekirken birlikte görülerek yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

O halde davalı Kurum'un bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı SSK vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı SSK vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nın 429. maddesi gereğince bozulmasına, 09.05.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 14.11.2007

E. 2007/5-835

K. 2007/850

* Kamulaştırma bedelinin artırılması

* Hak düşürücü süre

* Usulsüz tebligat

(2942 s. Kamulaştırma K. m. 13, 14, 25/1; 7201 s. Tebligat K. m. 22.; Tebligat Tüzüğü m. 32/2.)

Taraflar arasındaki “Kamulaştırma bedelinin artırılması” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Dicle Asliye Hukuk Mahkemesi’nce davanın reddine dair verilen 08.06.2006 gün ve 2005/129 -2006/102 sayılı kararın incelenmesi davacılar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi’nin 03.04.2007 gün ve 2007/1942-4242 sayılı ilamı ile; (...Dava, kamulaştırma bedelinin artırılması istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın hak düşürücü süre içerisinde açılmadığı için reddine karar verilmiş, hüküm davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Kamulaştırma işlemi davacı ile aynı çatı altında oturan oğlu M.T. imzasına 27.03.1989 tarihinde tebliğ edilmiştir. Ne var ki, adı geçen kişinin dosyada bulunan ve tebliğ tarihinden daha eski olan rapora göre akıl hastası olduğu, cezai ehliyetinin de bulunmadığı anlaşılmaktadır. Tebligat Kanunu’nun 22. ve Tüzüğü’nün 32/2. madde ve fıkrasına göre adı geçene yapılan tebligat geçersizdir. Bu nedenle işin esasına girilerek hüküm kurulması gerekirken hak düşürücü süre nedeniyle davanın reddine karar verilmesi, doğru görülmemiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDER: Davacılar vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu’nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü: Dava, kamulaştırma bedelinin artırılması istemine ilişkindir.

Davacılar vekili; tapuda müvekkillerinin murisi M.T. adına kayıtlı bulunan 119 parsel sayılı taşınmazın 21.06.1988 tarihinde Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü tarafından kamulaştırıldığını, kamulaştırma belgeleri tebliğ edilmediğinden murisin ve müvekkillerinin kamulaştırma işleminden haberdar olmadıklarını; kadastro komisyonunda itirazlı olan ve baraj gölü suları altında bulunan taşınmazın muris adına tapuya tescil edilmesinden son-

ra taşınmazın kamulaştırılması istemiyle idareye başvuran müvekkillerine, idarece taşınmazın kamulaştırılmış olduğu yönünde şifahen bilgi verildiğini ve müteakiben bedel artırım talebi ile dava açtıklarını ileri sürerek; 8.000,00 YTL kamulaştırma bedel farkının yasal faizi ile birlikte davalı idareden tahsile karar verilmesini talep ve dava etmiş; 23.5.2006 havale tarihli dilekçesinde ise, kamulaştırma işlemi tebliğ edilen M.T.'nin akıl hastası olduğu ve adı geçene yapılan tebligatın geçersiz bulunduğunu öne sürerek, davanın esası hakkında inceleme yapılmasını talep etmiştir.

Davalı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü vekili; davanın 30 günlük hak düşürücü süre içerisinde açılmamış olması nedeniyle kamulaştırma bedelinin kesinleştiğini savunarak, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini cevaben bildirmiştir.

Mahkemenin, *“kamulaştırma belgelerinin tapu maliki M.T. ile aynı konutta oturan M. T.’ye tebliğine dair işlemin geçerli olduğu, tebligatı alan M.T.’nin tebliğ tarihi itibarıyla akıl hastası olduğuna dair raporlar mevcut ise de, tebliğ memurunun akıl hastalığını anlaması gerektiğine ilişkin davacı tarafca her hangi bir delil ibraz edilemediği, vasi tayini kararının da eldeki davanın açıldığı tarihten sonra verildiği, aynı amaç için çok sayıda taşınmaz kamulaştırıldığından davacıların kamulaştırma tebligatını öğrenmediklerinin düşünülmemeyeceği, bu itibarla 27.3.1989 tebliğ tarihine göre 30 günlük hak düşürücü süre geçirildikten sonra 22.11.2005 tarihinde açılan davanın reddi gerektiği”* gerekçesiyle *“davanın reddine”* dair verdiği karar, özel dairece yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; yerel mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, davacıların murisi M.T.’nin tapuda kayden maliki bulunduğu 119 parsel sayılı taşınmazın, 21.6.1988 tarihinde Kralkızı Barajı inşaatı için davalı idarece kamulaştırıldığı ve noter aracılığı ile muris adına tebliğe çıkarılan kamulaştırma belgelerinin 27.3.1989 tarihinde *“Birlikte oturan oğlu Mehmet Taşdemire”* tebliğ edildiği; tapu malikinin mirasçuları tarafından 22.11.2005 tarihinde açılmış bulunan görülmekte olan davada davacılar vekilinin, tebligatın geçersizliğini vurgulayarak, tebligatı alan Mehmet Taşdemir’in akıl hastası olduğuna dair raporlar ibraz ettiği; 27.3.1989 tebliğ tarihinden daha önce düzenlenmiş bulunan bu raporlardan Diyarbakır Devlet Hastanesi’nin 16.2.1988 tarihli raporuna göre adı geçenin 1985-1987 tarihleri arasında psikotik hastalık nedeniyle tedavi ve müşahede altına alındığı, Elazığ Ruh Sağlığı Hastalıkları Hastanesi’nin 14.4.1988 tarihli raporunda ise, Psikotik Eksitasyon denilen ruhsal rahatsızlık bulunduğu tespit edilen M.T.’nin 18.12.1987 tarihinde adam öldürmek suçundan cezai

ehliyetinin bulunmadığının belirtildiği anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlık; tapu maliki muris adına noter kanalı ile gönderilen kamulaştırma belgelerinin usulüne uygun olarak tebliğ edilip edilmediği, bir başka ifadeyle akıl hastası olan ve cezai ehliyeti bulunmayan M.T.'ye yapılan tebliğ işleminin geçerli olup olmadığı; dolayısıyla bu tebligatın 30 günlük hak düşürücü süreye başlangıç teşkil edip etmeyeceği noktasında toplanmaktadır.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 25/1. maddesinde, "*Hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesi bakımından kamulaştırma işlemi mal sahibi için 13. madde uyarınca yapılan tebligatla başlar*" hükmü öngörülmüş; 14. maddesinde ise, taşınmaz mal sahibi zilyet ve diğer ilgililer yönünden 30 günlük dava açma süresinin, noter vasıtasıyla tebligat yapılmış olanlar hakkında tebliğ tarihinden, tebligat yapılamayanlar hakkında noter tebligatı yerine geçmek üzere gazete ile yapılan ilan tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı hüküm altına alınmıştır.

Hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesi bakımından kamulaştırma işlemi mal sahibi için 13. madde uyarınca yapılan tebligatla başlayacağından; kamulaştırmada özel bir önem gösteren tebligatın ne şekilde yapılacağı 13. maddede açıklanmış, prensip itibarıyla doğrudan doğruya ve mal sahibinin tespit olunan adresine noter vasıtasıyla tebligat yapılması esas kabul edilmiştir.

Burada, noter kanalı ile çıkarılan tebligatın, 7201 sayılı Tebligat Kanunu ve Tebligat Tüzüğü hükümlerine göre mal sahibine tebliğ edilmesi gerektiği; aksi halde tebligatın geçersiz olacağı ve dava açma için zorunlu olan 30 günlük hak düşürücü sürenin mal sahibi yönünden başlamayacağı her türlü duraksamadan uzaktır.

Somut olayda, noter kanalı ile tapu maliki muris M.T.'nin oturduğu köy adresine gönderilen kamulaştırma kararı ve ekleri, "*Birlikte oturan oğlu M.T.'nin verildi*" şerhi düşülerek tebliğ edilmiştir. Şekil itibarıyla bu tebliğ işleminin, "*Kendisine tebliğ yapılacak şahıs adresinde bulunmazsa tebliğ kendisi ile aynı konutta oturan kişilere veya hizmetçilerinden birine yapılır*" hükmünü amir bulunan, 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 16. maddesine göre yapıldığı açık bir olgudur.

Ne var ki, 16. maddeye göre yapılan tebligatın geçerli olması için 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 22. ve Tebligat Tüzüğü'nün 32. maddelerine göre, muhatap yerine kendisine tebliğ yapılacak kimsenin görünüşüne na-

zaran onsekiz yaşından aşağı olmaması ve bariz bir surette ehliyetsiz bulunmaması gerekir.

Yargılama aşamasında davacılar vekilince ibraz edilen ve 27.3.1989 tebliğ tarihinden daha önceki tarihlerde düzenlenmiş bulunan 16.2.1988 ve 14.4.1988 tarihli raporlara göre, tebligatı alan M.T.'ye tebliğ tarihi itibarıyla akıl hastalığına müptela olduğu ve cezai ehliyetinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. 1985 yılından 1987 yılına kadar psikotik hastalığı nedeniyle aralıklarla tedavi ve müşahede altında tutulan ve nihayet 18.12.1987 tarihinde işlediği adam öldürmek suçundan, bu rahatsızlığı nedeniyle cezai ehliyeti bulunmadığına dair hakkında rapor tanzim edilen M.T.'nin, kısa bir süre sonra yapılan tebligatı almaya ehil bulunmadığı kuşkusuzdur.

O halde, bariz bir şekilde ehliyetsiz bulunan M.T.'ye 27.3.1989 günü yapılan tebligat geçersiz olduğundan; sözü edilen geçersiz tebligatın, 30 günlük hak düşürücü süreye başlangıç sayılması olanaklı değildir.

Bu durumda, dava tarihinden önce tapu maliki M.T. ya da mirasçıları olan davacılara yapılmış başka bir tebligat da bulunmadığından; 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 32/2. maddesinde yer alan "*Muhatabın beyan ettiği tarih tebliğ tarihi addolunur*" hükmü karşısında, davacıların kamulaştırma işlemini 22.11.2005 dava tarihinde öğrendikleri ve davanın süresinde açıldığının kabulü zorunludur.

Hal böyle olunca; yerel mahkemece, ayrı yöne işaret eden ve Hukuk Genel Kurulu'na da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyularak, noter kanalı ile muris adına tebliğe çıkarılan kamulaştırma belgelerinin akıl hastası ve ehliyetsiz bulunan M.T.'ye tebliğ işleminin, 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 22. ve Tebligat Tüzüğü'nün 32. maddeleri uyarınca geçersiz olduğu, davacılar yapılan başka bir tebligat da bulunmadığı, bu itibarla kamulaştırma işleminin öğrenildiği 22.11.2005 tarihinde açılmış bulunan davanın süresinde olduğu göz önünde tutulmak suretiyle, işin esasına girilerek sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken; yanılığın gerekçeyle davanın hak düşürücü süre nedeniyle reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

S O N U Ç : Davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda ve özel daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nın 429. maddesi gereğince bozulmasına, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 14.11.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

T. 14.11.2007
E. 2007/18-863
K. 2007/836

- * Tazminat
- * Yükleme senedi dolayısıyla sorumluluk
- * Sözleşmelerin inşai ve bağlayıcı özellikleri
(5401 s. Askeri Öğrencilerden Başarı Göstermeyenler Hakkındaki K. m.3)

Taraflar arasındaki “tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara Asliye 24. Hukuk Mahkemesi’nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 24.11.2005 gün ve 2002/943-2005/301 sayılı kararın incelenmesi davacı hazine vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 18. Hukuk Dairesi’nin 17.10.2006 gün ve 2006/8683-7954 sayılı ilamı ile; (...Davacı vekili dava dilekçesinde, davalı E.A.’nın Deniz Lisesinden mezuniyetinden sonra intibak eğitimine katılmayarak 9.7.2001 tarihinde ordudan ayrıldığını, eğitimi döneminde kendisine 23.192.090.000 TL masraf yapıldığını, tebligata rağmen bir ödeme yapılmadığını ileri sürerek fazlaya ilişkin hakları saklı tutulmak kaydıyla 23.192.090.000 TL’nin 9.7.2001 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili istenilmiştir. Yargılama aşamasında davalının sorumlu olduğu miktarın belirlenmesi için mahkemece alman bilirkişi raporlarında, yükleme senedinde gösterilmeyen atış, personel ve amortisman giderlerinden davalının sorumlu olmayacağı, bu kaleme ait masrafların belirlenen harcamalardan düşülmesi ve buna göre değerlendirmenin yapılması gerektiği ileri sürülerek bu kalemlere ait masraflar düşüldükten sonra hesaplama yapılmış ve davalının asıl borç ve işlemiş faiz tutarı toplamı 8.601.819.806 TL borcu olduğu belirtilmiş, mahkemece de bu rapor esas alınarak hüküm kurulmuş, karar davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Dosya içerisinde bulunan ve Kartal 3. Noterliği’nce 05.08.1997 tarihinde 41.352 yevmiye ile düzenlenen, davalı öğrencinin velisi tarafından da imzalanan yükleme senedinde “Silahlı Kuvvetler adına öğrenci olarak okulun giriş şartlarına uygun şekilde kayıt ve kabulüm yapıldığı takdirde Subay çıkıncaya kadar, yürürlükte bulunan veya öğrenim süresi içerisinde çıkacak kanun, tüzük, yönetmelik, yönerge ve sair mevzuat hükümlerini kabul ettiğimi, bunlara aynen uyacağım...” şeklinde taahhüt verilmiştir.

5401 sayılı Askeri Öğrencilerden Başarı Göstermeyenler Hakkın-

daki Kanun'un 3. maddesine göre; "sağlık sebepleri dışında okullarla yüksek öğrenim kurumlarından çıkarılan öğrencilere devlet tarafından yapılan bilimum masraflar faizi ile birlikte mukavelesi gereğince ödettilir." Askeri Okullara Alınan Öğrenciler İle Silahlı Kuvvetler Hesabına Fakülte Ve Yüksek Okullarda Okuyan Öğrenciler İçin Yüklenme Senedi Düzenlenmesine ve Bu Okullardan Çeşitli Sebeplerle Ayrılacak Öğrencilere Veya Kefillerine Ödettilirilecek Tazminata Dair Yönetmelik' e 13.02.1992 tarih 21141 sayılı *Resmi Gazete*'de yayınlanarak eklenen değişiklik gereğince askeri okullardan başarısızlık nedeniyle ilişkisi kesilen öğrencilerin sorumlu oldukları masraflar belirtilmiş, bu durumdaki öğrencilerin sorumlu olduğu masraf kalemleri arasında personel ve amortisman giderleri de sayılmıştır. Somut olayda; davalı adına velisi tarafından askeri okula giriş esnasında verilen yüklenme senedinin düzenlendiği tarihte yukarıda sözü edilen yasa ve yönetmelik hükümleri yürürlüktedir ve bunlar bilinerek yüklenme senedi düzenlenip imzalanmıştır. Yüklenme senedi içeriğinde ise yasa ve yönetmelik hükümlerine uyulacağı taahhüt edildiğine göre, davalının sorumlu olacağı masraflar arasına atış, personel ve amortisman giderlerinin de dahil edilmesi gerekirken, yerinde olmayan bilirkişi raporları doğrultusunda hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Mahkemece, yukarıda belirtilen husus doğrultusunda davalının atış, personel ve amortisman giderleri ile bunların sarf tarihinden itibaren işlemiş faizinden de sorumlu olacağı dikkate alınarak yemden bilirkişiden ek rapor alınmalı ve bu rapor doğrultusunda karar verilmelidir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, eğitim ve öğretim nedeniyle sarfedilen ve yüklenme-kefalet senetleri ile 1462 sayılı Harp Okulları Kanunu'na ve 5401 sayılı Askeri Öğrencilerden Başarı Gösteremeyenler Hakkındaki Kanun'un 3. maddesine dayanılarak tahakkuk ettirilen giderlerin tazmini istemine ilişkindir.

Davacı Milli Savunma Bakanlığı olup, davalı taraf ise Deniz Lisesi'ni bitirdikten sonra Deniz Harp Okulu'nda intibak eğitimine katılmayıp, istifa hakkını kullanarak 09.07.2001 tarihinde ordudan ayrılan askeri öğrenci ile yasal temsilcisi ve kefilidir.

Mahkemece, yüklenme senedindeki harcama kalemlerini esas alarak hesaplama yapıp; amortisman ve personel giderlerini yüklenme senedinde yer almadıkları için ayrı tutan bilirkişi raporuna dayanılarak davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; davacı vekilinin temyizi üzerine Özel Daire'ce karar reddedilen kalemler yönünden de davanın kabulü gerektiğine işaretle ve yukarıda başlık bölümünde aynen alınan nedenlerle bozulmuştur.

Mahkemenin önceki kararda direnmeye ilişkin hükmü davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; yüklenme ve kefalet senetlerinde öğrencinin okulla ilişkisinin kesilmesi durumunda tazminat olarak ödenmesi gereken harcama kalemleri arasında gösterilmemekle birlikte daha sonra uygulamaya konulan yönetmelikte sayılan kalemler arasında yer alan personel ve amortisman giderlerinin yüklenme senedi yükümlülerinden tazminine olanak bulunup bulunmadığı, noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle belirtilmelidir ki; bir hukuki işlem olarak sözleşme, inşai ve bağlayıcı olmak üzere, iki tür sonuç doğurur. Sözleşme'nin inşai sonucu, tarafların beyan edilen iradelerine uygun olarak meydana gelen hukuki sonuçtur. Sözleşmenin doğurduğu ikinci sonuç ise, tarafları bağlayıcı sonuç olup; bundan amaç, tarafların beyan edilen iradeleriyle ve sözleşme ile bağlanmış olmaları ve dolayısıyla içlerinden birinin tek taraflı irade beyanıyla bu sözleşmeyi ortadan kaldıramaması, irade beyanlarına uygun olarak kurulmuş bulunan hukuki durumla bağlı olmasıdır (Prof. Dr. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 187 vd). Borç ilişkilerini düzenleyen başlıca kanun Borçlar Kanunu olmakla birlikte, bu Kanun dışında diğer bazı kanunlar da borç ilişkilerini düzenlemekte ya da borç ilişkileriyle ilgili özel hükümler içermektedirler.

Bu noktada, 5401 sayılı Askeri Öğrencilerden Başarı Gösteremeyenler Hakkındaki Kanun'un 3. maddesinde "Sağlık sebepleri dışında okullarla yüksek öğrenim kurumlarından çıkarılan öğrencilere Devlet tarafın-

dan yapılan bilimum masraflar faizi ile birlikte mukavelesi gereğince ödettirilir." Hükmü öngörülmüştür.

Şu durumda; askeri öğrencilerin, sağlık sebepleri dışında hangi nedenle olursa olsun okuldan çıkarılması halinde ödenmesi gereken tazminatın belirlenmesinde, Borçlar Kanunu hükümleri ve özellikle 5401 sayılı Askeri Öğrencilerden Başarı Gösteremeyenler Hakkındaki Kanun'un 3. maddesinde işaret edilen, öğrenci ile okul yönetimi arasında yapılan "mukavele", eş söyleyişle "yüklenme ve buna bağlı kefalet senetlerinde" taahhüt edilen edimlerin ve harcama kalemlerinin esas alınması gerektiği her türlü duraksamadan uzaktır. Bundan ayrı; Askeri Okullara Alınan Öğrenciler ile Silahlı Kuvvetler Hesabına Fakülte ve Yüksek Okullarda Okuyan Öğrenciler için Yüklenme Senedi Düzenlenmesine ve Bu Okullardan Çeşitli Sebeplerle Ayrılacak Öğrencilere veya Kefillerine Ödettirilecek Tazminata Dair Yönetmeliğe Ekli Örnek 2 Çizelgenin Değiştirilmesine Dair Yönetmelikte yer verilmiş bulunsa bile; yüklenme senedine derç edilmeyen masraflar ve getireceği maliyetten haberdar edilmeyen akidin, bu kalem masraflardan sorumlu tutulmasının Borçlar Kanunu ve 5401 sayılı Askeri Öğrencilerden Başarı Gösteremeyenler Hakkındaki Kanun'un 3. maddesine aykırılık teşkil edeceği açıktır.

Sonuç itibariyle; yüklenme senedinde ve buna bağlı kefalet senedinde harcama kalemleri arasında gösterilmeyen giderlerden, öğrenci ve yasal temsilcisinin sorumlu tutulması olanaklı değildir.

Nitekim; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.11.2006 gün ve E: 2006/15-743 K:2006/740; 29.12.2006 gün ve E: 2006/18-757 K:2006/763; 02.05.2007 gün ve E: 2006/18-229 K:2007/238; 03.10.2007 gün ve E:2007/18-643 K:714; 03.10.2007 gün ve E: 2007/18-644 K: 2007/715; 31.10.2007 gün ve E:2007/18-796 K:800; 31.10.2007 gün ve E: 2007/18-785 K: 2007/806 sayılı kararlarında da aynı görüş benimsenmiştir.

Somut olayda davanın dayanağını oluşturan ve Kartal 3. Noterliği'nce düzenlenmiş bulunan 05.08.1997 gün 41352 yevmiye sayılı yüklenme senedinde, tahdidi olarak sayılan öğrencinin okulla ilişkisinin kesilmesi durumunda tazminat olarak ödenmesi gereken harcama kalemleri arasında personel ve amortisman giderleri yer almamakta; bu gider kalemleri kefalet kapsamına da girmemektedir.

Az yukarıda açıklandığı üzere; davacılar tazminat olarak salt yük-

lenme senesinde açıkça belirtilen giderleri ödeme taahhüdünde bulduklarından, burada yer almayan personel ve amortisman giderlerinden sorumlu tutulmaları olanaklı değildir. Hal böyle olunca; Yerel Mahkemece, idarenin belirlediği harcamalardan personel ve amortisman giderlerinin mahsubu suretiyle hesaplama yapan bilirkişi raporu doğrultusunda hüküm kurulması usul ve yasaya uygun olup; direnme kararı onanmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle onanmasına, 14.11.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 13.03.2006

E. 2005/14724

K. 2006/2233

* İş kazası nedeniyle oluşan maluliyet

* Maddi ve manevi tazminat

* Müterafik kusur

* Hakkaniyet ve çokluk indirimi
(818 sayılı BK. m.43,44)

Davacı, iş kazası sonucu maluliyetinden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, taraf vekillerince temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenlere göre davacının tüm, davalının ise diğer temyiz itirazlarının reddine.

2- Tarafların hal ve mevkiine, müterafik kusur oranlarına olay tarihine maluliyet oranına ve tazminatın miktarına göre dava konusu

olayda Borçlar Kanunu'nun 43. maddesinin öngördüğü koşulların oluştuğu, gözetilerek tazminat miktarından takdiren % 10 oranında hakkaniyet indirimi yapılması gerektiğinin düşünülmemesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Ne var ki, bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden HUMK'nın 438/7. maddesi uyarınca hüküm bozulmamalı düzeltilerek onanmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hüküm fıkrasında yer alan tüm bentler silinerek yerine, "1- 38.210,83 YTL maddi tazminatın olay tarihi olan 16.03.1996 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, 2- Avukatlık asgari ücret tarifesi uyarınca 3.496,86 YTL vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine, 734,90 YTL red vekalet ücretinin de davacıdan alınarak davalı tarafa verilmesine, 3- 2.063,38 YTL ilam harcından peşin alınan 602,00 YTL harcın indirimi ile kalan 1.461,38 YTL. harcın davalıdan tahsiline, 4- Peşin yatırılan 602,00 YTL harcın davalıdan alınarak davacıya verilmesine, 5-Reddedilen ve kabul edilen miktar dikkate alınarak 331,34 YTL yargılama giderinden 54,19 YTL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına, 277,15 YTL yargılama giderinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine." rakam ve sözcüklerinin yazılmasına ve hükmün düzeltilmiş şekliyle onanmasına, fazla alınan temyiz harcının istek halinde davalıya iadesini, aşağıda yazılı temyiz harcının davacıya yükletilmesine, 13.03.2006 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Tazminatın çokluğu gerekçesine dayalı olarak hakkaniyet indirimi sonucuna ulaşan ve düzelterek onama yöntemini seçen ve uygulayan yüksek dairenin görüşüne aşağıdaki nedenlerle karşıyım:

1-Borçlar Kanunu'nun 43 maddesi hakime tazminatın şekil ve kapsamını belirleme yetkisini vermektedir. Bu yetki, tazminatın ölçümünde kullanılacak bilimsel kriterleri içtihat yoluyla belirleme biçiminde algılanmalıdır. Tazminattan nelerin indirileceği hususu BK'nın 44 maddesinde düzenlenmiştir. Ekonomik yüklenme nedeniyle indirim, özel koşullara bağlanmıştır. Bu durumda borçlunun sıkıntıya düşmesi yeter sebep değildir. Ayrıca borçlunun veya yardımcı kişilerin ağır kusurunun olmaması gerekir. Hukukun bu yalın ve yerleşik ilkesi durur

iken, yasanın çözüme bağladığı sorunda içtihad yoluyla özel indirimler üretilemez. Bu yerleşik yöntemlerle hesaplanan tazminat hakkını tanımamak ve yargıya temelden yoksun müdahale yetkisi vermek anlamına gelir.

2- Tazminatın çokluğu kavramı hukuki olmaktan çok bir işletme terimi olabilir. Yerleşik yöntemle hesaplanan rakam ne olursa olsun hakkın özünü oluşturur. Bir an için bu indirim doğru olsa bile tazminat hesabında gözetilen tüm indirimlerden sonra ortaya çıkacak rakam esas alınabilir. Sözgelimi sigorta geliri indirimden önce hakkaniyet indirimi yapılması, çokluk indiriminin mahiyeti ile bağdaşmaz. Tazminatı sıfıra indiren sonuçlar doğurabilir. Oysa neyin çok veya az olduğunu değerlendirmek, hakimin hükmedebileceği rakam üzerinden olabilir,

3- Hakkaniyet veya çokluk indirimi adıyla içtihadta aktarılmak istenilen bu yöntemle ilgili genel ve benzeri olaylara uygulanabilecek ölçüt ortaya konmadıkça adeta göz kararı değimine geçerlik tanıyacak bir keyfilik yargıda egemen olur. Nitekim Dairemizin geçen bir yıl süreli somut dosyalarla ilgili bir istatistik yapılması halinde bu keyfilik bütün çıplaklığıyla ortaya çıkar. Öte yandan yüksek mahkememizin tazminat işlerine bakan diğer daireleri böyle bir uygulamanın içinde değildirler. Yargıtay'ın aynı işe bakan Daireler uygulaması arasındaki aşırı farklılığa dayalı bu gerçek, Dairemizin görüşünü yeniden gözden geçirmesi sonucunu doğurur.

4- Tazminat ölçme yoluyla elde edilen bir adalet dengesidir. Yüksek mahkeme elde edilen değeri, hiçbir yasal kritere dayanmaksızın yüksek bulması takdirde indirebiliyorsa aynı yetkinin tazminatın hiç çıkmaması veya az çıkması halinde artırma biçiminde kullanılmasını zorunlu kılar. Kuramsal çözümde iç eşitlik kavramının doğal yansıması olan bu yargı, BK m. 43 hükmünde düzenlenen tazminatın şümulü kavramının dışında sayılamaz. Çokluk değerlendirilmesine dayalı indirim, azlık değerlendirilmesine dayalı artırımı zorunlu kılar ..-Aksine bir anlayış Anayasa'nın 138. maddesinde düzenlenen Adalette vicdan kavramına sığdırılmadıktan başka yargıyı zarar görenler aleyhine bir tutum takınma ithamı ile karşı karşıya bırakır. (soruna kısmen değinme bakımından, Dr.Aktaş, Hakkı, "İş Kazası Tazminatına BK m. 43'ün Tatbiki", *İBD*, 1990/1-3 s. 69,79)

5- İnsan zararlarının tazmini ekonomik ve hukuki olaydan çok bir insan hakkı sorunudur. Yok olan uzviyet veya hayat kısmen ikame yoluyla telafi edilmeye çalışılmaktadır. İnsan zararlarının işletme ekonomisi üzerine etkisini ortadan kaldıran teknikler gelişmiştir. Sorumluluk hukukunda tazminatın sosyalizasyonu olarak deyimlendirilen sigorta çözümü bu tekniklerin başında gelir. İşveren, Sosyal Sigortalar Kurumu'nca karşılanmayan zararı özel sigorta yoluyla riski önleme hakkına haizdir. Bu yolu işletmemek sorumluluk hukuku anlamında takdire bağlı ve özellikle hakkaniyet olarak takdim edilen indirimi önleyen özel hal oluşturur. BK m. 43 hükmünün yüksek dairenin anlamlandırıldığı şekilde hakkaniyet indirimini kapsamı halinde dahi işveren özel sigorta yolunu seçmediği için, bu durum özel hal oluşturur ve bu halin icabı, indirimden yararlanmamak anlamına gelir. Özel sigortada işverene rucü durumunun olmadığı hatırlanmalıdır.

6- Devlet olsun, şirket olsun, kişi olsun, borçlunun ekonomik sıkıntıya düşmesi olasılığı, hafif kusur dışında indirim sebebi olarak değerlendirilmesi yürürlükteki Hukukumuz bakımından yasaklanmıştır. (BK m. 44) hele Devletin veya büyük işletmelerin ekonomik sıkıntı savunmasına dayanmaları veya yargının böyle bir önermeyi benimsemesi açıkça Kanun aşımı olur 1950'H yıllarda aynı savunma çerçevesinde belediyenin ödeyeceği tazminattan indirim yapılması o tarihteki Yargıtay'ımızca doğru ve çarpıcı biçimde bozma sebebi kılınmıştır. Burada aslolan insan hakkı olan ve onun doğal uzantısı bulunan tazminatın Hukuki koruma sınırlarının belirlenmesidir. Hukukun koruma içine aldığı alanda yargının indirim gitmesi hukuk dışı müdahaledir. Yargının temel işlevi hukukun doğru anlamını ortaya çıkarmaktadır. Adalet ekonomik mülahazaların hakka tırpan kılınmasının karşısındadır. Dairemizin görüşü bu felsefi temelde de gözden geçirilmelidir. Yüksek mahkemenin henüz tazeliğini koruyan kadim içtihadını ilgili bölümünü muhalefet şerhine dercediyorum;

"Hadisede davacıya atfi kabir kusur olmamasının, belediye reis ve azalarının zarara sebep olan fiillerinin mahiyetine ve bir anime müessesesi bulunan davalı belediyenin müzayakaya m kalması keyfiyetinin düşünülmeyeceğine göre indi bazı mütalaa beyanı suretiyle karar miktarlarından tenzilat icrası Kanuni sayılacak hiçbir sebep gösterilmeden faize hükmolünmama; davacı lehine tarifede yazılı asgari haddeden aşağı vekalet ücreti takdiri de yolsuz ve devamı noktalara ilişkin bozma dilekleri de varit olduğundan hükmün yalnız yurarda sözü edilen sebeplerden bozulmasına ittifakla karar verildi" (Yargıtay

4. HD 19.6.1954 1544-3067-Esas K. A.D. yıl 1955 sayı 2 sayfa 165 v.d.) (karar tarihinde tüm tazminatlara yüksek 4.Hukuk Dairesi'nin baktığı ve Dairemizin henüz mevcut olmadığı hatırlanmalıdır.)

7-Çoğunluk görüşünün uygulaması sorumluluk hukuku prensipleriyle bağdaşsa dahi davaya ve olaya en yakın olan mahalli mahkemenin direnme yetkisini ve tarafların içtihadımıza karşı geliştirebilecekleri kimi savunmaları ortadan kaldıracak şekilde düzelterek onama formülüne başvurulması usule aykırıdır. (HUMK m. 438/7) Takdir hakkı, hüküm mahkemesindedir. Yasa koyucunun bu yetkiyi alt mahkemeye vermesinin temel nedeni alt mahkemenin hukukun yanında vakıaları değerlendiren bir mahkeme oluşturur. Yargı makamlarından olaya ve maddi delillere en yakın olan organ alt mahkemedir. Yüksek mahkeme elbette alt mahkemenin takdirini inceleyebilecektir. Ancak alt mahkemenin yerine geçerek takdiri bizzat kendisi yapamayacaktır. Özellikle yüksek dairemizin eski uygulamalarına ve Yüksek Yargıtay'ın diğer dairelerinin süre gelen uygulamalarına aykırı olarak yeni bir içtihad oluşturulması aşamasında düzelterek onama seçeneği tercih edilmemelidir. Böyle bir tutum Yüksek Daire'nin kendi içtihadının dava prosedürü içinde tartışılmasından ve izleyen kademelerin, bu arada direnme yoluyla Genel Kurul sürecinin devreye girmesinden kaçınıldığı yorumuna yol açabilir. Kaldı ki yeniden yargılamayı gerektirmemek gerekli ve fakat yeterli olmayan bir şarttır. Takdir hakkının az veya çok kullanılması bir hukuk hatası anlamına gelmez. Bu bir tercih meselesidir. Bu nedenle yüksek daire, aynı görüşünü sürdürecektir ise bozma yolu yeğlenmelidir.

Yukarıda açıkladığım nedenlerle maddi tazminatın çokluğu gerekçesine dayalı olarak hakkaniyet indirimi çoğaltılmak ve maddi tazminat tutarından fazla indirim yapılmak suretiyle hükmün düzeltilerek onanmasının yönündeki sayın çoğunluk görüşüne katılmamaktayım.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 16.03.2006
E. 2005/12567
K. 2006/2484

- * İş kazası nedeniyle gelir bağlanması talebi
- * Bağlanacak gelirin başlangıç tarihi ve faiz
- * Askerlik görevini ifa edenin, izinde veya hava değişiminde olduğu sırada, hizmet akdiyle çalışması halinde, 506 sayılı yasaya tabi sigortalı sayılıp sayılmayacağı (506 sayılı K. m. 3/E, 11)

Davacı 25.10.1995 tarihinden itibaren gelir bağlanmasına karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenlere göre davalının sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Bu tür davalarda başvuru tarihini takip eden aybaşından gelir bağlanması ve bağlanacak gelire yasal faize hükmedilmesi gerekirken, başvuru tarihinden itibaren gelir bağlanmasına ve bu gelire kısa vadeli mevduata uygulanan en yüksek ticari faiz yürütülmesine hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Ne var ki, bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden HUMK'nın 438/7. maddesi uyarınca hüküm bozulmamak düzeltilerek onanmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerden ötürü hüküm fıkrasının

1. bendinde yer alan başvuru tarihi olan 25.10.1995 tarihinden ve “kısa vadeli mevduata uygulanan en yüksek ticari faiz” sözcük ve rakamlarının silinerek yerine “başvuru tarihini takip eden aybaşı olan 1.11.1995 tarihinden” ve “yasal faiz” sözcük ve tarihinin yazılmasına ve hükmün bu düzeltilmiş şekliyle onanmasına, 16.3.2006 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Davacı davalı kurumda 2225912 no ile tescilli işyerinde çalışmakta iken 27.7.1995 tarihinde geçirdiği iş kazasında sağ elin baş parmağı hariç diğer parmaklarının kesildiğini bu nedenle çalışma gücünü % 19.2 oranında kaybettiğini, iş kazası kolundan gelir bağlanması için SSK'ya 25.10.1995 ve 31.7.2002 tarihinde olmak üzere iki kez yaptığı başvuruya verilen yanıtta; kaza tarihinde, askerlik görevini ifa etmekte olduğu hastalığı nedeniyle 45 günlük hava değişimi aldığı, kazanında bu dönemde meydana geldiği, askerlik görevini yapmakta olan kişiler 506 sayılı yasaya göre sigortalı sayılmadıklarından bahisle gelir bağlanamayacağını bildirdiğim, Kurum işlemlerinin hatalı olduğunu iddia ederek 25.10.1995 başvurusu tarihini takip eden aybaşından itibaren gelir bağlanmasına ve bağlanacak gelire bu tarihten itibaren kısa vadeli mevduata uygulanan en yüksek ticari faiz işletilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, davacıya 2.9.1995 tarihinde askerliğe elverişli olmadığına dair verilen rapor karşısında; 25.10.1995 tarihinden itibaren gelir bağlanması gerektiğinin tesbitine, bu tarihten itibaren bağlanacak gelire kısa vadeli mevduata uygulanan en yüksek ticari faiz yürütülmesine karar verilmiş; Kurum vekilince temyiz edilen karar sayın çoğunluk tarafından gelir bağlama tarihinin başvuru tarihini takip eden aybaşı olan 1.11.1995 tarihi olarak; işletilecek faizde yasal faiz olarak düzeltilmek suretiyle onanmıştır.

Ancak; dosya içeriğinden anlaşılacağı üzere taraflar arasındaki uyuşmazlık SSK müfettişi tarafından yapılan kaza tahkikatı sonucunda olayın davacının askerlik görevini yapmakta iken hava değişimi sırasında meydana gelmiş olmasından dolayı 506 sayılı Kanun kapsamında iş kazası sayılmamasından kaynaklanmakta olup açılan dava ile zararlandırıcı olayın 506 sayılı Kanun'un 11. maddesi uyarınca iş

kazası olduğunun, olay sonucu oluşan meslekte kazanma güç kaybı oranının ve iş kazası sigorta kolundan gelir bağlanması gerektiğinin tesbitinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu durumda dava konusu istemlerin işvereninde hak alanını ilgilendirdiği açıktır. Davada ise işveren taraf olarak yer almamıştır. İşverenin taraf olarak yer almadığı davada taraf koşulunun olduğu kabul edilemeyeceğine göre taraf koşulu oluşturulmadan inceleme yapılarak sonuca varılmış olması usule aykırıdır.

İşin esasına yönelik olarak yapılmış inceleme ve değerlendirmeye gelince;

Davanın özü itibariyle kurumca olayın iş kazası olmadığına ilişkin tesbite itiraz niteliğinde olduğuna ve mahkemece olayın 506 sayılı Kanun'un 11. maddesine uygun bir iş kazası olduğunun tesbitine dair açık bir hüküm kurulmamış olmakla birlikte davacıya iş kazası sigorta kolundan gelir bağlanmasına karar verildiğine göre oluşturulan hükmün zararlandırıcı olayın SSK bakımından iş kazası olduğunun da tesbitini içerdiğinin kabulü gerektiğinden olayın SSK bakımından gerçekten iş kazası sayılmasının mümkün olup olmadığı yönü üzerinde durulması gerekir.

Bir kimsenin askerlik görevini ifa ederken izinde veya hava değişiminde olduğu sırada hizmet akdiyle çalışması halinde 506 sayılı yasaya tabi sigortalı sayılıp sayılmayacağı doktrinde tartışmalı olup bu konudaki yargısal kararlarda birlik bulunmamakla beraber baskın görüş ve uygulama; askerlik hizmeti mahiyeti gereği başka bir hizmetle bağdaşmadığından ve izindeyken de hizmet devam ettiğinden askerlik görevini yapan kişinin "*terhis mahiyetinde izinli olması durumu hariç*" izinde iken hizmet akdiyle çalışması durumunda SSK kapsamında sigortalı sayılmadığı yönündedir. Bu görüş ve uygulamanın yasal dayanağından 506 sayılı Kanun'un sigortalı sayılmayacaklar başlıklı 3. maddesinin E bendinde, askerlik hizmetini yapan yükümlülüklerin bu Yasa kapsamında sigortalı sayılmayacakları açıkça hükme bağlanmıştır. Hava değişiminde çalışma halinde ise uygulamada hava değişimi süresi askerlik hizmetinden sayılan süreyi aşmış ve çalışma aşan süre içerisinde olmuştaysa sigortalı sayılmakta, askerlik süresinden sayılan süre içerisindeki çalışmalar ise sigortalı sayılmamaktadır. Sonuçta olayda davacının dava değişimi süresi askerlik yükümlülüğünden sayılan süreyi aşmadığından kaza tarihinde sigortalı sayılması ve

giderek olayın 506 sayılı Kanun'un 11. maddesi kapsamında iş kazası sayılması mümkün değildir. Her ne kadar mahkeme kararının gerekçesinde davacıya 2.9.1995 tarihinde askerliğe elverişli olmadığına dair rapor verildiği belirtilmiş ise de dosyada bu tesbitin dayanağı bulunmamaktadır.

Öte yandan iş kazasına maruz kalındığında iş kazası sigorta kolundan yapılması gerekli olan yardımlar iki devre oluşturur. İlk devre tedavi süresini oluşturan iş göremezlik devresi, ikinci devre ise kaza sonucu iş gücü kaybı olmuşsa sürekli iş göremezlik devresidir. Her iki durum birbirinden farklı olduğundan bu devreler için yasada öngörülen yardımlarda birbirinden farklıdır. Geçici iş göremezlik devresi yönünden yasada öngörülen yardımlar kazalının iyileşmesi için tedavi yardımı ve geçici iş göremezlik ödeneği ödenmesidir. Bu devreden sonra başlayan kısmı/tam sürekli işgöremezlik devresi yönünden yapılan yardım ise kısmı/tam işgöremezlik gelirinini bağlanmasıdır. Bu nedenlerden dolayıdır ki sürekli iş göremezlik gelirinini başlangıç tarihi başka bir deyimle meslekte kazanma gücü kaybının başlangıç tarihi kaza yada talep tarihi olmayıp sürekli iş göremezlik durumunun tesbit edildiği tarihtir. Bu itibarla davacıya bağlanacak sürekli iş göremezlik gelirinini başlangıç tarihi mahkemece kabul edildiği gibi davacının iş kazası sigorta kolundan gerekli yardımların yapılması için ilk başvuruda bulunduğu 25.10.1995 tarihi olamayacağı gibi bu tarihi takip eden aybaşı olan 1.11.1995 tarihide olamaz. Bu itibarla gelir başlangıç tarihi yönünden onama kararıyla yapılan düzeltme yasaya ve yerleşik uygulamaya uygun düşmemektedir.

Bütün bu nedenlerle usul ve yasaya aykırı olan hükmün bozulması gerektiği görüşünde olduğundan sayın çoğunluğun yerel mahkeme kararının düzeltilerek onanması kararına katılamıyorum.

KARŞI OY YAZISI

Hüküm fıkrasında verilen karar ile taraflara yükletilen ve bahşedilen vazife ve hakları hiçbir şüphe ve tereddütü gerektirmeyecek biçimde çok açık olarak yazılmalıdır.

Bir para alacağına faiz yürütülebilmesi için miktarının belli olması şarttır. Bir para borcunun miktarı kesin olarak belli değilse yada ancak

inceleme sonucu belirlenebilecek durumdaysa böyle bir para alacağına faiz yürütülebilmesi mümkün değildir.

Somut olayda davacı dava dilekçesinin talep bölümünde davacıya davalı Kurumca başvuru tarihi olan 25.10.1995 tarihinden itibaren iş kazası nedeniyle sürekli iş göremezlik gelir bağlanmasını, bağlanacak bu gelire kısa vadeli mevduata uygulanan en yüksek ticari faiz işletilmesini talep etmiş mahkemece davacıya 25.10.1995 tarihinden itibaren gelir bağlanması gerektiğinin tesbitiyle bu gelire kısa vadeli mevduata uygulanan en yüksek ticari faiz yürütülmesine karar verilmiştir. Davacıya bağlanacak gelirin miktarı belli olmadığı gibi mahkemece tesis edilen hükümde faizin başlangıç tarihi de belirtilmediğinden hükmün infaz kabiliyeti bulunmamaktadır.

Bu nedenlerle HUMK'nın 389. maddesine aykırı olan hükmün bozulması gerektiği görüşünde olduğumdan sayın çoğunluğun yerel mahkeme kararının gelir bağlama başlangıç tarihinde ve faiz oranında düzeltme yapılarak onama kararına katılamıyorum.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 02.11.2007
E. 2007/266
K. 2007/333

* **Avukatın iddia ve savunmanın hukuki yönü ile ilgili olması.**
* **Avukatın zorunlu olmadıkça müvekkili adına açıklamada bulunmaması gereği.**
(Av. K. m. 34 ;
TBB Meslek Kuralları m. 6, 40)

Şikayetçi Genelkurmay Askeri Savcılığı; Ö. G. gazetede şikayetli avukata izafeten verilen “*Askeri Savcının Cüreti*” başlıklı bir haberde, şikayetli avukatın aslı olmayan haber üzerine açıklamalarda bulunduğunu, haberin savcılık makamı ve çalışanları töhmet altında bıraktığı ve yasalara uygun olmayan davranışlar sergilediklerini dayanaksız olarak ileri sürdüğü, iddiasıyla şikayette bulunmuştur.

Şikayetli avukat kovuşturma aşamasında yaptığı savunmada, Savcılığı hedef alarak açıklamada bulunmadığını, Savcılık şikayetinde bile “*haber in doğru olması halinde*” denilerek şikayet yapıldığı halde, Baronun kovuşturma açmasının hukuki dayanağının bulunmadığını, hangi meslek kuralını ihlal ettiğinin belirtilmemiş olmasının savunma hakkını sınırladığını belirterek ceza verilmemesini talep etmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikayetli avukatın yayınlanan habere karşı yasal tekzip hakkının kullanılmadığı gerekçesiyle, eylemi sabit göerek disiplin cezası tayin etmiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına karşı şikayetli avukat tarafından itiraz edilmiştir. Şikayetli avukat itirazında, Öcalan davasının Türkiye'nin en önemli davası olduğunu, bu konuda her gün medyada sayısız haber çıktığını, günümüz medya koşulları düşünüldüğünde haberlerin

takibinin zor olduğunu, bu nedenle tekzip hakkını kullanmadığını, her davanın kendi şartları içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini, hakkında doğrudan para cezasının üst sınırdan verilmesinin “*adil yargılanma*” ilkesine aykırı olduğunu, eylemi ile verilen ceza arasında adaletili bir dengenin bulunmadığını, kararın Avukatlık Yasası’nın 136. maddesi hükmüne aykırı bulunduğunu bildirerek, kararın kaldırılmasını istemiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun, şikayetli avukatın Ö. G. *Gazetesi*’ne demeç vererek Askeri Savcılığı haksız yere suçlayıp suçlamadığına, ilişkindir.

Baro Disiplin Kurulu, şikayetli avukatın gazete haberini yalanlamadığı gerekçesiyle cezalandırmasını uygun bulmuştur. Haberin yayımlandığı gazete ve şikayetli avukatın avukat olarak görev yaptığı dava arasında yakın ilişkiler bulunduğu gerçeği karşısında, savunmanın reddedilerek eylemin sabit görülmüş olmasında bir isabetsizlik görülmemiştir.

Şikayetli avukatın eylemi, Avukatlık Yasası 34. maddesi ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları’nın 6.maddesinde yer alan “*Avukat iddia ve savunmanın hukuki yönü ile ilgilidir. Taraflar arasında anlaşmazlığın doğurduğu düşmanlıkların dışında kalmalıdır...*” ve 40.maddesinde yer alan “*Avukat kesin olarak zorunlu bulunmadıkça müvekkili adına açıklamada bulunamaz. Açıklamalardan adalete etkili olmak amacı güdülemez.*” kurallarına aykırılık oluşturmaktadır.

Ceza yargılaması hukukunda, suça konu eylemle karşılığı olan ceza arasında adalete uygun bir dengenin bulunması gerektiği temel ilkeleri arasındadır.

Her ne kadar şikayetli avukatın eylemi sabit olmakla birlikte, yukarıdaki açıklamalar, şikayetli avukatın sicilinde daha önce disiplin cezası almamış olması ve dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde şikayetli avukatın eylemi ile ilgili olarak doğrudan para cezası verilmesi ve cezanın üst sınırdan belirlenmiş olması yukarıda belirtilen ilke ışığında hakkaniyete uygun bulunmamıştır.

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazının kabulüne, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu’nun şikayetlinin “437,81 YTL Para cezası ile cezalandırılmasına” ilişkin 13.03.2007 tarih ve 2006/ 333 D., 2007/ 67 K. sayılı

kararının kınama cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına, şikâyetli avukat O.Y.'nin kınama cezası ile cezalandırılmasına oy birliğiyle karar verildi.

* * *

T. 02.11.2007
E. 2007/281
K. 2007/345

* **Avukatlık kimliğinin resmi belge hükmünde olması**
(Av. K. m. 1,2, 9, 34, 38-f;
TBB Meslek Kuralları m. 3, 11)

Şikâyetli avukat hakkında, Garanti Bankası Hukuk Müşaviri sıfatıyla "avukat kimliği ile hiçbir işlem yapılamayacağı" yönünde görüş bildirdiği ve bu nedenle Yasa ve Meslek Kuralları'na aykırı davrandığı iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmasında, Bankacılık işlemlerinde işlem yapan müşterilerin "Kimlik Tespiti Usulü" ile ilgili prosedürün uygulandığını, "Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine Dair 4208 Sayılı Kanun" ile bu kanunun 15. maddesi uyarınca yayınlanan "4208 sayılı Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik" ve aynı kanuna ilişkin "Mali Suçları Araştırma Kurulu tebliğleri" ile düzenlendiğini, Yönetmelik gereği "Kimlik Tespitine İlişkin Esaslar"ın 4. maddesi uyarınca bankacılık işlemlerinde işlem tutarının 2000,00 YTL (01.08.2003 tarihinden itibaren 12.000.00 YTL) veya muadili döviz aşması durumunda ve bankacılıkla ilgili kasa ve hesap işlemlerinde "Kimlik tespiti usulü" başlığını taşıyan 6.madde uyarınca kimlik tespitinde kullanılacak belgelerin belirlendiğini, buna göre "Nüfus hüviyet cüzdanı, sürücü belgesi ve pasaport" dışında herhangi bir hüviyet belgesi ile işlem yapılamayacağını bildirdiğini, kendisinin de Yasa ve Yönetmelik gereği talimat vermesi nedeniyle disiplin suçunun oluşmadığını bildirmiştir.

Şikâyetlinin savunması, çalıştığı kurumun uygulamasına yöneliktir ve bildirdiği yasa ve yönetmeliklere uygundur. Ancak belirtilen kara paranın aklanmasının önlenmesine dair yönetmelik ve tebliğlerin Avukatlık Yasası'nın 9. maddesine aykırı olduğu da bir gerçektir.

Örneği dosyada mevcut "Şüpheli İşlem Bilgi Formu"nun tetkikinden görüldüğü üzere, şüpheli işlem yapanın kimlik ile ilgili bildirimden

formunda "Nüfus hüviyet cüzdanı, sürücü belgesi ve pasaport " yanında "Diğer" belgeler bölümü de bulunmaktadır.

Bu formda göstermektedir ki, bankacılık işlemlerinde ve özellikle 12.000.00 YTL altındaki işlemlerinde diğer hüviyet belgeleri de geçerlidir ve kullanılmaktadır.

Avukatlık Yasası'nın 9. maddesi, 4208 Sayılı Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun'dan sonra çıkartılmış özel hüküm olup, 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 13.01.2004 tarih ve 5043 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle yürürlüğe giren madde uyarınca "Avukatlık kimliği resmi belge hükmünde olduğu" bildirilmiştir.

Evrensel hukuk bilimi, daha sonra çıkan yasa hükmünün yönetmelik ve genelgeler ile etkisiz hale getirilemeyeceğini kabul etmiştir.

Gerek Avukatlık Yasası'ndaki açık hüküm ve gerekse Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesine Dair Yasa ve yönetmeliklerdeki istisnalara karşın şikayetli avukatın Bankacılıkla ilgili tüm işlemlerde, "Avukatlık kimliğinin" kabul edilemezliğine ilişkin görüşünün gerek yasa ve gerekse uygulamaya aykırı olduğu tartışmasızdır.

Kaldı ki; Avukatlık Yasası'nın 2. maddesi "Avukatlığın amacı; hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derece yargı organları, hakemler ve resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır.

Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder." hükmünü amirdir.

Hukuk devleti biri diğerine tercih edilemeyecek olan üç temel öge üzerine oturur. Bunlar insan haklarının gerçekleştirilmesi, adaletin sağlanması, hukuk güvenliğinin tam olarak temin edilmesidir. İnsan haklarının gerçekten kullanılabilirdiği ülkelerdir ki, hukuk devletinin en baş koşulunu gerçekleştirmiş demektir. Hukuk devleti, insan haklarına sadece mevzuatlarında yer veren değil, bunun yanı sıra uygulamada da gerçekleştiren devletlerdir. Hukuk devletinde "hukukun üstünlüğünü" gerçekleştirmek ve uygulamada yerleşmesini sağlamak, avukatın en temel görevlerinden biridir.

Her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkta adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözüm üretmek ve üretilecek çözümlere yardımcı olmak zorunda bulunan şikâyetlinin yasa, yönetmelik ve uygulamaya aykırı olarak tüm bankacılık işlemlerinde “Avukatlık kimliğinin kabul edilmemesi” gerektiği yönünde görüş bildirmesinin, ettiği avukatlık yemini-ne ve mesleki dayanışma ile de bağdaşmadığı açıktır. Zorunlu olarak sürekli bir çatışmayı temsil eden avukatlıkta “mesleki dayanışma” diğer mesleklerden daha da gerekli ve önemlidir.

Yasaya rağmen vatandaşa tanınan istisna ve uygulamanın avukat-tan esirgenmesi kabul edilemez.

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı en az kınama cezası verilmesi gerektiği yönünde görüş bildirmiş ise de; Uyarma da bir disiplin cezasıdır ve avukata mesleğin icrasında daha dikkatli davranması gerektiğinin bildirilmesidir. Şikâyetlinin eylemi her ne kadar kınama cezasını gerektirmekte ise de; Avukatlık Yasası’nın 158. maddesindeki ilkeler ve şikâyetlinin disiplin sicilinde herhangi bir ceza bulunmaması karşısında, yapılan takdirde bir isabetsizlik bulunmadığı da tartışmasızdır. Bu nedenle İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı’nın bu yöndeki itirazının reddi gerekmiştir.

Şikâyetli Avukatın eylemi Avukatlık Yasasının 1,2, 9, 34, 38-f maddeleri ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3 ve 11.maddelerine aykırı olmakla Baro Disiplin Kurulunca yapılan hukuksal değerlendirme ve tayin olunun disiplin cezasında hukuka aykırılık görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı ve Şikâyetli Avukat E.E.B.’nin itirazlarının reddine, İstanbul Barosu Disiplin Kurulunun “uyarma cezası” verilmesine ilişkin kararın onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 02.11.2007
E. 2007/289
K. 2007/351

* Disiplin hukukunda da,
savunma, taraf aleniyeti ve
vicahilik ilkelerinin
uygulanması gereği
(Av. K. m. 144; AİHS m. 6)

Şikâyetli avukat hakkında; Sakarya Asliye 1. Hukuk Mahkemesi'nin 1999/614 esas sayılı davasının 25/2/2004 tarihli oturumunda, şikâyetçinin oğlunun rahatsızlığı nedeniyle verdiği mazeret dilekçesini meslek etiğine aykırı olarak kabul etmediği ve davanın müracaata kalması için ısrarcı olduğu, buna karşın mahkemece mazeretin koşullu olarak kabul edildiği, yine aynı davanın 10/3/2005 tarihli oturumunda, şikâyetçinin adliyede olduğunu bilmesine karşın, şikâyetçi avukatı beklemeyerek duruşmanın müracaata bırakılmasına sebebiyet verdiği iddialarıyla başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda; eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli savunmasında; şikâyetçinin, disiplin kovuşturmasına konu davanın 10.03.2005 tarihli duruşmasına saatinde gelmediğini, şikâyetçinin kendisine ve mahkemeye bilgi vermediğinden davanın müracaata bırakıldığını, aynı davanın 18.11.2003 tarihli duruşmasında, mahkemece şikâyetçiye masraf yatırılması için mehil verilmiş olmasına rağmen, yatırılmadığını, 2101.2004 tarihli duruşmaya şikâyetçinin pulsuz mazeret dilekçesi göndermiş olduğunu, kendisine duruşma günü bildirilemeyeceğinden, masraf yatırma için yeni mehil tayin edilemeyeceğini, bu mehilin 25.02.2004 tarihli duruşmada verildiğini ve yargılamanın boş yere uzatılmış olduğunu, şikâyetçinin 20.01.2004 tarihli duruşmaya gönderdiği mazeretinin ise şahsi olduğunu ancak dilekçesinde oğlunun bademcik ameliyatını bildirmediğini, bu mazereti ile ilgili sunulan belgelerin asıllarını görmesinin hakkı olduğunu zira davanın daha önce iki kez müracaata kalmış bulunduğunu, dava dosyasına şikâyetçi tarafından dokuz kez mazeret yollaması sebebiyle davanın ciddiyle takip edilmemiş olduğunu bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikâyetli avukatın eyleminin disiplin suçunu oluşturması sebebiyle disiplin sicilinde önceki tarihli kesinleşmiş kınama cezasını da nazara alarak, şikâyetli avukatın 32,45.YTL para cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

Dosyanın incelenmesinde, şikâyetli avukatın Baro Disiplin Kuru-

lu'nun 19.10.2006 tarihli duruşmasına katıldığı ve 02.10.2006 tarihli dilekçesini tekrar ettiği ve özetle;

“Şikayetçi ile adliye koridorunda ve baro odasında karşılaştıkları ve şikayetçiyi gördüğü” iddiası nedeniyle şikayetçi ile duruşmada yüzleştirilmesini,

Göstermiş olduğu tanıklarının Disiplin Kurulu'nca ifadelerinin alınması sırasında kendisinin de hazır bulunmasını,

Duruşma tutanağından örnek verilmesini istediği, görülmüştür.

Baro Disiplin Kurulu 19.10.2006 tarihli duruşmada, şikayetlinin savunmasını aldıktan sonra huzurdan çıkarmış ve disiplin kurulu duruşmalarının *“aleniyet”* ilkesine göre yapılmadığı gerekçesiyle şikayetlinin taleplerinden;

“Duruşma tutanağının verilmesi, “Şikayetçi ile yüzleşme”, “Tanıkların dinlenmesi sırasında hazır bulunma”, istemlerinin reddine karar vermiştir.

Avukatlık Yasası'nın 144. vd maddelerine göre; disiplin kurulu incelemesini evrak üzerinde yapar. Avukatın isteği veya disiplin kurulunca gerek görülmesi halinde, inceleme duruşmalı olarak yapılır. Duruşma gizli olur. Çağrıya uymayan avukatın gıyabında duruşma yapılır.

Disiplin kurulu, delillerin gösterilme ve inceleme şeklini, istek veya feragatle yahut evvelce verilmiş kararlarla bağlı olmaksızın takdir ve tayin eder.

Tanık ve bilirkişinin duruşmaya çağrılması veya üyelerden biri tarafından dinlenmesi veya yazılı ifadesinin okunmasıyla yetinilmesi, disiplin kurulunun takdirine bağlıdır.

Duruşmaların gizli olması nedeniyle aleniyet ilkesi uygulanmaz.

Ancak, yargılama hukukunun bazı temel ilkeleri vardır. Savunma, taraf aleniyeti ve vicahilik ilkesi bunların en önemlilerinden olup disiplin hukukunda da uygulanması gerekir.

Alenilik, açıklık, açık olma hali anlamına gelmektedir. Birçok an-

lama gelebilecek olan aleniyet, yargılama hukukunda duruşmaların aleni olması ve “*taraf aleniyeti*” kavramlarını karşılar. Taraf aleniyeti, davanın taraflarına tanınmış bir hak olup, mahkemenin işlemlerinin onlar tarafından öğrenilmesidir. Bu nedenle taraf aleniyeti, taraflarla ve hukuki dinlenilme hakkıyla ilgilidir. Örneğin mahkeme tutanaklarının görülmesi, bilirkişi inceleme yerinin bildirilmesi gibi. (Pekcanıtez, H., *Yargı Reformu 2000 Sempozyumu*, s.408.)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları iç hukukumuz açısından da bağlayıcı ve yol gösterici niteliktedir.

Her hukuk ve ceza davasının, usule ilişkin yönleri de dahil, “*vicahi*” bir nitelik taşıması ve de taraflar arasında “*silahların eşitliğini*” garanti altına alması gerekir. Bu, adil yargılanma hakkının temel unsurlarından birini teşkil etmektedir.

“*Vicahilik ilkesi*” uyarınca yargılanma hakkı, taraflar için, karşı tarafın oluşturduğu görüşlerden veya sunduğu kanıtlardan haberdar olma ve bunlar üzerinde tartışabilme olanağını içermektedir.

Bu prensip, tarafların sunduğu görüşler ve belgeler için geçerli olduğu gibi hükümet komiseri gibi bağımsız bir memur (Kress, ve, APBP-Fransa, 38436/97 no’lu, 21 Mart 2002 tarihli karar), bir idare (Křmář ve diğerleri-Çek Cumhuriyeti, 35376/97 no’lu 3 Mart 2000 tarihli karar) veya söz konusu kararı veren mahkeme tarafından sunulan görüşler ve belgeler için de geçerlidir (Nideröst-Huber).

AİHS’nin 6§1. maddesinin her şeyden önce tarafların çıkarlarını ve adaletin iyi işleyişinin korunmasını amaçladığının altını çizmek gerekir (Bkz. mutatis mutandis, Acquaviva-Fransa, 21 Kasım 1995 tarihli karar),

Diğer yandan, hakimin kendisi de, özellikle bir itirazı reddettiği veya re’sen ele alınan bir gerekçeye dayanarak bir uyuşmazlığı çözdüğü zaman “*vicahilik ilkesine*” uymak zorundadır (Skondrianos-Yunanistan, 63000/00, 74291/01 ve 74292/01 no’lu, 18 Aralık 2003 tarihli kararlar, ve Clinique des Acacias ve diğerleri-Fransa, 65399/01, 65406/01, 65405/01 ve 65407/01 no’lu, 13 Ekim 2005 tarihli kararlar). (Aksoy-Eroğlu-Türkiye Davası)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi "*Adil yargılanma hakkı*"nın temel koşullarını belirlemektedir.6. maddenin kapsadığı konular çok geniştir. Bu nedenle yaygın bir uygulama alanı bulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının büyük bir bölümü de 6. maddenin yorumu ve açılımıyla ilgilidir.

Madde. 6- "*1.Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir...*"

"*Hakkaniyete uygun yargılama*", "*silahların eşitliği*"ni zorunlu kılar. Yargı organı önünde sahip oldukları hak ve yükümlülükler açısından taraflar arasında tam bir eşitliğin kurulması ve bu dengenin bütün yargılama aşamalarında sürdürülmesi gerekir.

Ayrıca 6. maddenin 3. bendinin (a) fıkrasında yer alan "*sanığın bilgilendirilme hakkı*" ile aynı bendin (d) fıkrasındaki "*tanık dinletme ve tanıkları sorgulama hakkı*" silahların eşitliği ilkesinin uygulanışıyla doğrudan bağlantılıdır.

Kamu güvenliği, kamu yararı ile bireysel hak ve güvenceler arasındaki denge, mahkeme kararlarında "*eşitlik*", "*karşılık*", "*orantılık*" gibi sözcüklerle anlatılmaktadır.

Mahkemeye göre genel ve geniş kapsamlı bir kavram olan "*hakkaniyet*"in ilk ve önemli gereği, taraflar arasında "*silahların eşitliği*", diğer bir deyimle, mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından taraflar arasında tam bir eşitliğin sağlanması ve bu dengenin bütün yargılama boyunca korunmasıdır. (M. K. Del court / Belçika 1970, Monnel ve Morris / İngiltere 1987, Ekbatani / İsveç 1988) (1)

Amaç, sav ve savunma arasında hakkaniyete uygun, adil bir dengeyi gerçekleştirilmesi olunca, "*silahların eşitliği*" kavramı, her somut olayda, uyuşmazlığın niteliğine göre değişimler göstermektedir. Örneğin, yargılama işlemleri arasında yer alan kanıt ve karşı kanıtların sunulup tartışılması, ilgilinin yargıç önüne çıkarılma istemi, dava dosyasının özgürce incelenip gerekli görülecek belgelerden örnekler alabilme olanağı, bilirkişi raporlarının yanlara gönderilmesi ve yargı-

1ama sürecindeki bir kamusal organdan da gelse, yargıçların kararını etkilemeyi amaçlayan her türlü görüş ve açıklama konusunda bilgilendirilip bunları yanıtlama olanağının taraflara tanınması “silahların eşitliği” kapsamında değerlendirilen uygulamalardır. (Güney Dinç, Silahların Eşitliği adlı makale)

Şikayetli avukatın duruşma tutanağı örneği istemesi, ve tanıklarının dinlenmesi sırasında hazır bulunmak istemesi tamamen hukuki olup, bunların karşılanmaması, savunma hakkının kısıtlanması, “Adil Yargılanma” hakkının ihlali niteliğindedir.

Yukarıda sunulan nedenlerle, tanıkların yeniden celp edilerek dinlenmesi sırasında tarafların hazır bulunması için davetiye tebliği ve davetiyeye hazır bulunmadıkları takdirde yokluklarında tanıkların dinleneceği meşruhatının ilavesi, taraflar talep ettiği takdirde bu duruşma tutanağından da birer suretin taraflara verilmesi gerektiğinden, Baro Disiplin Kurulunun para cezası verilmesine ilişkin kararının bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazının kabulü ile Sakarya Barosu Disiplin Kurulu’nun “32,45.YTL. Para cezası verilmesine” ilişkin kararının, yukarıda bildirilen usule ilişkin nedenlerle bozulmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 02.11.2007
E. 2007/292
K. 2007/354

* Avukatın iş elde etmek için,
reklam sayılabilecek
teşebbüs ve harekette
bulunmaması gereği
(Av. K. m. 55, 157/2 ;
TBB Meslek Kuralları m. 7, 8;
TBB Reklam Yasağı Yön. 8/b)

Şikâyetli avukat hakkında, 16.04.2005 günlü yerel O. Gazetesi ve E. TV’de yayımlanan haberler nedeniyle Avukatlık Yasası’nın 55., Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği’nin 8., Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları’nın 8. maddelerine aykırı davrandığı iddiasıyla re’sen açılan disiplin kovuşturması sonucu Baro Disiplin Kurulu’nca

eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmasında, kazandığı S. Tekstil işçilerinin ücret alacağı ile ilgili dava hakkında haber yapılmak üzere basın mensupları tarafından bilgi istendiğini, bir gün önce sonuçlanan dava hakkında bilgi verdiğini, verdiği bilginin yargılama süreci ve sonucu hakkında olduğunu, reklâm amacı gütmeyeceğini bildirmiş, suçsuz olduğunu bildirmiştir.

İncelenen dosya kapsamında, yerel O. Gazetesi'ne verdiği röportajda fotoğrafı ve "Genç avukatın büyük başarısı" başlığı altında, S. Holding'in Bolvadin kanadında hizmet veren S. Tekstil'in çalışanına 2002 yılından itibaren maaş vermediğini söyleyen Av. S.U.'nun "Ağustos ayında dava açtık. Davamız sonuçlandı. Hızlı sayılabilecek bir yargılama sürecinden sonra işçilerin maaşlarını, kıdem tazminatlarını ve iş yasasından doğan diğer alacaklarını almaya hak kazandık. Sıra tahsil aşamasına geldi. Başarımı ekibime ve çok çalışmama bağlıyorum." şeklinde beyanda bulunduğu, yerel E. TV de yayınlanan 2 dakikalık görüntülü söyleşinin de aynı mahiyete olup "Genç yaşta bu kadar başarı nasıl, maaşını alamayanlar size mi gelsin" sorusuna "Evet gelsinler, hepsine kapımız açık" gibi beyanlarda bulunduğu görülmektedir.

Afyonkarahisar Cumhuriyet Başsavcılığı sorulan sorulara verilen cevapların reklâm yasağı kapsamında değerlendirilmesinin özgürlükleri aşırı ölçüde kısıtlayacağı ve bunun insan hakları ile bağdaşmayacağı, şikâyetli avukat da suçsuz olduğunu bildirerek karara itiraz etmiştir.

Disiplin kovuşturmasının konusu, avukatın kendisine iş elde etmek için reklâm yapmak ve ün kazandırmaya yönelik davranışlardan kaçınması kurallarının ihlal edilip, edilmediğine ilişkindir.

Disiplin suçuna konu eylem, şikâyetli avukatın Afyonkarahisar'ın Bolvadin ilçesinde kazandığı işçi alacakları ile ilgili davaların Yerel O. Gazetesi ve E. TV de yayınlanarak haber yapılmasından kaynaklanmaktadır.

Avukatlık Yasası'nın 55.maddesinin açık hükmüne göre, "Avukatların iş elde etmek için, reklâm sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları yasaktır." Aynı şekilde, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 7 ve 8. maddelerine göre de, "Avukat, salt ün kazandırmaya

yönelen her türlü gereksiz davranıştan titizlikle kaçınılmalıdır. Avukat, kendine iş sağlama niteliğindeki her davranıştan çekinir.” denilmektedir.

Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 8/b maddesinde, *“Avukatlar, yaşamları, kazançları, mesleki faaliyeti hakkında “reklâm niteliğinde” yayınlarda bulunamaz, halen ya da eskiden takip ettiği, devam eden veya sonuçlanmış bir dava hakkında; dava ile özdeşleşip tarafların sözcüsü gibi hareket edemez, davanın hukuki boyutları içinde kalmak kaydıyla ve zorunlu haller dışında yazılı, işitsel ve görsel iletişim araçlarına ve internet'e görüntü, bilgi, demeç veremez, açıklama yapamazlar”,* denilmektedir.

İnceleme konusu olayda, şikayetli avukat hakkında gazete ve TV'de yayınlanan haberin, davanın sonuçlanmasından bir gün sonra yapılması karşısında, *“zorunlu hal”* kapsamı içinde değerlendirilemeyeceği, haberlerde şikayetli avukatın tek çalıştığı halde başarısını *“Ekip çalışmasına bağlıyorum”* şeklindeki beyanlarla davanın hukuksal boyutundan çok kendisine iş temin etmeye matuf reklam amaçlı sözlere yer verdiği görülmektedir.

Bu nedenlerle, şikayetli avukatın eylemi Avukatlık Yasası'nın 55., Türkiye Barolar Birliği Reklam Yönetmeliği'nin 8/b, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 7 ve 8. maddelerine aykırılık teşkil etmekte olup, disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Şikayetli avukat tarafından incelemenin duruşmalı olarak yapılması talep edilmiş ise de; Avukatlık Yasası'nın 157/2 maddesi hükmü gereğince duruşma ancak işten ve meslekten çıkarma cezalarına itiraz halinde istek veya resen lüzum görülmesi hali ile sınırlı olarak yapılabilir. Bu nedenle duruşma isteminin de reddi gerekmiştir.

Cumhuriyet Başsavcılığı, sorulan sorulara cevap verilmiş olması nedeniyle suç oluşmayacağını, özgürlüklerin aşırı derecede sınırlandırılması ile durumun insan hakları ile bağdaşmayacağını bildirmiş ve karara itiraz etmiş ise de;

Elbette ki avukat da öncelikle insandır, temel insan haklarından yararlanması en doğal hakkıdır.

Ancak, reklam yasağı ile sınırlanan, mesleğin ticarileşmesi ve kamusal niteliğini kaybetme tehlikesidir. Nitekim gerek gazete haberi ve gerekse medyada şikayetli avukat davadan çok kendi kişiliği ve büro

çalışmasının niteliklerini ön plana çıkartarak reklam amaçlı davranmıştır. Bu nedenle Başsavcılığın itirazı da yerinde değildir.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan hukuksal değerlendirme ve sicil duruma göre takdir olunan para cezasında hukuka aykırılık görülmemiş itirazların reddi ile kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli Av. S. U. ve Afyonkarahisar Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının reddine, Afyonkarahisar Barosu Disiplin Kurulu'nun "14 YTL para cezası verilmesine" ilişkin kararın onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 03.11.2007
E. 2007/306
K. 2007/355

*** Avukatın hizmet nedeniyle emniyeti suistimali**
(Av. K. m. 5/a-h, 74, 154)

Şikâyetçi, şikâyetli avukatın Maçka Asliye Hukuk Mahkemesi'ndeki 2002/276 Esas sayılı davada, vekili olduğunu, ancak, boşanma sırasında kendisine isabet eden bulaşık makinesi, fırınlı ocak, yatak ve çeyiz eşyaları ile eşinden alacağı olan 1.000,- YTL'yi teslim aldığı halde kendisine vermediğini, sorduğunda bulaşık makinesi ile fırınlı ocağı da sattığını söylediğini, bildirerek şikâyetçi olmuştur.

Şikayetli avukat savunmasında; şikayetçinin eşinin açtığı boşanma davasında anlaşarak boşandıklarını, ancak diğer tarafın taahhüt etmesine rağmen ev eşyalarını vermediğini ve bunun üzerine Mersin 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde 2004/128 Esas sayılı 5.000,00 YTL. lik eşya bedelinin tahsili davasını açtığını, bu davanın halen devam etmekte olduğunu, şikayetçinin eşinden de herhangi bir para tahsil etmediğini bildirmiştir.

Mersin Barosu Disiplin Kurulu, şikâyetli hakkında şikâyete konu eylemle ilgili olarak Mersin 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nce hizmet nedeniyle emniyeti suiistimalden kesin olarak mahkûmiyet kararı verilmiş olması sebebiyle Avukatlık Yasası'nın 5/a-h, 74. maddeleri gereğince şikâyetlinin "Meslekten Çıkarılması"na karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına şikâyetli tarafından itiraz edilmiştir.

Şikâyetli itirazında, ceza kararının temyizi kabil olmadığını, eksik incelemeye dayalı bulunduğunu, boşanma davası sırasında tahsil edildiği bildirilen paranın sonra açılan eşya davasının harç ve masrafı olarak kullanıldığını ve eşyaların Ordu'dan getirilmesi için harcandığını, ortada suiistimal olmadığını, Avukatlık Yasasına göre avukatın ücret ve masrafını tahsil ettiği paradan mahsuba hakkı bulunduğunu, zimmete geçen bir para olmayıp aksine kendisinin alacaklı bulunduğunu, eşyaların ise şikâyetçi tarafından eksik diye alınmadığını, oysa eksik eşyalar için dava açıldığını, cezada önemli unsurun kasıt olduğunu, olayda kusuru olabileceğini, ancak kastının bulunmadığını, verilen cezanın adil olmadığını bildirerek kararın kaldırılmasını istemiştir.

Şikâyetli hakkında disiplin kovuşturmasına konu eylemi sebebiyle Mersin 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nde "*Hizmet nedeniyle emniyeti suiistimal*" iddiasıyla açılan 2005/87 Esas sayılı kamu davası sonucunda, mahkemece, şikâyetlinin suçu sabit görülerek 11 ay hapis cezasına çarptırılmasına ve hapis cezasının 647 sayılı Yasa'nın 4. maddesinin uygulanarak neticeten 1.980,00 YTL. adli para cezası ile kesin olarak cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Avukatlık Yasası'nın 136. maddesi; 5.maddenin (a) bendinde yazılı bir suçtan kesin olarak hüküm giyme halinde, meslekten çıkarma cezasının verileceğini hüküm altına almıştır. Şikâyetlinin kesinleşen yargı kararıyla hüküm giydiği "*hizmet sebebiyle emniyeti suiistimal*" suçu, Avukatlık Yasası'nın 5/a maddesinde sayılan suçlardan olmakla, Baro Disiplin Kurulu'nun değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiş, kararın onanması gerekmiştir.

Avukatlık Yasası'nın 154. maddesine göre, haklarında meslekten çıkarma cezası verilen avukatların işten yasaklanmaları da zorunludur. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, yasaklama nedeninin oluşmasından başlayarak 2 ay içerisinde Baro Disiplin Kurulu tarafından işten yasaklama kararı verilmeyenlerin, TBB Disiplin Kurulu'nun doğrudan vereceği kararla işten yasaklanacaklarını hüküm altına almıştır.

Baro Disiplin Kurulu'nca, şikâyetlinin işten yasaklanmasına ilişkin bir karar verilmediğinden şikâyetlinin işten yasaklanmasına da karar verilmesi gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetlinin itirazlarının reddi ile Mersin Barosu Disiplin Kurulu'nun "meslekten çıkarma cezası verilmesine" ilişkin kararının onanmasına, şikâyetlinin Avukatlık Yasası'nın 154. maddesi uyarınca işten yasaklanmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 03.11.2007
E. 2007/311
K. 2007/358

* Avukatın dava ile özdeşleşip
taraf gibi hareket etmesi

* Avukatın, salt ün
kazandırmaya yönelik
davranışlardan kaçınması
gereği

(Av. K. m. 34, 55, 157/6;
TBB Meslek Kuralları m. 7;
TBB Reklam Yasağı Yön. 1, 2, 3,
8/b, 11)

Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun "3 Ay Süre ile İşten Çıkarma" cezası verilmesine ilişkin 15.11.2006 günlü 2003/20 Esas, 2006/74 Karar sayılı kararına şikâyetli avukat tarafından yapılan itiraz üzerine, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'nun 11.05.2007 günlü ve 2007/96 Esas, 2007/152 Karar sayılı kararıyla, "onanmasına" karar verilmiş, ancak sözü edilen kararımız Adalet Bakanlığı'nın 12.07.2007 tarih ve (14875) sayılı işlemi ile onaylanmayarak bir daha görüşülmek üzere dosyasıyla birlikte geri gönderilmiştir.

Adalet Bakanlığı'nın geri gönderme kararının gerekçesinde özetle; şikâyet edilen avukatın açıklamalarının reklâm niteliğinde olmadığı ve bir dava hakkında "dava ile özdeşleşip, tarafların sözcüsü gibi hareket etme" şeklinde değerlendirilebilecek nitelikte bulunmadığı, şikâyetlinin özetlendiği, aynı açıklamanın içeriği nedeniyle adı geçen avukat hakkında görevi kötüye kullandığı iddiası ile açılan kamu davasında Ankara 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2003/35 Esas, 2003/171 Karar

sayılı davasında beraatına karar verildiği kararın Yargıtay tarafından onanarak kesinleştiği, mahkemenin gerekçesinde söz konusu eylemin avukatlık görevini yerine getirdiği sırada yapmadığının kabul edildiği, bağlayıcı olduğu, ilgili avukatın Avukatlık Yasası'na, TBB Meslek Kuralları'na ve TBB Reklâm Yasağı Yönetmeliği'ne aykırı bir davranışının olmadığı,

Şikayetli avukatın aynı konuda verilmiş kesinleşen takipsizlik kararına rağmen aynı sebeplerle yeniden şikayet dilekçesi verdiği iddiasına yönelik olarak açılmış bir kovuşturma olmadığından bu iddia hakkında değerlendirme yapılmasının mümkün bulunmadığı, görüşü ile Birliğimiz Disiplin Kurulu kararının bir daha görüşülmesi bildirilmektedir.

Adalet Bakanlığı'nın geri gönderme yazısı ile birlikte disiplin dosyası bir kez daha incelenerek gereği görüşülüp düşünüldü;

Şikayetli avukat hakkında disiplin kovuşturmasına konu eylemle ilgili olarak hakkında kamu davası açılmış olup, Ankara 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2003/35 Esas, 2003/171 Karar sayılı kararı ile; *"hakaret suçundan usulü muamelelerin durdurulmasına, sanığın suç konusu sözleri sarf ettiği doğru olsa bile anılan sözleri Avukatlık Yasası ve diğer yasalar gereğince avukat sıfatı ile ve TBB'nin yahut baroların organlarında görevli olarak kendisine verilmiş bulunan görev ve yetkiyi kullandığı sırada sarf ettiği ile ilişkin dosyada herhangi bir delil bulunmadığından ve bu eleştiri suç niteliğinde olsa bile, anılan eleştiri avukatlık görevini yerine getirdiği sırada yapmadığından, yasal unsurları oluşmadığından"* Görevi kötüye kullanma suçundan beraatına karar verilmiş ve karar Yargıtay'ca onanarak 20.03.2006 tarihinde kesinleşmiştir.

Kurulumuzca disiplin kovuşturması Bakanlığın onaylamama yazısı ile birlikte yeniden incelenmiştir.

Bakanlığın onaylamamaya ilişkin yazısına dayanak alınan Ankara 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2003/35 Esas, 2003/171 Karar sayılı davası şikayetlinin sarf ettiği sözler nedeni ile *"görevi kötüye kullandığı"* iddiasına ilişkindir. Mahkeme, bu eleştiri suç niteliğinde olsa bile, bu sözlerin sarf edildiği zamanda, şikayetlinin yasalar gereğince avukat sıfatı ile ve TBB'nin yahut baroların organlarında görevli olmadığını, avukatlık görevini yapmadığını belirterek yasal unsurları oluşmadı-

ğından “görevi kötüye kullanma” suçunun oluşmadığını belirlemiştir.

Mahkeme, bu eleştiri suç niteliğinde olsa bile, şikayetlinin anılan eleştiriyi görevi sırasında yapmadığı gerekçesiyle beraat kararı vermiştir.

Kurulumuz ise, kararında şikayetlinin eyleminin avukatlık görevini kötüye kullanma biçiminde olup olmadığını değil, eylemin Avukatlık Yasası’nın 55.maddesi ile Reklam Yasağı Yönetmeliği’nde düzenlenen kurallara uygun olup olmadığını değerlendirmiştir.

Gerek Avukatlık Yasası’nın 55., gerekse Reklam Yasağı Yönetmeliği’nin 1, 2, 3, 8/b ve 11 maddeleri, avukatın eylem sırasında görevli olup olmadığını aramamaktadır. Aranan hususlar, eylemin avukatlık unvanı ile reklam niteliğinde olup olmadığı veya şikayetlinin dava ile özdeşleşip, tarafların sözcüsü gibi hareket edip etmediği, salt ün kazanmaya yönelik olup olmadığını, noktalarında.

Şikayetlinin avukatlık unvanı taşıdığı kuşkusuzdur. Şikayetliye ait ve disiplin kovuşturmasına konu edilen sözler tümü ile incelendiğinde, şikayetlinin dava ile özdeşleştiği ve taraf gibi hareket ettiği, müvekkili adına Ankara DGM Başsavcılığı’na dilekçe vermeden önce kendi düşüncelerini de yansıtan bir basın açıklamasını yaptığı açıktır. Şikayetlinin eylemi reklam niteliğinde, salt ün kazanmaya yöneliktir.

Avukatlık Yasası’nın 34. maddesine göre; avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği’nce belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler

Aynı Yasa’nın 55. maddesine göre de; “avukatların iş elde etmek için, reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları...” yasaktır.

TBB Meslek Kuralları’nın 7. maddesine göre; avukat salt ün kazandırmağa yönelik

her türlü gereksiz davranıştan titizlikle kaçınmalıdır.

Avukatlık Reklam Yasağı Yönetmeliği’nin 1. maddesine göre; Bu

yönetmeliğin amacı, bu yönetmelik kapsamında olanların, iş elde etmek ve reklam sayılabilecek her türlü girişim ve eylemde bulunmalarının önlenmesidir.

Aynı yönetmeliğin 8/2 maddesine göre; *“Avukatlar, yaşamları, kazançları, mesleki faaliyeti hakkında “reklam niteliğinde” yayınlarda bulunamaz, halen ya da eskiden takip ettiği, devam eden veya sonuçlanmış bir dava hakkında, dava ile özdeşleşip tarafların sözcüsü gibi hareket edemez, davanın hukuki boyutları içinde kalmak kaydıyla ve zorunlu haller dışında yazılı, işitsel ve görsel iletişim araçlarına ve internet’e görüntü, bilgi, demeç veremez, açıklama yapamazlar.”*

Aynı Yönetmeliğin 11. maddesine göre; *“Bu Yönetmelik kapsamında olanlar, salt ün kazanmaya yönelik her türlü girişim ve eylemlerden kaçınmak, iş elde etmek için reklam sayılabilecek her hangi bir girişim ve eylemde bulunmamak, üçüncü kişilerin kendileri için reklam sayılabilecek bu tür eylem ve davranışlarına izin vermemek, engel olmak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdürler.”*

Avukatlık Yasası’nın 140. maddesine göre; *“Eylemin işlenmemiş veya sanığı tarafından yapılmamış olması sebebiyle beraat hali müstesna, beraatla sonuçlanmış bir ceza davasının konusuna giren eylemlerden dolayı disiplin kovuşturması, o eylemin ceza kanunları hükümlerinden ayrı olarak başlı başına disiplin kovuşturmasını gerektirir mahiyette olması”na bağlıdır.*

Şikayetli avukatın eylemi yukarıda açıklanan Yasa, Yönetmelik ve TBB Meslek Kuralları’na aykırı olmakla disiplin suçunu oluşturduğundan, Adalet Bakanlığı’nın onaylamamaya ilişkin yazısındaki gerekçe kabul edilmemiştir.

Şikayetli avukatın disiplin sicilinde, bu disiplin kovuşturmasına konu eylem tarihinden önce kesinleşmiş çok sayıda disiplin cezası bulunmaktadır. Şikayetlinin bu disiplin kovuşturmasına konu eyleminin tarihi 19.03.2002 olup, bu tarihten geriye doğru beş yıllık süre içinde 25.01.1999 kesinleşme tarihli 3 ay süre ile işten çıkarma, 19.01.2002 kesinleşme tarihli 500.-YTL para cezası bulunmaktadır.

Avukatlık Yasası’nın 136/son maddesine göre; bir defa işten çıkarılan avukat, beş yıllık dönem içinde bu yasanın altıncı kısmındaki kurallara aykırı davranışta bulunursa meslekten çıkarılır. Ancak Ankara

Barosu Disiplin Kurulu kararına karşı sadece şikayetli tarafından itiraz edildiğinden aleyhe bozma yasağı nedeni ile Avukatlık Yasası'nın 136/son maddesinin uygulanması mümkün değildir.

Bu nedenlerle, Adalet Bakanlığı'nın onaylamamaya ilişkin yazısındaki gerekçe kabul edilmemiş, Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun "Üç ay süre ile işten çıkarma" cezası verilmesine ilişkin kararında hukuki isabetsizlik bulunmadığından kararın onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, Adalet Bakanlığı'nın onaylamamaya ilişkin yazısındaki gerekçenin kabul edilmemesine, şikayetlinin itirazlarının reddi ile Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun "3 Ay Süre ile İşten Çıkarma" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına, Avukatlık Yasası'nın 157. maddenin 6. fıkrası uyarınca sonucun Adalet Bakanlığı'na bildirilmesine, oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Önceki kurul kararına yazdığım muhalefet şerhini tekrar ederek ve Adalet Bakanlığı'nın görüşü doğrultusunda şikayetli hakkında "Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığı" görüşüyle sayın çoğunluğun kararına muhalifim.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin iki aylık hazırlık sürecinde, Resmi Gazete'de yayımlanmış bulunan yasalar, tüzükler ve yönetmelikler, Resmi Gazete yayımlanma tarih ve numarası ile yayımlanmaktadır. Bunlardan yargı ile ilgili olanlarla, meslektaşlarımız için hemen gerekli olabileceğini düşündüklerimizin tam metinlerine **Ekler** bölümünde yer verilmektedir.

YASALAR

RG 24 Haziran 2008/26916

- 5768 Askerlik Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5769 Askerlik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5770 Çavuş ve Uzman Çavuş Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5771 Harp Akademileri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 26 Haziran 2008/26918

- 5767 Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu ile Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 28 Haziran 2008/26920

- 5772 Yükseköğretim Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5773 Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 04 Temmuz 2008/26926

- 5775 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Ukrayna Bakanlar Kurulu arasında Demiryolu Taşımacılığı Alanında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- 5776 Türkiye Cumhuriyeti Jandarma Genel Komutanlığı ile Ukrayna İçişleri Bakanlığı İç Birlikler Ana Departmanı Arasında Güvenlik Alanında Personel Eğitimi ve Öğretimi İşbirliği Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5777 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Ukrayna Bakanlar Kurulu Arasında Savunma Sanayi İş Birliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5778 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Ukrayna Bakanlar Kurulu Arasında Kişilerin Geri Kabulüne İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 09 Temmuz 2008/26931

- 5774 Başarılı Sporculara Aylık Bağlanması ile Devlet Sporcusu Unvanı Verilmesi Hakkında Kanun
- 5780 Türkiye Atom Enerjisi Kurumu ile Ukrayna Devlet Nükleer Düzenleme Komitesi Arasında Nükleer Düzenleme Konularında Teknik İşbirliği ve Bilgi Değişimi Mutabakat Zaptının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5781 Avrupa Yatırım Bankasının Türkiye’de Temsilcilikler Açmasına Dair Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Avrupa Yatırım Bankası Arasındaki Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 15 Temmuz 2008/26937

- 5779 İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun
- 5782 Tapu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5783 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Çin Halk Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Hayvan Sağlığı ve Karantina Konusunda İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 23 Temmuz 2008/26945

- 5785 Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

5787 Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 26 Temmuz 2008/26948

5784 Elektrik Piyasası Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

5786 Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

5789 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Sağlık Alanında İşbirliğine İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 29 Temmuz 2008/26951

5788 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Bahreyn Krallığı Hükümeti Arasında Askeri İş Birliğine Dair Çerçeve Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Hakkında Kanun

5790 Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun ve Limanlar Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

5792 Türkiye Cumhuriyeti ile Gürcistan Arasındaki Serbest Ticaret Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 01 Ağustos 2008/26954

5795 Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 06 Ağustos 2008/26959

5791 Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun ile Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

5793 Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

5794 Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 13 Ağustos 2008/26966

- 5798 Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Kurulması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5800 Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5801 Atatürk Orman Çiftliği Müdürlüğü Kuruluş Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 14 Ağustos 2008/26967

- 5802 Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediye veya Hususi İdarelere Ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yolu ile Halli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

TÜZÜKLER

RG 06 Ağustos 2008/26959

- 2008/13946 Futbol Müsabakalarında Müşterek Bahisler Tüzüğü'nün Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tüzük

YÖNETMELİKLER

RG 17 Haziran 2008/26909

- 2008/13709 Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bitlis Eren Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
 - Hacettepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 18 Haziran 2008/26910

- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Sözleşmeli Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 19 Haziran 2008/26911

- Dicle Üniversitesi Yaz Dönemi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kilis 7 Aralık Üniversitesi Yaz Okulu Yönetmeliği

RG 20 Haziran 2008/26912

- Serbest Bölgeler Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri Personeli Eğitim Merkezleri Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Veteriner Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 21 Haziran 2008/26913

- Sigorta ve Reasürans ile Emeklilik Şirketlerinin İç Sistemlerine İlişkin Yönetmelik
- Sigorta ve Reasürans Brokerleri Yönetmeliği
- Emniyet Genel Müdürlüğü Yurtdışı Teşkilatına Sürekli Görevle Atanacak Personel Hakkında Yönetmelik
- İnönü Üniversitesi Zorunlu ve İsteğe Bağlı Yabancı Dil (İngilizce) Hazırlık Sınıfları Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 22 Haziran 2008/26914

- Sigorta İhtisas Komiteleri Yönetmeliği
- Sigorta Ekspertleri Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Ziraî Karantina Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Petrol Piyasasında Uygulanacak Teknik Kriterler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Petrol Piyasasında Ulusal Marker Uygulamasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Jeoloji Mühendisleri Odası Serbest Jeoloji Mühendislik ve Müşavirlik Hizmetleri Uygulama, Büro Tescil ve Mesleki Denetim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dicle Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 23 Haziran 2008/26915

- Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu ve İş Konseyleri Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

RG 24 Haziran 2008/26916

- Marmara Üniversitesi Nanoteknoloji ve Biyomalzemeler Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 27 Haziran 2008/26919

- Odalar, Borsalar ve Birlik Bütçelerinden Ayrılan Payın Kullanılmasına İlişkin Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- İç Ticaret Hizmetlerini Geliştirme Payının Kullanılması Hakkında Yönetmelik
- Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Ziraat Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 28 Haziran 2008/26920

- Türkiye Motorlu Taşıt Bürosunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gazi Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 29 Haziran 2008/26921

- Özürlüler İdaresi Başkanlığı Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İçişleri Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İçişleri Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Endüstri Tesislerinden Kaynaklanan Hava Kirliliğinin Kontrolü Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sporcu Lisans, Tescil, Vize ve Transfer Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Adnan Menderes Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- İzmir Yüksek Teknoloji Enstitüsü Yabancı Diller Bölümü Hazırlık Sınıfı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 30 Haziran 2008/26922

- Harran Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Kocaeli Üniversitesi Önlisans-Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kocaeli Üniversitesi Çift Anadal Programı (ÇAP) Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 01 Temmuz 2008/26923

- Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliğinin Çalışma Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik
- İcra Müdür ve Yardımcılarının Sınav, Mülakat, Atama ve Nakil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Beşeri Tıbbi Ürünler Ambalaj ve Etiketleme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 02 Temmuz 2008/26924

- Doğal Gaz Piyasası Sertifika Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dicle Üniversitesi Yaz Dönemi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Rize Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 03 Temmuz 2008/26925

- Anadolu Üniversitesi Yaz Okulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 04 Temmuz 2008/26926

- Kılavuz Kaptanların Yeterlikleri, Eğitimleri, Belgelendirilmeleri ve Çalışma Usulleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Namık Kemal Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 05 Temmuz 2008/26927

- Dış Proje Kredilerinin Dış Borç Kaydı, Bütçeleştirilmesi ve Muhasebeleştirilmesine İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Dış Proje Kredilerinin Dış Borç Kaydına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik
- Kamu İdarelerince Hazırlanacak Performans Programları Hakkında Yönetmelik
- Atık Yönetimi Genel Esaslarına İlişkin Yönetmelik

RG 06 Temmuz 2008/26928

- Elektrik İşleri Etüt İdaresi Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Elektrik İşleri Etüt İdaresi Genel Müdürlüğü Disiplin Amirleri Yönetmeliği

RG 07 Temmuz 2008/26929

- Dışişleri Bakanlığı Sürekli Merkez Hizmeti Gören Personelin Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

RG 09 Temmuz 2008/26931

- Sigorta ve Reasürans ile Emeklilik Şirketlerinin Mali Bünyelerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gümrük Muhafaza Görev Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gemiadamları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Vadeli İşlem ve Opsiyon Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Telekom Personeli Biriktirme ve Yardım Sandığı Genel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Ahi Evran Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği
- Trakya Üniversitesi Yaz Okulu Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 10 Temmuz 2008/26932

2008/13763 İlköğretim ve Ortaöğretim Kurumlarında Parasız Yatılılık, Burs ve Sosyal Yardımlar Yönetmeliği

2008/13801 Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Abant İzzet Baysal Üniversitesi Dil Eğitimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Düzce Üniversitesi Önlisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Düzce Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Ege Üniversitesi Öğretim Elemanlarının Teknoloji Geliştirme Bölgelerinde Görevlendirilme ve Şirket Kurabilmelerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Teknik Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 11 Temmuz 2008/26933

- Pamukkale Üniversitesi Önlisans, Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 12 Temmuz 2008/26934

- Sigorta ve Reasürans ile Emeklilik Şirketlerinde Bağımsız Denetim Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Sigortacılık Bağımsız Denetim İlkelerine İlişkin Yönetmelik
- İhracat Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 13 Temmuz 2008/26935

- Akdeniz Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Akdeniz Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 14 Temmuz 2008/26936

- Amasya Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kocaeli Üniversitesi Plastik Malzemeler Araştırma ve Uygulama Merkezi (PLASMAM) Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 15 Temmuz 2008/26937

- 2008/13838 Kamu Görevlerine İlk Defa Atanacaklar İçin Yapılacak Sınavlar Hakkında Genel Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İller Bankası Kanunu Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 16 Temmuz 2008/26938

- 2008/13831 Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- 2008/13846 Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- 2008/13858 Kamu İhale Kurumunun Teşkilatı ile Kurum Personelinin Mali ve Sosyal Hakları, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 17 Temmuz 2008/26939

- Sürücü Adayları ve Sürücülerde Aranacak Sağlık Şartları ile Muayenelerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- İşçi Ücretlerinden Ceza Olarak Kesilen Paraları Kullanmaya Yetkili Kurulun Teşekkülü ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği

RG 18 Temmuz 2008/26940

- Karayolları Trafik Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*
- Yurtdışı İşçi Hizmetleri Uzman Yardımcılığı ve Uzmanlığı Atama, Görev ve Çalışma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Afyon Kocatepe Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 19 Temmuz 2008/26941

- Dernek, Vakıf, Sandık ve Diğer Kuruluşlardan Bireysel Emeklilik Sistemine ve Yıllık Gelir Sigortasına Aktarım Hakkında Yönetmelik
- Özürlüler Veri Tabanı Oluşturulmasına ve Özürlülere Kimlik Kartı Verilmesine Dair Yönetmelik

RG 20 Temmuz 2008/26942

- Elektronik Haberleşme Güvenliği Yönetmeliği

RG 21 Temmuz 2008/26943

- Sayıştay Denetçi ve Raportörlerinin Denetim ve Çalışma Usulleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 23 Temmuz 2008/26945

- Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

* Bkz. Ekler.

- Özel Hastaneler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 24 Temmuz 2008/26946

- Sahil Güvenlik Komutanlığında Görevli Devlet Memurları Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Motorlu Taşıtlar ve Römorklarının Kaplanmış Havalı (Pnömatik) Lastikleri İmalatının Uygulaması ile İlgili Yönetmelik
- Ankara Elektrik, Havagazı ve Otobüs İşletmesi Müessesesi Genel Müdürlüğü Çalışanlar Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Ankara Elektrik, Havagazı ve Otobüs İşletmesi Müessesesi Genel Müdürlüğü-Kuruluş-Görev ve Çalışma Esaslarına İlişkin Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Çankırı Karatekin Üniversitesi Yaz Dönemi Eğitim-Öğretim Yönetmeliği

RG 25 Temmuz 2008/26947

- Avukatlık Mesleğinden Adli Yargı Hâkim ve Savcı Adaylığı ile İdarî Yargı Hâkim Adaylığına Atananların Meslek Öncesi Eğitimlerinin Yapıtılmasına Dair Yönetmelik
- Karayolları Genel Müdürlüğü Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Aksaray Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Karabük Üniversitesi Hazırlık Eğitimi Yönetmeliği
- Karabük Üniversitesi Önlisans, Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 26 Temmuz 2008/26948

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği İnşaat Mühendisleri Odası Serbest İnşaat Mühendisliği Hizmetleri Uygulama, Tescil, Denetim ve Belgelendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 27 Temmuz 2008/26949

- Pamukkale Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 28 Temmuz 2008/26950

- Mersin Üniversitesi Ortak Zorunlu Yabancı Dil ve Yabancı Dil Hazırlık Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- Mersin Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karabük Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Pamukkale Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Ön Lisans ve Lisans Yabancı Dil Hazırlık Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 29 Temmuz 2008/26951

- Seferberlik ve Savaş Halinde Uygulanacak İnsan Gücü Planlaması Esasları Hakkında Yönetmelik

RG 30 Temmuz 2008/26952

2008/13863 Spor Hizmet ve Faaliyetlerinde Üstün Başarı Gösterenlerin Ödüllendirilmesi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Gülhane Askerî Tıp Akademisi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Atık Yağların Kontrolü Yönetmeliği
- Balıkesir Üniversitesi Uluslararası İlişkiler Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Rize Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Öğretim Elemanlarının Teknoloji Geliştirme Bölgelerinde Görevlendirilme ve Şirket Kurabilmelerine İlişkin Yönetmelik

RG 31 Temmuz 2008/26953

- Araştırma ve Geliştirme Faaliyetlerinin Desteklenmesine İlişkin Uygulama ve Denetim Yönetmeliği
- Öğretim Üyesi Dışındaki Öğretim Elemanı Kadrolarına Naklen veya Açıkta Yapılacak Atamalarda Uygulanacak Merkezi Sınav ile Giriş Sınavlarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Mersin Üniversitesi Devlet Konservatuvarı Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Kırkpınar ve Değerleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 01 Ağustos 2008/26954

- 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşları ile Özürlü ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Denizcilik Müsteşarlığı Tarafından Gerçekleştirilecek Piyasa Gözetimi ve Denetimine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gemi ve Deniz Araçlarının İnşa, Tadilat, Bakım,Onarım ve Söküm İşlemlerinde Gazdan Arındırma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Milli Prodüktivite Merkezi Organlar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Milli Prodüktivite Merkezi Uzman Yardımcılığı ve Verimlilik Uzmanlığı Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği
- Orta Doğu Teknik Üniversitesi Konfüçyus Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 02 Ağustos 2008/26955

- Diyanet İşleri Başkanlığı Hafızlık Tespit Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Silahlı Kuvvetleri Hasta Besleme Yönetmeliği
- Türkiye Adalet Akademisi Uzmanlık Programı Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Harran Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 04 Ağustos 2008/26957

- Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Rize Üniversitesi Zorunlu Yabancı Dil Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Siirt Üniversitesi Siirt ve Yöresi El Sanatları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 05 Ağustos 2008/26958

- Bankaların İzne Tabi İşlemleri ile Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş.Genel Müdürlüğü (TEDAŞ) İhtiyaç Fazlası ve İhtiyaç Dışı Malzemeler Değerlendirme ve Satış Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Kastamonu Üniversitesi Sürekli Eğitim Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 06 Ağustos 2008/26959

- Sosyal Güvenlik Kurumu Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Sosyal Güvenlik Kurumu Disiplin Amirleri Yönetmeliği

RG 07 Ağustos 2008/26960

- Ölçü Aletleri Yönetmeliği (2004/22/AT)
- Özel Huzurevleri ile Huzurevi Yaşlı Bakım Merkezleri Yönetmeliği
- Yaşlı Hizmet Merkezlerinde Sunulacak Gündüzlü Bakım ile Evde Bakım Hizmetleri Hakkında Yönetmelik

RG 08 Ağustos 2008/26961

- Millî Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Yöneticileri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Tahvil ve Bono Piyasası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kocaeli Üniversitesi Dış Hekimliği Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Trakya Üniversitesi Meslek Yüksekokulları Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 09 Ağustos 2008/26962

- Sigorta Bilgi Merkezi Yönetmeliği

RG 10 Ağustos 2008/26963

- Tersane, Tekne İmal ve Çekek Yerlerine İşletme İzni Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 11 Ağustos 2008/26964

- Hacettepe Üniversitesi Afet Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Hacettepe Üniversitesi Doğal Afetler Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Hacettepe Üniversitesi Biyolojik Çeşitlilik Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Kastamonu Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 12 Ağustos 2008/26965

- Devlet Mezarlığı Tesisi, Yönetimi, Bakım ve Onarımı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Doğal Gaz Piyasası Tarifeler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 13 Ağustos 2008/26966

- Ahilik Haftası Kutlamaları Yönetmeliği
- Kültür Bakanlığı Ahilik Kültürü Haftası Kutlama Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Düzce Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 14 Ağustos 2008/26967

- Akdeniz Üniversitesi Eğitim ve Öğretimde Mükemmellik Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Akdeniz Üniversitesi Kadın Çalışmaları ve Toplumsal Cinsiyet Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Marmara Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 15 Ağustos 2008/26968

- Sağlık Bakanlığı Yayın Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Çevre ve Orman Bakanlığı Personelinin Yer Değiştirme Suretiyle Atamalarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çevre ve Orman Bakanlığı Taşra Teşkilatının Görevleri, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye İş Kurumu Hizmetlerinin Elektronik Ortamda Yürütülmesi Hakkında Yönetmelik
- Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığı Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Elektrik Piyasası İthalat ve İhracat Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Doğal Gaz Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Balıkesir Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ'nin

Ekler bölümü, elimizin altında bulunmasını istediğimiz, ancak gözümüzün önünde bulunmasını istemediğimiz önemli bilgileri, metinleri bünyesinde saklayacaktır. Dergi'nin okunmasını zorlaştıracak, ancak kimilerinin ayrıntılarına önem verdiği uzun metinlere, yasalara, tüzük ve yönetmeliklere burada yer verilecektir.

Biz bu bölüme kendi aramızda, eski evlerin vazgeçilmez temiz, düzenli, ancak göz önünde bulunmayan bölümünden esinlenerek "**Kiler**" diyoruz.

Büyük ihtiyaçlara cevap verecek bölümün geleceği de sizlerin öneri ve dilekleriyle şekillenecektir.

YÖNETMELİKLER

KARAYOLLARI TRAFİK YÖNETMELİĞİNDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR YÖNETMELİK

MADDE 1 – 18/7/1997 tarihli ve 23053 mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Karayolları Trafik Yönetmeliğinin 29 uncu maddesinin birinci fıkrasının (B) bendinin (c) alt bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"c) Bu araçların tescilini yapan tescil kuruluşları, tescil işlemini takip eden onbeş iş günü içerisinde, Gümrük Trafik Şahadetnamesini tanzim eden gümrük idaresine ve ilgili vergi dairesine yazılı olarak veya elektronik ortamda tescilin yapıldığına dair bilgi verir."

MADDE 2 – Aynı Yönetmeliğin 30 uncu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"**MADDE 30** – Tescil işlemlerinin yapılmasında aşağıdaki usul ve esaslar uygulanır;

a) Araçların tescilleri, araç sahipleri veya kanuni vekillerinin veya kamu ku-

rum ve kuruluşları ile tüzel kişiliklerce yetkilendirilen kişilerin ibrazı zorunlu belgelerle birlikte trafik tescil şube veya bürolarına müracaat etmeleri suretiyle yapılır.

b) Bu Yönetmeliğin ekinde yer alan (Ek: 3)'teki "Araç Tescil Belgesi"nin "(Y.5) Onaylayan" bölümü, belgeyi kontrol eden ve onaylayan görevli tarafından sicil numarası yazılmak suretiyle imzalanır ve belge araç sahibine veya kanuni vekiline veya kamu kurum ve kuruluşları ile tüzel kişiliklerce yetkilendirilen kişiye verilir. Belgede yer alan bütün bilgiler silinti ve kazıntı olmaksızın bilgisayar ortamında doldurulur. Düzenleme sırasında herhangi bir nedenle iptali gereken belgeler, iptal gerekçesi ve seri numarası belirtilerek bir tutanakla tespit edilir ve muhasebe birimlerine teslim edilir.

c) İlk defa tescili yapılan her araca bir tescil plakası tahsis edilir. Satış, devir veya diğer işlemlerde plaka numarası değiştirilmez, daha önce düzenlenerek bir önceki araç sahibine verilmiş olan motorlu araç trafik belgesi ile tescil plakaları yeni sahibine devredilir. Can ve mal güvenliğinin gerekli kıldığı hallerde mülki amirin talebi ve İçişleri Bakanının onayı ile tescil plaka numarası değiştirilebilir.

Diplomatik ve konsüler muafiyeti bulunan kişilere ait araçlar ile çeşitli nedenlerle ülkemizde bulunan yabancı kişilere ait araçların vatandaşlarımıza satış ve devir yapılması, ayrıca Ulaşım Koordinasyon Merkezleri ve İl veya İlçe Trafik Komisyonları karar alınmak suretiyle belirlenen harf gruplarının tahsis edildiği tescil plakası ile ticari amaçla çalışan araçların kullanım amacının değişmesi halinde, bu araçlara varsa eski tescil plaka numarası yoksa bu Yönetmeliğin 56/b ve 57/a maddeleri hükümleri doğrultusunda tescil plaka numarası tahsis edilir. Buna dair esas ve usuller Emniyet Genel Müdürlüğünce belirlenir.

c) Emniyet Genel Müdürlüğünce araçlara ait bilgiler, manyetik veya elektronik ortamda Milli Savunma Bakanlığı Seferberlik Dairesi Başkanlığına gönderilir.

d) Tescili yapılarak bu Yönetmeliğin ekinde yer alan (Ek: 4)'teki trafik belgesi verilen ve müracaat formu bilgisi Milli Savunma Bakanlığı Seferberlik Dairesi Başkanlığına gönderilen araçlardan, Türk Silahlı Kuvvetlerinin ihtiyacına elverişli olanlara sefer görev emri verilir. Sefer görev emri verilen araçlara Türk Silahlı Kuvvetleri Motorlu Kara Nakil Araçları Sefer Görev Emri (ARAÇ SEF. 3) (Ek: 5) 4 suret olarak Milli Savunma Bakanlığınca tanzim edilir. Milli Müdafaa Mükellefiyeti Komisyon kararı alınmak ve araç sahiplerine tebliğ edilmek üzere mülki makamlara gönderilir. Mülki idare makamlarınca da sefer görev emirleri araç sahiplerine tebliğ edilmek üzere trafik tescil şube ve bürolarına gönderilir. Sefer görev emirleri için 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu ile 24/5/1990 tarihli ve 90/500 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan Seferberlik ve Savaş Hali Tüzüğü ve ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre işlem yapılır.

e) Sefer görev emirlerine tabi araçlara, trafik tescil şube veya bürolarınca yapılacak işlemler bu Yönetmeliğin ekinde yer alan (Ek: 5)'teki talimata göre yapılır.

f) Tescili yapılan araçlar ve sahiplerine ilişkin bilgiler ile sonradan araç üzerinde yapılan her türlü işlem ve değişiklikler trafik tescil kuruluşlarıncı derhal bilgisayar ortamına aktarılır. Ayrıca, yapılan işlem ve değişikliğe dair bilgi ve belgelerden Emniyet Genel Müdürlüğünce gerekli görülenler tescil dosyasına konulmak üzere aracın kaydının bulunduğu tescil kuruluşuna posta veya elektronik ortamda gönderilir.

g) Tescil edilen araçlara ve sahiplerine ilişkin bilgiler ile sonradan araç üzerinde yapılan her türlü işlem ve değişiklikler, en geç onbeş iş günü içinde ilgili vergi dairesine yazılı olarak veya elektronik ortamda bildirilir.

ğ) Tescil plakalarında, işlemi yapan tescil kuruluşu ile plaka basım işlemini gerçekleştiren kuruluşun mühürleri bulunur.

h) Aracın geçerli zorunlu mali sorumluluk sigortasının bulunması zorunludur.

ı) Gerçek kişiler adına yapılacak araç tescillerinde Merkezi Nüfus İdaresi Sistemi'ndeki adres kayıtları esas alınır.

i) Tüzel kişiler veya yabancılar adına yapılacak araç tescillerinde istenilecek bilgi ve belgeler ile diğer hususlar Emniyet Genel Müdürlüğünce belirlenir.

j) Ambulans ve acil sağlık araçlarının tescillerinde il sağlık müdürlüğünün ambulans/acil sağlık aracı uygunluk yazısının ibraz edilmesi zorunludur.

k) Ülkemizde belirli bir süre kullanıldıktan sonra tekrar yurt dışına çıkarılmak üzere geçici ithal yoluyla getirilenler hariç olmak üzere, direksiyonu sağda olan araçların tescili yapılmaz.

Araçlar üzerinde meydana gelebilecek teknik veya hukuki değişikliklerin aracın tescil kaydı üzerine ilgili kurum veya kuruluşlar tarafından elektronik ortamda doğrudan işlenebilmesi için bu kurum veya kuruluşlara Emniyet Genel Müdürlüğünce yetki verilebilir.”

MADDE 3 – Aynı Yönetmeliğin 31 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 31** – İlk defa tescili yapılacak araçların tescil işlemi, sahiplerinin ikametlerinin bulunduğu yerdeki trafik tescil şube veya bürosunda yapılır. Ancak, büyükşehir belediye sınırları içerisinde ikameti bulunanlar, araçlarını büyükşehir sınırları içerisindeki herhangi bir trafik tescil kuruluşunda tescil ettirebilirler. Kamu kurum ve kuruluşlarınca finansal kiralama yoluyla kiralanmış ve ilk defa tescili yapılacak araçlar, kiracının bulunduğu yerin tescil kuruluşunda da tescil ettirilebilir.

Araçların ilk tescilleri, araç sahipleri veya kanuni vekillerince veya kamu kurum ve kuruluşları ile tüzel kişiliklerce yetkilendirilen kişilerce ibrazı mecburi belgeleri göstererek üzerindeki bilgiler tam, okunaklı, örneğine uygun olarak doldurulmuş, bu Yönetmeliğin ekinde yer alan (Ek: 1)’deki “Araç Trafik Tescil Müracaat ve İşlem Formu”nun trafik tescil şube veya bürolarında yetkili memurun önünde imzalanması suretiyle yapılır.

Müracaat sırasında sahiplik belgesi, uygunluk belgesi, zorunlu mali sorumluluk sigortası poliçesi ile özel tüketim vergisi ödeme belgesinin aslının ibraz edilmesi zorunludur. Ancak, bu belgelere ait bilgilerin trafik tescil kuruluşlarınca, ilgili kurum veya kuruluşlardan elektronik ortamda alınabilmesi halinde, ibraz zorunluluğu aranmaz.

Araç sahibince beyan edilen bilgiler-

den araca ait olanlar ibraz edilen belgelerle, kişiye ait olanlar ise nüfus hüviyet cüzdanı ile Merkezi Nüfus İdaresi Sistemi kayıtlarından karşılaştırılarak yetkili memurca tasdik edilir.

İbraz edilen araca ait belgelere “.... plakaya tescil yapılmıştır” kaşesi vurulur ve bu belgeler muhafaza edilmek üzere araç sahibine iade edilir.

Üzerinde teknik değişiklik yapılmış veya yaşı itibarıyla bu Yönetmeliğin 67 nci maddesinde belirtilen ilk muayene süresini geçirmiş araçların muayenesinin yaptırılması zorunludur.

Araca ve tesciline dair bilgiler Emniyet Genel Müdürlüğünce elektronik ortamda tutulur. Ayrıca, tescile dair müracaat formu (Ek: 1) ve gerekli diğer belgelerin saklanacağı dosya oluşturularak, tescil plaka numarasına göre arşivlenir.”

MADDE 4 – Aynı Yönetmeliğin 32 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 32** – Tescil belgesi, aracın teknik özelliklerini, kayıtlı olduğu trafik tescil kuruluşunu ve sahibine ilişkin bilgileri ihtiva eden ve trafik tescil şube veya büroları tarafından düzenlenen belgedir.

Aracın başkasına satışı veya devri, hurdaya çıkarılması, üzerinde teknik değişiklik yapılması ve kullanım amacının değişmesi hallerinde aşağıdaki hükümler saklı kalmak üzere tescil belgesi geçersiz sayılır.

a) Üzerinde renk ve teknik değişiklik yapılan veya kullanım amacı değiştirilen araçlara ait tescil belgeleri, sahiplerinin gerekli uygunluğu sağlamaları bakımından Karayolları Trafik Kanununun 32 nci maddesinin birinci fıkrası gereğince 30 gün süre ile geçerliliğini korur.

b) Hurdaya çıkarılan araçların “hurdaya çıkarılmıştır” şerhi konularak sahipleri-

ne verilen tescil belgeleri, araçların hurda olarak satışlarında sahiplik belgesi olarak kullanılır.”

MADDE 5 – Aynı Yönetmeliğin 36 ncı maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 36** – Resmi araçların satış ve devirleri ait oldukları kurum veya kuruluşun tabi oldukları mevzuata göre; diğer araçların her çeşit satış ve devirleri, araç sahibi adına düzenlenmiş tescil belgesi esas alınarak, trafik tescil şube veya bürolarındaki ilgili memurlar tarafından siciline işlenmek suretiyle yapılır. Trafik tescil şube veya büroları dışında yapılan her türlü satış ve devirler geçersizdir.

Motorlu taşıtlar vergisi ile bu vergiye ilişkin gecikme zammı, gecikme faizi, vergi cezası, trafik idari para cezası, geçiş ücreti ve idari para cezası borcu olan veya üzerinde haciz, rehin, tedbir gibi satışa engel durumu olan araçların satış ve devir işlemi yapılmaz.

Satış ve devir işlemlerinin yapılmasında aşağıdaki usul ve esaslar uygulanır;

a) Araçların satış ve devirleri, satıcı ve alıcı veya kanuni vekillerinin veya kamu kurum ve kuruluşları ile tüzel kişiliklerce yetkilendirilen kişilerin araca ait tescil belgesi ve nüfus cüzdanı ile birlikte trafik tescil şube veya bürolarına müracaat etmeleri suretiyle yapılır. Tescil belgesindeki araca ait bilgiler bilgisayar kayıtlarından, satıcı ve alıcı ile varsa vekillere ait bilgiler Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nün Kimlik Paylaşım Sisteminden kontrol edilir. Belgeler ile kayıtlar arasında farklılık görülmesi halinde, gerekli inceleme ve araştırma yapılarak sonucuna göre hareket edilir. Tüzel kişilere ve yabancılara ait bilgi ve belgeler ile diğer hususlar Emniyet Genel Müdürlüğü'nce belirlenir.

b) Bu Yönetmeliğin ekinde yer alan ve elektronik ortamda oluşturularak tanzim edilen (Ek: 42 A ve B)'deki “Araç Alım Satım Belgesi” satıcı ve alıcı veya kanuni vekilleri veya kamu kurum ve kuruluşları ile tüzel kişiliklerce yetkilendirilen kişiler tarafından imzalanır ve satış işlemi yapan görevli tarafından onaylandıktan sonra taraflara birer sureti verilir, bir sureti de satış işlemi gerçekleştiren trafik tescil kuruluşunca saklanır. Satış ve devir işlemi tescil kaydının bulunduğu trafik tescil kuruluşu dışında başka bir trafik tescil kuruluşunca yapılmış ise, belgenin bir sureti tescil kaydının bulunduğu trafik tescil kuruluşuna gönderilir.

c) Satış ve devir işlemi sonunda önceki tescil belgesi iptal edilerek, araç alım satım belgesi ile birlikte işlemi yapan trafik tescil kuruluşunca saklanır.

Tescil edilmediğinden tescil belgesi bulunmayan araçların satın alma veya gümrükten çekme tarihinden itibaren üç ay içinde satış ve devirleri, sahiplik belgeleri esas alınarak noterlerce yapılır. Satış işlemi ve tarihi sahiplik belgesine işlenerek tasdik edilir. Bu satışlar hakkında trafik tescil kuruluşuna bilgi verilmez.”

MADDE 6 – Aynı Yönetmeliğin 37 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 37** – Tescilli araçların alıcı adına tescil işlemi, aracın satış ve devir işleminin gerçekleştirildiği trafik tescil şube veya bürosunca satış işlemi ile aynı anda yapılır. Aracın satış ve devrini gerçekleştiren trafik tescil şube veya bürosunca;

a) (Ek: 43 A ve B)'deki “Araç Tescil İşlem Formu”, elektronik ortamda düzenlenerek, alıcı veya kanuni vekili veya kamu kurum ve kuruluşları ile tüzel kişiliklerce yetkilendirilen kişi tarafından yetkili tescil memurunun önünde imzalanır

ekler

ve tescil işlemini yapan görevli tarafından onaylanır ve saklanır.

b) Tescil işlemi aracın elektronik ortamdaki tescil kayıtlarına işlenerek, alıcı adına tescilli gerçekleştirilir.

c) Aracın alıcı adına tesciline ilişkin bilgiler, aracın kayıtlı olduğu trafik tescil şube veya bürolarına elektronik ortamda gönderilir.

Haciz, müsadere, zapt, buluntu, trafikten men gibi nedenlerle; icra müdürlükleri, vergi dairesi müdürlükleri, milli emlak müdürlükleri ile diğer yetkili kamu kurum ve kuruluşları tarafından satışı yapılan araçların satış tutanağının bir örneği aracın kayıtlı olduğu trafik tescil şube veya bürolarına üç iş günü içerisinde gönderilir.

Tescilli araçları; trafik tescil şube veya büroları haricindeki kamu kurum veya kuruluşlarınca düzenlenen satış belgesi veya haciz, müsadere, zapt, buluntu, trafikten men gibi nedenlerle; icra müdürlükleri, vergi dairesi müdürlükleri, milli emlak müdürlükleri ile diğer yetkili kamu kurum veya kuruluşlarınca yapılan araç satışlarına ilişkin düzenlenen satış belgesi ile satın alanların, gerekli bilgi ve belgeleri sağlayarak trafik tescil şube veya bürolarından bir ay içerisinde adlarına tescil belgesi almaları zorunlu olup, alıcıların bir ay içerisinde tescil belgesi almamaları halinde, aracın tescil kaydının bulunduğu trafik tescil kuruluşu tarafından satış tarihi itibarıyla alıcısı adına resen tescil işlemi yapılır.

1/8/2008 tarihinden önce noter satış sözleşmesi ile satılan, ancak alıcısı tarafından bir ay içerisinde tescil belgesi alınmayan aracın tescil kaydının bulunduğu trafik tescil kuruluşu tarafından, satıcının müracaatı üzerine satış tarihi itibarıyla alıcısı adına resen tescil işlemi yapılır.

Varsa araca ait sefer görev emri pusulası yeni sahibine tebliğ edilir.

İlk iktisabında özel tüketim vergisi istisnası uygulanmış olan araçların ilk iktisap tarihinden itibaren beş yıl içinde (veraset yoluyla intikaller hariç) istisnadan yararlananlar dışındakilerce iktisabı halinde veya ilk iktisabı yapılan araçların ilk iktisap tarihinden itibaren beş yıl içinde 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun 15 inci maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi kapsamındaki araçlara dönüştürülmesi durumunda, vergi dairesince düzenlenen Özel Tüketim Vergisi Ödeme Belgesi ibraz edilir.

Aracın muayene süresi dolmamış ise tekrar muayenesi istenmez. Ancak, araç üzerinde teknik değişiklik yapılmış ise, bu değişikliğe ait belgelerin ibrazı ve aracın muayenesinin yeniden yaptırılması zorunludur.”

MADDE 7 – Aynı Yönetmeliğin 39 uncu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 39 – Araçlar;

a) Sahiplerinin veya kanuni vekillerinin veya tüzel kişiliklerce yetkilendirilen kişilerin dilekçesi üzerine,

b) Eskime veya yıpranma nedeni ile trafik emniyeti bakımından tehlikeli olduklarının tespiti halinde, muayene istasyonlarının talebi üzerine,

ilgili vergi dairesinden borcunun bulunmadığına dair ilişik kesme belgesinin ibrazı ve kayıtlarında haciz, rehin, tedbir gibi şerhler bulunmaması halinde muayene tabi tutulmadan hurdaya çıkarılır.

Tescil belgesine “hurdaya çıkarılmıştır” şerhi konularak tescil belgesi sahiplerine geri verilir, motorlu araç trafik belgesi ile tescil plakaları geri alınarak iptal edilir.

Hurdaya ayrılmış olan taşıtlar, onarımla yenilenseler bile tescil edilemezler. Ancak, kullanılabilir durumdaki motoru ve diğer parçaları, başka araçlarda kullanılabilir. Bunlardan gerekli görülenler aracın kayıtlarına işlenir. Bu araçların tescile esas müracaat formuna ve bilgisayar kayıtlarına hurdaya çıkarıldıklarına dair gerekli kayıt düşülür ve tescil dosyaları iki yıl sonra imha edilir. Tescil plakaları bu sürenin sonunda başka araçlara tahsis edilebilir.

Hurdaya ayırma işlemleri herhangi bir trafik tescil şube veya bürosunda yaptırılabilir.

Hurdaya ayrılan taşıtlarla ilgili bilgiler trafik tescil şube veya bürolarınca elektronik ortama aktarılır ve durum yazılı olarak ilgili vergi dairesine veya elektronik ortamda Gelir İdaresi Başkanlığına bildirilir.

Bir araca ait tescil bilgilerinin, çalıntı bir araç üzerinde kullanıldığının tespiti üzerine çalınan aracın hak sahibine iade edilmesi ve tescil bilgileri kullanılan bu aracın fiziki olarak bir kısmının veya tamamının bulunamaması halinde, sahiplerinin olayı belgeleyen ilgili zabıta veya adli makamlardan alınmış belge ile müracaatı üzerine, bilgileri kullanılan bu araç durumunun tespit tarihi itibarıyla hurdaya çıkarılır. Ancak, ilgili vergi dairesinden alınmış hurdaya ayrılmasında sakınca bulunmadığına dair belgenin ibrazı ve araç kayıtlarında haciz, rehin, tedbir gibi şerhler bulunmaması zorunludur.”

MADDE 8 – Aynı Yönetmeliğin 40 ncı maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Hurdaya çıkarılan, satılan veya devredilen resmi taşıtlar

MADDE 40 – Ekonomik ömrünü doldurma ya da tahsis edildiği hizmet

konusunun kalmaması nedenleriyle, gerek kamu kurum veya kuruluşları gerekse Maliye Bakanlığınca satışı yapılacak olan resmi taşıtların satışı yapılmadan önce, taşıtın maliki olan kurum tarafından trafik tescil şube veya bürolarında trafikten çekme veya hurdaya ayırma işlemi yaptırılması zorunludur.

Trafikten çekme veya hurdaya ayırma işlemi için; 237 sayılı Taşıtlar Kanununun 13 üncü maddesi gereğince düzenlenen, taşıtın hizmet dışı bırakıldığını gösteren raporun eklendiği bir yazı ile trafik tescil şube veya bürolarına müracaat edilir.

Rapordaki kayıtlara ve talebe göre;

a) Tescil belgesine “hurdaya çıkarılmıştır” kaydı konular ve bu durum bilgisayar kayıtlarına işlenir. Hurdaya ayrılmış olan taşıtlar tamir edilmiş olsalar dahi yeniden tescil edilemezler.

b) Ekonomik ömrünü doldurduğundan ya da tahsis edildiği hizmet konusunun kalmamasından dolayı satışı öngörülen taşıtlar için trafikten çekme işlemi yapılır. Bu taşıtlar; muayenesi yaptırılmak ve tescil için gerekli diğer belgeler de istenilmek suretiyle, satış işlemi yapan kurum veya kuruluş tarafından düzenlenmiş olan satışa ilişkin belge esas alınarak, alıcısı adına tescil edilir. Trafikten çekilmiş taşıtları satın alanlar, bir ay içinde trafik tescil şube veya bürolarında adlarına tescil ettirmek zorundadırlar. Bu şekilde tescil edilen araçlara mevcut plaka numaralarının kullanılmasının mümkün olmadığı durumlarda yeni bir plaka numarası tahsis edilir.

c) Alıcıların bir ay içinde trafik tescil şube veya bürolarına müracaat etmemeleri halinde, aracın önceki maliki olan kurum veya kuruluşun müracaatı üzerine satış tarihi itibarıyla alıcısı adına mevcut plakası üzerinden resen tescil işlemi yapılır.”

MADDE 9 – Aynı Yönetmeliğin 41 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 41** – Araçlarını trafikten çekmek isteyenler hakkında aşağıdaki esas ve usuller uygulanır;

a) Trafikten çekme işlemi, araç sahibi veya kanuni vekilinin dilekçeyle müracaatı üzerine herhangi bir trafik tescil şube veya bürosunca yapılır.

b) Müracaat sırasında dilekçeye, motorlu taşıtlar vergisi ile bu vergiye ilişkin gecikme zammı, gecikme faizi, vergi cezası, trafik idari para cezası, geçiş ücreti ve idari para cezası borcu bulunmadığına dair belge ile tescil belgesi, motorlu araç trafik belgesi ve tescil plakaları eklenir. Motorlu taşıtlar vergisi ile bu vergiye ilişkin gecikme zammı, gecikme faizi, vergi cezası, trafik idari para cezası, geçiş ücreti ve idari para cezası borcu bulunmadığına dair bilginin, trafik tescil kuruluşlarınınca Gelir İdaresi Başkanlığından elektronik ortamda alınabilmesi halinde, belgenin ibraz zorunluluğu aranmaz.

c) Tescil belgesinin ilgili bölümüne “trafikten çekilerek tescili silinmiştir” kaydı konularak, tescil belgesi araç sahibine iade edilir.

ç) Motorlu araç trafik belgesi ve tescil plakası geri alınarak iptal edilir ve trafikten çekme işlemi tamamlanır.

d) Tescili yapılan araçların tescille birlikte aynı anda trafikten çekilmesi talebinde bulunulması halinde öncelikle tescil işlemi yapılır, ancak motorlu araç trafik belgesi düzenlenmez ve tescil plakası bastırılmaz. Varsa araca ait motorlu araç trafik belgesi ve tescil plakası geri alınarak iptal edilir. Tescil işlemini takiben bu madde hükümleri doğrultusunda trafikten çekme işlemi yapılır.

e) Trafikten çekme işlemi tamamlanan

aracın tescili silinir.

Trafikten çekilen araçlarını yeniden trafiğe çıkarmak isteyenler hakkında aşağıdaki esas ve usuller uygulanır;

a) Yeniden trafiğe çıkarma işlemi, araç sahibi veya kanuni vekilinin dilekçeyle müracaatı üzerine herhangi bir trafik tescil şube veya bürosunca yapılır.

b) Müracaat sırasında; tescil belgesi, geçerli zorunlu mali sorumluluk sigorta poliçesi, araç üzerinde değişiklik yapılmışsa, bu değişikliğe ait belgeler ile aracın muayenesinin yapıldığına dair belge ibraz edilir.

c) İbraz edilen araca ait bilgi ve belgelerin doğruluğu, yetkili memurca tetkik ve tasdik edilir.

ç) İşleme müteakip araca önceki plakası tahsis edilir ve motorlu araç trafik belgesi tanzim edilerek verilir.”

MADDE 10 – Aynı Yönetmeliğin 43 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 43** – Çalınan araçlar hakkında aşağıdaki işlemler yapılır;

a) Çalındığı tarihten itibaren bir ay geçmiş olması şartıyla araç sahibinin talebi üzerine herhangi bir trafik tescil şube veya bürosunca;

1) Savcılık veya mahalli zabıttan aldığı, çalınma olayına ait belgeyi eklediği dilekçesi alınır.

2) Tescil kaydı silinir, çalıntı tarihi itibarıyla tescil kaydının silindiği ilgili vergi dairesine işlemi müteakip en geç onbeş iş günü içerisinde bildirilir.

3) Bilgisayar kayıtlarına ve dosyasına “çalınmıştır” kaydı düşülür, aracın motorlu araç trafik belgesi araç sahibinden alınarak aracın tescil kaydının bulunduğu trafik tescil şube veya bürosuna ilgili belgelerle birlikte gönderilir, tescil belgesi araç

sahibine iade edilir. Araç sahibinin talebi halinde tescil belgesi üzerine işlem tarihi yazılarak “çalınmıştır” şerhi düşülür.

4) Araçla birlikte araca ait belgeler de çalınmışsa, isteği halinde araç sahibine aracın kayıtlarına çalınmıştır şerhi konulduğuna dair bir yazı verilir. Ayrıca, aracın tescil kaydının bulunduğu trafik tescil şube veya bürosuna durum yazı ile bildirilir.

b) Çalınan araçların bulunması halinde, araç sahibinin dilekçesi alınır, aracın bilgisayardaki tescil kaydı üzerinde gerekli düzeltme yapılır, durum ilgili vergi dairesine ve aracın tescil kaydının bulunduğu trafik tescil şube veya bürosuna bildirilir.”

MADDE 11 – Aynı Yönetmeliğin 44 üncü maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Çalınan, kaybedilen, kullanılamaz hale gelen, bilgileri değişen belge ve plakalar

MADDE 44 – Araçlara ait belgelerin ve tescil plakalarının kaybedilmeleri veya kullanılamaz duruma gelmeleri halinde aşağıdaki işlemler yapılır;

a) Sahiplik belgelerinin kaybedilmesi halinde, belgeyi veren kuruluşun bir yazı ile bildirdiği onaylı örnekleri kabul edilir. Gerek görülmesi halinde tescil işlemi durdurulmamak şartıyla, inceleme ve araştırma yapılabilir.

b) Kayıp, çalınma, yıpranma, eskime, rehin kaldırma veya çeşitli nedenlerle yenilenmesi gereken araç tescil ve motorlu araç trafik belgeleri ile tescil plakalarının yenilerinin verilmesi işlemleri, herhangi bir trafik tescil kuruluşunca yerine getirilebilir.

c) Motorlu araç trafik belgesinin yeniden düzenlenmesinin talebi halinde, muayene geçerlilik süresinin sona erme-

miş olduğunun anlaşılması durumunda yeniden muayeneye sevk edilmeksizin yenilenir.

ç) Her türlü tescil değişikliği veya tescile ait belgelerin mecburi hallerde yenilenmesi işlemlerinde öncelikle bilgisayar kayıtları esas alınır. Ancak, belgeler ile bilgisayar kayıtları arasında farklılık görülmesi halinde, gerekli inceleme ve araştırma yapılarak sonucuna göre hareket edilir.

Çalıntı veya kayıp tescil plakalarının bulunamaması halinde, zayıından yeniden düzenlenecek olan tescil plakasının elektronik denetleme sistemleriyle takibini veya kontrolünü kolaylaştıracak özel bir kit, işaret veya rumuz kullanılması ile diğer hususlar Emniyet Genel Müdürlüğüne belirlenir.”

MADDE 12 – Aynı Yönetmeliğin 61 inci maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Araç tanıtım numaraları

MADDE 61 – Tescile tabi araçlarda, tanıtımlarına yarayan şasi ve/veya motor seri numaralarının bulunması zorunludur.

Araçların şasi ve/veya motor seri numaralarının bulunmaması, düşmüş veya tamir, tadil gibi nedenlerle silinmiş veya tahrip edilmiş olması veya çalınan bir araca ait motor ve/veya şasi numarasının başka bir araca ait numaralar ile değiştirildiğinin ve şasi ve/veya motorun orijinal ve bu araca ait olduğunun yetkili kurum veya kuruluşlarca tespit edilmesi halinde, aracın orijinal motor ve/veya şasi numarası vurdurularak, trafik tescil şube veya bürosunun işaretini taşıyan çelik mühürle mühürlenir.”

MADDE 13 – Aynı Yönetmeliğin 65 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 65** – Araçların üzerinde, 21/10/2004 tarihli ve 25620 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Araçların İmal, Tadil ve Montajı Hakkındaki Yönetmelikte belirtilen şekillerde yapılan her türlü değişikliğin, aracın rengine ve tescil sahibinin adresine ilişkin değişikliklerin, değişikliğin meydana geldiği tarihten itibaren otuz gün içinde herhangi bir trafik tescil şube veya bürosuna bildirilerek tescil kayıtları ile belgelerine işletilmesi zorunludur.

Üzerinde değişiklik yapıp da süresi içinde bildirilmeyen araçlar, değişiklik belgelendirilip tescil kuruluşunda tescil edilinceye kadar trafikten men edilir.”

MADDE 14 – Aynı Yönetmeliğin 73 üncü maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Zapt, müsadere veya tasfiye kararı alınan araçlar hakkında yapılacak işlemler

MADDE 73 – Aracın müsadere edildiğine dair mahkeme kararının veya tasfiye edildiğine ilişkin ilgili kurum veya kuruluşun düzenlemiş olduğu yazının ibrazı halinde; araç müsadere veya tasfiye kararı verilinceye kadar sahibine yediemin olarak verilmemiş ise zapt tarihi itibarıyla, sahibine yediemin olarak verilmiş ise müsadere veya tasfiye kararı tarihi itibarıyla önceki maliki adına olan tescili silinir ve

ilgili vergi dairesine onbeş iş günü içinde bildirilir.

Araç zapt edilmiş ancak ilgili mahkemece müsadere veya ilgili kurum veya kuruluşça tasfiyesine karar verilmediğinden sahibine iade edilmiş ise; müsadere veya tasfiye kararı verilinceye kadar sahibine yediemin olarak verilmemiş olması şartıyla, zapt tarihi ile aracın sahibine iade edilme tarihi arasında geçen süre ile sınırlı olmak üzere tescili silinir, sahibine iade tarihi itibarıyla de tescil kayıtları tekrar açılır ve yapılan işlem hakkında ilgili vergi dairesine onbeş iş günü içinde bilgi verilir.”

MADDE 15 – Aynı Yönetmeliğe, bu Yönetmeliğin ekindeki “Araç Alım Satım Belgesi” (Ek: 42-A ve Ek: 42-B) ile “Araç Tescil İşlem Formu” (Ek: 43-A ve Ek: 43-B) eklenmiştir.

MADDE 16 – Aynı Yönetmeliğin 38 ve 70 inci maddeleri ile ekindeki Araç Tescil Nakil Bildirim Belgesi (Ek: 9) yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 17 – Bu Yönetmelik, 1/8/2008 tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 18 – Bu Yönetmelik hükümlerini İçişleri, Bayındırlık ve İskan ve Ulaştırma Bakanları yürütür.

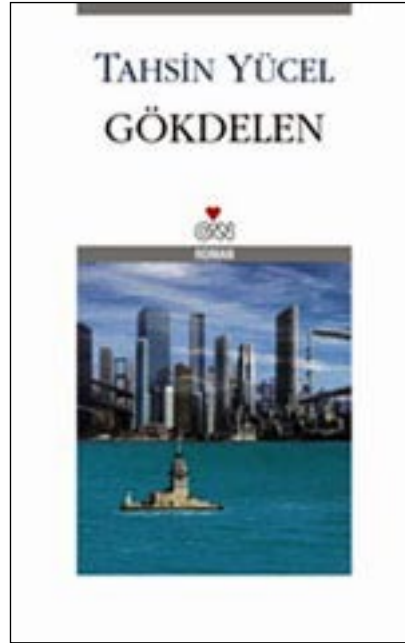
RG: 18 Temmuz 2008/Sayı : 26940

**Tahsin Yücel,
Gökdelen,**

Can Yayınları, 1. Baskı,
Ekim 2006.

Çağdaş Türk edebiyatının önemli isimlerinden biri olan Tahsin Yücel'in 2006 yılında yayımlanan romanı *Gökdelen*, birçok yönden ilginç bir roman olma özelliğine sahip. Edebiyatın çeşitli alanlarında verdiği eserleri son yıllarda önemli sayıda okur tarafından ilgiyle takip edilen yazarın bir başyapıt niteliğindeki *Yalan* romanından sonra, yazarın *Gökdelen* isimli romanını da okuma fırsatı bulduk. Öncelikle yazarın *Peygamberin Son Beş Günü* romanını okumaya niyetlendiysek de, bir hukukçu olarak *Gökdelen* isimli

romana öncelik verdik. *Gökdelen* romanına öncelik vermemizin nedeni ise '*yargının özelleştirilmesinin*' romanın ana konusunu oluşturması. Yargının özelleştirilmesi gibi bir konu tek başına ilgi doğurmakla birlikte, romanda bu konu üzerinden aslında başka pek çok toplumsal ve yönetsel soruna değinildiğini de belirtmeliyiz. Dahası, bu toplumsal ve yönetsel sorunların altında yatan insan unsuru da başarılı bir biçimde resmediliyor. Bu nedenle, 2073 yılında geçen olaylar nedeniyle roman fütüristik bir bakış açısından öngörüler üzerine inşa edilmiş bir kurgu ve olay örüntüsü üzerine yükseliyor gibi görünse de, aslında günümüze ait pek çok soruna eleştirel bir bakış getiriyor. Bu açıdan baktığımızda ve yazarın da yargının özelleştirilemeyeceğinin farkında olduğunu göz önünde tuttuğumuzda, gerçekte yazarın günümüzün sorunlarına dair tespitlerini ortaya koymak amacıyla kendisine böyle bir konu seçtiğini söylemek mümkün görünüyor. Yazarın yargının özelleştirilmesini daha çok bir araç olarak seçtiğini ortaya koyduktan sonra, kitapta değinilen konuların neler olduğuna da kısaca bakabiliriz. Tüketici olmamakla beraber şu meselelere romanda değinildiğini söylemek mümkündür: Yolsuzluk, rüşvet, ahlaki çöküş, çıkarıcılık, bireysellik, benmerkezcilik, fikri takipten yoksunluk, bir adım sonrasını düşünmeden günü kurtarma alışkanlığı, engel tanımaz hırsın zararları, öykünmecilik,



taklitçilik, toplumsal yarar anlayışından yoksunluk...

Romanla ilgili olarak sanırım öncelikle şu tespiti yapmak gerekiyor. Bugün içinde yaşadığımız toplumla ve yönetim anlayışı ile ilgili olarak rahatsızlığımızı duyduğumuz hemen her şeye romanda değinilmiş. Üstelik bu o kadar ustaca yapılmış ki, hiçbir yerde ahlaka aykırı bir eyleme ilişkin açık bir kınama ya da didaktik üslupla bir eleştiri bulunmadığı halde, kendi yakınmalarımızın yazar tarafından yapılan kişi betimlemelerinde ve olay anlatımlarında paylaşıldığını görüyoruz. Bu durum, aslında tamamen bir fikri örtüşmeden kaynaklanıyor. Diğer bir deyişle, yazar bugünkü toplumsal yapı ve işleyişten rahatsız olanlar yanında, bu arızaların temelinde ahlaki ve fikri çöküş içinde olan bireylerin bulunduğunu düşünen herkesin his ve düşüncelerine tercüman oluyor. Ancak, bu tarzın hiç sakıncası da yok değil. Nasıl bir sakıncası olduğunu anlatmak için fakültemizde bir süredir bazı hocalarımız tarafından uygulanan bir sınav biçiminden örnek vermem sanırım yanlış olmayacaktır. Uzunca bir süredir bazı sınavlarda öğrencilere sınav sorusu olarak bir kısmı yanlış bilgiler içeren, bir kısmı ise bütünüyle doğru bilgilere yer veren paragraflar verilmektedir. Öğrencilerden, öncelikle yanlış bilgi içeren paragrafları tespit edip daha sonra da önlerindeki bu metinlerde nelerin yanlış olduğunu bulmaları ve neden yanlış olduğunu açıklamaları istenmektedir. Bu sınav biçiminin içerdiği bir tehlikeli duruma ise, kısa bir süre önce aramızdan ayrılan usul ve icra iflas hukuku hocamız Doç. Dr. Haluk Konuralp dikkatimizi çekmişti. Hocamıza göre, *“Eğer öğrenciler hangi paragraftaki bilgilerin yanlış olduğunu bilmiyorlarsa –ki bu mümkün– yanlış bilgiler içeren bir paragrafı içeriği ile birlikte bir bütün olarak doğruymuş gibi öğrenecek ve öylece hatırlarında tutacaklardır.”* Hocamızın bu eleştirisi, ancak öğrencilerin hangi paragrafta neyin yanlış olduğunu sınavdan sonra öğrenmeleri ile bertaraf edilebilirdi. Ancak, öğrencilerin böyle bir çabayı nadiren gösterdikleri de bir gerçektir. Tekrar romanımıza dönersek, Tahsin Yücel’in betimlediği karakterlerdeki ve aktardığı olaylardaki ahlaki bakımdan kötü yönler ancak fikri yönden benzer bir ahlak ve iyi toplum anlayışı olan kişilere mesaj verebilir. Diğer bir deyişle, zaten romandaki karakterlerin ahlak ve yönetim anlayışı ile sorununuz yoksa, romanın niye yazıldığını bile merak edebilirsiniz. Her şeye rağmen, romandaki olay ve karakterlerin yanlışlarını tespit etme yeteneğine sahip bireylerin çoğunlukta olduğunu ve *“yargının özelleştirilemeyeceği çok açıkken yazar niye bu kadar zahmete girmiş”* diye soranların sayısının da mümkün olduğunca az sayıda kaldığını umalıyım.

Kitabın ana karakteri başarılı avukat Can Tezcan. Can Tezcan, iki yıldır neyle suçlandığını bilmeden tutuklu olarak hürriyetinden mahrum bırakılan yakın bir arkadaşının durumuna isyan ediyor ve mevcut düzenin arızalarının ancak yargının özelleştirilmesi sayesinde ortadan kalkabileceğine inanıyor. Bu düşüncesi çerçevesinde de ortaya yargının özelleştirilmesi projesini atıyor. Bu projesi için destek aradığı kişi ise aslen Karadenizli ancak İstanbul'u New York'a dönüştürme hırsları ile yanıp tutuştuğu için "Niyorklu" lakabıyla anılan zengin bir müteahhit müvekkili (Temel Diker). Müvekkilini yargının özelleştirilmesi projesine destek olmaya ikna edebilmek için işbilir/başarılı avukatımızın kullandığı ikna yöntemi ise oldukça ilginç. Avukat, yeni gökdelen projesini gerçekleştirmesine sahibi olduğu eski bir evi satmayı reddetmek suretiyle uzunca bir süredir engel olan yaşlı bir adamdan, ancak yargının özelleştirilmesi yoluyla kurtulabileceklerini söyleyerek müvekkilini ikna ediyor. Yargının özelleştirilmesi projesine mal bulmuş mağribi gibi sarılan Başbakan Mevlüt Doğan da üzerinde ayrıca durulmaya değer bir karakter. Siyasi iktidarların özelleştirme politikalarına açık bir eleştiri içeren romandaki en çarpıcı karakterlerden birisi olan Mevlüt Doğan, siyasi yolsuzluğun ve çıkarıcılığın zirvesinde duruyor. Yargının özelleştirilmesi projesini dinlemek üzere çağırdığı Av. Can Tezcan'a ikna olduğunu belirttikten sonra söylediği şu sözler, sanırız karakterin siyaset anlayışını ortaya koyuyor: "Ama isteklerimin hepsi bu değil...Bir de şu senin dostunun Maçka'daki yeni gökdelenlerinden birinde partim tarafından kullanılacak ama tapuları eşim ve kız kardeşimin üzerine çıkarılacak iki büyük daire istiyorum... Bir de, gene partim için, ama senetsiz sepetsiz, bir milyar dolar istiyorum."

Bugün pek çok insanda gördüğümüz "esnek dürüstlük anlayışı" (ya da burjuva dürüstlüğü) ve "tam inanmasan da çıkarın varsa sonuna kadar savun" tutumunun Av. Can Tezcan karakterinde resmedildiğini görüyoruz. Yargının özelleştirilmesi projesi gerçekleştiikten sonra kullanılıp bir kenara atıldığını anlayan ve işlerin eskisinden de kötüye gitmesinin kaçınılmaz olduğunu gören avukatın, projeye ilk duyduğu günden soğuk bakan yardımcısına sorduğu, "Benim dürüstlüğümler konusunda kuşkuya düştüğün olmaz mı bazı bazı?" sorusu ve yardımcısının bu soruya karşılık verdiği "...dürüstlüğümden, daha doğrusu içtenliğinizden hiçbir zaman kuşku duymadım" sözüne verdiği karşılık oldukça ilginç: "Ama, bir başka açıdan bakılınca, bu çelişkiler bir yerde dürüstlükten kopmanın belirtisi sayılabilir belki. Ne olursa olsun, hangi biçimde olursa olsun kenter düzenine katıldığın, onun

bir parçası olduğun andan sonra, salt dürüstlük yalnızca bir yanılsamadır, sevgili dostum. Bu arada, en yakın arkadaşının babasını öldürenler arasında yer alabilir ve bundan fazla bir utanç da duymayabilirsin."

Romanın, sadece bugünkü toplumsal sorunlara yönelik fikirlerde ortak paydayı savunanlara değil, aynı zamanda ahlaki çöküş içindeki bireylere yönelik olarak "bunlar hırsız, bunlar yolsuzluğa bulaşmış" gibi artık iç burkan biçimde sıradanlaşan kanaatlere sahip olanlara da hitap ettiğini ve "işte, ben de tam böyle düşünüyordum, bu siyasetler yolsuzluğa bulaşmış" ya da "bu adam sadece çıkarı için böyle konuşuyor" dedirttiğini ve bunu edebi bir biçimde ortaya koyduğunu söyleyebiliriz. Bir edebiyatçıdan eşi az bulunur bir toplumsal eleştiri. Öyle ya, kaçımız Mevlüt Doğan gibi birini başbakan olarak tahayyül edebilirdik?

Dr. Ozan Ergül

İskender Özturanlı,
Denizden Bir Avuç Su "Anılar",
Toplumsal Dönüşüm Yayınları, İstanbul 2008

İskender Özturanlı, hukuk ve yazın dünyasının yakından tanıdığı bir isim. İzmir Baro Başkanlığı, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu üyeliği ile taçlanan altmış yıllık bir hukuk adamlığı. Gazetelerde ve dergilerde yayımlanmış pek çok hukuk, siyaset, sanat içerikli yazı. Bu kitabından öğrendiğimize göre ayrıca on beş kitap.

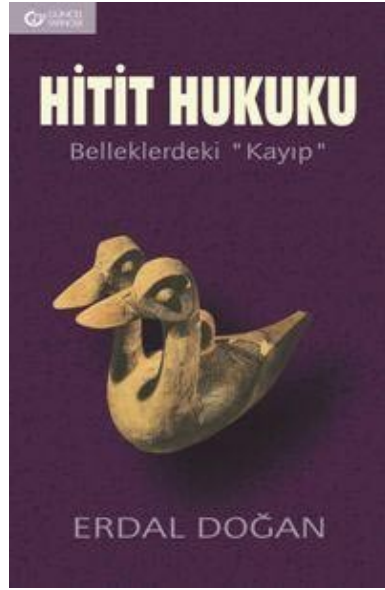
Özturanlı anılarına "Ben de dokuz yorgan eskitmenin yüklediği yaşla anılarıma yönelmek istedim. Başkalarına öykünmeden, yaşantımdan kesitler vererek, ülkemizin sosyal, siyasal ve kültürel sorunlarına da değinmeye çalıştım," sözleriyle başlamaktadır.

Yazar anı türünü seçmesinin nedenini de, karşılaştığı olayların gerçek yüzünü daha etkin, daha çarpıcı ve somut biçimde anlatabilmek olarak göstermektedir. Kitabı okurlarımıza öneririz.

Halen Urla'da emekliliğini sürdüren üstada sağlıklı ve uzun ömürler dileriz.

Erdal Doğan,
Hitit Hukuku
-Belleklerdeki "Kayıp",
Güncel Yayıncılık,
İstanbul 2008

Meslektaşımız kabul edilmiş yüksek lisans tezini kitaplaştırdığı eserinde, "adalet beklentisine katkı olması" amacıyla "adalet arayışı" nı, hukuk sisteminin ilk ürünlerinden biri olan Hititlere kadar götürmüştür. Sunuş, giriş ve sonuç bölümlerinin dışında, ilk bölümde "Hitit Ülkesi ve Tarihine Genel Bir Bakış", ikinci bölümde ise "Hitit Hukuku" incelenmektedir.



Öz be öz Anadolu uygarlığını temsil eden Hititler MÖ 1700 ile 1200 yılları arasında geride bıraktıkları "antlaşma metinleri, dini ve mitolojik metinler, kuraklık ve salgın hastalık gibi çivi yazılı belgelere ek olarak Akadca kopyalar, hiyeroglif yazıtlı kabartmalar, mühür baskıları" sayesinde tarihi yazılabilen ender uygarlıklardan biri olarak karşımıza çıkabilmektedir. Erdal Doğan, çeşitli kazılarda elde edilmiş ve okunabilen hukuk belgelerinden yararlanarak ikinci bölümü yazabilmiştir.

Bu bölümde "hak arama özgürlüğü, mahkemel ve mahkemelerin yapılanması", "bilinen en eski siyasi vasiyetnameler", "ticaret, borçlar, iş, idare ve ceza davaları, diploöasi ve antlaşmalar" başlıkları dikkat çekmektedir. Ayrıca bu bölümde Hint-Avrupalı Hitit ceza hukukunun öncüleri Sami ırktan Asur ve Asiyanik kökenli Sümer ceza hukukları ile bir karşılaştırması yapılmaktadır. Pek çok ilgi çekici özellik yanında Hititlerde kadın-erkek (s. 116-126) eşitliği önemli bir yer tutmaktadır.

Antik çağa ve Anadolu uygarlıklarına ilgi duyan meslektaşlarımıza özellikle öneririz.

T. E.

Güney Dinç,
Mehmet Nail Bey'in
Derlediği Kartpostallarla
Balkan Savaşı
(1912-1913),
Yapı Kredi Yayınları,
İstanbul 2008



Kendi tanımlamasıyla “bağımsız” bir insan hakları savunucusu, benim yıllar öncesi sözlerimle “insan hakları dervişi” değerli hukukçu antik çağla ilişkili “Yedi Domuzlu Altın” adlı bir roman ve pek çok hukuk eksenli özgün

yapıttan sonra yeni bir türle karşımıza çıktı. Güney Dinç, annesinin tanımadığı büyükbabası Üsteğmen (Mülazımı evvel) Mehmed Nail Bey'in Balkan Savaşı ve Dünya Savaşı'nın ilk yılı arasına sıkışmış yaşamından geriye kalan “akordeonu anımsatan oldukça kalın, siyah bez ciltli iki fotoğraf albümü”ndeki, dönemin en önemli propaganda aracı olduğu anlaşılan kartpostallardan hareket ederek, kendisi “söyleşi” (s. 257) olarak nitelese de bir Balkan Harbi tarihi üretme becerisini göstermiş bulunmaktadır. Kitaba savaş tarihi demek haksızlık olacaktır. Balkan halkının -özellikle Bulgarların- Osmanlıya karşı ruhsal tepkilerini, şiddete meyyal tabiatlarını, düşmanı aşağılayan davranışlarını sosyal psikolojinin gerektirdiği bir yetkinlikle irdeleyen kitap, günümüz sorunları ile 20. yüzyılın başlarındaki sorunlar arasında ilginç koşutluklar da bulmaktadır. Güney Dinç'in dedesinin savaş meydanından gelen terekesinden çıkan kartpostallarla öyküleştirdiği Balkan Harbi, aşağı yukarı 600 yıllık bir birikimin tasfiyesi anlamını taşımaktadır. Dinç, “Elimizdeki resim ve fotoğrafların açılımı için, Balkan savaşlarının acı veren yüzüne değinmek gerektiğini düşündüm ve gördüm ki, herkes, bu savaşları en ince ayrıntılarına kadar okuyup öğrenmelidir,” diyor. Ben de koca bir imparatorluğun 1699'dan itibaren ancak üç yüz yılda Avrupa'dan sökülüp atılabildiğini söyleyen Batılı bir politikacıya katılarak diyorum ki, herkes en ince ayrıntılarına kadar tarihimizin bu acı dönemini öğrenmeye Güney Dinç'in bu güzel kitabı ile başlamalı ...

T. E.



Prof. Dr. H. Ercüment Erdem
Milletlerarası Ticaret
Hukuku İle İlgili Makaleler
Beta Yayıncılık, İstanbul 2008.

Bazı yazarlarca, otonom bir hukuk dalı olduğu iddia edilen, milletlerarası ticaret hukuku, özellikle, 1980'li yıllardan sonra ülkemizde giderek hız kazanmıştır. Milletlerarası ticaret hukuku, hakkında henüz çok az sayıda eserin bulunduğu bir alandır. Prof. Dr. H. Ercüment Erdem'in, milletlerarası ticaret konusunda kaleme aldığı makaleleri topladığı bu eserde, Türkçe - İngilizce - Fransızca makalelere de yer verilmiştir. Milletlerarası ticaret hukukuna ilişkin bu yazınların, milletlerarası ticaret hukuku gibi bakir bir alanda çalışma yapan hukukçulara faydalı olacağı kanaatiyle, tüm hukukçulara tavsiye ederiz.



Prof. Dr. Rona Serozan
Sözleşmeden Dönme
Gözden Geçirilmiş 2. Bası
Vedat Kitapçılık,
İstanbul 2007.

Bundan 35 yıl önce, yayımlanmış olan bu eser, Ağustos 2007'de gözden geçirilerek tekrar yayımlanmıştır. Yazara göre eser, sözleşmeden dönme konusunda, "anarşik dinamit" olarak değerlendirilen görüşleri içermektedir. Bu görüşler ise eserin ilk yayımlandığı tarihten bu yana, yargıda ve yazında, ülke içinde ve dışında derin kök salmış, hatta kimi ülkelerde yasalaşmış bulunmaktadır.

Eser, "Sözleşmeden Dönme" kavramını, tarihsel gelişimi içerisinde değerlendirmekle beraber, sözleşmeden dönme hakkının kavramsal çerçevesini oluşturmuştur. ▶

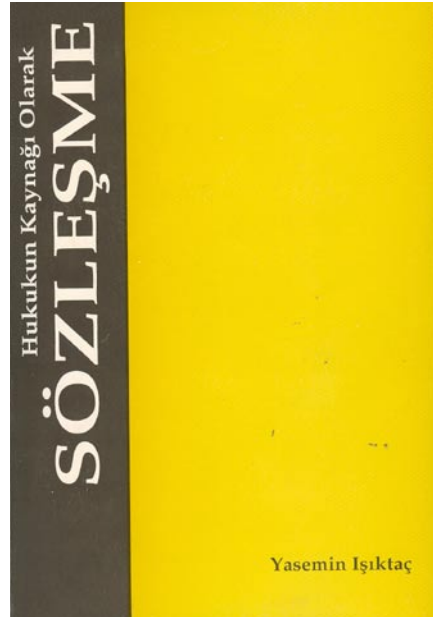
Eser, uygulamada karşılaşılan ve dönme işlemi eliyle çözülmesi kuşkulu sözleşmelere değinmesinin yanında, sözleşmeden bölüm- sel (kısmen) dönme, dönme hak- kında feragat, dönme hakkının etkisizleşmesi, dönme hakkının kullanılmasında uyulması gere- ken temel kural ve ilkeler, dönme hakkının yargılamada kullanılma- sında beliren özellikler, dönme bildiriminin yorumu ve geçersiz- liği, dönme ile birlikte (ayrıca) bir sözleşmeye aykırılık zarar- gide- rimi istenebilir istenemeyeceği; eğer istenebilirse, bu zarar – gide- rimin nasıl çerçevelemeceği, vb... gibi konuları, klasik ve dogmatik hukukun geleneksel bakış açısın- dan sıyrılarak, farklı yaklaşım ve boyutlarla işlemiştir.

Bu değerli eseri, hukukçular için incelenmesi zaruri bir eser olduğu inancıyla, bütün hukuk- çulara tavsiye ederiz.

Prof. Dr. Yasemin Işıktaç
Hukukun Kaynağı Olarak
Sözleşme

Filiz Kitapevi, İstanbul 2007.

Hukukun kaynağı sorunsalı kapsamında yer alan "Sözleşme" kavramı, eserde, tarihsel, sosyolo- ji ve özel hukuk felsefesi dahilinde incelenmiştir. Sözleşme kavramı- nın, bir bağit olmasından öte, ge-



niş kavramda sosyolojik, tarihsel ve felsefi olarak incelenmesi ge- reken bir kavram olduğu bu eser ile bir kere daha anlaşılacaktır. Eserde, sözleşme kavramının analizi, sözleşme hukukunun değişimi, gibi konulara da yer verilmiştir. Sözleşme kavramını, hukuk felsefesi ve sosyolojisi açısından inceleyen ve genel bir özel hukuk felsefesi ortaya koyan bu değerli eserin, hukukçulara faydalı olacağı kanaatinde olup, eseri tüm hukukçulara tavsiye ederiz.

Sezercan Bektaş



Yrd. Doç. Dr. Yeşim M. Atamer
Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi
Beta Yayıncılık, İstanbul 2001.

“Sözleşmenin taraflarından birinin, ileride kuracağı sözleşmelerde karşı akidene karşı değiştirilmeden

kabul edilmek üzere sunma niyetiyle, önceden, tek yanlı olarak saptadığı sözleşme koşullarına, genel işlem şartları, denir”.

Genel işlem şartları kavramı, 18. yüzyılda başlayan ve 19. yüzyılda doruk noktasına ulaşan endüstri devriminin sonucu olarak ortaya çıkmıştır.

Ancak, sözleşmenin tek bir taraf elinden hazırlanması ve diğer tarafa empoze edilmesi, sözleşmenin zayıf tarafının korunması düşüncesini de beraberinde getirmiştir.

Eser, genel işlem şartları içeren sözleşmelerde, zayıf tarafı koruma düşüncesi çerçevesinde, sözleşme özgürlüğünün mutlak olmadığını ve genel işlem şartlarının da denetlenmesi konusunu, tarihsel ve metodolojik açıdan başarılı bir şekilde incelemiştir.

Bu eseri, hukuk uygulamacılarına yararlı olacağı kanaatiyle, bütün hukukçulara tavsiye ederiz.