

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 Taahhütnamesini 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 taahhütnameyi, 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) Başvurusunu 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 aykırı edimi halinde ilgili kurullar uygulanacaktır.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı - VI

Medenî Usûl Hukukunda
Kanun Yolları
ve
Arabuluculuk Kanun Tasarısı

İzmir / Çeşme 19-20 Ekim 2007

**TÜRKİYE
BAROLAR BİRLİĞİ
DERGİSİ**
ISSN: 1304-2408

YIL: 21

SAYI: 79

KASIM-ARALIK

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
Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı
Barış Manço Caddesi, 1366. Sokak No: 3
06520 Balgat - ANKARA
Tel: (312) 292 59 00 (pbx)
Faks: (312) 286 55 65
web:www.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
30.10.2008

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. Özcan Çine

Av. Serkan Açar

Av. Olcay Küçükpehlivan

Av. Sezercan Bektaş

Av. Alper Can Aykaç

Av. İlker Hasan Duman

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 Sırrı", *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 yazarna üç adet Dergi gönderilecektir.

İÇİNDEKİLER

	11	Haberler
Özdemir ÖZOK	31	Başkandan
Ebru CEYLAN	35	Avrupa Birliği Hukukunda ve Türk Hukukunda Tüketici Kredileri -I
Ozan Ercan TAŞKIN	61	Korunma Tedbiri Alınmaksızın Gerçekleşen Cinsel İlişki Yoluyla HIV Virüsünün Bulaştırılmasında Manevi Unsurun Belirlenmesi Sorunu
Köksal KOCAĞA	73	Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar
Gülperi ELDENİZ	103	Eser Sahipliğinden Doğan Hakların Miras Yoluyla İntikali
Tamer BOZKURT	122	Akreditif ve Akreditifle İlgili Olarak Hukuk Genel Kurulu'nun 18.12.2002 Tarihli (E. 2002/12-1078, K. 2002/1072) Kararının İrdelenmesi
Cankat TAŞKIN	141	Kasten İhmal Davranışla Adam Öldürme
Mahmut GÖKPINAR	198	Ceza Sorumluluğunun Temeli: "Kast"
M. Yasin ASLAN	235	Savaş Hukukunun Temel Prensipleri
Vehbi Kadri KAMER	275	Madde Bağımlılarının Rehabilitasyonunda Yeni Dönem Denetimli Serbestlik
Murat DÖNMEZ	309	Finansal Kiralama Konusu Malların Haczi
Serkan CENGİZ	334	AİHM Kararlarının İç Hukuka Etkisi
Yargıtay Kararları	351	
Disiplin Kurulu Kararları	389	
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi	411	AİHS'in 41. Maddesi Uyarınca Yapılacak Tazminat Taleplerine Dair Yönerge Çev.: Serkan CENGİZ
	417	Sözleşme'nin Kontrol Sistemini Değiştiren, İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Sözleşme'ye 14 No'lu Ek Protokol Çev.: Alper Can Aykaç
Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler	427	
Ekler	447	
Kitaplar - Dergiler	451	

GELECEK SAYILARIMIZDA

Avrupa Birliği Hukukunda ve Türk Hukukunda
Tüketici Kredileri -II

Yrd. Doç. Dr. Ebru CEYLAN

Marka Haczi ve Paraya Çevrilmesi/
Gemilerin Haczi ve Paraya Çevrilmesi/
Mülkiyeti Muhafaza Sözleşmesine Konu Malların Haczi/

Av. Murat DÖNMEZ

Hukuksal Perspektifleriyle Osmanlıda Kapitülasyonlar/

Mahmut GÖKPINAR

Kartlı Ödeme Sistemlerinden
Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Sorunları

Av. Ayşe KILINÇ

Vergilendirme Yetkisinin Türkiye'deki Gelişimi/
Maddî Açıdan İdari İşlemler

Av. Ahmet Emrah AKYAZAN

İdari İşlemlerde Kanun Yolu ve
Süresini Gösterme Yükümlülüğünün
Yargısal Denetime Etkisi

Emre AKBULUT

Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde "Adli Kontrol"

Av. A. Duygu ÖZGÜVEN

Disiplin Hukuku Yönünden Avukatın Özel Yaşamı

Av. Serkan AĞAR

editör'den

Başkan'ın yazısında belirttiği gibi *"en ağır insanlık suçu olan işkence"* güncelleşmeye başladı. Tarihin en eski çağlarından bu yana *"işkence"* hep oldu. Eski Yunan ve Roma'da *"işkence"* sadece yabancılara ve kölelere uygulanıyordu. Vatandaşlar için ise *"işkence"* *"insan onurunu kırıcı bir eylem"* olarak tanımlanıyordu. Yani eski Yunan ve Roma *"işkence"* nin kötülüğünün idraki içindeydiler. *"İşkence"* tarihin bütün dönemlerinde, hemen her coğrafyada, totaliter ve otoriter rejimlerde sorgulama ve cezalandırma yöntemi olması yanında muhalefeti bastırmak, toplumu yıldırma amacıyla kullanıldı.

Ortaçağ ceza yargılamasında *"itiraf"* önemli bir delil olarak kabul edilince XIII. yüzyılda bütün Avrupa ülkelerinde *"işkence"* yaygın hale geldi. *"Gerçeği insan bedeninde aramak"*, yöneticiler için *"adaletin yerine getirilmesinde"* kolay bir yöntem olarak benimsendi.

Eski Yunan ve Roma'nın yabancılar ve köleler için mubah gördükleri *"işkence"*, Ortaçağ'da *"heretikler"* için mubah sayıldı ve yasalaştı. Reform hareketleri ile birlikte Avrupa'da *"işkence"* ye karşı da hareketler başladı. XVII. yüzyılda Cizvitler, Protestanlar, yargıçlar *"işkence"* ye karşı savaş açtılar. Montaigne, Montesquieu, Voltair gibi düşünürler ile modern ceza hukukunun babası sayılan Beccaria XVIII. yüzyılda işkenceye karşı bayrak açanların başında gelmektedir.

Ülkemizde de, BM İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani ve Küçültücü Muamele ve Cezaya Karşı Sözleşme'nin tanımladığı *"işkence"* nin özel bir geçmişi vardır ve Türkiye bu geçmişi dolayısıyla uluslar arası alanda açıkça kınanmıştır. Bu geçmişin etkilerinden kurtulamadığımız, son günlerde ardına kamuoyuna yansıyan olaylardan açıkça anlaşılmaktadır.

İşkence ile mücadelede, bu suçun *"insanlık suçu"* olarak kabul edilmesi büyük önem taşımaktadır. İşkenceden söz açıldığında bilgiç bilgiç insanların hangi suçu işlediklerini, hangi suçla itham edildiklerini, suçun cinsini, ağırlığını ön plâna çıkarmaya, sorgulamaya, irdelemeye çalıştıkça işkencenin sıfır noktasına inmesi mümkün olmayacaktır. Oysa bu konuda rahmetli Şahir Erman hocamızın şu sözleri bu sorgulama ve irdelemelerin yersizliğini açıkça ortaya koymaktadır: *"Hiçbir istisnai durum, ne harp hali, ne bir harp tehdidi, dahili siyasi istikrarsızlık veya herhangi başka olağanüstü hal, işkencenin uygulanması için gerekçe gösterilemez. Bir üst görevlinin veya bir kamu merciinin emri işkencenin haklılığına gerekçe kabul edilemez. Hukuka aykırı davranmanın mazereti olamaz. Çünkü mazeret ararsak hukukun üstünlüğü kağıt üstünde kalır ve uygulamaya geçmez."*

İşkence olaylarını görmezden gelmek, geçiştirmek ülke olarak bize bir şey kazandırmayacaktır. Tüm hukukçular, politikacılar, yöneticiler, doktorlar işkencenin önlenmesi konusunda el ele vermelidirler. Türkiye Cumhuriyeti utanç verici, onur kırıcı ve ülkenin çıkarlarını zedeleyici *"işkence"* ithamına muhatap olmamalıdır. Herkes bu ithamdan kurtulmak için çalışmalıdır. İşkencenin devletin bir politikası haline dönüşmesine fırsat vermemelidir.

Kâbus geri dönmemelidir.

Saygılarımla.

Teoman Ergül

YOLSUZLUKLA MÜCADELE EDEN ÜLKELER GRUBU (GRECO)'NUN TÜRKİYE İLE İLGİLİ DEĞERLENDİRME RAPORU AÇIKLANMIYOR

Türkiye'nin 1 Ocak 2004 tarihinde üye olduğu, Yolsuzlukla Mücadele Eden Ülkeler Grubu GRECO tarafından görevlendirilen bir değerlendirme ekibi, 23-27 Mayıs 2005 tarihleri arasında Türkiye'ye gelmiş, Başbakanlık (Denetleme Kurulu, Etik Kurulu), Adalet Bakanlığı, Baş Savcılık, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, İç İşleri Bakanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Komutanlığı, Maliye Bakanlığı, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, Kamu İhale Kurumu, BDDK, Sayıştay yanı sıra Ankara Barosu, İstanbul Ticaret Odası gibi sivil toplum kuruluşları yetkilileri ile görüşmelerde bulunmuştur.

GRECO tarafından iki aşamalı olarak gerçekleştirilen değerlendirme toplantılarının ilkinde;

- Yolsuzluğun önlenmesi ile mücadele eden ulusal kurumların bağımsızlıkları, konularında uzmanlıkları ve imkanları, ile

- Dokunulmazlıkların kapsam ve sınırı, ikincisinde ise;

- Yolsuzlukların sonuçları,
- Kamu yönetimi ve yolsuzluk,
- Tüzel kişiler ve yolsuzluk,

Konuları ele alınmıştır.

Bu değerlendirmeler kapsamında Türkiye'deki yolsuzluk sorunu konunun tanımından başlayarak irdelenmiştir.

I. Yolsuzluğa Karşı Politikaların Değerlendirilmesi

a. Türkiye'de halledilmesi gereken en önemli sorunlardan birisi yolsuzluktur.

b. Sivil toplum kuruluşu temsilcileri; yolsuzluğun çapının çok büyük olduğunu ve özellikle üst düzey politik makamlarda, kamu

kurum ve yönetimleri ile yargıda görüldüğünü vurgulamıştır.

c. Türkiye'deki yolsuzluk boyutu uluslararası kurum ve kuruluşlarca da teyit edilmiştir.

d. Türkiye'de yolsuzluk ve organize suçların bağlantılı olduğu kabul edilmektedir.

e. 2005 yılında Dünya Bankası ve Avrupa Kalkınma Bankası(EBRD); Türkiye'de iş çevrelerinde organize suç ve yolsuzluğun çok yaygın olduğu varmıştır.

f. Uluslar arası Saydamlık 2004 yılı verilerine göre Türkiye 77. sırada yer almıştır(145 ülke arasında)

II. Yolsuzlukla Mücadele Tedbirleri

a. AB üyelik sürecinde yolsuzlukla mücadeleye öncelik verilmiştir.

b. 2001 yılında Başbakanlık Teftiş Kuruluna bağlı Yolsuzlukla Mücadele Kurulu oluşturulmuştur ancak 2002 yılında son verilmiştir.

c. Ocak 2002 tarihinde "*Kamu sektöründe saydamlığı artırmak ve iyi yönetişimi geliştirmek için Plan*" başlıklı bir Kararname çıkmıştır.

III. Değerlendirme

a. Türkiye'de yolsuzluk uzun bir süredir ve yaygın bir şekilde sürmektedir. Politik düzeyde görülen yolsuzluk halk tarafından kaygıyla karşılanmaktadır.

b. Hükümet yolsuzlukla mücadelede kararlı görülmüştür.

c. Hükümetin bu konudaki en önemli adımı 2002 yılında aldığı; "*Kamu sektöründe saydamlığı artırmak ve iyi yönetişimi geliştirmek için Faaliyet Planı*" konusundaki Bakanlar Kurulu Kararı olmuştur.

d. Spesifik olarak yolsuzlukla mücadele eden bir emniyet(polis) birimi bulunmamaktadır.

e. Kamu kurum ve kuruluşlarının hepsinin birer teftiş kurulu mevcuttur.

f. Değerlendirme yapan uzmanların varlığı sonuca göre Türkiye'de uzunca bir süredir yolsuzluk vardır ve tüm ülkede ve adalet sistemi dahil, kamu kurum ve kuruluşlarında yolsuzluk mevcuttur.

g. Türkiye'de bütün kurum ve kuruluşların organizasyon şemasında teftiş kurulu bulunmaktadır.

h. Etik kurulu kanunla kurulmuş bulunmakla beraber disiplin soruşturması yapamaz ve disiplin cezası veremez.

i. Yapılan değerlendirmeler doğrultusunda, Etik Kurula yeterli derecede bağımsızlık verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

j. Devlet memurları etik kurallar konusunda eğitilmelidir.

k. Teftiş kurullarına ilişkin sistemin mutlaka yenilenerek değiştirilmesi gerekmektedir.

l. Bir an önce Ombudsmanlık kurumunun oluşturulması gerekmekte olup söz konusu kurumun yönetim/yürütmeden bağımsız olması zorunludur.

m. Yolsuzlukları bildirme konusunda eğitim verilmeli ve bu konuya ilişkin kurallar oluşturulmalıdır.

n. Kamu yönetiminde disiplin cezaları ve usullerinin uygulaması ile ilgili istatistik oluşturulmalıdır.

o. Vergi dairelerinde çalışanların yolsuzlukları tespit edebilmeleri ve konuya ilişkin düzgün raporlama yapmalarına yönelik olarak özel eğitim verilmeli ve özel kurallar ihdas edilmelidir.

p. Bağımsız muhasebeci ve murakıpların da kara para aklama bildirim/raporlama konuları ile ilgili bilgilerinin alınması için gerekli düzenlemeler yapılmalıdır.

Bu değerlendirmeler ışığı altında varılan sonuçlar aşağıda yer almaktadır:

1. Türkiye'de yolsuzluk büyük bir problemdir ve adli kurumlar, yerel yönetimler ve tüm kamu sektöründe görülmektedir.

2. Yeni Ceza Kanunu ve Ceza Usul Kanunu gibi yeni düzenlemeler sorunların üzerine gidilmesi bakımından umut vaat etmektedir.

3. Parlamenterlerin dokunulmazlıklarının kaldırılması konusu objektif bir açıdan değerlendirilmelidir. Ayrıca, bir kamu görevlisi aleyhine yapılacak cezai kovuşturma için amirlerinin izin verme yöntemi bir daha gözden geçirilmelidir.

4. Yargı bağımsızlığı için çok şey yapılmış olmakla beraber, özellikle yargıçların denetlenmesi konusu bir daha gözden geçirilmelidir.

5. Teftiş kurullarının adli makamlar, savcılık ve kolluk kuvvetleri ile koordineli çalışmaları artırılmalıdır.

6. Tüzel kişilerin ceza kanununa uygun hareket etmeleri sağlanmalıdır.

7. Yolsuzlukla mücadele önlemlerinin çeşitli sektörlerde denetimi için bir sistem oluşturulmalıdır.

8. Konunun takip ve gözetimi için bir organa sorumluluk verilmelidir.

9. Yolsuzlukla mücadele konularında araştırma yetkisi bulunan ve bu konuda uzmanlaşmış bir birim oluşturulmalı; söz konusu birim adli makamlar ve kolluk kuvvetleri ile bilgi paylaşımı ve işbirliği yapmak suretiyle çalışmalıdır.

10. Yolsuzlukla mücadele konularında görevli kolluk görevlileri ve diğer görevlilere özel eğitim verilmelidir.

11. Atanma ve denetim konuları bakımından hakimlerin Adalet Bakanlığı'ndan bağımsız bir konuma getirilmeleri gerekmektedir.

12. Tüzel kişilerin kayıtlarına ulaşım rahat sağlanmalıdır.

13. Ceza Kanunu'nda tüzel kişilerin cezai

sorumlulukları ile ilgili düzenlemelerin yolsuzluğa ilişkin “Ceza Hukuku Konvansiyonu” ile uyumlu olması sağlanmalıdır.

14. Hakim ve savcılar, tüzel kişilerin yolsuzluklarla ilgili sorumlulukları konusunda eğitilmemiştir.

15. Adalet Akademisi'nin kuruluş ve işleyişi tamamlanarak, savcılar ve hakimlerin eğitilebileceği, özellikle ekonomi, finans ve ilgili dallarda eğitim vermeye yönelik münhasır bir eğitim enstitüsü haline getirilmelidir.

16. Parlamenterlerin dokunulmazlıkları bir daha gözden geçirilerek, dokunulmazlıkların kaldırılması taleplerinin daha spesifik ve objektif kriterlerle değerlendirilmesine yönelik düzenlemeler getirilmelidir.

17. Kamu görevlileri ve bürokratların yargılanması konusunda uygulanan yetkili amirin izninin alınması anılanlar için de facto (fiili olarak) bir dokunulmazlık hali yaratmaktadır. Bu konunun ve etkilerinin değerlendirilerek ilgili düzenlemelerde değişiklik ve yenileştirmeler yapılmalıdır.

18. El koyma ve müsadere konularıyla ilgili kuralları uygulayan (hakim, savcı ve kolluk kuvvetleri) kişilerin eğitimi için kurallar belirlenmelidir.

19. Bilgiye Erişim Kanunu kapsamında talep edilen bilgilerin, talebin bir ücret/harca tabi tutulması için düzenleme yapılması.

20. Etik Kurulu'na yeterli düzeyde bağımsızlık tanınması gerekmektedir.

21. Kamu personelinin etik kurallar, yolsuzlukla mücadele startajleri konusunda eğitilmelerini sağlayacak müfredat programı hazırlayarak bu programın bütün bakanlık, kamu kurum ve kuruluşlarının eğitim müfredatının içinde yer almasını sağlamak gerekmektedir.

22. Daha önce de değinildiği gibi, teftiş kurullarının yeniden yapılandırılması gerekmektedir.

23. Ombudsman müessesesinin kuruluşuna öncelik verilerek kamudan gelecek kötü yönetimle ilgili şikayetleri değerlendirme konusunda yetkilendirilmesi gerekmektedir.

24. Yolsuzlukların bildirilmesi ve bu raporların değerlendirilmesi konusunda eğitim verilmesi ile bu bildirim ve raporlamaları iyi niyetle yapan kamu görevlilerinin korunmalarının sağlanması gerekmektedir.

Vergi memurları ve vergi denetim uzmanlarının da konuyla ilgili olarak eğitilmelerine yönelik kurallar belirlenmelidir.

Türkiye'yle ilgili iki rapordan biri değerlendirme, diğeri ise yolsuzluklarla mücadelede alınacak önlemlere ilişkin uyum raporu.

Milliyet Gazetes'i nin haberine göre; yukarıda özetlediğimiz değerlendirme raporunun yayımlanmasına izin veren hükümet yolsuzluklarla ilgili önlemler ve GRECO ile uyumu içeren ikinci raporun yayımlanmasına izin vermemiştir. Bu konuda yayımlanan çizelgeye göre Arnavutluk, Ermenistan, Belçika, Bosna-Hersek, Bulgaristan, Hırvatistan, Güney Kıbrıs, Danimarka, Estonya, Gürcistan, Almanya, Yunanistan, Malta, Moldova, Litvanya, İtalya, Norveç, Hollanda, Polonya, İspanya, İsveç, İsviçre, İngiltere gibi ülkeler her iki raporun yayımlanmasına izin verdi. Çizelgede izin vermeyen ülke olarak sadece Türkiye görülüyor.

AVRUPA KONSEYİ YARGININ ETKİNLİĞİ KOMİSYONU (CEPEJ) RAPORU YAYIMLANDI

Avrupa Konseyi Yargının Etkinliği Komisyonu (CEPEJ), Avrupa Yargı Sistemleri ni Değerlendirme üzerine ikinci raporunu 8 Ekim 2008 günü yaptıkları basın toplantısı ile kamuoyuna sundular. Bu raporda yargı konusunda egemen temel ilkeler ve Avrupa Standartlarına ilişkin Avrupa uygulamalarda tanık olunan eğilimler ve sonuçlar belirlenmiştir. Raporda ayrıca yargı sistemlerindeki bütçe harcamaları, adli yardım sistemi, mahkeme-

lerin organizasyonu, adli personel, yargılama süresi, avukatlar ve noterleri içeren konularda karşılaştırmalı tablolara ve temel belirleyicilere ait analizlere yer verilmektedir.

Komisyon'ca gündemde olan bir diğer konuda pilot mahkemeler proje çalışma grubudur. Bu çalışma grubu üçüncü toplantısını 24 Ekim 2008 tarihinde Catania (İtalya'da) yapmıştır. Bu toplantısının gündemi "daha hızlı ve kaliteli bir yargı düzeni için olası katkıların neler olabileceğidir." Bu toplantı bağlamında "bir pilot mahkemeler ağı" oluşturulmuş ve bu ağda yer alacaklar ilk toplantısını 25 Ekim 2008'de gerçekleştirmişlerdir.

24 Ekim 2008 tarihinde İtalya, Catania Temyiz Mahkemesi'nde; Avrupa Konseyi ve Avrupa Komisyonu Adli Adalet Günü kutlamaları nedeniyle yapılan törende "Kristal Adalet Terazisi" ödülü İngiltere'ye verilmiştir.

Kazanan projenin içeriği, Majesteleri'nin Adli Sisteminin; davacılar, küçük alacaklarının tahsili ve halli için sunduğu çabuk, basit ve bedava arabuluculuk hizmetlerini kapsamaktadır. Her bir münferit talep ve ihtilaf arabulucunun taraflar arasındaki ihtilafı açık ve serbest bir şekilde çözümlenmesi ile sonuçlanabilecektir.

Birincilik ödülü yanında; üç yarışmacıya da ödüller verilmiş olup bunlar sırasıyla;

- Fransa - Paris Barosu- Paris Barosu Dayanışması'na,
- İtalya – Milano Barosu- Hukuk Davalarının Bilgisayarlaşması Bürosu'na,
- Türkiye – Adalet Bakanlığı – UYAP Sistemi'ne,

24 Ekim 2008 toplantısı sonrası Paris Barosu, Milan Mahkemesi, T.C. Adalet Bakanlığı ve İngiltere'nin aday olduğu "Kristal Adalet Terazisi" ödülü Avrupa Komisyonu ve Avrupa Konseyi'nce verilmiştir. İki yılda bir verilen bu ödül hukuk yargılama süreci yönetiminde etkili uygulamalar ile adaletin kalitesini geliştirmek

amacıyla bir müsabaka ve girişimcilik sağlamak, siyasilerin ve adli toplumun dikkatlerini çekmek üzere tesis edilmiş bulunmaktadır.

Yargıya özgü zorluklar karşısında halkın adalete olan güven duygusunun sarsılması ve sonuçta yitirilmesi riski vardır. Bu durum yakın zamanda tanık olduğumuz sosyal gerçeğe işaret etmektedir.

Evrensel nitelikte adalete özgü temel değerler arasında AİHS'de yer alan "makul süre içinde adil yargılanma hakkı" genel bir bağlam oluşturmaktadır. Kuşkusuz, yargının etkinliği, her zaman dile getirilen genel bütçedeki payı gittikçe azaltılan bütçe olanaklarına indirgenecek bir olgu değildir. Bu konuda kültürel bir bilinç oluşturulması ve gelişen teknik ve teknoloji paralelinde bu bilincin hukuk eğitiminde ortak akıl oluşturmak üzere pekiştirilmesine gereksinimi vardır. Nitekim bazı ülkelerde yerleşik formal bir usul kültürü var iken diğerlerinde dostane çözüm arayışları veya uzlaşma başvurusu egemen olmuştur. Örneğin Japonya'da yargıya başvuru öncesi dostane çözüm yolu sıkça başvuru yapılan sosyolegal bir yöntemdir.

İşte her işletme gibi yargısal işletmenin de etkinliği birinci derecede önem taşımaktadır. İlk önce adaleti etkin kılmamızın ne olduğu belirlenmelidir. Bu sorunun yanıtı tikel adaletsizlik duygularına bağlıdır. Mahkemeye başvuru olanağı olmayan veya karar için uzun yıllar bekleyen veya ilamı infaz edilmeyen hak arayışları için yargının etkinliğinden söz edilebilir mi? Bağımsız ve tarafsız bir yargıya başvuru, haklarını mahkemede savunma ve hükme bağlama ve etkili bir infaz olanağından yoksunluğun- da hukukun üstünlüğünden (rule of law) söz edilebilir mi? Bu durumlarda anılan kavram boş/soyut bir kavram olmayacak mıdır? Adillikten yoksun bir yasa, yasa olmadığı gibi adillikten yoksun bir yargılama da yargılama değildir.

İşte bu nedenlerle, etkinlik, kalite ve bütçe amaçlı kazanımlar için Adaletin Etkin-

YARGI İSTATİSTİKLERİ

Yargı Etkinliğine Dair Avrupa Komisyonu (CEPEJ) yargı sistemine yönelik harcamalara, adli yardım sistemine, yargı yetkilerinin kuruluş yapılarına, yargı personeline, yargılamanın uzunluğuna, avukatlara ve noterlere ilişkin göstergelerin karşılaştırmalı tablolarına ve çözümlmelerine yer verilmiştir. Ayrıca raporda ülkelere göre yargı düzeni, mesleki yapı ve yargı reformlarına dair bilgilere de ulaşılabilir.

Raporda bulunan bazı istatistiklere değinmek gerekirse, bütçenin yargıya ayırdığı kişi başı paraya ilişkin istatistikte, son sırada yer alan Moldova 2 €, ilk sırada yer alan Monako 168 € para ayırırken, Türkiye 7 € ile sondan 5. sırada yer alıyor. Türkiye kişi başına düşen Gayri Safi Yurtiçi Hâsılaya göre bütçeden yargıya ayırdığı pay (% 0,16) ile yine sondan 5. sırada. Yargı harç ve vergilerinin yargı bütçesindeki payı ise en yüksek orana sahip Avusturya'da % 107,3, en düşük orana sahip İsveç'te % 0,8 ve Türkiye'de ise % 53,4.

Her 100.000 kişiye ilk sırada yer alan Monako'da 54,5, son sırada bulunan İrlanda'da 3,1 ve sondan 9. Sırada yer alan Türkiye'de 9,0 yargıç düşüyor. Her 100.000 kişi için ilk sırada bulunan Yunanistan'da 342, son sırada bulunan Azerbaycan'da 6 ve 25. sıradaki Türkiye'de ise 78 avukat bulunuyor. Yargıç sayısına göre avukatın oranı ilk sırada yer alan İtalya'da 26,4, son sırada yer alan Azerbaycan'da 1,1 ve 13. sırada yer alan Türkiye'de bu oran 8,7. Birleşik Krallık ve Kuzey İrlanda'da her 100.000 kişiye 1,6, İsviçre'de 20,3 ve Türkiye'de 2,0 Noter düşüyor.

Av. Alper Can AYKAÇ

CEPEJ.in sitesi: http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/cepej/default_en.asp

Rapora ulaşmak için şu bağlantıyı kullanabilirsiniz:

http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/cepej/evaluation/2008/Rapport2008_en.pdf

liği Avrupa Komisyonu çalışmalarına fazlaca odaklanılmalıdır. Yargımıza özgü Avrupa standartları ve rehber ilkeler ile uluslararası sözleşmelere göre bir Adli Etkinlik Endeksi belirlenmeli ve her yıl hazırlanacak Adli Yıl Raporu'nda (AER) bu işaret levhalarına ne derece uyulup uyulmadığı izlenerek raporlanmalıdır. (Bkz. s. 15)

Araştırmacılar bu konuda aradıklarını 18-20 Haziran 2008 tarihlerinde TBB tarafından düzenlenen "...Yargı Reformu" sempozyumu ile sempozyuma kaynak eser olarak yayınlanan M. T. Yücel'in *Türkiye'de Yargının Etkinliği* ile "*Sempozyum Bildiriler*" kitabında bulabileceklerdir.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ AKTÜTÜN SALDIRISI İLE İLGİLİ BİLDİRİ YAYIMLADI

Türkiye Barolar Birliği, Şeker bayramının bittiği gün Hakkari iline bağlı Aktütün Jandarma Karakolu'na Kuzey Irak'tan sızan teröristler tarafından yapılan saldırı sonucunda on yedi askerimizin şehit olması ve 22 askerimizin de yaralanmış bulunması üzerine bir bildiri yayımlayarak olayı kınadı ve yetkilileri uyardı.

Bildiride "*Son birkaç yılda yeniden yaşmaya başladığımız olaylar sorunun büyüklüğünü göstermektedir. Sorun, sınır bölgesine kahraman, fedakar ve cesur askerlerimizin sevk edilmesi ile çözülemeyecek kadar karmaşıktır. Bu denli karmaşık olayların ise daha gerçekçi iç ve dış politikalar, dış güçlerin hoşgörüsüne bağlı olmayan güç kullanımı ve "hukuk devleti" ilkelerini göz ardı etmeyen düzenlemelerle ortadan kaldırılabileceği anlaşılmaktadır.*" denilmiş ve şöyle devam edilmiştir.

"*Sorunun gecikmeye tahammülü bulunmamaktadır. Herhangi bir suçlamada bulunmadan her kurum özeleştirisini yaparak yeni baştan çözümler üretmek zorundadır. Bunu aynı karakolda vatani uğruna canını feda*

eden kırk dört şehidimiz ve bu mücadelede kaybettiğimiz diğer evlatlarımıza borçluyuz.

Türkiye Barolar Birliği, yetmiş bin avukat ile onların manevi varlıkları önünde saygı ile eğilmektedir. Şehitlerimize Tanrı'dan rahmet ve büyük Türk Ulusu ile ailelerine başsağlığı diliyoruz."

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ BAŞKANI BAYRAM DOLAYISIYLA BİR KAMUOYU AÇIKLAMASI YAPTI

Açıklamayı aynen aşağıya almaktayız:

"Dini ve ulusal bayramlar toplumsal huzur, barış ve kardeşliği güçlendiren ortak değerlerdir. Ancak, uzunca bir süredir ne dini ne de ulusal bayramlar ülkemizdeki bölünmüşlüğü, gerginliği, inatlaşmayı giderememekte ulusal bilinç ve toplumsal barış ciddi tehditler altında bulunmaktadır.

Toplum önderleri ve siyasal liderlerin tüm ulusu kavrayan ve kucaklayan içten sıcak ve samimi yaklaşımları yerine günü birlik ve yandaş çıkarlarını öngören yaklaşımları nedeniyle huzur barış ve kardeşliğin simgesi olan Şeker Bayramı'nı bu yılda toplumsal gerginliğin yaşandığı bir ortamda kutlayacağız.

Güzel ülkemiz ve onun onurlu halkı bu olumsuzlukları asla hak etmemektedir.

Defolu demokrasinin olanaklarından yararlanarak bu ülkeyi ve bu halkı yönetenlere tek sözümüz elde ettiğiniz bu olanakların hakkını veriniz ve size destek veren ve umut bağlayan kitlelerin güvenini sarsmayınız. Aydınlik, çağdaş ve uygar geleceğimizi kendinize özgü ezberlerinle karartmayınız.

Adalet arayışı, insanın ve toplumların dünyadaki varlığı kadar eskidir ve eski olduğu kadar da onun var oluşu ile devam edeceğe benzemektedir.

Yaşadığımız coğrafyada dört bin yıl önce Hitit kralı hak ve adaletin gerçekleşmesi için yönetici ve yargıçlara toplumuna ve çağına örnek olacak şu mesajı vermiştir.

'... Bey için iltimas yapmasın, erkek kardeşine, kız kardeşine, arkadaşına iltimas yapmasın. Hiç kimseden rüşvet almasın. Haklı bir davayı kaybettirmesin, haksız bir davayı da kazandırmamasın. Doğru ne ise onu yapın...'

Asırlar önce bu topraklara egemen olanların hak, adalet ve hukuk anlayışı bu iken günümüz Türkiye'sinde "benim suçlum masum" anlayışından kaynaklanan olumsuzlukları kabul etmek mümkün değildir.

Çünkü çağdaş, demokratik, laik hukuk sisteminin benimsenmesinden sonra ilkel hukuk dışı yol ve yöntemlere itibar edilmesine olanak yoktur. Ama maalesef bunca çağcıl değerler ve ilkelerin yasalarda yer almasına karşın hukuk dışı uygulamalar yapılmaktadır.

Yeni kabul edilen ve yürürlüğe giren CMK 160/2 maddesinde;

'Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür' denmektedir.

Bu bağlamda, Ceza muhakemesi hukukunda çok önemli bir yer teşkil eden "ispat hukuku" bu çerçevede işlendiği iddia olunan suça ilişkin kanıtların toplaması ve faillerin belirlenip adalet önüne çıkarılmasında kullanılan yöntemler olarak "koruma tedbirleri" ceza muhakemesinde gerçeğe ulaşmakta çok önem taşımakla birlikte "hukuk devleti" ilkesi ışığında şüpheli ve sanığın haklarını da yakından ilgilendirmektedir. Demokratik hukuk devletinde, ceza normlarının suç saydığı fiillere ve faillere ulaşabilmek amacıyla her yöntemin kullanılabilmesi mümkün değildir.

Kişi hak ve özgürlüklerini sınırlandıran hukuk kuralları, hiçbir şekilde keyfi olarak otoritenin gücünü ve baskısını çoğaltmak amacıyla düzenlenemez ve uygulanamaz. Burada hassas nokta, kamu düzeni –kamu

vicdanı– toplumsal yarar ve suç işleyenler karşısında başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması olmalıdır. Ancak bu koruma sırasında da kamu görevlileri ve güvenlik güçleri gerçeğe ulaşmak, bozulan kamu düzenini yerine getirmek ve adaleti sağlamak için sınırsız yetkilerle donatılamaz.

Başka bir anlatımla, kamu adına görev yapanlar ülkemizde son dönemlerde olduğu gibi kamu vicdanını incitecek eylem, söylem ve davranışlar içinde olamazlar.

Anayasalarda, uluslararası belgelerde ve çağdaş ceza hukuku normlarında ifadesini bulan "masumiyet karinesi", "lekelenmeme hakkı" ve "adil yargılama hakkı" ilkeleri bunun güvencesidir.

Gizlilik kararı olmasına karşın ve sanık müdafileri dosya içeriğine ulaşamadıkları halde, soruşturmanın tüm ayrıntılarının yazılı ve görsel basınımda yer alması, gözaltı ve tutuklama işlemlerindeki özensizlik, tutuklu sanıkların vücut bütünlüğünün korunamaması, kamuoyu ve dosya sanıkları için başı ve sonu belli olmayan bir soruşturma görüntüsüyle "Ergenekon" adı ile yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda yukarıda işaret ettiğimiz ilkeler ihlal edilmiş kamuoyu vicdanı yara almıştır.

Dileğimiz bu olumsuz görüntülerin giderilerek en kısa sürede adaletin gerçekleştirilmesidir.

Eksiksiz demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü ve gerçek hukuk devletinin yaşama geçtiği, barış, huzur ve kardeşliğin yaşandığı bir Türkiye'de buluşmak umuduyla bayramınızı kutlarız."

SÖZLEŞMELİ AVUKATLARLA İLGİLİ YENİ DÜZENLEME YAPILDI

Bilindiği gibi, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesi 02/05/01 tarihli ve 4667/22 sayılı Kanun, ve 23/01.08 tarihli 5728/329 sayılı Kanun ile değişmiştir. Bu değişikliklere

**YAKALAMA EMRİ GERİ ALINMADIĞI İÇİN GÖZALTINA ALINMA HALİNDE
ADALET BAKANLIĞI VE İÇİŞLERİ BAKANLIĞI
TAZMİNAT ÖDEMEKLE YÜKÜMLÜDÜR**

Cezasını çektiği halde hakkında düzenlenen yakalama emri geri alınmadığı için yapılan kontrollerde gözaltına alınan C. B. Adalet Bakanlığı'nı ve İçişleri Bakanlığı'nı tazminat ödemeye mahkum ettirdi.

Danıştay 10. Dairesi, emsal bir karara imza attı. Daire, cezasını çektiği halde hakkında düzenlenen yakalama emri geri alınmadığı için yapılan kontrollerde gözaltına alınan C. B., Adalet Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığı'nı tazminat ödemeye mahkum ettirdi. Kararda, "Gizli Bilgi Toplama Sistemi'nden silinmediği için, farklı zamanlarda gözaltına alınmasından dolayı davacının duyduğu elem ve üzüntü karşılığı manevi tazminat ödenmesi gerekir" denildi.

Ruhsatsız silah ve mermi bulundurma suçunu işlediği gerekçesiyle hakkında yakalama emri çıkarılan C. B. tutuklanarak cezaevine kondu. Yapılan yargılama sonrası 10 ay hapis cezasına çarptırılan C. B. Mustafa Kemalpaşa Cezaevi'nde cezasını çekti. Cezasını çekmesine rağmen, hakkında çıkarılan yakalama kararı kaldırılmadığı için Emniyet'in yaptığı kontrollerde birçok kez gözaltına alınan C. B. Adalet Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığı aleyhine 3 bin YTL maddi ve 15 bin YTL de manevi tazminat talebiyle dava açtı.

- Yakalama Emri Silinmediği İçin İşe Giremedi

Ankara 1. İdare Mahkemesi, idarelerin üstlendikleri kamu hizmetlerini gereği gibi yerine getiremedikleri için olayda hizmet kusuru bulunduğu, davacının gözaltına alınması sebebiyle şoförlük mesleğini yapamaması sonucu uğradığını belirttiği zararını kanıtlayamaması nedeniyle maddi tazminat isteminin kabul edilemeyeceğine karar verdi. Mahkeme, hakkında kesinleşen infaz edilen hükme rağmen Gizli Bilgi Tarama Sistemi'nden silinmediği için farklı zamanlarda gözaltına alınmasından dolayı davacının duyduğu elem ve üzüntünün kısmen kabulüne ve bin YTL manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesi gerektiğine karar verdi.

Adalet Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığı, verilen kararı temyiz etti. Dosya, Danıştay 10. Dairesi'nin önüne geldi. Mahkemenin verdiği kararı oybirliğiyle onayan Danıştay 10. Dairesi verdiği emsal kararda şu görüşleri dile getirdi:

"Savcıların yargılama görevi kapsamında yürüttükleri hizmetler dışında, yasalarla verilmiş idari görevleri de bulunduğu, yaptıkları idari görevler nedeniyle ve bu kapsamda tesis edilen işlemlerden dolayı Adalet Bakanlığı'nın sorumlu tutulabileceği; hakkında kesinleşen ve infaz edilen hükme rağmen, Genel Bilgi Toplama Sistemi'nden silinmediği için, farklı zamanlarda gözaltına alınan davacının duyduğu elem ve üzüntü karşılığı manevi tazminat ödenmesi gerektiği açıktır. Bu nedenle davacının uğradığı manevi zararın olayda hizmet kusuru bulunan davalı idarelerce tazmini gerekmekte olup, davalı Adalet Bakanlığı'nın iddiası yerinde görülmemiştir."

(Star Gazetesi, 9 Ekim 2008)

göre; TTY'nin 272. maddesinde ön görülen esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketler ile üye sayısı yüz veya daha fazla olan yapı kooperatifleri sözleşmeli bir avukat bulundurmamak zorundadır.

Bu değişiklik sonrası, sözleşme yapacak meslektaşlara yardımcı olabilmek için Bursa Barosu olarak çalışma yapılmış ve bu çalışma kapsamında TBB'ye bu konuda tip sözleşme hazırlanıp hazırlanmayacağı da sorulmuştu. Alınan (sözlü) cevapta böyle bir çalışma yapılmadığı, sözleşme serbestliği prensibine müdahale edilmeyeceği bildirilmişti.

Aradan geçen yaklaşık yedi sene sonra buna gerek duyulduğundan, TBB'ce gerekli çalışmalar yapıldı ve Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nde değişiklikler gerçekleştirildi.

06 Eylül 2008 gün ve 26989 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan (Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Kanunu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik) yürürlüğe girdi. Buna göre:

Sözleşme Yapma Zorunluğu ve Sözleşmede Bulunması Gereken Hükümler:

Yönetmeliğe eklenen 73/A maddesine göre:

"Sürekli avukatlık hizmeti içeren çalışma şekillerinde, 1136 sayılı Avukatlık Kanununa ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine uygun, yazılı sürekli avukatlık hizmetleri sözleşmesi düzenlenmesi zorunludur.

Bu sözleşme taraf sayısından bir fazla nüsha olarak hazırlanır. Birer nüshası taraflara, bir nüshası da sözleşmenin tarafı olan avukat tarafından kayıtlı olduğu baroya verilir. Sözleşme metninde uyuşmazlık çıkması halinde Baroda saklanan nüshaya itibar edilir.

Her baro sözleşmeler için ayrıca bir kayıt defteri tutar ve bu deftere yıl bağlantılı sıra numarasına göre sözleşmeler kayıt edilir. Kaydı yapılan sözleşme kayıt sıra numarasına göre sözleşmeler klasöründe, bir fotokopisi de avu-

katın sicil dosyasında saklanır.

Sözleşmede;

a) İş sahibinin adı, soyadı, mesleki ya da ticari unvanı, vergi/T.C. kimlik numarası,

b) Avukatın/avukatlık bürosunun/avukatlık ortaklığının adı, soyadı, unvanı, vergi/T.C. kimlik numarası,

c) İşin tanımı,

d) Avukatlık ücreti ve ödenme şekli,

e) Sözleşme hükümlerinin Avukatlık Ücret Tarifesi Değişikliklerine uyarlanacağı,

f) Süresi,

g) Sona erme koşulları,

ğ) İşin harç ve giderlerinin iş sahibine ait olduğu, bunların peşin olarak ya da avukatın ilk talebinde derhal ödenmesi gerektiği, sözleşmede yazılı adresin avukatın bu konudaki taleplerini ileteceği adres olduğu, bu adrese yapılan tebligatların iş sahibine yapılmış sayılacağı,

h) Sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 516 ncı ve ilgili maddeleri kapsamında tahkim yolu ile çözülebileceği, hakem heyetinin birisi hakem kurulu başkanı olmak üzere, asgari on yıllık hukukçu olarak fiilen görev yapmış üç hukukçudan oluşacağı, hakem kuruluna görevlendirmenin avukatın kayıtlı olduğu baro merkezinde bulunan ve uyuşmazlığa bakmakla görevli mahkeme taraflardan birinin sürekli avukatlık hizmetleri sözleşmesi örneğini de ekleyerek yapacağı başvuru üzerine yapılacağı hükümleri,"
yer alır.

Görüldüğü gibi, Yönetmelik sadece anonim şirketler ve üye sayısı yüz veya daha fazla olan kooperatifleri kapsamamakta, bunların dışında kalan şirketler ve gerçek kişileri de kapsamına almaktadır. O halde, bir limited şirketle veya gerçek kişi ile sürekli avukatlık hizmeti içeren çalışma yapacak avukatın yukarıdaki koşullara uygun yazılı sözleşme düzenlemesi,

sözleşmenin bir örneğini baroya ibraz etmesi gerekir.

Madde kapsamında baroların sözleşmeleri saklamaları da düzenlenmiştir.

Serbest Meslek Makbuzu veya Bordro Düzenlenmesi ve Baroya İbraz:

73/B madesi: "1136 sayılı Avukatlık Kanunu kapsamındaki sürekli avukatlık hizmeti içeren çalışma şekillerinde sözleşmelere göre tahsil edilen avukatlık ücretine ilişkin serbest meslek makbuz veya bordro örnekleri, her yılsonunda avukat tarafından bir liste ekinde kayıtlı olduğu baro başkanlığına sunulur. Bu belgeler avukatın sicil dosyasında saklanır."

Maddede 1136 sayılı Avukatlık Kanunu kapsamındaki sözleşmelerden söz edildiğine göre, anonim şir ketterle üye sayısı yüz ve daha fazla olan kooperatiflere kesilen makbuzların ve düzenlenen bordroların baroya ibrazı gerekmekte, bunların dışındaki sözleşmelere ilişkin makbuz ve bordroların ibrazı zorunluluğu bulunmamaktadır.

Cezai Yaptırım

73/C maddesi: "1136 sayılı Avukatlık Kanununun 35 inci maddesinin üçüncü fıkrasına aykırı davranan tüzel kişiler, merkezlerinin bulunduğu yer barosu tarafından takip edilerek haklarında suç duyurusunda bulunulur. Baro başkanlığı bu konudaki çalışmaların sonuçlarını sözleşmeye taraf olan avukatları da içeren bir rapor ile her yılsonunda Türkiye Barolar Birliği'ne bildirir.

73/D maddesi: "73/A ve 73/B maddelerine aykırı davranışlar ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi altında velaket ücreti kararlaştırılması Meslek Kurallarına aykırılık oluşturur."

Uyum Süresi

GEÇİCİ MADDE: 2. "Bu Yönetmeliğin onüçüncü bölüm hükümlerinin yürürlük tarihinden önce düzenlenen sürekli avukatlık hizmetleri sözleşmeleri 31/12/2008 tarihine kadar bu Yönetmelikle uyumlu hale getirilir ve sözleşmenin tarafı olan avukatların Yönetmelikten doğan

yükümlülükleri aynı süre için devam eder."

Meslektaşlarımızın, mevcut sözleşmelerini, 31/12/2008 tarihine kadar bu değişikliğe uygun hale getirmeleri gerekir.

Av. İsmail H. Acar

"CMK GEREĞİNCE GÖREVLENDİRİLEN MÜDAFİ VE VEKİLLER İÇİN BAROLARCA YAPILACAK CARİ GİDERLER İLE BU HİZMET İÇİN ÇALIŞTIRILACAK PERSONELE İLİŞKİN YÖNETMELİK" İÇİN İPTAL DAVASI AÇILDI

23 Ağustos 2008 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan yönetmeliğin iptali için, Türkiye Barolar Birliği tarafından Danıştay'da 3 Eylül 2008 tarihinde dava açılmıştır.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ YÖNETİM KURULU YILIN HUKUÇUSUNU SEÇTİ

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu tarafından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Türkiye'yi uzun bir süre temsil eden Rıza Türmen, "Gümüşhane Barosu Başkanı Ali Gün-day" anısına "Yılın Hukukçusu" seçildi.

"Yılın Hukukçusu" plaketi önümüzdeki günlerde düzenlenecek bir törenle Sayın Türmen'e verilecektir.

KAYBETTİĞİMİZ TBB BAŞKANLARI ANISINA DÜZENLENEN PANEL İLGİ İLE İZLENDİ

Kaybettiğimiz TBB başkanları Prof. Dr. Faruk Erem, Prof. Dr. Eralp Özgen ve Av. Teoman Evren anısına bu yıl ikincisi düzenlenen etkinlik Ankara Barosu ABEM salonunda yapıldı. Panelin konusu "Özel Yaşamın Gizliliği" olarak belirlenmişti.

Güncelliği dolayısıyla ilgi gören panelde, TBB Başkanı Avukat Özdemir Özok'un açılış

konusmasından sonra Yargıtay 8.Ceza Dairesi üyesi Hamdi Yaver Aktan, Av. Güney Dinç, Doç. Dr. Korkut Kanadoğlu ve Prof. Dr. Fatih Selami Mahmutoğlu birer tebliğ sundular; soruları yanıtladılar.

Özdemir Özok açıklış konuşmasında gündel konulara değindi:

“Başta kurucu başkanımız Faruk Erem olmak üzere mesleğimiz adına kendilerine çok şey borçlu olduğumuz Eralp Özgen ve Teoman Evren başkanlarımızın aziz hatıraları önünde saygı ile eğilir, bağlılıklarımızı ve şükranlarımızı sunarız. Yaşadığımız süreçte kendilerini unutmayaçağımızı, bizlere bıraktıkları erdemli ve ilkeli duruşlarını sürdüreceğimizi içtenlikle yineleriz. Ülkemizin içinden geçtiği süreçte başkanlarımızı daha büyük bir özlem ve sevgiyle anıyor; bize yaşam kaynağı olan aziz hatıraları önünde saygı ile eğiliyoruz.

Ülkemiz, yıllardır, bu topraklarda yeşermeye ve filizlenmeye başlayan insanca yaşama istemine, çağdaş, uygar ve aydınlık gelecek düşlerine, barış, huzur ve kardeşlik arzusuna, demokratik laik hukuk devleti hedefi ve tüm bunların güvencesi olan devrimlere bir türlü ısınamayan bir kesimin amansız direnci ve saldırısıyla karşı karşıyadır.

Bunlar akli ve bilimi öteleyen, statükoyu korumaya çalışan, ortak moral değerleri alabil-diğine istismar eden, her türlü popülist davranışı, başarının ve siyasetin anahtarı kabul eden, sadece kendileri için yaşayan ve toplumun her kesiminde bu nitelikleriyle önemli konulara gelen etkin bir yapıyı ve anlayışı oluşturmaktadırlar.

Son dönemlerde TSK’ni hedef alan bu yapının ve anlayışın etkin olduğu her kurum süratle yozlaşmakta ve çözülmektedir. Yaşanan tüm olumsuzlukların kaynağını, basit ve önyargısız gözlemlerle hemen yanı başınızda göreceğiniz bu sağlıksız ve hastalıklı yapı oluşturmaktadır. Türkiye bu yapıdan ve bu yapının temsilcilerinden süratle kurtulmadığı sürece bölücü terör belası başta olmak üzere siyasal,

sosyal, ekonomik ve toplumsal hiçbir sorununa ciddi ve kalıcı çözüm bulamaz.

Bunca olumsuzluğa ve saldırıya karşın, barış, huzur ve kardeşliğe inanan, insanca yaşamayı amaç edinmiş bu toprakların doğasından ve kültüründen kaynaklanan ırk, din, dil ve mezhep ayrılığını yok sayan büyük bir kesim de inatla bu değerleri yaşamaya ve yaşatmaya çalışmaktadır. Ülkemizin yaşam sigortası olan bu kesim barışın, huzurun, kardeşliğin ve geleceğimizin güvencesidir. Kendi işinde gücünde olma yanında, yurt ve ulus sevgisi yüksek bu sağlıklı kesimin hoşgörüsü, inancı, direnci ve kararlılığı olmasa Türkiye çoktan kardeş kavgası başta olmak üzere çok büyük kaoslara ve maceralara sürüklenebilirdi. Çünkü her kademedeki yönetim zaafı ve ehliyetsizlik nedeniyle bireysel ve kurumsal büyük yanlışlıklar yapılmakta; rüşvet, yolsuzluk, usulsüzlük, suistimal, vurgun ve soygun söylemleri toplumsal dokuyu ağır bir biçimde tahrip etmektedir. Böylesi bir yapıda dürüst ilkeli, şaibeden uzak, öngörülü, idealist yöneticilere ve toplum liderlerine gerek sinimiz olmasına karşın bu konularla ilgili olarak yapılan anket çalışmalarının sonucu hiç de iyi bir noktada olmadığını göstermektedir.

Güzel ülkemizin masum, mazlum ve idealist büyük çoğunluğu yaşananları asla hak etmemektedir.”

PROF. DR. FARUK EREM VE TEOMAN EVREN MEZARLARI BAŞINDA ANILDI

15 Ekim 1998 ve 18 Ekim 2006 tarihlerinde kaybettiğimiz TBB Başkanları Faruk Erem ile Teoman Evren’in Karşıyaka Mezarlığı’ndaki mezarları, ölüm günlerinde aile mensupları ile TBB Başkanı ve Yönetim Kurulu üyeleri tarafından ziyaret edildi. Çiçek konuldu.

Başkanlarımızın çalışmaları ve kişilikleri konusunda anılar anlatıldı.

BARO SEÇİMLERİ YAPILDI

Avukatlık Kanunu'na göre, iki yılda bir Ekim ayında yapılması gereken baro seçimleri, Dergimizin baskıya verildiği tarihte, süreleri dolmadığı için Bilecik, Kırıkkale, Mardin, Muş ve Hakkari baroları dışında büyük bir çoğunlukla yapıldı, kurullar oluşturuldu. TBB delegeleri belli oldu.

Artvin ve Giresun baroları çeşitli nedenlerle seçimlerini 1 Kasım günü yapacakları için aşağıdaki listede yer almamışlardır.

Yapılan seçim sonuçlarına göre,

Av. Aziz Erbek (Adana); Av. Yusuf Yetiş (Adıyaman); Av. Celal Mümtaz Akıncı (Afyonkarahisar); Av. Timur Demir (Ağrı); Av. Abdülkerim (Aksaray); Av. Vedat Ahsen Coşar (Ankara); Av. Zafer Köken (Antalya); Av. Sümer Germen (Aydın); Av. Muzaffer Mavuk (Balıkesir); Av. Şeref Yıldız (Bartın); A. Yusuf Tanrıseven (Batman); Av. Erdal Aydemir (Bingöl); Av. Gazanfer Günler (Bolu); Av. Yusuf Çiftçi (Burdur); Av. Zeki Kahraman(Bursa); Av. Tülay Ömercioğlu (Çanakkale); Av. İdris Şahin (Çankırı); Av. Mahmut Bayatlı (Çorum); Av. Adil Demir (Denizli); Av. Mehmet Emin Aktar (Diyarbakır); Av. Ali Dilber (Düzce); Av. Faruk Sezer (Edirne); Av. Rüstem Kadri Septioğlu (Elazığ); Av. Naci Turan (Erzurum); Av. Can Tekin (Erzincan); Av. Yusuf Yıldırım (Eskişehir); Av. Aziz Canatar(Gaziantep); Av. Ali Haydar Dereli (Gümüşhane); Av. Sinan Akyol (Hatay); Av. Mustafa Buluş (İğdır); Av. Gamze Budak (Isparta); Av. Muammer Aydın (İstanbul); Av. Nevzat Erdemir (İzmir); Av. Fatma Şirin (Karabük); Av. Kerim Gökhan Şancı (Karaman); Av. Cevdet Ucungan (Kars); Av. İhsan Darendede (Kastamonu); Av. Ali Aydın (Kayseri); Av. Göksel Okumuş (Kırklareli); Av. Gökhan Maraş (Kırşehir); Av. Cumhuriyet Arıkan (Kocaeli); Av. Hasan Özen (Konya);Av. Sabit Özdoğlar (Kütahya); Av. İsmail Kahveci (K.Maraş); Av. Selahattin Sarıoğlu (Malatya); Av. Fadıl Ünal(Manisa); Av. Hulki Özel (Mersin); Av. Mustafa İlker Gürkan (Muğla); Av. Mustafa Necmi Öncül (Nevşehir); Av. Osman Çimen (Niğde); Av. Atilla Önal (Ordu); Av. Hüseyin Sezgin(Osmaniye); Av. Ateş Hatinoğlu (Rize); Av. Vacit Öktem (Sakarya); Av. Necat Anıl (Samsun); Av. M.Ali Özel (Siirt); Av. Ali Galip Ergül (Sinop); Av. Ünal Yılmaz (Sivas); Av. Yahya Demirkol (Ş.Urfa); Av. Nüşirevan Elçi (Şırnak); Av. Ahmet Müsellem Görgün (Tekirdağ); Av. Faruk Bostancı (Tokat); Av. Mehmet Şentürk (Trabzon); Nazik Dizdaroğlu (Tunceli); Av. Ayhan Çabuk(Van); Av. Rıza Albay (Uşak); Av. Cemal İnci (Yalova); Yusuf Başer (Yozgat); Av. İbrahim Kerem Ertem (Zonguldak); Av. Mezher Yürek (Bitlis) baro başkanlıklarına seçilmişlerdir.

Dergimiz başkanlarımıza ve kurullara seçilen değerli meslektaşlarımıza çalışmalarında başarılar ve sağlıklar diler.

**TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ ULUSLARARASI İLİŞKİLER BİRİMİ
EYLÜL-EKİM 2008 DÖNEMİ ÇALIŞMALARI**

8 Eylül 2008

“Hukuk Eğitimi Yoluyla Barolar Arasındaki Sivil Diyalogun Geliştirilmesi Projesi” kapsamında Türkiye Barolar Birliği, Avrupa Barolar Konseyi, İngiltere ve Galler Barosu, Fransa Barosu, İtalya Barosu, Avusturya Barosu, Polonya Barosu temsilcilerinin katılımı ile 8 Eylül 2008 tarihinde proje izleme komitesi toplantısı gerçekleştirilmiştir. Söz konusu toplantıya Birliğimizi temsilen Genel Sekreter Av. İ. Güneş Gürseler, CCBE Temsilcisi Av. Derya Yeşiladalı ve proje ekibi katılmıştır.

10 Eylül 2008

Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) Türkiye Temsilcisi Michel Gaude Birliğimizi ziyaret etmiş ve Başkan Av. Özdemir Özok ile görüşmüştür. Sayın Gaude, BMMYK'nın Türkiye'deki çalışmaları ile ilgili genel bilgi aktarmış ve TBB'nin bu çalışmalara yönelik desteğini talep etmiştir.

20-21 Eylül 2008

Adalet Bakanlığı, Türkiye Barolar Birliği ve Ankara Barosu'nun ortağı olduğu *“Türkiye’de Adalet Erişiminin İyileştirilmesi”* başlıklı projenin Adli Yardım başlığı altındaki ikinci bölgesel eğitim 20-21 Eylül 2008 tarihleri arasında Tekirdağ'da gerçekleştirilmiştir. Bir Sosyal Politika Olarak Adli Yardım, Genel Değerlendirmesi ile Türkiye’deki Adli Yardım Sistemi ve Adli Yardımda Farkındalık gibi başlıkların da yer aldığı eğitim 2 gün sürmüş ve Tekirdağ, Kırklareli ve Edirne barolarından 62 avukat söz konusu eğitime katılmıştır.

2-5 Ekim 2008

İtalya, İspanya ve Fransa Barolarının ortaklığında hazırlanan Akdeniz Baro Başkanları Yıllık Konferansı *“Avukatlık Mesleğinin Modernizasyonu= Performans ve Küreselleşme”* başlığı altında 2,3,4 ve 5 Ekim 2008 tarihlerinde Lipari-İtalya'da gerçekleştirilmiştir.

Konferans Ortak Etik Kuralları , Avukatların AB Ülkelerinde ve Diğer Ülkelerdeki Serbest Dolaşımı, Mesleğin Bağımsızlığı, Sözleşmeler Hukukunun Uyumlaştırılması gibi başlıklar altında gerçekleştirilmiştir. Birliğimizi temsilen Başkan Av. Özdemir Özok ve Genel Sekreter Av. İ. Güneş Gürseler konferansa katılmıştır.

13 Ekim 2008

Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) tarafından Türkiye çapında ve de özellikle mülteciler ve sığınmacılar konusunda faaliyet gösteren sivil toplum örgütlerinin katılımı ile Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Ankara'daki binasında bir koordinasyon toplantısı gerçekleştirilmiş. Bu toplantıya Birliğimizi temsilen Av. Filiz Conway katılmıştır.

13 Ekim 2008

Avrupa Konseyi Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Direktörlüğü'nü temsilen Sayın Hanne Juncher, Koordinasyon Birimi Şefi Giovanni Battista Celiento ve Hukuk İşler Sorumlusu Cüneyd Er Birliğimizi ziyaret etmişler ve Genel Sekreter Av. İ.Güneş Gürseler ile görüşmüşlerdir. Söz konusu ziyaret halihazırda devam etmekte olan "*Türk Avukatların AİHS'ne Yönelik Aşamalı Eğitimi Projesi*"nin genel olarak değerlendirilmesi ve yeni ortak proje çalışmalarına yönelik fikir alışverişinde bulunulması şeklinde gerçekleşmiştir.

25-26 Ekim 2008

Adalet Bakanlığı, Türkiye Barolar Birliği ve Ankara Barosu'nun ortağı olduğu "*Türkiye'de Adalete Erişimin İyileştirilmesi*" başlıklı projenin Adli Yardım başlığı altındaki üçüncü bölgesel eğitim 25-26 Ekim 2008 tarihleri arasında Trabzon'da gerçekleştirilecektir. Bir Sosyal Politika Olarak Adli Yardım, Genel Değerlendirmesi ile Türkiye'deki Adli Yardım Sistemi ve Adli Yardımda Farkındalık gibi başlıkların da yer alacağı eğitim 2 gün sürecek olup Ordu, Giresun, Gümüşhane-Bayburt, Artvin Barolarından da katılım beklenilmektedir.

AVRUPA BİRLİĞİNDEN HABERLER

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

SİVİL TOPLUM DİYALOĞU

Bilineceği gibi, 2007 yılı içerisinde TBB'nin Avrupa Barolar Konseyi (CCBE) ve üye Avrupa Baroları ile ortaklaşa olarak; "*Avrupa Birliği ve Türkiye Arasındaki Sivil Toplum Diyalogunun Güçlendirilmesi 2007 Hibe Programı*" kapsamında hazırladığı "*Mesleki Eğitim Yoluyla Barolar Arasındaki Sivil Diyalogun Desteklenmesi*" başlıklı proje kabul görerek hibe kapsamına alınmış bulunmaktadır. Proje Sözleşmesi 30 Haziran 2008 tarihinde imzalanmış olup 17 ayda tamamlanması öngörülmektedir. Söz konusu Proje kapsamında Adana, Ankara, Denizli, Elazığ, İstanbul, Samsun ve Şanlıurfa illerinde çalışma ziyaretleri ve seminerler yapılacaktır.

SİVİL TOPLUM DİYALOGU AÇILIŞ KONFERANSI

"*AB ve Türkiye Arasındaki Sivil Toplum Diyalogu*"nun Açılış Konferansı 9 Eylül 2008 tarihinde yapılmıştır. Bu bağlamda Sivil Toplum Diyalogu Projesi çatısı altında, aralarında TBB'nin de bulunduğu, 119 hibe projesine başlanmıştır.

Söz konusu Proje Türkiye'nin AB'ye kabul sürecinin üçüncü aşamasını oluşturmaktadır. Diğer bir ifade ile bu Proje Türkiye'nin AB'deki tanınırlığını artırmakla beraber, Türk vatandaşlarının AB'ne ve onun ilke ve değerlerini daha iyi anlamasına katkıda bulunacaktır. Bu diyalog sivil halkın politik, kültürel ve ekonomik bağlamlardaki gelişmelere karşı daha ilgili olmalarını sağlarken, hibeye hak kazanmış sivil toplum örgütü üyesi olan vatandaşların karşılıklı olarak bilgi aktarımına katkıda bulunacağı tartışmasızdır. Bu açıdan bakıldığında sivil toplum kuruluşlarına çok önemli bir görev düştüğü de anlaşılmaktadır.

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 irdelleyecek ve uzmanlıklarını sunacaklardır. Sınır ötesi delillerin toplanması, adli müzaheret ve Avrupa Delil Mazbatası konuları da tartışılacaktır.

MESLEKİ YETERLİK

AB ülkeleri hükümetlerinin mesleki yeterlik konusundaki Direktifi bir yıl önce ulusal mevzuatlarına almakla yükümlü bulunmaktaydılar. Ancak; Avusturya, Belçika, Fransa, Kıbrıs, Yunanistan, İrlanda, İspanya ve Portekiz bu yükümlülüklerini yerine getirmemiştir. Avrupa Komisyonu, 18 Eylül 2008 tarihinde bir açıklama yaparak, söz konusu üye ülkeler aleyhine Avrupa Adalet Divanı'na başvuracağını bildirmiştir. Diğer taraftan, İngiltere dahil bazı üye Ülkeler de Bulgaristan ve Romanya ile ilgili uygulamalarda ihlallerde bulunmuştur.

İSKOÇ AVUKATLIK KANUN TASARISI

İskoç Hükümeti 2008/2009 Parlamento Yılında Avukatlık Meslek Kanun tasarısını gündemine aldığını İskoç Barosuna bildirmiştir. Baro, yeni düzenlemede avukatlık büroları için yeni oluşum modelleri getirileceğini ve avukatlık mesleğinde daha iyi hizmet verilebilmesi için rekabete yönelik düzenlemelerin de yer almasını beklemektedir.

KUZEY İRLANDA'DA AVUKATLIK MESLEĞİ

Kuzey İrlanda Barolar Birliği tarafından açılan rakamlara göre bu yıl avukatlık yapmak için başvuranların sayısında geçen yıla oranla yüzde elli bir artış gözlenmiştir. Bu aynı zamanda, Baro'nun meslek eğitimi için yaptığı artan yatırım ve taahhütlerin de bir sonucu olarak değerlendirilmektedir.

CEZA HUKUKU

23 Eylül 2008 tarihinde Avrupa Parlamentosu'nda kişisel verilerin korunmasının artırılmasına ilişkin bir oylama yapılmıştır. Yapılması öngörülen değişikliklerle ulusal düzeyde işlem gören kişisel verilerin korunmasına öncelik verilecektir.

GIYAPTA VERİLEN KARARLARIN UYGULANMASI

Avrupa Parlamentosu 2 Eylül 2008 tarihinde; giyapta (*in absentia*) alınan kararların uygulanmasına yönelik bir Çerçeve Kararı'nı kabul etmiş bulunmaktadır. Bu öneri giyapta yapılan duruşmalara bir standart getirmeyi amaçlamaktadır. Konuya ilişkin ilk öneri AB Slovenya Başkanlığı döneminde İngiltere'nin desteği ile yapılmıştı.

AİLE HUKUKU

AB Parlamenterleri aile hukukunu ilgilendiren dava ve ihtilaflara uygulanacak kanun ve mahkemeleri belirlemek üzere bir Yönetmelik yapılması için çalışmalarını sürdürmektedir. Bu Yönetmelik'in amacı özellikle boşanma davalarından kaynaklanan kanunlar ihtilaflarında uygulanacak kanunu seçme hakkı vermektir. Konuya ilişkin oylama 11 Ekim tarihinde yapılacaktır.

AB KATILIM MÜZAKERESİ VE TARAMA SÜRECİ

Bilineceği gibi, 3 Ekim 2005 tarihinde Lüksemburg'da yapılan hükümetler arası konferansta Türkiye - AB katılım müzakeresinin 20 Ekim 2005 tarihinde başlatılmasına karar verilmişti. Bu kapsamda tarama süreci başlamış; tanıtıcı tarama toplantılarında AB Komisyonu tarafından her fasıldaki AB müktesebatı hakkında bilgi verilmiş, diğer taraftan ayrıntılı tarama toplantılarında ise ülkemizin ilgili fasıldaki müktesebata uygun durumu Komisyon yetkililerine izah edilmiştir. Bu doğrultuda; AB müktesebatı ile ülke mevzuatının karşılaştırması yapılarak söz konusu müktesebatı kabul etme, yürürlüğe koyma ve uygulama bakımından ne aşamada olduğu tespit edilmiştir.

Hemen belirtelim ki AB Müktesebatı(aquis communaiter) AB hukuk sistemine verilen addır. Bir diğer deyişle; AB'yi kuran antlaşmalar, AB'ye katışım antlaşmaları, Konsey, Komisyon, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı gibi organların çıkardıkları tüm mevzuatı ifade etmektedir. Bu bağlamda, AB Müktesebatı katılım müzakere başlıkları aşağıda ki gibidir:

1. Malların Serbest Dolaşımı
2. İşçilerin Serbest Dolaşımı
3. İş Kurma Hakkı ve Hizmet Sunum Serbestisi
4. Sermayenin Serbest Dolaşımı
5. Kamu Alımları
6. Şirketler Hukukun
7. Fikri Mülkiyet Hukuku
8. Rekabet Politikası
9. Mali Hizmetler
10. Bilgi Toplumu ve Medya
11. Tarım ve Kırsal Kalkınma
12. Gıda Güvenliği, Veterinerlik ve Bitki Sağlığı
13. Balıkçılık
14. Taşımacılık Politikası
15. Enerji
16. Vergilendirme
17. Ekonomik ve Parasal Politika
18. İstatistik
19. Sosyal Politika ve İstihdam
20. İşletme ve Sanayi Politikası
21. Trans-Avrupa Şebekeleri
22. Bölgesel Politika ve Yapısal Araçların Koordinasyonu
23. Yargı ve Temel Haklar
24. Adalet, Özgürlük ve Güvenlik
25. Bilim ve Araştırma

26. Eğitim ve Kültür
27. Çevre
28. Tüketicinin ve Sağlığın Korunması
29. Gümrük Birliği
30. Dış İlişkiler
31. Dış, Güvenlik ve Savunma Politikaları
32. Mali Kontrol
33. Mali ve Bütçesel Hükümler
34. Kurumlar
35. Diğer Konular

TARAMA SÜRECİ

Tarama Sürecinin ilk aşaması olan tarama toplantıları 30 Ekim 2005 tarihinde Bilim ve Araştırma faslı tanıtıcı tarama toplantısı ile başlamış ve 13 Ekim 2006 tarihinde yapılan Yargı ve Temel Haklar faslı ayrıntılı tarama toplantısı ile sona ermiştir.

Yukarıda bahsedilen her bir müzakere faslı için önce tanıtıcı, sonra ayrıntılı tarama yapılmıştır. Tanıtıcı bölüm (explanatory phase); Komisyon yetkililerinin ilgili müzakere fasılarıyla ilgili AB müktesebatına ilişkin bilgi verdiği bölümü oluşturmaktadır. Tanıtıcı bölümün tamamlanmasından bir ay sonra ayrıntılı tarama toplantıları gerçekleştirilerek Türkiye aşağıda yer alan konularda sunuşlar yapmıştır:

- İlgili başlıkta müktesebatı kabule hazır mıyız?
- İlgili başlıktaki müktesebata uygun kanunlar yapılmış mıdır?
- İlgili başlıktaki müktesebatı uygulamak için gerekli idari yapı var mıdır?
- İlgili başlıkta geçiş tedbiri talep etmeyi öngörüyor muyuz?

Her bir müzakere faslı taraması bittikten sonra Komisyon üye ülkelere bir rapor sunmakta olup bu raporda yer alan değerlendirme ve öneriler ilgili fasılda müzakerelerin açılmasına temel

oluşturmaktadır. Rapoda değerlendirmelerini yapan Komisyon sonuç kısmında ya faslın açılmasını veya varsa tamamlanması gereken ön koşulları bildirir.

FİİLİ MÜZAKERE SÜRECİ

Tarama sürecini fiili müzakere süreci takip etmektedir. Bu bağlamda; tarama süreci sonucuna göre hangi müktesebat başlıklarında başlanacağına karar verilir.

Bu karar doğrultusunda ilgili kamu kurum ve kuruluşları, özel sektör, sivil toplum kuruluşları, üniversitelerden oluşturulan çalışma gruplarınca hazırlanan müzakere heyetine sunulur. Müzakere pozisyonuna ilişkin nihai karar üzerine; AB müktesebatında katedilen mesafe, uyum çalışmaları takvimi ve bu doğrultuda eğer ihtiyaç varsa istisna talebinde bulunulabilir.

Tüm bu pozisyonların karşılıklı değerlendirilmesi sonucunda AB Bakanlar Konseyi tarafından Konsey pozisyonunun Türkiye'ye iletilmesi söz konusu olacaktır. Bu aşama ise müzakerelerin fiilien başlaması anlamında değerlendirilmektedir.

ÜLKE GÜNDEMİNDEN DÜŞMEYEN İKİ KONU: İŞKENCE VE TERÖR

Özdemir ÖZOK*

Küçük bir azınlık tarafından kışkırtılan etnik kökene dayalı terör eylemleri yanlış tespit, teşhis ve politikalarla son günlerde daha da azgınlaşmıştır. Terör bizim tespit ettiğimiz ve yıllardır her platformda söyleyegeldiğimiz gibi can ve mal kaybından öteye “demokrasi” ve “hukuk” aleyhine isteklere neden olmaktadır. Bu bağlamdaki arzuları tahrik etmektedir. İç ve dış kimi kesimlerce beslenen, en hafifinden moral anlamda sempatiyle karşılanan kanlı eylemler ve eylemciler sadece güvenlik tedbirleriyle ve askerinin, polislin özverili mücadeleleriyle yok edilememektedir. Bunun böyle olduğu 1984 yılında Eruh baskınından bu yana yaşanan acı deneyimler ve karşılaşılan kötü uygulama ve pratiklerle net bir biçimde anlaşılmıştır. Şansımız vatandaşlarımızın sağduyu ile hareket etmiş olmalarıdır.

Ancak yetkililerin bir bölümü bu acı gerçeği anlayamıyor ya da anlamak istemiyorlar, olağanüstü hal yetkileri başta olmak üzere, daha etkili güvenlik tedbirleri alınmasını, güvenlik güçlerinin yetkilerinin “hukuk” aleyhine genişletilmesini öneriyorlar.

Ülke insanının yüreğini dağlayan ve peş peşe gerçekleştirilen terör olaylarında mevcut mer’i mevzuat mı yetersizdir, yoksa istihbarat çalışmaları başta olmak üzere yıllar içinde yaşanan ciddi ihmal ve eksiklikler mi var?

Bu olaylardan sonra sınır bölgesindeki filiz gibi gençlerimize mezar olan, kümesi andıran, Aktütün Karakolu ile İstanbul İstinye’deki atom bombasıyla bile etkilenemeyecek kadar korunaklı ABD konsolos-

* Av., Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

luk binasını karşılaştırma ihtiyacını hissettim, yaşamını yitiren gençlerimiz adına utanç duydum. Bizim gencimiz bizim insanımız ABD yurttaşı kadar korunmaya değer değil mi?

Acaba yönetsel tüm önlemler alınmış olsa akan kan bu kadar çok olur muydu?

Bu sorulara üzülererek ifade etmek isterim ki, hiçbir yetkili inandırıcı yanıt verememektedir.

Ülkemizin en sorunlu ve duyarlı bölgesi olan bu bölgede geçmişten günümüze isyan, ayaklanma ve terör olayları eksik olmamıştır. Osmanlı döneminde de görülen bu hareketler, Kurtuluş Savaşı sürecinde Koçgiri, Milli aşireti kalkışması ile sürmüş, Cumhuriyet döneminde 1924 Nasturi ayaklanması ile başlamış ve zaman zaman tekrarlanarak 1937-1938 yıllarındaki Tunceli-Dersim tedip hareketine kadar sürmüştür.

Görüldüğü gibi, hukuk güvencesinin söz konusu olmadığı padişahlık dönemine ve tek parti döneminin sınırsız iktidarına karşı da bu olaylar yaşanmıştır. Bu tarihi deneyim bize sadece güç kullanmanın ve teröristlerin yok edilmesine yönelik politikaların sorunu çözmeye yetmediğini, 1999 yılında açıkladığımız "*Güneydoğu Raporu*"muzda da vurgulandığı gibi bunların yanında konunun sosyolojik, toplumsal, insan hakları boyutları bulunduğunu ve "*eksiksiz demokrasi*" ve "*hukuk devleti*" ilke ve kavramlarının yerleştirilip yaygınlaştırılmasının önemli olduğunu göstermektedir.

Bu nedenlerle kurulduğu günden bu yana "*eksiksiz demokrasi*", "*insan hakları*", "*hukukun üstünlüğü*" ve "*hukuk devleti*" ilke ve kavramlarını savunan bir hukuk kurumu olarak yaşanan acı olayların önlenmesini pozitif, çağdaş hukuk kurallarının engellediğini kabul etmemiz mümkün değildir. Aksine mevcut defolu demokrasinin eksiklerini giderecek ve eksiksiz demokrasinin yaşama geçmesini sağlayacak, "*biçimsel hukuk devleti*" anlayışını aşan gerçek bir "*hukuk devleti*"ni yaşama geçiren, insan hakları ve özgürlüklerin demokratik toplum olanaklarıyla taçlandırıldığı çağdaş, uygar ve aydınlık bir Türkiye'nin tüm sorunların üstesinden geleceğine inanmaktayız.

Bu nedenlerle 1980'lere dönüşü çağrıştıran girişimleri uygun ve ülkemizin demokratik toplum beklentileri yanında aydınlık yarınları için yerinde bulmadığımızı ifade ederken yapılacak antidemokratik

düzenlemelere karşı çıkacağımızı belirtmek isterim.

Şu gerçek kesinlikle akıllardan çıkarılmamalıdır. Eksiksiz demokrasiler demokrasiyi tüm kurum ve kurallarıyla benimsedikleri için demokratik değerleri dışlayan teröre karşı demokrasi ve insan hakları sınırları içinde mücadele etmek zorunda ve durumundadırlar. Devletler demokrasi ve insan haklarından uzaklaştıkça anti-demokratik uygulamalar içine girerler ve bir anlamda terörist ve terörizmin istediği tuzağa düşerler.

Basına yansıdığı kadarıyla konut ve işyerlerinde aramanın yargıç iznine tabi olmaması; gözaltına alma, ifade alma gibi işlemlerin tümünden güvenlik güçlerine bırakılması; gözaltına alma süresinin daha da uzatılması; hepsinden önemlisi Prof. Dr. Faruk Erem'in önderliğinde yıllarca yapmış olduğumuz "savunmanın itham ile başlaması" mücadelesi sonunda elde ettiğimiz ve asla vazgeçemeyeceğimiz ve değiştirilmesine onay veremeyeceğimiz gözaltına alınan kişilerin sorgulaması sırasında avukat bulundurulması hakkının geri alınması; yine aynı şekilde yıllardır mücadele ederek kaldırılmasına katkı sunduğumuz idam cezasının yeniden getirilmesine ilişkin düşünce ve girişimleri asla kabul etmemekteyiz.

* * *

Ülke gündeminden düşmeyen ikinci konu "işkence" dir.

Metris cezaevinde dövülerek komaya giren ve yaşamını yitiren Engin Ceber ve ardı ardına basına yansıyan olaylarda karşı karşıya kalınan insanlık dışı uygulama ülkemizde bir süredir dillendirilmeyen ve sıfır toleransla yaklaşıldığı ileri sürülen "işkence" iddialarını yeniden gündeme getirmiştir. Devletin koruma ve gözetimi altında olan kişilerin devlet görevlileri tarafından "işkence"ye tabi tutularak öldürülmesinin ayıbını bize yaşatanları lanetliyorum, olayı aydınlatan sivil toplum girişimcilerini yürekten kutluyorum. Sayın Adalet Bakanı'nun olaylar sonrası gösterdiği tepki ve duyarlılığı takdirle karşılıyorum. Ancak tüm bunlara karşın ülkemizde yeniden yaşam alanı bulan işkence olgusunun oluşmasında gösterilen ihmal ve basiretsizliği de şiddetle kınıyorum.

İster fiziksel, ister ruhsal olsun, göz korkutma, caydırma, intikam

alma, cezalandırma veya bilgi toplama aracı olarak bilinçli şekilde insanlara ağır acı çektirmekte kullanılan her türden baskı ve eylemi içeren işkence bir insanlık suçudur. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 5., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddeleri işkenceyi en ağır insan hakkı ihlali ve suç olarak kabul etmiştir.

Bu insanlık dışı suç; 3. ve 4. Cenevre Sözleşmesi ve BM İşkenceye Karşı Sözleşmesi yanında uluslararası belgelerde yaptırımlara bağlanması ve şiddetle kınanmasına karşın her üç ülkeden ikisinde ağır işkence uygulamalarına rastlanmaktadır.

Ülkemiz bakımından Sayın Adalet Bakanı'nun açıkladığı gibi 2006 ve 2007 yıllarında 10886 polis ve jandarma 4662 kişiye çeşitli işkenceler uyguladıkları iddiasıyla suçlanmışlardır. Ancak bu güvenlik görevlilerinden kimler hakkında soruşturma başlatıldığı, kimler hakkında tutuklama kararı verildiği, kimler hakkında kamu davası açıldığı ve kimlerin mahkûm olduğu konusunda yeterli bilgi verilmemiştir.

Tüm bu olumsuzluklar karşısında sorumlu kişiler hakkında gerekli işlemlerin hızla yapılarak hak ettikleri cezaları alması sağlanmalı, ayrıca Birleşmiş Milletler İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi'ne Ek Seçmeli Protokol de süratle imzalanarak yaşama geçirilmelidir. Böylece aşağılık bir eylem olan insanın insana reva gördüğü bu insanlık dışı suç ülkemiz gündeminden bir daha gelmemek üzere çıkarılmalıdır.

* * *

Avukatlık Kanunu'nun 82. maddesi uyarınca, baroların iki yılda bir Ekim ayında yapılması gereken olağan genel kurulları bu yılda hukukçulara yakışır bir olgunlukta yapıldı. Seçimleri son haftaya kalan barolarımız dışında seçimleri kazanan başkan ve baro kurulları üyeleri iş bölümü yapıp görevlerine başladılar.

Türkiye Barolar Birliği Başkanı olarak, yeni başkan ve kurullarımızla da "hukuk" adına olumlu işbirliği içinde olacağımıza inanıyor, arkadaşlarımızı candan kutluyor, başarılar ile birlikte sağlık ve esenlikler diliyorum.

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA VE TÜRK HUKUKUNDA TÜKETİCİ KREDİLERİ

- I -

Ebru CEYLAN*

GİRİŞ

Çağımızda liberal veya kapitalist ekonomi düzeninin ayırt edici özelliklerinden olan serbest piyasa ekonomisinde kitle üretimine bağlı olarak tüketim artmıştır, ancak tüketicinin piyasaya müdahale etmesi sınırlanmıştır. Liberal veya kapitalist ekonomi sisteminde özellikle sanayide üretim araçları mülkiyetinin belirli ellerde toplanması veya kontrolü etkili olmaktadır. Arz tarafındaki birleşmeler ve rekabeti önleyici anlaşmalar ekonomik gücün yoğunlaşmasına sebep olmuştur.¹ Bu gelişmeler nedeniyle tüketicinin korunması amacını gerçekleştirmek için ulusal ve uluslararası alanda çeşitli hukuk düzenlerinde hukuk reformları yapılmıştır ve sözleşme adaletini sağlamak için 20. yüzyılda çeşitli çözümler² üretilmiştir.

* Yrd. Doç. Dr., İstanbul Aydın Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Bölümü Hukuk Anabilim Dalı öğretim üyesi.

¹ Ceylan, Ebru, "Tekelleşmenin Rekabet Düzenine Etkisi ve Hukuki Durumu", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan Özel Sayısı, 2007/II, s. 345.

² Atamer, piyasa işleyişini destekleyen ve piyasa işleyişine müdahale eden hukuki düzenlemeler olarak bu çözümleri ikiye ayırmaktadır. Piyasa işleyişini destekleyen hukuki düzenlemeler, sözleşme özgürlüğü ilkesine bir müdahale teşkil etmez, aksine sözleşme özgürlüğü sonucu sözleşme adaletinin sağlanması için ön şartların yaratılmasını sağlarlar. Piyasa işleyişine müdahale eden hukuki düzenlemeler ise, piyasa mekanizmasının taraflar arasındaki dengesizliği ortadan kaldırmak için yetersiz kaldığı durumlarda doğrudan sözleşmeye müdahale imkânı vermektedir. bkz. Atamer, Yeşim M., *Tüketici Hukukunun Gelişimi: Dünü, Bugünü ve Yarını, Tüketicinin Korunması Semineri*, Türkiye Adalet Akademisi Başkanlığı'nun ve Avrupa Konseyi Proje Ofisi'nin Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün düzenlediği Tüketicinin Korunması Semineri, 2-4 Kasım 2006, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2007, s. 24.

Tüketici hukuku, 19. yy. medeni ve borçlar kanunlarının tüketiciyi korumada yetersiz kalmaları nedeniyle 20. yüzyılda bu kanunlar yanında özel bir mevzuat olarak ortaya çıkmıştır.³ Avrupa Birliği hukukunda tüketici sorunlarına global bir yaklaşımla bakılmaması üye ülkelerin hukuk düzenlerinde ortak ilkelerin belirlenmesini zorlaştırmıştır. 21. yy. kanun koyucusunun önündeki sorun, klasik borçlar hukuku ve tüketici hukuku arasındaki ilişkiyi belirlemek ve bu ikiliği devam ettirmek veya ettirmemek konusunda bir seçim yapmaktır. Avrupa Birliğinde tüketici hukuku, bütün üye ülkelere ortak bir borçlar kanunu hazırlanması düşüncesinin itici gücünü oluşturmaktadır.⁴

Avrupa Birliği tek pazarı, üye ülkelerin vatandaşlarının tüketici kabul edildiği ve malların serbestçe ticaretinin yapıldığı 27 üye ülkenin ortak pazarıdır. Bu pazarda amaçlanan sınırların kaldırılmasıyla sanayi ve hizmet sektörüne daha iyi büyüme imkânları ve tüketicilere daha düşük fiyatlarla daha geniş ürün edinme imkânını sağlamaktır.⁵ Avrupa Birliği müktesebatının önemli politika alanlarından birini

³ Zevkliler/Aydoğdu, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Ankara 2004, s.70 vd; Atamer, *Tüketici hukuku*, s. 29; Halfmeier, yasakoyucunun yapısal eşitsizlikten zarar gören tüketicilerin çıkarlarını korumak için sözleşme özgürlüğü ilkesini düzeltmeye çalıştıklarını belirtmektedir. Yapısal eşitsizliğin tüketicinin yaşamak için gerekli olan veya modern şartlar altında gerekli oldukları düşünülen şeyleri satın almaktan başka seçeneği olmadığından, profesyonel tedarik edene göre daha az pazarlık gücüne sahip olmasını ifade ettiğini açıklamaktadır. Bu düşüncelerin sonucunda özel hukuka toplumsal adaleti katmak gerekliliğinin doğduğunu belirtmektedir. Halfmeier, Axel, *Avrupa Birliği'nin Tüketici Politikası ve Almanya'da Tüketicilerin Korunması*, Türkiye Adalet Akademisi Başkanlığı'nın ve Avrupa Konseyi Proje Ofisi'nin Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün düzenlediği *Tüketicinin Korunması Semineri*, 2-4 Kasım 2006, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2007, s. 159; Calais-Auloy, Jean, Steinmetz, Frank, *Droit de la consommation*, 4 ème édition, 1996 Paris, s.10 vd.

⁴ Atamer, *Tüketici Hukuku*, s. 29.

⁵ AB'de üye devletler tüketici haklarını korumak için ortak asgari standartlar hazırlayabilir. Ancak bu durum AB politikasının ulusal kuralları geçersiz hale getirmemektedir. Bu standartlarla ulusal kuralların birbirini tamamlaması amaçlanmaktadır. AB tüketici politikası, 2002-2006 yıllarını kapsayan dönem için ortak bir tüketici koruma seviyesinin belirlenmesini, tüketici koruma yasalarının etkin olarak uygulanmasını ve tüketici derneklerinin AB tüketici politikasına katılımlarının sağlanmasını hedeflemiştir. Sezgin, Ali, *Tüketicilerin Korunmasında Avrupa Birliği Hukukunun Etkisi*, Türkiye Adalet Akademisi Başkanlığı'nın ve Avrupa Konseyi Proje Ofisi'nin Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün düzenlediği *Tüketicinin Korunması Semineri*, 2-4 Kasım 2006, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2007, s.170-171; *Avrupa Birliği'nin Tüketici Politikası ve Türkiye'nin Uyumunu*, 2001, İKV Yayını: 7, İstanbul 2001, s. 5 vd.

oluşturan tüketici hakları ve korunması son yıllarda ülkemizde de gelişmeye başlamıştır.

Tüketicilerin ekonomik çıkarlarının korunması amacıyla Avrupa Birliği çerçevesinde gerçekleştirdiği hukuki düzenlemelerden büyük bölümü sözleşmeler hukukuyla ilgilidir.⁶ Çalışmamızda, tüketici kredisi sözleşmesiyle ilgili kurallar AB hukuku ve Türk hukuku bakımından incelenmektedir.

1. Avrupa Birliği Hukukunda Tüketici Kredilerine İlişkin Direktif

1.1. Avrupa Birliği Tüketici Kredilerine İlişkin Direktifin Amacı ve Kapsamı

AB hukukunda AB Antlaşması'nın m.153 hükmünde "*yüksek düzeyde bir tüketici güvenliği ve ekonomik çıkarları*" korunması hedeflenmektedir.

Avrupa Birliği hukukunda tüketici kredileri, tüketici kredisi hakkında AB Konsey Direktifi⁷ 22 Aralık 1986 tarihinde düzenlenmiştir. Bu Direktif, 22 Şubat 1990 tarihinde 90/88 EEC sayılı (Konsey) ve 16 Şubat 1998 tarihinde 98 /7/EC sayılı (AB Parlamentosu ve Konsey) Direktifleriyle değişikliklere uğramıştır. Değişikliğe uğramış olan AB'nin 87/102 sayılı Direktifi 28/10/2004 tarihinde Brüksel'de kabul edildi. Avrupa devletlerinde tüketici kredileri özel yasalarda veya Medeni ve Borçlar Kanunu'nun sözleşme özgürlüğü çerçevesinde konuya çözüm aranmıştı. AB üyesi Belçika'da tüketici kredileriyle ilgili 12/6/1991 tarihli özel yasa⁸ çıkarılmıştı.

AB üyesi olmayan İsviçre'de ise tüketici kredileriyle ilgili 23/3/2001 tarihli özel bir yasa⁹ yürürlüktedir.

⁶ Atamer, Yeşim M.(Tekinalp/Tekinalp), *Avrupa Birliği Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul 2000, s. 658.

⁷ <http://eur-lex.europa.eu>; Journal Officiel No:L 04 du 12/02/1987, 0048-0053.

⁸ Ceylan, Ebru, Belçika Hukukunda Tüketici Kredileriyle İlgili 12 Haziran 1991 Tarihli Yasa, *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, GSÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002/1, s. 747 vd.

⁹ Bkz. Paisant, Gilles/Dutoit, Bernard/Favre-Bulle, Xavier/Piotet, Denis/Stauder, Bernd, La nouvelle loi fédérale sur le crédit à la consommation, Travaux de la demi-journée organisée le 6 Mars 2002 à L'Université de Lausanne, Lausanne

1986 tarihli tüketici kredisi hakkında Konsey Direktifi'nin çıkarılmasında etkili olan çeşitli sebepler vardır.¹⁰ AB üyesi devletlerin tüketici kredisi ile ilgili hukuk kurallarının farklı olması, ortak pazarda tüketici kredisi verenler arasında rekabeti bozabilir. Farklı hukuki düzenlemeler, tüketicilere bir başka üye devletten tüketici kredisi alma imkânını ortadan kaldırabilir. Ayrıca hukuk kurallarındaki farklılıklar, tüketici kredilerinin hacmi ve niteliği üzerinde olumsuz etkiler yaratabilir, krediye bağlı mal ve hizmetlerin serbest dolaşımı üzerinde olumsuz şekilde etkili olabilir.

AB içinde tüketici kredisi hacmi arttığı için ortak bir tüketici pazarı oluşturmak tüketiciler, kredi verenler, üreticiler/imalatçılar, toptan veya perakende işletmeler ve hizmet sunanlar aynı oranda yararlı olacaktır. AB'nin tüketicilerin bilgilendirilmesi ve korunması politikası programları haksız şartlara karşı tüketicinin korunması için tüketici kredileriyle ilgili genel şartların uyumlaştırılmasını öngörmektedir. Tüketici kredisi alanında üye devletlerdeki farklı kurallar ve uygulamalar, tüketicinin aynı korumadan yararlanmasını engellemektedir. Bunun avantajı malı tedarik edenler için üye devletlerde benzer pazarlama şartlarını kullanabilmek ve farklı ulusal yasaları araştırma ve bunları uydurma maliyetinden kaçınmaktır.¹¹

Son yıllarda, tüketicilere sunulan ve kullandıkları kredi çeşitlerinin yeni formları ortaya çıkmıştır ve ortaya çıkmaktadır.

Tüketici, kredi şartları, kredinin maliyeti ve yükümlülükleri hakkında bilgilendirilmelidir. Özellikle bu bilgiler, kredinin yıllık faizi ve bu belirlenemiyorsa alınan kredi için ödenecek toplam para tüketiciye söylenmelidir. Topluluğun metodu veya metotlarına ilişkin bir karar alınana kadar, üye devletlerin yıllık faizin hesaplanmasına ilişkin mevcut metotları veya usulleri devamlı kullanılmak zorundadır veya bu mümkün değilse üye devletler kendi toplam maliyetlerine ilişkin tüzük çıkarmak zorundadır.

2002, s. 3 vd.

¹⁰ Özsunay, Ergun, AB Hukukunda Tüketici Kredileri (AB Hukukundaki Çözümlerin Işığında 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Tüketici Kredilerine İlişkin Çözümlerinin Değerlendirilmesi), *İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.: 3, S. 1-2, (Türk-Avusturya Hukuk Haftası Özel Sayısı" Avrupa Hukuku ve Ulusal Hukuklar Bağlamında Tüketicinin Korunması Hukuku" İstanbul 03-06 Nisan 2004) Aralık 2004, s. 49 vd.

¹¹ Halfmeier, s.159.

Kredi sözleşmesindeki şartlar, tüketicilerin aleyhine olabilir. Tüketicilerin daha iyi korunmasına, bütün kredi şekilleri için geçerli belli kuralların belirlenmesiyle ulaşmak mümkündür.

Belli kredi sözleşmeleri veya belli ticari işler özellikleri nedeniyle kısmen veya tamamen bu Direktifin uygulama alanı dışında kalmaktadır.

Üye devletler AB Komisyonu'na danışarak belirli ticari olmayan özel şartlar altında verilmiş kredileri bu Direktif'in uygulama alanı dışında bırakabilirler.

Bazı üye devletlerde noter veya mahkeme tarafından onaylanmış sözleşmelerin kullanıldığı durumlar bu Direktif'in hükümlerinin uygulanmasını etkisiz hale getirebilir. Bunları üye devletler Direktif'in uygulama alanı dışında tutabilirler.

Çok yüksek miktarlar için yapılan kredi sözleşmeleri alışılmış tüketici kredisinden ayrılmaktadır. Çok küçük miktarlar için yapılmış kredi sözleşmelerini de bu Direktif'in hükümlerine tâbi tutmak hem tüketici, hem kredi veren için gereksiz idari masraflara yol açabilir. Bu nedenle belirli bir miktarın üstünde veya altında yapılan sözleşmelere bu Direktif uygulanmaz.

Kredi verenin veya krediye aracı olanın işyerinde ve reklamlarda maliyetler üzerinden yapılan açıklamalar tüketicilere çeşitli teklifler arasında karşılaştırma yapmayı kolaylaştırır.

Tüketici, kredi sözleşmelerinin yazılı yapılmasıyla ve sözleşme şartlarıyla ilgili belirli asgari bilgilerin yer almasıyla daha fazla korunacaktır.

Üye devletler malların satın alınması için alınan kredilerde, malların geriye alınması şartlarını özellikle de tüketicinin rızasının olmadığı durumlarda belirlemelidir. Burada hesap kesmede geri alma hiçbir şekilde haksız kazanç yaratmamalıdır.

Tüketiciye borcunu zamanından önce ödeme izni verilmelidir. Böyle bir durumda tüketiciye toplam kredi maliyetinde uygun bir indirim imkânı tanınmalıdır.

Kredi verenin haklarını devretmesi durumunda tüketicinin hukuuki durumu hiçbir şekilde daha kötü hale gelmemelidir.

Kredi sözleşmelerinde tüketiciye kıymetli evrak, bono veya çek verme izni veren üye devletler, tüketicilere uygun bir koruma sağlamalıdır.

Tüketici, mal ve hizmetleri bir kredi sözleşmesi çerçevesinde satın alıyorsa malları veya hizmetleri sunanlara karşı sözleşmeden doğan haklarını kredi verenlere karşı da ileri sürebilir. Bu durum, önceden yapılmış bir anlaşmaya dayanarak kredinin mal alınması veya hizmet sunulması amacıyla kredi veren tarafından verilmesi durumudur.

Üye devletlere bu Direktif'te Ecu AET'nin 2626/84 numaralı yönetmelikle değişik 3180/78 nolu yönetmeliğine göre hesaplama birimi olarak geçerli kabul edildiğinden dolayı bazı miktarları hesaplarken kendi para birimleriyle belli sınırlar içinde düzenleme yapabilme yetkisi verilmelidir. Ekonomideki ve para piyasalarındaki gelişmelere göre bu Direktif'teki miktarlar da kontrol edilmelidir ve gerektiğinde düzeltilmelidir.

Üye devletler, kredi verenlerin veya krediye aracı olanların izni ve onların denetlenmesi yönünde ve tüketicilerin kredi sözleşmelerine ve şartlarına karşı dava açabilmelerini sağlayıcı tedbirler almalıdır.

Kredi sözleşmeleri bu Direktif'in tüketicilerin aleyhine olarak uygulanmasını ve hükümlerini ortadan kaldıracı olmamalıdır.

Bu Direktif ile üye devletlerin tüketici kredileri üzerine hukuki, idari düzenlemeleri uyumlu hale gelecektir, ancak üye devletlerin tüketicilerin korunması için daha sıkı tedbirler almalarına engel yoktur.

AB Direktifi, 22 Şubat 1990 tarihli ve 90/88/EEC Konsey Direktifi'yle, bazı değişiklikler yapılmıştır. Şu değişiklikler yapılmıştır: Kredinin tüketiciye toplam maliyeti ve yıllık efektif faiz m. 1 (2 d,e) tanımları değiştirilmiştir. Ayrıca m. 1a hükmü eklenmiştir, m. 2 (3) ve m. 4 (2) hükümlerinde bazı değişiklikler öngörülmüştür ve m. 5 hükmü kaldırılmıştır. Ek ise "Ek 1" olarak değiştirilmiştir ve bazı eklemeler yapılmıştır, ayrıca "Ek II" ilave edilmiştir.

98/7 EC (Avrupa Parlamentosu ve Konsey) Direktifi ile yeniden değişiklik yapılmıştır. m. 1a(1) a hükmü değiştirilmiş, m. 1a (3) ve m. 1a (5) hükümleri kaldırılmış, m. 3 yeniden düzenlenmiştir. Ek II'nin yerine Ek I geçmiş, Ek II yerine ise Ek III geçmiştir. Ek I ve Ek III'te kredinin hesaplanması şekilleri düzenlenmiştir.

AB üye devletler, kendi iç hukuklarında AB Direktifi'yle uyumlu gereken düzenlemeleri yapmışlardır.

Bu Direktif, tüketici kredilerini düzenlemek için çıkarılmıştır. Bu Direktif'in kapsamına girmeyen işlemler şunlardır: (m. 2 (1) a-g)

a. Esas amacı bir taşınmaz üzerinde veya mevcut veya yapılması planlanan bir yapıda mülkiyet hakkı kazanmak veya bu hakları alıkoymak için verilecek kredi sözleşmeleri veya kredi verme vaatleriyle ilgili sözleşmeler

b. Kiralananın sözleşme sonunda kiracıya devrine ilişkin durumlar dışındaki kira sözleşmeleri

c. Faiz veya başka bir masraf ödemesi olmayan kredi sözleşmeleri

d. Tüketicinin tek bir ödeme yaparak krediyi geri ödemeyi kabul etmesi şartıyla faiz ödeme olmadan yapılan kredi sözleşmeleri

e. Bir kredi kuruluşu veya finans kuruluşunca kredi kartı hesabı dışında cari hesapta avans şeklinde verilen krediler

f. 200 Euro'dan az veya 20.000 Euro'dan fazla miktardaki kredi sözleşmeleri

g. Tüketicinin 3 ayı geçmeyen bir süre içinde veya 12 ayı geçmeyen bir süre içinde azami 4 taksitte ödeme yapmayı kabul ettiği kredi sözleşmeleri

Bu tüketici kredisi sözleşmeleri dışında üye devletler, bazı kredi türlerini Direktif dışında bırakabilirler. Bu krediler, piyasada cari faiz oranlarının altındaki faizle verilen ve genel olarak kamuya yönelik olmayan krediler (m. 2 (2)).

Ayrıca m. 2(1) a paragrafına göre uygulama dışında bırakılmayan taşınmazlar üzerine ipotek verilerek güvence altına alınmış kredi sözleşmeleri ile kredi verme vaadi sözleşmeleri de Direktif'in m. 4 ile m. 6-12 uygulanması dışında uygulama dışında bırakmak mümkündür (m. 2 (3)).

Direktif'te, üye devletler bir noter veya hâkim önünde senetlenmiş kredi sözleşmelerini m. 6 -12 hükümleri dışında bırakmak mümkündür (m. 2 (4)).

AB Konseyi, her 5 yılda bir komisyonun teklifi üzerine ekonomisindeki ve para piyasasındaki gelişmeleri dikkate alınarak bu Direktif'teki miktarları gerektiğinde değiştirebilir (m. 18).

1.2. Avrupa Birliği Direktifindeki Tüketici Kredilerine İlişkin Tanım

Avrupa Birliği Tüketici Kredisi Direktifi'nde tüketici kredisinin tanımı yapılmamıştır. *“Kredi sözleşmesi”*, ise *“kredi veren kişinin tüketiciye ödemenin ertelenmesi veya ödünç vermesi veya başka bir mali yardım etmesini öngören veya bunların taahhüdü niteliğindeki sözleşmedir”* (m. 1 (2c)).

1. Türk Tüketici Hukukunda Tüketici Kredilerine İlişkin Düzenleme

2.1. TKHK'daki Tüketici Kredilerine İlişkin Düzenlemenin Amacı ve Kapsamı

23.02.1995 tarihli ve 4077 sayılı TKHK'da¹² sosyal ve ekonomik yaşamdaki gelişmeler karşısında tüketicinin daha etkin bir şekilde korunması ve Avrupa Birliği'nin tüketici ile ilgili mevzuatına daha uyumlu olması için 06.03.2003 tarihli ve 4822 sayılı *“Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”*¹³ ile önemli değişiklikler yapılmıştır.

TKHK m. 10 hükmünde *“Tüketici Kredisi”* düzenlenmiştir.

Bu hükme göre *“Tüketici kredisi, tüketicilerin bir mal veya hizmet edinmek amacıyla kredi verenden nakit olarak aldıkları kredidir. Tüketici kredisi sözleşmesinin yazılı olarak yapılması ve bu sözleşmenin bir nüshasının tüketiciye verilmesi zorunludur. Taraflar arasında akdedilen sözleşmede öngörülen kredi şartları, sözleşme süresi içerisinde tüketici aleyhine değiştirilemez.*

¹² 08.03.1995 tarihinde RG'de yayımlanarak 08.09.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹³ 14.03.2003 tarihinde RG'de yayımlanarak 14.03.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sadece Geçici m.1 14.03.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. bkz. Ceylan, Ebru, 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Getirdiği Yeni Düzenlemeler, *GSÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002/2, s. 267 vd.

Sözleşmede; a) Tüketici kredisi tutarı, b) Faiz ve diğer unsurlarla birlikte toplam borç tutarı, c) Faizin hesaplandığı yıllık oran, d) Ödeme tarihleri, anapara, faiz, fon ve diğer masrafların ayrı ayrı belirtildiği ödeme planı, e) İstenecek teminatlar, f) Akdi faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faizi oranı, g) Borçlunun temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları, h) Kredinin vadesinden önce kapatılmasına ilişkin şartlar, ı) Kredinin ya-bancısı para birimi cinsinden kullanılması durumunda, geri ödemeye ilişkin taksitlerin ve toplam kredi tutarının hesaplanmasında, hangi tarihteki kurun dikkate alınacağına ilişkin şartlar yer alır.

Kredi veren, taksitlerden birinin veya birkaçının ödenmemesi halinde kalan borcun tümünün ifasını talep etme hakkını saklı tutmuşsa, bu hak; ancak kredi verenin bütün edimlerini ifa etmiş olması durumunda ve tüketicinin birbirini izleyen en az iki taksiti ödemede temerrüde düşmesi halinde kullanılabilir. Ancak kredi verenin bu hakkını kullanabilmesi için en az bir hafta süre vererek muacceliyet uyarısında bulunması gerekir. Tüketici kredisinin teminatı olarak şahsi teminat verildiği hallerde, kredi veren, asıl borçluya başvurmadan, kefilden borcun ifasını isteyemez.

Tüketici, kredi verene borçlandığı toplam miktarı önceden ödeyebileceği gibi aynı zamanda vadesi gelmemiş bir ya da birden çok taksit ödemesinde de bulunabilir. Her iki durumda da kredi veren, ödenen miktara göre gerekli faiz ve komisyon indirimini yapmakla yükümlüdür. Bakanlık ödenen miktara göre gerekli faiz ve komisyon indiriminin ne oranda yapılacağıın usul ve esaslarını belirler.

Kredi verenin, tüketici kredisini, belirli marka bir mal veya hizmet satın alınması ya da belirli bir satıcı veya sağlayıcı ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile vermesi durumunda satılan malın veya hizmetin hiç ya da zamanında teslim veya ifa edilmemesi halinde kredi veren tüketiciye karşı satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumlu olur.

Kredi verenin ödemeleri bir kıymetli evraka bağlaması ya da krediyi kıymetli evrak kabul etmek suretiyle teminat altına alması yasaktır. Bu yasağa rağmen tüketiciden bir kıymetli evrak alınacak olursa, tüketici bu kıymetli evraki kredi verenden geri istemek hakkına sahiptir. Ayrıca, kredi veren kıymetli evrakin ciro edilmesi sebebiyle tüketicinin uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlüdür”.

Bakanlık, Tüketici Kredisinde Erken Ödeme İndirimi ve Kredinin Yıllık Maliyet Oranının Hesaplama Usul ve Esasları Hakkında Yönet-

meliği yayınlamıştır.¹⁴

TKHK m. 2 hükmüne göre “*Bu Kanun, birinci maddede belirtilen amaçlarla mal veya hizmet piyasalarında tüketicinin taraflarından birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemi kapsar*”. Bu hükme göre, taraflarından birinin tüketici olduğu her türlü kredi verme işlemi de bu kanun kapsamına girmektedir.¹⁵ Tüketici kredisi sözleşmesinin kredi sözleşmesinden çeşitli bakımlardan önemli farkları vardır. Tüketici kredisi sözleşmesinde kredi tüketiciye doğrudan doğruya nakit olarak verilmektedir, kredi sözleşmesinde ise kredi çeşitli şekillerde verilebilir.¹⁶ Tüketici kredisi sözleşmesinde, kredi genellikle bir defada kullanılır, kredi sözleşmesinde ise kredi bir defada veya kısım kısım kullanılabilir.¹⁷ Tüketici kredisi sözleşmesinde ticari ve mesleki amaç yoktur, kredi sözleşmesinde ise ticari ve mesleki amaç vardır, çünkü kredi veren belirli bir limit çerçevesinde sürekli olarak kredi vermeyi taahhüt eder ve bunun karşılığında faiz ve komisyon alır.¹⁸ Tüketici kredisi sözleşmesinde, alınan kredinin geri ödenmesi sonucunda kredi ilişkisi sona ererken, kredi sözleşmesinde ise kredinin geri ödenmesiyle sözleşme sona ermez.¹⁹

Tüketici kredisi sözleşmesi, TKHK m. 10 hükmü ile düzenlenmişken, kredi sözleşmesi ise hukuki nitelik bakımından bağımsız kendine özgü yapısı olan ve kredi açanı kredi verme borcu çerçevesi içinde çeşitli edimlerde bulunma yükümlülüğü altına sokar.²⁰

2.2. TKHK'nın Tüketici Kredilerine İlişkin Tanımı

4822 sayılı Değişiklik Kanunu'ndan önce tüketici kredisi TKHK m. 10/I hükmünde tanımı yapılmamıştır, ancak tanımdan tüketici kredisinin unsurlarını görmek mümkündür: “*Tüketicilerin banka veya benzeri*

¹⁴ 01.08.2003 tarih 25186 sayılı RG'de yayınlanmıştır.

¹⁵ Aslan, İ. Yılmaz, *Tüketici Hukuku*, Bursa 2006, s. 354.

¹⁶ Akipek, Şebnem, *Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi*, Ankara 1999, s. 215; Gezder, Ümit, *Tüketici Kredisi Sözleşmeleri*, İstanbul 1998, s. 71-72.

¹⁷ Aslan, s. 357.

¹⁸ Akipek, s. 215; Deryal, Yahya, 4077 sayılı Kanuna Göre Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na Armağan*, İstanbul 2001, s. 146.

¹⁹ Deryal, *Tüketici Kredisi*, s. 146.

²⁰ Deryal, *Tüketici Kredisi*, s. 146.

finans kurumlarına, bir mal veya hizmeti satın almak amacıyla tüketici kredisi almak için başvurmaları durumunda, banka veya finansman kuruluşları ile tüketiciler arasında yazılı bir sözleşmenin yapılması ve bu sözleşmenin bir nüshasının da tüketiciye verilmesi zorunludur”.

4822 sayılı Değişiklik Kanunu’ndan sonra ise tüketici kredisi TKHK m. 10/I c. 1’de şu şekilde tanımlanmıştır: *“Tüketici kredisi, tüketicilerin bir mal veya hizmet edinmek amacıyla kredi verenden nakit olarak aldıkları kredidir”.*

Tüketici kredisi sözleşmesi, Tüketici Kredisiyle ilgili Yönetmelik m. 4a’ya göre *“Kredi veren ile tüketici arasında bir mal veya hizmet edinmek amacıyla kredi verenden nakit olarak alınan krediye ilişkin sözleşme”* yi ifade etmektedir. Bu iki tanımdan tüketici kredisi sözleşmesinin taraflarının tüketici ve kredi veren olduğu, tüketici kredisinin konusunun nakit olarak alınan kredi olduğu ve tüketicinin kredi almaktaki amacının bir mal veya hizmet edinmek olduğu anlaşılmaktadır.²¹

TKHK’nın ve ilgili Yönetmeliğin tanımları göz önüne alındığında bir sözleşmenin *“tüketici kredisi sözleşmesi”* niteliği taşıması için şu unsurlar mevcut olmalıdır: Sözleşmenin taraflarının *“tüketici ve kredi veren”* olması gereklidir. Tüketici kredisinin konusuna nakit olarak alınan kredi girmektedir. Tüketicinin kredi alma amacı, bir mal veya hizmet edinmek olmalıdır.²²

Türk hukuk doktrininde, tüketici kredilerinin çeşitli tanımları yapılmıştır. Bu tanımların ortak noktası tüketici unsurunun tüketici kredisinin belirleyici unsuru olmasıdır.

Arkan’a²³ göre tüketici kredisi şöyle tanımlanmıştır: *“Bir mal ve hizmet tedarikinde kullanılmak amacıyla, banka tarafından, nispeten küçük miktarlarda olmak üzere, kredi alana (ona duyulan kişisel güven, onun geliri ve malvarlıksal durumu dikkate alınarak) verilen ve önceden belirlenmiş ko-*

²¹ Ceylan, Ebru, Tüketici Kredileri, Türkiye Adalet Akademisi Başkanlığı’nın ve Avrupa Konseyi Proje Ofisi’nin Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü’nün düzenlediği *Tüketicinin Korunması Semineri*, 2-4 Kasım 2006, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2007, s.86.

²² Aslan, s. 358.

²³ Arkan, Sabih, *“Tüketici kredisi ve Uygulaması”*, *Batider* 1989, C.XV, S. 1 s. 21. Bu tanım, 4077 sayılı Kanun’dan önce yapıldığı için kredi veren kuruluşları sadece banka ile sınırlandırması ve tüketici kredilerini küçük meblağlı belirtmesi nedeniyle dar bir tanımdır.

şullar (faiz, vade) çerçevesinde taksitlerle iade edilen kredidir”.

Kuntalp'e²⁴ göre, “Tüketicinin mal ve hizmet satın almak amacıyla, bir banka veya benzeri finans kurumundan aldığı kredidir”.

Akipek'e²⁵ göre “Tüketici kredisi, herhangi bir mal veya hizmetin satın alınması/tedarik edilmesi amacıyla ve mutlaka ticari amaçlar dışında yararlanmak kaydıyla, gerçek veya tüzel kişilere, onlara duyulan kişisel güven ve gelir ile malvarlıksal durumları dikkate alınarak, banka veya finans kurumları tarafından, ödünç, avans veya mali yardım şeklinde, önceden belirlenmiş koşullarla geri ödenmek üzere verilen kredi” şeklinde tanımlanmıştır.

Gezder'e²⁶ göre “Bir mal veya hizmetin tedarik edilmesi amacıyla ve bu amaç ticari amaçlar dışında işlemek kaydıyla gerçek veya tüzel kişilere, bunlara duyulan kişisel güven, gelir ve malvarlıkları nazara alınarak, banka veya benzeri finans kurumlarınınca, önceden belirlenen koşullar çerçevesinde taksitlerle geri ödenmek üzere verilen kredi” olarak belirtilmiştir.

Çeker'e²⁷ göre “Ticari amaçlar dışında bir mal veya hizmetten yararlanmak gayesiyle, gerçek kişi veya tüzel kişilerin başvurusu üzerine, banka veya finans kurumlarının bu kişilere açmış olduğu kredilerdir”.

Deryal'a²⁸ göre ise “Genel olarak tüketici kredileri herhangi bir mal veya hizmetin satın alınması şartına bağlı olarak ya da olmaksızın, ticari amaçlar dışında ve belli bir ödeme planı içinde iade edilmek üzere verilen krediler” olarak tanımlanmıştır.

Tüketici kredisi sözleşmesi, tüketim ödünçü verenin tüketiciye kredinin mülkiyetini devretmesini gerektiren bir sözleşmedir. Kredi, tüketiciye sağlanan her çeşit ödeme kolaylığıdır. Bu kapsama tüketiciye doğrudan kredi verilebileceği gibi kiralama yöntemleri içinde diğer ödeme kolaylıkları da girmektedir. Tüketici kredisi sözleşmesinin sabit vadeli para ödünçü şeklinde işlediğinden dolayı, bu kredi sözleşmesi tüketici aldığı krediyi bir defada veya taksitler halinde ödeyeceğinden

²⁴ Kuntalp, Erden, “ Yargıtay Kararları Işığında Kredi Kartı” *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 28-29 Nisan 1995, s. 284.

²⁵ Akipek, s. 6.

²⁶ Gezder, s. 22.

²⁷ Çeker, Mustafa, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Tüketici Kredileri Açısından Bankalara Getirdiği Yükümlülükler, *Bankacılık Dergisi*, 1995, S. 15, s. 14.

²⁸ Deryal, *Tüketici Kredisi*, s. 141.

kredi döner değildir.²⁹ Tüketici kredisinin nakit kredi olması, kullanılan kredinin bir süreye bağlı olmaması mesleki veya ticari olmayan bir amaçla kullanılması, özel ihtiyacının karşılanması için alınması en önemli özellikleridir.³⁰

3. Tüketici Kredisi Sözleşmesinin Şartları

3.1. Avrupa Birliği Hukukunda

3.1.1. Sözleşmenin Tarafları

Tüketici kredisi sözleşmesinin tarafları, tüketici ve kredi verendir.

AB Direktifi'nde "*tüketici*", mesleki veya ticari faaliyet dışındaki amaçlarla bir kredi sözleşmesine taraf olan gerçek bir kişidir (m. 1 (2 a)).

AB Direktifi'nde "*kredi veren*" açıkça mesleki veya ticari faaliyetlerinin sürdürülmesi çerçevesinde kredi veren gerçek veya tüzel kişi veya bu kişilerin oluşturduğu gruplardır (m.1 (2b)). Bu tanım, sayma değil, kapsayıcı bir tanım yapılmıştır.³¹

3.1.2. Sözleşmenin Şekli

AB Direktifi'ne göre kredi sözleşmeleri, yazılı şekle bağlıdır. Tüketicie yazılı sözleşmenin bir örneği verilir (m. 4 (1)) .

3.1.3. Sözleşmenin İçeriği

Tüketici kredisi sözleşmesinde şu şartların olması gerekir:

- a. Yıllık efektif faiz oranı
- b. Yıllık efektif faiz oranının değiştirilebileceği şartların belirtilmesi

Yıllık efektif faiz oranının belirtilebilmesi mümkün değilse, tüketiciye yazılı sözleşmesinde amaca uygun bilgi verilmelidir. Bu bilgede,

²⁹ İnal, Tamer, *Açıklamalı-İçtihatlı Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri: İsveçre Hukuku - Fransız Hukuku ve Avrupa Birliği Konseyi Yönergeleri Işığında*, İstanbul 2002, s. 236.

³⁰ İnal, s. 243 vd.

³¹ Aslan, s. 361.

m. 6 (1) 2. paragrafındaki hususlar olmalıdır.

c. Tüketicinin kredinin ödenmesi ve faiz ve diğer masrafların ifasını öğrenebileceği, ödemelerin zamanının veya zaman aralıklarının ve sayıları ve bedelin listesi

d. Sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesinden doğan masraflar hariç olmak üzere, yıllık efektif faizin hesaplanmasında dikkate alınmayan, fakat belirli şartlar gerçekleştiğinde tüketici tarafından kullanılmak zorunda olan, m. 1/2'deki masraf unsurlarının listesi, ayrıca bu belirli şartların ne olduğunu gösteren liste bu masrafların tam olarak bilinmesi halinde yapılacaktır. Aksi takdirde hesaplama metodu veya mümkün oldukça gerçeğe uygun bir tahmin yapılacaktır.

Sözleşme metninde diğer sözleşme şartları da yer almalıdır. Ek 1 de bu bilgilerin bir listesi bulunmaktadır. Bunlar yazılı sözleşmelere üye devletler tarafından başlıca kayıtlar olarak önceden yazılabilirler.

AB Direktifi'ne göre *kredinin tüketiciye toplam maliyeti* "faizler ve tüketicinin kredi için ödemek zorunda olduğu diğer bütün masraflar da dâhil olmak üzere tüm maliyetleri" ifade etmektedir (m. 1(2 d) .

AB Direktifine göre *yıllık efektif faiz* "Kredinin tüketiciye m.1a ya göre bulunan ve yıllık % oran olarak ifade edilen toplam maliyeti" belirtmektedir (m. 1 (2e)).

3.1.4. Özellik Taşıyan Kredi Sözleşmeleri

AB Direktifinde bazı kredi sözleşmeleri için özel düzenlemeler getirilmiştir.³²

Kredi kartı hesabı dışında kredi veya finans kuruluşu ile tüketici arasında cari hesap üzerinde avans biçiminde bir kredi sözleşmesi yapılmış ise sözleşme yapılmadan önce veya en geç yapıldığı sırada, tüketicinin varsa kredi limiti, sözleşmenin yapıldığı andan itibaren uygulanacak yıllık efektif faiz oranı ve bunun hangi şartlarda değiştirilebileceği ve sözleşmenin sona erdirilmesi konularında bilgilendirilmesi gereklidir. Bilgi vermenin yazılı olması gerekir (m. 6 (1)).

³² Özsunay, *AB Hukuku*, s. 54-55.

Kredi sözleşmelerinde, sözleşme süresi içinde faiz oranlarında bir değişiklik olursa, değişiklik, bir hesap bildirimisiyle veya üye devletlerce kabul edilebilecek başka bir tarzda tüketiciye bildirilir (m. 6 (2)) .

Bu tür kredilerin zımnen kabul edildiği üye devletlerde kredi sözleşmesinin 3 aylık süreden fazla olması halinde, tüketicinin yıllık efektif faiz oranı ve masraflar ile bunlarda yapılacak değişikliklerle ilgili bilgilendirilmesi düzenlenmiştir (m. 6 (3)).

3.2. Türk Hukukunda

3.2.1. Sözleşmenin Tarafları

Tüketici kredisi sözleşmesi, tüketici ile kredi veren arasında yapılan tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu sözleşmede kredi veren tüketicinin mal veya hizmet edinmesi için kredi verme borcuna karşı tüketici de bu krediyi faiz ve komisyon gibi ek ödemelerle geri ödeme borcu altına girmektedir.

Tüketici kredisi sözleşmesinin tarafları tüketici ve kredi verendir. Önce tüketici kavramını daha sonra ise kredi veren kavramını inceleyeceğiz.

4822 sayılı Değişiklik Kanunu'ndan önce *tüketici* kavramı TKHK m. 3/f'ye göre "Bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişi" olarak tanımlanmıştı. Doktrinde bazı yazarlar³³ özel amaç ile ticari ve mesleki olmayan amacın anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Tacir olmayan gerçek kişi, TKHK. kapsamındaki mal ve hizmetleri son kullanıcı olarak aldıkları sürece "tüketici" sayılırlar. Gerçek kişi tacir ancak, mal veya hizmetin satın alınma işleminin ticari işletmesi için vazgeçilmez olmadığını ispatlaması durumunda TKHK kapsamında "tüketici" sayılmalıdır. Tüzel kişi tacir için doktrinde aynı şekilde dar yorum yoluyla ticarethaneyle ilişkin rutin faaliyetlerin ticari işlem sayılması, diğer işlemlerin ise ticari işlem sayılmaması ispatlandığı durumda TKHK kapsamında

³³ Aslan, s. 7; Akipek, s.196; Ceylan, Ebru, 4822 sayılı Kanun, s. 270. Gezder, s.18-19; Ozanoğlu, Hasan Seçkin, Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 690.

“tüketici” sayılması gerektiği görüşü³⁴ yanında bu konuda bir istisna-
nın olmadığı görüşü³⁵ de mevcuttur.

Kanımızca, bazı tüzel kişilerin aynen gerçek kişi gibi mesleki ve ticari faaliyetleri dışındaki bir alanda mal ve hizmetleri kullanma ve tüketme amacıyla hukuki işlemler yapmasının TKHK ile korunması olumlu olmuştur. Özellikle ticaret dışı faaliyet yapan derneklerin ve vakıfların bakımından isabetli bir düzenlemedir. Tüzel kişi tacirlerin bütün iş ve işlemlerinin ancak ticari iş niteliğinde olabileceğinden “tüzel kişi tüketici” sayılmalarının hem TTK m. 21 hükmüne ve hem de zayıf durumu nedeniyle özel korunması gereken tüketici kavramına ve 4077 sayılı Kanun’un amaç ve gerekçesine aykırı olduğu ve bu nedenlerle tüzel kişi tacirin faaliyetleri bakımından bir istisna olmadığı görüşüne katılmaktayız. Ayrıca Yargıtay çeşitli kararlarında³⁶ şirketlerin aldıkları kredilerin tüketici kredisi olarak kabul edilemeyeceğini, bunların genel kredi sözleşmesi niteliğinde olduğunu belirtmiştir.

Diğer özel hukuk kişileri olan dernek, vakıflar ise amaçlarına varmak için ticari işletme işletmedikleri sürece TKHK kapsamında “tüketici” olduğu kabul edilmelidir.³⁷

4822 sayılı Değişiklik Kanunu’ndan sonra ise tüketici kavramı TKHK m. 3e hükmüne ve ilgili Yönetmelik m. 4 a hükmüne göre “Bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek veya tüzel kişi”yi ifade etmektedir.

Yeni tanım, eski tanıma göre AB düzenlemeleriyle daha uyumlu olarak kabul edilmektedir.³⁸ Eski tanım dar ve tartışmaya açık bir ta-

³⁴ Altop, Atilla, Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Uygulamada Tüketici Kavramı, *İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3 S. 1-2, (Türk-Avusturya Hukuk Haftası Özel Sayısı” Avrupa Hukuku ve Ulusal Hukuklar Bağlamında Tüketicinin Korunması Hukuku” İstanbul 03-06 Nisan 2004)Aralık 2004, s. 10-12.

³⁵ Aslan, s. 6. Aslan, burada tacir niteliğindeki tüzel kişileri ilgilendiren bütün işlemlerin fill ve işlerin ticari işlerden olduğunu belirten TTK m. 3 hükmüne dayanmaktadır. TKHK’da yer alan “tüzel kişi” ifadesinin sadece ticari amaç taşımayan tüzel kişileri gösterdiğini belirtmektedir. Aslan, s. 8. Bu görüşe katılan Deryal de tüzel kişi tacirlerin bütün iş ve işlemlerinin ancak ticari iş niteliğinde olabileceğinden “tüzel kişi tüketici” sayılmalarının hem TTK m. 21 hükmüne ve hem de zayıf durumu nedeniyle özel korunması gereken tüketici kavramına ve 4077 sayılı Kanun’un amaç ve gerekçesine aykırı olduğunu belirtmiştir. Deryal, tüketici kredisi, s. 152.

³⁶ bkz. Kararlar için Ceylan, Tüketici Kredileri, s. 86 dn. 5.

³⁷ Altop, s. 9.

³⁸ Aslan, s. 3; Altop, s. 14; Ceylan, 4822 sayılı Kanun, s. 270.

nımdı. Bu tanım, tartışmaları ortadan kaldırmıştır ve öncesine göre daha kapsamlıdır. Böylece bir sözleşmenin tarafı olan kişi yanında ailesi, misafirleri, mal veya hizmeti kullanan veya yararlanan çevresi de “tüketici” sayılır.³⁹

Bu tanıma göre, “tüketici” sayılmak için, şu hususlar mevcut olmalıdır: mal veya hizmetin edinilmesi, kullanılması veya yararlanılması gereklidir. Bu mal veya hizmeti edinme, kullanma veya yararlanmanın ticari veya mesleki olmayan amaçlarla yapılmalıdır. Tüketici, gerçek veya tüzel kişi olabilir.

4822 sayılı Değişiklik Kanunu’ndan önce, “kredi veren” kavramıyla ilgili TKHK “diğer finans kurumları” ifadesinin kapsamına Özel Finans Kuruluşları, Finansal Kiralama Şirketleri, Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun’a göre, ödünç para verme işleriyle uğraşan kişiler, 90 sayılı KHK’de 545 sayılı KHK ile yapılan değişikliklerle 1994 yılında düzenlenen finansman şirketleri ve özel bir kanuna dayanmasa da özel hukuk hükümleri çerçevesinde ödünç para verme işlerini meslek edinen kişiler de girmektedir.⁴⁰

4822 sayılı Değişiklik Kanunu’ndan sonra ise TKHK m. 3 k hükmüne ve ilgili Yönetmeliğin m. 4b gereği “kredi veren” “Mevzuatları gereği tüketicilere nakit kredi vermeye yetkili olan banka, özel finans kuruluşu ve finansman şirketleri” ni ifade etmektedir. Bu hükme göre “kredi veren” olarak sayılan kişiler dışındaki kişiler, tüketici kredisi sözleşmesinin tarafı olamaz, hüküm sınırlayıcıdır. Banka,⁴¹ 5411 sayılı Bankalar Kanunu’na göre kurulmuş bir tüzel kişidir. Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik⁴² m. 2a bendine göre finansman şirketi, devamlı ve mutad işgal konusu olarak her tür-

³⁹ Aslan, s. 3, 9.

⁴⁰ Aslan, s. 360.

⁴¹ Bankacılık Kanunu’na göre bankalar mevduat bankası, katılım bankası ve yatırım bankası olmak üzere üç grupta toplanır. Mevduat bankası; kendi nam ve hesabına mevduat kabul etmek, kredi kullanırmak faaliyetleri gibi bütün bankacılık faaliyetlerinde bulunur, ancak katılım fonu kabul edemez, finansal kiralama işlemleri yapamaz. Katılım bankası, mevduat kabulü dışında kalan ve yasada belirtilen tüm bankacılık faaliyetlerinde bulunabilir. Kalkınma ve yatırım bankası mevduat ve katılım fonu kabul edemez, ama diğer bankacılık işlemlerini yapabilir. Kostakoğlu, Cengiz, *Banka Kredi Sözleşmeleri ve Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar*, Ankara 2006, s. 4.

⁴² RG 26.07.1994 S.22002

lü mal ve hizmet alımını kredilendirmek için ödünç para veren tüketici kredi şirkettir. Özel finans kuruluşu ise, bankalarla aynı faaliyetleri yürütürler.

Hükmün kapsamına girmeyen diğer kredi kuruluşlarıyla yapılan tüketicinin taraf olduğu sözleşmelere de TKHK m. 10 kıyasen uygulanmalıdır.⁴³

3.2.2. Sözleşmenin Şekli

Türk hukukunda tüketici kredisi sözleşmesinin yazılı olarak yapılması ve bu sözleşmenin bir nüshasının tüketiciye verilmesi zorunluluğu getirilmiştir (TKHK m. 10/I c.son). Bu düzenleme, emredici niteliktedir.⁴⁴ Sözleşmenin bir nüshasının verilmesi⁴⁵ ve yazılı şekil, tüketicinin korunması bakımından önemli tedbirlerdir. Ayrıca tüketici kredisi sözleşmesi TKHK m. 6/VI hükmüne göre en az 12 punto ve koyu siyah harflerle düzenlenir. Bu hususta eksiklik olursa bu eksiklik giderilir, sözleşmenin geçersizliğini yaratmaz. 23/2/2006 günü kabul edilip 1/3/2006 tarihinde RG'de yayınlanarak yürürlüğe giren 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi kartları Kanun'un m. 24 hükmüne göre de bir tüketici kredisi sayılan kredi kartı sözleşmesinin yazılı şekilde en az 12 punto ve koyu siyah harflerle hazırlanacak yazılı sözleşmeyle düzenleneceği belirtilmiştir. Ayrıca sözleşmenin bir örneği kart hami-line ve varsa kefile verilir. Sözleşmenin yazılı şekle uyulmaması geçersizlik yaptırımına sebep olur.⁴⁶ TKHK m. 10/B/III hükmüne göre de konut finansmanı sözleşmelerinin yazılı olarak yapılması ve bu sözleşmenin bir nüshasının tüketiciye verilmesi zorunludur. Taraflar arasında akdedilen sözleşmede öngörülen şartlar, sözleşme süresi içerisinde tüketici aleyhine değiştirilemez.

Tüketiciyi korumak için sözleşmede zorunlu unsurlar belirtilerek

⁴³ Aslan, s.360.

⁴⁴ Zevkliler, Aydın/Havutçu, Ayşe, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 9. Baskı, Ankara 2007, s. 274.

⁴⁵ Tüketici sözleşme metni sayesinde hak ve borçlarını ayrıntıları ile öğrenebilecek, elinde yazılı bir ispat olacaktır. Zevkliler/Havutçu, s. 275.

⁴⁶ Bahtiyar, Mehmet, Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun, Sözleşme Şekli ve Genel İşlem Şartlarına İlişkin 24-26. maddelerinin Değerlendirilmesi, *Makaleler II*, İstanbul 2008, s. 334.

sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü sınırlanmıştır.⁴⁷ Tüketici kredisi sözleşmesinde bulunması zorunlu hususlar, tüketici kredisi tutarı, faiz ve diğer unsurlarla birlikte toplam borç tutarı, faizin hesaplandığı yıllık oran, ödeme tarihleri, anapara, faiz, fon ve diğer masrafların ayrı ayrı belirtildiği *ödeme planı*,⁴⁸ istenecek teminatlar, *akdi faiz oranının*⁴⁹ yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faizi oranı, borçlunun temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları, kredinin vadesinden önce kapatılmasına ilişkin şartlar, kredinin yabancı para birimi cinsinden kullanılması durumunda, geri ödemeye ilişkin taksitlerin ve toplam kredi tutarının hesaplanmasında, hangi tarihteki kurun dikate alınacağına ilişkin şartlardır (TKHK m. 10/II).

Kanımızca, *döviz* kredileriyle ilgili olarak sözleşmenin yapılması sırasında karşılıklı edimler arasındaki denge sonradan şartların olağanüstü derecede değişmesi durumunda büyük ölçüde bozulabilir. Bu durumda borçlunun Tüketici mahkemesi hâkiminden sözleşmeye müdahale ederek işlem temelinin çökmesinin tespitini ve sözleşmenin yeni şartlara dürüstlük kuralı kapsamında uyarlanmasını isteme hakkı vardır.⁵⁰

Tüketici Kredisi Yönetmeliği m. 8 gereği *yıllık maliyet oranının*⁵¹ da

⁴⁷ Deryal, *Tüketici Kredisi*, s. 163.

⁴⁸ Ödeme planı, tüketiciye tahsis edilen tüketici kredisinin geri ödemesinde esas alınacak taksit, tutar ve vadeleriyle birlikte anapara, faiz, fon, vergi ve diğer masrafların ayrı ayrı belirtildiği tabloyu ifade etmektedir (Tüketici kredisıyla ilgili Yön. m. 4h)

⁴⁹ Akdi faiz oranı, tüketici kredisi sözleşmesinde yer alan faiz oranını ifade etmektedir (Tüketici kredisıyla ilgili Yön. m. 4d)

⁵⁰ Burcuoğlu, Haluk, "Hukukta Uyarılma-Özellikle Taşınmaz Kiralarında ve Dövizle Endeksli Kredi Sözleşmelerinde Uyarılma", *Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, MHAD 1996-20*, s. 79.

⁵¹ *Yıllık maliyet oranı* „ *kredi veren ve tüketici tarafından kabul edilmiş olan faiz, ücret, masraf ve kamusal yükümlülükler dâhil tüm taahhütlerin bugünkü değerlerinin yıllık olarak toplamına eşit olan oranını*” ifade etmektedir. (Tüketici kredisıyla ilgili Yön. m. 4k) Ayrıca yıllık maliyet oranıyla ilgili Tüketici kredisi Yönetmeliğinin m.8 hükmünde hesaplanmasının nasıl olacağı gösterilmiştir. “ *Kredinin tüketiciye yıllık maliyet oranı, Ek 2’de verilen formül doğrultusunda, kredinin tüketiciye verildiği tarihte, aşağıdaki bedeller hariç tutularak hesaplanır ve sözleşmede gösterilir. a- Gecikme faizi oranı ,b- Kredi verenin, tüketici kredisini, belirli marka bir mal veya hizmet satın alınması ya da belirli bir satıcı veya sağlayıcı ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile vermesi durumunda bu mal veya hizmetin satış fiyatı dışında kalan ve tüketicinin ödemekle yükümlü olduğu her türlü bedel c- Tüketicinin makul bir seçim özgürlüğünün bulunmadığı durumlar ile ödenmesi gereken bedellerin normalin çok üstünde olduğu durumlar hariç, fon transferine*

zorunlu unsurlara eklenmesi gereklidir. Kanımızca Tüketici kredilerine ilişkin Yönetmelik'te formüllere göre hesaplanacak yıllık maliyet oranının sözleşmede gösterilmesi öngörülmüştür. Ancak bu Yönetmelik m. 8 hükmünün hukuki dayanağı yoktur. TKHK m. 10/IV hükmüne göre Bakanlık ödenen miktara göre gerekli faiz ve komisyon indiriminin ne oranda yapılacağı usul ve esaslarının belirlenmesi konusunda yetkilidir. TKHK m. 10 hükmünde tüketici kredisi sözleşmesinde yer alacak şartlar sınırlı olarak düzenlenmiştir. Bu sayılanlar arasında “*yıllık maliyet oranı*” yoktur. Yönetmelikte böyle bir zorunluluk getirilmesi TKHK'ya aykırı olmuştur. Hâlbuki AY. m. 124 hükmüne göre “*Yönetmeliklerin Kanun ve Tüzüklere aykırı olmaması*” açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle Yönetmelik ekinde düzenlenmiş olan denklemin yeniden düzenlenmesi ve TKHK'daki eksikliğin giderilmesi gereklidir.

Bu konuda bilinmesi gereken diğer tanımlar Tüketici Kredisiyle İlgili Yönetmelik'te yer almaktadır. *Taksit* ile ödeme planında kredinin geri ödenmesi için belirlenen tarihlerin hizasında gösterilen anapara, faiz, kamusal yükümlülükler ve komisyon toplamından oluşan ödeme tutarı (Yön. m. 4ı); *taksit vadesi* ile ödeme planında belirtilmiş olan taksitlerin ödeneceği tarihi (Yön. m. 4j); *komisyon* ile geri ödeme planında her bir taksit tutarında anapara, faiz ve her türlü kamusal yükümlülükler haricinde ayrı bir kalem olarak yer alan ve kredi verenin gelir olarak tahsil edeceği tutarları (Yön.m.4e); *erken ödeme* ile tüketicinin kredi verene borçlandığı toplam tutarı veya vadesi gelmemiş bir veya birden çok taksiti vadesinden önce ödemesini, asgari ödeme tutarı ile taksit tutarlarının farklı olması halinde en düşük olan taksit tutarını, taksit tutarlarının eşit olması halinde en az bir taksit tutarını, tek taksitli kredilerde ise toplam bakiye borcun yüzde onuna denk gelen tutarı (Yön. m. 4f) ifade etmektedir.

Tüketici kredisi sözleşmesinde zorunlu unsurlara uyulmadan bir

ilişkin bedeller ile kredi geri ödemeleri, faiz ödemeleri ve diğer masraf ve harçların tahsili amacıyla açılmış bir hesabın muhafaza edilmesine ilişkin bedeller. Ancak, söz konusu ödeme ya da geri ödemelerin tahsili için yapılan masraflar yıllık maliyet oranı hesabına dahil edilecektir. d- Kredi şartları üzerinde belli bir etkisi olsa dahi kredi sözleşmesinden ayrı sözleşmelerden doğan üyelik aidatları. e- Tüketicinin ölümü, maluliyeti, hastalanması ya da işsiz kalması halinde yasal faiz ve alacaklı tarafından kredinin verilmesi için şart koşulmuş diğer masraflarla birlikte, toplam kredi miktarına eşit ya da bu miktardan az bir meblağın kredi verene ödenmesini sağlamak amacıyla tasarlanmış bedellerin dışında kalan sigorta ya da teminat masrafları”.

sözleşme yapılmışsa hukuki yaptırımının ne olacağı TKHK m. 10'da düzenlenmemiştir. TKHK m. 10'un emredici bir hüküm olması nedeniyle sözleşme kesin geçersiz olacaktır. Bu durumda kesin geçersizlik, sözleşme ilişkisini geriye etkili olarak ve kendiliğinden sona erdireceğinden tüketici kredi tutarını taksitler halinde ödeyeceği krediyi hemen ve tamamen ödemek zorunda kalır. Bu ise tüketici aleyhine bir sonuç doğurur. Emredici kurala aykırılığın sonucunda sözleşmeye dayanılarak alınmış krediler, sebepsiz zenginleşme kurallarına göre geri istenebilir. Ancak şekle aykırılık nedeniyle kesin geçersizliği ileri sürmek MK m. 2 anlamında hakkın kötüye kullanılması olup olmadığı dikkate alınarak tüketici lehine çözüme ulaşılmalıdır. Özellikle kredi verildikten sonra bankanın şekle aykırılığı ileri sürmesi hakkı kötüye kullanma sayılır.⁵² Tüketici kredisi sözleşmesinde zorunlu unsurlara uyulmazsa idari bir yaptırım olarak para cezası vardır (TKHK m. 25/1).

Özellik arz eden tüketici kredisi türü olan konut finansmanı⁵³ sözleşmelerinde asgari olarak şu hususlara zorunlu olarak yer verilmelidir:⁵⁴ **a)** Konut kredisi sözleşmeleri için kredi tutarı, finansal kiralama sözleşmeleri için toplam kira bedeli, **b)** Kredi sözleşmeleri için üzerine ipotek tesis edilen konuta, finansal kiralama sözleşmeleri için finansal kiralamaya konu olan konuta ilişkin bilgiler, **c)** Yıllık faiz oranı ve yıllık maliyet oranı (değişken faizli sözleşmelerde yıllık faiz oranı ve yıllık maliyet oranı başlangıç ve azami faiz oranı için ayrı ayrı hesaplanır), **d)** Toplam borç tutarının anapara, faiz ve diğer giderler

⁵² Aslan, s. 367-368; Zevkliler ise "zorunludur" ifadesinin hükmün mutlak emredici niteliğini belirttiğini, sözleşmenin yazılı olmaması halinde BK.m.20 gereği geçersiz olacağını söylemektedir. Zevkliler/Aydoğdu, s. 284.

⁵³ "İpoteğe dayalı konut finansmanı sistemi, hem ekonomik, hem hukuki unsurları içinde barındıran, özü itibarıyla finans ağırlıklı "karma" "bir tanımlamadır". AB Tüketici Kredileri Direktifi'nde mortgage kredisi kapsamına almıştır, ancak tüm üye ülkeleri kapsayan standart bir özel yasaya sahip değildir, bu konuda çalışmaları devam etmektedir. AB, çeşitli Direktiflerinde (15/12/1989 tarihli AB Bankacılık Direktifi, 93/13 sayılı AB Direktifi, 4/6/1997 tarihli AB Direktifi, 26/5/2000 tarihli AB Direktif ve 8/6/2000 tarihli AB Direktifi, 9/10/2002 tarihli AB Direktifi) mortgage ile ilgili düzenlemeler yapmıştır. Bozkurt, Kutluhan/Türe, Murat/Oral Ümit, Avrupa Birliği ve Belçika Hukuk Sistemlerinde İpoteğe Bağlı Konut Finansman Sistemi, *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan*, C. II, İstanbul 2007, s. 1764,1770 vd.

⁵⁴ Mermer, Suat, *Tüketici Hukuku Bakımından Konut Finansmanı, Finans Hukuku ve Mortgage*, İstanbul Barosu Yayını, 2007, s. 180.

itibarıyla dağılımı (değişken faizli sözleşmelerde başlangıç faiz oranı veya kira bedeli ve azami faiz oranı veya kira bedeli esas alınarak hesaplanacak toplam borç tutarları), **e)** Değişken faizli sözleşmelerde baz alınan endeks ve faiz oranındaki veya kira bedellerindeki değişimin hesaplanma yöntemi, **f)** İlk yıl için dönemsel olarak, kalan yıllar için yıllık olarak hazırlanan, ödenen anapara, ödenen faiz, diğer giderler, kalan anapara, ilgili dönemler için geri ödeme veya kira bedellerinin yer aldığı ödeme planı (Değişken faizli sözleşmelerde, başlangıç ve azami faiz oranları kullanılarak iki ayrı ödeme planı oluşturulur.), **g)** Geri ödeme veya kira ödeme sayısı, ödeme tarihleri, belirlenen ödeme tarihinin resmi tatile gelmesi durumunda ödemelerin ne zaman yapılacağı, ilk ve son ödeme tarihleri, **h)** İstenecek teminatlar, **i)** Ödemelerde temerrüde düşülmesi halinde, kredi sözleşmeleri için akdi faiz oranının (değişken faizli sözleşmelerde cari faiz oranının) yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faizi oranı, finansal kiralama sözleşmeleri için uygulanacak gecikme faiz oranı, **j)** Borçlunun temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları, **k)** Kredi geri ödemelerinin veya kira ödemelerinin vadesinden önce yapılmasına ilişkin şartlar ve sabit faizli sözleşmelerde erken ödeme ücreti öngörülmekte ise hesaplanmasına ilişkin esaslar, **l)** Kredinin veya kira bedellerinin yabancı para birimi cinsinden belirlenmesi durumunda, kira ve geri ödeme tutarları ile toplam borç tutarının hesaplanmasında, hangi tarihteki kurun dikkate alınacağına ilişkin şartlar, **m)** Sözleşmeye konu olan konutta kıymet takdiri yapılmasını gerektirebilecek haller ve kıymet takdirinin kimler tarafından yapılabileceği, **n)** Varsa sözleşmeye konu olan konuta ilişkin sigorta bilgileri (TKHK m. 10/B /XV).

Tüketiciye gönderilecek dönemsel ödeme dekontlarında ödemelerin on beşinci fıkranın (d) bendinde yer aldığı şekliyle dağılımına ve kalan borç miktarına yer verilir (TKHK m. 10/B XVI)

3.2. 3.Sözleşmenin İçeriği

Tüketici kredisi sözleşmesinin *konusu*, nakit paradır. Nakit para Türk Lirası olabileceği gibi yabancı para da olabilir. Tüketicinin toplam borç miktarının önceden belirli olması ve sabit olması gerektiğinden dolayı TKHK m. 10 kapsamında tüketici kredisi dövize endeksli

Türk lirası üzerinden açılmaz.⁵⁵ Doğrudan döviz üzerinden tüketici kredisi açılabilir.⁵⁶

Tüketiciler, tüketici kredileriyle mal ve hizmet edinebilmektedir. Mal kavramı, 4822 sayılı Değişiklik Kanunu'ndan önce TKHK m.3/c'ye göre "ticaret konusu taşınır eşya" iken, tüketiciler taşınmaz dışındaki malları satın almaktaydı. 4822 sayılı Değişiklik Kanunu'ndan sonra TKHK m. 3/c'ye göre mal kavramı "alışverişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları" ifade etmektedir.⁵⁷ Böylece konut kredisi⁵⁸ de bir tüketici kredisi olarak kabul edilmiş olmaktadır.⁵⁹

Hizmet kavramı ise, 4822 sayılı Değişiklik Kanunu'ndan önce TKHK m. 3d'ye göre "bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan bedeni ve/veya fikri faaliyetleri" ifade ederken, 4822 sayılı yasayla değiştirildikten sonra hizmet kavramı "bir ücret veya menfaat karşılığında mal sağlama dışındaki her türlü faaliyeti" ifade etmektedir.⁶⁰

Tüketici kredisi, kredi veren tarafından serbest ve bağlı olmak üzere iki çeşit verilebilir. Tüketici, serbest tüketici kredisinde, krediyi kullanmada serbesttir, bağlı kredide ise krediyi kullanmada kredi verenin talimatlarına göre kullanmak durumundadır.⁶¹ Serbest tüketici

⁵⁵ Aslan, s. 362.

⁵⁶ Akipek, s. 35.

⁵⁷ Ceylan, 4822 sayılı Kanun, s. 272.

⁵⁸ 5582 sayılı Konut Finansman Sistemine ilişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun 21 Şubat 2007 tarihinde TBBM tarafından kabul edilerek yasalasmıştır. Çetin, Ali, Mortgage (Tut-Sat) Yasası, İstanbul Barosu, *Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı*, Kasım 2007, s. 53-58.

⁵⁹ İnal, ise konut satın almak amacıyla yapılan kredi müracaatının bir yandan tüketici kavramına uygun olmadığını, konut satın almanın bir yatırım işi olduğunu, tüketici hukukunun kapsamı dışında olduğunu belirtmektedir. Ayrıca TKHK m. 3/c'deki "konut ve tatil amaçlı taşınmaz" ile taşınmaz mal satın almakla ilgili olmadığını, tüketicinin konuta ilişkin yaptırdığı herhangi bir imalat eksikliğine veya ayıba ilişkin haklarının korunması için TKHK hükümlerinin uygulanabileceği ile ilgili olduğunu ve bu yöndeki ihtilafların tüketici mahkemelerinde görüleceğinden ibaret olduğunu ifade etmektedir. bkz. İnal, Tamer, Konut Amaçlı Taşınmaz Alımından Doğan, Şahsi Hakka Dayalı Tapu İptali ve Tescil Davasında Görevli Tüketici Mahkemesi, *Kazanıcı Hakemli Hukuk Dergisi*, S.35-36, 2007, s. 229.

⁶⁰ Ceylan, 4822 sayılı kanun, s. 273.

⁶¹ Aslan, s. 378-379.

kredilerinde, satıcı ile tüketici arasında satış sözleşmesi, kredi veren ile tüketici arasında tüketici kredisi sözleşmesi olmak üzere iki sözleşme varken; bağlı kredilerde ise üç sözleşme vardır, kredi verenle tüketici arasında çerçeve sözleşme, satıcı ile tüketici arasında satış sözleşmesi, kredi verenle tüketici arasında tüketici kredisi sözleşmesi vardır.⁶² Yapısı itibariyle tüketici kredisi olan işlemlerden kredi kartı, TKHK m. 10/A hükmüne göre tüketici kredisi kabul edilmiştir.⁶³

Tüketici kredisi sözleşmesinin *amacı*, ticari ve mesleki amaçlar dışında bir mal veya hizmet edinmektir. 4822 sayılı Değişiklik Kanunu'ndan önce ise bir mal veya hizmetin "*satın alınması*" idi. "*Edinme*" ifadesi "*satın alma*" ifadesine göre daha geniş olduğu için isabetli bulunmaktadır.⁶⁴ Tüketici kredisi sözleşmesinde "*mal veya hizmetin*" ne olduğunun belirtilmesi gerekli değildir, çünkü "*belirli bir mal veya hizmet*" ifadesi yoktur.⁶⁵ 4822 sayılı Değişiklik Kanunu'ndan sonra "*mal*" kavramının kapsamı genişlediği için konut ve tatil amaçlı taşınmazlar için de tüketici kredisi verilebilir. Tüketici kredisiyle ilgili bir alt veya üst sınır getirilmemiştir. Yargıtay bir kararında ticari amaçlarla alınan kredinin "*tüketici kredisi*" sayılmayacağını kabul etmiştir.⁶⁶

Tüketici kredisi sözleşmesinin şartlarının sözleşme süresi içerisinde tüketici aleyhine değiştirilememesi yasağı, tüketicinin korunması için olumlu bir düzenlemedir⁶⁷ (TKHK m. 10/I). Tüketicinin aleyhine olarak kredi veren sözleşme şartlarını tek tarafı olarak değiştirilmesi bu yasakla engellenmiştir. Bu hükme aykırılık halinde idari para cezası yaptırımı vardır (TKHK m. 25). Bu yasağa uyulmaması halinde değiştirilen şartlar geçersiz sayılacaktır. Bu durumda sözleşme süresi

⁶² Özsunay, Ergun, "Türkiye'de tüketici kredileri: hukuki çerçeve ve uygulama üzerine bazı düşünceler", *Tüketici Kredileri ve Batı Ülkelerindeki Uygulamalar Paneli*, İstanbul Ticaret Odası yayını, İstanbul 1992, s. 4.

⁶³ Ceylan, Ebru, *Banka ve Kredi Kartları*, 20.03.2006 günlük sempozyumun notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2006, s.41 vd.; Ceylan, Ebru, Tüketicinin Kredi Kartlarında Korunması, *İstanbul Barosu Dergisi Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı*, Kasım 2007, s. 25 vd (Baskı hatası nedeni ile "Kredi Kartlarından" ifadesi çıkmıştır)

⁶⁴ Aslan, s. 362.

⁶⁵ Aslan, s. 363.

⁶⁶ Y. 11. HD. T.21.1.2002 E.2001/8035, K.2002/325, YKD, C.28, S.5, Mayıs 2002.

⁶⁷ Zevkliler/Havutçu, s. 275; Serozan, ise faiz oranının sürekli değiştiği ülkemizde bu hükmün gerçekçi olmadığını belirtmektedir. Serozan, Rona, Tüketicini Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri, *İÜHFEM*, C. LXI, S.1-2, s. 344.

boyunca tüketici kredilerine sabit faiz uygulanacaktır. Kredi kartı bakımından ise BKKKK..m.25 hükmünde sözleşmede yapılacak değişikliklerin kart hamiline bildirileceği, bildirim yapıldığı döneme ilişkin son ödeme tarihinden itibaren hüküm ifade edeceği, bildirim ait olduğu döneme ilişkin son ödeme tarihinden sonra kartın kullanılmaya devam olunması halinde, sözleşmede meydana gelen değişikliklerin kabul edildiği belirtilmiştir.

Uygulamada tüketicilerin aldıkları krediyi geri ödemede zorlandıkları için şikâyetçi oldukları görülmektedir. Tüketicilerin zayıf ve istismara açık oldukları için kredi verenden tüketici kredisi alırken yaptıkları sözleşmede ağır şartları kabul etmek zorunda kalmaları⁶⁸ önemli bir hukuki sorundur. Bu nedenle tüketicilerin sözleşme şartlarına karşı korunması gerekmektedir.

Tüketici kredisi sözleşmesinde öngörülen kredi şartları, sözleşme süresi içerisinde tüketici lehine değiştirilebilir.⁶⁹ Yargıtay,⁷⁰ döviz karşılığı kredilerde tüketici kredisi lehine olarak Türk parasına uyarlama yapılabileceğini kabul etmiştir.

3.2.4. Özellik Taşıyan Kredi Sözleşmeleri

TKHK m.10 hükmünde tüketici kredisi sözleşmeleri düzenlenmiştir. Tüketici kredisi sözleşmesi, taksitli satış sözleşmesi, finansal kiralama sözleşmesi, kredi kartı sözleşmesi gibi benzer hukuki ilişkilere nazaran kendine özgü bir yapıya sahiptir.⁷¹

Kredi kartı, TKHK m. 10/A hükmüne göre kredi kartı ile mal ve hizmet alımı sonucu nakdi krediye dönüşen veya kredi kartıyla nakit çekim suretiyle kullanılan krediler de bu kapsama girmektedir. Kredi kartı yapısı itibariyle tüketici kredisi olarak kabul edilmiştir.⁷² Kredi

⁶⁸ Zevkliler / Havutçu, s. 273-274.

⁶⁹ Aslan, s. 365; Deryal, *Tüketici Kredisi*, s.164; Zevkliler/Havutçu, s.275.

⁷⁰ YHGK, T. 19/2/1997, E.11-762, K. 77 (YKD, 1997, S. 5, s.679 vd) ; Y.11. HD. T. 17.01.2006, E. 2005/83,K. 2006/184, kazancı içtihat bilgi bankası, www. kazanci.com.tr, Y.11. HD T. 8.11.2004,E. 2004/1727,K. 2004/10916, kazancı içtihat bilgi bankası ,www. kazanci.com.tr; Y. 11. HD. T. 20.12.2004 E. 2004/3252K. 2004/12519, kazancı içtihat bilgi bankası, www. kazanci.com.tr

⁷¹ Deryal, *Tüketici Kredisi*, s. 147.

⁷² Teoman ise kredi kartının bir tüketici kredisi olmadığını ileri sürmüştür. Teoman,

kartı aracılığıyla kullanılan kredilerde kart hamilinin tüketici olması durumunda 5464 sayılı Banka kartları ve Kredi kartları Kanunu'nu⁷³ da dikkate almak gerekir. Bu Kanun, TKHK m. 10/A hükmüne paralel hükümler getirmiştir.

TKHK m. 10/B⁷⁴ hükmüne göre konut kredisi de bir tüketici kredisi olup şu şekilde düzenlenmiştir: Konut Finansmanı Sözleşmeleri, konut finansmanı kuruluşları tüketicilere sözleşme öncesinde kredi veya finansal kiralama işlemleri ile ilgili genel bilgiler vermek ve tüketiciye teklif ettikleri kredi veya finansal kiralama sözleşmesinin koşullarını içeren Sözleşme Öncesi Bilgi Formu⁷⁵ vermek zorundadır. Tüketici teklifi kabul edip etmemekte serbesttir. Konut finansmanı kuruluşları tarafından verilecek genel bilgilerin kapsamı ve "Sözleşme Öncesi Bilgi Formu"nun standartları ilgili birliklerin görüşü alınmak suretiyle Bakanlık tarafından belirlenir. "Sözleşme Öncesi Bilgi Formu"nun tüketiciye verilmesini takip eden bir iş günü geçmeden imzalanan sözleşme geçersizdir.

Ayrıca kredili mevduat hesaplarına ilişkin sözleşmeler, ödemenin ertelenmesi veya taksitle ödeme olanağı sağladıkları ölçüde tüketici kredisi sözleşmesi olarak değerlendirilmelidir.

Ömer, *Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması*, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, İstanbul 1996, s.235.

⁷³ Aslan, s. 411-425, Ceylan, sempozyum, s. 41-55; Ceylan, *Kredi Kartları*, s. 25 vd.; Aycı, Emrullah/ Biçkin, İnci/ Artuç, Mustafa, *Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu (Getirilen Yenilikler)*, Ankara 2006 , s.1 vd.; Ekinci, Mustafa, *Açıklamalı-Gerekeçli 5464 sayılı Banka kartları ve Kredi kartları Kanunu*, Ankara 2006, s. 1 vd.

⁷⁴ Bu hüküm, 4077 sayılı TKHK'ya 5582 sayılı Kanun'un m. 24. ile 21/2/2007 tarihinde eklenmiştir.

⁷⁵ Bu formun RG, 31/5/2007-S.26538'da yayınlanmış olan Konut Finansmanı Kuruluşlarınca Verilecek Bilgi Formu Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik esaslarına göre düzenlenmesi gereklidir.

KORUNMA TEDBİRİ ALINMAKSIZIN GERÇEKLEŞEN CİNSEL İLİŞKİ YOLUYLA HIV VİRÜSÜNÜN BULAŞTIRILMASINDA MANEVİ UNSURUN BELİRLENMESİ SORUNU

Ozan Ercan TAŞKIN*

Bilindiği üzere korunma tedbiri alınmaksızın girilen cinsel ilişki, HIV virüsünün taşınması bakımından elverişli hareketi oluşturur.¹ HIV virüsünün cinsel ilişkiyle bulaştırılması durumunda, ceza hukuku kurallarından hangilerinin uygulanabilir olduğunun belirlenmesi önemli bir sorundur.² Açık olan, korunmasız cinsel ilişki sonucunda, hastalığın bulaştırılması durumunda ceza kanununun özel kısmında düzenlenmiş olan suçlardan birinin söz konusu olacağıdır.

AIDS hastalığını bulaştıran fail, öldürme kastıyla hareket etmiş olabilir. Fail sadece hastalık bulaştırma kastıyla hareket etmiş ve fakat ölüm neticesi meydana çıkmış olabilir. Bu durumda, TCK m. 87/4 kapsamında, “*kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmesi*” akla gelebilir. Diğer taraftan, fail kasıtlı olmayabilir, bu varsayımda, “*olası kast*” veya “*taksir*” tartışması yapılabilir. Bu anlamda, HIV virüsünü bulaştıran failin cezai sorumluluğunu belirlemek için öncelikle hangi neticenin(yaralama veya ölüm) ortaya çıktığı belirlenmeli, daha sonra manevi unsura ilişkin tartışma yapılmalıdır.

* Ar. Gör., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Ana Bilim Dalı.

¹ HIV virüsü, cinsel ilişki dışında, kan nakli, aynı enjeksiyonun birden fazla kullanılması ve doğum yoluyla da başka bir kişiye taşınabilir. Mustafa Ruhan Erdem, “Cinsel İlişki Yoluyla Başkasına HIV Bulaştırmanın Cezalandırılabilirliği Sorunu”, *AÜEHFD*, c. VIII, S. 1-2, 2004, s. 73.

² Biz bu çalışmada, özellikle manevi unsur üzerinde durmayı tercih ettik. Ancak açıktır ki, konu özellikle nedensellik bağı bakımından da birçok tartışmayı beraberinde getirmektedir. Bu konuda bkz. Kolis Summerrer, “AIDS e diritto penale”, *I Reati contro la persona*, UTET Giuridica, Torino 2006,; Ayrıca nedensellik bağına ilişkin olarak bkz. Federico Stella, *Leggi Scientifiche e Spiegazione Causale nel Diritto Penale*, A. Giuffrè 2. baskı, Milano 2000, s.407-457.

HIV virüsünün bulaştırılması durumunda yaralamadan söz edilebilir. TCK m. 86, “*kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi*”nin kasten yaralama suçundan sorumlu olacağını düzenlemiştir. Bize göre, sorunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunu düzenleyen TCK m. 87 çerçevesinde ele alınması gerekir. Bu anlamda, bir kimseye AIDS hastalığını bulaştırmayı, TCK m. 87/2-a kapsamında, “*iyileşme olanağı bulunmayan bir hastalık veya bitkisel hayata girmesine*” neden olma şeklinde değerlendirmek pekâlâ olanaklıdır.³ Nitekim virüsün insan vücuduna girmesiyle birlikte sadece anatomik olarak değil aynı zamanda organizmanın işlevleri itibariyle de bozulmalar meydana gelmektedir. Virüsün insan vücuduna ithaliyle birlikte, iyileştirilemez sağlık sorunları ortaya çıkmaktadır.⁴ Gerçekten de, kasten yaralama suçunun söz konusu nitelikli halinin uygulanabilmesi için, tıp biliminin verilerine göre, mağdurda geri dönülemez bir durum yaratması nedeniyle, yaşam boyu süreceği tahmin edilen hastalığın ortaya çıkmış olması gerekir.⁵ İtalyan öğretisinde aksi görüşte olan yazarlara göre ise, sadece virüs bulaştırmak, söz konusu suçun belirlenmesi bakımından yeterli değildir. Nitelikli yaralama kapsamında bir hastalıktan söz edilebilmesi için bu durumun patolojik olarak da ayrıca belirlenmiş olması gerekir.⁶

Diğer taraftan AIDS hastalığını bulaştırma, TCK m. 87/2-b kapsamında, “*duyulardan veya organlardan birinin işlevinin yitirilmesi*” bağlamında da değerlendirilebilir. Her ne kadar bağışıklık sistemi dar anlamda bir organ olarak görülmesi dahi, hastalığın, çok büyük bir olasılıkla sürekli olduğu tartışma götürmezdir.⁷

Sorun daha ziyade AIDS hastalığı bulaştırılanın, hastalık nede-

³ “Evlendiği mağdureye, bildiği halde, AIDS hastalığını söylemeyip cinsel ilişkileri sonucu onun da bu hastalığa yakalanmasına neden olan sanığın eyleminin, hastalığın iyileşmesinin kesin ya da olası ve sürekli olup olmadığı hususlarında rapor alınarak sonucuna göre, TCY.nın 456/3. maddesine uyup uymadığının tartışılması gerekir.” Yargıtay 1. Ceza Dairesi E. 2002/3171, K. 2002/3584, T. 15.10.2002 =<http://www.kazanci.com> (Siteye giriş 17.11.2007)

⁴ Bkz, Summerer s. 427; HIV virüsünün bulaştırılmasının, kasten yaralama bağlamında değerlendirilmesi konusunda bkz. Erdem, s. 75 vd.

⁵ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 3. baskı, Ankara 2006, s. 203.

⁶ Bu konuda Castaldo’nun görüşleri için bkz. Summerer, s. 429.

⁷ Summerer, s. 428.

niyle ölmesi halinde ne olacağına yöneliktir. Bir davranışın, nitelikli yaralamaya yol açabileceğini kabul edip diğer taraftan kasten öldürme suçu bakımından elverişli kabul edilmemesi bir çelişki olacaktır. Ancak şunu da belirtmekte yarar vardır, İtalyan öğretisinde bu duruma ilişkin tartışmalar da sönümlenmiş değildir.⁸ Davranışla (cinsel ilişki), netice arasında çok uzun bir süre geçmiş olması, özellikle maddi ceza hukuku bağlamında nedensellik bağının belirlenmesi bakımından sorunlar ortaya çıkaracaktır.⁹ HIV virüsünün, cinsel ilişki yoluyla geçmesi durumunda neticeye yönelik iradenin ne olduğunun belirlenmesi çok zordur. Bu zorluk, özellikle ilişkinin normal bir şekilde geliştiği, karşılıklı sevginin olduğunun varsayıldığı durumlarda daha da belirgin hale gelmektedir.

Enfekte olan hastanın ölmesi durumunda, failin öldürme kastıyla hareket etmiş olması halinde insan öldürmekten dolayı ceza sorumluluğunun olması gerektiğini savunan görüş, failin sorumluluğunun bu derece ağırlaştırılmasına karşı çıkanlar bakımından dirençle karşılanmaktadır. Bahsi geçen yaklaşımın ilk tereddüdü, genel anlamda “*adalet duygusu*” bakımından ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda, bugün hala, cinsel ilişkiyi, cinayet açısından elverişli davranış olarak görmek bakımından zihni zorluklar yaşanmaktadır. Diğer taraftan, toplumsal meşruluk bakımından soruna bir anlamda “*ikna edici*” bir çözüm bulmak da zordur. Söz konusu öğretinin diğer itirazıysa, netice ile davranış arasındaki nedensellik bağının belirlenmesi hususunun dikkatten kaçırılmayacak ölçüde zorluklarının bulunmasına yöneliktir.¹⁰

Birçok somut olay bakımından, ceza adaleti noktasında söz konusu olabilecek yegane kesin netice, henüz sadece virüsün bulaştırılmış olmasıdır. Başka bir söyleyişle birçok olayda, henüz mağdurun ölümü neticesi ortaya çıkmış değildir. Söz konusu durum, isnat bakımından açık bir önem arz eder. Kuşkusuz mağdurun hayatta olduğu durumlarda, söz konusu olacak olan nitelikli yaralamadır.¹¹ Neticeye yönelik

⁸ Summerer, s. 428.

⁹ Diğer taraftan muhakeme bakımından “ne bis in idem” ilkesinin ihlali, zamanaşımı gibi başkaca sorunlar da söz konusu olabilecektir. Kesin hüküm ve bunun ortadan kaldırılmaları çareleri hakkında Bkz. Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 11. baskı, İstanbul 2005, s. 511- 578.

¹⁰ Soruna ilişkin özellikle Alman ceza hukukçularının çalışmaları dikkat çekicidir. Bkz. Summerer s. 429.

¹¹ Summerer s. 429.; Cristiano Brunelli, “L’elemento Soggettivo Nei Delitti Contro

kastın doğrudan olmadığı durumlarda teşebbüsten söz etmek olanaklı olmadığından, kasten öldürmeye teşebbüsten de söz edilemez. Nitekim AIDS hastası bir hayat kadını, müşterileriyle cinsel ilişkiye girmesi nedeniyle, nitelikli yaralamaya teşebbüsten dolayı yapılan yargılamasında beraat ettirilmiştir. Mahkeme beraat kararının gerekçesini, hayat kadınının korunma tedbirsiz cinsel ilişkiyi gerçekleştirdiğine yönelik delillerin olmadığı ve diğer taraftan olası kastla, teşebbüsün bir arada bulunamayacağı görüşüne dayandırmıştır.¹²

İtalyan uygulamasında, HIV virüsünün bulaştırılmasına yönelik doğrudan kastı belirlediği tek bir karar bulunmaktadır. Söz konusu karar, cinsel ilişki dışında HIV virüsünün bulaştırılması olasılığı bakımından dikkat çekicidir. AIDS hastası fail, eroin satmak isterken polis tarafından yakalanır, üstünün aranması sırasında, polisin gözüne gelecek şekilde, kanlı tükürür. Polis memuruna hastalık bulaşmamış olmasına rağmen, yapılan yargılama neticesinde fail, kastının doğrudan¹³ adam öldürmeye yönelik olması nedeniyle kasten öldürmeye teşebbüsten dolayı cezalandırılır.¹⁴

İşte bu noktada, özellikle tartışma konumuz üzerinde çok etkili olan bir mahkeme kararından¹⁵ söz etmek gerekecektir. Zira mağdur, karardan önce ölmüştür. Ölüm neticesi, HIV virüsü dolayısıyla bağışıklık sisteminin çökmesinden dolayı meydana gelmiştir. AIDS hastası kocanın, sayısız kez eşiyile cinsel ilişki gerçekleştirmesi neticesinde, HIV virüsü mağdura bulaşmıştır.¹⁶ Mahkeme nezdinde tamamlanmış öldürme suçundan dolayı kocanın cezalandırılması noktasında bir tereddüt de ortaya çıkmamıştır. Dolayısıyla yaralamaya ilişkin bir nitelikli hal tartışması yapmaya da gerek doğmamıştır. Mahkemeye göre

La Persona Comnessi Da Persona Malata Di HIV/AIDS", <http://www.diritto.it/materiali/penale/brunelli3.html> (Siteye erişim tarihi: 20.06.2008)

¹² Brunelli, L'elemento soggettivo, ...

¹³ Doğrudan kast hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. Hakan Karakehya, "Ceza Hukukunda Doğrudan Kast", *SÜHF*, Cilt 15, Sayı 1, Yıl 2007, s. 117-138.

¹⁴ 8.9.2000 tarihli karar ve karara yönelik eleştiriler için bkz.. Summerer, s. 427, dpn.1 ve s.429, dpn. 8.

¹⁵ Cremona Mahkemesi'nin 14 Ekim 1999 tarihli kararı için Bkz. Brunelli, L'elemento soggettivo, ...; Alberto Cadoppi/ Stefano Canestrari, *Casi e Materiali di Diritto Penale*, Volume I, Giuffre, Milano 2002, s. 109 vd.

¹⁶ Söz konusu ilişki, önceleri nişanlılık daha sonra da evlilik olmak üzere yaklaşık on yıl sürmüş ve kadın partnerin ölümüyle sona ermiştir. Bkz. Cadoppi/Canestrari: s. 110.

cinsel ilişkinin ölüm neticesini meydana getirmesi bakımından elverişli olduğu açıktır. Sorun daha ziyade ortaya çıkan netice bakımından manevi unsur noktasında yoğunlaşmaktadır.

İtalyan öğretisinin ve uygulamasının öncelikle mutabık kaldığı husus, manevi unsur bakımından olası kast-bilinçli taksir tartışmasının yapılmasının bir zorunluluk olduğudur. HIV virüsünün, cinsel ilişki yoluyla bulaşma riski çok yüksektir.¹⁷ Cinsel ilişki yoluyla hastalığın bulaştırılmasının istendiği istisnai örnekler hariç olmak üzere, netice irade edilmiş de değildir. İşte bu durumda sorunun çözümü, olası kast veya bilinçli taksir kalıplarına göre olmak durumundadır.¹⁸

Olası kast¹⁹ belirlemesi bakımından en çok kabul gören ve izlenen yaklaşım “*kabul edilen risk*” ölçütüdür.²⁰ Bu ölçütten hareket edenlere göre, fail neticenin gerçekleşebileceği olasılığını öngörmesine rağmen, davranışını söz konusu riski kabul ederek gerçekleştirirse olası kastından dolayı sorumlu olacaktır. Bilinçli taksirde ise fail, mümkün gözükenden neticenin gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket etmektedir.²¹ Olası kast, bilinçli taksire oranla bir kararlılığa gereksinim duyar. Diğer taraftan neticenin gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket etmek ölçütü de bilinçli taksiri, olası kasttan tam olarak ayırmak bakımından yeterli değildir. İtalyan öğretisi, “*kabul edilen risk*” ölçütüne, bütün belirsizliği ve genişliğine rağmen, HIV virüsünün cinsel ilişki yoluyla bulaşması durumunda, manevi unsuru belirlemek bakımından da başvurmaktadır.²² Ancak, söz konusu ölçüt çok da güvenli veriler sunmamaktadır.

Bahsedilen olayda, AIDS hastalığı bulaştırılan eşin ölmesi üzerine,

¹⁷ Tek bir cinsel ilişkiyle HIV virüsünün bulaşma riski için 1/100 veya 1/1000 arası oran verilmektedir: Bkz. Erdem, s. 74.

¹⁸ Summerer , s.434.

¹⁹ Olası kast hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Karakehya, “Olası Kast”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı 2, Aralık 2006, s. 19-46.

²⁰ Ferrando Mantovani, *Diritto penale. Parte Generale*, CEDAM, 4.baskı, Padova 2001. s.334; Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, Giuffrè 14. baskı, 1997, s. 348; Öğreti, “*kabul edilen risk*” ölçütünün, bir yandan tespiti oldukça güç olan, olası kastın belirlenmesi bakımından önemli bir hareket alanı sağladığını, diğer yandan da neticenin gerçekleşmeyeceğine duyulan inanç gibi oldukça yüzeysel bir kavramlaştırmayla, kişilerin kasti sorumluluklarının ortadan kaldırılarak, sorumluluğun taksir düzeyine indirilmesinin önüne geçmek bakımından önemli bir araç olduğunu savunmaktadır. Bkz. Cadoppi/ Canestrari, s. 137.

²¹ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara 2005 s. 208.

²² Summerer, s.435.

ilk derece, istinaf ve yüksek mahkemenin, verdikleri kararlar arasındaki farklılıklar, İtalya'da kusur kalıplarına ilişkin tartışmaları da beraberinde getirmiştir.²³

İlk derece hakimi, failin kusurluluğu olası kasttır demiştir. Zira korunan hukuki yararın ihlal edilmesi bakımından, failin şahsi kararlılığı söz konusudur.²⁴

Kusurluluk kalıpları olan kast ve taksirin, insan zihnine ait psikolojik fenomen olmaları dolayısıyla doğrudan algılanmaları çok zor olsa da, bizzat davranışın kendisi, kusurluluğun belirlenmesi bakımından gözlemciye bazı olanaklar sunar. Her iki kusurluluk kalıbı da, harice yansımaları bakımından bazı karakteristik özellikler gösterirler. Böylece korunan hukuki yarara karşı mevcut bir iradenin olup olmadığı ortaya konulabilecektir.²⁵ Elbette, söz konusu harici etmenlere (davranış), manevi unsur bakımından yapılacak tespitte tamamıyla teslim olmamak ve aşırı objektif ölçütler geliştirerek, manevi unsurun belirlenmesini bir formülasyon içine de hapsedmemek gerekir. Doğaldır ki, harici etmenler, gözlemlenebilir ve doğrulanabilirler. Psişğin ne olduğunun belirlenmesine yönelik yapılacak araştırmada, kesin kabul edilmemek kaydıyla yol gösterici olabilirler. İçsel tutumun harici yansımaları, içsel tutuma ilişkin tasvir edici rollere sahip olabilirler. İşte söz konusu işaretlerin ortaya çıkan netice bakımından, psişiğe ilişkin bilgi vermeleri olasıdır.²⁶

Cremona Mahkemesi, tamamıyla bu yaklaşımı esas almıştır. Söz konusu yaklaşıma göre olası kastın belirlenmesi bakımından gerekli unsurlar şunlardır:

- Davranışın ortaya çıkarmış olduğu risk
- Fail tarafından ortaya çıkan riskli davranışa ilişkin kabul (rıza)
- Olası neticenin fail tarafından kabul edilmesi (rıza gösterilmesi)

²³ Summerer, s. 437.

²⁴ Luigi Viola, "Dolo Eventuale e Copla Cosciente, Con Particolare Riferimento Al Contagio Da Virus HIV In Caso Di Rapparto Sessuale Non Protetto", <http://www.overlex.com/leggiarticolo.asp?id=210> (Erişim Tarihi: 27.06.2008)

²⁵ Söz konusu yaklaşım Canestrari tarafından geliştirilmiştir. Bkz. Summerer : s. 438.

²⁶ Bkz. <http://www.diritto.it/materiali/penale/brunelli3.html>

Söz konusu unsurların belirlenmesinden sonra *Canestreri*'ye göre riske ilişkin kusurluluk; "*tedbirli farazi uygulayıcı*"nın (avveduto osservatore esterno), somut olay bağlamında, faille aynı durumda bulunması, aynı bilinç düzeyine ve bilgi birikimine sahip olmasına rağmen, söz konusu davranışı asla yapmazdı denilebilmesi halinde olası kasttır.²⁷

Mahkeme, HIV virüsünün cinsel ilişkiyle bulaşması ve neticede AIDS hastalığından dolayı ölümün ortaya çıktığı somut olayda, failin davranışının ortaya koymuş olduğu işaretlerden hareketle, riskin (ölüm) fail tarafından kabul edilip edilmediğini belirlemiştir. Mahkeme, cinsel ilişkinin şekli ve sıklığını, bu bağlamda sürekli ve düzenli bir cinsel ilişkinin olup olmadığını belirlemiş, hastalığı bulaştırma bakımından riskli olduğu bilinen cinsel uygulamaların söz konusu olup olmadığını araştırmış ve hastalığın bulaşmasını engellemek üzere alternatif önlemlerin alınıp alınmadığını tespit etmiştir. Sonuç olarak mahkeme, kabul edilen riskin olası kastın varlığına işaret ettiğini belirlemiştir.²⁸ Mahkemeye göre, cinsel ilişki bir veya birkaç kez gerçekleşmiş olsaydı, cinsel ilişki bakımından hastalık bulaşma riskinin az olduğu uygulamalar yapılmış ve hastalığın bulaşmasına ilişkin olarak alternatif tedbirler alınmış olsaydı, failin sorumluluğu taksirinden dolayı söz konusu olabilecekti.²⁹ Elbette failin AIDS hastası olduğunu bilmediği halde, HIV virüsünü bulaştırdığı durumlarda cezai sorumluluğundan bahsedilemez.

Söz konusu mahkeme, yaptığı araştırma neticesinde, failin HIV virüsü taşıdığını bildiğini belirlemiştir. Fail, virüsün bulaşıcı olduğunu bildiği gibi, bulaşmanın engellenebilmesi için bazı koruyucu tedbirlerin alınması gerektiğini de bilmektedir. Diğer taraftan hastalığın iyileştirilemez olduğunu ve neredeyse kesin bir şekilde (taşıyıcı olma durumu hariç olmak üzere) ölüm neticesine yol açtığını da bilmektedir. Mahkemeye göre, bazı durumlar, bazı bilgiler ortak sosyal hayata ait bilgilerdir. Ortalama insanın söz konusu bilgilerden haberdar olmaması olanaksızdır. Failin, ortalamanın üzerinde olan sosyo/ekonomik yapısı onun hastalığın sonuçlarını bilebileceğinin diğer bir göstergesidir. Ayrıca, failin hastalığının teşhisi de yetkin kliniklerde koyulmuş-

²⁷ Brunelli, L'elemento soggettivo, ...; Summerer: s. 438.

²⁸ Summerer: s. 438.; Viola, Dolo Eventuale, ...

²⁹ Brunelli, L'elemento soggettivo, ...

tur. Bu tür bir klinikte hastalığın bulaşıcı olduğunun söylenmemesi imkânsızdır.³⁰

Fail bir seçim yapmaktan öte, riski açık bir şekilde kabul ederek, bilinçli bir şekilde cinsel ilişkiye devam etmiş, her yeni girdiği cinsel ilişkiyle de riskin çoğalmasına neden olmuştur. Hastalıktan eşine söz etmeyerek, hastalığın olası erken teşhisi ve çok az da olsa iyileşme olanağını tamamen ortadan kaldırmıştır. O halde, fail sadece hastalığın bulaşması riskini değil, aynı zamanda daha ağır netice olan eşinin ölüm riskini de kabul etmiştir.³¹

Bütün bu bilgiler ışığında failin, ölüm neticesinden olası kastından ötürü sorumlu olması gerekir. Failin tutumu kaçınılmaz bir şekilde, bilinçli taksir bakımından esas alınacak olan “*neticenin gerçekleşmeyeceği inanç ve umuduyla hareket etme*” ölçütüne başvurmayı engellemiştir.

Söz konusu karara ilişkin yapılan istinaf yargılamasında,³² ilk derece mahkemesinin olası kasttan dolayı vermiş olduğu hüküm bozulmuştur.

Mahkeme, bilinçli taksirin ve olası kastın tanımlarını yapmaktan kaçınmıştır. Yaptığı değerlendirmede, Cremona Mahkemesi'nin somut olaya ilişkin olarak vardığı sonuçlarla ilgilenmiştir. Mahkeme'ye göre, olayı değerlendirmek bakımından yapılması gereken “*somut uygulama*”dır (applicazione concreta). Failin psişisinin ne olduğun belirlenmesi için bakılması gereken failin karakter yapısı ve ruh halidir. Psişiğe yönelik bir değerlendirme, failin herhangi bir model ajanla (agente modello) karşılaştırılması suretiyle gerçekleştirilemez. Başka bir şekilde ifade edilmek gerekirse, failin psişisini anlamak üzere yapılacak faaliyet bir faraziye üzerinden yürütülemez. Mahkeme, birinci derece yargıçlarının, failin neticeyi kabul ettiğine yönelik değerlendirmesini katı bulmuştur. Psikolojik tutumun ne olduğunun belirlenmesine yönelik araştırmanın birtakım genellemelerden hareketle yapılması yanlıştır. Söz konusu değerlendirme oldukça dikkatli yapılmalıdır. İstinaf yargıçlarına göre insan davranışı oldukça karmaşık psikolojik dinamiklerle belirlenir. Örneğin bir insanda “*akıldışı bir*

³⁰ Brunelli, L'elemento soggettivo, ...

³¹ Sumerrer, s. 439.

³² Brescia İstinaf Mahkemesi'nin 26 Eylül 2000 tarihli kararı için bkz Cadoppi/ Canestrari, 113 vd.

iyimserlik” hali bulunabilir. Meselelere ilişkin genel bir şema çıkarmak doğru değildir.³³

Mahkeme’ye göre, her ne kadar fail birden çok ilişki süresince AIDS hastası olduğunu bilerek ve partnerini bu durumdan habersiz bırakarak, ona ölümcül hastalığı bulaştırmış olsa da, ölüm neticesine yönelik failde mevcut bir istekten ve hatta kabul edilmişlikten söz etmek olanaklı değildir. Bu bağlamda failin iradesinin olumsuz neticeyi kabul etmeye yönelik olduğu söylenemez. İstinaf mahkemesi sanığın taksirinden dolayı sorumlu tutulması ve cezanın da öngörülebilirlik dolayısıyla bilinçli taksir dolayısıyla artırılması gerektiğine karar vermiştir.³⁴

Yüksek mahkeme de söz konusu olayda sorumluluğun taksirli öldürmeden dolayı olduğuna hükmetmiştir. İtalyan Yargıtay’ı bilinçli taksir-olası kast ayırımına ilişkin, yeknesak bir pozisyon alınamaz demektedir. Bu ayırım bakımından her olaya uygulanabilecek ölçütler belirlemek olanaksızdır. Her somut olayda yargıç değerlendirmesini yeniden yapmalıdır.³⁵

Sonuç olarak fail, nişanlılık ve evlilik süresince yaklaşık on yıl süreyle hastalığından söz etmeksizin eşiyile sayısız defa ve herhangi bir korunma tedbiri almaksızın cinsel ilişkiye girmiştir. HIV virüsünün varlığı basit bir tıbbi analizle tespit edilebilecektir. Bu testi yapan tıbbi personelin, hastalığın bulaşıcı olduğunu ve bulaşma yollarının neler olduğunu hastaya söylememeleri söz konusu olamaz. Kaldı ki, ortalama bir kimsenin, günümüzde, AIDS hastalığından haberdar olmaması da düşünülemez. Elbette, failin, sosyo/kültürel yapısına bakılmalı, psişisine ilişkin somut değerlendirme yapılmalıdır. Ancak bu somut değerlendirme bir “*tedbirli farazi uygulayıcı*” (model ajan) üzerinden yapılabilir. Failde neticenin gerçekleşmeyeceğine dair söz konusu olabilecek aşırı iyimserlikten hareketle sorumluluğu taksir olarak belirlemek doğru değildir. Fail neticenin gerçekleşebileceği olasılığını öngörmesine rağmen, davranışını söz konusu riski kabul ederek gerçekleştirmiştir. O halde, fail sadece hastalığın bulaşması riskini değil, aynı zamanda daha ağır netice olan eşinin ölüm riskini de kabul etmiş-

³³ Summerrer, s. 440.

³⁴ Cadoppi/ Canestrari, s. 113-115.

³⁵ Cadoppi/ Canestrari, s. 126.

tir. Failin kastından söz edebilmek için, failin davranışına bağlı olarak neticenin kesin veya kesine yakın ihtimal dahilinde olması yeterlidir. HIV virüsünün karşı tarafa bulaşmayacağı yönünde beklentinin³⁶ hatta somut olayda “umudun” önemi yoktur.

Son olarak, HIV virüsünün bulaştırılmasına yönelik bazı varsayımlar ve failin ceza hukuku bağlamındaki sorumluluğu şu şekilde özetlenebilir :

Cezai sorumluluğun olmadığı varsayım,

- Kişinin HIV virüsü taşıdığını bilmediği, bildiğinin ispat edilemediği ve HIV virüsünü taşıyabileceğini öngöremediği³⁷ durumlarda cezai sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Cezai sorumluluğun söz konusu olacağı varsayımlar,

- Kişinin HIV virüsü taşıdığını karşı taraf da bilmekte ve korunmasız cinsel ilişkiye rıza göstermekteyse, AIDS hastası partnerin ortaya çıkan neticeden sorumlu olması gerekir. Zira böyle bir durumda, cinsel ilişkiye rıza gösterenin tasarruf edebileceği bir haktan söz edilmez.³⁸

- Kişi HIV virüsü taşıdığını biliyor ve isteyerek cinsel ilişki veya başka bir yolla virüsü başkasına ihraç ediyorsa, doğrudan kastı söz konusu olacak ve meydana gelen neticeye göre neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralamadan veya kasten öldürmeden dolayı sorumlu olacaktır.³⁹

- Kişi HIV virüsü taşıdığını biliyor ve gerekli önlemleri almadan ve karşı tarafı uyarmadan ve fakat hastalığı bulaştırmayı da istemeden

³⁶ Aynı yönde: Erdem, s. 80

³⁷ Örneğin HIV virüsünün bir cinsel ilişkiden değil de, dişçi muayenesi esnasında kapılması durumunda öngörülebilirlikten söz etmenin olanaklı olmadığını düşünüyoruz.

³⁸ Erdem, s. 90.; Summerer: s. 442.; Aksi görüşte olanlara göre AIDS hastası olmayan partnerin tarafın, rizikoyu göze alması nedeniyle ve bizzat tehlikeye neden olmasından ötürü, kişinin cezai sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Rıza için elbette mağdurun tehlikenin gerçek boyutlarını algılayabilecek olgunlukta olması gerekir. AIDS hastalığının bulaştırılmasında, hukuka aykırılığı kaldıran neden olarak mağdurun rızası için bkz. Erdem, s. 82 vd.

³⁹ AIDS, hastası bir kimse, intikam almak, acı çektirmek veya insanlığa duyduğu derin nefretten veya sadece içinde bulunduğu umutsuzluktan bu yola başvurabilir. Bu durumda olanlar için Alman öğretisi, desperadomentalitat (mental umut kaybı) kavramını kullanır. Bkz. Cadoppi/ Canestrari, s. 135, dpn. 22.

çok sayıda cinsel ilişkiye giriyorsa, ölüm neticesinin ortaya çıkıp çıkmamasına bağlı olarak, olası kastlı öldürmeden veya olası kastlı nitelikli yaralamadan sorumlu olacaktır.

- Kişi HIV virüsü taşıdığını biliyor ve cinsel ilişki dışında başka bir yolla fakat istemeden, karşı tarafa hastalığı bulaştırıyorsa, dikkat yükümlülüğüne aykırı hareket ettiğinden dolayı koşulların varlığı halinde (bilinçli) taksirle yaralama veya (bilinçli) taksirle öldürmeden dolayı sorumlu olacaktır.

- Kişi HIV virüsü taşıdığını biliyor ve cinsel ilişkiye yeterli korunma tedbiri almaksızın girmek yoluyla hastalığı bulaştırıyorsa, özen yükümlülüğüne aykırı hareket ettiğinden dolayı koşulların varlığı halinde (bilinçli)taksirle yaralama veya bilinçli(taksirle) öldürmeden dolayı sorumlu olacaktır.

- Ve nihayet, kişi HIV virüsünü taşıdığını bilmiyor ve fakat kişinin AIDS hastası olabileceği öngörülebilir bir durumsa,⁴⁰ ortaya çıkan neticeye göre, taksirle yaralama veya taksirle öldürmeden dolayı sorumlu olacaktır.

KAYNAKLAR

- Alberto Cadoppi/ Stefano Canestrari, *Casi e Materiali di Diritto Penale*, Volume I, Giuffrè, Milano 2002
- Cristiano Brunelli, "L'elemento Soggettivo Nei Delitti Contro La Persona Commessi Da Persona Malata Di HIV/ AIDS" [Http://Www.Diritto.It/Materiali/Penale/Brunelli3.Html](http://www.Diritto.It/Materiali/Penale/Brunelli3.Html) (Siteye erişim tarihi: 20.06.2008)
- Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayıncılık. 3. baskı, Ankara 2006.
- Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Vedat Kitapçılık. 11.baskı, İstanbul 2005.
- Federico Stella, *Leggi Scientifiche e Spiegazione Causale Nel Diritto Penale*, A. Giuffrè, 2. baskı, Milano 2000.

⁴⁰ Para karşılığı birden çok partner ile cinsel ilişkiye girenin; çok sayıda kişinin uyuşturucu enjekte etmek için kullandığı şırıngayı kullananın, HIV virüsünün kendisine bulaşma riskinin çok yüksek olduğunu öngörüyor olması lazım gelir.

- Ferrando Mantovani, *Diritto Penale Parte Generale*, CEDAM, 4. baskı, Padova 2001.
- Francesco Antolisei, *Manuale Di Diritto Penale Parte Generale*, Giuffrè. 14. baskı, Milano 1997.
- Hakan Karakehya, "Ceza Hukukunda Doğrudan Kast", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Sayı 1, Yıl 2007, s. 117-138.
- Hakan Karakehya, "Olası Kast", *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı 2, Aralık 2006, s. 19-46.
- Kolis Summerer, "AIDS e Diritto Penale", *I Reati Contro La Persona*, UTET Giuridica, Torino 2006, s. 407-457.
- Luigi Viola , "Dolo Eventuale e Copla Cosciente, Con Particolare Riferimento Al Contagio Da Virus HIV İn Caso Di Rapparto Sessuale Non Protetto", [Http://www.Overlex.Com/Leggiarticolo.Asp?İd=210](http://www.Overlex.Com/Leggiarticolo.Asp?İd=210)(Erişim Tarihi: 27.06.2008)
- Mustafa Ruhan Erdem, "Cinsel İlişki Yoluyla Başkasına HIV Bulaştırmanın Cezalandırılabilirliği Sorunu", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. VIII, S. 1-2, 2004 s.73-91.
- Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi. Ankara 2005.

SÖZLEŞMENİN KURULABİLMESİ İÇİN TARAFLARIN İRADE BEYANLARI ARASINDAKİ UYGUNLUĞUN KAPSAMINDA YER ALMASI GEREKEN NOKTALAR

Köksal KOCAAĞA*

I. GİRİŞ

BK m. 1/I göre, bir sözleşmenin kurulabilmesi için, tarafların karşılıklı irade beyanlarının birbirine uygun olması gerekir. Tarafların irade beyanları arasındaki uygunluk, sözleşmenin kurucu unsurlarındandır. İrade beyanlarının birbirine uygun olmasına “*uygunluk, uyuşma*” (*Konsens, Übereinstimmung*) adı verilir. İrade beyanlarının uygunluğu, ya “*gerçek (tabii) iradelerin fiilen*” ya da “*beyanların anlam (içerik) itibariyle*” birbirine uygun olması şeklinde ortaya çıkar.¹ Bu nedenle, uygunluk “*fiilî (tabii) uygunluk*” ve “*hukukî uygunluk*” olmak üzere ikiye ayrılır.² Fiilî uygunluk, tarafların gerçek iradelerinin birbirine uygun olmasıdır. Taraflar, sözleşme kurulurken birbirlerinin gerçek iradelerini fiilen doğru olarak anlamışlarsa, yani beyan sahibinin beyanına verdiği anlam ile muhatabın kendisine ulaşan bu beyana verdiği anlam aynı

* Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

¹ Gauch, P./Schluep, W. R./Schmid, J./Rey, H., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Band I-II, 8. Auflage, Zürich 2003, N. 309 vd.; Keller, M./Schöbi, C., *Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts*, 3. Auflage, Basel/Frankfurt am Main 1988, s. 53; Kramer, E., *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, erläutert von Ernst A. Kramer und Bruno Schmidlin, Bern 1986, Art. 1, N. 122; Schwenger, I., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Bern 1998, s. 177; Eren, F., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8. Bası, İstanbul 2003, s. 205.

² Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N. 312, 317; Kramer, Art. 1, N. 121-122; Schwenger, s. 177-178; Eren, s. 206.

ise, fiilî uygunluk (*tatsächlicher/ natürlicher Konsens*) söz konusu olur. Fiilî uygunluk, yani tarafların gerçek iradelerinin birbirine uygunluğu, bazen hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde gerçekleşir. Örneğin, A, Çankaya'daki tek dairesini 500.000 TL'ye satmak istediğini söylemiş ve B de bu daireyi aynı fiyata almak istediğini ifade etmişse, A ve B'nin irade beyanları, hem gerçek (fiilî) iradeleri, hem de beyanları yönünden birbirine uygundur. Buna karşılık, bazı hallerde, fiilî uygunluğun bulunup bulunmadığı, tarafların irade beyanlarının yorumu sonunda anlaşılır. Örneğin, A, Çankaya'daki dairesini satmak, B de bu daireyi almak istemektedirler. Ancak, A beyanında yanlışlıkla Balgat'taki daireden söz etmiştir. A beyanında Balgat'taki daireden söz etmekle birlikte, tarafların gerçek iradeleri Çankaya'daki daire olduğundan, taraflar sözleşmeyi kurarken birbirlerini fiilen doğru olarak anlamışlar ve böylece fiilî uygunluk sağlanmış ve satım sözleşmesi Çankaya'daki daire üzerinden kurulmuştur.³ Borçlar Kanunu, fiilî (tabii) uygunluğa üstünlük tanımaktadır (BK m. 18/I).

Fiilî (tabii) uygunluğun bulunmadığı hallerde, hâkim hukukî uygunluğu⁴ arayacaktır. Hukukî (normatif) uygunluk, güven teorisine göre yorum yoluyla tespit edilen uygunluktur. Bu teoriye göre, "taraflardan her birinin beyanı (davranışı), diğer tarafın dürüstlük kuralı içinde bildiği veya bilmesi gereken şart ve durumları da göz önünde tutarak anlamaya mezur ve mecbur olduğu şekilde yorumlanır. Bu yorum sonunda beyanların anlamı birbirine uyduğu takdirde, tarafların irade beyanları arasında hukukî uygunluğun mevcut olduğu hükmüne varılır".⁵ Buna göre hâkim, kendisini muhatabın yerine koyacak ve muhatabın, makul ve dürüst bir muhatabın yapacağı gibi, irade beyanının meydana geldiği yer ve zamanda bildiği veya bilmesi gereken bütün şartları da dikkate alarak, söz konusu irade beyanını dürüstlük kurallarına göre nasıl anlamaya

³ Fiilî (tabii) uygunluk hâlinde "hata" hâli söz konusu olmayıp, taraflar, kurulmuş bulunan sözleşmeyi hata hükümlerine dayanarak iptal edemezler.

⁴ Hukukî uygunluk bir değer hükmüne dayandığı için, buna "normatif uygunluk" da denilmektedir. Bkz. Kramer, Art. 1, N. 126 vd.; Gauch, P., *Von den wesentlichen Vertragspunkten*, recht 1991, s. 45; Gauch/Schluép/Schmid/Rey, N. 317; Schwenger, s. 178; BGE 116 II 696; 123 III 39 vd.

⁵ Eren, s. 207. Ayrıca bkz. von Tuhr, A./Peter, H., *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Band I, 3. Auflage, Zürich 1979/1984, s. 287; Gauch/Schluép/Schmid/Rey, N. 207 vd.; Guhl, T./Merz, H./Kummer, M., *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 7. Auflage, Zürich 1980, s. 90 vd.; Oğuzman, K./Öz, T., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, İstanbul 2000, s. 64.

mezun ve mecbur olduğuna karar verecektir.⁶ Örneğin, A, mobilyacı B'den bir yatak odası takımı yapmasını istemiş; ancak diğer müşterilerle ilgilendiği için dalgın olan B., bu beyanı oturma odası takımı olarak anlamıştır. Burada B., makul ve dürüst bir muhatap olarak davransa, gerekli dikkat ve özeni gösterseydi, A'yı doğru olarak anlayacak ve oturma odası değil, yatak odası takımı yapacaktı. Bu nedenle, güven teorisini uyarınca, eser sözleşmesi, yatak odası takımı üzerinden kurulmuş olur.⁷

Taraflar, birbirine uygun irade beyanlarıyla sözleşmeyi kurarken, sözleşmenin içeriğini de tespit ederler. Bu nedenle, tarafların irade beyanları arasındaki uygunluğun kapsamına, sözleşmenin içeriğini oluşturan hangi noktaların girmesi gerektiği önem taşımaktadır.

Uygunluğun hangi noktaları kapsaması gerektiği, yeteri kadar açık ve kesin olmamakla birlikte, BK m. 2/I'de hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre, *"iki taraf akdin esaslı noktalarında uyuşurlar ise ikinci derecedeki noktalar sükütle geçilmiş olsa bile akde münakat olmuş nazariyle bakılır"*.⁸ Maddenin kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'na göre doğru tercümesi şu şekildedir: *"Taraflar, esaslı noktalarda uyuşmuşlarsa, ikinci*

⁶ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 209; Schönenberger, W./Jäggi, P., (Zürcher) *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Band V: Obligationenrecht, Teilband V/1a: Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art.1-17 OR, Zürich 1973, Art. 1, N. 195; Keller/Schöbi, s. 127; Eren, s. 142.

⁷ Güven teorisine göre irade beyanlarının birbirine uygunluğu (hukukî uygunluk) kabul edilerek sözleşme kurulmakla birlikte, bu, taraflardan birinin gerçek iradesine uymadığı için, o taraf sözleşmeyi her zaman hata sebebiyle iptal edebilir. Bkz. von Tuhr/Peter, s. 190; Kramer, Art. 1, N. 126; Eren, s. 207; Oğuzman/Öz, s. 64.

⁸ Aslında BK m. 2/I hükmü, BK m. 1/I hükmüne açıklık getirmekte, onu tamamlamaktadır. Buna göre, bir sözleşmenin kurulabilmesi için gerekli olan tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının, sözleşmenin bütün noktalarını kapsaması zorunlu olmayıp, yalnız esaslı noktaları kapsamı gerekli ve yeterlidir. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, BK m. 2/I hükmünü isabetli bulmayarak eleştirmektedirler. Yazarlara göre, söz konusu hüküm, bazı noktalarda henüz anlaşmaya varmamış bulunan, ancak görüşmelere devam etme arzusunda olan tarafları, bir oldu-bittiyle karşı karşıya getirmektedir. Taraflardan biri, başkaları için ikinci derecede görülen bir noktayı, bu konuda herhangi bir açıklamada bulunmasa bile, kendisi için çok önemli görebilir. Belirlenmesi ileriye bırakılan böyle bir nokta hakkında anlaşmaya varılmaksızın sözleşmeyi kurulmuş saymak, irade özgürlüğünü, hiçbir kamu yararı olmaksızın, kısıtlamak anlamına gelir. Bkz. Tekinay, S. S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altıp, A., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 77.

*derecedeki noktaların saklı tutulmasının, sözleşmenin kurulmasına engel olmayacağı karine olarak kabul edilir”.*⁹

Maddeden de anlaşılacağı üzere, kanun, bir sözleşmenin esaslı noktaları ile ikinci derecedeki (yan) noktaları arasında ayırım yapmakta ve yan noktalardan birinin, bir kaçının veya hepsinin saklı tutulmasına, yani bunlar hakkındaki anlaşmanın ileriye bırakılmasına rağmen, esaslı noktalarda anlaşmaya varılmışsa, sözleşmenin kurulmuş olduğunu kabul etmektedir. Buna karşılık, saklı tutulan, yani kararlaştırılması ileriye bırakılan nokta, ikinci derecedeki (yan) nokta değil de, sözleşmenin esaslı noktalarından ise, bu durumda sözleşmenin kurulması da ileriye bırakılmış sayılır ve hâlihazırda kurulmuş bir sözleşmenin varlığından söz edilemez.

Saklı tutularak ileriye bırakılan yan noktalarda taraflar sonradan anlaşamazlarsa ne olacağı BK m. 2/II’de gösterilmektedir. Bu hükme göre, *“ikinci derecedeki noktalar hakkında uyuşulamadığı takdirde hâkim, işin mahiyetine bakarak onları tayin eyler”*. Burada, hâkimin sözleşmeye müdahalesi ve sözleşmedeki boşluğu doldurması söz konusudur.¹⁰ Hâkim, saklı tutularak ileriye bırakılan noktaları tamamlarken, tamamlayıcı (yedek) hukuk kurallarından ziyade, işin niteliğini göz önünde bulundurmalı ve ancak işin niteliğinin farklı bir çözümü gerektirmemesi hâlinde tamamlayıcı hukuk kurallarına başvurmalıdır; BK m. 2/II’nin amacı bunu gerektirir.¹¹ İşin niteliğinden, sözleşmenin amaç ve niteliği ile olaya ilişkin durumların tamamı anlaşılmalıdır.¹² Görüldüğü üzere, ikinci derecedeki (yan) noktaların *“saklı tutularak ileriye bırakılması”*; bunların üzerinde hiç durulmamış, tartışma konusu yapılmamış, yani *“sükût ile geçilmiş olması”*ndan farklı sonuca tâbidir. Şöyle ki, saklı tutularak ileriye bırakılan yan noktalarda taraflar sonradan anlaşamazlarsa hâkim, tamamlayıcı (yedek) hukuk kurallarıyla bağlı olmaksızın, işin niteliğinden hareketle boşluğu doldurur. Buna karşılık, üzerinde hiç durulmayarak (tartışma konusu yapılmayarak) sükûtla geçilmiş olan yan noktalar, (varsa) tamamlayıcı (yedek) hukuk kural-

⁹ Mart 2007 tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda (m. 2/I) ilgili hüküm şu şekilde düzenlenmiştir: *“Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır”*.

¹⁰ Eren, s. 214; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 76.

¹¹ Eren, s. 214; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 76.

¹² Bkz. Eren, s. 214; BGE 107 II 414 E.7.

larıyla doldurulur. Örneğin, bir ödünç sözleşmesinde, ödünç alınan paranın ne zaman geri verileceği kararlaştırılmamışsa, tamamlayıcı (yedek) bir kural olan BK m. 312 uyarınca, ödünç alan, ödünç verenin ilk talebinden itibaren altı hafta içinde, aldığını geri vermekle yükümlüdür. Buna karşılık, taraflar geri verme tarihini öngörmüş, ancak bu noktanın ileride kararlaştırılacağını beyan ederek ödünç sözleşmesini akdetmişlerse, BK m. 312'nin uygulanması söz konusu olmayıp, ortaya çıkan boşluk, BK m. 2/II uyarınca, hâkim tarafından doldurulur. Hâkim, bu boşluğu doldururken, taraflar arasındaki ilişkinin niteliğine göre, BK m. 312'den farklı bir ödeme süresi belirleyebilir. Ancak, ikinci derecedeki noktalar, ister saklı tutularak ileriye bırakılmış olsun, isterse üzerinde durulmayarak sükûtle geçilmiş olsun, bu noktalar üzerinde anlaşmaya varılmamış olması, sözleşmenin kurulmasını engellemez. Bir sözleşmenin kurulması için, esaslı noktalar üzerinde anlaşmaya varılması kural olarak gerekli ve yeterlidir.

Belirtmek gerekir ki, esaslı noktalar üzerindeki anlaşmanın saklı tutularak ileriye bırakılması, bir noktanın, sözleşmenin kurulması sırasında belirlenmemiş olsa bile, sonradan belirlenebilir olması hususıyla karıştırılmamalıdır. Sözleşmenin kurulması için, esaslı noktalarda anlaşmaya varılması zorunlu olup, bunlar kural olarak saklı tutularak ileriye bırakılamaz. Ancak, istisnâ bazı hâllerde, bunların kesin olarak belirlenmiş olması şart olmayıp, ilerde objektif kriterlere göre belirlenebilir olmaları yeterlidir.¹³ Örneğin, bir satım sözleşmesinde, satım konusu şey cinsiyle belirlenebileceği gibi, satış bedeli de kesin olarak tespit edilmeyip, ifa edileceği (örneğin üç ay sonraki) tarihteki borsa rayicine göre belirleneceği kararlaştırılmışsa, bu esaslı noktanın sözleşmede düzenlenmesi ve böylece söz konusu nokta üzerinde uyulması şartı yerine getirilmiş olur. Ancak, esaslı noktanın sonradan belirlenebilir nitelikte olmaması hâlinde, sözleşme kurulmuş olmaz.

Taraflar arasında irade beyanlarının birbirine uygunluğu konusunda ihtilaf (uygunluk ihtilafı, *Konsensstreit*) çıkması hâlinde, hâkim, bu ihtilafı, tarafların irade beyanlarını güven teorisine göre yorumlamak suretiyle çözümler.¹⁴

Tarafların irade beyanlarının birbirine uygun olmaması hâlinde,

¹³ Von Tuhr/Peter, s. 191; Schönerberger/Jäggi, Art. 1, N. 82-83; Eren, s. 208; Oğuzman/Öz, s. 66; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 79.

¹⁴ Gauch/Schluelp/Schmid/Rey, N. 309.

“*uyuşmazlık, anlaşmazlık*” (*Dissens*) söz konusu olur. Bu durumda, tarafların irade beyanları arasında ne fiilî (tabii) ne de hukukî (normatif) uygunluk mevcuttur. Uyuşmazlık, irade beyanlarının hâkim tarafından güven teorisine göre yorumu sonunda tespit edilir.

Taraflar, irade beyanlarının birbirine uygun olmadığını açıkça biliyorlarsa, buna “*açık uyuşmazlık*” adı verilir.¹⁵ Açık uyuşmazlıkta taraflar, sözleşmenin kurulmasını değil; aksine, kurulmamasını, meydana gelmemesini istemektedirler. Açık uyuşmazlık sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkinse, buna “*gerçek uyuşmazlık*” (*eigentlicher Dissens*); ikinci derecedeki (yan) noktalarına ilişkinse, buna da “*gerçek olmayan uyuşmazlık*” (*uneigentlicher Dissens*)¹⁶ adı verilir. Sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkin açık uyuşmazlık, yani gerçek uyuşmazlık hâlinde sözleşme meydana gelmez. Örneğin, A, Gölbaşı’daki villasını 250.000 TL’ye satmayı B’ye teklif eder ve B de onu 200.000 TL’ye almak istediğini bildirirse, tarafların irade beyanları sözleşmenin esaslı noktası olan semen üzerinde birbirine uygun değildir. Burada gerçek uyuşmazlık söz konusu olup, satım sözleşmesi meydana gelmemiştir. Buna karşılık, sözleşmenin ikinci derecedeki (yan) noktalarına ilişkin açık uyuşmazlık, yani gerçek olmayan uyuşmazlık, sözleşmenin kurulmasını engellemez.

Buna karşılık, taraflar uyuştuklarını zannetmekle birlikte, gerçekte uyuşamamışlarsa, gizli uyuşmazlıktan bahsedilir. Gizli uyuşmazlık, “*tek taraflı gizli uyuşmazlık*” ve “*iki taraflı gizli uyuşmazlık*” olarak ikiye ayrılır. Tek taraflı gizli uyuşmazlıkta yalnız bir taraf; iki taraflı gizli uyuşmazlıkta ise her iki taraf, sözleşmenin her iki tarafın iradelerinin uyuşmasıyla kurulduğunu sanmaktadır.¹⁷ Açık uyuşmazlık gibi, gizli uyuşmazlık da “*gerçek uyuşmazlık*” ve “*gerçek olmayan uyuşmazlık*” olarak ikiye ayrılır. Gerçek gizli uyuşmazlık, sözleşmenin esaslı noktalarına; gerçek olmayan gizli uyuşmazlık ise, ikinci derecedeki (yan) noktalara ilişkin uyuşmazlıktır. Gerçek gizli uyuşmazlık hâlinde söz-

¹⁵ Von Tuhr/Peter, s. 189; Kramer, Art. 1, N. 138; Schwenger, s. 83; Eren, s. 215.

¹⁶ Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N. 326; Bucher, E., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2. Auflage, Zürich 1988, s. 145; Schwenger, s. 179; Koller, A., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Grundriss des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht*, Band I, Bern 1996, s. 83; Schönenberger/Jäggi, Art. 2, N. 60; Eren, s. 216.

¹⁷ Von Tuhr/Peter, s. 189; Schönenberger/Jäggi, Art. 1, N. 295; Schwenger, s. 179; Kramer, Art. 1, N. 141.

leşme meydana gelmez. Bu husus, hâkim tarafından re'sen göz önünde bulundurulmalıdır.¹⁸

II. SÖZLEŞMENİN NOKTALARI KAVRAMI VE UYGUNLUĞUN KAPSAMINDA YER ALMASI GEREKEN NOKTALAR

1. Genel Olarak

Günlük hayatta, sözleşme yapmak üzere bir araya gelen kişiler (ta-
raflar), çeşitli konularda görüş alış-verişinde bulunur, sözleşme yap-
mak istedikleri konuyla ilgili birçok unsuru (noktayı) müzakere eder-
ler. Bu noktalardan bazıları, kurulmak istenen sözleşmenin tipi için
zorunlu olan asgarî noktalar iken; bazıları yalnız ikinci derecede (yan)
noktalardır (BK m. 2). Buna göre, bir sözleşmenin içerdiği noktaları,
esaslı noktalar ve ikinci derecede (yan) noktalar olarak ikiye ayırmak
mümkündür.

Aslında sözleşmelerin içerdiği noktalar, Ortak Hukuktan gelen bir
esasa göre “*esaslı noktalar*” (*essentialia negotii*), “*tabiî (olağan) noktalar*”
(*naturalia negotii*) ve “*arızî (tâli) noktalar*” (*accidentalialia negotii*) olmak
üzere üçe ayrılmaktadır.¹⁹ Tabiî (olağan) noktalar ile arızî (tâli) nok-
talar, sözleşmenin esaslı noktaları dışındaki noktalarını oluştururlar.
Sözleşmenin tabiî noktaları, esaslı noktaların olağan sonucu sayılan
noktalardır. Bunlar, taraflarca kararlaştırılmalarına gerek olmadan,
düzenleyici (tamamlayıcı) hukuk kurallarına göre ortaya çıkan nok-
talardır. Örneğin, bir satım sözleşmesinde semenin nakit olarak öden-
mesi; borçlunun temerrüdü hâlinde faiz; kusurlu temerrüt halinde
tazminat ödenmesi tabiî noktalardır. Bu noktalar kanundan doğan so-
nuçlar oldukları için, taraflarca açıkça kararlaştırılmamış olsalar bile,
sözleşmenin içeriğinde yer alırlar.²⁰ Bununla birlikte, tarafların, bu
noktaları ayrıca kararlaştırmaları da mümkündür. Arızî (tâli) noktalar

¹⁸ Schönerberger/Jäggi, Art. 1, N. 365, 398; Kramer, Art. 1, N. 152; Eren, s. 216.

¹⁹ Von Tuhr/Peter, s. 155-156; Schönerberger/Jäggi, Art. 2, N. 2; Bucher, s. 117;
Eren, s. 209; Kırca, Ç., *Franchise Sözleşmesi*, Ankara 1997, s. 48; Kuntalp, E., *Karışık
Muhtevalı Akit*, Ankara 1971, s. 51. Ayrıca bkz. Antalya, G., “Hukuki İşlemlerin
Şekle Bağlanması Gereken Noktaları”, *Hukuk Araştırmaları Dergisi* (1991), s. 68.

²⁰ Von Tuhr/Peter, s. 155; Bucher, s. 117; Schönerberger/Jäggi, Art. 2, N. 4; Eren, s.
210.

da sözleşmenin içeriğinde yer almakla birlikte, bunların esaslı noktalarla herhangi bir ilgileri bulunmamaktadır. Arızî noktalar, tarafların iradeleriyle tabii noktalardan ayrılan (sapan) veya tabii noktaları tamamlayan noktalardır. Başka bir ifadeyle, arızî noktalar, taraflarca sözleşmeye sokulan veya sözleşmeden çıkarılan, yani tabii noktaların değiştirilmesiyle meydana gelmiş olan ya da bunları tamamlayan noktalardır²¹. Örneğin, bir satım sözleşmesinde taraflar semenin çekle ödenmesini kararlaştırmışlarsa, bu bir arızî nokta olup, tabii noktayı (nakden ödemeyi) değiştirmektedir. Buna karşılık taraflar, semenin ödenmesinde temerrüde düşülmesi hâlinde cezaî şart ödeneceğini kararlaştırmışlarsa, burada arızî nokta, tabii noktayı tamamlamaktadır. Borçlunun kanundan doğan sorumluluğunun ağırlaştırılması veya hafifletilmesi, bir rüçü hakkının tanınması, sözleşmede şart veya vâde öngörülmesi hâllerinde de arızî nokta söz konusu olur.²² Taraflar, tabii veya arızî noktaları sözleşmenin sübjektif esaslı noktası hâline getirmemişlerse, bunlar sözleşmenin ikinci derece (yan) noktaları olarak nitelendirilirler.

2. Sözleşmenin Esaslı Noktaları

Bir sözleşmenin kurulabilmesi, meydana gelebilmesi için, tarafların karşılıklı irade beyanları arasındaki uygunluğun kapsamında yer alması gereken noktalara (unsurlara), sözleşmenin esaslı noktaları denir. Bugün doktrinde, sözleşmenin esaslı noktaları, "*objektif esaslı noktalar*" ve "*sübjektif esaslı noktalar*" olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir.²³

A. Objektif Esaslı Noktalar

Sözleşmenin tanımında yer alan, onun tipi için zorunlu olan asgarî unsurlara (noktalara), sözleşmenin objektif esaslı noktaları adı verilir.²⁴

²¹ Bkz. Kırca, s. 48, dn. 273; Eren, s. 210; Kuntalp, s. 51; Antalya, s. 68-69.

²² Von Tuhr/Peter, s. 156; Eren, s. 210.

²³ Bkz. Gauch, s. 46 vd.; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 331 vd.; Eren, s. 210 vd.; Antalya, s. 68 vd.

²⁴ Gauch, s. 46; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 334 vd.; von Tuhr/Peter, s. 155; Keller/Schöbi, s. 53; Bucher, s. 117 vd.; Kramer, Art. 1, N. 7; Schönenberger/Jäggi, Art. 1, N. 84; Koller, s. 89; Schwenger, s. 178; Eren, s. 210; Tekinay/Akman/

Objektif esaslı noktalar, sözleşmenin tipini belirleyen, karakteristik yapısını oluşturan noktalardır. Bu noktalar sözleşmenin tipini belirlediği için, bunlara “sözleşmenin tipik unsurları” da denilmektedir.²⁵ Tipik unsurlar, kanunda düzenlenmiş olan (isimli, tipik) sözleşmelerin tanımlarında yer alırlar.²⁶ Örneğin, satım sözleşmesinde satılan şey ve semmen (BK m. 182/I); trampada, tarafların karşılıklı olarak değiş-tokuş edecekleri mallar; bağışlamada, bağışlayanın karşılıksız olarak mülkiyetini devredeceği mal (BK m. 234/I); kira sözleşmesinde kiralanan şey ve kira parası (BK m. 248); ödünçte, ödünç olarak verilecek miktar (BK m. 306); hizmet sözleşmesinde, yapılacak iş ve ödenecek ücret (BK m. 313/I) vs. sözleşmenin objektif esaslı noktalarını (tipik unsurlarını) oluştururlar.²⁷ Objektif esaslı noktalar, kural olarak sözleşmenin asgarî içeriğini oluşturmakla birlikte, Borçlar Hukukumuzda tip serbestisi geçerli olduğundan, tipik unsurlar her zaman sözleşmenin asgarî içeriği olmayıp, asgarî içerikten daha geniş olabilirler.²⁸

Tarafların, sözleşme serbestisi ilkesine dayanarak, kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin zorunlu unsurlarını, esaslı noktalarını değiş-tirmeleri, yani kanunun tipinden sapmaları hâlinde atipik (isimsiz) sözleşme söz konusu olur.²⁹ Örneğin, satım sözleşmesiyle hedeflenen, bir malın zilyetlik ve mülkiyetinin, para karşılığında devredilmesidir. Oysa bir malın başkasına satılmasını sağlamak için devredilmesi

Burcuoğlu/Altop, s. 75; Oğuzman/Öz, s. 66; Altaş, H., *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, Ankara 1998, s. 52; Kırca, s. 48; Antalya, s. 68; Tandoğan, H., *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. I/1, 6. Bası, İstanbul 1990, s. 228; BGE 103 II 193. Gauch, bu tanımın esas itibarıyla isimli sözleşmeler bakımından geçerli olabileceğini, isimsiz sözleşmelerin kanunda yer alan bir tanımları bulunmadığı için onlar hakkında geçerli olmadığını, bunun da tanımın zayıf yönünü oluşturduğunu belirtmektedir. Bkz. Gauch, s. 46.

²⁵ Gauch, s. 46; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 339; Keller/Schöbi, s. 53; von Tuhr/Peter, s. 155; Merz, H., *Vertrag und Vertragsschluss*, 2. Auflage, Freiburg 1992, N. 174 vd.; Kramer, Art. 1, N. 154 ve Art. 2, N. 7; Eren, s. 210; Antalya, s. 68.

²⁶ Guhl/Merz/Kummer, s. 93; Gauch, s. 46; Keller/Schöbi, s. 53; Schönenberger/Jäggi, Art. 2, N. 3; Kramer, Art. 2, N. 7; Schwenger, s. 178; Eren, s. 207.

²⁷ Bkz. Eren, s. 210; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 75-76; Oğuzman/Öz, s. 66; von Tuhr/Peter, s. 155; Gauch, s. 46; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 339; Keller/Schöbi, s. 53; Bucher, s. 117 vd.; Schönenberger/Jäggi, Art. 1, N. 84, Art. 2, N. 3; Kramer, Art. 2, N. 7; Altaş, s. 52.

²⁸ Karş. Kramer, Art. 1, N. 154 ve Art. 2, N. 7; Gauch, s. 46; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 340.

²⁹ Bkz. Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 252; Eren, s. 192; Oğuzman/Öz, s. 47; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 56; Kuntalp, s. 51.

hâlinde, satım değil, “*satım için bırakma sözleşmesi*” adı verilen bir isimsiz sözleşme söz konusu olur. Zira burada, satım sözleşmesinin esaslı noktalarından, onun tipini belirleyen unsurlarından sapılmıştır. Buna karşılık, yukarıda da belirtildiği üzere, esaslı noktaların doğal sonucu sayılan, taraflarca kararlaştırılmalarına gerek olmadan düzenleyici hukuk kurallarına göre ortaya çıkan tabii (olağan) noktalar, tarafların iradesiyle değiştirilebilir.³⁰ Bu tür bir değişiklik, sözleşmenin tipini değiştirmedeği için, isimsiz bir sözleşmeden söz edilemez.³¹ Örneğin, bir satım sözleşmesinde bedelin nakden ödenmesi tabii bir nokta olup, ödemenin çekle yapılacağına kararlaştırılması, onu isimsiz sözleşme hâline getirmez. İsimsiz sözleşmelerde esaslı noktalar, sözleşmenin anlam ve içeriğinden çıkarılır.³²

Bir sözleşmenin kurulabilmesi için, tarafların karşılıklı irade beyanlarının, objektif esaslı noktalar üzerinde uyuşması gerekir. İrade beyanlarının, esaslı noktalar üzerinde uyuşup uyuşmadığı, her sözleşmeye ait tipik unsurlar (noktalar) göz önünde bulundurulmak suretiyle tespit edilir. Bunun için, tarafların esaslı noktalar üzerinde anlaşmaya varıp varmadıkları, yani irade beyanları arasındaki uyuşmanın esaslı noktaları kapsayıp kapsamadığı araştırılmalıdır. Ancak, tarafların irade beyanlarının esaslı noktalarda uyuşması zorunlu ise de, bunların kesin olarak belirlenmiş olması zorunlu olmayıp, ilerde objektif kriterlere göre belirlenebilir olmaları da yeterlidir.³³ O halde, esaslı noktalar taraflarca belirlenmiş veya sözleşme şartlarına ve düzenleyici hukuk kurallarına göre belirlenebilir nitelikteyse, uyuşma gerçekleşmiş olur. Örneğin, bir satım sözleşmesinde, satım konusu şey cinsiyle belirlenebileceği gibi, satış bedeli de kesin olarak tespit edilmeyip, ifa edileceği (örneğin üç ay sonraki) tarihteki borsa rayicine göre belirleneceği kararlaştırılmışsa, bu esaslı noktanın sözleşmede düzenlenmesi ve böylece söz konusu nokta üzerinde uyuşulması şartı yerine getirilmiş olur. Nitekim buna uygun olarak BK m. 182/III şu hükmü içermektedir:

³⁰ Eren, s. 210; von Tuhr/Peter, s. 155; Bucher, s. 117; Schöenberger/Jäggi, Art. 2, N. 4; Kırca, s. 48.

³¹ Kırca, s. 48; Kuntalp, s. 51, 94 vd.

³² Eren, s. 211; Altaş, s. 52; Schöenberger/Jäggi, Art. 11, N. 84. Ayrıca bkz. ve karşı. Gauch, s. 46; Antalya, s. 8.

³³ Von Tuhr/Peter, s. 191; Schöenberger/Jäggi, Art. 1, N. 82-83; Eren, s. 208; Oğuzman/Öz, s. 66; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 79.

“Hale göre tayini mümkün olan semen (satış parası), tesmiye edilmiş (belirlenmiş) hükmündedir (sayılır)”.³⁴

Diğer taraftan, sözleşmenin esaslı noktalarının ileride belirlenmesi, üçüncü bir kişiye de bırakılabilir. Üçüncü kişi, bu yetkisini kullanırken, dürüstlük kuralına, adalet ve hakkaniyete uygun davranmalıdır. Aksi takdirde, sözleşmeyi tamamlama işini hâkim yerine getirecektir.³⁵ Belirleme yetkisinin taraflardan birine bırakılması ise, bu yetki diğer tarafın özgürlüğünü aşırı şekilde kısıtlamadığı takdirde (MK m. 23) geçerli kabul edilmektedir.³⁶

Bazı sözleşmelerde, taraflarca kararlaştırılmayan esaslı noktaların nasıl belirleneceği kanunda öngörülmüştür. Örneğin, BK m. 209/I'e göre, satım sözleşmesinde, alıcı kesin sipariş yaptığı hâlde bedeli tayin etmemiş, satıcı da bu siparişi kabul etmişse, satım sözleşmesi, siparişin yapıldığı gün ve yerdeki carî fiyat üzerinden kurulmuş sayılır.³⁷ Aynı şekilde, hizmet (BK m. 323) ve eser (BK m. 366) sözleşmelerinde de ücret veya bedelin rayice veya yapılan işin niteliğine göre belirleneceğini öngören hükümler bulunmaktadır. Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, bu hususta anlaşmış sayılırlar. Bu hükümlerin uygulanabileceği hâllerde, sözleşmenin esaslı noktalarından olan ücret veya bedel önceden ve kesin olarak belirlenmemiş olmasına rağmen, sözleşme kurulabilmektedir. Oysa bir malı satmayı teklif eden satıcı, bedelin sonradan kararlaştırılmasını önerse ve alıcı da “bedel sonradan kararlaştırılmak

³⁴ Yargıtay'ın bir içtihadı birleştirme kararına göre: “...karşılıklı borçları kapsayan sözleşmelerde karşılık borçlardan birisinin sözleşme yapanlarca belli edilmemiş olması halinde bu borç mahkemece rayiç esas tutularak belli edilir. Nitekim, bir satım sözleşmesinde mal parası veya kira sözleşmesinde kira parası, hizmet sözleşmesinde işçi parası, istisna sözleşmesinde ise iş parası belli edilmiş değilse bu karşılıklar, rayice göre hükmedilir. Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatları da bu yoldadır” (Yarg. İBK, 18. 11. 1964, E. 2, K. 4- Eren, s. 208'den naklen). Yargıtay'ın bu görüşüne katılabilmek için, esaslı nokta oluşturan edimlerin ya bir kanun hükmüne ya da objektif kriterlere göre mahkemece veya taraflardan biri ya da üçüncü bir kişi tarafından belirlenebilir nitelikte olması gerekir. Esaslı noktaları belirli veya belirlenebilir nitelikte olmayan bir sözleşme, uygunluk yönünden yeterli açıklık taşıyamayacağından, geçerli olarak kurulamaz. Bkz. Eren, s. 208; von Tuhr/Peter, s. 191.

³⁵ Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 79 ve orada dn. 12b'de anılan yazarlar.

³⁶ Bkz. von Tuhr/Peter, s. 191; Oğuzman/Öz, s. 66.

³⁷ BK m. 209/I hükmü, ancak cari fiyatı bulunan malların satımında uygulanır. Bkz. Aral, F., *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 2. Bası, Ankara 1999, s. 166.

kaydıyla" bu teklifi kabul etse, satım sözleşmesi kurulmuş olmaz. Zira bu durumda taraflar, esaslı bir noktayı saklı tutmuşlar ve BK m. 209/I'de sözü edilen carî fiyatı kabul etmeyip, bizzat kararlaştıracaklarını belirtmişlerdir.³⁸ O hâlde, taraflar bedel üzerindeki anlaşmayı saklı tutarak ileriye bırakmışlarsa, sözleşme kurulmamış olacağından, BK m. 209/I hükmü uygulanmaz. Saklı tutularak ileriye bırakılan nokta, ikinci derecede (yan) bir nokta olmadığından, BK m. 2/II hükmü de uygulanamaz.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, objektif bakımdan esaslı bir noktanın yeterli açıklıkla belirlenmediği ve belirlenme imkânının da bulunmadığı hâllerde, sözleşmenin kurulduğundan söz edilemez.

B. Sübjektif Esaslı Noktalar

Bir sözleşmenin esaslı noktaları dışında kalan ve sözleşmenin kurulması için üzerinde anlaşmaya varılması zorunlu olmayan noktaları, ikinci derecedeki (yan) noktalarıdır. Ancak, taraflar irade özerkliğinin doğal sonucu olarak, bir yan noktayı, sözleşmenin esaslı noktası hâline getirebilirler. Bu, ya tarafların birlikte kararlaştırmaları ya da taraflardan birinin karşı tarafın anlayabileceği bir davranışla bunu sözleşmenin zorunlu şartı (*condictio sine qua non*), esaslı noktası sayması yoluyla gerçekleşir.³⁹ Bu şekilde, sözleşmenin içeriğine taraflarca birlikte sokulan veya diğer tarafın bilgisi altında yalnız bir tarafça sözleşmeye mutlaka sokulması istenerek esaslı nokta hâline getirilen yan noktaya, "sübjektif esaslı nokta" adı verilir.⁴⁰ Taraflardan biri, herhangi bir yan nokta olmaksızın sözleşmeyi yapmayacak idiyse, bu nokta kural olarak sübjektif esaslı noktadır. Taraf iradeleri sözleşmenin kurucu unsu-

³⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 79.

³⁹ Gauch, s. 50; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 341; Keller/Schöbi, s. 54-55; Merz, N. 175; Schöenberger/Jäggi, Art. 2, N. 38; Schwenzler, s. 178; Koller, s. 86; Eren, s. 211; Altaş, s. 53; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 79-80; Aral, s. 180; Oğuzman/Öz, s. 67. BGE 118 II 34. Federal Mahkemeye göre, bir kaydın (noktanın) sübjektif esaslı nokta sayılması, mutlaka sözleşme kurulurken yapılmış bir beyandan değil, hâl ve şartlardan ve özellikle sözü edilen kaydın gerçek öneminden de çıkarılabilir. Bkz. BGE 68 II 233.

⁴⁰ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 341 vd.; Keller/Schöbi, s. 54 vd.; Gauch, s. 50; Eren, s. 211; Oğuzman/Öz, s. 67; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 76; Altaş, s. 53; Aral, s. 180; Antalya, s. 69; Tandoğan, C. I/1, s. 228.

ru olduğu için, objektif yönden esaslı olmayan bir noktanın, yani bir yan noktanın, sübjektif esaslı nokta hâline getirilmesi mümkündür.⁴¹ Örneğin, bir satım sözleşmesinde kanunen ikinci derecedeki (yan) nokta olan satılanı ambalajlama veya gönderme şekli, taraflarca esaslı nokta hâline getirilebilir. Aynı şekilde, *“bir sözleşmede taraflardan birinin zorunlu şart olarak bir infisahî (bozucu) şartın sözleşmeye konulmasını, bir kira sözleşmesinde kiracının, kiralananı alt kira yoluyla kiraya verebilmesini, bir satım sözleşmesinde satıcının alıcıdan geriye kalan satım parası için bir teminat gösterilmesini istemesi de sübjektif yönden esaslı noktalar”*.⁴² Yine, kanuna göre satım sözleşmesinde ifa zamanı bir yan nokta olup, taraflar, satım sözleşmenin kurulmasını ifa zamanı üzerinde anlaşmaları şartına bağlamışlarsa, yan noktanın sübjektif esaslı nokta hâline getirilmesi söz konusudur. Bu durumda sözleşme, ancak tarafların ifa zamanı üzerinde anlaşmaları hâlinde kurulmuş olur.⁴³

Özellikle, kanunda sözleşmenin esaslı unsurlarından sayılmamakla beraber, icap beyanında yer alan kayıtlar, ilke olarak sübjektif esaslı nokta niteliğindedir ve bu noktalar üzerinde anlaşmaya varılmadıkça, sözleşme meydana gelmez. Örneğin, B’ye bir mektup gönderen A, kilogramı 100 TL’den 1.000 kilogram zeytinyağını yedi gün içinde verdiği adrese göndermesini ister. A’ya cevap yazan B, önerisini kabul ettiğini; ancak, zeytinyağını yedi gün içinde değil, sekiz gün sonra gönderebileceğini ya da kilogramını 100 TL’den değil, 101 TL’den gönderebileceğini bildirir. Burada, A’nın önerisi ile B’nin cevabı arasındaki fark önemsiz olsa bile, A verilen cevabı kabul etmedikçe sözleşme kurulmuş olmaz.⁴⁴ Tarafların irade beyanlarının birbirine uygunluğunu arayan BK m. 1 hükmünden çıkarılacak bu sonuç, Alman Medeni Kanunu’nun 154. paragrafında açıkça ifade edilmiştir.

Bir yan noktayı sözleşme yapma iradesinin zorunlu şartı sayan, yani sübjektif esaslı nokta hâline getirmek isteyen taraf, bunu açıkça karşı tarafa bildirmek zorundadır.⁴⁵ Aksi takdirde, BK m. 2/I uyarınca,

⁴¹ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 341; Eren, s. 211; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 76.

⁴² Eren, s. 211.

⁴³ Bkz. Eren, s. 211; Keller/Schöbi, s. 55.

⁴⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 80.

⁴⁵ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 343; BGE 118 II 34.

bu nokta, ikinci derecedeki (yan) nokta sayılır ve sözleşmenin kurulmasına engel oluşturmaz.

Bir noktanın, sözleşmenin kurulmasına etki edebilmesi için, onun esaslı nokta olması gerekir. Başka bir ifadeyle, bir sözleşmenin kurulabilmesi için, tarafların irade beyanlarının sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde birbirine uygun olması gerekir.⁴⁶ Esaslı noktalarda anlaşma olmadan, sözleşmenin kurucu şartı olan irade beyanlarının uygunluğundan söz edilemez. Taraflar sözleşme yapma hususunda anlaşmış olsalar bile, esaslı noktalarda uyuşmamışlar veya bu noktalara ilişkin anlaşmaları ileriye bırakmışlarsa, sözleşme meydana gelmez. Bir sözleşmenin kurulması, sözleşmenin tüm esaslı noktalarında tarafların anlaşması hâlinde mümkündür.⁴⁷ Tarafların irade beyanlarının sözleşmenin esaslı noktaları üzerindeki uygunluğu, tabii (fiilî) bir uygunluk olabileceği gibi, hukukî (normatif) bir uygunluk da olabilir.⁴⁸

Tarafların irade beyanları arasındaki uygunluğun kapsamında yer alması gereken esaslı noktaların, sadece objektif esaslı noktalar mı, yoksa hem objektif hem de sübjektif esaslı noktalar mı olduğu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, esaslı noktalar deyiminden anlaşılması gereken yalnız objektif esaslı noktalar olup, sözleşmenin kurulabilmesi için, tarafların irade beyanlarının objektif esaslı noktalar üzerinde uyuşması gerekli ve yeterlidir.⁴⁹ Bu görüş taraftarlarına göre, sübjektif esaslı noktalar üzerinde de irade beyanlarının uygunluğu arandığı takdirde, BK m. 2/I hükmü anlamsız hâle gelir. Zira BK m. 2/I'e göre, yan noktalardaki anlaşmanın taraflarca saklı tutularak ileriye bırakılması, sözleşmenin kurulmasına engel olmaz; esaslı noktalar üzerinde anlaşılması, sözleşmenin kurulması için yeterlidir. Sübjektif esaslı noktalar üzerinde de irade beyanlarının uygunluğu aranacak olursa, hükümde sözü edilen hangi yan noktaların saklı tutularak ileriye bırakılacağını anlamak zorlaşır. Hatta yan noktalar taraflarca esaslı nokta hâline geti-

⁴⁶ Gauch, s. 50-51; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 330 vd.; Eren, s. 211; Altaş, s. 54.

⁴⁷ Eren, s. 211; Gauch, s. 45; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 330; Keller/Schöbi, s. 53-55; Altaş, s. 54.

⁴⁸ Gauch, s. 45; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 312-313, 317; Eren, s. 212; Kramer, Art. 2, N. 5; Altaş, s. 54.

⁴⁹ Kramer, Art. 2, N. 10 vd.; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 995; Schönenberger/Jäggi, Art. 2, N. 39; Bucher, s. 118, 119 vd.

rildiği takdirde, saklı tutularak ileriye bırakılacak yan nokta kalmaz.⁵⁰

Kanaatimizce de, taraflar, irade serbestisi ilkesi gereğince, ikinci derecedeki (yan) bir noktayı sübjektif esaslı nokta haline getirebilirler.⁵¹ Bu durumda, sübjektif esaslı nokta haline getirilen nokta üzerinde irade beyanlarının birbirine uygun olması gerekir. Taraflar, sübjektif esaslı nokta hâline getirdikleri bir noktayı saklı tutup, bunu ileriye bırakamazlar. Aksi hâlde, yani tarafların sübjektif esaslı noktayı saklı tutarak bunu ileriye bırakmaları hâlinde sözleşme kurulmuş olmaz. Ancak, taraflar bir sözleşmedeki yan noktalardan bir veya birkaçını sübjektif esaslı nokta hâline getirirler bile, aynı zamanda bir veya birkaç noktanın yan nokta olarak kalması mümkündür. Bu durumda taraflar, objektif veya sübjektif bakımdan esaslı olmayan bu yan noktalar üzerindeki anlaşmayı saklı tutarak ileriye bırakabilirler. Taraflar, bir sözleşmede yer alan yan noktalardan yalnız bir veya birkaçı yerine, tamamını da sübjektif esaslı nokta hâline getirebilirler. Zira BK m. 2/I hükmü emredici nitelikte olmayıp, sadece aksi ispat edilebilen kanunî bir karine koymaktadır. Bu nedenle, istisnaî de olsa, bir sözleşmedeki bütün noktaların objektif ve sübjektif yönden esaslı noktalar olmaları mümkündür.

Sözleşmedeki bir yan noktanın sübjektif esaslı nokta hâline getirilip getirilmediği tartışma konusu olduğunda, hâkim, sorunu tarafların bu konudaki irade beyanlarını yorumlamak suretiyle çözümler.

3. Sözleşmenin Yan Noktaları

Objektif veya sübjektif bakımdan esaslı olmayan noktalar, sözleşmenin yan (ikinci derecedeki) noktalarını oluştururlar.⁵² Örneğin, bir edimin ifa yeri, ifa zamanı, faiz miktarı sözleşmenin yan (ikinci derecedeki) noktalarıdır. Esaslı noktalar gibi, yan noktalar da “objektif yan notalar” ve “sübjektif yan noktalar olmak” üzere doktrinde ikiye ayrılmaktadır.

⁵⁰ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 997; Schöenberger/Jäggi, Art. 2, N. 37; Kramer, Art. 2, N. 10 vd.

⁵¹ Bkz. Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 338a; Eren, s. 212; Oğuzman/Öz, s. 67.

⁵² Von Tuhr/Peter, s. 190, dn. 69; Keller/Schöbi, s. 54 vd.; Eren, s. 213; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 76; Oğuzman/Öz, s. 66.

A. Objektif Yan Noktalar

Tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında üzerinde hiç durmadıkları, tartışma konusu dahi yapmadıkları yan noktalar, kanun gereği, objektif yan noktaları oluştururlar.⁵³ Örneğin, BK m. 73'te düzenlenmiş bulunan ifa yeri, BK m. 74'teki ifa zamanı ve BK m. 72'deki faiz miktarı, taraflar bu noktalar üzerinde hiç durmamışlarsa, sözleşmenin objektif yan noktalarıdır.⁵⁴ Bu noktalar sözleşmenin kanundaki tanımından çıkarılamıyorsa, örf ve âdet hukukuna veya hâkimin yarattığı hukuka göre ya da işlemin esas ve amacından yola çıkılarak tespit edilebilir.⁵⁵ Objektif yan noktalar taraflarca görüşülmediği için, bunlar üzerinde tarafların irade beyanlarının birbirine uygunluğu şartı aranmaksızın sözleşme kurulmuş olur. Ancak, bu durumda sözleşmede bir boşluk söz konusu olup, uyuşmazlık hâlinde hâkim, konuyla ilgili tamamlayıcı (yedek) hukuk kurallarını uygulamak suretiyle sorunu çözümler. Böyle bir hâlde, BK m. 2/II'nin uygulanmayacağı belirtilmektedir.⁵⁶ Bu nedenle, kanunda konuyla ilgili bir kural bulunmaması hâlinde hâkim, boşluğu tamamlayıcı yorum veya sözleşmenin tamamlanması ilkelerine göre dolduracaktır. *"Hâkim, söz konusu boşluğu doldururken, taraflar, bildikleri veya bilmeleri gereken şartlara göre bu boşluğu görmüş olsalardı nasıl bir düzenleme yapacak idilerse, ona göre hareket etmek zorundadır".*⁵⁷

B. Sübjektif Yan Noktalar

Tarafların, sözleşme görüşmeleri sırasında üzerinde konuşup tartıştıkları, ancak esaslı nokta hâline getirmedikleri yan (ikinci derecedeki) noktalara, sübjektif yan noktalar adı verilir. Aslında objektif yan nokta olan bu noktalar, taraflarca görüşülmüş, müzakere konusu yapılmış olmakla birlikte, sözleşmenin kurulması bakımından esaslı nokta hâline getirilmediklerinden, bunlara sübjektif yan nokta denilmektedir.⁵⁸

⁵³ Gauch, s. 47; Keller/Schöbi, s. 54; Eren, s. 213; Altaş, s. 53.

⁵⁴ Eren, s. 213; Keller/Schöbi, s. 54.

⁵⁵ Gauch, s. 47; Altaş, s. 53.

⁵⁶ Eren, s. 213; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 76; Keller/Schöbi, s. 54-55; Kramer, Art. 2, N. 16; BGE 103 II 190; 110 II 292.

⁵⁷ Eren, s. 213. Ayrıca bkz. Keller/Schöbi, s. 55, 136 vd.; Altaş, s. 53.

⁵⁸ Von Tuhr/Peter, s. 190; Eren, s. 213; Keller/Schöbi, s. 55; Kramer, Art. 2, N. 16.

Tarafların bu noktalar üzerinde anlaşamamaları, sözleşmenin kurulmasını engellemez.⁵⁹ Tarafların sübjektif yan noktalar üzerinde anlaşamaması iki şekilde ortaya çıkar. Birinci hâlde taraflar, objektif bir yan noktayı (örneğin ifa zamanını) aralarında görüşmüşler ve böylece bu nokta sübjektif yan nokta hâline gelmiş, ancak bir anlaşmaya varamayacaklarını anlayınca bundan vazgeçmişlerdir. Bu durumda sözleşme kurulmuş olmakla birlikte, üzerinde tartışılan, ancak anlaşmaya varılamayan noktada bir boşluk söz konusu olur. Hâkim, bu boşluğu, tamamlayıcı (yedek) hukuk kurallarıyla; bu tür kurallar yoksa tamamlayıcı yorum veya sözleşmenin tamamlanması ilkesine göre doldurmakla yükümlüdür.⁶⁰

İkinci hâlde ise taraflar, yan noktalar üzerinde görüşmüşler, ancak olumlu bir sonuca varamayacaklarını anlayınca, bu noktalara ilişkin anlaşmayı saklı tutarak ileriye bırakmışlardır. BK m. 2/I'e göre, tarafların esaslı noktalar üzerinde anlaşmalarına karşılık, ikinci derecedeki (yan) noktalar üzerinde görüştükleri hâlde bir neticeye varamadıkları için bunlar hakkındaki anlaşmayı ileriye bırakmışlarsa, sözleşme kurulmuş olur. Yani ikinci derecedeki (yan) noktaların saklı tutularak ileriye bırakılması, sözleşmenin kurulmasına engel olmaz. Ancak, bunun için tarafların, ikinci derecedeki (yan) noktalar üzerindeki anlaşmayı saklı tutarak ileriye bırakma konusunda anlaşmış olmaları gerekir. Bu anlaşmayla taraflar, görüştükleri yan noktalar üzerinde uyuşamadıklarını ve bu noktaları ileride görüşeceklerini kararlaştırırlar.⁶¹ Tarafların, saklı tuttıkları yan noktalar üzerinde ileride anlaşmaları hâlinde sorun yoktur. Ancak, tarafların saklı tuttıkları noktalar üzerinde ileride anlaşamamaları da mümkündür. Bu durumda, BK m. 2/II uyarınca sözleşme geçersiz olmayıp, sözleşmede bir boşluk ortaya çıkmış olur. Ancak hâkim, bu boşluğu, birinci durumun aksine, tamamlayıcı (yedek) hukuk kurallarıyla değil, işin niteliğini esas alarak dolduracaktır.⁶² İşin niteliğinden, sözleşmenin amaç ve niteliği ile olaya ilişkin durumların tamamı anlaşılmalıdır.⁶³ Görüldüğü üzere, BK m. 2/II, saklı tutulan noktalarda tarafların anlaşamamaları hâlinde sözleşmeyi geçersiz

⁵⁹ Von Tuhr/Peter, s. 190; Keller/Schöbi, s. 55; Kramer, Art. 2, N. 16; Eren, s. 213.

⁶⁰ Eren, s. 213-214; Keller/Schöbi, s. 55.

⁶¹ Eren, s. 214; Schönenberger/Jäggi, Art. 2, N. 20; Kramer, Art. 2, N. 15.

⁶² Eren, s. 214; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 76.

⁶³ Bkz. Eren, s. 214; BGE 107 II 414 E. 7.

saymamakta, hâkime, sözleşmenin (işin) niteliğine göre hakkaniyet kurallarını göz önünde tutarak boşluğu doldurma görevini vermektedir. İşin niteliği, hâkimi, genel ve soyut şartlardan çok, somut ve özel şartları göz önünde tutmaya zorlar. Bununla birlikte, burada da hâkimin, boşlukları doldururken, varsa en son aşamada tamamlayıcı (yedek) kanun hükümlerini uygulayabileceği kabul edilmektedir.⁶⁴ Aynı şekilde, hâkim tarafların muhtemel (farazî) iradelerini göz önünde bulundurabilir.

III. SÖZLEŞMENİN KAPSAMINDA YER ALMASI GEREKEN NOKTALAR VE ŞEKİL ZORUNLULUĞU

BK m. 2/III, sözleşmelerin şekillerine ilişkin hükümlerin saklı olduğunu bildirmektedir.⁶⁵ BK m. 11/I'e göre, "*akdın sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle tâbi değildir*". Maddede yalnız sözleşmeden söz edilmekle birlikte, karar ve tek taraflı hukukî işlemler de dahil olmak üzere, hukukî sonuç doğurmaya yönelik her türlü irade beyanlarında şekil serbestisi ilkesi geçerlidir. Ancak, kanunun özel bir hükümle şekil zorunluluğu öngördüğü hukukî işlemler, bu ilkenin dışındadır. Ayrıca, taraflar da bir hukukî işlemin geçerliliğini şekle tâbi kılabilirler. O hâlde, hukukumuzda şekil serbestisi ilke olup, şekil zorunluluğu yalnız istisnâî hâllerde kabul edilmiştir.

Geçerlilik şekli olan kanunî şekil şartı yerine getirilmedikçe, taraflar bütün esaslı noktalarda anlaşmış olsalar bile, sözleşme meydana gelmez. Taraflar, bu tür şekli saklı tutup, ileriye bırakamazlar. Aynı durum, taraflarca geçerlilik şekli olarak öngörülen iradî şekil bakımından da söz konusudur. BK m. 16/I'e göre, taraflar, şekle bağlı olmayan bir sözleşmenin şekle bağlı olarak yapılmasını kararlaştırmışlarsa, söz konusu şekle uyulmadıkça, sözleşme meydana gelmez. Bu nedenle, taraflarca kararlaştırılan şekil şartı, ikinci derecedeki noktalardan sayılıp, sözleşmeye kurulmuş gözüyle bakılamaz. Yani, BK m. 16/I karşısında, BK m. 2/I uygulama alanı bulmaz.⁶⁶ Örneğin, A'nın B'ye

⁶⁴ Bkz. von Tuhr/Peter, s. 190; Kramer, Art. 2, N. 25; Eren, s. 214.

⁶⁵ Bu hükmün, BK m. 16/I hükmüne yollama yaptığı görüşünde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 77. Karş. Gauch, s. 51; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 536 vd.; Eren, s. 214.

⁶⁶ Eren, s. 214; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 77; Oğuzman/Öz, s. 67; von Tuhr/Peter, s. 190; Schönerberger/Jäggi, Art. 2, N. 42-43.

100.000 TL ödünç vereceği ve bu sözleşmenin noterde düzenleme şeklinde yapılacağı kararlaştırılmışsa, ödünç sözleşmesinin kurulması, ancak belirtilen şekilde yapılmasına bağlıdır.

Kanun'da şekil zorunluluğu öngörülen hâllerde, genellikle bu şeklin kapsamına nelerin girdiği belirtilmemiştir.⁶⁷ Örneğin, BK m. 213/I'e göre taşınmaz satım sözleşmesinin; BK m. 238/II uyarınca taşınmaz bir mala ilişkin bağışlama taahhüdünün geçerli olabilmesi için resmi şekilde yapılması gerektiği öngörülmüş, ancak bu şeklin kapsamına nelerin girdiği belirtilmemiştir. Buna karşılık, şekle tâbi kılınan bazı sözleşmelerde, şeklin kapsamında yer alması gereken hususlar açıkça öngörülmüştür. Örneğin, BK m. 484'te, kefalet sözleşmesinin tâbi olduğu şeklin kapsamında yer alması gereken hususlar belirtilmiştir.

Şekle bağlı bir sözleşmenin geçerliliği, her şeyden önce, bu sözleşmenin objektif esaslı noktalarının, öngörülen şekilde yapılmasına bağlıdır. Başka bir ifadeyle, bir sözleşme şekle tabiyse, o sözleşmenin objektif esaslı noktalarının da, öngörülen şekil içinde yer alması gerekir.⁶⁸ Örneğin, taşınmaz satım sözleşmesinde, objektif esaslı noktalar olarak tarafların adları,⁶⁹ satıma konu olan taşınmaz, satım para-

⁶⁷ Bunun sebebi, şeklin kapsamının doktrin ve uygulama tarafından doldurulmasını sağlamaktır. Bkz. Schmidlin, B., *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, erlaetert von Ernst A. Kramer und Bruno Schmidlin, Bern 1986, Art. 11, N. 90; Antalya, s. 68.

⁶⁸ Gauch, s. 51; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 537; Merz, N. 336; Schönenberger/Jäggi, Art. 11, N. 26; Eren, s. 214; Altaş, s. 52; Oğuzman/Öz, s. 122; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 131; Antalya, s. 69; Yavuz, C., *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Bası, İstanbul 2002, s. 174; Tandoğan, C. I/1, s. 228.

⁶⁹ Spiro'ya göre, taşınmaz satımında kanunî şeklin amacı satıcıyı korumak olduğundan, sadece onun iradesinin resmî senette yer alması yeterli olup, alıcının satıcı tarafından yapılan mülkiyeti devir taahhüdünü kabul ettiğine ve bedeli ödeme borcu altına girdiğine ilişkin irade beyanının resmî senette yer almasına gerek yoktur; bedel, satıcının borcunun bir şartını oluşturduğu için sözleşmede gösterilmektedir. Bkz. Spiro, K., *Die unrichtige Beurkundung des Preises bei Grundstückskauf*, Basel 1964, s. 13-16 (Tandoğan, C. I/1, s. 229'dan naklen). İsviçre Federal Mahkemesi, Spiro'nun bu görüşünü, taşınmaz satımı için resmî şekli şart koşan BK m. 213'e ve resmî şeklin sözleşmenin bütün esaslı unsurlarını kapsamaması gerektiği yolundaki doktrinde hâkim olan görüşe aykırı bularak reddetmiştir. Bkz. BGE 90 II 154. Kanaatimizce de, kanunî şeklin sadece satıcıyı koruduğunu, alıcının bu koruma dışında olduğunu söylemek doğru değildir. Zira her şeyden önce, kanunî şekil, alıcı bakımından sözleşmeyi ispat kolaylığı sağlar. Ayrıca, BK m. 213/I, satım sözleşmesinin resmî şekilde yapılmasını öngörmüş olup, bu

sı ve hukukî sebebin resmî şekilde düzenlenecek senette gösterilmesi gerekir.⁷⁰ Resmî senette satıma konu taşınmaz gösterilmiş, buna karşılık, taraflarca belirlenmiş olmasına rağmen bedel⁷¹ resmî senette gösterilmemişse, satım sözleşmesi geçerli olmaz.

Taşınmaz satım sözleşmesinin akdedilmesi için verilen vekâlet ve temsil yetkisi de şekle tâbidir⁷². Gerçekten, sözleşme bir vekil veya temsilci aracılığıyla kurulacaksa, vekilin kimliği ile temsil ilişkisinin resmî senette yer alması gerekir. Aksi takdirde, temsil olunan kişi, satım sözleşmesine dayanarak, kendi adına hak iddia edemez. Burada, karşı tarafın temsil ilişkisini bilmesi veya bilecek durumda olması önemli olmadığı gibi, BK m. 32/II gereğince sözleşmenin temsilci veya temsil olunanla yapılması arasında fark olmadığı da ileri sürülemez.⁷³ Ancak, doktrin ve uygulamadaki hâkim görüş, taşınmaz alımına ilişkin vekâlet ve temsil yetkisinin herhangi bir şekle tâbi olmadığı yönündedir.⁷⁴ Bu görüşün, BK m. 213/I ve TMK m. 706/I’de öngörülen şekil zorunluluğunun amacıyla bağdaşmadığı; kıyas yoluyla burada da şekil zorunluluğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir.⁷⁵

hüküm uyarınca, her iki tarafın irade açıklamalarının da söz konusu şekil içinde yer alması gerekir. Bkz. Tandoğan, C. I/1, s. 229; Antalya, s. 69; Yavuz, s. 174. Satım sözleşmesinin esaslı unsurları arasına satıcının kimliğinin de dahil olduğu yolunda bkz. Yarg. 6. HD, 2.3.1988, 15189/3130 (Yavuz, s. 174, dn. 10a).

⁷⁰ Aral, s. 179; Altaş, s. 52-53; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 131; Oğuzman/Öz, s. 122.

⁷¹ Yargıtay, genel yaklaşımından farklı olarak, resmî senette gösterilen bedelin gerçek bedelden eksik olmasının sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceğine karar vermiştir. Bkz. Yarg. 3. HD, 29.9.1962, 6790/5419 (Antalya, s. 69, dn. 10); Yarg. 3. HD, 16.12.1963, 8699/8911 (Antalya, s. 69, dn. 10). “Tarafların daha az tapu harcı ödemek üzere satış bedelini gerçek miktarın altında göstermeleri halinde, taraflar muvazaa sebebiyle sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmedikleri sürece, satım sözleşmesi geçersiz olmaz. Sözleşmenin ifasından sonra tarafların muvazaa iddiaları, hakkın kötüye kullanılması yasağı ile karşılaşır”: Aral, s. 180.

⁷² Taşınmaz satımına ilişkin vekâlet sözleşmesinin şekle tâbi olduğuna dair Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nda açık bir hüküm yoktur. Ancak, mülkiyeti geçirme borcunu yerine getirmek üzere tapuda yapılacak işlemlerde, “vekilden Noterlik Kanunu’na göre düzenlenmiş ve istem konusu işlemleri yapmaya yetkili olduğunu içerir bir vekâletname istenir” (TST m. 13/IV). Buna karşılık, Alman Medeni Kanunu’na (BGB § 167) göre, şekle tâbi bir sözleşmenin akdedilmesi için verilen temsil yetkisinin, öngörülen şekle uygun olması şart değildir.

⁷³ Bkz. Aral, s. 179; Tandoğan, C. I/1, s. 228-229.

⁷⁴ Bkz. Aral, s. 179, dn. 8’de anılan yazarlar ve Federal Mahkeme kararları.

⁷⁵ Bkz. Aral, s. 179-180.

Buna karşılık, şekil zorunluluğunun, sübjektif esaslı noktaların tamamını kapsayıp kapsamadığı hususu doktrinde tartışmalıdır.⁷⁶ Bu konuda, sübjektif, objektif ve karma olmak üzere üç görüş söz konusudur.

1. Sübjektif Görüş

Doktrin ve uygulamada hâkim olan bu görüşe göre, sözleşmenin objektif esaslı noktaları gibi, sübjektif esaslı noktaların tamamı da zorunlu şeklin kapsamına dahildir.⁷⁷ Buna göre, taraflarca sübjektif esaslı nokta hâline getirilen objektif yan noktaların da, zorunlu şeklin kapsamında yer alması gerekir. Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesi'nin eski bir kararına konu olan bir olayda: *"D, arazisinin bir kısmını K'ya satmıştır. Taraflar, satılan kısım üzerinde K'nun iki bina inşa etmesini ve eğer inşaat mümkün olmazsa taraflardan birinin, gayrimenkulün geri verilmesini isteyebileceğini kararlaştırmışlardı. Fakat inşaata ilişkin bu kayıt, resmi satım sözleşmesinde yer almadı. Oysa D'nin satılan arsa kısmında inşaat yapılmasını istemesi, elinde kalan (satmadığı) arazi kısmını değerlendirmek amacına dayanıyordu. Öyle ki bu kayıt olmaksızın satım sözleşmesinin yapılmayacağı açıktı. O halde sözü edilen kaydın resmi senette yer almaması karşısında şekil şartı gerçekleşmiş sayılamaz; satım sözleşmesi tamamen batıldır"*.⁷⁸ Görüldüğü üzere, bu görüş, sözleşmenin kurulması için tarafların irade beyanları arasındaki uygunluğun kapsamında yer alması gereken tüm noktaları, yani objektif ve sübjektif bakımdan esaslı olan tüm noktaları, şekil zorunluluğuna tâbi tutmaktadır. Böylece, şeklin tarafları koruma amacından hareketle, BK m. 2'de öngörülen irade beyanları arasındaki uygunluğun kapsamı, zorunlu şeklin kapsamına dönüştürülmektedir.

⁷⁶ Bkz. Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N. 538; Altaş, s. 51; Aral, s. 180; Antalya, s. 69. Bu yazara göre, objektif esaslı noktalar dışındaki noktaların zorunlu şeklin kapsamına dahil olup olmadığı tartışması sadece kanunî şekil bakımından söz konusu olabilir. Bkz. Antalya, s. 69, dn. 15.

⁷⁷ Von Tuhr/Peter, s. 239; Gauch, s. 51; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N. 537; Merz, N. 336 vd.; Bucher, s. 163; Guhl/Merz/Kummer, s. 104; Schmidlin, Art. 11, N. 97; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 131; Eren, s. 214; Oğuzman/Öz, s. 122; Yavuz, s. 174; Tandoğan, C. I/1, s. 228. Karş. Schönerberger/Jäggi, Art. 11, N. 26; Merz, N. 336; Antalya, s. 70; BGE 123 III 100; 125 III 133.

⁷⁸ BGE 90 II 34 (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 132'den naklen).

Sübjektif esaslı noktaların tamamının zorunlu şeklin kapsamına dahil olduğunu iddia eden bu görüş, ticarî hayatı olumsuz etkilediği ve kanun koyucunun şekil zorunluluğunu dar tutma amacına aykırı düşüğü gerekçesiyle eleştirilerek, yumuşatılmış ve sınırlandırılmıştır.⁷⁹ Buna göre, tüm sübjektif esaslı noktalar değil, yalnız sözleşmenin objektif esaslı noktalarıyla sıkı ilişki içinde olan, edim ve karşı edimlere açıklayan veya kuvvetlendiren (teminat altına alan) sübjektif esaslı noktalar zorunlu şeklin kapsamında yer alır.⁸⁰ Görüldüğü üzere, sübjektif görüş, daha çok tarafları korumak amacıyla, objektif ve sübjektif bütün esaslı noktaları zorunlu şeklin kapsamına tâbi tutarken; yumuşatılmış sübjektif görüş, yalnızca akdedilmek istenen sözleşmenin tipiyle ilgili sübjektif esaslı noktaları zorunlu şeklin kapsamına tâbi tutmaktadır. Yumuşatılmış sübjektif görüş, sübjektif esaslı noktaların zorunlu şeklin kapsamına girip girmeyeceğini belirlerken, objektif ölçütlerden yararlanmaktadır. Buna göre, akdedilen sözleşmenin tabî yapısı dışına çıkarılamayan, edim-karşı edim ilişkisini belirleyen veya sözleşmenin kurulmasına etkisi olan noktalar, şekil zorunluluğuna tâbidir. Buna karşılık, sözleşmenin tipini belirlemeyen, sözleşme ilişkisinin esasıyla ilgili olmayan sübjektif esaslı noktalar ise, zorunlu şekle tâbi değildir.⁸¹

İsviçre Federal Mahkemesi'nin yerleşik içtihatları da bu yöndedir.⁸² Nitekim Yüksek Mahkeme, bir ödüncü teminat altına almak amacıyla verilen iştirah hakkında, âdi senetle düzenlenen ödünç sözleşmesinin kanunî şeklin (BK m. 213) kapsamına tâbi olmadığına karar verirken, şu ifadeleri kullanmıştır: *“Objektif yan anlaşmalar ancak mahiyetleri itibarıyla bir satım sözleşmesinin çerçevesine girdikleri takdirde, sübjektif esaslı nokta olarak şekil mecburiyetine tâbi olurlar. Bunun için iki şartın gerçekleşmesi gerekir. Bir taraftan, üstlenilen borcun hukukî sebebinin satımın tabî muhtevasının dışında kalmayan bir alacak içinde bulunması; taahhüt edilen hususun satım bedeli veya mülkiyet geçirilmesi için bir karşı edim teşkil etmesi gerekir. Diğer taraftan, borcun konusu bir satımın çerçevesinde yer almak, satılanın hukukî durumunu etkilemek ve doğrudan doğruya sözleşmenin*

⁷⁹ Gauch, s. 51; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N. 538; Aral, s. 180; Altaş, s. 56; BGE 113 II 404; 107 II 216; 90 II 37 vd.; 86 II 37.

⁸⁰ Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N. 538; Bucher, s. 163; Aral, s. 180; Altaş, s. 56; Antalya, s. 70.

⁸¹ Bkz. Altaş, s. 57; Antalya, s. 70.

⁸² BGE 113 II 402; 118 II 33; 117 II 259; 119 II 135; 112 II 330; 106 II 148; 90 II 37.

muhtevasına ilişkin olmak zorundadır (BGE 90 II 37 vd.). Bu itibarla, ancak satım sözleşmesinde edim ve karşı edim ilişkisini etkileyen anlaşmalar kanunî şekle tabidir. Bir borcun diğerine sadece vesile olması, meselâ, sebebi yönünden karşılıklı bağımlılık içinde bulunan iki sözleşme yeterli değildir".⁸³

2. Objektif Görüş

Sübjektif esaslı noktaların, zorunlu şeklin kapsamına dahil olup olmadığını açıklayan bir diğer görüş, objektif görüştür. Bu görüşe göre, zorunlu şeklin kapsamına, sözleşmenin yalnızca objektif esaslı noktaları girer. Objektif esaslı noktalar dışındaki tüm noktalar ise, zorunlu şeklin kapsamı dışında kalır. Bu nedenle, zorunlu şeklin kapsamı, sözleşmenin objektif esaslı noktalarına göre belirlenir.⁸⁴ Bununla birlikte, taraflarca sözleşmenin esasını ve hukukî sebebini etkileyecek hâle getirilmiş olan sübjektif esaslı noktaların da zorunlu şeklin kapsamına dahil olduğu kabul edilmektedir.⁸⁵ Zira bu noktalar, sözleşme tipinin belirlenmesinde etkili olan esaslı noktalardır. Örneğin, taşınmaz satımında, taşınmazın taraflarca kararlaştırılan nitelikleri, sözleşmenin tipini belirleyen sübjektif esaslı noktalar olup, resmî şekle tâbidir.⁸⁶ Buna karşılık, sözleşmenin kurulmasında etkili olmayan noktalar, zorunlu şeklin kapsamı dışında kalırlar.⁸⁷

Objektif görüş, ticarî ilişkilerin hız ve güvenliği ile şeklin koruma amacından hareket etmektedir. Bu görüşe göre, sözleşme noktalarının zorunlu şeklin kapsamına girmeleri için, ya objektif esaslı noktalar olmaları, ya da edim ve karşı edim ilişkisini doğrudan doğruya etkileyen sübjektif esaslı noktalar olmaları gerekir.⁸⁸ O hâlde, bir sübjektif esaslı noktanın zorunlu şeklin kapsamında yer alması için, bunun, edim ve karşı edim ilişkisinin tespitine yarayan, yani objektif esaslı noktalarla doğrudan doğruya bağlantı içinde bulunan, onları kuvvetlendiren (teminat altına alan) bir nokta olması gerekir. Örneğin, sözleşmede kararlaştırılan cezaî şart ve pişmanlık akçesi, sübjektif esaslı noktalardan

⁸³ BGE 113 II 402 (Aral, s. 181' den naklen).

⁸⁴ Bkz. Gauch, s. 51; Schmidlin, Art. 11, N. 98; Altaş, s. 57. Karş. Antalya, s. 70.

⁸⁵ Altaş, s. 57; Antalya, s. 70.

⁸⁶ Bkz. Altaş, s. 57; Antalya, s. 70.

⁸⁷ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N. 537; Altaş, s. 57.

⁸⁸ Gauch, s. 51; Altaş, s. 58; Antalya, s. 70.

olmalarına rağmen, zorunlu şeklin kapsamında yer alırlar.⁸⁹ O hâlde, asıl borcu doğuran işlemin geçerliliği herhangi bir şekle bağlı değilse, cezaî şart da şekle bağlı olmaz. Buna karşılık, asıl borcu doğuran işlemin geçerliliği, yazılı veya resmî şekle tâbiyse, cezaî şart taahhüdünün de aynı şekilde yazılı veya resmî şekilde yapılması zorunludur.⁹⁰ Örneğin, taşınmaz satımının geçerliliği resmî şekle bağlı olduğundan,⁹¹ buna ilişkin cezaî şart işlemi de aynı şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz.⁹²

Diğer taraftan, borçlunun durumunu ağırlaştırıcı sübjektif esaslı noktalar da şekil zorunluluğuna tâbidir. Örneğin, BK m. 484 uyarınca, kefalet sözleşmesinin geçerliliği, bunun yazılı şekilde yapılmasına ve kefilin sorumlu olacağı miktarın kefalet senedinde gösterilmesine bağlıdır. Buna göre, kefilin yükümlülüğüne ilişkin objektif esaslı noktalar gibi, onun sorumluluğunu ağırlaştırıcı sübjektif esaslı noktaların da kefalet senedinde yer alması gerekir. Kefilin sorumluluğunun ağırlaştırılmasına örnek olarak, *“kefilin sorumluluğunun kanunî kapsamını genişletmek (örneğin bir yıllık işlemiş ve işleyecek olan akdî faizden fazlasıyla, olumsuz zararlar ve veya cezaî şart ödemekle yükümlü tutmak) veya bu sorumluluğun tâbi olduğu kanunî şartların bir kısmından vazgeçmek (örneğin tartışma definden veya rehnin paraya çevrilmesi definden vazgeçmek) veya kanunî şartları kefilin aleyhine değiştirmek (örneğin BK m. 493’deki bir aylık süreyi uzatmak) ya da kefaletin kapsamına sözleşmenin yapılmasından önce doğmuş borçları sokmak”*⁹³ gösterilebilir.

⁸⁹ Altaş, s. 58; Keller/Schöbi, s. 26; Kocaağa, K., *Türk Özel Hukukunda Cezai Şart* (BK m. 158-161), Ankara 2003, s. 125-126.

⁹⁰ Bentele, R., *Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR*, Diss. Freiburg 1994, s. 57; von Tuhr, A./Escher, A., *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Band II, 3. Auflage, Zürich 1974/1984, s. 278; Aral, s. 181; Kocaağa, s. 126.

⁹¹ Tapuda kayıtlı olmayan taşınmazlar bakımından, Yargıtay bunların satışını zilyetliğin devri olarak kabul ettiğinden ve zilyetliğin devri anlaşmasının geçerliliği için herhangi bir şekil şartı aranmadığından, bunlarda cezaî şart anlaşması da şekle tâbi değildir. Bkz. Kocaağa, s. 127 ve aynı sayfada dn. 220’de yer alan Yarg. 13. HD, 31.1.1991, E. 1990/6830, K. 1991/878 sayılı kararı.

⁹² Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N. 4012; Schwenzler, s. 396; von Tuhr/Escher, s. 278; Keller/Schöbi, s. 111; Bentele, s. 56 vd.; Eren, s. 1135-1136; Kocaağa, s. 126; Yarg. HGK, 10.11.1993, E. 1993/13-125, K. 1993/711: *“...Taşınmaz satımını güçlendiren cezaî şart da satış sözleşmesinin tâbi olduğu resmî şekilde yapılmalıdır. Aksi halde cezaî şartın geçerliliğinden söz edilemez...”* (YKD 1994, S. 3, s. 343).

⁹³ Antalya, s. 71. Ayrıca bkz. Tandoğan, H., *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, 3. Bası, Ankara 1987, s. 761.

Objektif görüş, objektif esaslı noktalar yanında, bazı sübjektif esaslı noktaları da şekil zorunluluğuna tâbi tuttuğundan, zorunlu şeklin kapsamını genişletmiştir. Diğer taraftan, bu görüş, zorunlu şeklin kapsamına yalnız objektif esaslı noktaları tâbi tutmayı amaçlamakla beraber, bazı sübjektif esaslı noktaları da zorunlu şeklin kapsamına soktuğu için, yumuşatılmış sübjektif görüşe yaklaşmıştır.⁹⁴

3. Karma Görüş

Bu görüşe göre, zorunlu şeklin kapsamına, öncelikle objektif esaslı noktalar girmekle beraber, bazı sübjektif esaslı noktaların da bu kapsamda yer alması gerekebilir. Taraflardan biri veya her ikisi tarafından sözleşmenin kurulma şartı (condictio sine qua non) hâline getirilen, edim-karşı edim ilişkisini belirginleştiren, sözleşmenin tipini belirleyen noktalar, yani objektif esaslı noktalar gibi telakki edilebilen sübjektif esaslı noktalar da zorunlu şeklin kapsamında yer almalıdır.⁹⁵ Buna karşılık, bu nitelikte olmayan sübjektif esaslı noktalar ile esaslı olmayan noktalar zorunlu şekle tâbi değildir. Karma görüş, aslında sübjektif görüş ile objektif görüşün yumuşatılmış şekillerinden oluşmaktadır. Gerçekten, yukarıda da belirtildiği üzere, sübjektif esaslı noktaların tamamının zorunlu şeklin kapsamına dahil olduğunu iddia eden sübjektif görüş,⁹⁶ ticarî hayatı olumsuz etkilediği ve kanun koyucunun şekil zorunluluğunun kapsamını dar tutma amacına aykırı düştüğü gerekçesiyle eleştirilerek yumuşatılmış ve yalnız sözleşmenin objektif esaslı noktalarıyla sıkı ilişki içinde olan, edim ve karşı edimleri açıklayan sübjektif esaslı noktaların zorunlu şeklin kapsamına dahil olduğu; bu nitelikte olmayanların ise, şekil zorunluluğuna tâbi olmadığı kabul edilmiştir.⁹⁷ Yine yukarıda belirtildiği üzere, objektif görüş, zorunlu şeklin kapsamına esas itibariyle sözleşmenin objektif

⁹⁴ Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N. 538; Altaş, s. 58.

⁹⁵ Bkz. Altaş, s. 58-59; Guhl/Merz/Kummer, s. 113; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N. 537. Ayrıca bkz. Antalya, s. 70.

⁹⁶ Bkz. Von Tuhr/Peter, s. 239; Gauch, s. 51; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N. 537; Merz, N. 336 vd.; Bucher, s. 163; Guhl/Merz/Kummer, s. 104; Schmidlin, Art. 11, N. 97; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 131; Eren, s. 214; Oğuzman/Öz, s. 122; Yavuz, s. 174; Tandoğan, C. I/1, s. 228. Karş. Schönenberger/Jäggi, Art. 11, N. 26; Merz, N. 336; Antalya, s. 70; BGE 123 III 100; 125 III 133.

⁹⁷ Bkz. Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N. 538; Bucher, s. 163; Aral, s. 180; Altaş, s. 56; Antalya, s. 70.

esaslı noktalarının girdiğini kabul etmekle⁹⁸ beraber; taraflarca sözleşmenin esasını ve hukukî sebebini etkileyecek hâle getirilmiş olan sübjektif esaslı noktaların da şekil zorunluluğuna tâbi olduğunu kabul etmektedir.⁹⁹ Görüldüğü üzere, objektif görüş ile sübjektif görüş yumuşamak suretiyle, karma görüşle aynı sonuca varmaktadırlar. Kanaatimizce, karma görüşe üstünlük tanımak ve zorunlu şeklin kapsamına, objektif esaslı noktalarla birlikte, taraflardan biri veya her ikisi tarafından sözleşmenin kurulma şartı (condictio sine qua non) hâline getirilen ve sözleşmenin tipini belirleyen, yani objektif esaslı noktalar gibi telakki edilebilen sübjektif esaslı noktaların da girdiğini kabul etmek gerekir. Sözleşmenin bu nitelikte olmayan sübjektif esaslı noktaları ise, şekil zorunluluğuna tâbi değildir.

Tarafların yapmak istedikleri sözleşme, görünüşte bir (tek) sözleşme olmakla birlikte, aslında iki veya daha fazla sözleşmeden meydana gelmekte ve kanun bunlardan sadece birini şekle tâbi kılmakta ise, diğeri de şekle tâbi tutulacak mıdır? Örneğin, A, B'ye 50.000 TL karşılığında arsasını satmayı vaad etmiş ve ayrıca B'nin ödeyeceği 100.000 TL karşılığında ona bu arsa üzerine bir bina inşa etmeyi taahhüt etmiş olsun. Burada, biri "*taşınmaz satım vaadi*", diğeri ise "*eser sözleşmesi*" olmak üzere iki ayrı sözleşme söz konusudur. Acaba taraflar, yalnız satım vaadini kanunun öngördüğü şekilde yapıp, eser sözleşmesini herhangi bir şekle bağlı olmaksızın gerçekleştirebilirler mi? Bu iki sözleşmenin birbirine bağlı olması, yani A bina inşa etmeyi taahhüt etmeseydi, B'nin söz konusu arsayı satın almayı vaad etmeyecek olması önem taşır mı? Bu konuda bir sonuca varabilmek için, taraflarca kararlaştırılan herhangi bir noktanın, asıl sözleşmenin bir unsuru mu, yoksa ayrı bir sözleşme mi olduğunun tespiti gerekir. Bu tespit ise, sözleşmenin yorumlanması suretiyle gerçekleştirilir.¹⁰⁰ Kararlaştırılan nokta, asıl sözleşmenin bir unsuru niteliğindeyse ve bu unsur olmadan tarafların sözleşmeyi yapmayacakları kabul edilebiliyorsa, söz konusu nokta da şekle tâbidir. Buna karşılık, taraflar, asıl sözleşmeden ayrı, başka bir sözleşme yapmışlarsa, bu iki sözleşme arasındaki bağlılık ne kadar kuvvetli olursa olsun, şekil zorunluluğu bu sözleşmelerden hangisi için öngörülmüşse, yalnız o sözleşme şekle tâbidir; diğeri herhan-

⁹⁸ Bkz. Gauch, s. 51; Schmidlin, Art. 11, N. 98; Altaş, s. 57. Karş. Antalya, s. 70.

⁹⁹ Altaş, s. 57; Antalya, s. 70.

¹⁰⁰ Oğuzman/Öz, s. 122.

gi bir şekil şartı aranmaksızın yapılabilir.¹⁰¹ Yukarıdaki örneğimizde, taraflar, yalnız satım vaadini kanunun öngördüğü şekilde yapıp, eser sözleşmesini herhangi bir şekle bağlı olmaksızın gerçekleştirebilirler.

Yukarıdaki çözüm şekli, biri (veya birkaçı) kanunen şekle tâbi, diğeri (veya diğerleri) ise şekle tâbi olmayan çeşitli sözleşmelerin edimlerini içeren karma sözleşmeler hakkında da geçerlidir. Buna göre, karma sözleşmeyi oluşturan unsurlar (noktalar), kendi sözleşme tiplerine ilişkin hükümlere tâbi olacak kadar bağımsızlıklarını koruyorlarsa ve kendi sözleşme tipleri için herhangi bir şekil zorunluluğu söz konusu değilse, diğer sözleşmeler için öngörülen şekil içinde yer almalarına gerek yoktur;¹⁰² şekle tâbi sözleşmeye ait noktaların, zorunlu şeklin kapsamında yer almaları gerekli ve yeterlidir.¹⁰³ Buradan hareketle bazı yazarlar,¹⁰⁴ bir karma sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yükleniciye verilecek arsa payı için noterde taşınmaz satım vaadi sözleşmesinin yapılması gerektiğini; yüklenicinin inşaat yapma borcunun ise, âdi yazılı şekilde veya sözlü olarak kararlaştırılabileceğini belirtmektedirler. Buna karşılık, bazı yazarlar¹⁰⁵ ve Yargıtay,¹⁰⁶ arsa sahibi ile yüklenici arasında yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin inşaat yapma borcunun da resmî şekilde düzenlenen sözleşmede yer alması gerektiği görüşündedirler. Zira arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, taşınmaz satım vaadine ve eser sözleşmesine ilişkin edimler birbirleriyle mübadele içerisindedirler.¹⁰⁷

Sözleşmenin bazı sübjektif esaslı noktaları gibi, objektif ve sübjektif bakımdan yan noktaları da şekil zorunluluğuna tâbi değildir.¹⁰⁸ Buna göre, ikinci derecedeki (yan) noktalardan birinin sözleşmede yer alma-

¹⁰¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 132-133; Oğuzman/Öz, s. 122; Antalya, s. 71.

¹⁰² Tandoğan, C. I/1, s. 230; Yavuz, s. 175; Antalya, s. 71; Oğuzman/Öz, s. 122-123.

¹⁰³ Oğuzman/Öz, s. 122-123.

¹⁰⁴ Oğuzman/Öz, s. 122-123.

¹⁰⁵ Erman, H., *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, İstanbul 1991, s. 13; Tandoğan, C. II, s. 29 vd.; Yavuz, s. 513; Antalya, s. 71.

¹⁰⁶ Yargıtay'ın bu yöndeki kararları için bkz. Yavuz, s. 513, dn. 32. Buna karşılık Yargıtay, yüklenici ile üçüncü kişi arasında düzenlenen arsa payı devrine ilişkin sözleşmenin, BK m. 163'e göre âdi yazılı şekilde yapılmasını yeterli görmektedir. Bu kararlar için bkz. Yavuz, s. 514, dn. 37.

¹⁰⁷ Antalya, s. 71.

¹⁰⁸ Altaş, s. 59; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 131.

ması veya geçersiz olması hâlinde bile taraflarca o sözleşmenin yapılacağı anlaşılıyorsa, bu nokta şekle bağlı olmadan kararlaştırılabilir.

IV. SONUÇ

Borçlar Kanunumuz, bir sözleşmenin içeriğinde yer alan unsurları (noktaları), esaslı noktalar ve esaslı olmayan (ikinci derecedeki) noktalar olmak üzere ikiye ayırmakta; tarafların esaslı noktalarda anlaşmalarını, sözleşmenin kurulması için yeterli saymaktadır (BK m. 2). Tarafların, sözleşmenin ikinci derecedeki (yan) noktaları hakkındaki anlaşmayı saklı tutarak ileriye bırakmaları veya bunlar üzerinde hiç durmamış olmaları, sözleşmenin kurulmasına engel değildir. Ancak, sözleşmenin hangi noktalarının esaslı, hangilerinin ikinci derecede olduğunun tespiti oldukça zordur. Zira bu tespit, sübjektif bir değerlendirmeye dayanmakta olup, taraflardan biri için ikinci derecede olan bir nokta, diğeri için oldukça önemli ve dolayısıyla esaslı olabilir. Belirlenmesi ileriye bırakılan böyle bir nokta hakkında anlaşmaya varılmaksızın sözleşmenin kurulmuş sayılması ise, tarafların irade serbestisi ilkesine uygun değildir. Bununla birlikte, genellikle kabul edildiğine göre, sözleşmenin tanımında yer alan, tipini ve karakteristik yapısını belirleyen, asgarî içeriğini oluşturan noktaları esaslı; bunların dışındakiler ise ikinci derecedeki noktalardır. Ayrıca, ikinci derecedeki bir noktanın, tarafların birlikte kararlaştırmaları veya taraflardan birinin karşı tarafın anlayabileceği bir davranışla bunu sözleşmenin zorunlu şartı sayması yoluyla, esaslı nokta hâline getirilmesi mümkündür. Bu şekilde, esaslı nokta hâline getirilen yan noktaya, “*sübjektif esaslı nokta*” adı verilir ve bu noktalar üzerinde de uyuşma sağlanmadan, sözleşme meydana gelmez.

Geçerliliği kanunen veya tarafların iradesiyle şekle tâbi kılınmış bir sözleşmenin meydana gelebilmesi için, bu sözleşmenin objektif esaslı noktalarının, öngörülen şekil içinde yer alması gerekir. Aynı hususun, sübjektif esaslı noktalar bakımından da geçerli olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte, sözleşmenin objektif esaslı noktalarıyla sıkı ilişki içinde olan, edim ve karşı edimleri açıklayan veya kuvvetlendiren (teminat altına alan) sübjektif esaslı noktaların da zorunlu şekil içinde yer alması gerektiği kabul edilmektedir. Böyle olmayan sübjektif esaslı noktalar ile ikinci derecedeki noktalar ise şekil zorunluluğuna tâbi değildir.

KAYNAKLAR

- Altaş, H., *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, Ankara 1998.
- Antalya, G., "Hukuki İşlemlerin Şekle Bağlanması Gereken Noktaları", *Hukuk Araştırmaları Dergisi* (1991), s. 68 vd.
- Aral, F., *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 2. Bası, Ankara 1999.
- Bentele, R., *Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR*, Diss. Freiburg 1994.
- Bucher, E., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2. Auflage, Zürich 1988.
- Eren, F., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8. Bası, İstanbul 2003.
- Erman, H., *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, İstanbul 1991.
- Gauch, P., *Von den wesentlichen Vertragspunkten*, recht 1991, s. 45 vd.
- Gauch, P./Schluop, W. R./Schmid, J./Rey, H., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Band I-II, 8. Auflage, Zürich 2003.
- Guhl, T./Merz, H./Kummer, M., *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 7. Auflage, Zürich 1980.
- Keller, M./Schöbi, C., *Das Schweizerische Schuldrecht*, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Auflage, Basel/Frankfurt am Main 1988.
- Kırca, Ç., *Franchise Sözleşmesi*, Ankara 1997.
- Kocaağa, K., *Türk Özel Hukukunda Cezai Şart* (BK m. 158-161), Ankara 2003.
- Koller, A., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Grundriss des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht*, Band I, Bern 1996.
- Kramer, E., *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, erläutert von Ernst A. Kramer und Bruno Schmidlin, Bern 1986.
- Kuntalp, E., *Karışık Muhtevalı Akit*, Ankara 1971.
- Merz, H., *Vertrag und Vertragsschluss*, 2. Auflage, Freiburg 1992.
- Oğuzman, K./Öz, T., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, İstanbul 2000.

- Schmidlin, B., *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, erlaeutert von Ernst A. Kramer und Bruno Schmidlin, Bern 1986.
- Schönenberger, W./Jäggi, P., (*Zürcher*) *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Band V: Obligationenrecht, Teilband V/1a: Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art.1-17 OR, Zürich 1973.
- Schwenzer, I., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Bern 1998.
- Tandoğan, H., *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. I/1, 6. Bası, İstanbul 1990; C. II, 3. Bası, Ankara 1987.
- Tekinay, S. S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altop, A., *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, İstanbul 1993.
- Von Tuhr, A./Escher, A., *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Band II, 3. Auflage, Zürich 1974/1984.
- Von Tuhr, A./Peter, H., *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Band I, 3. Auflage, Zürich 1979/1984.
- Yavuz, C., *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Bası, İstanbul 2002.

ESER SAHİPLİĞİNDEN DOĞAN HAKLARIN MİRAS YOLUYLA İNTİKALİ

Gülperi ELDENİZ*

I. GİRİŞ

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, eser sahipliğinden doğan haklarla ilgili olarak diğer hukuk dallarında yer almayan ilginç bir ayrıma yer vermiştir. Buna göre; eser sahipliğinden doğan haklar mali ve manevi haklar olmak üzere ikiye ayrılmıştır. (Manevi haklarla ilgili olarak m. 14-17; mali haklarla ilgili olarak m. 21-25).

Bu ayırım ile ortaya çıkan manevi ve mali hak kavramları, fikri haklara özgü nitelikleri olan kavramlardır. Fikri haklar alanında çok büyük önem arz eden bu ayırım bilinmediği takdirde, birtakım yanlış anlamalara mahal verilmesi kaçınılmazdır.¹ Örneğin, uygulamada özellikle manevi haklar kavramı, hukukta yaygın olarak kullandığımız “*manevi zarar ve tazminat*” kavramları ile karıştırılmakta; bu kavram eser sahibinin manevi zararı ve tazminat hakkı şeklinde algılanabilmektedir. Dolayısıyla, asıl konumuzu izah etmeden önce kısaca bu iki hak türü ile ilgili bilgi vermek gerektiği kanaatindeyiz.

II. MALİ VE MANEVİ HAK KAVRAMLARI

A. Mali Hak Kavramı

Eser sahipliğinden doğan mali hak; eser sahibinin eseriyle olan malvarlıksal ve ekonomik haklarını ifade eder. Bir başka ifadeyle; burada eser sahibinin eserini mali ve ekonomik açıdan değerlendir-

* Av., Ankara Barosu, AÜHF Ticaret Hukuku Yüksek Lisans öğrencisi.

¹ Kılıçoğlu, Ahmet M, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, Ankara 2006, s. 217.

me hakkı söz konusudur.² Bu nedenle, Alman Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda bu kavram "eseri değerlendirme hakkı" (Verwertungsrecht) (UrhG & 15) olarak adlandırılmaktadır.

Mali haklar yasada sınırlı bir şekilde sayılmıştır. Bunlar; *işleme, çoğaltma, yayma, temsil, işaret-ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim* (m. 21-25); güzel sanat eserlerinde *satış bedelinden pay talep etme* (m. 45) haklarıdır.

İşleme; eserden yararlanmak suretiyle aynı veya başka gruptan bir başka eser yaratılmasıdır: bir romanın televizyon dizisine, bir şiirin besteye dönüştürülmesi...

Çoğaltma; eser sahibinin eserinin, aslından ya da örneğinden birden fazla eser yapılmasıdır: bir kitabın, müzik CD'sinin veya kasetinin veya sinema filminin çoğaltılması suretiyle birden fazla eser yapılması...

Yayma; bir eserin aslı ya da kopyalarının kira, ödünç, satış veya diğer yollarla dağıtılmasıdır: bir kitabın, müzik kasetinin, sinema eserinin satışa sunulması, başkasına ödünç verilmesi...

Temsil; bir eserin doğrudan doğruya ya da bazı teknikler (işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlar) kullanmak suretiyle umuma açık yerlerde okunması, çalınması, oynanması, gösterime sunulmasıdır: bir müzik veya sinema eserinin bir kahvehanede çalınması veya gösterime sunulması...

İşaret-ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı; bir eserin aslının veya kopyalarının radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması veya bunlardan yayınları elde eden yayın kuruluşları tarafından tekrar yayınlanmasını ifade eder: bir müzik eserinin televizyon tarafından çalınması, bir televizyon dizisinin radyo tarafından oynatılması...

Bu hakkı temsil hakkından ayırt eden unsur, ses ve görüntü nakline yarayan eseri umuma iletmeye tekniğiyle ilgilidir. Temsil hakkında eserin radyo, televizyon, dijital iletim aracı gibi araçlarla umuma ileti-

² Beşiroğlu, Akın, *Düşünce Ürünleri Üzerindeki Haklar Fikir Hukuku*, Cilt I, Ankara 2002, s. 178; Kılıçoğlu, s.237.

mi söz konusu olmadığı halde, ikincisinde bu koşul aranmaktadır.

Güzel sanat eserlerinde pay talep etme hakkı ise; sadece güzel sanat eserlerine özgü bir hak olup bu tür bir eserin satışından sonra yasa da öngörülen belirli süre içinde açık nispetsizlik ortaya çıktığında aradaki farktan eser sahibine bu konuda çıkartılmış olan Kararnamedeki koşullar ve miktarda pay verilmesini ifade eder.

B. Manevi Hak Kavramı

Eser sahibinin eserle olan manevi bağlarından doğan haktır.³ Manevi haklar, mali haklardan farklı olarak eser sahibine eser üzerinde mali ve ekonomik yararlar temin etmezler. Alman hukukunda bu nedenle manevi haklar eser sahibinin kişilik hakkı (Urheberpersönlichkeitsrecht)(UrhG &12) olarak adlandırılmaktadır.⁴

Manevi haklar da mali haklar gibi yasa da sınırlı bir şekilde sayılmıştır. Bunlar; “eserin umuma sunulması” (m. 14); “eser sahibinin adının belirtilmesi” (m. 15), “eserde değişiklik yapılmasını yasaklama” (m. 16); “eser sahibinin, esere ulaşma” (eserin cisimlendiği madde üzerinde zilyet ve malik olanlardan eserini incelemeye ve sergilerde teşhir etmeye müsaade etmesini isteme) (m. 17) haklarıdır.

Eserin umuma sunulması hakkı; eser sahibinin eserini aleniyete intikal ettirme yani kamuya sunma zaman, yer ve şeklini tayin etme hakkı ile, tamamı veya bir kısmı henüz bu niteliğe kavuşmamış olan eserin içeriği hakkında kamuya bilgi verme hakkıdır.

Adın belirtilmesi hakkı; eser sahibinin eserini öz ya da takma adıyla ya da adsız olarak kamuya sunma konusunda karar verebilme hakkıdır.

Eserde değişiklik yapılmasını yasaklama hakkı; eserin içeriği veya eser sahibinin adında değişiklik yapılmasını yasaklama hakkıdır.

Eser sahibinin esere ulaşma hakkı ise; bazı eser türlerinde eserin aslından geçici bir süre için yararlanma, tek ve özgün olan eserin be-

³ Beşiroğlu, s.166; Kılıçoğlu, s.218; Tekinalp Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul 2005, s. 151.

⁴ Güneş, İlhami, “Eser Sahibinin Manevi Hakları ve Uygulama”, *Terazi Dergisi*, Y.3, S.19, s. 68.

lirli koşullar altında sergilerde kullanılmasını malik veya zilyetlerden talep edebilme hakkıdır.

III. MALİ VE MANEVİ HAKLARIN FARKLARI

A. Öncelikle eser sahibine tanınmış olan her iki hakkın nitelikleri ve amaçları farklıdır. Yukarıda ifade etmeye çalıştığımız gibi, mali haklar eser sahibinin eserle olan malvarlıksal ve ekonomik yararlarına hizmet eden haklardır. Manevi haklar ise eser sahibinin eseriyle olan manevi bağlarına hizmet eden haklardır.

B. Mali haklar koruma süresine tabidirler. Yasanın 26. maddesi *“Eser sahibine tanınan mali haklar zamanla mukayyettir”* hükmü ile bu sürelerin sadece mali haklara ilişkin olduğunu ifade etmektedir. Manevi haklarda ise koruma süresi yoktur.

C. Mali haklar eser sahibi veya halefleri tarafından hukuksal işlemlere konu olabilirler. Yasanın 52. maddesi *“Mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır”* hükmüyle bunu ifade etmiştir.

Manevi haklar nitelikleri gereği hukuksal işlemlere konu olamazlar.

D. Mali haklardan vazgeçmek mümkündür. Yasanın 60. maddesi *“Eser sahibi yahut mirasçuları, kendilerine kanunen tanınan mali haklardan, önceden vaki tasarruflarını ihlal etmemek şartıyla bir resmi senet tanzimi ve bu hususun Resmi Gazete’de ilanı suretiyle vazgeçebilirler”* hükmüyle bunu ifade etmiştir.

Manevi haklardan ise vazgeçmek mümkün değildir.

E. Mali ve manevi hakların ihlali halinde açılacak davalar ve talepler yasada farklı olarak düzenlenmiştir. (FSEK m. 67-68; 71-72)

F. Mali ve manevi haklarda mirasçılık bakımından fark vardır. Bunu aşağıda ele alacağız.

IV. MALİ VE MANEVİ HAKLARIN MİRAS YOLUYLA İNTİKALİ

Ölenin hak ve borçlarının miras yoluyla intikali genel olarak Türk Medeni Kanunu'nda Üçüncü Kitapta "*Miras Hukuku*" başlıklı 495-682. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu hükümlerin incelenmesi halinde, bir kimsenin ancak ekonomik değeri olan varlıklarının miras yoluyla intikal edebileceği ortaya çıkmaktadır. Ölenin şahsına bağlı haklar, ölümle birlikte son bulur; miras yoluyla intikal etmezler.⁵ Mali ve manevi hakların miras yoluyla intikali konusunda 5846 sayılı Kanun özel hükümler getirmiştir.

Alman Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, eser sahipliğinden doğan hakların miras yoluyla intikali açısından bir ayırım yapmadan "*Eser sahipliğinden doğan haklar, miras yoluyla intikal edebilirler. Eser sahibi eser sahipliğinden doğan haklarının kullanımını ölüme bağlı bir tasarrufla vasiyeti tenfiz memuruna bırakabilir*" şeklinde ifade etmiştir.

A. Mali Hakların Miras Yoluyla İntikali

5846 sayılı Kanun'un 63. maddesine göre "*Bu kanunun tanıdığı mali haklar miras yolu ile intikal eder. Mali haklar üzerinde ölüme bağlı tasarruflar yapılması caizdir*" hükmünü getirmiştir.

Mali haklar eser sahibinin eseriyle olan malvarlıksal ve ekonomik haklar olduğuna göre ölüm halinde bunların miras yoluyla intikal edeceğinin öngörülmesi, Miras hukukunun genel ilkelerine uygundur.

Maddenin 1. fıkrası bu konuda genel kuralı tekrar etmekte ve mali hakların miras yoluyla intikal edebileceğini hükme bağlamaktadır. Maddenin 2. fıkrası aynı ilkenin devamı olarak mali hakların ölüme bağlı tasarruflara konu olabileceğini belirtmektedir. Buna göre; maddenin 1. fıkrası, eser sahibinin herhangi bir ölüme bağlı tasarrufla bulunmaması halinde mali haklarda kanuni mirasçılığı öngörmektedir. Madde sadece mali hakların miras yoluyla intikale elverişli olduklarını belirtmekle yetinmiş; bu haklara kimlerin mirasçı olacaklarını hükme bağlamamıştır. Bunun sonucu olarak mali hakların miras yoluyla kimlere intikal edeceği hususu yasal mirasçıları belirleyen Türk Medeni Kanunu'nun m. 495-501 hükümlerine göre tayin edilecektir. Bu

⁵ Kılıçoğlu, Ahmet M., *Miras Hukuku Ders Notları*, Cilt.I, Ankara 2005, s. 5.

maddeler gereğince; mali haklar eser sahibinin altsoy zümresine, bunlar yoksa ana baba ve bunların altsoyları zümresine; bunlar da yoksa büyük ana ve baba ile bunların altsoyları zümresine intikal edecektir.

Eser sahibinin sağ kalan eşi varsa, durum buna göre değerlendirilecektir. Bu durumu şöyle açıklayabiliriz:

1. Sağ kalan eş ile birlikte eser sahibinin altsoyu varsa, mali haklar bunlara kalacaktır. Sağ kalan eş $\frac{1}{4}$ oranında mülkiyet hakkına sahip olacak, $\frac{3}{4}$ oranındaki mülkiyet hakkını ise eser sahibinin altsoyu paylaşacaktır.

2. Eser sahibinin alt soyu yoksa mali haklar sağ kalan eş ile eser sahibinin üst soy zümresine kalacaktır. Bu durumda sağ kalan eş mali hakların $\frac{1}{2}$ sini alacak, kalan $\frac{1}{2}$ pay ise eser sahibinin üst soy zümresine verilecektir.

3. Eser sahibinin üst soyu (ana babası ve bunların altsoyu) yoksa, mali haklar sağ kalan eş ile eser sahibinin büyük ana ve babası ile onların çocuklarına kalacaktır. Bu durumda sağ kalan eş mali hakların $\frac{3}{4}$ üne sahip olacak, kalan $\frac{1}{4}$ ise eser sahibinin varsa büyük ana ve babasına, yoksa bunların çocuklarına (yani eser sahibinin hala, amca, teyze veya dayılarına) kalacaktır.

Kanununun 63. maddesinin II. fıkrası mali haklarda sadece yasal mirasçılığın söz konusu olmadığını, bunların ölüme bağlı tasarruflara da konu olabileceğini hükme bağlamıştır. Bu hükme göre; eser sahibi, mali haklarında vasiyet veya miras sözleşmesi ile ölüme bağlı tasarruflar yapabilir. Örneğin: Bestekar A, ölümünde besteleri üzerindeki mali haklarının tamamını veya bir kısmını oğlu B'ye bıraktığını yasaya uygun olarak yaptığı bir vasiyetle açıklayabilir.

B. Manevi Hakların Miras Yoluyla İntikali

Manevi hakların, eser sahibinin eserle olan manevi bağlarından kaynaklanan haklar olduğunu yukarıda ifade etmiştik. Bunlar malvarlığına dahil olmayan, para ile ölçülmesi mümkün olmayan yani mali nitelikte olmayan haklardır. Miras yoluyla intikale elverişli olan varlıklar, malvarlığı hakları yani para ile değerlendirilmesi mümkün olan haklar olduğuna göre, manevi hakların miras yoluyla intikal etmesinden söz edilemez. Bir başka ifadeyle, manevi haklar, miras yoluyla

intikal edip terekeye dahil olmazlar.⁶ Ancak bu açıklamalarımızdan, manevi hakların eser sahibinin ölümüyle birlikte son bulan haklar olduğu sonucu çıkartılmamalıdır. Eser sahibinin ölümüyle birlikte manevi haklar son bulmazlar, bunlar *bu hakları kullanma yetkisine sahip olan kişilere* intikal ederler.

Eser sahibinin ölümüyle birlikte manevi hakları kullanma yetkisinin kime intikal edeceği konusunda iki tür çözüm düşünülebilir:

1. Yasa koyucu burada özel bir hüküm getirmez. Manevi hakları kullanım yetkisini, mali hakları miras yoluyla iktisap eden kişilere bırakabilir. Alman Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (UrhG) & 28’de mali ve manevi hak ayrımı yapmadan “*Eser sahipliğinden doğan haklar miras yoluyla intikal eder*” hükmünü kabul etmiştir. Avusturya Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu da (UrhG) & 23’de de aynı çözümü benimsemiştir. Bu durumda, eser sahibi bir ölüme bağlı tasarrufla, manevi hakları kullanma yetkisine sahip olan kişileri belirlememiş ise, bunları kullanma yetkisi yasal mirasçılara intikal edecektir. Eser sahibi bir ölüme bağlı tasarrufla manevi hakları kullanma yetkisine sahip kişiyi belirlemişse, bu kişi ya da kişiler bu yetkileri kullanabilecektir.

2. Yasa koyucu bu konuda özel bir düzenleme getirebilir. Mali hakların miras yoluyla intikalinden farklı olarak, manevi hakları kullanma yetkisine sahip olan kişileri belirleyebilir. 5846 sayılı Kanun’un 19. maddesinde bu çözümü benimsemiştir. Bunu aşağıda ele alacağız.

5846 sayılı Kanun “*Eser Sahibinin Hakları*”nı ikili bir ayrıma tabi tutarak hükme bağlamış, önce “*Manevi Hakları*” düzenlemiş, bu düzenleme içinde 18. maddenin kenar başlığında “*III. Hakların Kullanılması*” başlığı altında 18. maddede a) Genel Olarak; 19. maddede ise b) Hakları Kullanabilecek Kişiler şeklinde alt başlıkları kullanmıştır.

Hemen belirtelim ki, üzerinde açıklamalar yapacağımız madde 19. maddedir. Ancak bu maddenin yorumlanabilmesi için yasada hangi kenar başlığı altında yer aldığını ve düzenlendiğini açıklamak konunun daha iyi anlaşılmasını sağlamaktadır. Tekrar etmek gerekirse, yasanın 19. maddesi “*manevi hakların kullanılması*” başlığı altında yer almakta ve “*hakları kullanabilecek kimseler*” kenar başlığını taşımaktadır. İfade edelim ki, FSEK m. 19 “*manevi hakların miras yoluyla intikali*” gibi

⁶ Kılıçoğlu, *Fikri Haklar*, s. 220; Tekinalp, s. 152.

bir başlık ya da ifade içermemektedir.

Yasanın 19. maddesine göre:

“Eser sahibi 14 ve 15 nci maddelerin birinci fıkralarıyla kendisine tanınan salahiyetlerin kullanılış tarzlarını tespit etmemişse yahut bu hususu herhangi bir kimseye bırakmamışsa bu salahiyetlerin ölümünden sonra kullanılması, vasiyeti tenfiz memuruna, bu tayin edilmemişse sırasıyla sağ kalan eşi ile çocuklarına ve mansup mirasçılarına, ana babasına, kardeşlerine aittir.

Eser sahibinin ölümünden sonra yukarıdaki fıkrada sayılan kimseler eser sahibine 14, 15 ve 16 ncı maddelerin üçüncü fıkralarında tanınan hakları eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıl kendi namlarına kullanabilirler.

Eser sahibi veya birinci ve ikinci fıkralara göre salahiyetleri olanlar, salahiyetlerini kullanmazlarsa, eser sahibinden veya halefinden mali bir hak iktisap eden kimse meşru bir menfaati bulunduğunu ispat şartıyla, eser sahibine 14,15 ve 16 ncı maddelerin üçüncü fıkralarında tanınan hakları kendi namına kullanabilir.

Salahiyetli kimseler birden fazla olup müdahale hususunda birleşemezlerse, mahkeme, eser sahibinin muhtemel arzusuna en uygun bir şekilde basit yargılama usulü ile ihtilafı halleder.

18 inci madde ile yukarıdaki fıkralarda sayılan salahiyetli kimselerden hiç biri bulunmaz veya bulunup da salahiyetlerini kullanmazlarsa yahut ikinci fıkrada belirlenen süreler bitmişse eser memleketin kültürü bakımından önemli görüldüğü takdirde, Kültür Bakanlığı 14, 15, 16 ncı maddelerin üçüncü fıkralarında eser sahibine tanınan hakları kendi namına kullanabilir”.

Yasa koyucunun manevi hakları kullanma yetkisine sahip olanları mali haklarda olduğu gibi eser sahibinin miras hükümlerine göre mirasçılara bırakmayıp özel hükümle farklı bir düzenlemeye tabi tutmasının sebebi de manevi hakların niteliğinden kaynaklanmaktadır. Manevi haklar; eserin kamuya sunulması, içeriği hakkında bilgi verilmesi, eserde değişiklik yapılmasını yasaklama gibi para ile ölçülmesi mümkün olmayan, bu nitelikleri nedeniyle de terekeye dahil olmayan haklar olduğundan bunların genel miras hükümleri ve mirasçılardan farklı bir şekilde ele alınması mümkündür. Bu durum eser sahibinin mirasçılarının maddi yararlarına zarar vermez. Öte yandan, manevi hakları kullanım yetkisinin miras hükümlerine tabi tutulması, özellikle birden fazla mirasçının bulunduğu hallerde, bunların bu hakların kul-

lanılması konusunda süratle hareket etmesi ve düşünce birliği içinde olması birçok hallerde zor olabilir. Önemli olan eserin korunmasıdır. O halde, mirasçılar arasında ortaya çıkacak uyuşmazlıklar nedeniyle eser sahibinin eserle olan manevi bağlarının zarar görmemesi gerekir.

Yasanın 19. maddesinin amacını bu şekilde ortaya koyduktan sonra şimdi bu maddede ifade edilen manevi hakları kullanma yetkisine sahip olan kişileri açıklayalım:

a. 14 ve 15. Maddenin I. Fıkrasında Yer Alan Yetkiler Bakımından

Bu maddelerde ifade edilen yetkiler, 14. maddenin 1. fıkrasındaki “eserin umuma arz edilme yetkisi” ile 15. maddenin 1. fıkrasındaki “eser sahibinin adının belirtilme yetkisi”dir. Bu yetkileri kullanma hakkına sahip kişiler şunlardır:

aa. Eser Sahibi Tarafından Belirlenmiş Kişiler

Eser sahibi bu yetkileri kullanma tarzını ve kişileri belirlemiş olabilir. Kanun’un 19. maddesinde yer alan “eser sahibi ... kendisine tanınan salahiyetlerin kullanılış tarzlarını tespit etmemişse yahut bu hususu her hangi bir kimseye bırakmamışsa” ifadesinden hareketle 14 ve 15. maddelerin birinci fıkralarında tanınmış olan manevi hakları kullanma tarzının öncelikle eser sahibine ait olduğu, eser sahibi böyle bir tespitle bulunmamış ya da bu tespiti yapacak bir kişiyi tayin etmemiş ise de aşağıdaki kişilerin gündeme geleceği sonucuna varabiliriz. Yasa eser sahibinin bu iradesini ne şekilde açıklayacağı konusunda bir hükme yer vermemiştir. Burada eser sahibine ait bazı manevi hakların eser sahibinin ölümünden sonra kimler tarafından kullanılacağı konusu düzenlendiğine göre, eser sahibi bu yöndeki iradesini bir ölüme bağlı tasarrufla açıklayabilir. O halde, burada TMK m. 531’de öngörülen vasiyet ya da 545’te öngörülen miras sözleşmesi gündeme gelebilir. Buna göre, eser sahibi tek taraflı bir hukuksal işlem olan vasiyet ile ya da iki taraflı bir hukuksal işlem olan miras sözleşmesi ile 14 ve 15. maddelerin birinci fıkrasındaki manevi haklarını kullanma tarzını belirlemiş olabileceği gibi, bunu belirleme yetkisini bir başkasına da bırakmış olabilir. Örneğin: A, yaptığı bir vasiyetle “öldüğünde tüm bestelerinin ölüm yıldö-

nümünde piyasaya çıkarılmasını (umuma arz edilmesini) arzu etmiş ya da bunların piyasaya çıkarılmasının kendisi gibi müzisyen olan yakın arkadaşı B tarafından belirlenmesini” arzu etmiş olabilir.

bb. Vasiyeti Tenfiz Memuru

Vasiyeti tenfiz memuru, yeni 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda “*vasiyeti yerine getirme görevlisi*” olarak adlandırılmıştır ve yasada bu konu, 550-556. maddelerinde kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir.

Vasiyeti yerine getirme görevlisi miras bırakanın son arzularını yerine getirmekle görevli ve yetkili kişidir (TMK m. 552). Buna göre, eser sahibi 19. maddede öngörülen manevi haklarını kullanma tarzı ve yetkilisi konusunda bir vasiyet yapmışsa, vasiyeti yerine getirme görevlisi gündeme gelebilir. Eser sahibinin böyle bir vasiyeti yoksa yasa da sözü edilen “*vasiyeti tenfiz memuru*”nun söz konusu manevi hakları kullanma yetkisine sahip olmasından söz edilemeyecektir.

cc. Eser Sahibinin Sağ Kalan Eşi ve Çocukları

Kanun’un 19. maddesinde yer alan “...*bu tayin edilmemişse sırasıyla sağ kalan eşi ile çocuklarına*” şeklindeki ifadeden, vasiyeti yerine getirme görevlisinin olmadığı halde, birinci sırada “*eser sahibinin sağ kalan eşi ile çocukları*”nın yer alacağı sonucuna varmaktayız. Bir kimsenin yasal mirasçılarının başında birinci derecede altsoyu, şayet eşi varsa sağ kalan eşin alt soy ile birlikte mirasçılığı gelir. (TMK m. 495,499 b.1).

FSEK m. 19’un düzenlemesi ise Türk Medeni Kanunu’ndaki bu düzenlemeden ayrılmaktadır. FSEK m. 19’da “*sırasıyla sağ kalan eşi ile birlikte çocukları*” ifadesi kullanılmıştır. FSEK’de eser sahibinin “*altsoyundan*” değil, “*çocuklarından*” söz etmiştir. Bunun sonucu olarak, eser sahibinin çocukları ölmüş torunları bulunmuş olsa bile torunlar söz konusu manevi hakları kullanamayacaktır.

Kanun, “*sırasıyla sağ kalan eşi ile çocukları*” ifadesini kullandığına göre, eser sahibinin çocukları olmasa bile söz konusu manevi hakları sağ kalan eşi tek başına kullanabilecektir. Eser sahibinin sağ kalan eşi ve çocukları varsa, 14 ve 15. maddelerin 1. fıkralarındaki manevi hakları birlikte kullanacaklardır. Bu konuda anlaşma sağlanamadığı tak-

dirde tıpkı 65. maddede olduğu gibi TMK m. 640 (eski 581) hükmüne başvurulmak suretiyle terekeye bir temsilci atanması talep edilebilir.

dd. Mansup Mirasçılar

Mansup mirasçı kavramı, eski 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi tarafından kullanılmaktaydı (e TKM m. 463). 4721 sayılı yeni TMK bunun yerine “Atanmış mirasçı” kavramını kullanmıştır. (m. 516).

Eski deyimiyile “Mirasçı nasbı” yeni deyimiyile “mirasçı atama” miras bırakanın terekesinin tamamı veya belirli bir oranını bir veya birden çok kişiye bıraktığı bir ölüme bağlı tasarruf türüdür.⁷ Mirasçı atanmanın bu niteliği karşısında FSEK m. 19’da sayılan “mansup mirasçılar”ı anlamak mümkün değildir.

Eser sahibi mali haklarının tamamını veya belirli bir oranını bir başkasına bırakabilir. Bu durumda bu kişi eser sahibinin mali haklarında ona külli halef olur. Yukarıdaki tespitlerimiz karşısında, manevi haklar, para ile ölçülmesi mümkün olmayan haklar olduğundan terekeye giremezler. O halde, manevi haklar için “mansup mirasçı” yani mirasçı ataması da söz konusu olamaz. FSEK 19. maddede sözü edilen manevi hakları kullanma yetkisinde “mansup mirasçıların” gündeme gelmesi ancak eser sahibinin mali haklarla ilgili mirasçı ataması halinde mümkün olabilir.

Bu sayede, mali hakların kullanımını için atanmış olan mirasçı, 19. maddenin 1. fıkrasında sözü edilen manevi hakları da kullanma yetkisini elde etmiş olur.

ee. Ana-Baba

Maddede sözü edilen manevi hakların kullanım tarzının veya kullanılacak kişilerin tayin edilmemesi; vasiyeti tenfiz memurunun görevlendirilmemesi, eser sahibinin eşinin ve çocuklarının ya da mansup mirasçılarının da bulunmaması halinde ana baba gündeme gelebilecektir.

⁷ Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, s.110.; İnan, Ali Naim [Ertas, Şeref/Albaş, Hakan], *Miras Hukuku*, Ankara 2004, B. 5, s. 221.

ff. Kardeşler

Eser sahibinin ana ve babasının da bulunmaması halinde madde de sözü edilen manevi hakları kullanma yetkisi eser sahibinin kardeşlerine ait olacaktır.

b. 14, 15 ve 16. Maddenin

III. Fıkrasındaki Yetkiler Bakımından

FSEK m. 19. f. II’de eser sahibinin ölümünden sonra 14. ve 15. maddenin III. fıkrasındaki yetkilerin kimler tarafından kullanılacağı hükme bağlamıştır. Yasanın 14 maddesinin III fıkrası şu şekildedir:

“Eserin umuma arz edilmesi veya yayımlanma tarzı, sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek mahiyette ise eser sahibi, başkasına yazılı izin vermiş olsa bile, eserin gerek aslının gerek işlenmiş şeklinin umuma tanıtılması ve yayınlamasını menedebilir. Menetme yetkisinden sözleşme ile vazgeçmek hükümsüzdür. Diğer tarafın tazminat hakkı saklıdır”.

Burada eserin umuma arzı veya yayımlanma tarzının eser sahibinin şeref ve itibarını zedelemesini yasaklama yetkisi söz konusudur.

Kanun’un 15. maddesinin III. fıkrası şu şekildedir:

“Bir eserin kimin tarafından vücuda getirildiği ihtilaflı ise, yahut herhangi bir kimse eserin sahibi olduğunu iddia etmekte ise, hakiki sahibi hakkının tespitini mahkemeden isteyebilir”.

Burada eser sahibinin kim olduğunun tartışmalı olduğu hallerde, tespit davası için mahkemeye başvurma yetkisi söz konusudur.

Kanun’un 16. maddesinin III. fıkrası şu şekildedir:

“Eser sahibi, kayıtsız şartsız olarak yazılı izin vermiş olsa bile şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değişiklikleri menedebilir. Menetme yetkisinden bu hususta sözleşme yapılmış olsa bile vazgeçmek hükümsüzdür”.

Burada “eserin niteliğini bozan ya da eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen değişiklikleri yasaklama” yetkisi söz konusudur.

aa. Bu açıklamalarımıza göre, Kanun’un 19. maddesinin II. fıkrasına “eserin, eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek şekilde umuma arz edilmesini yasaklama; eser sahibinin kim olduğunun ihtilaflı olduğu durum-

larda mahkemedен tespitini isteme; eserde niteliğini bozacak ya da eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek şekilde değişiklik yapılmasını yasaklama” yetkileri girmektedir.

bb. Bu Manevi Hakları Kullanma Yetkisine Sahip Olan Kişiler Şunlardır:

aaa. Kanun’un 19. maddenin 1. fıkrasında sayılan kişiler aynen 14, 15, 16. maddenin 3. fıkrasındaki manevi hakları kullanma yetkisine de sahiptir. Buna göre, eser sahibi bu yetkilerin kullanma tarzını veya kullanacak kişileri tayin etmişse, bu kişiler; tayin etmemişse, vasiyeti tenfiz memuru, bu yoksa, eser sahibinin sağ kalan eşi ve varsa çocukları; bunlar yoksa mansup mirasçılar, bunlar yoksa eser sahibinin ana ve babası, bunlar da yoksa kardeşleri bu yetkileri kullanacaklardır.

bbb. Mali Hak Sahipleri

Kanun’un 19. maddesinin III. fıkrası 14, 15, 16. maddelerin 3. fıkrasındaki manevi hakları kullanabilme yetkisi bakımından eserle ilgili mali hak sahiplerini de bazı koşullar altında yetkili kılmıştır. Bu fıkra hükmüne göre, 19. maddenin 1. fıkrasında sayılan kişiler kendilerine tanınan yetkilerini kullanmazlarsa eser sahibi veya halefinden mali bir hakkı iktisap eden kişi haklı bir yararının bulunduğunu kanıtlamak suretiyle 14, 15 ve 16. maddenin 3. fıkrasındaki manevi hakları kullanma yetkisine sahip olacaktır.

ccc. Kültür Bakanlığı

Kanun’un 19. maddesinin 1. fıkrasında sayılan kişiler bulunmadığı, ya da bulunmasına rağmen, 19. maddenin 2. fıkrasında sözü edilen 70 yıllık koruma süresi sona erdiği halde; veya mali hak sahibi bulunmadığı ya da bulunup da haklı bir yararı olduğunu kanıtlayamadığı takdirde 19. maddenin son fıkrası 14, 15, 16. maddelerin 3. fıkrasındaki manevi hakları kullanma yetkisini Kültür Bakanlığı’na bırakmıştır. Kültür Bakanlığı’nın bu yetkiyi kullanabilmesi ise “*eserin memleket kültürü bakımından önemli*” olmasıdır.

cc. Kanun'un 19. maddesinin I. fıkrası ile II. fıkrası arasındaki en önemli fark, II. fıkrada sayılan yetkileri, bu kişilerin "*kendi namlarına kullanabileceklerinin*" ve bu yetkileri eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıl müddetle kullanabileceklerinin belirtilmesidir.

O halde, her iki fıkrada yer alan manevi hakları kullanma yetkisi bakımından iki önemli fark vardır. Bunlardan birincisi; II. fıkrada sayılan yetkileri, yetkililerin "*kendi namlarına*" kullanacaklarının belirtilmesi; ikincisi ise II. fıkradaki yetkilerin eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıl süreyle sınırlı tutulmasıdır.

Yasanın manevi hakları kullanma yetkisi bakımından yaptığı bu ayrımın mantığını anlamakta ve yorumlamakta güçlük çekmekteyiz.

Yasadaki ifade karşısında, maddenin 1. fıkrasında yer alan "*eseri umuma arz etme ve eserin içeriği hakkında bilgi verme*" ve "*adın belirtilmesi yetkisi*" konusunda yetkili kişilerin bu yetkilerini kendi namlarına değil kimin adına kullanmakta oldukları hususu kanımızca müphemdir. Çünkü bu yetkileri miras bırakan adına kullanmalarından söz edilemez zira eser sahibi öldüğünde kişilik son bulmuştur; dolayısıyla ölmüş kişi adına bir hak veya yetkinin kullanılmasından söz edilemez. Bu yetkileri mirasçılar adına kullandıklarından da söz edilemez. Zira 1. maddede sayılmış olan yetkililerin çoğunluğu zaten mirasçı olan kişilerdir. Öte yandan mirasçılar dururken onlar adına bu yetkileri kullanılacak kişileri tayin etmenin açıklanabilir bir mantığı olmadığı kanısındayız.

İki fıkra arasında yetkileri kullanma süresi bakımından getirilen farkın da isabetli olmadığı kanısındayız. Manevi haklar, mali haklardan farklı olarak koruma süresine tabi değildirler. Nitekim koruma süreleri ile ilgili FSEK m. 26. açık bir biçimde "*Eser sahibine tanınan mali haklar zamanla mukayyettir*" ifadesi ile koruma sürelerinin mali haklar için söz konusu olduğunu ortaya koymuştur.

Kanun'un 19. maddesinin II. fıkrasında tanınan yetkilerin süreyle sınırlı tutulmasına karşılık, 1. fıkradaki yetkilerin süresiz kullanılabilmesi yönünde yaratılan farkın haklı sebeplerini açıklamak da kanımızca güçtür.

V. MANEVİ HAKLARIN İHLALİ HALİNDE AÇILABİLECEK DAVALAR

5846 sayılı Kanun, manevi hakların ihlali halinde açılacak davaları 66-70. maddelerinde hükme bağlanmıştır. Manevi hakların ihlali halinde tecavüzün ref'i (saldırının durdurulması) (m. 66-67); tecavüzün men'i (saldırının önlenmesi) davası; tazminat davası (m. 70) açılabilir.

Tazminat davası ile ilgili 70. maddenin manevi haklarla ilgili olarak 07.06.1995 tarihli 4110 sayılı Kanun'la değiştirilen 1. fıkrasında şu hüküm öngörülmektedir:

"Manevi hakları haleldar edilen kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat ödenmesi için dava açabilir. Mahkeme, bu para yerine veya bunlara ek olarak başka bir manevi tazminat şekline de hükmedebilir". Kanun'un bu hükmü 4110 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce şu şekilde idi:

"Manevi hakları haleldar edilen kimse, tecavüz edenin, kusuru varsa zarar ve ziyan, kusur ve tecavüzün ağırlığı icap ettirdiği takdirde, ayrıca manevi adı ile paranın verilmesini dava edebilir. Mahkeme bu para yerine veya buna ek olarak başka bir manevi tazminat şekline de hükmedebilir".

Maddenin 1. fıkrasında 4110 sayılı Kanun ile yapılan bu değişiklik sonucu, manevi hakların ihlali halinde sadece manevi tazminat talep edilebileceği kabul edilmiş olup maddi tazminat talep etme yetkisi kaldırılmıştır. Bu değişiklik öğretide birtakım tartışmalara yol açmıştır. Öğretide Kılıçoğlu, hükmün gerekçesi, lafzı ve amacı dikkate alındığında burada bu değişikliğin isabetli olmadığını haklı olarak belirtmektedir.⁸

Manevi haklar ihlal edildiğinde dava hakkına sahip olan kişileri eser sahibinin hayatta olup olmamasına göre bir ayrıma tabi tutarak ele almak gerekir. Şöyle ki;

A. Eser sahibi hayatta ise, manevi hakların ihlali halinde FSEK m. 66-70 de öngörülen davaları açma yetkisi kuşkusuz kendisine aittir.

B. Eser sahibinin ölümünden sonra manevi hakların ihlal edilmesi halinde, sözü edilen davaları açma yetkisinin kime ait olacağı hususunun tahlili ise son derece önemlidir.

⁸ Kılıçoğlu, *Fikri Haklar*, s. 51.

5846 sayılı Kanun'un 19. maddesinde eser sahibinin ölümü halinde, manevi hakları kullanım yetkisinin kimlere intikal ettiğini hükme bağlamıştır. Bu hükümden hareket edildiğinde, bu hakların ihlal edilmesi halinde FSEK m. 66-70. maddesinde yer alan davaları açmaya yetkili kişilerin de 19. maddede sayılan kişilere göre tayin edilmesi gerektiği düşünülebilir. Öğretide bazı yazarlar 19. maddenin 1. ve 2. fıkrasındaki ayrıma bağlı olarak; 1. fıkrada yer alan yetkililerin manevi hakların ihlali halinde "*tecavüzün ref'i ve men'i davalarını*" açabileceklerini; 2. fıkrada yer alan yetkililerin ise hem tecavüzün ref'i ve men'i, eser sahipliğinin tespiti davalarını hem de manevi tazminat davasını açabileceklerini savunmaktadırlar.⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na intikal eden bir olayda bu konu kapsamlı bir şekilde tartışılmıştır. Şöyle ki;

Şair Arif Nihat Asya'nın mirasçıları, yapımcı olan davalının bu saire ait "*Fetih Marşı*" isimli şiirini "*Yelkenler Biçilecek-Yıldırım Gürses*" isimli müzik eserinde şarkı haline getirdiğini, kaset ve CD üzerine kaydını yaparak çoğalttığını, kendilerinin FSEK 14, 15, 19 ve 21 ve devamı maddelerinde düzenlenen haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek FSEK m. 70/1 gereğince manevi tazminat ve 68. madde uyarınca telif tazminatı talep etmişlerdir. Ankara Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi, davacılar lehine 500 YTL maddi, birer milyar TL manevi tazminatın tahsiline karar vermiştir. Davalının temyizi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 5846 sayılı Kanun 14/1 ve 15/1 deki manevi hakları kullanma yetkisine sahip olanların manevi tazminat talep edemeyeceklerini, 14, 15 ve 16. maddenin üçüncü fıkralarında tanınan manevi hakların ise buradaki yetkililerin yetmiş yıl müddetle kendi namlarına kullanma yetkisi bulunduğunu, bu nedenle buradaki manevi hakların ihlali halinde manevi tazminat talep edilebileceğini belirterek kararı bozmuştur. Mahkemenin direnme kararı üzerine Yargıtay HGK 28.05.2008 tarihli, E.2008/11-368, K.,2008-393 sayılı kararı ile FSEK m. 14/1, 19/1 ve 70/1 maddelerine göre mirasçıların manevi tazminat talep hakları bulunduğu ilişkin yerel mahkeme kararının isabetli olmadığı, 19/2 gereğince manevi tazminat talep edilebileceğini, olayda da bu madde hükmünün uygulanması gerektiği gerekçeleriyle diren-

⁹ Yavuz, Levent, "Eser Sahibinin Eserini Kamuya Sunma Hakkı (FSEK m. 14) ve Manevi Hakların Üçüncü Kişiler ve Eser Sahibinin Yakınları Tarafından Kullanılması (FSEK m. 19)", *Yargıtay Dergisi*, Ocak-Nisan 2007, C.3, S.1-2, s. 59-70.

me kararını onamıştır.¹⁰

Kanımızca, 5846 sayılı Kanun 19. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında öngörülen manevi hakları ikili bir ayrıma tabi tutup 1. fıkrada sözü edilen manevi hakların ihlali halinde mirasçıların manevi tazminat davası açamayacaklarını, 2. fıkrada sözü edilen manevi hakların ihlali halinde ise manevi tazminat davası açılabileceği ayrımı isabetli bir ayrım değildir. Öncelikle hemen belirtelim ki, 5846 sayılı Kanun 19. maddesi, “*manevi hakların ihlalinin ve bu durumda dava açma hakkına sahip kişileri ve açılacak davaları*” hükme bağlamamıştır.

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, bu madde yer aldığı bölüm ve bu bölümlerin kenar başlıkları incelendiğinde manevi “*hakları kullanabilecek*” kişileri tayin etmektedir. Yasa koyucu eser sahibinin ölümü halinde, manevi hakların para ile ölçülmesi mümkün olmayan haklar olması nedeniyle terekeye dahil olmadığını vurgulamak amacıyla, bu hakların kullanılmasında miras ve mirasçılarla ilgili Medeni Kanun hükümlerinden doğabilecek sakıncaları gidermek için özel bir düzenleme getirmiştir. Getirilen düzenleme sadece bu hakları kullanabilecek kişileri belirlemek ile sınırlıdır. Yoksa bu hakların ihlali halinde açılacak davalarla ilgili değildir. Bunun sonucu olarak, 19. madde, buradaki manevi hakların ihlali halinde burada sayılan yetkililerin açabilecekleri davaları belirlemeyi hedeflememiştir. Manevi hakların ihlali halinde açılacak davalar, yasanın 66-70. maddelerinde hükme bağlanmıştır. Yasa koyucunun amacı 19. maddede sayılan kişilerin açabilecekleri davaları ve bu arada manevi tazminat davasını belirlemek ise, burada sayılan kişilerden “*vasiyeti tenfiz memuru*” manevi hakların ihlali halinde manevi tazminat davasını kendi namına açma yetkisine mi sahip olacaktır? Kanun’un 19. maddesinin 2. fıkrasında sayılan kişilerin manevi hakları “*kendi namlarına kullanma*” yetkisine sahip kılınmış olması da vardığımız bu sonucu değiştirecek nitelikte değildir. Esasen maddede kullanılan “*kendi namlarına*” ifadesinin isabetsiz ve iki fıkra arasında açıklanması mümkün olmayan bir fark yarattığı açıktır.

Öte yandan Kanun’un 14. ve 15. maddesinin 1. fıkralarındaki manevi haklarla, 14, 15, 16. maddelerinin 3. fıkralarındaki manevi haklar arasında, bunların ihlali halinde manevi tazminat talebi bakımından

¹⁰ Yarg. HGK 28.05.2008 E. 2008/11-368, K.2008/393 (yayımlanmamıştır).

fark yaratmanın hiçbir haklı nedeni de yoktur. Eserin umuma arz edilmesi ve içeriği hakkında bilgi verme ya da eseri sahibinin adı ile ya da adsız olarak umuma arz etme ile eserin mahiyet ve niteliğini değiştirme ya da eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek şekilde değiştirme arasında uğranılan manevi zarar bakımından ve bu zararları mirasçılardan talep edebilmeleri açısından bir fark yaratılmaz.

O halde, yukarıda anılan mülahazalarla, ister 19. maddenin 1. fıkrasının ister 2. fıkrasının uygulanması söz konusu olsun, buradaki manevi hakların ihlal edilmesi halinde Kanun'un 70. maddesinin 1. fıkrasındaki koşullar varsa eser sahibinin mirasçılarının manevi tazminat talep etme yetkilerinin varlığı kabul edilmelidir.

VI. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Uygulamada karışıklığa mahal veren, 5846 sayılı Kanun'un 19. maddesinin 1. ve 2. fıkralarındaki düzenlemenin olması gereken hukuk (*de lege feranda*) bakımından değiştirilmesi gerektiği kanısındayız. 5846 sayılı Kanun'un 1. ve 2. fıkrasında öngörülmüş olan manevi hakları kullanma yetkisine sahip olan kişiler arasında sayılan "*vasiyeti tenfiz memuru*" ile "*mansup mirasçılar*" çıkarıldığında, geriye eser sahibinin ölüme bağlı tasarrufları ile böyle bir tasarruf yoksa yasal mirasçılar kalmaktadır. Maddede yer alan vasiyeti tenfiz memurunun, eser sahibi tarafından bu maddede öngörülen manevi haklar bakımından bir ölüme bağlı tasarruf yapmış olması halinde gündeme gelebileceğini, böyle bir tasarruf bulunmadığı takdirde maddedeki düzenlemenin anlamsız olduğunu yukarıda ifade etmiş bulunmaktayız.

Belirtelim ki, aynı durum "*mansup mirasçılar*" için de söz konusudur. Yeni Türk Medeni Kanunu'nda yer alan atanmış mirasçı, eser sahibinin ancak mali haklarla ilgili olarak bir mirasçı ataması ve bu kişiye aynı zamanda 19. maddede öngörülen manevi hakları kullanma yetkisini tanımış olması durumunda gündeme gelebilir. Eser sahibi tarafından mali haklar konusunda atanmış bir mirasçı yoksa 19. maddede sözü edilen "*atanmış mirasçının*" buradaki manevi hakları kullanma yetkisine sahip olması da gündeme gelemeyecektir.

Hal böyle olunca, 19. maddede sayılan kişilerden geriye şunlar kalmaktadır:

1. Eser sahibinin bir ölüme bağlı tasarrufla manevi hakları kullanma yetkisine sahip olan kişileri belirlemiş olması neticesinde anılan kişiler.

2. Böyle bir tasarrufun bulunmadığı hallerde ise, eser sahibinin yasal mirasçıları olarak sırasıyla sağ kalan eşi ve çocukları; ana babası ve kardeşleri.

Sıralanan bu kişiler Türk Medeni Kanunu'nda öngörülen yasal mirasçılarla ilgili düzenlemeyle paralellik göstermektedir.

Sonuç olarak, 19. maddenin oldukça karışık, anlaşılması ve yorumlanması güç hükmünün değiştirilmesi, ilk iki fıkranın birleştirilmesi suretiyle Alman Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na benzer bir çözümle *"Eser sahibi 14 ve 15. maddelerin birinci fıkralarıyla, 14, 15 ve 16. maddenin üçüncü fıkralarında tanınan yetkilerin kullanılış tarzı ya da kullanacak kişiler konusunda ölüme bağlı tasarrufta bulunmamışsa, bunları kullanma hakkı yasal mirasçılara aittir"* şeklinde bir hüküm getirilmesi, bunu takip eden fıkraların da bu fıkra ile uyumunu sağlamak üzere yeniden kaleme alınmasının uygun olacağını belirtmek istiyoruz.

TEYİTLİ AKREDİTİFE İLİŞKİN HUKUK GENEL KURULU'NUN

18.12.2002 TARİH VE “E. 2002/12-1078, K. 2002/1072”

SAYILI KARARININ İRDELENMESİ

Tamer BOZKURT*

I. GENEL OLARAK AKREDİTİF VE ORTAYA ÇIKIŞI

A. Genel Olarak

Akreditif, üçlü hukukî ilişkilerin en tipini oluşturmaktadır. Akreditif, mevzuat düzeyinde bir hükme bağlanmamış; uygulamanın ortaya çıkardığı bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmıştır. İlginçtir ki, akreditifin ortaya çıkmasına neden olan durum, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki “ifa sırası” sorunudur. Gerçekten de, Borçlar Kanunu’nun 81. maddesine göre, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sözleşme ile ifa sırası kararlaştırılmamışsa veya işin niteliğinden aksi anlaşılmıyorsa, edimin ifasını talep eden kişinin, kendi edimini ifa etmiş veya en azından ifasını teklif etmiş olması gerekir; aksi hâlde diğer taraf geçici niteliğe sahip olan “ödemezlik defî”ni (*exceptio non adimpleti contractus*) ileri sürerek, kendi edimini ifa etmekten kaçınabilir.

Yukarıdaki ifa sırasının daha büyük sorunlara neden olduğu borç ilişkileri ise, özellikle uluslararası satım sözleşmelerinde görülmektedir. Alıcısı ve satıcısı farklı ülkelerde olan bir satımda, tarafların sözleşme konusu malları ve bedeli önce ifa etmek için bir nedenleri bulunmamaktadır; çünkü uluslararası bir satımda bir tarafın diğerine güvenmesi için bir neden yoktur. Mallar gönderilmesine rağmen, satım bedelinin ödenmemesi durumunda, yabancı bir ülkede alacağın tahsilini sağlamak sıkıntı yaratır. Bu güvensizlik ise, uluslararası ticarete büyük sorunların yaşanmasına neden olur; çünkü birbirine

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı doktora öğrencisi.

güvenemeyen taraflar ticarî ilişkiye girmek istemeyeceğinden, ticaret hayatı büyük darbe görür.¹

İşte yukarıda açıklanan nedenlerle, uluslararası nitelik taşıyan sözleşmelerde (özellikle satım sözleşmesinde) ifa sırasının yarattığı sıkıntı ve güvensizliği aşabilmek için, ödemenin akreditif yolu ile gerçekleştirilmesi yoluna gidilmiştir. Akreditif, anılan sakıncaları en aza indiren bir ödeme aracıdır.²

B. İşleyişi

Akreditifte üç taraf bulunur. Bunlar, *akreditif âmiri* (ithalatçı-alıcı); *akreditif bankası* (âmir banka) ve *lehtar* (satıcı-ihracatçı)dır. Bu kişilere genelde bir muhabir banka da eklenir. Burada, satıcı (lehtar) ile alıcı (ithalatçı) arasında genelde uluslararası bir satım sözleşmesi kurulur. Buna temel ilişki denilmektedir. Bu anlaşmada, ödemenin akreditif yolu ile gerçekleşeceği kararlaştırılır. Bu anlaşmadan sonra, akreditif âmiri olan ithalatçı, akreditif bankasına giderek bir akreditif hesabı açtırır.³ Daha sonra, ithalatçının bankası olan âmir banka, akreditif metnini hazırlar. Uygulamada, âmir banka alıcının ülkesinde bulunurken, ödeme kolaylığı sağlamak için bir de satıcı (lehtar)ın ülkesinde bir muhabir banka tayin edilir. İthalatçının bankası (âmir banka), akreditif metnini muhabir bankaya gönderir. İhracatçının (lehtar) bankası konumunda olan muhabir banka da bu metni ihracatçıya verir. İhracatçı bunu aldıktan sonra, malları yükler ve akreditif metninde belirtilen evrakı; örneğin fatura, konişmento veya sigorta poliçesini, kendi

¹ Akreditifin ortaya çıkmasındaki güven sorunu ile ilgili olarak bkz. Bahtiyar, Mehmet, "Akreditif ve Milletlerarası Özel Hukukta Doğurduğu Sorunlar", *Batider*, 1990, C. XV, S. 3, s. 73 vd; Somuncuoğlu, Ünal, "Akreditif İşleminde Özellikle Türk İhracat Mevzuatı Açısından Yerel (Aracı) Bankaların İhracatçı Karşısındaki Hukuksal Durumu ve Sorumlulukları", *Batider*, 1983, C. XII, S. 1, s. 52.

² "Akreditif ve özellikle belgeli akreditif, ayrı ülkelerde bulunan ve kambiyo (döviz), ithalat, ihracat konularında değişik rejimlere tabi olan ihracatçı ile ithalatçı arasındaki ilişkilerin güven içerisinde yürüyüp sonuçlanmasını sağlar. Bu sayede akitler, örneğin bir alım-satım akdinin tarafları ayrı ülkelerde olmalarına karşın, malın teslim ve semenin ödenmesi gibi edaları karşılıklı olarak yerine getirmek olanağı elde etmiş olurlar". [11. HD, 10.2.1977, E. 1976/5881, K. 1977/558 (www.kazanci.com.tr)].

³ Kaya, Arslan [Ülgen, Hüseyin/Teoman, Ömer/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Nomer Ertan, Füsün], *Ticarî İşletme Hukuku*, İstanbul 2006, N. 787; Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi: *Ticarî İşletme Hukuku*, B. 10, İstanbul 2004, s. 167; Bahtiyar, agm, s. 75.

bankasına verir.⁴ Muhabir banka da bunları akreditif bankasına (âmir bankaya) gönderir. Akreditif bankası, bu durumu alıcı-ithalatçıya bildirir. İthalatçı da bankadan evrakı alıp malları gümrükten çekmek ister. Ancak bunun için, ya daha önceden akreditif bedeli hesabından bloke edilmiştir ya da evrakı almadan önce akreditif bedelini bankaya ödeyecektir. Bununla beraber mallar alınır ve ithalatçının bankası olan âmir banka, mal bedelini ihracatçının bankası olan muhabir banka aracılığı ile ihracatçıya öder⁵. Böylece uluslararası nitelikteki bu satım sözleşmesinde malların teslimi ve bedelin ödenmesi sorunsuz halledilir.

Akreditifte göze çarpan en önemli nokta, alıcı ile satıcı arasındaki temeldeki borç ilişkisinin, akreditif ilişkisinden tamamen bağımsız olmasıdır. Bu yüzden bankalar, belgelerin şekli, yeterliliği, gerçek veya sahte olup olmadığından dolayı bir sorumluluk üstlenmez.⁶

Akreditif ilişkisinde dikkati çeken bir başka kişi ise, muhabir bankadır. Muhabir banka, işlemin gerçekleşmesinde üstlendiği sorumluluğun kapsam ve niteliğine göre; *ihbar*, *ödeme* veya *teyit bankası* sıfatlarından biri ile hareket etmektedir.⁷ Muhabir banka genelde lehtarın bulunduğu ülkededir; bunun aksine akreditif bankası ise akreditif âmirinin bulunduğu ülkede yer almaktadır. Muhabir bankanın asıl önemli işlevi ise, teyit bankası sıfatını taşıdığı durumlarda lehtara karşı, akreditif bankasının yanında bağımsız ve aslı bir yükümlülük altına girmesidir. Bu durum, lehtar açısından önemli bir güvence olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸

⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Göğer, Erdoğan, *Akreditif Muamelesi ve Hukukî Mahiyeti*, B. 2, Ankara 1980, s. 115 vd.

⁵ Şanlı, Cemal/Ekşi, Nuray, *Uluslararası Ticaret Hukuku*, B. 2, İstanbul 2003, s. 100-101; Kaya, [Teoman /Helvacı/Kendigelen/Nomer Ertan], *a. g. e.*, N. 788.

⁶ Şanlı/Ekşi, *a. g. e.*, s. 102-103; Bozkurt, Sevgi, *Akreditifin Uygulanması*, Ankara 2006, s. 5 vd.

⁷ Kaya, [Teoman /Helvacı/Kendigelen/Nomer Ertan], *a. g. e.*, N. 789; Bozkurt, *a. g. e.*, s. 35.

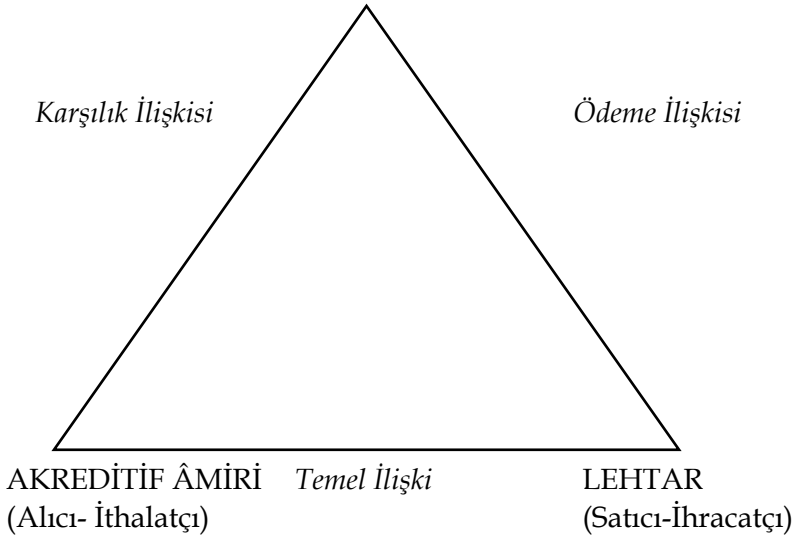
⁸ "Akreditifin teyit edilmesi halinde muhabir banka, bu teyit nedeniyle akreditif alacaklısının (satıcının) borçlusu durumuna girer. Başka bir deyişle muhabir banka ile ihracatçı arasında, akreditif bankası ile olan ilişkilerin dışında ayrı bir borç ilişkisi doğmuş olur. Bu borç taahhüdü BK.nun 17. maddesi hükmüne uyan illetten mücerret bir borç ikrarı niteliğindedir. Akreditif alacaklısı, şayet münasip zaman içerisinde red etmemiş ise teyit mektubu ayrıca kabule hacet kalmaksızın hüküm ifade eder. Çünkü muhabir banka, gerek işin özel niteliğinden ve gerekse hal ve mevkii icabından dolayı sarih bir kabule intizar mecburiyetinde değildir. (BK. m. 6)" [11. HD, 10.2.1977, E. 1976/5881, K. 1977/558 (www.kazanci.com.tr)].

Akreditif bankası ile muhabir bankanın konumunun da incelenmesi gerekir. Akreditifle ilgili olarak Milletlerarası Ticaret Odası'nın yeknesak kurallarını içeren 600 sayılı broşüründe, muhabir bankanın bu yükümlülüğünün niteliğinin âmir bankanın sorumluluğuna ek, kesin bir taahhüt olarak belirtilmiştir.

ŞEMA 1

AKREDİTİF BANKASI

(Âmir Banka) (Alıcının ikâmetgahında bulunur)



II. OLAY

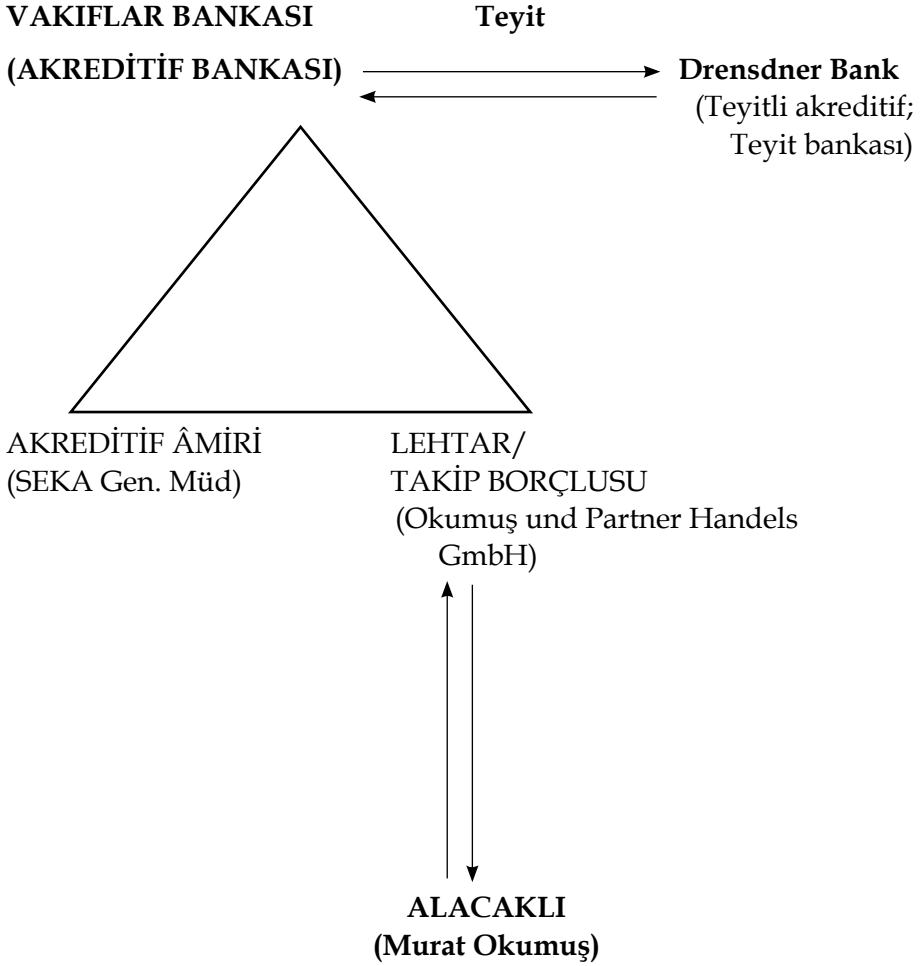
Murat Okumuş ile "Okumuş und Partner Handels GmbH" arasında bir karz akdi yapılmış ve Murat Okumuş, anılan şirkete borç vermiştir. Bu borç karşılığında da 10.3.1999 tanzim ve 10.8.1999 vade tarihli bir bono almış; bononun vadesinde ödenmemesi üzerine borçlu şirketin taşınır ve taşınmaz malları ile üçüncü kişilerdeki hak ve alacaklarının hazine dair 20.9.1999 tarihinde ihtiyatî haciz kararı alınmış ve icraya konulmuştur.

SEKA Genel Müdürlüğü, “Okumuş und Partner Handels GmbH” adlı şirketle bir satım sözleşmesi yapmış; satıcı şirket, SEKA Genel Müdürlüğü’ne kâğıtlık odun satmıştır. Aradaki anlaşmaya göre, akreditif âmiri konumundaki ithalatçı SEKA Genel Müdürlüğü, İzmit Vakıflar Bankası nezdinde bir akreditif hesabı açtırmıştır. Böylece Vakıfbank AŞ akreditif âmiri konumuna geçmiştir. Daha sonra olaydan anlaşıldığı kadarıyla, Almanya’da mükim lehtar şirket “Okumuş und Partner Handels GmbH” için, Almanya’daki “Dresdner Bank AG”, bu akreditifi teyit etmiştir. Böylece takip borçlusu şirket ile Vakıflar Bankası arasında dönülemez-teyitli akreditif ilişkisi ortaya çıkmış; *Dresdner Bank*, teyit bankası konumuna girmiştir.

Bu arada akreditif lehtar “Okumuş und Partner Handels GmbH”nin yukarıda anılan karz akdi dolayısıyla alacaklısı Murat Okumuş, akreditif lehtar/takip borçlusu şirketten alacağına karşılık, şirketten aldığı bonoya dayanarak ihtiyatî haciz işlemi başlatmış; taşınır ve taşınmaz malları dışında borçlusunun üçüncü kişideki (akreditif bankası Vakıflar Bankası AŞ) akreditif alacağı için, İcra ve İflâs Kanunu’nun 89. maddesi gereğince haciz ihbarnamesi göndermiştir. Sorun da bu noktada çıkmış; alacaklının borçlusunun üçüncü kişi olan akreditif âmiri Vakıflar Bankası’ndaki alacağına, teyit bankasına başvurulmadan haciz işleminin yapılıp yapılamayacağı tartışılmıştır. Bu tartışmada dikkati çeken en önemli noktalar, teyitli akreditifin niteliği ile akreditif bankası ile teyit bankasının lehtar karşısındaki konumudur.

Vakıflar Bankası, birinci haciz ihbarnamesine, aşağıda belirteceğimiz gerekçelerle itiraz etmiş; borçlunun kendi nezdinde herhangi bir alacağının doğmadığını ileri sürerek ödeme talebini reddetmiştir. Bunun üzerine alacaklı da, Vakıflar Bankası’nın buna haksız olarak itiraz ettiğini, yedindeki parayı ödemesi gerekirken ödemeyerek kendilerini zarara uğrattığı gerekçesi ile İcra ve İflâs Kanunu’nun 89. maddesinin IV. fıkrası gereğince “İcra Tetkik Mercii”nde⁹ tazminat davası açmıştır.

⁹ 12.2.2004 tarih ve 5092 sayılı Kanun’un 11. maddesi ile eklenen Geçici 6. madde gereğince, “icra tetkik mercii”, “tetkik mercii” ve “mercii” ibareleri “icra mahkemesi”; “icra mercii hakimi” ve “mercii hakimi” ibareleri “icra hakimi” olarak değiştirilmiştir.



III. YEREL YARGI YERİNİN DEĞERLENDİRMELERİ

Aşağıda inceleneceği gibi, mahkeme kararlarında asıl tartışma konusu yapılmış olan nokta; teyitli akreditifte lehtarın hem âmir bankaya, hem teyit bankasına başvuru olanağının olup olmadığıdır. Yerel yargı yerinin bu konudaki tavrı, kararlarda ayrıntılı olarak gösterilmese de, Hukuk Genel Kurulu Kararı'nda yerel yargı yerinin akreditif bedelinin teyit veya akreditif bankasından istenebileceğini belirtmiş; davalı Vakıflar Bankası nezdinde doğmuş olan ve davacı alacağı karşılığında hacz edilen akreditif bedelinin, davalı tarafından icra dosyasına ödemesi gerekirken ödenmediği gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne

karar verilmiştir. Bunun üzerine karar temyiz edilmiştir. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, aşağıdaki gerekçelerle bozmuştur.

IV. YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ'NİN KARARI¹⁰

Yukarıda belirtildiği gibi, akreditif lehtarını şirketin Vakıflar Bankası nezdindeki akreditif alacağına, alacaklı Murat Okumuş tarafından 20.9.1999 tarihinde haciz konulmak istenmiştir. Vakıflar Bankası ise 23.9.1999 tarihinde, İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesinin I. fıkrasındaki birinci haciz ihbarnamesine itiraz etmiştir. Davalı banka vekili, itiraz dilekçesinde, akreditiflere ilişkin uluslararası kurallar gereğince, teyitli akreditifte, teyit bankası olan "Dresdner Bank A.G"nin, akreditif bankası olan davalı banka gibi, lehtara karşı mücerret, aslî ve bağımsız bir borç taahhüdü altına girdiğini, teyit işlemi gerçekleştiğinde teyit bankasının uygun belgelerin ibrazı halinde lehtara ödeme yapma yükümlülüğü altında olduğunu, dolayısıyla lehtarın alacağının teyit bankası nezdinde doğacağını, akreditif bankası nezdinde herhangi bir alacağın bulunmayacağını; davalı bankaya haciz ihbarının tebliğ edildiği tarihte, borçlu şirketin davalı nezdinde doğmuş herhangi bir alacağının mevcut olmadığını; teyit bankasının lehtara ödeme yaptığını, teyit bankasının lehtara yapacağı ödemenin ancak o ülkede alınacak bir ihtiyatî tedbir kararıyla önlenebileceğini, Türkiye'de alınan bir ihtiyatî tedbir kararının yabancı bankayı bağlamayacağını; her ne kadar, borçlu firma yetkilisi olduğunu iddia eden Nuri Okumuş tarafından, 22.9.1999 tarihli dilekçeyle, akreditif alacağının icra dosyasına ödenmesi istenilmiş ise de, ödemeyi yapacak bankanın davalı değil, teyit bankası olması nedeniyle davalının bu talimatı uygulayamadığını; esasen, borçlu firmanın hem teyit bankasına başvurup akreditif bedelinin kendisine ödenmesini istediğini, hem yetkilisi olduğunu ileri süren Nuri Okumuş'un aynı paranın icra dosyasına ödenmesi yolunda talepte bulunduğunu, bunun bir çelişki oluşturduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir. Bunun üzerine alacaklı vekili, 27.9.1999 tarihinde, lehtar şirketten borç için alınan bonoya dayanarak icra takibine girişmiştir. Borçlu şirket "Okumuş und Partner Handels GmbH"nin temsilcisi olduğunu iddia eden Nuri Okumuş, şirket vekili olarak "borca itirazı olmadığını ve süreler beklenmeden haciz konulmasına muvafakat

¹⁰ 12. HD, 14.11.2000, E. 2000/16851, K. 2000/17397 (www.kazanci.com.tr).

ettiğini beyan etmiştir". Mahkeme ise, adli işlemlerin ancak baroya kayıtlı avukatlar tarafından takip edilebileceğini belirterek anılan kişinin icra dairesine gelerek ödeme emrini tebellüğ etmesi ve beyanda bulunmasını Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesine aykırı bularak ödeme emrinin tebliğinin gerçekleşmediğini; icra takibinin kesinleşmediğini belirtmiştir.

Bunun üzerine alacaklı vekili, 8.12.1999 tarihinde açılan tazminat davasında borçlu şirketin vekili Nuri Okumuş'un Vakıflar Bankası'na başvurarak akreditif alacağının icra dairesine ödenmesini talep ettiğini, buna rağmen bankanın hacedilmiş olan parayı Almanya'ya transfer ettiğini, kötünietli davranarak kendilerini zarara uğrattığını; İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesi gereğince icra dosyasına ödenmesi gerektiği hâlde ödenmeyen ve inkâr edilen 523.000 USD alacağın tazmin edilmesini istemiştir.

Bu arada akreditif bankası olan Vakıflar Bankası, vekilin bu talebini, birinci haciz ihbarnamesinin gönderildiği (20.9.1999) tarihten bir hafta sonra teyit bankasına bildirmiş; teyit bankası da 29.9.1999 tarihli yanıtında Nuri Okumuş tarafından ibraz edilen vekâletnamenin lehtara ödeme yapılmasını durdurma yetkisi taşımadığını ve akreditif bedelinin lehtara ödendiğini bildirmiştir.

12. Hukuk Dairesi akreditif alacağının doğumunun koşula bağlı bir alacak olduğunu, akreditif süresi içinde akreditif belgelerinin lehtar tarafından ödeme yeri bankasına ibrazı ile ödeme yeri bankası nezdinde lehtarın akreditif alacağının doğacağını belirtmiştir. Teyitli akreditifte ise, akreditif bankasının yanında teyit bankasının bağımsız ve aslî yükümlülüğü doğar. Bu banka, tıpkı akreditif bankası gibi lehtara karşı soyut, aslî ve bağımsız bir borç taahhüdü altına girer. Kısacası, teyit bankası ikinci bir akreditif bankası gibidir. Teyit bankası, lehtar tarafından akreditif süresi içinde uygun belgelerin ibrazı halinde akreditif bedelini lehtara ödemekle yükümlü olacaktır. Teyit bankasının lehtara ödeme yapması ile akreditif bankasının lehtara karşı akreditif borcu sona erer; ancak teyit bankasının alacağı doğar. Teyit bankasının isteyeceği alacak, lehtarın alacağı değil, kendi alacağıdır. Daireye göre, teyitli akreditifte teyit bankası aynı zamanda ödeme yeri bankası olduğundan teyitli akreditifin özellikleri de dikkate alınarak lehtarın öncelikle teyit bankasına başvurması gerekir. Teyit bankası herhangi bir

nedenle ödeme yapmaz ise, lehtar o zaman akreditif bankasına başvurabilir. Bununla birlikte, akreditif bankasının sonradan teyit bankasına ödememe talimatı vermesi ise, teyitli akreditifin niteliği gereği mümkün değildir. Çünkü teyit bankasının, akreditifi teyit etmekle lehtara karşı akreditif bankasından ayrı, bağımsız ve aslî bir yükümlülüğü doğar. O, artık lehtara karşı bağımsız bir borç taahhüdü altına girmiştir. Teyitli akreditifte lehtarın akreditif alacağı, ödeme bankası olan teyit bankası nezdinde doğacaktır. Alacağın akreditif bankası nezdinde doğması için, ödeme yapılmaması nedeni ile lehtar tarafından akreditif bankasına başvurulması gerekir.

Olayda akreditif lehtarı/takip borçlusu vekili tarafından doğrudan akreditif bankasına başvurulmuştur. Daha önce teyit bankasına yapılmış bir başvuru ve ödememe durumu söz konusu değildir. Bankaya haciz ihbarının tebliğ edildiği 20.9.1999 tarihinde ve itiraz tarihi olan 23.9.1999 tarihinde akreditif bankası olan Vakıflar Bankası nezdinde lehtarın doğmuş hiçbir akreditif alacağı bulunmamaktadır. Bankanın birinci haciz ihbarnamesine itirazı bu nedenlerle doğru olup, gerçek dışı bir bildirim söz konusu değildir. Nitekim teyit bankası *Dresdner Bank AG* tarafından akreditif bedeli, takip borçlusu lehtar firmaya 29.9.1999 tarihinde ödenmiş olup, bu aşamadan sonra akreditif bankası olan davalı Vakıflar Bankası'nın sorumluluğu teyit bankasına karşı doğmuştur. Bu nedenlerle Vakıflar Bankası'nın beyanının gerçeğe aykırı olduğu iddiasının kanıtlanamaması dolayısıyla davanın kısmen kabulüne karar verilmesi isabetsiz bulunmuş ve karar bozulmuştur.

12. Hukuk Dairesi'nin kararda vurgu yaptığı ve bizim için önem arz eden nokta, teyit bankasının lehtara karşı sorumluluğudur. Gerçekten de Daire, önce teyit bankasının lehtara karşı soyut, bağımsız ve aslî borç altına girdiğini belirtmiş; daha sonra ise lehtarın öncelikle teyit bankasına başvurabileceğini, akreditif bankasına doğrudan başvuru yapıp ödemeyi talep etmesinin mümkün olmadığını; ilgili belgeleri önce teyit bankasına ibraz edip ödeme talebinde bulunmadan akreditif bankasına başvuru yapmanın mümkün olmadığını; bu yüzden de birinci haciz ihbarnamesinin gönderildiği anda, takip borçlusu lehtar şirketin Vakıflar Bankası nezdinde doğmuş bir alacağı bulunmadığından, anılan bankanın ihbarnameye itirazının haklı olduğu yönünde karar vermiştir. Daire ayrıca, akreditif bedelinin takipten dokuz gün

sonra borçlu lehtara ödendiğini; bu aşamadan sonra ise sorunun Vakıflar Bankası ile Dresder Bank arasındaki iç ilişki sorunu olduğunu, teyit bankasının Vakıflar Bankası'ndan bir rücu alacağına sahip olduğunu da belirtmiştir.

V. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU'NUN KARARI¹¹

Hukuk Genel Kurulu, kararın özet kısmında, 20.9.1999 günlü birinci haciz ihbarnamesinin davalı bankaya aynı gün tebliğ edildiği; hacze konu akreditif alacağının, teyit bankası durumundaki *Dresdner Bank* tarafından, lehtar şirketin başvurusu ve belgeleri ibraz etmesi üzerine anılan banka nezdinde doğduğu ve 27.9.1999 günü lehtara ödenmiş olduğunun dosya kapsamından anlaşıldığı; lehtarın, teyit bankasına başvurmaksızın, doğrudan davalı akreditif bankasına başvurmasına hukuken olanak bulunmadığı gibi, somut olayda, esasen belgeler ibraz edilmek suretiyle akreditif bedelinin ödenmesi istemiyle davalıya yapılmış bir başvurunun da bulunmadığı ifade edilmiştir. Borçlu şirket vekilinin 22.9.1999 günlü dilekçesindeki talep de, bu doğrultuda değil; o tarih itibariyle davalı nezdinde doğmuş olduğu ileri sürülen alacağın takip dosyasına ödenmesi yönündedir. Açıklanan bu nedenlerle davalıya haciz ihbarnamesinin tebliğ edildiği 20.9.1999 tarihi itibariyle, takip borçlusu durumundaki lehtar şirketin herhangi bir alacağının doğmadığını; bu durumda davalının anılan ihbarnameye itirazı haklı olup, gerçeğe aykırı bir beyan söz konusu olmadığı; dolayısıyla somut olayda, davacı yararına İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesi çerçevesinde tazminat istenilebilmesi koşullarının oluşmadığı ifade edilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu, davanın dayanağını oluşturan İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesi gereğince tazminata hükmedilebilmesi için, kendisine gönderilen haciz ihbarnamesine süresi içinde itiraz etmiş olan üçüncü kişinin bu yanıtının doğru olmadığını alacaklı tarafından ispatlanması gerektiğine işaret etmiştir. Bu yüzden, somut olay açısından davalı bankanın tazminat sorumluluğu altında olup olmadığının saptanması için, haciz ihbarnamesine cevaben icra dosyasına verilen 22.9.1999 tarihli dilekçedeki gerekçe ve itirazların doğru olmadığını; başka bir deyişle takip borçlusu lehtar şirketin davalı banka

¹¹ HGK, 18.12.2002, E. 2002/12-1078, K. 2002/1072 (www.kazanci.com.tr).

nezdinde doğmuş bir akreditif alacağının olup olmadığının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Kurul, açılan bir akreditife, (genellikle satıcının kendi ülkesindeki) bir bankanın, akreditif bedelini, akreditif şartlarındaki belgelerin ibrazı karşılığında satıcıya ödenmesi yükümlülüğü altına girmesi durumunda, “teyitli akreditif”ten söz edileceğini; bu durumda, akreditif lehtarını ile teyit bankası arasında, akreditif sözleşmesinden bağımsız bir sözleşme kurulmuş olacağını belirtmiş; teyit bankasının, akreditifi teyit etmekle, akreditif lehtarına karşı bağımsız ve aslî bir yükümlülük altına gireceğini ifade etmiştir. Başka bir deyişle teyit, bir garanti veya kefaleti değil; *bağımsız ve aslî bir ödeme yükümlülüğünü* ifade eder. Milletlerarası Ticaret Odası’nın 600 sayılı Yeknesak Kurulları’nın 9/b ve 10/d maddelerinde de aynı ilke kabul edilmiştir. Teyit bankasının değinilen bu bağımsız ve aslî ödeme yükümlülüğü nedeniyle akreditif bankası, teyit bankasına ödeme yapılmaması konusunda talimat vermeye de hukuken yetkili değildir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu daha sonra teyit bankası ile akreditif bankasının lehtara karşı konumu konusunda *Reisoğlu* ve *Kostakoğlu*’nun görüşünü benimsemiş ve Yargıtay’ın yerleşik içtihatları da belirtilerek teyitli akreditifte teyit bankasının aynı zamanda ödeme yeri bankası niteliği taşıdığını ve akreditif lehtarının teyit bankasına (ödeme yeri bankasına) başvurmadan, doğrudan akreditif bankasına başvurup akreditif bedelinin kendisine ödenmesini isteyemeyeceğini belirtmiştir. Yargıtay’a göre, teyit bankası lehtarın başvurusu üzerine ödeme yükümlülüğünü yerine getirmez veya getiremez ise, lehtarın ancak o zaman akreditif bankasına başvurma hakkı doğar. Yine, teyit bankası, akreditifi o ülke hukukuna göre borcu söndürecek şekilde ifa ederse, lehtar haciz vs. gibi nedenlerle kendisine ait bu bedel üzerinde tasarruf edemese bile, akreditif bedeli ödenmiş sayılır ve lehtarın artık akreditif bankasına ödeme için başvurması söz konusu olamaz. Lehtara ödeme yapan teyit bankası, lehtarın halefi durumuna geleceği için, onun kendisine ibraz ettiği belgeleri akreditif bankasına gönderir. Akreditif bankası, bu belgeler gelmedikçe, yaptığı ödemedan dolayı teyit bankasına borcu doğmaz.

Kurul, kararın devamında teyitli akreditifte lehtarın akreditif alacağının teyit bankasına ibraz edeceği belgeler karşılığında ibraz anında ve ibraz yerinde doğacağını; ödeme yerinin, belgelerin ibraz edil-

diği yer olduğunu, başka bir deyişle, alacağın teyit bankası nezdinde doğacağını; alacağın akreditif bankası nezdinde doğabilmesi için, teyit bankasına başvurulmasına rağmen, alacağın herhangi bir nedenle ödenememiş olması gerektiğini de yinelemiştir.

Kararın sonuç kısmı ise şu ifadelerle tamamlanmıştır: “20.9.1999 günlü birinci haciz ihbarnamesi davalı bankaya aynı gün tebliğ edilmiştir. Hacze konu akreditif alacağının, teyit bankası durumundaki Dresdner Bank tarafından, lehtar şirketin başvurusu ve belgeleri ibraz etmesi üzerine anılan banka nezdinde doğduğu ve 27.9.1999 günü lehdara ödenmiş olduğu dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Yukarıda açıklanan şekilde lehdarın, teyit bankasına başvurmaksızın, doğrudan davalı akreditif bankasına başvurmamasına hukuken olanak bulunmadığı gibi, somut olayda, esasen belgeler ibraz edilmek suretiyle akreditif bedelin ödenmesi istemiyle davalıya yapılmış bir başvuru da yoktur. Borçlu şirket vekilinin 22.9.1999 günlü dilekçesindeki talep de, bu doğrultuda değil; o tarih itibariyle davalı nezdinde doğmuş olduğu ileri sürülen alacağın takip dosyasına ödenmesi yönündedir. O halde, davalıya haciz ihbarnamesinin tebliğ edildiği 20.9.1999 tarihi itibariyle, takip borçlusu durumundaki lehdar şirketin herhangi bir alacağı doğmamıştır. Bu durumda davalının anılan ihbarnameye itirazı haklı olup, gerçeğe aykırı bir beyan söz konusu değildir. Dolayısıyla somut olayda, davacı yararına İİK'nın 89/5. maddesi çerçevesinde tazminat istenilebilmesinin koşulları oluşmamıştır. Mahkemece bu hususlara işaret eden Özel daire bozma kararına uyulmak gerekirken, direnme kararı verilmesi usule ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır”.

VI. DEĞERLENDİRME

A. Yargıtay'ın Benzer Olaylardaki Yaklaşımı

Yargıtay'ın teyitli akreditife ilişkin kararlarına bakıldığında, Hukuk Genel Kurulu'nun yukarıda aktarılan görüşünün aslında yerleşik olduğu görülecektir. Örneğin, 19. Hukuk Dairesi'nin 17.6.1999 tarih ve E. 1994, K. 4228 sayılı kararında,¹² “Davalı S... Tekstil AŞ [akreditif âmiri], 8.12.1993 tarihinde M... Bankası AŞ'den [akreditif bankası] davacı M... Elektrik AŞ [lehtar; akreditif alacaklısı] lehine akreditif açtırmış, dava dışı S... Generale de Paris Bankası [teyit bankası] akreditife teyit ver-

¹² www.kazanci.com.tr.

miştir. Akreditifin teyit edilmesi halinde teyit bankası, akreditif lehdarının (satıcının) borçlusu durumuna girmektedir. Diğer bir ifadeyle teyit bankası akreditif lehdarına karşı bağımsız ve asli bir yükümlülük altına girmektedir. Akreditif lehdarının kural olarak önce teyit bankasına başvurma zorunluluğu bulunmaktadır. Akreditif lehdarı satış bedelinin akreditif yoluyla tahsili için üzerine düşeni yapmasına rağmen teyit bankasından tahsil edememişse bu durumda alıcıya başvuru hakkı doğar. Mahkemece davacıdan bu yöndeki delilleri sorularak toplanan deliller değerlendirildikten sonra varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın reddinde isabet görülmemiştir". Bu karara yazılmış karşı oy yazısında "Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve teyit bankasının lehdara (satıcıya) karşı yükümlülüğünün hukuksal nedeninin BK.nun 17. maddesi anlamında soyut borç vaadi olmasına, lehdarın ona yönelmeksizin temel ilişkiye dayanarak amire (alıcıya) başvurmasına engel bulunmamasına göre kararın onanması gerektiği görüşümdedir" denilmiştir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 10.2.1977 tarih ve E. 1976/5881, K. 1977/558 sayılı¹³ kararında da aynı sonuca varmıştır. Bu karara göre; "akreditifin teyit edilmesi halinde muhabir banka, bu teyit nedeniyle akreditif alacaklısının (satıcının) borçlusu durumuna girer. Başka bir deyişle muhabir banka ile ihracatçı arasında, akreditif bankası ile olan ilişkilerin dışında ayrı bir borç ilişkisi doğmuş olur. Bu borç taahhüdü BK'nun 17. maddesi hükmüne uyan illetten mücerret bir borç ikrarı niteliğindedir. Akreditif alacaklısı, şayet münasip zaman içerisinde red etmemiş ise teyit mektubu ayrıca kabule hacet kalmaksızın hüküm ifade eder. Çünkü muhabir banka, gerek işin özel niteliğinden ve gerekse hal ve mevkiin icabından dolayı sarih bir kabule intizar mecburiyetinde değildir. (BK m. 6). Şu izahata göre, akreditif alacaklısının (satıcının) doğrudan doğruya muhabir bankadan talepte bulunabilmesi ancak akreditifin teyitli olmasıyla mümkündür. Diğer taraftan, muhabir bankanın ister teyitli olsun ister teyitsiz akreditif alacaklısına ödemedede bulunabilmesi için akreditif şartlarının gerçekleşmesi ve belli edilen belgelerin ibraz edilmesi lazımdır. Aksi takdirde bankanın ödeme yükümlülüğünden söz edilemez".

Yine Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 21.11.1997 tarih ve E. 1997/7126, K. 1997/9916 sayılı kararında¹⁴ da vurgu yapılmıştır: "Akreditifin teyit edilmesi halinde, muhabir banka bu teyit nedeniyle akreditif ala-

¹³ www.kazanci.com.tr.

¹⁴ www.kazanci.com.tr.

caklısının (satıcının) borçlusu durumuna girer. Bir başka deyişle teyitli akreditifle, usulüne uygun olan belgeler karşılığı ödeme yapmayı, teyit bankası da ayrıca taahhüt etmekte ve bu suretle taahhüt altına girmektedir. Teyit bankasının lehtara karşı yükümlülüğü mücerret bir borç ikrarı niteliğinde olup, davacı satıcının öncelikle teyit bankasına başvurması zorunlu olup alacağın teyit bankasından tahsil edilememesi halinde alıcı (davalıya) başvurabilir”.

B. Öğreti Görüşleri

Öğretide, lehtarın teyit bankasına doğrudan doğruya başvurup başvuramayacağı konusunda birbirine iki ana fikir savunulmaktadır. Örneğin *Kaya*, teyit işlemi ile beraber muhabir bankanın lehtara karşı, kapsam ve unsurları akreditif bankasının sorumluluğu ile aynı nitelikte olan; ancak ondan tamamen bağımsız bir yükümlülük üstlendiğini; birörnek kurallarda da bu yükümlülüğün niteliğinin, âmir bankanın sorumluluğuna “ilave” kesin bir taahhüt olarak tanımlandığını; bu düzenlemeden de hareketle öğretide çoğunlukla her iki bankanın da lehtara karşı müteselsilen sorumlu olduğunun kabul edildiğini belirtmektedir. Yazar, muhabir bankanın akreditifi teyit etmekle, çoğu zaman bu bankanın aynı zamanda ödeme bankası sayıldığını; ancak taraflar arasında ödemeye ilişkin olarak bu yönde bir anlaşmanın yer almaması hâlinde, akreditif bedelinin her iki bankada da ödenebilir nitelikte olduğunu; bu yüzden lehtarın bedeli kimden talep edeceği konusunda seçimlik bir hakkının bulunduğunu da eklemiştir.¹⁵

Doğan da, teyit ile birlikte, akreditif bankası ile teyit bankasının akreditif bedelinin ödenmesi konusunda lehtara karşı müteselsilen sorumlu olacağını savunmakta; arkasından da öğretilerdeki seçimlik hak görüşünü savunanlara değinmekte; sonra da Yargıtay’ın aksi yöndeki kararlarını belirtmektedir. Yazar, teyitli akreditifte akreditif bankasının yanında, teyit bankasının bağımsız ve asli yükümlülüğünün olduğunu; bu bankanın aynı akreditif bankası gibi lehtara karşı mücerret asli ve bağımsız borç altına girdiğini, yani ikinci bir akreditif bankası gibi olduğunu ifade etmektedir. Dolayısıyla lehtar, dilerse akreditif bankasından, dilerse teyit bankasından ödeme talebinde bulunabilir. Lehtar, bankalardan birinden ödeme talebinde bulunmuş ve banka

¹⁵ *Kaya, Arslan, Belgeli Akreditifte Lehtarın Durumu*, İstanbul 1995, s. 13-14; *Kaya, [Teoman /Helvacı/Kendigelien/Nomer Ertan], a. g. e., N. 797-798.*

ödeme yapmamışsa, diğer bankadan ödeme talebinde bulunma hakkına sahiptir. Önce ödeme talebinde bulunulan banka hangisi olursa olsun, bu durum bir fark yaratmayacaktır. Yazar bu görüşe gerekçe olarak da, teyitli akreditiflerde temel amacın, lehtarın akreditif alacağını güvence altına almak olduğunu belirtmektedir.¹⁶

Tekinalp, muhabir bankanın akreditifi teyit etmekle, akreditif bankasının koşulları ile özdeş; fakat akreditif lehtarına karşı bağımsız bir borç altına girdiğini belirtmekte; teyit ile akreditif bankasının borcu yanında, ikinci bir borç oluştuğu ve bu hâlde bankaların lehtara karşı müteselsilen sorumlu olduğunu savunmaktadır.¹⁷

Ekici, müteselsil sorumluluğu belirtmemekle beraber, bir akreditifin teyitli olması koşulunun, yabancı bir ülkedeki akreditif bankasının taahhüdü ile yetinmeyerek kendi ülkesindeki bir bankanın da taahhüdünü isteyen lehtarın isteminden kaynaklandığını; bu akreditif türünde muhabir bankanın da bağımsız olarak ödeme taahhüdü altına girdiğini belirtmektedir. Akreditif bankasından aldığı teyit talimatına uyarak akreditife teyidini ekleyen ve böylece teyit bankası konumuna giren muhabir banka için bu teyit, akreditif koşullarına uygun belgelerin kendisine ibrazı üzerine derhâl ödeme yükümlülüğünü oluşturur. Akreditif koşullarına uygun belgelerin ibrazı hâlinde muhabir bankanın, akreditif bankası tarafından rambuse edilip edilmeyeceğine bakılmaksızın ödeme yapması gerekir. Teyit bankasının sorumluluğu âmir banka kadar önemli ve birinci derecedendir. Akreditif koşullarına karşı gelirse, lehtar hem âmir bankaya, hem teyit bankasına karşı yasal yollara başvurup alacağını takip edebilir.¹⁸

Yukarıdaki görüşlere karşılık *Reisoğlu*, teyit bankasının olduğu durumlarda (ödeme yeri bankası teyit bankası olacaktır) lehtarın ödeme yeri bankasına başvurmadan akreditif bankasına başvurmasının mümkün olmadığını savunmaktadır. Ödeme yeri bankasının, lehtarın başvurusu üzerine ödeme yükümlülüğünü yerine getirmemesi veya getirememesi durumunda lehtarın akreditif bankasına başvuru hakkı doğar. Ödeme yerinde herhangi bir nedenle ödemenin yapılmaması

¹⁶ Doğan, Vahit, *Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif*, B. 2, Ankara 2005, s. 53, 233.

¹⁷ Tekinalp, Ünal, *Banka Hukukunun Esasları*, İstanbul 1988, s. 429-430.

¹⁸ Ekici, Akın, *Akreditifin Hukukî Niteliği ve Tarafların Yükümlülükleri*, İstanbul 1995, s. 27-28, 33-34.

akreditif bankasına başvuru için yeterlidir. Buna karşılık, görevli banka –ki bu banka teyit bankası da olabilir– akreditifi o ülkedeki hukuka göre borcu sona erdirecek biçimde ifa ederse, lehtar hacizler nedeniyle kendisine ait akreditif bedeli üzerinde tasarruf edemese de bu durum, akreditifin ödenmiş olduğu olgusunu değiştirmez. Yani lehtarın artık akreditif bankasına ödeme için başvurması söz konusu olmaz.¹⁹

Poroy/Yasaman, teyitli akreditifte muhabir bankanın teyit vermek suretiyle âmir bankanın ödeme yapma sorumluluğuna kendi taahhüdünü eklediğini; dolayısıyla âmir bankanın ödemeyi gerçekleştirememesi hâlinde satıcının, muhabir bankaya başvurarak bedeli talep olanağına sahip olacağını belirterek, örtülü de olsa müteselsil sorumluluğun olmadığı sonucuna varılacak görüş ileri sürmektedir.²⁰ Böylece bu görüş doğrultusunda, lehtar öncelikle teyit bankasına başvurmak zorunda kalacaktır.

Bozkurt'a göre, teyit edilmiş bir akreditifte görüldüğünde ödeme öngörülmüş ise bedelin ifası ancak ödeme bankasından istenebilir. Aksi teyit bildiriminde belirtilmedikçe teyit bankası aynı zamanda ödeme bankası niteliğine sahip olduğundan, teyit bankası ifa yeri olarak kararlaştırılmış olacaktır. Bu nedenle de lehtar öncelikli olarak teyit bankasından ödeme talep edecektir. Teyit bankasının ödeme güçlüğü veya benzer bir nedenle akreditif bedelini ödeyememesi durumunda, lehtar akreditif bankasından talepte bulunabilecektir.²¹

C. Görüşümüz

Hukuk Genel Kurulu Kararı'nda tartışılan ve yukarıda özetlenen öğreti görüşlerinde de ön plâna çıkan nokta, teyitli akreditifte lehtarın teyit bankasına başvurmadan doğrudan akreditif bankasına başvurup başvuramayacağıdır. Bu konuda birbirine zıt iki fikir savunulduğu yukarıda belirtilmişti. Yargıtay'ın yerleşik içtihadının ise, lehtarın öncelikle teyit bankasına başvurması; akreditif bankasına doğrudan başvuru olanağının bulunmaması olduğu görülmüştü. Ancak kanaatimizce, incelenen Hukuk Genel Kurulu Kararı'nda bu görüşlerden öte, somut

¹⁹ Reisoğlu, Seza, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Akreditif*, Ankara 1995, s. 149-150.

²⁰ Poroy/Yasaman, *a. g. e.*, s. 171.

²¹ Bozkurt, *a. g. e.*, s. 127-128.

olay açısından bir değerlendirme yapılmamıştır. Çünkü buradaki asıl sorun, lehtarın alacaklısı konumundaki kişinin akreditif bankasına haciz ihbarnamesi göndererek alacağını elde etmesinin mümkün olup olmadığıdır. Oysa Kurul, olayda sadece teyitli akreditif varmış gibi düşünmüş; uyuşmazlığı tetikleyen unsurun lehtarın alacaklısı olduğu göz ardı edilmiştir. Yargıtay'ın belirttiği gibi, teyit bankasına öncelikle başvuru zorunluluğu varsa, lehtarın akreditif bankasında bir alacağı doğmayacağı için, onun haciz ihbarnamesine olumsuz yanıt vermesi hukuka uygun olacaktır. Oysa diğer fikir benimsendiğinde lehtarın akreditif bankası nezdinde alacak hakkı doğacağı için, bu ödemenin artık lehtara yapılmaması gerekecektir.

Biz aşağıda açıklayacağımız gerekçelerle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Kararı'na katılmıyoruz. Bu konuda görüş bildiren *Kaya* ve *Tekinalp*'in yaklaşımı daha doğru geldiği gibi, bu görüş benimsenmesi bile en azından bu somut olay açısından teyit bankasına gidilmesinin gerekmediğine karar verilmesi gerekirdi. Hatırlanacağı gibi, anılan yazarlar teyit bankasının yükümlülüğünün niteliğini âmir bankanın sorumluluğuna ek bir taahhüt olarak tanımlanmakta ve bu yüzden her iki bankanın da lehtara karşı müteselsilen sorumlu olacağını kabul etmekteydi. Gerçekten de, her şeyden önce Yargıtay dahi teyit bankasının taahhüdünü ek, kesin, bağımsız ve soyut bir taahhüt olarak kabul ettiğine göre, burada müteselsil sorumluluğun benimsenmesi hem teyit işleminin niteliğine uygundur, hem lehtarın akreditif ilişkisindeki durumunu anlamlı bir şekilde güçlendiren manzara yaratmaktadır.

Normalde önce teyit bankasına başvuru zorunluluğu bir görüş olarak savunulsa bile, yukarıda belirtildiği gibi, en azından bu somut olay açısından diğer görüşün benimsenmesi gerekir; çünkü aksi fikri savunan yazarlar lehtarın akreditif bankasına başvurması olasılığını dikkate almıştır. Oysa burada başvuru yapan lehtar değil, lehtarın alacaklısıdır. Yargıtay kararı benimsendiğinde, alacaklının Almanya'da mukim teyit bankasına başvurması zorunluluğu doğacaktır ki, bunun alacaklının alacağına kavuşmasında ne kadar büyük bir engel olduğu tartışmadan uzaktır. Almanya'daki teyit bankasına yönelik bir ihtiyatî tedbir kararı alınması da sonuç doğurmaz; çünkü bir mahkeme kararının tanınması veya tenfiz edilmesi için, bu kararın kesinleşmiş olması gerekir. Geçici hukukî koruma tedbirleri, niteliği gereği tenfize konu olmaz. Bu yüzden, somut olayda alacaklının Almanya'da hukukî yol-

lara başvurması zorunlu olacaktır. Kaldı ki, olaydan anlaşıldığı kadarı ile akreditif bankası Vakıflar Bankası'na birinci haciz ihbarnamesi gönderildikten sonra, lehtar teyit bankasından parayı almıştır. Alacaklının bu parayı ondan alması ise zorlaşmıştır. Bu karar ile alacaklının, borçlusunun üçüncü kişideki alacağına kavuşması, alacaklının inisiyatifine bırakılmıştır. Lehtar bu koşullarda hiçbir zaman akreditif bankasına başvurmayacak; onun başvuru yapması için de zorlanması söz konusu olmayacaktır. Kaldı ki, akreditifte teyidin anlam ve önemi Yargıtay'ın muhtelif kararlarında da belirtildiği gibi ilave, kesin, aslı ve soyut bir taahhüttür. Dolayısıyla mademki teyit bankasının "teyidi"nin anlamı budur, o hâlde alacaklının önce teyit bankasına başvuru zorunluluğunun olduğundan söz etmek, akreditifin teyidi ile bağdaşmamaktadır.

Teyit bankası ile akreditif bankasının müteselsilen sorumlu olduğunu teyit eden bir diğer nokta da, *Kaya'nın* belirttiği gibi bankanın "...kapsam ve unsurları akreditif bankasının sorumluluğu ile aynı nitelikte olan, ancak ondan tamamen bağımsız bir yükümlülük üstlenme"sidir. Bilindiği gibi müteselsil borçlulukta borçluların her birinin borcu diğerlerinden bağımsızdır. Her bir müteselsil borçlu, alacaklıya karşı bağımsız bir borç yüklenmiştir. Hukuk Genel Kurulu Kararı'nda bir yandan müteselsil borçluluğun olmadığı anlamına gelen bir sonuca varılmış, diğer yandan da teyit bankasının lehtara yaptığı ödemedan dolayı akreditif bankasına "halef olacağı" ifade edilmiştir. Buradaki halefiyet Borçlar Kanunu'nun 109. maddesi anlamında kullanılmışsa, yadırgatıcıdır. Burada "fiilî" bir halefiyetten söz edilebilirse de hukukî anlamda halefiyetten bahsetmek olanaksızdır. Halefiyet özel ve teknik bir anlama sahip olup, halef olan kişinin başkaca bir işleme gerek kalmaksızın tüm hakların kendisine geçmesi anlamına gelmektedir. Daha da önemlisi, hukukumuzda halefiyet sadece kanundan doğar²². Sözleşme ile veya yorum yolu ile halefiyetten bahsetmek mümkün değildir. Bu yüzden, Karar'da müteselsil borçluluktan söz edilmemesine rağmen, halefiyetten bahsedilmesi ayrı bir çelişkidir. Yargıtay kararında teyit bankasının akreditif bankasına karşı bir rücu alacağı olduğundan söz edilmektedir. Acaba burada müteselsil sorumluluk yoksa bu rücunun dayanağı nedir? Bu konuda kararda bir açıklık bulunmamaktadır. Mademki teyit bankası, lehtara karşı bağımsız ve soyut bir taahhüt altına

²² Bu konuda bkz. Kılıçoğlu, Ahmet, *Türk Borçlar Hukukunda Kanunî Halefiyet*, Ankara 1976.

girmiştir; o halde bu rüçunun halefiyetle destekli olması ve dayanağının da Borçlar Kanunu'nun 147. maddesi olması gerekmez miydi?

Aksi fikri savunan yazarların öncelikle teyit bankasına gidilmesi gerektiği hususunda doyurucu bir gerekçe ileri sürdüklerini söylemek de mümkün değildir. Birörnek kuralların ilgili maddesinin amaçsal yorumu ve teyit bankasının konumu ve ilişkiye dâhil olma amacı bir arada değerlendirildiğinde, müteselsil sorumluluk sonucu da çıkmaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi, bu somut olay açısından da ödeme talebinde bulunan kişinin lehtar değil, lehtarın alacaklısı olduğu düşünüldüğünde bu sonucun kabul edilmesi evleviyet gereğidir.

KASTEN İHMALİ DAVRANIŞLA ADAM ÖLDÜRME

Ş. Cankat TAŞKIN*

I. BÖLÜM

1. İhmal Kavramı, İhmal Suretiyle İcranın Öğretideki Tanımları ve Örnekler

Ceza hukukunda suçların çeşitli şekillerde ayrımları yapılmaktadır. Örneğin maddi suçlar-şekli suçlar; tehlike suçları -zarar suçları, tek hareketli suçlar- seçimlik suçlar ayrımlardan birkaçıdır.¹

Yapılan diğer bir ayırım ise, inceleme konumuyla bağlantılı olması bakımından, hareketin şekline göre yapılan ayırımdır ki bu da icrai-ihmalî suçlar ayırımını getirmektedir.

Türk Hukukunda ihmalî ve icrai suçlar, üst kavram olan “hareket” kavramı ile birlikte değerlendirilmektedir. İhmal kavramı ise, “olumsuz, menfi, negatif hareket” kavramlarıyla da açıklanmaktayken; icra kavramı ise “olumlu, müspet veya pozitif hareket” kavramlarıyla da açıklanmaktadır. Buna göre, Türk ceza hukukunda ihmal ve icra kavramları için “davranış” terimi kullanılabilir.²

Yargıtay da bazı kararlarında eylemin “etkin olmayan”, “edilgin” (pasif, menfi) ve “etkin” (aktif, müspet) olmasından bahsetmektedir.³

* Av., Bursa Barosu.

¹ Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, C. 1-9. Baskı, İstanbul 1985, Filiz Kitabevi, s. 354 vd.

² Hakeri, Hakan, *Kasten Öldürme Suçları (TCK 81-82-83)*, Ankara Ocak 2006, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, s. 69, Aynı yönde Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara 2005, Yetkin Yayınları, s. 111.

³ 4. CD, 19. 09. 1995 tarih 1995/4780 E ve 5733 K sayılı ilamı (etkin olmayan harekete örnektir); 4. CD, 22. 2. 1997 tarih; 1997/11068 E ve 1997/11404 K sayılı ilamı ise

İhmal Hukuk Sözlüğü'nde şöyle tanımlanmaktadır:⁴ “*Haksız sonuca yönelmemekle birlikte, durumun ve koşulların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermeme hali; dikkatsizlikten ve veya özensizlikten kaynaklanan kusur; savsama; gerekli özeni göstermeme; hafif kusur hali*”. İhmalin, *Türkçe Sözlük*'teki anlamı ise “*Gereken ilgiyi göstermeme, boşlama, savsaklama, savsama, önem vermeme*”dir.⁵

Hukuk Sözlüğü'nde ihmali suçlar “*olumsuz (menfi) bir hareket sonucunda işlenen suçlar*” olarak tanımlanmakta ve memurun yapması gereken bir işi yapmaması da ihmali suçlara örnek olarak verilmektedir.⁶

Hukuki yararlaraya saygı gösterilmesi iki şekilde görülebilmektedir. Birincisi hukuki yararlaraya tecavüz eden bir hareketin yapılması (icrai hareket); ikincisi ise, hukuki yararı koruyan hareketin yapılmamasıdır.⁷ Bu iki temel ayrımın yanı sıra, hem icrai hem de ihmali hareketle işlenebilen suçlar da söz konusu olabilir. Bu suçlar da “*garantörsel ihmali suçlar*” olarak tanımlanmaktadır.⁸

Örneğin yangın suçunu hem ihmali hem de icrai suçlarla işlemek mümkündür. Başkasının bir cismi ateşe verdiğini görmesine rağmen, itfaiye görevlisi, sonucu önlemekle görevli olmasına rağmen yangına müdahale etmemişse garantörsel ihmali suç oluşmuştur.⁹

Hareketsiz kalan bir kimseyi bir sonuç nedeniyle hukuken sorumlu tutmaya izin veren yakın ilişkiye garantörlük denmektedir.¹⁰

Garantörsel ihmali suçları Soyaslan “*safihmali suçlar*” olarak tanımlamaktadır.¹¹ Soyaslan'a göre, saf ihmali suçlar kanunun yapılmasını istediği müspet hareketin yapılmaması ile oluşur. Örneğin görevin ihmali (TCK m. 257/2); kamu görevlisinin öğrendiği suçu merciiine bildirmemesi (TCK m. 279); terk edileni resmi makamlara haber ver-

“etkin” harekete örnek kararlarıdır. Hakeri, s. 69)

⁴ Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 1992-Genişletilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınevi, s. 386.

⁵ *Türkçe Sözlük*, C. 1, Türk Dil Kurumu, İstanbul 1992, Milliyet Yayınları, s. 686.

⁶ Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, s. 386.

⁷ Soyaslan, *Özel Hükümler*-, s. 111.

⁸ Hakeri, *a. g. e.*, s. 70.

⁹ Hakeri, *a. g. e.*, s. 70.

¹⁰ Hakeri, *a. g. e.*, s. 78.

¹¹ Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2005, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, s. 233.

memek, hasta veya yaralıya yardım etmemek (TCK m. 98) saf ihmali suçlara örnektir.¹²

Soyaslan'a göre, bazen müspet bir hareketle gerçekleştirilen bir suçu ihmal suretiyle gerçekleştirmek mümkündür. Bunlara da "ihmal suretiyle icra suçları" denir.¹³

Ancak garantörsel ihmali suçlar, "basit ihmali suçlar"; "garantör suçları" ya da "kanunda düzenlenmemiş bulunan ihmali suçlar" kavramları ya da gerçek olmayan ihmali suçlar kavramlarına karşılık gelmek üzere "icra neticeli ihmali suçlar", "garantör ihmali suçları" gibi kavramlar da düşünülebilir.¹⁴ Ancak buna karşın Hakeri, kanunun özel kısmında suçun unsuru olarak -görünüşte- icrai bir hareketin belirlenmiş olmasına rağmen ihmali bir hareketle işlenen suçlara "garantörsel ihmali suçlar" demenin uygun olacağı düşüncesindedir.¹⁵

Artuk/Gökçen/Yenidünya ise, ihmali suçların olumsuz hareketin yapılmasıyla gerçekleşebileceğine dikkat çekerek, bu suçların sırf hareket suçları olduğunu belirtmektedirler.¹⁶ Buna göre, kanunun kişiden beklediğinin yapılmamış olması, kanunun emrine itaatsizlik edilmesi ihmali suçtur.¹⁷ İhmali suçlarda failin sadece hareketsiz kalması yeterli değildir; önemli olan suç tipinde belirlenmiş olan hareketin yapılmamış olmasıdır.¹⁸

Öztürk/Erdem/Özbek ise, esasen aktif bir hareketle işlenebilen bazı icrai suçların, hareketsiz kalarak işlenebilmesi durumunda, ihmal suretiyle icra suçlarının oluşacağını belirterek şu örneği vermektedir: "Adam öldürme esasen icrai bir suçtur, ancak bu suç hareketsiz kalınarak da; yani ihmal suretiyle de işlenebilir. Örneğin hastabakıcının hastaya vermesi gereken ilaçları, onu öldürmek amacıyla vermemesi, bu konuda hareketsiz kalması durumunda, ihmal suretiyle işlenmiş icrai bir suç söz konusudur."¹⁹

¹² Soyaslan, *Genel Hükümler*, s. 233.

¹³ Soyaslan, *Genel Hükümler*, s. 233.

¹⁴ Hakeri, *a. g. e.*, s. 71.

¹⁵ Hakeri, *a. g. e.*, s. 71.

¹⁶ Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2004-Turhan Kitabevi, s. 427.

¹⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *a. g. e.*, s. 425.

¹⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *a. g. e.*, s. 425.

¹⁹ Öztürk, Bahri/Erdem, M. Ruhan/Özbek, Veli. Ö, *Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler (Kişilere ve Mallara Karşı Suçlar) Temel Bilgiler*, Ankara 2001, Turhan Kitabevi,

Erem ise ihmal suretiyle icra yoluyla işlenen adam öldürme için “Bu suç ekseriyetle icra suçudur. Fakat ‘selbi fiiller’ ile de işlenebilir. Öldürmek kasdı ile aç bırakmak, yeni doğmuş çocuğun göbeğini bağlamamak gib. Selbi fiillerle işlenecek adam öldürmeleri sadece suça mani olmamak şeklindeki olaylarla karıştırmamak lazımdır. Bir adamın öldürülmek üzere olduğunu gören ve suçun işlenmesine mani olmak imkanına sahip bulunan bir kimsenin suça mani olmaması onu adam öldürmenin faili haline getiremez. Çünkü vatandaşın suça mani olmak mecburiyeti yoktur. Fakat bazı kimselerin (mesela zabıta memurlarının) suça mani olmak hususunda kanuni ve bazı kimselerin de mukaveleden doğan (mesela hususi muhafızların) mecburiyetleri vardır. Fakat bu mecburiyetlere rağmen, eğer asıl fail ile aralarında “Suçta iştirak” durumu mevcut değilse, adam öldürme suçunun faili sayılamazlar. Haklarında kanunun başka hükümleri tatbik olunabilir. Çünkü suça mani olmamak ile suç işlemek, bu suçun başkası tarafından işlenmesini istemek aynı şey değildir. Buna mukabil, başkasının fiilinin bu gibi şahısların fiili sayılabileceği hallerde aynı neticeye varılamaz. Bu itibarla bir deli evinde, bir delinin husumet beslediği diğer bir deliyi öldürmesini sağlamak maksadı ile bir muhafızın, nezaret vazifesini kasten yapmaması neticesinde adam öldürmenin faili sayılacağı tabiidir.” demektedir.²⁰

Dönmezer’e göre, kasten adam öldürme cürümünün birtakım ihmallere gösterilmek suretiyle işlenmesi mümkündür. Buna, demiryolu hat bekçisinin yol üzerine düşmüş ve gidiş-gelişi önleyen bir engeli, geçen trenin devrilmesi ve o trende bulunan hasmının ölmesi için bilerek kaldırmayan demiryolu bekçisinin fiili örnek olarak gösterilebilir.²¹

Jescheck ise, garantörsel ihmali suçları gerçek olmayan ihmali suçlar olarak tanımlamaktadır.²²

Şu halde, tüm bu tanımlardan çıkan sonuca göre, ihmali suçlara şu örnekler verilebilir:²³

1. Yaşı, hastalığı veya yaralanması nedeniyle ya da başka her-

s. 35.

²⁰ Erem, Faruk, *Adam Öldürmek Cürümleri*, Ankara1982, Sevinç Matbaası, s. 10.

²¹ Dönmezer, Sulhi, *Kişilere ve Mallara Karşı Cürümler*, 17. Baskı, İstanbul Ekim 2004, Beta Kitapevi, s. 16;

²² Jescheck, Hans-Heinrich, *Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş*, Çev: İçel, Kayıhan/Bayraktar, Köksal/Yenisey, Feridun, İstanbul 1989, Beta Kitabevi, s. 40 vd.

²³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *a. g. e.*, s. 426.

hangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye yardım etmeme ya da bu durumu derhal ilgili makamlara bildirmeme (TCK m. 98/1).

2. Kaybedilmiş olması nedeniyle malikinın zilyedliğinden çıkmış olan ya da hata sonucu ele geçirdiği eşyayı iade etmeme veya yetkili mercileri durumdan haberdar etmeme (TCK m. 160).

3. Bir hukuki ilişkiye dayalı olarak elde ettiği eşyanın aslında suç işlemek yoluyla elde edildiğini öğrenmesine rağmen, suçu takibe yetkili olan makamlara derhal haber vermemek; (TCK m. 166).

4. Akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünü ihmal etmek (TCK m. 175).

5. İnşaat veya yıkım eylemleri sırasında gereken önlemleri almamak (TCK m. 176).

6. Gözetimi altında bulunan hayvanı kontrol altına almada ihmal göstermek (TCK m. 177).

7. Herkesin gelip geçtiği yerlerde yapılmakta olan işlerden veya bırakılan eşyadan doğan tehlikeyi önlemek için gerekli işaret veya engelleri koymamak (TCK 178).

8. İşlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte, neden olduğu sonuçların halen sınırlandırılması olanağı bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmemek (TCK m. 278).

9. Kaçak olan tutuklu veya hükümlüyü bildirmemek (TCK m. 284/1).

10. Bir suça ait delillerin saklandığı yeri bildirmemek (TCK m. 284/2).

11. Denetim görevini ihmal ederek, zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine imkan sağlamak (TCK m. 251/2).

12. Kamu görevlisinin görevinin gereğini yapmakta ihmal ve gecikme göstermesi (TCK m. 257/2).

13. Kamu görevlisinin, kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrendiği halde yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal etmesi veya bu konuda gecikme göstermesi (TCK m. 279).

İcrai suçlar sırf hareket suçları (şekli suç, neticesiz suç) olabileceği gibi, neticeli suçlar (maddi suç) olarak da belirebilir. İhmali suçlar ise, ancak olumsuz bir devinimle gerçekleşebilirler.²⁴ Bu nedenle de ihmali suçlar hareket suçlarıdır. İhmalin cezalandırılabilmesi için bir zararın ortaya çıkması gerekmez; ihmalin oluşmasıyla suç tamamlanmış olur. Bu ayrım, suçun teşebbüsünde önem taşır. Çünkü icrai suçlarda teşebbüs mümkünken ihmali suçlarda teşebbüs olmaz. Ayrıca, ihmali suçlar yalnızca failden beklenen davranışın fail tarafından gerçekleştirilmemesi ile işlenebilirken; icrai suçlar ise ihmal suretiyle de işlenebilmektedir.²⁵

Şu halde, denilebilir ki ihmal suretiyle icrai suçlardan failin sorumlu sayılmasının ilk koşulu, failin belli bir sonucun gerçekleşmesini engelleme yönündeki yükümlülüğüdür. (TCK m. 83). İkinci koşul ise, failin böyle bir yükümlülüğü olduğu halde bu sonucun gerçekleşmemesini sağlamaya yönelik bir devinimde (hareket) bulunmamış olmasıdır.²⁶ Böyle bir durumda, ihmali hareketle bir suç işlenmiş sayılacaktır. Buna göre, bir kimse sonucun gerçekleşmesini önleme yükümlülüğü altında bulunmasına rağmen, buna engel olma olanağı yoksa ya da o somut olayda başka türlü devinme olanağı bulunmuyorsa, kişinin ihmali davranışı suç oluşturmaz. Örneğin doğa olayları nedeniyle ölüm sonucunu önleyememe durumunda failin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Şu noktaya da dikkat çekmek gerekir ki kendisine yardım edilecek olan kimsenin bu yardımı istememesi garantörün yükümlülüğünü ortadan kaldıran bir nedendir. Ancak bu halde de kendisine yardım edilecek olan kimsenin, yardım istemediği sırada kendi kendine karar verebilecek durumda olması gerekir. Aksi halde garantörün yükümlülüğü ortadan kalkmış sayılmaz.²⁷

Failin, öngörülen sonucu engelleme yükümlülüğü sözleşmeden, yasadan ya da daha önce gerçekleştirilmiş bir hareketten (örneğin A.'yı yanlışlıkla bir odaya kilitleyen B., durumu anladıktan sonra odayı açmazsa ve bunun sonucunda da -örneğin havasızlıktan- A. ölürse, B'nin sorumluluğu daha önce gerçekleştirilmiş bir hareketten doğan

²⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *a. g. e.*, s. 427.

²⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *a. g. e.*, s. 427.

²⁶ Dönmezer, *Kişilere*, s. 17.

²⁷ Hakeri, *a. g. e.*, s. 83.

sorumluluktur)²⁸ doğabilir.²⁹

Öngörülen sonucu engellemekle yükümlü sayılan bir kişinin, sonuca engel olmadığından bahsedebilmek için, o somut olayda başka türlü devinebilme olanağından yoksun bulunması gerekecektir.³⁰ Buna göre:

1. Hukuki yükümlülük altında bulunan, yükümlülüğüne uygun devinmiş olsaydı bile sonuca engel olamayacaktı diyebiliyorsak, devinimsizlik yükümlülüğe aykırılık anlamına gelmez. Örneğin sıcaklığın -30 derece olduğu bir kış gecesi tek battaniyeyi çocuğunun üzerine örtmeyip kendisi kullanan bir annenin bu ihmali nedeniyle donarak ölen çocuğunun ölümünde, annenin bu devinimi ile çocuğun donma eylemi arasında nedenselliğin varlığı kabul edilemez. Çünkü bu durumda anne, çocuğa battaniyeyi örtmüş olsaydı bile sonuç değişmeyecekti.

2. Yükümlü olan kişiden, olayın somut gelişmesi karşısında icrai bir harekette bulunarak sonucu önlemesinin beklenemeyeceği durumlarda da hareketsizlik, ölüm meydana gelmişse, ölüme nedensellik bağı taşımaz. Örneğin bir treni soymak isteyen eşkiyalar, terni belirli bir yerde durdurmak için makası yanlış açmış olsalar, makasının bunu görmüş olmasına rağmen, eşkiyaların ölüm tehdidi altında olması nedeniyle makası değiştirememiş olmasının sonucunda trenin kaza yapmasıyla ölüm meydana gelmişse, makasının bu ölümden sorumlu olduğu söylenemeyecektir.³¹

3. Yükümlülüğe rağmen fiziki olanaksızlık varsa, ihmal nedensellik bağı taşımayacaktır. Örneğin bir hafta sonu çocuklarıyla birlikte gezmeye dağlık alana giden bir babanın, çocuklarından birinin uçurumdan düşerek ince bir ağaç dalında asılı kalması durumunda, dal babanın ağırlığını çekemeyecek incelikte ise ve baba çocuğuna bu nedenle yardım etmediğinden çocuk da ölmüşse, babanın ölüm sonucundan sorumluluğunu kabul etmek olanaksızdır.³²

²⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *a. g. e.*, s. 428.

²⁹ Geniş bilgi için bkz Hakeri, *a. g. e.*, s. 76 vd.

³⁰ Önder, , Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. II, 1. Baskı, İstanbul Eylül 1989, Beta Yayıncılık, s. 128; aynı yönde Dönmezer/Erman, *a. g. e.*, C. I, s. 468, Soyaslan, *Özel Hükümler*, s. 114.

³¹ Önder, , *a. g. e.*, s. 128.

³² Önder, *a. g. e.*, s. 128.

4. Hukuki yükümlülüğün yerine getirilmesi özel ve teknik bilgi gerektiriyorsa, yardım etmeme sonucunda doğan ölümden fail sorumlu olmayacaktır. Örneğin dağ başında kazaya uğrayan bir çocuğun karnına saplanan sivri bir ağaç parçasının yakında bulunan mandıra sahiplerinden yardım istemeyen babanın bu eylemi sonucunda ölüm meydana gelmişse, baba ihmalden sorumlu tutulamayacaktır. Çünkü çocuğun karnındaki dalı çıkarmak için tıp bilgisi gerekmektedir.³³

Yasal düzenlemeden kaynaklanan yükümlülükler Medeni Kanun'dan kaynaklanan yükümlülükler (anne-babanın çocuk üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğü: MK m. 335 vd.) ya da PVSK'dan kaynaklanan ve emniyet görevlilerine insanların can ve mal güvenliklerini koruma görevi veren yükümlülükler)örnek gösterilebilir.³⁴

Sözleşmeden doğan yükümlülükler örnek olarak da doktorların bir hastanın bakımını üstlenmesi (bu bazen yasal yükümlülük de olabilir); çocuk bakıcısının çocuğa bakmayı üstlenmesi; plajdaki cankurtaranın, kayak hocasının ya da hemşirenin durumu gösterilebilir.³⁵ Burada önemle vurgulanması gereken nokta, ortada mutlaka yazılı bir sözleşme olmasının gerekmemesidir. Kişinin, bakım ve gözetim yükümlülüğünü kendi istenciyle (iradesiyle) üstlenmesi yeterlidir.

Öngelen tehlikeli eylemden doğan yükümlülüğe örnek olarak ise, taksirle trafik kazasına neden olan kimsenin, yaralanan kişilere yardım etme yükümlülüğü bulunmasına rağmen, durmayarak (yardım etmeyerek), yaralıların ölmesine neden olması durumunda kazaya neden olan kimsenin de ölümden sorumlu tutulmasıdır.³⁶

Hakeri'ye göre, "*ihmali suçlar, kanunda yer alan hareket yükümlülüğüne rağmen, kanunun öngördüğü hareketi yapmamak suretiyle işlenen suçlar ya da hukuki olarak bir sonucu önlemekle yükümlü kılınan kimsenin, sonucu önlemesi olanaklı olduğu ve sonucu önlemesi ondan beklenebilir olduğu halde, sonucu önlememesi yoluyla işlenen suçlar*" olarak tanımlanabilir.³⁷

Yukarıda belirtilen ölçütlerden yola çıkılarak şu söylenebilir: "*Fail icrai hareketi yapmış olsaydı netice meydana gelmeyecekti diyebiliyorsa, ih-*

³³ Önder, a. g. e., s. 128.

³⁴ Konu, aşağıda Bölüm II başlık I'de ayrıntılı olarak incelenecektir.

³⁵ Konu, aşağıda Bölüm II başlık II'de ayrıntılı olarak incelenecektir.

³⁶ Konu, aşağıda Bölüm II başlık III'te ayrıntılı olarak incelenecektir.

³⁷ Hakeri, a. g. e., s. 75.

mal neticenin sebebidir."³⁸ Ancak fail hareket etse idi netice meydana gelmeyecekti diyebildiğimiz birçok durumda, bulunacak ölçü çoğu kez değişken olacaktır. O halde, adil bire sorumluluk için daha nesnel bir ölçüt belirlenmelidir. Bugün öğretisi de uygulama da şu ölçütü kullanmaktadır: "*fail hareket etmiş olsa idi tipik neticenin meydana gelebilme ihtimali gerçeğe yakın bir derecede engellenebilecektiyse, ihmali illi değer taşımıştır.*"³⁹

Öyleyse, ihmali hareketin cezalandırılması ile ilgili olarak, özetle şu söylenebilir: "*Genel sosyal dayanışma içerisinde nitelendirilebilecek ihmali cezalandırılmaz. Örneğin, tehlikesiz bir soğuk algınlığına müdahale etmemek gibi. Ancak acil yardım gerekliliğine dayanan dayanışma içerisinde nitelendirilebilecek ihmali ise az bir ceza ile cezalandırılacaktır. (Saf ihmali suçlar:TCK 98). Buna karşın, özel bir dayanışma ilişkisi içerisinde nitelendirilebilecek yükümlülüğe aykırı ihmali ise, icrai harekete denk sayılarak aynı ceza ile cezalandırılır.*"⁴⁰

II. BÖLÜM: GARANTÖRLÜK TİPLERİ

I. YASAL DÜZENLEMEDEN KAYNAKLANAN YÜKÜMLÜLÜKLERİN YERİNE GETİRİLMEMESİ (GARANTÖRLÜK GÖREVİNİN İHMALİ) NEDENİYLE ÖLÜME NEDEN OLMAK

Yasal düzenlemelerden kaynaklanan garantörlük aile hukuku temelli ilişkiler; tehlike kaynakları üzerindeki egemenlikten doğan garantörlük; üçüncü kişilerin hareketlerinden ötürü sorumluluktan kaynaklanan garantörlük olarak üç temel başlık altında incelenebilir.⁴¹

A. Aile Hukuku Temelli İlişkilerde Garantörlük

Bu ilişkilerdeki garantörlük de üç temel başlıkta incelenebilir:

1. Doğal Bağlılık Nedeniyle Garantörlük:

a. Ebeveyn-Çocuk İlişkisinde Garantörlük

³⁸ Önder, *a. g. e.*, s. 129.

³⁹ Welzel, Maurach ve Nagler'den aktaran Önder, *a. g. e.*, s. 129.

⁴⁰ Hakeri, *a. g. e.*, s. 75.

⁴¹ Bu tasnif Hakeri, *a. g. e.* esas alınarak yapılmıştır.

- b. Kardeşler Arasında Garantörlük
2. Eşler Arasında Garantörlük
3. Yasadan Kaynaklanan Diğer Özel Garantörlük Halleri

1. Doğal Bağlılık Nedeniyle Garantörlük

Bir garantörlük ilişkisinin doğması için ilk koşul, taraflar arasında bir bağlılık ilişkisinin varlığıdır. Bu bağlılığın ceza hukuku anlamında etkili olması için, bağın hukuki olması gerekmektedir. Bu bağlılıkta esas olan genetik nedenlerde dayalı bağlılıktır. Örneğin, ebeveynlerle çocuklar arasındaki bağlılık böyledir.

Ancak, ne kadar sağlıklı, sağlam ve uzun soluklu olursa olsun, hukuki ve doğal bağlılığa dayanmayan ilişkiler garantörlük kaynağı oluşturamaz.

Bu açıklamadan çıkan sonuç, doğal bağlılığın bir ailenin üyeleri arasında var olduğudur. Öyleyse, ailenin bireylerinin birbirlerinin vücut bütünlüğüne yönelmiş olan tehditleri önleme ve bunlara müdahale etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Yabancı birisi için yardım yükümlülüğü ancak acil koşullarda geçerliyen (TCK m. 98), bir ailenin üyeleri tehlikede bulunan diğer aile üyesinin acı çekmesini ya da ölümünü seyretmeme yükümlülüğü içindedirler. Aksine bir hareket, buna müdahale etmeyen aile üyesinin sorumluluğunu gerektirir.⁴²

Nikahlı bir ilişkiden doğan çocukla, nikahsız bir ilişkiden doğan çocuğa karşı garantörlük yükümlülüğü arasında fark olmamak gerekir. Nitekim MK m. 498 hükmüne göre, “Evlilik dışında doğmuş ve soybağlı, tanıma veya hakim hükmüyle kurulmuş olanlar, baba yönünden evlilik içi hısımlar gibi mirasçı olurlar”. Yine MK m. 282 vd hükümlerindeki (Hısımlık) düzenlemeler; MK m. 323'teki “çocukla kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı”; MK m. 338 ve m. 339'daki velayete ilişkin hükümlerden de yasa koyucunun garantörlük yükümlülüğü ve evlilik dışı çocuğun haklarının korunması bakımından evlilik içinde doğan çocukla evlilik dışı doğan çocuğu ayırmadığı görülmektedir.

Bu tür garantörlükteki diğer önemli bir nokta ise, garantörün yakınlarının kendilerini gönüllü olarak tehlikeye atmaları durumunda

⁴² Hakeri, a. g. e., s. 85.

garantörün onlara müdahale ödevinin bulunmamasıdır. Ancak bunun için, kişinin ne yaptığını bilebilecek durumda olması gerekmektedir. Örneğin, kendi rızasıyla uyuşturucu alan ya da otomobil yarışlarına katılan bir çocuğun ölümü nedeniyle ailenin çocuğa müdahale yükümlülüğü yoktur.⁴³

Ancak kanımca, bu halde de ailenin çocuğunun tehlikeye girmesini önleme yükümlülüğünde olması gerekir. Çocuğun sezin ve ergin olması ailenin bu yükümlülüğünü kaldırmamalıdır. Çünkü Türk aile yapısı ve Türk ekini, çocuğun ergin olmakla ailesinden ayrı yaşama hakkına sahip olduğunu genellikle kabul etmemektedir.

a. Ebeveyn-Çocuk İlişkisinde Garantörlük

Ebeveyn-çocuk ilişkisinin garantörlük yükümlülüğü getireceğini kabul etmek gerekmektedir. Bunun yasal dayanağını ise MK 322 ve 324. maddeleri ile nafaka yükümlülüğünü düzenleyen 364. maddesi oluşturmaktadır.⁴⁴

Bu yasal düzenlemelere göre, gerek çocuğun ana-babası üzerinde (MK m. 322: Ana-baba ve çocuk birbirlerine yardım ederler; MK m. 364: Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üst-soyu, altsoyu ve kardeşlerine yardım etmekle yükümlüdür.) gerekse ana-babanın çocukları üzerinde garantörlük yükümlülüğünün bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir. Yine, anne-babadan her biri çocuklar üzerindeki garantörlükte eşit sorumluluk sahibidirler. (MK m. 339, 341, 342, 352 hükümleri bu konuda ana-baba eşitliğini ortaya koyan bazı düzenlemelerdir). Ancak Yargıtay, 15 yaşından küçük kızlarını gayri resmi şekilde evlendiren anne ve baba bakımından aneyi irza geçme suçunda fer'i fail olarak kabul etmemiştir.⁴⁵ Kanımca, yeni MK hükümleri gereğince (MK m. 186, 189, 336) artık bu Yargıtay içtihadı geçerli olmamak gerekir. Zira yeni MK'ya göre, eşler evlilik birliğini birlikte yönetirler ve hak ve borçlardan birlikte sorumludurlar. Özellikle de MK m. 336 gereğince, eşlerin velayet hakkını birlikte kullanmaları esastır.

⁴³ Hakeri, *a. g. e.*, s. 85.

⁴⁴ Hakeri, *a. g. e.*, s. 86.

⁴⁵ YCGK 9. 5. 1998 tarih, 1998/5-103 E ve 1998/207 K sayılı ilamı: Hakeri, s. 87).

Anne ve babanın aynı evde yaşayan çocuklarını tehlikelerden koruma yükümlülüğü vardır. Yükümlülüğün sınırının ne olacağı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre (Kühl, aktaran: Hakeri, *a. g. e.*, s. 87) bir çocuğun her tehlikeli eylemine müdahale yükümlülüğü yoktur. Örneğin, çocuğun bir duvara çıkıp oynamasına müdahale edilmez; meğerki duvarın diğer tarafında yüksekçe bir çukur olsun. Diğer bir görüş ise, ebeveynin yükümlülüğünü geniş kabul etmektedir. Örneğin ebeveynin çocuğu beslemek, çocuğa bakmak, gerektiğinde çocuğa tıbbi yardım temin etmek, vücut ve yaşamını tehdit eden kasti ya da takrirli kendini yaralamayı önlemek gibi yükümlülükleri vardır. (BGH: Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin görüşü: aktaran: Hakeri, *a. g. e.*, s. 88)

Burada kanımca BGH'nin görüşünün çok sert olduğu düşünölmeli ve öğretildeki ilk görüşe ağırlık verilmelidir. Aksi halde, ebeveynlerin çocuğun en küçük hareketinden dahi sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

Bakım yükümlülüğü açısından, en düşük eşdüzeyin kabul edilmesi yerinde olacaktır. Örneğin varsıl bir ailenin çocuklarını tedavi ettirmek için başka bir kıtadaki tek uzman hekimi arama zorunluluğu yoktur.⁴⁶

Baba açısından garantörlük yükümlülüğü en erken doğumun tamamlanması ile başlamak gerekir (MK m. 28). Bu nedenle, babanın kürtajı önleme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak aksi görüş (BGH) babanın yükümlülüğünün ceninin anne karnına düşmesi ile başlayacağını savunmaktadır. Babanın embriyoyu döllemesi ile babacenin arasında akrabalık benzeri bir ilişki doğmuş sayılmalıdır. (Jescheck, aktaran: Hakeri, *a. g. e.*, s. 88)⁴⁷

Hakeri'ye göre, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 6. maddesi gereğince gebeliğin sona erdirilmesi için eşin de rızasının aranması gerektiği gözetilecek olursa, babanın da kürtajı önleme yükümlülüğü bulunduğunu kabul etmek ve bu nedenle ikinci görüşü benimsemek gerekmektedir.⁴⁸

⁴⁶ Jakobs'tan aktaran Hakeri, *a. g. e.*, s. 88.

⁴⁷ Aynı yöndeki görüş için bkz Erman, Barış, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Ankara 2003, Seçkin Yayıncılık, s. 206.

⁴⁸ Hakeri, *a. g. e.*, s. 88.

2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5. maddesinde ise, gebeliğin sona erdirilmesinin ancak 10. haftaya kadar mümkün olacağı; bundan sonra gebeliğin sona erdirilmesi için, gebeliğin ananın sağlığına ciddi etki doğuracak olması koşulu aranmaktadır. Ancak bu halde de mutlaka rıza aranmaktadır. Kadın evli ise kocanın da rızasını almak gerekir.⁴⁹

Hatemi de hak ehliyeti ve kişiliğin sağ ve tam olarak doğmakla başlayacağını belirtmekte fakat çocuğun sağ doğmak şartıyla, ana rahmine düştüğü andan itibaren medeni haklardan yararlanacağını belirtmektedir.⁵⁰ Yine Hatemi, insan hakları kapsamına giren "*yaşama hakkının*", geciktirici şarta bağlı olmayarak, cenine de tanınması gerektiğini belirtmektedir.⁵¹

Ben de bu görüşün doğru olduğunu düşünmekteyim. Nitekim MK m. 28/c. 2'ye göre, "*Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde etmektedir.*" hükmü de bu görüşümü desteklemektedir.

Üvey anne ve üvey babanın da çocuklarına karşı garantörlüğü kabul edilmelidir. Nitekim MK m. 338 hükmü gereğince, "*eşler, ergin olmayan üvey çocuklarına da özen ve ilgi göstermekle yükümlüdürler*" hükmü de bu çıkarımı doğrulamaktadır. Aynı doğrultuda, evlat edinme ve vesayet ilişkisindeki durum da garantörlük bakımından önem taşımaktadır. Nitekim MK m. 314'e göre "*ana-babaya ait olan haklar ve yükümlülükler, evlat edinene geçer*". Şu halde, evlat edinene de aynen anne-baba gibi garantörlük yükümlülüğü altındadır.⁵²

Kanımca garantörlük yükümlülüğü çocuk ergin olduktan sonra da devam etmelidir. Türk aile yapısı ve Türk ekini bunu zorunlu kılmaktadır. MK m. 328. maddesi ise, ebeveynlerin çocuğa karşı olan mali yükümlülükleri bakımından erginlik sınırını koymaktadır. Ancak aksi görüş, garantörlük yükümlülüğünün çocuğun ergin olmasıyla sonuçlanacağını savunmaktadır.⁵³

⁴⁹ Ayan, Mehmet, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara, 1991, s. 29. Aynı yönde bkz Çakmut (Yenerer), Özlem, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul 2003-Legal Yayınları, 1. Baskı, s. 134-135.

⁵⁰ Hatemi, Hüseyin, *Kişiler Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 30.

⁵¹ Hatemi a. g. e., s. 28; bölüm 3.

⁵² Hakeri, a. g. e., s. 96.

⁵³ Jakobs, aktaran: Hakeri, a. g. e., s. 89.

Çocuklar ebeveynlere karşı garantör müdür? Çocukların da ebeveynlere karşı garantör olması gerektiğini yukarıda 1. başlık altında kısaca belirtmişim. Daha ayrıntılı değerlendirmek gerekirse, MK m. 322 hükmü, aile bireylerinin “birbirlerine” yardım etmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Yine MK m. 364 gereğince “Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür” ifadesinden de çocukların da ebeveynlerine karşı yasal yardım yükümlülüğü (dolayısıyla garantörlük) içerisinde olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. MK m. 364 gereğince kast edilen mali yardım olmakla birlikte, bu hükümden vücut ve yaşama yönelik garantörlük bulunduğu anlamı da çıkarılabilir.⁵⁴

b. Kardeşler Arasında Garantörlük

Avusturya Hukuku’nda yasal bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, kardeşler arasında garantörlüğün bulunmadığı savunulmaktadır.⁵⁵

BGH (Alman Federal Yüksek Mahkemesi), bir kararında damadın kayınvalidesine karşı garantörlüğünü kabul etmiştir. Bundan yola çıkılarak kardeşler arasında evleviyetle garantörlük ilişkisi bulunduğu kabul edilebilir.⁵⁶

Hakeri’ye göre, kardeşler arasında yakın ve sıkı bir ilişkinin varlığı durumunda, kardeşlerin garantörlüğü kabul edilmelidir. Nitekim MK 364 ve 392. maddeleri de bunu-mali yönleriyle düzenlemiş olsa da- kabul etmiştir.⁵⁷

Kanımca, eşler arasında fiili bir ilişki olmasa bile, eşler aynı çatı altında birlikte yaşamakla –araları bozuk dahi olsa– garantörlük ilişkisinin devam edeceği yönündeki görüşün⁵⁸ kardeşler bakımından da kabul edilmesi ve kardeşlerin aynı çatı altında yaşamaları durumunda, araları bozuk da olsa, birbirlerine karşı garantörlüğünün sürmesi gerektiği kabul edilmelidir. Hatta kardeşler aynı çatı altında yaşamıyor

⁵⁴ Hakeri, *a. g. e.*, s. 91.

⁵⁵ Fuchs, aktaran Hakeri, *a. g. e.*, s. 91.

⁵⁶ Aktaran Hakeri, *a. g. e.*, s. 91.

⁵⁷ Hakeri, *a. g. e.*, s. 91.

⁵⁸ Bkz aşağıda başlık 2 .

olsalar dahi, aralarında sıkı bağlantı bulunuyorsa ve sık sık haberleşiyorlarsa, birinin başına gelen bir tehlikeyi diğerinin engelleme olanağı varsa engellemesi; aksi halde ölüm neticesi meydana gelmişse bundan sorumlu tutulması gerekecektir.

2. Eşler Arasında Garantörlük

Evlilik birliği kurulunca eşlerin birbirlerine karşı bakım ve gözetim yükümlülüğü doğar. Bu yükümlülük MK 185/3 ile şöyle belirlenmiştir: *“Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar. “Yine aynı Kanun’un 195. maddesinde de evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda eşlerin hakim mütahalesini isteyebilecekleri hükme bağlanmıştır. Bu durumda, hakim yasada öngörülen önlemleri alacaktır. Aynı yöndeki bir düzenleme Eski MK m. 161’de de şu şekilde bulunmaktaydı: “Karı kocadan biri, aile vazifelerini ihmal eder yahut diğerini tehlikeye, hacalet veya zarara maruz bırakırsa mütessir olan taraf hakimin mütahalesini talep edebilir. Hakim, kabahatli olan tarafa vazifelerini ihtar eder ve bu ihtar semeresiz kalırsa birliğin menafii sıyaneten kanunda muayyen tedbirler ittihaz eder.”* Özellikle Eski MK hükmü, eşler arasındaki garantörlüğü açıkça ortaya koymaktadır.

MK m. 185/3 hükmü gereğince, eşlerin birbirlerinin vücut bütünlüğünü korumaları da gerekir. Çünkü, madde metni eşlerin birbirlerine yardımla yükümlü olduğunu belirtmektedir. Şu halde, eşler arasında vücut tamlığını korumak ve gözetmek bakımından da bir garantörlük söz konusudur.

Acaba bu garantörlüğün sınırı nasıl çizilmelidir? Başka bir deyişle, acaba eşlerden biri kendi iradesiyle suç işlemek istediğinde, diğer eşin eşinin suç işlemesini önleme yükümlülüğü var mıdır?

Eşlerin, birbirlerinin yaşamını denetleme yükümlülüğü kural olarak yoktur.⁵⁹ Bu nedenle, eşlerden biri örneğin bir cinayet işlediğinde ya da rızasıyla intihara kalkıştığında diğerinin onu engelleme yükümlülüğü bulunmaz. Bu yönde şunu vurgulamak gerekir ki genel olarak bir kimse kendi sorumluluğunun bilincindeyse ve kendi istenciyle devinmekteyse; yaptıklarını da kendisi denetliyorsa intihara iştirak ceza-

⁵⁹ Hakeri, a. g. e., s. 93.

landırılmamaktadır. Durum böyle olunca, garantörsel ihmali suçlarda da bir kimsenin, eşinin intiharıyla ilgili olarak garantörlüğünü kabul etmek de olanaklı olamaz.⁶⁰ Yine diğer eşi ikna ederek intiharını önleme yükümlülüğü de bulunmamaktadır.

Şu halde, denilebilir ki eşler arasındaki garantörlüğün kapsamı ancak eşlerin vücut bütünlüğüne ya da yaşamına yönelik tehlikelerle sınırlıdır. Ancak, bu yükümlülük sadece planlı olarak engellenebilecek tehlikeler bakımından değil; eşlerden birinin diğerine tesadüfen yardıma muhtaç bir durumda rastlaması halinde de geçerlidir.⁶¹

Eşlerin birbirinden ayrı yaşamaları halinde garantörlüğün devam edip etmeyeceği ise öğretide tartışılmaktadır. Bazı yazarlara göre, ailenin fiilen aynı ev birliği içinde yaşaması gerekli değildir. Bu nedenle ayrı yaşamalarına rağmen eşlerin garantörlüğü devam eder. Diğer bazı yazarlar ise, eşlerin hukuki anlamda ayrı yaşamaları ya da boşanma davası açmaları halinde garantörlüğün devamını şüpheli bulmakta ve böyle bir durumda garantörlüğü reddetmektedirler. Üçüncü grup yazarlar ise somut olayın özelliğine bakılması gerektiğini belirterek, eşlerin ne zamandır ayrı yaşadıklarına, ayrı yaşamaya başladıktan sonra dostluklarının veya görüşmelerinin sürüp sürmediğine bakmak gerektiğini savunmaktadırlar.⁶² Kanımca boşanma davasının açılmış olması garantörlüğün sona erdiği anlamında yorumlanmalıdır.

Acaba eşlerin arası bozursa, eşlerin birbirine karşı garantörlüğü devam etmeli midir? Bazı yazarlar (Wessels/Beulke, aktaran: Hakeri, *a. g. e.*, s. 85) bu durumda eşlerin birbirine garantörlük yükümlülüğü olduğunu, eşlerin yıllardır birbirine küs dahi olsalar garantörlük yükümlülüklerinin devam edeceğini; bu yükümlülüğün sürmesi için eşler arasında fiili ilişkinin varlığının aranmayacağını savunurken, diğer bazı yazarlar ise (Rudolphi/Joecks, aktaran: Hakeri, *a. g. e.*, s. 85) eşler arasında fiili ilişki yoksa eşlerin birbirine karşı garantörlük yükümlülüğü olmadığını savunmaktadırlar. Ancak bu yazarlara göre, bu halde dahi, eşlerin arası bozursa garantörlük devam etmelidir. Fakat eşler ayrı yaşıyorlarsa garantörlüğün devam edip etmeyeceği tartışmalıdır.

Kanımca, eşler arasında fiili bir ilişki olmasa bile, eşler aynı çatı al-

⁶⁰ Hakeri, *a. g. e.*, s. 93.

⁶¹ Jakobs'tan aktaran: Hakeri, *a. g. e.*, s. 94.

⁶² Wessels/Beulke, aktaran: Hakeri, *a. g. e.*, s. 94.

tında birlikte yaşamakla-araları bozuk dahi olsa-henüz resmen boşanmadıklarından ve ayrı da yaşamadıklarından garantörlük ilişkisinin varlığını kabul etmek gerekir.

3. Yasadan Kaynaklanan Diğer Özel Garantörlük Halleri

Nişanlıların arasında garantörlük yükümlülüğü var mıdır? Avusturya uygulamasında ve kuramında bu tip bir yükümlülük kabul edilmemektedir. Almanya'da ise, Alman Federal Yüksek Mahkemesi nişanlılıkta garantörlüğün varlığını onaylayan kararlar vermiştir.⁶³

Hakeri ise, nişanlılığın garantörlüğe kaynak olamayacağını savunmakta ve buna gerekçe olarak da MK m. 119'u göstermektedir. MK m. 119 hükmüne göre, nişanlılık evlenme yönünde bir hak vermediği gibi, nişanın her an bozulabilmesi de mümkündür.⁶⁴

Kanımca nişanlılığın garantörlüğe kaynak olması gerekmektedir. Zira nişanlılık her ne kadar evlilik için zorlayıcı bir hak vermiyor da olsa, nişanlılık MK ile düzenlenmiş olan yasal ve özel bir statüdür ve nişanın bozulması yine MK ile hukuki sonuca bağlanmıştır. Şu halde, yasa koyucu nişanlılığı "evlilik hazırlığı" gibi görmüş fakat ona evlilik kadar ağır bir yükümlülük ya da ağır sonuçlar yüklememiştir.⁶⁵ Nişanlılığın yasada tanımlanmış olan "özel bir statü" olması nedeniyle, nişanlı çiftler arasında garantörlük yükümlülüğünün varlığı kabul edilmelidir. Aksine bir yaklaşım MK'nın amacıyla da bağdaşmamaktadır.⁶⁶

Evlilik benzeri ilişkiler kendiliğinden garantörlük yükümlülüğü doğurmaz. Örneğin evli gibi birlikte yaşayan kişiler arasında ya da eşcinsel kişiler arasında yasadan kaynaklanan bir garantörlük yükümlülüğü bulunmamaktadır. Evlilik dışı topluluklara garantörlük yükümlülüğü verilmesi durumunda, evlilik tekeli yıkılabilir. Kanımca, bu ilişkiler nişanlılıktan farklı düşünülmelidir ve bu nedenle, yasada düzenlenmediği için bu tip ilişkiler bakımından, nişanlılığın aksine, yasal bir garantörlüğün var olmadığını kabul etmek gerekir. Ancak

⁶³ Aktaran: Hakeri, *a. g. e.*, s. 95.

⁶⁴ Hakeri, *a. g. e.*, s. 95.

⁶⁵ Hatemi, H., *Aile Hukuku, Sınav Hazırlık Kitabı*, İstanbul 1999, Filiz Kitabevi, s. 9.

⁶⁶ Nişanlılık bahsi için bkz Feyzioğlu, Necmettin Feyzi/Özakman, Cumhur/Sarial, Enis, *Aile Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul 1986, Filiz Kitabevi, s. 22-82 arası.

eşcinselliğin yasalarla korunduğu Hollanda gibi toplumlarda bu tip garantörlüğün varlığını kabul etmek zarureti doğacaktır.

2828 sayılı SHÇEKK 9/b. maddesine göre, kurumun korunmaya ve bakıma muhtaç çocuklara bakma, onları koruma, onların yetiştirilmesi ve geliştirilmesine katkıda bulunma görevi bulunmaktadır. Yine aynı Kanun'un 9/k maddesi gereğince, kurumun parçalanmış aileleri koruma, yardıma ve bakıma muhtaç aile bireylerine her türlü maddi, manevi ve sosyal destek sağlama ve bu amaçla planlama çalışmalarısıyla eğitim etkinliklerine girişme görevi bulunmaktadır. Şu halde, bu kurumda görevli olan kişilerin yardım etmek ve bakmakla yükümlü oldukları kişilere karşı garantörlük görevleri olduğu kabul edilmelidir.

Sihri hısımlıkta (gelin-damat; kayın-kayınvalide-kayınbaba arası) garantörlüğün varlığı ise tartışmalıdır. Bu tip ilişkilerde garantörlüğün varlığını BGH 1959 yılında verdiği bir kararında kabul etmiştir. Ancak bunun aksine, bu tip bir garantörlüğü fiili bir koruma ilişkisine bağlı kılan yazarlar da bulunmaktadır. Ancak öğretilerdeki baskın görüş ise aksi yöndedir. Avusturya'da da sihri hısımlıkta garantörlük kabul edilmemektedir.⁶⁷

Teyze-dayı-amca-hala arasında garantörlük ilişkisi Alman öğretisinde ancak çok sıkı koşullar altında kabul edilmektedir.⁶⁸ Kanımca bu ilişkiler bakımdan da kardeşler arasındaki garantörlük ilişkilerine ait hükümler uygulanmalıdır. Yeğenle amca-hala-dayı-teyze arasında sıkı ilişkiler ve aynı çatıyı paylaşma söz konusu ise garantörlük yükümlüğünün varlığını kabul etmek gerekecektir.

Hakeri'ye göre de teyze-hala-amca-dayının birbirlerine (ve bunların yeğenlerine ve yeğenlerinin bunlara karşı) ve yeğenler arasında garantörlük ilişkisinin varlığı için sıkı koşulların varlığı aranmalıdır. Aksi takdirde, geleneksel yükümlülüklerin hukuki yükümlülükler haline getirilmesi söz konusu olabilecektir ki bu durumda garantörlük nedeniyle ihmalin kapsamı fazla genişletilmiş olacaktır.⁶⁹

⁶⁷ Hakeri, *a. g. e.*, s. 96.

⁶⁸ Hakeri, *a. g. e.*, s. 96.

⁶⁹ Hakeri, *a. g. e.*, s. 96.

B. Tehlike Kaynakları Üzerindeki Egemenlikten Doğan Garantörlük

Tehlike kaynakları üzerindeki egemenlikten doğan garantörlükte, “tehdike kaynağı” olarak gösterilebilecek aşağıdaki bazı sorumluluk halleri incelenecektir:

1. İş Kanunu’ndan kaynaklanan garantörlük
2. Taşınmazlar üzerindeki egemenlikten kaynaklanan garantörlük
3. İnşaat alanlarının güvenliğinden kaynaklanan garantörlük
4. Spor alanlarında koruma tedbirlerinden kaynaklanan garantörlük
5. Araç sürücüsünün ve hayvan sahiplerinin sorumluluğu

Konuyla ilgili bir Askeri Yargıtay kararını vererek konuyu incelemeye başlamak yerinde olacaktır kanısındayım:

“Banyodaki çamaşır makinesinin koğuştta bulunan prize 7 metrelik ve uçları kesik telefon kablosu ile bağlanmak suretiyle kullanıldığı, bu durumun 3-4 aydır sürdüğü, makineyi kullananlar için yaşamsal tehlike oluşturan böyle bir uygulamadan karakol komutanı olan sanığın da haberdar olduğu halde, emniyetli bir kullanma alanı yaratmadığı, bunun sonucunda bir erin cereyanına kapılarak öldüğü gerçeği karşısında, TSK İç Hizmet Kanunu’nun 17 ve 40. ; İç Hizmet Yönetmeliği’nin 13. maddesindeki, maiyetinin sağlığını gözetme ve koruma görevini ihmal ettiği anlaşıldığından, eylemin suç teşkil etmediğine ilişkin sanık vekilinin temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanmasında karar verildi.”⁷⁰

Bu olayda karakol komutanının garantörlüğü tartışmasızdır. Dolayısıyla, ihmali nedeniyle doğan ölüm sonucundan karakol komutanı sorumludur. İhmal suretiyle taksirle, en azından olası kastı varsa, kasten öldürmeden ötürü sorumlu olması gerekir. (TCK m. 83)⁷¹

Tehlike kaynakları üzerindeki sorumluluğa verilebilecek diğer bir örnek ise, çocuğunun odasına astığı trafik işaretini caddeden sökerek getirdiğini öğrenen babanın, bu işaretin olması gerektiği yerde

⁷⁰ As. Yar. 3. D. 13. 03. 1990 tarih ve 1990/90 E-142 K (Hakeri, , a. g. e., s. 97).

⁷¹ Aynı yönde Soyaslan, *Özel Hükümler*, s. 114.

bulunmaması nedeniyle doğabilecek kazalardan (ve belki ölüm sonucundan) sorumlu tutulması gerektirir. Başka bir deyişle, babanın burada doğabilecek kazalardan sorumluluğu bulunmaktadır.⁷² Benzeri bir sorumluluk MK m. 369'daki ev başkanının sorumluluğunda da düşünülebilir.

1. İş Kanunu'ndan Kaynaklanan Garantörlük

4857 sayılı İş Kanunu'nun 77 maddesinde ve İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin 5. maddesinde birbirine koşul olarak işverenlerin işyerinde, işçilerin sağlığının ve güvenliğinin sağlanması için gereken her türlü önlemi almakla yükümlü olduklarına dikkati çekerek, işverenin garantörlüğünü ortaya koymaktadırlar. Buna göre, bu önlemlerin alınmaması nedeniyle doğabilecek ölümden işveren sorumlu tutulabilecektir.⁷³

2. Taşınmazlar Üzerindeki Egemenlikten Kaynaklanan Garantörlük

Ev sahibinin, evin önündeki buzlanma tehlikesine karşı önlem alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Evinin önünden geçen kimselerin kafasına bir şey düşmemesinden de ev sahibinin sorumluluğu vardır. Aynı şekilde, bina merdivenlerini aydınlatan ışığı yakmakla görevli olan birinin bu görevini yerine getirmemesi nedeniyle, mektup getiren postacının ayağının merdivene takılması sonucunda düşerek ölmesi halinde de, bu kişinin kastı varsa postacının ölümünden o kişinin kasten sorumlu tutulması gerekecektir. Dönmezer/Erman ise, postacı örneğinde, ışığı yanmıyor olması nedeniyle postacının ölümünden yalnızca ışığı yakmakla görevli olan kapıcı ya da bekçiyi değil, postacı olan hasmının karanlıkta düşüp ölmesini sağlamak amacıyla, karanlık veya bozuk olan bir binanın elektriğini yakmayan kimsenin de ölüm neticesinden sorumlu tutulması gerektiği görüşündedir.⁷⁴

Yargıtay da apartman ortak kullanım alanlarının, sağlıklı düzenli ve güvenli yaşamaya uyum şekilde düzenlenmesi, onarımı ve bakımı

⁷² Freund'dan aktaran: Hakeri, *a. g. e.*, s. 97.

⁷³ Hakeri, *a. g. e.*, s. 98.

⁷⁴ Dönmezer/Erman, *a. g. e.*, C. 1, s. 469.

konusunda kat maliklerinin oluşturduğu yönetimin sorumlu olduğuna karar vermiştir.⁷⁵

3. İnşaat Alanlarının Güvenlik Altına Alınmamasından Doğan Garantörlük

Konu, TCK m. 176'da şöyle düzenlenmiştir: "*İnşaat veya yıkım faaliyeti sırasında, insan hayatı veya beden bütünlüğü açısından gerekli olan tedbirleri almayan kişi... cezalandırılır.*" Buna göre, inşaat alanları kapatılmalı ve bu alanlara kişilere yönelik uyarı levhaları (gerektiğinde ışıklı uyarı) konmalıdır. Nitekim Yargıtay da bu önleme uymama nedeniyle doğan sorumlulukta, önleme uymayan müteahhidi cezalandırmıştır.⁷⁶

4. Spor Alanlarındaki Koruma Tedbirlerinden Kaynaklanan Garantörlük

Spor alanlarında tehlike oluşturan ya da tehlikeli bir durumu sürdüren kimsenin, ölüm ya da yaralanma sonucunun doğmaması için önlem alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Örneğin kayak alanları, olağan dışı (normalde tanımlanamayacak) tehlikelere karşı önlem altına alınmalıdır. Aynı yükümlülük, buz hokeyi, çim hokeyi pistleri ve diğer tüm spor dalları için de geçerlidir.⁷⁷

5. Araç Sürücüsünün ve Hayvan Sahiplerinin Sorumluluğu

Burada öncelikle araç sahibinin, aracını elverişli kullanıma uygun bulundurma yükümlülüğü olması nedeniyle sorumluluğu kabul edilmelidir. Bu yükümlülüğe uymaması nedeniyle ve örneğin araç sahibi tarafından da bilinen bir fren sorunu kazaya yol açmışsa, bundan da ölüm ortaya çıkmışsa, araç sahibi ölüm sonucundan sorumludur.⁷⁸

Yargıtay da 1968 tarihli bir kararında bir gözü görmeyen sarhoş olduğu anlaşılan ehliyetsiz şahsa direksiyonu teslim eden kişinin so-

⁷⁵ 2. CD, 18. 12. 1992 tarih ve 1992/10198 E-11171 K sayılı ilamı (Hakeri, *a. g. e.*, s. 99).

⁷⁶ 9. CD, 3. 12. 1981 tarih ve 1981/4062 E-4262 K sayılı ilamı (Hakeri, *a. g. e.*, s. 102).

⁷⁷ Hakeri, *a. g. e.*, s. 103.

⁷⁸ Soyaslan, *Özel Hükümler*, s. 113.

rumlu olduğuna karar vermiştir.⁷⁹

Ancak Yargıtay sonraki kararlarında bu yöndeki içtihadından kanımca yanlış olarak-dönmüş ve pek çok kararında ehliyetsiz araç kullanmanın KYTK gereğince ayrı yaptırımı olduğunu ve ehliyetsiz olan kişinin araç kullanmasına izin veren ya da direksiyonu bu kişiye teslim eden kişinin, doğan ölüm sonucundan sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir.⁸⁰

Hayvan sahibinin de özen yükümlülüğünün gerekleri içerisinde, hayvanlarının başkalarına zarar vermemesinden sorumlu olduğu (hayvanın garantörü olduğu) kabul edilmelidir ki bu kabul zaten BK m. 56 ve TCK m. 177 gereğince yasal bir zorunluluktur. Nitekim Yargıtay da bu yönde pek çok karar vermiştir.⁸¹

C. Üçüncü Kişilerin Hareketlerinden Doğan Sorumluluktan Kaynaklanan Garantörlük

Burada, başka kimseler üzerinde bakım ve gözetim yükümlülüğü olan kişilerin, onların eylemleri nedeniyle sorumlu tutulmaları; başka bir söyleyişle, onların üzerindeki egemenlik yetkisinden kaynaklanan garantörlükleri söz konusudur.

Ebeveynlerin çocuklar üzerindeki gözetim yükümlülüğünden ötürü sorumluluğu bunun tipik örneğidir.⁸² Buna göre, örneğin bir babanın birlikte gezmeye çıktığı ve hemen yanı başında duran dört yaşındaki bir çocuğunun karayolu köprüsü üzerinden, aşağıda giden araçların üzerine taş atmasını engellememesi ve bunun sonucunda bir ölümün meydana gelmesi halinde babanın ihmal suretiyle adam öldürmeden sorumluluğunu kabul etmek gerekir.⁸³

Öğretmenin de okul alanı içerisinde, öğrencilerin suçlarını önlemek bakımından sorumluluğu olduğunu belirtmek gerekmektedir.

⁷⁹ 4. CD, 25. 12. 1968, 1968/7202 E-7536 K:Hakeri, *a. g. e.*, s. 103).

⁸⁰ 2. CD, 4. 10. 1990 tarih; 1990/9338 E-9860 K; 9. CD 10. 3. 1983 tarih; 1983/519 E-621 K; 9. CD, 17. 2. 1982 tarih; 1982/3636 E-772 K); CGK 28. 9. 1981; 1981/9-271 E-317 K); Hakeri, *a. g. e.*, s. 104.

⁸¹ 9. CD, 26. 10. 1983 tarih; 1983/2470 E-2550 K; 9. CD 1. 12. 1977 tarih; 1977/3248 E-3967 K) Hakeri, *a. g. e.*, s. 105.

⁸² Ayrıntı için bkz yukarıda II. bölüm I. A-1-a (s. 6 vd).

⁸³ Hakeri, *a. g. e.*, s. 105.

Kamu görevlilerinin garantörlüğü de bu başlık altında değerlendirilebilecektir. Kolluk görevlisinin⁸⁴ garantörlüğü de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Polis ve jandarmanın, suçları önlemek bakımından garantörlüğü yasadan kaynaklanan garantörlüktür.

Buna göre, kolluk görevlisi suçu önlemekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğün kaynağı da polis bakımından PVSK m. 1 ve 2; Jandarma bakımından ise JTGHK m. 7'dir. Yine, polisin suçu önleme görevi, branşına, yeri ve zamanına bakılmaksızın; mülki sınırlar içerisinde karşılaştığı her türlü suça müdahale etmektir. (PVSK ek-4). Ayrıca polis, başkasının ırz ve canına yönelik olarak gerçekleşen ve başka türlü önleme olanağı bulunmayan bir saldırıyı savmak için silah kullanmakla da yetkilidir. (PVSK m. 16/B). Buna göre, kolluk görevlisinin, işlenmekte olan bir suçu engellememesi halinde; bundan bir ölüm neticesi meydana gelmişse ihmali suretiyle adam öldürmeden sorumlu tutulması gerekecektir.⁸⁵

Fakat Yargıtay bu tip olaylarda, yanlış olarak, kolluğun garantörlüğünü kabul etmemektedir. Kararlarını görevin gereklerini yerine getirmemek (görevin ihmali) suçunu düzenleyen TCK m. 257/2 (Eski TCK m. 230)kapsamına almaktadır.⁸⁶

Hakeri'ye göre, olması gereken, yukarıdaki gibi özel bir garantörlük hali söz konusuysa ona ilişkin özel düzenlemenin uygulanarak, ihmal gösteren kamu görevlisinin ihmali suretiyle (ölüm varsa) ölüm neticesinden sorumlu tutulması; konuyu düzenleyen özel bir kural yoksa TCK m. 257/2'deki genel hükme göre karar verilmesidir.⁸⁷

⁸⁴ "Kolluk, toplumun menfaati için, toplumun çoğunluğunca hoş karşılanmayan ve suç olarak nitelenen davranışlarla mücadele etme görevi verilen ve bu amaçla normal bir vatandaştan farklı olarak birtakım yetkilerle donatılan kamu görevlilerinden oluşan bir teşkilattir. " Eryılmaz, M. Bedri, *Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama*, 2003 Seçkin Yayıncılık, s. 21. Ayrıca bkz. Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2005, Arıkan Yayınları, s. 389/bölüm 26. 10.

Ayrıca, CMK m. 164 ile 01. 06. 2005 tarih ve 25832 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren Adli Kolluk Yönetmeliği'nin 3. maddesinde de adli kolluk görevlileri olarak emniyet teşkilatı görevlileri (polis); jandarma görevlileri (jandarma), gümrük muhafaza memuru ve sahil güvenlik görevlileri belirlenmiştir.

⁸⁵ Aynı yönde bkz Soyaslan, *Özel Hükümler*, s. 112.

⁸⁶ 26. 1. 1960 tarih ve 1960/11792 E-633 K; CGK 30. 09. 1991 tarih; 1991/213 E-251 K; Hakeri, , a. g. e., s. 108.

⁸⁷ Hakeri, a. g. e., s. 108. Ben de aynı kanaati paylaşıyorum.

Yasadan doğan garantörlükte, değinilmesi gereken diğer önemli bir nokta da işletme sahibi veya yöneticisinin garantörlüğüdür. Örneğin bir otobüs şirketinin sahibi, şirketteki sürücülerin alkol alarak yola çıkmamaları konusunda garantördür. Bu yöndeki yasal temel ise istihdam eden kimsenin sorumluluğunu düzenleyen BK m. 55 hükmüdür. Buna göre, başkalarını çalıştıran kimsenin, maiyetinde istihdam ettiği kişilerin ve işçisinin hizmetini ifa ederken, üçüncü kişilere verdikleri zararlardan sorumluluğu kabul edilmelidir.⁸⁸

II. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN GARANTÖRLÜK NEDENİYLE SORUMLULUK

Garantörlüğün diğer bir türü ise sözleşmeden doğan garantörlüktür. Burada sözleşmenin mutlaka yazılı olması gerekmemektedir. Sözleşme, örtülü ve sözlü bir anlaşma ya da bir “sorumluluk üstlenme” şeklinde de ortaya çıkabilecektir. Üstlenilen sorumluluğun karşılığında ücret alınması şart değildir. Ücret alınmamış olsa da garantörlük doğabilir.

Bu tip garantörlüğün en çarpıcı örneği çocuk bakıcısının ya da hekimlerin garantörlüğüdür. Korumalar, itfaiye erleri, dağ rehberleri de bu tip garantörlere örnek gösterilebilir. Bu tip garantörlükte, garantörler bakımından dikkat çekici olan en önemli ortak özellik, bu kimselerin belli tehlikeleri önlemeye hazır olduklarını açıkça ya da üstü örtülü şekilde üstlenmeleridir.⁸⁹

Öğretideki baskın görüşe göre,⁹⁰ garantörlük sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğün fiilen üstlenilmesiyle oluşur. Buna gereksinim duyulmasının nedeniyse, basit bir yardım sözünün yeterli sayılmaması ve ancak fiilen bir koruma durumuna girilmesinin ceza sorumluluğu anlamında sonucun önlenmesini gerektirmesidir. O halde denilebilir ki çocuk bakıcısının sorumluluğunun doğması için sözleşmeyi imzalaması yetmez; görevine fiilen başlaması gerekir. Örneğin 1 Ekim günü göreve başlayacağına ilişkin sözleşmeyi imzalamış olmasına rağmen o gün göreve gelmeyen bir çocuk bakıcısının çocuklara karşı garantörlük yükümlülüğü başlamamıştır.

⁸⁸ Hakeri, *a. g. e.*, s. 110.

⁸⁹ Dönmezer/Erman, *a. g. e.*, C. I, s. 472.

⁹⁰ Schünemann; Kühl; SS-Stree; Brammsen, aktaran: Hakeri, *a. g. e.*, s. 111.

Ancak, bu örneğin bir hekimle ilgili olduğunu düşünürsek yanıtımız değişecektir. Şöyle ki, diyelim ki bir hekim hastasına belli bir tarih ve saatte geleceğini ve onu muayene edeceğini telefonla taahhüt etmiştir. Ancak, hekim taahhüt ettiği saatte eve gitmez ve hasta da –asında hekim zamanında müdahale etmediği için- ölür. Bu halde hekimi sorumlu tutmak gerekecektir.⁹¹ Çünkü buradaki ayırt edici ölçüt, hastanın hekimin üstlenmesine güvenerek gereken önlemleri almayışıdır. Ancak çocuk bakıcısının vaat ettiği tarihte gelmemesi üzerine anne-baba başka bir önlem alarak çocuğun bakımını sağlayabilecektir. Hekim örneğinde ise, hasta hekime güvendiği için başka bir hekime ya da hastaneye gitmeyecek ve gitmediği için de ölecektir. Buradaki ayırt edici diğer bir ölçütse, kendisine söz verilen kişinin verilen sözün tutulacağına inanıp inanmayacağı ve buna göre de diğer koruyucu önlemlere başvurup başvurmayacağıdır.⁹²

Üstlenmenin, kendisine söz verilen bir kişinin eksikliğinden ya da ihmalinden kaynaklanan bir durum nedeniyle yerine getirilmemesi halinde ise Hakeri, söz verene sorumluluk yüklenemeyeceği kanısındadır.⁹³ Örneğin, bir rehber eşliğinde dağa tırmanan bir turist, dağın zirvesinde ve zor bir inişten önce rehberine aslında parası olmadığını ve bunu da ta en baştan beri bildiğini söylemişse, rehberin bu nedenle sözleşmeyi iptal etmesi durumunda ihmalinden doğan sonuç nedeniyle sorumluluğuna gidilemeyecektir. Burada olsa olsa TCK m. 98'deki genel kural uygulanır (tehlike altındaki kimseye yardım etmeme)

Oysa kanımca, bu halde de rehberin sorumluluğunu kabul etmek gerekecektir. Rehber, tedbirli davranarak ücretinin en azından yarısını tırmanma öncesinde tırmanıcıdan almalıydı. Ücretinin yarısını almadan tırmanışa geçmemeliydi. Rehberin bunu yapmamış olması onun ihmalidir ve rehberin mesleki ihmali nedeniyle, dağın zirvesinde rehbersiz kalan dağcının ölmesi halinde rehberin ihmal suretiyle adam öldürmeden sorumlu olması gerekecektir. Zira dağcının yaşamının rehberin sözleşmeyi feshetmesi nedeniyle tehlikeye girdiği açıktır.

Bazı hallerde, üstlenen kişinin üstlenmeden ötürü sorumluluğu olmayabilir. Buna örnek olarak, komşusunun zorda kaldığında çocu-

⁹¹ Dönmezer/Erman, *a. g. e.*, C. I, s. 472, aynı yönde Çakmut, *a. g. e.*, s. 243.

⁹² Hakeri, *a. g. e.*, s. 112.

⁹³ Hakeri, *a. g. e.*, s. 112.

ğunu yalnız bırakıp evden ayrılabilceğini bilmesine rağmen, komşusuna yardımcı olmak amacıyla çocukların bakımını üstlenen kişinin durumu verilebilir. Bunun tam tersine, aslında hiçbir şekilde yardım yükümlülüğü olmamasına rağmen veya sadece TCK m. 98 gereğince genel yardım yükümlülüğü bulunan birisi de üstlenme suretiyle garantör olabilir.

Üstlenmeden sonra, üstlenme dolayısıyla vazgeçilen korumanın aslında zaten etkili olmayacağını anlaşılması halinde bile garantörlüğün devam etmesi gerektiği söylenmektedir.⁹⁴ Çünkü burada önemli olan, baştaki mevcut beklentidir.

Hakeri'ye göre, gönüllü üstlenmeden kaynaklanan garantörlüğün zamansal ve nesnel sınırları bulunmaktadır.⁹⁵ Bu nedenle, üstlenilen görevin yerine getirilmesi garantörlüğü sonlandıracaktır. Örneğin çocuğa saat 17'ye kadar bakmayı üstlenen bir bakıcının yükümlülüğü bu saatte sona erer ve bakıcının anne-babanın eve gelmesini bekleme görevi yoktur. Aynısı, mağara araştırmacısını belli bir saatte mağaradan çekmeyi üstlenen bir kimsenin, araştırmacının dalgınlığı, düşüncesizliği ya da geçirdiği bir kaza nedeniyle zamanında çıkışa gelmemesi halinde onu saatlerce mağara girişinde bekleme yükümlülüğü bulunmayışı bakımından da kabul edilmektedir.

Ancak kanımca bakıcı örneği bakımından yazarın görüşü benimsebilir olarak görünse dahi; mağara araştırmacısı örneğinde yazarın görüşüne katılmak olanaksızdır. Zira bakıcı örneğinde çocuk açısından nesnel olarak (ilk görünüşte ve normal koşullarda) çocuğun evin içinde yaşamsal tehlikeye maruz kalabileceğini söylemek güçtür. Oysa mağaracının zamanında çıkışa gelmemesi halinde ise, mağaranın girişindeki rehberin durumundan kuşkullanması ve mağaracının mağaradan neden çıkmadığını –olanakları dahilinde– soruşturması; hatta gerektiğinde olay yerine yardım ekibi çağırması da bir zorunluluktur. Zira, evdeki birinin –bir çocuk dahi olsa– olağan koşullarda zarar görme olasılığı azdır. Buna karşın, mağaradaki bir düşüp ayağını kırmış, oksijensiz kalmış, yolunu kaybetmiş olabilir.

Yine eve anne-babası geç gelen çocuğun bakıcısının –kanımca– tedbiren çocuğun anne-babasına telefon etmesi ve makul bir süre için

⁹⁴ Hakeri, *a. g. e.*, s. 112.

⁹⁵ Hakeri, *a. g. e.*, s. 113.

onların dönüşünü beklemesi uygun olacaktır. Örneğin anne-baba trafiğe yakalanmış olabilir. Bu durumda, saat 17. 01'de evi terk eden ve ocakta bir yemek bırakarak çıkan bir bakıcının; salt görevinin s. 17'de sona erdiğini söyleyerek sorumluluktan kurtulamaması; çıkabilecek olası bir yangın sonucunda çocuğun ölmesi halinde sorumlu olması gerekecektir.

Sorumluluğun başka bir garantör tarafından üstlenilmesi halinde de ilk garantörün sorumluluğu biter. Örneğin acil bir hastaya ilk müdahalesini yaparak onu en yakın hastaneye götüren bir hekimin, hastanın o hastanedeki başka bir hekim tarafından teslim alınması ile garantörlük yükümlülüğünün sona erdiği kabul edilmelidir. Bu halde, hastayı emanet alan ikinci hekimin yanlış müdahalesi sonucunda hasta ölürse, ilk hekimin sorumluluğuna gidilemeyecektir.⁹⁶

Kamu görevlilerinin gönüllü üstlenmesinden kaynaklanan sorumluluk ise Alman Hukuku'nda geniş şekilde kabul edilmektedir. Türk hukukunda TCK m. 257/2 ile görevin ihmali suçu genel olarak yaptırıma bağlanmıştır. Fakat kamu görevlileri eğer garantör oldukları halde bir garantörsel ihmal suçu işlemişlerse, bu özel hükümden; özel hüküm yoksa TCK m. 257/2'den cezalandırılacaklardır.⁹⁷

Örneğin aşağıda verilen ve Almanya'da yaşanan gerçek olayda polis memuru hakkında genel hüküm olan TCK m. 257/2 uygulanmaz. Çünkü burada garantörsel ihmali suç vardır ve bu da TCK m. 88'in uygulanmasını gerektirmektedir.

Olay şöyledir:⁹⁸ *“Bir kadın polise telefon eder ve yardım ister. Telefondaki polis kadının ne istediğini anlamaz ve doktora ihtiyacı olup olmadığını sorar. Kadının ‘evet’ yanıtı üzerine, polis ambulansı bağlar. Ambulans servisindeki görevli kadınla yaptığı görüşmede, kadının yabancı bir erkek tarafından yaralandığını ve erkeğin olay yerine tekrar geleceğini öğrenir. Durumu polise aktarır. Polis ise ısrar eder ve ‘olayın bizimle ilgisi yok; olay sizi ilgilendiriyor. Kadın, doktor istedi’ der. Ambulans servisi ise ‘Hayır kadın bana öyle bir şey demedi’ diye üsteler. Sonuçta her ikisi de telefonun ciddi olmaya bileceğini düşünürler ve olay yerine herhangi bir ekip göndermezler. Bu arada kadın ölür.”*

⁹⁶ Hakeri, a. g. e., s. 113.

⁹⁷ Freund, aktaran: Hakeri, a. g. e., s. 114.

⁹⁸ Hakeri, a. g. e., s. 115.

Olayda yerel mahkeme her iki kamu görevlisini de görev başında görevlerini ihmal ettikleri için mahkum eder. Olay BGH'ye taşınır. BGH, olayda polislerin kastının bulunmadığını söyleyerek polisler yönünden kararı bozar.

Bu olayda Alman Hukuku'nda garantörlüğün varlığı kabul edilmemektedir. Buna gerekçe olarak da tehlike altında bulunan kadının kendisini, telefon başındaki polise güvenerek tehlikeye sokmamış olduğu; bu nedenle de polis bakımından, diğer koruma mercilerini devre dışı bırakacak bir üstlenme söz konusu olmamıştır.⁹⁹

Ancak Hakeri bu olayda ambulans servisi bakımından garantörlük kabul edilmese dahi polis bakımından garantörlüğün varlığını kabul etmek gerektiğini düşünmektedir. Zira güvenlik güçlerinin üçüncü kişilerin işleyecekleri suçları da önleme yükümlülükleri bulunmaktadır.¹⁰⁰ Ambulans görevlileri açısından da bu olayda kamu görevlisi olmaları durumunda -garantör olmasalar dahi- TCK m. 257/2 gereğince genel nitelikte görevin ihmali suçunun oluştuğu kabul edilmelidir. Ben de Hakeri'nin bu görüşünü paylaşmaktayım.

1. Hekimlerin Garantörlüğü

Hekimlerin garantörlüğü de-önemi nedeniyle-geniş olarak ele alınması gereken ve sözleşmeden doğan bir garantörlük türüdür. Hekim olarak hastasını muayene eden kişiyle, nöbetçi hekim olarak diğer hekimlere vekalet eden kişi garantördür.

Ancak Yargıtay¹⁰¹ burada garantörlükten değil, genel nitelikteki görevi ihmalden hüküm kurmuştur. Karar şöyledir : "*Müteveffayı muayene eden bevlîye uzmanı nöbetçi tabip sanığın, hastadaki kan basıncının 12 olduğunu saptamasına rağmen 'iş ve gücüne engel olmaz 15 günde iyileşir' yolunda kesin rapor vererek hastaya gereken ilgiyi göstermemesi genel nitelikte görevi ihmaldir.* ". Benim de benimsediğim ve öğretide Hakeri'nin savunduğu görüşe göre, bu ve benzeri olaylarda Yargıtay'ın TCK m. 257/"den değil, ihmali suretiyle taksirle; en azından olası kastı varsa,

⁹⁹ Ranft'tan aktaran Hakeri, *a. g. e.*, s. 115. Ranft'a göre, olayda yalnızca yardımın ihmali suçu gerçekleşmiştir. (Hakeri, *a. g. e.*, s. 115).

¹⁰⁰ Hakeri, *a. g. e.*, s. 115.

¹⁰¹ CGK, 7. 6. 1982 tarih ve 1982/4-215 E-271 K sayılı ilamı). Hakeri, *a. g. e.*, s. 115.

olayda kasten öldürme hükümlerini uygulaması gerekmektedir.¹⁰²

Hekimlerin garantörlüğü olayı üstlenmeleriyle başlamaktadır. Buna benzer olarak, Hakeri, aniden rahatsızlanan komşusunu doktora götüren kimsenin, kendisinin hazır bulunması nedeniyle diğer ulaşım olanaklarının kullanılmaması nedeniyle, garantör olarak sorumlu tutulması gerektiğini belirtmektedir.¹⁰³ Ancak kanımca burada komşunun garantörlüğünün kabul edilmiş olması, garantörlüğün sınırlarını çok genişletecektir. Böyle bir durumda da zor durumda kalan kişilere komşular yardım etmek istemeyebilecektir. Burada doğru olan, durumunu bildiği halde yardım etmeyen komşunun TCK m. 98'deki genel nitelikte yardım etmeme suçundan sorumluluğuna gitmektir.

Belirli kimselerin hekimliğini üstlenenler de o kimseler bakımından garantör sayılırlar. Örneğin bir kışladaki askeri hekimler, o kışladaki erlerin sağlığı üzerinde garantördürler.

Hasta hastaneye yatırılmışsa, klinikteki hekimin o hasta üzerinde garantörlüğü başlamış sayılır. Hekimden kısmen yararlanılması halinde ise garantörlük kısmen var sayılır. Örneğin yaralı kan nakli istemiyorsa hekimin kan nakli bakımından garantörlüğünün olduğu söylenemeyecektir. Ancak hasta çocuk ise ve babası da tedaviye izin vermiyorsa, artık hekimin garantörlüğü söz konusudur ve hekim duruma müdahale edecektir.¹⁰⁴

Hastanın kendi kaderini belirleme hakkının olması gerekmektedir. Bu nedenle, hasta başarı vaad eden bir ameliyata girmeme, tedaviyi reddetme hakkına sahiptir.¹⁰⁵ Buna göre, hekimin hastayı tedavi etme hak ve yükümlülüğünün sınırı olarak, hastanın kendi vücudu üzerindeki serbest karar verme hakkı belirtilmelidir. Hekimin hastanın rızasını alma yükümlülüğü, hastanın kendi geleceğini tayin hakkının görüntüsü olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁰⁶

Açlık grevi yapan kimseye müdahale etmeyen ve bu nedenle de o kimsenin ölümüne neden olan hekim, ölüm neticesinden sorumlu tutu-

¹⁰² Hakeri, *a. g. e.*, s. 115.

¹⁰³ Hakeri, *a. g. e.*, s. 116.

¹⁰⁴ Çakmut, *a. g. e.*, s. 206 vd.

¹⁰⁵ Hakeri, *a. g. e.*, s. 116

¹⁰⁶ Özdemir, Hayrünisa, *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 116.

lacak mıdır? Soyaslan, yaşamsal tehlike altında bulunan kişilere, tehlike anından itibaren müdahale etmek gerektiği kanısındadır.¹⁰⁷ Çakmut ise, tutuklu bakımından akut hayati tehlike durumunda zorla besleme veya zorla tedavi etmenin olanaklı olduğunu belirtmektedir.¹⁰⁸

Aşçıoğlu, hastanın tıbbi müdahaleyi reddetmesi durumunda, hekimin hastaya müdahale etmemesi sonucunda hastanın ölmesi halinde ise hekimin “*adiyen adam öldürme*” nedeniyle sorumluluğu bulunabileceği kanaatindedir.¹⁰⁹

Kanımca, MK m. 23¹¹⁰ hükmü de hiç kimsenin kısmen de olsa özgürlüklerinden vazgeçemeyeceğini buyurucu bir şekilde belirtmektedir. Şu halde, açlık grevine girerek ölümü seçen kimseye, tıbbi müdahale yönünde bir rızası olmasa da devletin müdahale etmesi, AY m. 12/1, AY m. 17; MK m. 23/2 ve MK m. 24 gereğince bir zorunluluk olarak kabul edilmeli ve bu haldeki birine yardım etmeyen hekim nedeniyle, o kimse ölmüşse hekimin ihmal suretiyle adam öldürme nedeniyle sorumluluğu kabul edilmelidir.¹¹¹

Hakeri de bu noktaya işaret ederek, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 70. maddesi gereğince, hekimin –kural olarak– üzerinde ameliye yapılacak olan şahsın rızasını almak zorunda olduğunu ancak aynı hükmün devamında “*üzerinde ameliye yapılacak olan şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir*” ifadesi nedeniyle, intihara teşebbüs eden şahsın bilincinin kapalı olması durumunda hekimin o şahsı tedavi etmekle yükümlü olduğunu belirtmektedir. Zira yazara göre “*şüpheden yaşam hakkı yararlanır*”.¹¹² Nitekim aynı yöndeki bir düzenleme, hasta haklarına ilişkin Amsterdam Bildirgesi’nin 3. 3 maddesinde de şöyle belirtilmektedir: *Hastanın iradesini beyan etmesinin mümkün olmadığı ve acilen*

¹⁰⁷ Soyaslan, *a. g. e.*, s. 279.

¹⁰⁸ Çakmut, *a. g. e.*, s. 190.

¹⁰⁹ Aşçıoğlu, Çetin, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar (Doktorların, Devletin ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu-Hukuki ve Cezai)*, Ankara 1993, Yargıtay Yayınları, s. 157.

¹¹⁰ MK m. 23: “*Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz.*”

¹¹¹ Konuyla ilgili görüşler ve tartışmalar için bkz Çakmut, *a. g. e.*, s. 183 vd. Ayrıca bkz Erman, *a. g. e.*, s. 164 vd.

¹¹² Hakeri, *a. g. e.*, s. 119.

tıbbi girişim yapılması gereken durumlarda, hastanın daha önce bu girişimi reddettiğini gösteren bir açıklaması yoksa hastanın onayı varsayılarak girişim yapılabilir."¹¹³

O halde, hekim açısından benzeri bir sorumluluğu, ölüm orucu nedeniyle bilinci kapanan hastaya müdahale etmek bakımından da kabul etmek gerekecektir. Geçerli bir rızanın söz konusu olabilmesi için, hastanın vereceği kararın önemi, anlamı ve sonuçları hakkında bilgi sahibi olması gerekmektedir.¹¹⁴

Hekimin meslek kusuru, Ayan'a göre "ihmal" kavramının içinde değerlendirilebilir.¹¹⁵ Hekimin meslek kusuru ise, tıp ilmi tarafından genel kabul görmüş olan kuralların, ortalama düzeyde ve makul, sorumluluk bilincine sahip bir hekim tarafından uygulanmaması hali olarak tanımlanabilir.¹¹⁶ Buna göre, ihmal hekimin kendisiyle aynı koşullar altında bulunan başka bir hekimin gösterdiği dikkati ve özeni göstermemesidir. Orta düzeyde, makul, sorumluluk bilincine sahip bir hekimin tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınıp kabul edilmiş kurallara göre hareket etmesi asıldır.¹¹⁷ O halde, elinde olanak da varken, hekim bu kurala uymamışsa ihmalden doğabilecek bir ölüm neticesinden sorumludur.

Aşçıoğlu, hekimin adam öldürmeden sorumluluğunun genellikle ihmali bir davranışla ortaya çıkabileceğini savunmaktadır.¹¹⁸ Yargıtay 4. HD, 13. 3. 1973 tarih ve 1973/2684 E-2978 K sayılı kararında¹¹⁹ doktorun şok yapması olanağı bulunan bir ilacı verirken hastayı ve yardımcı personelini uyarması ve gerekirse enjeksiyonu bizzat yapması gerektiğine işaret ederek, doktorun hastaya verilen ve alerjik özellik taşıyan penisilin içerikli ilacı önce küçük ve hastaya zarar vermeyecek dozda (ilmin gerektirdiği tutarda) vererek, hastanın vücut tepkilerini gözlemlemesi; eğer hasta ilaca herhangi bir olumsuz tepki vermiyorsa, tedavi için gerekli olan doza çıkılabileceğini; hatta ilacın tümünün dahi verilebileceğini; aksi halde yapılan işin tedavi olmayacağını, bil-

¹¹³ Hakeri, *a. g. e.*, s. 119.

¹¹⁴ Özdemir, *a. g. e.*, s. 116.

¹¹⁵ Ayan, *a. g. e.*, s. 107.

¹¹⁶ Ayan, *a. g. e.*, s. 106, 108.

¹¹⁷ Ayan, *a. g. e.*, s. 107.

¹¹⁸ Aşçıoğlu, *a. g. e.*, s. 75.

¹¹⁹ Aşçıoğlu, *a. g. e.*, s. 74.

gisizlik ve ağır kusur nedeniyle ölüme neden olmak olacağını; alerjik bünyelerde at serumu ile hazırlanan tetanos enjeksiyonlarında alerjinin bu şekildeki uygulama ile önlenebileceğini belirtmiş ve ölümden sorumlu olan doktoru uygulamayı bizzat yapmaması veya yapacak kişiyi uyardırmaması nedeniyle tazminata mahkum etmiştir. Aynı gerekçelerin hekimin ihmal suretiyle ölüm sonucundan sorumluluğu bakımından da geçerli olması gerektiği kanısındayım.

Hekimlerin kasten öldürmeden sorumluluğunun en derin görülmekle beraber, karşılaşılabilen bir durum olduğuna dikkat çeken Aşçıoğlu,¹²⁰ öldürmeden bahsedebilmek için mağdurun müstakil bir varlığa sahip olması gerektiğini belirtmektedir. Bu nedenle, Aşçıoğlu'na göre, rahimdeki cenine yapılan bir müdahale adam öldürme olarak nitelendirilemeyecektir.

Hekimlerin hastaya bakmakla yükümlü olup olmadıkları ve bu noktadaki ihmallerinin cezalandırılıp cezalandırılmayacağına da değinmek gerekmektedir. Buna göre, kural olarak hekimin hastaya bakıp bakmama yönünde bir serbestisi bulunmaktadır.¹²¹ Ne var ki Hususi Hastaneler Kanunu m. 32 ve Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 18'e göre, hekimin acil hallerde ve resmi veya insani yükümlülükler nedeniyle hastalara bakmayı reddedemeyeceği belirtilmektedir.¹²² Bu yükümlülük askeri hastaneler için de bulunmaktadır.

Ancak Yargıtay bu gibi durumlarda hastasına yardım etmeyen hekimin sorumluluğunu TCK m. 257 kapsamındaki genel nitelikteki görevin ihmali olarak görmekte ve hekimin garantörlüğünü kabul etmemektedir.¹²³ Kanımca Yargıtay'ın bu yaklaşımı yanlıştır ve hekimin garantörlüğünün kabul edilmesi gerekmektedir. Hekimlerin hastaya bakmakla yükümlü olup olmadıkları ve bu noktadaki ihmallerinin cezalandırılıp cezalandırılmayacağına da değinmek gerekmektedir. Buna göre, kural olarak hekimin hastaya bakıp bakmama yönünde bir serbestisi bulunmaktadır.¹²⁴ Ne var ki Hususi Hastaneler Kanunu m. 32 ve Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 18'e göre, hekimin acil hallerde ve resmi veya insani yükümlülükler nedeniyle hastalara bakmayı

¹²⁰ Aşçıoğlu ,a. g. e., s. 156.

¹²¹ Hakeri, a. g. e., s. 119.

¹²² Aynı yönde bkz Ayan, a. g. e., s. 147; Aşçıoğlu ,s. 179 vd.

¹²³ CGK, 9. 1. 1991 tarih ve 1991/1 E-1 K sayılı ilamı (Hakeri, a. g. e., s. 120).

¹²⁴ Hakeri, a. g. e., s. 119.

reddedemeyeceği belirtilmektedir.¹²⁵ Bu yükümlülük askeri hastaneler için de bulunmaktadır.

Hekim, hastanede yer olmadığını gerekçe göstererek, hastalarını başka bir hastaneye gönderebilecek midir? Yukarıda belirtmiş olduğumuz gerekçelerle, acil hallerde hekimin hastaya müdahale yükümlülüğü bulunmaktadır. Şu halde, hastanede yer olmasa dahi hekim acil müdahaleyi yapacaktır. Hastanede boş yatak olmaması, hekimin hastaya bakmamasını haklı gösterecek bir gerekçe olamaz. Bu nedenle de hasta ölürse, hekimin ölüm neticesinden sorumluluğu olduğunu kabul etmek gerekecektir.¹²⁶ Kaldı ki bu durumda hekimden beklenen hastaya esaslı bir müdahale yapmadı değil, yalnızca ilk müdahaleyi gerçekleştirmesidir.

Ancak Askeri Yargıtay, 1962 tarihli bir kararında, yanlış olarak, acil durumdaki bir hastayı hastaneye kabul etmeyen nöbetçi hekimin fiilini “genel nitelikteki görevi ihmali” saymıştır. Oysaki hekim burada garantördür. Kararın özü şöyledir: “Ancak kollarına girilerek hastaneden içeriye sokulacak kadar ağır hasta olan ve bir gün sonra da komaya girerek ölen askeri şahsı, beraberindeki vazifeli astsubayın da hastaneye yatırılması ikazına rağmen-başkalarının sorumlu bulunduğu-hasta kabul tezkeresinin hatalı tanzim edildiğinden bahisle askeri hastaneye kabul etmeyen nöbetçi tabibin fiili, görevini ihmali vasfındadır.”¹²⁷

III. ÖNGELEN TEHLİKELİ EYLEMDEN DOĞAN GARANTÖRLÜK NEDENİYLE SORUMLULUK

Öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanan garantörlükte, davranışı ile bir başkasının zarar görmesine neden olan kişinin bu davranışından doğan sonucu önleme yükümlülüğü söz konusudur. Başka bir deyişle, bir kimsenin bazı olaylara neden olması veya o olayların gelişimine seyirci kalması, diğer hukuki değerler bakımından zararlı sonuçlara yol açmamalıdır. Böyle muhtemel bir zarar halinde, netice önlenmek zorundadır.¹²⁸

¹²⁵ Aynı yönde bkz Ayan, a. g. e., s. 147; Aşçıoğlu, s. 179 vd.

¹²⁶ Ayan, a. g. e., s. 147 ve 150 vd; Aşçıoğlu, s. 179 vd. aynı yönde bkz Hakeri, a. g. e., s. 122.

¹²⁷ As. Yrg. GK 27. 4. 1962 T. ve 1962/836 E-19 K sayılı ilamı (Hakeri, a. g. e., s. 122).

¹²⁸ Dönmezer/Erman a. g. e., C. I, s. 472, Soyaslan, Özel Hükümler, s. 113.

Burada, tehlikenin kaynağı failin bizzat kendisidir. Yaptığı davranış nedeniyle başkası tehlikeye girdiğinden, failin yol açtığı sonucu önlemesi gerekecektir.

Buna örnek olarak, yola aniden ve dikkatsizce fırlayan bir kimseye çarpmamak için direksiyon kırması sonucunda derin bir çukura düşen bir motosikletlinin durumu gösterilebilir. Bu olayda sürücünün düştüğü yerden çıkabilmesi ve başka kazalara yol açılmaması için yardıma ihtiyacı vardır ve sürücüye yardım etmesi gereken de yola dikkatsizce çıkan kişidir. Çünkü bu olayda yola dikkatsizce çıkan kişi garantördür.¹²⁹ Nitekim Yargıtay 1977 yılında verdiği bir kararında bu noktaya dikkat çekmiş ve yola aniden fırlayan kimseye çarpmamak için başkasına çarparak onun ölümüne neden olan sürücünün fiilinde yola aniden çıkan yayanın etkili olduğunu ve dolayısıyla yayanın da taksirden ötürü sorumlu tutulacağını belirtmiştir.¹³⁰ Ancak Yargıtay CGK, 1993 tarihli bir başka kararında bu yaklaşımını değiştirmiş ve benzeri bir olayda, yola dikkatsizce fırlayan yayanın somut olayda belirli oranda kusurlu olduğunu belirtmiş fakat bunun o yayayı taksirden cezalandırmak için yeterli bir neden olmadığına hükmetmiştir.¹³¹

Kanımca, Yargıtay CGK'nun son içtihadı yanlıştır. Çünkü yola dikkatsizce fırlayan yayaya çarpmamak için sürücü direksiyon kırması ve başka birine çarpıp onun ölümüne neden olmuştur. Başka bir deyişle, yola fırlayan ilk yayanın kendi fiili nedeniyle üçüncü bir kişi bundan zarar görmüştür. O halde, yayanın bundan sorumlu olması gerekir. Hatta kendisini yola bilerek (örneğin intihar etmek maksadıyla) atmuşsa ve ona çarpmamak için direksiyon kırması sürücü üçüncü bir kişiye çarparak onu öldürmüş ya da örneğin kendisi uçurumdan aşağı düşerek (veya başka bir araçla çarpışarak) ölmüşse, kendisini kasten yola atan yayanın ihmali davranışla kasten adam öldürmeden (en azından olası kasıttan) sorumlu tutulması gerekecektir. Aksi halde, CGK kararında olduğu gibi hem yola fırlayan yayanın kusurunu kabul etmek; hem de yayaya taksirden bile ceza verilemeyeceğini belirtmek hakkaniyetle bağdaşmamaktadır.

765 sayılı (eski) TCK'nın 575. maddesinde, öngelen belli bir eylem-

¹²⁹ Hakeri, *a. g. e.*, s. 123.

¹³⁰ 9. CD, 5. 12. 1977 tarih ve 1977/2429 E-3973 K (Hakeri, *a. g. e.*, s. 123).

¹³¹ CGK, 13. 12. 1993 tarih ve 1993/2-211E-317 K (Hakeri, *a. g. e.*, s. 123).

den doğabilecek sonuçları önleme açısından gereken önlemlerin alınması yükümlülüğünün ihmal edilmesi saf (gerçek) ihmali suç olarak düzenlenmişti.¹³² Düzenleme şöyleydi: "...Bir kimsenin sarhoşluğuna sebebiyet veren şahıs, kendini idareye muktedir olamayacak derecede bulunan sarhoşu muhafaza için tedbir ittihaz etmeyip sokağa bırakırsa ... cezalandırılır."

Ancak aynı eylem 5271 sayılı (yeni) TCK'da düzenlenmiş değildir. Buna karşın TCK m. 83/2-b hükmü buna benzer bir olayda da uygulanabilecek ve ceza 83/3'e göre ağırlaştırılacaktır.

BGH'ye göre, nişanlısının gayrimeşru hamile kalması üzerine, çocuğun doğumdan sonra ölmesini sağlamak amacıyla, nişanlısının kimsenin bulunmadığı bir yerde doğum yapmasını sağlayan bir kişi, normalde olması gereken koruma silsilelerini devre dışı bırakmıştır. Bundan doğacak ölümden de bu nedenle, nişanlısını hastaneye götürmeyen kişi sorumludur.

BGH'nin aynı yöndeki başka bir kararı ise, başkalarını yükümlülüğe aykırı olarak hayati tehlikeye sokan sürücülerin garantör olarak, hayati tehlike altında bulunan kimselere hekim yardımı sağlamaları gerektiğine ilişkin karardır. Yine BGH'ye göre, araç sahibi trafiğe çıkmaya elverişli olmayan bir aracı trafiğe çıkartmamak zorundadır. Bir trafik kazasına karışan bir sürücünün, trafiğin işleyişine engel olan aracını, kazada kusurlu olsun ya da olmasın, emniyetli bir yere çekerek diğer sürücülere zarar vermeme yükümlülüğü bulunmaktadır.¹³³

Aynı şekilde, BGH'ye göre, bir kimsenin saldırısından korkarak kalorifer dairesine saklanan kimsenin sıcağın dolayısıyla ölüm tehlikesi geçirmesi durumunda, saldırganın bunu fark etmesi halinde, saldırıya uğrayan kişiye yardım etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Aksi takdirde mağdurun ölümü halinde saldırganın öngelen tehlikeli eylem nedeniyle sorumluluğu söz konusu olacaktır. Benzeri şekilde, BGH, köpeğinin saldırısına uğrayan kişiye yardım etmeyen kişi bakımından da, ölüm neticesi doğduğunda, ihmal suretiyle öldürme suçunun gerçekleştiğini kabul etmiştir. Hakeri, bu son kararda garantörlüğün kaynağının gösterilmediğini vurgulamakta ve bu olayda öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanan garantörlüğün ya da tehlike kaynakları

¹³² Aynı yönde Hakeri, *a. g. e.*, s. 124.

¹³³ Hakeri, *a. g. e.*, s. 126.

na egemenlikten doğan garantörlüğün burada çatışmakta olduğunu belirtmektedir.¹³⁴

Tehlike kaynaklarına egemenlikten doğan garantörlük bölümünde (yukarıda Başlık B) belirttiğimiz Yargıtay içtihatlarıyla BGH'nin öngelen tehlikeli eylem nedeniyle garantörlüğe ilişkin içtihatları kıyaslandığında, BGH'nin ölüm neticesi bakımından ihmali davranışta bulunan kişiyi, adam öldürmeden sorumlu tuttuğunu; buna karşın Yargıtay'ın ise -özellikle trafik kazalarında- yola fırlayan üçüncü kişinin kusurlu olduğunu kabul etmekle birlikte, ona ceza verilmesi için bir neden olmadığını belirterek BGH'nin yaklaşımından çok daha sınırlı bir sorumluluğa gittiğini; öngelen tehlikeli eylem ya da tehlike kaynağı üzerindeki egemenlikten kaynaklanan garantörlüğü Yargıtay'ın kabul etmediğinin söylenebileceği kanaatindeyim.

Özellikle trafik kazalarında, öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanan garantörlük, kendisine çarpılan kimsenin ölmesi durumunda, failin normalde taksirden sorumlu olacakken, kasten adam öldürmeden sorumlu tutulmasına neden olabilecektir. Öngelen tehlikeli eylem taksirli dahi olsa, bunu izleyen sonucu önlememe hareketi kasti ise, bu durum daha net belirebilecektir. Örneğin dikkatsizlikle çarptığı bir kimseye durup yardım eden bir sürücü, bu yardımına rağmen mağdurun ölümü söz konusu olursa taksirle öldürmeden sorumlu tutulacakken; hiç durmayarak ve yardım da çağırılmayarak olay yerinden kaçan sürücünün bu eylemi nedeniyle mağdur ölmüşse, öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanan garantörlükten ötürü -kasten kaçmışsa- ihmali suretiyle öldürmeden sorumlu tutulması gerekecektir. Hatta Hakeri burada, çarparak yaraladığı kişiyi hastaneye götürmeyerek onun ölümüne neden olan kimse hakkında TCK m. 82/1-h'deki "*bir suçu gizlemek amacıyla öldürme suçunun varlığını kabul etmek*" gerektiği kanaatinde-dir.¹³⁵ Ben de bu yaklaşımın doğru olduğu kanısındayım.

Türk hukuku ise, önceki yasa döneminde öngelen tehlikeli eylemin bulunduğu olayların hemen hepsinde taksirden doğan sorumluluğu kabul etmektedir. Yargıtay, neredeyse hiçbir olayda öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanan garantörlüğe veya buna dayanan sorumluluğa başvurmaya gerek görmemiştir.¹³⁶

¹³⁴ Hakeri, *a. g. e.*, s. 127.

¹³⁵ Hakeri, *a. g. e.*, s. 127.

¹³⁶ Hakeri, *a. g. e.*, s. 128.

Buna ilişkin en çarpıcı Yargıtay kararı CGK'nın 1990 tarihli bir kararidir. Olay özetle şöyledir: "Samimi kabul edilen ve aksi kanıtlanamayan savunmasında sanık ısınmak amacıyla fırın içerisinde oturmakta olan ölene "fırının kapısını kapatayım mı" dedikten sonra onun olumlu cevabı üzerine fırının kapısını kapatmış, bu arada şeytanlık edip öleni korkutmak amacıyla çalıştırma ve stop düğmelerine basmış, ölenden kan çıktığını görünce, girdiği psikolojik ortam (panik reaksiyon) içerisinde olay yerinden uzaklaşırken fırın kapısını açmayı düşünememiş, bu durumu ilk karşılaştığı kişilere anlatmıştır. Ölümün havasızlıktan oluşması da bu durumu doğrulamıştır."¹³⁷ Bu olayda CGK, kastın bulunmadığına, ağır ve yoğunlaşmış taksirli halin varlığına ve dolayısıyla sanığın taksirle adam öldürmeden sorumlu tutulacağına oyçokluğu ile karar vermiştir.

Yargıtay bu kararında ihmali bir suçun varlığı olasılığını hiç tartışmamıştır ve doğrudan doğruya taksirli icrai suçtan failin sorumluluğuna karar vermiştir. Halbuki olayda kanımca öngelen, yükümlülüğe aykırı bir tehlikeli eylem söz konusudur. Yükümlülüğe aykırı bu hareket, bu hareketten doğan sonucun da önlenmesi yükümlülüğünü doğurur.¹³⁸

III. BÖLÜM

KASTEN İHMALİ DAVRANIŞLA ÖLDÜRME SUÇUNUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1. Teşebbüs

Türk öğretisinde garantörsel ihmali suçlara teşebbüs kabul edilmektedir. Kunter, garantörsel ihmali suçlarda eksik teşebbüsün mümkün olduğu görüşündedir. Örneğin hastanın ilacını birkaç gün veremeyerek hastayı öldürmek isteyen hasta bakıcı yakalandığında ihmali hareket henüz tamamlanmadığı için eksik teşebbüs söz konusudur.¹³⁹ Dönmezer/Erman'da garantörsel ihmali suçlarda teşebbüsü kabul etmektedirler.¹⁴⁰ Önder de garantörsel ihmali suçlara teşebbüsün müm-

¹³⁷ CGK, 9. 4. 1990 tarih ve 1990/1-60 E/108 K. sayılı ilamı, Hakeri, *a. g. e.*, s. 128.

¹³⁸ Aynı yönde Hakeri, *a. g. e.*, s. 129.

¹³⁹ Aktaran Hakeri, *a. g. e.*, s. 177.

¹⁴⁰ Dönmezer/Erman, *a. g. e.*, C. 1, s. 366.

kün olduğu görüşündedir.¹⁴¹ Soyaslan da garantörsel ihmali suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceğini savunmaktadır.¹⁴²

Garantörsel ihmali suçlarda teşebbüsün nasıl oluşabileceğini anlamak bakımından şöyle bir örnek verilebilir: *"Bir yayaya çarpıp da onun yaşadığını sanıp ve o andaki bir yardımla kurtulabileceğini düşünmesine rağmen, şahit bırakmamak için onu kaza yerinde bırakan bir sürücü gerçekte yaralının hemen öldüğü olayda veya hemen ölmeyip de hekim müdahalesi halinde kurtarılacak ise veya yaralının üçüncü bir kişinin yardımıyla kurtarılması halinde, kasten öldürmeye teşebbüs suçunu işlemiştir."*¹⁴³

Garantörsel ihmali suçlarda teşebbüsün başlangıcı bakımından ilk anı esas alan görüş; en son anı esas alan görüş ve doğrudan tehlike görüşü olarak üç farklı görüş öne sürülmektedir.¹⁴⁴

İlk anı esas alan görüşe göre, teşebbüs garantörün neticeyi önlemeye yönelik ilk olanağı kullanmadığı anda başlar (mümkün olan ilk müdahale görüşü). Bu görüş, hareketin mümkün olduğu ilk anı esas almaktadır. (görüşü savunanlar Alman öğretisinde Schröder, Lönnies ve Herzberg'tir).

Bu görüşe yöneltilen en büyük eleştiri, teşebbüsün başlangıcını garantörün ilk neticeyi önleme imkanını kullanmadığı anda kabul etmenin ikna edici olmadığı yönündeki eleştiridir. Her ne kadar bu görüş ilk fırsatın kullanılmasını öngörmekle, mağdurun yararlarını koruyor gibi görünmekteyse de olaya garantör açısından bakıldığında, garantörden çok şey beklendiği de söylenebilecektir. Örneğin aşağıdaki örnekte teşebbüsün başlangıcı çok öne alınmaktadır: *"Hasta için henüz yaşamsal bir tehlike doğmamış olmasına rağmen, hastayı hayatta tutmaya yarayacak ilacı hemşirenin hastaya vermemesi sonucunda ölüm neticesinin meydana gelmesi"*.

İkinci görüş ise, garantörsel ihmali suçlarda teşebbüsün başlangıcı bakımından en son anı esas almaktadır (mümkün olan en son müdahale görüşü). Buna göre ihmale teşebbüs, yükümlü olan kişinin hareketi yapmak zorunda olduğu ve başarılı olacağı en son anda başlar. Böylece, son kurtarma şansının kullanılmaması teşebbüsün başlangı-

¹⁴¹ Önder, a. g. e., s. 469.

¹⁴² Soyaslan, *Genel Hükümler*, s. 329, Soyaslan, *Özel Hükümler*, s. 115.

¹⁴³ Hakeri, a. g. e., s. 178.

¹⁴⁴ Görüşler ve ayrıntılar Hakeri, a. g. e., s. 178-179-180'den aktarılmıştır.

cını oluşturacaktır. (Bu görüşü Alman öğretisinde Welzel, Kaufmann, AK/Seelmann, Struensee ve Grünwald savunmaktadır).

Bu görüşe Alman öğretisinde Kühl tarafından yöneltilen en büyük eleştiri ise, fail burada mağduru kurtarabilme olanağına sahipken, elindeki birçok olanağı kullanmamış olması nedeniyle mağduru gitgide büyüyen bir tehlikeyle karşı karşıya bırakıyor oluşudur. Garantörlük yükümlülüğü yalnızca mümkün olan en son hareketi değil, ayrıca hukuki yarar yönelik sonuca yakın olan tehlikelerin de önlenmesini gerektirmektedir.

Öğretideki baskın görüş ise, üçüncü görüş olan doğrudan tehlike görüşüdür. Buna göre, garantörsel ihmali suçlarda teşebbüsün başlangıcı olarak korunan yarar bakımından doğrudan bir tehlikenin doğduğu anı esas almak gerekmektedir. (Alman öğretisinde bu görüşü Kühl, Triffterer, Jeschenk/Weigend, SK/Rudolphi savunmaktadır)

Bu görüşe göre, teşebbüsün başladığı an, korunan kişi için doğrudan bir tehlikenin doğduğu veya halihazırda mevcut bir tehlikenin büyüdüğü ve bu nedenle de beklemeye devam etmenin TCK m. 35/1 anlamında “doğrudan başlama” olarak belirdiği andır. Yukarıda verilen hemşire örneği bu açıdan değerlendirilecek olursa, hastanın hayatı için doğrudan ve somut tehlike hastanın gücünün kalmaması halinde değil, hasta bakımından ölüm tehlikesinin mevcut olması halinde mevcuttur denilebilecektir. Bir bisikletliye çarparak ona yardım etme olanağı varken ve çarptığı kimsenin ölümünün olası olduğunu öngörerek olay yerinden kaçan sürücü bakımından öldürmeye teşebbüsün varlığı kabul edilmelidir. Keza çocuğunu emzirmeyen anne açısından da öldürme teşebbüsü, emzirmeme eylemi nedeniyle çocuğun yaşamı bakımından somut bir tehlikenin doğmasıyla başlamış sayılacaktır.

Hakeri, TCK m. 35/1 hükmü ışığında değerlendirildiğinde bu görüşün benimsenmesi gerektiğini savunmaktadır. Ancak somut olayda suçun ne zaman tamamlandığının tereddütlü olabileceğini, bazı olaylarda garantörün derhal harekete geçmesinin gerekli olduğunu da belirtmektedir. (örneğin ağır kanamalı bir hastada, damarın gecikmeksizin bağlanması gerekecektir). Ben de bu görüşün teşebbüs bakımından kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyim. Ancak Bu görüşe RATH tarafından yöneltilen eleştiri ise tehlikenin doğduğu anı belirlemenin güç olacağı ve bu kıstasın belirsiz olduğudur.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Hakeri, *a. g. e.*, s. 181.

Teşebbüs, verilecek cezanın belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. 765 sayılı (eski) TCK'da teşebbüs eksik ve tam olarak iki tür- lüydü. Fakat yeni yasamız teşebbüsteki bu ayrımı kaldırmış ve yargıca cezanın belirlenmesi bakımından kolaylık sağlamıştır.

Garantörsel ihmali suçlarda teşebbüs bakımından her somut olay- da ayrı ayrı değerlendirmeye girişmek gerekmektedir. Örneğin anne- nin çocuğunu emzirmemesi olayında çocuğun hayati tehlikeye girdiği andan itibaren teşebbüs kabul edilecek olursa, bu andan çocuğun kur- tarılmasına kadar olan süreçte geçen gün sayısına ve çocuğun içinde bulunduğu duruma göre failin cezasında indirim gidilebilecektir. İn- dirim oranı belirlenirken, bir çocuk aç bırakıldığı takdirde yaşına ve fizyolojik durumuna göre hangi günden itibaren ölüm tehlikesinin bu- lunduğu araştırılarak karar verilebilir.¹⁴⁶

Garantörsel ihmali suçlarda elverişsiz teşebbüs halinin varlığı için- se, fail bakımından baştan itibaren garantörlüğü kuran normun var olmamasına rağmen failin bunları var kabul etmesi gerekmektedir. Örneğin failin suda çırpınan kimseyi, gerçekte komşusu olduğu halde, karısı zannederek, ölmesini sağlamak amacıyla ona yardım etmemesi durumunda garantörsel ihmali suçta elverişsiz teşebbüs oluşmuş sayı- lır. Çünkü hiç kimse komşusu üzerinde garantör değildir.¹⁴⁷ Bir diğer örnek de garantörlüğü kuran durumun gerçekte mevcut olmamasına rağmen, failin garantörlüğün varlığını düşünerek harekete geçmeme- sidir. Örneğin 12 yaşındaki oğlu babasından gizlice yüzme öğrenir. Babasına da sürpriz yapmak için birlikte gittikleri havuzda bir arkada- şından, kendisine çarparak havuza düşmesini sağlamasını söyler. Ar- kadaşı da mağdura çarpar; mağdur suya düşer. Babası oğlunun havuza düştüğünü görmesine rağmen oğluna, ölmesini sağlamak için yardım etmez. Burada aslında babanın oğlu üzerinde garantörlükten doğan sorumluluğu yoktur. Çünkü oğlu gerçekte yüzme bilmektedir.¹⁴⁸

Ancak garantörün kendisi tarafından korunmak durumunda olan kişi tehlike altındaysa elverişsiz teşebbüsten hüküm kurulacak mıdır?

Burada BGH'nin bir kararı bize yol gösterecektir. Bu karara konu olan olay bir tren istasyonunda geçmektedir. Mağdur, bir istasyonda

¹⁴⁶ Hakeri, *a. g. e.*, s. 181.

¹⁴⁷ Dönmezer/Erman, *a. g. e.*, C. I-s. 468.

¹⁴⁸ Hakeri, *a. g. e.*, s. 184.

A. ve B. adlı kişiler tarafından dövülür ve yaralı olarak olay yerinde terk edilir. Ancak A, cezalandırılma olasılığına karşı B.'ye mağduru öldürmeyi önerir. Bunun üzerine her iki fail de istasyona dönerler ve A. mağduru rayların üzerine atarken B. de durumu seyreder. Ancak mağdur istasyonda bulunan diğer yolcuların onu görmesi ve makinisti uyarmalarıyla kurtulur. Sonradan yapılan araştırmalarda trenin aslında mağdurun rayların üzerinde bulunduğu yere varmadan duracağını (hesapların bunu gösterdiğini) ve makinistin zaten iş bu noktaya gelmeden de mağduru fark edeceğini ortaya koyar.

Bu olayda B.'nin sorumluluğu ihmal suretiyle kasten öldürmeden olacaktır. Zira, B.'nin öngelen eylem nedeniyle mağdura karşı bir garantörlüğü bulunmaktadır. Yerel mahkeme bu gerekçeyle R.'yi mahkum eder. Kararı "*olayda elverişsiz teşebbüsün varlığı nedeniyle*" temyiz eden R.'nin avukatlarının talebini Alman Federal Yüksek Mahkemesi (BGH) olayda mağdura yönelik objektif olarak mevcut, somut ve esaslı bir tehlikenin bulunduğunu; trenin oluşabilecek muhtemel bir arıza nedeniyle ya da makinistin dikkatsizliği vb bir nedenle duramayabileceğini; bu nedenle de mağdurun trenin altında kalabileceğini belirterek yerel mahkemenin kararını onar.¹⁴⁹

Garantörün hiçbir şekilde sonucu önlemesinin zaten mümkün olmadığı durumlarda failin cezalandırılmayacağını da belirtmek gerekmektedir. Örneğin, garantör aslında zaten ölmüş bulunan veya hekim çağrılrsa dahi kurtarılması olanaklı olmayan mağdurun kurtarılabilceğini düşünerek; ölmesine neden olmak için hekime haber vermez. Burada garantörün ihmali, mağdurun kurtulma olasılığını engellemediği gibi azaltmamaktadır da.¹⁵⁰

Garantörsel ihmali suçta gönüllü vazgeçme mümkündür. Örneğin çocuğunu ölmesini sağlamak amacıyla aç bırakan annenin bir süre sonra çocuğunu yeniden beslemeye başlaması durumunda gönüllü vazgeçme mümkündür. Burada artık anneye ceza verilmeyecektir.¹⁵¹

¹⁴⁹ Hakeri, *a. g. e.*, s. 184.

¹⁵⁰ Dönmezer/Erman, *a. g. e.*, C. I, s. 474.

¹⁵¹ Dönmezer/Erman, *a. g. e.*, C. I, s. 442 ve Yeni TCK m. 36.

2. İştirak

Kanunda iştirak bakımından *faillik* ve *şeriklik* ayrımı yapılmaktadır. Faillik de müstakil (doğrudan), dolaylı (dolayısıyla) ve suçun birden fazla kimse tarafından iştirak halinde işlenmesini ifade eden müşterek (ortaklaşa) faillik şeklinde belirir. Şeriklik ise, azmettirme ve yardımda bulunma şeklinde ortaya çıkar.¹⁵²

İhmali suçlarda fail şerik ayrımı anlamak bakımından şöyle bir örnek verebiliriz: “*Bir fabrikada gece bekçisi olan B, hırsızların fabrikaya girdiğini görür fakat müdahale etmesi mümkün ve beklenebilir olmasına rağmen herhangi bir müdahalede bulunmaz.*”

Garantörsel ihmali suçlarda fail ancak garantör olabilir. Garantör olmayan kimselerin fail olabilmesi olanağı yoktur. Garantör olmayan kimseler ancak şerik olabilirler.

Müşterek faillik bakımından konuyu, sadece ihmali failer arasında önceden anlaşmak yoluyla müşterek failliğin söz konusu olabileceği durumlarda, birden fazla müşterek fail arasında üzerlerine düşen görevi yerine getirmeme konusunda ortak bir irade bulunması gerekir. Buna örnek olarak bir acil serviste çalışan hemşirelerin, maaş azlığını protesto etmek için işi durdurma kararı almaları ve bu kararın uygulanması nedeniyle hastaların ölmesi durumu verilebilir.¹⁵³ Ya da anne-babanın önceden anlaşarak yeni doğmuş bebeklerini terk etmeleri de buna örnektir.¹⁵⁴

Öğretide garantörler arasında müşterek failliğin mümkün olamayacağını savunanlar da bulunmaktadır. (Kaufmann). Örneğin 50 yüzücünün, boğulmakta olan bir çocuğa yardım etmemesi halinde bunların TCK m. 98 anlamında genel yardım etmeme suçunu müştereken işledikleri söylenemez. Burada yardım etmeyen her yüzücü ayrı ayrı sorumludur. Ayrıca, müşterek ihmali faillikten sorumluluk için faillerin arasında bir anlaşma olması da gerekli değildir.¹⁵⁵

Acaba icrai ve ihmali failer arasında müşterek faillik mümkün

¹⁵² Hakeri, *a. g. e.*, s. 186.

¹⁵³ Soyaslan, *Özel Hükümler*, s. 114.

¹⁵⁴ Yargıtay 1. CD 9. 11. 2004 tarih ve 2004-627 E-3777 K sayılı ilamı Hakeri, *a. g. e.*, s. 189.

¹⁵⁵ Hakeri, *a. g. e.*, s. 189.

müdür?Burada bazı yazarlar icrai ve ihmali suçlarda fail profilinin farklı olması nedeniyle müşterek failliğin mümkün olamayacağını savunmaktadırlar. (Begehungs/Pflichtdelikte). Buna örnek olarak da havuzda görevli olan cankurtaranın, bir kimsenin yüzme bilmeyen birini suya ittiğini görüp de harekete geçmemesi halinde iten kimse bakımından icrai, olaya müdahale etmeyen fail bakımından ise ihmali davranışla faillik olduğunu savunmaktadırlar. Bu kişiler faildirler fakat müşterek fail değildirler.¹⁵⁶

Diğer bir görüş ise bir suçun icrai ve ihmali failer bakımından birlikte işlenmesi halinde, icrai davranışta bulunanı fail; ihmali davranışta bulunanı ise yardım eden olarak kabul etmektedir. (Zira bu görüşe göre, fiilin egemenliği icrai davranışta bulunandır. . Buna örnek olarak babanın, çocuğunun annesi tarafından öldürülmesini yalnızca seyretmesi verilebilir.

Başka bir görüş ise (Özgenç) başkasının icrai fiilini önlememe suretiyle hem garantörlüğün gereği yerine getirilmediği için garantörsel ihmali suçun, hem de icrai suçu işleyen kimsenin fiiline de yardımın söz konusu olduğunu ve bu durumda içtima kuralları uygulanarak, ihmali failin failliğinin şeriklikle kıyaslandığında asli olması nedeniyle, asli norm-tali norm ilkesi uyarınca, garantörsel ihmali suçtan sorumlu olacağını savunmaktadır.

Hakeri'ye göre, sonucu önlemeye ilişkin aynı yükümlülüğe sahip iki kişiden birinin icrai diğerinin ihmali tutum içerisinde olması halinde müşterek failliği kabul etmek; fakat bunun dışında, sorunu içtima kurallarıyla çözmek gerekmektedir.¹⁵⁷ Örneğin gardiyanların aralarında anlaşarak birinin mahkumlardan birine bıçak vermesi, diğerinin de mağdur bıçaklanırken müdahale etmemesi durumunda gardiyanlar arasında müşterek faillik kabul edilmelidir. Ben de Hakeri'nin görüşüne katılmaktayım.

Dolaylı faillik, bir kimsenin hareket etmekle yükümlü olup da hareket etmeye istekli olan bir başkasının hareketini cebir veya hile ile engellemesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Burada da emredilen bir hareketin yapılmaması söz konusudur fakat bu hareketi yapmayan kimsenin arkasında bir garantör bulunmaktadır. Örneğin B. adlı kişi

¹⁵⁶ Görüşler ve ayrıntıları Hakeri, *a. g. e.*, s. 190 vd.'den aktarılmıştır.

¹⁵⁷ Hakeri, *a. g. e.*, s. 191.

boğulmak üzeredir. Kendisi yüzme bilemeyen ve B.'yi kurtarmak için herhangi bir girişimde de bulunmayan E., olay yerinde bulunan ve B.'yi kurtarmak isteyen K.'yi silahla tehdit eder. B, boğulur ve ölür. Burada, E.'nin dolaylı fail olarak B.'nin ölümünden sorumluluğu söz konusudur.

Ancak, ihmal suretiyle dolaylı faillikte arka planda olan kimse, aktif bir hareketiyle olaya kattığı bir araç kullanmamakta fakat netice- nin meydana gelmesinde sorumlu olmaktadır. Örneğin akıl hastasının bir başkasını öldürmesini engellemeyen hemşirenin durumu böyledir. Zira hemşirenin garantörlüğü söz konusudur ve ölüm neticesini engellemediği için bundan sorumludur.

İhmalde şeriklik ise iki grupta incelenmelidir: İhmali bir suça pozitif bir fiil ile katılma ve icrai veya ihmali bir suça ihmal suretiyle katılma.¹⁵⁸

İhmali bir suça olumlu bir eylemle katılmaya örnek olarak bir ağır hastanın (H.) yaşamının, arkadaşı A.'nın temin ettiği ilaca bağlıdır. A. ile yolda karşılaşan H.'nin düşmanı olan D., A.'ya yüklüce bir miktar para teklif eder ve ilacı H.'ye götürmemek için A.'yı ikna eder. Bunun sonucunda da H. ölür. Burada A.'nın fiili ihmali bir suça olumlu eylemle katılmaktır.

Garantörsel ihmali suçlarda garantörün azmettirilmesi söz konusu olabilir. Bunun

İçin, garantörün neticeyi önlememe konusunda ikna edilmesi yeterlidir. Azmettirmede, garantörsel ihmali suçlar bakımından, garantörlüğü bilerek hareketsiz kalmak konusunda ihmali fail, azmettiren tarafından ikna edilmektedir. Burada, ihmal edenin garantör olması yeterlidir; azmettirenin garantör olması şart değildir. Örneğin A.'nın çocuğu havuza düşer ve A.'nın arkadaşı olan B., A.'yı çocuğunu kurtarmaması için ikna eder. Burada B.'nin garantör olması şartı yoktur.¹⁵⁹

Öğretide azınlık görüşü ise, ihmali suçlarda aktif hareketle yardımcı kabul etmemektedir. Bu görüşe gerekçe olarak da bu tip bir suçun başlıbaşına icrai bir suç olacağı gösterilmektedir. Örneğin boğulmak üzere olan C.'nin babası olan B., C.'yi kurtarmak için herhangi bir gi-

¹⁵⁸ Hakeri, *a. g. e.*, s. 193.

¹⁵⁹ Hakeri, *a. g. e.*, s. 194.

rişimde bulunmaz. Bu sırada olay yerinde bulunan ve kendisi de çocuğu kurtarma olanağına sahip olmayan E., C.'yi kurtarmak isteyen K.'yı zorla tutar ve çocuğun kurtarılmasını engeller. Bu görüşe göre, E. burada ihmale yardımdan değil, bizzat icrai hareketle öldürme suçundan sorumlu tutulacaktır. (Schmidhäuser ve Kaufmann)¹⁶⁰

İhmali davranışla iştirak da söz konusu olabilir. Buna şöyle bir örnek verebiliriz. Gardiyan G., mahkumlardan birinin diğerini yaraladığını görür. Buna rağmen G. kendi kendine “mahkumun bu tavrını görmemiş de olabildim” diye düşünerek olaya müdahale etmez. Burada gardiyan garantördür ve olaya müdahale etmemesi nedeniyle doğabilecek sonuçlardan sorumludur.

Garantör olmayan kişiler de şerik olarak sorumlu tutulabileceklerdir. Burada, bir suç işlenirken yalnızca olay yerinde bulunmak suretiyle mağdurda korku yaratması söz konusu olan bir kimsenin durumu buna örnek olarak verilebilir. Olayın daha net anlaşılabilmesi için Yargıtay'ın 1951 tarihli şu kararını örnek gösterebiliriz: “... Kaçırmanın asli faili olup da ırza geçmede sadece hazır olan kimse, huzuru ile mağdura korku yarattığı ve mukavemetin faydasızlığı kanaatini mağdurda tevlit ettirdiği takdirde tecavüze de fer'i iştirak etmiş olur.”¹⁶¹

Aynı şekilde garantörün de ihmali bir hareketle iştiraki mümkündür. İhmal suretiyle iştirak, garantörlükte, yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, “tek ve aynı sonucun bir yandan bir hareket eden tarafından gerçekleştirilmesi ve aynı anda da bir ihmal eden (yani garantör) tarafından önlenmediği” hallerde de söz konusu olabilmektedir.¹⁶² Buna örnek olarak, üçüncü bir kişinin oğluna yönelik öldürme fiilini babanın engellememesi hali gösterilebilir.

İhmalde aktif azmettirme kabul edilmektedir fakat ihmal suretiyle azmettirme ise genellikle öğretide kabul edilmemektedir. (Roxin/Kühl/Cramer/Jeschenk/İçel/Sokullu/Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver). İhmal suretiyle azmettirmeyi kabul etmeyenlerin gerekçesi, saf bir ihmalin azmettirme için yeterli olmadığı, kanunun azmettirmede aradığı koşulların ihmal suretiyle azmettirmede bulunmadığı zira bir kimseyi ihmali tutum takınarak bir suç işleme

¹⁶⁰ Hakeri, a. g. e., s. 194.

¹⁶¹ CGK,17. 12. 1951; 1951-210 E; 222 K sayılı ilamı Hakeri, a. g. e., s. 195.

¹⁶² Dönmezer/Erman, a. g. e., C. II, s. 556 vd.

konusunda ikna etmenin olanaklı olmadığıdır. Azmettirenin, faili etkilemek konusunda aktif bir tavır alması gerekmektedir. Hiçbir şey yapmamak suretiyle bir kimseyi azmettirmek bu nedenle olanaklı değildir.¹⁶³

İhmali davranışla yardımın olanaklı olup olmadığı da öğretide tartışmalıdır. Bazı yazarlar ihmali davranışla yardımın mümkün olamayacağı görüşündedirler. (Kaufmann, Grünwald, Stratenwerth), bazı yazarlarsa bu halde sadece failliği kabul etmektedirler (Bloy); Rudolphi ise, garantörlüğün söz konusu olduğu hallerde failliğin bulunacağı görüşündedir.¹⁶⁴

Hakeri'ye göre, ihmal suretiyle yardım durumunda, her koşulda garantörün failliği kabul edilmelidir. Fiili egemenliği olsun ya da olmasın, garantörlüğün türü ne olursa olsun bir sonucun gerçekleşmemesi konusunda yükümlülüğü olan birinin, bu neticenin gerçekleşmemesi için girişimde bulunmaması durumunda sorumluluğunu kabul etmek gerekecektir.¹⁶⁵

3. İçtima

Burada temel olarak iki durum incelenmelidir. Birincisi, birden fazla ihmali suçun içtimaı durumunda ceza nasıl belirlenecektir? İkincisi, birden fazla ihmali veya icrai suçun içtimaı durumunda ceza nasıl belirlenecektir?

Birinci durumda, aynı olayda garantörsel ihmali suçla saf ihmali suç söz konusu ise, failin öncelikle garantörsel ihmali suçtan cezalandırılması gerekecektir. Örneğin bir trafik kazasında, yaralı kişiye yardım etmeyen kişi bakımından hem TCK m. 98'deki genel yardım yükümlülüğünün ihlali suçu hem de garantörlük söz konusuysa (örneğin yaralı kişi, yardım etmeyeninin eşiyse ve yardım etmeme nedeniyle yaralı ölmüşse), yardım etmeyen kişi (eş) hakkında ihmal suretiyle öldürmeden hüküm kurmak gerekecektir. Zira TCK m. 98, garantörlük olmayan durumlar için, genel nitelikteki yardım yükümlülüğünün ihlalini düzenlemektedir. Bu nedenle, TCK m. 98, böyle bir olayda "yardımcı

¹⁶³ Dönmezer/Erman, *a. g. e.*, C. II, s. 556 vd.

¹⁶⁴ Aktaran Hakeri, *a. g. e.*, s. 196.

¹⁶⁵ Hakeri, *a. g. e.*, s. 200.

norm"dur ve yardımcı normun sonralığı ilkesi gereğince, olayda ikincil olarak uygulanmalıdır.¹⁶⁶

Türk hukukunda ayrıca, ihmali zincirleme (müteselsil) suç da düşünülebilir. Kanunumuz herhangi bir ayırım yapmadığı için, sadece "suçun işlenmesi"nden bahsettiğinden hem ihmali hem de garantörsel ihmali suçlarda teselsülün varlığı kabul edilmelidir.¹⁶⁷

Yargıtay da ihmali hareketlerle zincirleme suçun işlenebileceği görüşündedir. Nitekim bir kararında özetle şöyle demektedir: "*Sanığın Yargıtay'dan gelen dosyaların esasını kapatmama, bir kısım belgeleri dosyalarına yerleştirmeme ve temyiz dilekçeleriyle ilgili işlem yapmama şeklinde aynı nitelikteki 1991-1992 yılları içinde süregelen ve bir suç işleme kararının icrası cümlesinden olarak yasanın aynı hükmünün ihlali niteliğinde bulunduğu kabul edilen eylemleri için TCK 230 ve 80. maddelerinin (Yeni TCK m. 257; 43) uygulanması uygun görülmüştür.*" görüşündedir.¹⁶⁸

İçtimada incelenmesi gereken ikinci hal ise, birden fazla ihmali ve icrai suçun içtimai halidir. Burada da ilk düşünülmesi gereken husus birbirini izleyen icrai ve ihmali hareketlerin varlığıdır. Örneğin failin bir tehlike kaynağı açması, sonra da bu tehlike kaynağını emniyet altına almaması veya yok etmemesi buna örnektir.

Önceki icrai hareketi (örneğin bombalı bir zarf gönderme gibi) bir ihmali hareket izliyorsa (örneğin mağdurun uyarılmaması) ne yapmak gerekecektir?

Bu durumda ilk olarak her ihmali veya icrai davranış tek başına suç niteliği taşıyorsa ve ikisi de kasdi veya taksirli ise, ikisinin de haksızlık ve kusur içeriği birbiriyle uyumlu ise bu durumda sadece icrai davranış göz önünde tutulur Pozitif davranışla amaçlanan sonucun, ihmali davranışla önlenmemesi artık cezalandırılmaz.¹⁶⁹

Ancak her iki davranış da farklı kusur şeklini içeriyorsa, kusurda taksir-kast özellikle dikkate alınmalıdır. Burada sonuç sadece taksirli icraya değil, bunu takip eden kasti ihmale de dayanmaktadır. Buna, sonradan eklenen kast (*dolus subsequens*) örnek olarak gösterilebilir.

¹⁶⁶ Hakeri, *a. g. e.*, s. 206.

¹⁶⁷ bkz TCK 43 ve ayrıca Dönmezer/Erman, *a. g. e.*, c. I, s. 380 vd.

¹⁶⁸ 4. CD 3. 5. 1994 tarih ve 1994/942 E-3887 K sayılı ilamı (Hakeri, *a. g. e.*, s. 208).

¹⁶⁹ Hakeri, *a. g. e.*, s. 209.

Örneğin taksirle neden olunan trafik kazasından sonra mağdurun kurtarılmasının kasten ihmal edilmesi veya bir hastaya dikkatsizlikle yanlış ilaç vererek zehirleyen hemşirenin durumun farkına varmasına rağmen sonucu engellemek için herhangi bir girişimde bulunmaması sonradan eklenen kasta örnektir.¹⁷⁰

Kastın eklenmesinden sonra yapılan ihmali hareketlerin ayrı bir suç oluşturması halinde ne tür bir içtima uygulamak gerekecektir? Dönmezer'e göre, bu halde gerçek içtima kurallarının uygulanması gerekir.¹⁷¹

İçel ise böyle bir durumda kasta dayanan suçun tamamlanıp olup olmamasına bakarak durumu değerlendirmekte, suç tamamlanmışsa taksire ilişkin normların yardımcı norm olması nedeniyle sadece kasıtlı suçtan ötürü sorumluluğu kabul etmektedir. Kasıtlı harekete dayanan suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde ise bu kez kasıtlı suçla taksirli suçun aynı suç olup olmamasına göre ayrıma gitmektedir. Burada da, eğer ikisi de aynı suç ise, yine taksirli suça ilişkin normun yardımcı norm olması nedeniyle, sonra uygulanması gerekecektir. Örneğin yanlışlıkla yangına neden olan kimsenin, yangına müdahale etmemesine rağmen, binanın yanmasını itfaiyenin önlemesi durumunda; yangına neden olan kimse teşebbüsten sorumlu tutulacaktır. Buna karşılık, taksirle işlenen suç ile teşebbüs aşamasında kalan suç farklı suçlar ise, bu takdirde fail her iki suçtan dolayı sorumlu olacaktır. Yazar, buna örnek olarak, trafik kazasında çarparak yaraladığı kimseye yardım etmemesi sonucunda, yaralının ölmesini vermekte ve burada çarpan kişi hem yaralı ölmüşse bu sonuçtan, hem de yaralıyı olay yerinde bırakmışsa bu sonuçtan sorumlu tutulmak gerekecektir.¹⁷²

İçel'in görüşünün değerlendirme bakımından karışık ve somut olaya uygulanmasının güç olduğu; bu nedenle Dönmezer'in görüşünün benimsenmesi gerektiği düşüncesindeyim.

Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi halinde, bunun yaptırımı TCK 81 ve 82. maddelerde öngörülmüştür. Buna göre, hakim bu cezalara oranla daha hafif bir ceza takdir edebilir. Çünkü bir suçun ihmali ya da icrai davranışla işlenmesi hali birbirinden farklıdır.

¹⁷⁰ Hakeri, *a. g. e.*, s. 212.

¹⁷¹ Dönmezer/Erman, *a. g. e.*, C. II, s. 397 vd.

¹⁷² İçel'den aktaran: Hakeri, *a. g. e.*, s. 213.

Buna göre, bir kimseyi suda boğarak öldürmekle, suda boğulmak üzere olan bir kimseyi kurtarmamak farklı fiillerdir. Bu nedenle cezaları da farklı olmalıdır.

IV. BÖLÜM

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Kasten ihmali davranışla adam öldürme suçunu işlediğimiz bu çalışmadan ulaştığımız fikirler kısaca şöyledir:

A. Aile Hukukundan Kaynaklanan Garantörlükte

Ebeveynlerin çocukları üzerindeki garantörlüğü bakımından kanımca çocuğun sezgin ve ergin olması ailenin garantörlüğünü kaldırmamalıdır. Çünkü Türk aile yapısı ve Türk ekini, çocuğun ergin olmakla ailesinden ayrı yaşama hakkına sahip olduğunu genellikle kabul etmemektedir.

Eşler arasındaki garantörlükte ise, arasında fiili bir ilişki olmasa bile, eşler aynı çatı altında birlikte yaşamakla -araları bozuk dahi olsa- henüz resmen boşanmadıklarından ve ayrı da yaşamadıklarından garantörlük ilişkisinin varlığını kabul etmek gerekir.

Yargıtay, 15 yaşından küçük kızlarını gayri resmi şekilde evlendiren anne ve baba bakımından anneyi ırza geçme suçunda fer'i fail olarak kabul etmemiştir. Kanımca, yeni MK hükümleri gereğince (MK m. 186, 189, 336) artık bu Yargıtay içtihadı geçerli olmamak gerekir. Zira yeni MK'ya göre, eşler evlilik birliğini birlikte yönetirler ve hak ve borçlardan birlikte sorumludurlar. Özellikle de MK 336 gereğince, eşlerin velayet hakkını birlikte kullanmaları esastır.

Anne ve babanın aynı evde yaşayan çocuklarını tehlikelerden koruma yükümlülüğü vardır. Yükümlülüğün sınırının ne olacağı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre (Kühl, aktaran: Hakeri, *a. g. e.*, s. 87) bir çocuğun her tehlikeli eylemine müdahale yükümlülüğü yoktur. Örneğin, çocuğun bir duvara çıkıp oynamasına müdahale edilmez; meğerki duvarın diğer tarafında yüksekçe bir çukur olsun. Diğer bir görüş ise, ebeveynin yükümlülüğünü geniş kabul etmektedir. Örneğin ebeveynin çocuğu beslemek, çocuğa bakmak, gerektiğinde çocuğa tıbbi yardım te-

min etmek, vücut ve yaşamını tehdit eden kasti ya da taksirli kendini yaralamayı önlemek gibi yükümlülükleri vardır. (BGH: Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin görüşü, aktaran: Hakeri, *a. g. e.*, s. 88)

Burada kanımca BGH'nin görüşünün çok sert olduğu düşünülmesi ve öğretideki ilk görüşe ağırlık verilmelidir. Aksi halde, ebeveynlerin çocuğun en küçük hareketinden dahi sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

Hatemi de hak ehliyeti ve kişiliğin sağ ve tam olarak doğmakla başlayacağını belirtmekte fakat çocuğun sağ doğmak şartıyla, ana rahmine düştüğü andan itibaren medeni haklardan yararlanacağını belirtmektedir. Yine Hatemi, insan hakları kapsamına giren "*yaşama hakkının*", geciktirici şarta bağlı olmayarak, cenine de tanınması gerektiğini belirtmektedir.

Ben de bu görüşün doğru olduğunu düşünmekteyim. Nitekim MK m. 28/c. 2'ye göre, "*Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde etmektedir.*" hükmü de bu görüşümü desteklemektedir.

Kanımca, eşler arasında fiili bir ilişki olmasa bile, eşler aynı çatı altında birlikte yaşamakla-araları bozuk dahi olsa-garantörlük ilişkisinin devam edeceği yönündeki görüşün kardeşler bakımından da kabul edilmesi ve kardeşlerin aynı çatı altında yaşamaları durumunda, araları bozuk da olsa, birbirlerine karşı garantörlüğünün sürmesi gerektiği kabul edilmelidir. Hatta kardeşler aynı çatı altında yaşamıyor olsalar dahi, aralarında sıkı bağlantı bulunuyorsa ve sık sık haberleşiyorlarsa, birinin başına gelen bir tehlikeyi diğerinin engelleme olanağı varsa engellemesi; aksi halde ölüm neticesi meydana gelmişse bundan sorumlu tutulması gerekecektir. Kanımca boşanma davasının açılmış olması garantörlüğün sona erdiği anlamında yorumlanmalıdır.

Kanımca nişanlılığın garantörlüğe kaynak olması gerekmektedir. Zira, nişanlılık her ne kadar evlilik için zorlayıcı bir hak vermiyor da olsa, nişanlılık MK ile düzenlenmiş olan yasal ve özel bir statüdür ve nişanın bozulması yine MK ile hukuki sonuca bağlanmıştır. Şu halde, yasa koyucu nişanlılığı "*evlilik hazırlığı*" gibi görmüş fakat ona evlilik kadar ağır bir yükümlülük ya da ağır sonuçlar yüklememiştir. Nişanlılığın yasa da tanımlanmış olan "*özel bir statü*" olması nedeniyle, nişanlı çiftler arasında garantörlük yükümlülüğünün varlığı kabul edilmelidir. Aksine bir yaklaşım MK'nın amacıyla da bağdaşmamaktadır.

Kanımca, bu ilişkiler nişanlılıktan farklı düşünölmelidir ve bu nedenle, yasada düzenlenmediği için bu tip ilişkiler bakımından, nişanlılığın aksine, yasal bir garantörlüğün var olmadığını kabul etmek gerekir. Ancak eşcinselliğin yasalarla korunduğı Hollanda gibi toplumlarda bu tip garantörlüğün varlığını kabul etmek zarureti doğacaktır.

B. Tehlike Kaynakları Üzerindeki Egemenlikten Doğan Garantörlükte

Yargıtay 1968 tarihli bir kararında bir gözü görmeyen sarhoş olduğu anlaşılan ehliyetsiz şahsa direksiyonu teslim eden kişinin sorumlu olduğuna karar vermiştir. Ancak Yargıtay sonraki kararlarında bu yöndeki içtihadından -kanımca yanlış olarak- dönmüş ve pek çok kararında ehliyetsiz araç kullanmanın KYTK gereğince ayrı yaptırımı olduğunu ve ehliyetsiz olan kişinin araç kullanmasına izin veren ya da direksiyonu bu kişiye teslim eden kişinin, doğan ölüm sonucundan sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir.

C. Sözleşmeden Doğan Garantörlükte

1. Genel Olarak

Üstlenmenin, kendisine söz verilen bir kişinin eksikliğinden ya da ihmalden kaynaklanan bir durum nedeniyle yerine getirilmemesi halinde ise Hakeri, söz verene sorumluluk yüklenemeyeceği kanısındadır. Örneğin, bir rehber eşliğinde dağa tırmanan bir turist, dağın zirvesinde ve zor bir inişten önce rehberine aslında parası olmadığını ve bunu da ta en baştan beri bildiğini söylemişse, rehberin bu nedenle sözleşmeyi iptal etmesi durumunda ihmalden doğan sonuç nedeniyle sorumluluğuna gidilemeyecektir. Burada olsa olsa TCK m. 98'deki genel kural uygulanır (tehlike altındaki kimseye yardım etmeme)

Oysa kanımca, bu halde de rehberin sorumluluğunu kabul etmek gerekecektir. Rehber, tedbirli davranarak ücretinin en azından yarısını tırmanma öncesinde tırmanıcıdan almalıydı. Ücretinin yarısını almadan tırmanışa geçmemeliydi. Rehberin bunu yapmamış olması onun ihmaldir ve rehberin mesleki ihmali nedeniyle, dağın zirvesinde rehbersiz kalan dağcının ölmesi halinde rehberin ihmali suretiyle adam öldürmeden sorumlu olması gerekecektir. Zira dağcının yaşamının

rehberin sözleşmeyi feshetmesi nedeniyle tehlikeye girdiği açıktır.

Hakeri'ye göre, gönüllü üstlenmeden kaynaklanan garantörlüğün zamansal ve nesnel sınırları bulunmaktadır. Bu nedenle, üstlenilen görevin yerine getirilmesi garantörlüğü sonlandıracaktır. Örneğin çocuğa saat 17'ye kadar bakmayı üstlenen bir bakıcının yükümlülüğü bu saatte sona erer ve bakıcının anne-babanın eve gelmesini bekleme görevi yoktur. Aynısı, mağara araştırmacısını belli bir saatte mağaradan çekmeyi üstlenen bir kimsenin, araştırmacının dalgınlığı, düşüncesizliği ya da geçirdiği bir kaza nedeniyle zamanında çıkışa gelmemesi halinde onu saatlerce mağara girişinde bekleme yükümlülüğü bulunmayışı bakımından da kabul edilmektedir.

Ancak kanımca bakıcı örneği bakımından yazarın görüşü benimsenebilir olarak görünse dahi; mağara araştırmacısı örneğinde yazarın görüşüne katılmak olanaksızdır. Zira bakıcı örneğinde çocuk açısından nesnel olarak (ilk görünüşte ve normal koşullarda) çocuğun evin içinde yaşamsal tehlikeye maruz kalabileceğini söylemek güçtür. Oysa mağaracının zamanında çıkışa gelmemesi halinde ise, mağaranın girişindeki rehberin durumundan kuşkulananması ve mağaracının mağaradan neden çıkmadığını -olanakları dahilinde- soruşturması; hatta gerektiğinde olay yerine yardım ekibi çağırması da bir zorunluluktur. Zira, evdeki birinin -bir çocuk dahi olsa- olağan koşullarda zarar görme olasılığı azdır. Buna karşın, mağaradaki bir düşüp ayağını kırmış, oksijensiz kalmış, yolunu kaybetmiş olabilir.

Yine eve anne-babası geç gelen çocuğun bakıcısının -kanımca- tedbiren çocuğun anne-babasına telefon etmesi ve makul bir süre için onların dönüşünü beklemesi uygun olacaktır. Örneğin anne-baba trafiğe yakalanmış olabilir. Bu durumda, saat 17. 01'de evi terk eden ve ocakta bir yemek bırakarak çıkan bir bakıcının; salt görevinin saat 17'de sona erdiğini söyleyerek sorumluluktan kurtulamaması; çıkabilecek olası bir yangın sonucunda çocuğun ölmesi halinde sorumlu olması gerekecektir.

2. Hekimlerin Garantörlüğü

Hekimlerin garantörlüğü bakımından, kanımca, MK m. 23 hükmü de hiç kimsenin kısmen de olsa özgürlüklerinden vazgeçemeyeceğini buyurucu bir şekilde belirtmektedir. Şu halde, açlık grevine girerek

ölümü seçen kimseye, tıbbi müdahale yönünde bir rızası olmasa da devletin müdahale etmesi, AY m. 12/1, AY m. 17; MK m. 23/2 ve MK m. 24 gereğince bir zorunluluk olarak kabul edilmeli ve bu haldeki birine yardım etmeyen hekim nedeniyle, o kimse ölmüşse hekimin ihmal suretiyle adam öldürme nedeniyle sorumluluğu kabul edilmelidir.

Aşçıoğlu, hekimin adam öldürmeden sorumluluğunun genellikle ihmali bir davranışla ortaya çıkabileceğini savunmaktadır. Yargıtay 4. HD, 13. 3. 1973 tarih ve 1973/2684 E-2978 K sayılı kararında doktorun şok yapması olanağı bulunan bir ilacı verirken hastayı ve yardımcı personelini uarması ve gerekirse enjeksiyonu bizzat yapması gerektiğine işaret ederek, doktorun hastaya verilen ve alerjik özellik taşıyan penisilin içerikli ilacı önce küçük ve hastaya zarar vermeyecek dozda (ilmin gerektirdiği tutarda) vererek, hastanın vücut tepkilerini gözlemlemesi; eğer hasta ilaca herhangi bir olumsuz tepki vermiyorsa, tedavi için gerekli olan doza çıkılabileceğini; hatta ilacın tümünün dahi verilebileceğini; Aksi halde yapılan işin tedavi olmayacağını, bilgisizlik ve ağır kusur nedeniyle ölüme neden olmak olacağını; alerjik bünyelerde at serumu ile hazırlanan tetanos enjeksiyonlarında alerjinin bu şekildeki uygulama ile önlenebileceğini belirtmiş ve ölümden sorumlu olan doktoru uygulamayı bizzat yapmaması veya yapacak kişiyi uarmamış olması nedeniyle tazminata mahkum etmiştir. Aynı gerekçelerin hekimin ihmal suretiyle ölüm sonucundan sorumluluğu bakımından da geçerli olması gerektiği kanısındayım.

Hekimlerin hastaya bakmakla yükümlü olup olmadıkları ve bu noktadaki ihmallerinin cezalandırılıp cezalandırılmayacağına da değinmek gerekmektedir. Buna göre, kural olarak hekimin hastaya bakıp bakmama yönünde bir serbestisi bulunmaktadır. Ne var ki Hususi Hastaneler Kanunu m. 32 ve Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 18'e göre, hekimin acil hallerde ve resmi veya insani yükümlülükler nedeniyle hastalara bakmayı reddedemeyeceği belirtilmektedir. Bu yükümlülük askeri hastaneler için de bulunmaktadır.

Ancak Yargıtay bu gibi durumlarda hastasına yardım etmeyen hekimin sorumluluğunu TCK m. 257 kapsamındaki genel nitelikteki görevin ihmali olarak görmekte ve hekimin garantörlüğünü kabul etmemektedir. Kanımca Yargıtay'ın bu yaklaşımı yanlıştır ve hekimin garantörlüğünün kabul edilmesi gerekmektedir. Hekimlerin hastaya bakmakla yükümlü olup olmadıkları ve bu noktadaki ihmallerinin

cezalandırılıp cezalandırılmayacağına da değinmek gerekmektedir. Buna göre, kural olarak hekimin hastaya bakıp bakmama yönünde bir serbestisi bulunmaktadır. Ne var ki Hususi Hastaneler Kanunu m. 32 ve Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 18'e göre, hekimin acil hallerde ve resmi veya insani yükümlülükler nedeniyle hastalara bakmayı reddedemeyeceği belirtilmektedir. Bu yükümlülük askeri hastaneler için de bulunmaktadır.

Hekim, hastanede yer olmadığını gerekçe göstererek, hastalarını başka bir hastaneye gönderebilecek midir? Yukarıda belirtmiş olduğumuz gerekçelerle, acil hallerde hekimin hastaya müdahale yükümlülüğü bulunmaktadır. Şu halde, hastanede yer olmasa dahi hekim acil müdahaleyi yapacaktır. Hastanede boş yatak olmaması, hekimin hastaya bakmamasını haklı gösterecek bir gerekçe olamaz. Bu nedenle de hasta ölürse, hekimin ölüm neticesinden sorumluluğu olduğunu kabul etmek gerekecektir. Kaldı ki bu durumda hekimden beklenen hastaya esaslı bir müdahale yapmadı değil, yalnızca ilk müdahaleyi gerçekleştirmesidir.

D. Öngelen Tehlikeli Eylemden Kaynaklanan Garantörlükte

Yargıtay CGK son içtihatlarından birinde yola dikkatsizce fırlayan yayaya çarpmamak için sürücü direksiyon kıran ve başka birine çarpıp onun ölümüne neden olan, başka bir deyişle, yola fırlayan ilk yayanın kendi fiili nedeniyle üçüncü bir kişi bundan zarar gördüğü olayda yola fırlayan yayayı, kusurlu bulmuş fakat ölüm neticesinden sorumlu tutmamıştır. Ancak bu kararın yanlış olduğu kanısındayım. Yaya, dikkatsizce yola çıktığı için doğabilecek ölüm neticesinden yayanın sorumlu olması gerekir. Hatta kendisini yola bilerek (örneğin intihar etmek maksadıyla) atmışsa ve ona çarpmamak için direksiyon kıran sürücü üçüncü bir kişiye çarparak onu öldürmüş ya da örneğin kendisi uçurumdan aşağı düşerek (veya başka bir araçla çarpışarak) ölmüşse, kendisini kasten yola atan yayanın ihmali davranışla kasten adam öldürmeden (en azından olası kasıttan) sorumlu tutulması gerekecektir. Aksi halde, CGK kararında olduğu gibi hem yola fırlayan yayanın kusurunu kabul etmek; hem de yayaya taksirden bile ceza verilemeyeceğini belirtmek hakkaniyetle bağdaşmamaktadır.

Tehlike kaynaklarına egemenlikten doğan garantörlük bölümünde (yukarıda Başlık B) belirttiğimiz Yargıtay içtihatlarıyla BGH'nin öngelen tehlikeli eylem nedeniyle garantörlüğe ilişkin içtihatları kıyaslandığında, BGH'nin ölüm neticesi bakımından ihmali davranışta bulunan kişiyi, adam öldürmeden sorumlu tuttuğunu; buna karşın Yargıtay'ın ise -özellikle trafik kazalarında- yola fırlayan üçüncü kişinin kusurlu olduğunu kabul etmekle birlikte, ona ceza verilmesi için bir neden olmadığını belirterek BGH'nin yaklaşımından çok daha sınırlı bir sorumluluğa gittiğini; öngelen tehlikeli eylem ya da tehlike kaynağı üzerindeki egemenlikten kaynaklanan garantörlüğü Yargıtay'ın kabul etmediğinin söylenebileceği kanaatindeyim.

Özellikle trafik kazalarında, öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanan garantörlük, kendisine çarpılan kimsenin ölmesi durumunda, failin normalde taksirden sorumlu olacakken, kasten adam öldürmeden sorumlu tutulmasına neden olabilecektir. Öngelen tehlikeli eylem taksirli dahi olsa, bunu izleyen sonucu önlememe hareketi kasti ise, bu durum daha net belirebilecektir. Örneğin dikkatsizlikle çarptığı bir kimseye durup yardım eden bir sürücü, bu yardımına rağmen mağdurun ölümü söz konusu olursa taksirle öldürmeden sorumlu tutulacakken; hiç durmayarak ve yardım da çağırılmayarak olay yerinden kaçan sürücünün bu eylemi nedeniyle mağdur ölmüşse, öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanan garantörlükten ötürü -kasten kaçmışsa- ihmali suretiyle öldürmeden sorumlu tutulması gerekecektir.

Hatta Hakeri burada, çarparak yaraladığı kişiyi hastaneye götürmeyerek onun ölümüne neden olan kimse hakkında TCK m. 82/1-h'deki "*bir suçu gizlemek amacıyla öldürme suçunun varlığını kabul etmek*" gerektiği kanaatindeyim. Ben de bu yaklaşımın doğru olduğu kanısındayım.

E. Garantörsel İhmali Suçlarda Teşebbüs Bakımından

Garantörsel ihmali suçlarda teşebbüs bakımından, öğretideki basık görüş doğrudan tehlike görüşüdür. Buna göre, garantörsel ihmali suçlarda teşebbüsün başlangıcı olarak korunan yarar bakımından doğrudan bir tehlikenin doğduğu anı esas almak gerekmektedir. (Alman öğretisinde bu görüşü Kühl, Triffterer, Jeschenk/Weigend, SK/Rudolphi savunmaktadır)

Bu görüşe göre, teşebbüsün başladığı an, korunan kişi için doğrudan bir tehlikenin doğduğu veya halihazırda mevcut bir tehlikenin büyüdüğü ve bu nedenle de beklemeye devam etmenin TCK m. 35/1 anlamında “doğrudan başlama” olarak belirdiği andır. Yukarıda verilen hemşire örneği bu açıdan değerlendirilecek olursa, hastanın hayatı için doğrudan ve somut tehlike hastanın gücünün kalmaması halinde değil, hasta bakımından ölüm tehlikesinin mevcut olması halinde mevcuttur denilebilecektir. Bir bisikletliye çarparak ona yardım etme olanağı varken ve çarptığı kimsenin ölümünün olası olduğunu öngörerek olay yerinden kaçan sürücü bakımından öldürmeye teşebbüsün varlığı kabul edilmelidir. Keza çocuğunu emzirmeyen anne açısından da öldürme teşebbüsü, emzirmeme eylemi nedeniyle çocuğun yaşamı bakımından somut bir tehlikenin doğmasıyla başlamış sayılacaktır.

Hakeri, TCK m. 35/1 hükmü ışığında değerlendirildiğinde bu görüşün benimsenmesi gerektiğini savunmaktadır. Ancak somut olayda suçun ne zaman tamamlandığının tereddütlü olabileceğini, bazı olaylarda garantörün derhal harekete geçmesinin gerekli olduğunu da belirtmektedir. (örneğin ağır kanamalı bir hastada, damarın gecikmeksizin bağlanması gerekecektir). Ben de bu görüşün teşebbüs bakımından kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyim.

F. Garantörsel İhmali Suçlarda İştirak Bakımından

Hakeri’ye göre, sonucu önlemeye ilişkin aynı yükümlülüğe sahip iki kişiden birinin icrai diğerinin ihmali tutum içerisinde olması halinde müşterek failliği kabul etmek; fakat bunun dışında, sorunu içtima kurallarıyla çözmek gerekmektedir. Örneğin gardiyanların aralarında anlaşarak birinin mahkumlardan birine bıçak vermesi, diğerinin de mağdur bıçaklanırken müdahale etmemesi durumunda gardiyanlar arasında müşterek faillik kabul edilmelidir. Ben de Hakeri’nin görüşüne katılmaktayım.

G. Garantörsel İhmali Suçlarda İçtima Bakımından

İçtimada incelenmesi gereken ikinci hal, birden fazla ihmali ve icrai suçun içtimaı halidir. Önceki icrai hareketi (örneğin bombalı bir zarf gönderme gibi) bir ihmali hareket izliyorsa (örneğin mağdurun

uyarılmaması) ne yapmak gerekecektir? Kastın eklenmesinden sonra yapılan ihmali hareketlerin ayrı bir suç oluşturması halinde ne tür bir içtima uygulamak gerekecektir? Dönmezer'e göre, bu halde gerçek içtima kurallarının uygulanması gerekir. İçel ise böyle bir durumda kasta dayanan suçun tamamlanıp olup olmamasına bakarak durumu değerlendirmekte, suç tamamlanmışsa taksire ilişkin normların yardımcı norm olması nedeniyle sadece kasıtlı suçtan ötürü sorumluluğu kabul etmektedir. İçel'in görüşünün değerlendirme bakımından karışık ve somut olaya uygulanmasının güç olduğu; bu nedenle Dömezer'in görüşünün benimsenmesi gerektiği düşüncesindeyim.

CEZA SORUMLULUĞUNUN TEMELİ: “KAST”

Mahmut GÖKPINAR*

GİRİŞ

Ceza hukukunda, suç genel teorisinin önemli inceleme konularından belki de en önemlisini kusur-kusurluluk kavramları oluşturmaktadır. Hatta bu konuda, “ceza hukukunda hiçbir konunun failde bulunması gereken irade kadar önemli ve temel bir sorun oluşturmadığı” ifade edilmektedir.¹ Gerçektende bugünün modern suç politikasının temel ilkelerinden birisi kusur ilkesidir. Bu ilkeye göre, gerçekleşen neticeden failin sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması şarttır. Diğer taraftan sorumluluğu kabul edilen faile verilecek cezanın da sergilemiş olduğu kusurla orantılı olması da gerekmektedir. Yani kusursuz bir kişinin cezalandırılması mümkün olmadığı gibi, kusurunun gerektirdiği cezadan daha ağır bir ceza ile cezalandırılması da mümkün olamayacaktır.²

Ceza hukukunda egemen olan, “failin sübjektifliği ilkesi” suçtan söz edilebilmesi için, failin tipe uygun ve zararlı bir fiili gerçekleştirmesinin yeterli olmadığını, ayrıca bu fiilin psikolojik yönden de faile bağlanabilmesi gerektiğini, yani suçu oluşturan fiil ile fail arasında sadece nedensel bir bağın değil, aynı zamanda psikik bir bağın da bulunmasını ifade eder. Bu özellik, ceza sorumluluğunun sübjektifleştirilmesi sürecinin bir sonucudur ve uygarlığın çok önemli bir zaferini

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı doktora öğrencisi.

¹ Dülger, Murat Volkan, “5237 Sayılı YTCK’da Kastın Unsurları Ve Türleri- Özellikle Olası Kastın Değerlendirilmesi”, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Yıl.2, Sy.5, 2005, s. 65.

² Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C.I, İstanbul 1991, s. 33.

oluşturur.³ Bu gelişme, doktrinde hukuk bilincinin oluşması olarak değerlendirilmiştir.⁴ Ancak, bir fiilin suç olarak nitelendirilebilmesi için, kişinin bunu maddi olarak gerçekleştirmesi yetmez, aynı zamanda kusurlu olarak gerçekleştirmiş olması da aranır⁵ şeklinde özetlenebilecek az önceki görüşlere zıt görüşler de ifade edilmektedir. Buna göre, kusur, kişinin haksızlık teşkil eden bir fiili işlemiş olması nedeniyle kendisi hakkındaki kınama yargısıdır. Bu nedenle kişi, fiili, kusuru olmadan işlese dahi ortada bir haksızlık vardır ve dolayısıyla da fiili suç olma niteliğini koruyacaktır. Bu nedenle de, işlediği fiilin hukuki anlam ve muhtevasını idrak edemeyecek düzeyde akli bozuklukla malul olan bir akıl hastasının bir insanı öldürmesi halinde, işlenen fiili suç teşkil etmektedir. Ancak, failin kusur yeteneği olmadığı için, kusurundan söz etmek mümkün değildir.⁶ Diğer taraftan, kusur ve kusurluluk kavramlarının birbirinden farklı kavramlar olduğu da belirtilmelidir. Kusur fail bakımından, kusurluluk ise fiil bakımından söz konusudur.⁷ Kusurluluk, suçun objektif unsurlarını yani, tipiklik, hukuka aykırılık ve maddi unsur yanında gerçekleştirilen fiil ile failin psişik yani ruhsal ve düşünsel bağını ortaya koyan, suçun sübjektif yani manevi unsurunu oluşturmaktadır.⁸ Kusurlu sorumluluğun kabulü ile kişi, ancak kasıtlı veya taksirle ortaya koyduğu için psişik yönden kendinse ait olan fiilden sorumlu tutulmaktadır.⁹ Kusurluluk kavramı kendi içinde ayrımlara tabi tutulmasına rağmen kusurluluğun temel ayrımı olarak *kast* gösterilmektedir.¹⁰ Biz de bu çalışmamızda, ceza sorumluluğunun temeli olan kast kavramının unsurlarını, bu unsurların hangi konuları kapsadığını, özellikle fiilin neticesi bakımından önem arz eden kast-olası kast ve bilinçli taksir ilişkilerini ortaya koymaya çalışacağız.

³ Toroslu, Nevzat, "Cezai Sorumluluğun Gelişimi", *Yargıtay Dergisi*, S. 1-2, Ocak-Nisan 1990, s. 121.

⁴ Erem, Faruk/Danışman Ahmet/Artuk Mehmet Emin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14.Bası, Ankara 1997, s. 430.

⁵ Toroslu, a. g. m., s. 123.

⁶ Özgenç İzzet, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 1998, s. 41.

⁷ Toroslu, a. g. m., s. 123.

⁸ Dülger, a. g. m., s. 69.

⁹ Toroslu, a. g. m., s. 123.

¹⁰ Dülger, a. g. m., s. 66.

I. GENEL OLARAK KAST KAVRAMI, KASTIN UNSURLARI

A. KAST KAVRAMI

Kusurun tipik şekli, kasttır. Kural olarak suçlar kasten işlendiği takdirde cezalandırılır ve dolayısıyla suç tiplerinde ayrıca kasttan bahsetmeye gerek yoktur. Bu bakımdan bir suç tipinde *kasten* ifadesine yer verilmişse, bu durum, o suç tipinin taksirli şeklinin de bulunduğunu gösterir. Örneğin, TCK da yer alan kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarında olduğu gibi. Bu düzenlemelerdeki adı geçen *kasten* ifadesinden anlaşılmaktadır ki yaralama fiili, taksirle de işlenebilmektedir.¹¹

Dünyada pek çok ceza kanununda kast başta olmak üzere kastla ilgili taksir ve benzeri kavramların tanımı yapılmamakta, bu, öğretiyeye ve uygulamaya bırakılmaktadır.¹² Nitekim 765 sayılı Ceza Kanunu'nda kastın doğrudan bir tanımı yapılmamış, 45. maddesinde "*cürümde kastın bulunmaması cezayı kaldırır*" ifadesi kullanılmıştır. Bu nedenle de genel hükümlerinde kastı tanımlamayan kanunlar gurubunda yer almıştır.¹³ Bu dönemde Yargıtay'ın kastı tanımlayan çeşitli kararları bulunmaktadır. Örneğin YCGK kastı, hareket ve netice ile fail arasındaki ruhi bağ olarak tanımlamıştır. (27.1.1984)¹⁴ Ancak karşılaştırmalı hukukta, başta kast kavramı olmak üzere benzeri kavramların tanımlandığı da görülmektedir. Bunun bir tercih sorunu olduğu belirtilmektedir. Alman Ceza Kanunu, örneğin tercihini kastı tanımlamamaktan yana kullanmıştır.¹⁵ 5237 sayılı Ceza Kanunu, tercihini kastı tanımlamaktan yana kullanmıştır. Kast, "*suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir*" şeklinde tanımlanmıştır. Bu gün doktrinde hakim olan görüşe göre kast, "*tipiklikte yer alan objektif unsurların failce bilinmesi ve istenmesi*" veya "*tipiklikteki objektif unsurların bilmeye dayalı olarak istenmesi*" şeklinde tanımlanmaktadır. Başka bir ifa-

¹¹ Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Temel Bilgiler*, 2. Baskı, Ankara 2006, s. 153.

¹² Sözüer, Adem, "Suç Politikası İlkeleri Bağlamında Türk Ceza Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi" başlıklı oturumda yapmış olduğu konuşma, *Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 1. Kitap, Ankara 2004, s. 39.

¹³ Erem/Danışman/Artuk, *a.g.e.*, s. 445.

¹⁴ Avcı, Mustafa, "Öldürme ve Yaralama Suçlarının Manevi Unsuru", *Kamu Hukuku Arşivi Dergisi*, Mart 2005, s. 88.

¹⁵ Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan, "Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesinin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu", *Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2. Kitap, Ankara 2004, s. 340.

deyle kast, fiilin ceza kanunundaki soyut tasvirinde, yani tipiklikte yer alan objektif unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmektir. Öyleyse kast, bilme ve isteme gibi iki unsurdan oluşmaktadır.¹⁶ Doktrinde Ceza Kanunu'nda (bundan sonraki, ifadelerimizde geçen Ceza Kanunu ile kastedilen 5237 sayılı Kanun'dur) yapılan kast tanımı eleştirilmektedir. Bu eleştirilerden bir tanesinde, yapılan tanımın gerek esas gerekse Türkçe kullanım açısından yanlış olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, fail, suçun kanuni tanımındaki unsurları değil, suçu oluşturan fiili gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla kastın varlığı için, failin, kanuni tanımda yer alan suçun objektif unsurlarını değil suçu oluşturan fiili bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiş olması gerekir.¹⁷ İleride ayrıntılarıyla belirtilecek olan *olası kast* kavramı da TCK da tanımlanmıştır. 21. maddenin ikinci fıkrasında, "*kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır.*" denmiştir. Yapılan bu tanımda, failin öngörmesiyle kast arasında bağlantı kurulmuş ancak kastın unsurları olan, bilme ve isteme ile ilgili hiçbir belirlemede bulunulmamıştır. Bu nedenle söz konusu tanım doktrinde eleştirilmektedir.¹⁸

B. KASTIN UNSURLARI

Yukarıda da belirtildiği gibi kast, suçun kanuni tanımındaki unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmektir. Öyleyse kast iki ana unsurdan oluşmaktadır. Bilme ve isteme unsurları. Bilme ve istemenin kapsamına neler dahildir?¹⁹

1. KASTIN BİLME UNSURU

Kast, özeliğini asıl olarak isteme unsurundan almakta ise de, sadece bundan ibaret değildir. Suçu oluşturan fiilin tasavvur edilmesi, yani

¹⁶ Hakeri, *Ceza Hukuku...*, s. 153, 154.

¹⁷ Toroslu, Nevzat/Ersoy, Yüksel, "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı", *Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2. Kitap, Ankara 2004, s. 10.

¹⁸ Bayraktar, Köksal, "Türk Ceza Kanunu Tasarısına İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri", *Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2. Kitap, Ankara 2004, s. 30.

¹⁹ Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, *5237 Sayılı Yeni TCK'YA Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, Ankara 2006, s. 555.

failin bu fiilin daha önceden bir görünümüne sahip olması da gerekir. İşte kastın bilme unsuru genel manada budur ve isteme unsurundan önce gelir. Bilinmesi gereken unsurların neler olduğu, suçun yapısına bağlı olarak değişmektedir. Bu konudaki kesin ölçüt, suçun kanuni tanımıdır. Çünkü suça özelliğini kazandıran ve fail tarafından bilinmesi gereken unsurlar bu tanımda belirlenmektedir. Böylelikle örneğin, adam öldürme suçunda, öldürme kastının varlığı için, failin hareketini yönelttiği şeyin insan olduğunu bilmesi gerekir. Çünkü TCK 81. maddeye göre, bu suçun esas özeliği bir insanın öldürülmesidir. Şu halde, failin bir cesede veya bir heykele ateş ettiği inancını taşıması halinde söz konusu kast toktur. Aynı düşünceden hareketle, hırsızlık suçunda çalınan şeyin başkasına ait olduğunun bilinmesi gerekir.²⁰

Diğer taraftan kanunda suç olarak tarif edilmiş fiilin haksızlık teşkil ettiğine dair tüm unsurların bilinmesi gerekir. Kanuni tarifte yer almakla birlikte, fiilin haksızlık içeriğine etkisi olmayan unsurların bilinip bilinmediğinin kast açısından önemi yoktur. Suçun haksızlık içeriğini belirleyen unsurlar fail tarafından bilinmeli ki kastın varlığından söz edilebilsin. Bu bilginin üst düzeyde bir bilgi olması gerekmez. Ortalama, vasat bir bilgi yeterlidir. Örneğin, resmi evrakta sahtecilik suçunun var olabilmesi için, sahte olarak tanzim edilen belgenin hukuken kendinse kıymet atfedilebilecek bir belge olduğunun failce bilinmesi gerekir. Bu belgenin aynı zamanda, “resmi evrak” niteliğine sahip olup olmadığının bilinmesi önemli değildir.²¹ Yani, failde, kanunda kullanılan kavramlar çerçevesinde bir *bilme* aranmamaktadır. Örneğin bir otonun tekerinin havasını boşaltan fail, mala zarar verme suçunu (TCK m. 151) işlemediğini, zira otomobile bir zarar vermediğini iddia edebilir. Ancak burada failin kastı için gerekli olan “bilme”sinin var olduğu açıktır. Çünkü fail fiili ile aracın geçicide olsa kullanılmayacağına bilmektedir. Buda hukuken zarar verme olarak anlaşılmaktadır. Fail yaptığının farkındadır ama bunu bir zarar olarak görmemektedir. Ancak bu durum kastının varlığı açısından önemsizdir.²² Hemen belirtmelidir ki, bir fiilin haksızlık içeriğini belirleyen unsurların bilinmesiyle, bu fiilin bizatihi haksızlık teşkil ettiğinin bilinmesi birbirinden

²⁰ Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 2006, Ankara, s. 185, 186.

²¹ Özgenc, İzzet, “Kast-Taksir Kombinasyonları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, C. 6, S. 1-2, 1998, s. 345,346.

²² Hakeri, *Ceza Hukuku...*, s. 154, 155.

farklılık göstermektedir. Kişi gerçekleştirdiği fiilin bütün unsurlarını bilmesine rağmen, bu fiilin bir haksızlık ve dolayısıyla suç teşkil ettiğini bilmeyebilir ve bunun kast açısından herhangi bir önemi yoktur. Örneğin, 1475 sayılı İş Kanunu'nda (m. 85), İş ve İşçi bulma kurumu dışında, özel kişilerin, kazanç amacı olmaksızın dahi, işçiye iş, işe işçi bulma konusunda faaliyette bulunmaları yasaklanmış, hapis ve para cezası öngörülmüştür. Bu durumda, kişi yasak konusu bu fiilleri işlerken insani değerlendirmelerle, sadece başkasının iş bulmasına yardımcı olmak amacıyla hareket etmiş olsa dahi, kanunda tarif edilen suç gerçekleşmiş olacaktır.²³ Failde, hukuka aykırılık bilinci olmalıdır. Bu bilinç, failin ceza kanununun belli bir maddesini ihlal ettiğini bilmesi demek olmayıp, haksız, zararlı, caiz olmayan bir şey yaptığının farkında olmasıdır. Yargıtay çeşitli kararlarında hukuka aykırılık bilincini, kast kapsamı içinde değerlendirmiştir.²⁴ Bu kararlardan bazıları:

“Eşinin izin vereceği inancıyla, onun imzasını taklit ederek bankadan para çeken sanığın, suç işleme kastıyla hareket ettiği kabul olunamaz”²⁵

“Ev sahibi olan sanığın, müşterinin evine, aralarındaki ilişkinin iyi olduğuna güvenerek, onun olmadığı bir zamanda tamirat için girmesi olayında konut dokunulmazlığını bozma kastıyla hareket ettiği kabul olunamaz.”²⁶

“Miktarları ve cinsi de göz önünde tutulduğunda, Gaziantep pazarında serbestçe satılan bazı malları, satın alıp naklederken yakalanan sanığın suç işleme kastıyla hareket ettiği kabul olunamaz.”²⁷

“Seçim bittikten sonra muhafazası lazım gelen oy pusulalarını sanığın yakmasının, lüzum kalmadığı yolundaki kanaatinden ileri geldiğini müdafaa beyan eylemesine göre, bu müdafaa hilafında kastı cürümü takip ettiği hakkındaki sübut delilleri gösterilmeksizin mahkûmiyet kararı verilmesi yolsuzdur.”²⁸

Açıklanan bu nedenlerden dolayıdır ki, fiilin haksızlık içeriğine etkisi olmayan hususların bilinip bilinmediğinin herhangi bir önemi yoktur. Örneğin, bireysel cezasızlık nedeninin veya cezada indirim

²³ Özgenç, a. g. m., s. 346.

²⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 557

²⁵ YCGK, 10.6.1985, Artuk/Gökçen /Yenidünya, s. 557.

²⁶ YCGK, 31.3.1975, Artuk/Gökçen /Yenidünya, s. 557.

²⁷ YCGK, 15.4.1974, Artuk/Gökçen /Yenidünya, s. 557.

²⁸ Y.3.CD, 18.1.1951, Artuk/Gökçen /Yenidünya, s. 558.

yapılmasını gerektiren nedenlerin,²⁹ cezalandırılabilme şartlarının, muhakeme şartlarının,³⁰ hukuka uygunluk nedenlerinin, hafifletici nedenlerin³¹ fail tarafından bilinmesi gerekmez.

Fail, kendisi dışındaki Dünyadan algıladığı şeyleri bilecektir. Yani, bir şeyin, insan, hayvan, erkek vs. olduğunu bilecektir. Ancak bunların kanuni tanımında nasıl değerlendirildiğini bilmesi gerekmez. Bu bakımdan suç tipinin ya da bu unsurlardan birinin yorumunda hataya düşmesi sorumluluğu etkilemez. Örneğin yeni doğmuş çocuğunu hilkat garibesini olması nedeniyle öldüren annenin, söz konusu varlığın kanunda bir insan olarak kabul edilip edilmediğini bilmesi önemli değildir.³² Diğer taraftan fail, hareketin konusunu ve buna ait özellikleri de bilmelidir. Hareketin konusu ise, tipe uygun hareketin üzerinde gerçekleştiği şeydir.³³ Öldürdüğü canlının insan olduğunu bilmeyen kimsenin kasten adam öldürme suçunun ya da aldığı şeyin başkasına ait olduğunu bilmeyen kimsenin hırsızlık suçunun faili olması mümkün değildir.³⁴ Bazı suçlarda ise somut bir konu yoktur ama hukuksal bir menfaat mevcuttur. Örnek yalan yere yemin etme suçu (TCK m. 275).³⁵ Failin neticeyi de düşünmüş ve öngörmüş olması gerekir.³⁶ Bu durum, suç tipinin kanuni tanımında failin gerçekleştirdiği hareketin yanı sıra suçun oluşumu için bir de neticenin gerçekleşmesi isteniyorsa ki bu tip suçlar zarar suçlarıdır önem kazanmaktadır. Fail, suçun maddi unsurunu oluşturan hareketin yanı sıra gerçekleştirdiği hareketin sonucu oluşabilecek neticeyi de bilmesi gerekir. Bu netice icrai

²⁹ İçel, Kayhan/Özgenç İzzet/SÖZÜER Adem/Mahmutoğlu Fatih S./Ünver Yener, *Suç Teorisi*, 2. Kitap, İstanbul 1999, s. 240.

³⁰ Özbek, Veli Özer, *TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, C. I, Genel Hükümler, 2006, s. 279.

³¹ Hafifletici nedenlerin bulunması sadece failin cezasının indirilmesinde etkili olacaktır. Örneğin fail, çalmış olduğu eşyanın değerinin hafif olduğunu bilsin veya bilmesin, YTCK m. 145, TCK m. 522 gereğince değerinin hafif olmasından yararlanacaktır. Dülger, a. g. m., s. 281.

³² Artuk/Gökçen /Yenidünya, s. 555.

³³ Özbek, a. g. e., s. 278.

³⁴ Hakeri, *Ceza Hukuku...*, s. 154.

³⁵ Hareketin konusu ile suçla korunan hukuki menfaat kavramları birbirlerinden farklıdır. Hukuki menfaat, yasa koyucuyu, tipi düzenlemeye iten soyut menfaati ifade eder. Bu kasten adam öldürme suçu bakımından insan hayatı, hırsızlık suçu bakımından ise mülkiyet hakkıdır. Özbek, a. g. e., s. 278.

³⁶ Hakeri, *Ceza Hukuku...*, s. 154.

suçlarda ve ihmal suretiyle icrai suçlarda, kanunun yasakladığı, gerçekleşmesini istemediği netice, ihmal suçlarında ise, failin gerçekleştirmek istemediği fakat kanun tarafından gerçekleşmesi istenen neticedir. Burada kastedilen, kanuni tanımda öngörülen ve hareket sonucu oluşan neticedir, yoksa bir zararın oluşması değildir. Bir zararın oluşmasının ağırlatıcı neden olarak görüldüğü durumlarda failin neticeyi öngörmesi gerekmez.³⁷ Nitekim Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 8.11.1962 tarihli bir kararında kastı, suç teşkil eden fiilin, neticelerinin bilerek ve istenerek işleme iradesidir şeklinde tanımlamıştır.³⁸ Kast, netice bakımından kendi içinde doğrudan ve olası kast şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Yani, kanunda suç olarak öngörülmüş, tarif edilmiş, belli bir fiilin neticesinin gerçekleşeceği mutlak bir surette düşünülmüşse, doğrudan kast, bu neticenin gerçekleşmesi muhtemel adledilmesine rağmen, gerçekleşmesine katlanılmışsa da olası kast vardır. Doğrudan kastın varlığı halinde, işlenmesi kararlaştırılan fiilin neticesi, mutlak surette bilinmektedir. Örneğin A.'yı öldürmek için silahını bu kişiye doğrultup ateşleyen B., bu fiilin neticesinde A.'nın öleceğini mutlak surette değerlendirmiş, bilmıştır.³⁹

Yukarıda, failin, hareketin konusunu ve buna ait özellikleri de bilmesi gerektiğini ifade etmiştik. Yani fail, suçu oluşturan eylemin, icra edilmiş şekline ilişkin olarak kanuni tanımda belirtilen hususların da bilincinde olması gerekir. Örneğin icbar suretiyle irtikâp suçunun oluşabilmesi için, bir kimse, 765 sayılı Kanun'daki ifadeyle, “*memuriyet sıfatını veya görevini kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına haksız olarak para verilmesine veya sair menfaatler sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar etmelidir.*” (TCK m. 275, ETCK m. 209). Fail, bu suçu işlerken bütün bu hususların bilincinde olmalıdır. Bunlar suçun basit şekline ilişkin olabileceği gibi, suçun nitelikli unsurlarına ilişkin de olabilir. Örneğin hırsızlık suçunda çaldığı şeyin değerinin çok yüksek olduğunu bilmesi gerekir.⁴⁰ Diğer taraftan fail, gerçekleştirmiş olduğu fiil ve bunun kanunda gösterilmiş olan modalitesi ile ilgili özellikleri bilmelidir. Yani fail, hareketin zamanı, yeri

³⁷ Dülger, a. g. m., s. 79.

³⁸ Avcı, a. g. m., s. 88.

³⁹ Özgenç, a. g. m., s. 347.

⁴⁰ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver, a. g. e., s. 238.

ve kullanılan araca ilişkin hususları da bilmelidir.⁴¹Yine bu bağlamda olmak üzere, fail, bir neticenin gerçekleşmesinin önemli olduğu suçlarda, gerçekleştirdiği fiili ile netice arasındaki nedensellik bağına bilmelidir. Ancak nedensellik bağlantısındaki önemsiz sapmalar, kastın varlığını etkilemez. Örneğin fail, öldürmek istediği kişiye elindeki demir ile vurur ve bu darbe üzerine fail yere düşer. Mağdurun öldüğünü zanneden fail, suç delillerini ortadan kaldırmak için cesedi denize atar. Ancak mağdur, aslında aldığı demir darbesiyle değil, denize atma sonucu boğularak ölmüştür. Bu gelişme kastın varlığını etkilemez.⁴²

Suçun kanuni tanımında suçun oluşabilmesi için, failin kendisine veya mağdura ait bir takım tanımlamalarda bulunmuşsa bunların da fail tarafından bilinmesi kastın varlığı bakımından önem taşımaktadır.⁴³ Örneğin resmi belgede sahtecilik suçu açısından TCK m. 204 fıkra 2 kapsamındaki bir suç için, failin kendisinin memur olduğunu bilmesi, kasten adam öldürme suçunun nitelikli hali bakımından mağdurun alt ya da üst soydan biri olduğu bilmesi,⁴⁴ suçun reşit olmayan bir kimseye karşı işlenmesi hususlarının failce bilinmesi gerekir.⁴⁵ Ancak failin fiilini, şahısta yanılma veya sapma ile gerçekleştirmesi halinde, mesele aşağıda ayrıntılarıyla anlatılacak olan TCK m. 30 fıkra 2 gereğince çözülecektir.⁴⁶ Bazen bu hususların bilinmesi suçun niteliğinin değişmesine de neden olur. Bu durumda değişen suç açısından failin kastı söz konusu olacaktır. Örneğin, kasten adam öldürmenin cumhurbaşkanına suikast suçuna dönüşmesi için, failin öldürdüğü kimsenin devlet başkanı olduğunu bilmesi gerekir. Aksi halde TCK m. 310'a göre değil, TCK m. 81 veya 82'ye göre cezalandırılır.⁴⁷ Ağırlaştırıcı nedenlerin fail tarafından bilinmesinin gerekip gerekmediği konusunda ise ikili bir ayrıma gidilmektedir. Buna göre, netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar bakımından, TCK m. 23 gereğince failin ağırlaşan netice bakımından en azından taksir şeklinde kusurunun bulunması gerektiğinden, ağırlatıcı nedenlerin fail tarafından bilinmesi gerekmez.

⁴¹ Özbek, *a. g. e.*, s. 277.

⁴² İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *a. g. e.*, s. 238.

⁴³ Suçlar kural olarak herkes tarafından işlenebilir. Ancak bazı suçlar ancak belli kişiler tarafından işlenebilir ki bunlara özgü suçlar denir. Özbek, *a. g. e.*, s. 277.

⁴⁴ Dülger, *a. g. m.*, s. 80.

⁴⁵ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *a. g. e.*, s. 238.

⁴⁶ Dülger, *a. g. m.*, s. 80.

⁴⁷ Artuk/Gökçen /Yenidünya, s. 555.

Bu konuda failin objektif özen yükümlülüğünün bulunduğu ortaya konması gerekecektir. Öte yandan eğer ağırlatıcı neden suçun konusuna ilişkin ise, bu durumda ağırlatıcı nedenin de fail tarafından bilinmesi gerekir. Örneğin TCK m. 244fıkra 3'ün uygulanabilmesi için, failin işleyişini engellediği ya da bozduğu bilişim sisteminin bir banka ya da kredi kurumuna veya kuruluşuna ait olduğunu bilmesi gerekir.⁴⁸ Ancak Yargıtay bir kararında bu esasa aykırı bir görüş benimsemiştir. Söz konusu 5. CD'si kararı şu şekildedir: *"Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Dairemizce de benimsenen 15.11.1962, 5/4 ve 15.10.1962,5-54/53 gün ve sayılı içtihatlarında da açıklandığı üzere, suç faillerinin kaçırıldıkları kadınların, evli olduklarını önceden bilmemiş olmalarının suçun evli kadına karşı işlenmiş olması durumunu ortadan kaldırmayacağına göre ve TCK'nun 429. maddesinin ikinci fıkrasında evli kadının kaçırılması hali için ağırlaşan ceza öngören yasa koyucunun, suç failinin bu suçtan ceza görebilmesini, TCK'nun 440-441/2. maddelerinde olduğu gibi, kaçırıldığı kadının evliliğini bilmesi koşuluna bağlamadığına göre, 429. maddenin ikinci fıkrası yerine birinci fıkrası ile uygulama yapılması yasaya aykırıdır."*⁴⁹

2. BİLME UNSURU BAKIMINDAN KAST, HATA, SAPMA İLİŞKİLERİ

Bu başlık altında kastın bilme unsuru bakımından, kast, hata, sapma ilişkileri incelenecektir.

a. Hata Kast İlişkisi

Hata durumunda kişi, bir zan üzerine hareket etmektedir, irade suçun konusunun kimliği veya niteliği konusunda yanılığa düşmekte ve bunu hareket esnasında hiç fark edememektedir. Diğer bir ifadeyle, gerçeğin bilinmemesi nedeniyle yanlış bir hüküm verilmektedir. Örneğin çalılıktaki kıpırtıyı bir hayvana ait *zannederek*, o tarafa doğru ateş edip bir insanı öldüren kişinin durumu hata kavramı içinde değerlendirilmelidir.⁵⁰ Doktrinde söz konusu durumu unsur yanılığı

⁴⁸ Dülger, a. g. m., s. 80.

⁴⁹ 20.4.1983, 563/1344, Özgenc, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler*, 2. Bası, Ankara 2005, s. 295.

⁵⁰ Özar, Süleyman, "Türk Ceza Hukukunda Sapma", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 66, 2006, s. 227, 228.

olarak tarif eden görüşler de bulunmaktadır. İşte bu yanlış, kastın varlığına engel olmaktadır. Bu yanlış halinde kastın işlenmiş bir haksızlıktan bahsetmek mümkün olamayacaktır. Failin bilgisi veya tasavvuru gerçeğe uysaydı, işlemiş olduğu fiilin bir haksızlık teşkil etmeyeceği muhakkaktır. Ancak meydana gelen netice açısından, gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olsaydı böyle bir netice ile karşılaşılmazdı şeklinde bir yargıya ulaşılabiliyorsa bu durumda taksirle işlenmiş bir haksızlık söz konusu olur ve söz konusu hukuki değer taksirle ihlali kanunda suç olarak tarif edilmişse failin ancak bu nedenle sorumluluğuna hükmedilebilir. Örneğin, vestiyerdeki paltoyu kendi paltosu zannederek alan bir kişinin taksirli hareket ettiği sonuca varılsa bile TCK' da hırsızlık fiilinin ancak yararlanma kastıyla işlenebileceği belirtildiği için, failin cezai sorumluluğuna hükmedilemeyecektir.⁵¹ Yukarıda ifade edilmeye çalışılan durum, TCK m. 30, 1. fıkrada "*Fiilin icrası sırasında suçun kanunî tanımındaki unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır*" şeklinde belirtilmiştir.⁵² Söz konusu maddenin 2. fıkrasında suça etki eden sebeplerde hata 3. fıkrasında ise, hukuka uygunluk sebeplerinde veya kusurluluğu etkileyen sebeplerde hataya düşülmesi halini düzenlenmektedir. Bu üç fıkra da fiili hataya ilişkindir. Fiili hata bir algılama hatasıdır. Bu hata yüzünden suçun unsurlarından bir veya daha fazlasına ilişkin yanlış ortaya çıkmaktadır. İşte bu yanlış, kastı kaldıran esaslı bir hatadır. Bu, şahısta yapılan önemsiz/esassız hata, fiili hata değildir anlamına da gelmektedir. Maddi konuda hata ancak, yukarıdaki örneklerde verilen, konuların değiştirilmesinin suçun bir kurucu unsuru üzerinde etkili olması durumunda, ceza hukuku açısından esaslı hale gelir ve fiili hayata dönüşür.⁵³ Bu bakımdan kişinin, mağdurun kimliğinde yanlış olması kastının varlığını etkilemez. Örneğin A.'yı öldürmek isterken, yanlış olarak B.'yi öldüren kişi mağdurun kimliğinde yanlışmıştır. Bu durum ise, kanuni tarife uygun haksızlığın gerçekleşmesi bakımından herhangi bir öneme haiz değildir. Çünkü suçun kanuni tarifindeki unsurların dışında bir somutlaştırmaya, müşahhaslaştırmaya gidilemez.⁵⁴ Türk doktrininde fiili hata olarak adlandırılan bu durumlar Alman doktrininde *tipiklikte yanlış* olarak adlandırılmakta ve kastın

⁵¹ Özgenç, a. g. m., s. 350.

⁵² Özar, a. g. m., s. 230, 231.

⁵³ Özar, a. g. m., s. 229, 230.

⁵⁴ Özgenç, a. g. m., s. 351.

bilme ögesinin aksi yönünü oluşturmaktadır. Bu nedenle çeşitli eleştiriler yöneltilmektedir. Buna göre, kastın bilme ögesinin, suçun kanuni tanımındaki unsurlara ilişkin olması aranırken yanılmanın, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlara ilişkin olarak aranmış olması ciddi bir çelişkidir. Söz konusu madde de açıkça maddi unsurlardan söz edildiği için suçun maddi konusu üzerindeki yanılmanın failin cezai sorumluluğu üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır şeklinde yanlış anlamalara yol açacağı ifade edilmektedir.⁵⁵ Bu eleştiri ise şöyle karşılanmaktadır. Fail işlemiş olduğu fiille ilgili olarak bir hukuka uygunluk sebebi varsa, failin, bu hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarının gerçekleştiğinin bilincinde olması gerekmektedir. Yani bu şartlar konusunda bilgi, kast kapsamında değerlendirilen bir bilgidir. Bu nedenle, işlemiş olduğu fiil açısından bir hukuka uygunluk sebebinin maddi şartları aslında gerçekleşmediği halde, bu şartların gerçekleştiği zannıyla hareket eden kişinin işlemiş olduğu suç açısından kastının varlığından bahsedilemez. Belirtilen nedenlerle, TCK da kastın tanımı yapılırken “suçun kanuni tanımındaki unsurlar” ibaresi kullanılmışken hatanın tanımın yapıldığı TCK m. 30 birinci fıkrada ise, “suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlar” ibaresi kullanılmıştır.⁵⁶

Bazen de fail yanılmamış olsaydı, başka bir suç meydana gelecekti diyebileceğimiz durumlar ortaya çıkabilir. Söz konusu halde ise, failin hatası ortaya çıkan sonuç bakımından esaslıdır ve örneğin bu yanılığın nedeniyle suçun ağırlatıcı halini işleyen kimse suçun basit şeklinden sorumlu tutulacaktır. Ama suçun oluşumu açısından hata esasız olduğundan cezai sorumluluğuna hükmedilecektir. İrade ile gerçek irade arasındaki farkın fail lehinde çözümlendiği durumları, TCK'nın 30/2. maddesi açıkça teyit etmektedir. Söz konusu fıkraya göre, “bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır”. Böylelikle hafifletici veya ağırlatıcı sebepler hakkındaki hatanın da fail lehine değerlendirilmesi gerektiği öngörülmüştür. Bu durumda, olayda suça etki eden bir neden olmadığı halde var zanneden veya böyle bir neden olduğu halde bunu bilmeyen veya yok zanneden kişi, bu hatasından yararlanır. Örneğin sıradan bir taşı, altından yapılmış zannederek çalan kişi, 145. maddede öngörülen hafifletici sebepten yararlanacaktır. Keza annesini öldürmek

⁵⁵ Tezcan/Erdem, a. g. m., s. 345.

⁵⁶ Özgenç, *Gazi Şerhi...*, s. 297.

isteyen bir kişiye, karanlıkta annesini zannettiği kadını öldürdüğünde, 82. maddedeki ağırlaştırıcı sebep uygulanmayacaktır.⁵⁷ TCK m. 30, 2 ve 3. fıkralarda, özetle kanuni tanımın fiili unsurlarında hata hali düzenlenmiştir.⁵⁸ TCK m. 30/3'te ise, *“Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ilişkin koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.”* şeklindedir. Bu fıkroda, hukuka uygunluk sebeplerinde veya kusurluluğu etkileyen sebeplerde hataya düşülmesi hali düzenlenmiştir. Bu da fiili hatanın bir türüdür. Fiili hukuka uygun kılan bir sebep olmamasına rağmen, failin böyle bir sebebi varsayması söz konusudur. Örneğin, asayişin olmadığı karanlık ve ıssız bir dar sokakta yürüyen kişi, arkadan koşarak gelmekte olan kimsenin kendisine saldıracağını zannettiğinde, meşru müdafaaanın olduğu konusunda yanılmaktadır ve bu hatasından m. 30/3 gereğince yararlanacaktır. Ancak söz konusu fıkrada mazur görülen hata, bir hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarının oluşup oluşmadığı noktasındaki hatadır. Yoksa yeni bir hukuka uygunluk sebebi yaratan ya da var olanı genişleten fiiller, fiili hata değil, kural hatasıdır. Örneğin acı çeken bir hastanın ötenazi talebini uygulayan doktor, kanunun bu fiili hukuka uygun kabul ettiğini düşünerek davranmış olsa da bu hatasından yararlanamaz.⁵⁹ Bu örnekteki doktorun fiili, hukuka uygunluk nedenini öngören normlarda hatadır. *Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesi gereğince fiili/esaslı hata sayılmayacaktır.*⁶⁰ Ancak TCK'nun 30. maddesine 5377 sayılı Kanun'la eklenen, *“işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişi, cezalandırılmaz”* şeklindeki hükümlerle, 4. maddedeki ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz kuralının yumuşatıldığı belirtilmektedir. Buna göre, kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralı, ceza sorumluluğu için failin kanunu bilip bilmediğinin araştırılması zorunluluğunu kaldıran, kastın şümulü kuralını sınırlayan, hukuka aykırı fiilin tipikliğinin bilinmesi konusunda objektif sorumluluk yaratan bir kuraldır. Mademki ceza sorumluluğunun temeli kast sorumluluğuna dayandırılmaktadır öyleyse kişinin meydana gelen

⁵⁷ Özar, a. g. m., s. 231, 233.

⁵⁸ Aydın, Öykü Didem, *“Ceza Hukukunun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu Tasarısı”*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 53, 2004, s. 79.

⁵⁹ Özar, a. g. m., s. 234, 235.

⁶⁰ Aydın, a. g. m., s. 79.

fiilden dolayı cezalandırılabilmesi için davranışının meydana getirdiği sonucu bilmesi ve istemesi gerekmektedir. Fiilin yasaklandığını haklı olarak bilmeyen kimsenin kasıtlı davrandığı söylenemez.⁶¹ Bu görüşler aslında kast teorisi çerçevesinde toplanmaktadır ve sonuç olarak, fiilin suç olduğunu bilmeyen kimse haksızlık bilincine sahip değildir ve bu kimsenin yaptığı hata kaçınılabilir olsa dahi fiilinden dolayı kasten sorumlu tutmak mümkün olmayıp, taksirli sorumluluk halleri saklıdır.⁶² Söz konusu bu değerlendirmeler eleştirilmiştir. Her şeyden önce kast teorisi, fiilin suç olduğunu bilmemekle, fiilin maddi nitelikteki unsurlarını bilmemeyi eş tutmaktadır. Her iki durumda kastı ortadan kaldırmaktadır. Bu durum bir ispat sorununu beraberinde getirecektir. Öyle ki, failin haksızlık bilincine sahip olarak fiili olarak işlediğini, her türlü makul şüpheyi yenerek ispatlamanın zorluğu açıktır.⁶³ TCK m. 30'a eklenen 4. fıkra gereğince, kural üzerindeki hatanın ceza sorumluluğunu kaldırabilmesi için, kaçınılmaz olması gereklidir. Buna göre, hataya düşmekte kusurlu olan fail, fiilden dolayı kasten sorumlu olacaktır. Çünkü kural üzerindeki hata, fiil üzerindeki hatanın aksine kastı kaldıran değil, kusurluluğu etkileyen bir neden olarak kabul edilmektedir. Kusurluluğu kaldırması için ise hataya düşülmesinde taksir düzeyinde bir kusurun olmaması gerekir. Hataya düşülmesini kaçınılmaz kılan, herkes açısından geçerli olan objektif nedenler olabileceği gibi, kişinin içinde bulunduğu koşullardan kaynaklanan subjektif nitelikteki nedenler de yapılan hatayı mazur gösterebilir. Kural üzerinde hatanın kaçınılabilir olması durumunda, fiilden dolayı kasten sorumlu tutulan failin cezasında bir miktar indirim yapılması mümkündür. Doktrinde, TCK'nın kural üzerindeki hatanın mazeret sayılmasını mümkün kılan bu düzenlemesinin, uygulamada ne sonuçlar doğuracağını bilmenin henüz mümkün olmadığı, buna karşılık kanunların mutlak şekilde uygulanmasının gerekliliği karşısında TCK m. 30/4'ün ancak sınırlı hallerde uygulama alanı bulabileceği belirtilmektedir.⁶⁴

⁶¹ Güngör, Devrim, "Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 68, 2007, s. 135, 151.

⁶² Özgenç, Gazi Şerhi..., s. 318.

⁶³ Artz, "Ignorance Or Mistake Of Law", *The American Journal Of Comparative Law*, 1976, s. 655'ten nakleden, Güngör, a. g. m., s. 152.

⁶⁴ Güngör, a. g. m., s. 159.

b. Sapma Kast İlişkisi

Hedefte sapma halinde ise, bir yanılığ söz konusu değildir. Hareket, neticesini istenen konu üzerinde değil, sapma sonucu bir başka konu üzerinde gerçekleştirmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 10.12.1990 tarihli bir kararında söz konusu durumu, *hedefte hata* hali olarak adlandırmıştır.⁶⁵ Bu durum için doktrinde, *isabette hata* ifadesi de kullanılmaktadır.⁶⁶ Söz konusu bu kararda, "*hedefte hata, kişide hatadan tamamıyla ayrıdır. Burada fail kişiyi karıştırmamıştır. Hedeften sapan, failin iradesi değil, fülidir*" denmiştir.⁶⁷ Hatada fail bir zan üzerine hareket etmekteyken, sapma halinde bir zanla hareket etmemekte iradesi ile eşya arasında aslında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır ama dışsal bir sebeple uyumsuzluk çıkmaktadır. Örneğin A.'ya ateş edip B.'yi öldüren kişinin içine düştüğü durum, böyle bir durumdur. Öyleyse sonuçları aynı olsa da, hata ile sapma farklı olup, hata içsel, sapma ise dışsaldır.⁶⁸

Sapma da tıpkı esaslı olmayan hata gibi kusurluluğu etkilemez. Çünkü mağdurun şahsına göre, cezanın belirlenmesi usulü ceza hukukunda yoktur.⁶⁹ Bütün unsurlarıyla gerçekleşmiş bir suçun varlığını ortadan kaldıramaz. Sapma olmasaydı fiil suç olmayacaktı denemez.⁷⁰ Hedefte sapma sonucu, ortaya tek netice çıkmışsa *tek neticeli sapma*, ancak bazı durumlarda fiilin işlenişiyile kastedilen neticenin yanında başka bir netice daha gerçekleşmiş olabilir. Buna da *çift neticeli sapma* denir. Örneğin, bir camı kırmak için atılan taşın bir kişiye isabet etmesi halinde tek neticeli sapma, A.'yı öldürmek için ateşlenen silahtan çıkan merminin A.'ya isabet etmesinin yanı sıra, B.'ye isabet etmesi durumunda ise çift neticeli sapma vardır.⁷¹ ETCK döneminde tek neticeli sapma hallerinde, madde 52 çerçevesinde uygulama yapılıyor ancak bu konuda da duraksamalar yaşıyordu. Örneğin, saldırganlara ateş etmek isterken, kendisini kurtarmak isteyen gece bekçisini öldüren sanığın kasten adam öldürme suçundan cezalandırılması

⁶⁵ Özgenç, a. g. m., s. 353.

⁶⁶ Erem/Danışman/Artuk, a. g. e., s. 613.

⁶⁷ Özgenç, a. g. m., s. 353.

⁶⁸ Özar, a. g. m., s. 227, 228.

⁶⁹ Erem/Danışman/Artuk, a. g. e., s. 613.

⁷⁰ Özar, a. g. m., s. 226.

⁷¹ Özgenç, a. g. m., s. 353, 358.

uygun bulunmuşken (CGK, 15.2.1982), bir şahsa ateş etmek isterken, elinden tabancasının tanıklar tarafından alınmak istemesiyle çıkan karışıklıkta tabancanın patlamasıyla bir başka şahsın ölmesi olayında taksirle ölüme sebebiyet verme değil, kasten adam öldürmenin olduğu kabul edilmiştir (CGK, 1.11.1971). Yeni Ceza Kanunu'yla birlikte bu hususta öncekinden farklı bir yol izlemenin mümkün olabileceği belirtilmektedir.⁷² Bir görüşe göre, tek neticeli sapma halinde, az önce verilen örnek bakımından, kişi teşebbüs derecesinde kalmış *nası ızzar* suçundan ve ayrıca, muhtemel kastla ya da taksirle gerçekleştirdiği müessir fiil suçundan sorumlu tutulması gerekir.⁷³ Diğer bir görüşe göre ise, failin sadece meydana gelmiş neticeden sorumlu tutulması gerekir. Bu fiil ise, gerçekleştirilmek istenen neticenin, başka bir maddi konu üzerinde gerçekleştirilmesinden ibarettir. Bu nedenle fail lehine bir çözümlemeyle failin işlemek istediği tek suçtan sorumluluk doğmalıdır. Çünkü tek neticeli sapmada bütün unsurları ile oluşmuş bir suçun sadece konusu değişmektedir. Tıpkı şahısta hata gibi tek neticeli sapmada da fiilin bir başka kişiye karşı işlenmiş olması kusurluluğu etkilemez. Tek neticeli sapmada, ortada biri kastedilip de gerçekleşmeyen netice bakımından teşebbüs halinde kalmış bir suç, diğeri de kasıtlı olmayarak gerçekleşen netice bakımından taksirli bir suç olmak üzere iki suç bulunuyor değildir. Ortada tek netice ve tamamlanmış tek suç vardır, bu da, sübjektif olarak kurgulanan ve fakat diğer bir şey veya kişi üzerinde gerçekleşen neticeden başka bir netice değildir. Dolayısıyla bu çözümde yeni bir manevi unsur icat edilmiş değildir. Bu nedenlerle, suçun kast olunan kişiye karşı işlenmiş varsayılması en uygun çözümdür. Hali hazırda bunu engelleyecek bir yasa hükmü yoktur. O halde uygulamada, ETCK'nın 52. maddesindeki sonuçlara uygun olarak gelmiş görüş ve kararların devam etmemesini gerektirecek zorunlu bir sebep yoktur.⁷⁴ ETCK döneminde 52. madde çerçevesinde gelişmiş bu içtihadı bir örnek vermek istiyoruz. Yargıtay 1. CD'nin 21.9.1981 tarihli kararı şöyledir: "*S'nin M'yi yaralamak amacıyla tabancasıyla yaptığı atış sonucu P'nin yaralanmış olmasına göre, TCK'nun 52 ve 79. maddeleri gözetilmeden, ayrıca M'yi yaralamaya teşebbüs suçundan da ceza tayini, bozmayı gerektirmiştir*"⁷⁵ Çift ya da çok neticeli

⁷² Özar, a. g. m., s. 238.

⁷³ Özgenç, a. g. m., s. 543.

⁷⁴ Özar, a. g. m., s. 241.

⁷⁵ Özgenç, a. g. m., s. 357.

sapma halinde ise, gerçekleşen netice bakımından failin kasttan dolayı ceza sorumluluğuna gidilmesi, gerçekleşen diğer neticeler bakımından ise failin, olası kast veya taksirli sorumluluğuna hükmedilmesi gerektiği savunulmaktadır⁷⁶ ve TCK'nın 30. maddesinin gerekçesinde, suçların içtimai hükümleri bağlamında bir değerlendirme yapılması gerektiğinin ifade edildiği belirtilmektedir.

3. KASTIN İSTEME UNSURU

Herhangi bir şeyin ya da hareketin bilinmesi veya düşünülüp öngörülmesi bu şeyin veya hareketin istenildiği anlamına gelmez. Bir şeyin istenilmesi o şeyin bilinmesini de içermesine rağmen tersi bir durum yani bir şeyin bilinmesi istenmesini içermez. Bireyler bildikleri her şeyi istemezler. İşte bu mantıksal çıkarımın ceza hukukuna en önemli yansması ise kastın varlığı için bilmenin yeterli olmayacağı bunun yansıra bilinen bu hareketin veya neticenin istenmesinin de gerekli olduğudur. Doktrinde, isteme kavramının karşılığı olarak *irade unsuru* kavramı da kullanılmaktadır. İstenenin bir iradeye dayanması nedeniyle bu kavram tercih edilmektedir.⁷⁷ Kasta asıl özeliğini veren isteme unsurudur.⁷⁸ İrade veya isteme unsuru sabit olduğunda, kastın düşünme ve öngörme yani bilme unsuru bakımından ayrıca bir araştırma yapmaya gerek yoktur. Fail neleri biliyorsa kastın varlığı açısından bunları istemelidir. Bilme ve isteme çakışmalıdır. Y.CGK, 19.6.1995/E, 3/182 K no.lu bir kararında bu görüşleri teyit eder nitelikte ifadeler kullanmıştır. Söz konusu karar göre: “Suçtan söz edilebilmesi için bilmenin saptanmasından sonra ikinci bir inceleme yapmak ve istemenin de bulunup bulunmadığını araştırmak gerekir. İnceleme konusu olayda, sanık, yetkili merciden maden arama ruhsatı alıp, izin için orman bölge başmüdürlüğüne başvurduktan sonra, istemin sonuncu beklemeden izin verildiği inancıyla Devlet ormanında mermer ocağı açmış, bilahare 27.4.1992 tarihinde verilen izne dayalı olarak 11.5.1992 tarihinde bu yer şirkete orman iradesi tarafından teslim edilmiş bulunmasına göre, olayda kast gerçekleşmediğinden...”⁷⁹

Doktrinde, isteme unsurunun niteliğiyle ilgili olarak, kastın varlığı

⁷⁶ Özgenç, a. g. m., s. 358.

⁷⁷ Dülger, a. g. m., s. 81.

⁷⁸ Toroslu, a. g. e., s. 181.

⁷⁹ Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4.bası, Ankara 2006, s. 339.

bakımından olması gerekli isteme, kişi açısından kınama yargısında bulunulmasını gerektirecek bir isteme değildir. Örneğin cebir veya tehdit etkisiyle bir eylemi işlemek zorunda kalan bir kişi, bu eylem açısından kasten hareket etmiştir. Ancak failin suç işleme yönündeki iradesi zorlama bir iradedir. Failde, kasten işlediği bu eyleme ilişkin davranışlarını yönlendirme yeteneği bulunmadığından bu eylem dolayısıyla, fail kusurlu sayılmamakta ve cezalandırılmamaktadır.⁸⁰ Dolayısıyla, istemek kastın bir unsuru olmamalıdır. Yani, kişi işlediği fiilin sonuçlarını öngörmüş ise bunların gerçekleşmesini istememiş olsa bile kasten hareket etmiştir. Az önceki örnekte, kişi mecbur edildiği fiilin neden olacağı sonuçların bilincindedir, bu neticeler istememiş de olsa kasten hareket etmiştir. İsteme unsurunu kastın bir unsuru olarak görmek klasik görüşün etkisinden kaynaklanmakta ve kastın bir kusurluluk şekli olarak kabulünün bir sonucudur⁸¹ denmiştir. Ancak yargı uygulaması bu görüşleri destekler nitelikte değildir. Örneğin Yargıtay 5. Ceza Dairesi 1.7.1998 tarihli bir kararında, *“Eğitim Astsubayı olan sanık T.’nin, bir terörist cesedi üzerinden tim Komutanı astsubay M. tarafından düzenlenen tutanak ile elde edilen suç konusu tabancayı mal edinmek amacıyla gerçek tutanağı ortadan kaldırıp, yerine tabancadan söz etmeyen sahte tutanağı düzenleyen diğer sanık Yüzbaşı A.’nin sahte tutanağı imzalaması yolundaki önerilerini önce reddederek olumsuz tutum sergilemesine rağmen ‘onun bu tutanak imzalanacak, imzalanmasanız ben yapacağımı bilirim’ diyerek, ayrıca sicilini bozacağından ve uzak karakollara süreceğinden söz ederek tehdit etmesi üzerine, askeri disiplin, bölgenin olağanüstü hal özelliği ve görevin hayati tehlike arz etmesi gibi zor koşullar nazara alınarak değerlendirildiğinde, ciddi ve endişe verici boyutlarda olduğunun kabulü gereken bu tehdit ve baskının etkisinde kalarak imzalamak mecburiyetinde kaldığı, oluşa göre bir mal edinme ilişkisi içinde de olmadığına anlaşılmaması karşısında, suçun manevi, kast ögesi itibarıyla oluşmadığı gözetilmeden yazılı şekilde zimmete iştirakten mahkumiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”⁸² Görüldüğü gibi Yargıtay isteme unsuru olmaksızın kastın oluşamayacağı görüşündedir.*

Diğer taraftan bir fiilin hangi hallerde istenmiş hangilerinde istenmemiş sayılacağı sorusunun cevabı önem kazanmaktadır. Çok defa kişi

⁸⁰ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver, a. g. e., s. 240.

⁸¹ Özgenç, *Gazi Şerhi...*, s. 300.

⁸² Özgenç, *Gazi Şerhi...*, s. 301.

bir sonucu öngörmek, bilmekle beraber, doğrudan bu sonuca neden olmak için hareket etmiş olmayabilir. Örneğin, sadece panik yaratmak amacıyla bir meydana bomba koyan kimsenin durumunda olduğu gibi. Burada fail, patlama sonucu orada o anda bulunmakta olan çok sayıda insanın ölebileceğini bilmektedir, ama onun istediği sadece panik yaratmaktır. Bu olayda ölümler meydana gelirse bunu istediği söylenebilir mi? Bu soruna çözüm getirmek amacıyla, *umut etme, arzu etme* gibi ölçütler getirilmiştir. Böylece umulan veya arzu edilen sonuçlar istenmiş sayılacak denmiştir. Söz konusu sorun, günümüzde *rıza ölçütü* ile çözümlenmektedir. Buna göre, failin gerçekleşmesini onayladığı sonuçlar, yani gerçekleşme tehlikesini kabul ettiği sonuçlar istenmiş sayılır. Bu nedenle yukarıdaki örnek bakımından, bombayı yerleştiren kişi ölüm sonuncu istemiş sayılır. Çünkü böyle bir sonucun gerçekleşme ihtimali onu hareketten alıkoymamıştır. Fail, *hangi sonuç meydana gelirse gelsin ben bu bombayı patlatmak istiyorum* demek suretiyle ortaya çıkan sonucu peşinen onaylamış ve bu itibarla da istemiştir.⁸³

Kastın isteme unsurunun tespitinde bazı sorunlarla karşılaşılabilir. Örneğin, pencere camını kırmak için boş pencereye ateş eden kimsenin, o sırada pencerenin arkasında bulunan kimseyi öldürmesi olayında, acaba ölüm neticesi istenmiş midir? Yâda sigortadan para almak için uçağa bomba koyan kişi, bombanın patlaması sonucu uçakta ölen kişileri öldürmeyi istememiş midir? Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere, kastta isteme unsurunun çerçevesi, kapsamı iyi tayin edilmelidir. Özellikle birden fazla neticenin söz konusu olduğu hallerde bu unsurun hangi durumlarda gerçekleşmiş sayılacağına ilişkin kriterler konulmalıdır.⁸⁴ Ceza hukukunda maksat ya da amaçtan anlaşılması gereken, failin gerçekleştirmek istediği neticedir.⁸⁵ Ceza normunun, failin açıkça belli bir amaçla hareket etmesini aramadığı hallerde, sonucun istenmiş sayılabilmesi için, bu sonucun, suçu oluşturan hareketin amacı veya amaçlarından biri olması şart değildir. Failin bu sonucu mümkün olarak görmesi ve onun gerçekleşmesi tehlikesini kabul etmesi, başka bir ifadeyle o sonuca neden olma pahasına hareket etmiş

⁸³ Toroslu, *a. g. e.*, s. 182, 183.

⁸⁴ Hakeri, *Ceza Hukuku...*, s. 155.

⁸⁵ Y.6. CD. 1.4.1992-E, 229K.806 "Dere yatağında kendiliğinden oluşan ve köy ortak malı olan ceviz ağaçlarının bakımını yaptıkları anlaşılan sanıkların, ağaçlarda hakları oldukları düşüncesiyle, bir miktar cevizi götürmekten ibaret eylemlerinde hırsızlık kastı bulunmadığından ...", Demirbaş, *a. g. e.*, s. 339.

olması yeterlidir.⁸⁶ Diğer taraftan, irade unsuru da denilen kastın isteme unsuru, failin iradesinin suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurlara yönelmesi olduğundan, bu unsurun kapsamı bakımından çeşitli olasılıklar ortaya çıkabilir.⁸⁷ Bu bakımdan, sonuç belirli veya belirsiz olsun, istenilen sonuç olmak niteliğinde kaldıkça yani iradenin çizmiş olduğu sınırları aşmadıkça kast doğrudandır.⁸⁸ Failin asıl istediği netice veya neticelerin yani amacının gerçekleşmesi için başka bazı neticelerin daha gerçekleşmesi zorunlu ya da muhakkak ise fail bu diğer neticeleri de istemiş demektir. Örneğin, A., B.'yi tabanca ile öldürmek isterse, bu sırada B.'nin önüne geçen C., A.'ya ateş etmemesini söylesen ve buna rağmen A. ateş etse C.'yi delip geçen kurşunla B. de ölse, Anın C. açısından da öldürme kastı vardır ve bu kast *doğrudan kasttır*.⁸⁹ Görüldüğü gibi istenilen neticeye bağlı zorunlu olarak gerçekleşen ve kanuni tanıma uygun olan bu neticeler gerçekte failin amacı değildir. Ancak istenen neticeden de ayrılması mümkün değildir. Bu netice ya da neticelerin gerçekleşmesi zorunluluğu faili yapacağı hareketten vazgeçirmez. Bu durumda failin gerçekleşen diğer netice/neticeleri de istemediği söylenemez. Bu nedenle bu durumlarda da doğrudan kast vardır. Burada failin olursa olsun demesinin bir önemi yoktur. Diğer netice/neticeler asıl neticeye bağlı, zorunlu olarak gerçekleşmektedir. Fail, diğer neticeleri de istemiştir.⁹⁰ Diğer taraftan, failin, asıl istediği netice veya neticelerin gerçekleşmesi için başka bazı netice/neticelerin daha gerçekleşmesi zorunlu değil ve fakat fail tarafından başka bazı neticelerin daha gerçekleşebileceği bilinmiş, tasavvur edilebilmiş, buna rağmen asıl istenen netice/neticeleri gerçekleştirecek hareketi yapmışsa, somut olayda gerçekleşen diğer netice/neticeleri de fail istemiştir. Burada bunların gerçekleşmesi konusunda yalnızca bir ihtimal bulunmaktadır. Böylesi bir durumda gerçekleştirmek istenen netice/neticeler açısından doğrudan (muayyen), öngörülen diğer netice/neticeler açısından *olası (muhtemel)kast* vardır.⁹¹ Bu konuya aşağıda olası kast başlığı altında tekrar dönülecektir.

⁸⁶ Toroslu, *a. g. e.*, s. 184, 185.

⁸⁷ Artuk/Gökçen /Yenidünya, s. 558.

⁸⁸ Erem/Danışman/Artuk, *a. g. e.*, s. 453.

⁸⁹ Hakeri, *Ceza Hukuku...*, s. 156.

⁹⁰ Özbek, *a. g. e.*, s. 280.

⁹¹ Hakeri, *Ceza Hukuku...*, s. 156.

C. KASTIN TCK'DA DÜZENLENİŞ BİÇİMİNE YÖNELİK ELEŞTİRİLER

Olası kast bakımından olsa da sonuçta kastla öngörme arasında bağlantı kurulmakta ancak kastın önemli unsurlarından bilme ve isteme ile ilgili hiçbir ifadeye, belirlemeye yer verilmemektedir ki bu durum büyük bir eksiklik olarak denilmektedir.⁹² Yine, kastın tanımının yapıldığı cümlede ve yapılan tanımda etken-edilgen fiil yapısı uyumsuzluğunun var olduğu, “*Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bileerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir*” ifadesinde “*gerçekleştirilmesi iradesidir*” şeklinde ifade eksikliğinin olduğu belirtilmektedir.⁹³

II. KAST, OLASI KAST, BİLİNÇLİ TAKSİR İLİŞKİLERİ

5237 sayılı (yeni) Türk Ceza Kanunu’nda kanun koyucu önceki 765 sayılı TCK’dan farklı olarak kusurun ağırlığı veya hafifliğinin takdirini tamamen hakime bırakarak uygulamanın bu konuda daha adil bir eksende işlenmesini sağlamak istemiştir. Bunun içinde TCK’nın 21 ve 22. maddelerinde olası kast ve bilinçli taksir ile ilgili düzenlemeler yapmıştır.⁹⁴

A. OLASI KAST

1. OLASI KAST KAVRAMI

Kişinin gerçekleşmesini istediği bir netice ile ilgili olarak doğrudan kastının bulunduğu kabul edilir. Kast, suçun kanuni tanımındaki, objektif nitelikteki unsurların bilinmesi ve istenmesi olarak tanımlanırken, bazı hallerde kişi, neticeyi istemediğini, bundan dolayı da kastının olmadığını, olsa olsa taksirinin söz konusu olabileceğini iddia edebilir. Örneğin düşmanın bulunduğu bir ortamda, kalabalık içindeki düşmanını hedef alarak ateş eden kimse, fiili neticesinde düşmanı dışındaki kimselerin de ölmesi halinde, onlarla bir problemi

⁹² Bayraktar, a. g. m., s. 30.

⁹³ Avcı, Mustafa, “Türk Ceza Kanunu TCK Tasarıları Ve Özellikle 2004 TCK Tasarısının Genel Olarak Değerlendirilmesi”, *Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2. Kitap, Ankara 2004, s. 213.

⁹⁴ Adıgüzel, Recep, “Yeni Türk Ceza Kanununda Olası Kast ve Bilinçli Taksir”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2005/1, s. 69.

olmadığını, onları tanımadığını, öldürmek istemediğini, onlara yönelik bir kastının olmadığını, bundan dolayı da olsa olsa taksiriden ötürü cezalandırılması gerektiği yönünde bir savunma yapabilir. Böylesi bir durumda ele alınması gereken husus, bir kimsenin gerçekleştirmek istediği neticelerle birlikte gerçekleşmesi olası olan diğer neticeler bakımından kastının varlığının kabul edilip edilmeyeceğidir. Önceleri bu husus, *gayri muayyen kast, dolayısıyla kast*,⁹⁵ *ikinci dereceden kast*⁹⁶ adı altında doktrinde ele alınmaktaydı. Son zamanlarda daha çok *muhtemel kast* ve olası kast adı altında ele alınan bu kast türü, TCK'da *olası kast* adı altında tanımlanarak düzenlenmiş bulunmaktadır (m. 21/2). 5237 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce, bu tür durumlarda da failin kastının bulunduğunu kabul etmek gerekeceği aksi takdirde kastın olası olması ile doğrudan olması arasında herhangi bir fark kalmayacağı ifade edilerek bu konu üzerinde durulmuştur.⁹⁷

Her şeyden önce belirtilmelidir ki olası kast, netice ile oluşur.⁹⁸ Bu netice/neticeler gerçekleşmesi muhtemel olandır. Fail, bunların, tecrübelerine göre beklenen bir sonuç olduğunu öngörmesine veya tahmin etmesine rağmen yine de hareketini gerçekleştiriyorsa, bu sonucu/sonuçları önceden kabul etmiş demektir. Gerçekleşmesi sadece mümkün olan, yani gerçekleşmesi ihtimali az olan sonuçlar bakımından, bir ayırım yapmak gerekir. Fail, sonucun gerçekleşme imkânını öngörmekle birlikte, bu sonucun gerçekleşmeyeceğine inandığı için hareket etmiş olabilir. Örneğin bir sirkte bıçak atma gösterisi yapan biri, bıçağın karşındaki kişiye isabet etmesinin ve onun yaralanmasının mümkün olduğunu şüphesiz öngörmektedir, ancak ustalığına güvenmekte ve bu sonucu önleyebileceğine inanmaktadır. Sonucun gerçekleşmeyeceği konusunda kesin bir inançla hareket etmektedir. Bu ve buna benzeri durumlarda sonuç ortaya çıkarsa bunun istenmiş olduğu söylenemez. Böylesi durumlarda kasttan söz edilemez, ancak bilinçli taksirden söz edilebilir. Bu karşılık failde, sonucu önleyebileceği inancı yoksa mümkün görünen sonuçlar dahi istenmiş sayılmalıdır. Çünkü bu konudaki tehlike fail tarafından kabul edilmiştir.⁹⁹ Gerçek-

⁹⁵ Demirbaş, *a. g. e.*, s. 341.

⁹⁶ Toroslu, *a. g. e.*, s. 185.

⁹⁷ Hakeri, Hakan, *Sorularla Ceza Hukuku I*, Ankara 2005, s. 33, 34.

⁹⁸ Demirbaş, *a. g. e.*, s. 342.

⁹⁹ Toroslu, *a. g. e.*, s. 184.

leşme ihtimali bulunan neticeler bakımından, olası kast durumunda, kanuni tanıma uygun neticenin gerçekleşerek bunun yanı sıra ikincil nitelikteki netice/neticelerin meydana gelmesi ve suçun oluşması olayın gelişimine bırakılmıştır.¹⁰⁰ Fail, hareketini yaparken muhtemel neticelerin meydana gelmesini istememiş de değildir.¹⁰¹ Bilinç ve iradesi neticeyi reddetmiyor. Öngördüğü neticeler bakımından şu veya bu olmuş onun açısından önemsizdir.¹⁰² Söz konusu netice/neticeler bakımından boş verme mantığı vardır.¹⁰³ Bunların gerçekleşmemesi için hiçbir girişimi yoktur.¹⁰⁴ Bu nedenle, olası kastın *olursa olsun kastı* olduğu belirtilmektedir.¹⁰⁵

5237 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce de Yargıtay, kararlarında olası kasta işaret etmiş ve gayri muayyen kast olarak adlandırmıştır.¹⁰⁶ Bazen kastın varlığını belirleyip taksirden ayırmış, ancak gayri muayyen kast olarak adlandırmamıştır.¹⁰⁷ Ancak, kararlarında zaman zaman farklı değerlendirmeler yapmıştır. Bunlardan bir tanesinde, henüz çocuk yaştaki fail, daha önce birkaç defa tecrübe edip patlamadığını gördüğü tabancayı, nasıl olsa patlamıyor düşüncesi ve şaka yapmak amacı ile maktule yöneltip, tetiğe basmış ama bu kez silah ateş alıp maktulün ölmesi olayında, Yargıtay Ceza Dairesi ve Ceza Genel Kurulu, olayı dikkatsizlik ve tedbirsizlikle adam öldürme olarak nitelmiştir. Karara muhalif olan üyeler ise, sanığa kasten adam öldürmek suçundan ceza verilmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Dokt-

¹⁰⁰ Dülger, a. g. m., s. 87.

¹⁰¹ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, a. g. e., s. 242.

¹⁰² Erem/Danışman/Artuk, a. g. e., s. 453.

¹⁰³ Adıgüzel, a. g. m., s. 67.

¹⁰⁴ Dülger, a. g. m., s. 87.

¹⁰⁵ Hakeri, *Ceza Hukuku...*, s. 158.

¹⁰⁶ "Hasım telakki ettiği kişiden başka kimselerinde var olduğu lokantaya girerek önceden tartıştığı Yüksel'e tevcihen silahını dört el ateşleyen, Yüksel'in yanı ve arka bölümünde bulunan kişileri de görmesi nedeniyle onlardan bir ve bir kaçının isabet alıp ölebileceğini öngörür durumda atışlarını tevaddi ettirerek maktul Fatih'in isabet almasına ve ölmesine neden olan sanığın, eyleminin Yüksel'i öldürmeye eksik kalkışmak ve Fatih'i gayri muayyen kastla öldürmek olduğundan..." 18.2.2004, 3799/364, Hakeri, *Sorularla Ceza ...*, s. 38.

¹⁰⁷ "Kalabalığa ateş eden kişi, öldürmeyi istememiş olduğuna göre, öldürülmek istenen kişinin belirsiz olması adam öldürme kastının yokluğu anlamına gelmez ve fiil taksirle değil, kasten işlenmiştir." CGK, 19.4.1982,1-11/147, Hakeri, *Sorularla Ceza...*, s. 34.

rinde söz konusu karar eleştirilmiştir. Buna göre, ölüm neticesi iki ihtimalde gerçekleşebilir. Birinci ihtimalde sanık, silahta mermi olduğunu bilmiyordur. Bu durumda, sanık silahın dolu olup olmadığını kontrol etmek şeklindeki objektif yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Gerekli dikkat ve özeni göstermemiştir. Bundan dolayı, olay, taksirle adam öldürme hükümlerine göre çözümlenmelidir. İkinci ihtimalde, fail her ne kadar, patlamadığı konusunda tecrübeye ulaşmışsa da silahın dolu olduğunu biliyordur ve patlayıp patlamaması konusunda emin değildir. B nedenle, dolu olan silahı mağdura yöneltilip tetiğin çekilmesi olayında artık taksirden bahsetmek mümkün değildir. Fail olası kastla hareket etmiştir.¹⁰⁸ Biz bu görüşlere katılmamaktayız. Fail her ne kadar burada silahın dolu olduğunu bilse ve patlama ihtimalinin varlığı bir an için kabul edilse dahi fail, sonucu istememiştir. Arkadaşının ölümünü kabullenebileceğini de düşünemeyiz. Bu nedenle olayda olası kasta dayalı bir değerlendirme yapılamaz. Silahın dolu olması nedeniyle ölüm sonucunun meydana gelebileceğini öngörmekte ama böyle bir sonucun gerçekleşmeyeceğine, gerekli dikkat ve özeni göstermek şeklindeki yükümlülüğüne aykırı olarak ve daha önceki tecrübelerine dayanarak güvenmiştir. Bu durumda bilinçli taksirin varlığı söz konusudur.

2. OLASI KAST- SUÇA TEŞEBBÜS İLİŞKİSİ

Olası kastta teşebbüsün mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Yani, fail gerçekleştirdiği eylem neticesinde, olası olan ve fail tarafından öngörülen ikincil nitelikteki neticelerin gerçekleşmemesi halinde faili, gerçekleşmeyen bu netice/neticeler bakımından suça teşebbüs hükümlerine göre sorumlu tutulabilecek midir?¹⁰⁹ Doktrinde, Alman kaynaklı bir kısım görüşler bunu mümkün görmektedir. Bu tür bir kast bir kere kabul edilince, failin gerçekleşmesi muhtemel hangi neticeleri kabul ettiğinin araştırılması zorunludur. Sorun ispatla ilgilidir. İstenmemiş olan istemenin hangi suç bakımından olduğu tespit edilemezse bu durum failin lehine olmalıdır.¹¹⁰ Diğer taraftan, teşebbüs açısından failin, kasten hareket etmiş olması önemlidir. Çünkü Kanun kastın

¹⁰⁸ Özgenç, İzzet, *Uygulamalı Ceza...*, s. 110.

¹⁰⁹ Dülger, a. g. m., s. 88.

¹¹⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, a. g. e., s. 562.

doğrudan ya da olası olması arasında bir ayırım yapmamıştır.¹¹¹ Örneğin hareket halindeki bir aracın içerisinde bulunan A.'yı öldürmek amacıyla ateş eden B., bundan araçtaki diğer kimselerin de zarar görebileceğini öngörmesine rağmen, hareketini icra etmekten çekinmemiş ve A.'yı yaralamakla birlikte, yanında oturmakta olan C.'nin ölümüne, D.'nin yaralanmasına sebep olmuştur. E. ise kurşunlara hedef olmaksızın kurtulmuştur. Eğer olası kast bakımından teşebbüs hükümlerinin uygulanacağı kabul edilirse, B., asıl amacına yönelik hareketini icra ederken C., D. ve E.'nin ölebileceğini öngörüyor ve bu neticeyi göze alıyorsa, C. bakımından kasten adam öldürme, diğer iki mağdur bakımından kasten öldürmeye teşebbüsten sorumludur. Ancak, yaralamaya maruz kalacaklarını tasavvur ediyor ve bunu göze alıyorsa, C. bakımından neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama sonucu ölümüne sebebiyet, D. açısından kasten yaralama, E. açısından ise, kasten yaralamaya teşebbüs söz konusudur. Bütün araştırmalara rağmen, B.'nin C., D. ve E.'ye yönelik olası kastının hangi suç açısından olduğu tespit edilemiyorsa sorumluluk neticeye göre belirlenmelidir.¹¹²

Diğer bir görüşe göre iste olası kasta teşebbüs mümkün değildir. Çünkü olası kast netice ile belirlenir.¹¹³ Olası kast, failin eyleminin zorunlu bir sonucu değildir. Bu sonuç ikincil nitelikte bir sonuçtur. Bu durumda, ikincil nitelikteki eylemin yaşamın olağan akışında elde edilen deneyimlere göre yani günlük hayat tecrübelerine göre, gerçekleşmesinde bir zorunluluk bulunmamaktadır. Yani netice gerçekleşmediğinde bu bir mucizeymiş gibi algılanmayacaktır. Dolayısıyla da fail hareketini gerçekleştirirken bu neticenin kesinlikle gerçekleşeceğini bilmemektedir. Bu nedenle gerçekleşmeme olasılığını hayatın olağan akışına göre zaten içinde barındıran bir eylemde, icra hareketlerinin sonucunda neticenin gerçekleşmediği halde faili bundan sorumlu tutmak mantıksal açıdan çelişki oluşturduğu gibi suç genel teorisi ile de bağdaşamaz.¹¹⁴ Aksi halde sorumluluk alanı katlanılamayacak ölçüde genişlemiş olur.¹¹⁵ Bu nedenlerle, olası kast halinde fail, gerçekleşme-

¹¹¹ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *a. g. e.*, s. 244.

¹¹² Artuk/Gökçen/Yenidünya, *a. g. e.*, s. 563.

¹¹³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *a. g. e.*, s. 561.

¹¹⁴ Dülger, *a. g. m.*, s. 89.

¹¹⁵ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *a. g. e.*, s. 244.

yen ikincil nitelikteki neticeye teşebbüsten sorumlu tutulmamalıdır.¹¹⁶ Bu durumda yukarıda verilen örnekte sorumluluklar şöyle tayin edilmelidir: B. asıl amacı olan A.'ya yönelik hareketinden dolayı kasten öldürmeye teşebbüs, eylemine zorunlu olarak bağlı bulunmayan tali ikincil nitelikteki netice/neticelerden de C.'nin ölümü dolayısıyla olası kastla adam öldürme, D.'nin yaralanması bakımından ise kasten yaralanma suçlarından sorumlu olur. E. bakımından ise herhangi bir sorumluluğu yoktur. Diğer bir ifadeyle, olası kast belli bir sonuca yönelmediğinden ve sorumluluk ancak somut olayda meydana gelen netice ile belirlenebildiğinden teşebbüse müsait değildir. YCGK da 3.6.1985 tarih ve 83/330 sayılı kararında “*belirli olmayan kast ancak netice ile belirlenir*” diyerek bu kuralı benimsemiştir.¹¹⁷ Ancak Yargıtay kararlarında bu konuda bir istikrar söz konusu değildir. Örneğin bir kararında, “*Ta-bancasını kişilerin bulunduğu salon ve odaya doğru yatay durumda tutarak iki el ateş eden ve bir kişiyi vuran sanıkta öldürme bilinci ve kastı vardır. Nitekim 765 sayılı TCK m. 448 de belirli bir kişinin öldürülmesi niyeti ve koşul olarak yer almış değildir. Belirli olmayan bir kimseye yönelik olmayan kastla da suç oluşabilir*” diyerek olası kasta teşebbüsü mümkün görmüştür.

3. HER SUÇ BAKIMINDAN OLASI KAST VAR OLABİLİR Mİ?

Bazı suçlar olası kastla işlenemez. Örneğin, iftira suçu (TCK m. 267) ancak doğrudan kastla işlenebilir. Çünkü iftira suçunun oluşabilmesi için, kendisine hukuka aykırı bir fiil yüklenen kimsenin, bu fiili işlemediğinin bilinmesi gerekir.¹¹⁸ Bu husus madde gerekçesinde de vurgulanmıştır. Bir suçun kanuni tanımında *bilerek, bildiği halde, bilmesine rağmen* gibi ifadelerle yer verilmişse bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir. Başka bir ifadeyle, kanuni tanımda, *bilerek bildiği, halde bilmesine rağmen*, gibi ifadelerle açıkça yer verilen suçlar olası kastla işlenemez.¹¹⁹ Bunun dışında, bir suçun kanuni tanımında, fiilin belli bir amaç ya da saikle işlenmesinin arandığı hallerde de, olası kasttan söz edilemez. Örneğin hırsızlık suçu¹²⁰

¹¹⁶ Dülger, a. g. m., s. 89.

¹¹⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, a. g. e., s. 562.

¹¹⁸ Hakeri, *Sorularla Ceza...*, s. 34.

¹¹⁹ Özgenç, *Gazi Şerhi...*, s. 305.

¹²⁰ Timur, a. g. e., s. 342.

4. MÜEYYİDESİ BAKIMINDAN OLASI KAST

Olası kastın varlığı halinde cezada indirim öngörülmektedir (TCK m. 21/2). Bu hususta da doktrinde tartışma konusudur. Lehinde olan görüşlere göre, olası kastın varlığı halinde ceza hukuku anlamında bir kast vardır. Bu kast, failin suçu doğrudan kast ile işlemiş gibi cezalandırılabilmesi için yeterlidir. Bununla beraber, bu türden kastın haksızlık içeriği diğerlerine oranla daha azdır. Fail, neticenin meydana gelebileceğini öngörmüşse de ne neticenin meydana gelmesi için gayret göstermiştir, ne de neticenin meydana geleceğinden emindir. Bu nedenle faile cezanın asgari haddi verilebileceği gibi, takdiri indirim sebepleri de uygulanabilir.¹²¹ Ancak aleyhte görüşlerde mevcuttur. Buna göre, olası kast sonuçta kasttır ve kast gibi cezalandırılmalıdır. Ceza indirimini öngören hiçbir kuram yoktur.¹²² Aksine olarak kuramlar aynı cezanın verilmesini öngörür. Bu durum, olası kastın bilinçli taksirle aynı nitelikte görülmesinden kaynaklanmaktadır.¹²³ Karşılaştırmalı hukukta da böyle bir indirim söz konusu değildir. Her ne kadar olası kastın, doğrudan kasta oranla daha az bir yoğunluğa ve dolayısıyla daha az bir haksızlık içeriğine sahip olduğu ileri sürülebilse de, bu durum zaten alt ve üst sınırlar arasında cezanın belirlenmesi sırasında göz önünde bulundurulmaktadır.¹²⁴

5. OLASI KASTIN TCK'DA DÜZENLENİŞ BİÇİMİNE YÖNELİK ELEŞTİRİLER

Bu konuda her şeyden önce, Kanun'da kast, taksir tanımına yer verilmemeli, bu kavramların içeriği doktrin ve uygulamaya bırakılmalıdır denmektedir. Eğer mutlak bir tanım yer alacaksa genel olarak bu kavramların tanımı yer almalı buna karşılık olası kast ve bilinçli taksir tanımı bulunmamalıdır. Özellikle de olası kast yanlış tanımlanmış buda bilinçli taksir tanımının içini boşaltmıştır.¹²⁵ Kastın tanımında

¹²¹ Hakeri, *Ceza Hukuku...*, s. 159.

¹²² Aydın, a. g. m., s. 78.

¹²³ Bayraktar, a. g. m., s. 30.

¹²⁴ Tezcan/Erdem, a.g.r, s. 341.

¹²⁵ Mahmutoğlu, Fatih Selami, "TBMM Adalet Komisyonunda kabul edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş", *Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2. Kitap, Ankara 2004, s. 364.

öngörmek yokken olası kastı tanımlayan 21. maddenin 2. fıkrasında olası kast, “kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlemesi halinde olası kast vardır.” şeklinde tanımlanmıştır. Burada, kastın tanımından farklı olarak öngörme koşulu getirilmiştir.¹²⁶ Diğer taraftan olası kast, failin, sonucu öngördüğü halde, bu sonucun gerçekleşme ihtimalini göze alarak hareketini gerçekleştirmesi durumunda söz konusu olduğundan, tanımdaki *öngörmesine rağmen* ifadesi yerine *öngördüğü halde* ifadesine yer verilmelidir.¹²⁷ Gerek olası kast halinde gerekse bilinçli taksir halinde ortak olan bir nokta vardır ki o da, neticenin fail tarafından öngörülebilmesidir. İki kavram arasındaki fark, neticenin öngörülebilmesiyle değil bunun göze alınması ve kabullenilmesiyle ilgilidir. Nitekim olası kastı tanımlayan Avusturya Ceza Kanunu’nun m. 5/1 c.2’de “gerçekleşmesi fail tarafından ciddi biçimde mümkün görülen ve göze alınan” ifadesine yer verilmiştir. Bu nedenle Kanun’da, olası kastın tanımına, “neticenin mümkün görülmesi ve göze alınması” ögesi eklenmelidir.¹²⁸ Olası kastın mevcut halinde aslında bu kavramın değil bilinçli taksirin tanımı yapılmıştır.¹²⁹ Ayrıca, olası kast cümlecığının yetersiz kaldığı, bunun yerine örneğin, “yoğunlaşmış taksir kastı”, “istenilmeyen kast” veya “neticeye bağlı kast” ifadelerini kullanmanın daha isabetli olacağı belirtilmektedir.¹³⁰

B. BİLİNÇLİ TAKSİR

Ceza hukuku anlamıyla taksir, kanun tarafından düzenlenmiş hukuka aykırı bir fiilin, iradi olarak gerçekleştirilmesine karşılık, neticenin fail tarafından öngörülebilmesi gerekirken öngörülememesi ki bu bilinçsiz taksirdir veya öngörüldüğü halde istenmemiş (bilinçli taksir) olmasıdır.¹³¹ Yani işlediği fiilde kusurlu görülen failin istemediği so-

¹²⁶ Özen, Mustafa, “5237 Sayılı Ceza Kanunu’na İlişkin Eleştiriler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 65, 2006, s. 202.

¹²⁷ Toroslu/Ersoy, a. g. m., s. 10.

¹²⁸ Tezcan/Erdem, a.g.r, s. 340.

¹²⁹ Yarsuvat, Duygun/Bayraktar, Köksal/Yüzbaşıoğlu, Necmi, “Türk Ceza Kanunu Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü”, *Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2. Kitap, Ankara 2004, s. 294.

¹³⁰ Alagöz, Mehmet, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı”, *Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2. Kitap, Ankara 2004, s. 248.

¹³¹ Çakmut, Özlem Yenerer/Çakmut, Alp, “Taksir Kavramı”, *İstanbul Barosu Dergisi*,

nuçtan sorumlu tutulması taksiridir. Böylelikle kastın dışında da bir sorumluluk şekli kabul edilmiştir. Ancak, taksir istisnai sorumluluk niteliğindedir. Başka bir ifadeyle ancak kanunda taksirle işlenmesi mümkün görülen suçlar bakımından bu sorumluluk kabul edilmiştir.¹³²

Taksir bir sorumluluk şekli olarak 765 sayılı TCK'da var olmasına karşın bilinçli taksir kavramı, bu Kanunu'na 8.1.2003 tarih ve 4785 sayılı Kanunla eklenmiştir. Maddeye göre "*Failin öngördüğü neticeyi istememesine rağmen neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır*" Yeni Kanun'da ise 22. maddenin üçüncü fıkrasında, "*Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır*" şeklinde tanımlanmıştır.¹³³ Karşılaştırmalı hukukta da bazı ceza kanunları taksiri tanımladıkları gibi söz konusu ayrıma da yer vermişlerdir. Örneğin, tarihli 1930 İtalyan Ceza Kanunu, 1950 tarihli Yunan Ceza Kanunu, 1996 tarihli Rusya Federasyonu Ceza Kanunu,¹³⁴ doktrinde bu ayrımın, ceza hukukunda klasik suç teorisinin etkisiyle kastın bilme ve isteme unsurlarından oluştuğunun kabulünün bir sonucu olduğu ifade edilmiştir.¹³⁵ Diğer taraftan da, bilinçli taksir ifadesi yerine *öngörülü taksir* denilmesinin daha doğru olduğu da savunulmaktadır. Buna göre, öngörülü taksir deyiimi ile bilinçli taksir deyiimi aynı anlamdadır. Ancak bilinçli taksir deyiimi, bilinçsiz taksirin de olduğu izlenimini vermektedir ki bilinçsiz olanın cezalandırılması mümkün değildir.¹³⁶

Taksirin varlığı için her şeyden önce neticenin öngörülebilir olması gerekir. Böylelikle kaza ve tesadüften ayrılır. Fail, günlük hayat tecrübelerine göre öngörülebilmesi mümkün olan neticeleri gerekli özeni göstermemesi nedeniyle öngörememiş ve bu nedenle hukuk düzenini tarafından kendisine sorumluluk yüklenmiştir. Ortak, günlük hayat tecrübelerine göre, öngörülemez bir netice varsa fail kusurlu sayılıp cezalandırılmaz. Failin neticeyi öngörebilip, öngöremeyeceği tespit edilirken, kişisel, ekonomik durumu, tecrübesi, yaşı, zekâ derecesi, beden kusurları ve cinsiyeti dikkate alınmalıdır. Ayrıca, hareketin

C. 76, S. 2, 2002, s. 424.

¹³² Erem/Danışman/Artuk, *a. g. e.*, s. 456.

¹³³ Demirbaş, *a. g. e.*, s. 342.

¹³⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *a. g. e.*, s. 577.

¹³⁵ Özgenç, *a. g. e.*, s. 333.

¹³⁶ Erem/Danışman/Artuk, *a. g. e.*, s. 468.

yapıldığı zaman ve bu zamandaki şartlar da önemlidir.¹³⁷ Bilinçli taksir halinde fail, iradi olarak gerçekleştirdiği hareketinden kanuni tanıma uygun, hukuka aykırı bir sonucun gerçekleşebileceğini öngörmekte, tahmin etmekte olmasına rağmen, neticenin gerçekleşmesini istememekte, gerçekleşmeyeceğini ummakta ve buna güvenmektedir. Fail, fiilinin tehlikeli olabileceğini anlamakta, ancak bu tehlikenin derecesini anlayamamakta ve yeteneğine ya da şuuruna güvenerek bu neticenin gerçekleşmeyeceğini düşünüp hareket etmektedir.¹³⁸ Söz konusu bu düşünce veya güven failin yükümlülüklerine aykırı bir şekilde gerçekleşmektedir. Böylece, bilinçli taksirde, gerçekleşmesi olası sayılan neticenin gerçekleşmeyeceğine, fail, yükümlülüklerine aykırı olarak, özensiz bir şekilde güvenmektedir. Örneğin, yoğun sisin görüş mesafesini oldukça azaltmış olmasına rağmen, motorlu kayıkla boğazın bir yakasından diğer yakasına yolcu taşımaya teşebbüs eden kişi, bu koşullarda bir deniz kazasına sebebiyet vereceğine ihtimal vermiştir, ancak tecrübelerine, mesleğinin gerektirdiği yükümlülüklerine aykırı bir şekilde güvenerek “bir şey olmaz” düşüncesiyle kayığına yolcu alarak boğazda sefere çıkmış ve yapmış olduğu kaza sonucunda insanların ölümüne ya da yaralanmasına neden olmuştur.¹³⁹ Burada fail, neticenin gerçekleşmeyeceğini düşünüp risk almaktadır.¹⁴⁰ Diğer taraftan fail, olası saydığı sonucu kabul etmemektedir de. Doktrinde bu nedenle, TCK'nın 21. maddesi gerekçesinde olası kast için verilen örneklerin aslında bilinçli taksiri oluşturduğu belirtilmektedir.

Verilen örnek bakımından, mermilerin sırf isabet edebileceğini bilmiş olmak olası kastın varlığı için yeterli değildir, bunun için neticenin fail tarafından kabul edilmesi de gerekir, bu olgular ispatlanamazsa olası kast değil bilinçli taksir söz konusudur denmektedir.¹⁴¹ Hemen belirtmeliyiz ki, bir kişinin trafik suçu işlemesiyle ceza hukuku anlamındaki sorumluluğu birbirinden farklıdır. Örneğin, sırf, failin ehliyetinin olmaması onun taksirli hatta bilinçli taksirli olarak hareket ettiğini göstermez. Fail, bu durumda ehliyetsiz araç kullanmakla trafik suçu işlemiştir ancak kaza ile failin sürücü ehliyetine sahip olmaması

¹³⁷ Çakmut/Çakmut, a. g. m., s. 425, 431, 437.

¹³⁸ Çakmut/Çakmut, a. g. m., s. 252.

¹³⁹ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, a. g. e., s. 252.

¹⁴⁰ Şen, Ersan, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. 1, İstanbul 2006, s. 62.

¹⁴¹ Hakeri, *Sorularla Ceza...*, s. 38.

arasında bir illiyet bağı kurulabiliyorsa, trafik kazasının meydana geliş şekli de dikkate alınarak bilinçli taksirin varlığı tartışılabilir.¹⁴²

Özetle, neticenin öngörülmüş olması ancak buna karşın istenmemesi bilinçli taksirdir. Bilinçsiz taksirden farkı da buradadır, bilinçsiz taksirde fail, neticeyi öngörmesi gerekirken öngörememektedir. Bilinçli taksirde ise bu netice öngörülmekte ancak istenmemektedir.¹⁴³

C. OLASI KAST-BİLİNÇLİ TAKSİR AYRIMI

Bu gün ceza hukuku öğretisinde en çok tartışılan konulardan birisi olası kast ile bilinçli taksir ayrımıdır. Çünkü ikisi arasında çok ince bir çizgi vardır ve bu çizgi iyi belirlenemediği takdirde kolaylıkla yanlış sonuçlara varılabilir.¹⁴⁴ Her iki kavram arasında her ne kadar gerçekleştirilen fiilin bilinçli ve iradi olması ortak bir nokta¹⁴⁵ da birin kastın diğeri taksirin bir çeşidi olduğu unutulmamalıdır.¹⁴⁶

Neticenin öngörülmesi her ikisinde de ortak olan unsurdur. Ancak bilinçli taksirde fail öngörmüş olduğu neticeyi istemez ve bu nedenle göze almaz, aldırılmaz bir tavır takınmaz.¹⁴⁷ Kanuni tanıma uygun fiilin ya da neticenin gerçekleşmeyeceğini ummak dahi bu konuda ayırt edici bir kıstas değildir. Çünkü böylesine bir umut, kanuni tanıma uygun eylemin gerçekleşmesine katlanma halinde de mümkündür.¹⁴⁸ Olası kast halinde de fail, kanuni tarife uygun fiilin gerçekleşmesini arzu etmemektedir, sadece kabullenmektedir.¹⁴⁹ Fail için ulaşmaya gayret ettiği hedef o kadar önemlidir ki, fail bu hedefe uğraşma uğruna kanuni tanıma uygun bir fiilin gerçekleşme ihtimaline katlanmaktadır. Bu netice/neticelerin gerçekleşip gerçekleşmemesi konusunda kayıtsızdır, kabullenmiştir. Kişi netice/neticeleri doğrudan istemiyorsa da gerçekleşmesini de kabullenmektedir. İşte bu kabullenme püf noktasını oluşturmaktadır. Öngörülen netice kabulleniliyorsa olası

¹⁴² Şen, *a. g. e.*, s. 63.

¹⁴³ Çakmut/Çakmut, *a. g. m.*, s. 436.

¹⁴⁴ Hakeri, *Sorularla Ceza...*, s. 36.

¹⁴⁵ Erem/Danışman/Artuk, *a. g. e.*, s. 36.

¹⁴⁶ Hakeri, *Sorularla Ceza...*, s. 36.

¹⁴⁷ Özbek, *a. g. e.*, s. 300.

¹⁴⁸ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *a. g. e.*, s. 252.

¹⁴⁹ Özgenç, *Gazi Şerhi...*, s. 334.

kast, kabullenilmiyorsa bilinçli taksir söz konusudur. TCK, tanımda kabullenme unsurunu eksik bırakmıştır. Bu nedenle de olası kast-bilinçli taksir sınırı çizilememiştir. Kabullenme unsuruna sadece gerekçede temas edilmektedir denmektedir.¹⁵⁰ Bu konuda Yargıtay 1. CD'nin 15.10.2002 tarihli kararı örnek olarak verilebilir. Buna göre, A., askerliği sırasında AIDS hastalığına yakalanmış, ama buna rağmen bu durumu açıklamayarak mağdur S. ile evlenerek ona da hastalığın bulaşmasına neden olmuştur. A.'nın burada bilinçli taksirle mi yoksa olası kastla mı hareket ettiği belirlenmelidir. A., öngörülebilir neticeye rağmen hareketini yapmıştır. Ancak olası kastın var olup olmadığı da araştırılmalıdır. Bunun için A.'nın öngördüğü bulaşma neticesini kabullendiğinin de ispatı gerekir. Eşiyile cinsel ilişkiye girerek, cinsel ilişki yoluyla bulaşan bir hastalık olan AIDS'in eşine bulaşmasını A., kabullenmiştir. Bu nedenle olayda, olası kastla öldürmeye teşebbüs söz konusudur. Olası kast halinde, sorumluluk neticeye göre belirleneceğinden, A.'nın yaralamadan sorumlu tutulması gerekir. Nitekim Yargıtay da bu olayda eylemin TCK m. 456/3'e uyup uymadığının araştırılması gerektiğine karar vermiştir.¹⁵¹

Yargıtay 1. CD 10.5.2006 tarihli bir kararında, sanığın iş ortağı maktulenin kalp hastası olduğunu bilmesine rağmen olay günü, basit derecede etkili eylemde bulunması ve buna bağlı olarak gelişen kalp yetmezliği sonucu ölümün meydana gelmesinden dolayı, sanığın ölüm sonucu istememekle birlikte öngördüğünün anlaşılması üzerine bilinçli taksirle öldürmenin var olduğuna hükmetmiştir. Eğer fail söz konusu bu olayda mağdurun kronik kalp hastası olduğunu bilmeksizin fiilini gerçekleştirmiş olsaydı, fail dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek ölüm neticesini öngörememiş olması nedeniyle taksirle öldürmeden sorumlu tutulmalıydı. Eğer fail, dikkat ve özen yükümlülüğüne tamamen uygun davranmış olsaydı bile yine ölüm sonucu öngörebilecek durumda değildi ise bu ölümden dolayı sorumlu tutulamayacak ve fiilinden ötürü sadece kasten yaralamadan sorumlu tutulabilecekti. Eğer fail, kronik kalp hastası olduğunu bildiği hasmına uygulamış olduğu saldırı sonunda, mağdurun kalp krizi geçirebileceğini öngörmüş ve bu sonucu da, günlük konuşma dilinde kullanıldığı şekliyle, "bana ne, ölürse ölsün diyerek" kabullenmiş ve bu sonucun ger-

¹⁵⁰ Hakeri, *Sorularla Ceza...*, s. 36, 37.

¹⁵¹ Hakeri, *Sorularla Ceza...*, s. 40, 41.

çekleşmemesi için herhangi bir çaba harcamamışsa olası kastla adam öldürmeden sorumlu tutulmalıdır. Ancak, “*bu kişi kalp hastasıdır, benim fiilim neticesinde ölebilir ama ölmeyecek, ölmeyecektir*” şeklinde bir algılamayla, gerçekleşmeyeceğine yükümlülüklerine aykırı olarak güven duyduğu bu sonucu istememekle birlikte fiiline devam etmekte ve neticede ölüm olmaktadır. Fail, bu halde bilinçli taksirle hareket etmektedir. Fail, öngördüğü bu neticeyi, sadece kabullenmek suretiyle de olsa istememekte, yalnızca gerçekleşmeyeceğini sanmaktadır.¹⁵²

SONUÇ

Bu çalışmamızda da belirtmeye çalıştığımız gibi kusurluluk ve bunun belirlenmesi ceza hukukunun gerçekten en önemli ve zor problemlerinden birisidir. Çünkü kusurluluk ve inceleme konumuzu oluşturan kastla ilgili doktrinde pek çok görüş ifade edilmiş ancak bunlardan hiç birinin diğerine önemli derecede bir üstünlük sağladığı görülememiştir. İyi bir amaçla yola çıkılan yeni ceza kanunu yapma çalışmaları, dünyanın hiçbir yerinde görülmeyen bir yasama faaliyeti içinde ve yine dünyanın hiçbir yerinde görülmeyen kısılıktaki bir süre içinde, Avrupa Birliği’ne girme çabası gerekçesiyle, olmaması gerektiği biçimde bir “*panik mevzuatına*” dönüşmüş, bir ülkenin hukuk sisteminin çok önemli bir disiplini ve milyonlarca insanın düşünce ve davranışları yönünden bugünü ve geleceği hiçbir bilimsel yöntemle bağdaşmayan bir biçimde düzenlenmeye çalışılmıştır. Bu da ceza hukukunda yer alan diğer pek çok konunun yanı sıra özellikle ceza hukukunun en büyük problemlerinden birisi olan kusurluluk konusunda hatalı düzenlemelerin yapılmasına ve acelecilik nedeniyle uyarılara rağmen bu hataların düzeltilmemesine neden olmuştur. Kast konusunda yapılan düzenlemelerin bu konuda çok daha büyük karışıklıklara yol açabilecek biçimde oldukları görülmektedir. Özellikle kast ve bilinçli taksir tanımlarının eksik ve hatalı yapılması buna ek olarak kanunun gerekçesinde bu konuya ilişkin olarak yapılan açıklamaların ve örneklerin de hatalar içermesi nedeniyle sorun adeta içinden çıkılmaz bir hal almıştır.¹⁵³ Kast kuralının genel bir hüküm olarak düzenlenmesi yanında, özel kasta yer verilmesi gereken durumlarda bunun kanu-

¹⁵² Erdağ, A. İhsan, “Karar İncelemesi”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 9, 2006, s. 31-33.

¹⁵³ Dülger, a. g. m., s. 108.

ni tanımında düzenlenmeyişi de sorunlu, eksik ve uygulamada objektif sorumluluk uygulamasına yol açabilecek düzenlemedir. Bazı suçlar vardır ki, özel kastın açıkça tanımında belirtilmesini gerektirir. Bu yapılmamışsa örneğin TCK m. 102'nin gerekçesinde olduğu gibi gerekçede yer verilen ifadelerle o suç özel kastla işlenen bir suç haline getirilemeyeceği gibi kast tanımının bu özel suç tiplerine ilişkin hükümlere uygulanışı objektif sorumluluğa yol açabilecektir. Örneğin sahte resmi belgeyi kullanma suçuna ilişkin 204. maddede evrakın sahteliğini bilerek kullanma ifadesine yer verilmediği için sadece genel kastla kullanma eylemini gerçekleştirenin objektif sorumluluğuna gidilecektir.¹⁵⁴ Bütün bu açıklamalar da göstermektedir ki, yapılması gereken iş konuyla ilgili olan, 21 ve 22. maddelerde değişiklik yapılmasıdır. Bu gerçekleşmezse uygulamada hatalı kararların çıkması kaçınılmaz olacak ve yeni ceza yapısında kuramsal açıdan büyük bir çelişki yaşanmaya devam edecektir.¹⁵⁵

KAYNAKLAR

- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, *5237 Sayılı Yeni TCK'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, Ankara 2006.
- Avcı, Mustafa, "Öldürme ve Yaralama Suçlarının Manevi Unsuru", *Kamu Hukuku Arşivi Dergisi*, Mart 2005.
- Avcı, Mustafa, "Türk Ceza Kanunu TCK Tasarıları ve Özellikle 2004 TCK Tasarısının Genel Olarak Değerlendirilmesi", *Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2. Kitap, Ankara 2004.
- Aydın, Öykü Didem, "Ceza Hukukunun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu Tasarısı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 53, 2004.
- Adıgüzel, Recep, "Yeni Türk Ceza Kanununda Olası Kast ve Bilinçli Taksir", *Ankara Barosu Dergisi*, 2005/1.
- Alagöz, Mehmet, "Türk Ceza Kanunu Tasarısı", *Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2. Kitap, Ankara 2004.
- Bayraktar, Köksal, "Türk Ceza Kanunu Tasarısına İlişkin Genel Bir

¹⁵⁴ Ünver, Yener, "YTCK'da Kusurluluk", *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl.1, S. 1, 2006, s. 49.

¹⁵⁵ Dülger, a. g. m., s. 108.

- Değerlendirme Ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri", *Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2. Kitap, Ankara 2004.
- Çakmut, Özlem Yenerer/Çakmut, Alp, "Taksir Kavramı", *İstanbul Barosu Dergisi*, C.76, S. 2, 2002.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4.bası, Ankara 2006.
- Dülger, Murat Volkan, "5237 Sayılı YTCK'da Kastın Unsurları Ve Türleri- Özellikle Olası Kastın Değerlendirilmesi", *Hukuk Ve Adalet Dergisi*, Yıl.2, S. 5, 2005.
- Erdağ, Ali İhsan, "Karar İncelemesi", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 9, 2006.
- Erem, Faruk/Danışman, Ahmet/Artuk, Mehmet Emin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Ankara 1997.
- Hakeri, Hakan, *Sorularla Ceza Hukuku I*, Ankara 2005.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Temel Bilgiler*, 2. Baskı, Ankara 2006.
- Güngör, Devrim, "Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 68, 2007.
- İçel, Kayhan/Özgenç İzzet/Sözüer Adem/Mahmutoğlu Fatih S/Ünver Yener, *Suç Teorisi*, 2. Kitap, İstanbul 1999.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami, "TBMM Adalet Komisyonunda kabul edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş", *Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2. Kitap, Ankara 2004.
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. I, İstanbul 1991.
- Özbek, Veli Özer, *TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, C.I, Genel Hükümler, 2006.
- Özar, Süleyman, "Türk Ceza Hukukunda Sapma", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 66, 2006
- Özen, Mustafa, "5237 Sayılı Ceza Kanununa İlişkin Eleştiriler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 65, 2006.
- Özgenç, İzzet, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 1998.
- Özgenç, İzzet, "Kast-Taksir Kombinasyonları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, C.6, Sy.1-2, 1998.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler*, 2. Bası, Ankara 2005.

- Sözüer Adem, "Suç Politikası İlkeleri Bağlamında Türk Ceza Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi" başlıklı oturumda yapmış olduğu konuşma, *Türk Ceza Kanunu Reformu*, 1. Kitap, Ankara 2004.
- Şen, Ersan, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C.1, İstanbul 2006.
- Tezcan, Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan, "Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesinin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu", *Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2. Kitap, Ankara 2004
- Toroslu, Nevzat, "Cezai Sorumluluğun Gelişimi", *Yargıtay Dergisi*, S. 1-2, Ocak-Nisan 1990.
- TOROSLU, Nevzat/Ersay Yüksel, "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı", *Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2.Kitap, Ankara 2004.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 2006, Ankara.
- Ünver Yener, "YTCK'da Kusurluluk", *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl 1, Sy.1, 2006.
- Yarsuvat, Duygun/Bayraktar, Köksal/Yüzbaşıoğlu, Nemci, "Türk Ceza Kanunu Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü", *Türk Ceza Kanunu Reformu*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2. Kitap, Ankara 2004.

SAVAŞ HUKUKUNUN TEMEL PRENSİPLERİ*

M. Yasin ASLAN**

GİRİŞ

İnsanlık tarihinin belki de en karmaşık ve değişken olgusu olan “savaş”ın sebepleri, niteliği ve kapsamı hususunda tam olarak bir görüş birliğine ulaşılmış değildir. Savaş kavramı, kural olarak devlet veya ulus içerisindeki rakip siyasal güçler arasında gerçekleşen, açık ve ilan edilmiş silahlı çatışmaları ifade etmek için kullanılmaktadır. Açıkça ilan edilmiş olsun veya olmasın, bütün savaşları düzenlemeyi amaçlayan “savaş hukuku”, savaşan ülkelerin birbirleriyle ve savaşa katılmayan ülkelerle olan ilişkilerini düzenlemekte, ayrıca bireylerin savaştaki hak ve sorumluluklarını belirtmektedir. Savaş hukukunun faydası, savaş sebebiyle yapılması gereken askeri eylemler ile insancıl gereklerin bağdaştırılmasına çalışılmasıdır. Savaş hukukunun amacı ise, savaşın sebep olduğu vahşeti olabildiğince en az düzeye indirmektir.

Yapılan bir araştırmaya göre, 5.560 yıllık insanlık tarihi boyunca 14.531 savaş meydana gelmiştir. Bunun anlamı, ortalama yaşamış olan 185 kuşaktan sadece 10 tanesinin savaşla tanışmamış olduğudur. Her yıl için ortalama en az 2 savaşın meydana geldiği göz önüne alındığında, insanlık tarihinin adeta savaşların tarihi olduğunu söylemek herhalde abartılı olmayacaktır. Sadece II. Dünya Savaşı’nı takip eden yirmi yıl boyunca 40 savaşın meydana gelmiş olması, bunların arasın-

* Makalede yayımlanan görüş ve düşünceler tamamen yazarın kişisel fikirlerini yansıtmaktadır.

** Askeri Hakim, Binbaşı, Genelkurmay Başkanlığı Adli Müşavirliği Uluslararası Hukuk İşleri Şube Müdürü.

da Vietnam ve İran-İrak savaşı gibi olanlarının uzun yıllar sürdüğü göz önüne alındığında,¹ bu tespitite haklılık payının bulunduğu görülmektedir.

I. SAVAŞ HUKUKUNUN GELİŞİM SÜRECİ

Savaşın acılarını hafifletmek, dürüstçe savaşmak, yaralılara, kadınlara ve çocuklara zarar vermemek, savaşı mantık ilkelerine uygun şekilde yürütmek ilk önceleri ahlaki ve dinsel emirler niteliğinde gelişmiştir. Ahlak ve din kurallarının iyilik yapmayı emretmesi, hukukun ise kötülük yapmayı yasaklaması sebebiyle,² giderek bu kurallara itaat edilmesini sağlamak amacıyla hukuksal düzenlemeler yapılması cihetine gidilmiştir. Devletlerarasında meydana gelen savaşların bir kurala bağlanması gerektiği düşüncesi eski çağlardan bu yana mevcut olmakla birlikte, uluslararası hukukta bu konudaki ilk ciddi adımların on dokuzuncu yüzyılda atıldığı görülmektedir. Bu düşünceler, hukuk alanına devletleri bağlayıcı uluslararası sözleşmeler olarak ancak bu dönemde yansımaya başlamıştır. Bu uluslararası belgeler savaşta dost veya düşman ayırımı yapılmaksızın, yaralılara, hastalara, kazaya uğramış denizcilere, savunmasız veya teslim olmuş bir düşmana, savaş esirlerine, işgal edilmiş bir ülkenin sivil halkına, sağlık kurumlarına, personeline, araçlarına, taşıtlarına, kültür ve sanat varlıklarına saygı, koruma ve ayrıcalıklar öngörmekteydi.³

Birinci Dünya Savaşına Kadar Olan Dönem

Devletler tarihsel süreç içerisinde bir taraftan savaşı yasaklamaya gayret ederlerken, diğer taraftan da savaşta uygulanacak kuralları düzenleme yoluna gitmişlerdir. Uluslararası düzenin korunması için hukuk kurallarına başvurulmuştur. Savaş tamamen yasaklanıp kaldırılmadığı için, savaşın doğurduğu zararların bu şekilde en aza indi-

¹ Ahmet Kerse, *Harbde İnsani Davranış Kurallarının Uygulanması, (Genevre ve La Haye Sözleşmeleri üzerinde bir inceleme)*, Ankara: Deniz Kuvvetleri Komutanlığı Karargah Basımevi, 1967, s. 2, dn. 2.

² Zeki Hafizoğulları, *Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, gözden geçirilmiş ek konulmuş ikinci baskı, Ankara: US-A Yayıncılık, 1996,, s. 91.

³ Seha L. Meray, *Uluslararası Hukuk ve Örgütler*, gözden geçirilmiş 2. baskı, AÜSBF Yayınları No:430, Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1979, s. 247.

rilmesi amaçlanmıştır. İşte bu düşüncelerden hareket edilerek kodifiye edilmeye başlayan savaş hukuku kuralları, Birinci Dünya Savaşına kadar olan dönemde, sırasıyla şu uluslararası sözleşmelerle gerçekleştirilmeye çalışılmıştır:

1. Korsanlığın kaldırılması, deniz kuşatmalarının fiili olması, tarafsız gemilerdeki düşman eşyasının ve düşman gemilerindeki tarafsız eşyanın savaş kaçağı olmadıkça müsadere edilmemesine ilişkin 16 Nisan 1856 tarihli Paris Deniz Hukuku Beyannamesi,⁴

2. 22 Ağustos 1864 tarihinde Cenevre’de imzalanan Savaş Alanında Yaralıların Durumunun İyileştirilmesi Sözleşmesi ve bu sözleşmeye 20 Ekim 1868 tarihinde eklenen maddeler,⁵

3. 1864 tarihli Cenevre Sözleşmesi’nin deniz savaşlarında da geçerli olmasına dair 1868 tarihli III Nolu La Haye Sözleşmesi,⁶

4. Savaş yöntem ve araçlarını ilk defa düzenleyen 22 Ağustos 1868 tarihli Saint-Petersburg Sözleşmesi,⁷

5. Savaşlarda patlayıcı ve yangın çıkarıcı maddelerin kullanılmasını yasaklayan 11 Aralık 1868 tarihli Saint-Petersbourg Sözleşmesi,⁸

6. Tarafsızların savaş zamanındaki yükümlülüklerini öngören 7 Mayıs 1871 tarihli Washington Sözleşmesi,⁹

⁴ Bu sözleşme ile korsanlık ve deniz haydutluğu yasaklanmış, ayrıca tarafsızlık kavramı tanımlanmıştır. (Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri, I. Kitap*, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 1997, s. 50-52)

⁵ Her türlü silahlı çatışmanın uluslararası hukuk kapsamına dahil edilmesi ilk kez 1864 tarihli Savaş Alanında Yaralıların Durumunun İyileştirilmesi Sözleşmesi ile gerçekleştirilmiştir. Bu sözleşme ile savaş sırasında yaralanan askerlerin korunması ve durumlarının iyileştirilmesi amaçlanmış, bu sözleşme daha sonra 6 Temmuz 1906 tarihli Cenevre Sözleşmesi ile değiştirilmiştir. İmzalanan bu sözleşmeler ile aynı zamanda Uluslararası Kızılhaç Teşkilatı da kurulmuştur. (Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri, IV. Kitap*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2000, s. 127)

⁶ Yeterli sayıda devlet tarafından onaylanmadığı için yürürlüğe girmeyen sözleşme metni için bakınız *International Law Concerning the Conduct of Hostilities, Collection of Hague Conventions and Some Other International Instruments*, Geneva: ICRC, 1989, s. 171-171.

⁷ Yoram Dinstein – Mala Tabory, *War Crimes in International Law*, The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1996, s. 471.

⁸ Pazarıcı, I. Kitap, s. 53.

⁹ Sözleşme metni için bakınız *International Law Concerning ...*, s. 173

7. Kara savaşının kurallarını düzenleyen 29 Temmuz 1899 tarihli La Haye Sözleşmeleri,¹⁰

8. Savaşta hastane gemilerinin devlet yararına konulmuş bütün vergi ve harçlardan muaf tutulmasına dair 21 Aralık 1904 tarihli La Haye Sözleşmesi,¹¹

9. Savaşta hasta ve yaralıların durumlarının iyileştirilmesine dair 6 Temmuz 1906 tarihli Cenevre Sözleşmesi,¹²

10. Birinci La Haye Sözleşmeleri'nin yeniden gözden geçirilmesi ve genişletilmesi sonucu imzalanan 10 ve 18 Ekim 1907 tarihli La Haye Sözleşmeleri.¹³

11. Londra Deniz Konferansı'nın 26 Şubat 1909 tarihli Son Protokolü ve Deklarasyonu,¹⁴

12. Uluslararası Zorlun Mahkemesi'nin Kurulmasına Dair Sözleşme'ye Ek 19 Eylül 1910 tarihli Protokol,¹⁵

1899 tarihli La Haye Sözleşmeleri Şu sözleşmelerden oluşmaktadır:

1. II Nolu Kara Savaşının Yasa ve Teamüllerine Dair Sözleşme ve eki,

2. III Nolu Deniz Savaşı Kurallarını Düzenleyen Cenevre Sözleş-

¹⁰ Osmanlı Devleti'nin de taraf olduğu sözleşme metni için bakınız I. Tertip Düstur, Cilt 7, s. 307 vd.

¹¹ Abdullah Kaya ve Rıdvan Dağ, *Silahlı Çatışmalar Hukuku ile İlgili Barış Döneminde Yapılması Gereken Çalışmalar*, Askeri Adalet Dergisi, Yıl 28, Mayıs 2000, Sayı 108, s. 104.

¹² Bu sözleşme daha sonra 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ile yürürlükten kaldırılmıştır. (Pazarıcı, IV. Kitap, s. 131)

¹³ Osmanlı İmparatorluğu La Haye Sözleşmelerinin hazırlık ve imza aşamalarına katılmıŐsa da, 1911 yılında çıkan Trablusgarp Savaşı sebebiyle, bu sözleşmeleri onaylamamıŐtır. Türkiye Cumhuriyeti tarafından da onaylanmayan 1907 tarihli La Haye Sözleşmelerine, Türkiye taraf değildir. (Zeki Mesud Alsan, *Yeni Devletler Hukuku, Cilt II, Milletlerarası Camianın Düzenlenmesi*, Ankara: Günay Matbaacılık ve Gazetecilik, 1951, s. 416) Sözleşme metinleri için bakınız *International Law Concerning ...*, s. 13-16, 65-68, 149-161, 174-177.

¹⁴ Sözleşme metni için bakınız *International Law Concerning ...*, s. 69-83.

¹⁵ Kaya ve Dağ, *a. g. e.*, s. 105.

mesinin Uyarlanmasına Dair Sözleşme,

3. IV Nolu Balonlardan Mermi ve Patlayıcıların Fırlatılmasının Beş Yıl Süreyle Yasaklanmasına, Boğucu Gazların ve Vücutta Genişleyen Mermilerin Kullanılmamasına Dair Sözleşmeler.¹⁶

1907 tarihli La Haye Sözleşmeleri ise şu sözleşmelerden oluşmaktadır:

1. III Nolu Çatışmaların Başlamasına Dair Sözleşme,

2. IV Nolu Kara Savaşı Kuralları Sözleşmesi,¹⁷

3. V Nolu Kara Savaşında Tarafsızların Hak ve Yetkilerine Dair Sözleşme,

4. VI Nolu Çatışmaların Başlangıcında Ticaret Gemilerine Uygulanacak İşlemlere Dair Sözleşme,

5. VII Nolu Ticaret Gemilerinin Savaş Gemisi Durumuna Sokulmasına Dair Sözleşme,

6. VIII Nolu Denizaltı Mayınlarının Dökülmesine Dair Sözleşme,

7. IX Nolu Savaş Zamanında Denizden Bombalamaya Dair Sözleşme,

8. X Nolu Deniz Savaşı Kuralları Sözleşmesi,

9. XI Nolu Deniz Savaşında Müsadere Hakkının Sınırlandırılması Sözleşmesi,

10. XII Nolu Uluslararası Zorlım Mahkemesi Kurulmasına Dair Sözleşme,

11. XIII Nolu Deniz Savaşında Tarafsız Devletlerin Hak ve Görevlerine Dair Sözleşme,

12. XIV Nolu Balonlardan Patlayıcı Madde Atılmasının Yasaklan-

¹⁶ Pazarıcı, *I. Kitap*, s. 53. Ayrıca bakınız Tayyar Arı, *Uluslararası İlişkiler*, 2. Baskı, İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1997, s. 419.

¹⁷ IV Nolu Kara Savaşı Kuralları Sözleşmesi'nin (L-IV) 3. maddesinde, sözleşmeleri ihlal eden devletler bakımından sadece tazminat sorumluluğunun bulunduğu bahsedilmiştir. IV Nolu Kara Savaşı Kuralları Sözleşmesi'nin eki olan Yönetmelik ise bir savaş yasası niteliğini taşımakla birlikte, herhangi bir ceza yaptırımını içermemekteydi.

masına Dair Sözleşme.¹⁸

Her iki La Haye Sözleşmesi'nin amacı öncelikle mevcut teamülleri kodifiye etmek, sonra da uzunca bir süre düşünce aşamasında kalan savaş kurallarını askerlerin bilgisine sunmaktır. Oldukça ayrıntılı düzenlemeler getiren bu sözleşmeler ile savaşın yürütülmesi konusundaki hukuksal boşluklar kapatılmaya çalışılmış ve bunun için "*Martens hükmü*"nden yararlanılmıştır.¹⁹ Bu sözleşmelerde kara savaşının nasıl yürütüleceği, düşman ticaret gemilerinin tabi olacağı muamele, ticaret gemilerinin savaş gemilerine dönüştürülmesi, deniz yüzeyinin altında kendiliğinden faaliyette bulunan temas mayınlarının yerleştirilmesi, savaş zamanlarında deniz silahlı kuvvetlerinin bombardımanı, deniz savaşına ilişkin Cenevre Sözleşmesi kurallarının uygulanması ve deniz savaşında ganimet hakkının kullanılmasına getirilen kısıtlamalar yer almış bulunmaktadır.

Savaş hukukunu düzenlemeyi amaçlayan sözleşmeler arasında en önemlisi olan ve kara savaşının yasa ve teamüllerine ilişkin olan 1907 tarihli IV Nolu La Haye Sözleşmesi, her iki dünya savaşında da uygulanmamıştır. Bunun sebebi, sözleşmenin ikinci maddesine konulmuş olan "*genel iştirak şartı*"dır. La Haye Sözleşmeleri'nin ancak savaşan tarafların hepsinin bu hükümleri kabul etmesi (si omnes) durumunda geçerli olacağı hükmüne bağlanmıştı.²⁰ La Haye Sözleşmeleri'nde, sözleşme hükümlerinin ihlalini önleyecek ve savaş suçlarının takibini sağlayacak bir ceza müeyyidesi de kabul edilmiş değildi. La Haye Sözleşmeleri, uyuşmazlıkların barışçı yollarla çözülmesi hususunda büyük çaba göstermiş olmasına rağmen, tespit edilen usullerin zorunlu olması devletlerin savaşa başvurma yetkisine engel olamamıştır. İkinci Dünya Savaşı bunun en güzel örneğidir.

1907 tarihli La Haye Sözleşmeleri'nde silahlı çatışma usulleri ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olmakla birlikte, savaş hukuku yine de gerekli müeyyidelerden yoksun kalmıştır. 6 Temmuz 1906 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin 28. maddesi, sözleşme hükümlerine uymayan devletlere karşı bir ceza tayin etmekteydi. Ancak bu düzenlemelere

¹⁸ Edip F. Çelik, *Milletlerarası Hukuk, Cilt II*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1982, s. 399-401.

¹⁹ Emre Öktem, "Silahlı Çatışma Halinde Kültür Varlıklarının Korunması: Bosna-Hersek Örneği", *Uluslararası Politikada Yeni Alanlar, Yeni Bakışlar* (Faruk Sözmezoğlu), İstanbul: Der Yayınları, 1998, s. 132.

²⁰ L-IV m. 2.

rağmen, savaşı yasaklamak veya sınırlandırmak konusunda hiçbir ciddi çaba sarf edilmemiş olup, savaş devletlerarasındaki uyuşmazlıkların halledilmesi hususunda normal bir yol olarak kabul edile gelmiştir.²¹

B. II. Dünya Savaşına Kadar Olan Dönem

I. Dünya Savaşı'ndan sonra, savaşın yasaklanması ve insancillaştırılması hususundaki çalışmalara devam edilmiştir. Bu dönemde savaş hukuku konusunda şu sözleşmeler kabul edilmiş bulunmaktaydı:

1. Savaşta zararlı gazların ve denizaltıların kullanılmasının yasaklanmasına dair 6 Şubat 1922 tarihli Washington Sözleşmesi,²²

2. 17 Haziran 1925 tarihli kimya ve bakteri savaşının yasaklanmasına dair Cenevre Protokolü,²³

3. Deniz savaşında tarafsızlığa dair 20 Şubat 1928 tarihli Havana Sözleşmesi,²⁴

4. 27 Temmuz 1929 tarihli savaş bölgesinde bulunan orduların savaş esirlerinin tabi tutulacağı işlemler, savaş alanında bulunan orduların yaralıları ve hastalarının durumlarının düzeltilmesi hakkındaki Cenevre Nihai Senedi ve Sözleşmeleri,²⁵

5. Deniz silahlarının sınırlandırılması ve denizaltı savaşına dair 22 Nisan 1930 tarihli Londra Deniz Sözleşmesi,²⁶

6. Tarihsel eserlerin, sanat kurumları ve bilimsel yapıtların korun-

²¹ İlhan Lütem, *Harp Suçları ve Milletlerarası Hukuk*, Ankara, 1951, s. 17-18.

²² Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Fransa, İtalya ve Japonya arasında imzalanan bu sözleşme hükümlerine aykırılık sebebiyle, Amiral Doenitz gibi üst düzey komutanlar Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesinde yargılanmışlardır. (Gerry J. Simpson, "War Crimes: A Critical Introduction", *The Law of War Crimes, National and International Approaches* (McCormack ve Simpson), s. 5, s. 191)

²³ Türkiye'nin de taraf olduğu sözleşme metni için bakınız 20 Kasım 1929 tarih ve 1097 sayılı *Resmi Gazete*.

²⁴ Sözleşme metni için bakınız *International Law Concerning ...*, s. 162-168.

²⁵ Türkiye'nin de taraf olduğu sözleşme metni için bakınız 7 Nisan 1931 tarih ve 1768 sayılı *Resmi Gazete*. Bu sözleşmenin özellikle 1., 3., 4. ve 6. maddelerinde savaş hukukuna aykırı düşen eylemler belirtilmiştir.

²⁶ Bu sözleşme ile silahlandırılmamış ticaret gemilerinin batırılması yasaklanmıştır. Sözleşme metni için bakınız *International Law Concerning ...*, s. 85-90.

masına dair 15 Nisan 1935 tarihli Washington Sözleşmesi,²⁷

7. Denizaltı gemilerinin savaş kurallarına dair 6 Kasım 1936 tarihli Londra Protokolü,²⁸

8. 14 Eylül 1937 tarihli Nyon Mutabakatı ve 17 Eylül 1937 tarihli bu mutabakata ek Cenevre Sözleşmesi,²⁹

II. İKİNCİ DÜNYA SAVAŞI'NDAN SONRA SAVAŞIN YASAKLANMASI VE İNSANCILLAŞTIRILMASI ÇALIŞMALARI

1945 yılı savaşın yasaklanması bakımından bir dönüm noktası olarak ortaya çıkmıştır. Öyle ki, II. Dünya Savaşı'ndan sonra uluslararası hukukta uzunca bir süre "hak" olarak kabul edilen "kuvvet kullanma" yasaklanmış ve meşru kuvvet kullanma tekeli Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'ne bırakılmıştır.³⁰

Günümüzde uluslararası hukuk, artık ulus devletlerin işbirliği içerisinde bir arada, ancak kendi egemenlik alanlarında var olmalarını düzenleyen bir kurallar bütünü olmaktan çıkmış olup, bir dünya hukukuna, tabiri caizse, evrensel hukuka doğru bir dönüşüm geçirmektedir. "Egemen eşitliğe" sahip devletlerin büyük çoğunluğunun, artık bağımsız siyasal iktidar odakları olmaktan çıkıp yerel uygulayıcılara dönüşmekte olduğu, uluslararası hukukun yapılmasında ve yorumlanmasında az sayıdaki devletin başrolü üstlendiği görülmektedir.³¹

II. Dünya Savaşı'ndan sonra savaşın önlenmesi çalışmalarına hız verilmiş olup, savaşın insancillaştırılması hususunda bu dönemde kabul edilen uluslararası sözleşmeler şunlardır:

²⁷ Sözleşme metni için bakınız *International Law Concerning ...*, s. 28-29.

²⁸ Türkiye'nin de taraf olduğu protokol metninin yer aldığı 9 Haziran 1937 tarih ve 3227 sayılı onay yasası için bakınız 23.06.1937 tarih ve 3638 sayılı *Resmi Gazete*.

²⁹ Türkiye'nin de taraf olduğu sözleşme metni için bakınız 20 Eylül 1937 tarih ve 3713 sayılı *Resmi Gazete*.

³⁰ Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi bu yetkisini devletler aracılığıyla kullanacak olmakla birlikte, bu yine de önemli bir aşama niteliğini taşımaktadır.

³¹ Gökçen Alpkaya, *Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2002, s. 7.

1. 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri,³²

2. 14 Mayıs 1954 tarihli La Haye Silahlı Çatışmalarda Kültür Varlıklarının Korunması Sözleşmesi ve Protokolü,³³

3. Zehirli maddeler içeren ve bakteriyolojik silahların depolanması, üretilmesi, geliştirilmesi ve stoklanmasının yasaklanmasına ve bunların imha edilmesine dair 10 Nisan 1972 tarihli sözleşme,³⁴

4. Çevreyi değiştirme tekniklerinin askeri veya düşmanca amaçlarla kullanılmasının yasaklanmasına dair 10 Aralık 1976 tarihli sözleşme,³⁵

5. 8 Haziran 1977 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek Protokoller,³⁶

6. Afrika'da paralı askerliğin kaldırılmasına dair 3 Temmuz 1977 tarihli Liberville Sözleşmesi,³⁷

7. Beklenmeyen etkileri ve zararları olduğu düşünülen bazı konvansiyonel silahların kullanılmasının yasaklanmasına dair 10 Ekim 1980 tarihli Cenevre Sözleşmesi ile tespit edilemeyen parçaların yasaklanmasına dair I Nolu ve bubi tuzakları, mayınlar ve diğer benzeri silahların yasaklanmasına ve kısıtlanmasına dair II Nolu, yangın çıkaran silahların yasaklanmasına ve kısıtlanmasına dair 10 Ekim 1980 tarihli III Nolu, kör edici lazer silahlarının yasaklanmasına dair 10 Ekim 1980 tarihli IV Nolu Protokoller,³⁸

³² Türkiye'nin de taraf olduğu sözleşme metinlerine ilişkin 21 Ocak 1953 tarih ve 6020 sayılı onay yasası için bakınız 30 Ocak 1953 tarih ve 8322 sayılı *Resmi Gazete*.

³³ Bu sözleşme kültür varlıklarının uluslararası planda korunmasını düzenleyen ilk belge niteliğini taşımaktadır. Türkiye'nin de taraf olduğu sözleşme ve protokol metinlerine ilişkin 563 sayılı onay yasası için bakınız 8 Kasım 1965 tarih ve 12145 sayılı *Resmi Gazete*. Her ne kadar 563 sayılı yasada bu sözleşmenin onaylandığı belirtilmişse de, sözleşme metni yasada yer almamış, Bakanlar Kurulu'nun 24 Temmuz 1965 tarih ve 6/5041 sayılı kararının ekinde yayımlanmıştır.

³⁴ Türkiye'nin de taraf olduğu sözleşme metni için bakınız 6 Ağustos 1974 tarih ve 14968 sayılı *Resmi Gazete*.

³⁵ Kaya ve Dağ, *a. g. e.*, s. 108.

³⁶ Türkiye'nin taraf olmadığı bu protokollerin metinleri için bakınız *Protocols Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, Resolutions of the 1974-77 Diplomatic Conference, Extracts from the Final Act of the 1974-77 Diplomatic Conference*, Geneva: ICRC, 1977.

³⁷ Kaya ve Dağ, *a. g. e.*, s. 108.

³⁸ Sözleşme ve protokol metinleri için bakınız *International Law Concerning...*, s. 194-214.

9. Paralı askerlerin kullanılması, finanse edilmesi ve eğitilmelerinin yasaklanmasına dair 4 Aralık 1989 tarihli sözleşme,³⁹

10. Avrupa'daki Konvansiyonel Silahlı Kuvvetler Sözleşmesi,⁴⁰

11. Kimyasal silahların geliştirilmesi, üretimi, depolanması ve kullanılmasının yasaklanmasına dair 13 Ocak 1993 tarihli Paris Sözleşmesi,⁴¹

12. Nükleer Güvenlik Sözleşmesi,⁴²

13. Plastik Patlayıcıların Tespiti Amacıyla İşaretlenmesi Sözleşmesi,⁴³

14. Kör edici lazer silahları hakkındaki 13 Ekim 1995 tarihli değişik IV Nolu Protokol,⁴⁴

15. 16 Kasım 1995 tarihinde Londra'da imzalanan bir UNESCO Sözleşmesi,⁴⁵

16. Bubi tuzakları, mayınlar ve diğer benzeri silahların yasaklanmasına ve kısıtlanmasına dair 3 Mart 1996 tarihli değişik II Nolu Protokol,⁴⁶

17. Antipersonel mayınlarının kullanılması, üretimi, depolanması ve nakledilmesinin yasaklanması ve imhasına dair 18 Eylül 1997 tarihli sözleşme,⁴⁷

18. 14 Mayıs 1954 tarihli Silahlı Çatışmalarda Kültür Varlıklarının

³⁹ Dinstein ve Tabory, *a. g. e.*, s. 473.

⁴⁰ Türkiye'nin de taraf olduğu sözleşme metnini içeren 18 Haziran 1992 tarih ve 3818 sayılı onay yasası için bakınız 26 Haziran 1992 tarih ve 21266 sayılı *Resmi Gazete* ile 6 Temmuz 1992 tarih ve 21276 sayılı *Resmi Gazete*.

⁴¹ Kaya ve Dağ, *a. g. e.*, s. 109.

⁴² Türkiye'nin de taraf olmasına dair 15 Aralık 1994 tarih ve 94/6376 sayılı Bakanlar Kurulu kararı için bakınız 14 Ocak 1995 tarih ve 22171 sayılı *Resmi Gazete*.

⁴³ Türkiye'nin de taraf olmasına dair 23 Haziran 1994 tarih ve 94/5813 sayılı Bakanlar Kurulu kararı için bakınız 27 Eylül 1994 tarih ve 22064 sayılı *Resmi Gazete*.

⁴⁴ Kaya ve Dağ, *a. g. e.*, s. 109.

⁴⁵ Bu sözleşme ile "savaşların ilk önce insanların kafasında doğması sebebiyle, barışı savunacak siperlerin de insanların kafalarında kurulması gerektiği" düşüncesinin altı çizilmiştir. (Tekin Akıllıoğlu, *İnsan Hakları - I*, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1995, s. 194)

⁴⁶ Kaya ve Dağ, *a. g. e.*, s. 109.

⁴⁷ *A. g. e.*

Korunması Sözleşmesi'ne ek 26 Mart 1999 tarihli II Nolu Protokol,⁴⁸

19. Nükleer Denemelerin Yasaklanması Sözleşmesi,⁴⁹

Günümüzde savaş hukuku kurallarını içeren üç grup sözleşme bulunmaktadır. Bunlar;

1. La Haye tipi sözleşmeler,
2. Cenevre tipi sözleşmeler,
3. New York tipi sözleşmelerdir.

La Haye sözleşmeleri kural olarak, silahlı çatışmaların sevk ve idaresi, işgal ve tarafsızlık hukuku kurallarına ilişkin sözleşmelerdir.⁵⁰ Cenevre sözleşmelerinde ise silahlı çatışmalar nedeniyle savaş esirleri, yaralı ve deniz kazazedeleri, ölümler, sağlık ve din personeli gibi savaş mağdurları ile ilgili hususların düzenlenmiş olduğu görülmektedir.⁵¹ Karışık tip sözleşmeler olarak da adlandırılan New York tipi sözleşmeler, Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Birleşmiş Milletler Teşkilatı kapsamında kabul edilen sözleşmelerden oluşmaktadır.⁵²

Savaş kurallarını düzenleyen hukuk kurallarının önemli bir bölümü uzunca bir süre teamül şeklinde varlığını sürdürmüştür. Bu konuda teamül kuralları, bir taraftan devletlerin hukuk kuralı olarak kabul ettiklerine ilişkin rızalarını verdikleri özellikle çok-tarafli sözleşme hükümleri aracılığıyla ortaya çıkarken, diğer taraftan da devletlerin si-

⁴⁸ 1954 tarihli La Haye Sözleşmesi ve ek protokollerin, 1949 tarihli Cenevre sözleşmelerinin muadili olduğu kabul edilmektedir. Zira Cenevre sözleşmeleri insan varlığını ön plana çıkararak onu korumayı amaçlarken, 1954 tarihli La Haye Sözleşmesi ise insanın yaratıcı dehasında ortaya çıkan değerleri korumayı amaçlamıştır. (Öktem, "Silahlı Çatışma Halinde ...", s. 137) Ayrıca Cenevre sözleşmelerinin her durumda uygulanacağını hükme bağlanmış olmasına karşılık, 1954 tarihli La Haye Sözleşmeleri için böyle bir şart konulmamış, karşılıklılık esasına yer verilmiştir. (1954 tarihli La Haye Sözleşmesi m. 18)

⁴⁹ Türkiye'nin de taraf olduğu sözleşme metnini içeren 3 Kasım 1999 tarih ve 4462 sayılı onay yasası için bakınız 26 Aralık 1999 tarih ve 23918 sayılı *Resmî Gazete*.

⁵⁰ La Haye sözleşmeleri ile kastedilen 1899 tarihli Sözleşme kurallarının yanı sıra, bu sözleşmeyi değiştiren 1907 tarihli Sözleşme, 1923 tarihli (taslak niteliğindeki) Hava Savaşı Hukuku Kuralları ve 1954 tarihli La Haye Sözleşmelerdir.

⁵¹ Cenevre sözleşmeleri ile kastedilen 1864, 1906 ve 1924 tarihli Cenevre sözleşmelerinin yanı sıra, 1949 tarihli Cenevre sözleşmeleri ve 1977 tarihli ek protokollerdir.

⁵² Kaya ve Dağ, *op. cit.*, s. 95.

lahlı kuvvetleriyle ilgili yasa ve yönetmelikler veya verilen emirler ve talimatlar aracılığıyla uygulamada yer etmiştir.⁵³ Özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra savaş hukukunun kodifikasyonu hususunda ciddi adımların atıldığı görülmektedir.

III. SAVAŞ VE SALDIRI KAVRAMLARI

Uluslararası hukukta savaşın herkes tarafından kabul edilmiş bir tanımı yapılamamıştır.⁵⁴ Savaşın tanımlanması ve açıklanması husu-

⁵³ Aslında savaş hukukunun bilinen en eski ve temel kaynağı uluslararası teamüldür. Bu teamül uzunca bir gelişimin sonunda ortaya çıkmıştır. Uluslararası teamül kuralları bazen çok taraflı uluslararası sözleşmelerde yer alabilmektedir. Uluslararası teamül kuralları; uluslararası örf ve adet, genel hukuk ilkeleri, kamu vicdanı gereklerinden doğan ve savaşan taraflarca uyulması gereken prensip ve kuralardan oluşmaktadır. Bunlar arasında askeri zaruret, insani davranış kurallarına uyma ve mertlik gibi kurallar yer almaktadır. (Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, s. 618-624)

⁵⁴ Savaş kavramı hususunda İngilizce olarak bakınız Geoffrey Best, *Humanity in Warfare*, New York: Columbia University Press, 1980; Paul Bohannon, *Law and Warfare, Studies in the Antropology of Conflicts*, New York: The National History Press, 1967; Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford: At the Clarendon Press, 1963; Tommy D. Dickson ve Richard R. Müller, *War Theory*, Air Command and Staff College, July 1996; Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence, second edition*, Grotius Publications, Cambridge: Cambridge University Press, 1995; George Meredith Friedman, *The Future of War, Power, Technology and American World Dominance in the 21st Century*, New York: Crown Publishers Inc., 1996; Michael Howard, George J. Andreopoulos ve Mark R. Shulmah, *The Laws of War, Constraints on Warfare in the Western World*, New Haven and London: Yale University Press, 1994; Hans Kelsen, *Peace Through Law*, New York: The University of North Carolina Press, 1944; Charles Burton Marshal, *The Cold War, A Concise History*, New York: Franklin Watts, Inc., 1965; Oppenheim, L. ve Lautherpacht, H., *International Law, A Treatise, Volume II, War*, Seventh Edition, Edinburg: Longmans, 1961; Balladore Pallieri, "The Concept of "War" and the Concept of "Combatant" in Modern Conflicts", *General Report, Revue de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre X-1 1971*, s. 339-351; David Shukman, *Tomorrow's War, the Threat of High Technology Weapons*, New York/SanDiego/London: Harcourt Brace and Company, 1996; Michael Walzer, *Just and Unjust Wars, A Moral Argument with Historical Illustrations*, New York: Basic Books, 2000; Quincy Wright, *A Study of War, Volume I*, Chicago: The University of Chicago Press, 1942.

Türkçe olarak bakınız Sadi Çaycı, *Silahlı Kuvvetlerin Kullanılması*, Ankara, Genelkurmay Basımevi, 1995; Hugo Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*, seçmeler, (çeviren Seha L. Meray), AÜSBF Yayınları No:222-204, Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1967; Funda Keskin, *Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karışma ve Birleşmiş Milletler*, Ankara: Öteki Matbaası, 1998; Necdet Yalkut, *Hukuk Açısından Savaş ve Barış*, Adalet Dergisi, Ankara 1985, Yıl 76, Sayı 6, s.7-25.

sundaki çeşitli yaklaşımlar konunun hukuksal bakış açısındaki farklılıklar kadar, ideolojik, felsefi, siyasal, ekonomik, sosyolojik ve psikolojik boyutlarıyla da yakından ilgilidir.

Savaş “bir toplumun, bir ulusun veya devletler topluluğunun isteklerini diğer bir ulus ve devletler topluluğuna zorla kabul ettirmek amacıyla giriştikleri bir mücadele” şeklinde tanımlanmaktadır.⁵⁵ Bir başka tanıma göre savaş, “uluslararası hukuk kurallarına uygun şekilde devletlerarasında yürütülen silahlı bir çatışma, bir çekişmedir”⁵⁶. Savaş, bu çatışmaya katılan devletlerin savaş hukuku kurallarına uymalarını, çatışmaya katılmamış devletlerin de tarafsızlık hukuku kuralları içerisinde bulunmalarını gerektirir.

Daha genel bir tanıma göre savaş, “devlet veya ulus içerisindeki rakip siyasal güçler arasında, genellikle açık ve ilan edilmiş olarak yürütülen silahlı çatışma halidir.” Bu düşünceyi paylaşanlardan bir kısmı savaşı barışçı ilişkilerin kesilmesi ile birlikte, iki veya daha çok devlet arasındaki şiddet durumu olarak nitelendirirlerken,⁵⁷ kimileri de uluslararası hukuk kurallarına uygun şekilde, devletler arasındaki silahlı bir çatışma, bir çekişme hali olarak tanımlamaktadırlar.⁵⁸ Bu anlayıştan yola çıkıldığında, savaş devletlerin ve toplumların silah zoruyla hesaplaşması olarak kabul edilebilmektedir.

Türk hukukunda, 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu’nun⁵⁹ 3. maddesinde savaşın bir tanımının yapıldığı görülmektedir. Söz konusu yasa hükmüne göre, savaş, “devletin bekasını temin etmek, milli menfaatleri sağlamak ve milli hedefleri elde etmek amacıyla, başta askeri güç olmak üzere, Devletin maddi ve manevi tüm güç kaynaklarının, hiçbir sınırlamaya tabi tutulmadan kullanılmasını gerektiren silahlı mücadele” olmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, bu tanım kendisini savunma amacının sınırlarını aşan ve saldırı savaşını da içerebilecek bir anlayışı çağrıştırmaktadır. Zira bu tanımda silahlı kuvvet kullanılmasının hiçbir sınırlamaya tabi tutulmadığı ifade edilmiştir. Halbuki ulusal kaynakların sınırlı olması sebebiyle buna maddi bakımdan imkan bulunmadığı gibi, bu hüküm gerek uluslararası hukuka ve gerekse silahlı

⁵⁵ Grotius, *a. g. e.*, s. 15.

⁵⁶ Felsefi bir bakış açısına göre “(s)avaş, devletin egemenliğinin en yüksek derecedeki görüntüsüdür”. (Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, s. 469)

⁵⁷ *A. g. e.*, s. 467.

⁵⁸ Mehmet Kocaoğlu, *Uluslararası İlişkiler*, Ankara: (y.y.), 1993, s.1.

⁵⁹ Bakınız 8 Kasım 1983 tarih ve 18215 sayılı *Resmi Gazete*.

kuvvetlerin kullanılmasını uluslararası hukuka uygunluk şartına bağlayan Anayasa'nın 92/1 maddesine açıkça aykırı düşmektedir.⁶⁰

Görüldüğü üzere savaşın değişik şekillerde tanımlanması mümkündür. Uluslararası hukuk bakımından savaş, uluslararası bir nitelik taşımaktadır.⁶¹ Geniş ölçekteki iç çatışmalar askeri açıdan savaş olarak adlandırılabilirse de, bu çatışmalar bir devleti kapsayıp uluslararası bir nitelik taşımadığı sürece savaş kapsamı dışında kalmaktadırlar. Bütün bu tanımlardan ortaya çıkan sonuç, savaşın uyumsuzluklarını zorlama yoluna başvurarak çözmeye çalışanların karşılıklı durumunu ifade ettiğiidir.

Günümüzde savaşın işlevinin barış yapmak olduğu düşüncesi ile sürülmektedir.⁶² Ancak ne şekilde tanımlanmış olursa olsun, savaş kuvvet kullanılmasının en yoğun, en kapsamlı ve en etkili biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu niteliği itibariyle, savaşın hukuka aykırı bir kavram olduğu söylenebilir.⁶³

Uluslararası hukuk metinlerinde de savaşın genel bir tanımı yapılmış değildir. Bunun sebebi, bir silahlı çatışmanın veya eylemin savaş sayılıp sayılmayacağı hususunda uluslararası hukukta objektif bir ölçütün benimsenememiş olmasıdır. Bu sebeple herhangi bir silahlı çatışma eyleminin savaş sayılıp sayılmayacağı hususundaki temel ölçüt ilgili devletlerin amacı olmaktadır.⁶⁴ Bu sebeple, savaşan taraflardan

⁶⁰ Çaycı, a. g. e., s. 46.

⁶¹ Montesquieu'ya göre, uluslararası hukuk bütün ulusların barış halindeken birbirlerine ellerinden geldiği kadar iyilik yapmaları, savaş halinde ise, kendi gerçek menfaatlerine zarar vermemek şartıyla, birbirlerine mümkün olduğu kadar az kötülük etmeleri prensibine dayanmaktadır. Savaşın amacı zaferdir, zaferin amacı istiladır, istilanın amacı da varlığın devamıdır. Uluslararası hukuku oluşturan bütün yasalar bu ilkeden doğmalıdır. (Charles-Louis de Secondat Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine-I* (çeviren Fehmi Baldaş), 7. baskı, İstanbul: Toplumsal Dönüşüm Yayınları, 1998, s. 52-53).

⁶² Chris Hables Gray, *Postmodern Savaş, Yeni Çatışma Politikası* (Çeviren Derya Kömürçü), İstanbul/Bursa/Şanlıurfa: Alfa Yayınları 750, 2000, s. 126.

⁶³ Savaşın çeşitli kriterlere göre sınıflandırılması hususunda bakınız Faruk Sönmez-özgü, *Uluslararası Politika ve Dış Politika Analizi*, gözden geçirilmiş ikinci baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995, s. 341-344.

⁶⁴ Savaş ve politika arasındaki ilişkiye değinen Karl von Clausewitz'e göre, savaş politikanın başka bir şekilde devamıdır. Yazar, savaşın bir amaç değil, bir araç olduğunu ve belirli bir siyasal amacı gerçekleştirmek için savaşa başvurulduğunu belirtmektedir. (Karl von Clausewitz, "What is War?", Robert L. Pfaltzgraff, Jr., ed., *Politics and International System*, 2nd ed., Washington, D.C.: Gippinkoff Com-

herhangi birisinin savaş amacıyla hareket etmesi durumunda, söz konusu silahlı çatışmaların savaş olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, taraflardan en az birisi tarafından savaş değerlendirilmesi yapılmadıkça, bütün silahlı çatışma türlerinin savaş niteliğini taşımayan silahlı “zararla karşılık” veya silahlı “karışma” şeklinde değerlendirilmesi uygun görülmektedir.⁶⁵

Savaşın tarihi insanlık tarihi kadar eskidir. Uluslararası topluluk içerisinde, bu topluluğun önde gelen kişileri olan egemen devletlerin, kendilerine özgü bir hak olarak gördükleri savaş yoluna sık sık başvurdukları bilinen bir gerçektir. Genellikle savaşın yolunu açan devletler arasındaki çatışmalar, kural olarak, akıl dışı ve duygusal etkenlerden değil, hemen her zaman analitik akılcılığın aşırı bolluğundan kaynaklanmaktadır. Zira savaşlar karşılıklı tarafların kazanma hesabına dayanan bilinçli ve mantıklı kararlarıyla başlamıştır.⁶⁶

Uluslararası düzenin en başta gelen sükreleri olan devletler bakımından, silahlı kuvvet kullanılmasında öncelikli amaç ulusal çıkarların korunmasıdır.⁶⁷ Devletler kendi çıkarlarını korumak ve hayat alanlarını genişletmek amacıyla düzenli ordular kurmuşlar, devlet iktidarını elinde tutan kimseler ise iktidarlarını pekiştirmek ve güçlendirmek amacıyla silahlı güç kullanılması yöntemlerine sıkça başvurmaktan çekinmemişlerdir.

Tarih boyunca, bir devletin silahlı kuvvet kullanmaya başvururken haklı bir sebebe dayanması büyük önem taşımıştır. Devletler silahlı kuvvet kullandıklarında, bu durumu sürekli olarak kuvvete başvurmakta haklı oldukları gerekçesine dayandırmışlardır. Bu gerekçe diğer devletler tarafından hiç kabul edilmemiş olsa dahi, yine de aynı gerekçeyi ileri sürmüşlerdir. Savaşa başvurmanın ve saldırının ulusla-

pany, 1992, s. 205'ten ataran Arı, a. g. e., s. 415

⁶⁵ Zararla karşılık ve silahlı karışma türleri hakkında bakınız Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, s. 407-456.

⁶⁶ Chris Hables Gray, a. g. e., s. 136.

⁶⁷ Keskin, a. g. e., s. 15. Savaşın başlaması fiilen bir tarafın diğer tarafa silahlı saldırısı ile gerçekleşebileceği gibi, taraflardan birisinin diğerine savaş ilan etmesi suretiyle de gerçekleşebilmektedir. 1907 tarihli III Nolu Çatışmaların Başlamasına İlişkin La Haye Sözleşmesi savaşın başlaması için sözleşme taraflarının ya gerekçeli savaş ilan etmeleri ya da bir takım koşulları içeren ve ultimatömler adı verilen şartlı savaş ilanında bulunma yükümlülüğünü hükme bağlamıştır. (Pazarıcı, IV. Kitap, s. 159)

rarası hukukta yasaklanmasıyla birlikte, devletler yine de silahlı kuvvet kullanma hakkından vazgeçmiş değillerdir. Artık bunu savaş değil de, başka isim ve yöntemler kullanarak yapmaya başlamışlardır.⁶⁸ Günümüzde uluslararası silahlı çatışma, uluslararası uyuşmazlıkların barışçı yöntemlerle çözülememesi durumunda, devletlerin isteklerini zorla kabul ettirmek amacıyla, silahlı kuvvetlerin kullanılması da dahil olmak üzere, ulusal güçlerinin tamamını veya bir kısmını kullanarak yaptıkları mücadele anlamına gelmektedir.

Savaş Kavramı ve Savaş Hukuku İlişkisi

Savaşın genel olarak, devletlerarasında gerçekleşen ve taraflarca savaş niteliği kabul edilen silahlı çatışma olarak tanımlandığı daha önce belirtilmişti.⁶⁹ Bu kapsamda, savaşı da içine alan bütün silahlı çatışmaları çeşitli kıstaslara göre sınıflandırmak mümkündür. Silahlı çatışmaya katılan tarafların hukuksal kişilikleri esas alındığında silahlı çatışmalar şöyle sınıflandırılabilir:

1. Devletler arasındaki silahlı çatışmalar,
2. Taraflardan birinin uluslararası örgüt olduğu silahlı çatışmalar,
3. Bir devletin hükümet kuvvetleri ile hükümete karşı gelen silahlı gruplar arasındaki silahlı çatışmalar,
4. Bir devlet içerisinde değişik silahlı gruplar arasındaki silahlı çatışmalar.⁷⁰

Yapılan bu ayrıma rağmen, kural olarak, uluslararası örgütler silahlı çatışmaların tarafı sayılmamaktadır. Uluslararası örgütlerin silahlı çatışmaların tarafı olarak kabul edilmemesi neticesinde, silahlı çatışmada birbiriyle çatışan amaçların kuvvet kullanmak suretiyle kabul ettirilmesinin söz konusu olması sebebiyle, uluslararası barış ve güvenliği sağlamak amacıyla, "bir uluslararası yaptırım uygulamak üzere" uluslararası örgütlerin katıldığı silahlı çatışmalar, hukuksal bakımdan

⁶⁸ Keskin, *a. g. e.*, s. 29.

⁶⁹ Savaşın bu niteliğinin tarafların çatışmayı sürdürme biçimlerinden, çatışmanın yoğunluğundan ve süresinden anlaşılması durumunda, savaş niyetinin açıkça ortaya konmasına gerek bulunmayabilir. (Keskin, *a. g. e.*, s. 67)

⁷⁰ Pazarcı, *IV. Kitap*, s. 137.

taraflar arasındaki silahlı çatışmalar kapsamına girmemektedir.⁷¹

Devletler arasındaki silahlı çatışmalar ikiye ayrılmaktadır:

1. Savaş,
2. Savaşa varmaya sınırlı silahlı çatışmalar.⁷²

Silahlı çatışma hukukunun uygulanması ve uygulanmamasından doğan sorumluluklar, uygulanması gereken coğrafi alandaki stratejik durumun değerlendirilmesi ve doğru olarak nitelendirilmesini gerektirmektedir. Burada amaç, belli bir stratejik durumda silahlı çatışma hukuku ve konuları bakımından, silahlı çatışma hukukunun uygulanmasının gerekli olup olmadığının saptanmasıdır.

Günümüzde devletlerin hemen hemen tamamının taraf olduğu 1949 tarihli Cenevre sözleşmelerinin ortak 2. maddesine göre, bu sözleşme hükümlerinin kapsadığı insancıl hukuk kuralları her iki tür devletler arasındaki silahlı çatışmalarda da aynı şekilde uygulanacaktır.⁷³ Savaşa varmayan silahlı çatışmalarla ilgili olarak, 1949 tarihli Cenevre sözleşmelerinin ortak 2. maddesinin birinci bendine göre, çatışan taraflardan birisinin savaş durumunu kabul etmemesi durumu ile karşılıksa dahi, iki taraf arasındaki silahlı çatışmalarına 1949 tarihli Cenevre sözleşmeleri hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Saldırı Çeşitleri

Savaş dışında kalan ve savaş niteliğini taşımayan silahlı kuvvet kullanımları kural olarak silahlı müdahale şeklinde kabul edilmektedir. Silahlı müdahale, bir devletin başka bir devlete karşı kendi iradesini kuvvet kullanmak yoluna başvurmak suretiyle kabul ettirmeye çalışması anlamına gelmekte olup, belli başlı şu kuvvet kullanma yöntemlerini kapsamaktadır:

1. İstila,
2. İşgal,

⁷¹ Pazarıcı, *III. Kitap*, s. 211-221.

⁷² Pazarıcı, *IV. Kitap*, s. 139.

⁷³ Bu amaçla tarafların savaş ilan etmelerine gerek bulunmadığı gibi, devletlerden birisinin diğerinin ülkesini tamamen veya kısmen işgal etmesi durumunda, işgal hiçbir askeri direnişle karşılaşmasa dahi, insancıl hukuk kuralları geçerliliklerini aynen korumaktadır. (Frederic DeMulinen, *Handbook of the Law of War for Armed Forces*, Geneva: ICRC, 1987, s. 6)

3. Abluka,

4. Denizde kuvvet gösterisi.⁷⁴

Silahlı müdahalede sınırlı bir kuvvet kullanılması söz konusu olduğu için, savaş durumunun ortaya çıkmadığı kabul edilmektedir. Bu sebeple, taraflar arasında barış durumundaki ilişkiler aynen devam eder. Devletler çıkarlarının zedelendiğine kendileri karar verdikleri için, buna karşı başvuracakları yöntemi de tamamen kendileri belirlerler. Bu sebeple, devletlerin savaş niteliğini taşımayan kuvvet kullanma yöntemlerine başvurmaları, birbirlerine karşı zorlama önlemi uyguladıkları anlamına gelmektedir.⁷⁵

Şayet bir iç silahlı çatışmada yabancı devletler yasal hükümete karşı gelen kuvvetlerin yanında silahlı kuvvetlerini kullanarak çatışmaya doğrudan doğruya karışarlarsa, bu silahlı çatışmalar iki devlet arasındaki bir silahlı çatışmaya dönüşecektir. Bu durumda, böyle bir silahlı çatışmanın uluslararası silahlı çatışma niteliğini kazandığını söylemek mümkündür.⁷⁶

Devletler tarih boyunca savaş niteliğini taşımayan değişik silahlı kuvvet kullanma yöntemlerine başvurmuşlardır. Halen dahi bu çeşitli kuvvet kullanımları yaygındır. Günümüzde, bu yöntemler müdahale ve zararlar karşılık olmak üzere iki ana gruba ayrılmaktadır. Müdahale, hedef ülkeyi belirli bir hareketi yapması veya yapmaması için zorlamak amacıyla, bir başka devletin işlerine karışılmasıdır. Zararlar karşılık ise, bir başka devletin hukuka aykırı bir eylemine, uluslararası hukuk tarafından ayrıca ve açıkça yasaklanmamış olması şartıyla, gerekirse aynı şekilde uluslararası hukuka aykırı olabilecek bir eyleme karşılık verilmesi anlamına gelmektedir.⁷⁷

Günümüzde, Birleşmiş Milletler Antlaşması ve diğer uluslararası sözleşmeler karşısında, her türlü kuvvet kullanmasını içeren zararlar karşılık ve müdahale eylemleri uluslararası hukukta yasaklanmış bu-

⁷⁴ Çaycı, *a. g. e.*, s. 45

⁷⁵ Keskin, *a. g. e.*, s. 102-107

⁷⁶ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Yargılama Dairesinin Tadic kararı, s. 77

⁷⁷ Görüldüğü üzere, müdahalede bir başka devletin iç veya dış işlerine zor kullanılarak karışılmaktadır. Zararlar karşılığında ise amaç hukuka aykırı fiili işleyen devleti bu fiiline son vermeye zorlamak veya onu cezalandırmak olabilmektedir. Müdahale ve zararlar karşılık kavramları hususunda bakınız Çaycı, *a. g. e.*, s. 7-9

lunmaktadır. Zira bu gibi eylemler, bir devletin başka bir devlete karşı saldırı amacıyla silahlı kuvvet kullanmasının birer yolu olarak kabul edilmektedir.⁷⁸

Savaşın Yasaklanan Bir Eylem Olması

I. Dünya Savaşı'ndan sonra kabul edilen Milletler Cemiyeti Misakı ile başka bir ülkeye karşı saldırıda bulunmak uluslararası hukuku ciddi biçimde zedeleyen bir davranış olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Söz konusu Misak'ın 12., 13. ve 15. maddeleri savaşı tamamen yasaklamamış olmakla birlikte, hangi durumlarda savaşa başvurulabileceğini tespit etmişti. Milletler Cemiyeti Misakı'nı kabul eden devletler şu yükümlülüklerin altına girmiş olmaktadır:

1. Misak'ın 12. maddesinde belirtildiği üzere, bir silahlı çatışmaya yol açabilecek her türlü uyuşmazlıklarını hakeme veya yargısal yollara ya da cemiyete sunmak ve bundan sonra üç ay beklemeden savaşa girişmemek,

2. Misak'ın 13. maddesinde belirtildiği üzere, verilen kararlara uyan bir cemiyet üyesi devlete karşı savaş yoluna başvurmamak,

3. Misak'ın 15/6 maddesinde belirtildiği üzere, bir uyuşmazlık hakkında oybirliğiyle verilen rapora uygun şekilde hareket eden bir devlete karşı savaşa başvurmamak.⁷⁹

Bu hükümlerin amacı açıktır. Devletlerin uyuşmazlıklarını uluslararası platforma sunmadan savaşa girişmeleri önlenmek istenmiştir. Ancak Misak'ta savaş yasaklanmamış, sadece savaşın düzenlenmesi cihetine gidilmiştir.

Daha sonra, Milletler Cemiyeti Genel Kurulu, 24 Eylül 1927 tarihinde aldığı kararlarda, uluslararası uyuşmazlıkların çözülmesi için saldırı savaşlarına başvurulamayacağını, "saldırı savaşının uluslararası bir suç olduğunu", bütün saldırı savaşlarının yasaklandığını açıkça belirtmiştir. Daha sonra imzalanan Cenevre Protokolünde saldırganın tanımı yapılmış, buna göre hakemliğe başvurmaktan kaçınan veya ha-

⁷⁸ Ancak devletlerin bir başka devletin politikasını etkilemek amacıyla yaptıkları ekonomik ve siyasal baskılar kuvvet kullanma yasağı ve dolayısıyla saldırı kapsamında görülmemektedir. (Keskin, a. g. e., s.36)

⁷⁹ Pazarıcı, I. Kitap, s. 55-57

kemlik kararını kabul etmesine rağmen, bunu uygulamayan devletin saldırgan sayılması benimsenmişti. 18 Şubat 1928 tarihinde toplanan Altıncı Pan-Amerikan Konferansı'nda da, "saldırı savaşlarının insanlığa karşı bir cürüm teşkil ettiği" açıkça belirtilmiştir.⁸⁰ Ancak kabul edilen bu metinlerin kesin olan ifadesine rağmen, alınan bu kararlar ahlaki açıdan bir anlam taşımış, çok taraflı sözleşme gibi bir uluslararası belge olarak hayata geçirilememiştir.

Savaşın yasaklanması konusunda uluslararası bir sözleşme imzalanması yolunda ilk önemli teşebbüsler, Fransa Dışişleri Bakanı Briand ile Amerika Birleşik Devletleri Dışişleri Bakanı Kellogg arasında, 1928 yılında karşılıklı olarak verilen notalarla başlamıştır. Fransa sadece saldırı savaşlarını yasaklayan iki taraflı bir sözleşme imzalanmasını isterken, Amerika Birleşik Devletleri bütün savaşları yasaklayan çok taraflı bir sözleşme üzerinde ısrar etmiş ve sonuçta Paris'te 27 Ağustos 1928 tarihinde, aralarında Türkiye'nin de bulunduğu on beş devletin katılımıyla Paris Misakı olarak da bilinen Briand-Kellogg Paketi imzalanmıştır.⁸¹ Bu sözleşme ile taraf devletler aralarında kuvvet yoluyla ülke kazanmak prensibinden vazgeçmişlerdir. Bu pakt kural olarak savaşı yasaklamış olmakla birlikte, savaş aşağıda belirtilen hallerde yine de mümkün ve meşru sayılmıştır:

1. Meşru savunma durumunda,
2. Uluslararası bir zorlama tedbiri olarak,
3. Sözleşmeye taraf devletler ile taraf olmayan devletler arasında,
4. Sözleşmeye aykırı hareket edecek devlete karşı.⁸²

Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın yanı sıra, halen dahi yürürlükte bulunan Briand-Kellogg Paketi'nin en önemli özelliklerinden birisi, II. Dünya Savaşı'ndan sonra, Alman savaş suçularının yargılanmasına hukuki dayanak teşkil etmiş olmasıdır.

Ancak devletler arasındaki savaşlar, sebebi ne olursa olsun, zaman

⁸⁰ Lütem, *a. g. e.*, s. 32-33

⁸¹ 24 Temmuz 1929 tarihinde yürürlüğe giren bu sözleşmeye sonradan diğer bazı devletler de katılmış ve II. Dünya Savaşı öncesinde 1939 yılı itibarıyla 63 devlet bu pakta taraf olmuştu. (Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler, Örnek Kararlar*, Geliştirilmiş 3.bası, İstanbul: Beta Yayınları, 1998, s. 78)

⁸² Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri, II.Kitap*, Gözden Geçirilmiş 5.Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 1998, s. 262

zaman savaşa katılan devletlerin geri dönemeyecekleri bir aşamaya kadar ulaşabilmekte ve giderek yoğunlaşmaktadır. Özellikle I. ve II. Dünya savaşlarının getirdiği büyük acı ve yıkımlar, savaşın önlenmesi ve hiç değilse düzenlenmesi yolundaki düşünceleri ve çabaları ön plana çıkartmıştır. Bu yolda atılmış en ileri adım hiç kuşkusuz, Birleşmiş Milletler Antlaşması ile Birleşmiş Milletler Teşkilatı'nın kurulmasıdır. Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 2. maddesine göre, üye devletler uluslararası nitelikteki uyuşmazlıklarını uluslararası barış ve güvenliği ve adaleti tehlikeye koymayacak şekilde, barışçı yollarla çözmeyi yükümlenmişlerdir. Aynı madde uluslararası ilişkilerde üye herhangi bir devletin, gerek başka bir devletin toprak bütünlüğüne veya siyasal bağımsızlığa karşı ve gerekse Birleşmiş Milletler amaçlarıyla bağdaşmayacak herhangi bir şekilde tehdide veya kuvvet kullanılmasına başvurmaktan kaçınmaları yükümlülüğünü getirmiştir.⁸³

Birleşmiş Milletler Antlaşması'na göre, üye devletler şu dört durumda silahlı kuvvet kullanılmasına başvurabileceklerdir:

1. Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın VII. bölümü çerçevesinde, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin alacağı kararlar gereğince zorlama önlemi olarak,⁸⁴

2. Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 51. maddesi kapsamında, üye devletlerin yasal savunma hakları gereğince bir saldırıya uğramaları durumunda,

3. Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 53. maddesi kapsamında, bölgesel örgütler ve sözleşmeler kapsamında zorlama önlemi olarak,

4. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu veya Güvenlik Konseyi kararları doğrultusunda, ilgili devletin rızasıyla barışı koruma kuvvetinin kullanılması durumunda.⁸⁵

⁸³ Ancak hemen belirtmek gerekir ki, iç silahlı çatışmalar bu kapsamın dışında bulunmaktadır.

⁸⁴ Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 48. maddesi gereğince, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin almış olduğu zorlama önlemlerine ilişkin uygulama kararları bütün üye devletler için bağlayıcı bir nitelik taşımaktadır.

⁸⁵ Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 106. maddesinde, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin beş daimi üyesinin kuvvet kullanma yetkisinden ayrıca bahsedilmekte ise de, bu yetki II. Dünya Savaşı'nın mağlup devletlerine karşı ve geçici bir nitelik taşımaktadır.

Görüldüğü üzere Birleşmiş Milletler Antlaşması'na göre, silahlı kuvvet kullanma yasağının iki istisnasının bulunduğu kabul edilmektedir:

1. Bireysel veya kolektif meşru savunma,
2. Uluslararası yetkili bir organın bağlayıcı olacak şekilde zorlama önlemine karar vermesi.

Birinci durumda devletler tarafından tek taraflı olarak silahlı kuvvet kullanılması söz konusudur. İkinci durumda ise, uluslararası toplum adına hareket etmeye yetkili bir makam tarafından kuvvet kullanılması söz konusu olmaktadır. Belirtilen bu koşullar dışında yapılacak savaşlar hukuksal dayanaktan yoksundur.

Günümüzde, savaşın kural olarak yasaklanmış olduğu hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.⁸⁶ Bu sebeple, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte, savaş kavramı yerine silahlı çatışma kavramı kullanılmaya başlanmış ve bu kavramın anlamı giderek genişlemiştir. Bu çerçevede silahlı çatışma kavramı, iki veya daha çok devletin veya bir ülke içerisindeki silahlı grupların amaçlarını kuvvet kullanmak suretiyle birbirlerine kabul ettirmeye çalıştıkları durum şeklinde tanımlanmaya başlanmıştır.

Görüldüğü üzere, savaşın yasaklanması hususundaki yoğun çabalara rağmen, savaş uluslararası hukukta tamamen ortadan kaldırılmamıştır. Savaş eskiden olduğu gibi, şimdi de vardır. Ancak, eskisine oranla nitelik değiştirdiği görülmektedir. Birleşmiş Milletler Antlaşması'ndan bu yana, devletler kendiliklerinden savaş ilan edememektedirler. Ancak hukuka uygun kabul edilen durumlarda savaşın da geçerli olduğu kabul edilmektedir.

Günümüzde savunma amacı ile yapılan savaş veya devletler arasındaki düzenin yetkili bir organın tavsiyesi ve kararıyla savaşmak yasal kabul edilmektedir. İşte bu gibi yasa ve teamüllerinin saptadığı hakka "*savaş hakkı*" denilmektedir.⁸⁷ Bir hakkın icrası için gereken şartlar bulunduğu, hakkını kullanarak bir suç işlemiş olan kimsenin cezalandırılmasına imkan bulunmamaktadır. Ancak, bir hakkın icra-

⁸⁶ Esasen Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın hiçbir yerinde savaş kelimesi kullanılmamış değildir.

⁸⁷ Arı, a. g. e., s. 419; Yoram Dinstein: "The Distinctions Between War Crimes and Crimes Against Peace", *War Crimes in International Law* (Dinstein ve Tabor), s. 2

sının hukuka aykırılığı kaldırabilmesi için ortada sübjektif bir hakkın bulunması, hakkın fail tarafından doğrudan doğruya kullanılabilir olması, failin hakkını, hakkı doğuran sebebin koyduğu sınırlar içerisinde kullanması, hakkın icrası ile suç arasında uygun bir nedensellik bağlantısının bulunması gerekmektedir.⁸⁸ Söz konusu sözleşme ve temüllere uygun bir faaliyet, "hakkın icrası" niteliğini göstereceği için, işlenen fiillerin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmakta ve hukuka uygunluk sebebi teşkil etmektedir.⁸⁹

Burada meşru savunma amacıyla saldırının yasaklanmış olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bilindiği üzere, bir kimseyi ilgilendiren bir hakka karşı yapılan haksız bir saldırıyı derhal defetmek zorunluluğu dolayısıyla işlenen suçlarda, meşru savunma sebebiyle hukuka aykırılığın bulunmadığı kabul edilmektedir.⁹⁰ Bu kapsamda, meşru savunmanın bütün şartlarının bulunması, özellikle saldırının halen mevcut olması, savunmada zorunluluk bulunması ve savunmanın saldırının zorunlu kıldığı sınırlar içerisinde kalması gerekmektedir.

Uluslararası hukukta meşru savunma, hukuka aykırılığı kaldıran bir sebep olarak önceden beri kabul edilmiştir.⁹¹ Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 51. maddesine göre, Birleşmiş Milletler üyesi devletlerden birisi silahlı bir saldırıya uğradığında, gerekli tedbirleri alınca ya kadar meşru savunmaya müracaat edebilir. Maddede aynen;

"Bu Antlaşma'nın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler üyelerinden birisinin silahlı bir saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel ya da ortak meşru savunma hakkına hanel getirmez. Üyelerin bu meşru savunma hakkını kullanırken aldıkları önlemler hemen Güvenlik Konseyi'ne bildirilir ve Konsey'in işbu Antlaşma gereğince uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için gerekli göreceği biçimde her an hareket etme yetki ve görevini hiçbir biçimde etkilemez."

denilmektedir. Görüldüğü üzere, meşru savunma saldırı suçu bakı-

⁸⁸ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi, 1998, s. 56-64

⁸⁹ Haklı ve haksız savaş kavramları ile ilgili tartışmalar için bakınız Michael A. Akehurst, *A Modern Introduction to International Law*, sixth edition, London: Unwin Hyman Ltd., 1987, s. 256-280

⁹⁰ Meşru savunma hususunda bakınız Toroslu, a. g. e., s. 70-76

⁹¹ Ömer İlhan Akipek, *Meşru Müdafanın Mahiyeti ve Benzeri Müesseselerle Mukayesesi*, Ankara: AÜHF Yayınları No. 82, 1955, s. 26

mından açık bir şekilde hukuka uygunluk sebebi sayılmaktadır.

Silahlı saldırıya maruz kalan bir devletin, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi harekete geçinceye kadar, saldırıda bulunan devlete karşı silahlı kuvvet kullanarak kendisini savunma hakkı vardır. Zira kuvvet kullanmanın yasaklanmış olmasının en önemli istisnası meşru savunma durumudur. Bu hakkın varlığı özel bir sözleşme ile kabul edilmesine gerek duyulmayacak kadar açıktır.⁹² Ancak Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması amacıyla gerekli tedbirleri aldıktan sonra, meşru savunma hakkı çerçevesinde silahlı kuvvet kullanılmasına bir son verilmesi gerekmektedir. Kaldı ki günümüzde, meşru savunmanın önleyici savunma gibi, geniş bir anlam içerecek şekilde uygulanması kabul görmemektedir.

Uluslararası teamülde saldırının saldırganın kusuruna dayalı olması halinde, meşru savunmanın kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir. Uluslararası hukukta meşru savunma gerek barış ve gerekse savaş durumunda, bir devletin kendi menfaatlerini savunmak veya üçüncü kişilerin menfaatlerini savunmak ya da insani amaçlarla müdahale durumlarında kabul edilmektedir.⁹³

Uluslararası hukuktaki en önemli hukuka uygunluk sebeplerinden birisini teşkil eden misilleme de, aslında haksız ve hukuka aykırı bir fiilin, daha önce hukuku ihlal etmiş bir fiilin karşılığı olması sebebiyle, meşru nitelik kazanması anlamına gelmektedir. Misillemenin amacı hukuku ihlal edeni veya etmekte devam edeni, fiilinde ısrardan vazgeçirmek veya fiilin meydana getirdiği zararı tamir etmektir. Barış zamanında misillemenin bir devletin kendisine karşı bir başka devletçe yapılan, dostluktan uzak, ancak uluslararası hukuk tarafından yasaklanmamış bir eyleme aynı şekilde karşılık vermesidir. Doktrin barış zamanında misillemenin uygulanmasının yasak olduğu görüşündedir.⁹⁴ Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda da bu husus açıkça vurgulanmıştır.⁹⁵ Buna karşılık savaş zamanında misilleme tamamen geçerlidir. Ancak bu halde dahi, misilleme teşkil eden eylemler insan-

⁹² Mahmut Reşit Belik, *Devletlerin Harp Selahiyetinin Tahdidi ve Milletlerarası İhtilafların Sulh Yolu İle Halli Usulleri*, Cilt I, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1956, s. 4.

⁹³ Lütem, a. g. e., s. 43.

⁹⁴ Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri, III.Kitap*, Gözden Geçirilmiş 2.Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 1997, s. 203.

⁹⁵ Birleşmiş Milletler Antlaşması m. 1.

lık dışı bir nitelik taşımamalı, yetkili üst komutan tarafından emredilmeli, halen ortaya çıkmış olaylar dolayısıyla ve ancak zarar verenler üzerinde uygulanmalıdır.⁹⁶ Misillemenin meşruluğu ve belirtilen şartları Nürnberg ve Uzak Doğu Askeri Mahkemeleri kararlarında da bu şekilde kabul edilmiştir.⁹⁷

Misilleme kavramının kendisi esasında hukuka uygun olduğundan, savaş suçları yargılamalarında bu konuda yapılan savunmalar geçerli kabul edilmiştir. Ancak yapılan eylemin meşru misillemenin şartlarını taşıması için, önce karşı tarafın hukuka aykırı bir eylemde bulunması ve karşı tarafın hukuka aykırı bu eylemini durdurmak amacıyla ve son çare olarak, buna hukuka aykırı başka bir eylemle karşılık verilmesi gerekmektedir. Burada önemli olan karşı tarafın hukuka aykırı eylemi durduğunda, misilleme yapmanın durdurulması gerektiğidir.

Birleşmiş Milletler Düzeni

Günümüzde uluslararası düzenin temelini Birleşmiş Milletler Antlaşması oluşturmaktadır.⁹⁸ Mevcut düzen içerisinde devletlerin ulusal politikası silahlı bir çatışmanın meydana gelmesinden kaçınılması, diğer devletler arasında veya başka bir devletin ülkesinde de-

⁹⁶ 1949 tarihli Cenevre sözleşmelerine göre, yaralı ve hastalar, himaye gören siviller dahil olmak üzere, savaş esirlerine ve mallarına karşı misillemede bulunmak yasaklanmıştır. Aynı şekilde, savaş esirlerine ve himaye gören kişilere kolektif cezalar verilmesi ve bunların toplu halde cezalandırılması da yasaktır. Sadece henüz misillemede bulunan kuvvetlerin eline düşmemiş düşman birliklerine karşı misilleme yapılabilir. (C-III m. 13 ve 87)

⁹⁷ Meray, *Uluslararası Hukuk ve Örgütler*, s. 233.

⁹⁸ Birleşmiş Milletler Antlaşması 26 Haziran 1945 tarihinde San Fransisco'da imzalanmış ve 110. maddesi gereğince, 24 Ekim 1945 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Birleşmiş Milletler Antlaşması'nı Uluslararası Adalet Divanı Statüsü ile birlikte 15 Ağustos 1945 tarihinde onaylamıştır. 4801 sayılı onay yasası için bakınız 24 Ağustos 1945 tarih ve 6902 sayılı *Resmî Gazete*. Birleşmiş Milletler Antlaşması bölümler altında başlıca şu konuları kapsamaktadır: I-Amaç ve İlkeler, II-Üyeler, III-Organlar, IV-Genel Kurul, V-Güvenlik Konseyi, VI-Uyuşmazlıkların Barışçı Yollarla Çözülmesi, VII-Barışın Tehdidi, Bozulması ve Saldırı Eylemi Durumunda Yapılacak Hareket, VIII-Bölgesel Antlaşmalar, IX-Uluslararası Ekonomik ve Sosyal İşbirliği, X-Ekonomik ve Sosyal Konsey, XI-Muhtar Olmayan Ülkelere İlişkin Bildirge, XII-Uluslararası Vesayet Rejimi, XIII-Vesayet Meclisi, XIV-Uluslararası Adalet Divanı, XV-Sekreterlik, XVI-Çeşitli Hükümler, XVII-Güvenliğe İlişkin Geçici Hükümler, XVIII-Değişiklikler, XIX-Onay ve İmza

vam etmekte olan silahlı çatışmanın dışında kalınması, devlet olarak silahlı çatışma hukukuna ilişkin sorumlulukların yerine getirilmesine hazırlıklı olunmasıdır.⁹⁹ Görüldüğü üzere, burada temel amaç silahlı bir çatışmanın dışında kalmaktır.

Birleşmiş Milletler üyelerinin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda yazılı yükümlülükleri ile taraf oldukları diğer uluslararası sözleşmeler arasında aykırılık bulunması durumunda, Birleşmiş Milletler Antlaşması hükümleri geçerli olacaktır.¹⁰⁰

Birleşmiş Milletler Düzeni, Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda belirtilen ilkelerin yanı sıra;

1. Bütün üyelerin egemen eşitliği,

2. Uluslararası uyuşmazlıkların uluslararası barışı, güvenliği ve adaleti tehlikeye düşürmeyecek şekilde, barışçı yöntemlerle çözülmesi,

3. Uluslararası ilişkilerde bir devletin diğer bir devletin ülke bütünlüğüne veya siyasal bağımsızlığına karşı ya da Birleşmiş Milletlerin amaçlarına aykırı herhangi bir şekilde kuvvet kullanmaktan veya kuvvet kullanmak tehdidinde bulunmaktan çekinmeleri temeline dayanmaktadır.¹⁰¹

Hangi gerekçeyle olursa olsun, hiçbir devletin doğrudan doğruya veya dolaylı bir şekilde, bir başka devletin iç veya dış işlerine karışmaya hakkı yoktur. Bir başka devlete yönelik müdahale, karışma veya tehdit teşebbüsleri uluslararası hukuka aykırıdır. Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 2/4 maddesi ile kuvvet kullanılması, birkaç istisna dışında yasaklanmış ve 2/3 maddesi ile üye devletlerin uyuşmazlıklarını barışçı yollarla çözmesi ilkesinin kabul edilmesi sonucunda, devletler arasındaki uyuşmazlıkların barışçı yöntemlerle çözülmesi hukuksal açıdan uyulması zorunlu bir kural haline gelmiş bulunmaktadır.¹⁰²

Birleşmiş Milletler Antlaşması kural olarak, uluslararası ilişki-

⁹⁹ DeMulinen, *a. g. e.*, s. 39.

¹⁰⁰ Birleşmiş Milletler Antlaşması m. 103.

¹⁰¹ Birleşmiş Milletler Antlaşması m. 2. Ayrıca bakınız Gönübol, *a. g. e.*, s. 347-390.

¹⁰² Birleşmiş Milletler Antlaşması'ndan önce de, Milletler Cemiyeti Misakı'nın 13. ve 15. maddeleri ile ilk defa üye devletler kuvvete başvurmadan önce uyuşmazlıkları barışçı yollarla çözme yükümlülüğünü kabul etmişlerdi. (Pazarıcı, *I. Kitap*, s. 88)

lerde kuvvet kullanılması tehdidinde bulunulmasını ve silahlı kuvvet kullanılmasını yasaklamıştır. Silahlı kuvvet kullanılması, sadece bir silahlı saldırı durumunda bu saldırıya karşı kendini savunmak amacıyla veya Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin, Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın VII. veya VIII. bölümleri kapsamında verebileceği yetkiye dayanılarak yürütülecek bir zorlama hareketinin yürütülmesi amacıyla söz konusu olabilmektedir. Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın VI. Bölümü "*Uyuşmazlıkların Barışçı Yollarla Çözümü*" başlığını taşımakta olup, üye devletlerin, uluslararası barış ve güvenliği tehdit edebilecek uyuşmazlıklarını barışçı yollarla çözmeleri gerektiği belirtildikten sonra, başlıca çözüm yolları olarak şunlar sayılmıştır: Görüşme, soruşturma, arabuluculuk, uzlaştırma, hakemlik, yargısal yöntemler, bölgesel örgütlere ve sözleşmelere başvurma veya tarafların kendilerinin seçeceği başka barışçı yollar.¹⁰³

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın VI. Bölümü kapsamında uyuşmazlıkların barışçı yöntemlerle çözümlenmesine yönelik yetkileri tavsiye niteliğindedir. Buna karşılık, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Antlaşma'nın VII. bölümü kapsamında sahip olduğu yetkiler gereğince alacağı kararlar ise bağlayıcı nitelik taşımaktadır. Eğer Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi zorlama önlemine karar vermişse, devletler bu karara uymak zorundadırlar. Bu kapsamda, mağdur durumdaki devlete yardım edilmesi veya Birleşmiş Milletler Antlaşması kapsamında tarafsızlık tutumunun benimsenmesi gerekmektedir.¹⁰⁴

Birleşmiş Milletler Antlaşması uluslararası uyuşmazlıkların çözümlenmesinde Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'ni asıl yetkili organ olarak görevlendirmiştir. Ancak, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin uluslararası uyuşmazlığın çözümü için harekete geçebilmesi bazı şartların yerine gelmiş olmasına bağlıdır.

¹⁰³ Birleşmiş Milletler Antlaşması m. 33/1. Uluslararası çeşitli sözleşmelerde de, devletleri aralarındaki uyuşmazlıkları barışçı yöntemlere başvurarak çözmeye sevk eden çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin 1929 tarihli Cenevre Savaş Tut-sakları Sözleşmesi ve 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin çeşitli hükümlerinde dostça girişime başvurulması öngörülmüş bulunmaktadır. Ayrıca NATO çerçevesinde Bakanlar Konseyi'nin 13 Aralık 1956 tarihli bir kararı ile de NATO devletleri arasındaki hukuksal ve ekonomik uyuşmazlıklar dışındaki uyuşmazlıkların bu örgüt çerçevesinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'nin dostça girişimine konu oluşturacağı kabul edilmiştir. (Belik, *a. g. e.*, s. 81-128, 145-192)

¹⁰⁴ Birleşmiş Milletler Antlaşması m. 39

1. Bu şartların birincisi, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin önüne getirilecek uyuşmazlıkların ve durumların uzamasının uluslararası barış ve güvenliğin korunmasını tehdit eden bir nitelik taşımasıdır.¹⁰⁵

2. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin bir uyuşmazlığın çözümüne ilişkin olarak harekete geçebilmesinin ikinci şartı ise, ilgili sorunun esas itibarıyla bir devletin "ulusal" yetkisi içerisinde bulunan bir sorun olmamasıdır.¹⁰⁶

Ancak sürekli üyelerinden birisinin aleyhte oy kullanması (veto) durumunda, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi karar verememektedir. Bu sebeple, devletler Birleşmiş Milletler Genel Kurulunu, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi yerine kullanmaya çalıştıkları gibi, bölgesel örgütleri de uluslararası silahlı çatışmalara müdahale etmede araç olarak kullanmışlardır. Birleşmiş Milletler'nin kendisine ait bir silahlı kuvvetinin bulunmaması, ihtiyaç duyulduğunda üye devletlerin silahlı kuvvetlerinin kullanılması, Birleşmiş Milletler sisteminin en başta gelen eksikliği olmuştur.¹⁰⁷

IV. SAVAŞ HUKUKUNUN TEMEL ÖZELİKLERİ

Savaş ve her türlü silahlı çatışmaları düzenlemeyi amaçlayan savaş hukuku, birisi dar ve diğeri de geniş olmak üzere, iki ayrı anlama gelmektedir. Dar anlamda savaş hukuku silahlı çatışmalar sırasında bireylerin korunması dahil, savaşan tarafların uyması gereken uluslararası hukuk kurallarını belirtmektedir. Geniş anlamda savaş hukuku ise sadece silahlı çatışma eylemleri ve bireylerin korunması ile sınırlı kalmamakta, geleneksel savaş hukuku kapsamı içerisinde ele alınan silahlı çatışmaların, savaşan tarafların ve üçüncü devletlerin ilişkileri üzerindeki hukuksal etkilerini de kapsamaktadır. Hemen belirtmek

¹⁰⁵ Birleşmiş Milletler Antlaşması m. 33/1 ve 34. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi barışın bozulduğunu tarihi boyunca tam üç defa tespit etmiştir:1- 1950 yılında Kore'de, 2- 1982 yılında Falkland Adaları'nın işgali olayında, 3- 1990 yılında Kuveyt'in Irak tarafından işgalinde. Ancak bu eylemlerin hiçbirisi açık bir şekilde saldırı olarak kabul edilmemiş, barışın bozulması şeklinde kabul edilmişti. (Keskin, a. g. e., s. 142)

¹⁰⁶ Birleşmiş Milletler Antlaşması m. 27

¹⁰⁷ Orhan Nalcıoğlu, *Birleşmiş Milletler Barışı Koruma Harekatının Hukuksal Esasları*, Ankara: Genelkurmay Basımevi, 1997, s. 12

gerekir ki, ikili veya çok taraflı sözleşmelerde açıkça yer almasa dahi, savaşı taraflar yerleşik teamüllere, insanlık prensiplerine ve kamu vicdanının gerekli kıldığı diğer hususlara uymak zorundadırlar.¹⁰⁸

Savaş hukuku kurallarının bağlayıcı gücü konusunda, kural olarak uluslararası hukukun diğer kurallarının bağlayıcı gücüyle ilgili olan hususlar aynen geçerlidir.

Uygulamada, savaşı tarafların savaş hukuku kurallarına aykırı davrandığı ve söz konusu aykırılıkların cezasız kaldığı görülmekle birlikte, bu kuralların büyük bir bölümüne uyulduğuna da rastlanmaktadır. Savaşta savaş hukuku kurallarına uymayanlara karşı bir müeyyide olarak, savaştan sonra tazminat ödettilmesi ve savaş suçularının yargılanıp cezalandırılması söz konusu olmaktadır.¹⁰⁹ Özellikle 1907 tarihli La Haye sözleşmelerinde, sözleşme hükümlerini ihlal eden savaşı devletin tazminat ödemekle yükümlü olduğu ve kendi silahlı kuvvetlerine mensup kişilerin her türlü eyleminden dolayı sorumlu tutulacağı esası getirilmiştir.¹¹⁰

Uluslararası hukuk doktrinini uzun süre meşgul eden “haklı savaş” kavramı, aslında devletlerin uluslararası hukuk düzenini ihlal etmeleri karşısında, ihlali sona erdirmeye ve ihlalciyi cezalandırma hakkını ifade etmektedir. Bu kapsamda silahlı kuvvet kullanılması kuvvet kullanan devletin sorumluluğuna yol açmaktadır. Zaten bütün devletlerin uluslararası hukuk ihlalleri karşısında bir yaptırım olarak kuvvete başvurma hakkı, 1945’ten sonra oluşturulan yeni dünya düzeni ile ortadan kaldırılmıştır.¹¹¹

Savaş hukuku kuralları incelendiğinde, ilan edilmiş olsun veya olmasın, bütün savaşlar için geçerli olan kuralları, savaşı ülkelerin birbirleriyle ve tarafsız ülkelerle olan ilişkilerini düzenlemekte olduğu, ayrıca bireylerin savaşta hak ve sorumluluklarını belirlediği gö-

¹⁰⁸ L-IV giriş kısmı, CP-I m. 1. Savaş kuralları hususunda bakınız Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, s. 457-573.

¹⁰⁹ Devletleri savaş hukuku kurallarına uymaya zorlayan başkaca yöntemler de vardır. Bunların başında “zararla karşılık” gelmektedir. Buna göre, savaşta savaş hukuku kurallarına uymayan, bunlara aykırı davranan taraf öteki tarafın zararla karşılıklarına maruz kalabilmektedir. (Meray, *Uluslararası Hukuk ve Örgütler*, s. 162-167)

¹¹⁰ L-IV m. 4.

¹¹¹ Keskin, *a. g. e.*, s. 26-29.

rülmektedir. Diğer taraftan, savaş hukuku savaş sebebiyle yapılması zorunlu olan askeri eylemler ile insanlık gereklerini bağdaştırmayı da amaçlamaktadır.¹¹²

A. Savaşın Yürütülmesinde Temel Prensipler

Savaş hukuku, teamül hukuku ve uluslararası sözleşmelerle saptanan kurallardan oluşmaktadır. Bu kurallar insanlık tarihi boyunca yapılan savaşlar sonucunda ortaya çıkmış ve silahlı çatışmalarda uyulması gereken temel ilkeleri ifade etmiştir. Bu kurallara öncelikle devletlerin uyması gerektiği inancı yerleşmiş olup, çeşitli uluslararası sözleşmeler ve iç hukuk düzenlemeleri ile bu kurallara bağlayıcılık niteliği tanınmaya çalışılmıştır. Bu Şekilde saptanan savaş hukuku kuralları savaşın yürütülmesi ile ilgili bazı kısıtlamalar getirmektedir. Bu kısıtlamaları belli başlı yedi grupta toplamak mümkündür:

1. Genel olarak savaşın önlenmesi ile ilgili kısıtlamalar,
2. Silahlı kuvvetlerin çatışmaları yürütmesi ile ilgili kısıtlamalar,
3. Savaş sırasında sivil kişilerin davranışları ile ilgili kısıtlamalar,
4. Savaş sırasında savaşanların davranışları ile ilgili kısıtlamalar,
5. Başta savaş mağdurları olmak üzere, kişilere ve mallara karşı yapılacak işlemler ile ilgili kısıtlamalar,
6. İşgal edilen toprakların yönetimi ile ilgili kısıtlamalar,
7. Savaşan devletler ile tarafsız devletler arasındaki ilişkilere ilişkin kısıtlamalar.¹¹³

Bir silahlı çatışma sırasında, insancıl hukuk kurallarının uygulanması sorunu, kuvvet kullanılmasının Birleşmiş Milletler Antlaşması'na uygunluğu sorunundan tamamen bağımsızdır. Nitekim uluslararası hukukta, kuvvete başvurma hakkı (*jus ad bellum*) ile kuvvete başvurulduğunda uyulması gereken çatışma kuralları (*jus in bello*) arasında bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre silahlı çatışma hukuku kurallarının uygulanmasının, bu hakka sahip olunup olunmadığı sorunundan ta-

¹¹² DeMulinen, *a. g. e.*, s. 2.

¹¹³ *Savaş Hukuku El Kitabı*, Ankara: Genelkurmay Başkanlığı Yayını, 1989, s. 1.

mamen bağımsız olduğu kabul edilmektedir.¹¹⁴ Öyleyse savaş hukuku incelenirken, kuvvet kullanılmasının hukuka uygun olup olmadığı hususu ile silahlı kuvvet kullanılması sırasında seçilen hedef, araç ve yöntemlerin hukuka uygunluğu hususunun birbirinden ayrı düşünülmesi gerekmektedir.

1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesi ve 1954 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin 19. maddesinde bahsedilen "*uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışmalar*" kavramı söz konusu sözleşmelerde tanımlanmış değildir. Ancak, uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışmalarda uygulanacak silahlı çatışma hukuku kurallarını ayrıntılı şekilde düzenleyen 1977 tarihli II Nolu Protokol'de, uluslararası olmayan silahlı çatışmaların bir tanımı yapılmış bulunmaktadır.¹¹⁵

Günümüzde devletler sözleşmelerin uygulanacağı uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışmaların, hükümet kuvvetleri ile hükümete karşı ayaklanan herhangi bir küçük silahlı grup arasındaki düşük yoğunluktaki ve düzensiz silahlı çatışmalar değil, tarafları gerçekten karşı karşıya getiren gerçek iç savaşlar olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Uluslararası Kızılhaç Komitesi de bir silahlı çatışmanın varlığına karar verebilmek için, çatışmanın süresi, çatışmalara katılan tarafların sayısı ve örgütlenmesi, ülkenin bir bölümünde yerleşme veya eylemde bulunma durumları, güvensizlik ortamının derecesi, mağdurların varlığı, hükümetçe düzenin sağlanmasına yönelik başvurulmuş önlemler gibi ölçütlerin esas alınması gerektiğini belirtmiştir.¹¹⁶

Doktrinde silahlı çatışma derecesine ulaşmayan sokak hareketleri, terörizm, eşkıyalık, iç gerginlik ve karışıklıkların uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışma kavramı dışında kaldığı değerlendirilmektedir. Zaten silahlı çatışmaları düzenleyen çeşitli sözleşmeler, sözleşmeye taraf devletlere hükümet karşıtı kuvvetlere kutsallık kazandırmayacağı güvencesini vermektedirler.¹¹⁷ Öyleyse söz konusu sözleşme hükümlerinden, hükümet karşıtı kuvvetlere her durumda savaşan veya ayaklanan statüsünün tanınması ya da bu kuvvetlerin yasal oldu-

¹¹⁴ "*jus ad bellum*" ve "*jus in bello*" kavramları hakkında bakınız Çaycı, *a. g. e.*, s. 38.

¹¹⁵ CP-II m. 1.

¹¹⁶ Pazarıcı, *IV. Kitap*, s. 141.

¹¹⁷ Çaycı, *a. g. e.*, s. 53-54.

ğunun kabul edilmesi gibi bir hukuksal sonuç çıkartılması mümkün değildir. Bu durumda, iç hukuktaki ceza yasaları ayaklananlara karşı aynen uygulanacaktır. Örneğin Türk hukuku bakımından, ayaklananlar Türk Ceza Kanunu'nun "*deplete karşı işlenen cürümler*" bölümü çerçevesinde cezalandırılacaklardır.¹¹⁸

Savaş hukukunun amacı savaşın sebep olduğu vahşeti, olabildiğince en alt düzeye indirmektir. Bu amaca ulaşabilmek amacıyla gerek uluslararası sözleşmelerde ve gerekse uluslararası teamül ile bir takım kurallar saptanmıştır. Bu amaca ulaşabilmek için şu üç kuralın uygulanması gerekmektedir:

1. Savaşta gereksiz acı ve ıstırap verecek şekildeki davranışlardan kaçınılacaktır.

2. Düşman eline geçen esirlere, hasta ve yaralılara, sivil halka insanca davranılacaktır.

3. Barışın geri getirilip sürdürülmesi esas hedef olacaktır.¹¹⁹

Savaş hukuku kuralları incelendiğinde, bunların üç temel ilkeye dayandığı görülmektedir. Bu ilkeler sırasıyla; "*askeri gereklilik*" "*gereksiz acı ve ızdırabın önlenmesi*" ve "*orantı*" ilkeleridir.

Askeri gereklilik ilkesi; uluslararası hukukun yasaklayıcı hükümlerine uygun olmak şartıyla, düşmanın en kısa sürede teslim olmasını sağlamak için gerekli askeri önlemlerin alınması şeklinde tanımlanmaktadır.¹²⁰ Bu ilke savaşan tarafın düşmanın kısmen veya tamamen boyun eğmesini sağlamaya yetecek derecede kuvvet kullanılmasına imkan vermektedir.¹²¹

Gereksiz acı ve ıstıraba sebep olmama ilkesi ise, savaşta insanlı davranış kurallarına uyulmasını gerektirmektedir. Buna göre, sa-

¹¹⁸ Konuyla ilgili suçları düzenleyen hükümler için bakınız Türk Ceza Kanunu m. 125-173.

¹¹⁹ *Silahlı Kuvvetler İçin Savaş Hukuku Bilgisi*, s.16; Meray, *Uluslararası Hukuk ve Örgütler*, s. 247-263.

¹²⁰ *Kara Harp Hukuku*, İstanbul: Kara Kuvvetleri Komutanlığı Yayını, 1981, s. 5.

¹²¹ C-I, II, III, IV m. 3/1. Askeri gereklilik ilkesi uluslararası silahlı çatışmalar sırasında askeri açıdan gereği olmayan çevreye zarar verici yöntemleri ve silahları yasaklamaktadır. Ancak, askeri gereklilik bulunması durumunda çevreye zarar verilebileceği kabul edilmektedir. (Pazarıcı, *IV. Kitap*, s. 261)

vaşta acı veren silahlar ve mermiler ile malzemelerin kullanılması yasaktır.¹²²

Yukarıda açıklanan iki ilkenin dengelenmesini amaçlayan orantı ilkesi de, savaşanların savaş hukuku kurallarını ihlal edemeyeceklerini, tam aksine bu kurallara uyulması gerektiğini düşünüp buna göre hareket etmeleri gerektiğini ifade etmektedir.¹²³

Uluslararası hukukta silahlı çatışma araçları ve yöntemleri bakımından özellikle üç ana prensibin uygulanmaya çalışıldığı görülmektedir. Bunlar;

1. Çatışmalarda gereksiz acıların ve ölümlerin yasaklanması,
2. Çatışmalar sırasında kimi güven suiistimali niteliğini taşıyan davranışların yasaklanması,
3. Çatışmalar sırasında savaş dışı kalmış kişiler ve sivil yerlerin hedef alınmasının yasaklanması ilkeleridir.¹²⁴

Silahlı çatışmalarda uygulanacak yöntemlerin tespit edilmesi bakımından, özellikle kara savaşında başvurulacak yöntemlerin tespit edilmesine çalışılmış, deniz ve hava savaşlarında uygulanacak yöntemlerin tespit edilmesinde bu yöntemlerden hareket edilmiştir. Kara savaşının başlıca yöntemleri teslim olma hakkı, savaş aldatmaları, casusluk ve taarruz, kuşatma, bombardımandır.

Savaşanların öldürülmesi veya yaralanması, savaşma isteği gösterdiği sürece hukuka uygun kabul edildiği için, teslim olmak isteyenlere teslim olma hakkının tanınması gerekmektedir. Teslim olan kimse ne öldürülebilir, ne de yaralanabilir.¹²⁵ Bu husus savaş hukuku ve insancıl hukukun kabul ettiği genel bir kuraldır.

¹²² L-IV eki Yönetmelik m. 23/e.

¹²³ Silahlı çatışmalar sırasında kullanılacak silahlar ve izlenecek çatışma yöntemleri bakımından uzun süre herhangi bir hukuksal sınırlamaya rastlanmamıştır. Yirminci yüzyıla gelindiğinde bu konudaki temel anlayış, askeri gereklilik ve insancıl düşüncelerin bağdaştırılması olmuştur. Bu konuda kabul edilen temel prensip, L-IV eki Yönetmelik m. 22'de belirtilen "çatışanlar düşmana zarar verme araçlarının seçiminde sınırsız bir hakka sahip değildir" ilkesidir. CP-I m. 35/1'e göre de, hangi tür olursa olsun, çatışan taraflar savaş yöntemlerini ve araçlarını seçmede sınırsız bir hakka sahip kılınmamışlardır.

¹²⁴ CP-I m. 51.

¹²⁵ L-IV eki Yönetmelik m. 23/b.

Savaş aldatmaları ise savaşan devletlerin düşmana yaklaşmak, uzaklaşmak veya askeri hareketi gizlemek için çeşitli aldatma yollarını uygulamalardır. Savaş aldatmaları uluslararası hukuka uygun olup, sadece hainlik veya kahpelik sayılabilecek hallerde yasaklanmıştır.¹²⁶

Casus; savaşan devletin hareket bölgesi içerisinde, düşman tarafta bildirilmek üzere sahte bahanelerle gizli bir şekilde bilgi arayan veya toplayan kişidir. Casusu yakalayan savaşan devlet onu kendi yasalarına göre cezalandırabilir. Yakalanan casus yargılanmadan cezalandırılmaz.¹²⁷ Uluslararası silahlı çatışmalar sırasında yasaklanan bir eylem şeklinde değerlendirilen casusluk, gizlice yapıldığı için karşı tarafın güveninin suiistimali olarak kabul edilmekte ve casuslar cezalandırılmaktadır. O halde, casusluk yapan savaşçılar karşı tarafın eline geçtiğinde, kural olarak savaş tutsağı statüsünden yararlanma hakkını kaybetmektedirler.¹²⁸

Şehir, kasaba ve her türlü yerleşim yerine herhangi bir araçla tararruz edilmesi veya bu gibi yerlerin rastgele bombardıman edilmesi de yasaktır. İbadete, güzel sanatlara, bilimsel ve hayır işlerine ayrılmış binaların, tarihi eserlerin, hastanelerin, yaralı ve hasta toplama yerlerinin bombalanmasından da kaçınmak gerekmektedir. Ayrıca işgal edilen bir kentin yağmalanması yasaklanmıştır. Kültür varlıklarının korunması gerektiği de kabul edilmiştir.¹²⁹

Uluslararası hukuka göre, silahlı çatışma sırasında askeri hedeflerin başlıcaları şunlardır:

1. Sağlık ve din personeli ile bu amaçla kullanılan tesis, araç ve gereçler dışındaki silahlı kuvvetler,
2. Silahlı kuvvetlerin ve malzemesinin bulunduğu bina ve mevziler,
3. Nitelikleri gereği bir askeri harekate katkı sağlayabilecek şeyler,
4. Tamamen veya kısmen yok edilmesi, ele geçirilmesi veya devre

¹²⁶ L-IV eki Yönetmelik m. 23/f.

¹²⁷ L-IV eki Yönetmelik m. 34.

¹²⁸ L-IV eki Yönetmelik m. 31, CP-I m. 46/1.

¹²⁹ L-IV eki Yönetmelik m. 25. Ayrıca bakınız Öktem, "Silahlı Çatışma Halinde ...", s. 140.

dışı bırakılması kesin askeri avantaj sağlayacak nitelikteki şeyler.¹³⁰

Görüldüğü üzere, sivil halka bina ve mallara saldırılması yasaktır ve savaş suçu teşkil etmektedir. Ancak üç istisnai durumda sivil halka, bina ve mallara saldırılması mümkün görülmektedir:

1. Sivil kişilerin yabancı kuvvetlere veya askeri hedeflere karşı silah ya da kuvvet kullanması durumunda, sadece bu çatışmalar sırasında,

2. Sivillerin askeri hedeflerin çok yakınında, aynı hedefi oluşturacak bir şekilde bulunması durumunda,

3. Sivillerin saldırının elde edeceği askeri avantaja oranla aşırı zararlara uğramayacağı durumlarda.¹³¹

Öyleyse askeri hedef teşkil eden yerlerde sivillerin bulunması bu hedefin askeri niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Ayrıca sivil yerlerin askeri amaçlarla kullanılması durumunda, bunların askeri hedef sayılması mümkündür. Belirtilen bu istisnalar dışında sivillere ve sivil yerlere saldırılması yasak olduğu gibi, savunma durumunda bulunan çatışan tarafın da sivilleri ve sivil malları askeri hedef teşkil eden yerlere yerleştirmemesi ve askeri hedefleri buralardan uzak tutması gerekmektedir.¹³² Karadaki silahlı çatışmalarda bu tür durumlara, özellikle bazı askeri hedefleri korumak amacıyla canlı kalkan olarak sivillerin yerleştirilmesi şeklinde rastlanmıştır. Örneğin, 1991 yılındaki Körfez Savaşı sırasında, Irak tarafından bazı askeri hedeflere bu şekilde sivil kişilerin yerleştirilmesi ve saldırılar neticesinde canlı kalkan olan sivillerin ölümüne sebebiyet verilmesi, açıkça savaş suçu teşkil eden bir eylem niteliğini taşımaktadır.¹³³

Savaşan tarafların çatışma kurallarına uymak açısından gerekli özen ve hassasiyeti her zaman gösterdiklerini söylemek çok zordur. Özellikle havada gerçekleşen silahlı çatışmalar sırasında bu kurallara devletler tarafından her zaman uyulmadığı görülmektedir. İkinci Dünya Savaşı sırasında, savaşan devletler kentleri ve sivil hedefleri

¹³⁰ CP-I m. 52.

¹³¹ L-IV eki Yönetmelik m. 27.

¹³² CP-I m.58.

¹³³ William F. Pepper, "Iraq's Crimes of State Against Individuals, and Sovereign Immunity, A Comparative Analysis and a Way Forward", BJIL, Volume XVIII, 1992, Number 2, New York: Brooklyn Law School, 1992, s. 313-413.

ayırım gözetmeksizin bombalamışlardır. Gerçekten de bu savaş sırasında Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere'nin benimsediği stratejik bombalama faaliyeti kapsamında, düşmanın askeri, sanayi ve ekonomik gücünü yok etmek suretiyle zayıflatılmasını ve teslim olmasını sağlama politikası, düşman ülkesinin tamamı hedef alınarak hiçbir ayırım yapılmadan bombalanmasına yol açmıştır.¹³⁴

Halbuki II. Dünya Savaşı'nın başladığı gün olan 1 Eylül 1939 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri Başkanı olan Franklin D. Roosevelt bir acil çağrı yayınlayarak *"hiçbir koşulda sivililerin veya askerden arındırılmış kentlerin havadan bombalanmaması gerektiğini"* ilan etmişti. Ona göre, bu gibi bombalama eylemleri *"insanlık dışı barbarlıktı."* Ancak 1943 yılının bir yaz gününde 731 bombardıman uçağından oluşan bir hava filosunun Hamburg'a yaptığı saldırıda bir alev fırtınası oluşturulmuş ve hava sıcaklığı 800 dereceye yükselmiş olup, 40.000'den fazla sivil Alman ölmüştür. Yine 9 Mart 1945 tarihinde Tokyo'ya yapılan benzer bir saldırıda 84.000 insan yanıp kavrulmuştu. II. Dünya Savaşı sırasında bu şekilde iki milyon sivilin doğrudan veya dolaylı olarak müttefik stratejik bombardımanı sonucunda öldüğü bildirilmektedir.¹³⁵

Silahlı çatışmalar sırasında başvurulması yasaklanmış ve savaş suçu sayılan eylemlerin en başında rehine alınması gelmektedir.¹³⁶ Yasaklanan bir diğer yöntem yağmalamadır. Özellikle karadaki silahlı çatışmalar sırasında rastlanan yağmalamanın günümüzde açık bir şekilde tanımı yapılmış değildir. II. Dünya Savaşı'ndan sonra, Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi'nin kararları çerçevesinde, yağmalama *"düşman mallarının yasal olmayan şekilde sahiplenilmesi"* şeklinde tanımlanmaktadır. Ancak uluslararası teamüle göre, düşman devletin menkul malları ile düşman devlet vatandaşlarının menkul mallarının vergilendirme, savaş yüklemi veya müsadere gibi yöntemlerle, işgal eden devlet tarafından sahiplenilmesine imkan bulunduğu kabul edilmektedir. Görüldüğü üzere, özellikle karadaki silahlı çatışmalar sırasında özel mülkiyetin yasal olmayan şekilde sahiplenilmesi ulus-

¹³⁴ İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, Nürnberg Amerikan Askeri Mahkemesi şehirlerin ve yerleşim yerlerinin askeri amaçlarla bu şekilde bombalanmasını uluslararası hukuka aykırı bulmamıştır. (Pazarıcı, IV. Kitap, s. 228)

¹³⁵ Chris Hables Gray, *a. g. e.*, s. 171-172, 179.

¹³⁶ C-III m. 34, 147.

lararası hukukta yasaklanmış bulunmaktadır.¹³⁷ O halde uluslararası hukukta, eskiden ganimet olarak adlandırılan ve savaş sırasında savaşçıların hakkı olarak kabul edilen düşman mallarının kişisel olarak sahiplenilmesi hakkının kesin olarak reddedilmiş bulunduğunu söylemek mümkündür.

Savaşın hukuk kuralları çerçevesinde yapılması, hasta, yaralı, savaş esiri ve sivil halkın zarar görmemesi esastır. Çünkü savaş, silahlı kuvvetler arasında insancıl kurallar çerçevesinde yapılmalıdır. Silahlı olmayan hasta, yaralı, savaş esiri ve sivil halka eziyet edilmesi, işkence yapılması, bu gibi kişilerin öldürme gibi insanlık dışı davranışlara maruz kalmaları hukuken kabul edilemez. Bu gibi davranışlar savaş suçu sayılmaktadır.

Günümüzde, Uluslararası Kızılhaç Komitesi tarafından hazırlanan ve ağırlıklı olarak silahlı çatışma sırasında zarar görmemesi gereken kişileri korumaya yönelik ilkeleri içeren “temel ilkeler” şunlardır:

1. Çatışma dışı kalan veya çatışmalara doğrudan doğruya katılmayan kişilerin hayatlarına, bedensel ve ruhsal bütünlüklerine saygı gösterilecektir. Bu kişiler her türlü durumda korunacak ve hiçbir olumsuz ayırım yapılmadan insanca muamele göreceklendir.¹³⁸

2. Teslim olan veya çatışma dışı kalan bir düşmanın öldürülmesi ya da ona zarar verilmesi yasaklanmıştır.¹³⁹

3. Yaralı ve hastalar çatışmada yetkisi altında kaldıkları tarafça toplanacak ve tedavi edilecektir. Bu koruma sağlık personelinin, kurumunu, araçlarını ve malzemelerini kapsamaktadır. Kızılhaç ve Kızılay işareti bu korumanın işareti olup saygı gösterilecektir.¹⁴⁰

4. Yakalanmış olan savaşçıların ve karşı tarafın otoritesi altındaki sivillerin hayatlarına, onurlarına, kişisel haklarına ve inançlarına saygı gösterilecektir. Bu kişiler her türlü şiddetten ve zararlar-karşılıktan korunacaktır. Bu kişiler aileleriyle haberleşme ve yardım alma hakkına sahiptirler.¹⁴¹

¹³⁷ L-IV eki Yönetmelik m. 28, 47, C-IV m. 34.

¹³⁸ C-I, II, III, IV m. 3/1.

¹³⁹ L-IV eki Yönetmelik m. 23/c.

¹⁴⁰ C-I, II, III, IV m. 3/2, CP-I m. 8-34, CP-II m. 7-42.

¹⁴¹ C-I, II, III, IV m. 3/1, CP-II m. 4-5.

5. Herkes temel adli güvencelerden yararlanma hakkına sahiptir. Hiç kimse yapmadığı bir fiil için sorumlu tutulamaz. Hiç kimse maddi veya manevi işkenceye, bedensel eziyete ya da acımasız ve aşağılayıcı muameleye tabi tutulamaz.¹⁴²

6. Bir çatışmanın tarafları ve onların silahlı kuvvetleri savaş yöntemi ve araçları bakımından sınırsız bir seçme yetkisine sahip değildir. Gereksiz kayıplara veya aşırı zararlara neden olacak nitelikteki savaş yöntemleri ve araçlarının kullanılması yasaklanmıştır.¹⁴³

7. Bir çatışmanın tarafları, sivil halkı ve mülkiyeti koruma amacıyla sivil halkı savaşçılardan her zaman ayıracaktır. Sivil halk ve sivil kişiler saldırı hedefi olamaz. Saldırıları doğrudan doğruya ve sadece askeri hedeflere yöneltilen olacaktır.¹⁴⁴

B. 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin Ortak 3. Maddesi

Bir çatışmanın hukuksal bakımdan uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışma olarak nitelendirilmesiyle birlikte, uluslararası silahlı çatışmalar sırasında geçerli olan insancıl hukuk kurallarının bunlara da uygulanması gerekmektedir.¹⁴⁵ Bu konuda oldukça önem taşıyan 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesinde, sözleşme tarafı bir devlet ülkesinde uluslararası nitelik taşımayan bir silahlı çatışmanın çıkması durumunda, çatışma taraflarının her birisinin bir takım insancıl hukuk kurallarını mutlaka uygulaması gerektiği öngörülmüştür. Bu madde ile 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nde yer alan ve mutlak değere sahip insanlık kurallarından oluşan temel ilkelerin her türlü durumda korunması amaçlanmaktadır.

Söz konusu ortak 3. maddenin birinci fıkrasının birinci bendi belirli kişilere bir takım olumsuz işlemlerin yapılmasını kesin olarak yasaklamıştır. Madde ile korunan kişiler şunlardır:

¹⁴² C-I, II, III, IV m. 3/1, CP-II m. 6/2 .

¹⁴³ L-IV eki Yönetmelik m. 22, 23, CP-I m. 35/1.

¹⁴⁴ L-IV eki Yönetmelik m. 23, CP-I m. 48, 57, 58.

¹⁴⁵ DeMulinen, *a. g. e.*, s. 8 - 9. Söz konusu uluslararası hukuk kuralları, 1949 tarihli Cenevre sözleşmelerinin ortak 3. maddesi dışında, 1954 tarihli La Haye Kültür Mallarının Korunmasına Dair Sözleşme'nin 4 ve 19. maddeleri ile 1977 tarihli Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunmasına İlişkin 1949 tarihli Cenevre sözleşmelerine ek II Nolu Protokol hükümlerinden oluşmaktadır.

1. Çatışmalara doğrudan katılmayan kimseler,
2. Çatışmalara katılmakla birlikte silahlarını bırakmış kimseler,
3. Çatışmalara katılıp da hastalık, yaralanma, tutuklanma veya başka bir sebeple çatışma dışı kalmış kimseler.

Bu kişilere karşı hangi şartlarda olursa olsun yapılması yasaklanan ve savaş suçu sayılan işlemler ise şunlardır:

1. Kişinin hayatına, vücut bütünlüğüne veya onuruna karşı her türlü saldırı, işkence ve kötü muamele,
2. Rehin alma,¹⁴⁶
3. Hukuka uygun şekilde kurulmayan ve işletilmeyen mahkemelerce verilen mahkumiyet kararlarının infazı.¹⁴⁷

Görüldüğü üzere 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesi ile sadece en temel insancıl amaçlara yönelik yükümlülükler öngörülmüştür. Bu madde ile özellikle uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışmalarda ele geçirilen hükümet karşıtı kuvvetlerin mensuplarına savaş tutsağı muamelesinin yapılması kabul edilmiş değildir. Bu madde ile çatışan bütün taraflar arasında uluslararası hareket hukukunun uygulanması da öngörülmemiştir. Üstelik bu madde hükümete karşı savaşan kuvvetlerin mensuplarının ulusal ceza yasalarına aykırı eylemlerinin ulusal mevzuat kapsamında yargılanmasına engel teşkil etmemektedir. Bu durumda ilgili devletin ulusal mevzuatı tek başına uygulanacaktır.¹⁴⁸ Ancak iç güvenlik hareketi niteliğini taşımış olsa dahi, iç çatışmalarda zorlama önlemine başvuran devletler bunun bir polisiye operasyon, iç sorun veya ayaklanmanın bastırılması olduğunu ileri sürerek, bu maddedeki yükümlülüklerinden kurtulamazlar.

1977 tarihli II Nolu Ek Protokol ile de uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışmalarda başlıca üç temel amaca yönelik düzenlemeler getirilmiştir:

1. Herkesin insanca muamele görmesi,

¹⁴⁶ Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Statüsü m. 6/b, C-IV m. 34, 147.

¹⁴⁷ İşgal devleti korunan sivilin işgalden önce işledikleri savaş suçları dışındaki suçlar için adli soruşturma yapma, tutuklama veya mahkum etme yetkisine sahip değildir. (C-IV m.70)

¹⁴⁸ Pazarıcı, IV. *Kitap*, s. 312.

2. Yaralıların, hastaların ve deniz kazasına uğrayanların özel bir şekilde korunması,

3. Sivil halkın askeri operasyonlardan korunması.¹⁴⁹

SONUÇ

Uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışmaların meydana geldiği ve yukarıda bahsedilen sözleşmelere taraf olan devletlerde, gerek uluslararası insancıl hukukun ilgili kurallarının ve gerekse insan hakları sözleşmelerinin bu gibi olağanüstü durumlarla ilgili kurallarının birlikte ve birbirlerini tamamlayıcı şekilde uygulanması gerekmektedir. Bu gibi özel kuralların uygulama alanı dışında kalan konularda ise barış durumu söz konusu olduğu için, devleti bağlayan uluslararası insan hakları kuralları ile ilgili devletin olağan ulusal mevzuatının uygulanması gerekmektedir.

Savaşta belirli kurallara uyulması ve bunlara aykırılık teşkil eden eylemlerin savaş suçu olduğu hususu uzun yıllardan bu yana kabul edilmiştir. Bu sebeple, savaş suçları kavramı kural olarak savaş sırasında uyulması gereken kuralların çiğnenmesinin müeyyidesini ifade etmektedir. Savaş suçları teamül ve sözleşmelerle savaşın yürütülmesini düzenleyen uluslararası hukuk kurallarını ihlal eden eylemlerden oluşmaktadır. Bunlar özellikle, işgal edilen ülkelerde sivil halkın öldürülmesi, kötü muameleye tabi tutulması veya zorla çalıştırılması, savaş esirlerinin öldürülmesi ya da kötü muameleye tabi tutulması, rehinenin öldürülmesi, kamu ve özel kişilerin mallarının yağmalanması, gereksiz yere şehirlerin yakılıp yıkılması gibi eylemleri kapsamaktadır.

¹⁴⁹ CP-II m. 4.

MADDE BAĞIMLILARININ REHABİLİTASYONUNDA YENİ DÖNEM DENETİMLİ SERBESTLİK

Vehbi Kadri KAMER*

I. Giriş

Ülkemizde, 1 Haziran 2005 tarihinde kurulan denetimli serbestlik sistemi ile madde bağımlılarının rehabilitasyonunda yeni bir döneme geçilmiştir. Bu dönemin en önemli özelliği; uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan ya da bulunduranların, gerek soruşturma ve kovuşturma aşamalarında gerekse bu kişiler hakkında verilen kararların infazında rehabilitasyonun hedeflenmesidir.

Bu yeni sistem ile bir yandan uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan ya da bulunduranların rehabilitasyonu sağlanmakta, diğer yandan madde kullanımının kişiye, sosyal çevresine ve topluma verdiği zarar önlenmekte sonuçta madde kullanımının neden olduğu suçlarda azalma olmaktadır.

Makalede; madde bağımlılarının rehabilitasyonunda önemli bir yere sahip denetimli serbestlik sistemi ile ceza ve infaz mevzuatımızdaki uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan ya da bulunduranlara ilişkin düzenlemeler açıklanacaktır.

II. Mukayeseli Hukukta Madde Bağımlılarının Rehabilitasyonu

Mukayeseli hukukta; İngiltere ve Hollanda'daki madde bağımlılarının rehabilitasyon uygulamaları incelenecektir.

* Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Denetimli Serbestlik ve Yardım hizmetlerinden Sorumlu Daire Başkanı.

A. İngiltere’de Madde Bağımlılarının Rehabilitasyonu¹

İngiltere’de uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan ya da bulunduranlara yönelik uyuşturucu müdahale programı için hükümet yerel yönetimlere fon sağlamaktadır. Yerel yönetimlerin içinde “Uyuşturucu ve Alkol Tim”leri oluşturulmuştur. Bu timde; güvenlik güçleri, denetimli serbestlik görevlileri ve yerel yönetim temsilcileri görev almaktadır. Bu timin en önemli görevi, hükümet tarafından yerel yönetime ayrılan fonun harcanması konusunda karar vermek bulunmaktadır.

Yapılan araştırmalarda bir kısım suçların, bazı ciddi suçları tetiklediği tespit edilmiştir. Bu nedenle ciddi suçlardan yakalanan şüpheliler uyuşturucu testine tabi tutulmaktadır. Yapılan bu testin sonucunun pozitif çıkması halinde kişi uyuşturucu müdahale programına alınarak tedavisine hemen başlatılmaktadır. Bu halde kişi yakalandığı tarihten mahkemeye çıkarıldığı tarihe kadar tedavi programına alınmakta, yargılama sonunda bu programın devamına karar verilebilmektedir.

İngiltere ceza adalet sisteminde; uyuşturucu müdahale programına diğer ceza ve tedbirler ile birlikte karar verilebilmektedir. Bu program, hükümlünün haftada bir kez veya haftada on-on beş saat denetimli serbestlik merkezine gelmesi şeklinde uygulanmaktadır. Denetimli serbestlik merkezi, hakkında tedavi programına karar verilen hükümlünün tedavi tedbirlerine uyup uymadığını takip etmektedir. Bu hükümlülerin durumu, denetimli serbestlik merkezince hazırlanan rapor çerçevesinde mahkemece her ay değerlendirilmektedir. Bu kişiler tedavinin ilk on altı hafta süresince haftada üç kez kontrolden geçmektedir. Yapılan kontrol sonucu tahlillerin pozitif çıkması halinde bu sonuç denetimin ihlal edildiği şeklinde değerlendirilmemekte, hükümlünün eğilimi, bağımlılık derecesi denetim süresince takip edilmektedir.

İngiltere’de uyuşturucu madde tedavi programı farklı kategorilerde yapılmaktadır. *İkinci düzey* tedavi kategorisinin masrafları mahalli idarelerce karşılanmaktadır. Bu düzeyde tedavi konusunda standart bulunmayıp tedavinin şekli bölgeden bölgeye değişmektedir. Ancak yapılan araştırmalarda bu kategoriye giren tedavilerin devamlılığının olmaması nedeniyle etkin sonuç vermediği belirlenmiştir. Bu tedavi-

¹ Kamer, Vehbi Kadri, 4-11 Şubat 2006 Tarihleri Arasında İngiltere’ye Yapılan Çalışma Ziyareti Raporu, 7 Şubat 2006 tarihinde Jonathan Joels ile Uyuşturucu Denetim Birimi’nde yapılan toplantı, rapor yayımlanmamıştır.

ler, uyuşturucu bağımlılığından kurtarmaya yönelik giriş müdahalesi olarak değerlendirilmektedir. *Üçüncü düzey* kategoriye giren tedaviler ise iyi organize edilmiş, plânlı, programlı ve on bir-on iki hafta süren tedavilerdir. Bu tedavi süresince haftanın beş günü tedavi dışında hükümlüye iyileştirme programları ayrıca uygulanmaktadır. *Dördüncü düzey* kategoriye giren tedavi ise yataklı tedavilerdir. Mahkemeler daha çok bu düzeydeki tedavi programına karar vermektedir. Hükümlü bu tedavide on iki hafta boyunca bir sağlık kuruluşunda kalmaktadır.

Londra'da yapılan araştırmada uyuşturucu problemi olan kişilerin barınma sorunlarının bulunduğu belirlenmiştir. Dördüncü kategoriye giren tedavi programı bu soruna çözüm getirmektedir. Ancak uygulamada mahalli idarelerin bu düzeydeki tedavi programının masraflarını karşılamakta bazen isteksiz olduğu görülmektedir.

Mevzuat değişikliğinden önce mahkemelerin şüpheli ve sanıklar üzerinde uyuşturucu araştırma kararları vermesi son derece sınırlıydı. Bu kapsamda sadece mükerrer bulunanlar ile uyuşturucu geçmiş olanlara, haftada en az yirmi saat tedavi kararı veriliyordu. Yine mevzuat değişikliğinden önce ilk kez uyuşturucu kullanan ve suç işleyen kişiler tedaviye tabi tutulmuyordu. Yapılan mevzuat değişikliği ile yukarıda sayılan hallerde ikinci seviyede başlayan tedavi kararları verilebilmektedir.

Yine 2006 Nisan ayında yapılan bir değişiklikle şüphelinin yakalandığı anda uyuşturucu kontrolünden geçmemesi uygulamasından vazgeçilerek, şüpheli veya sanığın işlediği suçun uyuşturucu kullanımı nedeniyle tetiklenen bir suç olması halinde şüpheli veya sanık uyuşturucu kontrolünden geçmekte ve hakkında tedavi kararı verilmektedir.

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanması veya bulundurması nedeniyle denetim altında bulunan hükümlülerin profili incelendiğinde, bunların büyük bir kısmının yirmi beş yaş üzerinde erkek ve uyuşturucuya başlamadan önce suç işleyen kişiler olduğu görülmektedir. Yine yapılan araştırmalarda, bu hükümlülerin çok sık suç işledikleri belirlenmiştir. Bu nedenle bu kişilerin çok sıkı takip edilmesi gerekmektedir. Güvenlik güçleri bu kişileri yakaladığında önce polis merkezine götürmekte, burada denetimli serbestlik görevlileri tarafından kişi ile yapılan görüşmeler sonunda mahkemeye yoğun bir denetim planı önermektedir. Denetimli serbestlik tedbirinin infazı sırasında, polis ile işbirliği yapılmakta kişiye denetim planına uyması, kendisi için hazır-

lanan programlara devam etmesi konusunda öneride bulunulmakta, aksi halde ceza infaz kurumuna alınacağı bildirilmektedir.

Kişiye uygulanacak programın düzeyi denetimli serbestlik görevlisinin önerisine bağlı bulunmaktadır. Yapılan araştırma sonucunda programların, %60 oranında başarılı olduğu ve katılan kişilerin bu programları tamamladığı anlaşılmıştır.

Yukarıda açıklandığı gibi uyuşturucu tedavi programları devam ederken, denetimli serbestlik merkezince aynı zamanda kişiye sosyal beceriler kazandırılması konusunda çalışmalar yapılmaktadır.

Mevzuat değişikliğinden önce kişinin tedavi edilmesi için istekli olması gerekmekte iken yapılan yeni düzenleme ile tedavi kişinin isteğine bırakılmayarak, istememesi halinde dahi tedavi programı başlatılmaktadır. Londra'da bu konuda bir tedavi merkezi bulunmaktadır. Ülke genelinde yapılan araştırmalarda; esrar kullanma yaşının sayı olarak çok fazla olmamakla birlikte 10-11 yaşına kadar indiği, eroin ve kokain kullanma yaşının ise 13-14 yaşları olduğu belirlenmiştir. Özellikle ailede anne ve babada uyuşturucu kullanımının olması veya ailede alkol, şiddet, cinsel istismarın bulunması hallerinde çocukların uyuşturucuya yöneldikleri belirlenmiştir.

Denetimli serbestlik personelinin takip ettiği uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi sayısına bakıldığında, iki kıdemli denetimli serbestlik görevlisi ile üç denetimli serbestlik görevlisi yüz yirmi ile yüz otuz kişiyi takip edebildiği belirlenmiştir.

Uyuşturucu tedavisinin yatarak yapılması halinde haftalık maliyetin 1.000 sterlin olduğu, tedavinin toplam maliyetinin ise 6.600 sterlin olduğu tespit edilmiştir.

B. Hollanda'da Madde Bağımlılarının Rehabilitasyonu²

Hollanda'da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişilerin rehabilitasyonunda bir vakıf şeklinde örgütlenen "*Bouman Bağımlılık Merkezi*" bulunmakta ve sağlık kuruluşu gibi faaliyet göstermektedir.

² Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü, Denetimli Serbestlik ve Yardım Hizmetlerinden Sorumlu Daire Başkanlığı, 11-18 Haziran 2006 Tarihleri Arasında Hollanda'ya Yapılan Çalışma Ziyareti Raporu, rapor yayımlanmamıştır.

Bu merkez; denetim altında bulunan uyuşturucu madde kullanıcıları ile denetimli serbestlik altında bulunmayan uyuşturucu madde kullanıcılarına hizmet vermektedir. Bu kapsamda, merkezde tedavi olanların %20'sini denetimli serbestlik altında takip edilen kişiler oluşturmaktadır.

Bouman Bağımlılık Merkezi idari yönden beş bölümden oluşmaktadır. Bunlar; yönetim kurulu (idari personel - iletişim), poliklinik, ekonomik faaliyetler bölümü ve kronik hastalar bölümüdür. Bu Merkezde toplam 800 kişi çalışmakta olup 45 görevli denetimli serbestlik hizmetlerinden sorumludur.

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişiler, merkezin poliklinik bölümünde tedavi edilmektedir. Bu bölümde, denetimli serbestlik altında bulunan 6.000-7.000 kişiye hizmet verilmektedir. Ayrıca Merkez, sadece kendisine başvuran bağımlılara değil, sokakta tespit ettiği bağımlılara da tedavi hizmeti sunmaktadır. Merkezin dışında bir madde bağımlısının belirlenmesi halinde, kişi derhal kliniğe getirilmekte ve tedavisine başlanmaktadır. Kişi isteksiz olsa dahi bu işlem uygulanmaktadır.

Bouman Bağımlılık Merkezi'nin denetimli serbestlik kapsamına temel amacı uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişilerin yeniden suç işlemelerini önlemektir. Bu kapsamda Merkez, adli sistem ile sağlık sistemi arasında bir köprü görevini sürdürmektedir.

Merkezin bütçesi, Adalet Bakanlığı tarafından belirlenmektedir.

Polis merkezinde gözaltına alınan uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişiler mahkemeye gönderilmeden önce denetimli serbestlik görevlileri tarafından ziyaret edilmektedir. Gözaltında yapılan görüşmede, kişiyi madde kullanımına yönelten nedenler belirlenmeye çalışılmaktadır. Denetimli serbestlik görevlisi yaptığı görüşme sonucunu mahkemeye raporla bildirmektedir.

Merkezin hazırladığı rapor hüküm verilmeden önce hâkime sunulmaktadır. Hâkimler merkezin uzmanlığına itibar etmekte ve rapordaki önerilenlere yönelik karar vermektedirler.

Rotterdam Ceza İnfaz Kurumu'nda bu merkeze ait on altı kişiye hizmet sağlayabilecek birim bulunmaktadır. Ceza infaz kurumunda bulunan madde bağımlısı hükümlüler ile iletişim bu birim aracılığıyla sağlanmaktadır. Bu birimde, tam zamanlı ve yarı zamanlı çalışan dört

personel bulunmakta olup bunlardan bir tanesi merkezin terapisti diğ-
gerleri denetimli serbestlik görevlileridir.

Bouman Bağımlılık Merkezi, SOV şeklinde kısaltılan kâr amacı gütmeyen bir vakıfla işbirliği yapmaktadır. SOV' da üç aşamadan oluş-
an iki yıllık bir program uygulanmaktadır. Bu program çerçevesinde iş,
kalacak yer, borçlanmış kişiler için borcun ödenmesi gibi konularda
plan yapılmaktadır. Programın *ilk aşamasında* orduya ait bir barakada
hükümlülere barınma imkanı sunulmakta tedaviye başlanmaktadır.
İkinci aşamasında hükümlü Rotterdam'a gelmekte ve burada da ken-
disine barınma imkânı verilmektedir. *Son aşamasında* programa kendi
evinde kalarak devam etmektedir.

III. Ülkemizin Bağımlılık Yapıcı Maddeler ve Bağımlılıkla İlgili Politikası

Ülkemizin bağımlılık yapıcı maddeler ve bağımlılıkla ilgili poli-
tikası; 22 Aralık 2006 tarihli Başbakanlık Makamı oluru ile yürürlüğe
giren "*Bağımlılık Yapıcı Maddeler ve Bağımlılıkla Mücadelede Ulusal Po-
litika ve Strateji Belgesi 2006-2012*" ile bu belgeye dayanılarak İçişleri
Bakanlığı'nca hazırlanan "*Bağımlılık Yapıcı Maddeler ve Bağımlılıkla Mü-
cadelede Ulusal Politika ve Strateji Belgesinin Uygulanması İçin Eylem Pla-
nına 2007-2009*" dayanmaktadır.

A. Bağımlılık Yapıcı Maddeler ve Bağımlılıkla Mücadelede Ulusal Politika ve Strateji Belgesi 2006-2012

Ulusal politika ve strateji belgesinde *yaklaşım*; yasal olmayan mad-
delerin arzına yönelik suçları insanlık suçu, madde bağımlılığını ise
hastalık ve önemli bir halk sağlığı sorunu olarak kabul edilmiştir.³

Hedefler; madde kullanımının ve kaçakçılığının önlenmesi, tüm
nüfus ve risk gruplarının korunması, risk gruplarıyla ilgili tüm taraflar-
ın daha etkin çalışmalar yapmaları için var olan kurumsal ağın etkin-
liğinin geliştirilmesi, bedensel, zihinsel, duygusal ve sosyal yönlerden
sağlıklı, bağımsız, yaratıcı, üretken, nitelikli çocukların ve gençlerin

³ İçişleri Bakanlığı, *Bağımlılık Yapıcı Maddeler ve Bağımlılıkla Mücadelede Ulusal Politika
ve Strateji Belgesi 2006-2012*, Ankara, 2006,

yetiştirilmesi hedeflenmiştir.⁴

Öncelikler; madde talebinin ve arzının azaltılması, mücadelenin etkin bir düzeyde sürdürülmesi, risk gruplarının korunması, toplumun mevcut tehditler konusunda bilgilendirilmesi ile mücadele ve önleme çalışmalarına katkı verecek bir güç yaratılması, insan kaynaklarının nitelik ve nicelik olarak yükseltilmesi olarak belirlenmiştir.⁵

Zorunluluklar; arz ve talebin azaltılması yönünde çalışmalar yapılması, madde kullanımı riski ve eğilimi içinde olanların önlenmesi, bilgilendirme etkinliklerinin yapılması, tedavi sonrası süreçlerde yeniden bağımlılık içine girilmemesi için tedavi sonrası hizmet boyutunun geliştirilmesi, tedavi sürecindeki bağımlıların toplumsal yaşama yeniden uyum ve katılımlarını sağlayacak sosyal destek mekanizmalarını harekete geçirecek hizmet birimlerinin oluşturulması olarak değerlendirilmiştir.⁶

B. Bağımlılık Yapıcı Maddeler ve Bağımlılıkla Mücadelede Ulusal Politika ve Strateji Belgesinin Uygulanması İçin Eylem Planı 2007-2009

Eylem planında *amaç*; bağımlılık yapıcı maddeler ve madde kullanımı ile mücadelede bir “Ulusal Koordinasyon Kurulu” oluşturmak ve çalışmasını sağlamak, çok disiplinli bir yapının oluşturulması çalışmasını sağlamak, ulusal tedavi ünitelerinin veya merkezlerinin kapasitesini ve erişebilirliğini artırmak, bilgi altyapısını ve ulusal bilgi ağını güçlendirmek olarak belirlenmiştir.⁷

Eylem planının *öncelikleri* olarak; madde talebinin ve arzının azaltılmasına, mücadelenin etkin bir düzeyde sürdürülmesine, risk gruplarının korunmasına, insan kaynaklarının nicelik ve nitelik olarak yükseltilmesi olarak değerlendirilmiştir.⁸

⁴ a. g. e., s. 7.

⁵ a. g. e., s. 8.

⁶ a. g. e., s. 9-10

⁷ İçişleri Bakanlığı, *Bağımlılık Yapıcı Maddeler ve Bağımlılıkla Mücadelede Ulusal Politika ve Strateji Belgesinin Uygulanması İçin Eylem Planı 2007-2009*, Ankara, 2007, s. 2.

⁸ a. g. e., s. 10.

VI. Ceza Adalet Sistemimizdeki Madde Bağımlılığı ile İlgili Düzenlemeler

Ceza adalet sistemimizdeki madde bağımlılığı; 13 Mart 1926 tarihinde yürürlüğe giren 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeler kapsamında açıklanacaktır. Bu suretle Ülkemizin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan ya da bulunduranlara kişilere karşı izlediği ceza politikasının zaman içindeki değişimi ortaya konulacaktır.

A. 1 Mart 1926 Tarihli ve 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanan ya da Bulunduranlara İlişkin Düzenlemeler⁹

1 Mart 1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 404. maddesinde uyuşturucu madde kullanan veya bulunduranlara ilişkin düzenleme yapılmıştır. Kanunun bu düzenlemesi beş kez değiştirilmiştir.

1. 1 Mart 1926 Tarihli ve 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 403 ve 404. Maddelerindeki Düzenlemeler

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 403. maddesinde uyuşturucu madde ticareti, 404. maddesinde uyuşturucu madde kullanımı ve bulundurulması yaptırıma bağlanmıştır.

Anılan Kanun'un 403. maddesinde *"Tıbbi afyon ve afyon hulasasını, morfin ve emlahını ve diasetil morfin ve bunların emlahını ve kodeinden madda afyon şiphi kaleviyatını ve bunların emlah ve müştakkatını ve kokain emlah ve müştakkatını ve esrar ve müstahzaratını kaçak suretiyle ithal ve Türkiye dahilinde bir mahalden diğer bir mahalle nakil edenler ve ettirenler ve izinsiz satanlar ve alanlar veya satmak üzere nezdinde bulunduranlar ve bunların alınıp satılmasına ve her ne suretle olursa olsun tedarikine vasıta olanlar veya mahsus bir mahal tedarikiyle veya diğer bir suretle halkı celbederek bunların kullanılmasını kolaylaştıranlar altı aydan aşağı olmamak üzere hapis olunur ve yüz liradan bin liraya kadar ağır cezayı nakdi alınır."*, 404. maddesinde

⁹ <http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=5.3.765&MevzuatIlski=0&sourceXmlSearch=>, 16 Temmuz 2008, saat 9:32

de “Yukarıdaki maddede yazılı şeyleri her ne suretle olursa olsun verenler, alanlar veya bir yere toplanarak kullananlar veya yanında bulunduranlar iki aydan altı aya kadar hapis olunur ve beş liradan elli liraya kadar ağır ceza-yı nakdiye mahkûm edilir. Cezayı hafifletecek sebepler bulunduğu takdirde kullananlar hakkında yalnız ağır cezayı nakdi hüküm edilebilir.” hükümleri getirilmiştir.

Kanun uyuşturucu madde türlerini tek tek sayarak kazuistik bir yöntem belirlemiştir. 404. maddesinde, 403. madde de sayılan uyuşturucu maddeleri vermeyi, almayı, toplanarak kullanmayı ya da yanında bulundurmaya suç olarak belirlenmiştir. Bu suçun yaptırımı olarak; iki aydan altı aya kadar hapis ve beş liradan elli liraya kadar ağır para cezası öngörülmüştür.

2. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 404. Maddesinde 8 Haziran 1933 tarihli ve 2275 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklik

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 404. maddesinde 8 Haziran 1933 tarihli ve 2275 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile “403. maddede yazılı şeyleri bir yere toplanarak kullananlar veya bu maksatla yanında bulunduranlar iki aydan altı aya kadar hapis ve beş liradan yüz liraya kadar ağır para cezasına mahkûm edilir.

403. maddede yazılı şeyleri kullanan kimsenin alışkanlığı iptila derecesinde ise altı aydan noksan olmamak şartıyla salâhi tıbben tebeyyün edilinceye kadar hastanede tevkif ve tedavisine hükmolunur. Hastane bulunmayan yerlerde ise bu kabil kimseler hastane bulunan yerlere sevk edilir.” hükmü getirilmiştir.

Yapılan bu düzenleme ile 403. madde de sayılan uyuşturucu maddelerin verilmesi ve alınması 404. maddenin kapsamından çıkarılmış, sadece toplanarak 403. madde de yazılı uyuşturucu maddelerin kullanılması ya da bu maksatla bulundurulması suç olarak belirlenmiştir. Bu tarihte yapılan düzenlemenin başka bir yönü, alışkanlığın “iptila” derecesinde bulunması halinde iyileşinceye kadar kişinin hastahanedeki tedavi altına alınmasına karar verilmesidir. Bu suçun yaptırımı olarak öngörülen hapis cezasının süresinde bir değişiklik yapılmamış, sadece ağır para cezasının üst sınırı elli liradan yüz liraya çıkarılmıştır.

3. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 404. Maddesinde 11 Haziran 1936 Tarihli ve 3038 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklik

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 404. maddesinde, 11 Haziran 1936 tarihli ve 3038 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile "403. madde yazılı şeyleri kullananlar veya yanında bulunduranlar iki aydan altı aya kadar hapis ve beş yüz liraya kadar ağır para cezasına mahkûm edilirler.

Bunları kullanan kimsenin alışkanlığı iptila derecesinde ise altı aydan eksik olmamak şart ile, salâhı tibben tebeyyün edinceye kadar, hastanede tevkif ve tedavisine hükmolunur. Hastane bulunmayan yerlerde ise bu kabil kimse-ler hastane bulunan yerlere sevk edilir" hükmü getirilmiştir.

Yapılan bu düzenleme ile Türk Ceza Kanunu'nun 404. maddesinde izlenen "ceza politikası" esaslı olarak değişmiştir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 13 Mart 1926 tarihinden 11 Haziran 1933 tarihine kadar, toplu madde kullanımı suç sayılır iken, bu tarihten sonra 403. madde de sayılan uyuşturucu maddelerin kullanılması veya yanında bulundurulması suç olarak öngörülmüştür. Bu suçun yaptırımı olarak öngörülen hapis cezasının süresinde değişiklik yapılmamış, sadece ağır para cezasının üst sınırı yüz liradan beş yüz liraya çıkarılmıştır.

4. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 404. Maddesinde 2 Haziran 1941 Tarihli ve 4055 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklik

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 404. maddesinde, 2 Haziran 1941 tarihli ve 4055 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile "Uyuşturucu maddeleri kullananlar veya yanında bulunduranlar iki aydan altı aya kadar hapis ve beş yüz liraya kadar ağır para cezasına mahkûm edilirler.

Mükerrirler hakkında hapis ve para cezasından başka ufak kasabalardan birinde infaz edilmek ve altı aydan aşağı olmamak üzere sürgün cezası da verilir.

Uyuşturucu maddeleri kullanan kimsenin alışkanlığı iptila derecesinde ise tibben salâhı tebeyyün edinceye kadar hastanede muhafaza ve tedavisine hükmolunur. Hastane bulunmayan yerlerde ise bu kabil kimseler hastane bulunan yerlere sevk edilir.

Uyuşturucu maddeleri kullanmayı iptila derecesine vardırıranlar hakkında, hastanede salah bulduklarından sonra infaz edilmek üzere, altı ay sürgün cezası da hükmolunabilir” hükmü getirilmiştir.

Yapılan bu düzenleme ile 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan veya bulunduranlara ile ilgili ceza politikası 3038 sayılı Kanunla ilk kez esaslı değiştirildikten sonra, yapılan ikinci değişiklik ile “mükerriler” ile “iptila derecesinde uyuşturucu kullananlar” hakkında denetimli serbestlik sistemine benzer bir sistemin uygulanması ile 4055 sayılı Kanun’la olmuştur.

Mükerrirler hakkında, hapis ve para cezasına ek olarak “küçük kasabalarda infaz edilmek koşuluyla altı aydan az olmayan sürgün cezasının” verilmesi öngörülmüştür. Aynı hüküm “iptila derecesinde uyuşturucu kullananlar” hakkında uygulanması esası getirilmiştir.

5. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 404. Maddesinde 9 Temmuz 1953 Tarihli ve 6123 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklik

765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 404. maddesinde 9 Temmuz 1953 tarihli ve 2275 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile “1. Mahsus bir yerde tedariki ile veya başka surette bir veya daha ziyade kimseleri celbederek uyuşturucu maddelerin kullanılmasını kolaylaştıranlarla bu maddeleri 18 yaşını bitirmeyen küçüklere veya görölür şekilde aklen malül olanlara veya müptelalarına verenler hakkında 403. maddenin 3 ve 4. bentlerinde yazılı cezalar altıda bir nispetinde artırılarak hükmolunur.

2. Uyuşturucu maddeleri kullananlarla bu maksatla yanında bulunduranlar üç seneden beş seneye kadar hapis ve 100 liradan 1 000 liraya kadar ağır para cezasına mahkum edilirler.

Mükerrirler hakkında hapis ve para cezasından maada istihsal muntıkaları dışında ve polis teşkilatı bulunan kaza merkezlerinden birinde infaz edilmek ve bu müddet içinde emniyeti umumiye nezareti altında bulundurulmak ve bir seneden aşağı olmamak üzere sürgün cezası da verilir.

Uyuşturucu maddeleri kullanan kimsenin alışkanlığı iptila derecesinde ise salahı tibben tebeyyün edinceye kadar hastanede muhafaza ve tedavisine hükmolunur. Hastane bulunmayan yerlerde ise bu kabil kimseler hastane bulunan yerlere sevk edilirler.

Alışkanlığı iptila derecesine vardığı tıbben tespit edilenlerin hastanede muhafaza ve tedavilerine salahiyyətli mahkemece tahkikatın her safhasında karar verilebilir.

Uyuşturucu maddeler alışkanlığını iptila derecesine vardiyanlar hakkında altı aydan bir seneye kadar emniyeti umumiye nezareti altında bulundurulmak cezası da hükmolunur.

3. 403. madde ile bu maddede yazılı cürümlerden birine iştirak etmiş olan kimse resmi makamlar tarafından haber alınmadan evvel keyfiyeti ve cürüm ortaklarını ve uyuşturucu maddeleri sakladığı veya imal eylediği yerleri mercilerine haber vererek bunların yakalanmalarını ve elde edilmelerini kolaylaştırırsa fiiline terettüp eden cezadan muaf tutulur.

Bu cürümler haber alındıktan sonra cürmün meydana çıkmasına veya şeriklerinin yakalanmasına hizmet ve yardım eden kimseler hakkında idam cezası on beş ve müebbet ağır hapis cezası on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapse çevrilebilir ve diğer cezalar yarıya indirilebilir.” hükmü getirilmiştir.

Bu madde yeni İtalyan Ceza Kanunu'nun 447. maddesinden ayrılmıştır.¹⁰ 6123 sayılı Kanun'la yapılan düzenleme üç yönü ile önem taşımaktadır. Birincisi; uyuşturucu madde kullanmanın ve bulundurmanın cezası ağırlaştırılmıştır. İki aydan altı aya kadar olan hapis cezasının süresi üç yıldan beş yıla çıkarılmıştır. Yine beş yüz liraya kadar olan ağır para cezasının miktarı, yüz liradan bin liraya kadar belirlenmiştir. İkinci önem taşıyan değişiklik, “emniyeti umumiye nezareti altında bulundurmak” cezası getirilmiştir. Son olarak etkin pişmanlık ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır.

6. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 404. Maddesinde 6 Haziran 1991 Tarihli ve 3756 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklik

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 404. maddesinde 6 Haziran 1991 tarihli ve 3756 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile “1. Özel bir yer sağlayarak veya başka suretle bir kimsenin uyuşturucu madde kullanmasını kolaylaştıranlar ile bu maddeleri onsekiz yaşını bitirmeyen küçüklere veya aklen malullere veya müptela olan kişilere verenler hakkında 403. maddenin 5

¹⁰ Gözübüyük, Abdullah Pulat, *Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi*, Kazancı Hukuk Yayınları, 5. Baskı, s. 671.

ve 6 numaralı fıkralarında yazılı cezalar altıda biri oranında artırılarak hükmolunur.

2. Uyuşturucu maddeleri kullananlar ile bu maksatla yanında bulunduranlara, bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

3. Uyuşturucu madde kullanan kimse, hakkında herhangi bir tahkikata girişilmeden resmi makamlara başvurarak tedavi ettirilmesini isteyecek olursa, kullanma fiilinden dolayı hakkında kovuşturma yapılmaz.

4. Uyuşturucu maddeleri kullanan kimselerin alışkanlığı iptila derecesinde ise, salahi tıbben anlaşılincaya kadar bir hastanede muhafaza ve tedavisine hükmolunur. Bu kimselerin hastanede muhafaza ve tedavilerine, yetkili mahkemece tahkikatın her safhasında da karar verilebilir." hükmü getirilmiştir.

6123 sayılı Kanun'la yapılan düzenleme ile bugünkü mevzuata benzer değişiklik yapılmıştır. Üç yıldan beş yıla kadar olan uyuşturucu madde kullanmanın veya bulundurmanın cezası bir yıldan iki yıla indirilmiş ayrıca "para cezası" ile "emniyeti umumiye nezareti altında bulundurmak cezası" kaldırılmıştır.

B. 1 Haziran 2005 Tarihinde Yürürlüğe Giren 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanan ya da Bulunduranlara İlişkin Düzenlemeler¹¹

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 191. maddesinde uyuşturucu madde kullanan veya bulunduranlara ilişkin düzenleme yapılmıştır. Kanun'un bu düzenlemesi iki kez değiştirilmiştir.

1. 26 Eylül 2004 Tarihli ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 191. Maddesindeki Düzenleme

Anılan Kanun'un 191. maddesinde "(1) Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi, bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kendisi tarafından kullanılmak üzere uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisi doğuran bitkileri yetiştiren kişi,

¹¹ <http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/Metin.aspx?MevzuatKod=5.3.765&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=>, 16 Temmuz 2008, saat 9:32

bu fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

(2) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında, tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine hükmolunur.

(3) Hakkında tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine hükmedilen kişi, belirlenen kurumda uygulanan tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranmakla yükümlüdür. Hakkında denetimli serbestlik tedbirine hükmedilen kişiye rehberlik edecek bir uzman görevlendirilir. Bu uzman, güvenlik tedbirinin uygulama süresince, kişiyi uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kullanılmasının etki ve sonuçları hakkında bilgilendirir, kişiye sorumluluk bilincinin gelişmesine yönelik olarak öğütte bulunur ve yol gösterir; kişinin gelişimi ve davranışları hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hâkime verir.

(4) Tedavi süresince devam eden denetimli serbestlik tedbirine, tedavinin sona erdiği tarihten itibaren bir yıl süreyle devam olunur. Denetimli serbestlik tedbirinin uygulanma süresinin uzatılmasına karar verilebilir. Ancak, bu durumda süre üç yıldan fazla olamaz.

(5) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı hükmolunan ceza, ancak tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranmaması hâlinde infaz edilir. Kişi etkin pişmanlıktan yararlanmışsa, davaya devam olunarak hakkında cezaya hükmolunur." hükmü getirilmiştir.¹²

¹² Madde gerekçesinde; madde metninde, izlenen suç politikası gereği olarak, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak değil, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak fiilleri suç olarak tanımlanmıştır. Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, aslında tedavi ve terapiye ihtiyaç duyan bir kişidir. Bu nedenle, maddenin ikinci fıkrasında, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişinin, tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulması gerektiği kabul edilmiştir.

Üçüncü fıkra, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında uygulanacak tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme yeterli açıklıkta yapıldığı için, ayrıca izaha gerek görülmemiştir. Dördüncü fıkra, bu denetimli serbestlik tedbirinin süresi belirlenmiştir.

Maddenin beşinci fıkrasına göre; uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak dolayısıyla değil ve fakat kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak dolayısıyla cezaya hükmedilecektir. Ancak, bu nedenle hükmolunan cezanın infazına sınırlama getirilmiştir. Buna göre, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişinin tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uy-

Yapılan bu düzenleme ile uyuşturucu madde kullanan veya bulunduranların tedavi ve terapiye ihtiyaç duyduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle uyuşturucu madde kullananlara “tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri” öngörülmüştür.

2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 191. Maddesinde 25 Mayıs 2005 tarihli ve 5377 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklik

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 191. maddesinde 25 Mayıs 2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile “Türk Ceza Kanunu’nun 191. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi madde metninden çıkartılmış ve maddenin ikinci fıkrası;

“(2) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında, tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine; kullanmamakla birlikte, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında, denetimli serbestlik tedbirine hükmolunur.” şeklinde değiştirilmiştir.

5377 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik ile maddenin ilk düzenlemesinde yer almayan, uyuşturucu veya uyarıcı madde bulundurmak fiilinin yaptırımı olarak “sadece denetimli serbestlik tedbiri” öngörülmüştür.¹³

gun davranması hâlinde, hükmolunan ceza infaz edilmez. Buna karşılık, tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranmayan kişi ile ilgili olarak hükmolunan ceza infaz edilecektir. Aşağıda etkin pişmanlık maddesinde düzenlendiği gibi, etkin pişmanlıktan yararlanan kullanıcı hakkında belli koşulların varlığı hâlinde cezaya hükmedilmeyecektir. Ancak, tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine aykırı davranan kişi hakkında, etkin pişmanlıktan yararlanmış olsa bile, davaya devam olunarak cezaya hükmedilecek ve bu ceza infaz edilecektir.

¹³ 27 Mayıs 2005 tarihli ve 5357 sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 7 Temmuz 2005 tarihinde tekrar görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderilmiş, 8 Temmuz 2005 tarihli ve 25869 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 29 Haziran 2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanun’la kabul edilmiştir.

Madde gerekçesinde; teklife; Türk Ceza Kanunu’nun 191. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer verilen suç tanımına gerek görülmediğinden madde metninden çıkartılmasına, ayrıca ikinci fıkrasında, kişi uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi kullanmamakla birlikte, kullanmak için satın almış, kabul etmiş veya bulundurmuş olabileceğinden ve bu kişi, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi satın aldığı, kabul ettiği veya bulundurduğu için tehlikeli bir kişilik arz ettiğinden, bu bakımdan hakkında tedavi tedbirine hükmedilemeyecek ise

3. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 191. Maddesinde 6 Aralık 2006 Tarihli ve 5560 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklik

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 191. maddesinde 6 Aralık 2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile "(1) Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi, bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Bu suçtan dolayı açılan davada mahkeme, birinci fıkraya göre hüküm vermeden önce uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında, tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine; kullanmamakla birlikte, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında, denetimli serbestlik tedbirine karar verebilir.

(3) Hakkında tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilen kişi, belirlenen kurumda uygulanan tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranmakla yükümlüdür. Hakkında denetimli serbestlik tedbirine hükmedilen kişiye rehberlik edecek bir uzman görevlendirilir. Bu uzman, güvenlik tedbirinin uygulama süresince, kişiyi uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kullanılmasının etki ve sonuçları hakkında bilgilendirir, kişiye sorumluluk bilincinin gelişmesine yönelik olarak öğütte bulunur ve yol gösterir; kişinin gelişimi ve davranışları hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hâkime verir.

(4) Tedavi süresince devam eden denetimli serbestlik tedbirine, tedavinin sona erdiği tarihten itibaren bir yıl süreyle devam olunur. Denetimli serbestlik tedbirinin uygulanma süresinin uzatılmasına karar verilebilir. Ancak, bu durumda süre üç yıldan fazla olamaz.

(5) Tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranan kişi hakkında açılmış olan davanın düşmesine karar verilir. Aksi takdirde, davaya devam olunarak hüküm verilir.

(6) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı cezaya hükmedildikten sonra da iki ilâ dördüncü fıkralar hükümlerine göre tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine tâbi tutulabilir. Bu durumda, hükmolunan cezanın infazı ertelenir. Ancak, bunun için kişi

de denetimli serbestlik tedbirine hükmedilebilmesini sağlamak amacıyla değişiklik yapan yeni 24. madde eklenmiştir.

hakkında bu suç nedeniyle önceden tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilmemiş olması gerekir.

(7) Kişinin mahkûm olduğu ceza, tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranması halinde, infaz edilmiş sayılır; aksi takdirde, derhal infaz edilir.” şeklinde değiştirilmiştir.

Yapılan düzenleme ile hükümden önce uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan sanıklar hakkında “tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine” veya uyuşturucu veya uyarıcı madde bulunduran sanıklar hakkında “sadece denetimli serbestlik tedbirine”, hükümden sonra uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan sanıklar hakkında “tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine” veya uyuşturucu veya uyarıcı madde bulunduran sanıklar hakkında “sadece denetimli serbestlik tedbirine” karar verilmesi olanağı getirilmiştir.¹⁴

¹⁴ Madde gerekçesinde “Maddeyle, 5237 sayılı Kanun’un 191. maddesi değiştirilmiştir. Yeni Türk Ceza Kanunu’nda, izlenen suç siyasetinin gereği olarak, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak değil, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmamak fiilleri suç olarak tanımlanmıştır. Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, aslında tedaviye ihtiyaç duyan bir kişidir. Bu nedenle, yeni Türk Ceza Kanunu’nun 191. maddesinde, kişinin öncelikle tedavi edilmesini ve tekrar uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaktan korunmasını sağlamaya yönelik olarak hakkında denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasını öngören bir düzenleme yapılmıştır.

Ancak, bu düzenlemenin içeriğiyle ilgili olarak uygulamada tereddütlerin oluştuğu gözlemlenmiştir. Bu tereddütleri gidermek amacıyla söz konusu madde metninde değişiklik yapılması gereği hasil olmuştur.

Buna göre, kişinin tedavi olmayı kabul etmesi ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranması halinde, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmamak dolayısıyla hakkında cezaya hükmolunmayacaktır. Başka bir deyişle, bu durumda mahkeme, uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi kullanmak için satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında cezaya hükmetmeden tedavi ile birlikte denetimli serbestlik tedbirine ya da sadece denetimli serbestlik tedbirine karar verecektir.

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişinin tedaviye ihtiyacının olup olmadığı, tıp biliminin verileri çerçevesinde belirlenebilecek olan bir sorundur. Bu nedenle, mahkeme, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişinin uyuşturucu madde kullanıp kullanmadığını, kullanmakta ise tedaviye ihtiyacının olup olmadığını bilirkişi marifetiyle belirleyecektir.

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişinin ihtiyacı olan tedavinin süresi kanunda belirlenmemiştir. Çünkü tedavi, yalın bir tıbbi olgudur. Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, bu maddenin etkisinden kurtulabilmesi için kendisiyle ilgili olarak uygulanan tedavinin gereklerine uygun davranmakla yükümlüdür. Kişi tedavi sürecinde ayrıca denetim serbestlik tedbirine tabi tutulur.

Uygulanan tedavinin olumlu sonuç vermesi ve artık gerek kalmadığı için tedaviye son verilmesi halinde de denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına de-

III. Ülkemizde Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanan Kişiler Hakkında Uygulanan Tedavi Sistemi

Ülkemizde uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişiler hakkında uygulanan tedavi sistemi ile uyuşturucu madde kullanımının önlenmesi, bağımlı hale gelen kişilerin tedavisi ve topluma kazandırılması, başkalarını madde kullanmaya sevk etmelerinin önlenmesi, Ülkedeki madde talebinin bu yolla azaltılması amacıyla, Sağlık Bakanlığınca bu alanda hizmet veren kurumların nitelik ve nicelik yönünden yeterliliğini arttırılması hedeflenmiştir. Mevcut yapı itibariyle, tedavi talebinde bulunan bağımlıların tedavileri büyük oranda karşılanabilmekle beraber, hizmete kolay ulaşabilirliği sağlamak açısından bağımlılık tedavisine yönelik hizmetlerin yurt geneline yayılması planlanmaktadır.¹⁵

vam edilir. Tedavinin sona erdiği tarihten itibaren denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına asgari bir yıl süreyle devam olunur. Ancak, mahkeme, toplam üç yılı geçmemek üzere, bu sürenin uzatılmasına karar verebilir.

Kişinin hakkında uygulanan denetimli serbestlik tedbirinin de gereklerine uygun davranması halinde, bu süre sonunda, hakkında açılmış olan kamu davası ile ilgili olarak mahkemece düşme kararı verilir.

Bunun ifade ettiği anlam şudur: Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak suçundan dolayı hakkında kamu davası açılmış olan sanıkla ilgili olarak cezaya hükmetmeden tedavi ile birlikte denetimli serbestlik tedbirine ya da sadece denetimli serbestlik tedbirine karar verilmesi halinde, açılmış olan kamu davası derdest olmaya devam etmektedir.

Kişinin, kendisiyle ilgili olarak uygulanan tedavinin veya denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranmaması halinde, açılmış olan davaya devam olunarak hakkında 191. maddenin birinci fıkrası hükmüne istinaden cezaya hükümlenir.

Maddenin altıncı fıkrasında, kişi hakkında cezaya hükümlendikten sonra da tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasının yolu açık tutulmuştur.

Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak suçundan dolayı mahkum edilmiş olan kişinin tedaviyi kabul etmesi ve bununla bağlantılı olarak uygulanan denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranması halinde, hakkında hükümlenen cezanın infazına başlanmaz.

Olumlu sonuç vermesi dolayısıyla uygulanan tedaviye son verilen tarihten itibaren asgari bir yıl, azami üç yıl süreyle devam eden denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranması halinde, kişi hakkında hükümlenen ceza infaz edilmiş sayılacaktır.

Buna karşılık, kişinin kendisiyle ilgili olarak uygulanan tedavinin veya denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranmaması halinde, hükümlenen ceza derhal infaz edilir." hükmü getirilmiştir.

¹⁵ Emniyet Genel Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı, *2006 Yıllık Raporu*, Reitox Ulusal Temas Noktası Türkiye, *Bağımlılık Yapıcı Maddeler ve Bağımlılık ile Mücadele 2006 Yılı Ulusal Raporu*, Reitox, 2006, s. 33.

Genel olarak tedavi merkezlerindeki tedavi uygulamalarıyla, madde kullanımının azaltılması veya ortadan kaldırılması, yoksunluk ile ilgili sorunların giderilmesi, tekrar madde kullanmaya başlamanın önlenmesi ile psikolojik ve sosyal işlevsellikte düzelme sağlanması amaçlanmaktadır.¹⁶

Ülkemizde uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişilere yönelik uygulanan tedavi sistemi üç basamakta verilen sağlık hizmetlerinden oluşmaktadır. Pratisyen hekimler; hastaların sağlık problemleri sebebiyle ilk kez başvuruda bulunduğu birinci basamak sağlık hizmetlerinde yer almaktadır. Birinci basamaktaki hastalar, ikinci ve üçüncü basamak sağlık hizmetleri almak üzere sevk edilmektedir. Bağımlılık tedavisi veren kurumlar, bütün bağımlıları kapsayacak şekilde, hem yatarak hem de ayakta tedavi hizmetleri sunmaktadır. Madde almasının tedavi, seçime bağlı olarak gerçekleşmektedir. Tedavide sistematik tedaviler, sosyo-egitimsel tedavi ve motivasyonel görüşmede dahil olmak üzere hem psikoterapatik hem de destekleyici yöntemler kullanılmaktadır. Tedavi uzun sürmektedir. Hem ayakta tedavi hem de yatarak tedavi servislerinde maddenin kesilmesi tedavisi uygulanmaktadır.¹⁷

Bu tedavi sisteminin teşkilat yapısına baktığımızda; merkezde Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'ne bağlı "*Tütün ve Bağımlılık Yapıcı Maddelerle Mücadele Daire Başkanlığı*" 5 Temmuz 2007 tarihinde kurulmuştur. Bu Daire Başkanlığı'nın üç şubesinden biri de "*Alkol Dışı Madde Bağımlılığı ile Mücadele ve Kontrol Şube Müdürlüğü*"dür.¹⁸

Bu birim dışında Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü bünyesinde bulunan "*Tıbbi Hizmetler Daire Başkanlığı*"na bağlı "*Tıbbi Hizmetler Şube Müdürlüğü*" kurulmuştur. Özellikle AMATEM'lerin ruhsatlandırma işlemleri bu birim tarafından yapılmaktadır.¹⁹

Tedavi sisteminin taşra teşkilatında; madde bağımlısı olmayan ki-

¹⁶ A. g. e., s. 34.

¹⁷ A. g. e., s. 34.

¹⁸ Kamer, Vehbi Kadri, 29 Mayıs 2008 tarihinde Kızılcihamam'da Sağlık Bakanlığı'nun düzenlediği "Denetimli Serbestlik Uygulamaları Seminerinde" madde bağımlılığı konusunda tebliğ, yayınlanmamıştır.

¹⁹ A. g. t.

şilerin takip edildiği bünyesinde ruh sağlığı ve sinir hastalıkları uzmanı bulunan sağlık kurumları ile madde bağımlısı kişilerin tedavi edildiği AMATEM'ler bulunmaktadır.²⁰

30 Nisan 2008 tarihi itibarıyla 19 merkezde AMATEM hizmet vermektedir. Bu merkezler 517 yatak kapasitesine sahiptir.²¹

VI. Ülkemizde Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanan veya Bulunduran Kişiler Hakkında Uygulanan Denetimli Serbestlik Tedbiri

Ülkemizde;

a. Uyuşturucu veya uyarıcı madde *kullanan* kişiler hakkında “*tedavi ve denetimli tedbiri*”,

b. Uyuşturucu veya uyarıcı madde *bulunduran* kişiler hakkında “*sadece denetimli serbestlik tedbiri*”

uygulanmaktadır.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5275 Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile denetimli serbestlik sistemimizin temeli atılmış, 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu ile sistem ülkemizde kurulmuştur.²²

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan veya bulunduran kişiler hakkında uygulanan denetimli serbestlik tedbiri açıklanmadan önce denetimli serbestlik sistemi, bu sistemde görev alan personel ile eğitimi konularında bilgi verilecektir.

²⁰ A. g. t.

²¹ Kamer, Vehbi Kadri, 30 Nisan 2008 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi “Uyuşturucu Başta Olmak Üzere Madde Bağımlılığı ve Kaçakçılığı Sorunlarının Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırma Komisyonu’nda” uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan veya bulunduranlar hakkında ceza ve infaz sistemimiz konusunda tebliğ, yayınlanmamıştır.

²² Kamer, Vehbi Kadri, *Denetimli Serbestlik Kararlarının İnfazı*, Adalet Yayınevi, Ankara, Ekim, Hukuk Yayınları Dizisi 291, 2007, Birinci Baskı, s. 28.

A. Denetimli Serbestlik Kavramı

Denetimli serbestlik, hükümlülerin suç işlemesine neden olan davranışlarının düzeltilerek, tekrar suç işlemelerinin önlenmesi, ceza infaz kurumundan salıverilen hükümlülerin takip edilmesi, madde bağımlılarının rehabilitasyonu, mağdurların uğradıkları zararın giderilmesi ve bu yolla toplumun korunmasıdır.²³

Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere denetimli serbestlik, ceza adalet ve infaz sistemi içinde çok farklı alanlarda verilen hizmetler bütünüdür.

B. Denetimli Serbestlik Sisteminin Teşkilat Yapısı

Denetimli serbestlik sisteminin teşkilat yapısını, merkez teşkilat ile taşra teşkilatı olmak üzere iki başlıkta inceleyebiliriz.

Merkez teşkilat yapısında; denetimli serbestlik ve yardım ile koruma hizmetlerine ilişkin danışma organı olarak görev yapan Adalet Bakanlığında, Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Danışma Kurulu,²⁴ Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü bünyesinde ise Denetimli Serbestlik ve Yardım Hizmetlerinden Sorumlu Daire Başkanlığı bulunmaktadır. Daire Başkanlığı 15 Ağustos 2005 tarihinde kurulmuştur.

²³ Kamer, Vehbi Kadri, 3 Haziran 2008 tarihinde "Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının Sınırları", *Uluslararası Sempozyumu'*nda denetimli serbestlik konusunda sunulan tebliğ, yayınlanmamıştır.

²⁴ Danışma kurulu; Adalet Bakanlığı Müsteşarı'nın başkanlığında; Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürü, Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürü, Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürü, Türkiye Barolar Birliği'nin görevlendireceği bir temsilci, Yükseköğretim Kurulu'nca görevlendirilecek, üniversitelerin hukuk fakültelerinin ceza ve ceza usul hukuku ana bilim dalından bir, sosyal hizmetler yüksek okulu veya bölümünden bir, fakültelerin sosyoloji ve psikoloji bölümlerinden birer profesör veya doçent unvanına sahip, öncelikle bu Kanun'un içerdiği konularda çalışmaları bulunan öğretim üyesi, Türkiye İş Kurumu Genel Müdürü, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürü, Kadının Statüsü Genel Müdürü, Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürü, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Genel Müdürü, Millî Eğitim Bakanlığı Çıraklık ve Yaygın Eğitim Genel Müdürü, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'ndan üst düzey bir temsilci, Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanı, Jandarma Genel Komutanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğü'nün asayişten sorumlu genel müdür yardımcısı veya daire başkanı, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nden bir temsilci, Türkiye Esnaf ve Sanatkarlar Konfederasyonu'ndan bir temsilci, Denetimli Serbestlik ve Yardım Hizmetlerinden Sorumlu Daire Başkanı'ndan oluşmaktadır.

Taşra teşkilat yapısında 133 adalet komisyonunun bulunduğu yerlerde, denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlükleri ile koruma kurulları bulunmaktadır. Şube müdürlükleri Ocak 2006 tarihinde kurulmuştur.

B. Denetimli Serbestlik Sisteminde Görev Yapan Personel ve Eğitim Durumu

Denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüklerinde; 133 şube müdürü, 823 denetleme memuru ile 328 uzman personel olmak üzere toplam 1.284 personel görev yapmaktadır. Şube müdürlüklerinde ayrıca; kamu kurum ve kuruluşlardan geçici görevlendirilen personel ile gönüllü çalışanlar görev yapmaktadır.²⁵

Denetimli serbestlik sisteminde görev yapan personel göreve başlamadan önce görevleri ile ilgili eğitim almışlar, aldıkları bu eğitim göreve başladıktan sonra da devam etmiştir. Bu kapsamda bu güne kadar altmış dokuz eğitim seminerinde 1.447 personel 356 gün toplamına ulaşan eğitim almıştır. Bu eğitimlere konularında deneyimli, elli kısa dönem yabancı uzman katılmıştır.²⁶

Denetimli serbestlik görevlilerinin, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan veya bulunduran kişilerle çalışmaları sırasında kullanmaları amacıyla "*Madde Kullanımı Olan Hükümlülerle Çalışma Kitabı*" hazırlanmıştır. İki yabancı uzman ile akademisyenlerin katkıları ile hazırlanan kitap beş bölümden oluşmaktadır. Kitabın; birinci bölümünde madde kullanımına giriş, ikinci bölümünde madde kullanımının

²⁵ Kamer, Vehbi Kadri, 12-14-16-18 Şubat 2007 tarihlerinde Ankara'da, 26-28 Şubat 2007 tarihleri ile 3-4 Mart 2007 tarihlerinde İstanbul Avrupa yakasında, 27 Şubat 2007 tarihi ile 1-2 Mart 2007 tarihlerinde İstanbul Anadolu yakasında, 12-14 Mart 2007 tarihlerinde Bursa'da, 26-28-30 Mart 2007 tarihleri ile 1 Nisan 2007 tarihlerinde İzmir'de, 9-11 Nisan 2007 tarihlerinde Denizli'de, 24-26 Nisan 2007 tarihlerinde Antalya'da, 7-9-11 Mayıs 2007 tarihlerinde Mersin'de, 14-16-18 Mayıs 2007 tarihlerinde Samsun'da, 21-23 Mayıs 2007 tarihlerinde Yozgat'ta, 11-13 Haziran 2007 tarihlerinde Erzurum'da, 18-20 Haziran 2007 tarihlerinde Van'da ve 25-28 Haziran 2007 tarihlerinde Diyarbakır'da denetimli serbestlik sisteminin hakim ve Cumhuriyet savcılarının tanıtılması amacıyla 14 ilde 3582 hakim ve Cumhuriyet savcısının katıldığı seminerlerde sunulan tebliğ, yayınlanmamıştır.

²⁶ Adalet Bakanlığı, Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü, Denetimli Serbestlik ve Yardım Hizmetlerinden Sorumlu Daire Başkanlığı, Türkiye'de Denetimli serbestlik hizmetlerinin Geliştirilmesi Eşleştirme Projesi, *1. Ulusal Denetimli Serbestlik Konferansı*, 19-20 Mart 2007, Yayın No: 4, s.10.

tedavisi, üçüncü bölümünde denetimli serbestlik hizmeti ve bağımlıların değerlendirme süreci, dördüncü bölümünde madde kullanan hükümlülerle etkili görüşme teknikleri, değişim döngüsü ve madde kullananlar, beşinci bölümünde denetim planı konuları açıklanmıştır. Ayrıca kitabın ekler bölümünde, madde kullanımının tanımı, bağımlılık yapıcı maddeler ve etkileri, madde kullanımının yol açtığı bozukluklar konularında bilgi verilmiştir.

Kitabın yayımlanmasından sonra; 18-22 Eylül 2006 tarihleri ile 25-29 Eylül 2006 tarihlerinde denetimli serbestlik görevlilerine bu konuda özel eğitim verilmiştir.

29-30 Nisan 2008 tarihlerinde Kızılcahamam'da İngiltere Büyükelçiliği ile Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nün katkılarıyla, Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından "*Madde Bağımlılığında Denetimli Serbestlik Uygulamaları*" konulu seminer düzenlenmiş, Seminere ülkemizin çeşitli il ve ilçelerinde görev yapan yetmiş psikiyatri uzmanı katılmıştır. Seminerde; denetimli serbestlik ile ilgili ceza adalet sistemi ile denetimli serbestlik uygulamaları konusunda katılımcılara ayrıntılı bilgi verilmiştir.

Avrupa Birliği teknik yardımı kapsamında, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nce 2008 yılı Ekim ayı içinde "*Denetimli Serbestlik Hizmetlerinde Madde Bağımlılarının Rehabilitasyonu*" konusunda uluslararası konferans düzenlenecektir. Bu konferansa Avrupa ülkelerinde bu konuda deneyimli sekiz yabancı uzman ile ülkemizden beş uzman katılacaktır. Seminere, başta denetimli serbestlik görevlileri olmak üzere ilgili kurumlarda ve üniversitelerde görevli yüz elli kişinin katılması planlanmaktadır.

Yine Avrupa Birliği teknik yardımı kapsamında, İngiltere'ye madde bağımlılarının rehabilitasyonu konusunda yapılan uygulamaları yerinde incelemek amacıyla bu yıl Ekim ayında çalışma ziyareti gerçekleştirilecektir. Bu çalışma ziyaretine dört personel katılacaktır.

V. Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanan ya da Bulunduranlar ile İlgili Ceza Adalet Sistemimiz

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan ya da bulunduranlar ile ilgili ceza adalet sistemimiz; soruşturma, kovuşturma ve infaz işlemleri başlıkları altında üç bölüm halinde incelenebilir.

A. Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanan ya da Bulunduran Şüpheliler ile İlgili Soruşturma İşlemleri

Soruşturma sırasında Cumhuriyet savcısı, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan ya da bulunduran şüpheli hakkında, adli kontrol tedbirlerinden 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 109. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde düzenlenen "Özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirine tabi olmak ve bunları kabul etmek" yükümlülüğüne karar verilmesini sulh ceza hakiminden talep etmektedir.²⁷

Sulh ceza hakimince adli kontrol tedbirine karar verilmesi halinde; karar Cumhuriyet başsavcılığına gönderilerek "adli kontrol kararlarının kaydına mahsus deftere kaydı" yapılmaktadır. Kayıt işleminden sonra karar, denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğüne iletilmektedir.

Adli kontrol tedbirinin yerine getirilmesi amacıyla şüpheli, denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğüne çağrılmakta ve sağlık kurumuna sevk edilmektedir. Ayrıca, şube müdürlüğüne sağlık kurumuna, şüphelinin sağlık kuruma başvurduğu tarih, uygulanacak tedavi programı ile tedavinin tamamlandığı tarihin bildirilmesi konusunda yazı yazılmaktadır. Sağlık kurumu tarafından hazırlanan tedavi programının, şube müdürlüğü veya büroya iletilmesinden sonra denetim görevlisi veya denetleme memuru tarafından denetleme planı hazırlanmaktadır.

Soruşturma ve kovuşturma aşamalarında, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 109. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi gereğince; 2006 yılında 68, 2007 yılında 259 ve 2008 yılının ilk altı ayında 164 şüpheli veya sanık adli kontrol altına alınmıştır.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanunu ile *soruşturma aşamasında* uyuşturucu veya uyarıcı madde kullananların ya da bulunduranların rehabilitasyonuna başlanmaktadır. Bu son derece önemli bir düzenlemedir.

Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan soruşturma sonunda;

²⁷ Kamer, Vehbi Kadri, *Denetimli Serbestlik Kararlarının İnfazı*, Adalet Yayınevi, Ankara, Ekim, Hukuk Yayınları Dizisi 291, 2007, Birinci Baskı, s.154.

a. *Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan şüpheli hakkında*, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 191. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları gereğince "*tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine*",

b. *Uyuşturucu veya uyarıcı madde bulunduran şüpheli hakkında*, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 191. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları gereğince "*sadece denetimli serbestlik tedbirine*"

karar verilmesi istemi ile kamu davası açılmaktadır.

B. Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanan ya da Bulunduranlar ile İlgili Kovuşturma İşlemleri

Yürürlükten kalkan 765 Türk Ceza Kanunu ile 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan sanıklar hakkındaki kovuşturma işlemleri açıklanacaktır.

1.1 Haziran 2005 Tarihinden Önce Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanan ile Bulunduranlar ile İlgili 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Düzenlemeleri

Önceki bölümlerde ayrıntılı açıklandığı gibi, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 404. maddesine göre; uyuşturucu madde kullananlar ile bu amaçla yanında bulunduranlara, bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası veriliyordu.

Bu hapis cezası, hâkimin takdirine bağlı olarak hapis cezası olarak infaz edilebiliyor veya yapılan indirimlerle sonuç cezanın bir yıl veya daha az süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilebiliyor ya da ertelenebiliyordu. Bu üç seçenektan birinin tercih edilmesi halinde herhangi bir rehabilitasyon uygulaması bulunmuyordu.

Sadece, uyuşturucu madde kullanan kimselerin alışkanlığı iptila derecesinde olması halinde, iyileşinceye kadar bir sağlık kurumunda muhafaza ve tedavisine karar veriliyordu.

2. 1 Haziran 2005 Tarihinden Sonra Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanan ile Bulunduranlar ile İlgili 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Düzenlemeleri

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile uyuşturucu madde kullanan veya kullanmamakla birlikte bulunduran kişilere karşı izlenen “ceza politikası” değişmiştir.²⁸

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren yeni Türk Ceza Kanunu ile ülkemiz yeni bir rehabilitasyon sistemine geçerek, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişinin “tedavi ve terapiye” ihtiyaç duyması nedeniyle, yaptırım olarak “tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri” öngörülmüştür. Ceza politikası; madde kullanan veya bulunduranlara hapis cezası verilmesi yerine rehabilitasyona tabi tutulması şeklinde değişmiştir.²⁹

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 191. maddesinde;

a. Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan sanıklar hakkında tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine,

b. Uyuşturucu veya uyarıcı madde bulunduran sanıklar hakkında sadece denetimli serbestlik tedbirine

karar verilmektedir. Kanun temel ayırımı, bulundurma ve kullanma olarak yapmıştır.³⁰

Kanun bu temel ayırımdan sonra ikinci bir ayırıma daha gitmiştir. Hakimın takdir hakkına bağlı olarak, sanığın durumunu değerlendirerek;

a. Hükümden önce uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan sanıklar hakkında tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine ya da uyuşturucu

²⁸ Kamer, Vehbi Kadri, 30 Nisan 2008 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi “Uyuşturucu Başta Olmak Üzere Madde Bağımlılığı ve Kaçakçılığı Sorunlarının Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırma Komisyonu'nda” uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan veya bulunduranlar hakkında ceza ve infaz sistemimiz konusunda tebliğ, yayınlanmamıştır.

²⁹ Adı geçen tebliğ.

³⁰ Kamer, Vehbi Kadri, 29 Mayıs 2008 tarihinde Sağlık Bakanlığı'nın düzenlediği “Denetimli Serbestlik Uygulamaları Seminerinde” madde bağımlılığı konusunda tebliğ, yayınlanmamıştır.

veya uyarıcı madde bulunduran sanıklar hakkında sadece denetimli serbestlik tedbirine,

b. *Hükümden sonra* uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan sanıklar hakkında tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bulunduran sanıklar hakkında sadece denetimli serbestlik tedbirine

karar verilmektedir.³¹

Bu düzenlemenin mantığı; hükümden önce verilen tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri veya denetimli serbestlik tedbirine uyulması halinde davanın düşmesine karar verilmekte ve kişinin adli sicil kaydı bulunmamaktadır. Hükümden sonra verilen tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri veya denetimli serbestlik tedbirine uyulması halinde sadece verilen ceza infaz edilmemekte, ancak kişinin adli sicil kaydı bulunmaktadır.

Uygulamaya baktığımızda bu temel ayırım dosyada bulunan deliller kapsamında; tanık beyanları, sanığın ifadesi, ele geçirilen uyuşturucu maddenin cinsi ve miktarı, sanığın adli sicil kaydı ve eğitimi dikkate alınarak belirlenmektedir.

C. Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanan ya da Bulunduran Sanık veya Hükümlüler ile İlgili İnfaz İşlemleri

İnfaz işlemlerini; uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan sanık ya da hükümlüler hakkında hükmedilen "*tedavi ve denetimli serbestlik*" tedbiri ile uyuşturucu veya uyarıcı madde bulunduran sanık ya da hükümlüler hakkında hükmedilen "*sadece denetimli serbestlik*" tedbiri" nin infaz işlemleri olmak üzere ikiye ayırarak inceleyebiliriz.

1. Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanan Sanık veya Hükümlüler ile İlgili "Tedavi ve Denetimli Serbestlik" Tedbirinin İnfazı

Mahkemelerce, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan sanık ya da hükümlüler hakkında "*tedavi ve denetimli serbestlik*" tedbirine karar

³¹ Adı geçen tebliğ.

verilmektedir. Bu tedbirin; “tedavi” kısmı sağlık kurumlarınca, “sadece denetimli serbestlik” kısmı denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüklerince yerine getirilmektedir.

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan sanık ya da hükümlüler hakkında verilen tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri; Adalet Bakanlığı’na bağlı denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlükleri ile Sağlık Bakanlığı’na bağlı sağlık kurumları işbirliğinde yerine getirilmektedir.

Uygulamada mahkemece karar, Cumhuriyet Başsavcılığı’na gönderilmektedir. Cumhuriyet Başsavcılığı’nca karar “denetimli serbestlik genel defterine” kaydedildikten sonra şube müdürlüğü veya büroya iletilmektedir. Şube müdürlüğü veya büro tarafından; yetişkinler için verilen kararlar “denetimli serbestlik defterine”, çocuklar için verilen kararlar “çocukların denetimine ilişkin deftere” kaydedilmektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 191. maddesinde belirtilen “tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin” infazı için birlikte yapılması gereken iki işlem bulunmaktadır. Bunlardan *birincisi* hükümlünün sağlık kurumuna sevk edilmesi, *ikincisi* rehber görevlendirilmesidir.³²

Hakkında tedavi ve denetimli serbestlik tedbir kararı verilen sanık veya hükümlüye on gün içinde sağlık kuruluşuna sevk edilmesi için şube müdürlüğü veya büroya başvurusu hususunda bildirim yapılmaktadır.

Sanık veya hükümlünün; haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelen- dirilebilen mazereti olmaksızın şube müdürlüğü veya büroya; on gün içinde *başvurmaması hâlinde*, şube müdürlüğü veya büroca ilgili defterdeki kayıt kapatılarak durum, Cumhuriyet başsavcılığı aracılığıyla mahkemeye bildirilmektedir.

Sanık veya hükümlünün belirlenen süre içinde şube müdürlüğü veya büroya *başvurması hâlinde*, Sağlık Bakanlığınca belirlenen sağlık kurumuna sevk yazısı yazılarak, sanık veya hükümlünün “beş gün” içinde bu kuruma başvurusu istenmektedir.

Sağlık kurumunca yapılan tetkik ve muayene sonucunda;

³² Kamer, Vehbi Kadri, *Denetimli Serbestlik Kararlarının İnfazı*, Adalet Yayınevi, Hukuk Yayınları Dizisi 291, Ankara Ekim 2007, Birinci Baskı, s. 513.

a. *Bağımlı olmayanlar hakkında* takip programı hazırlanarak sanık veya hükümlüye bildirilmektedir. Ayrıca programın bir örneği şube müdürlüğü veya büroya gönderilmektedir.

b. *Bağımlı olduğu anlaşılanlar ise*, sağlık kurumunca madde bağımlılığı tedavi merkezine sevk ederek, durumu şube müdürlüğü veya büroya bildirilmektedir. Sanık veya hükümlü “*üç gün*” içinde madde bağımlılığı tedavi merkezine başvurmalıdır. Şube müdürlüğü veya büroca, sanık veya hükümlünün sevk olunan madde bağımlılığı tedavi merkezine başvurup başvurmadığı takip edilmektedir.

Şube müdürlüğü veya büroca sağlık kurumuna; sanık veya hükümlünün kuruma başvurduğu tarih, tedavinin başladığı tarih, uygulanacak tedavi programı ile tedavinin tamamlandığı tarihin bildirilmesi konusunda yazı yazılmaktadır.

Denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğü tarafından; yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı gibi; *bir yandan* sanık veya hükümlüyü sağlık kurumuna tedavi amacıyla gönderirken, *diğer yandan* denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğü tarafından sanık veya hükümlüye rehberlik etmek üzere denetim görevlisi görevlendirmektedir. Denetim görevlisi tarafından, “*değerlendirme formu*” ve “*madde kullanım listesi*” çerçevesinde sanık veya hükümlünün uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmasının nedenleri, etki ve sonuçları hakkında ayrıntılı değerlendirme yapılarak on gün içinde “*denetim planı*” hazırlanmaktadır.

Denetim görevlisi denetim planı doğrultusunda; tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin uygulama süresince sanık veya hükümlüyü uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kullanılmasının etki ve sonuçları hakkında bilgilendirmekte, kişiye sorumluluk bilincinin gelişmesine yönelik olarak öğütte bulunmakta ve yol göstermekte kişinin gelişimi ve davranışları hakkında üçer aylık sürelerle “*denetim raporu*” düzenlemektedir.

Denetim raporu, denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğü tarafından mahkemeye iletilmek üzere Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmektedir.

2. Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Bulunduran Sanık ya da Hükümlüler ile İlgili “Sadece Denetimli Serbestlik” Tedbirinin İnfazı

Mahkemelerce, uyuşturucu veya uyarıcı madde bulunduran sanık ya da hükümlüler hakkında “sadece denetimli serbestlik” tedbirine karar verilmektedir. Bu tedbir kararı, denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüklerince yerine getirilmektedir.

Mahkemece ilam, Cumhuriyet Başsavcılığı’na gönderilmektedir. Cumhuriyet Başsavcılığı’nca ilâm “denetimli serbestlik genel defterine” kaydedildikten sonra şube müdürlüğü veya büroya iletilmektedir.

Şube müdürlüğü veya büro tarafından; yetişkinler için verilen kararlar “denetimli serbestlik defterine”, çocuklar için verilen kararlar “çocukların denetimine ilişkin deftere” kaydedilmektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 191. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen “kullanmamakla birlikte, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında” verilen sadece denetimli serbestlik tedbirinin infazı için yapılması gereken bir işlem bulunmaktadır.³³

Hakkında sadece denetimli serbestlik tedbir kararı verilen sanık veya hükümlüye on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya başvurusu hususunda bildirim yapılmalıdır.

Sanık veya hükümlünün; haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelenirilebilen mazereti olmaksızın şube müdürlüğü veya büroya; on gün içinde başvurması hâlinde, şube müdürlüğü veya büroca ilgili defterdeki kayıt kapatılarak durum Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığıyla mahkemeye bildirilmektedir.

Sanık veya hükümlünün belirlenen süre içinde şube müdürlüğü veya büroya başvurusu halinde, denetim görevlisi tarafından “değerlendirme formu” ve “madde kullanım listesi” çerçevesinde sanık veya hükümlüyü bu suça iten nedenler hakkında ayrıntılı değerlendirme yapılarak on gün içinde “denetim planı” hazırlanmaktadır.

Denetim görevlisi denetim planı doğrultusunda; denetimli serbestlik tedbirinin uygulama süresince, sanık veya hükümlüyü uyuşturucu

³³ A. g. e., s. 517.

veya uyarıcı maddenin kullanılmasının etki ve sonuçları hakkında bilgilendirmekte, kişiye sorumluluk bilincinin gelişmesine yönelik olarak öğütte bulunmakta ve yol göstermekte, kişinin gelişimi ve davranışları hakkında üçer aylık sürelerle “denetim raporu” düzenleyerek hâkime gönderilmek üzere şube müdürlüğü veya büroya vermektedir.

Denetimli serbestlik tedbiri süresince, denetim görevlisince görülmesi hâlinde, sanık veya hükümlü, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıp kullanmadığının tespit edilmesi için sağlık kurumuna sevk edilebilmektedir. Bu durumda, Sağlık Bakanlığı'nca belirlenen sağlık kurumuna sevk yazısı yazılarak sanık veya hükümlünün beş gün içinde bu kuruma başvurması istenmektedir.

VII. Değerlendirme

Ülkemizde 1 Haziran 2005 tarihinde kurulan denetimli serbestlik hizmetleri; çocukların denetimi, Cumhuriyet savcılıklarına ve mahkemelere rapor hazırlanması, hapis cezası ertelenen veya ceza infaz kurumundan salıverilen hükümlerin denetimi konularında olduğu gibi madde bağımlılarının rehabilitasyonunda kısa zamanda kurumsal bir yapıya ulaşarak, son derece planlı, kaliteli ve başarılı hizmetler vermektedir.

Bu kapsamda denetimli serbestlik sistemi kurulduktan sonra, bu sistemin diğer çalışma alanlarında olduğu gibi;

a. Denetimli serbestlik personelinin görevlerinde kullanmaları amacıyla “Madde Kullanımı Olan Hükümlülerle Çalışma Kitabı” hazırlanmış,

b. Denetimli serbestlik personeline bu konuda eğitim verilmiş,

c. Gerçekleştirilen yurt dışı çalışma ziyaretleri ile denetimli serbestlik personelinin uygulamaları yerinde görme imkanına sahip olmaları sağlanmış,

d. Ulusal bir konferansın yapılmasına katkı sağlanarak uygulama değerlendirilmiş,

e. Uluslararası konferansın yapılması konusunda çalışmalar yapılmıştır.

Ayrıca madde bağımlısı çocuklar ile yapılan çalışmaları geliştirmek amacıyla Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nce hazırlanan "Türk Denetimli Serbestlik Hizmetlerinde Çocuklar ve Mağdurlarla İlgili Çalışmaların Geliştirilmesi" Projesi hazırlanarak 16 Mart 2007 tarihinde Avrupa Komisyonu Türkiye Delegasyonu'na sunulmuştur. 2008 yılının sonunda başlaması ve yirmidört ay sürmesi planlanan iki milyon avroluk proje kabul edilmiştir. Proje kapsamında; madde bağımlısı çocuklar ile ilgili programlar oluşturulacak ve bu programların eğitimi personele verilecektir. Eğitimlere konularında deneyimli yabancı uzmanlar katılacak ayrıca personelimiz yurt dışına çalışma ziyareti gerçekleştirerek uygulamaları yerinde görme imkanına sahip olacaktır.

Yapılan bu çalışmalar sonunda, denetimli serbestlik hizmetleri kapsamında verilen madde bağımlılarının rehabilitasyonu sonucunda sadece madde bağımlılığının neden olduğu zararlar giderilmeyip, sonuçta bunun tetiklediği suçlarda da azalmalar görülecektir.

Örneğin Çek Cumhuriyeti'nde; 2004 yılında yapılan bir araştırmada bu ülkedeki uyuşturucu üretimi ve dağıtım suçlarının %62'sinin, dolandırıcılık suçlarının %25'inin, zimmete para geçirme suçlarının %21'inin, hırsızlık suçlarının %20'sinin *madde bağımlıları tarafından kendi tüketimlerini finanse etmek amacıyla işledikleri belirlenmiştir*. Bu rakamlar madde bağımlılığı ile mücadelenin önemini göstermektedir.³⁴

Yine Finlandiya'da; 2004 yılında 15-16 yaş grubu arasında gerçekleştirilen bir araştırmada, 2003 yılında esrar kullananların yaklaşık %7'sinin yasal olarak, yarısından fazlasının uyuşturucu satarak ve geri kalanında genellikle hırsızlık yaparak uyuşturucu ücretini finanse ettikleri belirlenmiştir.³⁵

Uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanan kişiler hakkında verilen tedavi ve denetimli serbestlik kararlarının sayısal durumuna baktığımızda; 2006 yılında 10.358, 2007 yılında 13.720 ve 2008 yılının ilk altı ayında 12.112 olduğu görülmektedir.

Uyuşturucu veya uyarıcı madde bulunduran kişiler hakkında ve-

³⁴ Emniyet Genel Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı, *2006 Yıllık Raporu, Reitox Ulusal Temas Noktası Türkiye, Bağımlılık Yapıcı Maddeler ve bağımlılık ile Mücadele 2006 Yılı Ulusal Raporu, Reitox, 2006, Belçika, s. 23.*

³⁵ *A. g. e., s. 23.*

rilen sadece denetimli serbestlik tedbirinin; 2007 yılında 2.227, 2008 yılının ilk altı ayında 2.415 olduğu görülmektedir.

Sonuç olarak ceza adalet sistemimizde 2005 yılında yapılan düzenleme ile uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan sanık ya da hükümlüler hakkında yaptırım olarak “*tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri*”, uyuşturucu veya uyarıcı madde bulunduran sanık ya da hükümlüler hakkında yaptırım olarak “*sadece denetimli serbestlik tedbiri*” öngörülmesi son derece isabetli, son derece madde bağımlılığı ile etkin mücadele sağlayan ve son derece çağdaş bir düzenlemedir.

Bu kapsamda kişi ceza infaz kurumuna alınmadan, ailesinin, işinin ve okulunun bulunduğu yerde, özel eğitim almış denetimli serbestlik görevlisinin rehberliğinde rehabilitasyona tabi tutulmakta, sağlık kurumuna gönderilmekte, ayrıca aile ve sosyal çevrenin bu kapsamda desteği alınmakta, gerekmesi halinde denetimli serbestlik sistemimizin bir parçası olan koruma kurulları aracılığı ile kişiye yardım yapılmaktadır.

KAYNAKLAR

Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü, Denetimli Serbestlik ve Yardım Hizmetlerinden Sorumlu Daire Başkanlığı, 11-18 Haziran 2006 Tarihleri Arasında Hollanda’ya Yapılan Çalışma Ziyareti Raporu, rapor yayımlanmamıştır.

Adalet Bakanlığı, Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü, Denetimli Serbestlik ve Yardım Hizmetlerinden Sorumlu Daire Başkanlığı, Türkiye’de Denetimli serbestlik hizmetlerinin Geliştirilmesi Eşleştirme Projesi, *1. Ulusal Denetimli Serbestlik Konferansı*, 19-20 Mart 2007, Yayın No: 4.

Emniyet Genel Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı, *2006 Yıllık Raporu, Reitox Ulusal Temas Noktası Türkiye, Bağımlılık Yapıcı Maddeler ve Bağımlılık ile Mücadele 2006 Yılı Ulusal Raporu*, Reitox, 2006.

Gözübüyük, Abdullah Pulat, *Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi*, Kazancı Hukuk Yayınları, Beşinci Baskı.

[http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/Metin.aspx?MevzuatKod=5.3.765&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=.](http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/Metin.aspx?MevzuatKod=5.3.765&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=)

İçişleri Bakanlığı, *Bağımlılık Yapıcı Maddeler ve Bağımlılıkla Mücadelede*

Ulusal Politika ve Strateji Belgesi 2006-2012, Ankara, 2006.

İçişleri Bakanlığı, *Bağımlılık Yapıcı Maddeler ve Bağımlılıkla Mücadelede Ulusal Politika ve Strateji Belgesinin Uygulanması İçin Eylem Planı 2007-2009*, Ankara, 2007.

Kamer, Vehbi Kadri, 12-14-16-18 Şubat 2007 tarihlerinde Ankara'da, 26-28 Şubat 2007 tarihleri ile 3-4 Mart 2007 tarihlerinde İstanbul Avrupa yakasında, 27 Şubat 2007 tarihi ile 1-2 Mart 2007 tarihlerinde İstanbul Anadolu yakasında, 12-14 Mart 2007 tarihlerinde Bursa'da, 26-28-30 Mart 2007 tarihleri ile 1 Nisan 2007 tarihlerinde İzmir'de, 9-11 Nisan 2007 tarihlerinde Denizli'de, 24-26 Nisan 2007 tarihlerinde Antalya'da, 7-9-11 Mayıs 2007 tarihlerinde Mersin'de, 14-16-18 Mayıs 2007 tarihlerinde Samsun'da, 21-23 Mayıs 2007 tarihlerinde Yozgat'ta, 11-13 Haziran 2007 tarihlerinde Erzurum'da, 18-20 Haziran 2007 tarihlerinde Van'da ve 25-28 Haziran 2007 tarihlerinde Diyarbakır'da denetimli serbestlik sisteminin hakim ve Cumhuriyet savcılarına tanıtılması amacıyla 14 ilde 3582 hakim ve Cumhuriyet savcısının katıldığı seminerlerde sunulan tebliğ.

Kamer, Vehbi Kadri, 29 Mayıs 2008 tarihinde Kızılcahamam'da Sağlık Bakanlığı'nın düzenlediği "Denetimli Serbestlik Uygulamaları Seminerinde" madde bağımlılığı konusunda tebliğ.

Kamer, Vehbi Kadri, 29 Mayıs 2008 tarihinde Sağlık Bakanlığı'nın düzenlediği "Denetimli Serbestlik Uygulamaları Semineri'nde" madde bağımlılığı konusunda tebliğ.

Kamer, Vehbi Kadri, 3 Haziran 2008 tarihinde "Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının Sınırları" Uluslararası Sempozyumunda denetimli serbestlik konusunda sunulan tebliğ.

Kamer, Vehbi Kadri, 30 Nisan 2008 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi "Uyuşturucu Başta Olmak Üzere Madde Bağımlılığı ve Kaçakçılığı Sorunlarının Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırma Komisyonunda" uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan veya bulunduranlar hakkında ceza ve infaz sistemimiz konusunda tebliğ.

Kamer, Vehbi Kadri, 4-11 Şubat 2006 Tarihleri Arasında İngiltere'ye Yapılan Çalışma Ziyareti Raporu, 7 Şubat 2006 tarihinde Jonathan Joels ile Uyuşturucu Denetim Biriminde yapılan toplantı.

Kamer, Vehbi Kadri, *Denetimli Serbestlik Kararlarının İnfazı*, Adalet Yayınevi, Hukuk Yayınları Dizisi 291, Ankara Ekim 2007.

FINANSAL KİRALAMA KONUSU MALLARIN HACZİ

Murat DÖNMEZ*

Finansal Kiralama Sözleşmesinin Tanımı ve Geçerlilik Şartları

Finansal Kiralama Kanunu'nun 4. maddesinde finansal kiralama sözleşmesinin tanımı yapılmış olup bu tanıma göre; "Sözleşme; kirala-yanın talebi ve seçimi üzerine üçüncü kişiden satın aldığı veya başka suretle temin ettiği bir malın zilyetliğini, her türlü faydayı sağlamak üzere ve belli bir süre feshedilmemek şartı ile kira bedeli karşılığında, kiracıya bırakmasını ön-gören bir sözleşmedir". Uygulamada finansal kiralama sözleşmesi terimi yerine genellikle "Leasing"¹ sözleşmesi terimi kullanılmaktadır.

Öğretide² ise finansal kiralama sözleşmesinin tanımı şu şekilde ve-rilmektedir; "Finansal kiralama sözleşmesi, işletme sahibi kullanıcının, kredi kurumu olan kiralayana yaptığı bir sözleşmedir ki, buna göre kredi kurumu, kullananın işletmesinde gereksinim duyduğu ve belirlediği bir malın finans-manını sağlamak üzere, üçüncü kişilerden satın alarak ya da başka yollarla elde ederek, belli bir bedel karşılığı ve belli süre sözleşmeden dönememe koşu-

* Av., İzmir Barosu.

¹ Yazman, İrfan, *Leasing Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti*, s. 551: "Leasing sözleşmesi, sözcük olarak İngilizce kökenli olmakla beraber, kavram olarak ABD'den başka Kara Avrupası hukuklarına da yerleşmiş bulunmaktadır. Gerçi İngilizce de "to lease" sözcüğü kiralamak anlamına gelirse de örneğin Alman Hukuk çevresinde "Der Leasing-Vertrag" veya Fransız hukuk çevresinde "Le contrat de leasing" ya-hut da "Le credit-Bail" deyimleri ile ifade edilen leasing sözleşmesi kavramı, kira sözleşmesi kavramından tamamen ayrıdır. Almam ve Fransız hukuk çevrelerinde ise leasing kavramı ile anlatılmak istenen asıl kurum finansman leasingidir. Bu kurumun işlevi, taşınır ve taşınmaz yatırım mallarına bir yandan sürüm kolaylığı sağlamak, bir yandan da bir kredi ve teminat aracı olarak hizmet etmektir. Kuru-mun Türkiye bakımından güncelliği de işte bu işlevinde yatmaktadır".

² Zevkliler, Aydın, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 301

luyla, üretim faaliyetlerinde kullanmak üzere onu kullanıcıya bırakır.”

Finansal kiralama sözleşmesinin noterlik tarafından düzenleme şeklinde yapılması sözleşmenin geçerlilik şartıdır.³ Zira FKK m. 8, f. 1, c. 1’de “Sözleşme düzenleme şeklinde noterlikçe yapılır.” hükmü emredici bir nitelik taşımaktadır. Sözleşme noterlikçe yapılmamış ya da noter sadece imza tasdiki yapmış ise BK m. 20 gereğince sözleşme geçersizdir.⁴ Yine Borçlar Kanunu’nun m. 11, f. 2’de “Kanununun emrettiği şeklin şumul ve derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit, bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz” hükmü gereğince de finansal kiralama sözleşmesi noterde düzenleme şeklinde yapılmadıkça geçerli olmayacaktır.⁵ Sözleşmenin düzenleme şeklinde ve noterlikçe yapılmış olması yeterli olup, kiracının ikametgâhındaki noterlikçe yapılması şart değildir.⁶

Taşınır mallara ilişkin finansal kiralama sözleşmelerinde, sözleşme, kiracının ikametgâhu noterliğindeki özel sicile (FKK m. 8, f. 1, c. 1), taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin, taşınmazın bulunduğu tapu sicilinin beyanlar hanesine,⁷ gemilere dair sözleşmeler ise gemi siciline

³ Nazlıoğlu, Gültekin, *Açıklamalı ve İçtihatlı Finansal Kiralama Kanunu*, s. 48; Kocaağa, Köksal, *Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi*, s. 92; Erdem, Ercüment, *Finansal Kiralama Sözleşmesinde Şekil*, s. 58; Arkan, Sabih, *Gemilerle İlgili Finansal Kiralamalardan Doğan Bazı Sorunlar*, s. 435; Türkmenoğlu, Demet, *Finansal Kiralama (Leasing)*, s. 389; Güleren, Ali, *İcra ve İflâs Hukukunda İstihkak Davaları ile Tasarruf İptal Davaları*, s. 230

⁴ Nazlıoğlu, Gültekin, *a. g. e.*, s. 48; Kocaağa, Köksal, *a. g. e.*, s. 92; Y.19 HD. 27.06.2003 T. E.2002/2957 K.2003/6938 “Finansal Kiralama Kanunu’nun 8.maddesine göre finansal kiralama sözleşmesi düzenleme şeklinde noterlikçe yapılır. Sözleşmenin geçerliliği resmi şekilde bağlanmış olup düzenleme şeklinde noterlikçe yapılmayan sözleşmeler BK’nın 20. maddesi uyarınca geçersiz olup tarafları bağlamaz.” (*Manisa Barosu Dergisi*, S. 90, 2004/3, s. 97-98); Y. HGK 22.10.2003 T. E.12/560 K.605 “Sözleşme noterlikçe yapılmamış ya da noter sadece imza tasdiki yapmış ise BK’nın 20. maddesi karşısında bir butlan nedenidir ve mahkemece de re’sen nazara alınır. (Uyar, Talih, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, C. 5, s. 7149-7152)

⁵ Erdem, Ercüment, *a. g. m.*, s. 58; YİBK 19.04.1944 T. E.1943/36 K.1944/14 “Borçlar Kanunu’nun 11. ve Ticaret Kanunu’nun 644. maddeleri hükümlerine göre aktin sıhhati için kanunun tayin ettiği şekle riayet olunmak şarttır. Aksi takdirde akit muteber olmaz.” (*Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları*, Hukuk C. 2, s. 324-336, Yargıtay Yayınları, 2. Basım, Ankara 1984)

⁶ Y.10.HD. 16.12.2002 T. E.8957 K.9740 (Uyar, Talih, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, C.5, s. 7146)

⁷ Erdem, Ercüment, *a. g. m.*, s. 62-67: “Burada teknik anlamda bir şerh söz konusu ise, bunun yerinin beyanlar hanesi olmaması gerekir. Eğer gerçekten bir beyan söz

şerh edilir (FKK m. 8, f. 1, c. 2). Hiç kuşkusuz buradaki şerh ancak sicile tescili zorunlu veya ihtiyaren tescil edilmiş gemiler açısından söz konusudur. Gemi siciline tescilli olmayan gemiler ise menkul hükümlerine tabi olduğundan (TK m. 867/1) bunların menkul mallara ilişkin hükümlere göre kiracının ikametgâhındaki özel sicile kaydedilmesi gerekecektir.⁸ Uçaklar da finansal kiralama sözleşmesine konu olduğu halde, sözleşmenin Ulaştırma Bakanlığı nezdindeki uçak siciline⁹ şerhine dair bir düzenlemeye yasada yer verilmemiştir. Bu durumda, diğer taşınurlar¹⁰ gibi uçaklara ilişkin finansal kiralama sözleşmesinin de kiracının ikametgâhındaki özel sicile tescili gerekir. Ayrıca uçak siciline de şerh yararlı olacaktır.¹¹ Kaldı ki 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 66. maddesinin 2 fıkrasında yer alan "*Sözleşmeler uçak siciline tescil edilmeden üçüncü şahıslar bakımından hüküm ifade etmez*" ve 119. maddenin ikinci fıkrası'nda yer alan "*Kira sözleşmesinin üçüncü kişilere karşı dermeyeran edilebilmesi için uçak siciline şerh verilmesi gerekir*" hükümleri nazara alındığında, finansal kiralama sözleşmesinin üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade edebilmesi için; finansal kiralama sözleşmesinin, uçak siciline tescilinin bir zorunluluk olduğu dahi söylenebilir.

Özel sicile tescil işleminin finansal kiralama sözleşmesinin geçer-

konusu ise, o halde de şerhten söz edilmemesi gerekir. Bilindiği üzere şerhler, ilgili oldukları hukuki durumu üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir hale getirmekte ve aynı bir etki yaratmaktadır. Bunlar ileride taşınmazı iktisap edecek olanların hukuki durumunda etkili olurlar. Bu nedenledir ki, ancak kanun tarafından açıkça belirlenmiş hakların şerhi mümkündür. FKK m.8/1'de taşınmaza ilişkin sözleşmenin şerhinden söz edilmektedir. Oysa söz konusu olan kiracının kişisel nitelikteki kullanma ve yararlanma hakkının (FKK m.13/1) şerhidir. Burada, yukarıda açıklandığı şekilde teknik anlamda bir şerh vardır. Bu şerh sayesinde kiracının kullanma ve yararlanma hakkına aleniyet sağlanmaktadır. Madde de sözü geçen "*beyanlar hanesine ...şerhi*" hukuk tekniği açısından bir beyan olarak kabul etmek mümkün değildir. Zira, korunmak istenen kiracının kişisel hakkıdır ki, böyle bir korunma beyanlar hanesine yapılacak bir beyanla gerçekleştirilemez. Şu halde burada teknik anlamda bir şerhin varlığının ve kanundaki "*tapu kütüğünün beyanlar hanesi*" ibarelerinin zuhulen yazıldığı kabulü yerinde olacaktır. Bunun yeri *tapu kütüğünün şerhler hanesidir*. Bu nedenle eğer gerçekten teknik anlamda beyan söz konusu ise kanun koyucunun "*beyanlar hanesine şerh*" den değil, beyanlar hanesine yazım (kayıt) dan söz etmesi daha doğru olurdu."

⁸ Arkan, Sabih, a. g. m., s. 436; Erdem, Ercüment, a. g. m., s. 63

⁹ Türk sivil hava araçlarının tescili için Ulaştırma Bakanlığınca bir sicil tutulur. Bu sicile "Uçak Sicili" adı verilir (2929 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu, m. 50)

¹⁰ Türk Sicil Havacılık Kanunu'nda aksine bir hüküm bulunmadıkça hava araçları menkul mal hükümlerine tabidir (2929 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu, m. 65)

¹¹ Reisoğlu, Seza, *Finansal Kiralama Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları*, s. 52.

liliği için bir şart diğer bir deyişle kurucu unsuru olup olmadığı konusunda Yargıtay kimi kararlarında özel sicile tescili geçerlilik şartı olarak görmezken;

“... Aynı hükümde taşınır mallara ilişkin sözleşmelerin kiracının ikametgâhı noterliğinde özel sicile tescil edileceği, tescil ve şerhten sonra üçüncü kişilerin finansal kiralama sözleşmesine konu mal üzerinde aynı hak iktisabını kiralayana karşı ileri süremeyeceği belirtilmiştir.

Uyuşmazlık kiracının ikametgâhı noterliğinde tutulan özel sicile tescil edilmeyen finansal kiralama sözleşmesinin geçerli olup olmadığı konusunda toplanmaktadır. Finansal Kiralama Kanunu'nun 8. maddesinin gerekçesine göre “kiracıdan mal almak isteyenler bu sicile kiracının ikametgâhı noterlerinde tutulan sicil ve tapu sicilini incelemek suretiyle finansal kiralama konusu olup olmadığını öğrenebilmekte, şayet özel sicili incelememişlerse MK'nın 3/2. maddesi uyarınca gerekli özeni göstermemiş olduklarından artık iyi niyetli sayılamayacaklar ve iktisapları da geçerli olmayacaktır”. Görüldüğü gibi kanun finansal kiralama sözleşmesini sicile işlemenin üçüncü kişilerin iyi niyetini ortadan kaldıran bir fonksiyonu olacağını kabul etmektedir. Bu nedenle özel sicile kaydedilme finansal kiralama sözleşmesinin geçerlilik koşulu değildir. Sözleşme tescil edilmese dahi geçerli ve tarafları hukuken bağlar.¹²

Yargıtay kimi kararlarında ise özel sicile tescili finansal kiralama sözleşmesinin geçerlilik şartı olarak değerlendirmiştir;

“Davacı tarafından 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu gereğince davalı borçlu şirkete kiralanan malların haczi üzerine davacı Finansal Kiralama şirketi tarafından açılan dava, Merci Hâkimliğince reddedilmiş, kararın dairesimizce onanması üzerine davacı vekilince tashihi karar talebinde bulunulmuştur. Dairemizin onama kararında (23.01.1995 T. E.108 K.214 sayılı onama kararı); kira sözleşmesinin 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu'nun 8.maddesi uyarınca borçlunun ikametgâhındaki notere tescil edilmediğinden dolayı geçersiz bulunduğu vurgulanmıştır.

Davacı vekili tashihi karar dilekçesine eklediği bir takım belgelerle tescil keyfiyetinin yerine getirildiğini ileri sürmüştür. Bu belgeler tashihi karar aşamasında ibraz edildiğinden ve akdin geçerliliği ile doğrudan ilgili olduğundan belgelere karşı diyecekleri davalılardan sorulması ve gerektiğinde noter tescil defterinin Merci Hâkimliğine celp edilerek numaraların teselsül

¹² Y.19. HD. 27.06.2003 T. E.2002/2957 K.2003/6938 (Manisa Barosu Dergisi, S. 90, 2004/3, s. 97-98).

edip etmediği, tescil tarihinin hacizden sonrasına rastlayıp rastlamadığının araştırılarak akdin geçerliliği üzerinde durulmalıdır.”¹³

“... Anılan yasanın 8. maddesi gereğince kira sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, düzenleme şeklinde noterlikçe yapılması ve kiracının ikametgâhındaki noter özel siciline tescil edilmesi zorunludur. Aksi halde kiralama 3.kişilerin haklarını etkilemez. Somut olayda; finansal kiralama sözleşmesi, Giresun Noterliğince düzenleme şeklinde yapılmış ise de sözleşmenin kiracının ikametgâhının bulunduğu özel siciline tescil edilip edilmediği araştırılmadan eksik soruşturma ile yazılı şekilde karar verilmesi...”¹⁴

“... Somut olayda, davalı borçlu şirketler G. A.Ş. ve T. Tekstil A.Ş.’nin ikametgâhının Bağcılar Bakırköy olduğu, oysa 15.08.1994 tarihli Finansal Kiralama Sözleşmesinin Beyoğlu Noterliğinde tanzim edildiği anlaşılmaktadır. Buna göre mahkemece bu konu üzerinde durularak, kira sözleşmesinin kiracının ikametgâhı noterliğinde tescil edilip edilmediğinin araştırılması, kiracının ikametgâhı noterliğinde tescil edilmeyip, sözleşmenin yapıldığı noterin (Beyoğlu) özel sicilinde tescil edildiği sabit ise, davacının 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu’nun yararına olan hükümlerinden istifade edemeyeceği...”¹⁵

Yargıtay özel sicile tescilin, sözleşmenin kurucu unsurlarından ve geçerlilik şartı olduğu yönündeki görüşünü daha birçok kararında vurgulamıştır.¹⁶

Öğretide de tescilin finansal kiralama sözleşmesinin kurucu unsuru olduğu yönünde¹⁷ ve kurucu unsuru olmadığı yönünde¹⁸ farklı

¹³ Y.15. HD. 06.05.1996 T. E.2033 K.2430 (Nazhoğlu, Gültekin, a. g. e., s. 51).

¹⁴ Y.21.HD. 19.04.2004 T. E.2902 K.3871 (Uyar, Talih, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C.5, s. 7945).

¹⁵ Y.15. HD. 13.05.2002 T. E.1899 K.2482 (YKD, 2002/9, s. 1368).

¹⁶ Y.21. HD. 04.11.2003 T. E.7357 K.8832, Y.21. HD. 16.06.2003 T. E.4246 K.5710, Y.21. HD. 24.03.2003 T. E.859 K.2413, Y.21. HD. 23.10.2002 T. E.6904 K.8934, Y.21. HD. 22.10.2002 T. E.7754 K.8901, (Uyar, Talih, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C.5, s. 7945-7946); Y.12.HD. 28.02.2003 T. E.849 K.3919, Y.12. HD. 27.02.2003 T. E.1052 K.3713, Y.12.HD. 16.12.2002 T. E.8957 K.9740, Y.12.HD. 19.04.2001 T. E.9094 K.6754, Y. HGK 22.10.2003 T. E.12/560 K.605 (Uyar, Talih, İİK Şerhi, C.5, s. 7145-7152); Y.15.HD. 07.10.1992 T. E.3778 K.4545 (YKD, 1993/3, s. 396); Y. 12. HD. 18.12.2003 T. E.21691 K.25654 (YKD, 2004/6, s. 894); Y. HGK 27.12.1995 T. E.1995/12-787 K.1995/1157 (Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIV, 1997, s. 185 vd.); Y. 12.HD. 09.05.2000 T. E.5998 K.7650 (Uyar, Talih, İİK Şerhi, C.1, s. 1009-1010).

¹⁷ Yavuz, Cevdet, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, s. 243-244.

¹⁸ Tekinalp, Ünal, *Sat ve Geriye Finansal Kirala Sözleşmesi*, s. 200; Sözer, Bülent, *Leasing (Finansal Kiralama) Sözleşmelerinde Mülkiyet Unsuru*, s. 79; Kocağa, Köksal,

görüşler söz konusudur. *Kanımızca* özel sicile tescil finansal kiralama sözleşmesinin kurucu bir unsuru olmayıp, sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Ancak aynı hak iktisabında bulunan iyi niyetli üçüncü şahıslara karşı ileri sürülmesi imkânını ortadan kaldırır.

Yargıtay bazı kararlarında zımnen de olsa finansal kiralama sözleşmesinin özel sicile tescil edilmediği durumlarda özellikle sözleşmeye konu taşınırlar açısından söz konusu işlemi adi satış hükmünde göreyerek mülkiyetin alıcıya geçeceğini ifade etmiş, bazı kararlarında ise açıkça hukuki nitelendirme yaparak finansal kiralama sözleşmesine konu malların adi kira sözleşmesi ile kiralanmış sayılacağını belirtirken;¹⁹ bazı kararlarında da özel sicile tescil edilmeyen finansal kiralama sözleşmesini vadeli satım sözleşmesi olarak değerlendirmiştir.²⁰ Öğretide²¹ de özel sicile kaydedilmeyen finansal kiralama sözleşmesinin adi kira sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Kanımızca finansal kiralama sözleşmesi özel sicile kaydedilmediği sürece iyi niyetli üçüncü kişilerin hakkı saklı kalmak üzere taraflar arasında geçerli ve bağlayıcıdır. Ancak noterden düzenleme şeklinde yapılması hususu sözleşmenin kurucu unsurlarından ve geçerlilik şartını taşıdığından, finansal kiralama sözleşmesinin noterde düzen-

Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, s. 93; Kuntalp, Erden / Pekgüçlü, Güzin, *Finansal Kiralama Kanunu'nun Uygulamasında Ortaya Çıkan Bazı Önemli Sorunlar*, s. 13 vd.; Erdem, Ercüment, a. g. m., s. 61; Güleren, Ali, a. g. e., s. 230.

¹⁹ Y.15. HD. 22.02.1995 T. E.1994/4987 K.939 "Finansal kiralama sözleşmesi yasada öngörülen sicile kaydedilmemiş olsa dahi, kira konusu malların adi kira sözleşmesi ile kiraya verilmesi mümkün olup, davacının mülkiyet hakkı devam eder." (Uyar, Talih, *İİK Şerhi*, C.5, s. 7946-7949).

²⁰ Y.21. HD. 16.06.2003 T. E.4246 K.5710 "Somut olayda, düzenleme şeklinde noterde yapılmış ve borçlu kiracının ikametgâhındaki noter özel siciline tescil edilmiş geçerli bir finansal kiralama sözleşmesi yoktur. 3.kişi ile borçlu arasındaki sözleşme her ne kadar adi nitelikte bir kira sözleşmesi gibi görünüyorsa da, Borçlar Kanunu'nun 18.maddesi uyarınca tarafların gerçek iradeleri yorumlandığında, bu sözleşmenin kira sözleşmesi değil, vadeli satım sözleşmesi olduğu açıktır. Vadeli satım sözleşmesi, satıcının alıcıya taşınır bir malı, bedelinin alıcıya tamamen ödemesinden önce teslim etmek ve alıcının da bedeli kısmi edimlerle ödemek borcu altına girdiği bir satım sözleşmesidir (BK m. 222-224). Bu tür sözleşmelerde mülkiyet zilyetliğin devri (malın teslimi) ile alıcıya geçer ve akdın feshi halinde dahi satılanın geri verilmesi isteği, bir aynı hak değil, nispi bir hak niteliğindedir." (Uyar, Talih, *İİK Şerhi*, C. 5, s. 7945-7946).

²¹ Deynekli, Adnan / Kısa, Sedat, *Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli*, s. 459; Tercan, Erdal, *İflâsın Sözleşmelere Etkisi*, s. 284-285.

leme şeklinde yapılmaması halinde sözleşme geçersiz olacağından bu durumda taraflar arasında geçerli bir finansal kiralama sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Bu durumda özellikle taşınurlar açısından teslim yolu ile malın mülkiyetinin kiracıya geçebileceği bunun adi satış niteliğinde olduğu söylenebilirse de *kanımızca* burada mülkiyetin alıcı-kiracıya geçtiğini ileri sürmek finansal kiralamanın amacı ve mahiyeti göz önüne alındığında pek de mümkün görünmemektedir. Her ne kadar finansal kiralama sözleşmelerinde sözleşme sonunda bedelli ya da bedelsiz olarak sözleşme konusu malın alıcıya geçeceği kararlaştırılsa da, mülkiyetin geçişi hususu finansal kiralama sözleşmelerinin asıl unsuru ve amacını taşımamaktadır. Mülkiyetin geçişi ikincil yani tali nitelikte bir konudur. Finansal kiralama sözleşmesinin asıl amacı, sözleşmeye konu malın kiralınması yöntemi ile kiracıya yatırımları için finansman desteği sağlamaktır. Yoksa malın satışı ve mülkiyetin nakli asıl amaç değildir. Dolayısıyla da kanunun emredici olarak öngördüğü şekle aykırı olarak yapılan finansal kiralama sözleşmesinin geçersizliği sebebiyle, sözleşmeye konu malın mülkiyetinin kiracıya geçeceğini öngörmek finansal kiralamanın amacına ve ruhuna aykırılık taşıyacağı gibi tarafların da gerçek iradelerini yansıtmayan yeni bir hukuki akit yaratılmış olacaktır. Bu durumda tarafların iradesine en yakın akit tiplerinden olan “*Adi Kira Akdi*” (BK m. 248)’nin taraflar arasında kurulmuş olduğunu varsaymak *kanımızca* en makul çözüm olacaktır.

Finansal Kiralama Sözleşmesine Konu Malların Haczi ve Buna Bağlı Olarak, Kiralayan ve Kiracının Dava ve Şikâyet Hakkını Kullanması

Yargıtay finansal kiralama sözleşmesinin özel sicile kaydedilmesi halinde sözleşmeyi geçersiz saydığından özellikle taşınurlar açısından, sözleşmeye konu malın kiracıya geçtiğinden bahisle, bu malın kiracının alacaklıları tarafından haczedilebileceğini ve bu durumda kiralayan şirketin istihkak davasının kabul görmeyeceğini kararlarında vurgulamıştır.

“Dava konusu mahcuzlar 10.06.1985 gün ve 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu gereğince davalı borçluya kiralınmıştır. Aynı kanunun 8.maddesi gereğince sözleşme düzenleme şeklinde noterde yapılmış ise de, taşınır mallarla ilgili bu akdin, kiracının ikametgâhı noterliğinde tutulan özel

siciline tescil edilmesi lazımdır. Tescil edilmezse, kiralama keyfiyeti 3.kişilerin haklarını etkilemez. Ancak merci hâkimliğince tescil hususu araştırılmadığından, öncelikle bu konu üzerinde durularak kira akdinin sicile tescil edildiğinin anlaşılması halinde davanın kabulü aksi halde istihkak davasının reddine karar verilmesi gerekirken...”²²

“Davaya konu mahcuzlar 28.04.1999 tarihinde yapılan sözleşme ile ve 10.06.1985 gün, 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu gereğince davalı borçluya kiralanmıştır. Aynı kanununun 8.maddesi icabı sözleşme düzenleme şeklinde ve noterlikçe yapılmış ise de, taşınır mallarla ilgili bu akdin, kiracının ikametgâhı noterliğinde özel sicile tescil edilmesi lazımdır. Tescil edilmezse, kiralama keyfiyeti 3.kişilerin haklarını etkilemez. Ancak merci hâkimliğince tescil hususu araştırılmadığından, öncelikle bu konu üzerinde durularak kira akdinin sicile tescil edildiğinin anlaşılması halinde davanın kabulü aksi halde istihkak davasının reddine karar verilmesi gerekirken...”²³

“Dava konusu 3 adet makine 17.12.1997 tarihinde borçluya ait işyerinde haczedilmiştir. Davacı 3.kişi durumundaki V. Finansal Kiralama A.Ş. tarafından dava konusu makineler, borçlu B. Kimya Tekstil San. Ve Tic. A.Ş.’ne 3226 sayılı Finansal Kiralama Yasası gereği düzenlenen iki sözleşme ile kiralanmıştır. Aynı yasanın 8.maddesi gereği kira sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için düzenleme şeklinde noterlikçe yapılması ve kiracının ikametgâhındaki noter özel siciline tescil edilmesi gerekir. Aksi halde kiralama sözleşmesi üçüncü kişilerin haklarını etkilemez. Somut olayda 10.10.1995 ve 20.06.1996 tarihli kira sözleşmeleri Beyoğlu Noterliğince düzenleme şeklinde yapılmıştır. Ancak birinci sözleşmede borçlu şirket adresi Gayrettepe, ikinci sözleşmede Ümraniye, müteselsil borçlu M. Gökhan’ın ikamet adresi Rumelihisarı olmasına karşın Beyoğlu Noterliğindeki özel sicile tescil edilmiş olması nedeniyle kira sözleşmeleri geçersizdir.

Haciz tarihinden sonra 25.03.1999 tarihinde aynı noterlikçe düzenlenen finansal kira sözleşmesi Finansal Kiralama Yasası’na göre tescil edilmediğinden alacaklıyı bağlamaz. Dairemizin (21.HD. 19.10.1999 gün E.1999/5568 K.1999/7119) giderek Yargıtay’ın (15.HD. 17.03.1993 gün E.1993/1031 K.1993/1291) oturmuş ve yerleşmiş görüşleri de bu yöndedir. Hal böyle olunca geçersiz finansal kiralama sözleşmesine dayanan istihkak davasının dinlenme

²² Y.15. HD. 17.03.1993 T. E.1031 K.1291 (Uyar, Talih, İcra Hukukunda İstihkak Davaları, s. 632).

²³ Y.15. HD. 09.03.1993 T. E.334 K.1100 (Uyar, Talih, İcra Hukukunda İstihkak Davaları, s. 633).

olanağı bulunmadığından reddi yerine kabulü usul ve yasaya aykırıdır.”²⁴

“İcra mahkemesince finansal kiralama şerhi bulunması nedeniyle hacizleri kaldırılan taşınmazlardan Gebze Pelitli Köyü 1886 parselde bulunan taşınmazın finansal kiralama şerhi 07.10.1997 olup haciz bu tarihten sonra 01.08.2001 tarihinde uygulandığından, anılan taşınmazın üzerindeki haczin kaldırılması doğrudur.

Ancak Kazan Dağköyü Cevizlidere mevki 364 parselde taşınmaza ilişkin haczin tarihi 17.08.2001, finansal kiralama şerhi 25.10.2001, Manisa Merkez Muradiye Köyündeki 3152, 3153, 3154, 3155, 3165 sayılı parsellere ilişkin haciz tarihi 30.07.2001, finansal kiralama şerhi ise 31.01.2002, Beşiktaş Rumelihisarı Mah. 13 pafta, 1405 ada, 60 parsel A/1-1 Blok 4.kat (9) nolu taşınmaza ilişkin haciz şerhi 01.08.2001, finansal kiralama şerhi ise 14.02.2002 olduğundan ve haciz tarihi itibari ile finansal kiralama söz konusu olmadığından, bu taşınmazlara yönelik haczedilmezlik şikâyetinin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile onlar üzerinden de haczin kaldırılması isabetsizdir.”²⁵

Kanımızca özel sicile tescil edilmemiş finansal kiralama sözleşmesi iyi niyetli üçüncü şahısların aynı hak iktisapları saklı kalmak üzere taraflar arasında geçerli olduğundan bu durumda sözleşmeye konu malların kiracının alacaklıları tarafından haczedilmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumda kiracı ve kiralayan istihkak iddiasında bulunabileceği gibi FKK m. 19 gereğince şikâyet hakkını da kullanabilecektir.

Sözleşmenin geçerlilik şartı olan noterde düzenleme şeklinde yapılması hususuna aykırılık halinde de yukarıda açıkladığımız üzere kanımızca bu durumda da taraflar arasında adi bir kira akdinin varlığı söz konusu olacağından, sözleşmeye konu malın kiracının alacaklıları tarafından haczi mümkün olmayacak ancak buna karşın kiralayanın alacaklıları tarafından hacze konu olabilecektir.

226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu’nun aradığı şekle uygun geçerli bir finansal kiralama sözleşmesinin varlığı halinde kiracı aleyhine icra takibi yapılması halinde, icra müdürü finansal kiralama sözleşmesine konu malların takibin dışında tutulmasına karar verir (FKK m. 19, f. 2, c.1). Dolayısıyla kiracının borcundan dolayı finansal kiralama söz-

²⁴ Y.21. HD. 04.04.2000 T. E.2465 K.2609 (YKD, 2002/2, s. 263).

²⁵ Y.12. HD. 12.03.2004 T. E.330 K.5699 (Uyar, Talih, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. 5, s. 7144).

leşmesine konu malın haczi mümkün değildir. Takip konusu alacağın o malın bedelinden doğmuş olması dahi haczi geçerli kılmaz.²⁶ Ancak öğretide²⁷ *bizim de katıldığımız* bir görüşe göre, gemi alacaklısı hakkı

²⁶ Y.12. HD. 15.11.1994 T. E.13181 K.14330 "... 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu'nun 19/2. maddesinde; kiracı aleyhine icra yoluyla takip yapılması halinde icra müdürünün finansal kirala konusu malların takibin dışında tutulmasına karar vereceği, 13.maddesinde ise; kiracının sözleşme süresince finansal kiralama konusu malın zilyedi olup, sözleşmenin amacına uygun olarak her türlü faydayı elde etmek hakkına sahip bulunduğu kabul edilmiştir. Bu maddelerde açıkça ifade edildiği gibi, kiracının borcundan dolayı finansal kiralama konusu malın haczedilmesi mümkün değildir. Takip konusu alacağın o malın kira bedelinden doğmuş olması fark etmez. Sözleşme süresince mal kiracının zilyetliğinde olup sözleşmenin amacına uygun olarak faydalanma hakkına sahiptir. Malın haczedilip muhafaza altına alınması suretiyle kiracının faydalanma hakkı kısıtlanamaz. Kira bedelinin ödenmemesi halinde kiralayana anılan Kanunun 23.maddesinden doğan haklarını kullanabilir. Öte yandan, finansal kiralama konusu malın maliki alacaklıdır. Bono ya dayalı alacağından dolayı malı haczettirmesi icra hukuku prensiplerine de aykırıdır. Şöyle ki, icra işlemleri borçlunun mal varlığına yöneliktir. İcra müdürü borçlunun malını haczeder. Satar ve alacağı tahsil eder. Alacaklının alacağından dolayı borçluya kiraya verdiği malın haczi de doğru değildir." (YKD, 1995/3, s. 430); Y.12. HD. 19.03.2002 T. E.4139 K.5652 "Kiracının borcundan dolayı finansal kiralama konusu malın haczedilmesi mümkün değildir. Takip konusu alacağın o malın kira bedelinden doğmuş olması sonucu etkilemez." (Uyar, Talih, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, C. 5, s. 7146)

²⁷ Arkan, Sabih, *Gemilerle İlgili Finansal Kiralamalardan Doğan Bazı Sorunlar*, s. 440-441: "Acaba, kiralayana, gemi alacaklısının, kiracı (donatan) aleyhine yapacağı iflâs ya da icra yoluyla takipte, finansal kiralama konusu geminin tefrik edilmesini ya da takip dışında tutulmasını isteyebilir mi? Kanun koyucu 'gemi alacaklısı hakkı' yoluyla, TK 1235'de sayılan alacaklara imtiyaz tanınmasını özel bir takım amaçlarla kabul etmiştir: Donatanın mahdut aynı sorumlu tutulması karşısında onun karavetne el atamayacak alacaklılarına, deniz serveti üzerinde bir imtiyaz tanınmasının gerekliliği; yolculuk sırasında kredi temin edilmesini, deniz kazasına uğranılmasında kurtarma yardımında bulunulmasını kolaylaştırma; gemi adamlarının ve kamu alacaklılarının tahsilini güvence altına alma gibi, Geminin finansal kiralama ya konu oluşturduğu hallerde, bu özel amaçların geri plana atılmasını ve malikin korunmasını haklı gösteren herhangi bir gerekçe mevcut değildir. Kaldı ki finansal kiralama yoluyla geminin işletilmesini menfaat karşılığı bir başka kişiye (kiracı) bırakan kiralayana (malik), gemi alacaklısı hakkı nedeniyle gemi üzerinde rehin hakkının doğumu tehlikesini de peşinen göze almış demektir. Ayrıca gemi alacaklısı hakkının hukuki niteliği de, geminin takip dışı bırakılmasına engeldir. Gemi alacaklısı hakkı nedeniyle takip yapılması halinde aynı sorumluluğun muhatabı olan malikin (kiralayana) hukuki durumu, kiracının hem borçlu hem sorumlu olduğu diğer tür alacaklar nedeniyle yapılan takiptekinden esaslı surette farklıdır. İkinci halde, kiracı aleyhine yapılan takiplerde FKK 19'un uygulanması ve finansal kiralama konusu malların 'tefrik olunması' ya da 'takip dışı tutulması' gerekir; buna karşılık gemi alacaklısı hakkının kullanıldığı hallerde FKK 19'un uygulanması söz konusu olmaz. Kiralayana (malik) gemi alacaklısı hakkının kullanılması nedeniyle

nedeniyle kiracı aleyhinde bir takip yapılması ve finansal kiralama sözleşmesine geminin ihtiyaten haczedilmesi halinde Finansal Kiralama Kanunu'nun 19. maddesinin uygulanamayacağı ifade edilmiştir. Yine aynı sonucu doğuracak şekilde öğretide²⁸ mülkiyeti finansal kiralama şirketlerine ait gemiler üzerinde, gemi alacaklısı hakkı sahibine tanınan kanuni rehin hakkının doğacağı da kabul edilmiştir. Ancak Yargıtay²⁹ bir kararında aksi yönde görüş bildirmiş fakat anılan karara ilişkin karar düzeltme talebi neticesinde verdiği kararında görüş değiştirerek öğretide ağırlıklı olarak savunulan görüş doğrultusunda gemi alacaklıları bakımından finansal kiralama konusu gemi üzerinde rehin hakkının doğduğunu kabul etmiştir.³⁰

geminin satılmasına sadece söz konusu geninin, gemi alacaklısı hakkının doğumuna neden olan gemi olmadığını ispat ederek engel olabilir.”; Deynekli / Kısa, a. g. e., s. 463; Ekşi, Nuray, *Yabancı Gemilerin İhtiyati Haczi*, s. 104; Altop, Atilla, “Gemilere İlişkin Finansal Kiralama Sözleşmelerinin Ülkemizdeki Gelişimi ve Ortaya Çıkan Özellikli Durumlar”, *Deniz HD*, 1998, S. 3-4, s. 39-44 (Sn. Ekşi'nin a. g. e.'ne atfen); Çetingil, Ergon, “Finansal Kiralama Konusu Gemiler Üzerinde Gemi Alacaklısı Hakkının Doğması İle İlgili Olarak Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar”, *Deniz HD*, 1999, S:1-2, s. 15-18 (Sn. Ekşi'nin a. g. eserine atfen); Reisoğlu, Seza; a. g. m., s. 60.

²⁸ Can, Mertol, *Mülkiyeti Finansal Kiralama Şirketlerine Ait Gemiler Üzerinde Gemi Alacaklısı Hakkının Sahibine Bahsettiği Kanuni Rehin Hakkının Doğup Doğmayacağı Meselesi*, s. 216-217; Kalpsüz, Turgut, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVI*, s. 219 (Sn. Mertol Can'ın, *Mülkiyeti Finansal Kiralama Şirketlerine Ait Gemiler Üzerinde Gemi Alacaklısı Hakkının Sahibine Bahsettiği Kanuni Rehin Hakkının Doğup Doğmayacağı Meselesi* adlı bildirisine ilişkin Tartışmalar bölümündeki görüşü); Karayalçın, Yaşar, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVI*, s. 220; Arkan, Sabih, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVI*, s. 221; Arslan, İbrahim, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVI*, s. 224; Karşı Görüş: Karan, Hakan, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVI*, s. 222-223

²⁹ Y.11. HD. 02.06.1998 T. E.10440 K.4127 “Davacının sattığı yakıt bedelini tahsil edememesi nedeniyle kanuni rehin hakkını kullanmak istediği O. Engin Gemisi mülkiyetinin davalılardan V. Deniz Kiralama A.Ş.'ne ait olduğu ve diğer davalı E.Deniz Taşımacılığı A.Ş.'ne ise, çıplak gemi kirası esas ile finansal kiralama yoluyla kiraya verildiği hususu ihtilafsız olup, esasen mahkemece de finansal kiralama sözleşmesi gereğince davalı kiralayın şirket hakkındaki dava reddolunmuştur. 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu'nun 15. ve 25. maddelerine göre, kiracı borçlarından gemi maliki sorumlu değildir. Ve bunun sonucunda da, kiracının sorumlu olduğu borçlardan dolayı alınacak bir kararında da, kiralayana ait gemi hakkında infaz ve icrası mümkün değildir. Şu halde, kiracının borçlarından dolayı gemi üzerinde rehin hakkı tanınamaz. Aksi takdirde kiracının borçlarından dolayı gemi üzerinde rehin hakkı tanındığı zaman, gerektiğinde geminin satışı dahi mümkün hale gelecektir ki, yukarıda anılan yasa maddeleri karşısında bu mümkün değildir.” (*Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVI*, s. 211-212)

³⁰ Y.11. HD. 04.06.1999 T. E.1998/8202 K.1999/4832 “Gemi alacaklısı ve kanuni re-

İcra müdürünün vereceği tefrik kararına karşı itiraz edilebileceği FKK'nın m. 19, f. 2, c. 2 hükmüne göre belirtilmiş ise de burada ifade edilen itiraz teknik anlamda bir itiraz olmayıp İİK m. 16'da öngörülen bir "şikâyet" söz konusudur.³¹ Bu durumda ilgililerin daha doğrusu haciz işlemi talep eden alacaklıların bu işlemi öğrendiği tarihten itibaren (7) gün içinde icra mahkemesine şikâyet hakları söz konusu olacaktır. İcra mahkemesi yapılan bu şikâyeti en geç bir ay içinde karara bağlar (FKK m. 19/3).

Ancak icra müdürünün finansal kiralama konusu malın takip dışında tutulmasına karar vermemesi halinde nasıl bir yol izleneceği konusunda Finansal Kiralama Kanunu'nda bir hüküm bulunmamaktadır.

İcra müdürünün finansal kiralama konusu malın takip dışında bırakılması yönünde bir karar vermemesi ve finansal kiralamaya konu malın icra müdürlüğüne haczedilmesi durumunda kiralayanın İcra ve İflas Kanunu'nda istihkak iddiasına ilişkin olarak öngörülen hükümler doğrultusunda (İİK m. 96 vd.) istihkak iddiasında bulunması ya da dava açması gerekecektir.³²

Kiracıya karşı yapılan bir takipte, finansal kiralama sözleşmesine konu malların takibin dışında tutulmaması halinde kiralayan is-

hin hakkının izah edilen mahiyeti ve doğumunun engellenemeyeceği kuralı icabı, bu hakların kullanılması FKK'nın 19/1. maddesi öne sürülerek engellenemez. FKK'nın 19. maddesinde yazılı kiralama konusu malların iflasta tefriki ve icra takibinde takip dışı tutulması kuralları ile, kanundan doğan ve özel bir imtiyaz teşkil eden kanuni rehin hakkını birbirinden ayrı düşünmek ve kanuni rehin hakkını 8.madde de olduğu gibi, bu maddenin de dışında mütalaa etmemek gerekir. Geminin finansal kiralamaya konu edildiği hallerde deniz hukukuna özgü bu özel amaçların göz ardı edilerek, geminin malikinin korunmasının bir gereği ve dayanağı olamaz. Kanuni rehin hakkı geminin işletilmesinden doğup finansal kirayanda gemi işletmesini menfaat karşılığı kiralayıp devrettiğine göre, gemi üzerinde gemi alacağı ve kanuni rehin hakkı doğumu riskini de göze almış demektir. Gemi donatan-borçlunun malvarlığına dahil olsun veya olmasın, malik veya zilyedi kim olursa olsun, rehin hakkına ilişkin alacağın konusunu kanunen gemi teşkil ettiğinden onun iflas masasından tefriki ve icrada takip dışı tutulması mümkün olmaz." (Ekşi, Nuray; *a. g. e.*, s. 99 dn.487)

³¹ Aslan, Kudret, *Hacizde İstihkak Davası*, s. 210; Kocaağa, Köksal, *a. g. e.*, s. 139; Tercan, Erdal, *İflâsın Sözleşmelere Etkisi*, s. 282

³² Aslan, Kudret, *a. g. e.*, s. 211; Kocaağa, Köksal, *a. g. e.*, s. 139-140; Nazlıoğlu, Gültekin, *a. g. e.*, s. 185; Karataş, İzzet / Ertekin, Erol, *İcra ve İflâs Hukukunda İstihkak Davaları*, s. 151; Güleren; *a. g. e.*, s. 231.

tihhak davası açmak zorunda değildir. Bu durumda kiralayan FKK m.19/2 uyarınca şikâyet hakkını da kullanabilecektir.³³ Hatta hem şikâyet yoluna gitmesine hem de istihkak davası açmasına bir engel bulunmamaktadır.³⁴

Borçlu-kiracının da, finansal kiralama sözleşmesine konu malların haczedilmiş olması halinde icra müdürünün bu işlemine karşı şikâyet hakkı söz konusudur.³⁵ Ancak mallara ilişkin olarak istihkak davası

³³ Y.12. HD. 14.02.2002 T. E.1652 K.3201 “3226 sayılı Kanun’un 19. maddesinde; kiracının iflası veya icra takibine uğraması halinde finansal kiralama konusu malların takibin dışında tutulmasına veya iflasın tefrikine ilgili memurca karar verileceği, bu karara karşı yedi gün içinde icra tetkik mercii hâkimliği nezdinde şikâyette bulunulabileceği öngörülmüştür. Bu düzenleme ile haczedilmezlik ve istihkak prosedüründen ayrı finansal kiralama konusu malların haciz veya iflas dışında (takip dışında) bulunduğu kuralı getirilmiştir. Borçlu kiracı ve finansal kiralama yapan kiralayan, yasanın bu hükmünden yararlanarak icra müdürüne başvurabilirler. Söz konusu hüküm kiralayanın doğrudan istihkak davası açmasına engel değil ise de; ilgili memurun 3226 sayılı Kanun’un 19. maddesi uyarınca vereceği karara karşı hukuki yararı bulunan alacaklının, borçlunun ve finansal kiralayanın memur işleminin yanlışlığını ileri sürerek 7 gün içinde icra tetkik mercii hâkimliğine şikâyette bulunma hakları olduğu anılan madde hükmü gereğidir.” (ERİŞ, Gönen; İcra ve İflâs Kanunu, s. 476); Y.12. HD. 21.11.2000 T. E.17445 K.17986 “3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu’nun 19/2. maddesi gereğince kiracı aleyhine icra yolu ile takip yapılması halinde icra memuru finansal kiralama konusu malların takibin dışında tutulmasına karar verir. Somut olayda kiralayan şikâyetçi icra müdürlüğünce haczin kaldırılması isteklerinin reddine yönelik 27.05.1999 tarihli kararın kaldırılmasını istemiş, mercice bu istemin istihkak davasında ileri sürülebileceği belirtilip talep reddedilmiştir. Şikâyetçinin başvurusu 3226 sayılı Kanun’un 19/2.maddesi hükmü gereği kiralayan şirkete istihkak davası dışında verilmiş bir şikâyet hakkıdır. Mercice yapılacak iş 3226 sayılı Kanununun 8.maddesi gereğince geçerli bir finansal kiralama sözleşmesinin varlığının tespiti ve mahcuzların bu sözleşmede belirtilenlerden olduğunun anlaşılması halinde, şikâyetin kabulü ile memur işleminin iptaline karar verilmesinden ibarettir.” (YKD, 2001/6, s. 864); Aynı doğrultuda; Y.12. HD. 12.05.2003 T. E.8659 K.10665, Y.12. HD. 16.10.2000 T. E.14350 K.15185, Y.12. HD. 17.01.2000 T. E.1999/17381 K.52, Y.12. HD. 28.10.1999 T. E.10329 K.13104 (Uyar, Talih, *İİK Şerhi*, C.5, s. 7950–7952); Y.12. HD. 26.11.1999 T. E.13835 K.15121, Y.12. HD. 22.10.1999 T. E.10059 K.12853 (Uyar, Talih, *İİK Şerhi*, C.1, s. 736); Y.12. HD. 31.10.2000 T. E.15567 K.16254 (Uyar; *İİK Şerhi*, C.5, s. 7350)

³⁴ Aslan, Kudret, *a. g. e.*, s. 211

³⁵ Y.12. HD. 30.01.1999 T. E.14700 K.15348 “... İlgili memurun 3226 sayılı Kanun’un 19. maddesi uyarınca vereceği karara karşı, hukuki yararı bulunan *alacaklının, borçlunun ve finansal malları kiralayanın* memur işleminin yanlışlığını ileri sürerek 7 gün içerisinde icra tetkik mercii hâkimliğine şikâyette bulunma hakları olduğu sözü edilen madde hükmü gereğidir.” (Uyar, Talih, *İİK Şerhi*, C. 5, s. 7953–7954); Y.12. HD. 12.05.2003 T. E. 8659 K.10665; Y.12. HD. 16.10.2000 T. E.14350 K.15185 (Uyar, Talih, *İİK Şerhi*, C. 5, s. 7951–7952); Y.12. HD. 07.02.2003 T. E.2002/29440

açması mümkün değildir.³⁶

İcra müdürünün tefrik kararını vermeyerek finansal kiralama sözleşmesine konu malı haczetmesi halinde, kiralayana, yukarıda belirtildiği üzere, haciz işleminin öğrenildiği tarihten itibaren (7) gün içerisinde icra müdürünün bu işleminin şikâyet yolu ile icra mahkemesinden iptalini talep edebilecektir. (7) günlük süre hak düşürücü süre olup bu sürenin geçmesinden sonra yapılan şikâyetler işin esasına girilmeden icra mahkemesi tarafından reddedilecektir.³⁷

İcra müdürünün, finansal kiralama konusu malın takibin dışında tutulmasına karar vermiş olması halinde, artık kiralayana istihkak iddiasında bulunmasına ya da istihkak davası açmasına gerek olmayacaktır.³⁸

İcra müdürünün finansal kiralamaya konu bir malın haczedilmesinin talep edilmesi halinde ya da icra müdürü tarafından haczedilip ya da haczedilmemesinin icra mahkemesi nezdinde şikâyet konusu olması halinde bu konuda bir karar verebilmek için öncelikle yukarıda açıklanan finansal kiralama sözleşmesinin geçerliliği için gerekli unsurların yer alıp almadığının başka bir deyişle Finansal Kiralama Kanunu'nun 8.maddesinde öngörülen şekilde geçerli bir finansal kiralama sözleşmesinin varlığının bulunup bulunmadığı konusunda bir karar verilmesi ve buna göre icra müdürünün haciz konusunda icra mahkemesinin de malın haczedilmesi ya da haczedilmemesine yöne-

K.2437(Uyar; *İİK Şerhi*, C.5, s. 7357)

³⁶ Y.21. HD. 04.07.2002 T. E.5577 K.6542 "...Üçüncü kişi bu sözleşmede kiracı durumunda olup mülkiyet hakkı finansal kiralayandadır. Kiracının Finansal Kiralama Kanunu'nun 19.maddesine göre sadece şikâyet hakkı bulunup istihkak davası açma hakkı yoktur."; Aynı doğrultuda; Y.21. HD. 22.12.1998 T. E.8058 K.8985 (Uyar, Talih, *İİK Şerhi*, C. 5, s. 7952-7953)

³⁷ Y.12. HD. 06.03.2006 T. E.1573 K.4334 "3226 sayılı Kanun'un 19/2. maddesi "kiracı aleyhine icra yolu ile takip yapılması halinde icra memuru finansal kiralama konusu malların takibin dışında tutulmasına karar verir. İcra memurunun kararına karşı 7 gün içinde şikâyet edilebilir" hükmünü getirmiştir. Somut olayda gözlemlendiği gibi finansal kiralama konusu olduğu iddia edilen araca 21.12.2004 tarihinde haciz uygulanmış aynı tarihte bu husus kiralayana muteriz şirkete 24.12.2004 tarihinde tebliğ olunan müzekkere ile bildirilmiştir. Bu aşamadan sonra yasanın belirtilen hak düşürücü süre geçirilerek 29.03.2005 tarihinde icra müdürü işlemini şikâyete yasal imkân bulunmadığından istemin süre aşımından reddi gerekirken, işin esasını incelenerek haczin kaldırılmasına karar verilmesi isabetsizdir." (Kaçak, Nazif, *Açıklama ve İçtihatlarla Haczedilemezlik*, s. 80)

³⁸ Aslan, Kudret, a. g. e., s. 210

lik şikâyet konusunda bir karar vermesi gerekecektir.³⁹

Sat ve Geri Kirala (*Sale And Lease Back*) İşleminin Takip Hukukuna Etkisi

Bu tür finansal kiralama işleminde gerçek veya tüzel kişi, malik olduğu bir malı finansal kiralama (*leasing*) şirketine satmakta ve satışı takiben de aynı malı finansal kiralama şirketinden finansal kiralama sözleşmesi ile kiralamaktadır.⁴⁰

Sat ve geri kirala (*sale and lease back*) işleminin diğer klasik finansal kiralama işleminden en önemli farkı; sat ve geri kiralama işleminde üçüncü şahıs satıcının kiralama işlemi içerisinde yer almaması işlemin sadece kirala ve kiracı arasında gerçekleşmesidir. Bunun dışında finansal kiralama işleminin diğer hükümleri bu işlemde de geçerlidir.⁴¹

³⁹ Y.12. HD. 25.03.2005 T. E.2624 K.6279 "Kural olarak 3226 sayılı Kanun'un 19/2. maddesi gereğince "kiracı aleyhine icra yoluyla takip yapılması halinde icra memuru finansal kiralama konusu malların takibin dışında tutulmasına karar verir "ne var ki, bu maddenin uygulanması taraflar arasında 3226 sayılı Kanun'un 8. maddesi koşullarında gerçek anlamda bir finansal kiralama sözleşmesinin varlığına bağlıdır. Mahkemece yapılması gereken iş, şikâyetin mahiyetine göre duruşma açılıp, taraflar arasında özde ve biçimde 3226 sayılı Kanun'un 8. maddesi koşullarında bir finansal kiralama sözleşmesinin varlığını tespitten sonra haczedilen mallar ile finansal kiralama konusu malların aynı olup olmadığı belirlenerek (gerektiğinde bilirkişi mütalaasına başvurulmak suretiyle), oluşacak duruma göre bir karar vermekten ibarettir." (*Yargı Dünyası*, S. 115, s. 135)

⁴⁰ Sözer, Bülent, a. g. m., s. 61

⁴¹ Köteli, Argun, *Leasing Sözleşmelerinin Hukuksal ve Mali Yönleri İle Türkiye'de Uygulanabilirliği*, s. 70 dn.16: "Lease back türünde, yatırımcı kendi imkânları ile gerçekleştirdiği bir yatırımı likitleştirip tedavüle çıkarmak istemekte ve bunun içinde mevcut yatırımı bir leasing kurumuna satarak bunu tekrar ondan kiralamaktadır. Bu işlemin diğerinden farkı, üçüncü şahıs satıcının işlemin içerisinde yer almaması olarak somutlaşmakta, bunun dışında bütün hükümleri klasik leasingde olduğu gibi cereyan etmektedir."; Kuntalp / Güçlü, a. g. m., s. 20-21: "Finansal kiralama şirketi, finansman amacıyla kullanımını kiracıya bırakacağı malı iki biçimde sağlamaktadır. Klasik uygulama olarak adlandırabileceğimiz ilk hal, finansal kiralama şirketinin malı, bir üçüncü kişiden satın almasıdır. Bu halde, mal ilk önce üçüncü kişiden satın alınmakta, bilahare kullanımı finansal kiralama sözleşmesi ile kiracıya bırakılmaktadır. Görülüyor ki; işlemdeki ilk aşama malın finansal kiralama şirketince satın alınması; ikinci aşama ise bunun kullanımının kiracıya finansal kiralama sözleşmesi ile bırakılmasıdır. Sat ve geri kirala denilen ikinci halde de gene iki aşama söz konusu olmaktadır. Finansal kiralama şirketi, bu kez üçüncü değil, fakat bizzat kiracı olacak kişiden malı satın almakta, bunu takiben aynı malın kullanımını finansal kiralama sözleşmesi ile kiracıya terk etmektedir. Dikkat edildi-

Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, öğretide de birçok eleştiriye konu olan 27.12.1995 tarihli bir kararında “sat ve geri kirala (sale and lease back)” işlemini 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu kapsamında geçerli bir finansal kirala sözleşmesi olarak nitelendirmemiş ve icra dairesinin sözleşmeye konu mallar üzerinde uyguladığı haczin de geçerli olduğunu kabul etmiş ve haczedilmezlik şikâyetinin dinlenemeyeceğine karar vermiştir. Benzer şekilde Hukuk Dairelerinin de⁴² bu yönde karar verdikleri görülmektedir.

Anılan Hukuk Genel Kurulu kararında şu ifadelere yer verilmiştir;

“Finans Kurumu ile T. A. Ş. arasındaki 19.07.1991 tarihli Beyoğlu 19. Noterliği’nce düzenlenen sözleşme “sat ve geriye kirala” –Sell and Lease Back– diye ifade edilen bir “Leasing” sözleşme çeşididir. Gelecekte Leasing alan (kiracı) kendi mülkiyetindeki malı leasing verene satmakta ve aynı anda odan kiralamaktadır. Böylece ikili bir ilişki söz konusu olmaktadır. Gelecekte leasing alan aynı zamanda yapımçı olup, ürettiği malı önce leasing verene satmakta ve daha sonra da ondan alt leasing sözleşmeleri kurmak üzere geri kiralamaktadır.

Oysa finansal kiralama konusu malın, kiralayan tarafından üçüncü kişiden temin edilmesini öngören Finansal Kiralama Kanunu m. 4 hükmü karşısında, bu tür sözleşmenin yasa kapsamına girmediğinin açık olması bir yana, aynı Kanunun 15.maddesinin emredici hükmü ile de kiracının finansal kiralama konusu maldaki zilyetliğini bir başkasına devredemeyeceği (kira, ariyet vd.) diğer bir anlatıma alt kira olanağı da tanınmamıştır. O itibarla olayda,

ğinde her iki operasyonda işlemler ve bunların sıralanmaları açısından bir farklılık bulunmadığı; tek farklılığın malın temin edildiği kişi açısından söz konusu olduğu görülmektedir. Gerçekten ilk halde mal üçüncü kişiden sağlanırken ikinci halde (sat ve geri kiralama işleminde) bizzat kiracıdan temin edilmektedir.”

⁴² Y.12.HD. 19.04.2001 T. E.9094 K.6754 “3226 sayılı Kanun’unun 8. maddesi gereğince finansal kiralama sözleşmesinin özel sicile tescil edilip edilmediği araştırılmadan ve alacaklının sat-geriye kirala şeklinde finansal kiralama sözleşmesi yapıldığı bu nedenle sözleşmenin geçerli olmadığı iddialarının araştırılıp karar yerinde bu konuda bir inceleme ve açıklık bulunmadığından eksik incelemeye dayalı olarak verilen mercü kararının bozulması gerekmektedir.” (Uyar, Talih, *İİK Şerhi*, C.5, s. 7148); Y.12.HD. 14.02.2002 T. E.1652 K.3201 “...Merci kararında sözü edilen Hukuk Genel Kurulunun 27.12.1995 tarih ve 1995/12-787 esas 1995/1157 sayılı kararı (sat-geri kirala) biçiminde yapılan finansal kiralama sözleşmelerinde ilgilinin 3226 sayılı Kanun’unun 19. maddesinde öngörülen korumadan yararlanamayacağı yönünde olup...” (Uyar, Talih, *İİK Şerhi*, C.5, s. 7152-7153).

3226 sayılı Yasa'nın 8. maddesinde kurucu unsur olarak kabul edilen özel sicile tescil ile 9. maddesindeki sözleşmeye konu malın mülkiyetinin kiralayana şirkete ait olması ve malın kiracıya teslim edilmesi koşulları gerçekleşmiş olsa dahi, bu tür sözleşmenin, Finansal Kiralama Kanunu'na uygun olduğu kabul edilemez.

Davacı, davada haczedilemezlik şikâyetini 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu'na dayandırmıştır. Ancak ortada anılan Yasada öngörülen koşullara uygun ve geçerli bir finansal kiralama sözleşmesi bulunmamaktadır. Ayrıca da kiracı, üçüncü şahıs (borçlu) elinde bulunan hacze konu makineleri hacizden önce satıp mülkiyetinden çıkarmış durumdadır. O nedenlerle davacının 3226 sayılı Yasanın getirdiği koruyucu hükümlerden yararlanma olanağı mevcut değildir."⁴³

Anılan Hukuk Genel Kurulu'nun "sat ve geri kirala" işlemini geçersiz sayması özellikle Finansal Kiralama Kanunu'nun 4. maddesinde yer alan "başka surette temin" ibaresi ve 27. maddesinde "Sözleşme hakkında Medeni Kanun'un 766. maddesinin (EMK m. 690) uygulanmayacağı" hükmü sebebiyle öğretide⁴⁴ kanımızca da haklı olarak eleştiriye uğramıştır.

⁴³ Y. HGK 27.12.1995 T. E.1995/12-787 K.1995/1157 (Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIV, 1997, s. 185 vd.).

⁴⁴ Tekinalp, Ünal, Sat ve Geriye Finansal Kiralama Sözleşmesi ve HKG'nun Bir Kararı (4-5 Nisan 1997 tarihli *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*'nda Sunulan Bildiri, XIV, s. 175-177): "Sat ve geriye finansal kiralama sözleşmesi FKK'ya hâkim bu ilkelerle uyum içindedir. Şöyle ki, hem finansman ilkesi hem de finansmanın finansal kiralama ortaklığı tarafından yapılması gereği bu modelde de sağlanmaktadır. Ayrıca üç köşelilik de ortadan kaldırmamıştır. Çünkü ilişkide hem kiralayana hem kiracı hem de malın sağlandığı bir üçüncü kişi vardır. Malın temin edildiği üçüncü kişinin, bir süre sonra malı finansal kiralama sözleşmesi ile alacak olması, onun "üçüncü kişi" sıfatını ortadan kaldırmamaktadır. Çünkü (1) malı satan aynı zamanda malı kiraya veren ve ilişkiyi finanse eden kişi değildir, (2) malın satıcısı ve finansal kiracı sıfatları bu kişi tarafından farklı zamanlarda ve birbirinden bağımsız ve farklı işlemlerle kazanılmıştır. / Kanun koyucu, sat ve geriye finansal kirala sözleşmelerine engel olmaması amacıyla FKK m. 27.1 hükmünü öngörmüş ve MK. m.690'ın koyduğu engeli bilinçli olarak aşmıştır. Bu da sat ve geriye finansal kirala türünün FKK tarafından kabul edildiğinin delilidir. / FKK m. 4'de yer alan "başka surette temin" ibaresi de sat ve geriye finansal kiralama sözleşmelerine imkân tanımaktadır."; Kuntalp, Erden / (Pekgüçlü, Güzin), a. g. m., s. 21-23: "...Finansal kiralama konusu malın, üçüncü bir kişiden temini ile bunun bizzat kiracıdan satın alınması arasında, finansal kiralama sözleşmesinin amacı ve işlevi açısından bir fark bulunmamaktadır. Bu nedenle, Finansal Kiralama Kanunu'nun yalnızca malın üçüncü kişiden sağlandığı hali esas aldığı iddiası biçimsel bir değerlendirmeye dayanıp, esası ihmal etmektedir. Kaldı ki, FKK m. 4'te yer alan "...başka suretle temin ettiği bir malı..." ibaresi "sat ve geri kirala"

Ancak şu hususu belirtmeliyiz ki sat ve geri kirala işleminin özellikle alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla muvazaalı olarak yapılması halinde söz konusu işlemin geçersiz olacağını kabul etmek gerekecektir.

Finansal kiralama sözleşmesine konu malların haczedilmesi halinde malların maliki olan Finansal kiralama şirketi tarafından İİK m. 96 vd. hükümlerine dayalı olarak açılan istihkak davası açılması durumunda da; alacaklının da İİK m. 96, f. 17 hükmüne dayalı olarak muvakkat veya kati aciz belgesi ibrazına mecbur olmaksızın karşılık dava olarak bir iptal davası açabileceğini de ifade etmek gerekir.

Finansal Kiralama Sözleşmesine Konu Malın Üçüncü Bir Şahsa Alt Kira Yolu ile Devrinin Sözleşmeye Etkisi

Finansal Kiralama Kanunu'nun 15. maddesi hükmüne göre kiracı, finansal kiralama konusu maldaki zilyetliğini bir başkasına devredermez.

Finansal Kiralama Kanunu'nun 15. maddesine aykırı olarak, kiracının maldaki zilyetliğini üçüncü kişiye devretmesi, geçerli olarak

işlemini kapsamaktadır. Kanun'un yapımı sırasında 4. madde de bu ibareye yer verilmesindeki temel düşünce, finansal kiralama sözleşmesi tanımına "sat ve geri kirala işlemi"nin de dahil olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Gerçekten bu ibare hem "üçüncü kişiden satın alma yolu dışında" hem de "üçüncü kişi söz konusu olmaksızın" temin edilen malı ifade etmektedir. / Yargıtay'ın sat geri kirala işleminin Finansal Kiralama Kanunu'nun kapsamına girmediği iddiasının dayanakları tutarlı olmadığı gibi, gerçekte Finansal Kiralama Kanunu'nun sat geri kirala işlemini düzenlemekte olduğunu da gözden kaçırmaktadır. Finansal kiralama konusu malın bizzat kiracıdan temin edilmesi halinde, kiracı mülkiyetini finansal kiralama şirketine devir ettiği malı, bu kez finansal kiracı sıfatıyla zilyetliğinde tutmaya devam etmektedir. Bu durum MK m. 690'da sözü edilen hükmen teslimine uygun düşmektedir. Oysa MK m. 690'a göre hükmen teslim hallerinde, mülkiyetin intikalinin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi mümkün bulunmamaktadır. Böylece MK m. 690'nun uygulama alanına girmesi halinde, sat geri kirala işleminin gerçekleştirilebilmesi imkânı ziyadesi ile sınırlanmış olmaktadır. İşte Finansal Kiralama Kanunu bunu göz önüne alarak sat geri kirala işlemine işlerlik kazandırmak üzere, MK m. 690'nun finansal kiralama sözleşmesine uygulanmayacağını hükme bağlamış bulunmaktadır. Bu düzenleme Kanunun, sat geri kirala işleminin kapsamı içinde olduğunu kabul ettiğini açıkça ortaya koymaktadır. Sonuç olarak, yaptığımız açıklamalar, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararının yerinde olmadığını göstermektedir ve gerçekte Finansal Kiralama Kanunu sat geri kirala işlemini bir finansal kiralama türü olarak düzenleme konusu yapmış bulunmaktadır."

kurulmuş bir finansal kiralama sözleşmesini geçersiz kılmaz. Zira finansal kiralama konusu malın zilyetliğinin kiracı tarafından başkasına devredilmesi yasağı finansal kiralama sözleşmesinin kurucu unsuru değildir. Bu yasaya aykırılık sadece somut olayda haklı koşulları var ise FKK m. 23 gereğince, sözleşmenin feshi, teşviklerin cezalı olarak iadesi ve diğer idari yaptırımların uygulanmasına neden olur.⁴⁵ Ancak öğretilerde bu konuda farklı bir ayrıma gidilerek; FKK m. 15'in taşınmazlar, gemiler ve uçaklar ve açısından emredici bir nitelik taşımadığı belirtilmekle beraber, sözleşmeye konu malın bir taşınır olması durumunda taşınırın kendine özgü bir sicile kaydının yapıp yapılmamasına göre mezkûr hükmün emredici özelliğinin farklılık göstereceği de ifade edilmektedir.⁴⁶

⁴⁵ Tekinalp, Ünal, Sat ve Geriye Finansal Kiralama Sözleşmesi ve HKG'nın Bir Kararı (4-5 Nisan 1997 tarihli *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu'*nda Sunulan Bildiri, XIV, s. 174-175).

⁴⁶ Kuntalp, Erden, *Finansal Kiralama İşleminde Zilyetliğin Devri Yasağının Kapsamı ve Hukuki Niteliği*, s. 686-688: "Zilyetliğin devri yasağının, özel sicile tescil ettirilmek suretiyle sağlanmak istenen aleniyeti büyük ölçüde zedelenmekten kurtaracağı iddiası, taşınmaz veya gemilere ilişkin olarak geçeli olmaktan uzaktır. Gerçekten, zilyetlik devredilse dahi, tapu sicili veya gemi sicili ile sağlanan aleniyet etkinliğini korumaya devam etmektedir. Bundan çıkan en önemli sonuç, FKK m. 15'in taşınmazlar ve gemiler açısından emredici nitelikte olmadığı yani aksinin kararlaştırılabileceğidir (s. 686). Öte yandan uçaklarında Türk Sivil Havacılık Kanunu m.50 uyarınca Ulaştırma Bakanlığınca tutulan 'uçak siciline' kaydı gerektiğinden, bu sicilin anılan kanunun 51.maddesi gereğince aleni olması nedeniyle ilgili herkes tarafından incelenebilecek, böylece finansal kiralama konusu uçağın mülkiyetinin aidiyeti konusunda üçüncü kişilerin aldanmaları olasılığı ortadan kalkacaktır. Bu nedenle uçaklara ilişkin olarak FKK m. 15'in emredici nitelikte olmayacağını söylemek yerindedir (s. 686-687). Karayolları Trafik Kanunu'nun satış ve devirlerin sicile işleneceğini belirtmesinden (m. 20/d) hareketle, kiralayan adına yapılan kaydın, onu yeteri derecede koruyabileceğini, bu bakımdan kiracının alt kiralalar kurmasının kiralayanını haklarını etkilemeyeceğini ileri sürmek de mümkündür. Bu düşüncüyü destekleyen bir husus da motorlu araç üzerindeki mülkiyet devirlerinin mutlaka sicile işlenmesi zorunluluğudur. Gerçekten Karayolları Trafik Kanunu m. 20/d tescil edilmiş araçların her çeşit satış ve devirlerinin araç sahibi adına düzenlenmiş tescil belgesi esas alınarak noterlerce yapılacağını; noterlerce yapılmayan her çeşit satış ve devirlerin geçersiz olacağını öngörmektedir. Şu halde trafik sicilini, motorlu araçlar üzerinde kimlerin mülkiyet hakkı bulunduğunu göstermeğe elverişli olduğunu söylemek mümkün bulunmaktadır. Ayrıca yeni MK m. 940/2 bunlara bir aleniyet görevi de yüklemiş bulunduğuna göre, motorlu araçların zilyetliğinin üçüncü kişileri yanıltabileceği kaygısı yerinde olmayacaktır. Yapılan bu açıklamadan anlaşılacağı üzere, finansal kiralama sözleşmesinin 'kişiye bağlı olma' özelliğinin bir sonucu olan zilyetliği devir yasağının kendilerine özgü bir sicile kayıt edilen mallara ilişkin olarak, sicile kayıt hem kiralayanın haklarını korumak hem de üçüncü kişilerin aldanmalarını önlemek açısından yeterli bir koruma sağlamış

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise 27.12.1995 tarih 1995/12-787 esas ve 1995/1157 sayılı kararında;

“... Kanununun 15. maddesinin emredici hükmü ile de kiracının finansal kiralama konusu maldaki zilyetliğini bir başkasına devredemeyeceği (kira, ariyet vd.) diğer bir anlatıma alt kira olanağı da tanınmamıştır.” diyerek, finansal kiralama konusu malın zilyetliğinin kiracı tarafından başkasına devredilmesi yasağını finansal kiralama sözleşmesinin kurucu unsuru sayarak sözleşmenin geçersiz olacağı yönünde görüşü olduğu kanaatini uyandırmakla⁴⁷ beraber mezkûr kararda imzası bulunan Sn. Nazlıoğlu ise bu yönde bir sonucun çıkarılmaması gerektiğini belirtmiştir.⁴⁸

Yargıtay’ın ise başka bir kararında kiralayanın alt kiraya muvafakati halinde, finansal kiralama sözleşmesinin geçerli olduğu yönünde görüş bildirdiğini görüyoruz.⁴⁹

olacağından, emredici nitelikte kabul edilmemesi gerekmektedir. Şu halde yasak yalnızca, kendilerine özgü bir sicile kayıt edilmeyen taşınurlar açısından bir değer ifade etmektedir. Bundan çıkan en önemli sonuç, FKK m. 15’in, emredici niteliği yalnızca bir sicile kaydı yapılmayan taşınurlar için söz konusu olup, özel bir sicile kayıt edilen taşınır ve taşınmazlar için bu niteliği taşımamaktadır (s. 688).

⁴⁷ Tekinalp, Ünal, a. g. b., s. 173: “...HGK, FKK m.15’e aykırılığı, finansal kiralama sözleşmesinin geçerliliğini ortadan kaldıran bir sebep olarak görmektedir.”

⁴⁸ Nazlıoğlu, Gültekin, 4-5 Nisan 1997 tarihli *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*’nda Sn. Ünal Tekinalp tarafından sunulan Sat ve Geriye Finansal Kiralama Sözleşmesi ile ilgili bildirimle ilişkin tartışmalardaki açıklamaları, XIV, s. 194: “Finansal Kiralama Kanunu’nun 15. maddesini artık hepimiz biliyorsunuz. Üçüncü kişiye devir yasağı vardır, bu emredici bir kuraldır. 15. maddeye aykırı bir davranış finansal kira sözleşmesini ortadan kaldırmaz. Biz genel kurul kararında tüm sözleşmeyi geçersiz kılar diye bir şey söylemedik. Bakınız ne diyoruz: Aynı Kanun’un 15. maddesinin emredici hükmüyle de kiracı finansal kiralama konusu maldaki zilyetliğini bir başkasına devredemez, diğer bir anlatımla alt kira olanağı da tanınmamıştır ve devam ediyoruz, diyoruz ki, 8. maddeye uygun bir biçimde finansal kiralama sözleşmesi olsa dahi, alt kira sözleşmeleri yasaktır diyoruz. O nedenle biz somut olaya özgü olarak sadece 15. maddenin emredicini kuralını buraya yerleştirmekle yetindik. Yoksa kanuna uygun finansal kiralama sözleşmesinin 15. maddesinden, yalnız kiracısı tarafından ihlali halinde tümünden geçersiz sayılacağı anlamı çıkmamaktadır, çıkarılmamalıdır.”

⁴⁹ Y.15. HD. 07.06.1995 T. E.2875 K.3446 “... Kiracı ya da kiralayana aleyhine icra yolu ile takip yapılması halinde, finansal kiralama konusu malların takip dışında tutulması ve haczedilmemesi gerektiğinden ve mahcuzun davacı tarafından başkasına kiralanmasına da asıl kiralayanın muvafakat etmesi nedeniyle, özel sicilinde tescilli bulunan bu kira akdinden dolayı davacı kiracının dava hakkının bulunduğu kabulü zorunludur.” (Uyar, Talih, *İİK Şerhi*, C.V, s. 7954-7955)

Finansal Kiralamaya Konu Malı Satın Alma Hakkının Haczi

Finansal Kira Sözleşmesi ile sözleşmeye konu malın mülkiyetinin sözleşmenin sonunda bir bedel karşılığında kiracıya geçeceği taraflarca kabul edilmiş ise bu durumda sözleşmenin sonunda etkili olmak üzere bu iştirah hakkının (satın alma) haczi de mümkün olabilecektir. Ancak bu halde kiracı bu hakkını kullanmak istemez ise kiracının kişisel alacaklıları bedeli peşin ödemek şartı ile malın mülkiyetinin kiracıya geçmesini sağlayıp malın üzerinde haciz tatbik etmeleri mümkün olabilecektir.

Yargıtay' da bir kararında satın alma hakkının haczini mümkün görmektedir;

"Davalı vekili, borçlu şirketin leasing firmasından kiraladığı dört adet araçla ilgili sözleşmeden doğan satın alma hakkının haczedildiğini, icra memurluğundan alınan yetki belgesine göre üç adet aracın borçlu şirket adına tescillerinin yaptırıldığını, tescil işlemleri tamamlandığında fiili hacizler uygulanarak araçların muhafaza altına alındığını, Sakarya İcra Tetkik Mercii'nin 1993/114-141 sayılı kararıyla ilgili hacizlerin kaldırıldığını, ancak kaydi hacizlerin varlığını devam ettirdiğini savunarak şikâyetin reddini istemiştir.

Merci hâkimliğince iddia, savunma ve toplanan delillere göre haciz konulması ve sözleşme sonunda işlem yapılmak üzere yetki verilmesi işlemine yönelik borçlu tarafından yapılan şikâyetin reddedilerek kesinleştiği, Sakarya İcra Tetkik Mercii'nin 1993/114-141 sayılı karar ile davalı alacaklının fiili hacizleri kaldırılmışsa da kaydi hacizlerinin kaldırıldığına dair karar bulunmadığı, sıra cetvelinin yasaya uygun olduğu gerekçesiyle şikâyetin reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillere, gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına, özellikle alacaklı İ. Bankası tarafından satışa ve bedeli paylaşımına konu araçlara konulan kaydi hacizlerin geçerliliğini sürdürdüğünün kabulünde bir isabetsizlik bulunmamasına göre merci kararının onanmasına..."⁵⁰

⁵⁰ Y.19. HD. 13.02.1996 T. E.1995/11331 K.1996/1275 (Nazlıoğlu, Gültekin, a. g. e., s. 193).

Kiracı Hakkında Yapılan İcra Takiplerinin Semeresiz Kalmasının Sözleşmeye Etkisi

Finansal Kiralama Kanunu'nun 22. maddesinde kiracının iflası veya aleyhine yapılan bir icra takibinin semeresiz kalması halinde sözleşmenin sona ereceği ifade edilmiştir. Ancak bunun aksine bir hükmün sözleşmede kararlaştırılabileceği de belirtilmiştir.

Uygulamada finansal kiralama sözleşmesine konulan bir hükümle, kiracının ekonomik durumunun kira bedellerinin ödenmesini tehlikeye düşürecek kötüleşmesi halinde, kiralayana sözleşmeyi feshetme hakkı tanınmaktadır.⁵¹ Bununla birlikte kiracının ekonomik durumunun tek başına kötüleşmesi kiralayanın sözleşmeyi fesih hakkını kullanması için yeterli değildir. Kiralayanın bu hakkını kullanabilmesi için kiracının ekonomik durumundaki kötüleşmenin kira bedellerinin ödenmesini tehlikeye sokması gerekir.⁵²

Kiracının sadece icra takibine uğraması da sözleşmenin tek başına feshi için yeterli değildir. Özellikle satın alma hakkının haczedildiği durumlarda kiralayan tarafından sözleşmenin feshi sebebiyle özellikle alacaklıların zararına uğraması söz konusu olduğu gibi borçlu kiracının da zararına sebebiyet verilebilecektir. Özellikle bu gibi durumlarda kiralayan şirket tarafından sözleşmenin feshedilmemesi eğer kira bedelinde bir gecikme olabileceğini düşünüyor ise veya kira bedelinde bir gecikme söz konusu ise bu durumu derhal icra dairesine haber vermesi gerektiği ve sözleşmenin devam etmesi isteniyor ise kira bedellerinin icra dairesince ve haczi bulunan alacaklı tarafından ödenmesi durumunda sözleşmenin devamının sağlanabileceği hususunun bildirilmesinin gerektiği söylenebilir de, pratikte finansal kiralama şirketinin bu bildirim yapması pek de beklenemeyeceği gibi böyle bir bildirimde bulunmasını zorunlu kılan yasal bir yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Böyle bir durumda alacaklı ve icra dairesinin bu konuda hassas davranıp kiralayan şirketin sözleşmenin feshine imkân verecek davranışlardan kaçınması, kiracının temerrüde düşmesi önlenmelidir. Bunun için de alacaklının talebi üzerine icra dairesi finansal kiralama şirketine bildirimde bulunarak, kira bedelinin ve mülkiyetin geçişi için sözleşmede öngörülen bedelin yatırılmama-

⁵¹ Kocaağa, Köksal, a. g. e., s. 151; Başığit, Özgür, *Finansal Kiralama Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Hukuki Sonuçları*, s. 465.

⁵² Başığit, Özgür, a. g. m., s. 465.

sı halinde bu bedelin alacaklı tarafından karşılanacağı ve sözleşmenin devam ettirilmek istenildiği bildirilmelidir. Ancak şu hususu da belirtmek gerekir ki finansal kiralamaya konu malın ödenmemiş çok az bir taksitinin kalması ve malın borçluya sembolik bir bedel karşılığında (uygulamada bu bedel genellikle sembolik olup cüz'î bir değer taşımaktadır) mülkiyetinin devrinin kararlaştırıldığı durumlarda kirala-yan şirket tarafından bu bildirimde bulunulmalıdır. Zira kirala-yan şirketin bu bildirimde bulunmaması ve doğrudan temerrüde dayalı olarak sözleşmeyi feshetmesi hakkın kötüye kullanılması halini oluşturabilecektir (MK m. 2). Aynı şekilde finansal kiralama şirketinin icra dairesinin bildirimine rağmen sözleşmeyi devam ettirmek istememesi ve temerrüde dayalı olarak sözleşmeyi feshetmek istemesi de iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil edecektir.

Kiralayanın İcra Takibine Uğraması Hali

Kiralayanın icra takibine uğraması durumunda; Finansal Kiralama Kanunu'na uygun biçimde yapılmış sözleşmelere konu malların haczedilmesi mümkün değildir (FKK m. 20). Bu hükme göre finansal kiralama sözleşmesi konu malların haczedilmesi halinde finansal kiralama şirketinin⁵³ ve kiracının da bu işlemi şikâyet hakkının bulunduğu kabul edilmelidir.

Kiralayanın alacaklısı ancak bu durumda finansal kiralama sözleşmesinden kaynaklanan kira bedellerinin haczini talep edebilir. Kira bedellerinin alacağı için de kiracıya İİK m. 89/1 gereğince haciz ihbarnamesi gönderilmesi gerekecektir.

⁵³ Y.12. HD. 10.07.2006 T. E.12361 K.15162 "3226 sayılı Kanun'un 20/2.maddesi uyarınca, finansal kiralama konusu bir malın kiralayanın icra takibine uğraması halinde finansal kiralama konusu mallar sözleşme süresi içerisinde haczedilemez. Bu işlem bir istihkak iddiası olmayıp, 3226 sayılı Kanun'un 20/2. maddesi uyarınca finansal kiralama konusu mala getirilen bir mükellefiyettir. Somut olayda, borçlu finansal kiralama şirketi aleyhine icra takibinde bulunulduğundan bu malların haczedilemeyeceğine ilişkin şikâyetin 3226 sayılı Kanun'un 20/2. maddesi uyarınca borçlu finansal kiralama şirketi tarafından yapılmasında yasaya uymayan bir yön yoktur. Mahkemece yapılan şikâyet üzerine 3226 Sayılı Kanun'un 8/1. maddesi koşullarında bir finansal kiralama sözleşmesi olup olmadığı araştırılarak yapılacak inceleme sonucunda oluşacak sonuca göre bir karar vermek gerekirken menfaati bulunmadığından bahisle borçlu finansal kiralama şirketinin şikâyetinin reddine karar verilmesi isabetsizdir." (Yargı Dünyası, S. :131, s. 75)

Ancak finansal kiralama sözleşmesinin geçersiz olduğu ve adi kira sözleşmesi hükmünde sayılması gerektiği durumlarda, adi kira sözleşmelerine ilişkin Borçlar Kanunu'nun 254. maddesinin 1. fıkrası gereğince kiracı, kiralayanın şahsi alacaklılarının malı haczettirmelerine karşı çıkamaz; sadece kiralayandan sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zararlarının tazminini talep edebilir.

KAYNAKLAR

- Arkan, Sabih, Gemilerle İlgili Finansal Kiralamalardan Doğan Bazı Sorunlar (*Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan*, Ankara 1990, s. 435 vd.).
- Aslan, Kudret, *Hacizde İstihkak Davası*, Ankara 2005.
- Başıyigit, Özgür, Finansal Kiralama Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Hukuki Sonuçları (*Legal Hukuk Dergisi*, Şubat 2006, S. 38, s. 461 vd.).
- Can, Mertol, Mülkiyeti Finansal Kiralama Şirketlerine Ait Gemiler Üzerinde Gemi Alacaklısı Hakkının Sahibine Bahsettiği Kanuni Rehin Hakkının Doğup Doğmayacağı Meselesi (*Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, XVI, 1999, s. 197 vd.).
- Deynekli, Adnan / Kısa, Sedat, *Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli*, İstanbul 1996.
- Ekşi, Nuray, *Yabancı Gemilerin İhtiyati Haczi*, 2. Bası, İstanbul 2004.
- Erdem,ERCÜMENT, *Finansal Kiralama Sözleşmesinde Şekil (İzmir BD, S. 1988/1, s. 56 vd.)*.
- Eriş, Gönen, *Açıklamalı-İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu*, Ankara 2005.
- Güneren, Ali, *İcra ve İflâs Hukukunda İstihkak Davaları ile Tasarruf İptal Davaları*, Ankara 2004.
- Kaçak, Nazif, *Açıklama ve İçtihatlarla Hacedilemezlik*, Ankara 2006.
- Karataş, İzzet / Ertekin, Erol; *İcra ve İflâs Hukukunda İstihkak Davaları*, Ankara 1998.
- Kocağa, Köksal, *Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi*, Ankara 1999.
- Kötelı, Argun, *Leasing Sözleşmelerinin Hukuksal ve Mali Yönleri İle Türkiye'de Uygulanabilirliği (BATİDER, C. XII, Haziran 1983, S. 1, s. 63 vd.)*

- Kuntalp, Erden, Finansal Kiralama İşleminde Zilyetliğin Devri Yasasının Kapsamı ve Hukuki Niteliği (*Ünal Tekinalp'e Armağan*, C. II, İstanbul 2003, s. 673 vd.).
- Kuntalp, Erden / Pekgüçlü, Güzin, Finansal Kiralama Kanunu'nun Uygulanmasında Ortaya Çıkan Bazı Önemli Sorunlar (*BATİDER*, C. XX, Aralık 2000, S. 4, s. 5 vd.).
- Nazlıoğlu, Gültekin, *Finansal Kiralama Kanunu*, 2.Baskı, Ankara 1998.
- Sözer, Bülent, Leasing (Finansal Kiralama) Sözleşmelerinde Mülkiyet Unsuru (*BATİDER*, C.XV, Haziran 1989, S. 1, s. 49 vd.).
- Resioğlu, Seza, Finansal Kiralama Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları (*Bankacılar Dergisi*, s. 48)
- Tekinalp, Ünal, Sat ve Geri Kiralama Sözleşmesi (*Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, XVI, 1997, s. 167 vd.).
- Tercan, Erdal, *İflâsın Sözleşmelere Etkisi*, Ankara 1996.
- Türkmenoğlu, Demet; *Finansal Kiralama (Leasing)* (ABD, 1990/3, s. 377 vd.).
- Uyar, Talih, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, C. 5, 2. Baskı, Ankara 2006.
- Uyar, Talih, *İcra Hukukunda İstihkak Davaları*, 3. Baskı, İzmir 1994.
- Yavuz, Cevdet, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 4.Baskı, İstanbul2006.
- Yazman, İrfan, *Leasing Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti* (ABD, 1984/4, s. 551 vd.).
- Zevkliler, Aydın, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 8. Baskı, Ankara 2004.

AİHM KARARLARININ İÇ HUKUKA ETKİSİ*

Serkan CENGİZ**

Yeni Avrupa'da İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı? Hayal kırıklığı mı? Bugünün verileri, koşulları ve istatistikleri ile böylesi bir sorunun cevabını kolaylıkla ve berraklıkla verebilmek çok mümkün değil. Buna karşın Sözleşme'nin hazırlandığı ve yürürlüğe girdiği dönemi ortaya koyan, tecrübeleri yansıtan birkaç çalışma¹ dikkatlice okunduğunda, böylesi bir sorunun cevabı elbette inanılmaz bir başarı, demokrasi ve insan haklarının gelişimi açısından büyük bir kazanım olacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin dayandığı arka plan ışığında; ulusal makamların eylem ve işlemlerinin ikincil de olsa uluslararası bir Mahkeme denetimine tabi tutulmasının hayata geçirilebilmesi, ortak bir demokrasi anlayışının yaratılması, uygulanması ve geliştirilmesi açısından kuşkusuz can alıcı bir önem taşımaktadır.

Buna karşın böylesi bir hedefin hayata geçirilmesinde birincil sorumluluk elbette Avrupa Konseyi üyesi ülkelere düşmektedir. Kon-

* Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi, Ankara Barosu, Diyarbakır Barosu, European Association of Lawyers for Democracy and World Human Rights (Avrupa Demokrasi ve İnsan Hakları için Hukukçular Derneği) ve Çağdaş Hukukçular Derneği tarafından 8-9 Mart 2008'de Ankara'da düzenlenen "Yeni Avrupa'da İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı?" başlıklı uluslararası konferans için hazırlanmıştır.

** Av. İzmir Barosu.

¹ Özellikle Richard J. Evans'ın "the Coming of the Third Reich" ve "the Third Reich in Power" adlı çalışmaları, Adolf Hitler'in Silahlanma Bakanı Albert Speer'in Spandau Cezaevinde kaleme aldığı "Inside the Third Reich" adlı otobiyografisi ve son olarak Hannah Arendt'in "Eichmann in Jerusalem" eseri.

sey üyesi ülkeler bir rehber niteliği taşıyan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni, Mahkeme'nin kökleşmiş içtihatlarını ve yaklaşımını baz alarak ulusal hukuklarını demokratik toplum ilkeleri ve hukukun üstünlüğü prensibi ışığında günün ihtiyaçlarına göre biçimlendirmekle yükümlüdürler (Sözleşme m. 1). Doğası gereği etkin bir dış müdahaleyi açıkça gerektirmeyen bu yükümlülüğün bir sonucu olarak üye devletlerden uyum sürecinin gereklerini kendi iç dinamikleriyle yerine getirmeleri beklenmektedir.

Uyum sürecinin gereği Konsey üyesi ülkelere yerine getirildikçe, üye ülkelerin egemenlik sınırları dahilinde bulunan tüm gerçek ve tüzel kişiler Konsey sınırları içerisinde Sözleşme bağlamında tanınmış hak ve özgürlüklere kolaylıkla ulaşabileceklerdir. Konsey üyesi ülkelerin, üyeliğe girişle birlikte hayata geçirmeyi kabul ettikleri bu uyum sürecinin denetimi Konsey organları özellikle de Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi ve Bakanlar Komitesi'nin sorumluluğu altındadır.

AİHS'in gereklerini yerine getirmeyen, belirli sebeplerden dolayı uyum sürecini kendi inisiyatifi ile tamamla(ya)mayan bir üye ülke, devlet başvurusu ve özellikle de bireysel başvuru yoluyla Konsey organlarından birisi olan Mahkeme'nin denetimi ile karşı karşıya kalacaktır. Bireysel veya devlet başvurusu yolu ile yargısal bir denetim mekanizması işleten Mahkeme, yargılama sonrasında, iddia edilen ihlalin veya ihlallerin var olup olmadığını tespit eder ve kararın kesinleşmesiyle birlikte ilgili başvuru bağlamında yargılama görevini tamamlar ve kararı, ihlal tespiti içermesi koşuluyla, icra süreci için Bakanlar Komitesi'ne havale eder.

Yargılama sürecinin bitmesinden sonra başlayan bu yeni aşama Mahkeme kararların icrası ve sürecin denetimidir. Mahkeme kararlarının gereklerinin yerine getirilmesi ve bu sürecin etkin bir izleme ile kontrol altında tutulması Mahkemeye sunulabilecek benzer veya aynı tip (klon) yeni başvuruların önünün kesilmesine ve dolayısıyla da bu tür potansiyel başvuruların ulusal seviyede önceden çözümlenmesine neden olacaktır.

Mahkeme kararlarının icrasından ve bu sürecin denetiminden sorumlu olan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, bugün başarılı olup olmadığı tartışılan Mahkeme mekanizmasının geleceği açısından ol-

dukça önemli bir misyon üstlenmiştir.² Bu mekanizmanın ne kadar iyi işlediği, Mahkemenin çalışmasını ne şekilde etkilediği hususlarının analizine geçmeden önce Mahkeme faaliyetlerine ilişkin 2007 verilerine bir göz atalım.

2007 yılına ait bazı veriler³

Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin sayısı	: 47
Avrupa Konseyi ülkelerinin toplam nüfusu	: 850 Milyon
2007 Yılında Yapılan Başvuru Sayısı	: 41.716
31 Aralık 2007 itibariyle Mahkeme önündeki derdest toplam başvuru sayısı	: 79.427
31 Aralık 2007 itibariyle Mahkeme önündeki derdest toplam başvuru sayısı (Türkiye açısından)	: 9.173 (3.sırada)

Ortaya Çıkan Bazı Sonuçlar

Mahkeme'nin çalışmasına dair son veriler ve Mahkeme'nin Türkiye hakkındaki son kararları incelendiğinde öne çıkan problemleri şöyle sıralayabiliriz.

- Mahkemeye gönderilen başvuruların sayısı her geçen yıl artmıştır.
- Mahkemenin hali hazırdaki yavaşlığı 11 no'lu Protokol ile aşılammıştır.
- Mahkeme'nin 2008 yılının Ocak, Şubat ayları ile ve Mart ayı başı itibariyle Türkiye hakkında son kararlarının (*judgments*) başvuru numaraları, söz konusu başvuruların ağırlıklı olarak 2000 yılı ile 2004 yıllarında arasında yapıldığını göstermektedir. Dolayısıyla Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti'ne karşı yapılan bir başvuru ortalama 4 ila 8

² Ayrıntılı bilgi için bkz. Cengiz, Serkan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İcrası ve Sürecin Denetlenmesi", *Toplum ve Hukuk Dergisi*, 2003 Bahar.

³ İlgili veriler AIHM tarafından yıllık olarak yayımlanan 2007 Raporu'ndan alınmıştır (www.echr.coe.int)

yıl arasında sonuçlandırılmaktadır. Bu koşullar altında 2008 yılı itibarıyla yapılan olağan bir başvurunun bugünkü şartlar altında sonuçlandırılma tarihi en erken 2012 en geç 2016'dır.

- Aşırı dava yükü ve bir takım konjektürel nedenlerle (11 Eylül saldırısı ve sonraki gelişmeler ışığında anti-terör mücadelesi) Mahkeme'nin son dönemlerde vermiş olduğu kararların (Türkiye açısından), esasa ilişkin ihlal tespitleri ve yapılan değerlendirmeler açısından geçmişteki kararlara oranla çok daha geri olduğu gözlemlenmektedir. Mahkeme örneğin yaşam hakkı ihlali veya işkence ve kötü muamele yakınmalarını konu alan başvurularda delillerin değerlendirilmesi aşamasında başvuru sahiplerini orantısız bir ispat külfeti altına sokan, başvurularca sunulan delilleri yeterli görmeyen veya delillerin elde edilme sürecine etkisi olmayan başvuru sahibinin, içinde bulunduğu koşulları çok fazla önemsemeyen, devletin bu konudaki sorumluluğunu görmezden gelen bir yaklaşım değişikliğine gittiğine dair yaygın bir inanç bulunmaktadır.

- Mahkeme son dönemlerdeki kararlarında ikincillik ve tamamlayıcılık ilkelerini baz alarak ulusal makamların kararlarının esasına müdahale edemeyeceğini, takdir marjı açısından ulusal makamların öncelikli ve daha iyi konumda olduğunu belirterek incelemesini ulusal makamların eylem ve işlemlerinin Sözleşmeye şeklen uygun olup olmadığının denetlenmesiyle sınırlandırmıştır.

- Mahkeme örneğin adil yargılanma hakkının ihlaline ilişkin başvurularda yalnızca askeri yargıçlar (*Incal/ Türkiye, Başvuru no: 22678/93, 9 Haziran 1998 tarihli karar*), uzun yargılama (*Özkan / Türkiye, Başvuru no. 50733/99, 9 Kasım 2004 tarihli Daire kararı*), Yargıtay (*Göç / Türkiye, Başvuru no: 36590/97, 11 Temmuz 2002 tarihli Büyük Daire Kararı*) ve Danıştay (*Bayram Meral / Türkiye, Başvuru no: 33446/02, 27.11.2007 tarihli karar*) Başsavcılığının tebliğnamelerinin gönderilmemesi gibi şekli sorunlar üzerinde durmakla yetinmiş, masumiyet karinesinin ihlali, hukuka aykırı delillerin varlığı, savunma hakkı, silahların eşitliği ilkesi vb. esasa ilişkin pek çok önemli noktayı atlayan bir tavır içine girmiştir.

- Mahkeme son olarak Türkiye açısından oldukça gürültü koparan meselelerde (*türban, seçim barajı vs.*) zorunlu toplumsal ihtiyaç (*pressing social need*) ve üye devletlere bırakılan takdir marjı (*margin of appreciation*) prensiplerine dikkat çekerek ilgili başvuruları reddetmiştir.

Türkiye Özelinde AİHM

1954 yılından bu yana Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin tarafı olan Türkiye, 1990 yılında egemenlik sahası içinde bulunan kişilere bireysel başvuru hakkını tanıyarak ulusal hukukun sonraki yıllarda hatırı sayılır bir şekilde değişmesine neden olacak bir süreci başlatmıştır.

Bireysel başvuru hakkının tanınmasıyla birlikte 1990-2000 yılları arasında Mahkeme'ye gönderilen bireysel başvurular, ağırlıklı olarak Sözleşme'nin 2. (yaşam hakkı), 3. (işkence ve kötü muamele yaşı), 5. (özgürlük ve güvenlik hakkı), 6. (adil yargılanma hakkı), 13. (etkin iç hukuk yolu) ve son olarak 1 no'lu Protokol'ün 1. maddesine dayanmıştır.

90 yılların özellikle ikinci yarısında Türkiye açısından ilan edilmeye başlanan Mahkeme kararlarının sayısı ve muhtevası 1954-1990 yılları arasındaki uyum sürecinde dişe dokunur bir gelişmenin sağlanamadığını açıkça ortaya koymuştur. Mahkeme bu dönemde yapmış başvurulara ilişkin kararlarıyla, Türkiye'de(ki) ilgili dönemdeki hak ihlallerinin hangi boyutlarda ve sıklıkta olduğunu açıkça ortaya koymuş ve en önemlisi de bu döneme ilişkin kararlar diğer ülkelere dair yargılamalarda referans içtihat olarak kabul görmeye başlamıştır. Konsey'in en kıdemli üyelerinden birisi olan Türkiye, istemeyerek de olsa Sözleşme'nin yorumlanması ve geliştirilmesi açısından beklenmedik bir katkı sunmuştur. Bir başka ifadeyle Türkiye'nin içinde bulunduğu durum Sözleşme mekanizmasının etkinliğinin analizi ve eksiklerinin ortaya konulması açısından eşsiz bir emsal oluşturmaktadır.

Hal böyle olmakla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye hakkında vermiş olduğu kararların ulusal mahkeme kararları üzerinde ne gibi etkiler doğurduğu, Mahkeme kararlarının bir sonucu olarak değiştirilen ulusal mevzuatın yine ulusal mahkemeler ve makamlar üzerinde yarattığı etkiler hususunda çok fazla ulusal kaynağın olmayışı, bu etkilerin bilimsel anlamda ortaya konulmasını ve analizinin yapılmasını güçleştiren bir faktör olarak karşımıza çıkmaktadır.

Mahkeme ve Mahkeme'nin Türkiye hakkındaki kararları bazı davalarda özelinde ve de dönemsel olarak kamuoyunda yer tutsa da (örneğin Abdullah Öcalan ve Leyla Şahin davaları) Konsey'in bir nevi Anayasa Mahkemesi olan AİHM'in ve kararlarının ulusal mahkemeler, makamlar ve hukukçular açısından ne şekilde algılandığı ve algı-

lanması gerektiği hususunda elimizde sadece birkaç ipucu mevcuttur. Bu ipuçlarından en önemlisi Mahkeme tarafından yayımlanan yıllık çalışma raporlarıdır.

1990-2000 yılları arasındaki süreci 1954 yılında başlayan bir uyum döneminin son evresi olarak kabul edersek Avrupa Birliği giriş sürecinin hızlandığı, üyeliğin gerektirdiği yasal ve anayasal düzenlemelerin hıza çıkarıldığı 2000 yılı sonrasına dair verilerin Mahkeme'nin işleyişinin tahlili anlamında daha kabuledilebilir sonuçlar ortaya koyabileceği inancındayız. Bu nedenle ilk olarak 2000-2007 yılları arasında Mahkeme'nin Türkiye açısından yayınlamış olduğu konuyla ilgili istatistiklere göz atmanın faydalı olacağı düşüncesindeyiz.

AIHM verileri ışığında Türkiye (2000-2007)⁴
Turkey in light of data on the ECtHR (2000-2007)
(Başvuruların Değerlendirilmesi)
(Evaluation of applications)

Yıllar (Years)	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	Toplam/ Total
Başvuru sayısı (number of applications)	1117	2499	3879	2944	3930	2244	2353	2830	21796
Kabuledilebilirlik Ka. (number of admissibility decisions)	279	90	102	142	172	241	362	387	1775
Kabuledilmezlik Ka. (number of inadmissibility striking off decisions)	394	384	1639	1632	1817	1366	3166	1573	11971
Karar (esas) (number of judgments on merits)	26	171	55	76	156	276	320	331	1411
Karar (dostane çözüm) Judgments (friendly settlements)	12	57	45	44	10	6	8	3	185

⁴ Tablodaki veriler Mahkeme tarafından yıllık olarak yayınlanan raporların derlemesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Reports+and+Statistics/Reports/Annual+Reports/>

Yukarıdaki Tablonun Ortaya Koyduğu Sonuçlardan Bazıları Şunlardır:

- Türkiye’den Mahkeme’ye her yıl ortalama 3.000 başvuru gönderilmektedir.
- Mahkeme’nin başvurulara ilişkin vermiş olduğu kararlar her yıl bir öncekine nazaran artmış olsa da, bu husus Türkiye’den yapılmış başvuruları hızını kesememiştir.
- Mahkeme önündeki derdest başvurular açısından Türkiye 9.137 başvuru ile 54 yıl sonra bile hala üçüncü sıradadır.

Kuşkusuz salt başvuru ve Mahkeme kararlarının sayısı değil Mahkeme kararlarının muhtevası ve ihlal tespit edilen maddelerin neler olduğu ve bunların yoğunluğu da Sözleşme sisteminin etkinliğinin değerlendirilmesi açısından oldukça önemli sonuçlar ortaya koyacaktır. Bu nedenle 2003-2007 yılları arasında Mahkeme’nin Türkiye açısından yayınlamış olduğu kararlara ilişkin istatistiklere göz atmanın faydalı olacağı düşüncesindeyiz.

AİHM verileri ışığında Türkiye (2003-2007)⁵ *Turkey in light of data on the ECtHR (2003-2007)* (Türkiye Açısından İhlallerin Değerlendirilmesi) (Evaluation of the findings of the Court in respect of Turkey)

Yıllar (Years)	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	Toplam/ Total
Yaşam hakkı / Etkin Olmayan Soruşturma (md.2) <i>(Right to life/ lack of effective investigation)</i>				1/2	6/18	15/26	9/21	3/11	34/78
İşkence/ Kötü ve Alçaltıcı Muamele/ Etkin Olmayan Soruşturma (md.3) <i>(Torture/ inhuman and degrading treatment/ Ineffective investigation)</i>				1/8/2	1/14/2	0/27/1	3/24/1	8/23/16	13/96/22

⁵ Tablodaki veriler Mahkeme tarafından yıllık olarak yayınlanan raporların derlemesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Reports+and+Statistics/Reports/Annual+Reports/>

Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (m. 5) <i>(Right to liberty and security)</i>				9	28	49	69	95	250
Adil Yargılanma Hakkı / Uzun Yargılama (md.6) <i>(Right to fair trial / Length of proceedings)</i>				56/3	74/8	93/32	93/48	99/67	415/158
Özel Yaşam ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı (md.8) <i>(Right to respect for private and family life)</i>				5	6	3	8	5	27
İfade Özgürlüğü (md.10) <i>(Freedom of expression)</i>				6	20	39	35	26	126
Etkin İç Hukuk Yolu (md.13) <i>(Right to an effective remedy)</i>				4	21	36	55	25	141
Mülkiyetin Korunması (md.1, 1 no'lu Protokol) <i>(Protection of property)</i>				5	42	65	82	58	252

Yukarıdaki tablonun ağırlıklı olarak ortaya koyduğu sonuç, Sözleşme tarafından korunan hak ve özgürlüklere dair ihlallerin sayısında da yıllar içersinde hatırı sayılır bir azalmanın olmayışdır.

Bir diğer ifadeyle gerek Türkiye gerekse de Mahkeme kararlarının icra sürecinin denetiminden sorumlu olan Bakanlar Komitesi, kendilerine verilen görevleri gerektiği gibi yerine getirememiş ve sonuç olarak Sözleşme tarafından korunan hakların ilişkin ihlallerin ulusal düzlemde etkin bir şekilde çözülmesi sağlanamamıştır. Mahkemenin hali hazırdaki yavaşlığının ve yukarıdaki önemli eksikliklerin bir başka önemli sonucu ise AIHM'in geleceğini ipotek altına alan aynı tipten yüzlerce başvurunun bu süre zarfında Mahkeme'ye taşınması ve iş yükünün anormal şekilde artmasıdır.

Türkiye Özelinde Bazı AIHM Kararları ve Takip Eden Yasal Değişiklikler

- **Akkuş / Türkiye davası (Kamulaştırma yasası)**

Başvuru no : 19263/92

Başvuru tarihi : 1992

Karar Tarihi : 9 Temmuz 1997

İhlal : Kamulaştırma yasası gereğince ödeme şekli ve geç ödeme
(1 no'lu Protokol m. 1 mülkiyet hakkı ihlali)

Mevzuat değişiklik tarihi:

24 Nisan 2001 tarihli ve 4650 sayılı kanun ile kamulaştırma yasası değiştirilmiştir.

- **Incal / Türkiye Davası (Askeri yargıç ve savcılar)**

Başvuru no : 22678/93

Başvuru tarihi : 1993

Karar Tarihi : 9 Haziran 1998

İhlal : Yargılamayı yapan DGM'de Askeri yargıç bulunması

(Sözleşme m. 6/1- Adil Yargılanma hakkının ihlali)

Mevzuat değişiklik tarihi:

18 Haziran 1999 tarihli ve 4388 yasa ile Anayasa'nın 143. maddesi değiştirildi. 4390 sayılı yasasının yürürlük tarihi olan 22 Haziran 1999 tarihinde DGM'lerde görev yapan askeri yargıç ve savcılarının görevleri sona erdi.

- **Taşkın ve Diğerleri / Türkiye Davası**

Başvuru no : 46117/99

Başvuru tarihi : 1999

Karar Tarihi : 10.11.2004

İhlal : Ulusal mahkeme kararlarına rağmen siyanür liçi yöntemi ile altın arama faaliyetinin devamı, çevre halkın büyük ölçekli çevre projelerinde ilgilendirilmemesi ve karar mekanizmalarına dahil edilmemesi, siyanür liçi yöntemi ile altın arama faaliyetinin devamı için Mahkeme kararlarının etrafından dolanacak Bakanlar Kurulu Gizli Kararnamesi çıkarılması.

(Sözleşme m. 6/1- Adil Yargılanma hakkının ihlali, Sözleşme m. 8 Özel hayata ve aile hayatına saygı)

Mevzuat değişiklik tarihi:

AİHM kararı sonrasında 16.12.2003 günlü ve 25318 sayılı *Resmi Gazete'de* yayımlanan Çevresel Etki Değerlendirme Yönetmeliğinin Geçici 3. ve Geçici 6. maddelerine dayanarak altıncı şirkete ÇED (Çevre Etki Değerlendirme Belgesi) belgesini alması açısından muafiyet tanınmış, ÇED belgesi yerine Çevre Durum Değerlendirme Belgesi adı altında, ÇED belgesi alma yeterliliğine sahip olmayan işletmelerin alması öngörülen yeni bir belge alması sağlanarak şirkete süratle yeni bir ruhsat verilmiştir. Şirket bu ruhsata dayalı olarak 20 Mayıs 2005 tarihinde tekrar faaliyete geçmiştir. Bunun üzerine ikinci kuşak AİHM davalarının pilotu niteliğinde olan Dikmenoğlu/Türkiye başvurusu, 8. ve 6. madde altında ileri sürülen önceki ihlallerin yanı sıra ulusal hukuk yollarının da etkisiz olduğu gerekçesiyle tarafımızca Mahkemeye sunulmuştur.

Mahkeme, talebimiz üzerine, 13 Eylül 2005 tarihli kararı ile başvurumuza öncelik verilmesine karar vermiştir.

Danıştay Altıncı Dairesi 31.10.2007 tarihli kararı ile 16.12.2003 günlü ve 25318 sayılı *Resmî Gazete'*de yayımlanan Çevresel Etki Değerlendirme Yönetmeliği'nin Geçici 6. maddesini oy çokluğuyla iptal ederek, bu maddeye dayanılarak çıkarılan Çevre Durum Belgesi'nin altıncı şirkete bir muafiyet sağladığını, Çevre yasasında böylesi bir muafiyet öngörülmediğini belirterek bir kez daha başvurucuların hukuk mücadelesini haklı bulmuştur.

Buna karşın konuyla ilgili vakayla ilgili olarak yaklaşık 1.500 başvuru iki başvuru altında ve ikinci kez AİHM'e başvurmak durumunda kalmışlardır. Şirketin sodyum siyanür kullanarak yürüttüğü altın çıkarma faaliyetleri ve AİHM yargılaması halen devam etmektedir.

Yukarıdaki Üç Örneğin

Ortaya Koyduğu Sonuçlardan Bazıları Şunlardır

- Mahkeme, 92, 93 ve 99 yıllarında yapılan başvuruları sırasıyla 1997, 1998 ve 2004 yıllarında yani başvuru tarihinden 5 yıl sonra sonuçlandırmıştır.
- Mahkeme'nin bu öncül davaları inceleme süresi içerisinde aynı konuda yüzlerce başvuru AİHM'ye taşınmıştır (özellikle kamulaştırma işlemi ve DGM yargılamaları açısından).
- Mahkeme'nin kararlarını ilan etmesinden çok sonra konuyla ilgili yasal mevzuatı değiştirilmiş ve gecikmeli de olsa aynı konudaki potansiyel başvuruların ulusal hukukta çözümlenmesine olanak sağlanmıştır. Buna karşın değişiklik tarihine kadarki süre içerisinde AİHM'e sunulmuş olan ve yüzlerle ifade edilebilecek başvurular AİHM'de sonuçlanmayı beklemiştir. (Kamulaştırma davaları ve DGM yargılamaları açısından).
- *Taşkın ve Diğerleri / Türkiye* davası sonrasında ilgili Devlet kurumları hukukun etrafından dolanma (circumvent) yöntemlerine başvurmaya devam etmektedirler. Sonuç olarak dava özelinde 1997 tarihli Danıştay kararı ile 10 Kasım 2004 tarihli AİHM kararlarının gerekleri halen yerine getirilmemiştir.

Mahkeme Kararlarının İcrası ve Sürecin Denetlenmesi

Sözleşme'nin 46 maddesinde de belirtildiği üzere, taraf devletlerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına uymaları (özellikle taraf oldukları davalarda) insan haklarının korunmasında ve geliştirilmesinde çok önemli bir araç olan Sözleşme mekanizmasının devamlılığı açısından temel bir rol oynamaktadır.

"AİHS madde 46: "Yüksek Sözleşmeciler Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkemenin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler. Mahkemenin kesinleşmiş kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek Bakanlar Komitesi'ne gönderilir."

Kesinleşmiş olan Mahkeme kararlarının (gerek inceleme konusu yapılan başvuru gerekse de bütünsel açıdan) uygulanmasının sağlanması Sözleşme'nin 46. maddesinin 2. fıkrası uyarınca Bakanlar Komitesi'nin sorumluluğu altındadır.

Sözleşme'ye taraf devletler AİHM kararı bağlamında hayata geçirdikleri yeni yasal ve idari düzenlemeler ile aldıkları diğer önlemleri (buna tazminatın başvurucaya ödenmesi de dahildir) Bakanlar Komitesi'nin bilgisine sunmakla yükümlüdürler. Bu yükümlülük sayesinde ulusal hukukta alınan bir dizi önlem, konuyla ilgili AİHM kararları ışığında incelenmek üzere, Bakanlar Komitesi'nin bilgisine sunulmaktadır. Bakanlar Komitesi Sözleşme'den kaynaklanan denetim yetkisinin bir gereği olarak, sunulan bilgiler ve uygulama üzerinde bir dizi ayrıntılı inceleme yapmakta ve inceleme sonucunda hazırlanan Komite kararları gerek kamuoyuna gerekse de ilgili devlete bildirilerek, incelenen önlemlerin yeterli olup olmadığı hususunda bilgi verilmektedir.⁶

Mahkeme kararlarının uygulanmasının denetlenmesiyle kastedilen bir takım benzer ihlallerle gelecekte karşı karşıya kalınmasının önlenmesi amacıyla ulusal düzeyde genel ve özel tedbirlerin alınması, ulusal düzeyde ihlal sonrası yaratılan yeni durumun Mahkeme kararındaki tespitler ışığında değerlendirilmesi, yeterli olup olmadıklarının, ihtiyaca cevap verip vermediklerinin tespiti, yeterli olmamaları durumunda ilgili devlete tavsiyelerde bulunularak sorunun çözümünün sağlanmasıdır.

⁶ Komite kararları için bkz. http://www.coe.int/t/cm/humanRights_en.asp

Peki bir devlet Mahkeme kararlarının gereğini yapmaz ise ne olur?

AİHM kararlarının üye devletler tarafından yerine getirilmemesi durumunda uygulanabilecek yaptırımlar ve kim tarafından uygulanacağı Avrupa Konseyi Statüsü'nde düzenlenmiştir. Statünün özellikle 8. maddesi bu konuya ilişkin hükümler ihtiva etmektedir:

Avrupa Konseyi Statüsü 8. madde: “Avrupa Konseyi'nin üçüncü madde hükümlerini ciddi surette ihlal eden, her üyesi temsil hakkından bir müddet için mahrum edilebilir ve Bakanlar Komitesi tarafından yedinci maddedeki şartlar dahilinde Konsey'den çekilmeye davet edilebilir. Bu davet nazarı itibaren(?) alınmadığında Komite, bizzat Komite'nin tayin edeceği tarihten itibaren bahis mevzuu üyenin artık Konsey'e mensup olmadığına karar verebilir.”

Avrupa Konseyi Statüsü 3. madde: “Avrupa Konseyi'nin her üyesi, hukukun üstünlüğü prensibini ve hükmü altında bulunan her şahsın insan haklarından ve ana hürriyetlerden faydalanma prensibini kabul eder. Birinci fasılda yazılı gayenin güdülmesine samimi ve fiali bir surette iştirak etmeyi taahhüt eyler.”

Mahkeme kararlarını uygulamamakta ısrar eden devletler, Konsey'den çıkarılmaya kadar varabilen bir takım yaptırımlarla karşı karşıya kalabilirler.⁷ Fakat Bakanlar Komitesi, bu sürecin işletilmesinde en azından bugüne kadar pek istekli davranmamıştır. Komite'nin taraf devletlerin dışişleri bakanlarından veya daimi temsilcilerinden oluşturduğu (politik oluşumu) göz önüne alındığında bu esnekliği anlamak daha da kolaylaşacaktır. Örneğin, *Loizidou/Türkiye* yargılamasında, kararın icrasının yaratacağı kapsamlı sonuçları göz önüne alan Türkiye uzun bir süre kararın gereklerini yerine getirmekten imtina etmiştir. Bakanlar Komitesi konuya ilişkin değişik zamanlarda yayınladığı kararlarında bu duruma dikkat çekmiş, fakat Konsey Statüsü'nün 8.maddesi kapsamında herhangi bir yaptırıma başvurmamış sadece Türkiye'yi kararı uygulamaya davet etmekle yetinmiştir. Buna karşın Bakanlar Komitesi ilgili kararın icrasına dair 24 Temmuz 2000 tarihli kararında, kendisine tahsis edilmiş olan birtakım yollara başvurabileceği hususunda ilk kez bir Sözleşme tarafına (Türkiye'ye) ikazda bulunmuştur.⁸

⁷ Albaylar cuntası döneminde Yunanistan'ın Konsey üyeliğinden çekilmesi.

⁸ Bakanlar Komitesi kararı, 24 Temmuz 2000, Karar DH(2000)105: “Türkiye'nin

Bunun üzerine Türkiye Mahkeme tarafından hükmedilen tazminatı başvurucaya ödemek durumunda kalmıştır.

14 No'lu Protokol Işığında Yeni Sistem⁹

Sözleşme, kabul edildiği 1950 yılından bu yana pek çok değişikliğe tabi tutuldu. Söz konusu değişikliklerle hedeflenen Avrupa toplumunun geçirdiği değişim sürecinin gereklerine cevap verebilen bir Sözleşme ve Mahkeme yaratma ihtiyacıydı. Bu konudaki en önemli düzenlemelerden birisi 1994 yılında imzaya açılan ve 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 no'lu Protokoldür. 11 no'lu Protokol, tüm zamanlı faaliyet gösteren tek bir Mahkeme yaratılmasını (Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun kaldırılması), bireysel başvuru yolunun basitleştirilmesini ve başvurulara ilişkin yargılama sürelerinin kısaltılmasını amaçlamaktaydı. Mahkeme'ye ilişkin veriler incelendiğinde bunlardan sadece bireysel başvuru yolunun, bir başka deyişle başvuru usulünün basitleştirilmesi ve kısmen de olsa yargulamaların hızının artırılması amacının yerine getirildiğini buna karşın yargılama sürelerinde istenilen kısalmanın, özellikle üye ülke sayısındaki son yıllardaki hızlı artış nedeniyle, gerçekleşmediğini görmekteyiz.

Yukarıda kısaca özetlenen dava yükü artışının Mahkeme'nin faaliyetleri üzerinde yarattığı olumsuz etkilerin kaldırılması amacıyla, Kasım 2000 tarihinde Roma'da yapılan Avrupa Bakanları İnsan Hakları Konferansı'nda, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne "*söz konusu durum ışığında etkin çözümlerin yaratılması amacıyla kapsamlı bir çalışma*" başlatması çağrısı yapıldı.

Bu çağrı sonrasında Konsey tarafından yürütülen konuyla ilgili çalışmalar, temel olarak 3 konu üzerinde odaklanmıştır:

- Kitlemel temelsiz başvurular açısından Mahkeme'nin filtre kapasitesinin geliştirilmesi;

Mahkeme'nin vermiş olduğu bir kararı uygulamayı reddetmesi onun, Avrupa Konseyi'nin bir üyesi ve bir Yüksek Sözleşen Taraf olarak, uluslararası yükümlülüklerini önemsemediğini açık olarak göstermektedir... Komite, Türkiye'nin bu karar uyarınca yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamak amacıyla elinde bulunan tüm yollara başvuracağı kararını deklare eder."

⁹ 14 no'lu Protokol hakkında ayrıntılı bilgi ve Protokolün tam çevrisesi için bkz. Cengiz, Serkan, "14 no'lu Protokol ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Getirilecek Olan Değişiklikler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ocak-Şubat 2005 Sayısı.

- Başvuruların kolaylıkla reddedilmesini öngören yeni bir kabul edilebilirlik kriteri yaratılması (ciddi insan hakları ihlalleri); ve son olarak,
- Mahkemeye sunulmuş önceki davaların tekrarı mahiyetindeki davalara ilişkin önlemler alınması (klon davalar).

Hedeflenen bu amaçları gerçekleştirmek amacıyla hazırlanan 14 no'lu Protokol çok büyük bir hızla Konsey üyesi ülkelerin birisi (Rusya) dışında tamamı tarafından onaylandı. Rusya'nın imzalamaması nedeniyle yürürlüğe giremeyen 14. no'lu protokol ile yeni bir kabuledilebilirlik kriteri Sözleşme'ye eklenecektir. Bu kriter ihlal iddiasının şayet ciddi olması halinde başvurunun (diğer mevcut koşulları da yerine getirmesi şartıyla) kabul edilebilir bulunabileceğidir.

14. No'lu Protokol Madde 12

Sözleşme'nin 35.maddesinin 3.paragrafı aşağıdaki şekilde değiştirilir:

"3. Mahkeme;

a. Başvuruyu işbu Sözleşme ve Protokolleri hükümleri ile bağdaşmaz, açıkça dayanaktan yoksun veya başvuru hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirirse; veya

b. Başvurucunun ehemmiyetli bir dezavantaja maruz kalmamış olduğuna kanaat getirirse, işbu Sözleşme ve Protokollerinde tanımlanan insan haklarına saygı anlayışının başvurunun esasın incelenmesini gerektirmemesi ve de ulusal bir mahkeme tarafından layıkıyla ele alınmamış hiçbir davanın bu gerekçeyle reddedilmemesinin sağlanması şartıyla,

34. madde uyarınca sunulan herhangi bir kişisel başvuruyu kabuledilemez olarak ilan eder."

Yeni 35. maddenin 3 paragrafının *a* fıkrası yürürlükteki 3. paragraf olup bu konuda herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir. Buna karşın yeni eklenen *b* fıkrası ile çok önemli bir kabul edilebilirlik kriteri getirilmiştir. Fıkra göre bir başvurunun kabuledilebilir bulunabilmesi için başvurucunun "*ehemmiyetli bir dezavantaja*" maruz kalması gerekecektir. Buna karşın başvurunun, Sözleşme ve protokollerden kaynak-

lanan insan haklarına saygı uyarınca, incelenmesinin gerekli olması halinde (söz konusu başvuru nedeniyle sorumlu devletin ülkesinde bir mevzuat değişikliğine gidilecek olması gibi) başvurucu “*ehemmiyetli bir dezavantaja*” maruz kalmamış olsa dahi Mahkeme başvuruyu kabul edebilir ilan edebilecektir. Paragrafın ne şekilde yorumlanacağı tümüyle Mahkeme’nin pratiğiyle belli olacaktır.

Bu madde ile getirilen yeni kabuledilebilirlik kriteri -“*ehemmiyetli bir dezavantaja maruz kalma*” - oldukça belirsizdir. Kuşkusuz bu belirsizlik bazı insan hakkı ihlallerinin önemsiz olarak addedilmesi anlamına gelebilecek ve taraf devletlerin bazı ihlalleri bu gerekçe ile göz ardı edebilmesine olanak tanıyacaktır.

Bu madde ile getirilecek olan yeni kabuledilebilirlik kriteri, Protokol’ün yürürlüğü gireceği tarihe kadar hakkında kabuledilebilirlik kararı verilmemiş olan tüm başvurular açısından uygulanacaktır. Buna karşın söz konusu yeni kabuledilebilirlik kriteri Protokol’ün yürürlüğünü takip eden ilk iki yıl içerisinde, sadece daireler ve Büyük Daire tarafından uygulanacaktır. İki yıllık sürenin akabinde ise tek yargıç oluşumu ve komiteler tarafından da uygulanmaya başlanacaktır. Dolayısıyla Protokol’ün yürürlüğe girmesiyle birlikte hakkında henüz kabuledilebilirlik kararı verilmemiş olan ve daireler tarafından görülmekte olan tüm başvurular açısından bu fıkra hükmü uygulanabilecektir.

Buna karşın *b* fıkrasının en sonuna eklenen “*ulusal bir mahkeme tarafından layıkıyla ele alınmamış hiçbir davanın bu gerekçeyle reddedilmemesinin sağlanması şartıyla*” cümlesi söz konusu kuralın ulusal bir Mahkeme tarafından Sözleşme ve içtihatlar ışığında layıkıyla ele alınmamış hiçbir bireysel başvuruya uygulanmayacağını belirterek değişikliğin yaratacağı tehlikeler bir nebze de olsa önlenmeye çalışılmıştır.

Buna karşın Avrupa’daki pek çok insan hakları kuruluşu, avukat, akademisyen bireyin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde hak arama mücadelesinin engelleneceği gerekçesiyle bu değişikliğe karşı çıkmaktadır.¹⁰

¹⁰ Uluslararası Af Örgütü, the AIRE Centre, Interights, Liberty 25 Şubat 2004 tarihinde dönemin İngiliz Dışişleri Bakanı Jack Straw’a yazdıkları mektupta yeni kabul edilebilirlik kriterinin Avrupa Konseyi’nin temeli olan ve tüm sistemin üzerine inşa edildiği bireysel dilekçe hakkı açısından radikal bir sapma yaratacağına dikkat çekmişlerdir.

SONUÇ

Madde metinlerinden ve Mahkeme'nin kararlarından da anlaşılacağı üzere Sözleşme mekanizması ikincil ve tamamlayıcı bir niteliğe sahiptir. Dolayısıyla Sözleşme tarafından garanti altına alınan hakların bireylere sağlanmasında temel görev öncelikle taraf devletlere düşmektedir. Devletlerin başarısız olması ölçüsünde Sözleşme mekanizması devreye girmekte ve bireyin hak kayıpları önlenmeye çalışılmaktadır. Önemli olan bir diğer husus da devletlerin sadece taraf oldukları davalara ilişkin verilen Mahkeme kararlarına değil tüm devletlere ilişkin verilen Mahkeme kararlarına icabet etmelerinin ve bunlar uyarınca iç hukuklarında düzenleme yapmalarının zorunlu olmasıdır.

Mahkeme'ye yapılan başvuru sayısındaki artış göz önüne alındığında Türkiye özelinde Konsey üyesi devletlerin üzerlerine düşen yükümlülüğü gerektiği şekilde ve hızla yerine getirmedikleri ortaya çıkmaktadır. Peki, Mahkeme kararlarının icrasının denetiminden sorumlu olan Bakanlar Komitesi, özellikle devlet kaynaklı bu direnmeler ve ayak sürümeler karşısında ne gibi ciddi tedbirlere başvurmuştur. Konseyden çıkarma yaptırımı da dahil olmak üzere bir dizi "sürecin" tetikleyicisi olan bir mekanizmanın kontrolüne sahip olan Bakanlar Komitesi bu güne kadar ne derece etkin davranmıştır. Mahkemeye sunulan binlerce benzer başvuru şunu gösteriyor ki Bakanlar Komitesi Sözleşme'nin 46. maddesi altında kendisine verilen görevleri gerektiği şekilde yerine getirememiştir.

Sonuç olarak dava yükünün bu derece artmasında esas sorumlu olan iki unsur (Devletler ve Bakanlar Komitesi) bir kenara bırakılarak bireysel başvuru mekanizmasının bireyler açısından getirdiği koruma mekanizması, 14 no'lu Protokol'ün getireceği oldukça muğlak terimlerden oluşan yeni kabul edilebilirlik kriteri ile, daraltılmaya çalışılmaktadır. Bu durum Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin temeli olan bireysel başvuru hakkına oldukça zarar verecek, bireyi devlet karşısında daha da güçsüz kılacaktır.

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 02.05.2007

E. 2007/21-228

K. 2007/247

- * Tasarrufu teşvik anapara ve nema alacağı
- * Alacak davası
- * İşveren katkı payları
- * Müteselsil sorumluluk
(3417 sayılı K. m. 4, 7, mülga 2;
818 s. Borçlar K. m. 141;
4853 sayılı K. m. 7, 8; 506 s.
Sosyal Sigortalar K. m. 79, 80/5;
4857 s. İş K. m. 7; AY. m. 60)

Taraflar arasındaki “*alacak*” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Bursa 3. İş Mahkemesi’nce davanın kabulüne dair verilen 01.03.2006 gün ve 2006/416 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi’nin 12.12.2006 gün ve 6293-15199 sayılı ilamı ile (...Davacı, dava dışı N.D. adlı şahsa ait işyerinde 01.01.1994-11.10.2004 hizmet akdiyle çalışmasına rağmen bu döneme ilişkin tasarruf teşvik primlerinin ilgili bankaya yatırılmadığını belirterek tasarruf teşvik primleri ve nema alacağının davalı kumrundan tahsilini talep etmiştir.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş ise de varılan sonuç doğru olmamıştır.

3417 sayılı Yasa’nın 4. maddesi işverenlerin işçilerin ücretlerinden yapacakları tasarruf kesintileri ile sağlayacakları işveren katkılarını tahakkuk ettirerek ücret ödemesinin yapıldığı ayı takip eden ayın so-

nuna kadar T.C. Ziraat Bankasında işçiler adına açtıracakları “*Tasarruf Teşvik Hesabına*” yatıracaklarını hüküm altına almış, 7. maddesi ile de işverenler tarafından tasarrufu teşvik kesintileri aylık bildirim formlarının zamanında Ziraat Bankası’na gönderilmemesi ve kesinti ve katkı tutarlarının ödenmemesi halinde Kurum’un re’sen veya ilgililerin başvurusu halinde 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun primlerin tahsiline ilişkin hükümleri uyarınca tahsil olunarak alınacak gecikme zammı ile birlikte ilgili banka hesabına yatırılacağı öngörülmüştür. Bu yasal düzenlemeden davalı Sosyal Sigortalar Kurumu’nun işverence Ziraat Bankasına yatırılmayan fonlar ile yoksun kalınan nemalardan doğrudan sorumlu olduğu sonucuna varılamaz. Kurum’un sorumluluğu ancak; davacının dava açmadan önce kuruma müracaat edip kesinti ve katkı tutarlarının işverence bankaya yatırılmadığını belirterek harekete geçmesini istemesi buna rağmen Kurumun yasal görevini yapmaması halinde söz konusu olacaktır.

Dosyada davacının bu yönde bir başvurusu olduğuna ilişkin bilgi ve belge yer almamaktadır.

Yasal sürede Ziraat Bankası’na yatırılmayan fon ve yoksun kalınan nema alacaklarının borçlusu işverendir. İşveren de davada taraf değildir. Anılan gerekçelerle davanın reddi yerine kabulü usul ve yasa aykırı olup bozmayı gerektirir.

O halde, davalı kurumun bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...) 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, tasarrufu teşvik anapara ve nema toplamı istemine ilişkindir.

Yerel mahkemece, işverenin, tasarruf kesintilerini süresinde ilgili bankaya hesabına yatırmamış olması karşısında, resen ya da başvuru üzerine SSK tarafından bu kesintilerin tahsil edilip yatırılması gerek-

tiği, yasaca yüklenen bu görevin yerine getirilmemiş olması halinde, Kurumun, iddiaya konu istemlerden teselsül hükümleri uyarınca sorumlu olacağı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Uyuşmazlık; davalı Kurum'un, çalışanların banka hesaplarına işverence yatırılmayan tasarruf kesintisi ve katkı payları ile nema toplamından teselsül hükümlerine göre sorumlu olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Bir hukuksal ilişkinin borç ilişkisi sayılabilmesi için, taraflarına ve konusuna ait iki unsura ihtiyaç bulunmaktadır. Bunlar; hukuki ilişkinin alacaklı ve borçludan oluşması; alacaklının ifasını talep yetkisine sahip olduğu, borçlunun ifa yükümlülüğü altına girdiği "edim" şeklinde ifade edilebilir.

Alacaklı, borç ilişkisinin aktif süjesi, borçlu ise, borç ilişkisinden doğan edimi ifayla yükümlü olan, kendisinden edimin ifası istenen kişidir.

Borç ilişkilerini düzenleyen Borçlar Kanunu'nda borcun kaynakları; sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme olarak gösterilmiştir. Sözleşme, iki tarafın hukuksal sonuca yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla meydana gelen hukuksal ilişkidir. Haksız fiilin borç doğurmasının sebebi ise, kişinin iradesi dışında, kendisine yönelik hukuka aykırı bir eylemdir. Borcun üçüncü kaynağını oluşturan sebepsiz zenginleşmede; alacaklının mal varlığında haklı bir sebep bulunmaksızın meydana gelen eksilmenin giderilmesi amaçlanmaktadır.

Borçlar Kanunu'nda belirtilenler dışında; nafaka yükümlülüğü, vekaletsiz iş görme, Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre paydaşların veya kat maliklerinin ortak giderlere katılma hallerinde olduğu gibi, kanundan doğan, bir kanun hükmü nedeniyle öngörülen borç ilişkileri de bulunmaktadır.

İşveren ile on ve daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde çalışmakta olan işçiler arasında 3417 sayılı Kanun uyarınca kurulan zorunlu tasarruf ilişkisinde davalı Kurumun işlevi; tasarruf kesintileri ile sağlanacak olan işveren katkı paylarının belirtilen süreler içinde ilgililerin banka hesaplarına yatırılmaması halinde, yatırılması gereken miktarların re sen ya da ilgililerin başvurusu üzerine tahsil edilerek, ilgili banka hesabına yatırılmasının temini noktasında toplanmakta olup, davacı (ve

işvereni) ile davalı Kurum arasında yukarıda tanımlanan nitelikte bir borç ilişkisi kurulmadığı çekişmesizdir.

Zararın başka bir şahsa aktarılması, sorumluluk sebeplerinden birinin mevcut olması halinde mümkündür.

Müteselsil borçluluk, alacaklının, borcun tamamının ifasını birden çok borçludan ve dilediğinden isteyebildiği, borcun tamamı ifa edilinceye kadar borçluların hepsinin sorumlu olduğu bir borç ilişkisidir.

Müteselsil borçluluğun kaynakları Borçlar Kanunu'nun 141. maddesinde belirtilmiştir. Maddeye göre, *"Alacaklıya karşı, her biri borcun mecmuundan mesul olmağı iltizam ettiklerini beyan eden müteaddit borçlular arasında teselsül vardır.*

Böyle bir beyanın fıkdanı halinde teselsül ancak kanunun tayin ettiği hallerde olur."

Madde hükmünden anlaşıldığı gibi, müteselsil borçluluk, ya bir hukuki işlemde ya da kanundan doğmaktadır. Maddenin 2. fıkrasında yer verilen kanuni teselsül, müteselsil borçluluğun doğrudan doğruya bir kanun hükmüne dayandığı, bizzat yasa koyucunun öngördüğü borçluluk halidir. Teselsül, ancak kanunun öngördüğü durumlarda söz konusu olabilecektir.

Müteselsil sorumluluğa ilişkin değerlendirme yapılabilmesi için, davacı ve işvereni ile davalı Kurum arasındaki (3417 ve 4853 sayılı yasalara dayalı bulunan) hukuksal ilişkinin içeriğinin belirlenmesinde zorunluluk bulunmaktadır.

Davalı Kurum'un, bir kanun hükmü nedeniyle sorumluluk sebeplerinden birisine sahip olup olmadığı olgusu önem taşımaktadır.

Davanın yasal dayanağını oluşturan, 29.04.2003 tarihli *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4853 sayılı Çalışanların Tasarruflarını Teşvik Hesabının Tasfiyesi ve Bu Hesaptan Yapılacak Ödemelere Dair Kanun'un 7. maddesinde; 3417 sayılı Kanun'un mülga 2. maddesi kapsamındaki hak sahipleri tarafından bu Kanun kapsamına giren alacaklarla ilgili olarak yargı mercilerine açılmış ve devam eden davalar ile icra takipleri hakkında bu Kanun hükümlerinin uygulanacağı, 8. maddesinde;

"3417 sayılı Kanun hükümlerine göre, ücretlerden yapılması gereken tasarruf kesintileri ile katkı paylarını süresi içinde ilgililer adına açılmış bu-

lunan Tasarrufu Teşvik Hesaplarına yatırmayan işverenlerden; yatırılması gereken miktarlar ile gecikme zammı, resen veya ilgililerin başvurusu halinde Sosyal Sigortalar Kurumu'nca 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun primlerin tahsiline ilişkin hükümleri dairesinde tahsil olunarak T.C. Ziraat Bankası şubelerindeki ilgili Tasarrufu Teşvik Hesapları'na yatırılır.

3417 sayılı Kanun'un mülga 2. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentleri kapsamındaki personelin aylık ve ücretlerinden tasarruf kesintileri ile Devlet ve işveren katkılarını süresi içinde ilgililer adına açılmış bulunan Tasarrufu Teşvik Hesaplarına yatırmayan kurumlar, yatırılması gereken miktarların resen veya ilgililerin başvurusu halinde yasal faiziyle birlikte T.C. Ziraat Bankası şubelerindeki ilgili Tasarrufu Teşvik Hesapları'na yatırılmasından sorumlu olacakları..." hükmü; madde ile atıfta bulunulan 506 sayılı Kanun'un primlerin ödenmesine ilişkin 80/5. maddesinde ise; Kurum'un, süresi içinde ödenmeyen prim ve diğer alacaklarının tahsilinde, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 51., 102. ve 106. maddeleri hariç diğer maddelerinin uygulanacağı, Kurum'un, 6183 sayılı Kanun'un uygulanmasında Maliye Bakanlığı, diğer kamu kurum ve kuruluşları ve mercilere verilen yetkileri kullanacağı, prim ve diğer alacaklarının süresi içinde ve tam olarak ödenmemesi halinde, ödenmeyen kısmına uygulanacak gecikme cezasının ne şekilde hesaplanacağı hükme bağlanmıştır. Davalı Kurum'un tahsil yükümlülüğü, 4853 sayılı Kanun'un 8. maddesinin ilk fıkrasına dayalı olup, anılan fıkra, Kurum'un ayrıca bir sorumluluğundan söz edilmemiştir. İkinci fıkrada ise; 3147 sayılı Kanun'un mülga 2. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentleri kapsamındaki personelin (ki bunlar; devlet memurları ve sözleşmeli statüde çalışan personeli kapsamaktadır) aylık ve ücretlerinden tasarruf kesintileri ile devlet ve işveren katkılarını süresi içinde ilgililer adına açılmış bulunan Tasarrufu Teşvik Hesapları'na yatırmayan ilgili devlet kurumları sorumlu tutulmuş olup, davalı Kurum'un bu fıkra kapsamında ele alınmasına olanak bulunmamaktadır.

1.4.1988 tarihinde yürürlüğe giren 3417 sayılı Çalışanların Tasarrufu Teşvik Edilmesi ve Bu Tasarrufların Değerlendirilmesine Dair Kanun ile çalışanların tasarruflarının artırılması amacı güdülmüş; bunu teminen çalışanların aylık veya ücretlerinden belirli oranda kesinti yapılması, Devlet veya işverenlerin bu tasarruflara katkıda bulunması sonucu toplanacak paraların en iyi şekilde nemalandırılması öngörülmüş, 4853 sayılı Kanun uyarınca da, çalışanların tasarruflarını teşvik

hesabının tasfiyesi sırasında hak sahiplerine yapılacak ödemelere ve tasfiye süresince bu paraların değerlerinin korunmasına ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir.

4853 sayılı Kanun'un 8. madde gerekçesine bakıldığında; madde ile, 3417 sayılı Kanun gereğince süresinde ödenmeyen tasarruf kesintileri ve katkı paylarının hak sahipleri adına açılmış bulunan Tasarrufu Teşvik Hesaplarına yatırılmasının düzenlendiği, bu şekilde hak sahiplerinin nam ve hesaplarına yatırılması gereken ancak süresinde yatırılmamış tasarruf kesintileri ve katkı paylarının yatırılmasını temin etmek suretiyle hak sahiplerinin mağduriyetinin önlenmesinin amaçlandığı ifade edilmektedir.

Gerekçedeki ifadelerden, yasa koyucunun; kesinti, katkı payı ve nema toplamının tahsilini teminen Kurum yönünden müteselsil sorumluluk öngördüğü yönünde bir değerlendirmede bulunmadığı görülmektedir.

Yasalarda kanuni teselsüle yer verilmesinin amacı, borçlular arasında bir menfaat birlikteliğinin mevcut olması ya da öyle kabul olunması, alacaklıya özel hallerde güvence sağlanmak istenmesi, birden çok kişinin kusurlu eylemi ile bir zararın doğması olarak gösterilebilir.

3417 ve 4853 sayılı kanunlar uyarınca tasarrufu teşvik alacaklısına sağlanmaya çalışılan güvence; işveren karşısında güçsüz konumda bulunan çalışanın, belirtilen kesinti, katkı payı ve nema toplamı yönünden oluşan alacağını kamu alacağı seviyesine çıkararak, onun 6183 sayılı Kanun uyarınca davalı Kuruma tanınan olağanüstü takip ve tahsil yollarından yararlandırılmasını sağlamak şeklinde belirmektedir.

506 sayılı Kanun'da müteselsil sorumluluğu öngören hükümler bulunmaktadır:

79. maddede; İşverenin, sigortalıyı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesine göre başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devretmesi halinde, sigortalıyı devir alan, geçici iş ilişkisi süresine ilişkin bu fıkrada belirtilen belgelerin aynı süre içinde işverene ait iş yerinden Kuruma verilmesinden işveren ile birlikte müteselsilen sorumludur; 80. madde ile; sigorta primlerini haklı sebepleri olmaksızın, belirtilen süre içerisinde tahakkuk ve tediye etmeyen kamu kurum ve kuruluşların tahakkuk ve tediye ile görevli kamu görevlileri mesul muhasip, sayman ile tüzelkişiliği haiz diğer işverenlerin üst

düzeydeki yönetici veya yetkilileri kuruma karşı, işverenleri ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur; 87. madde; sigortalılar üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bununla sözleşme yapmış olsalar bile, bu kanunun işverene yüklediği ödevlerden dolayı, aracı olan üçüncü kişi ile birlikte asıl işvereni de sorumlu saymaktadır.

Teselsüle dayalı sorumluluk hallerine, anılan maddelerde şüpheye yer bırakmayacak şekilde yer verilmiş, Ticaret Kanunu'nun 7. maddesinde, ticari işler için öngörülmüş olan teselsül karinesinin bir benzerine ise sosyal güvenlik mevzuatında yer verilmemiştir.

Teşkilat ve mali yönetim mevzuatı yönünden bakıldığında; 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 3. maddesinde "*Kurumun temel amacı*"; sosyal sigortacılık ilkelerine dayalı, etkin, adil, kolay erişilebilir, aktüeryal ve mali açıdan sürdürülebilir, çağdaş standartlarda sosyal güvenlik sistemini yürütmek; Kurum'un görevleri ise; ulusal kalkınma strateji ve politikaları ile yıllık uygulama programlarını dikkate alarak sosyal güvenlik politikalarını uygulamak, bu politikaların geliştirilmesine yönelik çalışmalar yapmak, hizmet sunduğu gerçek ve tüzel kişileri hak ve yükümlülükleri konusunda bilgilendirmek, haklarının kullanılmasını ve yükümlülüklerinin yerine getirilmesini kolaylaştırmak, sosyal güvenliğe ilişkin konularda; uluslararası gelişmeleri izlemek, Avrupa Birliği ve uluslararası kuruluşlar ile işbirliği yapmak, yabancı ülkelerle yapılacak sosyal güvenlik sözleşmelerine ilişkin gerekli çalışmaları yürütmek, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaları uygulamak, sosyal güvenlik alanında, kamu idareleri arasında koordinasyon ve işbirliğini sağlamak, bu Kanun ve diğer kanunlar ile Kurum'a verilen görevleri yapmak olarak sıralanmaktadır. Anılan Kanun'un 34. maddesinde Kurum'un giderleri sayılırken, işverence karşılanmayan tasarruf kesinti, katkı ve nema tutarlarının ödenmesine ayrıca yer verilmediği de görülmektedir.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu kapsamında sosyal güvenlik kurumlarına da yer verilmiş, kaynakların etkili, ekonomik, verimli ve hukuka uygun olarak elde edilmesi, kullanılması, kötüye kullanılmaması için gerekli önlemlerin alınmasına ilişkin hükümler öngörülmüştür.

Atıf yapılan mevzuat hükümleri hep birlikte ele alındığında, çalışanların zorunlu olarak tasarrufa teşvik edilmesi ve bu tasarrufların değerlendirilmesi kapsamında oluşan hukuksal ilişkinin borçlusunun

işveren olduğu, davalı Kurumun, borç ilişkisinden doğan edimi ifayla yükümlü olan, kendisinden edimin ifası istenen kişi konumunda bulunmadığı, 4853 sayılı Kanun'dan doğan yükümlülüğün kapsamının; sigortalı nam ve hesabına tahsilden ibaret olup, mevzuatında öngörülmemesi karşısında, Kurum'a verilen bu görev ve yetkinin aynı zamanda müteselsil borçluluğu kapsamadığı sonucuna varılmalıdır. Yukarıda açıklandığı gibi, 4853 sayılı Kanun'un 8. maddesinin Sosyal Sigortalar Kurumu'nu kapsayan birinci fıkrasında Kurum'un sorumlu olacağına dair bir hüküm bulunmadığı açıktır.

Kuruma tanınan bu yetkinin, Anayasa'nın 60. maddesi ile güvence altına alınan, herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu yönündeki evrensel ilkenin uygulamada etkinleştirilmesi amacını güttüğü, aksi düşüncenin ise, asıl işlevi sosyal sigorta kolları bakımından sigortalılarına güvence sağlamak olan Kurumun işlevsizleşmesine yol açacağı belirgindir. Davalı Kurum'un, 3417 ve 4853 sayılı kanunlarca kendisine yüklenen tahsil görevinin müteselsil borçluluk ile örtüştürülmesi, yasada belirtilen amaç ve Sosyal Güvenlik Kurumu ile sağlanmaya çalışılan işlev ile bağdaşmamaktadır.

Yukarıda belirtilen maddi ve hukuki olgular dikkate alındığında, davalı Kuruma tanınan resen tahsil yetkisinin müteselsil sorumluluğu içermediği dikkate alındığında, 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 vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nın 429. maddesi gereğince bozulmasına, 02.05.2007 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

* * *

T. 21.03.2007

E. 2007/9-176

K. 2007/164

* Fazla çalışma ücreti ve vardiya prim alacağı

(1475 s. İş K. m. 41, 61, 63)

Taraflar arasındaki “fazla çalışma ücreti ve vardiya prim alacağı” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 3. İş Mahkemesi’nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 5.7.2005 gün ve 1658-561 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 7.11.2005 gün ve 31887-35315 sayılı ilamı ile,

“1. Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Dava fazla mesai ve vardiya primi alacağına ilişkindir. İstekler hüküm altına alınmış karar davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Davacının 25.5.2003 tarihine kadar 5 gün çalışıp 10 gün dinlenerek, anılan tarihten sonra 7 gün çalışıp 14 gün dinlenerek davalı İdare bünyesinde radyoling istasyonunda güvenlik görevlisi olarak çalışmak üzere görevlendirildiği konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır.

İstek konusu dönem 15.3.2002-16.12.2004 tarihleri arasındadır.

Söz konusu sürenin bir kısmı 1475 sayılı İş Kanunu diğer kısmı halen yürürlükteki 4857 sayılı İş Kanunu dönemine rastlamaktadır.

1475 sayılı İş Kanununun 61. maddesine göre genel bakımından iş süresi haftada en çok 45 saattir. Bu süre üst sınırdır. 45 saatin üstünde yapılan çalışmalar fazla çalışma sayılır.

4857 sayılı İş Kanun’un 63. maddesince ilke olarak çalışma süresi haftada en çok 45 saat olarak belirtilmiş devamında tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde on bir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabileceği ifade edilmiştir.

Aynı Kanun’un 41. maddesine göre fazla çalışma, Kanun’da yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalardır. 63. madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık çalışma süresi, normal haftalık İş süresini aşmamak koşulu ile bazı haftalarda toplam 45 saati aşıya dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz.

Davacı işçi yanında diğer bir İşçi ile nöbet tutmaktadır. Normal olarak günlük 24 saat çalışmanın 12 saatinde bir işçi kalan sürede diğer işçinin çalış-

tığı varsayılır. Çalışılan bu süre içerisinde bir saatin zorunlu yemek ve diğer ihtiyaçlar için harcandığı gözö nüne alındığında davacı işçinin günlük çalışma süresi 11 saati aşmaz. Buna göre davacının 25.5.2003 tarihinden önce haftada çalıştığı süre 55 saat eder. Gerek 1475 sayılı gerek 4857 sayılı Kanun döneminde haftalık çalışma süresi 45 saat kabul edildiğinden davacı işçinin 1475 sayılı Kanun döneminde çalışma yapılan haftada fazla çalışmanın 10 saatten hesaplanması gerekir. 25.5.2003 tarihinden sonraki çalışmasında ise haftada çalışılan süre 77 olduğundan davacı işçinin 1475 sayılı Kanun döneminde birinci haftanın fazla çalışması 32 saatten hesaplama gerekir. 7 günlük sürenin ikinci haftaya sarkan bir çalışması bulunmadığından anılan günler için fazla çalışma ücreti ödenmez.

Davacı işçinin 4857 sayılı Kanun dönemindeki çalışması için örtülü bir denkleştirme söz konusu olur. Çünkü anılan dönemde davacı işçinin günde 11 saati aşan bir çalışması bulunmamaktadır. 5 ya da 7 gün çalıştığından kalan 10 veya 14 gün için 4857 sayılı Kanun'un 63. maddesi gereğince denkleştirmenin varlığı kabul edilir. Mahkemece yukarıda belirtilen usul ve hesaplamalara dayanmayan kararı hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

3. Davacının, Kapsam Dışı Personel Yönetmeliği'nin 12. maddesinde belirtilen vardiyalı çalışmalara ilişkin koşullara uygun bir çalışması bulunmadığından anılan tarihten öncesi için vardiya primi isteğinin kabulü ayrı bir bozma nedeni sayılmalıdır."

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:

1- Davacı Diyarbakır, Pirinçlik ve Talatepe Radyolink istasyonlarında güvenlik görevlisi olarak; bir dönem 5, sonrasında 7 gün, günde 24 saat çalışıp, sonraki 10 (7 gün çalışma sonrasında ise 14) gün dinlendiğini ileri sürerek, anılan devrelere ilişkin fazla çalışma ücreti ve vardiya prim alacağının tahsiline karar verilmesini istemektedir.

Mahkemece, davacının çalıştığı 24 saatlik süreden yemek, uyku gibi zorunlu ihtiyaçları için 5 saatlik sürenin düşürülmesi sonucu gün-

lük 19 saat çalıştığının kabulü ile buna göre hesaplanan bilirkişi raporunu benimseyerek davanın kabulüne karar verilmiştir.

Yüksek Özet Daire'ce yukarıya aynen alman karar ile hüküm bozulmuş, mahkemece, davacının nöbetlerini tek başına tuttuğu, bu durumda 3 saat uyku ve 2 saat yemek ve sair ihtiyaçlar için olmak üzere toplam 5 saat dinlenme süresinin mahsubu ile fiilen 19 saatlik çalışma üzerinden hesaplama yapılmasının doğru olduğu gerekçesiyle, önceki kararda direnilmiştir.

1475 sayılı İş Kanunu'nun 61. maddesine göre genel bakımdan iş süresi haftada en çöl 45 saattir. 45 saatin üstünde yapılan çalışmalar fazla çalışma sayılmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesince ilke olarak çalışma süresi haftada en çok 45 saat olarak belirtilmiş, ancak tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi işyerlerinde haftamı çalışılan günlerine, günde on bir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabileceği ilkesi benimsenmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesine göre fazla çalışma, Kanun'da yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalardır. Anılan madde uyarınca, atıfta bulunulan 63. madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile bazı haftalarda toplam 45 saati aşsa dahi bu çalışmalar, fazla çalışma sayılmaz.

Dosya kapsamına göre; davalı şirkete ait radyolink istasyonunun meskun mahal dışında bulunması, ulaşım zorluğu gibi zorlayıcı nedenlerle, davacının, radyolink istasyonunda önceleri 5, sonrasında ise 7 gün sürekli kalıp, ardından gelen 10 (sonrasında 14) gün ise evinde istirahat ettiği anlaşılmaktadır.

Radyolink istasyonlarında yapılan çalışmanın niteliği, yapılan işin ve iş yerinin özelliğine göre bu tür çalışanların uyku ve diğer zorunlu ihtiyaçları karşılamak için gerekli olan zaman dilimi gözetildiğinde, çalışmanın günde en fazla 14 saat sürdürülebileceği, Hukuk Genel Kurulu'nun 14.6.2006 gün 2006/9-374 Esas, 2006/382 Karar sayılı bozma kararında olduğu gibi somut olayda da benimsenmiş, çalışmanın tek başına ya da birkaç kişi birlikte yapılmış olmasının, çalışılan süreye etkisinin

Türk Telekomünikasyon A.Ş. (R-L) istasyonlarında Çalışma Usul ve Esasları'na ilişkin mevzuatın "Çalışma Süresinin Düzenlenmesi" başlıklı 6. maddesinin (a) bendinde; Çalışan, personel, 24 saatlik süre içinde 3 vardiya halinde haftalık 6 gün 45 saat esasına göre çalıştırılır, ancak bu şekildeki vardiyayı oluşturacak sayıda personel bulunmayan istasyonlarda bu durum dikkate alınarak, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesine göre günde 11 saati aşmamak koşuluyla İl Telekom Yöneticisi'nin onayı ile farklı şekilde çalışma düzeni de oluşturulabileceği, (b) bendinde; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesinde yer alan denkleştirme esasına göre; haftalık normal çalışma süresinin, işyerinde haftanın çalışılan günlerine, günde 11 saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabileceği, bu şekilde en fazla dört aylık süre içinde haftalık ortalama çalışma süresi normal haftalık çalışma süresini aşmayacağı, (c) bendinde; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesine göre; denkleştirme esasının uygulandığı hallerde bazı haftalarda toplam 45 saati aşsa dahi yapılan bu çalışmaların fazla çalışma sayılmayacağı, (d) bendinde; fazla çalışma yapan personel isterse bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine fazla çalıştığı her bir saat karşılığında 1 saat 30 dakikayı serbest zaman (ücretli izin) olarak kullanabileceği hükümlerini içermektedir.

1475 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde; Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulamasına göre haftalık 45 saati aşan çalışmanın fazla çalışma süresi olarak kabulünün gerekmesi karşısında, davacının, 5 (ya da 7) gün ve günde 14 saat çalıştığı kabul edilerek, bu haftalarda 45 saat aşan sürelerde fazla çalışma yapıldığının kabulü gerekmektedir.

4857 sayılı Kanun döneminde günlük 11 saate kadarki çalışmalar yönünden örtülü bir denkleştirmenin varlığı kabul edileceğinden, denkleştirmeye esas günlük 11 saati aşan süreler yönünden fazla çalışmanın varlığı kabul edilmelidir.

Yukarıda belirtilen maddi ve yasal olgular gözetilerek, davacının fazla çalışma alacağıının saptanması gerekirken, yazılı düşüncelerle aksinin kabulü isabetli olmayıp, bozma nedenidir.

2- Davacının, Kapsam Dışı Personel Yönetmeliği'nin 12. maddesinde belirtilen vardiyalı çalışmalara ilişkin koşullara uygun bir çalışması bulunmadığından vardiya primi isteğinin kabulü de doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Davalı vekilinin tenyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nın 429. maddesi gereğince bozulmasına, istek halinde temyiz peşin harcın geri verilmesine 21.03.2007 gününde, bozmada oybirliği gerekçesinde oy çokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

4857 sayılı İş Kanunu'nda, Türk iş hukuku öğretisinde en çok eleştirilen ve uygulamada da yasaya aykırı olmasına rağmen farklı düzenlemelerin getirildiği bilinen, haftalık çalışma süresinin iş günlerine eşit ölçüde bölünmesi kuralına esneklik getirilerek, sözleşmelerle haftalık normal çalışma süresinin işyerinde haftanın çalışılan günlerine farklı bir şekilde dağıtılabileceği kabul edilmiştir. Bu halde, haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde dağıtılması durumunda, "yoğunlaştırılmış iş haftası" uygulanabilecektir. Bu tür çalışmalarda işverene iki aylık bir denkleştirme süresi tanınmıştır. Bu süre toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir. Bu şekilde, yoğunlaştırılmış iş haftasından sonraki haftalarda işveren işçiyi daha az sürelerle çalıştırması durumunda, işçiye fazla çalışma ücreti ödemek zorunda kalmayacaktır.

Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırk beş saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanmaktadır. Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde on bir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir (İş K. m. 63). 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesinde "...fazla çalışma, Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırk beş saati aşan çalışmalardır. 63. madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile, bazı haftalarda toplam kırk beş saati aşsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz" denilmektedir. Denkleştirme sisteminin uygulanması için günde on bir saatlik çalışma süresinin aşılmaması şartıyla tarafların açıkça anlaşması esası benimsenmiştir. Yasanın hiçbir yerinde fazla mesainin günlük on bir saati aşan çalışma olduğu belirtilmemiştir. On bir saatlik ölçü, kanım-

ca, denkleştirme bahanesiyle işçinin günlük çalışma süresinin aşırı şekilde uzun tutularak işçi sağlığı ve güvenliğinin tehlikeye atılmasının önlenmesi amacıyla getirilmiştir. Bu düzenleme “fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda iki yüz yetmiş saatten fazla olamaz.” kuralının paralelinde olup, denkleştirmenin esaslar ve sınırlarını göstermektedir.

Somut olayda davacı işçinin işyerinde 2-3 güvenlik görevlisi ili birlikte dört kişi nöbet tuttuğunda; günlük 11 saat üzerinde bir çalışması bulunmadığı anlaşıldığından, işyeri yönetmeliği ile denkleştirmenin yapıldığı kabul edilmelidir.

Bu nedenle Dairemizin bozma kararı doğrultusunda yerel mahkeme kararının bozulması düşüncesiyle, sayın çoğunluğun bozma kararına katılmıyorum.

9. Hukuk Dairesi Üyesi
C. İlhan GÜNAY

KARŞI OY

Davacının çalışma şekli, “güvenlik ve koruma görevlisi” olarak, 15.3.2002’den 25.5.2005 tarihine kadar, ayda 5 gün üst üste, günde 24 saat süre ile tek başına yürüttüğü, izleyen 10 gün dinlendiği, devamla, yeniden 5 günlük nöbete girdiği, anılan tarih sonrasında ise, ayda 7 gün, günde 24 saat süre ile R/L istasyonunun güvenlik koruma görevini yürüterek, 14 gün dinlenme süresini takiben, yeniden 7 gün ve 24 saat süre ile nöbete girdiği, bu biçimde çalışmanın sürdüğü hususlarında taraflar arasında ihtilaf bulunmamaktadır.

Davacı, tam gün süre görevde kaldığını iddia ederek, “fazla çalışma”, “vardiya primi”, “ulusal bayram ve genel tatil” ücretlerinin hüküm altına alınmasını istemektedir.

Davacının istemlerinden, “fazla çalışma” isteminin hüküm altına alınabilmesi için, işyerinin fiziksel konumu, çalışma şekli, iş yürütümündeki özellikler, işyerinde geçirilen zaman aralığı ve bir günlük çalışma süresinin hep birlikte değerlendirilmesine ihtiyaç duyulmaktadır.

Davacının yaptığı iş; kapalı bir mekanda, üretime dayalı, makine başında herhangi bir malın üretimine ilişkin olmayıp, meskun olmayan mahalde, R/L istasyonunun güvenliğinin sağlanmasına yönelik koruma-kollama faaliyetine ilişkindir.

Ayrıca davacının, bu işin yürütümünü, tek başına ve alışlagelmiş çalışma saatlerinin dışında yerine getirdiği görülmektedir. Bu durum nedeniyle, çalışma, 24 saatlik zamanın tümünün kullanılması ile gerçekleşen tipik bir çalışma olmayıp, 24 saatin tümünün kullanılmasını gerektirmeyen “atipik” bir çalışmadır.

Bir kişinin gün boyunca uyku, dinlenme, yemek ve fiziksel ihtiyaçlarını gidermek için harcanacak zaman dilimi, 24 saatten düşülmelidir. Çalışma düzeni, 5 gün çalışma, 10 gün dinlenme, sonrasında, 7 gün çalışma, 14 gün dinlenme şeklindeki periyodik zamanlardan oluşmaktadır. Bu haliyle çalışma şekli, 4857 Sayılı İş Kanunu ile getirilmiş olan ve 63. maddede yer alan; “esnek çalışmayı” ifade eden “denkleştirme usulü” çalışmadır.

Bu tip çalışmalar; öncelikle işçi ve işveren arasında yapılacak yazılı bir akitle gerçekleştirilebileceği gibi, dava konusu dosyada olduğu üzere, örtülü bir anlaşmayla da sürdürülebilir. Diğer bir anlatımla, davacının işyerinde bu koşullarda ve nitelikte çalışması, iş hukukunda yer alan “denkleştirme usulü” çalışmadır.

Davacı, günde 24 saat üzerinden çalıştığını ileri sürerek “fazla çalışma ücreti” talep etmiş; mahkemece, davacının bu süreyi, tek başına ve 18 saat üzerinden çalışarak gerçekleştirdiği kabul edilmiş ve ısrar kararında da benimsenerek hüküm kurulmuş ise de, bu dosyaya ilişkin Hukuk Genel Kurulu görüşmelerinde, (daha önce benzer dosyalar için kesinleşen kararlarda bu tür çalışmaların, günde bir işçi tarafından sadece 14 saatlik zaman dilimini kapsayacağı kabul edilmiş bulduğundan), davacının bir günlük çalışma süresinin 14 saat olacağı varsayımıyla, (benimsenen bu ilkeye tarafımdan da katılmak suretiyle) aşağıda anlatılacağı şekilde istemlerinin değerlendirmesi yoluna gidilmiştir.

Davacının çalışma süresinin bir kısmı, 1475 Sayılı Kanun’un yürürlük zamanına ilişkin olup, diğer kısmı da, 10.6.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 Sayılı Kanun’un yürürlük zamanına rastlamaktadır.

Bu haliyle, genel olarak fazla çalışma ücreti istemlerinin değerlendirilmesinde; 1475 Sayılı Kanun’un 35. ve 61. maddelerinde yer alan hükümlerden hareketle, günlük zorunlu çalışmanın 7.5 saat ve haftalık zorunlu çalışma süresinin 45 saat olduğu ve günlük fazla çalışma süresinin en çok 3 saat ile sınırlandırılmış olmasına rağmen, Yüksek

Daire'nin içtihatlarında; fazla çalışma ücretinin tespitinde, günlük çalışma ilkesi değil, haftalık 45 saatin aşılması hali esas alınmıştır. İşçinin günlük çalışmasındaki 7.5 saati kaç saat aştığı olgusu hiç dikkate alınmamıştır.

Somut olayda, davacının 1475 sayılı yasanın yürürlük zamanına denk gelen dönemdeki 5 gün çalışma, 10 gün dinlenme periyodundaki çalışması, günde 14 saat çalışılması hesabı ile sonuç belirlendikten sonra, 45 saati aşan kısmının, fazla çalışma olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirme ve hesap tarzına ilişkin görüşüm Daire ve HGK Kararı ile de uygunluk arz etmektedir.

4857 Sayılı Kanun'un yürürlükte bulunduğu sürede gerçekleşen çalışmaların ise, aynı sayılı Kanun'un 41 ile 63. maddelerinde belirtilen düzende geçtiği tarafımdan benimsendiğinden, fazla çalışma ücretini davacının hak etmediği görüşümdedir. Bu nedenle de HGK kararında yer alan görüşten ve sonuçtan ayrılmaktayım.

Şöyle ki; Davacının meskun olmayan mahalde değişik periyotlarla "Atipik" şekilde geçen çatışmaları, davalı vekilince dosyaya sunulan cevap dilekçeleri içeriğinden anlaşıldığı üzere; taraflarca örtülü olarak kabul edilmiş "denkleştirme usulü" çalışmadır.

4857 sayılı Kanun'un 63. maddesi ile çalışma hayatına yeni olarak getirilen "Esnek çalışma" düzenindeki denkleştirme uygulamalarında, tarafların örtülü veya yazılı anlaşması ile, 63. maddede anlatıldığı üzere, en çok 2 ayı kapsayacak biçimde (Toplu Sözleşme Hallerinde 4 haftaya kadar uzatılabilir.) haftalık 45 saat ile belirlenen normal çalışma süresi, başlangıçta yoğunlaştırılmış iş; haftası olarak 45 saati aşabilir. Ancak, günlük çalışma saatleri, 11 saat ile sınırlandırılmıştır. Belirli aşamadan sonra, çalışma temposu hafifletilerek, haftalık 45 saatin altında gerçekleşen sürelerle dönüştürebilir. Ancak, iki aylık ortalaması 45 saati geçmeyecek biçimde ayarlanmalıdır.

Bu tür yapılan çalışmada, işverence işçilere, yoğunlaştırılmış iş haftaları için fazla çalışma ücret ödenmesi gerekmemektedir. İşçilere 45 saati aşan çalışmaları için ücret yerine, kısaltılmış çalışma süresi sunulduğu gibi, beraberinde, hiç çalışılmayan serbest zaman da sunulabilir.

Nitekim eldeki dosyada da davacı, ilk haftalarda, işyerinde 5 ve 7 günlük periyotlarda yoğun çalıştırdıktan sonra, 10 ve 14 gün olarak

hiç çalışılmayan ve evinde dinlenme ile geçirilen süreler kavuşturulmuştur. Bu tür çalışmada ödül olarak serbest zaman kullandırıldıktan sonra, ayrıca davada olduğu gibi, fazla çalışma ücretinin talep edilmesi ve de hüküm altına alınması hali, gerek 63. maddenin ruhuna, gerekse hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Aksi halde, bir eylem nedeniyle tarafın; 2 ayrı kazanç (Serbest Zaman+Para) sağlanmış olunacaktır.

Bu davaya ilişkin olarak HGK görüşmeleri sırasında, taraflar arasındaki iş ilişkisinde denkleştirme olgusunun var olup olmadığı hususu tartışmaya dahi açılmamış olup, bu olgunun varlığı nedeniyle fazla çalışma ücreti isteminin reddine de karar verilmemiştir.

Tam aksine, HGK'nca, yoğunlaştırılmış iş haftasında günde 14 saat çalışmanın, 63. maddede anlatılan 11 saatin aşılması nedeniyle günde 3 saat fazla çalışmanın yapıldığının kabulü ile, günlük çalışma düzeni esas alınıp, çalışılan gün sayısı ile çarpılarak fazla çalışma saatleri tespit edilmiş ve bu saatler için fazla çalışma ücretinin hüküm altına alınması yolunda hüküm kurulmuştur.

Oysa ki, 4857 sayılı Kanun'un 41. maddesinde; haftalık zorunlu çalışma süresi 45 saat olarak belirlenip, 1475 sayılı Kanun'un 35. maddesinde olduğu gibi, günlük çalışmada fazla çalışmayı kısıtlayan bir ibare yer almamaktadır. Fazla çalışma süresinin toplamını ancak yılda 270 saat olarak sınırlayarak, çalışma düzenine günlük değil, haftalık sistem getirilmiştir. HGK kararında ise, günlük çalışma süresi esas alınıp, 11 saatin aşılması nedeniyle fazla çalışma saatleri belirlenmiştir.

Bu husus, haftalık zorunlu çalışma süresini 45 saat olarak esas alan 41 inci maddenin lafzına di aykırı bulunmaktadır. Ancak, fazla çalışma süreleri belirlenecekse (denkleştirme düzeninin mevcut olmadığı hallerde) haftalık çalışılan toplam saatlerden, 45 saatin çıkarılması gerekir.

Diğer yandan eldeki dosyada görüldüğü gibi, her hafta artarda muntazam gerçekleşen çalışmalar yoktur. İkişer veya üçer haftalık periyotlar vardır. Ve bunların, sadece 15 günde 5 günü, 21 günde 7 günü, çalışma ile geçmektedir. İşte bu nedenledir ki mevcut bu çalışmanın "denkleştirme usulü" niteliğinde bulunduğu görüşündeyim.

Çalışılan sürelerin haftalık ortalamaları, (2 hafta ve 3 hafta için) zorunlu 90 (45x2), 135 (45x3)saatlerine ulaşmamaktadır. Bu haliyle, denkleştirme usulü çalışmanın varlığı HGK'ca da kabul edilmediğinden, 45

saatin aşılması nedeniyle öncelikle bu madde gereği haftalık zorunlu çalışmanın, hesaplaması yapıp, bulunan toplam saatten, zorunlu 45 saatin mahsubu gerekirken, bu husus göz ardı edilerek (doğrudan denkleştirme olgusunun varlığı kabul edilmeksizin), "63, maddedeki hal olan fazla çalışma olgusu, 11 saatin üzerinde gerçekleşmiştir" kabilinden bir yaklaşımla, fazla çalışma süreleri tespit edilmiştir.

4857 sayılı Kanun'un 41. maddesi dışındaki hiç bir maddesinde, fazla çalışmanın 11 saatin üzerinde gerçekleşeceği yolunda bir başka hükme rastlanılmamaktadır.

HGK'ca bu yorumun kaynağı açıklanmadan, doğrudan hesaplamaya geçilmiştir. Oysaki tarafından bu dosya itibariyle benimsenmemekle birlikte, 22.5.2003 tarihinde yürürlüğe giren ve 63. maddeyi dayanak alan "İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri" yönetmeliğinin 4. maddesinde;

"...Genel bakımdan çalışma süresi, haftada en çok 45 saattir. Aksi kararlaştırılmamış ise, bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde uygulanarak uygulanır....."

....Günlük çalışma süresi her ne şekilde olursa olsun 11 saati aşamaz .Bir işçinin bu sınırları aşan sürelerle çalıştırılmasında :

a) 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41, 42 ve 43. maddeleri,.... hükümleri uygulanır" denilmektedir.

Görüldüğü üzere, gerek yüksek daire, gerekse HGK, esas hükmü oluştururken, "11 saatin üzeri fazla çalışmadır" tezinde bu yönetmelik hükmünden esinleşmiş oldukları düşünülebilirse de, görüşmelerde ve kararda bu husus yer almamaktadır.

Oysa yönetmeliğin 4. maddesinin ilk fıkrasında; "Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok 45 saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre iş yerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır." denmektedir.

Bu durumda 41. maddeyi de esas alarak fazla çalışma süresinin belirlenmesinde öncelikle, fazla çalışma sürelerinden 45 saatin mi mahsup edileceği, yoksa doğrudan bir günde 11 saat üzeri çalışmaların mı gün sayısı ile çarpılıp sonuca varılacağı, bu sistemden hangisinin öncelikli olduğu tartışmaları da doğacaktır. Esasen, çalışılan tüm saatlerden zorunlu 45 saat düşüldüğünde, zaten, 11 saatin üzerinde geçen fazla

çalışmalar da düşülmüş bulunmaktadır. Görüldüğü gibi, her iki hesap tarzının da sonuçları farklı olmaktadır. ($5 \times 14 \text{ saat} = 70 \text{ saat} - 45 \text{ saat} = 25 \text{ saat}$ mi, yoksa $5 \times 3 \text{ saat} = 15 \text{ saat}$ mi) HGK ve Yüksek Daire'ce; $5 \times 3 \text{ saat} = 15 \text{ saat}$ fazla çalışma yapıldığı görüşü benimsenmektedir. Bu hesap tarzı işçi aleyhinedir. Bu anlayış ile bazen de haftalık 45 saatlik çalışmaya dahi ulaşılmadığı hallerde, örneğin; 3 günlük çalışmada ($3 \times 13 \text{ saat} = 39 \text{ saat}$) dahi, 11 saat aşıldığında, 6 saat ($3 \times 2 \text{ saat}$) fazla çalışma olgusunun varlığı kabul edilecektir. Bu nedenle, HGK Kararı oluşturulurken bu hususların dahi enine boyuna tartışılmamış bulunması tarafımca eksiklik olarak görülmektedir.

Aynı yönetmeliğin 5. maddesinin konu başlığında; “Denkleştirme Esasına Göre Çalışma” yazılı olup, içeriğinde 63. maddeyi açıklayan ibareler bulunmakta, yukarıda anlatılan 4. maddede olduğu gibi, 11 saatin aşılması halinde ücret konusunda fazla çalışmayı ödüllendiren ifadeler yer almamaktadır. Bunun anlamı, denkleştirmeye dayalı çalışma halinde, 11 saat sınırı aşıldığında uygulanacak yaptırım bulunmamaktadır. Çünkü denkleştirme olgusu ile fazla çalışma ücretinin tahakkuku birlikte düşünülemez. Nedeni, ödül olarak verilen az çalışma veya serbest zamandır, para değildir. Ancak işverenin bu kurallara uymaması halinde 4857 sayılı Kanun’un 104. maddesinde, 63. madde ve yönetmeliklerinde belirtilen çalışma sürelerine aykırılık oluştuğunda, işverene cezai yaptırım uygulanacağı etraflıca ifade edilmektedir.

Tüm bu anlatılanları özetlemek gerektiğinde, denkleştirme olgusunun bulunmadığı hallerde, günlük çalışmanın 11 saati aşması halinde değil, haftalık 45 saati aştığında fazla çalışma için ücret takdiri gerekir. Tarafımdan da bu görüş, bu dosyadan ayrık, ancak genel olarak benimsenmektedir.

Denkleştirme olgusunun varlığı halinde ise, zaten fazla çalışma yapıldığından bahisle ayrıca ücret takdirinin yeri yoktur.

Somut olayda, 4857 sayılı Kanun dönemine ait günlük çalışma süresi, 14 saat dahi olsa, serbest zaman ödül olarak kullandırıldığı için, fazla çalışma ücretine hak kazandırılmaz, gerektiğinde 104. madde hükümleri idarece işverene tatbik ettirilir.

Anlatılan bu nedenlerle, 9. Hukuk Dairesi’nce de benimsenen HGK çoğunluk görüşüne katılmamaktayım.

* * *

T. 05.12.2007
E. 2007/5-933
K. 2007/951

* Kamulaştırmasız el atma
* Taşınmaz bedeli talebi

Taraflar arasındaki “Kamulaştırmasız el atma iddiasına dayalı tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara Asliye 22. Hukuk Mahkemesi’nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 20.07.2006 gün ve 2005/248 E., 2006/273 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi’nin 04.12.2006 gün ve 2006/11230 -13292 sayılı ilamı ile;

(... Dava, kamulaştırmasız el atılan taşınmaz bedelinin tahsiline ilişkindir. Mahkemece davanın kısmen karar verilmiş, hüküm davalı idare vekilince temyiz edilmiştir. Dosyada bulunan kanıt ve belgelerden, dava konusu taşınmazların imar planında park alanında kaldığı ve davalı idarece 08.05.2003 tarihinde park alanında kalması nedeniyle kamulaştırılmasına karar verildiği ancak kamulaştırma işlemlerinin tamamlanmadığı; taşınmazların üzerinde davalı idare tarafından herhangi bir fiili el atma eyleminin gerçekleştirilmediği anlaşılmaktadır.

Kamulaştırmasız el atma nedenine dayalı tazminat davalarında bedele hükmolunabilmesi için, davalı idarenin taşınmaza fiilen ve kalıcı nitelikte el atmış olması gerekir. Taşınmazın imar planında belli bir kamusal amaca tahsis edilmesi ya da o amaca yönelik olarak işlemleri tamamlayan bir kamulaştırma kararı alınması ve kamulaştırma gayesinin gerçekleşmesi için proje çizilmesi kamulaştırmasız el atma sayılmaz. Taşınmaza fiilen el atılmadıkça kamulaştırmasız el koyma olarak nitelendirilemez.

Açıklanan nedenlerle; davalı idare tarafından dava konusu taşınmaza fiilen el atılmamış olması nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yasal olmayan gerekçelerle davanın kabulüne karar verilmesi, Doğru görülmemiştir...) 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, kamulaştırmatsız el atma iddiasına dayalı tazminat istemine ilişkindir. Davacı vekili; müvekkilinin murisi F.Z.Ü'nün kayden paydaş bulunduğu 1853 ada 107 parsel ve 13408 ada I parsel sayılı taşınmazların, 9640 ve 54200 nolu Ankara Şehir İmar Planında 50. Yıl Park alanı olarak ayrıldığı ve park olarak kullanıldığını, sözü edilen parkla ilgili olarak Ankara Büyükşehir Belediyesi'nce açılan, "50. Yıl Parkı ve Şehitler Anıtı Kompleksi Mimarlık Proje Yarışmasının" 13 Aralık 2002 tarihinde sonuçlanmasını takiben uygulanacak eserin seçildiği ve inşası için ihale de yapıldığı; yine, Ankara Büyükşehir Belediye Encümeni'nin 8.5.2003 tarihli kararı ile park alanı içinde kalan taşınmazların kamulaştırılmasına karar verildiğini, ancak kamulaştırma işleminin tamamlanmadığını; bu itibarla imar planında park olarak ayrılan dava konusu taşınmazlara davalı idarece hukuken ve fiilen el atıldığını ileri sürerek, müvekkiline ait 1/3 paya tekabül eden 350.000 YTL kamulaştırmatsız el koyma karşılığının dava tarihinden itibaren yasal faiziyle davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı vekili; davacının payının tamamının park alanı içinde kalıp kalmadığının belirgin olmadığını savunarak, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini cevaben bildirmiştir.

Mahkemenin, "dava konusu taşınmazların kentsel dönüşüm proje alanı içerisine alınmasına dair encümen kararının kesinleştiği, bu işlemin de kamulaştırmatsız el koyma niteliğinde bulunduğu" gerekçesiyle ve kamulaştırmatsız el atmanın varlığını benimsemek suretiyle verdiği "davanın kısmen kabulüne" dair karar, Özel Daire'ce yukarıda açıklanan gerekçeyle bozulmuş; Yerel Mahkeme'ce "kesinleşen proje, encümen kararları kapsamında davacının arsa niteliğindeki taşınmazdan yararlanamadığı, tasarrufun engellendiği ve aynı nedenle açılan kamulaştırmatsız el atma davalarının sonuçlandığı ve hisselerin belediye adına tescil edildiğinin anlaşıldığı" gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, tapuda davacının murisinin kayden paydaş bulunduğu dava konusu 1853 ada 107 numaralı parselin İmar İskan Bakanlığı'nın 15.10.1964 tarih 7214 sayılı yazıları ile onaylanan 54200 numaralı plan gereği tamamının 50. Yıl Park Alanı içerisinde kaldığı, 13408 ada I numaralı parselin ise İmar Daire Heyeti'nin 07.11.1978 tarih 868 sayılı kararı ile 1853 ada 107 parsel ve yeşil alan-

dan tevhid edilerek oluşturulduğu ve tamamının 50.Yıl Park alanı içerisinde kaldığı; her iki taşınmazın da, 01.12.2005 gün ve 1218/5181 sayılı Ankara Büyükşehir Belediye Encümen kararı ile 50. Yıl Kent-sel Dönüşüm Proje alanı içine alındığı; Park alanında kalan taşınmaz-ların kamulaştırılmasına ilişkin olarak Ankara Büyükşehir Belediye Encümeni'nce 8.5.2003 tarihinde karar verilmiş ise de, kamulaştırma işlemlerinin tamamlanmadığı; Sağlık Merkezi Binası ve gecekondula-rın bulunduğu dava konusu taşınmazlarda, imar planında belirtilen park ile ilgili herhangi bir düzenlemenin yapılmadığının Mahkemece keşfen tespit edildiği anlaşılmıştır.

Yerel mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık; imar pla-nında park alanı olarak ayrılmış bulunan ve bu nedenle davalı idarece 08.05.2003 tarihinde kamulaştırılmasına karar verilen, ancak kamulaş-tırma işlemleri tamamlanmamış bulunan dava konusu taşınmazlara, davalı idarece fiilen el atılmadığının belirlenmiş olması karşısında, kamulaştırmaz el koyma olgusunun varlığının kabul edilip edileme-yeceği noktasında toplanmaktadır. 16.5.1956 gün, 1/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda belirtildiği üzere, usulü dairesinde verilmiş bir kamulaştırma kararı olmadan ve bedeli ödenmeden taşınmazına el konulan kimse, ilgili kamu tüzel kişisi aleyhine el atmanın önlenmesi davası açabileceği gibi, değer karşılığının verilmesini de isteyebilir.

Kamulaştırmaz el atma halinde kamu kurumu, Kamulaştırma Kanunu'na uygun hareket etmeden, ferdin malını elinden almış olma-sı sebebiyle kanunsuz bir harekette bulunmuş durumdadır. Bu bakımdan dava, mülkiyete tecavüzün önlenmesi veya haksız fiil neticesinde meydana gelen zararın tazmini davasıdır (I 1.2.1959 gün, E:1958/17, K:1959/15 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı gerekçesinden).

Uyuşmazlığın sağlıklı bir çözüme kavuşturulabilmesi için bu nok-tada öncelikle "*Kamulaştırmaz el koyma*" kavramının açıklanmasında yarar vardır.

Kamulaştırma yetkisine sahip bir idare, Anayasa ve yasalara uy-gun bir işlem oluşturmaksızın, bir kimsenin taşınmaz malına el koyar ve onun üzerinde bir tesis veya bina yapar yahut o taşınmaz malı bir hizmete tahsis ederek mal sahibinin taşınmazı üzerinde dilediği gibi kullanma hakkına karşı herhangi bir girişimde bulunursa, idare taşın-maz mala kamulaştırmaz el koymuş sayılır (Ali Arcak, *Kamulaştırma-sız Elkoyma ve Yeni Hükümler*, Ankara, 1987, s. 23).

Dolayısıyla bir taşınmaza kamulaştırmasız el atıldığından söz edilebilmesi için, öncelikle idarenin o taşınmaza eylemli olarak el koyup, malikin kullanımını yasaya aykırı şekilde tamamen ortadan kaldırması ve bu durumun kalıcı olması şarttır.

Eş söyleyişle idare; el koyma eylemini, o taşınmazı sahiplenme amaç ve kastı ile yapmış olmalıdır. Fiilen el koyma eylemi bulunan durumlarda dahi; el koyma açıklanan nitelikte değil ve sadece geçici bir kullanım söz konusu ise, kamulaştırmasız el koyma olgusu mevcut değildir. Bundan dolayı malikin bir zararı oluşsa bile, taşınmaz bedelinin istenilmesine hukuken olanak yoktur. Böyle bir durum, sadece ve ancak, uğranılan zararın tazminini başka hukuksal yol ve kavramlara dayalı olarak isteme olanağı verebilir.

Önemle vurgulanmalıdır ki; kamulaştırmasız el koyma hükümlerinin uygulanması, mal sahibinin kullanımına engel olma ve taşınmaz malın elinden alınması anlamını taşıdığına göre; taşınmaz, mal sahibinin elinde bulunduğu ve kullanma hakkına sahip olduğu sürece, mal sahibi idareden değer karşılığının verilmesini isteyemez.

Bu noktada; tapu kaydına kamulaştırma şerhi konulmasının veya 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu uyarınca taşınmazın ikinci derece askeri güvenlik bölgesine alınarak tapuya şerh verilmesinin ya da imar uygulaması sonucu taşınmazın yol, yeşil alan gibi kamu hizmetlerine ayrılması ve fiili imar uygulaması yapılmadan taşınmazın imar planında yol, yeşil alan olarak gösterilmesi nedeniyle üzerinde yapı yapılmasının yasaklanmasının, kamulaştırmasız el koyma niteliğinde bulunmadığı her türlü duraksamadan uzaktır.

Burada, kanun hükümleri ile taşınmazın belli şekillerde kullanılması kısıtlanmakta ise de; böyle bir sonuca ulaşılmasını gerekli kılan neden, taşınmazın halen mal sahibinin tapulu mülkü olması ve fiilen kullanma hakkına sahip bulunmasıdır. Bu haliyle, 11.2.1959 gün E:1958/17 K:1959/15 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda ifade edilen, mülkiyete yapılmış bir tecavüz ya da haksız fiilden söz edilmesi de olanaklı değildir.

Kısaca; idare, mal sahibinin tasarrufuna sürekli engel olmadığı ve taşınmaz mala sahiplenme kastıyla fiilen el koymadığı sürece idare aleyhine bir dava açılmaz.

Bu nedenledir ki, ister uygulama görmüş imar parseli, isterse olduğu gibi bırakılan kadastro parseli olsun, idarece sahiplenmek amacıyla ve devamlı olarak fiilen el atılmadan bir taşınmazın imar planında yeşil saha, oyun alanı, park yeri olarak gösterilmesi veya ortasından bir yol geçirileceğinin gösterilmiş bulunması mal sahibine dava hakkı vermez.

Nitekim; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 9.4.2003 gün, E:2003/5-281 K:2003/284; 31.10.2007 gün, E:2007/5-718 K:2007/805 ve 7.11.2007 gün, E:2007/5-805 K:2007/826 sayılı kararlarında da aynı görüş benimsenmiş; özellikle 31.10.2007 gün ve E: 2007/5-718 K:2007/805 sayılı kararında, imar uygulaması sonucu oluşan imar parselinin dahi, fiili el atmanın bulunmaması nedeniyle, salt imar planında oyun alanı olarak gösterilmesinin kamulaştırmatsız el koyma niteliğinde bulunmadığı kabul edilmiştir.

Tüm açıklamalar ışığında somut durum değerlendirildiğinde;

Mahkemece alınan Fen Bilirkişi raporunda, dava konusu 13408 ada 1 parsel üzerinde Akdere 5 nolu Ana Sağlık Merkezi Binası ve bazıları kısmen giren 5 kadar gecekondunun bulunduğu, 1853 ada 107 parsel üzerinde ise bazıları kısmen giren 9 kadar gecekondunun bulunduğu tespit edilmiş olup; bu haliyle planlarda belirtilen park ile ilgili herhangi bir düzenlemenin yapılmadığı anlaşılmaktadır.

Tapuda halen davacının murisi adına kayıtlı bulunan ve imar planında park alanında gösterilen 13408 ada 1 parsel ve 1853 ada 107 parsel sayılı taşınmazlarda davacının muvakkat yapı yapabileceği ve başka şekillerde tasarruf edebileceği anlaşıldığından, davacının kullanımının davalı idarece sahiplenme kastıyla ve sürekli şekilde fiilen engellenmediği açıktır.

Esasen, davacının murisi adına tapulu yerin, salt imar planında park alanı olarak ayrılmış olması, bu amaca yönelik olarak işlemleri tamamlayan bir kamulaştırma kararı alınması ve kamulaştırma gayesinin gerçekleşmesi için proje çizilmesi, mülkiyet hakkının sona erdiğinin kabulüne yetmez.

Bu husus, mal sahibine taşınmaz bedelini talep hakkı vermeyeceğinden; davacı tarafça öne sürülen ve Yerel Mahkeme'ce de benimsenen, hukuki el atmanın varlığından bahisle kamulaştırmatsız el koyma hükümlerinin uygulanması olanaklı değildir. Kamulaştırmatsız el koy-

ma hükümleri ancak, idarece mal sahibinin malının elinden alınması durumunda uygulanacaktır.

Şu da eklenmelidir ki, kamulaştırmасız el koymanın varlığı için, imar planında yol, yeşil alan gibi kamu hizmetine ayrılan imar parse-line dahi idarece fiilen el atılması ve mal sahibinin tasarrufunun fiilen engellenmesi koşulu aranmakta olup, taşınmazın salt imar durumu kamulaştırmасız el koyma olgusunun kabulü için yeterli bulunmadığına göre; kadastro parseli niteliğinde olan dava konusu taşınmazlar yönünden, böyle bir durumda fiili el koymanın varlığının ve davacının tasarrufunun idarece fiilen engellenip engellenmediğine ilişkin unsurların evleviyetle bulunması gerekli ve zorunludur.

Yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca; davalı idarenin, 13408 ada 1 parsel ve 1853 ada 107 parsel sayılı taşınmazlara fiilen el atmadığı, taşınmazı elinde bulunduran tapu maliki davacıyı tasarruftan men etmediği, imar planında park alanında gösterilmiş olsa dahi bu amaca yönelik olarak taşınmazda fiilen düzenleme yapıp kamu hizmetine tahsis etmediği, bu nedenle kamulaştırmасız el atma olgusundan söz etme olanağı bulunmadığı, böylelikle bu durumun mülkiyet hakkı sahibi davacıya bir dava hakkı vermeyeceği sonucuna varılmıştır.

Hal böyle olunca; Yerel Mahkeme'ce, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyularak, kamulaştırmасız el koyma hükümlerinin uygulanması olanağı bulunmayan davanın red-dine karar verilmesi gerekirken, aksi düşünceyle direnme kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile; direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma ilamında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nın 429.maddesi gereğince bozulmasına, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 05.12.2007 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

1. SOMUT OLAY

Dava; kamulaştırmасız el atmadan doğan tazminat isteğine ilişkindir. Davanın kısmen kabulüne ilişkin "direnme" hükmünün davalı

İdare (Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı) vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine Yüksek Hukuk Genel Kurulun'ca davalı idarenin taşınmaza "fiilen ve kalıcı nitelikte" el atmamış olduğundan davanın reddine karar verilmesi gerektiği görüşüyle direnme hükmünün bozulmasına karar verilmiştir.

Davacı, uyuşmazlık konusu 1853 ada 107 ve 13408 ada l sayılı parsellerde bulunan miras bırakanı M. T.'nin payları için kamulaştırmayı el koymadan doğan bedelinin tahsilini istemiştir.

Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı, Emlak Kamulaştırma Daire Başkanlığı, Kamulaştırma Şube Müdürlüğü'nün 16.12.2005 günlü karşılık yazılarında; "Mamak İlçesi 1853/107 sayılı parselin İmar İskan Bakanlığı'nın 15.4.1964 tarih ve 7214 sayılı yazılarıyla onaylanan 54200 numaralı plan gereği, aynı ilçe 13408/1 nolu parselin ise İmar Daire Heyeti'nin 7.11.1978 tarih ve 868 sayılı kararıyla 1853/107 sayılı parsel ve yeşil alanda tevhid edilerek (birleştirilerek) oluşturulduğu ve tamamının 50. Yıl park alanı içerisinde kaldığı" bildirilmiştir.

Aynı Belediye'nin 24.10.2005 günlü karşılık yazılarında da; "dava konusu parsellerin belediyece 16.12.2002 tarihinde sonuçlandırılan 50.Yıl Park ve Şehitler Anıtı Kompleksi Mimarlık Proje" yarışması kapsamında kaldığı açıklanmıştır. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre taşınmazların kamulaştırılmasına, karar verildiği, (encümenin 8.5.2003 tarih ve 1065 sayılı kararı) ancak, işlemlerin tamamlanmadığı, idare tarafından henüz el konulmadığı ve kazanan mimari projenin yapımına ilişkin herhangi bir işlemin de yapılmadığı belirlenmiştir.

2. UYUŞMAZLIK NOKTASI

Yerel mahkeme ile Hukuk Genel Kurulu ve Özel Daire arasındaki uyuşmazlık, davalı idarece taşınmazlara fiilen el konulmadığının saptanmış olması ve idare tarafından yapılan hukuki olgular (işlemler) karşısında, davacının taşınmazlardaki payı yönünden hukuken kullanma hakkının engellenip engellenmediği veya kısıtlanıp kısıtlanmadığı ve buna bağlı olarak somut olayda kamulaştırmayı el koyma olgusunun varlığının kabul edilip edilemeyeceği yani idarenin bu davranışının fiili (eylemler) bir kamulaştırma anlamına gelip gelmeyeceği noktasında toplanmaktadır.

3. MÜLKİYET HAKKININ ULUSAL VE ULUSLARARASI YASAL DAYANAKLARI VE SOMUT OLAYA ETKİLERİ

A. Mülkiyet Hakkının Ulusal Yasalardaki Dayanakları ve İrdelenmesi

- 1982 Anayasası'nın 35. maddesinde; *"Herkes mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması, toplum yararına aykırı olamaz."*

Görüldüğü gibi, Anayasa mülkiyet ve miras hakkını kutsal ve mutlak bir hak olarak kabul etmektedir. Bu nedenlerle Anayasa'da, temel hak ve ödevler kısmında yer verilmiştir. Şu halde, 35. maddenin temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması başlığını taşıyan 13. maddeyle birlikte yorumlamakta yarar vardır. Hukuk Genel Kurulu önüne gelen olayda mülkiyetin kullanılması hakkına getirilen kısıtlama, Anayasa'nın 13. maddesinde açıklanan ilkeleri aşan bir sınırlama olup, önemli ölçüde zorlaştırıcı ve dahası ortadan kaldırııcı nitelikte bulunmaktadır. 43 yılı aşan bir süreç gözetildiğinde *"Sosyal ve Hukuk Devleti"* ilkeleriyle örtüştüğü de söylenemez.

- 4721 sayılı TMK'nın 683. maddesine göre; *"Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir"*. İdarenin 1964 yılından beri başlayan 43 yıllık süreç içinde taşınmazlarla ilgili olarak aldığı kısıtlayıcı işlemler ile davacının serbest (dilediği gibi) kullanma hakkının elinden aldığı somut bir olgudur.

- 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 13/1. madde ve fıkrasıyla, *"imar planlarında, resmi yapı, okul, cami,yol ve meydan gibi genel hizmetlere ayrılan yerlerin, imar programına alınincaya kadar mevcut kullanma şeklinin devam edeceği öngörülmüştür, aynı kanununun 10. maddesiyle de belediyelerin imar planlarının yürürlüğe girmesinden en geç üç ay içinde bu planı uygulamak üzere 5 yıllık imar programlarını hazırlayacakları"* belirtilmiştir. Madde metninden de anlaşıldığı gibi üç ay içinde imar planlarının uygulanması için 5 yıllık imar programlarının hazırlanması öngörülmüş ise de, planların programa alınarak uygulanmasına ilişkin düzenleyici bir kurala (süreye ve benzeri kısıtlamaya) yer verilmemiştir. İdare, işte bu açık kapıdan yararlanarak kişilerin mülkiyet hakkına getirdiği sınırlamaları uzun süre (olayda 43 yıldan beri) askıda tutabilmektedir. Örneğin batı Avrupa ülkelerinde planların ne kadar süre içerisinde

kullanılacağı konusunda açık ve kesin kurallar konulmuştur.

Anayasa Mahkemesi, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 13/1-3. fıkralarının iptali ile ilgili 29.12.1999 gün ve 1999/3 esas, 1999/51 sayılı kararında; Anayasa'nın 13 ve 35. maddelerini birlikte yorumlayarak, "... çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimler olduğunu, özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan veya tümüyle kullanılmaz hale getiren sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaştığı kabul edilemez..." ilkesine vurgu yapılmıştır.

B. Mülkiyet Hakkının Uluslararası Sözleşmelerden Doğan Yasal Dayanağı ve İrdelenmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek I Nolu Protokol'ün 1. maddesinde; "...Her gerçek ve tüzel kişi, maliki olduğu şeyleri barışçıl bir biçimde kullanma hakkına sahiptir. Kamu yararı gerektirmedikçe ve Uluslararası Hukukun genel ilkeleri ile hukukun aradığı koşullara uyulmadıkça, bir kimse mülkiyetinden yoksun bırakılamaz..." denilmektedir. Ek protokol'ün mülkiyet hakkı ile ilgili 1. maddesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce onanmış ve onaylayan yasada; "...Her hakiki veya hükmi şahıs malların masuniyetine (dokunulmazlığına) riayet edilmesi hakkına sahiptir. Herhangi bir kimse ancak amme menfaati icabı olarak ve kanunun derpiş eylediği şartlar ve devletler hukukunun umumi prensipleri dahilinde mülkiyetinden mahrum edilebilir..." ilkelerine yer verilmiştir. Ek Protokol'ün 1. maddesi ile, mülkiyet hakkına getirilen koruma, diğer haklar konusunda olduğu gibi önce ilkeyi ya da genel kuralı koymakta, böylece güvence altına alınan hakkı tanımakta, daha sonra genel kurala getirilmesi olası sınırlama ve kısıtlamalar ile bunların meşru koşulları birlikte belirlenmektedir. Örneğin; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir kararında "...sonuçları inşaat yasakları ile ağırlaştırılmış olan ve verilen uzun süreli kamulaştırma izinleri ile kamusal yarar ve bireysel yarar arasındaki dengenin kişi aleyhine bozulduğuna ve mal varlığına saygı ilkesinin, geçerli bir nedene dayanmaksızın çiğnemiş olduğuna" işaret edilmiştir, (1- Güney Dinç, Türkiye Barolar Birliği, AİHS ve Mal Varlığı Hakları, Ankara 2007, Sh:5, 37-43, 2- Osman Doğru, AİHM İçtihatları, 1, Adalet Bakanlığı, s. 481-500, Ankara 2003, -Sporrong ve Lönnroth/ İsveç, 0055.23.9.1982 T. 7151/75 E., davası, sözü edilen davanın olayı şöyledir; Stockholm kent merkezindeki 1960 yıllardan kalma binalarının imar planında yapıl-

ması tasarlanan bir viyadük ayağına rastlaması nedeniyle Hükümet, 1956 yılında 5 yıl içinde uygulanmak koşulu ile Belediyeye kamulaştırma izni vermiştir. Aynı gerekçe ile taşınmaza 1954 yılında yapılaşma yasağı da konulmuştur. Sözü edilen 5 yıllık sürenin dolmasından önce Belediyenin, mal sahiplerine ödenecek tazminatı belirleyecek olan mahkemeye dava açması gerekmektedir. Aksi halde, kamulaştırma izni ortadan kalkacaktır. Belirli aralıklarla sözü edilen süre kamulaştırma izni için üç kez uzatılmış ve en son 3.5.1979 yılında Hükümet, Belediye'nin kamulaştırma izin isteğini iptal etmiştir...)

4. SOMUT OLAYIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda yapılan açıklamalar gözetildiğinde, davacının taşınmazları ile ilgili olarak idarenin 15.10.1964 tarihinden (43 yıldan) beri mülkiyet hakkını sınırlandıracak ve kullanım hakkını kısıtlayacak bir takım işlemler yaptığı gerçek bir olgudur. Bu hali ile davacıya inşaat izni verilmesi olanaklı olmadığı gibi, taşınmazlarını gerçek (sürüm) değeri üzerinden satması da olanaklı değildir. Bu husus Özel Dairenin de kabulündedir.

Dayanak gösterilen Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın (1982) 13, 35 TMK'nın 683 ve İmar Kanunu'nun 10. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek Protokol'ün 1. maddesi uyarınca, davacının mülkiyet hakkından hukuken ve serbestçe yararlanma olanağının oldukça zorlaştırıldığı, taşınmazlarının (mülklerinin) geleceği konusunda da tamamen belirsiz bir durum söz konusu olduğu görülmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi mülkiyetle ilgili tüm kararlarında; *"mülkiyet hakkının korunması, mülkiyet (mal varlığı) hakkına saygı, toplumun genel yararlarının gerekleri ile bireyin temel haklarının korunmasının gerekleri arasında adil bir dengenin sağlanması, mülkiyet hakkına el atılan kişinin (olağan dışı ve aşırı) yükümlülük altına sokulmaması, aksi halde, adil dengenin bozulacağı ilkelerine özen gösterilmesine vurgu yapılmıştır"* Şu halde AİHM Sporrong ve Lönnroth, İsveç, 1982 davasında olduğu gibi, somut olayda da, aradan geçen uzun süreç göz önünde tutulduğunda mal varlığına saygı ilkesi ile az yukarıda açıklanan diğer ilkelere çok haklı bir nedene dayanılmaksızın çiğnendiğinin ve hukuken kullanma hakkının ağır bir şekilde kısıtlandığının, kamu yararı ile kişi yararı arasındaki adil dengenin kişi aleyhine bozulduğunun kabulü

gerekmektedir.

Tüm bu somut ve hukuki olgular karşısında idarenin davranışının fiili (eylemlî) ve hukuki bir kamulaştırma niteliğinde bulunduğu görüşünde olduğumdan, direnme kararının onanmasına karar verilmesi gerekirken, bozulması biçiminde gerçekleşen sayın çoğunluğun görüşlerine açıklanan nedenlerle katılmıyorum.

Yusuf Uluç
8. Hukuk Dairesi Üyesi

* * *

T. 31.10.2007
E. 2007/11-668
K. 2007/798

- * **Munzam zarar alacağı**
- * **Alacağın geç tahsil edilmesi nedeniyle geçmiş günler faizi ile karşılanamayan munzam zarar**
- * **Temerrüt faizi**
(818 s. Borçlar K. m.103, 105)

Taraflar arasındaki “munzam zarar alacağı” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 10. Asliye Ticaret Mahkemesi’nce davanın reddine dair verilen 07.12.2004 gün ve 2002/521 E, 2004/1287 E,-K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 23.05.2006 gün ve 2005/3695-6041 sayılı ilamıyla; (...Davacı vekili, müvekkilinin davalıdan olan alacağını tahsil amacıyla açtığı davanın lehine sonuçlandığını, kararın, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından da onanarak kesinleştiğim, alacağın geç tahsil edilmesi nedeniyle hükmedilen ve davalı tarafından ödenen temerrüt faizinin davacı zararının karşılamadığını ileri sürerek, BK’nın 105. maddesi gereğince 350.000.000.000 TL. munzam zararın faiziyle birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkilinin kusuru nedeniyle bir tazminata hükmedilmediğini, sebepsiz zenginleşmesi nedeni ile bedel ödemeye mahkum edildiğini, bunun da taraflar arasındaki sözleşmenin 4302 sayılı Yasa gereğince kendiliğinden sona ermesi nedeninden doğduğunu, müvekkilinin likit ve muaccel bir bedeli ödeme konusunda temerrüde düşmediğini, munzam zarar koşullarının bulunmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkeme’ce iddia, savunma ve dosya kap-

samına göre, BK'nın 105. maddesine dayanan munzam zarar taleplerinde alacaklının uğradığı zararın kendisine ödenen temerrüt faizinden fazla olduğunu, somut olgulara dayanarak, inanılır, kesin ve net biçimde kanıtlamak zorunda olduğu, genel ve soyut nitelikteki enflasyonun ya da bankalarda mevduat için ödenen faizin temerrüt faizinden yüksek oranda olmasının, munzam zararın gerçekleştiği ve kanıtlandığı anlamına gelmeyeceği, somut olayda da davacının tahsil edeceği bedelin mevduat hesabına yatırılması halinde daha fazla gelir elde edeceği iddiasına dayandığı, bunun haricinde kanıtlanması bir yana iddia edilen bir zarardan da bahsedilmediği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Karar, davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Dava, BK'nın 105/1. maddesine dayanılarak açılmış olup, alacağın geç tahsil edilmesi nedeniyle geçmiş günler faizi ile karşılanamayan munzam zararın tahsiline ilişkindir. Davacı alacaklı, borçlunun ilk temerrüde düştüğü tarihten alacağın faizi ile birlikte tahsil ettiği tarihe kadar olan dönem için munzam zararım isteyebilecektir. Öte yandan, Daire'mizin bundan önceki kararlarında, Ülkemizde son yıllarda süregelen yüksek enflasyon ve bunun sonucu para değerindeki düşmeler ve alacaklının alacağını geç alması nedeniyle bundan oluşan zararını BK'nın 105. maddesi hükmü kapsamında talep etmesinin mümkün olduğu, alacaklının daha yüksek bir zararı konusunda somut deliller getiremediği takdirde en azından paranın zamanında tahsil edilmesi halinde bunun banka mevduat hesaplarında değerlendirilebileceği görüşünden hareketle, üçer aylık vadeli mevduat hesabında bu paranın değerlendirilmesi durumunda elde edilebilecek gelir miktarının munzam zarar adı altında istenebileceği kabul edilmekte idi.

Ne var ki, Yargıtay daireleri arasında bu yolda oluşan içtihat ayrıklığının giderilmesi isteminin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nca reddolunmasından sonra Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca 10.11.1999 gün 1998/13-353 Esas ve 1999/929 Karar sayılı ilamı ile bu ilke tartışılmış ve yeni esaslara bağlanmış bulunmaktadır. Dairemizce de bu karara iştirak edildiğinden munzam zararın hesaplanabilmesi ilkesi ve ölçütünde bu karar uyarınca değişikliğe gidilmesi zorunlu bulunmuştur.

Buna göre, ayrıca ve daha yükseği kanıtlanamadıkça veyahut mal sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan alacaklarda olduğu gibi tahsil edilecek paranın sarf edileceği amaç ve yer açıkça belli olmadık-

ça mahkemece bu tür davalarda munzam zararın tespit edilebilmesi için yapılacak iş şu olmalıdır. Borçlunun temerrüde düştüğü tarihten, ödemenin gerçekleştirildiği güne kadar geçen süre içerisinde, her yıl itibarı ile gerçekleşen yıllık enflasyon artış oranını, bu oranın eşya fiyatlarına yansıma durumu, mevduat ve Devlet Tahvil'lerine verilen faiz oranları, Türk Lirası karşısında döviz kurlarına ilişkin değişiklik listeleri davacıdan istenmek, gerektiğinde bunları ilgili resmi kurul veya kuruluşlardı araştırmak, bu sahada uzman bilirkişi görüşünden de yararlanılmak suretiyle, bu süre içerisindeki para değerinin düşmesi, alım gücü azalması nedeniyle alacaklının maruz kaldığı zarar miktarını yukarıda değinilen unsurların toplanıp, ortalamaları bulunarak belirlenmek ve istenilen alacağın temel hukuki yapısı nedeniyle bir tazminat alacağı niteliğinde olduğundan ve bu zararın oluşmasında ülkenin içinde bulunduğu ekonomik ve sosyal ortamın da etkili bulunduğu ve bundan Ülkede yaşamını sürdüren gerçek veya tüzel kişilerin etkilenmemesinin kaçınılmaz olduğu ve nihayet her olayın özelliği de dikkate alınarak, bulunacak miktarın BK'nın 43. maddesi çerçevesinde mahkemece değerlendirmeye de tabi tutularak belirlenmesi ve bundan sonra bu zarar miktarından davacının alacağını tahsil ederken alması gereken temerrüt faizi miktarı düşülerek hasil olacak sonuç çerçevesinde hüküm kurmaktan ibarettir. Mahkemece, açıklanan ilkeler ışığında davacının isteyebileceği munzam zarar miktarının belirlenerek, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın reddedilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir...) 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, munzam zararın tahsili isteğine ilişkindir.

Davacı şirket vekili, İstanbul 6. Ticaret Mahkemesi'nde, munzam zarardan kaynaklanan talep ve dava hakları saklı kalmak kaydıyla 1999/120 E. sayılı dosya ile davalı aleyhine açılan dava sorunda 23.05.2000 gün, 2000/470 sayılı Kararla dava tarihinden itibaren değişen oranlarda faizi ile birlikte 383.716.666.666 TL.'ye hükmedildiğini,

bu kararın Özel Daire'nin 15.03.2001 gün, 2000/10784 E, 2001/1989 sayılı kararıyla onanmak ve karar düzeltmeden de geçmek suretiyle kesinleştiğini; alacağın 10.04.2001 günü tahsil edilebildiğini; ülkede gerçekleşen enflasyon ve Kasım 2000, Şubat 2001 tarihlerinde oluşan ekonomik krizler, yabancı para değerindeki ve banka temerrüt faiz oranlarındaki artışlar karşısında davacının zararının temerrüt faiziy- le karşılanamadığını ileri sürerek, BK'nın 105. maddesi uyarınca 350 Milyar TL. munzam zarar tutarının davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı şirket vekili, munzam zarara hükmedilebilmesi için öncelikle alacağın geç ödenmesinden doğan zararın ispatı gerektiğini, davacı tarafın zararını ispat edemediğini, davanın reddini cevaben bildirmiş; Mahkeme'ce, davanın reddine ilişkin olarak kurulan karar Özel Daire'ce, yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuştur.

Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasındaki uyuşmazlık; davacının, geçmiş günler faizinden fazla zararın varlığını somut delillerle ispat etmesinin gerekip gerekmediği noktasındadır.

Davacı bu dava ile Borçlar Kanunu'nun 105. maddesi uyarınca temerrüt faizini aşan munzam zararını istemektedir. Munzam zararın anlaşılabilmesi için öncelikle temerrüt faizinin hukuksal niteliği üzerinde durulmasında yarar vardır.

Bilindiği gibi temerrüt faizi, borçlunun para borcunu zamanında ödememesi ve temerrüde düşmesi üzerine Borçlar Kanunu'nun 103. maddesi gereği kendiliğinden işlemeye başlayan ve temerrüdün devamı süresinde varlığını sürdüren bir karşılık olması itibariyle, zamanında ifa etme olgusuyla doğrudan bir bağlantı içerisindedir. Borçlu kusurlu olsun olmasın, sonuçta borç alacaklıya zamanında ödenmemiş demektedir.

İşte, gerek İsviçre ve gerekse Türk kanun koyucusu alacaklıya zararın varlığını ve miktarını ve borçlunun kusurunu ispat zorunda kalmaksızın temerrüt faizini talep edebilme hakkı tanımıştır.

Giderek, faiz yükümlülüğünün doğumu için borçlunun alıkoyduğu para miktarından yarar sağlaması şart olmadığı gibi, bu yararların iadesi amacını da taşımaz.

Diğer taraftan temerrüt faizi talep edebilmek için borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olması şart değildir. Borçlu bu konuda

kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ileri sürerek ve bunu kanıtlayarak faiz ödeme yükümlülüğünden kurtulamaz.

Bunun yanında temerrüt faizi, sözleşmeden doğan para borçlarının yanı sıra, sözleşme dışı hukuki ilişkiden kaynaklanan para borçlarında da uygulama alanı bulabilir. (Dr. Nami Barlas, *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Temerrüt Açısından düzenlenen Genel Sonuçlar*, 1992, s: 127, YGK 01.01.1992 gün E: 1991/11-615, K: 1992/57)

Davamızın konusu olan munzam zarar ise, Borçlar Kanunu'nun 105.maddesinde düzenlenmiştir. Anılan madde hükmüne göre alacaklı, geç ödeme sebebiyle az yukarıda açıklanan geçmiş günler için öngörülen faizle karşılanamayacak bir zarara uğramış ise, borçlu geç ödemediği için kendisinin hiçbir kusurunu bulunmadığını ispat etmedikçe, bu zararı karşılamak zorundadır.

O halde, Borçlar Kanunu'nun 103. maddesinde öngörülen faizi aşan zararın ödenebilmesi için, uğranılan zararın varlığı ile miktarının kanıtlanması gerekir. Bu zarar kanıtlandığı takdirde borçlu, ancak kendisinin geç ödemediği için hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmesi halinde bu zararın ödenmesi yükümlülüğünden kurtulabilir.

Bu konuda kanıtlanması gereken, muayyen paranın gününde ödenmemesinden doğan zarardır. Diğer bir deyişle alacaklı davacı, fiilen uğradığı zararın ne olduğunu ve miktarını kanıtlamak durumundadır. Doğaldır ki bu zarar, paranın zamanında ödenmemesinden dolayı mahrum kalınan "muhtemel kâr" ya da "farz edilen gelir" değildir. Bu zarar, davacının öz varlığından, ekonomik ve sosyal faaliyetlerinden, toplum içerisindeki statüsünden, başına gelen olaylardan kaynaklanan, somut olgular nedeniyle uğramış olduğu fiili zarardır.

Hal böyle olunca, iddia olunan zararı doğuran somut vakianın ve bu nedenle uğranılan zararın kanıtlanması gerektiği, duraksama yaratmayacak kadar açık bir olgudur.

Hemen ifade etmek gerekir ki, faiz oranları Borçlar Kanunu ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun ile düzenlenmiştir.

Yasa koyucu, bir para borcunun gününde ödenmemesinden dolayı alacaklının zarara uğrayacağını kabul edip, bu zararın, ülkenin içinde bulunduğu ekonomik konjonktürü dikkate alarak belli bir oranda olacağını benimsemiştir.

Nitekim, Borçlar Kanunu'nun 103. maddesine göre temerrüt faizi oranı % 5 iken, 4.12.1984 gün ve 3095 sayılı Yasa ile bu oranın % 30'a çıkarılması ve yine 3095 sayılı Yasa'da 15.12.1999 gün ve 4489 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonucu Merkez Bankasının kısa vadeli kredi işlemlerinde uyguladığı reeskont faiz oranı esas alınarak, değişen faiz oranlarının benimsenmesi bunun kanıtıdır.

Bu noktada, ülkenin içinde bulunduğu ekonomik olumsuzluklar (enflasyon, yüksek faiz, para değerindeki devamlı düşüş) dikkate alınarak, yasa hükmüyle geçmiş günler faizine ilişkin düzenleme yapılmış iken, aynı olguların, Borçlar Kanunu'nun 105. maddesinde öngörülen munzam zararın bilinen kanıtları olarak gösterilip, bunların doğurduğu olumsuzluklar, gerçek zarar olarak gösterilemez.

Aksinin kabulü halinde yasa koyucunun bu olumsuzlukların karşılığına dair saptamasının hiçbir anlamı kalmayacağı açıktır.

Yasa koyucu tüm bu ekonomik olumsuzlukları değerlendirip, bunların tevlihdede olduğu zarar dolayısıyla tazminat oranını Anayasa'dan aldığı yasa yapma yetkisine dayanarak belirlemiş iken, zımnen bu takdirin yerinde olmadığı ileri sürülüp, aynı ekonomik göstergelere dayanılarak tazmin edilecek zararın geçmiş günler faizinden fazla olduğu kabul edilemez. Yetkili mercii kararını vermiş, yasayla hükmünü vaz etmiştir. Uğranılan zarar, yetkili mercii belirlediğinden fazla ve bu nedenle 105. maddeye dayanılarak munzam zarar istenecek ise, artık o mercii, zararın oranını belirlemek için kullandığı, dikkate aldığı, değerlendirdiği ölçülere ve bunların "*maruf ve meşhur*" oldukları olgusuna değil, davaya özgü, somut vakialara dayanılması gerekir. Bunlar da, elverişli ve geçerli delillerle kanıtlanmalıdır. Burada, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 238.maddesinin yarattığı istisna uygulanamaz. Zira kanıtlanacak olgular anılan maddede sözü edilen "*maruf ve meşhur*" olan enflasyon, para değerindeki düşüş ya da mevduat faiz oranları değil, az yukarıda açıklandığı gibi geç ödeme ile davacının maruz kaldığı zararı tevlihdede eden vakıalar ve bu vakıalar nedeniyle uğranılan fiili zarardır. Örneğin, alacağını gününde alamayan alacaklının, aynı gün vadesi gelmiş bir borcunu ödemek için, borçlunun ödediği geçmiş günler faizi yerine bunun üzerindeki bir faizle borçlanması, ya da alacaklına daha yüksek oranda faiz ödemek durumunda kalması; dövizle ödemeyi kabul ettiği borcu için, alacağını gününde tahsil edememesi nedeniyle sonraki günlerde daha yüksek kurdan dö-

viz satın almak zorunda kalması gibi maddi olgularla kanıtlanan zarar söz konusudur.

Denilebilir ki, Borçlar Kanunu'nun 105. maddesinde öngörülen munzam zararın, Borçlar Kanunu'nun 103. maddesi ve 3095 sayılı Kanun ile saptanan faiz oranının dayanağı olan ekonomik olumsuzluklara dayandırılması ve herkesçe bilinenin kanıtlanmasına gerek olmadığı sonucuna varılması mümkün değildir.

Bu itibarla Borçlar Kanunu'nun 105. maddesinde karşılanması öngörülen faizi aşan zararın, genel ekonomik olumsuzlukların (ülkede cari enflasyon oranı, yüksek ve değişken döviz kurları, mevduat faizleri) dışında, davacının durumuna özgü, somut vakıalarla ispatlanması gerekir. Zararın varlığı ileri sürülerek somut olgular ile kanıtlandıktan sonra, zararın miktarının belirlenmesinde, yukarıda açıklandığı gibi, zamanında ödeme yapılmadığı için alınmak zorunda kalınan borca ödenen yüksek faiz oranının, mal varlığında meydana gelen azalmanın veya dövize ödenen yüksek kurun ve ülkede cari diğer ekonomik göstergelerin dikkate alınacağı tabiidir.

Görülmekte olan davada az yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde, somut vakıalara dayanılarak bir zararın gerçekleştiği ileri sürülüp, kanıtlanmadığından, Borçlar Kanunu'nun 105. maddesi gereğince tazminata hükmedilemeyeceği kuşkusuzdur.

O halde yukarıda açıklanan nedenlerle direnme kararı usul ve yasa uygun olup yerindedir, Onanması gerekir.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle onanmasına, 31.10.2007 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Dava, BK'nın 105/1. maddesi uyarınca bir miktar para alacağının geç ödenmesi nedeniyle munzam zararın tazmini istemine ilişkindir.

Mahkeme'ce davanın reddine dair verilen kararın bozulması üzerine verilen direnme kararı davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Direnme kararında iki gerekçeye dayanılmıştır. Birincisi munzam zararın somut olarak kanıtlanması gerektiği halde görülmekte olan davada bunun kanıtlanmadığı, ikincisi ise, alacağın varlığı yargılamayı

gerektirdiğinden, dayalı borçlunun temerrüde düşmekte kusuru bulunmadığı dolayısıyla munzam zarardan sorumlu olamayacağıdır.

Birinci gerekçe ile ilgili olarak, enflasyonun geçmiş günler faiz oranına göre çok yüksek oranlarda seyrettiği dönemler için geçmiş günler faizini (temerrüt faizini) aşan zararın herkesçe bilinen enflasyon olgusu karşısında somut zararın ayrıca kanıtlanması gerekmediğine dair bozma kararı ve birçok HGK kararı gerekçelerinde yapılan açıklamalara atıfta bulunmakla yetinip, çok bilinen bu tartışmayla ilgili daha fazla açıklama yapmayacağım.

Mahkemece direnme kararına dayanak yapılan ve sayın çoğunluk tarafından benimsenen ikinci gerekçe, taraflar arasındaki sözleşmenin ifasının sözleşme imzalandıktan sonra yürürlüğe giren yasa gereğince imkansız hale geldiği ve davacının alacağının yargılamayı gerektirdiği bu nedenle borçlu davalının temerrüde düşmekte kusurlu olmadığı yolundadır.

Bilindiği gibi BK'nın 105. maddesine göre *“Alacaklının duçar olduğu zarar geçmiş günler faizinden fazla olduğu surette borçlu kendisine hiç bir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bu zararı dahi tazmin ile mükelleftir.”*

BK'nın 105. maddesinde düzenlenen faizi aşan (munzam) zarar sorumluluğu kusura dayanan temerrüdün hukuki sonucudur ve munzam zarar istenebilmesi için, a) ifade gecikme (borçlunun temerrüdü), b) bu nedenle bir zarar meydana gelmesi, c) gecikme ile zarar arasında illiyet bağı bulunması, d) borçlunun kusurunun gerçekleşmesi gerekir.

Diğer unsurlar bakımından Dairemiz ile Yerel Mahkeme arasında bir uyuşmazlık bulunmadığı somut zararın kanıtlanması bakımından Dairemiz uygulaması konusunda daha önce belirtilen nedenle açıklama yapmaya gerek görmediğimden, bu bölümde sadece kusur unsuru üzerinde duracağım.

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, munzam zarar nedeniyle tazminat borcunun doğması için aranan kusur, asıl borcun doğumu ile ilgili kusur değil, borçlunun temerrüde düşmekteki kusurudur. Zararın doğmasına yol açan bir kusur aranmaz. Yine tüm bilimsel ve yargısal içtihatlarda BK'nın 105. maddesine göre munzam zarar istenebilmesi bakımından asıl borcun hangi nedenden kaynaklandığı

önemli değildir, asıl borç sözleşmeden, sebepsiz iktisap, haksız fiil veya kanundan doğabilir. (Bkz. Prof. Dr. Hayri Domaniç *Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK'nın 105 ve Diğer Hükümleri*, İst. 1993, s. 64.) Taraflar arasındaki borcun varlığı ve miktarı, borç hangi nedenden kaynaklanırsa kaynaklansın para alacakları ile ilgili olarak yargılamaya ihtiyaç gösterir. Özellikle haksız fiilden kaynaklanan bir alacağın söz konusu olması halinde bu alacağın varlığı ve tutarının saptanmasının yargılamaya ihtiyaç göstermediği söylenemez ve bu nedenle direnme kararının gerekçesinde davacının alacağının yargılamayı gerektirmesi nedeniyle davalının kusurlu olarak temerrüde düştüğünden söz edilemeyeceğinin kabulü halinde haksız fiilden kaynaklanan hiçbir alacakla ilgili munzam zarar istemi söz konusu olamaz.

Munzam zararın borçlunun temerrüde düştüğü tarihi ile asıl borcun ödendiği tarih arasında gün bu gün olduğu, bunun temerrüt tarihi ile yargılamanın devamı sırasında da devam ettiği ve BK'nın 105/2. maddesinde "*...munzam zararı derhal takdir olunabilir ise esasa dair karar verir iken bu zararın miktarını dahi tayin edebileceğinin...*" öngörüldüğü dikkate alındığında, munzam zararın istenebilme koşullarında olan borçlunun temerrüde düşmekteki kusurunun, alacağın varlığının yargılamayı gerektirdiğinden bahisle oluşmayacağı sonucuna varmak mümkün değildir. Kaldı ki somut olayda asıl alacağın varlığı, dayalı borçlunun bu alacak nedeniyle temerrüde düştüğü ve temerrüt faizinden sorumlu olduğu kesinleşen mahkeme kararı ile saptanmıştır. Bu konuda somut olayın başkaca bir özelliği de yoktur.

Buna rağmen mahkeme kararının kusurun oluşmadığı gerekçesinde hakim olan anlayışın kabulü, doktrin ve uygulamada yerleşmiş munzam zarar dışında bambaşka bir munzam zarar kavramı yaratmak anlamına gelir.

Bu nedenle, munzam zarar ile ilgili olarak temerrüde düşen borçlunun temerrüde düşmekte kusursuzluğunu kanıtlayamadığı takdirde sorumluluğu söz konusu olup somut olayda davalının kusursuz olduğuna dair mahkeme kararında dayanılan ve kabulü mümkün olmayan gerekçesinde açıklanan neden dışında bir savunma ileri sürülmediği gibi delil de ibraz edilmediğinden, sayın çoğunluğun aksi yöndeki direnme kararı gerekçesini uygun gören görüşüne katılmıyorum.

Ahmet ÖZGAN

11. Hukuk Dairesi Üyesi

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 23.11.2007
E. 2007/287
K. 2007/363

- * Avukatın meslektaşına karşı asil veya vekil sıfatıyla takip edeceği davayı kendi barosuna yazıyla bildirme yükümlülüğü
- * Hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanmak
(Av. K. m. 34, 134, 136/1;
TBB Meslek K. m. 2, 26, 27)

Şikayetli avukatlar hakkında, avukatın bağımsızlığı ile ilgili Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 2. maddesine, avukatların meslektaşları hakkındaki şikayetlerinin merciinin yalnız barolar olduğunu belirten Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 26. ve 27. maddesine aykırı davranıldığı iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda baro disiplin kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetliler savunmalarında, şikayetçinin göreve geldiği günden itibaren taraflı uygulama ve iş dağıtımını yaptığını, kendisine haksız ve fahiş menfaat sağladığını, vekalet ücretlerini eşit dağıtmadığını, bazı evraklar üzerinde tahrifat yaptığını, bu yüzden hem yargı ve hem de idari yoldan şikayette bulduklarını bildirmişlerdir.

Baro disiplin kurulu, şikayetli avukatların eylemini Avukatlık Kanunu'nun 34. ve 134. maddeleri ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 26. maddesine aykırı bularak, şikayetlilerin ayrı ayrı uyarma cezası ile cezalandırılmalarına karar vermiştir.

Baro disiplin kurulu kararına karşı İstanbul Cumhuriyet Savcılığı ve şikayetli avukatlar tarafından itiraz edilmiştir.

Şikayetliler itirazlarında, şikayetçinin “avukat” olarak değil “idareci” olarak görev yaptığını, şikayete konu yapılan eylemin “avukatlık görevinden kaynaklanmayan ve bu görevin ifası sırasında gerçekleşmemiş” olduğunu, şikayetlerini görev yaptıkları kuruma ve savcılığa yapmış olduklarını, düşüncelerini kamuoyuna açıklamadıklarını ve suçsuz olduklarından bildirmişlerdir.

İstanbul C. Başsavcılığı ise itirazında, Avukatlık Kanunu’nun 34. maddesine aykırı davrandığı kabul edilen şikayetliler hakkında aynı yasanın 136/1 maddesi uyarınca en az kınama cezası verilmesi gerekirken uyarma cezası verilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğu bildirilmiştir.

Dosya içeriğinden, şikayetçinin Tekel Genel Müdürlüğü 1. Hukuk Müşaviri, şikayetlilerin ise anılan kurumun avukatları olduğu, şikayetlilerin, “Özelleştirme İdaresi Tekel İdaresi Anonim Şirketi Yönetim Kurulu Başkanlığı”na verdikleri 17.10.2005 kayıt tarihli ortak dilekçelerinde, “şikayetçinin, göreve geldiğinden bu yana memuriyet nüfusunu kötüye kullanarak haksız, keyfi, cüretkar ve yasal olmayan uygulamalarla kendisinin ve bir kısım avukatların yüksek miktarda, diğerlerinin cüzi miktarda vekalet ücreti almasını sağladığı, hukuk müşavirliğini özel hukuk bürosu gibi kullandığını, milyarlarca lira tutarındaki vekalet ücretini, 6 yıllık bir avukatla paylaştığını, kendileri tarafından takip edilen dava dosyalarıyla ilgili evrakta tahrifat yaptığını, görevini kötüye kullanarak evrakta sahtekarlık yapmak suretiyle o davalarla ilgili olarak 15 bin YTL’yi zimmetine geçirdiği, gereğinin yapılmasını istedikleri, anılan hususlarda Fatih C. Başsavcılığı’na da başvuruda bulduklarını belirttikleri,

Şikayetçi hakkında C. savcılığına yapılan suç duyurusunun, Fatih C. Başsavcılığı’nın 2006/16594 Hazırlık sayısına kayıtlı olduğu, iddianamede, şikayetçilerinin Tütün, Tütün Mamulleri Tuz ve Alkol İşletmeleri A.Ş. Genel Müdürlüğü, T.E. (şikayetli) ve S.A.K. (şikayetli), şüphelinin ise şikayetçi M. B. olarak yazılı bulunduğu, “hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanmak” suçundan cezalandırılması amacıyla şikayetçi hakkında kamu davasının açılmış olduğu anlaşılmıştır.

Baro disiplin kurulu şikayetlilerin eyleminin Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları’nın 26. maddesinde yazılı “Hiçbir avukat, bir meslek-

taşının mesleki tutum ve davranışları hakkındaki düşüncelerini kamuoyuna açıklayamaz. Bu yoldaki şikayetlerin mercii yalnız barolardır” hükmüne aykırı olduğunu kabul etmiş ise de şikayetlilerin eylemi bu madde içinde değerlendirilemez. Zira maddenin amacı, bir avukatın diğer bir avukat aleyhine kamuoyunda olumsuz bir kanaatin oluşmasını engellemeye yöneliktir.

Şikayetlilerin, şikayetçiyi C. Savcılığı'na şikayet etmelerinden ibaret eylemleri, öncelikle Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 27/2 maddesinde yazılı *“Bir avukat bir başka avukata karşı asil ya da vekil sıfatıyla takip edeceği davayı kendi barosuna bir yazı ile bildirir”* hükmüne ve Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesinde yazılı *“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.”* düzenlemesine aykırılık teşkil etmektedir.

İstanbul Barosu Disiplin Kurulu kararında, şikayetlilerin eylemini her ne kadar TBB Meslek Kuralları'nın 26. maddesine aykırı bularak disiplin cezası tayin etmiş ise de, eylem TBB Meslek Kuralları'nın 27/2 maddesine aykırı olmakla disiplin suçunu oluşturmaktadır. Bu nedenle eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin baro disiplin kurulu kararında bu nedenle hukuki isabetsizlik görülmemiştir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun avukatların hak ve ödevlerini düzenleyen altıncı kısmında yer alan 34. maddesinde, avukatların genel olarak Türkiye Barolar Birliği'nce belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlü oldukları ifade edilip, devamı maddelerinde de bu kurallardan bir bölümünün sayıldığı, şikayet edilen avukatın disiplin kovuşturmasına konu eyleminin ise bu kısım kapsamında yer almadığı, TBB Meslek Kuralları'nın 27/2 maddesine aykırılık oluşturduğu nazara alınarak, C. Başsavcısı'nın *“baro disiplin kurulunca eylem Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesine aykırı kabul edildiğine göre en az kınama cezası tayini gerektiği”* yolundaki itirazı kabul edilmemiş, baro disiplin kurulu kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, İstanbul C. Başsavcılığı ve şikayetlilerin itirazlarının reddi ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun her iki şikayetli avukat hakkındaki uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının ayrı ayrı onanmasına oybirliği ile karar verildi.

T. 23.11.2007
E. 2007/308
K. 2007/374

* Duruşma tutanakları ve
duruşma defterinde tahrifat
* Ceza davasında beraat eden
avukatın disiplin yönünden
cezalandırılabilceği
(Av. K. m. 34, 134 140/3, 142/2;
TBB Meslek Kuralları m. 4)

Şikayetli avukatın taraf vekili sıfatıyla takip ettiği Dicle Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2004/104 ve 2005/18 Esaslarında kayıtlı davaların 05.07.2005 tarihli duruşma tutanaklarında, duruşmaların ertelendiği 15.09.2005 tarihinin gün kısmını 22 olarak değiştirerek hakim yerine paraf attığı ve duruşma günleri defterindeki 15.09.2005 tarihli listede bulunan dava esas numaralarının üzerini çizerek kendi el yazısı ile 2004/104 ve 2005/18 Esas sayılı dava dosya kayıtlarını 22.09.2005 tarihli listeye eklediği iddia edilerek şikayetli avukat hakkında Adalet Bakanlığı'nın oluru ile ceza davası açılmış ve disiplin yönünden gereği yapılmak üzere durum baro başkanlığına bildirilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında, 15.07.2005 günlü duruşmada dava dosyalarının karar aşamasında olması nedeni ile talep doğrultusunda karar verilmesini istediğinde, mahkeme hakiminin "*maalesef karar veremeyeceğim zira Yargıtay'ın bu davalarla ilgili görüş değiştireceğini öğrendim, bu nedenle Eylül ayına gün vereceğim*" demesi üzerine büyük üzüntüye kapıldığını beyan ederek, 7-8 yıl gibi uzun bir süreden beri o davalar için Elazığ'dan Dicle'ye gidip gelerek davayı takip ettiğini, Elazığ-Dicle arasında 140 km mesafe bulunduğunu, gidiş-dönüşün 280 km olduğunu, davaları uzun süre takip etmenin kendisini yorduğunu ve davaların ret olma ihtimali karşısında aşırı üzüntüye kapıldığını, bu ruh hali içindeyken 15.09.2005 gününe atılı olan iki dosyanın gününü diğer dosyaların duruşma günü olan 22.09.2005 günü olarak değiştirdiğini bildirerek o günkü ruh halinin dikkate alınarak değerlendirme yapılmasını istemiştir.

Şikayetli avukat hakkında, Diyarbakır 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nde "*resmi evrakta sahtecilik*" suçlaması ile ceza davası açılmış, mahkemenin 18.10.2006 tarih ve 2006/123 Esas, 2006/476 Karar sayılı kararıyla, aldatma yeteneğinin yokluğu nedeniyle şikayetli avukatın beraatına karar verildiği ve kararın 26.10.2006 tarihinde kesinleştiği anlaşılmıştır.

Baro disiplin kurulu yaptığı kovuşturma sonucunda, şikayetli avukatın ceza yargılaması sonucunda beraat ettiğini, suçun unsurları itibari ile oluşmadığı gerekçesiyle “disiplin cezası verilmesine yer olmadığına” karar vermiştir.

Baro disiplin kurulu kararına Elazığ Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından itiraz edilmiştir. Cumhuriyet Başsavcılığı itirazında, disiplin suçu ile adli suçun unsurlarının birbirinden farklı olduğu, şikayetli avukatın eyleminin avukatlık mesleği ile bağdaşmadığını belirtmiş, Avukatlık Kanunu’nun 142/2 maddesi gereğince kararın kaldırılarak şikayetli avukatın cezalandırılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun, duruşma tutanakları ve duruşma defterinde tahrifat yaptığı iddiasıyla yargılandığı ceza davasında beraat eden şikayetli avukatın, ceza yargılamasında beraat etmiş olmasına karşın, disiplin yönünden cezalandırılıp cezalandırılmayacağına ilişkindir.

Avukatlık Kanunu’nun 140/3 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 olmasına bağlıdır.”

Şikayetli avukat, gerek ceza yargılaması sırasında yaptığı savunmalarında, gerekse disiplin kovuşturması sırasındaki savunmalarında duruşma tutanaklarında ve defterde tahrifat yaptığını kabul etmiş, ancak bu eylemi işlemesine neden olan ruh halinin dikkate alınması savunmasında bulunmuştur. Ceza yargılamasında, şikayetli avukatın beraat kararı, yaptığı tahrifatın aldatma yeteneğinin bulunmadığı gerekçesine dayandırılmış, eylemin gerçekleşmiş olduğu kabul edilmiştir.

Dosya kapsamından, şikayetli avukatın eyleminin sabit olduğu da açıkça anlaşılmaktadır.

Avukatlık Kanunu’nun 34. maddesine göre avukatlar, yüklenikleri 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.

Avukatlık Kanunu'nun 134. maddesinde ise, "Avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlarla, mesleki çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında bu kanunda yazılı disiplin cezaları uygulanır." hükmüne yer verilmiştir.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 4. maddesine göre de, avukat mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır.

Şikayetli avukat, avukatlık mesleğinin en önemli özelliklerinden olan dürüstlük ve doğruluk ilkesine aykırı davranmış, avukata olan güveni sarsmıştır. Böyle bir davranışın disiplin yönünden cezasız kalması düşünülemez.

Bu nedenle, baro disiplin kurulunun disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararında hukuki isabet görülmemiş, kararın kaldırılarak şikayetlinin kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, Elazığ Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının kabulü ile Elazığ Barosu Disiplin Kurulu'nun disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin 11.05.2007 tarih ve 2006/3 Esas, 2007/5 Karar sayılı kararının kaldırılmasına, başkaca araştırılacak bir husus bulunmadığından şikayetli avukat A.C.'nin kınama cezası ile cezalandırılmasına oy birliğiyle karar verildi.

* * *

T. 24.11.2007

E. 2007/316

K. 2007/379

*** Hizmet sebebiyle emniyeti suiistimal ve sahte belge düzenlemek**

*** Avukatlık Kanunu'nun 5/a maddesinde yapılan değişikliğin 02.05.2001 tarihinden önceki eylemlere uygulanamayacağı**

(765 sayılı TCK m. 59/2, 80, 510, 522; 647 sayılı kanun m. 4, 6; Av. K. m. 5/a, 34, 134, 158)

Şikayetli avukat hakkında, şikayetçi H.A.'nin vekili sıfatı ile borçlu S.Y. aleyhine başlattığı icra takipleri nedeniyle icra dosyalarından tah-

sil ettiği paraları şikayetçiye ödemeyerek uhdesinde tuttuğu, tahsil ettiği parayı müvekkili şikayetçiye ödememek için şikayetçinin imzasını taşıyan bir belgedeki imza kısmının fotokopisini çektirerek, üst kısmını müştekinin vekalet borcu olduğu şeklindeki beyanla doldurup, sahte evrak tanzim ettiği iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, baro disiplin kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında, şikayetçiden yapılan işler için vekalet ücreti alacağı olduğunu, masraflarında kendisi tarafından yapıldığından, bu konuda da alacaklı bulunduğunu, bu konuda şikâyetçinin yazılı talimatı olduğunu ve bu talimatın Kadıköy 4. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin dosyası içinde bulunduğunu, hukuk mahkemesinde yapılan hesaplamada haklı olduğunun anlaşıldığını bildirmiştir.

Baro disiplin kurulu, şikayetlinin emniyeti suiistimal suçundan dolayı yargılanıp ceza aldığını ve kararın kesinleşmiş olduğunu kabul suretiyle eylemin Avukatlık Kanunu'nun 34 ve 134. maddelerine aykırı olmakla, Avukatlık Kanunu'nun 158/2 maddesinin göz önüne alınarak şikayetli hakkında kınama cezası tayin ve takdir etmiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu eylemle ilgili olarak şikayetli hakkında Kadıköy 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2001/368 Esasında kayıtlı olarak "hizmet sebebiyle emniyeti suiistimal ve sahte belge düzenlemek" suçlarından dolayı açılan kamu davasında, mahkemece 28.05.2002 tarihli ve 2002/167 karar sayılı kararı ile şikayetli avukatın "evrakta sahtecilik" suçundan dolayı beraatına, "hizmet nedeniyle emniyeti suiistimal" suçundan dolayı TCK'nın 510, 80, 522 ve 59/2 maddeleri gereğince neticeten 3 ay 26 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına, 647 sayılı yasanın 4 ve 6. maddeleri gereğince cezanın 3.422.000 TL ağır para cezasına çevrilerle ertelenmesine karar verilmiştir.

Mahkemece kesinleşen kararına göre suç tarihi 14.11.2000 olarak kabul edilmiştir.

Avukatlık Kanunu'nun 5/a maddesine göre, "inancı kötüyeye kullanma suçundan hüküm giymiş olmak", "yüz kızartıcı suçlardan biri ile hüküm giymiş olanların cezası ertelenmiş olsa bile" avukatlığa engel bulunmakta ve uygulanması gereken disiplin cezasının da meslekten çıkarma olması gerekmektedir.

Avukatlık Kanunu'nun 5/a maddesindeki değişiklik, 4667 sayı-

lı yasa ile 02.05.2001 tarihinde yapılmıştır. Şikayetlinin eylem tarihi 14.11.2000 olmakla, olayımızda 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 4667 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten önceki hükümlerinin uygulanması yasal olarak zorunludur.

Şikayetli hakkında açılan kamu davasında tayin olunan hapis cezası, şikayetlinin iyi hali ve gözlenen kişiliği, sabıkasız oluşu nazara alınarak, 647 sayılı yasa uyarınca paraya çevrilerek tecil edilmiştir.

Şikayetlinin disiplin sicilinde disiplin cezasının bulunmayışı, suç işleyenin topluma kazandırılması genel düşüncesi ile Avukatlık Kanunu'nun 158. maddesindeki ilkeleri de nazara alınmak suretiyle şikayetli hakkında meslekten çıkarma cezası yerine bir alt ceza olan "üç ay süre ile işten çıkarma cezası" tayini gerekmiştir.

Bu nedenlerle, baro disiplin kurulunun eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesi isabetli bulunmuş ise de, şikayetli hakkında kınama cezası tayini doğru bulunmamış, şikayetlinin üç ay süre ile işten çıkarma cezası verilmesi suretiyle kararın düzeltilerek onanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, İstanbul C. Başsavcılığı'nın itirazının kabulü ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararının üç ay süre ile işten çıkarma cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına şikayetli avukat C.Ç.'nin üç ay süre ile işten çıkarma cezası ile cezalandırılmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 23.11.2007

E. 2007/320

K. 2007/382

* İddia ve savunma

dokunulmazlığının sınırı

* Hakkın ortaya çıkarılmasına

yararlı, etkili ve hatta zaruri

açıklama, uyumsuzlukla

bağlantılılık ve hukuki

açıklama esasları

(Anayasa m. 36; 765 sayılı TCK

m. 486; 5237 sayılı TCK m. 128;

TBB Meslek Kuralları m. 5)

Şikayetli avukat hakkında, İstanbul 2. İş Mahkemesi'nin 2004/838 Esas sayılı dosyasının 28.12.2004 günlü duruşmasında, mahkemeye

verdiği dilekçede bildirdiği “işçinin zihinsel ve bedensel yetersizliği sebebiyle iş akdinin feshi durumlarında savunmasının alınmasının işverenden beklenemeyeceği yazılıdır.” sözleri ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları’nın 5. maddesine aykırı davrandığı iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat, kullandığı sözlerin 4773 sayılı yasanın Ek 2. maddesinin gerekçesi olduğunu, kullandığı sözlerin dilekçenin tümü nazara alındığında mesleki yetersizlik nedeniyle yapılan hatalar nedeniyle savunma alınmasının zorunlu bulunmadığı yönünde ve zorunlu olarak kullanıldığını, hakaret kastı taşımadığını, savunma hakkı kapsamında bildirilen sözler nedeniyle disiplin cezası tayininin usul ve yasaya aykırı olduğunu savunmuştur.

Dilekçenin 2. maddesinde, “davacı tarafın, davacının savunmasının alınmadığı yolundaki itirazları ise iş hukukumuzda iş güvencesi kavramını getiren 4773 sayılı Kanun’un madde gerekçesindeki açıklamalar karşısında hukuki dayanaktan yoksundur. Zira anılan madde gerekçesinde işçinin zihinsel ve bedensel yetersizliği sebebiyle iş akdinin feshi durumlarında savunmasının alınmasının beklenemeyeceği yazılıdır (Ek-1, 4773 sayılı Kanun’un 2. madde gerekçesi, İş Güvencesi s. 2). Kaldı ki, dilekçemizin sonraki bentlerinde yazacağımız üzere davacı tarafın yetersizliği sebebiyle müvekkil şirket zarara uğramış olup bu konudaki hukuksal başvurularımız halen devam etmektedir.” sözlerinin yazılı olduğu ve 3 sahifeden ibaret dilekçenin devamında şikayetçinin hatalı davranışlarının madde madde belirtildiği görülmüştür.

Anayasa’nın 36. maddesine göre “Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” Eski TCK’nın 486, Yeni TCK’nın 128. maddesi de “Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde ceza verilemez” hükmünü içermektedir. Bu evrensel kuralların kabulü ile iddia ve savunma dokunulmazlığı anayasal ve yasal teminat altına alınmıştır. Her hakta olduğu gibi iddia ve savunma dokunulmazlığı da sınırsız olmayıp, madde devamında, “Ancak, bunun için, isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerektiği” bildirilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 20.10.1998 tarih, E. 1998/225, K. 1998/316 sayılı kararında *"Görülüyor ki, Anayasanın kabul ettiği esasa göre, iddia ve savunma hakkının kullanılması ancak meşru vasıta ve yollar-dan yararlanmak suretiyle olmalıdır. İddia ve savunma hakkının her türlü etkiden uzak olarak kullanılması esastır. Bir davada tarafların yargı mercileri önünde iddia ve savunmalarını hiçbir endişeye kapılmadan serbestçe yapmaları gerekir. Ancak bu serbesti, dava konusu olayın aydınlığa kavuşması, bir başka anlatımla hakkın meydana çıkarılmasına vesile olması amacına hizmet etmelidir. Böyle olduğu takdirde Anayasanın öngördüğü meşru vasıta ve yollara başvurulmuş olur. Ancak o dava sebebiyle söylenmesinde ve yazılmasında yarar bulunmayan, diğer bir deyişle davanın aydınlığa kavuşmasında ve hakkın meydana çıkarılmasında hiçbir olumlu etkisi olmayan, hakareti oluşturan yazı ve sözlerin kullanılmasında meşruiyet vardır denilemez. Bu gibi durumlarda iddia ve savunma sınırı aşılmış ve dolayısıyla haysiyetler korunmamış olur"*,

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 02.05.1975 tarih, E.1974/1160, K. 1975/5782 sayılı kararında da, *"Avukat, müvekkillerinin çıkarlarını hasmının zararlarını gözetmeden, sert bir biçimde savunmak zorundadır. Çünkü meslek ödevi bunu gerektirir. Ancak avukatın, temsil ettiği tarafın çıkarlarını korumasının gerektirdiği ölçüyü ve objektif tartışma sınırını aşan, yersiz ve icapsız olarak karşı tarafın kişiliğini hedef tutan, O'nu küçük düşürmeye ve dürüst olmayan bir kişi olarak göstermeye yönelik saldırılar hukuka aykırıdır ve avukatın sorumluluğunu gerektirir. Başka bir deyişle karşı tarafın kişisel ilişkilerini rencide edebilecek savunmasını, davanın amacı haklı gösterdiği, savunma gerçekten esasa yararlı ve etkili olduğu, hatta zaruri bulunduğu takdirde hukuka aykırılıktan söz edilmesi olanaksızdır"* denilmektedir.

Şikayetli avukatın dilekçesinde kullandığı yukarıdaki sözlerin, yasa maddesinin gerekçesi olduğu ve zihinsel yetersizliğin mesleki yetersizlik anlamında kullanıldığı tüm dilekçe içeriği ile belli olduğu ve yargılamanın hukuksal yönü ile ilgili, *"hakkın ortaya çıkarılmasına yararlı, etkili ve hatta zaruri açıklama"*, *"uyuşmazlıkla bağlantılılık"* ve *"hukuki açıklama"* esaslarına uygun açıklama ve savunma hakkı kapsamında söylenmiş sözler olarak kabulü zorunludur.

Bu nedenle Baro Disiplin Kurulu'nca kullanılan sözlerin hakaret kastı ve amacına yönelik olarak söylediği yönündeki hukuksal değerlendirmeye isabetli bulunmamış, cezanın kaldırılarak, şikayetli hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukat A.E.'nin itirazının kabulü ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının kaldırılmasına ve şikayetli avukat hakkında disiplin cezası tayinine yer olmadığına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 23.11.2007
E. 2007/322
K. 2007/384

*** Hazırlık soruşturmasında müvekkilinin "kendi imzasıyla" şikayetten vazgeçmesi durumunda, avukatın kamu davasında müdahil vekili olarak yargılamaya katılmasının disiplin cezasını gerektirmediği (Av. K. m. 34)**

Şikayetli avukat hakkında "şikayetçi hakkında hazırlık soruşturması aşamasında şikayetten feragat ettiği, ancak açılan kamu davasında müdahil vekili olarak yargılamaya katıldığı" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda baro disiplin kurulunca, şikayetli hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Şikayetli savunmasında, takip ettiği davanın taraflarının akraba olduğunu, tarafları sulh etmek için çaba sarf ettiğini, yapılan şikayetten vazgeçilmesi durumunda üstlenilen edimlerin yerine getirileceği konusunda tarafların anlaşmış olduğunu, edimlerin yerine getirilmemesi durumunda kamu davasına müdahil olarak katılacakları hususunun da anlaşmaya dahil edildiğini, bu sebeple Çeşme Cumhuriyet Savcılığı'na şikayetten vazgeçtiklerine dair dilekçe verdiğini, ancak karşı tarafın edimlerini yerine getirmemesi sebebiyle müvekkilinin talimatı doğrultusunda kamu davasına müdahil olarak katıldıklarını bildirmiştir.

Şikayetçi ise itirazında, baro disiplin kurulunun kovuşturma sonucu verdiği kararının gerçekçi olmadığını, baro disiplin kurulu kararının bozulmasını talep etmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, şikayetli avukat Y.Y.'nin müvekkili olan M.A.'nın şikayetçi C.A. aleyhine İzmir C. Başsavcılığı'na şikayette bulunduğu, daha sonra yaptığı şikayetten vazgeçmiş olmasına karşın, açılan kamu davasında, şikayetli avukatın davaya müdahil ve-

kili olarak katılma talep etmesinin “*güveni kötüye kullanmak*” suçunu işlediği iddiasıyla, şikayetçinin başvurusu üzerine, şikayetli hakkında İzmir Barosu Yönetim Kurulu tarafından “*şikayetlinin özen yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle*” cezalandırılması amacıyla disiplin kovuşturması açıldığı, baro disiplin kurulunun “*eylemin ceza verilmesini gerektirmediği gerekçesiyle, disiplin cezası verilmesine yer olmadığına*” karar verdiği ve şikayetçinin bu karara itiraz ettiği görülmüştür.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetli vekili de M.A.’nın şikayetçi C.A. aleyhine İzmir C. Başsavcılığı’na yaptığı şikayetten “*asil*” olarak, vekilinin imzası olmadan sadece kendi imzasıyla “*feragat*” dilekçesi verdiği, M.A.’nın kendi imzasıyla ve savcılık dosyasının şüphelisi olan dosyamız şikayetçisinin vekili olan avukat M.Ü. başlıklı “*İbraname ve Feragat*” belgesini imzaladığı, feragata rağmen şikayetçinin cezalandırılması için 2004/1049 Esasına kayıtlı kamu davası açıldığı, İzmir 7. Asliye Ceza Mahkemesi’ndeki yargılamanın 10.03.2005 tarihli celsesinde, şikayetli ve müvekkili M.A.’nın birlikte buldukları ve asilin ve vekilinin davaya katılma talebinde bulunduğu, mahkemenin katılma talebinin kabulüne karar verdiği anlaşılmıştır.

Bu durumda, müvekkilinin isteği doğrultusunda vekillik görevi yaptığı anlaşılan, şikayetli avukatın kendisine tevdi edilen avukatlık görevinde, disiplin cezasını gerektirir bir eyleminin bulunmadığı anlaşılmıştır.

Bu nedenlerle, eylemin disiplin suçunu oluşturmadığına ilişkin baro disiplin kurulunun kararında hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetçinin itirazının reddi ile İzmir Barosu Disiplin Kurulu’nun disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 23.11.2007

E. 2007/331

K. 2007/389

- * Avukatın hapis hakkını oranlı kullanması
- * Avukatın hak kazandığı avukatlık ücretiyle yaptığı giderlere ilişkin müvekkiline bilgi ve hesap verme yükümlülüğü
- * Bilinen ve kabul edilen kural ve usulleri bilmediği takdirde avukatın kusurlu sayılacağı ve sorumlu olacağı
(Av. K. m. 34, 157/7, 164/son; TBB Meslek Kuralları m. 43, 45)

Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun "üç ay süre ile işten çıkarma" cezası verilmesine ilişkin 27.12.2006 gün ve 2006/57 Esas, 2006/84 Karar sayılı kararına şikayetli avukat A.İ.'nin itirazı üzerine, kurulumuzun 01.06.2007 gün ve 2007/128 Esas, 2007/186 Karar sayılı kararı ile onanmasına karar verilmiş, ancak sözü edilen kararımız Adalet Bakanlığı'nın 27.07.2007 gün ve 15858 sayılı işlemi ile onaylanmayarak, bir daha görüşülmek üzere dosyası ile birlikte geri gönderilmiştir.

Adalet Bakanlığı'nın geri gönderme yazısında özetle, "Şikayet edilen avukatın dava masraflarını kendisi yapmak üzere müşteki ile anlaştığı dikkate alındığında, müvekkilinden sözleşmeye göre almaya hak kazandığı vekalet ücreti ile Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesi uyarınca dava sonunda kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenen ve avukata ait olan vekalet ücreti, yargılama ve takip masrafları ayrıntılı olarak denetime imkan verecek şekilde tespit edilip, hapis hakkının orantısız şekilde kullanılıp kullanılmadığı tespit edilmeden, eksik inceleme ile karar verilmesinin yerinde olmadığı, Birliğiniz disiplin kurulunca yapılan değerlendirme ve verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir" gerekçesine dayanılmaktadır.

Adalet Bakanlığı'nın geri gönderme yazısı ile birlikte disiplin dosyası bir kez daha incelenip gereği düşünüldü:

Şikayetli avukat hakkındaki şikayet, sadece hapis hakkının orantısız olarak kullanılmasından ibaret olmayıp, hapis hakkına ilişkin TBB Meslek Kuralları'nın 45. maddesinin yanında Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesine ve TBB Meslek Kuralları'nın 43. maddesine de dayanmakta ve bu maddelere aykırılık ile ilgili hukuki dayanak ve gerekçe-

leri de içermektedir.

Şikayetli avukat, kendisine yapılan uyarıya karşın, almaya hak kazandığı avukatlık ücreti ile yaptığını iddia ettiği giderlere ilişkin müvekkiline bir döküm, belge ve hesap vermemiştir. Bu bilgi ve hesap verme yükümlülüğü sebebiyle eylemi TBB Meslek Kuralları'nın 43. maddesi hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.

Dosyaya ibraz edilmiş olan avukatlık ücret sözleşmesinde, dava tutarı olarak 7.200.000.000 TL avukatlık ücreti, %15 olarak belirtildiği halde, ücret tutarı 1.800.000.000 TL olarak yazılmıştır. Yapılacak iş olarak da *"aylık 600.000.000 TL'ndan açılacak olan kira tespit davası"* gösterilmiştir. Kira tespit davalarında dava tutarı, tespiti istenen aylık kira bedeli olmayıp, önceki kira ile istenen kira bedeli arasındaki farkın bir yıllık tutarıdır. Dosyada bulunan Ankara 9. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2002/811 Esas, 2003/630 Karar sayılı kararından anlaşıldığı gibi, dava konusu taşınmazın önceki kirası 250.000.000 TL iken, 600.000.000 TL'ye çıkarılması istemi ile dava açılmış, 340.000.000 TL olarak tespitine, davacı vekili lehine 132.000.000 TL avukatlık ücretine ve yapılan 112.310.000 TL yargılama giderinden 33.500.000 TL'nin davalıdan alınmasına karar verilmiştir.

Bu durumda, davacının açtığı davada, dava tutarı 600.000.000 - 250.000.000 x 12 = 4.200.000 TL'den ibarettir. Bunun %15'i de 630.000.000 TL'dir. Ücret sözleşmesinde, avukatlık ücreti %15 olarak belirlendiği halde, dava tutarının ve bunun üzerinden alınacak ücretin miktarının yanlış olarak değerlendirilerek 1.800.000.000 TL olarak yazılması, Avukatlık Kanunu'nun 164/4 maddesi anlamında ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayılması sonucunu doğurmaktadır. Bu durumda, şikayetçiden alınacak avukatlık ücretinin en fazla 630.000.000 TL olması gerekmektedir. Ankara 9. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin dosyada bulunan kararına göre Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesine göre davalıya yükletilen ve şikayetçiye ait olan avukatlık ücreti de 132.000.000 TL'den ibarettir. Aynı kararda yapılan yargılama giderlerinin 112.310.000 TL olduğu belirtilmiş ve bunun 33.500.000 TL davalıya yükletilmiştir. Şikayetli avukatın, dava sebebiyle yaptığı yargılama gideri 112.310.000 TL'dir. Bunun dışında yapılan giderler varsa dahi buna ilişkin bilgi ve belge verilmediği için hapis hakkının kullanılmasında dikkate alınması mümkün bulunmamaktadır.

Şikayetli avukatın, Ankara 8. İcra Müdürlüğü'nün dosyası ile ayrı bir kira tespiti kararı olmaksızın, sonraki yıllar kira alacağı tespit edilen kira dönemine ilişkin kira bedeli ile birlikte, sonraki dönemleri TÜFE faizi ile artırarak bulduğu miktar olan 5.742,00 YTL üzerinden takip konusu ettiği, kiracının tespit edilen döneme ilişkin kira bedelini kabul ederek 2.575.000.000 TL ödediği, kalanına itiraz ettiği anlaşılmaktadır. Şikayetli avukat bu itirazın kaldırılmasını dava etmiş, yargılama sonunda itirazın haklı olduğu görülerek 69,00 YTL asıl alacak ve 56,00 YTL işlemiş faiz için davanın kabulüne, kalan kısmı için reddine karar verilmiş ve şikayetçiye yargılama gideri ve avukatlık ücreti yüklenmiştir.

Şikayetli avukat, bu takip ve itirazın iptali davası sebebiyle de avukatlık ücretine hak kazandığını, bunlara ilişkin miktar bildirmeksizin savunmaktadır. Oysa hatalı bir hukuki girişim olduğu, verilen karar ile de ortaya çıkan biçimde mahkemece tespit edilmeyen kira dönemleri için, şikayetli avukatın kira bedeline artışlar koyarak, bunu icra takibi yapması yerinde değildir ve şikayetlinin de savunmasında belirtildiği üzere, müvekkilinden talimat almaksızın onun yararına olduğu gerekçesi ile yapılan bu işlem sonucu, şikayetçi yargılama gideri ve karşı tarafa avukatlık ücreti borcu altına girmiştir. Bu durumda, şikayetli avukatın bu icra takibi ve itirazın iptali davası sebebiyle ayrıca avukatlık ücretine hak kazanacağını düşünmek mümkün değildir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 11.04.2007 günlü ve 2007/13-198 Esas, 2007/199 Karar sayılı kararında da belirtildiği gibi (Yargıtay Kararları Dergisi Ekim 2007 sayısı), *"Borçlar Kanunu'nun 388. maddesi 'vekaleti dürüstlükle yerine getirme' başlığı altında vekilin, vekaleti icrada özen ve sadakat göstermesi borcunu düzenlemiş bulunmaktadır. Vekalet sözleşmesi sonucu itibariyle bir itimat ilişkisi olduğundan, vekalet konusunun yerine getirilmesinde vekile düşen başlıca yüküm, onu özenle ve sadakatle ifa etmektir. Kural olarak meslek sahibi olan kimseler ve bu arada avukatlar, genellikle bilinen ve kabul edilen kural ve usulleri bilmedikleri takdirde sorumlu olurlar. Avukatın görevi, olayları mantıklı bir şekilde değerlendirerek, bütün öngörülmesi gereken şeyleri dikkate almaktır. Nedenleri bildirilmeyen dilekçelerin, vergi itiraz komisyonlarınca esas incelenmeden reddolunacağını düşünmeden redde mahkum, gerekçesiz itiraz dilekçesi yazması ve böylece müvekkilinin fazla veya cezalı vergi ödemesine yol açması, iş kazası sonucunda meydana gelen maddi zararın Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan ödenen ve ödenecek tazminatla karşılanıp karşılanmayacağını araştırmadan dava açması*

kusurlu davranıştır."

Bu sebeple şikayetli avukatın özensiz ve haklı olmadığı mahkeme kararı ile de belirlenen biçimde yaptığı hatalı icra takibi ve itirazın iptali davaları sebebiyle, bu yönde verilmiş bir talimat da olmadığı halde, karşı tarafa avukatlık ücreti ödeme durumunda bıraktığı müvekkilinden, ücret isteme hakkının olduğu kabul edilemez.

Böylece, şikayetli avukatın sadece hapis hakkını oranlı kullanıp kullanmadığının araştırılmasından ibaret olmayan disiplin kovuşturmasına konu eyleminin değerlendirilmesinde ortaya çıkan durum, yasal sınırlara uygun olmayan bir ücret sözleşmesinin bahane edilmesi suretiyle ve yukarıda hesaplanan miktarlar dikkate alındığı halde haklılık ve adalete uygunluğu kabul edilemeyecek biçimde, yapılan hukuki yardımın sonucunda elde edilen tüm meblağın şikayetli avukata ait olduğu sonucunu doğuran bir uygulama ortaya çıkmaktadır. Bu uygulamanın Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesi anlamında "*görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirildiğini, avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene layık biçimde davranıldığını*" kabul etmeye imkan vermediği de açıktır.

Yukarıda belirtilen hususlar ile şikayetli avukatın disiplin sicilindeki tekerrüre esas cezaları karşısında Adalet Bakanlığı'nın geri gönderme gerekçesi yerinde bulunmamış ve önceki kararımızda ısrar edilmesine karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, açıklanan nedenlerle, Adalet Bakanlığı'nın 27.07.2007 tarih ve 15858 sayılı geri gönderme yazısın da belirtilen gerekçelerin kabul edilmemesine, kurulumuzun 01.06.2007 gün ve 2007/128 Esas, 2007/186 Karar sayılı kararının aynen kabulüne, sonucun Avukatlık Kanunu'nun 157/7 maddesi uyarınca Adalet Bakanlığı'na bildirilmesine oy birliği ile karar verildi.

* * *

T. 23.11.2007

E. 2007/332

K. 2007/390

* Avukatın duruşma sırasında etik değerlere aykırı düşecek şekilde yeminli tercümana müdahale etmesi

* Disiplin soruşturmasında iddia, cevap ve kanıtlarını sunması için şikayetçiye imkan tanınması gereği

Şikayetçi, 29.11.2005 tarihinde Marmaris 3. Asliye Ceza Mahkemesi'nde görülmekte olan 2005/266 Esas sayılı davada, İngilizce dilinde yeminli tercüman olarak görevlendirildiğini, duruşma salonunda katılan ve sanık avukatı olarak iki avukatın bulunduğunu, duruşma başladıktan kısa bir süre şikayetli avukat B.A.'nın salona girdiğini, katılan avukatı avukat B.A.'ya sanık avukatı olarak mı katılıyorsunuz diye sorulduğunda evet cevabını verdiğini ve duruşmaya sanık müdafii olarak katıldığını, şikayetli avukatın tercümeye müdahale ettiğini, oysa avukat B.A.'nın mahkeme dosyasına bugüne kadar vekaletname sunmadığını, bu durumun avukat B.A.'nın duruşmaya avukat olarak değil de bilirkişinin tercüme sırasında söylediklerini denetlemek amacıyla katılmış olduğunu gösterdiğini, bu davranışın kendisine güvensizlik ve etik kurallarla aykırı olduğunu bildirerek, şikayette bulunmuştur.

Şikayetli avukat savunmasında, kendisinin sanık avukatı A.T'nin ricası üzerine duruşmaya girdiğini, kendisine sanık tarafından daha sonra vekalet verileceğinin söylendiğini, Marmaris 3. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2005/266 Esas sayılı dosyasındaki mağdur yabancı olduğu için tercümanla ifade alındığını, mağdurun ifadesi alınırken tercümanın görevini ve duruşmada bulunma amacını aşarak mağdurun anlattıklarına ilave yapmaya kalktığını ve yorumladığını, İngilizce bildiği için tercümanın tercümesi bittikten sonra söz alarak mağdurun son söylediklerinin tam anlaşılmadığını ve tekrar sorulmasını istediğini, tekrar sorulduğunu ve durumun düzeltildiğini, avukat olarak bu tür talepte bulunmaya hakkı olduğunu, savunma hakkını aşmadığı sürece her türlü beyan ve istekte bulunabileceğini, kötü niyetli olarak yanlış bir şekilde çevrilen mağdurun tercümesini düzelttirilebilme hakkının olduğunu, ceza davalarında vekaleti olmadan duruşmalara girebileceğini, duruşmada sanığın hazır olduğunu ve diğer tarafın avukatının da hazır olduğunu ve mahkeme heyetinin vekilliğine karar

verdiğini bildirmiştir.

Baro disiplin kurulu yaptığı kovuşturma sonucunda, şikayetli avukat hakkında, “*disiplin cezası verilmesine yer olmadığına*” karar vermiştir.

Baro disiplin kurulu kararına karşı şikayetçi tarafından itiraz edilmiştir. Şikayetçi itirazında, şikayet dilekçesinde belirttiklerini yineledikten sonra, “*Burada esas beni üzen ve anlatmak istediğim, müdahaleden ziyade, sanık vekili kisvesi altında ‘denetleme’ olgusudur. Ve ben bunun ‘etik’ olup olmadığını anlamak, değilse gereğinin yapılmasını istiyorum.*” şeklinde itirazda bulunduktan sonra, baro disiplin kurulunun kendi ifadesine başvurmadığını ve kendisine savunma hakkı tanınmadığını ve kararın adil olmadığını belirterek kararının bozulmasını istemiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun, şikayetli avukatın yeminli tercümana karşı duruşma sırasında etik değerlere aykırı düşecek şekilde müdahale edip etmediğine ilişkindir.

Disiplin soruşturma ve kovuşturmasında her iki tarafın (şikayetçi ve şikayetlinin) iddia ve savunmalarının toplanıp tartışıldıktan sonra kararın verilmesi yasa gereğidir.

Dosyanın incelenmesinden, baro disiplin kurulunun dosya kendisine geldikten sonra şikayetli avukata savunması için süre verdiği ve delillerini sunması için olanak tanıdığı halde şikayetçiye iddiasını kanıtlamak üzere imkan tanımadığı anlaşılmaktadır. Disiplin kurulu, tensip tutanağında ve sonraki aşamalarda şikayetçiden iddialarını ve kanıtlarını sormadan, iddia, cevap ve kanıtlarını sunması için şikayetçiye olanak tanımadan karar vermiştir. Bu durum, adil bir disiplin yargılaması bakımından eksiklik oluşturmaktadır. Şikayetçinin bu yöne ilişkin itirazı yerinde olup, baro disiplin kurulunun “*disiplin cezası verilmesine yer olmadığına*” ilişkin kararının bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetçinin itirazının kabulüyle Muğla Barosu Disiplin Kurulu’nun disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin 20.04.2007 tarih ve 2006/22 Esas, 2007/10 Karar sayılı kararının bozulmasına oy birliğiyle karar verildi.

* * *

T. 23.11.2007

E. 2007/333

K. 2007/391

* Avukatın meslektaşlarına
küfür etmesi

* Avukatın yazarken ve
konuşurken düşüncelerini
olgun ve objektif bir biçimde
açıklaması gerektiği
(Av. K. m. 34, 135/2;
TBB Meslek Kuralları m. 5)

Şikayetli avukat hakkında, sanık vekili olarak takip ettiği kamu davasının duruşması sonrasında şikayetçi vekillerine küfür ettiği iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda baro disiplin kuruluca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli, iddianın doğru olmadığını, duruşma salonundan çıktığında, dışarısının çok kalabalık olduğunu, birtakım örgüt militanlarının saldırısına uğradığını, ancak kendisinin küfür etmediğini, müdahil vekilleriyle yüz yüze dahi gelmemiş olduğunu bildirmiştir.

Baro disiplin kurulu, şikayetli avukatın, davanın müdahil tarafın avukatlarına küfür ettiğini kabul ederek, eylemin Avukatlık Kanunu'nun 34 ve TBB Meslek Kuralları'nın 5. maddelerine aykırı olduğunu kabul ederek Avukatlık Kanunu'nun 135/2 maddesi uyarınca kınama cezası tayin ve takdir etmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, Av. O.A., Av. D. H., Av. B. U., Av. D. U., Av. Ö. Y., Av. E. C., Av. C. T., Av. F. K., Av. B. V. ve Av. M. D. imzasıyla Ankara Barosu Başkanlığı'na verilen 29.04.2005 tarihli dilekçede, Ankara 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2005/67 Esas sayılı davasının sanık vekillerinden olan şikayetli avukatın, 29.04.2005 tarihli duruşma sonrasında, müdahil vekilleri olan kendilerine yönelerek, "Memlekette ne kadar çok şerefsiz varmış, a...a koyacağım bu şerefsizlerin" diyerek sövüp, hakarete bulunması nedeniyle hakkında disiplin soruşturması açılmasını isteyen dilekçe verdikleri ve dilekçe ekinde de Av. O.A., Av. D. H., Av. B. U., Av. D. U., Av. Ö. Y., Av. E. C., Av. C. T., Av. F. K. ve Av. B. A. imzalı, şikayet konusu iddiayı içeren, 29.04.2005 tarihli "Tutanaktır" başlıklı yazının olduğu görülmüştür.

Disiplin kovuşturması aşamasında, bir kısım tutanak müzisi ile şikayetli tarafından gösterilen tanıklar dinlenmişlerdir. Dinlenen tanıkların beyanları ve dosyada bulunan deliller bir bütün olarak de-

ğerlendirildiğinde, Ankara 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2005/67 Esas sayılı davasının sanık vekillerinden olan şikayetli avukatın, 29.04.2005 tarihli duruşma sonrasında, mahkeme kalemi önünde davanın müdahil vekilleri olan ve 29.04.2005 tarihli tutanakta imzası bulunan avukatlara yönelerek *"Memlekette ne kadar çok şerefsiz varmış, a...a koyacağım bu şerefsizlerin"* sözlerini sarf ettiği anlaşılmıştır.

Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesine göre, *"Avukatlar, yüklenedikleri 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 Birliğiince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler."* Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 5. maddesine göre, *"Avukat yazarken de, konuşurken de düşüncelerini olgun ve objektif bir biçimde açıklamalıdır. Mesleki çalışmasında avukat hukukla ve yasalarla ilgisiz açıklamalardan kaçınmalıdır"*.

Şikayetlinin disiplin kovuşturmasına konu olan eylemi Avukatlık Kanunu'nun 34 ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 5. maddesine aykırı olmakla disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu nedenlerle, baro disiplin kurulunun kınama cezası verilmesine ilişkin kararında hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazının reddiyle, Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun *"kınama cezası verilmesine"* ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 23.11.2007
E. 2007/339
K. 2007/397

* Adli yardımla görevli avukatın; adli yardımda bulunulan kişinin durumunun düzelerek, avukatlık ücreti ödeyebilecek duruma geldiğini baroya bildirmesi gerektiği (Av. K. m. 147; İzmir Barosu Adli Yardım Yön. m. 19/f)

Şikayetli avukat hakkında, *"adli yardım görevini aldıktan sonra, adli yardımdan yararlanan kişi ile başka bir işi nedeni ile ücret sözleşmesi yaptığı ve ücretini peşin olarak tahsil ettiği, adli yardımdan yararlananın ücret ödeye-*

bilecek gelirinin olduğunu ve aldığı iş sebebiyle de dava yolu ile gelir elde edebileceğini gördüğü halde, durumu İzmir Barosu Adli Yardım Yönetmeliği'nin 19/f maddesine aykırı olarak bildirmediği, ayrıca bu süre içinde adli yardım ücreti ile değişen tarife sebebiyle ek ücreti talep edip aldığı" iddiası ile baro yönetim kurulu tarafından re'sen açılan disiplin kovuşturması sonucunda baro disiplin kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat, ücret sözleşmesine konu olan işin, adli yardım sebebiyle kendisine tevdi edilen işten farklı bir iş olduğunu, ücretsiz iş alınma zorunluluğunun bulunmadığını, adli yardım hizmeti sebebiyle ücret almadığını, adli yardımdan yararlanan kişinin, adli yardım konusu iş için dahi kendisine ücret ödemek istediğini ve bu istemin sürekliliği geri çevrildiğini, bu konuda tanıkları bulunduğunu, sonradan bu kişinin durumunun düzelmesinden sonra adli yardım konusu dışında kalan işleri için ücret sözleşmesi yapıldığını, İzmir Barosu Adli Yardım Yönetmeliği'nin 19/f maddesinin sonradan değişen durumun bildirilmesi gibi bir yükümlülük getirmediğini, buna rağmen İzmir Barosu faksına çektiği yazılar ile bildirimde bulunduğunu, savunmuştur.

Şikayetli avukatın, adli yardımdan yararlanan kişinin, adli yardım sebebi ile kendisine ücret ödeme teklifinde bulunduğu ve bunun kabul edilmediği, yapılan ücret sözleşmesinin başka bir iş için düzenlendiği konusunda gösterdiği tanıkların dinlenmemesinde, tanıkların şikayetli avukat ile müvekkili arasındaki vekillik ilişkisindeki hususlara ve ücret teklifinin kabul edilmemesine ilişkin olması, dosyaya savunma delili olarak sunulan 08.06.2003 tarihli ücret sözleşmesinde, sözleşme konusu işin adli yardım konusu olan görev dışında başka iş için düzenlenmiş olduğunun görülmesi, disiplin kovuşturmasının konusunu teşkil eden iddiaların ise zaten bu konuların dışında bulunması karşısında, Avukatlık Kanunu'nun 147. maddesine göre hukuksal isabetlilik bulunmamaktadır.

Dosyadaki belgelere göre, şikayetli avukatın adli yardımdan yararlanan kişi ile savunmasına göre de bu kişinin durumunun düzelmesinden sonra, adli yardım konusu dışındaki işleri için 08.06.2003 tarihinde ücret sözleşmesi yaptığı ve ücretini aldığı anlaşılmaktadır.

İzmir Barosu Adli Yardım Yönetmeliği'nin 19/f maddesi, adli yardım isteminin haksız olduğunun sonradan ortaya çıkması halinde,

durumun adli yardım bürosuna bildirilmemesini, ilgili avukatın adli yardım listesinden çıkarma sebebi saymakta, fiilin disiplin hukuku yönünden değerlendirilmesi yönetim kuruluna bırakılmaktadır.

Adli yardımdan yararlanan bir kişinin, yardımdan yararlanmaya devam ederken durumunun düzelmesi ve avukatlık ücreti ödeyebilecek duruma gelmesine rağmen, bu imkandan yararlanmanın sürdürülmesi, adli yardım kavramı ile bağdaşacak bir husus değildir. Görevli avukatın da bu hususun ortaya çıkması halinde, yetkilileri uyarması beklenilecek bir davranıştır. Şikayetli avukat, adli yardım listesinde yer almak ve yapılan görevlendirmeyi kabul etmek suretiyle, yönetmelikte belirtilen talimatlara da uymayı kabul etmiş demektir.

Şikayetli avukatın, adli yardımdan yararlanan kişinin durumunun düzelmesinden sonra yapıldığını bildirdiği ücret sözleşmesinin tarihi 08.06.2003 olmasına karşın, faksla durumu bildirdiğini ileri sürdüğü tarih 26.06.2004 ve yazı ile bildirdiği tarih ise 24.12.2004'tür. Şikayetlinin faksla yaptığını ileri sürdüğü bildirim İzmir Barosu'na ulaştığına dair bir kayıt bulunmamakta, savunma delili olarak sunulan faks erişim listesinden ise, gönderinin içeriği tespit edilememektedir. Zaten bu süreler arasında, şikayetli avukatın adli yardım ücretlerindeki değişikliklere ilişkin ödemeleri talep ve tahsil etmesi de, amacı avukatlık ücreti ödeyebilecek bir kişinin adli yardımdan yararlandırılmaması ve kamunun zarar görmesinin önlenmesi olan bu bildirim zamanında yerine getirilmediğini göstermektedir.

Sonuç olarak, şikayetçi avukatın itirazının reddine, İzmir Barosu Disiplin Kurulu'nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

AIHS'İN 41. MADDESİ UYARINCA YAPILACAK TAZMİNAT TALEPLERİNE DAİR YÖNERGE*

Çev.: Serkan CENGİZ*

I. Giriş

1. Tazminata hükmedilmesi Mahkemenin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ek Protokolleri tarafından garanti altına alınmış bir hakkın ihlal edildiğine dair tespit yapmasının otomatik bir sonucu değildir. 41. maddenin lafzı, Mahkeme'nin sadece iç hukukun eksiksiz bir giderimin yapılmasına müsaade etmediği ve bu halde bile "gerekli" (Fransızca metindeki *s'il y a lieu*) olması durumunda tazminata hükmedeceğini açıkça belirtir.

2. Ayrıca Mahkeme, ancak koşullara göre "adil" (Fransızca metindeki *equitable*) olarak değerlendirilmesi durumunda tazminata hükmedecektir. Sonuç olarak her bir davanın özel koşulları dikkate alınacaktır. Mahkeme iddia edilen zararlara ilişkin bazı başlıklar açısından ihlal tespit kararının tek başına yeterli tatmin ihtiva edeceğine karar verebilir. Mahkeme ayrıca gerçekten maruz kalınan zararın veya gerçekten meydana gelmiş olan gider ve masrafların değerinden daha az tazminata hükmetmek veya tamamıyla hiçbir tazminata hükmetmek için nedenler bulabilir. Böylesi bir durum, örneğin şikayet edilen durumun, zararın miktarının veya masrafların düzeyinin başvuru-kunun kendi kusurundan kaynaklandığı hallerde söz konusu olabilir. Tazminat miktarının belirlenmesinde, Mahkeme sırasıyla ihlalden zarar görmüş olan taraf olması nedeniyle başvuru-kunun ve kamu yararından sorumlu olması nedeniyle Sözleşen Devletin durumlarını ay-

* Mahkeme Başkanı tarafından, Mahkeme İç Tüzüğü'nün 32. maddesi uyarınca 28 Mayıs 2007 tarihinde yayımlanmıştır.

** Av., İzmir Barosu.

rıca dikkate alır. Son olarak Mahkeme normal olarak yerel ekonomik koşulları hesaba katacaktır.

3. 41. madde uyarınca tazminata hükmedeceği zaman Mahkeme ulusal standartların rehberliğine başvurma kararı alabilir. Buna karşın Mahkeme bu standartlarla hiçbir zaman bağlı değildir.

4. Tazminat talebinde bulunanlar Sözleşme ve Mahkeme İç Tüzüğü'nden kaynaklanan resmi ve esasa dair gerekliliklere uymanın tazminata hükmedilmesi için bir koşul olduğu hususunda uyarılmaktadır.

II. Hakkaniyet Uygun Tazminat Taleplerini Sunma: Resmi Gereklilikler

5. Hakkaniyete uygun tazminat taleplerinin sunulmasına dair zaman sınırları ve diğer resmi gereklilikler Mahkeme İç Tüzüğü'nün 60. maddesinde belirtilmiştir. Konuyla ilgili kısım şöyledir:

1. Sözleşme haklarına dair bir ihlalin Mahkeme tarafından tespiti ihtimaline binen Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca hakkaniyete uygun tazminat talebinde bulunmak isteyen bir başvuru bu mealde bir talepte bulunmak zorundadır.

2. Başvuru tüm taleplerinin dökümlerini, konuyla ilgili destekleyici belgeler ile birlikte, Daire Başkanının başka türlü talimat etmesi hariç olmak üzere, davanın esasına dair başvurunun görüşlerini sunması için belirlenen süre içerisinde sunmak zorundadır.

3. Başvurucunun önceki paragraflarda belirtilen gerekliliklere uymaması durumunda Daire Başkanı talebi kısmen veya tamamen reddedebilir.

Bu nedenle Mahkeme belirli taleplerin uygun belgeye dayalı kanıtlarla desteklenmesini şart koşturmaktadır. Aksi bir durumda Mahkeme hiçbir tazminata hükmetmeyebilir. Mahkeme ayrıca başvuru dilekçesinde belirtilmiş olmasına rağmen yargılamanın uygun aşamasında tekrar sunulmamış olan veya verilen sürenin dışında sunulmuş olan talepleri reddedecektir.

III. Hakkaniyet Uygun Tazminat Taleplerini Sunma: Resmi Gereklilikler

6. Aşağıdakiler açısından Sözleşmenin 41.maddesi uyarınca tazminata hükmedilebilir:

- a. Maddi zarar
- b. Manevi zarar
- c. Giderle ve masraflar

1. Genel Olarak Zarar

7. İddia edilen ihlal ile talep edilen zarar arasında net bir nedensellik ilişkisi tesis edilmelidir. Mahkeme iddia edilen zarar ile ihlal arasındaki salt yüzeysel bir ilişkiyle veya ne olabileceği hususundaki spekülasyonla tatmin olmayacaktır.

8. Zarara ilişkin tazminat zararın, tespit edilen ihlalin sonucu olduğu durumda hükmedilebilir. Bir Sözleşme ihlali oluşturduğu tespit edilmeyen hadiseler ve durumlar için veya yargılamanın önceki safahatında kabuledilmez ilan edilmiş şikayetlerle ilişkili zararlar için tazminata hükmedilemez.

9. Zarar açısından mahkemenin tazminata hükmetmesinin amacı bir ihlalin gerçek zararlı sonuçları nedeniyle başvurucağı tazmin etmektir. Tazminat sorumlu olan Sözleşmeci Devleti cezalandırmayı amaçlamamaktadır. Bu nedenle Mahkeme şimdiye kadar “cezalandırıcı” “ağırlaştırılmış” veya “emsal” gibi etiketler taşıyan talepleri kabul etmeyi uygun bulmamıştır.

2. Maddi Zarar

10. Maddi zararın amacı tespit edilen ihlal gerçekleşmemiş olsaydı başvurucağı, bulunması muhtemel olan duruma mümkün olduğu kadar getirmektir - başka bir ifade ile restitutio in integrum'dur. Maddi zarar gerçekten maruz kalınan zararı (damnum emergens) ve kaybı veya azalmış, gelecekte beklenen kazancı ihtiva edebilir.

11. Maddi zararın iddia edilen ihlal veya ihlallerin sonucu olduğunu göstermek başvurucağı düşmektedir. Başvurucağı sadece mevcut

duruma ilişkin dokümanları değil ayrıca zararın değerini ve miktarını gösteren konuyla ilgili evrakları mümkün olduğunca ispatlamak amacıyla göndermelidir.

12. Normal olarak Mahkemenin tazminatı, tamamı hesaplanmış olan zarar meblağını yansıtacaktır. Buna karşın, gerçek zararın kesin olarak hesaplanamaması durumunda, Mahkeme elinde bulunan olaylara dayanan bir hesaplama yapacaktır. Yukarıdaki 2 no'lu paragrafta işaret edildiği üzere Mahkeme, kaybın tamamından daha az olan bir tazminata hükmetmek için adil gerekçeler bulabilecektir.

3. Manevi Zarar

13. Mahkemenin manevi zarar için hükmettiği tazminat, örneğin zihinsel veya fiziksel ıstırap gibi, maddi olmayan zarar için finansal tazminat sağlamayı amaçlamaktadır.

14. Doğası gereği manevi zararın kendisi, kesin bir hesaplama ya müsaade etmez. Böylesi bir zararın varlığının tespit edilmesi ve Mahkeme'nin de parasal bir giderimin gerekli olduğuna karar vermesi durumunda, Mahkeme, kendi içtihatlarından çıkan standartları dikkate alarak, adilane bir şekilde hesaplama yapacaktır.

15. Manevi zararları için tazmin edilmeyi arzu eden başvuruçular adil olduklarını düşündükleri miktarı talep etmeye davet edilmektedirler. Birden fazla ihlalin mağduru olduklarını düşünen başvuruçular tüm iddia edilen ihlalleri içine alan toplam bir miktar veya iddia edilen her bir ihlal için ayrı miktarlar talep edebilirler.

4. Gider ve Masraflar

16. Mahkeme başvuruçunun ihlalin olmasını önlemeye çalışması veya ihlal nedeniyle giderim elde etmeye çalışması sırasında öncelikle ulusal düzeyde ve sonrasında da Mahkeme (AİHM) önünde yapılan yargılama nedeniyle maruz kaldığı gider ve masraflarının ödenmesi talimatı verebilir. Bu tür gider ve masraflar tipik olarak hukuksal yardım gideri, mahkeme harçları ve benzerlerini kapsar. Gider ve masraflar aynı zamanda, özellikle de bunlar Mahkeme (AİHM) yargılamasına katılma nedeniyle maruz kalınmış ise, seyahat ve ikamet masraflarını ihtiva eder.

17. Mahkeme gider ve masrafları ancak tespit ettiği ihlallerle bağlantılı olması halinde onaylayacaktır. Mahkeme tespit edilmeyen ihlallerle ilgili olan şikayetlerle veya kabuledilmez olarak ilan edilen şikayetlerle ilgili olduğu sürece gider ve masraf taleplerini reddedecektir. Bu nedenle başvuruçular ayrı talep kalemleri ile bazı şikayetlerini bağlantılandırabilirler.

18. Gider ve masraflar gerçekten meydana gelmiş olmalıdır. Bunun anlamı başvuruçular mutlak olarak onları ödemiş veya yasal veya sözleşmesel yükümlülükler nedeniyle ödemekle mükellef olmalıdır. Yerel makamlar veya Avrupa Konseyi tarafından adli yardım yoluyla ödenen veya ödenecek olan her türlü meblağ mahsup edilecektir.

19. Gider ve masraflar zorunlu olarak meydana gelmiş olmalıdır. Bunun anlamı gider ve masrafların ihlalin önlenmesi veya ihlal nedeniyle giderim elde edilmesi için kaçınılmaz olmasıdır.

20. Miktar açısından makul olmak zorundadırlar. Gider ve masrafların aşırı olduğunu tespit etmesi halinde Mahkeme, kendi hesaplamasına göre makul bir miktara hükmedecektir.

21. Mahkeme listelenmiş fatura veya gider belgelerini gerekli görmektedir. Bu belgeler Mahkemenin yukarıdaki gerekliliklerin ne derece yerine getirildiğini tespit etmesini sağlayacak şekilde ayrıntılı hazırlanmalıdır.

5. Ödeme Bilgisi

22. Başvuruçular hükmedilecek herhangi bir meblağın ödemesinin yapılacağı bir banka hesabına dair bilgileri vermeye davet edilmektedirler. Başvuruçular belirli bir meblağın, örneğin gider ve masraflara ilişkin hükmedilen meblağın, ayrı bir şekilde, örneğin doğrudan temsilcilerinin hesabına, ödenmesini arzu etmeleri durumunda bunu açıkça belirtmelidirler.

6. Mahkemenin Tazmin Biçimleri

23. Mahkeme'nin, eğer varsa, tazmin kararları normal olarak belirli miktarda bir paranın davalı Hükümet tarafından tespit edilen ihlallerin mağdur veya mağdurlarına ödenmesi biçiminde olacaktır.

Sadece oldukça istisnai davalarda Mahkeme mesele konusu edilen ihlale son vermeyi veya telafi etmeyi amaçlayan ehemmiyetli bir talimat verebilir. Buna karşın, Mahkeme kararının ne şekilde icra edileceğine dair kendi yetkisine dayanarak öneriler sunmaya karar verebilir.

24. 41.madde altında hükmedilen her türlü mali tazmin, başvurunun taleplerini ifade ettiği para birimi hesaba katılmaksızın normal olarak Euro şeklinde olacaktır. Başvurucunun Euro dışındaki bir para birimi ile ödemeyi alacak olması halinde Mahkeme hükmedilen meblağın ödeme günü kur değeriyle diğer para birimine çevrilmesi talimatını verecektir. Başvurucular taleplerini formüle ederken, uygun olması durumunda, farklı para birimlerinde ifade edilen meblağların Euro'ya çevrilmesi veya tersi bir işlemin etkileri ışığında bu uygulamanın çıkarımlarını dikkate almalıdırlar.

25. Mahkeme başvurucuya yapılması gerekli olan ödemeler açısından normal olarak kararının kesinleştiği ve bağlayıcı hale geldiği tarihten itibaren 3 ay içinde yapılması gereken ödemeye dair kendi inisiyatifi ile bir zaman sınırı koyabilir. Mahkeme zaman sınırının aşılması durumunda normal olarak Avrupa Merkez Bankasının asgari borç verme faizine % 3 ilave edilerek bulunacak faiz oranının gecikme dönemine uygulanması ile ortaya çıkacak gecikme faizinin ödenmesi talimatı verecektir.

Avrupa Konseyi Sözleşmeler Dizisi No: 194
SÖZLEŞME’NİN KONTROL SİSTEMİNİ
DEĞİŞTİREN, İNSAN HAKLARINI
VE TEMEL ÖZGÜRLÜKLERİ KORUMAYA
DAİR SÖZLEŞME’YE
14 NO’LU EK PROTOKOL

Çev: Av. Alper Can AYKAÇ*

Başlangıç

4 Kasım 1950 tarihinde Roma’da imzalanan İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Sözleşme’nin (bundan sonra “Sözleşme” diye anılır.) bu Protokol’ün imzacıları olan Avrupa Konseyi’nin üye devletleri,

3 ve 4 Kasım 2000 tarihinde toplanan Avrupa Konseyi İnsan Hakları Bakanlar Konferansı’nda kabul edilen Deklarasyona ve 1 No.lu karara saygı göstererek,

Bakanlar Komitesi tarafından 8 Kasım 2001, 7 Kasım 2002 ve 15 Mayıs 2003 tarihlerinde, sırasıyla 109. 111. ve 112. oturumlarında kabul edilen Deklarasyonlara saygı göstererek,

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından 28 Nisan 2004 tarihinde kabul edilen 251 No’lu Tavsiyesi’ne saygı göstererek,

Kontrol sisteminin etkinliğini uzun vadeli olarak korumak ve geliştirmek amacıyla Sözleşme’nin belirli hükümlerinin değiştirilmesi gerekliliğini, temelde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’ndeki iş yükü artışının devam etmesi ekseninde göz önünde tutarak,

Özellikle Avrupa içinde insan haklarının korunmasındaki Mahkeme’nin egemen rolünü oynamayı sürdürebilmesini emniyet altında

* Av. Eskişehir Barosu.

alma gerekliliğini göz önünde tutarak,

Aşağıdaki hususlarda anlaşmışlardır.

1. Madde

Sözleşme'nin 22. maddesinin 2. paragrafı kaldırılmıştır.

2. Madde

Sözleşme'nin 23. maddesi aşağıda yazıldığı gibi değiştirilmiştir:

"23. Madde: Görev Süreleri ve Görevden Alınma

1. Yargıçlar dokuz yıllık süre için seçilirler. Yeniden seçilmeleri mümkün değildir.

2. 70 yaşına vardıkları zaman yargıçların görev süreleri sona erer.

3. Yargıç, yerine başkası seçilinceye kadar görevinde kalır. Ancak önceden gözden geçirmekte olduğu davalara bakmaya devam eder.

4. Diğer yargıçlar üçte iki çoğunlukla yargıcın aranan koşulları sağlamayı sürdürmediğine ilişkin karar vermedikleri sürece, hiçbir yargıç görevinden alınamaz."

3. Madde

Sözleşme'nin 24. maddesi kaldırılmıştır.

4. Madde

Sözleşme'nin 25. maddesi, 24. madde olmuştur ve metni aşağıda yazıldığı gibi değiştirilmiştir:

"24. Madde: Yazı İşleri ve Raportörler

1. Mahkeme'de görevleri ve kuruluşu Mahkeme İçtüzüğü'nde düzenlenen yazı işleri bulunur.

2. Tek yargıçlı oturumlarda, Mahkeme'ye Mahkeme Başkanının denetimi altında görevli raportörler yardım ederler. Raportörler, Mahkeme'nin yazı işlerinin bir bölümünden oluşur."

5. Madde

Sözleşme'nin 26. maddesi, 25. madde ("*Mahkeme'nin Genel Kurul Halinde Toplanması*") olmuştur ve metni aşağıdaki gibi değiştirilmiştir:

1. d. bendinin sonuna virgül yerine noktalı virgül getirilmiş ve "ve" ibaresi kaldırılmıştır.

2. e. bendinin sonuna nokta yerine noktalı virgül getirilmiştir.

3. Yeni bir f. bendi aşağıda yazıldığı gibi eklenmiştir:

"f. 26. maddenin 2. paragrafı uyarınca herhangi bir talepte bulunur."

6. Madde

Sözleşme'nin 27. maddesi, 26. madde olmuştur ve metni aşağıda yazıldığı gibi değiştirilmiştir:

"26. Madde: Tek Yargıçlı Teşekkül, Komiteler, Daireler ve Büyük Daire

1. Önüne gelen davaları incelemek üzere, Mahkeme tek yargıçlı teşekkül, üç yargıçlı komiteler, yedi yargıçlı Daireler ve on yedi yargıçlı Büyük Daire halinde yerini alır. Mahkeme'nin Daireleri belirli süreler için komiteler oluştururlar.

2. Genel kurul halinde toplanan Mahkeme'nin talebi üzerine, Bakanlar Komitesi, oybirliğiyle ve belirli bir süre için, Dairelerin yargıç sayısını beşe indirebilir.

3. Tek yargıçlı oturumlarda, seçilmiş olan yargıç, bağlı bulunduğu Yüksek Sözleşmeci Devlet aleyhine yapılan herhangi bir başvuruyu inceleyemez.

4. Başvuruya konu olan Yüksek Sözleşmeci Devlet adına seçilmiş yargıç, görevi gereği Daire ve Büyük Daire üyesi olarak bulunur. Bu yargıcın yokluğunda veya katılmasının mümkün olmadığı durumlarda, anılan Devletin önceden sunduğu liste içerisinde Mahkeme Başkanı tarafından seçilen bir kişi yargıç sıfatıyla yer alır.

5. Büyük Daire ayrıca Mahkeme Başkanı, Başkan Yardımcıları, Daire Başkanları ve Mahkeme İçtüzüğü'ne göre seçilen diğer yargıçlardan oluşur. 43. madde uyarınca Büyük Daireye gönderilen bir dava sırasında, Mahkeme Başkanı ve ilgili olan Yüksek Sözleşmeci devlet adına yer alan yargıç dışında,

hükümü veren Daire yargıçları Büyük Dairede yer almazlar.”

7. Madde

Yeni 26. maddenin ardından, yeni bir 27. madde Sözleşme içerisine aşağıda yazıldığı gibi yerleştirilmiştir.

“27. Madde: Tek Yargıçların Yetkileri

1. Tek yargıç 34. madde uyarınca yapılan başvuruları, böyle bir kararın alınabilmesi için ileriki incelemelere gerek kalmayan hallerde, kabul edilemez bulabilir veya Mahkeme'nin dava kayıtlarından düşürebilir.

2. Bu karar kesindir.

3. Eğer tek yargıç başvuruyu kabul edilemez bulmazsa veya kayıttan düşürmezse ileriki incelemeler için komiteye veya Daireye gönderir.”

8. Madde

Sözleşme'nin 28. maddesi aşağıda yazıldığı gibi değiştirilmiştir:

“28. Madde: Komitelerin Yetkileri

1. 34. madde uyarınca sunulan başvuruyla ilgili olarak, komite oybirliğiyle,

a. Böyle bir kararın alınabilmesi için ileriki incelemelere gerek kalmayan hallerde, kabul edilemez bulabilir veya Mahkeme'nin dava kayıtlarından düşürebilir ya da,

b. Kabul edilebilir bulabilir ve eğer davadaki Sözleşme'nin veya ek protokollerin yorumu ya da uygulanması ile ilgili öncelikli sorun, Mahkeme'nin içtihatlarıyla çözümlenmiş bir konuya aynı zamanda esas hakkında hüküm verebilir,

2. 1. paragraf hükmündeki karar ve hükümler kesindir.

3. Eğer ilgili Yüksek Sözleşmeci Taraf adına seçilen yargıç komite üyesi değilse, komite, yargılama usullerinin herhangi bir evresinde, anılan Tarafın 1. paragrafın b. bendi hükmündeki uygulamayla çekişmeli olup olmadığını içeren ilgili tüm etkenleri dikkate alarak, bu yargıç komitenin bir üyesi olmaya davet edebilir.”

9. Madde

Sözleşme'nin 29. maddesi aşağıdaki gibi değiştirilmiştir:

1. 1. paragraf aşağıda yazıldığı gibi değiştirilmiştir: "Eğer 27. veya 28. madde uyarınca bir karar alınmamışsa ya da 28. madde uyarınca hüküm verilmemişse, Daire 34. madde hükmündeki bireysel başvurunun kabul edilebilirliğine ve esası hakkında karar verir. Kabul edilebilirlik kararı ayrı olarak verilebilir."

2. 2. paragrafın sonuna aşağıda yazıldığı gibi yeni bir cümle eklenmiştir: "*Mahkeme istisnâî hallerde aksine karar vermedikçe, kabul edilebilirlik kararı ayrı olarak verilebilir.*"

3. 3. paragraf kaldırılmıştır.

10. Madde

Sözleşme'nin 31. maddesi aşağıdaki gibi değiştirilmiştir:

1. a. bendinin sonundaki "ve" ibaresi kaldırılmıştır

2. b. bendi, c. bendi olmuştur ve yeni bir b. bendi aşağıda yazıldığı gibi eklenmiştir:

"b. 46. maddenin 4. paragrafının b. bendine göre Bakanlar Komitesi tarafından gönderilen meseleleri karara bağlar; ve"

11. Madde

Sözleşme'nin 32. maddesi aşağıdaki gibi değiştirilmiştir:

1. paragrafın içindeki "34." ibaresinin ardından bir virgöl ve "46." ibaresi eklenmiştir.

12. Madde

Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. paragrafı aşağıda yazıldığı gibi değiştirilmiştir:

"3. Eğer Mahkeme,

a. Başvurunun Sözleşme'nin ya da ek protokollerinin hükümleri ile bağdaşmadığı, açıkça dayanaktan yoksun olduğu veya bireysel başvuru hakkının

kötüye kullanılarak yapıldığı ya da,

b. Başvurunun esasa ilişkin olarak incelenmesini öngören Sözleşme’de ve ek protokollerde tanımlanan insan hakları ile ilgili durumlar dışında ve ülkesel mahkemeler tarafından uygun olarak incelenmeyen hiçbir davanın reddedilemeyeceği şartıyla, başvuru sahibinin önemli bir zarara uğramadığı, kanaatine varırsa 34. madde hükmündeki herhangi bir bireysel başvuruyu kabul edilemez bulabilir,”

13. Madde

Sözleşme’nin 36. maddesinin sonuna yeni bir 3. paragraf aşağıda yazıldığı gibi eklenmiştir:

“3. Daire ve Büyük Daire önündeki tüm davalarda Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komisyonu yazılı görüş sunabilir ve duruşmalarda bulunabilir.”

14. Madde

Sözleşme’nin 38. maddesi aşağıda yazıldığı gibi değiştirilmiştir:

“38. Madde: Davanın İncelenmesi

Mahkeme, tarafların temsilcileriyle birlikte davayı inceler ve gerekirse gerekli tüm olanakları sağlayacak olan ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafların etkinliği için bir soruşturma başlatır.”

15. Madde

Sözleşme’nin 39. maddesi aşağıda yazıldığı gibi değiştirilmiştir:

“39. Madde: Dostane Çözümler

1. Yargılama usullerinin herhangi bir evresinde, Sözleşme ve ek Protokollerde tanımlandığı kadarıyla insan haklarıyla ilgili sorunun dostane çözüm ile sonuçlanması için Mahkeme, ilgili tarafların tasarrufuna uyabilir.

2. 1. paragraf uyarınca yürütülen süreç gizlidir.

3. Dostane çözüm gerçekleştirilirse, Mahkeme olayların ve varılan çözümün kısa bir açıklamasıyla sınırlı olan karar yoluyla davayı kendi kayıtlarından düşürür.

4. Bu karar, kararda beyan edildiği gibi dostane çözümün şartlarının icrasını denetleyecek olan Bakanlar Komite'sine gönderilir."

16. Madde

Sözleşme'nin 46. maddesi aşağıda yazıldığı gibi değiştirilmiştir:

"46. Madde: Hükümlerin Bağlayıcılığı ve İcrası

1. Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin kesinleşmiş hükümlerine uymayı yüklenirler.

2. Mahkeme'nin kesinleşmiş hükmü, hükmün icrasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir.

3. Bakanlar Komitesi hükmün icrasının denetiminin hükümdeki bir yorum sorunu tarafından engellendiğini düşünürse, yorum sorununun çözümü için konuyu Mahkeme'ye gönderebilir. Gönderme kararı Komitede görev alan yetkili temsilcilerin üçte iki çoğunluğunun oyunu gerektirir.

4. Bakanlar Komitesi Yüksek Sözleşmeci Tarafın, taraf olduğu bir dava hükmüne uymaktan kaçındığını düşünürse, resmî uyarıyı anılan Tarafa bildirdikten sonra, Komitede görev alan yetkili temsilcilerin üçte iki çoğunluğu ile alınan karar doğrultusunda, anılan Tarafın 1. paragraf uyarınca yükümlülerini yerine getirip getirmediği sorununu Mahkeme'ye gönderilebilir.

5. Eğer Mahkeme 1. paragrafın ihlaline rastlarsa önlemlerin alınmasının takdiri için davayı Bakanlar Komitesi'ne gönderir. Eğer Mahkeme 1. paragrafın ihlaline rastlamazsa, davayı, kendi dava incelemesini sonlandıracak olan Bakanlar Komitesi'ne gönderir."

17. Madde

Sözleşme'nin 59. maddesi aşağıdaki gibi değiştirilmiştir:

1. Yeni bir 2. paragraf aşağıda yazıldığı gibi eklenmiştir:

"2. Avrupa Birliği bu Sözleşme'ye katılabilir."

2. 2., 3., ve 4. paragraflar sırasıyla 3., 4., ve 5. paragraf olmuşlardır.

Son ve Geçici Hükümler

18. Madde

1. Bu Protokol, Avrupa Konseyinin Sözleşme'yi imzalayan üye devletlerinin imzalarına açıktır, üyeler kendi rızalarını

a. Çekinmesiz olarak onaylama, benimseme veya kabullenme imzası; veya

b. Onaylama, benimseme veya kabullenme sonucu onaylama, benimseme veya kabullenme imzası ile

İfade edebilirler.

2. Onaylama, benimseme veya kabullenme belgeleri Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne verilir.

19. Madde

Bu Protokol, Avrupa Konseyi üyesi Sözleşme'nin tüm Taraflarının 18. madde hükümlerine uygun bir şekilde bu Protokol'e bağlı kalacaklarını beyan ettikleri tarihten sonra geçecek üç aylık dönemi izleyen ayın birinci günü yürürlüğe girer.

20. Madde

1. Protokolün yürürlüğe giriş tarihinden itibaren protokol hükümleri (provisions) Bakanlar Komitesi'nin denetimi altına icra edilen, Mahkeme'nin verdiği hükümlerle (judgments) birlikte, Mahkeme önündeki başvuruların tümünde uygulanır.

2. Protokolün 12. maddesiyle Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. paragrafının b. Bendine eklenen yeni kabul edilebilirlik koşulu, Protokolün yürürlüğe girmesinden önce kabul edilebilir bulunan başvurulara uygulanmaz. Protokolün yürürlüğe girmesini izleyen iki yıl içerisinde Mahkeme'nin Daireleri ve Büyük Dairesinde yeni kabul edilebilirlik koşulu uygulanmayabilir.

21. Madde

Protokolün yürürlüğe giriş tarihinde ilk görev sürelerinde hizmet eden yargıçların görev süreleri kanunen (*ipso iure*) toplamda dokuz yıl

olmak üzere uzatılır. Diğer yargıçlar kanunen iki yıl uzatılan görev sürelerini tamamlarlar.

22. Madde

Avrupa Konseyi Genel Sekreteri

- a. Her imzayı;
 - b. Her onaylama, kabul veya uygun bulma belgesinin verilmesini;
 - c. 19. madde uyarınca bu Protokolün her yürürlüğe giriş tarihini;
 - d. Bu Protokole ilişkin başka her türlü işlem, ihbar veya bildirimini
- Konsey üyesi devletlere bildirir.

Bu protokol imza yetkisini haiz kişilerce imzalanmıştır.

Avrupa Konseyi arşivlerinde saklanmak ve her iki metin de eşit derecede geçerli sayılmak üzere İngilizce ve Fransızca'da tek nüsha halinde Strasbourg'ta 13 Mayıs 2005 tarihinde düzenlenmiştir. Genel Sekreter bunun onaylı örneklerini Avrupa Konseyi üyesi devletlerin her birine gönderecektir.



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

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 19 Ağustos 2008/26972

- 5796 Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5797 Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun
- 5799 Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

TÜZÜKLER

RG 27 Ağustos 2008/26980

2008/14001 Tapu Plânları Tüzüğü

YÖNETMELİKLER

RG 16 Ağustos 2008/26969

- Er ve Erbaş Harçlıkları Yönetmeliği
- Türk Silahlı Kuvvetleri Atatürk Araştırma ve Eğitim Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Toplu Yapılarda Kat Mülkiyeti ve Kat İrtifakı Tesisine Dair Yönetmelik

RG 17 Ağustos 2008/26970

- Polis Akademisi Başkanlığı Güvenlik Bilimleri Fakültesi Giriş ve Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- Polis Meslek Yüksekokulları Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- Dokuz Eylül Üniversitesi İş Sağlığı Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 18 Ağustos 2008/26971

- Giresun Üniversitesi Karadeniz Stratejik Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 19 Ağustos 2008/26972

- 3030 Sayılı Kanun Kapsamı Dışında Kalan Belediyeler Tıp İmar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ankara Elektrik Havagazı ve Otobüs İşletme Müessesesi (EGO) Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliği

RG 20 Ağustos 2008/26973

- Kastamonu Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 22 Ağustos 2008/26975

- Belirli Yavru Fokların Kürklerinin ve Bunlardan Elde Edilen Ürünlerin İthalatının Yasaklanmasına İlişkin Yönetmelik
- Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Kontrolündeki Şirketlerin Tasfiyesine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 23 Ağustos 2008/26976

- Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Görevlendirilen Müdafî ve Vekiller İçin Barolarca Yapılacak Cari Giderler ile Bu Hizmet İçin Çalıştırılacak Personele İlişkin Yönetmelik¹

¹ Bkz. *Ekler*, Yönetmeliğin iptali için TBB tarafından Danıştay'da 3 Eylül 2008 tarihinde dava açılmıştır.

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Orman Köylüleri Kalkınma Hizmetlerine İlişkin Esas ve Usullerde Değişiklik Yapılmasına Dair Esas ve Usuller
- Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Çevre Mühendisleri Odası Sürekli Eğitim Merkezi ve Belgelendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 24 Ağustos 2008/26977

- Marmara Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 25 Ağustos 2008/26978

- Balıkesir Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 27 Ağustos 2008/26980

2008/13994 Menkul Kıymetler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 28 Ağustos 2008/26981

- Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği
- Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği
- Atatürk Üniversitesi Mühendislik Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hacettepe Üniversitesi Kök Hücre Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Selçuk Üniversitesi Organ Nakli Eğitim Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 29 Ağustos 2008/26982

- İhsan Doğramacı Vakfı Özel Bilkent Laboratuvar Okulları Kurum Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sağlık Bakanlığı Taşra Teşkilatı Yatak ve Kadro Standartları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Maden Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 31 Ağustos 2008/26983

- Çankaya Üniversitesi Satın Alma ve İhale Yönetmeliği
- Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İzmir Ekonomi Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim Süresiyle Sınav ve Değerlendirme Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 01 Eylül 2008/26984

- Gazi Üniversitesi Bilişim Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 02 Eylül 2008/26985

- Doğu Üniversitesi İngilizce Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Ondokuz Mayıs Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 03 Eylül 2008/26986

- Türkiye Cumhuriyeti Adına Hazine Müsteşarlığı Tarafından Alınan Hibeler ile İlgili Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Kıymetli Madenler Borsası Aracı Kuruluşlarının Faaliyet Esasları ile Kıymetli Madenler Aracı Kurumlarının Kuruluşu Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İkrazatçılık Faaliyetleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sanayi, Ticaret, Tarım ve Orman İşlerinden Sayılan İşlere İlişkin Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Çevre Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş.Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Doğu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 04 Eylül 2008/26987

- Celal Bayar Üniversitesi Bilgisayar Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Doğu Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 05 Eylül 2008/26988

- Türk Gıda Kodeksi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çevre Ölçüm ve Analizi Laboratuvarları Yeterlik Yönetmeliği
- Kafkas Üniversitesi Öğrenci Yurtları Yönetmeliği

RG 06 Eylül 2008/26989

- Türk Silahlı Kuvvetleri Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği

- Okul Öncesi Eğitim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Kanunu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Enerji Piyasasında Faaliyet Gösteren Gerçek ve Tüzel Kişilerin Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Denetlenmesi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Afyon Kocatepe Üniversitesi Türk Dünyası Stratejik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 07 Eylül 2008/26990

- Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği

RG 08 Eylül 2008/26991

- Uşak Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Uşak Üniversitesi Sürekli Eğitim Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 09 Eylül 2008/26992

- Karayolları Trafik Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Araç Muayene İstasyonlarının Açılması, İşletilmesi ve Araç Muayenesi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Özürlü ve Eski Hükümlü Çalıştırmayan İşverenlerden Ceza Olarak Kesilen Paraları Kullanmaya Yetkili Komisyonun Kuruluşu ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Afyon Kocatepe Üniversitesi Halkbilim Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Amasya Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği
- Orta Doğu Teknik Üniversitesi Mikroelektromekanik Sistemler Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 10 Eylül 2008/26993

- Gemilerin Genel Denetimi ve Belgelendirilmesi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sigorta Acenteleri Sektör Meclisi ile Sigorta Acenteleri İcra Komitesinin Kuruluş ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Vakıf Kültür Varlıkları İhale Yönetmeliği
- Vakıf Kültür Varlıklarının Restorasyon veya Onarım Karşılığı Kiraya Verilmesi İşlemlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Sualtı Sporları, Cankurtarma, Sukayağı ve Paletli Yüzme Federasyonu Aletli Dalış Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Sualtı Sporları Federasyonu Donanımlı Dalış Yönetmeliği
- Sivil Hava Ulaşımına Açık Havaalanlarında Yer Alan Terminaler ile Sıhhi İşyerleri İçin İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik (SHY-33B)
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Orman Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dumlupınar Üniversitesi Lisans Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Dumlupınar Üniversitesi Ön Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Düzce Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Niğde Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Uşak Üniversitesi Deri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 11 Eylül 2008/26994

- Planlı Alanlar Tıp İmar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 12 Eylül 2008/26995

- Stratejik Araştırmalar Enstitüsü (SAREN) Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- Türk Askerî Tarih Komisyonu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Esnaf ve Sanatkarları Konfederasyonu Kapasite Raporu Yönetmeliği

RG 13 Eylül 2008/26996

- Bilecik Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Erciyes Üniversitesi Kadın Çalışmaları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Yeditepe Üniversitesi Çift Anadal ve Yandal Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 14 Eylül 2008/26997

- Meyve/Asma Fidan ve Üretim Materyali Sertifikasyonu ve Pazarlaması Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tohumluk Kontrolör Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Görevlilerin İslahçı Hakkından Yararlanmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çiftçi İstisnası Uygulama Esasları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yeni Bitki Çeşitlerine Ait İslahçı Haklarının Korunmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Yağlı, Lifli, Tıbbi ve Aromatik Bitki Tohumu Sertifikasyonu ve Pazarlaması Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sebze Tohum Sertifikasyonu ve Pazarlaması Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tohumluk Sertifikasyon İşlemlerinde Yetki Devri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bitki Çeşitlerinin Kayıt Altına Alınması Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yemeklik Tane Baklagil ve Yem Bitkileri Tohum Sertifikasyonu ve Pazarlaması Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Pancar Tohumluğu Sertifikasyonu ve Pazarlaması Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Patates Tohumluğu Sertifikasyonu ve Pazarlaması Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tahıl Tohumu Sertifikasyonu ve Pazarlaması Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tohumculuk Piyasasında Yetkilendirme ve Denetleme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 15 Eylül 2008/26998

- Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- Okan Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 16 Eylül 2008/26999

- Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine İlişkin Yükümlülüklerle Uyum Programı Hakkında Yönetmelik
- Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği İçmimarlar Odası Serbest İçmimarlık Hizmetlerini Uygulama, Tescil ve Mesleki Denetim Yönetmeliği
- Yurtdışı Yükseköğretim Diplomaları Denklik Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Cumhuriyet Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Dumlupınar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Dumlupınar Üniversitesi Öğrenci Sağlık İşleri ve Sağlık Raporları Yönetmeliği
- Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sakarya Üniversitesi Balkan Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 17 Eylül 2008/27000

- Ahi Evran Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Kadir Has Üniversitesi İstanbul Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 18 Eylül 2008/27001

- Dokuz Eylül Üniversitesi Devlet Konservatuvarı Hazırlayıcı Birimler (Lise Devresi) Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Gazi Üniversitesi Uzaktan Eğitim Meslek Yüksekokulu Önlisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- İstanbul Kültür Üniversitesi Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Kocaeli Üniversitesi Önlisans-Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Pamukkale Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Ön Lisans ve Lisans Yabancı Dil Hazırlık Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 19 Eylül 2008/27002

- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Döner Sermaye İşletmeleri Yönetmeliği
- Yeditepe Üniversitesi Yakın Tarih Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 20 Eylül 2008/27003

2008/14089 Yurtdışında Sürekli Görevlendirilecek Personel Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Mesleki ve Teknik Eğitim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Rekabet Kurumu Meslek Personeli Seçme, Yetiştirme ve Yükseltme Yönetmeliği

RG 21 Eylül 2008/27004

- Hâkimler ve Cumhuriyet Savcıları Hakkında Uygulanacak Atama ve Nakil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Su Ürünleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kaçak Petrolün Tespit ve Tasfiyesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Rize Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 22 Eylül 2008/27005

- Düzce Üniversitesi Yaşamboyu Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

- İstanbul Teknik Üniversitesi Türk Musikisi Devlet Konservatuvarı Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 23 Eylül 2008/27006

- Ulusal Süt Konseyi Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik
- Dicle Üniversitesi Veteriner Fakültesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 24 Eylül 2008/27007

- Ecza Depoları ve Ecza Depolarında Bulundurulanan Ürünler Hakkına Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Hizmetlerinin Tanımı ve Bu Hizmetlere Atanacak Personel Yönetmeliği
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunda İstihdam Edilecek Yabancı Uyruklu Personel Yönetmeliği
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunda Memur Statüsünde İstihdam Edilen Personel Yönetmeliği
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunda Sözleşmeli Statüde İstihdam Edilen Personel Yönetmeliği
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tarım ve Kırsal Kalkınmayı Destekleme Kurumu İl Koordinatörlüklerinin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Kıyı Emniyeti ve Gemi Kurtarma İşletmeleri Genel Müdürlüğü Tesislerinden Yararlanacak Kişi, Kamu ve Özel Kuruluşların Sistem, Cihaz ve Donanımlarına Yer Tahsisi ve Kule Kullanılması Hizmetlerinin Sağlanmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik İletim Sistemi Arz Güvenilirliği ve Kalitesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Elektrik Piyasası Şebeke Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mersin Üniversitesi Dış Ticaret ve Lojistik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Mersin Üniversitesi Gıda Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Mersin Üniversitesi Turizm Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Mersin Üniversitesi Oda Müziği Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 25 Eylül 2008/27008

- Sosyal Güvenlik Yüksek Danışma Kurulunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Çevre ve Orman Bakanlığı Personelinin Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- PTT Acentelikleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Cumhuriyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Bilgi Üniversitesi Sivil Toplum Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Organ Nakli Eğitim, Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

DÜZELTME (Ecza Depoları ve Ecza Depolarında Bulundurulan Ürünler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile İlgili)

RG 26 Eylül 2008/27009

- Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine İlişkin Yükümlülüklerle Uyum Programı Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gıda Güvenliği ve Kalitesinin Denetimi ve Kontrolüne Dair Yönetmelik

- Kültür ve Turizm Bakanlığınca Yerel Yönetimlerin, Derneklerin, Vakıfların ve Özel Tiyatroların Projelerine Yapılacak Yardımlara İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Huzurevleri ile Huzurevi Yaşlı Bakım ve Rehabilitasyon Merkezleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Korunmaya Muhtaç Çocukların Tespiti, İnceleme, Korunma Kararlarının Alınması ve Kaldırılmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Özürlülerin Tespiti, İncelenmesi, Bakım ve Rehabilitasyonuna Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Özel Kreş ve Gündüz Bakımevleri ile Özel Çocuk Kulüpleri Kuruluş ve İşleyiş Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Özel Hukuk Tüzel Kişileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarıncaya Açılan Kadın Konukevleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yetiştirme Yurtlarının Kuruluş ve İşleyişine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kreş ve Gündüz Bakımevleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Çocuk Yuvaları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Özel Huzurevleri ile Huzurevi Yaşlı Bakım Merkezleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çocuk ve Gençlik Merkezleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Ayni Nakdi Yardım Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Maltepe Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Uşak Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği

RG 27 Eylül 2008/27010

- Milli Savunma Bakanlığı ile Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıklarına Bağlı Kurumlardaki Döner Sermayenin İşletilmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gülhane Askerî Tıp Akademisi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Cemaat Vakıfları Yönetim Kurulu Seçimlerinin Seçim Esas ve Usullerine İlişkin Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Alt İşverenlik Yönetmeliği
- Fiili Hizmet Süresi Zammı Uygulamasının Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Kamu İdarelerinin Denetim Elemanlarınca Yapılacak Tespitler Hakkında Yönetmelik
- Sosyal Güvenlik Kurumu Asgari İşçilik Tespit Komisyonunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Fazla veya Yersiz Ödemelerin Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Sosyal Güvenlik Kurumunca 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna Göre Kullanılacak Yetkilere İlişkin Yönetmelik
- Serbest Muhasebeci Malî Müşavirler ile Yeminli Malî Müşavirlerce İşyeri Kayıtlarının İncelenmesi Hakkında Yönetmelik
- Vakıflar Yönetmeliği

RG 28 Eylül 2008/27011

- Tarım ve Köyişleri Bakanlığı Memurlarının Yetiştirilmek Amacıyla Yurt Dışına Gönderilmeleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hazır Ambalajlı Sıvı Mamullerin Hacim Tespitine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (75/106/AT)

- Proje Değerlendirme ve Seçim Komisyonunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Afyon Kocatepe Üniversitesi Yaşamboyu Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Afyon Kocatepe Üniversitesi İstatistik, Yöneylem ve Aktüerya Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Yabancı Dil Eğitim-Öğretim ve Yabancı Dil Hazırlık Eğitim-Öğretimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 29 Eylül 2008/27012

- Dışişleri Bakanlığı Personelinin Yurtdışı Görevlere Atanmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Et ve Balık Kurumu Genel Müdürlüğü Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Et ve Balık Kurumu Genel Müdürlüğü Sözleşmeli Personel Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Et ve Balık Kurumu Genel Müdürlüğü Kadrolu Personel Sicil Amirleri Yönetmeliği

RG 29 Eylül 2008/27012 (Mükerrer)

2008/14174 Sosyal Güvenlik Kurumu Prim ve İdari Para Cezası Borçlarının hak edişlerden Mahsubu, Ödenmesi ve İlişiksizlik Belgesinin Aranması Hakkında Yönetmelik

RG 03 Ekim 2008/27013

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Maden Mühendisleri Odası Maden Üretim Faaliyetleri ve/veya Bu Faaliyetlere Dayalı Olarak Üretim Yapılan Tesislerde Sorumlu Müdür Yetkilendirme Yönetmeliği
- Bahçeşehir Üniversitesi İngilizce Hazırlık Programı Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- İstanbul Teknik Üniversitesi Afet Yönetim Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Öğretim Üyelerinin Akademik Gıysileri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 04 Ekim 2008/27014

2008/14111 Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilatı ve Personelinin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Yayın Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Süleyman Demirel Üniversitesi Türk Dili Öğretimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dumlupınar Üniversitesi Sürekli Eğitim Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Arel Üniversitesi Sürekli Eğitim Merkezi Yönetmeliği

RG 05 Ekim 2008/27015

- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Çocuk Evleri Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Bahçeşehir Üniversitesi Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Bahçeşehir Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Bahçeşehir Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 06 Ekim 2008/27016

- Hacettepe Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Üniversite-Sanayi-Kamu İşbirliği Geliştirme, Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 07 Ekim 2008/27017

- Çankaya Üniversitesi Ana Yönetmeliği
- Marmara Üniversitesi Sivil Toplum Kuruluşları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 08 Ekim 2008/27018

2008/14148 Ürünlerin Piyasa Gözetimi ve Denetimine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

RG 09 Ekim 2008/27019

- Binalarda Isı Yalıtımı Yönetmeliği
- Tarım ve Ormandan Sayılan İşlerde Çalışanların Çalışma Koşullarına İlişkin Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 10 Ekim 2008/27020

- Afyon Kocatepe Üniversitesi Yabancı Diller Eğitim-Öğretim Araştırma ve Uygulama Merkezi (YAMER) Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 11 Ekim 2008/27021

- Okul Servis Araçları Hizmet Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunun Görev, Yetki, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği

RG 12 Ekim 2008/27022

- İller Bankası Kanunu Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi İstanbul Tıp Fakültesi Eğitim-Öğrenim ve Sınav Yönetmeliği

RG 13 Ekim 2008/27023

- Maltepe Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 14 Ekim 2008/27024

- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye İstatistik Kurumu Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği
- Elektrik Enerjisi Üretimine Yönelik Jeotermal Kaynak Alanlarının Kullanımına Dair Yönetmelik
- Petrol Piyasası Fiyatlandırma Sistemi Yönetmeliği
- Petrol Piyasası Bilgi Sistemi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Petrol Piyasası Tarifeler Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Dumlupınar Üniversitesi Fizik Tedavi ve Rehabilitasyon Eğitim Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Hacettepe Üniversitesi Binicilik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Pamukkale Üniversitesi Eğitim Bilimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Siirt Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği

RG 15 Ekim 2008/27025

- Türk Silahlı Kuvvetleri Ödül Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Şans Oyunları Lisansının Verilmesi, Lisansa Konu Olan Faaliyetlerin Düzenlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Yöneticileri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Turizmi Teşvik Kanununun Cezai Hükümlerinin Uygulanması Hakkında 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, an-
cak göz önünde bulunmayan bölümünden esinlenerek **"Kiler"** diyoruz.
Büyük ihtiyaçlara cevap verecek bölümün geleceği de sizlerin
öneri ve dilekleriyle şekillenecektir.

Y Ö N E T M E L İ K L E R

CEZA MUHAKEMESİ KANUNU GEREĞİNCE GÖREVLENDİRİLEN MÜDAFİ VE VEKİLLER İÇİN BAROLARCA YAPILACAK CARİ GİDERLER İLE BU HİZMET İÇİN ÇALIŞTIRILACAK PERSONELE İLİŞKİN YÖNETMELİK¹

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Dayanak ve Tanımlar

Amaç

MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin amacı, zorunlu müdafî ve vekil görevlendirilmesi ile ilgili yapılacak cari giderlere dair Türkiye Barolar Birliğine aktarılacak paraların, barolar arasında dağıtım ve harcanması

¹ Yönetmeliğin iptali için TBB tarafından Danıştay'da 3 Eylül 2008 tarihinde dava açılmıştır.

ile bu hizmet için çalıştırılacak personele ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.

Kapsam

MADDE 2 – (1) Bu Yönetmelik, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince zorunlu müdafî ve vekil görevlendirilmesi ile ilgili olarak yapılacak cari giderleri ve bu hizmette çalıştırılacak personele ilişkin hususları kapsar.

Dayanak

MADDE 3 – (1) Bu Yönetmelik, 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 180 inci maddesine, 28/3/2007 tarihli ve 5615 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 26 ncı maddesiyle eklenen son fıkra uyarınca hazırlanmıştır.

Tanımlar

MADDE 4 – (1) Bu Yönetmelikte yer alan;

a) Baro: Ödenek aktarılan baroyu,

b) Büro: Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince zorunlu müdafî ve vekil görevlendirilmesi ile ilgili olarak aktarılan ödenek işlemlerini yürütmek üzere Türkiye Barolar Birliğinde ve barolarda kurulacak büroyu,

c) Ödenek: Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince zorunlu müdafî ve vekil görevlendirilmesi ile ilgili olarak Maliye Bakanlığınca Türkiye Barolar Birliğine aktarılan veya Birlik tarafından barolara gönderilen parayı,

ç) Personel: Büroda çalışmak üzere görevlendirilen baro çalışanlarını, ifade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

Ödenğin Kaynağı, Aktarılması, Dağıtımı ve Kullanılması

Ödenğin kaynağı

MADDE 5 – (1) Ödenek; Maliye Bakanlığının iki yıl öncesine ait kesin hesap sonuçlarına göre tespit ettiği toplam tutarlar esas alınarak, 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununa bağlı (1), (2) ve (3) sayılı tarifelere göre alınan harçların yüzde biri ile idarî nitelikteki para cezaları hariç olmak üzere para cezalarının yüzde birinden oluşur.

Ödenğin aktarılması

MADDE 6 – (1) Ödenek, Maliye Bakanlığınca, her yıl mart ayının so-

nuna kadar, Türkiye Barolar Birliği adına bu amaçla açılan hesaba aktarılır.

Ödenğin gönderilmesi

MADDE 7 – (1) Ödenek, yılı içerisinde baroların üçer aylık dönemlerde hazırlayacakları ödenek taleplerine göre, Türkiye Barolar Birliği tarafından bu Yönetmelik uyarınca değerlendirme yapılarak ilgili baro hesabına gönderilir.

Ödenğin kullanılması

MADDE 8 – (1) Türkiye Barolar Birliğinin bu Yönetmelikten kaynaklanan görevleri yerine getirebilmesi için ihtiyaç duyduğu cari giderler, söz konusu ödenekten karşılanır.

(2) Barolara gönderilen ödenek, münhasıran zorunlu müdafî ve vekil görevlendirme ile ilgili cari giderler için kullanılır.

(3) Ödenekten taşıt ve gayrimenkul alımı yapılamaz.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Gider Çeşitleri, Hesap ve Personel

Gider çeşitleri

MADDE 9 – (1) Ödenekten karşılanabilecek gider çeşitleri aşağıda gösterilmiştir:

a) Büroda çalıştırılacak personelin maaş, ikramiye, tazminat ve sosyal güvenlik giderleri,

b) Büroda kullanılan telefon, faks gideri,

- c) Elektrik ve su giderleri,
- ç) Isınma gideri,
- d) Bilgisayar ve sarf malzemele-ri,
- e) Kırtasiye giderleri,
- f) Kira gideri,
- g) Büro malzemesi,
- h) Büronun diğer cari giderleri.

Ödeneklerin ayrı hesapta tutulması ve faiz gelirleri

MADDE 10 – (1) Türkiye Barolar Birliğine aktarılan ve Türkiye Barolar Birliğince barolara gönderilen ödenekler, ayrı bir hesapta tutulur. Bu hesaptan Birliğin ve baroların diğer hesaplarına aktarma yapılamaz.

(2) Bu hesapta biriken paralar, hizmetin yerine getirilmesi için gerekli asgari miktar ayrıldıktan sonra vadeli mevduat veya repo hesabında değerlendirilir ve elde edilen gelirler aynı amaçla kullanılır.

Personel sayısı

MADDE 11 – (1) Büroda çalıştırılacak personel, işin özelliğine uygun nitelikte ve yeter sayıda olmalıdır. Bu sayının belirlenmesinde baro levhasına kayıtlı avukat sayısı ile Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince zorunlu müdafî ve vekil görevlendirilme sayısı esas alınır.

(2) Büroda görevlendirilecek personel sayısı, Türkiye Barolar Birliğinde on; İstanbul için yirmi, Ankara

ve İzmir için on, büyükşehir belediyesi olan illerde beş, diğer il barolarında ise üç kişiyi geçemez.

(3) Türkiye Barolar Birliği, ihtiyaç hâlinde personel alımı için barolara izin verebilir, ancak bu sayı Türkiye genelinde toplam on kişiyi geçemez.

Personelin niteliği

MADDE 12 – (1) Bu Yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden sonra büroda görevlendirilecek personelin en az lise ve dengi okul mezunu olması ve Avukatlık Kanununun 45 inci maddesindeki nitelikleri taşıması gerekir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Denetim ve Rapor

Denetim

MADDE 13 – (1) Türkiye Barolar Birliğinin ve baroların bu Yönetmelik hükümlerine göre idarî ve malî denetimi, Avukatlık Kanununun Ek 4 üncü maddesi uyarınca adalet müfettişlerince yapılır.

Rapor

MADDE 14 – (1) Barolara tahsis edilen ödeneğin kullanımına ilişkin olarak EK-1 örneğe göre, üçer aylık dönemler hâlinde düzenlenecek raporlar, bir sonraki ayın sonuna kadar Türkiye Barolar Birliğine gönderilir.

(2) Türkiye Barolar Birliği gelen raporları inceler ve denetler.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Çeşitli Hükümler

Muhasebe kayıtları

MADDE 15 – (1) Muhasebe kayıtları bürolarca yazılı veya elektronik ortamda tutulur.

Demirbaş eşya

MADDE 16 – (1) Bürolarda ödenekten alınan eşyaların kaydedildiği demirbaş eşya defteri tutulur.

ALTINCI BÖLÜM

Geçici ve Son Hükümler

Yürürlük tarihinden öncesine ilişkin uygulama

GEÇİCİ MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin dayanağı olan Avukatlık Kanununun 180 inci maddesinin son

fıkrasının yürürlüğe girdiği 1/1/2007 tarihi ile bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarih arasında Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince müdafî ve vekil görevlendirmesi yapmış olan baroların bu konudaki cari giderleri bu Yönetmelik hükümlerine göre ödenir.

Yürürlük

MADDE 17 – (1) Maliye Bakanlığı ve Sayıştayın görüşleri alınarak Türkiye Barolar Birliği ile müştereken hazırlanan bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 18 – (1) Bu Yönetmelik hükümlerini Adalet Bakanı ve Türkiye Barolar Birliği birlikte yürütür.

RG: 23 Ağustos 2008/Sayı: 26976

Celal Saçaklıoğlu,
YÜREğİNİ FERAH TUT
“psihî vathia”

Kırmızı yayınları,
İstanbul 2008.



Bu sayımızda, bu yıl baharın başlangıcında kaybettiğimiz İzmir Barosu'nun değerli üyelerinden hukukçu bir ailenin sevgili Şako'su Celal Saçaklıoğlu'nun bir romanını tanıtmak istiyorum. Gençliğini yakından bildiğim Celal'i kaybettiğimiz zaman duyduğum üzüntünün yutarcasına okuduğum romanından sonra daha yoğunlaştığını söylemeliyim. Romanı kapattığımda arka kapakta Ahmet Telli'nin yazdığı bir cümle daha da acılaştı. Ahmet Telli, “yazarın ilk ve son romanıdır bu” diyordu. Oysa böyle güzel bir kitap yazabilen Celal'in daha pek çok kitapları, söyleyecek sözü olmalıydı. Umarım ki, bıraktıkları arasında tamamlanmış birkaç kitap veya yayımlanabilecek notları vardır.

“Yüreğini ferah tut” Osmanlı ve Balkan tarihinin son dönemi, yaklaşık 1910-1922 diyebiliriz, duygusal bir dostluk, arkadaşlık ve yoldaşlık üçgeni ile anlatıyor. Bu üçgenin 1980'lerden sonraki izdüşümünü de bir arkadaşlık ve aşk öyküsü ile işliyor.

Balkan Savaşı başlamadan bir Türk, Selim ile bir Yunan, Yorgos, askerlikten Bulgarlara karşı çeteciliğe yönlendiriliyorlar. Bulgarlara yaralı olarak esir düşüyorlar. Asılacakları veya kurşuna dizileceklerini beklerlerken bir Bulgar, Dimitar, onları kaçırıyor, saklıyor; memleketlerine dönmelerini sağlıyor.

Can pazarında başlayan dostluk “sosyalist” düşüncelerle pekişiyor. Üçü de savaşa karşı olmalarına karşın, ülkelerinin politi-

kalarına uygun veya karşı olarak, birlikte veya karşı karşıya sürekli savaşıyorlar. Bir tek Yorgos yatağında ölüyor.

Bu üçlünün izdüşümü Arif, Eleni ve Teodor dostluklarını, arkadaşlıklarını ve belki de düğünü yapılan evliliklerini dedelerinin kendileri için hazırladıkları buluşma ile sürdürüyorlar.

Okunması kolay, kurgusu mükemmel bu kitabı okuyucularımızın okumasını öneririm. Ancak kitap hakkında birkaç şey söylemek istiyorum.

Öncelikle Celal Saçaklıoğlu, sol öğretiyi özümsemiş bir kimlikle yazdığı kitapta büyük bir sorumluluk duygusu ile tarihi olaylara ve gerçeklere bağlı kalmaktadır. Romanda anlatılan Balkanlardaki dalgalanma ile geçen sayımızda tanıttığımız yine İzmirli bir hukukçu Güney Dinç'in Balkan Tarihi , romanın bir dönemi için paralellik göstermektedir.

İkincisi, olayların acımasızlığı ve şiddetine karşın uluslar için kırıcı, incitici bir dil kullanılmaması ve hiç kimsenin rencide edilmemesi savaş karşıtı bir roman için önemli bir anlayışı sergilemektedir.

Üçüncü özellik, Celal Saçaklıoğlu'nun sevgi dolu yüreğine bütün ulusları Bulgarları, Yunanları, Rusları, Arapları sığdırabilmiş olmasıdır. Hepsini sevgi ile kucaklamış, iyi yönlerini kan ve zulüm içerisinde ön plana çıkarmayı başarabilmiştir.

En önemlisi Celal'in sevgi dolu yüreğinin kendi halkı ve ulusunu, geçmişini de kucaklamış olmasıdır. Saçaklıoğlu bu anlayışı ile pek çok günümüz yazarından farklılığını da ortaya koymuş olmaktadır.

Yunan komünistlerinin iç savaşta ölen arkadaşları arkasından söylediklerini Celal'in arkasından da söylemek gerekiyor dostlarına:

"Psihi vathia / Yüreğini ferah tut"

Teoman Ergül



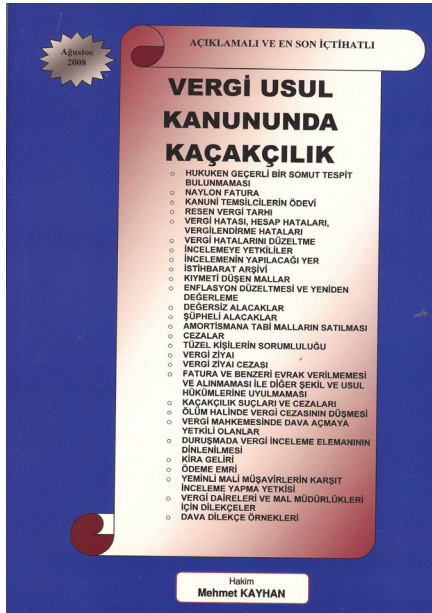
Mehmet KAYHAN
Gelir Vergisi Kanununda
Kaçakçılık
Ağustos 2008.

Gelir vergisi konusunda genel bilgiler veren bu eserde, naylon faturanın kullanılması, gider kaydı yapılması sonucu giderlerin şişirilmesi, komisyon almak suretiyle naylon fatura düzenlenmesi, naylon fatura düzenleyicisinin ifadesinin kanıt niteliğinde sayılması, satılan mal bedelinin iki katı tutarında alacak senedi girişi olması, faiz ve komisyonun gider olarak indirilmesi, ortağına faizsiz borç para vermek suretiyle örtülü kazanç dağıtması, gelir vergisi beyannamesinin kanuni süre içerisinde verilmemesi, değer artışı kazancının beyan edilmemesi, defter ve belge-

lerinin yandığı gerekçesiyle incelemeye ibraz edilmemesi, toplu konut inşaatı için yapılan hak ediş ödemelerinden tevkif yoluyla ödenen gelir (stopaj) vergisinin mahsup yoluyla iadesi, yeterli teminat göstermemekten adına ödeme emri düzenlenmesi, vergi kesenleri sorumluluğu, devre tatil sözleşmeleri, almış olduğu bağımsız bölümlerin tapuya tescil tarihiyle servet unsuruna dönüşmesi, gelir üzerinden alınan vergilerde çifte vergilendirmenin önlenmesi, vergi dairesince herhangi bir tespit yapılmaması, gibi başlıklarla gelir vergisi kaçakçılığı konularında, yargıya intikal etmiş yaşanmış örneklerle, uygulamaya yönelik olarak kalem alınmıştır. Eserde, konu ile ilgili mevzuatın yanında, yüksek mahkeme kararlarına da yer verilmiştir. Eseri, tüm uygulamacılara tavsiye ederiz.

Mehmet KAYHAN
Vergi Usul Kanununda Kaçakçılık
Ağustos 2008.

Bu eserde, eski kanuni temsilcilerin dava açma ehliyetleri, kamu alacağının, kanuni temsilcilerinden veya ortaklarından tahsili, İşverenlerin sorumlu tutulacağı haller ve uygulanacak müeyyideler, ceza gerektiren eylem ve eylemle fail arasındaki bağlantı, vergi ceza hükümlerinde değişikliklerde mükellef lehine olan hükmün uygulanması, kaybettiğini ileri sürdüğü faturaları, faaliyetine



son verdikten sonra kullanma, başkasının nüfus cüzdanı ile mükellefiyet tesis ettirip sahte fatura düzenleme, gerçeğe aykırı faturalarda yer alan katma değer vergisinin indirim konusu yapıлып yapılamaması, sahte belge ticareti yaparak komisyon geliri elde etme, alımlarda müstahsil makbuzu düzenlenmemesi, huzur hakkı ücretlerinden vergi kesilmemesi, defterlerin vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlara ibraz edilmemesi, vergilendirme ile ilgili belgelerin biçimsel kurallara uygun düzenlenmiş olmasının yeterliliği, ticari işletmeden çalınan emtia bedelinin ticari kazançtan indirilmesi, hisse senedi satışından doğan kazancın matraha alınması, teminatl alacaklarda karşılık ayrılması, yargı kararlarının gerekçeli olması gibi başlıklar, incelenmiştir. Vergi Usul Kanunu'nda Kaçakçı-

lık konularında, mevzuat ve yüksek mahkeme kararları ile uygulamaya yönelik kaleme alınan bu eseri, tüm hukukçulara tavsiye ederiz.



Mehmet KAYHAN
Katma Değer Vergisi Kanunda Kaçakçılık
Ağustos 2008.

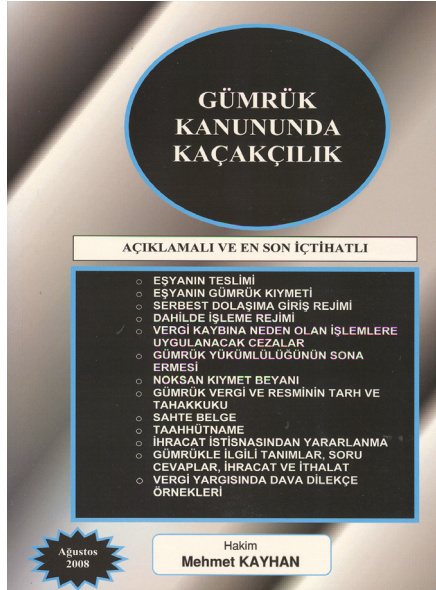
Eserde, defter ve belgelerin incelemeye ibraz edilmemesi, aramada ele geçirilen el defteri ve belgelerin yasal defterleriyle karşılaştırılması, faturanın miktar ve tutarlarında tahrifat yapmak, vergiden vergi alınması, Mükerrer vergilendirme, devir - Birleşme - İstisna Pişmanlık ve ıslah, İspat yükü, üreticiden yapıldığı alımları tüccardan alınmış gibi göstererek haksız kama değer vergisi indirimi uygulamak, ihracatçı firma-

dan tahsil edilen ve tedarikçi firmalara mal satan alt firmalar tarafından hazineye intikal ettirilmeyen katma değer vergilerinin yükümlü şirkete iadesi, borcundan dolayı bankalar-daki hesabına konan ihtiyati haczin kaldırılması, bağışlanan kurban derilerinin parya çevrilmesinden elde edilen kazanç, konut yapı kooperatiflerinin müteahhitlere yaptıracakları inşaat işleri için katma değer vergisi ödeyip ödememeleri, yıl sonuna devreden stok mahsule isabet eden katma değer vergisinin iadesi, müşteri ve müteselsil sorumluluktan dolayı yeminli mali müşavirin mallarına uygulanan ihtiyati haciz işlemi, tek başına şirketi temsile yetkisi bulunmayan şirket ortağı tarafından verilen vekaletnameyle açılan dava gibi başlıklar incelenmiştir. Katma Değer Vergisi Kanunu'nda Kaçakçılık konularında, mevzuat ve yüksek mahkeme kararlarına yer verilen bu eseri, tüm hukuk uygulamacılarına tavsiye ederiz.

Mehmet KAYHAN
Yürütmeyi Durdurma (İdari Davalarda)
2. Baskı, Temmuz 2008.

Uygulamaya yönelik olarak kaleme alınan kitap, idari davalarda yürütmenin durdurulması, kararların hukuki etkisi ve tazmin sonuçlarını, temyiz veya itiraz istemlerinde yürütmenin durdurulması konusundaki

mevzuata ve içtihatlarla yer vermiştir. İdari yargı konusunda, uygulamacılara yararlı olacak yüksek mahkeme kararlarını içeren bu kitabı tüm hukukçulara öneririz.



Mehmet KAYHAN
Gümrük Kanunda Kaçakçılık
Ağustos 2008.

Hayali ihracat, sahte uygunluk belgesi kullanılarak paravan firmalar aracılığıyla ithalat, TIR muhteviyatı eşyanın sahte belge düzenlenmek suretiyle yurt dışına çıkarılmış gibi gösterilerek Türkiye'de bırakılması, tedarikçi ile ihracatçı firma arasında çek, bono, poliçe veya çeşitli bankacılık hizmetleri bulunmadan alımların nakit olarak ödenmesi, giriş gümrük müdürlüğünde tescilli transit beyanamesi kapsamı eşyaların kara mani-

festoları ile yurt dışı edilmek üzere sevk edildiği halde, yurt dışı edilme-
mesi, haksız olarak ödenen ihracatta
vergi iadelerinin geri alınmasında
zamanaşımı ve kanuni temsilcilerin
sorumluluğu, şirketten tahsil imkânı
kalmadığından bahisle şirket ortağı
olan davacı adına düzenlenen ödeme
emri, ithal lisansının üçüncü kişilere
devredilmesi veya verilen taahhütna-
melere aykırı davranılması, noksan
kıymet beyanı, ithal edilen eşyanın
kıymetinin düşük bulunması üzerine,
gümrüğünce daha önce işlem gören
aynı tip, marka ve modelden en yük-
sek kıymeti olanının emsal alınarak
fark çıkarılması, ihraç kaydıyla mal
teslimlerinden doğan kur farkı geliri,
yatırım teşvik belgesinin iptal edil-
mesi sebebiyle alınmayan veya in-
dirim konusu yapılan vergi, resim ve
harçların geri alınması, gibi başlık-
ların incelendiği bu eserde, Gümrük
Kanunu'nda Kaçakçılık konularında,
mevzuat ve yüksek mahkeme karar-
larına yer verilmiştir. Bu eseri, bütün
uygulamacılara tavsiye ederiz.

Donna GOMIEN
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
El Kitabı

Çevirenler: Serkan CENGİZ –
Utku KILINÇ

İzmir Barosu Yayınları,
Ağustos 2008.

Bu eser, Avrupa İnsan Hakları
Sözleşmesi'nden kaynaklanan mah-
keme içtihatları, sözleşme hüküm-



leri uyarınca bir bireysel başvuruyu
ele alan Avrupa İnsan Hakları Mah-
kemesi tarafından takip edilen usul,
bir denetim organı olarak Avrupa
Konseyi Bakanlar Komitesi ile yine
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne
etkinlik kazandıran Avrupa Konseyi
Genel Sekreterliği'nin rolleri, genel
bir özet olarak sunulmuştur. Özet ola-
rak hazırlanan bu eserde, en önemli
ve en güncel kararlar ele alınmıştır.
Eserde, uygulamaya ilişkin usulü ele
alan bölümler devlet başvurularına
değil temel olarak bireylerce yapılan
başvurulara odaklanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahke-
mesi'ne yapılan bireysel başvurulara
ilişkin olarak uygulamaya yönelik
kaleme alınan bu eseri, bütün hukuk-
çulara tavsiye ederiz.