



**ERCIYES ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**CİLT: III**

**SAYI: 2**

**YIL: 2008**

**Aralık – 2008  
KAYSERİ**

## **SAHİBİ**

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına  
Prof. Dr. İsmail KAYAR

## **SORUMLU MÜDÜR**

İzzet DURGUT

<b><u>HABERLEŞME ADRESİ</u></b> ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ 38039 / <b>MELİKGAZI- KAYSERİ</b>	<b><u>TLF</u></b> : +90 352 438 06 61 437 49 01 / 38000 <b><u>FAKS</u></b> : +90 352 438 06 62 <b><u>E-MAİL</u></b> : <a href="mailto:hukukdergisi@erciyes.edu.tr">hukukdergisi@erciyes.edu.tr</a>
--	---

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki kez  
yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir;  
Fakülteyi bağlamaz.

## YAYIN İLKELERİ

---

1. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Temmuz ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanır. Yayımlanması istenen makalelerin Haziran ayında çıkan sayı için 31 Mayıs; Aralık ayında çıkan sayı için 30 Kasım tarihine kadar Fakültemize teslim edilmesi gerekir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir. Çevirilerin yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile birlikte gönderilmesi şarttır.
3. Çalışmalar, editörlüğe bir nüsha çıktı ile beraber cd veya e-posta yollarından biriyle gönderilmelidir. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidir.
4. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar azami 9000 sözcük olmalıdır. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 97 ve üstü bir versiyonda yazılmış ve sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üstten 6 cm., alttan 5 cm., sağ ve soldan 4,5 cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergiye gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programındaki otomatik başlıklandırmalar kullanılmamalıdır.
5. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar hakem ya da hakemlere gönderilir. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakemin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayımlanır. Hakemden "düzeltmesi kaydıyla yayınlanabilir" şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakem raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur. Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.
6. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
7. Dergide yayımlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayımlanır.

## **DANIŞMA KURULU**

---

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK  
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Süheyl BATUM  
Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT  
Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Erdal ONAR  
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK  
Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Medeni Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Ömer TEOMAN  
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL  
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY  
Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM  
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## YAYIN KOMİSYONU

---

Prof. Dr. İsmail KAYAR  
Doç. Dr. Murat ŞEN  
Doç. Dr. Yavuz KAPLAN  
Yrd. Doç. Dr. Hayrettin EREN  
Yrd. Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN  
Yrd. Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ  
Arş. Gör. Gülden ŞİŞMAN

## EDİTÖRLER

---

Doç. Dr. Murat ŞEN  
Yrd. Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN      Yrd. Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ

## DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI

---

Prof. Dr. İsmail KAYAR, Doç. Dr. Ayşe BOZTOSUN, Doç. Dr. Yusuf BÜYÜKAY, Doç. Dr. Murat DOĞAN, Doç. Dr. Yavuz KAPLAN, Doç. Dr. Murat ŞEN, Yrd. Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL, Yrd. Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN, Yrd. Doç. Dr. Hayrettin EREN, Yrd. Doç. Cengiz GÜL, Yrd. Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ, Öğr. Gör. Dr. Şükran EKECİK, Öğr. Gör. Ömer ÇELEN, Öğr. Gör. Akın ÜNAL, Arş. Gör. Ahmet Hulusi AKKAŞ, Arş. Gör. Gündüz Alp ASLAN, Arş. Gör. Harun BODUR, Arş. Gör. Özlem İLBASMIŞ, Arş. Gör. Musa İYİLER, Arş. Gör. Akif KARACA, Arş. Gör. Aslı NANECİ, Arş. Gör. Abdullah Sacid ÖRENGÜL, Arş. Gör. Gökhan ŞAHAN, Arş. Gör. Gülden ŞİŞMAN.

# TEŞEKKÜR

## DERGİMİZİN

C. II, S. 1-2; C. II, S. 3-4

C. III, S. 1, C. III, S. 2

**BASILARINDA HAKEM OLARAK KATKIDA BULUNAN  
AŞAĞIDA İSİMLERİ YAZILI SAYIN HOCALARIMIZA  
TEŞEKKÜR EDİYORUZ\* ...**

Prof. Dr. Şahin AKINCI  
Prof. Dr. Sevgi Gül AKYILMAZ  
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK  
Prof. Dr. Mustafa AVCI  
Prof. Dr. Ahmet BATTAL  
Prof. Dr. F. Nur CENTEL  
Prof. Dr. Vahit DOĞAN  
Prof. Dr. Kemal GÖZLER  
Prof. Dr. Hakan HAKERİ  
Prof. Dr. Arslan KAYA  
Prof. Dr. İsmail KAYAR  
Prof. Dr. Günseli ÖZTEKİN GELGEL  
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER  
Prof. Dr. Hasan TUNÇ  
Prof. Dr. Mehmet TURHAN  
Prof. Dr. Samim ÜNAN  
Prof. Dr. Billur Serap YALTI  
Doç. Dr. Kadriye BAKIRCI  
Doç. Dr. Ali Şafak BALI  
Doç. Dr. Veysel BAŞPINAR

Doç. Dr. Cem BAYGIN  
Doç. Dr. Mehmet Emin BİLGE  
Doç. Dr. Ayşe BOZTOSUN  
Doç. Dr. Nihat BULUT  
Doç. Dr. Yusuf BÜYÜKAY  
Doç. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN  
Doç. Dr. Seyithan DELİDUMAN  
Doç. Dr. Murat DOĞAN  
Doç. Dr. İbrahim ERCAN  
Doç. Dr. Yavuz KAPLAN  
Doç. Dr. Mahmut KOCA  
Doç. Dr. Gülriz UYGUR  
Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ  
Doç. Dr. Emine YAZICIOĞLU  
Doç. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM  
Yrd. Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN  
Yrd. Doç. Dr. Hayrettin EREN  
Yrd. Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ  
Yrd. Doç. Dr. Sevtap METİN

---

\* Sıralama unvan ve soyadı esas alınarak yapılmıştır.

# İÇİNDEKİLER

## KAMU HUKUKU

**Doç. Dr. Faruk BİLİR / Dr. Murat AKSAN**

Siyasi Partilerin Kapatılması ..... 3-43

**Yrd. Doç. Dr. İbrahim DÜLGER**

Genital Muayene Suçu (TCK. Madde 287) ..... 45-70

**Yrd. Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ / Öğr. Gör. Fatih BİRTEK**

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. Maddesi Kapsamında  
Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi ..... 71-117

**Dr. Nuran KOYUNCU**

İslamiyet'in Teokratik Bir Devlet Düzeni Öngörüp Öngörmediği  
Üzerine Düşünceler ..... 119-129

**Dr. Bülent YAVUZ**

Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçilmesinin Hükümet  
Sistemine Etkisi ..... 131-163

**Öğr. Gör. Tarık SÖYLEMİŞ**

Terörün Finansmanı Ve Türkiye'nin Ulusal Ve Uluslararası  
Yükümlülükleri ..... 165-200

**Sinan ÇINAR**

Görevsiz Adli Yargı Yerine Başvurulması Üzerine İdari Dava  
Açma Süresi Sorunu ..... 201-214

**Ece BAŞARAN**

Evrensel Ceza Yargılaması..... 215-248

## **ÖZEL HUKUK**

**Prof. Dr. İsmail KAYAR**

AO ve Kooperatiflerde Genel Kurul Toplantı ve Karar Yetersayılarına Uyulmamasının Sonuçları ve İptal Kararının Etkileri..... 251-262

**Yrd. Doç. Dr. Hakan ACAR**

Türk Hukuku'nda Sözleşmedeki Haksız Şartlar..... 263-289

**Yrd. Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL**

Eşya Taşımalarında Taşıyıcı Yardımcısı Kavramı ve Yardımcıların Taşıyıcının Sorumluluğuna Etkisi..... 291-332

**Yrd. Doç. Dr. Mehmet ALTUNKAYA**

Taksitle Satımda Alıcının Temerrüdü Halinde Satıcının Seçimlik Hakları..... 333-360

**Yrd. Doç. Dr. Mustafa İsmail KAYA**

Limited Ortaklıkta Esas Sermaye Payı Devri Ve Devir Borcunu Doğuran İşlemlerde Tarafların İmzalarının Noter Tarafından Onaylanması Zorunluluğu..... 361-376

**Dr. Ferhat CANBOLAT**

Kefilin Savunma İmkânlarının Borçlar Kanunu'nda Düzenleşme Şekli ve Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yenilikler..... 377-402

**Dr. Gökçen TOPUZ**

Marka Hacı ve Paraya Çevrilmesi..... 403-417

**Dr. Seçkin TOPUZ**

Miras Açıldıktan Sonra Miras Hisselinin Devri Sözleşmesinin  
Konusu Şekli ve Etkisi..... 419-429

**Öğr. Gör. Emre CUMALIOĞLU**

Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Bakımından  
Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi..... 431-448

# CONTENTS

## PUBLIC LAW

**Assoc. Prof. Dr. Faruk BİLİR/Dr. Murat AKSAN**

Dissolution of Political Parties ..... 3-43

**Assist. Prof. Dr. İbrahim DÜLGER**

The Crime of Genital Examination (Turkish Criminal Code Article 287) ..... 45-70

**Assist. Prof. Dr. Kasım KARAGÖZ/ Teaching Asst. Fatih BİRTEK**

The Supervision of Communication Conducted via Telecommunication Within the Scope of Article 8 of the European Human Rights Convention ..... 71-117

**Dr. Nuran KOYUNCU**

Reflections on whether Islam Anticipates a Theocratic State Regime ..... 119-129

**Dr. Bülent YAVUZ**

The Impact of the Election of the President by the Public on the Governmental System..... 131-163

**Teaching Asst. Tarık SÖYLEMİŞ**

Financing Terror and Turkey's National and International Obligations ..... 165-200

**Sinan ÇINAR**

The Problem of the Limitation Period for Bringing an Administrative Suit upon Filing a Suit with the Judicial Court Lacking Jurisdiction..... 201-214

**Ece BAŞARAN**

Universal Criminal Jurisdiction ..... 215-248

## **PRIVATE LAW**

**Prof. Dr. İsmail KAYAR**

The Effects of not Meeting Quorum and The Decision Quorum in General Shareholders' Meeting in Joint Stock Companies And Cooperatives and The Effects of The Cancellation of The Decisions ..... 251-262

**Asst. Prof. Dr. Hakan ACAR**

Unfair Contract Terms in Turkish Law ..... 263-289

**Asst. Prof. Dr. Burak ADIGÜZEL**

The Concept of “Helper Carrier” in the Transportation of Goods and the Impact of the Helper on the Liability of the Carrier ..... 291-332

**Asst. Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA**

Taksitle Satımda Alıcının Temerrüdü Halinde Satıcının Seçimlik Hakları ..... 333-360

**Asst. Prof. Dr. Mustafa İsmail KAYA**

The notarial certification of the resignation of limited company share of businnes ..... 361-376

**Dr. Ferhat CANBOLAT**

The Stipulation of the Exceptions that may be Raised by the Surety in the Code of Obligations and the Novel Provisions Envisaged in the Draft Code of Obligations ..... 377-402

**Dr. Gökçen TOPUZ**

The Sequestration and Liquidation of Trademarks ..... 403-417

**Dr. Seçkin TOPUZ**

The Subject, Form and Effect of the Inheritance Share Transfer  
Contract After the Inheritance is Opened..... 419-429

**Teaching Asst. Emre CUMALIOĞLU**

The Exclusive Jurisdiction of Turkish Courts as regards the  
Recognition and Enforcement of Foreign Court Judgments ..... 431-448

# Kamu Hukuku

---

# SİYASİ PARTİLERİN KAPATILMASI

*Doç. Dr. Faruk BİLİR\*/ Dr. Murat AKSAN\*\**

## GİRİŞ

Demokratik rejimin vazgeçilmez unsurları olarak kabul edilen siyasi partilerin serbest bir biçimde faaliyette bulunabilmeleri ve fonksiyonlarını yerine getirebilmeleri açısından birtakım hukuki güvencelere kavuşturulmaları gerekir. 1982 Anayasası getirdiği birtakım hükümlerle bu güvenceleri sağlamaya çalışmıştır. Anayasaya göre, siyasi partiler, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır. Siyasî partiler önceden izin almadan kurulurlar ve Anayasa ve kanun hükümleri içerisinde faaliyetlerini sürdürürler. Siyasî partilerin kapatılmasının, herhangi bir mahkemeye değil, Anayasanın üstünlüğünün koruyucusu ve teminatı olan Anayasa Mahkemesine verilmiş olması siyasi partilere güvence sağlayan bir düzenlemedir. Ayrıca, Anayasada parti kapatma nedenlerinin sınırlı olarak sayılması ile birlikte bu güvence pekiştirilmiştir.

Siyasî partilerin serbestçe faaliyette bulunması kural olmakla birlikte, demokratik rejimin gereği gibi işleyebilmesi için, siyasi partilere birtakım sınırlamalar getirilebilir<sup>2</sup>. Ancak bu sınırlamaların orantılı olması ve amacı-

---

\* S. Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

\*\* S. Ü. Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi.

2 “Demokratik rejimin olmazsa olmaz ön koşulu sayılmaları nedeniyle siyasî partiler Anayasa’da özel olarak düzenlenmiş, 68. maddenin ikinci fıkrasında, siyasî partilerin demokratik siyasî hayatın vazgeçilmez unsurları oldukları; üçüncü fıkrasında da siyasî partilerin önceden izin almadan kurulacakları ve Anayasa ve kanun hükümleri içerisinde faaliyetlerini sürdürecekleri belirtilmiştir. Böylece, siyasî partilerin diğer tüzelkişilerden farklı olarak kuruluş ve faaliyetlerine ilişkin esaslar Anayasal güvenceye kavuşturulmuş, kapatılmalarına yol açabilecek nedenler ise Anayasa’nın 14. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasını engelleyen düzenleme de gözetilerek tek tek sayılmış, yasa koyucuya bunların dışında düzenleme yapmaya elverişli bir alan bırakılmamıştır. Belirtilen düzenlemelerle Anayasa koyucu siyasî partilerin varlıklarını sürdürmelerini esas alıp, kapatılmalarını ise ayrık durumlara sınırlı tutarak, öncelikle demokratik rejimin, sağlıklı biçimde yaşatılmasını amaçlamış, ancak korunması gereğini de göz ardı

na uygun olması da gerekir. Siyasi partilere, yasaklama gibi ağır bir yaptırım uygulanırken iki kategori neden belirleyici olmaktadır. Bunlardan birincisi, birçok ülke kendi varlıklarını tehlikeye düşüren siyasi partilere karşı korunmayı zorunlu görmektedir. İkincisi ise, daha çok ifade özgürlüğü çerçevesinde siyasi partilere uygulanan yaptırımda liberal yorum yönünde gözlenen evrimdir. Bu ikinci durumda partiler, ifade özgürlüğünden çok faaliyet ve eylemleri sebebiyle yaptırıma tabi tutulmaktadır<sup>3</sup>.

1982 Anayasasıyla partilerin serbestçe faaliyette bulunmaları istisnasız olarak kabul edilmemiş ve çeşitli sınırlamalar getirilmiştir. Anayasanın 68. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, “Siyasî partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve lâik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez”.

Anayasada siyasi partilerin amaçlarına ilişkin yasaklar yer aldığı gibi, siyasal partilerin örgütlenme ve çalışmalarına ilişkin yasaklar yer almıştır. Buna göre:

- Hakimler ve savcılar Sayıştay dahil yüksek yargı organları mensupları kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri Silahlı Kuvvetler mensupları ile yüksek öğretim öncesi öğrencileri siyasi partilere üye olamazlar.

- Siyasi partilerin faaliyetleri parti içi düzenlemeleri ve çalışmalarını demokrasi ilkelerine uygun olur. Bu ilkelerin uygulanması kanunla düzenlenir.

- Siyasi partiler ticari faaliyetlere girişemezler.

- Siyasi partilerin gelir ve giderleri amaçlarına uygun olması gerekir bu kuralın uygulanması kanunla düzenlenir. Denetim Anayasa Mahkemesi’nce yapılır. Bu görev yerine getirilirken Sayıştay’dan yardım sağlar. Denetim sonunda verilen karar kesindir.

- Temelli kapatılan parti bir başka ad altında kurulamaz.

- Bir siyasî partinin temelli kapatılmasına beyan veya faaliyetleriyle se-

---

etmemiştir”. AYM, E: 2002/1 (Siyasî Parti Kapatma), K: 2008/1, k. t: 29.1.2008, Resmi Gazete: 01.07.2008/ 26923.

<sup>3</sup> KABOĞLU, İbrahim, “İfade Özgürlüğünün Siyasi Partilerce Kullanımının Sınırları”, Anayasa Yargısı 16, Ankara 1999, s. 78- 79.

bep olan kurucuları dahil üyeleri, Anayasa Mahkemesinin temelli kapatmaya ilişkin kesin kararının Resmî Gazetede gerekçeli olarak yayımlanmasından başlayarak beş yıl süreyle bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve deneticisi olamazlar.

- Yabancı devletlerden uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyruğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım alan siyasi partiler temelli kapatılır.

1995'te<sup>4</sup> yapılan anayasa değişiklikleri ile siyasi partilerin örgütlenme ve çalışmalarına ilişkin yasaklar oldukça hafifletilmiştir. Kaldırılan yasaklar:

- Siyasi partilerin yurtdışında teşkilatlanıp faaliyette bulunmaları,
- Kadın, gençlik kolu ve benzeri yan kuruluşlar meydana getirmeleri,
- Vakıf kurmaları,

- Kendi siyasetlerini yürütmek ve güçlendirmek için dernek, sendika vakıf kooperatif ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları ile siyasi işbirliği ve ilişki içinde bulunmaları ve bunlardan maddi yardım almalarıdır.

Ayrıca, 1995 Değişikliği ile Anayasada odak olma kriteri düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, "Bir siyasî partinin 68'inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerinden ötürü temelli kapatılmasına, ancak, onun bu nitelikteki fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesi'nce tespit edilmesi halinde karar verilir".

Yine Anayasada 2001<sup>5</sup> yılında yapılan değişikliklerle, siyasi partilerin kapatılmasının güçleştirilmesi istenmiştir. Bu değişikliklerle, bir siyasi partinin Anayasaya aykırı eylemlerin odağı haline gelme durumu tanımlanmıştır. Başka bir ifadeyle odak haline gelme durumunun şartlarının neler olacağı bizzat Anayasada düzenlenmiştir. Yapılan bu değişikliklerle, Anayasa Mahkemesinin, temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasî partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verebileceği düzenlenmiştir. Anayasanın 149. maddesinde yapılan değişiklikle de, siyasî parti davalarında kapatılmaya karar verebilmesi için beşte üç oy çokluğu şartı getirilmiştir.

1995 ve 2001 yılında yapılan değişiklikleri parti kapatma açısından birlikte değerlendirdiğimizde şunları söylemek mümkündür. Bu değişikliklerle

<sup>4</sup> Kanun No:4121, Kabul Tarihi:23.7.1995, Resmi Gazete: 26.7.1995, Sayı:22355.

<sup>5</sup> Kanun No:4709, Kabul Tarihi:3.10.2001, Resmi Gazete: 17.10.2001, Sayı:24556 (Mükerrer).

Anayasa Mahkemesinin parti kapatma kararı vermesi, bir takım ek kriterler getirilerek zorlaştırılmaya çalışılmıştır<sup>6</sup>. Anayasada parti kapatma nedenleri sınırlı olarak düzenlenmiştir. Anayasa öngörülen kapatma nedenleri dışında kanunla kapatma nedenleri oluşturulamaz<sup>7</sup>. Anayasaya göre bir siyasi partinin kapatılabilmesi için üç neden öngörülmüştür. Bunlardan birincisi bir partinin tüzüğü ve programı Anayasanın 68. maddesinin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı bulunursa o parti hakkında temelli kapatma kararı verilebilir. İkincisi, bir siyasi partinin Anayasanın 68. maddesinin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerinden ötürü temelli kapatılmasına, ancak, onun bu nitelikte fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespit edilmesi halinde karar verilebilir. Üçüncü kapatma nedeni ise, bir siyasi partinin yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyruğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım almasıdır<sup>8</sup>.

Yine bu değişikliklere baktığımızda, Anayasa kapatma dışında yeni bir yaptırım öngörmüştür. Anayasa Mahkemesi, bir siyasi partinin yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyruğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım alması sebebi dışındaki nedenler için, temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasi partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verebilir. Anayasa Mahkemesine bu konuda bir takdir yetkisi tanındığını söyleyebiliriz.

Anayasa değişikliklerinden sonra, Siyasi Partiler Kanununda da 1999<sup>9</sup>, 2002<sup>10</sup> ve 2003<sup>11</sup> yıllarında bazı değişiklikler yapılmıştır. Anayasa da ve Siyasi Partiler Kanununda yapılan bu değişikliklerden sonra, Siyasi Partiler Kanununda düzenlenen birçok parti kapatma nedeni Anayasaya aykırı hale gelmiştir. Bunun dışında bazı kapatma nedenleri de Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılma nedeni olarak düzenlenmiştir.

<sup>6</sup> GÖZLER, Kemal, "Parti Kapatmanın Kriteri Ne? Parti Kapatmaya Karşı Anayasa Değişikliği Çözüm mü?", [www.anayasa.gen.tr/parti-kapatma.htm](http://www.anayasa.gen.tr/parti-kapatma.htm), (Erişim Tarihi: 02.06.2008).

<sup>7</sup> TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, İstanbul 2003, s. 327; SAĞLAM, Fazıl, *Siyasi Partiler Hukukunun Güncel Sorunları*, İstanbul 1999, s. 108; SABUNCU, s. 128; ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, "Siyasal Partiler ve Sivil Toplum Örgütleri", *Anayasa Yargısı* 16, Ankara 1999, s. 105.

<sup>8</sup> SABUNCU, Yavuz, *Anayasaya Giriş*, Ankara 2005, s. 127.

<sup>9</sup> Kanun No:4445, Kabul Tarihi:12.8.1999, Resmi Gazete: 14.8.1999, Sayı:23786.

<sup>10</sup> Kanun No:4748, Kabul Tarihi:26.3.2002, Resmi Gazete: 9.4.2002, Sayı:24721.

<sup>11</sup> Kanun No:4778, Kabul Tarihi:2.1.2003, Resmi Gazete: 11.1.2003, Sayı:24990.

## I- SİYASİ PARTİLERİN KAPATILMASI

Anayasaya göre siyasi partilerin kapatılması Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının açacağı dava üzerine Anayasa Mahkemesince kesin olarak karara bağlanır. Bununla siyasi partilerin kapatılması herhangi bir mahkemeye değil Anayasanın üstünlüğünün koruyucusu ve teminatı olan bir yüksek yargı organına verilmiştir. Bu hükmü, siyasi partilere güvence sağlayan bir hüküm olarak kabul etmek gerekir<sup>12</sup>. Yine bu hükmü, parti kapatma gibi siyasi niteliğe sahip bir davanın yargısal bir makam olan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından açılması ve yürütülmesini de adil ve tarafsız yargılama ilkesi açısından önemli saymak lazımdır<sup>13</sup>. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı siyasal parti kapatılması davasını ya re'sen veya Bakanlar Kurulu kararı üzerine Adalet Bakanının istemiyle yahut bir başka siyasal partinin istemi üzerine açar. Bir siyasi partinin Cumhuriyet Başsavcılığından dava açılmasını isteyebilmesi için, şu özellikleri taşıması gerekir:

1-Son milletvekili seçimlerine katılmış olması

2-TBMM'de grubu bulunmalı

3-İlk büyük kongresini yapmış olması

4-Dava açılması partinin merkez karar ve yönetim kurulunun üye tamsayısının salt çoğunluğu ile istenmiş olması

5-Parti genel başkanının bu isteği Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına yazılı olarak sunmalı.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı yeterli delil bulunamadığı kanısına varırsa dava açmaz (SPK, md. 100/3). Dava açmama kararına karşı Adalet Bakanı veya siyasal parti otuz gün içinde Siyasi Partilerle İlgili Yasakları İnceleme Kuruluna itiraz edebilir (SPK, md. 100/4). Kurul, itirazı ivedilikle en geç otuz gün içinde inceler Bu kurulun vermiş olduğu kararlar kesindir. Bu kurul, Yargıtay ceza daireleri başkanlarından kurulur. Bunların en kıdemlisi Kurulun Başkanıdır. Daire başkanlarının özürleri halinde dairenin en kıdemli üyesi Kurula katılır. Kurul üye tamsayısı ile toplanır. Karar yeter sayısı, üye tamsayısının salt çoğunluğudur. İtiraz haklı görülmezse dava açılmaz; haklı görülürse Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Anayasa Mahkemesine dava açmakla yükümlüdür (SPK, md. 100/5). Ancak Bakanlar Kurulu kararı üzerine Adalet Bakanı ve bir siyasî parti milletvekili genel seçimi-

<sup>12</sup> ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2002, s. 94.

<sup>13</sup> AKARTÜRK, Ali Ekrem, Avrupa Hukukuna Uyum Süreci Açısından Türk Hukukunda Siyasal Parti Yasakları, İstanbul 2008, s. 226; KOÇAK, s. 162.

le, bu seçimin yenilenmesine veya milletvekili ara seçimlerine dair verilen kararın Resmi Gazetede yayımlandığı tarihten başlayarak oy verme gününün ertesi gününe kadar geçecek süre içinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısından bir siyasi parti hakkında dava açma isteğinde bulunamazlar (SPK, md. 100/6).

Parti kapatma davalarının hukuki niteliği konusunda Anayasa Mahkemesinin farklı kararları bulunmaktadır. Mahkeme Doğru Yol Partisinin kapatılması istemini incelediği kararında, açık ve kesin ifadeyle hukuksal olarak kapatma davasının ceza davası niteliğinde olduğunu kabul etmiştir<sup>14</sup>. “2820 sayılı Yasanın 96. ve 97. maddeleri bir takım eylemleri yasaklamakta, 101/b maddesi bu yasak eylemlerin belli kişi ya da kurullarca işlenmesi durumunda siyasi partinin kapatılacağını öngörmektedir. Başka bir anlatımla, 96. ve 97. maddelerde esas eylem, bunun yaptırımını da 101. maddede yer almaktadır. Bu haliyle, uygulanması istenilen maddeler birer ceza kuralı niteliğindedir. 101. maddede öngörülen siyasi partinin kapatılmasına ilişkin yaptırım Türk Ceza Kanunu’nun 11. maddesiyle belirlenen klasik cezalar arasında yer almaması, failin tüzel kişi olmasından kaynaklanmaktadır”. Yine davada uygulanacak usule ilişkin olarak “...22.4.1983 günlü, 2820 sayılı, Yasanın 98. ve hem de 10.11.1983 günlü, 2949 sayılı yasanın 33. maddeleri, siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davaların, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümleri uygulanmak suretiyle, dosya üzerinde inceleme yapılarak karara bağlanacağı...” belirtmektedir<sup>15</sup>. Bu kararda Anayasa Mahkemesi hem maddi ceza hukuku bakımından hem de ceza usul hukuku bakımından parti kapatma davasının bir ceza davası olduğunu ifade etmektedir<sup>16</sup>.

Oysa Mahkeme bir diğer kararında siyasi partilerin kapatılması davaları-

<sup>14</sup> CAN, Osman, Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s. 90; KOÇAK, Mustafa, Siyasal Partiler ve Türkiye’de Parti Yasakları, Ankara 2002, s. 160.

<sup>15</sup> Anayasa Mahkemesi, 28.9.1984 tarihli ve 1984/1 E, 1984/1 K Sayılı Kararı.

<sup>16</sup> DURMUŞ’a göre bir yanda iddia diğer yanda yargının olduğu yerde savunmanın olması kaçınılmaz olduğuna göre bu davalar birer ceza davası olup, Anayasa Mahkemesi siyasi partilerin kapatılması davasında 2949 sayılı kanun yeterli olmayacağından bütün ceza davalarında uygulanması zorunlu olan Ceza Yargılaması Usulü Hakkında Kanunu Uygulamak zorundadır. Buna göre siyasi partilerin kapatılması davalarında yargılama sonucunda verilen kararda tüm hüküm ve sonuçlarıyla ceza kararlarıdır, DURMUŞ, Arzu, Siyasal Partilerin Kapatılması ve Yüce Divan Kararlarını Yeniden Tartışmak, İstanbul 2001, s. 53-54.

nın sui generis (kendine özgü) davalar olduğu; ceza davalarında, Ceza Yargılaması Usulü Kanunu'nun uygulanmasının doğal olduğu; 2820 sayılı SPK m. 98 ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi Kuruluş ve Yargılama Usulleri Kanunu 33. maddede CMK'un uygulanmasının özellikle belirtilmesinin, siyasi partilerin kapatılması davalarının ceza davası olmadığını gösterdiği ifade edilmektedir. Mahkeme bu kararında yasa koyucunun davanın niteliğini ceza hukuku ilkelerine daha yakın görmesinin davayı klasik manada bir ceza davasına dönüştürmeyeceği, fakat durumun temel hak ve özgürlüklerle alakalı olması nedeniyle, yasaların yaptırım öngördüğü hallerde, yasak eylemlerin ve bunların karşılığı olan cezaların yasalar tarafından belirlenmesi gibi temel ölçütlerin değerlendirilmesinin anayasal bir gereklilik olduğu vurgulanmıştır<sup>17</sup>. Yine AİHM'deki bir dava esnasında Türk hükümeti savunmasında ceza yargısıyla anayasa yargısının tamamen farklı prosedürler olduğunu belirtmektedir<sup>18</sup>.

Anayasa Mahkemesinin bu kararından sonra parti kapatma davalarının ceza davası niteliğinde olmayan önleyici bir tedbir özelliği gösterdiğini söylemek mümkündür. Ayrıca, doktrinde belirtildiği gibi, bir ceza kavramı niteliğinden uzak bulunan odaklaşma kavramının Anayasanın 69. maddesine alınması, Anayasa koyucunun artık ceza davası anlayışından vazgeçtiğini göstermektedir<sup>19</sup>.

Belirtmek gerekir ki, parti kapatma davalarının ceza davası niteliğinde olmaması bu davalarda ceza hukuku güvencelerinin uygulanmaması sonucunu doğurmaz. Ceza hukuku güvenceleri, ancak siyasi parti kapatma davasının tedbir niteliğini ortadan kaldırma durumunda ve oranında devre dışı bırakılabilir. Başka bir ifadeyle siyasi parti davasının tedbir niteliği bir cezai güvencenin uygulanmasıyla ortadan kalkacaksa, bu cezai güvence uygulanmayabilir<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Anayasa Mahkemesi, 16.01.1998 tarihli ve 1997/1 E, 1998/1 K Sayılı Kararı; Ayrıca bkz. CAN, s. 90.

<sup>18</sup> Sosyalist Parti/Türkiye Davası 22.05.1998, başvuru no. (20/1997/804/1007); Koçak da kural olarak, bu davaların dosya üzerinden incelenip karara bağlanması, yargılama usulünün temelde Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkındaki kanunda düzenlenmiş olması CMUK'un sadece tamamlayıcı kural olarak uygulanması gerektiği düşünüldüğünde bu davaların bir ceza davası niteliğinde olamayacağını ifade etmektedir. KOÇAK, s. 161-162; Ayrıca bkz. AKARTÜRK, s. 230-231.

<sup>19</sup> CAN, s. 90; KOÇAK, s. 148; SAĞLAM, Siyasi Partiler, s. 137.

<sup>20</sup> CAN, s. 91.

Parti kapatma yaptırımının anayasal çerçevesi Anayasamızın 68. ve 69. maddesinde düzenlenmiştir. 69. maddeye göre “Bir siyasî partinin tüzüğü ve programının 68 inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı bulunması halinde temelli kapatma kararı verilir. Bir siyasî partinin 68 inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerinden ötürü temelli kapatılmasına, ancak, onun bu nitelikteki fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespit edilmesi halinde karar verilir. Bir siyasî parti, bu nitelikteki fiiller o partinin üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisindeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zımnen veya açıkça benimsendiği yahut bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarınca kararlılık içinde işlendiği takdirde, söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır.” Anayasa, Anayasada yer alan hukuksal değerlere aykırılığı gerek tüzük ve program gerekse eylemler açısından fark gözetilmeksizin parti kapatma nedeni olarak görmektedir. Aykırılığın, siyasi partinin kapatılmasına yol açması için, tüzük ve programda yer alan ifadelerin, madde hükmünde sayılan ilkelere açık bir aykırılık olması gerekir<sup>21</sup>.

Yine Siyasi Partiler Kanunu'nun 103. maddesinin 2. fıkrasının Anayasa Mahkemesi kararıyla iptalinin ardından “odak olma” durumunun tespiti tamamen Mahkemenin takdirine bırakılmıştır<sup>22</sup>. Refah partisi davasında ko-

<sup>21</sup> CAN, s. 93.

<sup>22</sup> Anayasa Mahkemesi, 09.01.1998 tarihli ve 1998/2 E, 1998/1 K Sayılı Kararı. Kararın sonuç kısmında iptalin gerekçesi “Anayasa'nın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında, ‘Siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, Devletin bağımsızlığına ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz. Suç işlenmesini teşvik edemez’ kuralına yer verilmiş, 69. maddesinin altıncı fıkrasında da, ‘Bir siyasi partinin 68 inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerinden ötürü temelli kapatılmasına, ancak, onun bu nitelikteki fiillerin işlendiği odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesi’nce tespit edilmesi halinde karar verilir’ denilmiştir. Anayasa'nın bu hükümleri ile Siyasi Partiler Yasası'nın 3270 sayılı Yasa ile değişik 103. maddesinin ilk fıkrasındaki ‘Bir siyasi partinin bu Kanunun 78 ila 88 ve 97 inci maddeleri hükümlerine aykırı fiillerin işlendiği bir mihrak haline geldiğinin sübuta ermesi halinde, o siyasi parti Anayasa Mahkemesince kapatılır’ biçimindeki kuralın ko-şut düzenleme içerdikleri görülmektedir. Ancak, 103. maddenin ikinci fıkrasında, 101.

nuya ilişkin bazı ölçütlere yer verildiği görülmektedir. Buna göre “kamu oyunu yoğun bir biçimde meşgul eden, süreklilik, yoğunluk ve kararlılık gösteren eylemlerin varlığı; partinin bunlara karşı sessiz kalması; davadan önce herhangi bir işlem yapmaması” gibi ölçütlerin getirildiği görülmektedir<sup>23</sup>. Buna göre siyasi partilerin sadece “program ve tüzüklerinin” Anayasa’nın 68/4 ve 69/6. maddelerinde yer alan kişiye ve zamana göre değişebilen, soyut nitelikteki yasaklara aykırı bulunması halinde, böyle bir durumun dahi kapatma nedeni olabileceği, hâlbuki siyasi partilerin toplumsal sorunlara farklı bakışlar içerebileceği, farklı çözüm ve öneriler getirebileceği ifade edilmektedir. Yine hareketin olmadığı bir yerde sadece program ya da tüzükten hareketle, bunların yorumlanması suretiyle bir suçun varlığına karar verilemeyeceği<sup>24</sup>, bu nedenle henüz siyasi alanda yerini almadan parti programında yer alan ifadelerden dolayı bir partinin kapatılmasından ötürü AİHM bir partiyi programıyla yargılamanın partinin amacını yargılama anlamına geldiğini belirtmiştir. Başka bir ifadeyle AİHM tek başına tüzük ve program nedeniyle kapatmanın demokratik bir toplumda zorunlu tedbir niteliğinde olamayacağına karar vermiştir<sup>25</sup>.

Bize göre de hem tüzük ve programı hem de eylemler açısından, 69 maddenin 5. ve 6. fıkraları uyarınca bir partinin kapatılması için, 68. maddede sayılan hukuksal değerlere herhangi bir aykırılık değil, temel esasları ile bir aykırılığın aranması ve bu aykırılığın açık olması ayrıca da 68. madde de sayılan hukuksal değerleri kaldırma amacının somut olması gerekir. Tüzük ve programı nedeniyle bir siyasi partinin kapatılmasına, ancak 68. maddede sayılan hukuksal değerlere temel esasları ile açık bir aykırılığın olması durumunda karar verilmelidir. Açıklığın, Anayasada sayılan hukuksal değerleri ortadan kaldırma amacını, eylemlerde somutlaşmaya gereksinim bırakmaya-

---

maddenin (d) bendine göndermede bulunularak birinci fıkradaki ‘mihrak haline gelme’ durumunun oluşması için öncelikle, parti üyelerinin bu fıkroda belirtilen söz ve eylemlerinden ötürü hüküm giymiş olmaları koşulunun aranması, 103. madde ile parti kapatma nedeni sayılan kimi yasak fiillerin Ceza Yasası’nda suç olmaktan çıkarılması nedeniyle yalnız 103. maddenin ilk fıkrasının uygulanmasını değil buna dayanak oluşturan Anayasa’nın 69. maddesinin altıncı fıkrasının da uygulanmasını olanaksız hale getirmiştir. Açıklanan nedenlerle 2820 sayılı Yasa’nın 103. maddesinin itiraz konusu ikinci fıkrası hükmü Anayasa’nın 69. maddesine aykırı olduğundan iptali gerekir.” şeklindedir.

<sup>23</sup> Anayasa Mahkemesi, 16.01.1998 tarihli ve 1997/1 E, 1998/1 K Sayılı Kararı.

<sup>24</sup> DURMUŞ, s. 60-61.

<sup>25</sup> TBK Partisi/Türkiye Davası Tarih 30.01.1998, başvuru no. 133/ 1996/ 752/951.

cak biçimde ortaya çıkarması gerekir. Bu açıklığın ortaya çıkmadığı durumlarda ise, eylemlerde somutlaşma aramak gerekir<sup>26</sup>.

Odaklaşma kavramı, 1961 Anayasası döneminde var olan 648 sayılı Siyasi Partiler Kanununda yer almıştır, 1982 anayasası döneminde ise 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununda 3270 sayılı Kanun ile kabul edilmiştir. Odak kavramı anayasaya ilk defa 1995 yılında yapılan değişikliklerle girmiştir. Anayasadaki bu yeni düzenlemeye göre artık, bir siyasi partinin 68.maddenin 4. fıkrasında sayılan hukuksal değerlere aykırı eylemlerinden ötürü temelli kapatılmasına, Anayasaya aykırı fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespit edilmesi durumunda karar verilecektir<sup>27</sup>. 2001 yılında Anayasada yapılan değişikliklerle odak olma kavramı anayasada tanımlanmıştır.

Yeni düzenlemeye göre, bir partinin Anayasanın 68. maddesinin 4. fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerinden dolayı temelli kapatılmasına, ancak onun bu nitelikteki eylemlerin işlendiği bir odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesi tarafından belirlenmesi şartı ile karar verilir. Siyasi partiler sayılan nitelikteki fiilleri o partinin üyelerince yoğun bir biçimde işlendiği ve bu olgunun partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya TBMM deki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zımnen veya açık bir şekilde benimsendiği veya bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarınca kararlılık içinde işlendiği takdirde, bahsi geçen fiillerin odağı haline gelmiş kabul edilir. Bu açıklamalardan sonra odaklaşma olgusunun şartlarını şöyle sıralayabiliriz: 1- Anayasanın 68. maddesinin 4. fıkrasında yer alan hukuksal değerleri ortadan kaldırma amacını taşıyan fiillerin var oluşu, 2- Bu sayılan fiillerin parti üyelerince yoğun bir şekilde işleniyor olması, 3- Bu durumun Anayasa 69. maddesinin 6. fıkrasında sayılan organlar tarafından açık veya kapalı olarak benimsenmesi, 4- Ya da bu fiillerin doğrudan doğruya anılan parti organlarınca kararlılık içinde işlenmesi<sup>28</sup>.

## II- DEVLET YARDIMINDAN KISMEN VEYA TAMAMEN YOKSUN BIRAKILMA

Anayasada 2001 yılında yapılan değişikliklerle, Anayasa Mahkemesinin, temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasi partinin devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar

26 CAN, s. 94-95.

27 CAN, s. 97.

28 CAN, s. 147-148.

verebileceği hükmü getirilmiştir. Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılma yaptırımı, kapatma yaptırımına göre daha hafif bir yaptırımdır. Yeni düzenleme, partilerin kapatılmasının ancak istisnai durumlarda ve son çare olarak düşünülmesi gerektiği konusundaki görüşlerle uyumludur<sup>29</sup>. Yapılan eylem ile uygulanan yaptırım arasında orantılılığı sağlamaya da elverişlidir. Bu yaptırımın sadece Devletten yardım alan partiler için uygulanacağı muhakkaktır. Çünkü, bütün partiler Devlet yardımından yararlanmamaktadır<sup>30</sup>. Dolayısıyla, bu yaptırımın bütün partilere uygulama imkanının olmaması, bu düzenlemenin, Anayasa da sayılan yasaklarla korunan kamu menfaatlerine yönelen tehlikeyi ortadan kaldırmak ve özgürlükçü demokratik düzeni korumak amacını gerçekleştirmeye elverişli bir araç veya tedbir olamayacağı düşünülebilir<sup>31</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, dava konusu fiillerin ağırlığına göre, Anayasa Mahkemesi, kapatma veya Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılma kararı verecektir. Yani bu konuda takdir yetkisi Anayasa Mahkemesine aittir. Anayasa sayılan yasakların, bir siyasi partinin eylemleri veya tüzük ve programı ile ihlali halinde, bu

29 Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğinin isteği üzerine Venedik Komisyonunca hazırlanan raporda şu görüşlere yer verilmiştir: "Siyasi partilerin yasaklanması ya da kapatılması, ancak partilerin anayasa ile güvence altına alınan hak ve özgürlükleri ortadan kaldıracak şekilde, demokratik anayasal düzeni yıkmak için şiddet kullanılmasını savunması ya da şiddeti politik bir araç olarak kullanması durumunda haklılaştırılabilir. Bir partinin anayasanın barışçıl yollarla değişmesini savunması, tek başına o partinin yasaklanması ya da kapatılması için yeterli gerekçe oluşturamaz. Partilerin yasaklanması ya da kapatılması önlemine çok istisnai durumlarda başvurulabilir. Hükümetler ya da devletin diğer organları, yetkili yargı organından, bir partinin yasaklanmasını ya da kapatılmasını istemeden önce, ülkenin durumunu dikkate alarak, söz konusu partinin özgür ve demokratik siyasal düzen için gerçek bir tehlike oluşturup oluşturmadığını, bu tehlikenin daha hafif önlemlerle engellenip engellenemeyeceğini değerlendirmelidirler." UYGUN, Oktay, "Siyasi Partilerin Kapatılması Rejiminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi", Anayasa Yargısı 17, Ankara 2000, s. 258- 259; TÜGİAD'ın Seçim ve Parti Yasaları Önerileri, <http://www.bianet.org/2002/07/11/haber11508.htm>.04.02.2005; TURHAN, Mehmet, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları", <http://www.abchukuk.com/makale/makale39.html>.19.09.2005.

30 Genel oy barajını aşan partiler dışında Devlet yardımından yararlanma, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde grubu bulunan siyasal partilere ve milletvekili genel seçimlerinde toplam geçerli oyların yüzde 7'sinden fazlasını almak şartına bağlanmıştır.

31 ÖDEN, Merih, Türk Anayasa Hukukunda Siyasi Partilerin Anayasaya Aykırı Eylemleri Nedeniyle Kapatılmaları, Ankara 2003, s. 93- 94.

ihlalin ağırlığı ile orantılı olarak bir yaptırım Anayasa Mahkemesi uygulayacaktır. Yani fiillerin ağırlığına göre, yaptırımı belirleyecektir. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi, Devlet yardımından yoksun bırakılma yaptırımına karar verirse, ilgili partinin bu yardımdan kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına da karar verecektir.

Bir siyasi partinin Devlet yardımından yoksun bırakılması, ilgili partinin yasak faaliyetlerini sürdürmesine engellemektedir. Yani, Anayasa Mahkemesinin, odak haline geldiğini tespit ettiği bir partinin aynı yöndeki eylemlerini sürdürme tehlikesi vardır. Bu sakıncalı yönüne ilave olarak yaptırımın bütün partilere uygulanamayacak olması da haklı olarak eleştirilmektedir<sup>32</sup>. Ancak yine de, Devlet yardımının partiler açısından taşıdığı önem düşünülürse bu yaptırımın etkili bir yaptırım olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü ilgili parti bu yaptırımla hem gelir kaybına hem de prestij kaybına uğrayacaktır<sup>33</sup>. Ayrıca Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımında, siyasi partilerin tekrar siyasal alanın içinde tutulması mümkün olacaktır<sup>34</sup>. Devlet yardımı almayan partiler içinde, yapılacak bir düzenleme ile, başka yaptırımlar öngörülebilir. Örneğin, para cezası, belirli bir süre siyasi faaliyetlerinin durdurulması gibi. Burada önemli olan partinin yaptığı faaliyetlerle yarattığı tehlike ile orantılı bir yaptırım olmasıdır.

Siyasi Partiler Kanununun 101. maddesine 2002 yılında 4748 sayılı kanunla eklenen hükme göre, Anayasa Mahkemesi, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasî partinin almakta olduğu son yıllık Devlet yardımı miktarının yarısından az olmamak kaydıyla, bu yardımdan kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına, yardımın tamamı ödenmişse aynı miktarın Hazineye iadesine karar verebilir hükmü getirilmiştir. Getirilen bu hükümlerle, siyasi partilerin bir yıl için aldıkları Devlet yardımından yoksun bırakılmalarını Devlet yardımından tamamen yoksun bırakma, bir yıl için aldıkları Devlet yardımının en az yarısına kadar olan bir kısmından yoksun bırakılmalarını da Devlet yardımından kısmen yoksun bırakma olarak tanımlamıştır<sup>35</sup>.

32 ÖDEN, s. 93- 94.

33 BULUT, Nihat, Siyasal Parti Yasakları Ve Son Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Odaklaşma Olgusunun Kriterleri, [www.jura.uni-sb.de/turkish/NBulut1.html](http://www.jura.uni-sb.de/turkish/NBulut1.html).07.06.2005.

34 HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, “2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Siyasal Parti Özgürlüğü Üzerindeki Etkileri”, Anayasa Yargısı 19, Ankara 2002, s. 563.

35 ÖDEN, s. 98.

### A- Siyasi Partilerin Kapatılması ve Devlet Yardımından Kısmen veya Tamamen Yoksun Bırakılma Nedenleri

Yukarıda belirttiğimiz gibi, Anayasamızda kapatma sebebi olarak, üç neden öngörülmüştür. Bu nedenler dışında, kanunla kapatma nedenleri öngörülemez. Çünkü, Anayasada kapatma nedenleri tahdidi olarak sayılmıştır. Bunlardan birincisi bir partinin tüzüğü ve programı Anayasanın 68. maddesinin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı bulunursa o parti hakkında temelli kapatma kararı verilebilir. İkincisi, bir siyasi partinin Anayasanın 68. maddesinin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerinden ötürü temelli kapatılmasına, ancak, onun bu nitelikte fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespit edilmesi halinde karar verilebilir. Üçüncü kapatma nedeni ise, bir siyasi partinin yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyruğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım almasıdır. Anayasanın siyasal partilerin kapatılmasında aradığı temel unsur, siyasi partinin Anayasanın 68. maddesinin 4. fıkrasında belirtilen hukuksal değerleri ortadan kaldırma amacıdır. Bu amaç tüzük ve programla ortaya çıkabileceği gibi, ortadan kaldırma amacı eylemler yoluyla da ortaya çıkabilir. Amacın eylemler yoluyla ortaya çıkması partinin bu eylemlerin işlendiği bir odak haline gelmesiyle mümkündür<sup>36</sup>.

Anayasada birtakım yasaklar öngörülmüş ancak bu yasaklara ilişkin herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Bu yasaklara örnek olarak, Siyasi partilere ilişkin ticari faaliyet yasağını ve temelli kapatılan partinin bir başka ad altında kurulamayacağına ilişkin yasağı verebiliriz. Bu durumda, kapatma nedenleri sınırlı olarak sayıldığına göre, bu yasaklar için kapatma yaptırımı uygulanamaz. Başka bir ifadeyle, Siyasi Partiler Kanunu, Anayasa yer almayan bir kapatma yaptırımı ihdas edemez. Siyasi Partiler Kanunu ancak bu yasakların somutlaştırılmasına ilişkin hükümler getirebilir<sup>37</sup>. Anayasada kapatma yaptırımı öngörülme-yen bütün nedenler için, Anayasa Mahkemesince, kapatma yaptırımı uygulanamayacağına ilişkin kuralın istisnaları olabilir mi? Yani, temelli kapatılan partinin bir başka ad altında kurulamayacağına ilişkin yasağa ilişkin kapatma yaptırımı veya başka bir yaptırım öngörülebilir mi? Bu yasağa ilişkin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılma yaptırımı uygulanamaz. Çünkü, Anayasanın öngördüğü yasak

<sup>36</sup> CAN, s. 146.

<sup>37</sup> ÖZBUDUN, Ergun, “Siyasi Partiler ve Seçim Kanunlarında Değişiklik Önerileri Sempozyumunda Sunulan Tebliğ”, in: Siyasi Partiler ve Seçim Kanunlarında Değişiklik Önerileri Sempozyumu, Ankara 2005 s. 36- 37.

ile bağdaşmadığı gibi, Anayasanın bu yasakla korumak istediği amacı da gerçekleştirebilecek nitelikte değildir. Anayasanın bu yasağı öngörmesinde ki amaç, daha önce kapatılan partilerin devamı niteliğindeki partilerin kurulmamasıdır. Oysaki, adından da anlaşılacağı gibi, Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılma yaptırımında, partilerin kurulması ve faaliyetlerine devam etmesine herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ayrıca, Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılma yaptırımının Anayasada öngörülen, bir partinin tüzüğü ve programının Anayasaya aykırı olması ve odak olma nedenleri için uygulanabileceği yapılan atıftan da anlaşılmaktadır<sup>38</sup>. Doktrinde belirtildiği gibi, bu yasağa ilişkin temelli kapatma yaptırımı yerine basit kapatma yaptırımı da uygulanamaz. Çünkü, ne Anayasada ne Siyasi Partiler Kanununda böyle bir ayırım öngörülmüştür. Her ne kadar Anayasanın 149. maddesinde, siyasî partilerin “temelli kapatılması” veya “kapatılmasına” ilişkin davalardan söz edilmekteyse de, bu maddenin böyle bir ayırma yer verdiği sonucu çıkarılamaz. Parti kapatma hangi şekilde olursa olsun partilerin hukuki varlığına son veren bir yaptırımdır. Bunun temelli kapatma veya basit kapatma gibi iki türünün olduğunu söylemek oldukça zordur<sup>39</sup>.

Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan bir partinin başka bir ad altında kurulması, Anayasa karşı hile oluşturacaktır. Anayasanın buna izin verdiğini kabul etmek mümkün değildir. Dolayısıyla bu şekilde kurulan partilerin kapatılabileceğini söylemek mümkündür. Ancak, yeni kurulan partinin, eskisinin devamı niteliğinde olduğunun kesin ve somut delillerle tespit edilmesi gerekir. Bunun içinde doktrinde belirtildiği gibi, “tüzük ve program benzerliği”, ya da “yönetici ve üye devamlılığı” gibi kriterler ötesinde, kapatılan partinin, kapatılmasına neden olan şartların varlığını gösteren delillerin aranması gerekmektedir<sup>40</sup>. Yani, kapatılan partinin devamı sayılan parti için, benzeri ya da farklı kapatma delilleri bulunmuşsa, ancak bu gerekçelerle

38 SABUNCU, s. 129- 130.

39 ÖZBUDUN, Değişiklik Önerileri, s. 38; TEZİÇ, Temelli kapatmada parti tüzel kişiliğinin hukukten sona erdiğini, basit kapatmada ise, partinin geçici bir süre için faaliyetinin askıya alınmasının düşünülebileceğini, bu yaptırımın partinin hukuki varlığına son vermemesi gerektiğini ifade ettikten sonra, Anayasa ve SPK’da partilerin geçici olarak belli bir süre için kapatılabileceğine ilişkin bir hüküm olmadığını vurgulamaktadır, TEZİÇ, s. 331.

40 SAĞLAM, Siyasi Partiler, s. 96-97; SABUNCU, s. 129.

kapatma kararının verilmesi gerekir<sup>41</sup>. Bizce de yeni partinin üyelerinin çoğunluğunun, kapatılan parti üyelerinden oluşması başlı başına bir kapatma sebebi olmamalıdır. Nitekim, 1995 Anayasa değişikliği ile bu anlama gelen hükmün ortadan kaldırılmış olması da bu görüşü doğrulamaktadır<sup>42</sup>. Bu yasak hükmü, tamamen soyut ve içeriği de belirginlikten uzaktır. Bu durum parti güvencesini zedeleyebilecek niteliktedir. Dolayısıyla, söz konusu yasağın Anayasadan ve kanundan çıkarılması gerekir<sup>43</sup>. Eğer bir parti, kapatılan bir partinin devamı niteliğinde ise bu partiye de Anayasadaki diğer parti kapatma nedenlerinin uygulanması gerekir. Bu yolla da, Anayasa koyucunun amacına ulaşılmış olacaktır. Başka bir ifadeyle, eylemi, söylemi veya örgütsel yapısıyla özünde, kapatılan bir siyasal partinin devamı niteliğinde olduğu Anayasa Mahkemesince saptanan partilerin kapatılması yoluna gidilmelidir<sup>44</sup>.

Siyasi partilerin ticari faaliyet yasağına ilişkin Anayasa da herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Bu yasağı ihlal eden siyasi partilerin kapatılmayacağını söylemek mümkündür. Çünkü, parti kapatma nedenleri Anayasada sınırlı olarak sayılmıştır. Yukarıda belirttiğimiz istisnai durumun bu yasağına ilişkin olarak uygulanması da mümkün görünmemektedir. Bu sorunun Siyasi Partiler Kanunu çerçevesinde çözülebileceğini söylemek mümkündür. Siyasi Partiler Kanununun 104. maddesine göre, “Bir siyasi partinin bu Kanunun 101 inci maddesi dışında kalan emredici hükümleriyle diğer kanunların siyasi partilerle ilgili emredici hükümlerine aykırılık halinde bulunması sebebiyle o parti aleyhine Anayasa Mahkemesine, Cumhuriyet Başsavcılığınca re’sen yazı ile başvurulur. Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükümlere aykırılık görürse bu aykırılığın giderilmesi için ilgili siyasî parti hakkında ihtar kararı

41 TANÖR, Bülent- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2002, s. 192; Anayasa Mahkemesi, Fazilet Partisi’nin, kapatılan Refah Partisi’nin bir başka ad altında kurulan partinin devamı olup olmadığını incelemiştir. Dolayısıyla Anayasa mahkemesi, Anayasanın 69. maddesinin sekizinci fıkrasında yer alan “Temelli kapatılan bir parti bir başka ad altında kurulamaz” hükmününün kapatma yaptırımını içerdiği görüşünü benimsemiştir. E. 1999/2 (Siyasi Parti Kapatma), K. 2001/2, k.t. 22.6.2001, AMKD; 37/2, s. 1469- 1470; TURHAN, Mehmet, “Anayasa Mahkemesi’nin Fazilet Partisi Kararı”, Liberal Düşünce, Yıl:7, Sayı:27, Yaz 2002, s. 32.

42 SAĞLAM, Fazıl, “Anayasa Hukukumuz Açısından Parti Kapatma Kurumunun Güncel Sorunları”, Anayasa Yargısı 14, Ankara 1997, s. 372.

43 KÜÇÜK, Adnan, Siyasi Partilere İlişkin Yasaklamalar, Ankara 2005, s. 332.

44 Bkz. Türkiye Barolar Birliği Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi(2007), m. 46.

verir. Bu yazının tebliği tarihinden itibaren altı ay içinde aykırılık giderilmediği takdirde, Cumhuriyet Başsavcılığı o siyasî partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılması için Anayasa Mahkemesine re`sen dava açabilir.” Bu hükümden de anlaşılacağı gibi, ticari faaliyet yasağına, siyasî partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılması yaptırımının uygulanabileceğini söyleyebiliriz. Çünkü, siyasi partilere ilişkin ticari faaliyet yasağı, Siyasi Partiler Kanununun 67. maddesinde de düzenlenmiştir.

Bu açıklamalardan sonra kapatma ve Devlet yardımından yoksun bırakma nedenlerini aşağıdaki başlıklar halinde sıralayabiliriz:

#### **1- Bir Siyasî Partinin Tüzüğü ve Programının Anayasanın 68. Maddesinin Dördüncü Fıkrası Hükümlerine Aykırı Bulunması**

Bir siyasî partinin tüzüğü ve programının Anayasanın 68. maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı bulunması halinde temelli kapatma veya ilgili siyasî partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verilir.

Belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesinin bir partiyi sadece tüzük ve programına bakarak kapatmaması gerekir. Program ve tüzük nedenleriyle kapatmalarda Anayasa Mahkemesinin yapması gereken kapatılması istenen partinin Anayasanın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında yazılı hükümlere aykırı bir “amaç güdüp gütmeye” bakmak olmalıdır. Bu amaç tüzük ve programda hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde anlaşabiliyorsa tek başına tüzük ve programa dayalı kapatma cezası uygulanabilir. Eğer bu amaç tüzük ve programdan açıkça anlaşılıyorsa, bu durumda eylemlerinden bu amacın varlığının saptanması gerekir<sup>45</sup>. Başka bir ifadeyle amacın belirlenmesinde partinin eylemlerinin incelemesi gerekir<sup>46</sup>. Yukarıda belirttiğimiz gibi, Anayasa düzenlenen değerleri ortadan kaldırma amacını eylemler yoluyla saptayabilmek, ancak partinin bu eylemlerin işlendiği bir odak haline gelmesiyle mümkündür. Bu belirlemede bir partinin yasak eylemlerin odağı haline gelme durumu da Anayasa koyucu tarafından tanımlanmıştır. Odaklaşma, eylemlerde belirlenen amacın partiye isnat edilebilirliği ile mümkündür<sup>47</sup>. Tüzük ve programın anayasaya aykırı olduğu durumlarda ilgili partiye

<sup>45</sup> CAN, s. 146.

<sup>46</sup> TURHAN, Mehmet, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları”, <http://www.abchukuk.com/makale/makale39.html>. 19.09.2005 .

<sup>47</sup> CAN, s. 147.

tüzük ve programını Anayasaya uygun hale getirme imkanının da tanınmasında yarar vardır<sup>48</sup>. Bu tür bir uygulama Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin konuya ilişkin içtihatları ile de uyum içinde olacaktır<sup>49</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye ile ilgili olarak 6 siyasi parti bakımından, parti kapatma yaptırımının orantısız olduğuna karar vermiştir<sup>50</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türkiye Birleşik Komünist Partisi Kararında<sup>51</sup>, ilgili partinin ilan ettiğinden gizli hedefler gütmüş olabileceğini, ancak partinin herhangi bir eylemi söz konusu olmaksızın sadece ifade özgürlüğünü kullanma aşamasında kapatıldığını, bu durumun ilgili partinin kapatılmasını gerektirmeyeceğine karar vermiştir<sup>52</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, eylemsiz parti kapatmanın söz konusu olamayacağına ilişkin düşüncenin istisnaları olabilir. Bu hallerde dahi kapatma kararından önce, henüz eyleme geçmemiş partilere, Anayasa aykırı tüzük ve programı düzeltme imkanın tanınması gerekir<sup>53</sup>. Bunun içinde partilere söz konusu durumun ihtar edilmesi gerekir. İhtara rağmen, aykırılıkta ısrar edilmesi üzerine, kastın varlığı açıklığa kavuşmuş olacaktır. Ayrıca bu gibi durumlarda ihtar ve denetim içinde belirli

48 YÜKSEL, Metin, *Siyasi Parti Kapatma Davalarında Ortaya Çıkan Ön Sorunlar*, <http://www.abchukuk.com/makale/makale38.html>.07.06.2005.

49 ATAR, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Konya 2002, s. 89.

50 Bu partiler, TBKP, SP, ÖZDEP, HEP, DEP ve STP'dir. ÖZDEK, Yasemin, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, Ankara 2004, s. 263 vd.

51 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesinin, özerk anlamı ve özel uygulama alanı varlığına rağmen, TBKP davasında 10. madde ışığında değerlendirilmesi gerektiğini belirtti ve düşüncelerin korunması ve bunları ifade hürriyetini, 11. maddede öngörülen toplanma ve örgütlenme hürriyetinin temel unsurlarından biri olarak kabul etti. ÇAĞLAR, Bakır- ÇAVUŞOĞLU, Naz, "Parti Kapatma Davalarında Mermer- Mozaik İkilemi" *Anayasa Yargısı* 16, Ankara 1999, s. 164.

52 SAĞLAM, Fazıl, "Siyasi Partiler Kanunu'nda Uluslar Arası Standartlara Uygunluk Sağlamak İçin Yapılması Gereken Değişiklikler" *Anayasa Yargısı* 17, Ankara 2000, s. 235; SAĞLAM, Fazıl, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye'de Kapatılan Partilere İlişkin Kararların Partiler Hukukuna Etkisi", *Anayasa Yargısı* 16, Ankara 1999, s. 200; UYGUN, s. 262; YOKUŞ, Sevtap, "Türk Anayasa Mahkemesi'nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Siyasi Partilere Yaklaşımı", *AÜHF Dergisi*, C.50, Sayı:4, Yıl:2001, s. 114.

53 SAĞLAM, *Uluslar Arası Standartlara Uygunluk*, s. 243; BULUT, Nihat, [www.jura.uni-sb.de/turkish/NBulut1.html](http://www.jura.uni-sb.de/turkish/NBulut1.html).07.06.2005.

süreler öngörülebilir<sup>54</sup>.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, 2004 yılında<sup>55</sup> Anayasasının 90. maddesinin son fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir: “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” İnsan haklarına ilişkin milletlerarası sözleşmelerin iç hukuk bakımından üstünlüğünü kabul eden bu düzenleme, sözleşmelerin kanunlardan üstün değerde olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu düzenleme çerçevesinde Anayasa Mahkemesi siyasi parti kapatma davalarında, sadece iç hukuku değil, ilgili olduğu ölçüde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihatlarını da dikkate almak durumundadır<sup>56</sup>.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de Hak ve Özgürlükler Partisi (HAKPAR) hakkında açılan kapatma davasını reddeden kararında Anayasa’ya aykırı olduğu ileri sürülen tüzük ve programlarındaki söylemlerinin demokratik yaşam için doğrudan açık ve yakın tehlike oluşturmaması durumunda, bunların ifade özgürlüğü kapsamında kaldığına kara vermiştir. Anayasa Mahkemesine göre, “Bir siyasi partinin tüzüğü ve programının 68. maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırılığı değerlendirilirken, Anayasa’nın siyasi partilere verdiği özel önemi vurgulayan diğer kurallarının da göz önünde bulundurulması gerekir. Bu nedenle, siyasi partilerin, Anayasa’ya aykırı olduğu ileri sürülen tüzük ve programlarındaki söylemlerinin demokratik yaşam için doğrudan açık ve yakın tehlike oluşturmaması durumunda, bunların ifade özgürlüğü kapsamında kaldığının kabulü gerekir. Demokratik rejimin tüm kurum ve kurallarıyla özümsemiği ülkelerde de rejim için ciddi bir tehlike oluşturmadıkça siyasi partilerin kapatılmasına olur verilmediği gözetildiğinde çağdaş uygarlık düzeyinin üstüne çıkma hedefini esas alan Anayasamızın da salt ifade özgürlüğü kapsamında kalan tüzük ve program düzen-

---

54 SAĞLAM, Fazıl, “Türk Siyasal Partiler Kanunu Tarihçesi, Eksiklikleri, Reform Çalışmaları”, Türkiye ve Avrupa’da siyasi partiler Kanunu ve Seçim Yasası, Konrad Adenauer Vakfı, Ankara 2002, s. 22; DURMUŞ’a göre, bir partinin programından beyan ettiği amaçlardan ve niyetlerden daha farklı niyet ve amaçlara sahip olduğunu gizleyebilmesi mümkündür. Partinin gerçek amaç ve niyetinin belirlenmesi açısından partinin programı ile faaliyetleri ve savunduğu görüşlerin karşılaştırılması zorunludur, DURMUŞ, s. 61.

55 Kanun No: 5170, Kabul Tarihi: 7.5.2004, Resmi Gazete: 22.5.2004, Sayı:25469.

56 ÖZBUDUN, Değişiklik Önerileri, s. 37.

lemesini kapatma nedeni saydığını kabul etmek olanaklı değildir”<sup>57</sup>.

Anayasa Mahkemesi Hak ve Özgürlükler Partisi (HAKPAR) hakkında açılan kapatma davasını reddeden kararında şu hususların altını çizmektedir<sup>58</sup>:

-Siyasi partilerin kendilerine göre öne çıkardıkları ülke sorunlarına ilişkin farklı çözüm önerileri getirmeleri, demokratik siyasi yaşamda üstlendikleri işlevin doğal sonucudur. Bu nedenle siyasi partiler, Anayasanın konuya ilişkin kuralları ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin “örgütlenme”, “düşünce ve ifade özgürlüğü” konusundaki 10. ve 11. maddelerinin koruması altındadırlar.

-Anayasa koyucu siyasî partilerin varlıklarını sürdürmelerini esas alıp, kapatılmalarını ise ayrı durumlara sınırlı tutarak, öncelikle demokratik rejimin, sağlıklı biçimde yaşatılmasını amaçlamış, ancak korunması gerektiğini de göz ardı etmemiştir.

-Siyasi partilerin, Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülen tüzük ve programlarındaki söylemlerinin demokratik yaşam için doğrudan açık ve yakın tehlike oluşturmaması durumunda, bunların ifade özgürlüğü kapsamında kaldığının kabulü gerekir.

-Demokratik rejimin tüm kurum ve kurallarıyla özümsemiştiği ülkelerde de rejim için ciddi bir tehlike oluşturmadıkça siyasi partilerin kapatılmasına olur verilmediği gözetildiğinde, Anayasamızın da salt ifade özgürlüğü kapsamında kalan tüzük ve program düzenlemesini kapatma nedeni saydığını kabul etmek olanaklı değildir.

-Partilerin tüzük ve programdaki Anayasaya aykırı amaçları gerçekleştirmek için, Anayasa dışı bir yöntemi uygulayacağına ilişkin kanıtların olması gerekir.

-Parti hakkında kapatma ya da yerine başka bir yaptırım uygulanması demokratik bir toplumda zorunlu bir tedbir niteliğinde olmalıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin HAKPAR kararında ortaya koyduğu içtihadı AİHM içtihadı ile uyumludur.

---

<sup>57</sup> AYM, E: 2002/1 (Siyasî Parti Kapatma), K: 2008/1, k. t: 29.1.2008, Resmi Gazete: 01.07.2008/ 26923.

<sup>58</sup> AYM, E: 2002/1 (Siyasî Parti Kapatma), K: 2008/1, k. t: 29.1.2008, Resmi Gazete: 01.07.2008/ 26923.

## 2- Bir Siyasî Partinin Anayasanın 68. Maddesinin Dördüncü Fıkrası Hükümlerine Aykırı Eylemlerin Odağı Haline Gelmesi

Bir siyasî partinin 68. maddesinin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerinden ötürü temelli kapatılmasına, ancak, onun bu nitelikteki fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespit edilmesi halinde karar verilir. Sözlük anlamıyla “odak olma” kavramı, “herhangi bir düşüncede, nitelikte olan kimselerin kaynağını veya bir şeyin toplandığı yer”i ifade etmektedir<sup>59</sup>. Yine, merkez nokta anlamında da kullanılan bu kelime, siyasal anlamda bir partinin, parti yasaklarına ilişkin eylemlerinden dolayı kapatılabilmesi için o eylemlerin merkezi haline gelmesinin gerekliliğini ifade etmek için de kullanılabilir<sup>60</sup>. Anayasada odak olma hali tanımlanmıştır. Anayasaya göre bir siyasi parti iki şekilde odak haline gelebilir:

a) Bir siyasî parti, bu nitelikteki fiiller o partinin üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisindeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zimnen veya açıkça benimsendiği zaman söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır,

b) Bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarınca kararlılık içinde işlendiği takdirde, söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır.

Burada belirtilen “odak” kavramı, 68. maddenin 4. fıkrasındaki yasaklara aykırı nitelikteki birden çok birbiriyle ilgili/ilişkili, aynı yönde işlenmiş ve

<sup>59</sup> TÜRKÇE SÖZLÜK, (1988) C. 2, Türk Dil Kurumu Yayını, Ankara, s. 1098-1099.

<sup>60</sup> BULUT, [www.jura.uni-sb.de/turkish/NBulut1.html](http://www.jura.uni-sb.de/turkish/NBulut1.html).07.06.2005; Bu kavramın yakın tarihteki yargıya intikal etmiş, bazı uygulamaları ise, Halkın Emek Partisi (HEP), Refah Partisi (RP), Fazilet Partisi (FP) ve Halkın Demokrasi Partisi (HADEP), Demokratik Toplum Partisi (DTP) ve son olarak Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP)'nin kapatılmasına ilişkin açılan davalarda görülmüştür. Henüz yargılama sürecinde olan DTP hakkında açılan kapatma davasında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, DTP'nin "eylemlerinin ve üyelerinin beyanlarının 'devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne" aykırılık oluşturduğu, bu nitelikteki fiillerin partinin üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği, bu durumun partinin büyük kongre, genel başkan, merkez karar ve yönetim organlarınca açıkça benimsendiği gibi bu fiillerin doğrudan doğruya parti organlarınca kararlılık içinde işlendiği nedeniyle söz konusu fiillerin odağı haline geldiği iddiasıyla dava açmıştır. En son AKP hakkında açılan dava da ise Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ilgili parti hakkında laikliğe aykırı eylemlerin odağı olduğu gerekçesiyle kapatılma iddiasında bulunmuştur.

aynı hedefe yönelmiş parti eyleminin (yasak) varlığını gerektirmektedir<sup>61</sup>.

Anayasa bu düzenleme ile, yasakların parti tüzel kişiliğini bağlayacak organların, kurulların veya kişilerin eylemleri ile ihlal edilmesi ile parti üyelerince ihlal edilmesi arasında bir ayırım yapmıştır. Birinci halde bir siyasi partinin kapatılmasına karar verilebilmesi için, yasak eylemlerin kararlılık içinde işlenmesi yeterli iken, ikinci halde bu eylemlerin yoğun bir şekilde işlenmesi ve bu durumunda parti tarafından benimsenmesi şartını koymuştur<sup>62</sup>. Bu durumda, aykırı eylemleri işleyenlerin hem sayıca fazla olması hem de eylemlerin sıklıkla tekrarlanmaları gerekmektedir<sup>63</sup>. Eylemlerden, bu değerlere ters düşen herhangi bir eylemi değil, bu değerleri ortadan kaldırmayı amaçlayan eylemleri anlamak gerekir. Eylemlerin parti eylemleri niteliğinde olması ve siyasi partileri tüzük ve programları dışındaki her türlü faaliyetlerini içine alıcı bir kavram olarak nitelendirilmesi gerekir<sup>64</sup>. Anayasanın 69. maddesinde geçen odak olma koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğini saptanmasında dikkat edilmesi gereken bir husus da; aynı nihai amaca yönelik olarak yapılmış birden fazla eylemin bulunması ve bu eylemlerin partinin üzerinde yoğunlaşması, partiye isnat edilebilir olması gerekliliğidir<sup>65</sup>. Fiillerin odaklaşma olgusuna esas alınabilmesi için, gelişigüzel ortaya çıkmış fiiller niteliğinde değil, birbirleri ile alakalı, ilişkili olan kanuni fiiller niteliğinde olması gerekir. Bu fiilleri birleştiren ve onlara bir açıdan bütün olma niteliği veren şey ise aynı yönde işlenmiş, yani aynı hedefe yönelmiş olmalarıdır. Başka bir ifadeyle, nihai hedefin aynılığı veya tekliği, ona yönelmiş fiilleri bütünleştirmekte ve birleştirmektedir. Aynı zamanda odaklaşma objektif kıstasın yanında, sübjektif ögenin de bulunmasını da temel almaktadır. Anayasa mahkemesinin de amaç unsurunun altını çizdiği görülmektedir<sup>66</sup>.

CAN'a göre, ifade türündeki eylemlere farklı bir açıdan bakmak fayda sağlar. Siyasi partilerin söylemleriyle bireyin söylemleri arasında nitelik açısından bazı farkların var olduğunu kabul etmek gerekir. Birey söylemi ile

61 ÖDEN, s. 131.

62 ÖDEN, s. 91.

63 ATAR, s. 83.

64 ÖDEN, 108.

65 ÖDEN, s. 132.

66 CAN, s. 152; Anayasa Mahkemesine göre. "...önemli olan, inceleme konusu söz ve beyanların özü ve amacıdır", E.1992/1, K. 1993/1, k.t. 14.07.1993, AMKD, S.29, C.2, s.1169.

geniş bir toplumsal kitleye hitap eden, kitleleri harekete geçirebilme yetisi bulunan parti söylemi arasında muhtemel tehlike potansiyeli farklıdır. Elbette bireyin demokratik anayasal düzeni kabullenmediğini ve kaldırılmasını istediğini söylemesi, Anayasanın 26. maddesi kapsamında değerlendirilmesi mümkün iken, bir siyasal partinin aynı nitelikte ifadesinin 26. madde kapsamında değerlendirilmesi olanaksız olup, 68. maddenin 4. fıkrasına aykırılık manasına gelir ve yaptırımla karşılaşır. Bu sonuç, İHAM'ın Refah Partisi kararıyla da kabul edilmektedir<sup>67</sup>.

Evrensel hukuk ilkelerince de kabul edilmeyen şiddet, dinsel hoşgörüsüzlük, dini ayrımcılık, şiddete çağrı, ırkçılık içerikli ifadelerin ister bireysel eylem, isterse de organ eylemi olarak kabul edilmesi gerekir<sup>68</sup>.

İster tüzük ve programından, isterse faaliyetlerinden, yıkıcı amacın açıkça saptanması, partinin kapatılması için yol göstericidir. Partinin düşünce açıklaması niteliğindeki ifadelerden yıkıcı amaç net olarak saptanabiliyorsa, cezai uygulama söz konusu değilse bile, ifadelerin parti kapatmaya esas alınacağını söyleyebiliriz. Kapatma davasının ceza davası niteliğinin sınırlı oluşu da bunu ispat etmektedir. Bunun yanı sıra şunu da ifade edelim, bu ifadelerin partiyi bağlaması için, ifadelerin 69. maddenin 6. fıkrasındaki parti organlarının direkt, ya da dolaylı olarak üyelerinin ifadelerinin benimsenmesi yoluyla partiye isnat edilebilmesi gerekir<sup>69</sup>.

Odak olmanın şartlarını sıralayan 69. maddenin 6. fıkrasına eklenen düzenleme içeriğinde yasak eylemlerle ilgili olarak yoğunluk, kararlılık ve benimseme gibi kavramların öne çıktığını görmekteyiz. Yoğunluktan anlaşılması gereken, siyasi partinin, yasaklanan eylemlerin odağı olduğu izlenimini rahatlıkla verebilecek yeter sayıda faaliyette bulunmasıdır. Yoğunluk şartının oluşabilmesi için, odak olmayı sağlayacak yeter sayıda bir eylemler bütünü olması gerekir. Yani partinin Anayasaya aykırı fiillerin toplandığı, yoğunlaştığı veya kaynaklandığı bir yer haline gelmiş olmalıdır. Yasaklanmış faaliyet, öyle bir yoğunlukta saptanmalıdır ki, parti o faaliyetin ekseni haline gelmiş olsun. Kapatma koşulunun gerçekleşmesi için, kanunsuz faaliyet ilgili partiyi tanımlayan, onun karakterini belirleyen bir yoğunlukta olmalıdır. Kararlılıktan anlaşılması gereken ise eylemlerin belli bir yoğunlukta olmasının yani tekrarlanmakla süreklilik arz etmesi yanında bu eylemler

---

<sup>67</sup> CAN, s. 148- 149.

<sup>68</sup> CAN, s. 151.

<sup>69</sup> CAN, s. 150.

üzerinde bir anlayış birliğinin bulunmasıdır<sup>70</sup>. ÖDEN'e göre, kararlılık, ayrıca yasak eylemlerin kaynağındaki iradeyle ilgili bir kavram olup, eylem iradesinin kesinliği ve değişmezliğini ifade eder. Zamansal boyut ile eylemlerin ardındaki iradenin kesinliği ve değişmezliği unsurları kararlılık unsurunun olmazsa olmazlarıdır. Bir açıdan sürekliliği tek başına değil, arkasındaki iradenin kesinliği ve değişmezliği ile birlikte ele almak ve her iki alt unsurun ortaya çıkması durumunda, bahsi geçen organların bu tür fiilleri kararlılık içinde işlediği kabul edilmelidir<sup>71</sup>. Benimseme daha ziyade siyasi partilerin, üyelerinin eylemleri dolayısıyla sorumlu tutulması konusunda etkisini göstermektedir<sup>72</sup>. Benimseme, özellikle de örtülü ise pasif bir durumu ifade ederken, kararlılık, hem eylemli bir durumu hem de bu durumun süre ve sayı

<sup>70</sup> HAKYEMEZ, s. 557- 558; CAN'a göre, yoğunluğu belirleme hususunda mahkemenin çok kapsamlı bir takdir yetkisi mevcuttur. Mahkemenin yoğunluk için yeterli olarak gördüğü eylem sayıları, farklılık arz etmektedir. Mahkeme 2001 değişiklikleri öncesi verdiği refah partisi hakkında verdiği kararda, parti üye ve yetkililerinin 19 (düşünce beyanı dahil) eylemini laik cumhuriyet ilkesine aykırı eylemlerin odağı için yeterli görmüştür. Fazilet partisi kararında "başörtüsünün serbest bırakılması" ile alakalı milletvekillerinin çeşitli yerlerde yaptıkları konuşmalarda, bu yasaklardan etkilenenlere destek girişimleri ve yine parti listesinden bir milletvekilinin Meclis'te alkışla desteklenmesi eylemlerini laik cumhuriyet ilkesinin ağır ihlali olarak değerlendirmiş ve odaklaşmanın gerçekleştiği hükmüne varmış. 2001 değişikliklerinden sonra verdiği HADEP kararında, Mahkeme parti organları dahil, 47 üyenin 188'i aşkın eylemlerini devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü ilkesine aykırı eylemlerin odağı haline gelem için yeterli görmüştür. Siyasal parti, tüzük, program ve odak haline gelmesi ile Anayasal düzen için yakın, görülebilir ve daha hafif bir ceza ile ortadan kaldırılamayacak bir tehdit oluşturması halinde kapatma yaptırımını uygulama alanı bulur. Aksi durumlarda devlet yardımından mahrum bırakma cezasını uygulanması gerekir. Mahkeme daha düşük bir eylem yoğunluğunda parti kapatma kararı verebilir. Örneğin üye sayısının düşük olduğu bir partideki fiil yoğunluğu ile milyonu aşan bir partideki eylem yoğunluğu arasında nicelik farkı olduğu ortadadır. Burada kesin bir şart koyma imkânı olmadığından, Mahkemenin her bir tekil parti bağlamında yeniden değerlendirebileceğini, fakat bu değerlendirmenin, rasyonel kabul edilebilir bir çerçevede ve anayasal güvenceyi işlevsiz kılmayacak bir düzlemde yapılması gereğinde şüphe bulunmamaktadır, CAN, s. 153.

<sup>71</sup> ÖDEN, s. 136- 137.

<sup>72</sup> HAKYEMEZ, s. 558.

olarak tekrarını gerektirmektedir<sup>73</sup>.

Benimseme, üye fiillerinden ötürü sorumlu tutabilmek için, eylemlerin odağı haline gelmenin partiye karşı ileri sürülebilmesini sağlamaktır. Eylemler temelinde bir odaklaşmanın partiyi bağlaması için, üyelerinin Anayasanın 68. maddesinin 4. fıkrasındaki hukuksal değerlere aykırı tek tek ya da topluca eylemlerine, açık ya da örtülü olarak ortaya konmuş aynı yöndeki parti iradesinin de eklenmiş olması gerekir. Benimsemenin üyelerin yasak eylemlerine değil, bu eylemlerin yoğun bir şekilde işlenmesine bağlı olması, yoğun işlenme olgusunun benimsenmiş olmasının, yetkili parti organları tarafından gerçekleşmiş olmasıdır. Tekil eylemlerin değil, eylemlerin yoğun işlenişinin açık ya da örtülü bir biçimde benimsenmiş olması halinde, bu eylemlerin partiye yöneltilebileceğinden bahsedilebilir<sup>74</sup>. Parti üyelerinin eylemlerinin parti tarafından benimsendiğinin kabul edilebilmesi için, susma, hareketsiz kalma, önlem almama gibi ölçütler kullanılabilir<sup>75</sup>.

73 KANADOĞLU, O. Korkut, “1982 Anayasası ve 2820 Sayılı Siyasi Partiler Kanununda Yapılan Son Değişikliklere Göre Parti Yasaklama Rejimi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, (Prof. Dr. Yılmaz ALTUĞ’a Armağan MHB Özel Sayı), Yıl:17- 18 1997- 98, Sayı: 1-2, s. 275.

74 CAN, s. 154; ÖDEN, s. 139.

75 “...Şevki Yılmaz hakkında Davalı Parti, kapatma davasından önce herhangi bir soruşturma açtırmadığı gibi, bu konuşmaların benimsenmediğini belirten bir açıklama da yapmamıştır. Bu durum, Şevki Yılmaz tarafından söylenen sözlerin davalı parti tarafından da kabullenildiğini göstermektedir. Ayrıca kapatma davası açıldıktan bir ay sonra partiden ihraç kararı alınması da kapatma davasından kurtulmaya yönelik bir girişim olarak değerlendirilmiştir. Atatürk ilkeleri ve lâiklik karşıtı söz ve eylemleri herkesçe bilinmesine karşın Şevki Yılmaz’ın önce Rize Belediye Başkanlığı için aday gösterilmesi, Belediye Başkanı olduktan sonra da Milletvekili seçilmesinin sağlanması, davalı Refah Partisi’nce bu kişinin lâiklik karşıtı söylem ve eylemlerinin benimsendiğinin açık bir kanıtıdır...

...Atatürk ilkeleri ve lâiklik karşıtı söylem ve eylemleri bilinen Hasan Hüseyin Ceylan’ın Parti listesinden aday gösterilerek Milletvekili seçilmesinin sağlanması, konuşmalarının Parti tarafından çoğaltılarak tüm Parti örgütüne gönderilmesi bu kişinin eylemlerinin davalı Refah Partisi’nce de benimsendiğini göstermektedir. Dava açıldıktan bir ay sonra partiden ihraç edilmesi kapatma davasını sonuçsuz bırakmaya yönelik bir girişim olarak değerlendirilmiştir...

...Sincan olayları ile suçlanarak tutuklanan ve sonradan bu eylemi nedeniyle cezalandırılan ve mahkûmiyeti kesinleşen Sincan Belediye Başkanı’nın, Adalet Bakanı tarafından

Yasakların parti üyelerince ihlal edilmesi durumunda ilgili siyasi parti iki şekilde hareket edebilir. İlk olarak bu üyeleri partiden ihraç etmek ve böylece sorumluluktan kurtulmaktır. İlgili siyasi partinin bu davranışı sonunda, Anayasa Mahkemesi, üyelerin eylemini siyasi partinin kapatılması davasında delil olarak kullanıp odak değerlendirmesinde dikkate almayacaktır. Belirtmek gerekir ki, Anayasada üyelerden bahsedildiğine göre, fiillerin partiye yöneltilebilmesi için, bu fiillerin parti üyelerince işlenmesi gerekir. Buna göre, partinin üyesi olmayan taraftarları veya sempatanlarınca işlenen fiillerin partiye yöneltilebilmesi –parti tüzel kişiliğinin eylemine dönüşmemesi halinde- imkânsızdır<sup>76</sup>. İkinci olarak, ilgili siyasi parti bu üyeleri ihraç etmeyecektir. Bu durumda ilgili parti üyelerin yaptığı davranışı benimsemiş olacaktır. Anayasa Mahkemesi de siyasi partinin kapatılması davasında bu davranışı odak olma şartını tespit ederken delil olarak kullanabilecektir<sup>77</sup>. Nitekim Siyasi Partiler Kanununda 2003 yılında yapılan değişiklikle, Partinin yetkili organları dışındaki organlar ve üyelerin fiillerinin ne şekilde partinin yetkili organlarınca benimsenmiş sayılacağına ilişkin bazı hükümler getirilmiştir. Siyasi Partiler Kanununun 102. maddesine göre, “Parti büyük kongresi, merkez karar ve yönetim kurulu veya bu kurulun iki ayrı kurul olarak oluşturulduğu haller, Türkiye Büyük Millet Meclisi grup yönetim kurulu, Türkiye Büyük Millet Meclisi grup genel kurulu, parti genel başkanı dışında kalan parti organı, mercii veya kurulu tarafından Anayasanın 68 inci maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan hükümlere aykırı fiilin işlenmesi halinde, fiilin işlendiği tarihten başlayarak iki yıl geçmemiş ise Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı söz konusu organ, mercii veya kurulun işten el çektilmesini yazı ile o partiden ister. Parti üyeleri 68 inci maddenin dördüncü fıkra hükümlerine aykırı fiil ve konuşmalarından dolayı hüküm giyerler ise Cumhuriyet Başsavcılığı bu üyelerin partiden kesin olarak çıkarılmasını o partiden ister” (SPK. md 102/2). “Siyasî parti, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde istem yazısında belirtilen hususu yerine getirmede, Yargıtay

---

tutuklu iken tatil gününde ziyaret edilmesinin özel bir anlamı olduğu kuşkusuzdur. Devletin koruması ve denetimi altındaki hükümlüler ve tutuklular özel kurallara bağlıdır. Adalet Bakanı, hiçbir hükümlü ve tutukluya diğerlerinden daha uzak veya daha yakın olamayacağı gibi bu anlayışa neden olacak bir uygulama içinde de bulunamaz. Hükümlülerden veya tutuklulardan birinin Adalet Bakanı tarafından kural ve gelenek dışı ziyaret edilmesi, onun hukuk dışı eylemlerinin benimsendiği ve onaylandığı anlamına gelir”.

AYM, E. 1997/1, K. 1998/1, K.t. 16.01.1998, AMKD, C.37, S.2, s. 1501 vd.

<sup>76</sup> CAN, s. 152.

<sup>77</sup> HAKYEMEZ, s. 560.

Cumhuriyet Başsavcılığı Anayasa Mahkemesinde o siyasî partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılması için dava açar. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen iddianamenin tebliğinden itibaren otuz gün içinde ilgili siyasî parti tarafından söz konusu parti organı, merci veya kurulun işten el çektirilmesi ve parti üyesi veya üyelerin partiden kesin olarak çıkarılmaları halinde, o partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılması için açılan dava düşer. Aksi takdirde Anayasa Mahkemesi, dosya üzerinde inceleme yaparak, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının ve siyasî parti temsilcilerinin sözlü açıklamalarını, gerekli gördüğü hallerde diğer ilgilileri ve konu üzerinde bilgisi olanları da dinlemek suretiyle açılmış bulunan davayı karara bağlar” (SPK. md 102/3).

Anayasada odak olmaya ilişkin yapılan düzenleme ile, partinin odak haline gelmesi konusunda Anayasa Mahkemesinin takdir yetkisi sınırlandırılmıştır<sup>78</sup>. Ancak Anayasa Mahkemesi, partinin odak halini tespit ettiği durumlarda, uygulayacağı yaptırım konusunda takdir yetkisine sahiptir. Aynı şekilde Mahkeme bir siyasi partinin Devlet yardımından yoksun bırakılmasına karar verdiği durumlarda, Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına da karar verebilecektir. Yani Mahkeme Devlet yardımından yoksun bırakılma miktarını da kendisi takdir edecektir<sup>79</sup>.

Anayasa Mahkemesi, kapatma yerine, davaya konu olan fiillerin niteliklerine göre ilgili siyasi partinin devlet yardımından kısmen veya temelli mahrum bırakılmasına karar verilebilecektir. Buna göre Anayasa Mahkemesi bir siyasi partinin faaliyetleri ile 68. maddenin 4. fıkrasında işaret edilen faaliyetlerin yürütüldüğü bir odak haline geldiğini –yalnızca- belirledikten sonra “dava konusu fiillerin ağırlığına göre” kapatma kararı yerine devlet yardımından kısmen veya tamamen mahrum bırakma yaptırımına da hükmedilecektir. Bir taraftan odaklaşma saptanırken, partinin faaliyetlerinin Anayasal düzenin kaldırılması tehlikesi ortaya çıkarıp çıkarmadığı, bu sebeple açık ve yakın bir tehlike oluşturup araştırılmaya, bu araştırma, uygulanacak

<sup>78</sup> ABDÜLHAKİMOĞULLARI, Anayasa’da yapılan değişikliği yeterli görmemekte ve odak olmanın tespiti konusunda Anayasa Mahkemesine tanınan takdir yetkisine çok önemli bir sınırlama getirilmediğini düşünmektedir. Eylemlerin odak olma durumuna esas teşkil edebilmesi için bu fiillerden dolayı kesinleşmiş yargı kararlarının aranmasını önermektedir. ABDÜLHAKİMOĞULLARI, Erdal, “Anayasa’nın 69. maddesinin 6. Fıkrası’nda 2001 Yılında Yapılan Değişiklik ve Yasak Eylemlere Odak Olma Hali”, ZKÜ Sosyal Bilimler Dergisi, C. 2, S. 3, 2006, s. 136.

<sup>79</sup> ÖDEN, s. 170.

cezanın belirlenmesinde gündeme gelecektir<sup>80</sup>. Siyasal parti, tüzük, program ve odak haline gelmesi ile Anayasal düzen için yakın, görülebilir ve daha hafif bir ceza ile ortadan kaldırılamayacak bir tehdit oluşturması halinde kapatma yaptırımını uygulama alanı bulur. Aksi durumlarda devlet yardımından mahrum bırakma cezasını uygulanması gerekir<sup>81</sup>.

Anayasa, odak olma kavramı ile ilgili olarak, parti organları arasında, parti genel başkan yardımcılara, parti genel sekreterine, bakanlara ve milletvekillerine yer vermemiştir. Ayrıca partinin merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisindeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulu dışındaki organları da sayılmamıştır. Bu durum bir eksikliklerdir. Zira, bu kişi ve organların eylemleri ile partinin herhangi bir üyesinin eyleminin sonuçları bakımından eşit etki ve değerinde olduğu düşünülemez. Bu kişi ve organların yaptığı davranışlar, parti üyelerinin davranışı gibi, ancak partinin yetkili organları tarafından benimsenir ise ilgi parti odak olmuş kabul edilecektir.

Anayasa Mahkemesi, bu hallerde temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasî partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına da karar verebilir. Hiç şüphesiz, Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılma yaptırımı, kapatma yaptırımına göre daha hafif bir yaptırımdır. Bu yaptırımın sadece Devlettten yardım alan partiler için uygulanacağı muhakkaktır.

Anayasa Mahkemesi, aşağıdaki durumlarda temelli kapatma kararı veremez, sadece siyasî partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verebilir: 1- Bir Siyasal Partinin İhtara Rağmen Siyasal Partiler Kanunu'ndaki veya Diğer Kanunlardaki Emredici Hükümlere Uymaması

2- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İsteklerine Uyulmaması ya da Cevap Verilmemesi.

3- Anayasanın 68. Maddesinin Dördüncü Fıkrasında Yer Alan Hükümlere Aykırı Fiillerden Dolayı Hüküm Giyenlerin, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İstemine Rağmen Partiden Çıkarılmaması.

---

80 CAN, s. 160.

81 CAN, s. 171.

#### **4- Yabancı Devletlerden, Uluslararası Kuruluşlardan ve Türk Uyrukluğunda Olmayan Gerçek ve Tüzelkişilerden Maddî Yardım Alma**

Yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyrukluğunda olmayan gerçek ve tüzelkişilerden maddî yardım alan siyasî partiler temelli olarak kapatılır. Bu halde Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verilemez.

Bu yasak, partilerin yabancı kişi, kurum veya kuruluşlardan yardım almalarını yasaklamakta ve böyle bir durumu en ağır yaptırım ile cezalandırmaktadır. Bu yasağın gerekçesi, böyle bir yardımın ulusal egemenlik açısından sorun doğuracağına ön kabulüne dayanmaktadır. Çünkü Anayasada, partilerin millet egemenliğine aykırı düşmeyeceklerini özellikle vurgulanmaktadır<sup>82</sup>.

#### **B- SİYASİ PARTİLERİN KAPATILMASI BAKIMINDAN AVRUPA KRİTERLERİ**

Parti kapatmalarda dikkate alınacak Avrupa normlarının başında AİHM içtihatları ve Venedik Komisyonu'nun 1999 yılında kabul ettiği "Siyasi Partilerin Yasaklanması ve Feshi ile Benzer Tedbirlere İlişkin Yol Gösterici İlkeler" in olduğunu söyleyebiliriz.

Venedik Komisyonu (Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu) Avrupa Konseyi bünyesinde bir genişletilmiş anlaşma ile 1990 yılında kurulmuş ve Avrupa Konseyi organlarından (Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Bakanlar Komitesi ve Genel Sekreter) veya ilgili üye devletin isteği üzerine anayasal konularda raporlar hazırlayan, Avrupa Konseyi çevresinde manevi ağırlığı bulunmakla birlikte istişari nitelik<sup>83</sup> taşıyan bir komisyondur<sup>84</sup>.

<sup>82</sup> BOZDAĞ, Muhammet, Türkiye'de Siyasi Parti Kapatma, Ankara 2004, s. 89.

<sup>83</sup> Komisyon istişari nitelik taşımakla birlikte Avrupa Parlamentosu'nda kabul edilen Türkiye raporunda, Anayasa Mahkemesi'nin AKP hakkında alacağı kararın "Venedik Komisyonu ölçütlerine uygun olması" istenmiştir. [www.abhaber.com/haber.php?id=22023](http://www.abhaber.com/haber.php?id=22023) E.t. 03.06.2008.

<sup>84</sup> Avrupa Konseyi'nin Türkiye dahil 47 üyesinin tümü Venedik Komisyonu'nun da üyeleri konumundadır. 2002 yılı Şubat ayında varılan bir anlaşmayla, Avrupa dışından ülkelerin de komisyona üye olmalarına izin verilmiştir. 2004'te Kırgızistan, 2005'te Şili, 2006'da Güney Kore, 2007'de Fas ve Cezayir, 2008'de de İsrail komisyona üye olmuşlardır. [www.bbc.co.uk/turkish/europe/story/2008/05/080521\\_venicecommission.shtml](http://www.bbc.co.uk/turkish/europe/story/2008/05/080521_venicecommission.shtml) E.t. 03.06.2008.

Avrupa Konseyi tarafından "Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu" olarak görevlendirilmiş olan Venedik Komisyonu, 10-11 Aralık 1999 tarihli 41. Kurul toplantısında, Konseye üye ülkelerin anayasalarını incelemiş ve üye ülkelerde ve üye olacak ülkelerde parti kapatmanın kriterlerini belirlemiştir. Bu kriterler özetle şunlardır<sup>85</sup>:

"1) Siyasi partilerin yasaklanması ve kapatılması, şiddet kullanmayı savunan veya anayasal düzeni yıkmak için şiddet kullanan ve bu şekilde anayasada güvence altına alınmış bulunan hak ve özgürlükleri tehlikeye sokan siyasal partiler için söz konusu olmalıdır. Böyle bir durum, bir partinin programında değişik şekillerde şiddeti teşvik etmesi şeklinde olabileceği gibi, silahlı çatışma, terörizm ya da yıkıcı davranışa yönelik örgütlenme ile mevcut anayasal düzeni ortadan kaldırmayı amaçlama şeklinde de olabilir. "ırkçılık, yabancı düşmanlığı ve hoşgörüsüzlük" de aynı bağlamda değerlendirilir.

2) Bir siyasal parti, üyelerinin bireysel davranışlarından sorumlu tutulmamalıdır. Ancak, üyenin davranışı, partinin desteğine sahipse, ya da parti programının ya da partinin politik amacının sonucu ise dikkate alınır.

3) Bir siyasal partinin yasaklanması veya kapatılması önlemine en son çare olarak başvurulmalıdır. Bu konu da ilgili ülke koşulları da dikkate alınarak, partinin gerçekten özgür ve demokratik düzene veya bireylerin özgürlüklerini bir tehlike oluşturup oluşturmadığı değerlendirilmelidir. Ayrıca kapatma dışında başka önlemlerle tehlikenin önlenip önlenemeyeceği gözden geçirilmeli, ölçülülük (oranlılık) ilkesine uyulmalıdır. Bu ilkelerin değerlendirilmesinde ülkedeki genel durum önemli bir faktördür. Aynı zamanda gelişmekte olan Avrupa demokrasisinin standartları da göz önünde tutulmalıdır.

4) Yasaklama ya da kapatma kararı Anayasa Mahkemesi veya başka bir yargı organı tarafından adil yargılanma sonucu verilmelidir."

Avrupa hukukunda siyasi parti kapatma müeyyidesi çok aşırı ve istisnai durumlarda son derece seyrek olarak uygulanan bir müeyyidedir. Buna göre pek çok Avrupa ülkesinde böyle bir müeyyide hiç olmadığı gibi olanlarda da kapatma sebepleri çok sınırlı bir şekilde öngörülmüştür. Uygulamaya baktığımızda da parti kapatmanın sadece üç kez yaşandığını ifade edebiliriz. Buna göre II. Dünya Savaşından sonra Almanya'da 1952 yılında Nazi Partisinin devamı mahiyetindeki Sosyalist Devlet Partisi ve 1956 yılında Alman Ko-

<sup>85</sup> SAĞLAM, Uluslar Arası Standartlara Uygunluk, s. 241- 242; [http://www.venice.coe.int/docs/1999/CDL-PP\(1999\)006rev-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/1999/CDL-PP(1999)006rev-e.asp), Erişim Tarihi: 09.06.2008).

münist Partisi kapatma davalarına örnektir. Üçüncü örnek ise İspanyada 2001 yılında kapatılan Bask Batasuna Partisi'dir. Buna karşılık ülkemizde ise toplam olarak 24 partinin kapatılmasına karar verilmiştir. Parti kapatma davalarında Türk Anayasa Mahkemesinin uyguladığı kriterlerle Avrupa kriterleri arasındaki uyumsuzluk AİHM kararlarında da kendisini göstermektedir. Buna göre parti kapatma kararları karşısında AİHM'ne yapılan başvuruların Refah Partisi haricinde tümünde Sözleşmenin ihlal edildiğine karar verilmiştir. AİHM'in konuya ilişkin kararlarında genel olarak iki kriterin benimsenmiş olduğunu ifade edebiliriz. Bulardan ilki partinin önerdiği siyasal projeyi her bakımdan hukuki demokratik araçlarla gerçekleştirmeye çalışması, ikincisi ise partinin önerdiği siyasal projenin kendisinin de içerik bakımından demokrasinin temel ilkeleriyle bağdaşır olması gerekliliğidir<sup>86</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir siyasal partinin kapatılabilmesi için üç şart aramaktadır. Birincisi siyasal partilerin kapatılması konusunun kanunla düzenlenmesi veya en azından önceden bilinebilir bir işlemle ilan edilmesi şartıdır. Dolayısıyla Mahkeme'ye göre siyasal partilerin kapatılması konusunun anayasa ile düzenlenmesi zorunlu değildir. İkinci şart ise, kapatmada meşru bir amaç güdüldüğüdür. Mahkeme, kamu güvenliğinin korunması, milli güvenliğin sağlanması, başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suçun önlenmesi gibi sebeplerle siyasal partilerin kapatılmasını meşru sebep olarak değerlendirmektedir. Diğer bir şart ise demokratik bir toplumda gereklilik şartıdır. Mahkeme'ye göre siyasal partinin kapatılması tedbirinin uygulanabilmesi için tedbirin güdülen amaçla orantılı olması ve bu konuda "kaçınılmaz bir toplumsal ihtiyacın bulunması" gerekmektedir. Bu şartların gerçekleşmesi halinde kapatma tedbirinin demokratik bir toplumda gerekli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır<sup>87</sup>.

Avrupa hukukunda genel olarak parti kapatma sebeplerini şiddet kullanılması, şiddet kullanımının savunulması ve temel demokratik ilkelerin tahribinin amaçlanması şeklinde ifade edebiliriz. Bu bağlamda Türk Anayasa Mahkemesi'nin bu kriterler uyarınca hareket etmesi yalnızca Avrupa Konseyi üyeliğimizin ve uluslar arası taahhütlerimizin bir gereği olarak değil Türk pozitif hukuku bakımında da Anayasa'mızın 90. maddesinin son fıkrasının öngördüğü bir zorunluluktur<sup>88</sup>. Öte yandan Anayasa Mahkemesi'nin bir siyasal parti kapatma davasında "kanun hükmünde olduğu" için AİHM'yi SPK

86 ÖZBUDUN, Ergun, Parti Kapatmada Avrupa Kriterleri, Zaman Gazetesi, 01. 05. 2008.

87 GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa, 2008, s. 232-233.

88 ÖZBUDUN, Ergun, Parti Kapatmada Avrupa Kriterleri, Zaman Gazetesi, 01. 05. 2008.

ile birlikte değerlendirmesi, Anayasaya aykırılığı tespit ederken de Anayasa hükümlerini AİHS’de ve ek protokollerde öngörülen hak ve özgürlükleri dikkate alarak karara varması gerektiği de ifade edilmektedir. AİHS iç hukumuzun bir parçası olduğundan yargı yerlerince özellikle ve öncelikle uygulanmak durumundadır. AİHS'nin hükümlerini somutlaştıran ve hayata geçiren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları da yargı organlarınca özellikle de Anayasa Mahkemesince dikkate alınması gerekmektedir. Ancak bu takdirde milli hukuk ile uluslararası hukuk arasında bir uyum sağlanabilir. Yine Anayasa Mahkemesinin sınırlayıcı ulusal yasa ile AİHS arasında bir çatışma olması durumunda, Sözleşmenin gerisindeki genişletici iradeyi, yasa-yı belirleyen sınırlayıcı iradeye üstün sayarak özgürlükçü bir yorum getirmesi, tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu demokratik toplum düzeninin kurallarına uygun bir yaklaşım olacağı da belirtilmektedir<sup>89</sup>.

AİHS’nin siyasi partilerin kapatılması bakımından öne çıkan iki kriterinin bulunduğunu ifade edebiliriz. Bunlardan ilki Venedik Komisyonunda da yer verilmiş bulunan partinin şiddet kullanılmasını savunması ya da şiddeti politik bir araç olarak kullanması durumudur. Diğeri ise kapatma önleminin demokratik düzeni korumak bakımından başvurulacak son çare olmasıdır. Bu yaklaşım Amerikan Yüksek Mahkemesinin açık ve mevcut tehlike kriterinin de bir benzeridir. Bu kritere göre aykırılığın demokratik düzen için mevcut durumda ya da çok yakın gelecekte bir tehlike arz etmesi gerekmektedir. Aksi takdirde bir yaptırım uygulanmayacak ya da kapatma dışında kalan daha hafif önlemlerle yetinilecektir.

AİHS’nin siyasi partileri hangi kapsam da değerlendirip koruma altına aldığına da kısaca değinmekte fayda olabilir. Buna göre AİHS’de siyasal partilere ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Siyasi partiler genel olarak örgütlenme özgürlüğünün düzenlendiği 11. madde kapsamında ele alınmaktadır. Bu konuda Mahkeme siyasi partilerin Sözleşmenin 11. maddesinin koruduğu en önemli örgütlerden biri olduğunu, partilerin demokrasilerin işleyişi açısından taşıdığı önem nedeniyle aksi bir görüşün yani siyasi partilerin AİHS’nin 11. maddesinde düzenlenen örgütlenme özgürlüğünden yararlanamayacakları iddiasının<sup>90</sup> savunulmasının mümkün olmayacağı gibi, partiler söz konusu olduğunda örgütlenme özgürlüğü için Sözleşmede öngörülen sınırlamaların çok daha dar anlamda yorumlanması gerektiğini ifade

<sup>89</sup> METİN, Yüksel, Siyasi Parti Kapatma Davalarında Ortaya Çıkan Ön Sorunlar, [www.abchukuk.com/makale/makale38.html](http://www.abchukuk.com/makale/makale38.html)

<sup>90</sup> Sosyalist Parti/Türkiye Davasında hükümet bu yönde bir savunma ileri sürmüştür.

etmektedir<sup>91</sup>.

AIHM TBKP hakkında verdiği kararında demokrasinin temel özelliklerinden birisinin bir ülkenin karşılaştığı sorunları, taciz edici olsalar da, şiddete başvurmaksızın, diyalogla çözmesi olduğunu ifade etmiştir. Buna göre demokrasi ifade özgürlüğü ile beslenir. Bu ilişki altında, bir siyasal grubu, sadece bir devletin bir kısım halkının kaderini aleni olarak tartışmak istemesi ve demokratik kurallara saygı içinde, tüm ilgilileri tatmin edecek çözümler bulma amacı ile siyasal yaşama katılmak istemesi nedeni ile endişe duymamalıdır<sup>92</sup>. Yukarıda da bahsetmiş olduğumuz gibi AIHM'nin parti kapatmalarda aradığı şiddete başvurma, şiddeti teşvik kriteri burada bulunmamaktadır. Öte yandan kapatma yaptırımının orantılılığı bakımından konu ele alınacak olursa Mahkemeye göre daha faaliyetlerine bile başlamadan önce verilen ve yöneticileri için siyasal sorumluluk alma yasağı getiren, TBKP'nin derhal ve nihai olarak kapatılması gibi radikal bir tedbir, hedeflenen amaca göre orantısızdır ve demokratik bir toplumda gerekli değildir<sup>93</sup>. Ayrıca somut olayda Mahkeme daha kurulmadan kapatılan bir partinin ifade hürriyetinin kullanılması sonucu cezalandırıldığını "Ancak bir siyasi partinin, programında alenen açıklananlardan farklı hedef ve niyetlerinin var olma olasılığı dışlanamaz. Bundan emin olmak için, bu programın içeriği ile, sahibinin eylemleri ve tutumlarını karşılaştırmak gerekir. Bu olayda TBKP'nin programının herhangi bir somut eylemi tarafından yalanlanması olanağı yoktur, zira kurulur kurulmaz kapatılmış ve TBKP programını uygulama zamanı bile bulamamıştır. Böylece sadece ifade özgürlüğünün kullanılmasından kaynaklanan bir davranış cezalandırılmış olmaktadır"<sup>94</sup>.

Sosyalist Parti kararında ise Mahkeme partinin kapatılmasının demokratik bir toplumda gerekli olmadığı kanaatine varmıştır. Mahkemeye göre çoğulculuk olmadan demokrasi olmaz. Bu nedenle Madde 10'un ikinci paragrafındaki ifade özgürlüğü kavramı, sadece lehteki bilgi ve düşünceler veya saldırgan olmayan ifadeler açısından değil, saldırgan, sarsıcı, rahatsızlık verici ifadeler açısından da geçerlidir. Faaliyetlerinin kendi baslarına ifade özgürlüğünün toplu halde kullanılması niteliği taşıdığından siyasi partilerin Sözleşmenin 10. ve 11. maddeleri anlamında bir korumayı aramaya hakkı vardır. Yine Mahkemeye göre SP kapatılma kriterlerini taşımamaktadır.

91 TBK Partisi/Türkiye Davası Tarih 30.01.1998, başvuru no. 133/ 1996/ 752/ 951

92 TBK Partisi/Türkiye Davası Tarih 30.01.1998, başvuru no. 133/ 1996/ 752/ 951, prg.57.

93 TBK Partisi/Türkiye Davası Tarih 30.01.1998, başvuru no. 133/ 1996/ 752/ 951, prg.61.

94 Sosyalist Parti/Türkiye Davası 22.05.1998, başvuru no. 20/1997/804/1007.

Buna göre “Dahası Divan'ın önceki kararlarında da değindiği gibi bir demokrasinin en belirgin karakteristiği, ülkenin sorunlarına bir çözüm bulunabilmesi için karşıt fikirler olsa dahi şiddete dönüşmeyen bir diyalog ortamının tesis edilebilmesidir. Demokrasi ifade özgürlüğünü de beraberinde getirir. Bu açıdan bir siyasi grubun Devletin belli bir nüfus grubunun durumu konusunda tartışma ortamı yaratmanın ve demokratik kurallar çerçevesinde ilgili herkesi tatmin edecek çözümler üretme çabasında olması nedeni ile kapatılmasının hiçbir açıklaması yoktur”<sup>95</sup>.

ÖZDEP davasında Mahkeme partinin kapatılmasına dayanak teşkil eden programının kapatılmayı gerektirecek bir durumu olmadığını “Mahkeme, anılan siyasi projenin Türkiye Devleti'nin mevcut ilkeleri ve yapıları ile uyumlu olmamasının demokratik kuralları ihlal etmediği görüsündedir. Demokrasi açısından herhangi bir zarara sebebiyet vermemesi kaydıyla, bir Devletin mevcut düzenleme seklini sorgulayanlar da dahil olmak üzere, çeşitli projelerin önerilmesi ve görüşülmesi demokrasinin temel unsurlarındandır” şeklinde dile getirmektedir<sup>96</sup>. Öte yandan Mahkeme taraf devletlerin parti kapatma davalarında sadece yerel düzenlemelerle bağlı olmadığını, Avrupa hukukunda göz önünde bulundurulması gerektiğini kararında “Demokrasinin düzgün şekilde islemesine ilişkin siyasi partilerin önemli rolü açısından, siyasi partiler söz konusu olduğunda, 11. madde kapsamında belirtilen istisnalara harfiyen uyulması gerekmektedir; anılan partilerin dernek kurma özgürlüğüne ilişkin sınırlamaları sadece inandırıcı ve zorunlu nedenler haklı kılacaktır. 11. Maddenin 2. fıkrası anlamında bir gerekliliğin mevcut olup olmadığının tespitinde Akit Devletler, sadece sınırlı bir takdir marjına sahip olup, bu da bağımsız mahkemeler tarafından verilenler de dahil olmak üzere, tabi olduğu kanun ve kararları kapsayan Avrupa denetimi ile paralel gitmektedir” şeklinde belirtmektedir<sup>97</sup>. Aynı kararda Mahkeme daha önceden demokrasinin başlıca özelliklerinden birinin bir ülkenin sorunlarının şiddete başvurulmaksızın diyalog içinde çözümlenmesi için fırsat sağlaması olduğuna karar vermiştir. Yine Mahkemeye göre demokrasi ifade özgürlüğü ile gelişmektedir. Bu açıdan, Devlet nüfusunun bir kısmının durumunun alenen görüşülmesini istemesi ve demokratik kurallara uygun olarak ilgili herkesi hoşnut edecek çözümleri bulmak üzere ulusun siyasi hayatına katılmak istemesi nedeniyle bir siyasi grubun engellenmesinde herhangi bir meş-

<sup>95</sup> Sosyalist Parti/Türkiye Davası 22.05.1998, başvuru no. 20/1997/804/1007.

<sup>96</sup> ÖZDEP/TÜRKİYE Davası, 08.12.1999, başvuru no. 23885/94.

<sup>97</sup> ÖZDEP/TÜRKİYE Davası, 08.12.1999, başvuru no. 23885/94.

ru sebep bulunmamaktadır<sup>98</sup>.

Mahkeme STP kararında da diğer kararlarındaki tutumunu devam ettirmiştir. Buna göre Mahkeme STP'nin siyasi faaliyetlerine başlamadan kapatıldığını ve bu önlemin sadece parti programından dolayı alındığını ifade etmektedir. Mahkeme STP'nin Kürtlerin gelecekte kaderlerini kendilerinin tayin etme hakkını talep ettiğini ve "bağımsızlık savaşı" yapma hakkını tanıdığını belirtmesine karşın bu tip bir programın Türk Devletinin mevcut prensipleri ve yapısı ile uyumlu olmaması demokrasi ile de çelişkili olması anlamına gelmeyeceği; mevcut bir devletin yapısını sorgulasa dahi farklı politik programların teklif edilmesi ve tartışılmasının, demokrasinin kendisine zarar vermemesi şartıyla demokratik sistemin vazgeçilmez ögesi olduğunu düşünmektedir. Yine Mahkemeye göre mevcut durumda STP'nin programının herhangi bir somut eylemi ile yalanlanması olanağı yoktur, zira kurulur kurulmaz kapatılmış ve programın uygulama zamanı bile bulamamıştır. Böylece sadece ifade özgürlüğünün kullanılmasından kaynaklanan bir davranış ile cezalandırılmış bulunmaktadır. Mahkeme herhangi bir faaliyeti olmaksızın, terörizmin Türkiye'de yol açtığı sorunlarda STP'nin sorumluluğunun olduğu sonucuna varma olanağı verecek herhangi bir kanıt göremediğini ifade etmektedir<sup>99</sup>.

Görüldüğü üzere AIHM parti kapatma konusunda sınırlamaları ve kapatma sebeplerini son derece dar yorumlamaktadır.

### **C- KAPATMA ve DEVLET YARDIMINDAN YOKSUN BIRAKILMA KARARLARININ SONUÇLARI**

Anayasa Mahkemesinin, siyasi parti kapatma davalarında, kapatma kararını beşte üç oy çokluğu (en az yedi oy) ile alması zorunludur. Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılması kararı ise üye tamsayısının salt çoğunluğu (en az altı oy) ile alınabilir.

Siyasî parti davalarında, kapatılmaya karar verebilmesi için beşte üç oy çokluğu şartı getirilmesinin nedeni, Anayasa Mahkemesinin geçmişte açılan kararlarının büyük çoğunluğunda kapatma yönünde karar vermesidir. Bu düzenleme ile kapatma kararlarının sayı olarak fazlalığının önüne geçmek ve parti kapatmanın zorlaştırılması amaçlanmıştır<sup>100</sup>.

Dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasî partinin almakta olduğu

<sup>98</sup> ÖZDEP/TÜRKİYE Davası, 08.12.1999, başvuru no. 23885/94.

<sup>99</sup> STP/Türkiye Kararı 12.11.2003, başvuru no. 26482/95

<sup>100</sup> HAKYEMEZ, s. 550- 551.

son yıllık Devlet yardımı miktarının yarısından az olmamak kaydıyla, bu yardımdan kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına, yardımın tamamı ödenmişse aynı miktarın Hazineye iadesine karar verebilir.

Bir siyasî partinin temelli kapatılmasına beyan veya faaliyetleriyle sebep olan kurucuları dahil üyeleri, Anayasa Mahkemesinin temelli kapatmaya ilişkin kesin kararının Resmî Gazetede gerekçeli olarak yayımlanmasından başlayarak beş yıl süreyle bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve deneticisi olamazlar (An. md. 69/9).

Anayasa Mahkemesi kararıyla kapatılan siyasi partinin bütün malları Hazineye geçer. Kapatma kararını Bakanlar Kurulu uygular (SPK. md. 107). Bir siyasi partinin kapatılması için dava açıldıktan sonra o partinin yetkili organı tarafından verilen kapanma kararı, Anayasa Mahkemesinde açılmış bulunan kapatma davasının yürütülmesine ve kapatma kararı verilmesi halinde doğacak hukuki sonuçlara hükmedilmesine engel değildir (SPK. md. 108).

#### D- ANAYASA ÖNERİLERİ

Ergun ÖZBUDUN başkanlığındaki Komisyon tarafından hazırlanan Anayasa Önerisinde siyasi partilerin uyacakları yasaklar şu şekilde belirtilmiştir: Siyasî partilerin tüzük ve programları ile fiilleri, insan haklarına, Devletin bağımsızlığı ve bölünmez bütünlüğüne, demokrasiye, cumhuriyete ve lâikliğe aykırı olamaz (md. 38 /1). Bu düzenleme ile siyasi partilerin amaçlarına ilişkin yasaklar daraltılmış ve sadeleştirilmiştir. Zaten eşitliğe, insan haklarına ve hukuk devletine yer vermeyen bir demokrasi düşünülmeceği gibi, sınıf veya zümre diktatörlüğü de demokrasiyle bağdaşmaz.

Partiler yabancı devletlerden, milletlerarası kuruluşlardan ve Türk tâbiyetinde olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddî yardım alamazlar (md. 38 /2).

Siyasî partiler ticarî faaliyette bulunamazlar(md. 38 /3).

Bu öneride odak olma kavramı şu şekilde tanımlanmıştır: “Bir siyasi parti, bu nitelikteki fiiller o partinin üyelerince **yoğun, sürekli ve ciddi tehlike** oluşturacak bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisindeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca benimsendiği yahut bu fiiller aynı şekilde doğrudan doğruya anılan parti organlarınca kararlılık içinde işlendiği takdirde, söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır” (m.38/5).

Bu öneriyle, 1982 Anayasasının 69. maddesinin 6. fıkrasından farklı olarak, “**yoğun, sürekli ve ciddi tehlike**” ve “**parti organlarınca kararlılık**”

**“içinde işlenme”** şartları getirilmektedir<sup>101</sup>. Bu düzenleme ile siyasi partilerin ‘odak’ olmasının şartları ağırlaştırılmıştır.

Yine bu öneride tüzük ve programın anayasaya aykırılığı halinde doğrudan kapatma davası açılması yerine, Anayasa Mahkemesi tarafından ilgili partiye ihtar verilmesi esası kabul edilmiştir. Getirilen düzenleme şu şekildedir: “Bir siyasi partinin tüzüğünün veya programının birinci fıkra hükümlerine aykırı görülmesi halinde, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının talebi üzerine, Anayasa Mahkemesince partiye ihtar bulunur. İhtarı izleyen iki ay içinde aykırılık giderilmediği takdirde, ilgili parti hakkında dava açılır” (m. 38/4). Ayrıca bu öneride Anayasa Mahkemesinin siyasi parti davalarında kapatmaya karar verilebilmesi, üye tamsayısının üçte ikisinin kapatma doğrultusunda oy kullanması şartına bağlanmıştır (m. 115/1). Siyasi parti davalarında, kapatılmaya karar verilebilmesi için üçte iki oy çokluğu şartı getirilmesinin nedeni, Anayasa Mahkemesinin geçmişte açılan parti kapatma davalarında kararlarının büyük çoğunluğunda kapatma yönünde olmasıdır. Bu düzenleme ile kapatma kararlarının sayı olarak fazlalığının önüne geçmek ve parti kapatmanın zorlaştırılması amaçlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi, birinci ve ikinci fıkra hükümlerine aykırılık nedeniyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından açılan davalarda, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasi partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen mahrum bırakılmasına ya da kapatılmasına karar verebilir (md. 38/6). Bu düzenleme ile mevcut düzenlemede olduğu gibi Anayasa Mahkemesinin, kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasi partinin devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verebileceği hükmü getirilmiştir.

Bu öneride siyasi partilerin kapatılmalarına neden olan mensupları için iki alternatifli bir düzenleme öngörülmüştür. Alternatif 1: “Bir siyasi partinin kapatılmasına beyan veya fiilleriyle sebep olan kurucuları dahil üyeleri, Anayasa Mahkemesinin kapatmaya ilişkin kesin kararının Resmi Gazetede gerekçeli olarak yayımlanmasından sonraki ilk milletvekilliği veya mahalli idareler seçimlerinde aday olamazlar”(m. 38/7). 1. Alternatifte Siyasi partile-

---

<sup>101</sup> Bu düzenlemenin gerekçesinde şu görüşlere yer verilmektedir: “Maddede siyasi partilerin ‘odak’ olmasının şartları da ağırlaştırılmıştır. Buna göre, üyelerin Anayasaya aykırı eylemlerinin ‘yoğun, sürekli ve ciddi tehlike’ oluşturacak şekilde işlenmesi ve bu fiillerin maddede sayılan parti yetkili organlarınca açıkça benimsenmesi durumunda veya söz konusu fiillerin bu organlar tarafından ‘kararlılık içinde’ işlenmesi durumunda ancak bir siyasi partinin ‘odak’ haline geldiğine karar verilebilecektir”.

rin kapatılmalarına neden olan mensupları için öngörülen müeyyide hafifletilmiştir 2. Alternatif olarak siyasi partilerin kapatılmalarına neden olan mensupları için öngörülen müeyyide kaldırılmıştır (m. 38/7).

Ilıcak davasında AİHM, milletvekilliği statüsünün kaybının aşırı derecede ağır bir müeyyide olduğunu, milletvekilliği statüsünün kaybı ve beş yıllık siyaset yasağının izlenen meşru amaçlarla orantılı olmadığı, bu tedbirlerin müracaatçının seçilme ve yasama görevini ifa etme hakkının bizatihi özünü ve keza onu milletvekilliğine seçmiş bulunan seçmen kitlesinin egemen iktidarını ihlal etmiş olduğunu, dolayısıyla AİHS 1 numaralı Protokolün 3. maddesinin ihlal edilmiş bulunduğu sonucuna varmıştır. Bu tür kararlarında AİHM, söz konusu tedbirlerin Türk siyasi rejiminin laik niteliğini koruma amacını taşıdığını, bu ilkenin önemi nedeniyle de izlenen amacın meşru sayılabileceğini kabul etmekle birlikte, bunları, izlenen meşru amaçla orantılı ve demokratik toplum düzeninin zorunlu gereği saymamıştır<sup>102</sup>.

Öneride kapatılan bir partinin aynı adla kurulamamasına ilişkin bir düzenleme yoktur<sup>103</sup>.

### **TBB ANAYASA ÖNERİSİ**

Türkiye Barolar Birliği Anayasa Önerisinde siyasi partilerin uyacakları yasaklar şu şekilde belirtilmiştir: Siyasal partilerin tüzük program ve bunlara eşdeğerdeki düzenlemeleriyle eylemleri, devletin bağımsızlığına, ülkesi ve ulusu ile bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine, ulus egemenliğine, demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine ve Anayasanın 29. Maddesinin 5. fıkrasında<sup>104</sup> öngörülen yasaklara aykırı ola-

<sup>102</sup> (Ilıcak/Türkiye 5 Nisan 2007, 15394/02); ÖZBUDUN, Ergun, AİHM ve Siyaset Yasakları, <http://www.zaman.com.tr/haber.do?haberno=700191.11.06.2008>.

<sup>103</sup> Siyasî partilerin kapatılmalarına yol açan yasaklar daraltılmış (m. 38/1-2) ve bu yasaklarla ilgili olarak 1961 Anayasasının 57 nci maddesindeki ifade esas alınarak partilerin kapatılması güçleştirilmiştir. Bu çerçevede, bir partinin tüzük veya programının insan haklarına, Devletin bağımsızlığı ve bölünmez bütünlüğüne, demokrasiye, cumhuriyete ve lâikliğe aykırı olması halinde doğrudan kapatma davası açılması yerine, Anayasa Mahkemesi tarafından ilgili partiye ihtar verilmesi esası kabul edilmiş (m. 38/4); siyasi partilerin “odak” olmasının şartları ağırlaştırılmıştır (m. 38/5). Anayasa Mahkemesinin siyasî parti davalarında kapatmaya karar verilebilmesi, üye tamsayısının üçte ikisinin kapatma doğrultusunda oy kullanması şartına bağlanmıştır (m. 115/1).

<sup>104</sup> 29. maddenin 5. fıkrası “Kimse, devletin sosyal, ekonomik, siyasal veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa din kurallarına dayandırma, siyasal ve kişisel çıkar veya nüfuz sağlama amacıyla her ne surette olursa olsun dini veya din duygularını yahut dince kutsal

maz, sınıf ve zümre diktatörlüğünü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz, suç işlemeye özendirmez ( md. 46/1).

Türkiye Barolar Birliği Anayasa Önerisinde parti kapatma ile ilgili olarak getirilen hüküm şu şekildedir: “Bir siyasal partinin birinci fıkraya hükümlerine aykırı eylemlerden ötürü kapatılması, onun bu nitelikteki eylemlerin işlendiği bir odak durumuna geldiğinin Anayasa Mahkemesince saptanmasına bağlıdır. Bu eylemlerin bir siyasal parti içinde birinci fıkrada korunan değerlere yönelik bir tehdit veya tehlike oluşturacak yoğunlukta veya etkide işlenmesi durumunda, o parti, söz konusu eylemlerin odağı haline gelmiş sayılır”(md. 46/3)<sup>105</sup>.

TBB'nin bu önerisinde odak olma, “tehdit veya tehlike oluşturacak yoğunluk veya etki” şartına bağlanmaktadır<sup>106</sup>. Bu öneride odaklaşma olgusu, gerek nicelik ve gerekse nitelik bakımından “tehdit ve tehlike” ölçütüne bağlanmaktadır Anayasa Mahkemesi bir partinin odak haline gelip gelmediğini, parti içindeki eylemlerin, korunan değerlere yönelik bir tehdit veya tehlike oluşturacak yoğunlukta veya etkide işlenmesine göre takdir edecektir. Bu düzenleme odak haline gelmede Anayasa Mahkemesine geniş takdir yetkisi verilmiştir.

Ayrıca bu düzenlemede tüzük, program ve bunlara eşdeğerdeki düzenlemelerin birinci fıkralara aykırılığı nedeniyle kapatma kararı verilmeden önce kanunun belli bir süre ile sınırlı olarak öngöreceği bir ihtar yönteminin uygulanması esası benimsenmiştir (md. 46/2).

Bu öneri de getirilen başka bir yenilikte, eylemi, söylemi veya örgütsel yapısıyla özünde, kapatılan bir siyasal partinin devamı niteliğinde olduğu veya yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türkiye Cumhuriyeti uyrukluğunda olmayan kişilerden veya bunların oluşturduğu kuruluşlardan maddi yardım aldığı Anayasa Mahkemesince saptanan partiler kapatıla-

---

sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz. Bu yasağın ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar kanunla düzenlenir”.

<sup>105</sup> Türkiye Barolar Birliği Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, Ankara, Kasım 2007, 4. Baskı, s. 98;

<sup>106</sup> Bu düzenlemenin gerekçesinde şu görüşlere yer verilmektedir: “odaklaşmaya yeni bir tanım getirilmiştir. Buna göre, odak olgusu ancak, parti içindeki eylemlerin birinci fıkrada korunan değerlere yönelik bir tehdit ya da tehlike oluşturacak yoğunlukta veya etkide olması halinde gerçekleşmiş sayılacaktır. Böylece odaklaşma olgusu, gerek nicelik ve gerekse nitelik bakımından daha açık bir ölçüte, “tehdit ve tehlike” ölçütüne bağlanmaktadır” Türkiye Barolar Birliği Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, s. 107-108.

cağını öngören düzenlemedir (md. 46/4).

Yine bu öneriye göre, “kanunlarda yer alan yasaklar, parti kapatma yaptırımına konu olamaz. Bu çeşit yasaklar, kanun koyucu tarafından eylemin ağırlık derecesine göre farklı yaptırımlara bağlanır(md. 46/5). Bu düzenlemeyle kapatma nedenleri mevcut düzenlemeye paralel olarak tahdidi olarak düzenlenmiştir.

Öneride siyaset yasağı, dört yıla indirilmiştir. Ayrıca mevcut düzenlemeden farklı olarak bunların 4 yıl boyunca seçilme hakkından yararlanamayacakları da düzenlenmiştir. Buna göre, “Bir siyasal partinin kapatılmasına beyan veya eylemleriyle neden olanlar, Anayasa Mahkemesinin kapatmaya ilişkin kararının Resmi Gazetede gerekçeli olarak yayımlanmasından başlayarak dört yıl süreyle seçilme hakkından yararlanamazlar ve bir siyasal partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi veya denetçisi olamazlar (md. 46/6).

TÜSİAD’ın anayasa önerisinde bu konuda herhangi bir öneri bulunmamaktadır. TOBB (2000) Anayasa Önerisinde parti kapatma konusunda 2001 anayasa değişikliğinden önceki düzenlemeyi benimsemiştir. Buna göre, Siyasi partilerin kapatılması, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının açacağı dava üzerine Anayasa Mahkemesince karara bağlanır. Bir siyasi partinin tüzüğü ve programının 68’inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı bulunması halinde temelli kapatma kararı verilir. Bir siyasi partinin 68 inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerinden ötürü temelli kapatılmasına, ancak, onun bu nitelikteki fiillerin işlendiği odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesi’nce tespit edilmesi halinde karar verilir (md. 69). Bu öneride Siyaset yasağı beş yıl olarak belirlenmiş ve kapatılan bir partinin başka ad altında kurulamayacağı düzenlenmiştir.

Türkiye İşadamları ve Sanayiciler Konfederasyonu (TUSKON ) siyasi partilerin kapatılması konusunda Ergun Özbudun başkanlığındaki Komisyon tarafından hazırlanan öneriyi benimsemiştir(md 38). Bu öneriye göre: Bir siyasi partiye birinci fıkra hükümlerine aykırı fiillerinden ötürü yaptırım uygulanmasına, ancak onun bu nitelikteki fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesi "nde tespit edilmesi halinde karar verilir. Bir siyasi parti, bu nitelikteki fiiller o partinin üyelerince yoğun, sürekli ve ciddi tehlike oluşturacak bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya TBMM "deki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca benimsendiği yahut bu fiiller aynı şekilde doğrudan doğruya anılan parti organlarınca kararlılık içinde işlendiği takdirde, söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır.

### **SONUÇ ve ÖNERİLER**

İnsan haklarına ilişkin milletlerarası sözleşmelerin iç hukuk bakımından

üstünlüğünü kabul eden son yapılan düzenleme çerçevesinde, Anayasa Mahkemesi siyasi parti kapatma davalarında, ilgili olduğu ölçüde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarını da dikkate alması gerekir.

1995 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri ile siyasi partilerin örgütlenme ve çalışmalarına ilişkin yasaklar oldukça hafifletilmiştir. 2001 yılında yapılan değişikliklerle, siyasi partilerin kapatılması güçleştirilmek istenmiştir. Bu değişikliklerle, bir siyasi partinin Anayasaya aykırı eylemlerin odağı haline gelme durumu tanımlanmıştır. Başka bir ifadeyle odak haline gelme durumunun şartlarının neler olacağı bizzat Anayasada düzenlenmiştir. Yapılan bu değişikliklerle, Anayasa Mahkemesinin, temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasî partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verebileceği düzenlenmiştir. Siyasî parti davalarında kapatılmaya karar verilebilmesi için beşte üç oy çokluğu şartı getirilmiştir. Siyasî parti davalarında, kapatılmaya karar verilebilmesi için beşte üç oy çokluğu şartı getirilmesinin nedeni, Anayasa Mahkemesinin geçmişte açılan kararlarının büyük çoğunluğunda kapatma yönünde karar vermesidir. Bu düzenleme ile kapatma kararlarının sayı olarak fazlalığının önüne geçmek ve parti kapatmanın zorlaştırılması amaçlanmıştır.

Anayasaya göre bir siyasi partinin kapatılabilmesi için üç neden öngörülmüştür. Anayasadaki parti kapatma nedenlerindeki sınırlı sayıya rağmen, Siyasi partiler Kanununda bu yasakları aşan ve anayasaya aykırı yönleri bulunan birçok yasak yer almaktadır. Anayasaya rağmen bu yasakların uygulanması mümkün olamayacağına göre, bu yasakların yapılacak bir düzenleme ile kaldırılması ya da Anayasa Mahkemesince Anayasa yargısı çerçevesinde ayıklanabilmesi gerekir.

Anayasa Mahkemesinin bir partiyi sadece tüzük ve programına bakarak kapatmaması gerekir. Bu gibi durumlarda ilgili partiye tüzük ve programını Anayasaya uygun hale getirme imkanının da tanınmasında yarar vardır.

Siyasi partilere uygulanacak yaptırımlar; kapatma, Devlet yardımından tamamen yoksun bırakma ve Devlet yardımından kısmen yoksun bırakmadır. Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılma yaptırımı, kapatma yaptırımına göre daha hafif bir yaptırımdır. Kapatma dışında getirilen bu yaptırım, partilerin kapatılmasının ancak istisnai durumlarda ve son çare olarak düşünülmesi gerektiği konusundaki görüşlerle uyumludur. Yaptırımın bütün partilere uygulanamayacak olması bir eksiklik ise de Devlet yardımı almayan partiler içinde, yapılacak bir düzenleme ile, başka yaptırımlar öngörülebilir. Örneğin, para cezası, belirli bir süre siyasi faaliyetlerinin durdurulması gibi. Burada önemli olan partinin yaptığı faaliyetlerle yarattığı tehli-

ke ile orantılı bir yaptırım olmasıdır.

AIHS ile Türk hukuku arasında siyasi partilerin kapatılması rejimi bakımından mevcut farklılığın giderilmesi için Anayasa ve Siyasi Partiler Kanunu'nda esaslı değişiklikler yapılması gerekmektedir. Buna göre yukarıda belirtilen alternatif yaptırımların yasal bir zemine oturtulması bu değişikliklerle sağlanmalıdır<sup>107</sup>.

Öte yandan 1995 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle parti kapatma nedenleri sınırlı olarak sayılmak suretiyle SPK'nın parti kapatma nedenlerini düzenleyen hükümleri yürürlükten kalkmıştır. Buna göre Anayasa Mahkemesi SPK'nın öngördüğü pek çok anti-demokratik yasakla bağlı olmaktan kurtulacak ve Anayasadaki genel ilkeleri daha liberal bir şekilde yorumlama imkanına kavuşacak, Avrupa hukuku da bu konuda Mahkemeye ışık tutacaktır<sup>108</sup>.

Siyasi partilerin ifade özgürlüğünün kullanım araçlarından birisi oluşu; ifade özgürlüğü olmadan düşünce özgürlüğünden bahsedilememesi<sup>109</sup> ve siyasi partilerin demokrasinin vazgeçilmez unsurlarında biri olması (AY m.68/2) siyasi partileri ayakta tutma gerekliliğinin temel gerekçelerini oluşturmaktadır. Yine parti kapatma yerine ıslah edici etkileri olan en yakın seçimlere girme hakkını kaybetme, seçimleri kazansa bile hükümet etme veya kurulacak hükümette yer alma hakkının bir dönem kısıtlanması<sup>110</sup>, geçici olarak faaliyetlerinin durdurulması<sup>111</sup> gibi alternatif yaptırımların uygulanması daha uygun olabilir.

---

<sup>107</sup> UYGUN, s. 266.

<sup>108</sup> UYGUN, s. 272.

<sup>109</sup> DURMUŞ, s. 62.

<sup>110</sup> DURMUŞ, s. 61.

<sup>111</sup> UYGUN, s. 258-259.

## GENİTAL MUAYENE SUÇU (TCK. Madde 287)

*Yrd. Doç. Dr. İbrahim DÜLGER\**

### GİRİŞ

765 sayılı eski Türk Ceza Kanununda yer almayan genital muayene suçu, ceza hukukumuzda ilk kez 5237 sayılı kanunla girmiş, gerek kanunlaşma aşamasında gerekse kanunlaştıktan sonra üzerinde en çok konuşulan ve en çok eleştirilen düzenlemelerden biri olmuştur.

Bu suç, 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanununun suçların düzenlendiği “Özel Hükümler” başlıklı ikinci kitabının, “Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler” başlıklı dördüncü kısmının, “Adliyeye Karşı Suçlar” başlıklı ikinci bölümünde, “Genital Muayene” başlıklı 287. maddesinde düzenlenmiştir<sup>1</sup>.

765 sayılı kanun zamanında sıkça karşılaşılan, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu, yatılı okul ya da yurt yetkilileri tarafından veya ailelerce genç kızların bekaret kontrolü ya da kızlık muayenesi olarak adlandırılan böyle bir kontrole gönderilmeleri, insanlık dışı bir uygulama ve mağdurun kişilik haklarının ihlali olduğu, onun psikolojik olarak gelişim ve sağlığında onarılamaz yaralar açtığı gerekçeleriyle ağır şekilde eleştirilmiştir. Eleştirilmekle birlikte bu kontrolü yaptıran ya da yapanlara, böyle bir fiilin ceza kanunu ya da sair kanunlarda suç olarak düzenlenmemiş olması, bu nedenle de kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gereğince, herhangi bir adli işlem yapılamamıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun yürürlüğe girmesinden önce, bu konuda sadece hekimler açısından bir düzenleme mevcuttu. Bu ise kanuni bir düzenleme olmayıp meslek birliğine ait idari bir düzenlemeydi. Buna göre genital muayene yapan bir hekim hakkında, Türk Tabipleri Birliği tarafından

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı.

<sup>1</sup> Madde 287- (1) Yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve tüzüklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz.

47. Genel Kurulda kabul edilip 01.02.1999 tarihinde yayınlanan, Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının, “Cinsel İlişki Muayeneleri” başlıklı 39. maddesine göre hareket edilmekteydi. İlgili maddede hekimlerin, savcılıklar ve mahkemeler dışındaki kişi ya da kurumlardan gelen cinsel ilişki muayene taleplerini dikkate alamayacaklarına, ilgilinin veya ilgili reşit değilse veli ya da vasisinin aydınlatılmış onamı olmadıkça cinsel ilişki muayenesi yapamayacaklarına hükmedilmekteydi<sup>2</sup>. Bu kurala aykırı davranan hekim ya da hekimler, fiilleri ayrı bir suç oluşturmadığı takdirde, Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği hükümlerince cezalandırılmaktaydı. Buradan anlaşılacağı üzere ilgili kurala aykırı genital muayene yapan hekim, fiili ayrı bir suç oluşturmadığı takdirde, herhangi bir ceza kovuşturmasına tabi tutulmamakta, ancak idari soruşturma ile cezalandırılabilmekteydi.

Çeşitli kadın kuruluşlarının ve sivil toplum örgütlerinin talep ve baskılarının da etkisiyle, 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanununda genital muayene suçuna yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın bir kimsenin genital muayeneye gönderilmesi veya genital muayenesinin yapılması yasaklanmıştır.

## I- KORUNAN HUKUKİ YARAR

Ceza kanunlarında yer alan suç tipleri belirli bir sistem içerisinde gruplandırılır. Bunun için çeşitli ölçütler<sup>3</sup> olmakla birlikte yaygın olarak, korunan hukuki yarar ölçütü<sup>4</sup> kullanılmaktadır. Bazı suç tipleri, birden fazla hukuki yararı korumaktadır. Böyle bir durumda kanun koyucu öncelik verdiği hukuki yarara göre ilgili suçu o grup içerisinde düzenlemektedir.

Ceza kanunumuzda genital muayene adliyeye karşı suçlar bölümünde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden çıkardığımız sonuç, kanun koyucunun öncelik verdiği hukuki yararın, ceza yargısının, her türlü ihlal ve kötüye kullanımın engellenerek sağlıklı bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlamak

<sup>2</sup> Hekimlik Meslek Etiği Kuralları için bkz.: [http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com\\_content&task=view&id=65&Itemid=31](http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id=65&Itemid=31), 03.01.2008, 01:57.

<sup>3</sup> Bu ölçütler için bkz.: TOROSLU, Nevzat, Cürümlerin Tesnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970, s. 45 vd.; TOROSLU, Nevzat, “Suçların Tasnifi Sorunu ve Taksirli Suçlar İle Kabahatler Konusunda Bazı Eğilimler”, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK’nın 50 Yılı ve Geleceği, İstanbul 1977, s. 118 vd.; EREM, Faruk/TOROSLU, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 1994, s. 18 vd.; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C. I, İstanbul 2007, s. 4.

<sup>4</sup> Hukuki yarar konusunda geniş bilgi için bkz.: ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s. 33 vd.

olduğudur. Başka bir ifadeyle, ceza yargılaması sürecinde adliyenin irade ve işleyişine karşı gelinmesini önlemektir. Böylelikle her türlü baskı, etki, yönlendirme ve kötüye kullanımın önüne geçilerek ceza yargılamasının sağlıklı, doğru, adil ve kanuna uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi hedeflenmiştir.

Genital muayeneye ilişkin düzenleme incelendiğinde bu hükmün birden fazla hukuki yararı güvence altına aldığı görülür. Bunlar, bireyin cinsel özgürlüğü, vücut dokunulmazlığı, kendi irade ve tercihiyle hareket edebilme özgürlüğü, onur dokunulmazlığı ve nihayet çok dolaylı da olsa ve ancak bazı istisnai hallerde adliyenin irade ve işleyişinin sağlıklı yürütülmesidir. Kanun koyucu, biraz önce de ifade ettiğimiz gibi, bu yararlarından adliyenin irade ve işleyişini öncelikli yarar olarak kabul etmiştir.

Yeni ceza kanununun temel felsefesinin insan merkezli<sup>5</sup> ve bireyci olduğunun, bireyin ve haklarının öncelikli olarak ele alındığının vurgulanmasına karşın, kanun koyucunun bu tercihi, bize göre, deklare ettiği felsefeye uygun bir düzenleme olmamıştır. Şöyle ki; genital muayene ile öncelikle bireyin maddi ve manevi kişiliğine saldırılmakta, cinsel anlamda vücut dokunulmazlığı ihlal edilmektedir. Bir ceza kovuşturması çerçevesinde, haricen yapılmış ya da yaptırılmış olan genital muayenenin adliyenin irade ve işleyişine yapılan bir saldırı olduğu düşünülse de buradaki zarar tali ve bireyin uğradığı zararın yanında çok daha önemsiz kalmaktadır.

Sonuç olarak, bize göre korunan hukuki yarar, öncelikli olarak bireyin cinsel özgürlüğü, vücut dokunulmazlığı, kendi irade ve tercihiyle hareket edebilme özgürlüğü, onurlu, saygın ve haysiyetli yaşama hakkıdır<sup>6</sup>. Bu iti-

5 Adalet Bakanlığı, Kanunlar Genel Müdürlüğünce hazırlanan ve Yeni Ceza Kanunu tanıtım seminerlerinde de yer alan “Bakanlığımızca Hazırlanan Temel Ceza Kanunları ile Ceza Hukukumuzda Getirilen Yenilikler” başlıklı makalede, Türk Ceza Kanunuyla getirilen yeniliklerle ilgili ilk olarak;

*“Kanunla 765 sayılı Türk Ceza Kanununun sistematik yapısı tamamen değiştirilmiştir. Yeni Türk Ceza Kanunu, yalnız hükümleri bakımından değil sistematigi bakımından da “insan merkezli” bir kanundur.*

*765 sayılı Kanunun sistematiginde, öncelikle Devletin şahsiyetine karşı suçlar düzenlenmişken; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bireye verilen önemi vurgulamak amacıyla, insanlığa karşı suçlar ve kişilere karşı suçlar, özel hükümler arasında, öncelikle düzenlenmiştir.”* denilmektedir. Bkz.: <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/diger/kgmbriefing.doc>, 27.01.2008, 24:38.

6 Aynı yönde görüş için bkz.: HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 529; ÜNVER, Yener, Adliye Karşı Suçlar (TCK. m. 267-298), İstanbul 2008, s. 448; aksi

barla genital muayene suçunun, millete ve devlete karşı suçlar kısmının adli-yeye karşı suçlar bölümünde değil, kişilere karşı suçlar kısmının cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bölümünde düzenlenmesi daha yerinde olurdu.

## II- SUÇUN KONUSU

Konu, somut bir şeydir. Bazı suç tiplerinde konunun, bir nesne olduğu açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Örneğin, hırsızlık suçunda taşınır bir mal, mala zarar verme suçunda taşınır ya da taşınmaz bir mal konuyu oluşturan nesnedir. Fakat konuyu, mağdurla ya da korunan hukuki değerle karıştırmak gerekir. Öyle ki bazı suçlarda konu ile mağdur iç içe olmakla beraber ayrı şeylerdir. Örneğin, yaralama suçlarında, mağdur yaralanan kişi olmasına karşın suçun konusu bu kişinin vücududur. Aynı şekilde hakaret suçlarında mağdur, hakaret edilen kişi, konu ise bu kişinin şerefidir. Korunan hukuki değer soyut, konu ise biraz önce de belirttiğimiz gibi daha somut bir şeydir ve bazen belli bir kişi ile de bağlantılı olabilir. Örneğin yaralama suçlarında korunan hukuki değer, kişinin vücut dokunulmazlığı iken konu, kişinin vücududur. Hakaret suçunda ise korunan hukuki değer, kişinin onurlu, saygın ve haysiyetli yaşama hakkı iken konu, kişinin onuru, şerefidir<sup>7</sup>.

Bu açıklamalardan sonra suçun konusunu, üzerinde suçun işlendiği bir nesne ya da değer olarak belirtebiliriz. Buna göre genital muayene suçunun konusu, muayeneye götürülen ve/veya muayene edilen bireyin vücudunun bir kısmını teşkil eden genital organları, bir başka ifadeyle üreme sistemidir.

Bazı yazarların belirttiği gibi bu suçun konusunun, “yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın, yapılan genital muayene işlemi”<sup>8</sup> olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Bize göre, yetkili mercii kararı olmaksızın yapılan genital muayene işlemi, suçun konusunu değil, genital muayene yapma suçu açısından maddi unsur içerisindeki hareketlerden birini oluşturur.

---

görüş için bkz.: MERAN, Necati, Açıklamalı – İçtihatlı Sulh Ceza Davaları, Ankara 2007, s. 798.

<sup>7</sup> ÖZGENÇ, İzzet, “Yeni TCK’nun Hazırlanmasında Esas Alınan Suç Teorisi”, s. 16-21, bkz.: <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/pp2.ppt>, 27.12.2007, 23:34; ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2008, s. 205-206; ÖZGENÇ İzzet/ŞAHİN Cumhur, Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. Bası, Ankara 2001, s. 112; ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2007, s. 441-442; suçun konusu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: TOROSLU, Cürümlerin Tasnifi, s. 87 vd.

<sup>8</sup> MERAN, s. 800.

### III- FAİL

Genital muayene suçuna ilişkin 287. madde metni incelendiğinde, birbiriyle bağlantılı olmakla birlikte suçun maddi unsuru yönünden farklı iki suçun düzenlediği görülmektedir<sup>9</sup>. Bunlardan ilki, yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın bir kişiyi genital muayeneye gönderme; diğeri ise yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın genital muayene yapma suçlarıdır<sup>10</sup>.

Genital muayeneye gönderme suçu açısından:

Genital muayeneye gönderme suçu açısından fail herkes olabilecektir. Fakat tüzel kişiler bu suçun faili olamazlar<sup>11</sup>. Kişi muayeneye bir tüzel kişilik

<sup>9</sup> Aynı yönde bkz.: HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 530.

<sup>10</sup> Genital muayene suçu, Adalet Alt Komisyonunda kabul edilen tasarıda 289. maddede düzenlenmiş ve burada sadece kişinin genital muayeneye gönderilmesinden bahsedilmiştir (Bkz.: Türk Ceza Kanunu Tasarısı – Adalet Alt Komisyonunda Kabul Edilen Metin, Ankara 2004, s. 229-230). Fakat madde Türkiye Büyük Millet Meclisi genel kurulunda görüşülürken, 16 Eylül 2004 tarihli 121. Olağanüstü birleşimde, altı milletvekilince verilen ortak önergeyle birinci fıkrasında yer alan “kişinin genital muayeneye gönderilmesi halinde” ibaresi “kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan” olarak değiştirilmiştir. Değişiklik gerekçesi ise, “Tasarıda kişilerin beden bütünlüğü ve bireyin ruhsal sağlığı üzerinde olumsuz etkileri olan genital muayenenin ancak yetkili hâkim ve savcı kararıyla yapılacağı hükme bağlanmış ve böyle bir karar olmaksızın genital muayeneye gönderme suç olarak düzenlenmiştir. Ancak, madde metninde muayeneyi yapan bakımından bir açıklık olmadığı ve bu husus tereddüt yaratacağından, metne ‘muayeneyi yapan’ sözcükleri eklenmiştir.” şeklinde belirtilmiştir. Bkz.: <http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem22/yil2/bas/b121m.htm>.

<sup>11</sup> Tüzel kişilerin suç failliği konusunda bkz.: ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 191-205; ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 97-110; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 426-441; ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tebirleri Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2005, s. 120; DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2007, s. 215-218; HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2008, s. 99; SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2005, s. 223, 503; ÖZBEK, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi - Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Ankara 2005, C. 1, s. 239-243; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 131; DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. II, 12. Bası, İstanbul 1999, s. 403 vd. (no. 1148 vd.); CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4. Bası, s. 240-247; ÖZEN, Muharrem, “Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hü-

adına gönderilmiş olsa bile fail, tüzel kişilik değil, tüzel kişilik adına bu gönderme kararını veren, bu işlemi gerçekleştiren gerçek kişi ya da kişilerdir.

Bu suçun failinin herkes olabileceğini belirtmemize rağmen ebeveynin fail olup olamayacağını belirlemek gerekir. Doktrinde ebeveynin bu suçun faili olamayacağı iddia edilmekte, gerekçe olarak da “reşit olmayan çocukları üzerinde rıza gösterme yetkisine sahip olan ebeveyn çocuklarını genital muayeneye gönderme hakkına da sahiptir” denilmektedir<sup>12</sup>. Böyle bir genellemeyle ebeveynin hiçbir şekilde fail olamayacağı düşüncesine ve ileri sürülen gerekçeye katılmadığımızı ifade etmeliyiz<sup>13</sup>. 287. maddenin gerekçesinde, hukuka aykırı olarak yapılan genital muayenenin suç haline getirildiği belirtilmektedir. O halde hukuka aykırı olmayan genital muayeneler suç oluşturmayacaktır. Bu itibarla ebeveynin çocuğunu genital muayeneye götürmesinin hukuki olup olmadığının incelenmesi gerekir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ebeveyn çocuklar üzerinde bir takım hak ve yetkiler tanımaktadır fakat bu hak ve yetkiler sınırsız değildir. Bize göre ebeveyn bazı durumlarda bu suçun faili olabilecektir. Konuyu farklı ihtimaller çerçevesinde değerlendirecek olursak:

Ebeveynin bir rahatsızlığını teşhis ve tedavi amacıyla, velayeti altındaki çocuğu genital muayeneye götürmesi bu suçu oluşturmayacaktır. Çünkü ebeveynin çocuklarının bedensel ve zihinsel olarak sağlıklı gelişimlerini sağlamak konusunda hak ve yükümlülükleri vardır.

Çocuğun ileride karşılaşılabileceği olumsuzlukların önüne geçmek amacıyla, onun yararına olarak genital muayeneye götürülmesinde ise ebeveynin fail olup olmadığının belli şartlara göre değişeceği düşüncesindeyiz. Örneğin ağaçtan düşen kız çocuğunun kızkılık zarar görmüş olabileceğini düşünen ebeveyn, ileride çocuğunun evlenme çağında onun açısından olumsuzluk oluşturabileceği kaygısıyla genital muayeneye götürerek böyle bir şeyin olup olmadığının belirlenmesi, olmuş ise düşme sonucu meydana geldiğine ilişkin rapor tanzimi amacıyla götürmesinde suçun oluşup oluşmadığını tespit ede-

---

kümlerine Bir Bakış”, AÜHFD, C. 52, 2003/1, s. 63 vd.; KANGAL, Zeynel T., Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, Ankara 2003, s. 123 vd.

<sup>12</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 529. Hakeri, bu konuda ek olarak, belirli bir yaştan sonra çocuğa da rıza gösterme yetkisinin tanındığı hallerde, genital muayeneye itiraz etme hakkının tanınması gerektiğini, ebeveynin tek başına talebi ile genital muayene yapılamayacağını, ancak bu durumda dahi çocuklarını hekime genital muayene için götürme ebeveynin fail olamayacağını belirtmektedir.

<sup>13</sup> Farklı gerekçeyle aynı yönde bkz.: ÜNVER, Adliyeye, s. 449-450.

bilmek için çocuğun ayırt etme yeteneğine<sup>14</sup> sahip olup olmadığına bakmak gerekir. Çocuk, ayırt etme yeteneğine sahip değilse ebeveynin bu örnekteki fiili suç oluşturmayacaktır. Fakat burada çocuk ayırt etme yeteneğine sahipse ve ebeveynin iyi niyetle götürdüğü genital muayeneye rıza göstermiyorsa, buna rağmen ebeveyn çocuğu muayeneye götürmüşse bu durumda bize göre fail olacaktır.

Bir diğer ihtimalde ise, kız çocuğunu, rızası olmadığı halde, cinsel ilişkiye girip girmediğini öğrenmek için genital muayeneye götürmesi halinde suç oluşacak ve ebeveyn fail olarak yargılanacaktır.

Son iki ihtimal olarak açıkladığımız durumlarda hekimin çocuğun rızasızlığından hareketle genital muayene yapmaktan kaçınması gerekir. Aksi takdirde 287. madde kapsamında sorumlu olacaktır. Çocuğun rızasızlığına rağmen ebeveyn tarafından genital muayeneye getirilmiş olması halinde hekim muayeneden kaçınmakla birlikte ayrıca gecikme göstermeksizin yetkili makamlara durumu bildirmek zorundadır. Bildirmediği takdirde de Ceza Kanununun 280/1. maddesine<sup>15</sup> göre yargılanacaktır.

Genital muayene yapma suçu açısından:

Yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın genital muayene yapma suçunun faili herkes olabilir<sup>16</sup>. Doktrinde ileri sürüldüğü gibi failin yalnızca hekim ya da sağlık personeli olduğu düşüncesine<sup>17</sup> katılmıyoruz.

Ceza kanunumuzun 287. maddesinin metni ve gerekçesi incelendiğinde böyle bir hükme varmak bizce mümkün değildir. Bu suçun, adliyeye karşı işlenen suçlar içerisinde yer alması nedeniyle adli bir soruşturma ve kovuşturma çerçevesinde işlenebileceği düşünüldükten böyle bir fikir ileri sürülmüş olabilir. Fakat maddenin konuluş amacı dikkate alındığında bu suçun mutlaka adli bir soruşturma ya da kovuşturmaya konu bir olay açısından işlenmiş olması şart değildir<sup>18</sup>. Bir başka ifadeyle herhangi bir soruşturma ve kovuş-

14 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 13. maddesinde ayırt etme yeteneği “Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.” ifadesiyle tanımlanmıştır.

15 Madde 280- (1) Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

16 Aynı yönde görüş için bkz.:ÜNVER, Adliyeye, s. 448, 450-451; MERAN, s. 798.

17 HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 529.

18 HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 530. Hakeri, bu düşüncüyü sadece “muayeneye gönderme eylemi” için ileri sürmektedir.

turmaya konu olmaksızın da bu suç işlenebilecek, dolayısıyla genital muayene yapabilen herkes fail olabilecektir. Örneğin bir kovuşturma kapsamında olsun ya da olmasın, tıp fakültesi 4. sınıf öğrencisi ya da çevrede tıbbi konularda bilgili kabul edilen biri tarafından genital muayene yapılması halinde, bu kimseler de fail olabileceklerdir.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının İcrasına Dair Kanununun 11. ve 13. maddeleri, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 75/3. maddesi, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkındaki Yönetmeliğin 4., 7. ve 11. maddeleri dikkate alındığında, tıbbi anlamda müdahalenin ve/veya beden muayenesinin, hekim ya da sağlık mesleği mensubu tarafından yapılması gerekmektedir. Fakat belirttiğimiz maddelerden hareketle failin mutlaka hekim ya da sağlık personeli olması gerektiği sonucuna varılması bizce mümkün değildir. Bu maddeler, ceza yargılamasında resmi bir belge ve geçerli bir delil olarak değerlendirilmesi açısından muayenenin kimler tarafından yapılabileceğine ve buna ilişkin belgenin kimler tarafından tanzim edebileceğine ilişkin bir düzenleme olarak değerlendirilmelidir. Adli bir olayda delil teşkil edebilmesi, geçerli ve resmi bir belge olması açısından kanunla yetkili kılınan hekim ya da diğer sağlık personelinin muayenesi ve belge tanzimi aranabilir. Fakat biraz önce de belirttiğimiz gibi, adli soruşturma ya da kovuşturmaya konu bir olay olmaksızın da işlenebileceği için, genital muayene yapma suçu, mahsus (özü) suçlardan olmayıp, faili hekim veya diğer sağlık personeli yanında herkes olabilecektir.

#### IV- MAĞDUR

Gerek genital muayeneye gönderme gerekse genital muayene yapma suçları açısından mağdur herkes olabilir. Mağdurun cinsiyeti, yaşı, uyuşu, mesleği, statüsü, eğitim düzeyi vs. gibi durumunun herhangi bir önemi yoktur. Türk ya da başka bir ülke vatandaşı; kadın ya da erkek; çocuk, genç, yetişkin ya da yaşlı olabilir. Mağdur, hukuka aykırı olarak genital muayeneye gönderilen ve/veya bu muayeneye tabi tutulan herhangi bir kimsedir.

Cinsel suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma kapsamındaki mağdur, şüpheli ya da sanık genital muayene suçunun mağduru olabileceği gibi herhangi adli bir soruşturma ve kovuşturma söz konusu olmaksızın genital muayeneye gönderilen ve/veya muayene edilen bir kişi de mağdur olabilecektir<sup>19</sup>.

#### V- MADDİ UNSUR

Genital muayene suçunun düzenlendiği 287. maddede, ortak yönleri ol-

<sup>19</sup> Aynı yönde bkz.: MERAN, s. 799.

makla birlikte farklı iki suç tipinin yer aldığı daha önce ifade etmiştik. Genital muayeneye gönderme suçu açısından hareket, bir kimsenin geçerli bir rızası bulunmadığı halde, yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın genital muayeneye gönderilmesidir.

Madde metninde, sadece göndermeden bahsedilmiştir. Fakat çoğu zaman göndermenin yanında mağdurun muayene yapılmak üzere götürülmesi de gerekmektedir ama kanunda bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu düzenlemenin getiriliş amacı, hukuka aykırı şekilde genital muayene yapılmasını engellemek olduğuna göre hareketi oluşturan göndermeye, götürmenin de dahil olacağını düşünmek gerekir<sup>20</sup>.

Genellikle gönderme fiiline götürme fiili de eklenmektedir. Bakire olup olmadığını tespit ettirmek üzere yatılı okul müdürünün kız öğrenciyi kendisinin ya da görevlendireceği birinin genital muayeneye götürmesinde olduğu gibi. Fakat bu sözlerimizden götürme olmaksızın göndermenin olamayacağı sonucu çıkarılmamalıdır. Örneğin yatılı okul müdürünün, bu muayeneye gitmediği takdirde kendisini yurttan atacağı, ayrıca ailesine ya da çevresine, başkalarıyla cinsel ilişkiye giren ahlaksız biri olduğunu söyleyeceği tehdidiyle kız öğrenciyi genital muayeneye göndermesinde, mağdur bu tehdit karşısında muayeneye kendi gitmekte, başka bir kişi tarafından götürülmemektedir.

Genital muayeneye götürme olmaksızın gönderme olabilmesine karşın, gönderme olmadan götürme hareketi olamaz. Örneğin yurttan kalan bir kız öğrenciyi sinemada erkek arkadaşıyla uygunsuz durumda gören yurt görevlisinin, sinema çıkışında, müdür ya da başka bir yetkilinin talimatı olmaksızın, genital muayeneye götürmesinde göndermenin bulunmadığı ileri sürülemez. Burada görevli, aynı zamanda gönderendir ve götürme hareketi, gönderme hareketini de içermektedir.

Genital muayeneye götürme fiilinin, gönderme fiilinin içerisinde düşünülmesi ve kabul edilmesi gerekir. Yurt müdürünün talimatı üzerine öğrenciyi genital muayeneye götüren yurt görevlisinin götürme fiili bağımsız bir eylem değil, yurt müdürünün gönderme eyleminin bir gereği, devamı ve uzantısıdır. Bu örnekte müdür ve görevlinin hareketleri birbirinden bağımsız fiiller ve her biri ayrı failer değildir. Görevli, müdürün gönderme fiiline

<sup>20</sup> Aynı yönde bkz.: MERAN, s. 800; aksi yönde bkz.: ÜNVER, Adliye, s. 450 - 454. Ünver, maddi unsur açısından "götürmenin" kanun metninde açık olarak ifade edilmediği bu nedenle bu fiilin bu madde kapsamında cezalandırılmayacağını, aksi halde ceza hukukunda yasak olan kıyas yapılmış olacağını, götürme fiilinin ancak kişi hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandırılabileceğini ifade etmektedir. Ünver'in bu görüşünü çok da haksız ve tutarsız olarak değerlendirmek mümkün değildir.

iştirak etmiş, göndermenin gereği olan götürme kısmını icra etmiştir.

Maddede iki ayrı suçun tanımlandığı kabul edildiğinde<sup>21</sup>, bunlardan ilki olan genital muayeneye gönderme suçu bağlı hareketli bir suçtur. Sadece mağduru genital muayeneye gönderme suretiyle işlenebilir. Fakat burada genital muayeneye götürmenin, gönderme fiilinin içerisinde düşünülmesi ve kabul edilmesi gerektiği göz ardı edilmemelidir. Götürme fiili bağımsız bir fiil değil, göndermenin bir gereği, devamı ve uzantısıdır. Bu itibarla genital muayeneye gönderme ve götürme fiillerinden bahsetmiş olmamızdan bu suçun seçimlik hareketli bir suç olduğu sonucu çıkarılmamalıdır.

Genital muayeneye gönderme suçu açısından netice, kişinin genital sisteminin muayene edilmek üzere gönderilmiş, götürülmüş olmasıdır. Dolayısıyla mağduru genital muayeneye gönderilmesi, götürülmesiyle suç tamamlanmış olur. Doktrinde bazı yazarlar tarafından genital muayeneye göndermiş olmanın suçun oluşması için yeterli olmadığı, muayenenin de yapılmış olmasının gerekli olduğu, aksi takdirde gönderen bakımından suçun teşebbüs aşamasında kaldığının kabul edilmesi gerektiği<sup>22</sup> iddiasına katılmıyoruz. Bize göre bu suçun tamamlanmış olması için muayenenin de yapılmış olması şart değildir. Çünkü 287. madde hükmünde "... kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail ..." denilmekte, öngörülen hareket modelleri "veya" bağlacıyla ifade edilmektedir. Burada "ve" bağlacı kullanılmış olsaydı bu iddia haklı olabilirdi, oysa "veya" bağlacının kullanılmış olması, bu fiillerden herhangi birinin gerçekleştirilmesiyle suçun oluşacağına delalet eder. Gerek madde metni gerekse madde gerekçesi incelendiğinde burada yer alan "veya" bağlacının "ve" olarak anlaşılmasını gerekli kılacak bir sonuç çıkarmak da mümkün değildir. Ayrıca buradaki "veya" bağlacının "ve" olarak anlaşılması gerektiğini iddia etmek kanunilik ilkesiyle de bağdaşmayacaktır.

Maddede düzenlenen ikinci suç tipi olan genital muayene yapma suçunda ise hareket, kişinin genital sisteminin bir başka ifadeyle üreme organlarının incelenmesi, kontrol edilmesidir. Bu nedenle de bu suç bağlı hareketli bir suçtur. Çünkü suçu oluşturan hareket genital sistemin muayenesinden başka

21 Maddedeki düzenlemede iki ayrı suçun düzenlendiği kabul edilmez ise, ki bu görüşe katılmadığımı belirtmekle birlikte, bu durumda bu suçun gönderme veya muayene etme şeklinde seçimlik hareketli bir suç olduğu kabul edilmelidir. Zira Ünver bu suçun seçimlik hareketli bir suç olduğunu, öngörülen davranış modellerinden olan muayeneye gönderme ya da muayene yapma hareketlerinden birinin yapılmış olmasıyla tipe uygun eylemin gerçekleşeceğini belirtmektedir. Bkz.: ÜNVER, Adliyeye, s. 453.

22 MERAN, s. 800.

bir şekilde gerçekleştirilemez. Örneğin kişinin üreme organlarının muayenesi olarak nitelendirilemeyecek biçimde sadece seyredilmesi, fotoğrafının çekilmesi, görüntü olarak kaydedilmesi veya mağdurun karşısına geçip falına bakılarak genital sistemi hakkında yorum yapılması maddi unsur içerisindeki hareketi oluşturmaz. Suçun oluşabilmesi, sadece muayenenin yapılıp yapılmadığına bağlıdır.

Bu suç açısından netice, mağdurun genital muayenesinin yapılmasıdır. Genital sistemin muayenesiyle yani üreme sisteminin incelenip, kontrol edilmesiyle suç tamamlanmış olur.

Doktrinde, bu suçun oluşabilmesinin muayeneye gönderme suçunun varlığına bağlı olduğu, yetkili hakim ve savcı dışında herhangi bir kimse tarafından muayene amaçlı göndermenin olmadığı takdirde muayene etme suçunun da oluşmayacağı iddia edilmektedir<sup>23</sup>. Bu iddiaya da katılmadığımızı belirtmek isterim. Çünkü bize göre aynı madde içerisinde düzenlenmiş olmakla birlikte bu suç diğerinden bağımsız bir suçtur. Maddenin düzenlenme şekli ve amacı ayrıca metinde yer alan “veya” bağlacı bizi bu sonuca götürmektedir. Dolayısıyla hukuka aykırı bir gönderme olmaksızın da bu suç oluşabilecektir. Örneğin, ensesindeki şişliği kontrol ettirmek için kendi isteğiyle hekime giden hastanın rızası ve tıbbi zorunluluk olmadığı halde hekim tarafından genital muayeneye tabi tutulmasında bize göre bu suç oluşacaktır. Verdiğimiz örnekte ve benzer örneklerde olduğu gibi böyle bir durumda artık hekime gelen hastanın hukuka aykırı olarak gönderilip gönderilmediğine ya da hukuka aykırı olarak getirilip getirilmediğine bakılmayacaktır. Çünkü tek başına hekimin fiili 287. maddede belirtilen ikinci tipe uygun bir eylemdir.

Burada incelenmesi gereken bir diğer husus da madde metninde yer alan “yetkili hakim ve savcı kararı” ibaresidir. Bu ibareyi, Türkçe dilbilgisi kurallarına göre yorumlayacak olursak muayeneye göndermenin hakim ve savcının birlikte, ortak kararları çerçevesinde olması gerektiği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Böyle bir sonucu kabul etmek mümkün olmadığı gibi<sup>24</sup> bu durum ceza yargılaması kurallarına da ters düşecektir. Ceza yargılamasında hakim, bağımsız bir makam olup yargılamaya ilişkin hiçbir kararında savcının da iştiraki, imzası ya da onayı gibi bir şart koşulamaz. Hakim, ceza yargılamasının her aşamasında kanunun kendisine verdiği yetkiyi aşmamak, bu yetkiye aykırı olmamak ve kanunun çizdiği sınırlarda kalmak şartıyla gerekli gördüğü her kararı tek başına alabilecektir. Bu itibarla genital muayene aç-

<sup>23</sup> HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 530.

<sup>24</sup> Aynı yönde düşünce için bkz.: HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 530; MERAN, s. 800-801.

sından hakim ve savcı kararı ibaresinin hakim veya savcı kararı olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Buradaki “ve” bağlacının “veya” olarak kabul edilmesi gerektiği düşünülebilir ama bu düşüncenin kanunilik ilkesine uymayan bir düşünce olacağı açıktır.

Ayrıca düzenlemede “ve” bağlacının yer almış olması Ceza Muhakemesi Kanunumuzun 75. ve 76. maddelerinde yer alan beden muayenesine ilişkin düzenlemeyle çelişmektedir. Söz konusu maddelerde mağdur, şüpheli ya da sanığın beden muayenesinin, kural olarak, sadece hakim ya da mahkeme kararıyla yapılabileceği belirtilmiştir. Hakim buna re’sen ya da Cumhuriyet Savcısının veya mağdurun talebi üzerine karar verebilecektir. Beden muayenesine istisna olarak ise gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı karar verebilecektir. Fakat Cumhuriyet Savcısının verdiği bu karar, yirmi dört saat içinde hakim ya da mahkemenin onayına sunulacaktır. Hakim ya da mahkeme tarafından onanmayan savcılık kararı, hükümsüz kalacak ve bu süreçte elde edilen deliller kullanılamayacaktır. Bize göre burada onanmayan kararın yaptırımı, yirmi dört saat içerisinde hakim ya da mahkemeye sunulmayan savcılık kararı için de geçerli olmalıdır. Bir başka ifadeyle, her ne kadar maddede ifade edilmemiş olsa da, kanuni süresi içerisinde hakim veya mahkeme onayına sunulmayan savcılık kararı geçersiz olacak, elde edilen deliller kullanılamayacaktır.

Aynı zamanda maddedeki “ve” bağlacını “veya” olarak anlamak gerektiği iddia edildiğinde, savcının tek başına vereceği bir kararla da kişinin genital muayeneye tabi tutulabileceği sonucu çıkmaktadır. Böyle bir sonuç doktrinde eleştirildiği gibi bizce de böyle bir durum yerinde ve isabetli olmayacaktır. Bize göre Cumhuriyet Savcısına, genital muayene konusundaki yetki, CMK.’nin 75 ve 76. maddelerinde olduğu gibi, gecikmesinde sakınca bulunan hallerle sınırlı olmak kaydıyla verilmeli<sup>25</sup> ve yirmi dört saat içerisinde hakim ya da mahkeme onayına sunulma şartı aranmalıdır. Böylece ilgili düzenleme Ceza Muhakemesi Kanununun 75 ve 76. maddelerine de uyumlu hale getirilmiş olacaktır.

287/1. maddede sadece hakimden bahsedilmiş olması kurul halinde çalışan mahkemelerce bu yönde verilen muayene kararlarının maddeye dahil olup olmadığı yönünde tereddüde ya da itiraza neden olabilir. Bu tereddüt ya da itirazların önüne geçmek için maddeye mahkeme tabirinin de eklenmesi bizce yerinde olurdu.

<sup>25</sup> Aynı yönde düşünce ve eleştiri için bkz.: ÜNVER, Yener, “Türkiye’de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun”, in.:Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2005, s. 112-113.

Son olarak değinmek istediğimiz husus ise maddi unsur açısından temel olan, genital muayene kavramıdır. Genital kelimesi İngilizce bir kelime olup, “üreme sistemiyle ilgili, üreme organlarına ait”<sup>26</sup> anlamlarına gelmektedir. Bu itibarla genital muayene, üreme sisteminin, üreme organlarının kontrolü, incelenmesidir. Maddenin, özellikle toplumda büyük tepkiler uyandıran kızlık muayenesinin yasal sınırlara kavuşturulması amacıyla hazırlandığı düşünüldüğünde, burada yer alan genital kavramının çok geniş bir kavram olduğu açıktır. Çünkü genital sistem<sup>27</sup>, vücudun dış kısmında yer alan organların yanı sıra vücut içinde yer alan organlardan da oluşmaktadır. Örneğin yumurtalıklar, rahim, rahim kanalları, prostat ve tohum kanalları gibi. Tepkilere yol açan konu ise vücudun iç kısmında yer alan bu organların muayenesinden kaynaklanmamaktadır.

Ayrıca cinsel ilişki ya da cinsel saldırı, fiili livata şeklinde gerçekleşmiş ve muayene anüs bölgesinin incelenmesiyle yapılmışsa bu madde uygulanabilecek midir? Doktrinde anüs bölgesinde yapılan muayenelerde de 287. maddenin uygulanacağı ifade edilmişse de<sup>28</sup> bize göre bu yorum doğru bir yorum olmayacaktır. Çünkü anüs, genital sisteme değil sindirim sistemine (gastro-intestinal) dahil bir organdır<sup>29</sup>. Madde metninde ve gerekçesinde anüs bölgesinin, genital kavramı kapsamında kabul edilmesi gerektiğine ilişkin bir açıklama yer almamaktadır. Buna rağmen anüs bölgesinin de dahil olduğunu iddia etmek, maddenin kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanması olacaktır. Bu ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 2/3. maddesince açık olarak yasaklanmıştır. Kaldı ki ceza hukukunun temel ilkeleri göz önüne alındığında fail aleyhine genişletici yorum yapılması da mümkün değildir<sup>30</sup>.

Bu itibarla 287. maddenin açık bir şekilde anüs bölgesine ilişkin muayene-

26 Langenscheidt Standart English Dictionary, İstanbul 1985, s. 214; Redhouse Sözlüğü, İstanbul 1975, s. 405; <http://www.ingilizcesozluk.gen.tr/sozluk.php?word=genital>, 17.12.2007, 23:17; <http://www.sozluk.web.tr/index.php>, 17.12.2007, 23:17.

27 Genital sistem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: ŞATIROĞLU, Hakan, “Kadın Üreme Organları”, [http://www.tr.net/saglik/kadin\\_sagligi\\_ureme\\_organlari.shtml](http://www.tr.net/saglik/kadin_sagligi_ureme_organlari.shtml), 23.01.2008, 01:12; ŞATIROĞLU, Hakan, “Erkek Üreme Organları”, [http://www.tr.net/saglik/erkek\\_sagligi\\_ureme\\_organlari.shtml](http://www.tr.net/saglik/erkek_sagligi_ureme_organlari.shtml), 23.01.2008, 01:14.

28 HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 530.

29 <http://biology.sebat.edu.kg/tr/Sindirim%20sistemi/webler/web3.htm>, 27.01.2008, 02:14.

30 Fail aleyhine genişletici yorum yasağı için bkz.: İÇEL, Kayıhan / DONAY Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku – Genel Kısım, 1. Kitap, 3. Bası, İstanbul 1999, s.123.

neleri de kapsayacak şekilde düzenlenmesi gerekirdi. Bunun içinse maddede “genital muayene” kavramı yerine<sup>31</sup> “cinsel ilişki muayenesi”<sup>32</sup> kavramına yer verilip, bu madde açısından cinsel ilişkinin vajinal ya da anal yönden (vajina ya da anüse) organ ya da cisim sokmakla gerçekleştirilebileceğine ilişkin düzenleme yapılması daha yerinde olurdu.

## VI- MANEVİ UNSUR

Bu suç kasten işlenebilen bir suçtur, taksirle işlenemez. Kişiyi genital muayeneye gönderen, götürülen ya da muayeneyi yapan failin güttüğü amacının, saikin bir önemi yoktur. Klasik öğretideki ifadeyle, genel kast yeterlidir özel kast aranmaz<sup>33</sup>.

Söz konusu suçun doğrudan kastla işlenebileceği konusunda tereddüt yoktur. Doğrudan kastın varlığı için genital muayeneye gönderme, götürme veya muayene yapmanın bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi gereklidir.

Bu suç, olası (muhtemel) kastla da işlenebilecek midir? Doktrinde, sadece doğrudan kastla işlenebileceği iddia edilmiş<sup>34</sup> olmasına karşın bizce olası kastla da işlenebilecektir<sup>35</sup>. Çünkü kasten işlenebilen bir suç, kanuni tanımında “bilerek”, “bildiği halde”, “bilmesine rağmen” gibi ifadelerle yer ve-

<sup>31</sup> Kilis Milletvekili Hasan Kara, TBBM Adalet Komisyonu Türk Ceza Kanunu Tasarısı Raporundaki karşı oy yazısında, “Genital muayene” olan 287. madde başlığının “Beden muayenesi” ve maddenin 1. fıkrasının da “Bir suç nedeniyle yürütülen soruşturma ve kovuşturma işlemleri ile ilgili olarak kanunda öngörülen usul ve koşullar dışında beden muayenesi yapan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” şeklinde, teklifi doğrultusunda değiştirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıntı için bkz.: Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005, s. 35-36.

<sup>32</sup> 28 Şubat – 1 Mart 2008 tarihleri arasında “Tıp Hukukunun Güncel Sorunları” adı altında Ankara’da gerçekleştirilen V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumunda sunmuş olduğumuz bildiriye her ne kadar madde başlığının CMK.’daki düzenlemeyle paralellik sağlanması gerekçesiyle “Beden Muayenesi” şeklinde olması gerektiğini ileri sürmüş olsak da bu başlığın eleştiri ve önerilerimiz doğrultusunda doğru bir başlık olmayacağı sonucuna ulaşmış, dolayısıyla burada ileri sürdüğümüz düşünceleri değiştirmiş bulunmaktayız. Önceki düşüncemiz için bkz.: DÜLGER, İbrahim, “Tıp Ceza Hukukunda Genital Muayene”, in: Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları – Aktuelle Fragen Des Medizinstrafrechts, Ankara 2008, s. 1259-1283.

<sup>33</sup> Klasik öğretide yer alan genel kast – özel kast ayrımı yeni Ceza Kanunu öğretisinde kabul edilmemektedir.

<sup>34</sup> MERAN, s. 801.

<sup>35</sup> Aynı yönde bkz.: ÜNVER, Adliyyeye, s. 460. Fakat Ünver bu yöndeki görüşü için bir açıklama ve gerekçe sunmamaktadır.

rildiği takdirde sadece doğrudan kastla işlenebilir. Kanuni tanımında böyle ifadelerin yer almadığı kasıtlı suçlar ise hem doğrudan kastla hem de olası kastla işlenebilecektir<sup>36</sup>. Örneğin, hekime baygın halde genç bir bayanın getirildiğini, getiren kişilerin genital muayene talebinde bulduklarını, baygın haldeki bayanın buna rıza gösterdiğine ilişkin imzalı bir belge sunduklarını düşünelim. Bu durum karşısında hiçbir kanama ya da acil bir tıbbi zorunluluk olmadığı halde ve hastanın gerçekte buna rızasının olmayabileceğini, belgenin zorla alınmış ya da belgedeki imzanın bayana ait olmayabileceğini öngörmesine rağmen, “bana ne, ben muayenemi yapar paramı alırım” şeklinde bir düşünceyle muayeneyi gerçekleştiren hekimin fiili, olası kastla genital muayene suçunu oluşturacaktır. Failin suçu olası kastla işlemesi halinde öngörülen ceza, Ceza Kanununun 21/2. maddesi uyarınca üçte birden yarısına kadar indirilecektir.

Yetkili hakim ve savcı kararı bulunduğu ya da mağdurun rızasının var olduğu konusunda kabul edilebilir hataya düşen fail bu hatasından yararlanacak, kasten hareket etmemiş sayılacaktır. Hataya düşmesinde failin taksiri olsa bile, bu suç taksirle işlenebilen bir suç olmadığı için cezalandırılmayacaktır.

Ayrıca bir kimseyi, maruz kaldığı, karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu genital muayeneye gönderen, götürülen ya da muayene eden kimse Ceza Kanununun 28. maddesi uyarınca cezalandırılmayacaktır. Bu durumda, cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi fail kabul edilecek ve cezalandırılacaktır.

## VII- HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlere geçmeden önce 287/2. maddedeki düzenlemeden bahsetmek gerekir. Buna göre, bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve tüzüklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından birinci fıkra hükmü uygulanmayacaktır.

Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 106. maddesi, burada belirtilen kanun hükmüne örnek olarak gösterilebilir. Maddede, zührevi bir hastalık taşıdığından şüphe edilen ve bu hastalığı etrafına yaymasından endişe duyulan kişilerin yetkililerce muayeneye gönderileceği ve resmi hekim tarafından muayene edilerek sağlık durumlarına ilişkin rapor tanzim edileceği belirtilmektedir. Zührevi hastalıkların tespitine yönelik muayene, genital muayene-

<sup>36</sup> ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 220; ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005, s. 305.

yi de kapsamaktadır. Dolayısıyla kişiyi muayeneye gönderen, götürən ya da muayeneyi yapan hekim sorumlu olmayacak, fiilleri suç teşkil etmeyecektir.

Fakat bize göre burada basit bir şüphe üzerine değil çok daha ciddi bir şüphenin varlığı halinde kişilerin muayeneye gönderilebilmesi gerekir. Bununla birlikte bu muayenede öncelikle kan, idrar ve sperm tahlili yapılmalı, bu tahlillerle zührevi hastalık tespit edilebiliyorsa ve başkaca bir zorunluluk yoksa genital muayeneye geçilmemelidir. Tahlil sonucu elde edilen bulgular ışığında kesin kararın verilebilmesi açısından zorunluluk içeriyorsa ancak bu durumda genital muayene yapılması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu sayede kişilerin maddi ve manevi kişiliklerinin, cinsel özgürlük, onur ve vücut dokunulmazlıklarının korunması sağlanabilecek, kanuna dayanarak yapılan gereksiz ihlallerin önüne geçilebilecektir.

Ayrıca bu kanuna göre kişi ya da kişilerin muayene talep ve işlemlerinin mutlaka resmi ve yazılı prosedürde yapılması gerekir. Bu sayede muayeneye gönderen, götürən kimselerin ve özellikle de muayeneyi yapan hekimin cezai ve hukuki yönden güvenliği sağlanmış olacaktır. Hekimin bu yöndeki sözlü talepleri yerine getirmemesi haklı ve yerinde bir davranış olacaktır.

Fıkırada, tüzükten de bahsetmiş olması ve 287/1. maddeye rağmen tüzük hükmünün uygulanmasının suçu oluşturmayacağı belirtilmiş olması nedeniyle bu düzenlemeyi hukuka aykırılığı ortadan kaldıran özel bir düzenleme olarak kabul etmek gerekir.

Evlenme Muayenesi Hakkında Nizamnamenin<sup>37</sup> 2. maddesi uyarınca, evlenmek isteyen kişilerin, resmi ya da resmi hekim tarafından onaylanmak şartıyla özel hekim tarafından Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 123 ve 124. maddelerinde<sup>38</sup> yer alan evlenmeye engel hastalıklardan birine sahip olup olmadıklarının incelenmesi zorunludur. Bu incelemenin nasıl olacağı Evlenme Muayenesi Hakkında Nizamnamenin 3. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olup 4. maddenin 4 numaralı bendinde genital muayene yer al-

<sup>37</sup> 21.09.1931 Tarih ve 1904 sayılı Resmi Gazete.

<sup>38</sup> 24.04.1930 tarih ve 1593 sayılı bu kanun için bkz.: 06.05.1930 tarih ve 1489 tarihli Resmi Gazete. Kanunun 123. maddesinde “Frengi, belsoğukluğu ve yumuşak şankr ve cüzzama ve bir marazi akliye müptela olanların evlenmesi memnurdur. Bu hastalıklar usulü dairesinde tedavi edilip sirayet tehlikesi geçtiğine veya şifa bulduğuna dair tabip raporu ibraz olunmadıkça musapların nikahları aktolunmaz.”; 124. maddesinde ise “İlerlemiş sari vereme musap olanların nikahı altı ay tehir olunur. Bu müddet zarfında salah eseri görülmezse bu müddet altı ay daha temdit edilir. Bu müddet hitamında alakadar tabipler her iki tarafa bu hastalığın tehlikesini ve evlenmenin mazarratını bildirmeğe mecburdur.” hükmü yer almaktadır.

maktadır. Bu hükümler uyarınca genital muayene yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın yapılabilecek, muayeneye gönderen yetkili ve muayeneyi yapan hekim, 287/2. madde gereğince cezalandırılmayacaktır.

Genel Kadınların ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'nün<sup>39</sup> 25. maddesi uyarınca bütün genel kadınlar<sup>40</sup> izinli olsalar bile haftada iki kez ve 23. maddede yazılı kadınlar ise<sup>41</sup>, on günde bir defa kendilerini resmi hekime muayene ettirmeye mecburdurlar. Buradaki muayene genital muayeneyi de kapsamaktadır. Aynı şekilde bu kadınları, yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın muayeneye gönderenin, götürenin ya da bu muayeneyi yapan hekimin fiilleri 287/2. madde hükmüne göre suç teşkil etmeyecektir.

Genital muayene yönetmelik hükümlerine göre yapılırsa durum ne olacaktır, yönetmelik hükmü hukuka aykırılığı kaldırarak mıdır? Yönetmeliğe kaynak olan kanun ya da tüzükte bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla genital muayeneye açık olarak izin veriyor ve bu muayeneye ilişkin ayrıntı ve usul yönetmelikte düzenleniyorsa bu muayene hukuka uygun olacaktır. Fakat bize göre burada hukuka aykırılığı ortadan kaldıran, doktrinde iddia edildiği gibi<sup>42</sup> yönetmelik hükmü değil, yönetmeliğe kaynak teşkil eden ve bulaşıcı hastalıkları engellemek, dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla genital muayeneye açık olarak izin veren kanun ya da tüzük hükmüdür. Yönetmeliğin kaynağı olan kanun ya da tüzükte açık olarak genital muayeneye izin veren bir hüküm yoksa yönetmelik hükmüne dayanarak yapılan genital muayeneler fiili suç olmaktan çıkarmayacaktır. Bu durumda Ceza Kanununa aykırı olan yönetmelik hükmünün kaldırılması ya da iptal edilmesi gerekmektedir.

Bununla birlikte 287/2. maddede açıkça ifade edildiği üzere kanun ya da tüzük hükmünün hukuka aykırılığı ortadan kaldırması için bu düzenlemenin bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını koruma amacıyla getirilmiş olması gerekir. Bu amacın dışında bir amaçla sair kanun ya da tüzükle genital muayeneye izin verilmiş olması, buna dayalı fiili suç olmaktan çıkarmayacak, fiilin hukuka aykırı olmasına engel teşkil etmeyecektir.

<sup>39</sup> 19.04.1961 tarih ve 10789 sayılı Resmi Gazete.

<sup>40</sup> Genel kadın, tüzüğün 15. maddesinde, başkalarının cinsi zevkini menfaat karşılığı tatmin etmeyi sanat edinen ve bunun için değişik erkeklerle münasebette bulunan kadınlar olarak tanımlanmıştır.

<sup>41</sup> “Fuhuşu sanat ve geçim vasıtası edindikleri 20 nci maddeye göre yapılan inceleme ile anlaşılan fuhuşla melûf 18 yaşını bitirmiş ve 21 yaşını bitirmemiş kadınlar”.

<sup>42</sup> ÜNVER, Adliyye, s. 458.

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerden meşru savunma bu suç açısından geçerli değildir. Kanun hükmünün ve görevin yerine getirilmesi<sup>43-44</sup> ve ilgilinin rızası genital muayene suçunda hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz.

Ceza Kanunumuz, 26/2. maddesinde yer alan ilgilinin rızası için kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olma şartı aranmıştır. Kişinin genital sistemini, üreme organlarını muayene ettirmesine ilişkin hak, üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir haktır. Dolayısıyla bu suça ilişkin ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni olup fiilin suç olmasına engeldir<sup>45</sup>. Fakat buradaki rızanın hukuken geçerli bir rıza olması şarttır. Fesada uğratılmış, sakatlanmış, hukuken geçerliliği olmayan rıza hukuka uygunluk nedeni değildir.

Genital muayene için bir kimsenin kendi isteğiyle hekime müracaat etmesi halinde hekim, o kişiyi muayene edebilecektir<sup>46</sup>. Böyle bir durumda hekim, yetkili bir hakim ve savcı kararının bulunup bulunmadığını değil, kişinin rızasının geçerli olup olmadığını bakmak zorundadır. Sadece hekim ya da sağlık personelinin değil bu muayeneyi yapan diğer kişilerin de fail olabileceği düşüncesini daha önce ifade ettiğimiz için hukuken geçerli bir

<sup>43</sup> ÖZGENÇ, Yeni TCK.'nun, s. 53. ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 269.

<sup>44</sup> Kanun hükmünün ve görevin yerine getirilmesi genel hükümlerde hukuka uygunluk nedeni olarak belirtilmiş olmakla birlikte, yukarıda da açıkladığımız gibi, 287/2. maddede ayrıca belirtilmiştir.

<sup>45</sup> Ünver ilgilinin rızasının hukuka aykırılığı kaldıracağını kabul etmekle birlikte madde metninde ilgilinin rızasının etkisinin ne olduğunu belirtmemesini, bu konuda ceza yargılamasına konu olan ve olmayan hallerde muayeneye götürülenler arasında bir ayrım yapılmamış olmasını eleştirmesine rağmen biz bu eleştiriye katılmıyoruz. İlgilinin rızasına ilişkin genel hükümlerdeki (mad. 26/2) düzenlemenin bu maddeye uygulanabilirlikte yeterli ve açık olduğunu düşünüyor, 287. maddede ayrıca ilgilinin rızasının düzenlenmesi gerektiğini kabul etmiyoruz. Karşılaştırınız: ÜNVER, Adliyeye, s. 456-457 ve 459-460.

<sup>46</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun kanunlaşma sürecinde bazı kişi ya da kurumlar bu maddeyle bundan böyle jinekolojik muayene bile yapılamayacağını haksız olarak ifade etmişlerdir. Bu yöndeki haber için bkz.: <http://www.aksam.com.tr/arsiv/aksam/2004/09/15/gundem/gundem6.html>, 31.12.2007, 14:47. Aksi düşünceler için bkz.: Prof. Dr. İzzet Özgenç ile Türk Ceza Kanunu Üzerine Bir Söyleşi", <http://www.nabizdergisi.org/prof-dr-izzet-ozgenc-ile-turk-ceza-kanunu-uzerine-bir-soylesi/>, 30.12.2007, 23:13; SÖZÜER, Adem, "Bekaret Kontrolü", <http://www.takvim.com.tr/2005/06/07/yaz1342-3140-112.html>, 30.12.2007, 21:47.

rızanın varlığı halinde tabip veya sağlık personeli yanında bunların dışındaki kişilerin yaptığı genital muayeneler de suç oluşturmayacaktır.

Hasta - hekim ilişkisinin söz konusu olduğu hallerde bu maddede tanımlanan suç oluşmaz. Bu itibarla jinekolojik bir rahatsızlığı olduğu ya da böyle bir hastalığın varlığından şüphelendiği için teşhis ve tedavi amacıyla uzman hekime başvuran hasta üzerindeki genital muayene suç olarak değerlendirilebilecek bir muayene değildir. Aynı şekilde estetik bir operasyon için yapılan genital muayene de suç oluşturmayacaktır. Hekim tarafından, bu amaçlarla yapılan muayene ile ilgili olarak yetkili hakim veya savcı kararını aramaya gerek yoktur<sup>47</sup>. Bu konudaki hasta hekim ilişkisinden kastımız, hukuken geçerli bir rızaya dayalı tedavi, estetik veya kontrol amaçlı her türlü muayene ve müdahalelerdir.

Genital muayenede fiili hukuka uygun kılan ilgilinin rızası ne zaman bulunmak zorundadır? Hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için rızanın, gönderme açısından muayeneye gönderme fiilinden önce, muayene etme fiili açısından da muayene işlemi yapılmadan önce bulunması ya da en azından bu fillerle aynı zamanda (hem zaman) bulunması gerekir. Genital muayeneye gönderme veya muayene yapılma işleminden sonra gösterilen rıza fiilin hukuka aykırılığını kaldırmaz.

## VIII- ÖZEL GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

### 1- TEŞEBBÜS

Doktrinde aksi iddia edilse<sup>48</sup> de bize göre gerek genital muayeneye gönderme, götürme gerekse genital muayene yapma suçu teşebbüse elverişlidir<sup>49</sup>. Teşebbüse uygun olmadığı yönündeki görüş, gerekçe olarak gönderme ve muayene aşamasına kadar olan kısmın hazırlık hareketi kapsamında olduğunu; gerek gönderme gerekse muayeneye başlamış olmakla fiilin işlenmeye başlanmış ve aynı zamanda tamamlanmış olduğunu ifade etmektedir<sup>50</sup>. Bu yaklaşım, bize göre hazırlık hareketinin sınırını alabildiğince genişletmek, icra hareketlerinin sınırını da bir o kadar daraltmak olacaktır. Bir kimseyi öldürmek için “intikamımı alacağım, seni öldüreceğim” diye bağırarak sila-

47 Bkz.: “Prof. Dr. İzzet Özgenç ile Türk Ceza Kanunu Üzerine Bir Söyleşi”, <http://www.nabizdergisi.org/prof-dr-izzet-ozgenc-ile-turk-ceza-kanunu-uzerine-bir-soylesi/>, 30.12.2007, 23:13; SÖZÜER, Adem, “Bekaret Kontrolü”, <http://www.takvim.com.tr/2005/06/07/yaz1342-3140-112.html>, 30.12.2007, 21:47.

48 HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 530; MERAN, s. 801-802.

49 Aynı yönde ÜNVER, Adliye, s. 461.

50 MERAN, s. 801- 802.

hını doğrultan kişinin silahını ateşlemeye fırsat bulamadan çevredekilerin üzerine atlaması ve silahını alması hali hazırlık hareketi değil kasten öldürmeye teşebbüs olarak kabul edilmektedir. Aynı şekilde bir kimseyi yaralamak için bıçakla kovalaması sırasında, failin olaya tesadüfen vakıf olan güvenlik güçlerince yakalanarak etkisiz hale getirilmesinde de durum aynıdır. Genital muayene suçuna teşebbüs mümkün değildir görüşünün gerekçesiyle hareket edilecek olursa, yukarıdaki örneklerdeki öldürme suçunda failin mutlaka ateş etmiş olmasını, hatta belki de kurşunun vücudun herhangi bir bölgesine en azından değmiş ya da girmiş olmasını; yaralama suçu açısından ise failin bıçağı bir şekilde mağdurun vücuduna temas ettirmesini aramak zorunda kalırız.

Müdürü olduğu yurttan kalan bir kız öğrenciyi çarşıda bir erkekle el ele dolaşırken gören müdür A, ertesi gün öğrenciyi çağırıp, genital muayene yaptırıp getirmesi için talimat verdiği görevli B'ye teslim etmiş olsun. B, kız öğrencinin kolundan tutarak muayeneye götürmek için yurttan çıkarken kızın bağırması üzerine kapıda bekleyen polis ekibince yakalanmasında suç teşebbüs aşamasında kalmıştır. Genital muayeneye gönderme ve götürme fiilinin icrasına başlanmış fakat failerin dışındaki bir engel nedeniyle tamamlanamamıştır.

Aynı örnekten devam ederek B'nin kız öğrenciyi hekim H'nin muayenehanesine götürdüğünü kabul edelim. H, kızın bütün itirazlarına rağmen onu muayene koltuğuna oturtmuş ve giysilerini çıkartmaya çalışırken, kızın arkadaşlarının ihbarı üzerine harekete geçen polisin muayenehaneyi basarak B ve H'yi yakalaması halinde, A ve B'nin fiili tamamlanmış olmakla birlikte H'nin fiili teşebbüs aşamasında kalmıştır.

## 2- İÇTİMA

Genital muayene suçu zincirleme suç hükümleri kapsamındadır. Yani bu suçun, bir suç işleme kararı kapsamında, farklı zamanlarda aynı kişiye karşı birden fazla işlenmesi durumunda Ceza Kanunumuzun 43/1. maddesi uyarınca tek bir cezaya hükmedilecektir. Fakat aynı madde gereğince suç için öngörülen ceza dörtte birden dörtte üçe kadar arttırılarak verilecektir. Doktrinde genital muayene suçunun tek bir fiille birden fazla kişiye karşı işlenebileceği savunulmuştur<sup>51</sup>. Bize göre bu düşünce genital muayeneye gönderme, götürme suçu açısından doğru olmakla birlikte genital muayene yapma suçu açısından düşünülemez. Bir kimse birden fazla kişiyi aynı anda genital muayeneye gönderebilir, götürebilir. Bu durumda Ceza Kanunumuzun 43/2. maddesi uyarınca 1. fıkraya göre hareket edilecektir. Fakat genital muayene

<sup>51</sup> MERAN, s. 802.

yapmak suçu açısından bu hükmün uygulanma olanağı yoktur. Çünkü tek bir fiille birden fazla kişinin aynı anda genital muayenesinin yapılması mümkün değildir. Her mağdurun muayenesi ayrı bir fiil olacaktır.

Genital muayeneye gönderen, götüren ya da muayeneyi yapan, mağdura bu suçun yanında yaralama ya da hakaret suçunu da işlemişler ise ortada birden fazla bağımsız suçun varlığı nedeniyle gerçek içtima kurallarına göre hareket edilecek, her bir suç için yargılama yapılacaktır.

Genital muayene, vücuda cisim ya da parmak gibi organ sokmak suretiyle gerçekleştirildiğinde nasıl hareket edilecektir? Eğer genital muayene yapma açısından vücuda cisim ya da parmak sokmak gibi bir zorunluluk varsa bu durumda bir fiille birden fazla kanun hükmünün ihlali söz konusudur. Fail, hem TCK'nun 287. maddesini hem de kanunun suçun oluşumu açısından cinsel arzuların tatmini amacı aramaması nedeniyle 102/2. maddesini ihlal etmiştir. Bu durumda fikri içtima hükümlerine (madde 44) göre hareket edilmelidir. Fakat genital muayene açısından herhangi bir zorunluluk olmasına karşın fail, mağdurun vücuduna cisim ya da organ sokmuşsa gerçek içtima kurallarına göre sorumluluk belirlenecektir.

Genital muayene yapan fail, bu fiiliyle aynı zamanda 102/1. maddede düzenlenen basit cinsel saldırı suçunu da işlemiş olur mu? Ceza Kanunumuzun 102/1. maddesindeki basit cinsel saldırı suçu açısından failin, cinsel arzularını tatmin amacıyla hareket etmiş olması şartı aranmıştır. Fail, genital muayeneyi yaparken herhangi bir şekilde cinsel tatmin amacı taşııyorsa sadece 287. maddeden sorumludur. Fakat fail muayene yapmakla birlikte cinsel arzularını tatmin amacını da taşıyorsa ve muayene gereklilik ve sınırlarını aşmamışsa bir fiille birden fazla kanun hükmünü ihlal etmiş olacak ve fikri içtima kuralları uygulanacaktır. Son durumda ise genital muayeneyi yapan fail, aynı zamanda cinsel arzularını tatmin amacıyla hareket etmiş ve muayene gereklilik ve sınırlarını aşmışsa, örneğin mağdurun göğüslerini de okşamışsa bu durumda hem 287. hem de 102/1. maddeden sorumlu olacaktır.

Burada, genital muayeneye gönderen, götüren ya da yapan kişinin aynı zamanda kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunu da işlemiş olup olmayacağına da üzerinde durulması gerekir. Bize göre muayeneye gönderen, götüren ya da muayeneyi yapanın, bu suçun icrasına ilişkin hareketleri, aynı zamanda kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmaz. Madde hükmünde kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunun, genital muayene suçunda unsur olarak belirtilmediği, bu nedenle de bileşik suç olmadığı için iki suçun da oluşacağı iddia edilebilirse de bu suç kişi hürriyetini engellemeden işlenebileceğinden yapısı gereği hürriyetten yoksun kılma suçunu da içinde barındırır. Nasıl ki bir yerde rastladığı hasmını belli bir süre döverek yaralayan

kişi veya gece parkta rastladığı bir bayana cinsel saldırıda bulunan kişi aynı zamanda mağduru hürriyetinden de yoksun kılmakla birlikte sadece yaralama ve cinsel saldırı suçlarından yargılanıyorsa, genital muayene suçunun fail ya da failleri de sadece bu suçtan dolayı yargılanacaklardır. Fakat mağdurun genital muayenesi yapıldıktan sonra belli bir süre tutulması ya da muayeneye götürülmeden önce belli bir süre bir yerde tutulmuş olması hallerinde genital muayene suçunun yanında kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunun da oluşacağında şüphe yoktur. Böyle bir durumda gerçek içtima kuralları gereğince her iki suçtan da yargılama yapılacaktır.

### 3- İŞTİRAK

Gerek genital muayeneye gönderme, götürme suçu gerekse genital muayene yapma suçu iştirak halinde işlenebilir. Bu suç iştirak açısından bir özellik ve farklılık göstermez. Genel hükümlerdeki iştirake ilişkin hükümlere göre hareket edilir. Failler, arasında bu suçu işleme konusunda ortak irade ve anlaşma bulunmak şartıyla azmettiren, yardım eden ya da birlikte gerçekleştiren sıfatlarıyla işleyebilirler.

Genital muayeneye gönderme fiili götürmeyi de içermekle birlikte, götürme bağımsız bir fiil değildir. Göndermenin bir gereği, devamı ve uzantısıdır. Genital muayeneye götürme olmaksızın gönderme fiili olabileceği halde gönderme fiili olmaksızın götürme olamaz. Bu itibarla, gönderenin ayrı, götürenin ayrı kişiler olduğu olayda götürenin fiili, gönderenin fiiline iştiraktan ibarettir. Genital muayeneye gönderenle götürülen, Ceza Kanunumuzun 37/1. maddesi uyarınca fiili birlikte gerçekleştiren (irtikap eden) olarak sorumludurlar.

Maddede iki farklı suç tipi düzenlendiği için gönderen ve götürülen fail ya da faillerle muayene eden failin fiilleri bu konuda aralarında iştirake ilişkin bir anlaşma olsa bile iştirak hükümleri içerisinde değerlendirilemez. Çünkü gönderen ve götürülen failin fiiliyle muayene eden failin fiili birbirinden bağımsız olarak suç teşkil etmektedir. Aralarındaki bu suçu ortaklaşa işleme konusundaki anlaşma ve irade, madde hükmü uyarınca, iştirak olarak kabul edilemez.

### IX- MUHAKEME USULÜ

Genital muayene suçunun soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı değildir, bu suç re'sen kovuşturulur.

Genital muayeneye gönderen, götürülen veya genital muayeneyi yapan fail, kamu görevlisi değilse ya da kamu görevlisi olmakla birlikte bu suçu görevi nedeniyle işlememişse, herhangi bir kurum ve makamın iznine gerek olmadan, hakkında doğrudan soruşturma ve kovuşturma yapılabilecektir.

Fail, kamu görevlisi ve genital muayene suçunu görevi nedeniyle işlemişse, kural olarak, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümlerine göre hareket edilecektir. İstisna olarak ise kanun tarafından kendilerine adli görev verilen veya kanuna göre kendilerinden adli görev istenilen kişiler ya da adli kolluk görevlileri, adli görevleri dahilinde genital muayene suçunu işlerlerse, 4483 sayılı kanuna bağlı olmaksızın, Ceza Muhakemesi Kanununun 161/5. maddesi uyarınca doğrudan Cumhuriyet savcılarınca soruşturulacaktır.

### X- GÖREVLİ MAHKEME

Genital muayene suçu için öngörülen cezanın üst sınırının iki yıldan daha az olması nedeniyle 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun<sup>52</sup> 10. maddesine uyarınca, görevli mahkeme sulh ceza mahkemesidir.

### SONUÇ

765 sayılı eski Türk Ceza kanunumuzda bulunmayan bu suç tipi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunuyla ceza hukukumuzda girmiştir. Aslında ileri, çağdaş ceza hukukuna sahip ülke hukukçularını şaşırtabilecek bir suç tipidir. Özellikle Kıta Avrupa'sı Ceza hukukçularının anlam veremedikleri bir düzenleme olabilir. Fakat ülkemiz açısından ele alındığında yeni Ceza Kanunumuzda böyle bir suç tipine yer verilmiş olması son derece isabetli olmuştur. Ülkemizde böyle bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu genel olarak tartışılmaz bir konudur. 765 sayılı kanunun yürürlükte olduğu dönemlerde birçok ailenin, yatılı okul veya yurt yöneticilerinin özellikle genç kız çocuklarını cinsel ilişkiye girdikleri şüphesiyle, halk arasında bekaret kontrolü veya kızlık muayenesi denilen muayeneye götürdükleri herkesin malumudur. İnsan hakkı ihlali olan, mağdurun beden bütünlüğünün, cinsel bütünlüğünün ve onurunun ihlal edildiği bu fiil ceza kanununda buna ilişkin açık bir düzenleme olmaması nedeniyle cezalandırılmamaktaydı. Gerek bu muayeneyi yaptıranlar, gerekse muayeneyi yapanlar fiilin icrasına ilişkin hareketleri kanunda yazılı başkaca bir suçu oluşturmadığı sürece ne yargılanabilmekte ne de cezalandırılabilmekteydi. Hatta bazı hukuk kuralları, örneğin Sağlık Bakanlığı'nca çıkarılmış olan ve şu an yürürlükte olmayan "Sağlık Bakanlığı Sağlık Meslek Liseleri Ödül ve Disiplin Yönetmeliği"<sup>53</sup> dolaylı da olsa disiplin kurullarına böyle bir muayeneyi yaptırma yetkisi ve görevi verilmekteydi. İlgili yönetmeliğin "Disiplin Cezaları ve Cezayı Gerektiren Davranışlar" başlıklı ikinci bölümün, "Örgün Eğitim Dışına Çıkarma" başlıklı 41. maddesi

<sup>52</sup> Bkz.: 07.10.2004 tarih ve 25606 sayılı Resmi Gazete.

<sup>53</sup> Bkz.: 13.07.2001 tarih ve 24461 sayılı Resmi Gazete.

sinin (d) bendi fuhuş yaptığı ya da cinsel ilişkiye girmiş olduğu tespit edilen özellikle kız öğrencilerin Okul Ödül ve Disiplin kurulunca, devam zorunluluğu olan okullara kayıt yaptıramayacak şekilde tasdikname ile okuldan uzaklaştırılacaklarını düzenlemekteydi. Aynı yönetmeliğin, “Üst Disiplin Kurulunun Kuruluşu, Görevleri, Çalışması, Bakanlık Öğrenci Disiplin Kurulu” başlıklı dördüncü bölümünde yer alan ve “Kurulların Çalışma Usulleri ve Karar Süresi” başlıklı 26. maddesinin 2. fıkrası uyarınca üst disiplin kurulu dosyada eksik gördüğü hususları ilgililere tamamlattırarak ve gerektiğinde ilgili mercilerden bilgi isteyebilecektir. Yukarıda belirttiğimiz düzenlemeler dikkate alındığında gerek okul ödül ve disiplin kurulu gerekse karara itiraz halinde üst disiplin kurulunun öğrenciyi, cinsel ilişkiye girip girmediğini tespit amacıyla ilgili kurumlara gönderebilmesine olanak veriyordu.

Bu muayeneye tabi tutulan yetişkin kız çocukların psikolojik olarak travma geçirdikleri, bunalıma girdikleri hatta intihar ettikleri gözlenmekteydi. Bu durum karşısında çeşitli kadın kuruluşları ve sair sivil toplum örgütleri de tepkilerini ve bu uygulamanın önüne geçilmesi taleplerini sıkça gündeme getirmekteydiler. Gönül isterdi ki ülkemizde böyle olaylar olmasın ve böyle bir düzenleme de Ceza Kanunumuzda yer almasın. Fakat ülkemiz açısından toplumsal bir gerçek olan ve bir insan hakkı ihlali niteliği taşıyan bu olaylar karşısında kanun koyucunun düzenleme yapması kadar doğal bir şey olamazdı. Bilindiği üzere hukuk kuralları toplumsal ihtiyaçlar ve toplumsal talepler doğrultusunda oluşturulmaktadır. Kanun koyucu bu ihtiyaç ve talepler doğrultusunda yerinde bir tercihle bu fiilleri suç haline getirmiş ve ceza kanunumuzda düzenlemiştir.

Fakat bu düzenlemede gerek şekil gerekse içeriğe ilişkin uygun olmadığını düşündüğümüz hususları ifade etmek isteriz. Şöyle ki:

Bu düzenlemenin “Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler” başlıklı dördüncü kısmında ve “Adliyeye Karşı Suçlar” bölümünde düzenlenmesi bizce isabetli olmamıştır. Bu fiille, Millet ve Devletten ziyade bireye ve bireyin özgürlüğüne bir saldırı gerçekleştirilmektedir. Aynı şekilde ceza yargılaması sürecinde adliyenin irade ve işleyişine karşı bir suç olmaktan ziyade bireyin cinsel özgürlüğüne, onuruna, kendi irade ve tercihiyle hareket edebilme özgürlüğüne bir saldırı teşkil etmektedir. Bu itibarla da bu düzenlemenin Ceza Kanunumuzun ikinci kitabının, kişilere karşı suçların yer aldığı ikinci kısmın, altıncı bölümünde, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar içerisinde yapılmasının daha uygun olacağı düşüncesindeyiz.

İkinci olarak bu düzenlemenin yer aldığı 287. maddenin başlığının bizce uygun olmadığını belirtmek isteriz. Madde başlığı “Genital Muayene” olarak belirtilmiştir. Oysa yapılan muayene genital organların sadece bir kısmına ve

genital bir organ olmayan anüse yöneliktir. Bu muayenede temel hedefse mağdurun cinsel ilişkiye girip girmemiş olduğunun belirlenmesidir. Dolayısıyla muayenedeki hedef ve muayene edilen organlar dikkate alındığında başlığın genital muayene olarak belirlenmesi yerinde olmamıştır. Bizce madde başlığının “Cinsel İlişki Muayenesi” olarak tercih edilmesi daha yerinde olurdu.

İçerik hakkındaki düşüncelerimiz ise:

Öncelikle 287/1. maddede yer alan “Yetkili hakim ve savcı ...” ibaresinde yer alan “ve” bağlacı yerinde olmamıştır. Çünkü davaya bakmakta olan hakim, savcının iştiraki ya da onayı şartına bağlı kılınmaksızın yargılamaya ilişkin, kanuni sınırlar içerisinde, her türlü işlemi kendisi yapmak yetkisine sahiptir. Aksi düşünce yargı bağımsızlığını tartışılır hale getirecektir. Buradaki “ve” bağlacını “veya” olarak anlamamıza ise ceza hukukunun en temel ilkelerinden olan kanunilik ilkesi engeldir. Dolayısıyla maddedeki “ve” bağlacının “veya” olarak düzeltilmesi gerekir. Sadece bu bağlacın değiştirilmesi de bize göre yeterli olmayacaktır. Bu konuda savcıya verilen yetki, CMK.’nın 76. maddesinde düzenlendiği şekilde gecikmesinde sakınca doğabilecek durumlarla sınırlandırılmalıdır. Ayrıca yirmi dört saat içerisinde savcının bu kararının mahkeme ya da hakim onayına sunulma şartı getirilmelidir.

Maddede sadece hakimden bahsedilmiş olması kurul halinde çalışan mahkemelerce bu yönde verilen muayene kararlarının maddeye dahil olup olmadığı yönündeki tereddüt ya da itirazların önüne geçmek için maddeye mahkeme tabirinin de eklenmesi de bizce gerekli ve yerinde olurdu.

Madde içerisinde yer alan “genital muayene” kavramının da “cinsel ilişki muayenesi” olarak değiştirilmesi gerekir. Bu konudaki düşünce ve gerekçelerimizi yukarıda madde başlığı için ifade ettiğimiz için tekrar etmiyoruz.

Buraya kadar olan tespit ve eleştirilerimiz çerçevesinde madde hakkında önerimiz ise:

Cinsel ilişki muayenesi

Yetkili hakim veya mahkeme ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı kararı olmaksızın kişiye cinsel ilişki muayenesi yaptıran veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükümlenir.

Birinci fıkradaki savcılık kararı, yirmidört saat içinde hakim veya mahkemenin onayına sunulur. Hakim veya mahkeme yirmidört saat içinde kararını verir. Süresinde onaya sunulmayan ya da onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

Bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve tüzüklerde öngörülen hükümlere uygun olarak veya hasta-hekim ilişkisi içerisinde yapılan muayeneler açısından birinci fıkra hükmü uygulanmaz.

### GEREKÇE

Madde ile bireyin cinsel anlamda vücut ve onur dokunulmazlığına bir saldırı ve ruhsal sağlığı üzerinde olumsuz ve onarılmaz etkileri olan cinsel ilişki muayenesinin hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmesi bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu suç, adli bir olay dahilinde işlenebileceği gibi adli soruşturma ya da kovuşturmayaya konu bir olay olmaksızın da işlenebilir. Fıkra mevcut olan gönderen kavramı yerine yaptırın kavramına yer verilmiştir. Böylelikle madde, gönderenin fiilinin yanında kişiyi bu muayeneye götürmenin fiilini de kapsayacak hale getirilmiş, götürenin fiili üzerindeki tartışma giderilmek istenmiştir.

Birinci fıkra göre, bu yöndeki bir muayene sadece hakim veya mahkeme kararıyla ancak gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla yapılabilecektir. Buradaki cinsel ilişki muayenesinden vajinal ve/veya anal yönden yapılan muayene kastedilir.

Asıl olan bu muayenenin hakim veya mahkemenin kararıyla, istisna olarak da Cumhuriyet savcısının kararıyla yapılabilmesidir. Bu itibarla ikinci fıkra ile Cumhuriyet savcısının bu kararının hüküm ve sonuçları hakkında usul ve esaslar düzenlenerek Ceza Muhakemesi Kanununun 76. maddesinin 1. fıkrasına uygun hale getirilmiştir.

Üçüncü fıkra ise bulaşıcı hastalıklar nedeniyle kamu sağlığını korumak üzere bu kanundan önce çıkarılmış olan kanun hükümlerine uygun muayenelerin bu suçu oluşturmayacağı düzenlenmiştir. Aynı konuda sonraki kanun hükümlerine aykırı görülebilecek önceki kanun hükümlerinin, güttüğü amaç dikkate alınarak, geçerli olacağı, fiili hukuka uygun kılacağı ifade edilerek bu konudaki oluşabilecek tereddütlerin önüne geçilmek istenmiştir. Aynı şekilde ceza kanununun yasakladığı bir fiile tüzük hükümleriyle izin verilemeyeceği haklı olarak düşünülebileceğinden, kamu sağlığı açısından zorunlu görülen tüzük hükümlerine uygun muayenenin fiili hukuka uygun kılacağı belirtilmiştir. Bu fıkra ayrıca hasta-hekim ilişkisi içerisindeki muayenenin bu suçu oluşturmayacağına da yer verilmiştir. Fakat bu durumda hastanın, hasta muayenesinin anlam ve sonuçlarını algılayma yeteneğine sahip değilse veli ya da vasisinin aydınlatılmış onamının varlığı aranacaktır.

# İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİNİN 8. MADDESİ KAPSAMINDA TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

*Yrd. Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ\**

*Öğr. Gör. Fatih BİRTEK\*\**

## I. GİRİŞ

Bilim ve teknoloji alanında ortaya çıkan yeni gelişmeler ve suçluların bu teknolojik gelişmelerden geniş ölçüde faydalanması, suç ve suçlulukla mücadelede yeni yöntemler kullanmayı zorunlu hale getirmiştir. Hukuk sistemimiz içerisinde de suç ve suçluluk ile etkin mücadele için, teknolojik yeniliklere ve yeni yöntemlere yer verilmiştir. Bu yöntemlerin bir kısmı önleyici “istihbari” nitelik taşımakta iken, bir kısmı da adli “bastırıcı”, “suçu aydınlatıcı” nitelik taşımaktadır.

Bu çalışma kapsamında, adli nitelikte yer alan ve bir suç soruşturması veya kovuşturması kapsamında kullanılan ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda (C.M.K) bir koruma tedbiri olarak adlandırılan “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin<sup>1</sup> özel hayatın ve aile hayatının korunmasını düzenleyen 8. maddesi kapsamında incelenecektir. Ancak, suçludan bir adım önde olmayı amaçlayarak suçu ve suçluluğu önlemek amacıyla geliştirilen yöntemler ve önleyici tedbirler<sup>2</sup> çalışmanın kapsamı dışında yer almaktadır.

Bireysel özgürlüğün en önemli öğelerinden olan özel yaşamın iki temel unsuru, bağımsızlık ve gizliliğidir<sup>3</sup>. Özel yaşamın gizliliğinin en fazla ihlal

---

\* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

\*\* Polis Akademisi Başkanlığı Niğde Polis Meslek Yüksekokulu Öğretim Görevlisi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuk Doktora Öğrencisi.

1 Bundan Sonra Kullanılacak, “Sözleşme” kavramı, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi”ne işaret etmektedir.

2 03.07.2005 tarih ve 5397 Sayılı Kanun ile 2559 Sayılı P.V.S.K. ya eklenen ek 7. madde ile getirilen istihbari amaçlı iletişimin denetlenmesine ilişkin hükümler.

3 Kaboğlu Ö. İbrahim, Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme, İstanbul 1996, s.152.

edildiği durumlar ise iletişimin denetlenmesi sırasında ortaya çıkmaktadır. Çalışma konumuz olan koruma tedbiri incelenirken; anılan tedbirin doğrudan doğruya şüphelinin/sanığın özel hayatına ağır bir müdahale oluşturduğu varsayımından hareket edilecektir. Ayrıca bu tedbirin niteliği gereği, suç ile hiçbir ilgisi olmayan kimselerin de özel yaşamına ve haberleşme özgürlüğüne müdahale oluşturacağı göz önünde bulundurulacaktır. Bu nedenle çalışma kapsamında, öncelikle haberleşme özgürlüğü, bu özgürlüğün İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve 1982 Anayasa'sında yer alış biçimi ve demokratik bir hukuk devletinde bu özgürlüğe yapılacak müdahalelerin hangi yöntemle yapılması gerektiği, İnsan Hakları Avrupa Mahkeme<sup>4</sup> kararları çerçevesinde açıklanmaya çalışılacaktır. Ancak karşılaştırma yapma imkânı sağlaması bakımından yeri geldikçe Amerikan Yüksek Mahkemesinin konuya ilişkin kararlarına da değinilecektir. 5271 Sayılı C.M.K. da yer alan "Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Tedbiri"ne ilişkin hükümlerin, sözleşme ve Mahkeme tarafından belirlenen sınırlama ölçütlerine uygunluğu değerlendirilecektir. Bu değerlendirmenin ardından, C.M.K.'da yer alan koruma tedbiri bütün yönleri ile ele alınacak ve tedbirin her bir özelliği incelenirken konulara ilişkin Mahkeme kararlarının aynı konuyu ele alış biçimi, mukayeseli hukukta bu konunun ne şekilde düzenlendiği ve nihayet Türk yargı organları tarafından verilen yargı kararlarının konuyu ne şekilde yorumladığı ve konuya ilişkin sorunları hangi yöntemle çözümlendiği özellikle incelenecek ve tespit edilecek olan kanuni (teorik) ve gerekse uygulamaya dönük sorunlara ilişkin çözüm önerileri sunulacaktır.

## II. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve 1982 Anayasa'sı Bağlamında Haberleşme Özgürlüğü

Haberleşme özgürlüğüne ilişkin sözleşme hükümlerini incelemeyen önce haberleşme kavramından ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi gerekir. Haberleşme (*iletişim, communication*): *Kişiler veya kişiler ile teknik cihazlar arasındaki bilgi ve haber aktarımı. Haber alma, haber aktarma olgusunun karşılıklı görünümü* olarak tanımlanmaktadır<sup>5</sup>. Bu kapsamda her türlü teknik imkân kullanılarak kişiler arasında bilgi alış verişi-ne yarayan yolları (telefon, telgraf, telsiz v.b.) belirtmek için kullanı-

<sup>4</sup> Bundan sonra kullanılacak olan "Mahkeme" kavramı, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi"ne işaret etmektedir.

<sup>5</sup> www.tdk.gov.tr. (<http://tdkterim.gov.tr/?kelime=haberle%FEeme&kategori=terim&hng=md>). Erişim Tarihi: 13.10.2008.

lan genel bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>6</sup>.

C.M.K. da kanuni terim olarak kullanılan telekomünikasyon terimi ise 14.01.2007 tarih ve R.G. 26434 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 4/j bendinde:

*“Telekomünikasyon: İşaret, sembol, ses ve görüntü ile elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin; kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektro kimyasal, elektro mekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını”* karşılamaktadır. Her iki kavram birlikte değerlendirildiğinde, klasik posta dışındaki her türlü iletişim, elektronik posta, faks vb. aletlerle sağlanan bilgi aktarımı haberleşme (telekomünikasyon) kavramı içerisinde yer almaktadır<sup>7</sup>.

Sözleşmenin 8. maddesine göre<sup>8</sup>: *“ Her şahıs, özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.”* Sözleşme haberleşme özgürlüğünü, özel hayatın ve aile hayatının korunması içerisinde düzenlemektedir<sup>9</sup>. Sözleşme hükümleri bakımından değerlendirildiğinde haberleşme kavramı kapsamına telefon konuşmaları da girmektedir<sup>10</sup>. Nitekim Mahkeme *Lüdi v. İsviçre*<sup>11</sup> Kararı’nda *“Telefon görüşmelerinin de haberleşme ve haberleşme özgürlüğü kapsamında yer aldığına”* karar vermiştir. Telefon görüşmelerinin dinlenilmesi nedeniyle sözleşmenin özel

<sup>6</sup> Şen Ersan, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y.2, S. 4, Ağustos 2007, Ankara, s. 97.

<sup>7</sup> Hakeri Hakan, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması, [http://portal.hakanHakeri.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=16&Itemid=35](http://portal.hakanHakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=16&Itemid=35). Erişim Tarihi: 13.10.2008.

<sup>8</sup> Metin için bkz. Bozkurt, Enver, *Türkiye’nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı*, Ankara, 2003, s. 327.

<sup>9</sup> Erdoğan Mustafa, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Ankara 2007, s.152-153. ; Niemietz v. Almanya kararında Mahkeme, “ Özel hayata saygının başka insanlarla ilişki kurmak ve söz konusu ilişkileri geliştirmek hakkını da bir dereceye kadar içerdiği” belirtmektedir. Şen Ersan, *İletişimin Denetlenmesi*, s. 98; Gölcüklü, Feyyaz- Gözübüyük, A. Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara, 2002, s.333.

<sup>10</sup> Şen Ersan, *İletişimin Denetlenmesi Tedbiri*, s. 98.

<sup>11</sup> Karar için bkz. Tezcan Durmuş / Erdem M. Ruhan / Sancakdar Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara, 2004, s. 405; Coşkun Enis, *Küresel Gözaltı- Elektronik Gizli Dinleme ve Görüntüleme*, Ankara, 2000, s. 151.

hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğünü düzenleyen 8. maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle sözleşmenin koruma organlarının önüne gelen ilk davalardan biri Almanya'ya karşı yapılan *Klass v. Almanya*<sup>12</sup> başvurusudur. İlgili başvuruda, terörist faaliyetleri teşvik ettiği ve desteklediği şüphesiyle, kanuna uygun olarak verilmiş yetkili bir yargı makamının kararına dayanılarak, bir avukatın telefon görüşmelerinin dinlenmesi nedeniyle özel hayatın gizliliği hakkının ve haberleşme özgürlüğünün ihlal edildiği iddiası incelenmiştir. Almanya'da çıkarılan "G-10" kanunu, posta ve telefon sırrının sınırlandırılmasını öngörmekteydi. Bu kanuna göre "*Alman Anayasayı Koruma Makamı*", belli koşullar altında şüpheli kişilerin mektup ve telefon konuşmalarını denetleyebilmekteydi. Kanuna göre, *ilgililere sonradan haber verilmesi öngörülmemiştir. Bu nedenle, onların şikayette bulunmalarına ve tedbirin hukuka aykırılığını denetleyebilmelerine fiilen imkan bulunmamaktaydı.* Bunun üzerine savcı Gerhard Klass, hâkim Jürgen Nussbruch ve bazı avukatlar bu kanuna karşı şikayette bulunmuşlar, ancak bir sonuç alamamışlardır. Bunun üzerine sözleşmenin ihlal edildiği gerekçesiyle sözleşmenin koruma organlarına başvurmuşlardır. Haberleşme özgürlüğüne yapılan müdahalenin meşruluğunu 8. maddenin ikinci fıkrası bağlamında inceleyen Mahkeme, ikinci fıkranın sözleşme ile güvence altına alınan bir hakka istisna getirdiği için dar yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda, gizli izleme yetkilerinin polis devletine özgü bir nitelik olduğunu belirten Mahkeme, bu yetkilerin sözleşme çerçevesinde ancak demokratik kurumları korumak için kesinlikle gerekli olduğu ölçüde meşru görülebileceğini belirtmiştir<sup>13</sup>. İlgili olayda yapılan müdahalenin demokratik bir toplumdaki gerekliliğini inceleyen Mahkeme, 8. maddenin getirdiği korumanın kapsamını belirlerken ilk olarak, casuslukta ve buna karşılık izleme araçlarında meydana gelen teknik ilerlemeye; ikinci olarak ise, son yıllarda Avrupa'da terörün ilerlemesine dikkat çekmiştir. Mahkemeye göre, demokratik toplumlar, son zamanlarda casusluğun ve terörizmin oldukça gelişmiş biçimlerinin tehdidi ile yüz yüze kalmışlardır. Bu durum ise, bu tür tehditlerle etkin bir şekilde mücadele edebilmek için, sözleşmecî ülkelerin, kendi egemenlik alanı içinde faaliyet gösteren yıkıcı unsurları gizli izlemeye almasını gerekli kılmıştır. Bu nedenle, Mahkeme'nin istisnai koşullar çerçevesinde mektup, posta ve telekomünikasyon üzerinde gizli izleme yetkileri veren bir yasanın, ulusal güvenlik ile suç ve düzensizliğin korunması amacını güttüğünden, demokratik bir toplumda gerekli olduğuna karar vermiştir<sup>14</sup>. Ancak Mahkeme, sözleşmecî bir devletin

12 *Klass ve Diğerleri v. Almanya*, başvuru no. 5029/71.

13 *Klass ve Diğerleri v. Almanya*, paragraf. 42.

14 *Klass ve Diğerleri v. Almanya*, paragraf. 48.

kendi egemenlik alanı içindeki kişileri gizli izlemeye tabi tutarken, sınırsız bir takdir yetkisi kullanabileceği anlamını gelmediğinin de altını çizmiştir. Demokrasiyi koruma adına onu zayıflatabilecek, hatta tahrip edebilecek böyle bir yasanın tehlikesinin farkında olan Mahkeme, sözleşmecî bir devletin casusluğa ve terörizme karşı mücadele adına, uygun gördüğü her türlü önlemi alamayacağını vurgulamıştır<sup>15</sup>. İtiraz konusu yasayı bu doğrultuda inceleyen Mahkeme, ilgili yasadaki izleme önlemlerinin sonuçlarını, giderilmesi mümkün olmayan en alt sınıra indirebilmeyi ve izlemenin kesinlikle hukuka uygun olarak uygulanmasını güvence altına almayı amaçlayan çeşitli hükümler içerdiğine işaret etmiştir. Aksi yönde bir uygulamanın varlığına dair bir kanıt ve belirtinin bulunmadığına da işaret eden Mahkeme, ilgili yasal düzenlemenin, ulusal güvenlik ile suç ve düzensizliğin önlenmesi amacıyla güttüğü üzerinde durarak, demokratik toplumda gerekli olduğunu bildirmiş ve sözleşmenin ihlal edilmediğine karar vermiştir<sup>16</sup>.

Hukuka aykırı olarak telefon konuşmalarının dinlenilmesi ile ilgili ilk şikayetlerden biri de *Malone v. Birleşik Krallık*<sup>17</sup> başvurusudur. İlgili başvuruda Mahkeme, suçun ve düzensizliğin önlenmesi amacıyla, çalıntı malı satın alma suçundan beraat eden başvuranın, telefonunun polis tarafından dinlendiğinin yargılama sırasında ortaya çıkması üzerine, kendisinin rızası dışında telefonlarının dinlenilmesinin, telefon görüşmelerinin kaydedilmesinin, mektuplarının izlenilmesinin, bunlara ek olarak, telefonunun, çevrilen numaraları otomatik olarak kaydeden bir cihazla polis adına "sayaçlanmasının"<sup>18</sup> (*meter*) hukuka aykırı olduğunun tespiti için açtığı davanın reddedilmesinin, müdahalenin hukuken öngörülmemiş olması nedeniyle haberleşmeye saygı hakkını düzenleyen sözleşmenin 8. maddesinin ihlali gerekçesiyle yapılan başvuruyu incelemiştir<sup>19</sup>. Başvuran, sözleşmenin 8. maddesinin ihlalinin, ilk olarak, posta ve telefon görüşmelerinin polis tarafından veya onun adına izlenmesinden veya bununla ilgili İngiliz ve Galler hukuku ve uygulamasından, ikinci olarak ise telefonunun polis tarafından ya da polis adına sayaçlanmasından ve bununla ilgili İngiliz ve Galler huku-

15 *Klass ve Diğerleri v. Almanya*, paragraf. 49.

16 *Klass ve Diğerleri v. Almanya*, paragraf. 59-60.

17 *Malone v. Birleşik Krallık*, başvuru no. 8691/79.

18 Sayaçlama; belirli bir telefondan çevrilen numaraları ve her görüşmenin zamanını ve süresini kaydeden bir cihazın kullanılmasını ifade etmektedir. *Malone v. Birleşik Krallık*, paragraf. 83.

19 *Malone v. Birleşik Krallık*, paragraf. 15-16.

ku ve uygulamasından kaynaklandığını iddia etmiştir<sup>20</sup>. Yapılan müdahalenin sözleşmeye uygunluğunu inceleyen Mahkeme, müdahalenin hukuka uygun olarak yayıp yapılmadığını ve bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı üzerinde durmuştur<sup>21</sup>. Mahkeme, “*hukuka uygun olarak*” deyiminin, sadece iç hukuka gönderme yapmakla kalmadığı, ama aynı zamanda sözleşmenin başlangıç bölümünde açıkça ifade edilen, hukukun üstünlüğüne uygunluğu gerektiren, bir hukukun kalitesiyle de ilgili olduğu konusuna vurgu yapmıştır. Buna göre, “*hukuka uygun olarak*” deyiminin, sözleşmenin 8. maddesinin birinci fıkrasında korunmuş olan haklara, kamu makamları tarafından keyfi müdahalelerde bulunulmasına karşı iç hukukta bir yasal koruma tedbiri olarak konulduğuna işaret etmiştir. Mahkemeye göre, özellikle bir idari yetki gizli olarak kullanıldığı takdirde, keyfiliğin bulunmuş olduğu açıktır<sup>22</sup>. Bu bağlamda, iletilerin gizli izlenmesi tedbirlerinin yerine getirilmesi, ilgili bireylerin ve daha geniş olarak kamunun denetimine açık olmadığından, yürütmeye tanınan kanuni takdir yetkisinin sınırsız bir yetki anlamına gelecek şekilde ifade edilmesinin, çok yerinde bir tespitle hukukun üstünlüğü ile çelişeceğini belirtmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, bireyi keyfi müdahalelere karşı yeterince korumak için, yetkili makamlara bırakılan bu tür bir takdir alanının kapsamının ve kullanılma şeklinin, söz konusu tedbirin meşru amacı da göz önünde bulundurularak, yeterli açıklıkla belirtilmesi gerektiğine işaret etmiştir<sup>23</sup>. Bu ilkeleri, ilgili olaya uygulayan Mahkeme, polisiye amaçlarla iletilerin izlenmesini düzenleyen İngiliz ve Galler hukukunun, mevcut haliyle en azından bir ölçüde muğlak ve yoruma açık olduğunu belirtmiştir. İngiltere ve Galler’de polis adına iletilerin izlenmesiyle ilgili ayrıntılı düzenlemelerin olmadığına işaret eden Mahkeme, kamu makamlarına verilen söz konusu takdir yetkisinin kapsamının ve kullanma tarzının, makul bir şekilde belirtilmediğine işaret etmiştir. Suçun soruşturulmasına yardımcı olmak üzere, polise iletilerin izlenmesi yetkisi veren yasal bir düzenlemenin, suç ve düzensizliğin önlenmesi amacı güdeceğinden demokratik bir toplumda gerekli olabileceğini belirten Mahkeme, bu yetkilerin kullanılmasının aynı zamanda, içerdiği gizlilikten ötürü, bireysel olaylarda potansiyel olarak kolay olan ve bir bütün olarak demokratik bir toplum için zararlı sonuçlar doğurabilen bir tür kötüye kullanma tehlikesini de taşıdığına işaret etmiştir. Bu nedenle Mahkeme, yapılan bir müdahalenin ancak, benimsenmiş belirli bir gizli izleme sisteminin kötüye kulla-

20 Malone v. Birleşik Krallık, paragraf. 62.

21 Malone v. Birleşik Krallık, paragraf. 65.

22 Malone v. Birleşik Krallık, paragraf. 67.

23 Malone v. Birleşik Krallık, paragraf. 68.

nılmaya karşı yeterli güvenceler içermesi halinde, demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olacağını vurgulamıştır<sup>24</sup>. Polise iletileri izleme yetkisi veren yasal düzenlenin kalitesini inceleyen Mahkeme, yapılan müdahalenin yasal dayanaktan yoksun olduğunu belirtmiş ve bireylere, demokratik bir toplumda varolması gereken asgari düzeyde bile bir hukuki koruma sağlamadığı için oybirliği ile sözleşmenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Mahkeme, *P.G. ve J. H. v. Birleşik Krallık*<sup>25</sup> kararında, bir dairedaki konuşmaların izlenmesi ve kaydedilmesi için polis tarafından gizli cihazlar kullanılmış olmasının ve dairedaki bir telefonun kullanımı ile ilgili bu bilginin polis tarafından elde edilmesinin ve o dinleme cihazlarının polis merkezinde iken sez örnekleri almak için kullanılmasının, sözleşmeye uygunluğunu incelemiştir. Dairedaki numaradan aranmış olan numaralara ilişkin bilgilerin polis tarafından edinilmesinin, dairedaki telefonu kullanmış ya da dairedaki telefonda aranmış olan başvuruların özel yaşamlarına ya da haberleşmelerine müdahale edildiğine şüphe olmadığını belirten Mahkeme, yapılan müdahalenin yasaya dayanıp dayanmadığını ve bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını incelemiştir. Yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekliliğini incelerken Mahkeme, özel yaşamın geniş bir terim olduğundan hareket etmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, 8. maddenin bir kimlik ve kişisel gelişim hakkı ile birlikte diğer insanlarla ve dış dünya ile ilişkiler kurma ve geliştirme hakkını da korumakta olduğunu belirtmiştir<sup>26</sup>. Bir kişinin evinin ya da evinin özel bölgelerinin dışarıdan denetlenmesinin, onun özel yaşamını etkileyip etkilemediğinin değerlendirilmesinin bir kısım unsurları gerektirdiğini belirten Mahkeme, insanların bilerek ya da isteyerek, aleni bir şekilde kaydedilen ya da kaydedilebilen yahut rapor edilen ya da rapor edilebilen faaliyetlere karıştıkları durumlar olduğu için, bir kişinin özel yaşamının gizliliğine ilişkin makul beklentileri mutlak anlamda kesin olmamakla birlikte önemli bir faktör olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre caddede yürüyen bir kişi, kaçınılmaz olarak, toplumun orada bulunan herhangi bir üyesine görünür olacaktır. Aynı kamusal yerin teknolojik araçlarla denetlenmesi de benzer bir özellik taşımaktadır. Ancak, kamusal alandaki herhangi bir sistematik ya da sürekli kayıt bir kez yapılıncaya özel yaşam değerlendirmelerinin doğacağı da kesindir. Bu nedenle, belirli bir kişi hakkında güvenlik görevlileri tarafından toplanmış olan dosyalar, bu bilgi herhangi bir izinsiz ya da gizli yöntemle toplanmamış olsa bile, 8. maddenin

---

<sup>24</sup> Malone v. Birleşik Krallık, paragraf. 81.

<sup>25</sup> P.G. ve J. H. v. Birleşik Krallık, başvuru no. 44787/98.

<sup>26</sup> P.G. ve J. H. v. Birleşik Krallık, paragraf. 56.

kapsamına girecektir<sup>27</sup>. Bu nedenle Mahkeme, telefon konuşmalarının gizlice dinlenmesinin, 8. maddede güvence altına alınan haberleşme ve özel yaşamın gizliliği hakkına ihlal oluşturacağını belirtmiştir. Mahkemeye göre, gizli kayıt işlemi, konuşmaların içeriğini bir şekilde kullanmak amacıyla yapılmış olmasına rağmen, ses örnekleri olarak kullanmak için alınan kayıtların, 8. maddenin koruma kapsamı dışında tutulamayacağını vurgulamıştır. Kişinin sesinin sürekli kaydı yapılmıştır ve bu kişinin diğer kişisel veriler bağlamında kimliğinin tespiti için analiz işlemine tabi tutulmuştur. Başvuranların, polis memurlarının onları dinledikleri bir yerde suçlanırken, resmi sorulara cevap vermiş oldukları doğru olmakla birlikte, başvuranların seslerinin bu nedenle kaydedilmesi ve analiz edilmesi başvuranlar hakkındaki kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak görülmelidir<sup>28</sup>. Mahkeme yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, başvuranların polis hücrelerinde iken ve suçlandıkları sırada seslerinin kaydedilmesinin, sözleşmenin özel yaşama ve haberleşme hakkına saygı gösterilmesini düzenleyen 8. maddesine aykırılık oluştuğuna oybirliği ile karar vermiştir<sup>29</sup>. Yine Mahkeme, Hollanda'ya karşı yapılan, *M.M. v. Hollanda*<sup>30</sup> başvurusunda, hukuka aykırı telefon dinlenilmesi sonucu elde edilen bilgilerin, bir ceza yargılamasında delil olarak kullanılmasının sözleşmenin 8. maddesine aykırılık oluşturacağı yönündeki başvuruyu incelemiştir. İlgili olayda Mahkeme, mesleği avukatlık olan, 1953 doğumlu Hollanda vatandaşının başvurusunu ele almıştır. Başvuran 1993 yılının Kasım ayının başında, hakkında cezai takibat başlatılmış olan Bay. K.'nin savunma avukatı olarak görev yapmaktadır. Başvuran, tutuklu olarak yargılanmakta olan müvekkili Bay K.'nin eşi ile dava ile ilgili olarak pek çok defa bir araya gelmişlerdir<sup>31</sup>. Bayan S., bu görüşmeler sırasında, başvuran tarafından cinsel tacize uğradığını eşi Bay K.'ye bildirmiştir. Olayın Savcı T.'ye iletilmesi üzerine, savcı olayı araştırmak üzere, polis memuru N. ile ahlak savcısı R.'yi görevlendirmiştir. Ancak, yeterli delil olmadığı için Bayan S, cezai takibatın başlatılması konusunda gönülsüz davranmıştır. Yaptıkları görüşmeler sonucunda, Savcı T. ve ahlak zabıtası R., başvuranın telefondaki konuşmalarını kaydetmek üzere Bayan S'nin telefonuna bir ses kayıt cihazı koymayı önermişlerdir. Bunu takiben polis memuru, savcının ön izni ile, Bayan S.'nin telefonuna bir kayıt cihazı bağlamıştır. Polis memurları, Bayan S.'nin başvuran ile yaptığı telefon konuşmalarını, başvuranın cinsel

27 P.G. ve J. H. v. Birleşik Krallık, paragraf. 57.

28 P.G. ve J. H. v. Birleşik Krallık, paragraf. 59.

29 P.G. ve J. H. v. Birleşik Krallık, paragraf. 96.

30 M.M. v. Hollanda, başvuru no. 39339/98.

31 M.M. v. Hollanda, paragraf. 10.

eğilimleri doğrultusunda yönlendirmesini önermiştir. Ses kayıt cihazının operasyonunda Bayan S.'ye talimat veren polis memurları, cihazın nasıl kullanılacağını göstermek üzere iki defa Bayan S.'nin evine gelmiştir. Bayan S., başvuran ile aralarında olan üç konuşmayı kaydetmiştir. Olayın medyaya yansması üzerine, iki kadın daha, başvuran tarafından cinsel tacize uğradıkları ve tecavüz edildikleri gerekçesiyle başvuran hakkında şikayette bulunmuşlardır. Bunun üzerine, cinsel taciz ve zorla ırza geçme suçundan yargılanan başvuran, 8 ay hapis cezasına çaptırılmıştır. Başvuran, telefon konuşmalarının izinsiz olarak dinlenilmesinden dolayı delil olarak kullanılmayacağı gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararına itiraz etmişse de bir sonuç alamamıştır<sup>32</sup>. Bunun üzerine başvuran, Bayan S. ile yaptığı telefon konuşmalarının kaydedilmesinin, bu koşullar altında, sözleşmenin 8. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle Mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme olayda, başvuranın Bayan S. ile yaptığı telefon konuşmalarının, kovuşturmayaya delil olarak başvuranın aleyhine kullanılmak amacıyla kaydedilmesinin, bir kamu makamına isnat edilebilir olup olmadığı üzerinde yoğunlaşmıştır. Olayları kontrol edenin esasında Bayan S. olduğu yönündeki hükümetin savunmasını kabul etmeyen Mahkeme, bu tür bir argümanı kabul etmenin, soruşturma makamlarının özel ajanlar kullanarak sözleşme çerçevesindeki sorumluluklarından kaçmalarını izin vermekle aynı olacağını vurgulamıştır<sup>33</sup>. Bayan S.'nin başvurandan gelen telefonları kamu makamlarının olaya karışması olmaksızın kaydetmeye ve kayıtları dilediği gibi kullanmaya tamamen hak sahi olduğu şeklindeki Hükümetin görüşünü değerlendirmeye bile gerek görmeyen Mahkeme, ilgili olaydaki sorunun tamamen kamu makamlarının olaya karışmasından kaynaklandığını belirtmiştir. Başvuranın haberleşme hakkına yapılan müdahalenin, yasaya uygun olarak yapılmadığı ve 8. maddenin ikinci fıkrasındaki meşru amaçlardan birini gerçekleştirmeyi yönelik olmadığını belirten Mahkeme, bire karşı altı oyla, yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı için sözleşmenin ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>34</sup>.

Haberleşme özgürlüğünün sınırlanabilmesi için sözleşmenin 8. maddesinin yorumlanmasından çıkan ve Mahkeme tarafından geliştirilen ölçütlerin özetle şunlar olduğu söylenebilir<sup>35</sup>;

<sup>32</sup> M.M. v. Hollanda, paragraf. 11-21.

<sup>33</sup> M.M. v. Hollanda, paragraf. 40.

<sup>34</sup> M.M. v. Hollanda, paragraf. 41-43, 56.

<sup>35</sup> Tezcan Durmuş /Erdem M. Ruhan / Sancakdar Oğuz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi., s. 407; Çoksezen, Atakan: 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avrupa İnsan Hak-

- Sınırlama (müdahale) ancak kanun ile yapılabilir.
- Sınırlama, maddede sayılan meşru amaçlar kapsamında olmalıdır.
- Sınırlama, demokratik bir toplumda gerekli olmalıdır.
- Sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında orantılılık olmalıdır.
- Sınırlama, keyfi uygulamalara izin vermeyecek nitelikte olmalıdır<sup>36</sup>.

Özel yaşamını gizliliği ve iletişimin denetlenmesi ilişkin düzenlemeler, Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın ise, hukuka aykırı arama ve el koymayı yasaklayan 4. değişikliği kapsamında değerlendirilmektedir. Buna göre;

*“Vatandaşların kendilerinin, evlerinin, belgelerinin ve eşyalarının bir neden olmadan aranması ve el konulmasına ilişkin hakları ihlal edilemez ve arama izninin makul bir nedene dayanması, yemin ve beyanlarla desteklenmesi, arama yapılacak yerin ve el konulacak belgeler ya da kişilerin özelliklerle belirlenmesi gerekir.”*

ABD Yüksek Mahkeme<sup>37</sup> özel yaşamın gizliliği ve bu nedenle iletişimin hukuka aykırı olarak denetlenmesi ile ilgili ilk başvuruları bu madde kapsamında değerlendirip incelemiştir<sup>38</sup>. Yüksek Mahkeme Dördüncü Değişiklikle ilgili ilk dönem kararlarında, sadece geleneksel anlamda arama ve el koymaları değil aynı zamanda ev, kişi ve eşyaya karşı tecavüzleri de bu değişiklik kapsamında değerlendirmiştir. Nitekim Yüksek Mahkeme, 1914 tarihli *Weeks v. United States*<sup>39</sup> davasında, federal kamu görevlileri tarafından hukuka aykırı olarak elde edilmiş belgelerin federal yargılamalarda delil olarak kullanılmayacağına karar vermiştir<sup>40</sup>. Ancak Yüksek Mahkemenin daha sonraki kararlarında ilk kararlarından ciddi bir sapma olduğu görülmektedir. Nitekim gizli telefon dinleme ile ilgili olarak ilk kez Yüksek Mahkemenin

---

ları Sözleşmesi Çerçevesinde Ceza Muhakemesi Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi, [http://www.turkhukuksitesi.com/makale\\_229.htm](http://www.turkhukuksitesi.com/makale_229.htm). Erişim Tarihi: 13.10.2008; Şen Ersan, İletişimin Denetlenmesi Tedbiri, s. 98- 99; Taşkın Mustafa, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Ankara, 2008, s. 263.

<sup>36</sup> Gürakar Z. Özlem, Ses ve Görüntü Kayıtlarının Delil Değeri, Çetin Özek Armağanı, İstanbul, 2004, s.448-449.

<sup>37</sup> Bundan sonra kullanılacak olan “Yüksek Mahkeme” terimi “ABD Yüksek Mahkemesi-ne” işaret edecektir.

<sup>38</sup> Beanay M. William, “The Constitutional Right to Privacy in the Supreme Court”, Supreme Court Review, 1962. s. 215.

<sup>39</sup> Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914) .

<sup>40</sup> Beanay, s.217.

önüne gelen 1928 tarihli, Birleşik Devletler özgürlük tarihinin karar anlarından biri olarak kabul edilen meşhur *Olmstead v. United States*<sup>41</sup> davasında, hukuka aykırı bir şekilde telefon dinlenilmesi sonucu elde edilen bilgilerin, yargılamada delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı incelenmiştir<sup>42</sup>. Alkol-lü içki tüketimi ve dağıtılmasını yasaklayan Ondüncü Değişikliğin yürürlüğe girmesinden 8 yıl sonra Yüksek Mahkemenin önüne gelen bu davada, bir içki kaçakçısının telefonlarının dinlenilmesi sonucu elde edilen bilgiler sonucu, tutuklanması olayı incelenmiştir. Söz konusu davada, Olmstead, aylık cirosu 200.000 Amerikan doları olan bir likör kaçakçılığı yürütülmesi ve bu likörün Btiritsh Colombia'dan getirilip Seattle ve civarında dağıtılması işine karışmıştır. Birkaç ay boyunca federal ajanlar, davalının telefon konuşmalarını kaydetmiştir. Ayrıca, örgütün çeşitli üyeleri arasındaki telefon konuşmaları dinlenmiş ve sonuçta iddianameyi destekleyecek ve grubun 21 üyesinin suçlanmasına yetecek kanıt elde edilmiştir. Yargılama aşamasında gizli telefon dinlenilmesi sonucu elde edilen bilgilerin, delil olarak kullanılmayacağı davalılar tarafından ileri sürülmüşse de ilk derece mahkemesi talebi kabul etmemiştir. İlk derece mahkemesi ile aynı düşünceleri paylaşan istinaf mahkemesi hâkimlerinin çoğunluğu da, telefon kaydının arama ve el koyma olarak nitelendirilemeyeceğini ileri sürerek talebi reddetmişlerdir. İstinaf mahkemesi Dördüncü Değişikliğin amacından hareket ederek mahkemenin kararını haklılaştırmaya çalışmıştır. İstinaf Mahkemesi hâkimi Gilbert tarafından Dördüncü Değişikliğin amacı, “*kişilerin evlerinin ve iş yerlerinin işgalini önlemek ve burada bulunan suçlayıcı delillerin kullanılmasını önlemek*” olarak belirtilmiştir. Bu nedenle suç şüphesi altında bulunan bir kişinin ahlaki olmayan bir biçimde telefonlarının dinlenilmesinin onun özel yaşamın gizliliği alanına güçlü bir müdahale oluşturduğu söylenebilirse de, telefon konuşmalarının gizli kaydı fiili, bu anayasal düzenlemeler çerçevesindeki yasaklamanın kapsamına girmemektedir<sup>43</sup>. Hâkim Gilbert kararını desteklemek için ayrıca, bir dinleyici cihaz aracılığıyla yapılan konuşmaların dinlendiği davada bu delilin geçerli sayıldığı ve diğer bazı Eyalet ve birkaç federal davada delilin elde edilme biçiminin delilin sıhhatini etkilemediği davalara gönderme yapmıştır. Hâkim Rudkin ise değişikliğin amacını diğer mahkeme üyelerinden çok farklı bir şekilde değerlendirip çoğunluğun görüşüne katılmadığını bildirerek muhalefet şerhi yazmıştır. Hâkim

41 *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928), <http://faculty.uml.edu/sgallagher/olmstead.htm>.

42 McKey B. Robert, “The Right of Privacy: Emanations and Intimations”, Mich. L. Rev. (1965 – 1966), s. 273.

43 Beanay, s. 219.

Rudkin'e göre, Dördüncü Değişiklik ile getirilen güvenceler evler ve belgeler ile sınırlı değildir. Değişikliğin esas amacı sadece mülkiyetin korunması değil aynı zamanda kişinin bireysel özgürlüğünün ve hayatının özel alanının korunmasıdır. Ayrıca, Dördüncü Değişikliğin lafı yorumundan bile, değişiklik ile güvence altına alınmış olan özel yaşam hakkının salt bir mülkiyet hakkı olmadığına da vurgu yapılmıştır. Bu bağlamda Hâkim Rudkin'e göre; telefon ile mektup arasında analogik bir ilişki kurmak mümkündür. Mektupta korunan mektubun yazıldığı kâğıt değil mektubun içeriğidir. Mektupla gönderilen bir mesajla, telgrafla veya telefonla gönderilen mesaj arasında hiçbir fark yoktur. Biri görülebilir olmasına rağmen diğeri görünmez. Biri somut olmasına rağmen diğeri soyuttur. Biri zarfla kapatılmasına rağmen diğeri kapatılamaz. Bu ise esaslı bir farklılık oluşturmamaktadır<sup>44</sup>. Söz konusu davada telefon kullanımının korumayı gerektirdiğini göstermek için şu görüşler ileri sürülmüştür<sup>45</sup>:

*“Eğer bir kişinin evinde veya işyerinde kullandığı özel bir telefon hattı onun hayatının özel alanına girmiyorsa, insan aklının neyin bu kapsamda olduğunu kavraması güçtür.”*

Olayın Yüksek Mahkemeyi intikal etmesi sonucu, Olmstead, tutuklanmasına neden olan delillerin gizli dinleme sonucu illegal yollarla elde edildiğini ileri sürerek Anayasanın Dördüncü Değişikliğinde güvence altına alınan hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Yüksek Mahkeme ise elektronik dinlemenin fiziki bir bütünlüğü olmadığını belirtip söz konusu hakkın ihlal edilmediğine karar vermiştir. Yüksek Mahkemeye göre, Olmstead, gerçekten, her ne zaman telefonda konuşursa, kendi konuşmalarını halka açmıştır. Dolayısıyla onun konuşmalarının gizliliği kalmamıştır. Ek olarak Mahkemeye göre; *“Dördüncü ve Beşinci değişiklikte getirilen koruma, hiçbir zaman kişiler arasındaki herhangi bir yer veya koşulda yapılmış olan konuşmalarda elde edilen delillerin kullanılmasını sağlayacak bir biçimde genişletilmemiştir.”* Yüksek Mahkeme hâkimlerinin çoğunluğu, telefon dinlenmesini makul olmayan bir arama ve el koyma olarak değerlendirmemiştir. Yüksek Mahkeme başkanı hâkim Taft'a göre; Dördüncü Değişiklikte koruma altına alınan aramanın konusu *“ev, kişi, belge ve taşınır mallar gibi maddi varlığı olan şeyler”* olduğundan telefon dinlenmesi hiçbir şekilde *“arama ve el koyma”* olarak değerlendirilemez. İlgili davada kişinin taşınmazına veya evine girme söz konusu değildir. Telefon konuşmalarının gizlice dinlenmesinin Dördüncü Değişiklik kapsamında güvence altına alınmadığını belirten

<sup>44</sup> Beanay, s. 219 – 220.

<sup>45</sup> Beanay, s. 220.

Başkan Taft, Kongre'nin telefon konuşmalarının gizliliğini, bu delillerin kullanılmayacağına ilişkin kararı vermesi yoluyla korunabileceğini belirtmiştir. Mahkeme çoğunluğunun, Dördüncü Değişiklikle getirilen arama ve el koyma konusundaki güvencenin en dar anlamı ile yorumladığını söyleyebiliriz. Özetle Yüksek Mahkeme çoğunluğuna göre; *"Anayasayı hazırlayanların özgürlük lehine hazırladıkları bu değişiklikler liberal bir biçimde yorumlanmalıdır. Ancak, değişiklikte yer alan ifadelerin ötesinde bunlara dinleme ve görme eklenerek arama ve el konulma kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir."*

Ancak Yüksek Mahkemenin bu kararı, çoğunluk görüşüne muhalif kalan diğer üyeler tarafından oldukça sert eleştiriler almıştır. Hâkim Butler karşı oy yazısını, telefon kaydının klasik anlamdaki arama ve el koymanın modern versiyonu olduğu yönündeki görüşe dayandırırken; Hâkim Brandeis ve Stone, özel yaşamın gizliliği hakkının korunması için Dördüncü Değişikliğin geniş yorumlanması yönündeki görüşten hareket etmişlerdir. Hâkim Butler, Dördüncü Değişikliği sadece lâfzî yorumlamayı reddetmiştir. Hâkim Butler, kullanılan kelimelerin lâfzî yorumunun, düzenlemelerin amaç ve kapsamını belirleyemeyeceğini, Dördüncü Değişikliğin, içinde geçen kelimelerin manasına eşit tüm kötülöklere karşı bir güvence sağladığını belirtmiştir<sup>46</sup>. Buna göre; *"Konuşma sırasında, hatların kullanımı sadece onu kullananlara tahsis edilmiştir. Konuşmaların kaydı, hat kullanırken buna müdahaleyi de içerir. Görevliler tarafından gerçekleştirilen konuşmaların kaydı, tam manasıyla bir kanıt arama faaliyetidir"*

Yüksek Mahkemenin Olmstead kararına karşı diğer bir eleştiri Hâkim Brandeis'ten gelmiştir. Hâkim Brandeis, Anayasanın bireyleri, güçlerin kötüye kullanılmasına karşı koruyan ifadeler içerdiğini belirterek, bu ifadelerin değişen dünya koşullarına adapte edilebilme kapasitesine sahip olması gerektiğine işaret ederek Anayasalardaki ifadelerin ortaya çıkan sorunlara göre geniş bir uygulama yeteneğine sahip olması gerektiğini işaret etmiştir<sup>47</sup>. Hâkim Brandeis'e göre; değişikliğin lâfzî yorumundan, o döneme özgü özel yaşam alanlarının güvence altına alınmaya çalışıldığı görülmektedir. Oysa yeni keşifler ve icatlar, Devletin bireylerin özel yaşamına müdahalesini artırmış durumdadır. Teknolojideki bu gelişmeler, kişilerin tuvalette ne fısıldandığını dahi ortaya çıkarabilecek niteliktedir. Dolayısıyla bu gelişmeler, bireysel güvenliğe karşı saldırı tehditlerini artırıcı nitelik taşıyabilecektir. Bu nedenle Brandeis, bireylerin Devlete karşı yalnız bırakılma haklarının oldu-

<sup>46</sup> Beanay, s. 224.

<sup>47</sup> McKey, s. 274.

ğunu, bu hakkın tüm hakların en kapsamlısı ve medeni insan için en değerlisi olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda, Beşinci Değişikliğin<sup>48</sup> desteklediği Dördüncü Değişikliğin, özel yaşama hakkına tam anlamıyla bir koruma sağladığını vurgulayan Brandeis, kullanılan araç ne olursa olsun, Devlet tarafından bireyin özel alanına yapılan, haklılaştırılması mümkün olmayan her müdahalenin, Dördüncü Değişikliği ihlal edeceğini, bu şekilde elde edilen delillerin ise ceza yargılamasında kullanılmasının Beşinci Değişikliğin ihlali sonucunu doğuracağını belirtmiştir. Brandeis ayrıca mülke izinsiz girilmemiş olmasının bir önemi olmadığını belirterek, telefon kaydının yapılmasına hukukun uygulanmasına yardımcı olduğu gerekçesiyle müsamaha gösterilmesi yönündeki görüşün geçerliliğini kaybettiğini vurgulamıştır. Bu yönde gösterilecek bir inisiyatifin özgürlüklere karşı en büyük tehlike oluşturduğunun altını çizerek, özgürlüklere karşı olan bu tehlikelerin, iyi niyetli fakat anlayış sahibi olmayan arzulu adamların sinsi emellerinden kaynaklandığını özellikle vurgulamıştır. Bu nedenle birey, devlet tarafından yapılacak haksız her türlü müdahaleye karşı korunmalıdır<sup>49</sup>.

1962 yılında Supreme Court Review’de Princeton Üniversitesi politika bilimi öğretim üyelerinden Profesör Beaney M. William tarafından kaleme alınan “*Anayasal Bir Hak Olarak Özel Hayatın Gizliliği Hakkı*” adlı makale, *Olmstead v. United States* kararının oldukça ayrıntılı bir tahlilini içermektedir. Söz konusu makalede yazar Beaney, Yüksek Mahkeme çoğunluğu tarafından Hâkim Brandeis’in görüşünün benimsenmesi durumunda, Dördüncü Değişikliğin geniş bir biçimde özel yaşamın gizliliği hakkını güvence altına alabileceğini, Devletin bir kişinin evine, belgelerine ve eşyalarına ve serbest dolaşımına karşı yapacağı tüm müdahalelerini haklılaştırmasının hukuka uygun bir biçimde gerçekleştirmesine bağlı olacağını belirtmiştir. Ayrıca Devletin yapmış olduğu tüm müdahalelerin haklılığını ispat etmekle yükümlü olacağını vurgulamıştır. Beaney’in yerinde tespitiyle özel yaşamın gizliliği hakkı mutlak bir hak olmamakla birlikte, anayasa tarafından güvence altı-

<sup>48</sup> Beşinci Değişiklik; “Hiç kimse, ihbar olmadıkça ya da büyük jüri tarafından suçlanmadıkça, ağır bir suçlamaya ya da haysiyet kırıcı bir ithama yanıt vermekle yükümlü değildir; savaş zamanında ya da genel tehlike anında ya da kara ve deniz ordularında, milis örgütünde görev yapıldığı sırada ortaya çıkacak durumlar bu hükmün dışındadır; hiç kimsenin yaşamı ya da beden bütünlüğü aynı suç nedeniyle iki kez tehlikeye atılamaz; hiç kimse, herhangi bir ceza davasında kendi aleyhinde tanıklığa zorlanamayacağı gibi yasal bir yöntem izlenmeden yaşamından, özgürlüğünden ya da mülkünden yoksun bırakılamaz; özel mülkiyetteki hiçbir şey, tam bedeli ödenmeden, kamu hizmeti için kullanılamaz.”

<sup>49</sup> Beanay, s. 225.

na alınan haklar arasında, çok önemli bir konumda bulunmaktadır<sup>50</sup>.

Yüksek Mahkeme, 1937 tarihli *Nardone v. United States*<sup>51</sup> kararından itibaren hukuka aykırı bir şekilde ele geçirilmiş ses kaydı delilinin, kayıt ister federal ister eyalet memurları tarafından tutulsun, kaydın ülke içi ya da ülkeler arası olduğuna bakılmaksızın, federal mahkemelerde kullanılmasına karşı bir yasaklama getirildiği yönünde kararlar vermeye başlamıştır. Ayrıca sözkonusu kararda sorgulama sırasında yapılan ses kayıtlarından elde edilen delillerin de kullanılmayacağı yönünde karar verilmiştir<sup>52</sup>. Delil elde etmek amacıyla hukuka aykırı bir şekilde telefon dinlenilmesi ile ilgili diğer bir başvuru 1942 tarihli *Goldman v. United States*<sup>53</sup> davasında Yüksek Mahkemenin önüne gelmiştir. İlgili davada, iki federal kamu görevlisi, bir avukat ve iflas yasasına aykırı fiillerde bulduklarından şüphelenilen arkadaşları aleyhine delil ararken, şüpheli avukatın bürosuna bina yöneticisinin yardımıyla girmiş ve avukatın çalışma odasına küçük bir dinleme cihazı yerleştirmişlerdir. Cihaz düzgün çalışmayınca, bitişikteki büroya girerek duvara, avukatın bürosu ve telefon konuşmalarını dinlemek üzere başka bir cihaz yerleştirmişlerdir. Bu sayede hem avukatın müvekkilleriyle hem de şüphe altında olmayan diğer kişilerle olan yapmış olduğu telefon konuşmalarını dinleme fırsatı elde etmişlerdir. Olayın Yüksek Mahkemeye intikal etmesi üzerine, üyelerin çoğunluğu tarafından *Olmstead* kararında belirlenen içtihadattan dönülmeyi gerektirecek bir neden bulunmadığı belirtilerek Dördüncü Değişikliğin ihlal edilmediğine karar vermişlerdir. Ancak Yüksek Mahkemenin bu yönde karar vermesinde, savaş zamanında bulunulmasından dolayı, istihbarat hareketlerine karşı hükümetin kendini koruması için elektronik dinlemenin gerekliliğinin etkili olduğu dile getirilmiştir<sup>54</sup>. Yine 1952 tarihli *On Lee v. United States* kararında, Yüksek Mahkeme, şüpheliyle konuşan ajanın üzerine yerleştirilen dinleme cihazı aracılığıyla elde edilen delilin, Dördüncü Değişikliği ihlal etmeyeceğine karar vermiştir<sup>55</sup>. Ancak bu kararda, dört yargıç çoğunluk görüşüne karşı çıkmışlardır. 1960'lı yılların başına kadar, hukuka aykırı bir şekilde telefon dinlenilmesi sonucu elde edilen delillerin kullanılmasının Dördüncü Değişikliğin ihlali olacağı yönündeki iddi-

<sup>50</sup> Beaney, s. 226.

<sup>51</sup> *Nardone v. United States*, 302 U.S. 379, (1937), [http://www.druglibrary.org/SCHAFFER/legal/11930/nardone\\_v\\_us\\_us\\_supreme\\_court.htm](http://www.druglibrary.org/SCHAFFER/legal/11930/nardone_v_us_us_supreme_court.htm).

<sup>52</sup> Beaney, s. 229.

<sup>53</sup> *Goldman v. United States*, 316, U.S. 129, (1942), <http://supreme.justia.com/us/316/129/>

<sup>54</sup> Beaney, s. 231.

<sup>55</sup> McKey, s. 275.

alar Yüksek Mahkeme tarafından geri çevrilirken, 1961 tarihli *Silverman v. United States*<sup>56</sup> davasının gizli cihaz konularak telefon konuşmalarının dinlenilmesinde olduğu gibi mutad olmayan arama ve el koyma biçimlerinin de Dördüncü Değişikliğin ihlalini oluşturacağına karar vermiştir. Bundan sonrada Yüksek Mahkeme aynı içtihadını devam ettirmiştir Dolayısıyla Yüksek Mahkemenin Olmstead kararında vermiş olduğu içtihadından dönüş yapması için 1961 yılına kadar beklemesi gerekmiştir.

İç hukuk düzenlememize baktığımızda ise özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğünün 1982 Anayasası'nın 20. ve 22. maddesinde düzenlendiğini görmekteyiz. Anayasamızın 22. maddesine göre:

“ Herkes, haberleşme özgürlüğüne sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.

*Milli güvenlik kamu düzeni, suçun işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya bir kaçını bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merci yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim kararını kırk sekiz saat içinde açıklar, aksi halde, karar kendiliğinden kalkar,*

*İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.”*

Sözleşmenin 8. maddesi ve 1982 Anayasası'nın 22. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, gerek hakkın özünün ve gerekse sınırlama sebeplerinin aynı hukuk terminolojisi ile ifade edildiği ve haberleşme özgürlüğü hakkındaki ulusal hukuki düzenlemenin sözleşme ile aynı olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

### **III.Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerinin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Tarafından Belirlenen Ölçütlere Uygunluğu**

“Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” koruma tedbiri, hukukumuzda C.M.K. m. 135 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Bu yönü itibarıyla Türk Hukukunda haberleşme özgürlüğüne ilişkin olarak getirilen sınırlama kanun ile yapılmaktadır.

C.M.K.'nın 135. maddesi dayanağını, Anayasa'nın 22. maddesinden almaktadır. Anayasa'nın 22. maddesinde yer alan, *kamu düzeni, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ve milli güvenliğin sağlanması* durumları

<sup>56</sup> Silverman v. United States, 365 U.S. 505 (1961).

(sayılanlar sözleşmede de sayılan sınırlama sebepleri ile aynıdır) C.M.K da yer alan hükmün menşei teşkil etmektedir<sup>57</sup>. Bu yönü itibariyle C.M.K. m. 135 te yer alan koruma tedbiri, demokratik bir toplumda olması gereken ve meşru bir amaca yönelik bir sınırlamadır.

C.M.K. m. 135'te yer alan koruma tedbirinin, kanunda sayılan suçu tiplerinde uygulanabilecek olması (m. 135/6,a da 14 bent halinde sayılan katalog suçlar), tanıklıktan çekinme hakkı olan kimselerle yapılan haberleşmenin *kaydının yasaklanması*, 135/1 uyarınca iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin ikincil bir tedbir olması<sup>58</sup> –*başka surette delil elde etme imkânı bulunmayan durumlarda uygulanabilir olması*– nazara alındığında, anılan koruma tedbirinden elde edilmek istenen amaç ile haberleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamanın demokratik bir devlette olması gereken türden orantılı bir sınırlama olduğu görülür.

C.M.K. 135'e aykırı hareketler, C.M.K. m. 141 vd. maddelerde yer alan koruma tedbirleri nedeniyle tazminat kapsamında yer almasa da, bu maddeye aykırı olarak uygulanan tedbir sonucunda ele geçirilen bulguların, hukuka aykırı delil kapsamında olması ve hukuki bir güce sahip olmaması; bu maddeye aykırı hareketin T.C.K. m. 132 bağlamında haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu oluşturması, gerek 657 Sayılı Kanun ve memurlarla ilgili disiplin hükümleri içeren kanunlar kapsamında<sup>59</sup> disiplin yaptırımının öngörülmesi<sup>60</sup> bu sınırlamanın kötüye kullanılmasına engel olabilecek nitelikteki hukuki güvenceler olarak karşımıza çıkmaktadır.

C.M.K. m. 135 te yer alan “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbiri” hükümlerinin Mahkeme tarafından ortaya konulan kriterlere uygun olduğu ve ilgili bölümlerde açıklanacağı üzere birçok Avrupa ülkesinde dahi yer almayan kanuni düzenlemeler ve güvence-

<sup>57</sup> Tanör Bülent / Yüzbaşıoğlu Nemci, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2000, s. 165.

<sup>58</sup> Erdem, 5271 Sayılı C.M.K'da İletişimin Denetlenmesi, Hukuki Perspektifler Dergisi, Yıl 2005, S. 3, s. 100

<sup>59</sup> Örn. Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü

<sup>60</sup> Son bölümde konu bütün ayrıntısı ile inceleneceğinden bu bölümde fazlaca açıklamaya yer verilmemiştir. Kötüye kullanmayı önleyici hukuki düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Keklik, Ceza Yargılamasında İletişimin Denetlenmesi, Adalet Dergisi, S. 25 [http://www.yayin.adalet.gov.tr /25\\_ sayi%20i% C3%A7erik/Ramazan%20KEKL %C4%B0K.htm](http://www.yayin.adalet.gov.tr /25_ sayi%20i% C3%A7erik/Ramazan%20KEKL %C4%B0K.htm). Erişim Tarihi: 13.10.2008

ler içerdiği söylenebilir<sup>61</sup>.

#### IV. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi

##### A. Kanuni Düzenleme ve Kanuni Kavram -Terimlerin Değerlendirilmesi

1412 Sayılı C.M.U.K.' ta iletişimin denetlenmesine ilişkin her hangi bir hüküm bulunmamakta iken; sadece 4422 Sayılı Ç.A.S.Ö.M.K çerçevesinde yer alan suçlara ilişkin olarak iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulama alanı bulmaktaydı. 4422 Sayılı Kanun 5320 Sayılı C.M.K Yürürlük Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. Mevcut yasal mevzuat hükümleri değerlendirildiğinde iletişimin denetlenmesine ilişkin (suç soruşturması ve kovuşturması ile ilgili) tek hüküm 5271 Sayılı C.M.K m. 135' te yer almaktadır<sup>62</sup>.

4422 Sayılı Kanun tedbiri, iletişimin dinlenmesi ve tespiti olarak tanımlanmakta iken; tedbir öğretide, haberleşmenin denetlenmesi<sup>63</sup>, iletişimin izlenmesi,<sup>64</sup> telefon, teleks, faks gibi araçlarla yapılan haberleşmenin denetlenmesi<sup>65</sup>, uzakla haberleşmenin denetlenmesi<sup>66</sup> gibi terimler ile adlandırılmaktaydı. 5271 Sayılı C.M.K ise tedbiri "Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbirleri" başlığı altında düzenlemiştir. Maddenin bölüm başlığı bu iken alt başlık olarak, " *İletişimin Tespiti, Dinlenmesi Ve Kayda Alınması* " terimlerinin kullanılması ve bu suretle bölüm başlığı ile konu başlığı arasında terminoloji farklılığı oluşturulması

- 
- 61 Kühne Hans- Heiner, Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Koruma Tedbirleri, Hukuki Perspektifler Dergisi, Yıl. 2005, S. 3, s. 47.
- 62 Özbek Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006, s. 419.
- 63 Cihan Erol / Yenisey Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 1997, s. 258; Centel Nur, Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler, Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1995, s. 77 vd.
- 64 Dönmezer Sulhi, Çetelerle Mücadele Amacıyla 4422 Sayılı Kanunla Kabul Edilen Koruma Tedbirleri, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir, 2000, s. 268
- 65 Gökçen Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi), Ankara, 1994, s. 188; Sözüer, Adem: Türkiye de ve Karşılaştırmalı Hukuk ta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi, İ.H.F.M., Türkkan Rado' ya Armağan, İstanbul, 1997, C. LV., S. 3, s. 64-70
- 66 Erdem M. Ruhan / Özbek V. Özer, 4422 Sayılı ÇAMSÖK Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, Seyfullah Edis' e Armağan, İzmir, 2000, s. 249. Öğretide kullanılan terimler hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Özer, Veli Özer: Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 419

öğretide haklı olarak eleştirilmektedir<sup>67</sup>.

Kanun koyucunun iletişim araçlarını tek tek saymak yerine, telekomünikasyon araçları terimi gibi genel bir kavramı benimsemesi ise mevcut ve gelecekte ortaya çıkacak tüm iletişim araçlarını bu kapsama dâhil etmek istemesi şeklinde de yorumlanmaktadır<sup>68</sup>.

Bu görüşlerden hareketle, kanun metni ve kanun metninde yer alan terimlerin kanun koyucu tarafından nasıl anlamlandırıldığına ortaya konulması gerekmektedir. Öncelikle kanun metnine bakıldığında: C.M.K. m. 135 hükmü şu şekildedir:

*“(1) (Değişik cümle: 25.05.2005–5353 S.K./17.mad) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır.*

*(2) Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınmaz. Kayda alma gerçekleştirildikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir.*

*(3) Birinci fıkra hükmüne göre verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir. Tedbir kararı en çok üç ay için verilebilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir. (Ek cümle: 25/05/2005-5353 S.K./17.mad) Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.*

*(4) Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, ... mobil telefonun yeri, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebilir. Bu hususa ilişkin olarak verilen kararda, ... mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir. Tespit işlemi en çok üç ay için yapılabilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir.*

<sup>67</sup> Hakeri, s. 5; Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 419-420

<sup>68</sup> Keklik, s. 2

(5) Bu Madde hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur.

(6) Bu Madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (Madde 79, 80),

2. Kasten öldürme (Madde 81, 82, 83),

3. İşkence (Madde 94, 95),

4. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, Madde 102),

5. Çocukların cinsel istismarı (Madde 103),

6. Uyuşturucu veya uyarıcı Madde imal ve ticareti (Madde 188),

7. Parada sahtecilik (Madde 197),

8. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, Madde 220),

9. (Ek alt bend: 25/05/2005-5353 S.K./17.mad) \*1\* Fuhuş (Madde 227, fıkra 3),

10. İhaleye fesat karıştırma (Madde 235),

11. Rüşvet (Madde 252),

12. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (Madde 282),

13. Silahlı örgüt (Madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (Madde 315),

14. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (Madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (Madde 12) suçları.

c) (Ek bend: 25/05/2005-5353 S.K./17.mad) Bankalar Kanununun 22 nci Maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,

d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.

e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü Maddelerinde tanımlanan suçlar.

(7) Bu Maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz.

C.M.K 135. maddenin bölüm başlığında yer verilen “telekomünikasyon

*yoluyla yapılan iletişim*” ve madde içeriğinde yer verilen “*iletişimin tespiti, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi terimleri,*” 14.01.2007 tarih ve R.G. 26434 Sayılı “Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik”te tanımlanmaktadır. Bu yönetmelik hükümlerine göre:

*İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması:* Telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemleri,

*İletişimin tespiti:* İletişimin içeriğine müdahale etmeden, iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemleri,

*Sinyal bilgisi:* Bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veriyi,

*Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi:* İletişimin içeriğine müdahale niteliğinde olmayıp yetkili makamdan alınan karar kapsamında sinyal bilgilerinin iletişim sistemleri üzerinde bıraktığı izlerin tespit edilerek, bunlardan anlamlandırılan sonuçlar çıkarmak üzere gerçekleştirilen değerlendirme işlemlerini,

*Telekomünikasyon:* İşaret, sembol, ses ve görüntü ile elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin; kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektro kimyasal, elektro mekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını ifade etmektedir.

## **B. Tedbire Başvurulmasına İlişkin Kanuni Koşullar**

### **1. Tedbirin Uygulanabileceği Suçlar “ Katalog Suçlar ”**

Yukarıda açıklandığı üzere iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri sözleşmenin 8. maddesi tarafından koruma altına alan özel hayatın gizliliği hakkına ağır bir müdahale olarak karşımıza çıkmaktadır. Özgürlük karinesi ilkesi gereği, sözleşmenin 8. maddesine ilişkin yapılacak olan sınırlamalar ancak istisnai durumlarda ve ulusal güvenliği korumak ve/veya kamu düzenini korumak gibi ciddi sebeplere dayanarak mümkün olabilmektedir<sup>69</sup>. Mah-

<sup>69</sup> Erdoğan, s. 120 – 121. ; Kilkelly Ursula, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8’inci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, 2. Baskı, Ankara, 2003, s. 49,50; Kaymaz Seydi, Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, İstanbul, 2003, s. 278; Centel Nur / Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 2003, s. 278; Öztürk Bahri

keme içtihatlarına göre bu tedbire, *ancak demokratik kurumları korumak bakımından mutlak zorunluluk bulunması* koşuluyla başvurulabilmektedir.<sup>70</sup>

Özel hayatın gizli alanına ağır bir müdahale teşkil eden iletişimin denetlenmesi tedbirinin bir takım suç tipleri ile hasredilmesi (sınırlanması) bir zorunluluk halini almıştır<sup>71</sup>. C.M.K'da yer alan iletişimin denetlenmesi korumaya tedbirine bütün suç türlerinde başvurmak mümkün değildir. Kanun koyucu hangi suçlarda bu tedbire başvurulabileceğini sınırlı bir biçimde (numerus clauses) saymak yoluna gitmiştir<sup>72</sup>.

Ancak 5353 Sayılı Kanun'un 17. maddesi ile 135. maddenin 6. fıkrasında yer alan "bu madde hükümleri" ibaresi, bu madde kapsamında yer alan dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler olarak değiştirilmiştir. Bu değişiklikte birlikte sadece dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirleri için katalog suç sınırlaması geçerli olacak; *m. 135/4'te düzenlenen mobil telefonun yerinin tespit edilmesi ve iletişimin tespiti koruma tedbirleri bütün suçlar bakımından uygulanabilecektir*<sup>73</sup>.

Yargıtay 5. C.D.'nin 03.10.2005-14969/20489 Sayılı Kararına göre de: "Hangi suça ilişkin olursa olsun şüpheliye ait telefonda kimlerle, ne zaman görüşüldüğüne dair tespit C.M.K. m. 135/1 uyarınca hüküm veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. Savcısının kararıyla mümkün olacaktır."

Sınırlı sayma ( *numerus clauses* ) biçiminde yer verilen suçların belirli ağırlıkta olan ve işleniş şekilleri bakımından iletişimin denetlenmesi tedbirine en çok ihtiyaç duyulacak suçlar olarak belirlenmiş olduğu öne sürülmüş

---

/ Erdem M. Ruhan / Özbek Veli Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 2000, s. 631.

<sup>70</sup> Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 422.

<sup>71</sup> Kunter Nurullah / Yenisey Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Kitap (Öğrenme Kitabı), 12. Baskı, İstanbul, 2003, s. 817 ; Kaymaz, s. 182.

<sup>72</sup> İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanacağı suç tiplerinin belirlenmesinde cezanın ağırlığı da esas alınabilmektedir. Nitekim Avusturya C.M.K. da bir yıl ve üstü hapis cezası gerektiren suçlarda bu tedbire başvurulabilmektedir. Bkz. Centel Nur / Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul, 2008, s. 418.

<sup>73</sup> İletişimin tespiti ve mobil telefonun yerinin tespiti bakımından katalog suç öngörülmesinin haberleşme özgürlüğüne geniş ve sürekli bir sınırlama getirmiş olduğu hususunda bkz. Şen Ersan, İletişimin Denetlenmesi Tedbiri, s. 109.

olsa da<sup>74</sup>; sayılan suçlar arasında özellikle iletişim araçlarının kullanılması suretiyle işlenen şantaj, tehdit, hakaret, cinsel taciz, hırsızlık (*mobil telefon hırsızlığı*) gibi suçlara yer verilmemesinin önemli bir eksiklik olduğu ve sınırlı sayıda belirlenen suçlara bu suç tiplerinin de eklenmesi suretiyle katalog suçların genişletilmesi de önerilmektedir<sup>75</sup>.

Yine katalog suçlar arasında sayılan suç işlemek amacıyla örgüt kurmak suçunun telefon dinleme kapsamına alınmasıyla, hükmün *torba hüküm* niteliği taşıdığı ve bu yönüyle adli makamlara geniş bir dinleme imkânı sağlandığı ve bu yolla kişilerin özel hayatının düşünülen ve amaçlanan ötesinde bir sınırlamaya maruz kaldığı ve yine T.C.K m. 220 sayesinde adli kolluğun kapsamlı bir telefon dinleme yetkisine kavuştuğu da iddia edilmektedir<sup>76</sup>.

C.M.K. da sayılan katalog suçlar içerisinde sayılan, *suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki ve sekizinci fıkralar hariç) (135/6- a, 8)* bent hükmü uyarınca örgüt üyeliği ve örgüt propagandası yapmak suçları hakkında iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin uygulanamayacağı düzenlenmektedir.

Ancak 3713 Sayılı “Terörle Mücadele Kanunu”nda (T.M.K.) değişiklik yapan 29.06.2006 tarih ve 5532 Sayılı Kanun’un 10. maddesi f bendi: “Ceza Muhakemesi Kanununun 135 inci maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin (8) numaralı alt bendindeki, 139 uncu maddesinin yedinci fıkrasının (a) bendinin (2) numaralı alt bendindeki ve 140 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendindeki istisnalar uygulanmaz.” hükmü uyarınca terör örgütü üyeliği ve terör örgütü propagandası yapmak suçları hakkında C.M.K.’nin 135. maddesinde yer alan sınırlama ortadan kaldırılmıştır. Bu zımni ilganın sadece terör örgütlerine ilişkin olduğuna özellikle dikkat etmek gerekmektedir<sup>77</sup>.

Yine 5532 Sayılı Yasa ile değişik T.M.K m. 8 içerisinde ihdas edilen terörün finansmanı suçunun da katalog suçlar içerisinde yer almaması<sup>78</sup> ve T.M.K.’ da iletişimin denetlenmesi tedbirinin bu suç hakkında uygulanabileceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmayışı da katalog suç şeklinde ortaya konulan sınırlamaların güncel gelişmeler ve yeni suç tipleri hakkında çok

<sup>74</sup> Ünver Yener / Hakeri Hakan, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, T.B.B. Yayınları, İstanbul, 2006, s. 172.

<sup>75</sup> Şen Ersan, İletişimin Denetlenmesi Tedbiri, s. 110; Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 424.

<sup>76</sup> Şen Ersan, İletişimin Denetlenmesi Tedbiri, s. 110.

<sup>77</sup> Taşkın, s. 95.

<sup>78</sup> Taşkın, s. 95.

etkin bir yol olmadığı yönündeki görüşlerin<sup>79</sup> isabetli olduğunu göstermektedir.

## 2. Suç İşlendiğine Dair “Kuvvetli Şüphe”

İletişimin denetlenmesi tedbiri için suç işlendiğine ilişkin “kuvvetli şüphe sebeplerinin” bulunması gerekmektedir. Basit (makul) şüphe ile bu tedbire başvurulabilmesi mümkün değildir.

Kanun koyucunun kuvvetli şüphe yerine, kuvvetli şüphe sebebi kavramına yer vermiş olması da tartışmaları beraberinde getirmiştir. Öncelikle kuvvetli şüphe ile kuvvetli şüphe sebebi kavramlarının birbirinden farklı olduğu<sup>80</sup> ve farklı anlaşılması gerektiği açıktır. Eğer bu iki kavram aynı anlamda kabul edilirse bu takdir iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması neredeyse imkânsız hale gelecektir. Şöyle ki, eğer buradaki kuvvetli şüphe sebebi, kuvvetli şüphe olarak yorumlanacak olur ise; kuvvetli şüphenin de makul şüpheyi aşan ve somut delillerle desteklenen (kamu davası açmaya yetecek derecede) şüphe olduğu açık olduğuna göre, kuvvetli şüphe ile birlikte bu tedbir için gerekli ve zorunlu olan ikinci kolektif şart (başka suretle delil elde etme imkânının olmaması) birlikte değerlendirildiğinde, iletişimin denetlenmesi tedbirine kovuşturma aşaması dışında<sup>81</sup> başvurulması mümkün olmayacaktır. Kuvvetli şüphe halinde zaten elde bir delilin var olduğu anlamı çıkmaktadır<sup>82</sup> ve elde bir delil var iken de başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması şartı hiçbir zaman gerçekleşmeyecektir<sup>83</sup>.

<sup>79</sup> Karayazgan, Mehmet: Yeni TCK ile İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması, Polis Dergisi, S. 44, s. 54.

<sup>80</sup> Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 424.

<sup>81</sup> Ünver Yener, Ceza Muhakemesinde İspat, C.M.K. ve Uygulamamız, Ceza Hukuku Dergisi, Y. 1, S. 2, s. 147.

<sup>82</sup> Erdem, 5271 Sayılı C.M.K’da İletişimin Denetlenmesi, s. 100.

<sup>83</sup> Yine aynı yönde Eryılmaz da: “ İletişimin denetlenmesi tedbirine karar verilebilmesi için kuvvetli şüphe şartının aranmasını, hak ve hürriyetlerin keyfi olarak çiğnenmesinin önlenmesi adına yapılmış bir yanlışlık olduğunu, esasen bu işlemlerin, fail olarak yakalanması gereken kişilerin kimliklerini tespiti yarayan, yakalama öncesi başvuru tedbirleri olduğunu, bu tedbirlere başvurabilmek için yakalamanın da ön şartı olan kuvvetli şüphe standardına ulaştırarak iz, belirti, emare veya delil kolluğun elinde olsa, zaten bu tedbire başvurma gerek olmayacağını, bu nedenlerle iletişimin denetlenmesinde yakalama ve tutuklama standardında kuvvetli şüphe aranmasının yanlış olduğunu, makul şüphenin yeterli kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Eryılmaz Mesut Bedri, Suçla Mücadele Politikası Açısından Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Ceza Hukuku Dergisi, S. 1, Y. 2006, s. 224.

Kanunda yer verilen kuvvetli şüphe sebebini, basit başlangıç şüphesinden daha yoğun ama yeterli ya da kuvvetli şüphe derecesine ulaşması zorunluluğu bulunmayan şüphe derecesi olarak anlamak gerekmektedir<sup>84</sup>. Kovuşturma organlarının somut bir tutanak noktası olmaksızın bu tedbire başvurmaları yasak olup, kriminalistik varsayımlar, olayın istatistiki sıklığı veya genel yaşam deneyimleri bu tedbire başvurmak için yeterli olamayacaktır<sup>85</sup>.

Kuvvetli şüphe sebebinin suça ilişkin mi yoksa şüpheli/sanığa ilişkin mi olduğu noktasında da öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Şüphe sebebi suçun işlenmesine ilişkin kabul edildiği takdirde<sup>86</sup> anılan suç ile ilgili olarak herkes hakkında iletişimin denetlenebileceği gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır ki bu durum temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması bakımından orantılılık ilkesine uygun bir çözüm değildir. O zaman bu şüpheyi subjektif bir şüphe yani şüpheli ya da sanığa ilişkin bir şüphe olarak kabul etmek, suçun şüpheli veya sanık tarafından işlenmiş olabileceğine ilişkin kuvvetli şüphe sebebi olarak anlamak, daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

Bu sebeple maddede yer alan suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ibaresinin diğer hükümlerle birlikte değerlendirilerek, katalog suçları işlediği düşünülen şüpheli/sanık bakımından aranması gerekmektedir<sup>87</sup>.

### **3. Başka Surette Delil Elde Etmenin Mümkün Olmaması “ İkinci Derecede Uygulanabilirlik ”**

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirinin haberleşme özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturması nedeniyle, oranlılık ilkesinin somut bir görünümü olarak, *ikinci derecede uygulanabilirlik* koşuluna yer verilmiştir. Bu koşul aynı amaca hizmet eden iki tedbir arasında öncelik-sonralık ilişkisini ifade etmektedir<sup>88</sup>. Ancak öncelik-sonralık ilişkisi klasik koruma tedbirleri ile gizli tedbirler arasındadır. Gizli koruma tedbirleri arasında (iletişimin denetlenmesi, teknik araçlarla izleme, gizli soruşturmacı) bu

84 Özbek, Veli Özer: Ceza Muhakemesi, s. 424; Kunter Nurullah / Yenisey Feridun / Nuhoğlu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, İstanbul, 2006, s. 274: Aynı yönde: “ Her ne kadar kanunda yer alan kuvvetli şüphenin bulunması şartı söz konusu hükmü uygulanamaz hale getirmiş olsa da, madde metninden basit şüphenin yeterli olduğu sunucuna da ulaşılamamaktadır. ” görüşü de dile getirilmektedir. Bkz. Turhan Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Baskı, Ankara, 2006, s. 267.

85 Erdem, 5271 Sayılı C.M.K’da İletişimin Denetlenmesi, s. 100.

86 Keklik , s. 2.

87 Taşkın, s. 104.

88 Erdem, 5271 Sayılı C.M.K’da İletişimin Denetlenmesi, s. 100.

şekilde bir öncelik sonralık ilişkisi yoktur. Bu sebeple gizli koruma tedbirleri<sup>89</sup> adı verilen iletişimin denetlenmesi, teknik araçlarla izleme ve gizli soruşturmacı koruma tedbirlerinin her üçüne de birlikte başvurulabilir.

C.M.K.'da suçun işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması iletişimin denetlenmesi tedbiri için kollektif ve zorunlu iki ön şart olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple bu iki şart birlikte değerlendirilmelidir.

Başka surette delil elde etme imkânının olmaması deyimi, iletişimin denetlenmesi tedbirinin ikincil bir tedbir olduğunu<sup>90</sup> ve bu tedbirden önce klasik koruma tedbirleri ile sonuç alınmaması (bu tedbirlerin uygulanmasında bir engel ile karşılaşılması<sup>91</sup>) durumunda bu tedbire müracaat edilebileceğini ortaya koymuştur.

Ancak ikincillik ilkesi mutlak surette klasik koruma tedbirlerine başvuranın zorunlu olduğu anlamına gelmemektedir. Eğer klasik tedbirlere başvurulduğunda sonuç alınamayacağı *yönünde bir beklenti* var ise bu halde klasik tedbire başvurmadan doğrudan doğruya ikincil tedbire müracaat edilebilir<sup>92</sup>.

Başka surette delil elde edilememesi hali 14.01.2007 tarih ve R.G. 26434 "Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik" m. 4/c hükmünde:

"Soruşturma veya kovuşturma sırasında diğer tedbirlere başvurulmuş olsa bile sonuç alınamayacağı hususunda bir beklentinin varlığı veya başka yöntemlerden biri veya birkaçının uygulanmasına rağmen delil elde edilememesi ve delillere ancak bu Yönetmelikte düzenlenen tedbirlerle ulaşılabilecek olmasını" ifade eden bir terim olarak tanımlanmıştır.

Yönetmelik hükmünden de anlaşılacağı üzere, iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurabilmek için mutlak surette öncelikle klasik koruma tedbirlerine başvuranın zorunlu olmadığı, bu tedbirlerle sonuca ulaşılamayacağı

<sup>89</sup> Erdem M.Ruhan, Gizli Soruşturmacı Tedbirleri, Ankara, 2001, s. 49; Centel Nur / Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 417; Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 398.

<sup>90</sup> Erdem, 5271 Sayılı C.M.K'da İletişimin Denetlenmesi, s. 100.

<sup>91</sup> Rudolphi in SK, 100 a No 13 R1eB, G5 Furmeyer, s. 384 Nack in KK 100 a No 7 den aktaran: Erdem, 5271 Sayılı C.M.K'da İletişimin Denetlenmesi, s. 100.

<sup>92</sup> Erdem, 5271 Sayılı C.M.K'da İletişimin Denetlenmesi, s. 100.

konusunda bir *beklentinin varlığı*<sup>93</sup> halinde, klasik tedbirlere başvurmadan da iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabileceği açıktır.

Başka surette delil elde etme imkânına iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulduktan sonra ulaşılmış ise iletişimin denetlenmesi tedbirine son verilmesi gerekmektedir<sup>94</sup>.

Nihayet C.M.K. m. 135/2 de yer alan bu hüküm hemen hemen hiçbir Avrupa ülkesinde bulunmamaktadır<sup>95</sup>.

#### **4. Tedbirin Uygulanmasına İlişkin Kişisel Sınırlamalar**

İletişimin denetlenmesi koruma tedbiri bir suç dolayısıyla yürütülen soruşturma ve kovuşturmada şüpheli veya sanık hakkında uygulanabilecektir. Ancak kanun koyucu bazı kimselerin iletişiminin sınırlanamayacağını düzenlemektedir.

C.M.K.'nın 135. maddesinin ikinci fıkrasında, öncelikle suç şüphesi altında bulunan kişinin iletişimde bulunduğu karşı taraf, şüpheli hakkında tanıklıktan çekinme hakkı bulunan bir kimse ise bu görüşmenin kayda alınmayacağı açık bir şekilde düzenlenmiştir. Ancak kanun koyucunun bu düzenlemesi, yasağın kapsamını *kayda alma* ile sınırlaması sebebiyle eleştirilmektedir. Madde kayda almayı yasakladığına göre, tanıklıktan çekinme hakkı olan kimselerle olan görüşmelerin dinlenmesi ve tespit edilmesi konusunda her hangi bir yasak söz konusu olmayacaktır<sup>96</sup>. Ancak dinleme ve tespit neticesinde elde edilen bilgiler hukuka aykırı delil kapsamından yer aldığından soruşturma ve kovuşturmada kullanılamayacaktır<sup>97</sup>. Fakat dinleme ve tespit ile elde edilen bilgilerin kötüye kullanılması söz konusu olabilecektir<sup>98</sup>.

<sup>93</sup> Başka surette delil elde etme imkanının olmaması şeklinde kanunda yer alan terim ile beklentinin varlığı terimleri arasında paralellik kurularak kanunda yer alan başka surette delil elde etme imkanı bulunmaması halinin genişletilmesi yoluna gidildiği ve bu surette iletişimin denetlenmesi tedbirinin kapsamının genişletildiği bu yönüyle de yönetmeliğin ilgili hükmünün Anayasa ve normlar hiyerarşisine aykırı olduğu beyan edilmektedir. Bkz. Şen, *İletişimin Denetlenmesi*, s. 108.

<sup>94</sup> Taşkın, s. 107.

<sup>95</sup> Kühne, Hans- Hainer: *Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Koruma Tedbirleri*, s. 47.

<sup>96</sup> Erdem, 5271 Sayılı C.M.K'da İletişimin Denetlenmesi, s. 101.

<sup>97</sup> Hakeri, *Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması*, s. 2.

<sup>98</sup> Hakeri, *Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması*, s. 2-3.

İletişimin denetlenmesi tedbirine başvurmadan önce şüpheli veya sanığın kimlerle görüşeceği önceden tahmin edilemeyeceğinden, şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinme hakkı olan kimselerle görüşüp görüşmediği ancak dinleme/kayda alma işleminden sonra anlaşılabilir. Bu noktada eğer dinleme yapılıyorsa, tanıklıktan çekinme hakkı olan kimselerle görüşüldüğü anlaşıldığı andan itibaren kayda alınma yapılıyorsa elde edilen kayıtların yok edilmesi C.M.K.'nın 135. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi bağlamında yasal bir zorunluluktur. Ancak yasal düzenlemede şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinme hakkı olan kimselerle görüşme yaptığı anlaşıldığında (canlı dinlemede) dinlemeye veya kayda almaya son verilmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. *Bu sebeple uygulamada özellikle iletişimin denetlenmesi tedbirinin bir memur vasıtasıyla canlı olarak yapıldığı durumlarda iletişimin denetlenmesine son verilme zorunluluğu bulunmadığından bahisle dinlemeye devam edilmesi yönünde bir kötüye kullanım söz konusu olabilecektir.*

İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanamayacağı ikinci kişisel durum ise: “Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafii bürosu, konutu, yerleşim yerinde bulunan telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenemeyeceği”ne ilişkin C.M.K.’nın 136. maddesinde düzenlenen yasaktır. Buna göre; Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafii bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135 inci Madde hükmü uygulanamayacaktır. C.M.K m. 136’ da büro, konut ve yerleşim yerindeki iletişim araçları sayılmakta ancak müdafii mobil telefonu sayılmamaktadır. *Kanaatimizce, şüpheli veya sanığın müdafisinin C.M.K. m. 46/a bendi uyarınca tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğu ve bu sebeple de C.M.K. m. 135/2 hükmü uyarınca zaten mobil telefon ile yaptığı iletişimin kayda alınamayacağı açıkça yazılı olması sebebiyle, kanun koyucunun bu hükümde mobil telefonu saymamış olması bir eksiklik değildir*<sup>99</sup>. Ancak 135/2. madde sadece kayda alınmama yasağı öngörmektedir. O halde 135/2. madde canlı dinlemeyi yasaklayan bir hüküm değildir. Bu sebeple tanıklıktan çekinme hakkı olan kimselerle yapılan iletişimin denetlenmesinde temel hak ve özgürlükler ve savunma hakkı bağlamında güvence kayda alınmama yasağı ile sınırlıdır. Oysa güvencenin canlı dinleme yapılmasını yasaklayacak şekilde genişletilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce ancak bu yönde genişletilmiş bir düzenleme ile gerek haberleşme özgürlüğü ve gerekse savunma hakkı bakımından etkin bir güvence sistemi oluşturulabilecektir. Öğretide 136. maddenin pratik bir hükmünün bulunmadığı dile getirilmekte-

<sup>99</sup> Aynı yönde bkz. Hakeri, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması, s. 6.

dir<sup>100</sup>. Ancak kanun koyucunun özellikle müdafii terimini kullanması şüpheli/sanık hakları bakımından yerinde bir düzenlemedir.

C.M.K. m. 46/1, a da tanıklıktan çekinme hakkı olan kimseler içerisinde avukat (meslek ve sürekli uğraşları ile tanıklıktan çekinme hakkı olan kimse) genel bir kişisel durum olarak düzenlenmiştir. Bu noktada C.M.K. m. 135'te tanıklıktan çekinme hakkı olan kimselerle olan iletişimin kayda alınmayacağı düzenlenmektedir. Bu hal itibarıyla 135. madde savunma hakkı bakımından yeterli bir güvence teşkil etmemektedir. Çünkü yasak kayda alınmaya ilişkin olduğu için, kişinin avukatı ile yapacağı görüşmeler tespit edilebilecek ve dinlenebilecektir.

Ancak C.M.K. m. 136 özellikle müdafii terimini kullanarak yürütülmekte olan suç soruşturması ve kovuşturması ile ilgili olarak iletişimin denetlenemeyeceği kuralını koymaktadır. Bu durumda şüpheli/sanığın müdafii ile olan iletişimi tespit edilemeyecek, dinlenemeyecek ve kayda alınamayacaktır. Hiçbir şekilde iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulamayacaktır. Bu sebeple m. 136 savunma hakkı bakımından etkili bir güvence içermektedir ve kanun koyucu bilinçli bir tercihin sonucu olarak 136. maddeyi ihdas etmiş ve özellikle de müdafii terimini kullanmıştır.

Tanıklıktan çekinme hakkı bulunanların veya müdafii suç şüphesi altında bulunması veya şüpheli veya sanığa iştirak eden konumunda olmaları durumunda bu kişilerin iletişiminin denetlenmesine karar verilmesine yasal bir engel yoktur<sup>101</sup>. Ancak bu kimseler için de ayrıca iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin şartların oluşup oluşmadığına ilişkin koşulların ayrıca değerlendirilmesi ve ayrı bir tedbir kararı alınması gerekmektedir.

Buna karşılık suç işlendikten sonra faillere yardım veya aracılık veya yataklık eden kimselerin iletişimi, bunların fiili suçtan önceki bir iştirak ilişkisi içerisinde olmadığı sürece iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulamayacaktır. Çünkü bu durumda ortaya çıkan suçluyu kayırma (T.C.K m. 283), delilleri yok etme, değiştirme, gizleme (T.C.K. m. 281) suçları katalog suçlar içerisinde sayılmamıştır<sup>102</sup>.

<sup>100</sup> Erdem, 5271 Sayılı C.M.K'da İletişimin Denetlenmesi, s. 101; Öğretide (Çoksezen, Atakan: 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Ceza Muhakemesi Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi, [http://www.turkhukuk sitesi.com/makale\\_229.htm](http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_229.htm). Erişim Tarihi: 13.10.2008 ).

<sup>101</sup> Doğan Yusuf Hakkı, Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/145.doc>. Erişim Tarihi: 13.10.2008.

<sup>102</sup> Hakeri, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması, s. 4.

Mahkeme *Kopp v. İsviçre Kararında*<sup>103</sup>: şüpheli veya sanığın müdafii ile olan haberleşmesinin kaydedilmesine ilişkin bir yasal düzenleme olmayışı: “*özel hayata ve haberleşmeye ciddi bir müdahale teşkil ettiğinden ve bilhassa bu konuda kullanılan teknoloji devamlı olarak geliştiğinden ayrıntılı ve eksiksiz bir düzenlemeye dayanmalıdır*” gerekçesiyle bir ihlal sebebi olarak sayılmıştır.

Avrupa ülkelerinin bir çoğunda bulunmayan<sup>104</sup> bu hüküm C.M.K m. 136 ya özel bir madde olarak eklenmiş ve yine C.M.K m. 154: “Şüpheli veya sanık vekaletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları denetime tabi tutulamaz ” hükmü ile de savunma hakkının dokunulmazlığı güçlendirilmiştir.

##### 5. Talep ve Karar Verme Yetkisi

Anayasa'nın 22. maddesinde haberleşme özgürlüğünün sınırlanabilmesi için hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yasa ile yetkili kılınmış merciin yazılı emrinin bulunması şartı aranmaktadır. Hâkim kararı veya yetkili makamın yazılı emri aranmak suretiyle haberleşme özgürlüğünü özel bir koruma<sup>105</sup>, özgürlüğün sınırlanmasına ise *önleme ve denetim güvenceleri*<sup>106</sup> sağlanmış olmaktadır.

C.M.K m. 135 uyarınca, iletişimin denetlenmesi tedbiri kararı hâkim tarafından veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C.Savcısı tarafından verilecektir. C. Savcısının karar vermesi halinde bu karar derhal hâkim onayına sunulacaktır. Hâkim en geç 24 saat içerisinde bir karar vermek durumundadır. Hâkimin onay kararı vermemesi veya 24 saatlik sürenin aşılması halinde iletişimin denetlenmesi tedbirinin durdurulması gerektiği de anılan madde hükmünde açıkça düzenlenmektedir.

Maddede geçen “*derhal*” sözü ile Anayasa m. 22 de yer verilen 24 saatte daha az bir sürenin kastedildiği ve kanun koyucunun 24 saatlik süreyi

<sup>103</sup> Çöksezen Atakan, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Ceza Muhakemesi Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi, s. 4; Tezcan Durmuş / Erdem M. Ruhan / Sancakdar Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s. 407 vd.

<sup>104</sup> Kühne Hans- Hainer, Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Koruma Tedbirleri, s. 47.

<sup>105</sup> Hülger, Hans: Über den Richtervorbehalt im Ermittlungsverfahren, GS für Karhheinz Meyer (hrsg. Klaus Geppert/Dietheer Dehnicke) Berlin- New York, 1990, s. 213 ten nakleden Erdem, 5271 Sayılı C.M.K'da İletişimin Denetlenmesi, s. 102.

<sup>106</sup> Rudolphi in SK, vor 94 no. 75 ten nakleden Erdem, 5271 Sayılı C.M.K'da İletişimin Denetlenmesi, s. 102.

kısaltmaya matuf bir düzenleme olarak yorumlamak gerekmektedir<sup>107</sup>.

Yine Anayasa hâkimin karar vermesi için gerekli olan süreyi 48 saat olarak öngörmüş iken, C.M.K. bu süreyi 24 saate indirmiştir.

Gecikmesinde sakınca bulunan hal ise Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde: “*Derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimâlinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini*” tanımlamaktadır.

Bu madde ile ilgili olarak iki önemli soru dikkati çekmektedir. Birincisi, hâkimin karar vermemesi veya sürenin geçmesi anına kadar yapılan iletişimin denetlenmesi kapsamında elde edilen bulguların, delil olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusudur. Bu soruya olumlu cevap vermek mümkün değildir. Anayasa ve kanun koyucu hâkim kararını asıl, yetkili mercii (C. Savcısı) yazılı emrini ise sadece gecikmesinde sakınca bulunan hal ile sınırlı olmak üzere istisna olarak düzenlemiştir. Bu sebeple asıl olan hâkim onayının bulunmaması halinde yapılan işlem hukuki olmaktan uzaktır. Bu nedenle elde edilen bulgular delil olarak değerlendirilemeyecektir. Aksi iddia edilerek bu bulguların delil olabileceği kabul edilirse, öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere<sup>108</sup>, bu durum zamanla hâkim kararı/onayı şartının etrafının dolanılmasına sebebiyet verecektir. İkinci önemli soru ise Cumhuriyet Savcısının hâkimin onaylamama kararına karşı itiraz edip edemeyeceğidir. Bu soruya öğretide olumsuz cevap verilmektedir<sup>109</sup>. Ancak hâkimin iletişimin denetlenmesi koruma tedbirini değerlendirirken başka surette delil elde etme imkânının bulunup bulunmadığını incelemek suretiyle tedbirin amaca uygunluğunu da denetliyor olması<sup>110</sup> ve buna göre bir onaylama ya da onaylamama kararı veriyor olması nazara alındığında C.M.K. m. 267 uyarınca Cumhuriyet Savcısı'nın<sup>111</sup> Hâkimin onaylamama şeklinde ortaya çıkan kararına karşı itiraz yoluna başvurması mümkündür<sup>112</sup>.

#### **6. Kararın Mahiyeti ve Kararın Gereğinin Yerine Getirilmesi**

C.M.K m. 135/3 uyarınca iletişimin denetlenmesi kararında: “*Yüklenen*

<sup>107</sup> Keklik, s. 5

<sup>108</sup> Erdem, 5271 Sayılı C.M.K'da İletişimin Denetlenmesi, s. 102

<sup>109</sup> Doğan, s. 4

<sup>110</sup> Erdem, 5271 Sayılı C.M.K'da İletişimin Denetlenmesi, s. 102

<sup>111</sup> Tedbir gizli koruma tedbiri olduğundan şüphelinin bu tedbire itiraz etmesi hukuken mümkün değildir. Centel Nur / Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku 2008, s. 426

<sup>112</sup> Centel Nur / Zafer Hamide, s. 426

*suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısının tespiti imkanı veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi ” unsurların belirtilmesi zorundadır.*

Öğretide tedbire ilişkin kararda ayrıca; şüpheli veya sanığa yüklenen fiilin katalog suçlardan hangisine uyduğu, suçun aydınlatılmasının başka türlü mümkün olmadığını gösteren olgular yanında ayrıca şüpheli veya sanığın söz konusu fiili işlediği veya buna iştirak ettiğine dayanak oluşturan şüphe nedenleri ile tedbire C. Savcısı tarafından karar verilmesi durumunda gecikmede sakınca bulunduğunu gösteren olgular, tedbire başlama ve sona erme tarihi ve saatin mutlaka kararda gösterilmesi gerektiği de belirtilmektedir<sup>113</sup>.

Başvurulan tedbir mobil telefonun yerinin tespitine ilişkin ise; mobil telefonun numarası ve tespit işleminin süresi kararda belirtilmelidir. (C.M.K. m. 135/4)

Madde metninde açık bir şekilde yazılı olmasa da kararın yazılı olması gerektiği belirtilmektedir<sup>114</sup>. 14.01.2007 tarih ve R.G. 26434 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m. 5/4. bent hükmünde: “*Verilen karar, tutanakla Cumhuriyet başsavcılığına teslim edilir ve mahkeme kaleminde kalan suretinin gizli tutulması için ilgili hâkim tarafından gerekli tedbir alınır.*” denilmek suretiyle kararın yazılı olması gerektiği ortaya çıkmaktadır.

Hakkında tespit kararı verilen haberleşme aracının sahibi ile hakkında tespit kararının aynı kişi olması zorunluluğu yoktur. Böyle bir durum var ise bu durumun kararda açıkça belirtilmesi gerekmektedir<sup>115</sup>.

İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması ise Cumhuriyet Savcısı ve yardımcı organlar tarafından yerine getirilmektedir<sup>116</sup>. Bu yardımcı organlar adli kolluk ve 5397 Sayılı Yasa ile kurulan Telekomünikasyon İletişim Kurulu Başkanlığı ( T.İ.B ) dir. İletişimin denetlenmesi tedbirinin hukuka ve kanuna uygun olarak yürütülmesinden T.İ.B sorumludur<sup>117</sup>.

İletişimin denetlenmesi tedbirinin yerine getirilmesi hususunda C.M.K

<sup>113</sup> Erdem, 5271 Sayılı C.M.K’da İletişimin Denetlenmesi, s. 103; Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 428.

<sup>114</sup> Keklik, s. 6.

<sup>115</sup> Taşkın, s. 114.

<sup>116</sup> Erdem, 5271 Sayılı C.M.K’da İletişimin Denetlenmesi, s. 103.

<sup>117</sup> Taşkın, s. 131.

m. 137'de : "135 inci Maddeye göre verilecek karar gereğince Cumhuriyet savcısı veya görevlendireceği adli kolluk görevlisi, telekomünikasyon hizmeti veren kurum ve kuruluşların yetkililerinden iletişimin tespiti, dinlenmesi veya kayda alınması işlemlerinin yapılmasını ve bu amaçla cihazların yerleştirilmesini yazılı olarak istediğinde, bu istem derhâl yerine getirilir; yerine getirilmemesi hâlinde zor kullanılabilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır." hükmü bulunmaktadır. Ancak sonraki kanun olan 5397 Sayılı Kanun ile bütün iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin tek birim çatısı altında yürütülmesini öngörülmuş ve bu amaçla da Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (T.İ.B.) ihdas edilmiştir<sup>118</sup>.

İletişimin tespiti kararı ile ilgili işlemlerin icrasını C. Savcısı doğrudan doğruya veya kolluk birimi aracılığıyla Başkanlıktan talep eder ve tedbire ilişkin karar işletmecilere gönderilmez<sup>119</sup>.

İletişimin denetlenmesi tedbirinin Anayasa ve kanunlara uygun bir biçimde tek çatı altında yürütülmesinden sorumlu birim T.İ.B. olduğu için 14.01.2007 tarih ve R.G. 26434 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m. 10 ile T.İ.B. e hukuka aykırı kararlara karşı itiraz hakkı da tanınmıştır. Bu durum bir hukuka uygunluk denetimi olarak öngörülmüştür.

İletişimin denetlenmesinde uygulamada genellikle konuşmanın dinleme-

---

<sup>118</sup> 5397 S.K ile 2559 Sayılı P.V.S.K ya eklenen ek 7. madde ile kurulmuştur. 5397 S.K. m. 1/8. fıkra: " Bu maddede belirtilen işlemler ile 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak dinlemeler, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, Kurum başkanına doğrudan bağlı "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı" adıyla kurulan tek bir merkezden yürütülür. Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan oluşur. Bu Başkanlıkta Millî İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığının ilgili birimlerinden birer temsilci bulundurulur. Verilen görevleri yerine getirmek üzere yeteri kadar da personel istihdam edilir. Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır. Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Kurul üyelerinin sahip olduğu özlük haklarına sahiptir. Ulaştırma Bakanlığı bu merkezle ilgili alt yapıyı hazırlamakla yükümlüdür. Bu merkezin kuruluş giderleri Telekomünikasyon Kurumu gelirlerinden karşılanır."

<sup>119</sup> Kanunun yayımlanmasından itibaren telekomünikasyon işletmecilerine 5397 S.K m.9/8. fıkra ile alt yapıyı oluşturma yükümlülüğü getirilmiştir.

ye alınması ile yetinilmemekte; önce konuşma otomatik olarak kaydedilmekte ve daha sonra da (gerektiğinde bölümler halinde) yazılı olarak tutanağa geçirilmektedir<sup>120</sup>. Tutanağa geçirme C.M.K. m. 137/2 bakımından da bir zorunluluktur.

### 7. Tedbirin Süresi

Kanun koyucu tedbirin en çok 3 ay için verilebileceği ve bu sürenin bir defa daha uzatılabileceğini düzenlemiştir. 5353 sayılı kanun ile eklenen hüküm ile de örgütlü suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde hâkim bir aydan fazla olmamak üzere müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilecek ve bu suretle de örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlarda süreye bağlı olmaksızın iletişimin denetlenmesi tedbirine müracaat edilebileceği hükmü getirilmiştir.

Tedbirin süresi bakımından bir değerlendirme yapıldığında; sürenin kısa olması kriminalistik açıdan istenen sonucu vermeyeceği gibi uzun süre devam etmesi de temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında temel ölçütlerden olan oranlılık ilkesi açısından kabul edilemez olacaktır<sup>121</sup>.

Kanun koyucu süreyi belirlemiş olmakla birlikte her hal ve şartta sürenin bitimine kadar iletişimin denetlenmesi mümkün değildir. İletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanır iken tedbire ilişkin şartların bir veya bir kaçının ortadan kalkması ile tedbire son verilmesi gerekmektedir<sup>122</sup>. Şart veya şartların ortadan kalkmasından sonra yapılacak olan denetleme işlemi hukuka aykırı olacak ve elde edilen bulgular da hukuka aykırı delillere ilişkin hükümlere tabi olacaktır. Yine yeteri kadar delil elde edildiğinde sürenin bitimi beklenmeden tedbire son verilmelidir.

İletişimin denetlenmesi tedbiri yerine getirilirken şüpheli veya sanığın başka bir iletişim aracını kullandığı belirlendiğinde, yeni iletişim aracı için denetleme kararı verilebilecek süre ilk denetleme kararı verilen sürenin bitim tarihinden daha ileri olamaz<sup>123</sup>. Çünkü iletişimin denetlenmesi tedbirinde esas olan şüpheli veya sanığın iletişiminin tespitidir. Bu sebeple süre şüpheli veya sanığın iletişim aracından bağımsız bir kavram olup, şüpheli veya sanığın haberleşme eylemini ifade etmektedir. Aksi halde şüphelinin her iletişim aracı değişikliğinde alınacak yeni kararlarla kanun koyucunun öngördüğü sınırlı süreye ilişkin hükmün bir önemi kalmayacak ve kanun hükmünün etrafı dolanılacaktır.

<sup>120</sup> Erdem, 5271 Sayılı C.M.K'da İletişimin Denetlenmesi, s. 103.

<sup>121</sup> Erdem, 5271 Sayılı C.M.K'da İletişimin Denetlenmesi, s. 103.

<sup>122</sup> Taşkın, s. 121.

<sup>123</sup> Taşkın, s. 131.

İletişimin denetlenmesi tedbirinde sürenin ne zaman başlayacağı konusunda kanunda her hangi bir hüküm yoktur. Bu durumda tedbirin süresi, karar verildiği andan itibaren mi, karar T.İ.B.'e iletildiği andan itibaren mi yoksa denetleme fiilen yapılmaya başlandığı andan itibaren mi başlayacaktır?

C.M.K m. 135/1, 2. cümleye göre; “İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat... tutanakla saptanır” hükmüne bakıldığında sürenin kararın uygulanmaya başlandığı andan itibaren (T.İ.B tarafından) başladığı sonucu çıkarılabilmektedir<sup>124</sup>.

Ancak, 14.01.2007 tarih ve R.G. 26434 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’in 5. maddesindeki “... karar Başkanlığa ulaştığı andan itibaren süreler başlar” hükmüne bakıldığında ise sürelerin kararın T.İ.B e ulaştığı anda sürelerin başlayacağı kabul edilmelidir.

Kanaatimizce yönetmeliğin benimsediği esasın benimsenmesi ve kararın T.İ.B e ulaşması ile sürelerin başlayacağıın kabul edilmesi daha doğru bir görüştür. 5397 Sayılı Kanun ile bütün iletişimin denetlenmesi tedbirleri T.İ.B çatısı altında yerine getirileceğinden sürenin başlangıcı konusunda kolluk tarafından istenilen zaman tedbire başlamak<sup>125</sup> şeklinde ortaya çıkabilecek kötüye kullanımın da önüne geçilmiştir.

Sürenin bitiminden sonra (*sürenin uzatılması hali dışında*) artık aynı suç bakımından ikinci bir denetleme imkânı bulunmamaktadır. Çünkü ilk uygulama ile artık kuvvetli şüphe yoğunluğunun devam etmediğini kabul etmek gerekmektedir.<sup>126</sup> Bu durumun aksini düşünmek kanun koyucunun ihdas etmiş olduğu süreye ilişkin güvencenin işlevsiz kalmasına yol açacaktır<sup>127</sup>.

Sürenin uzatılması kararı da teknik anlamda yeni bir iletişimin denetlenmesi kararı sayılacağı için, süre uzatılmasına karar verilebilmesi için tedbire başvurulabilmesi için gerekli olan koşulların halen mevcut olması ve bu koşulların bulunduğuın uzatma kararında açıkça ve ayrıca belirtilmesi gerekmektedir<sup>128</sup>. Klişeleşmiş bir biçimde kanuni şartların karara yazılması biçiminde bir karar hukuki olmaktan uzak olacaktır. Uzatma kararında ileti-

<sup>124</sup> Erdem, 5271 Sayılı C.M.K’da İletişimin Denetlenmesi, s. 104.

<sup>125</sup> Erdem, 5271 Sayılı C.M.K’da İletişimin Denetlenmesi, s. 104.

<sup>126</sup> Keklik, s. 6.

<sup>127</sup> Erdem, 5271 Sayılı C.M.K’da İletişimin Denetlenmesi, s. 104.

<sup>128</sup> Erdem, İbid, s. 104.

şimin denetlenmesi tedbirinin şartlarının devam edip etmediği ve ayrıca sürenin uzatılmasına neden ihtiyaç duyulduğu bütün sebepleri ile birlikte açık bir biçimde karara yazılmalıdır.

Süre uzatılması kararı mutlaka hâkim kararı ile olmalıdır. Uzatma durumunda gecikmesinde sakınca bulunan bir hal söz konusu olamayacağı için C. Savcısının emri ile süre uzatılamayacaktır<sup>129</sup>.

### 8. Tedbirin Sona Ermesi

C.M.K. m. 135 hükmüne göre iletişimin denetlenmesi tedbiri dört şekilde sona ermektedir:

- Sürenin sona ermesi,
- Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. Savcısı'nın emri ile tedbirin uygulanması halinde C. Savcısı'nın tedbir kararının hâkim tarafından reddedilmesi
- Hâkimin 24 saat içerisinde karar vermemesidir.
- Tedbir devam ederken tedbire ilişkin aranan koşullardan bir ya da bir kaçının ortadan kalkması.

Bu durumlarda tedbir sona erer ve derhal tedbirin kaldırılması ve denetlemeye son verilmesi gerekmektedir. Tedbirin sona ermesi ile birlikte *süreni sona ermesi* halinde yasal süre içerisinde elde edilen bulgular delil olarak kabul edilmekte iken; *hâkim onayının alınmaması*, *hâkimin 24 saat içerisinde karar vermemesi veya başlangıçta var olan koşullardan bir ya da bir kaçının ortadan kalkması* durumlarında dinleme baştan itibaren hukuka aykırıdır ve bu surette elde edilmiş bulguların delil değeri yoktur.

C.M.K. m. 137/3 tedbirin uygulanması sırasında *şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi halinde koruma tedbirinin uygulanmasına C. Savcısı tarafından derhal son verilmesi* gerektiğini açıkça düzenlemektedir.

### C. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Tedbirinin Sona Ermesinin Sonuçları

#### 1. Elde Edilen Verilerin Yok Edilmesi Zorunluluğu

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen bilgilerin amaç dışı kullanılması önlemek için, tedbirin uygulanmasından sonra, artık gerek duyulmayan ve bu tedbirlerin hukuka aykırı olarak uygulanması sonucu elde edilmiş olan bilgilerin yok edilmesi gerekir<sup>130</sup>.

<sup>129</sup> Taşkın, s. 124.

<sup>130</sup> Erdem, 5271 Sayılı C.M.K.'da İletişimin Denetlenmesi, s. 105.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin *Kruslin ve Huwing v. Fransa* Kararı'nın da etkisiyle<sup>131</sup> uygulanmasına gerek kalmadığı takdirde iletişimin denetlenmesinden elde edilen kayıtların yok edilmesi yükümlülüğü C.M.K. da açıkça düzenlenmektedir.

Yine C.M.K. m. 137 uyarınca, hâkim kararı alınamamasında (onay veya 24 saatlik sürenin dolması) ve tedbir devam ederken şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi durumlarında elde edilen kayıtların C. Savcısı'nın denetimi altında en geç 10 gün içinde yok edilerek durunun tutanakla tespit edilmesi yükümlülüğü düzenlenmiştir. (C.M.K. m. 137/3)

Ancak bu durumda öngörülen 10 günlük süre çok kısa bir biçimde düzenlenmiştir. Çünkü kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karara karşı 15 gün içinde Cumhuriyet Savcısı'nın görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi nezdinde itiraz yolu açıktır. İtirazın kabulü halinde soruşturma devam edecek ve fakat iletişimin denetlenmesine ilişkin tedbirden elde edilen bulgular bu süre içerisinde çoktan yok edilmiş olacaktır. Bu sebeple elde edilmiş olan verilerin yok edilmesi için kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesinin beklenmesi gerekmektedir.<sup>132</sup>

Diğer bir görüşe göre de, bu sakıncalar sebebiyle kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi durumunda verilerin yok edilmesi hususunda C. Savcısı'na takdir hakkının verilmesi gerektiği de belirtilmektedir.<sup>133</sup>

Öğretide sanığın beraat etmesi durumunda iletişim içeriklerinin yok edilmesine ilişkin bir hükme yer verilmemesi bir eksiklik olarak görülmektedir.<sup>134</sup> Ancak bu görüşe göre beraat kararı ile birlikte iletişimin denetlenmesine ilişkin kayıtlar yok edilir ise olağanüstü kanun yolları (yargılamanın yenilenmesi vs. gibi) söz konusu olduğunda olağanüstü kanun yolu yargılama sırasında anılan kayıtlar çoktan yok edilmiş olacaktır.

Kanun koyucunun bütün bu görüşlerden hareketle gerek kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karar ve gerekse mahkemenin işin esasına ilişkin vermiş olduğu karardan sonra itiraz sürelerini, olağan ve olağanüstü kanun yollarını dikkate alarak daha uzun bir süre tespit etmesi ve bu sürenin bitiminde tedbir kapsamındaki kayıtların yok edilmesini düzenlemesi gerekmektedir.

<sup>131</sup> Erdem / M. Ruhan / Özbek, 4422 Sayılı ÇAMSÖK Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, s. 610.

<sup>132</sup> Taşkın, s. 142.

<sup>133</sup> Şen, İletişimin Denetlenmesi, s. 118; Ünver, Yener- Hakeri, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 183.

<sup>134</sup> Centel Nur / Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 423.

Bu yükümlük kapsamında elde edilen verilerden anlaşılması gereken ise, 135/2 uyarınca elde edilen kayıtlar, 137/3 uyarınca tesit ve dinlemeye ilişkin kayıtlardır. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinden elde edilen kayıtları yok etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Kaldı ki zaten sinyal bilgilerine ilişkin kayıtlar servis sağlayıcılar tarafından da tutulmaktadır<sup>135</sup>.

## 2. İlgilinin Haberdar Edilmesi

Haberleşme özgürlüğünün ağır bir sınırlandırma biçimi olan iletişimin denetlenmesi tedbirinin kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra 15 gün içinde (C.M.K. m. 137/4) *ilgiliye* bildirilmesi gerek Anayasa'nın 40. maddesi ve gerekse sözleşmenin 13. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkı ile yakından ilgilidir.

Nitekim *Klass ve Diğerler v. Almanya* Kararı'nda Mahkeme; tedbirle elde edilmek istenen amaç tehlikeye düşmeyecek ise gizli dinlemeye ilişkin olarak ilgiliye sonradan haber vermenin önemini açıkça dile getirmiştir<sup>136</sup>.

Kanunda yer alan ilgili deyiminden, şüpheli veya sanık ve nihayet iletişimin diğer tarafında bulunan kişiler anlaşılmalıdır<sup>137</sup>.

Kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmesi hali dışındaki durumlarda zaten ilgili kişiler tedbiri öğrenecektir. Çünkü kovuşturma aşaması alenidir ve bu aleniye içerisinde sanık kendisi hakkında uygulanan bu tedbiri öğrenmiş olacaktır.

Nihayet herkes Anayasa'nın 74. maddesi ve 3071 Sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun ve 4982 Sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu hükümleri çerçevesinde kendisi hakkında iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanıp uygulanmadığını öğrenme hakkına ve imkânına sahiptir.

## 3. Tedbir Neticesinde Elde Edilen Bulguların Niteliği

### a. Tedbir Kapsamında Yer Alan Suçlara İlişkin Deliller

İletişimin denetlenmesi koruma tedbiri neticesinde elde edilen bulguların delil olarak kabul edilebilir. Ceza yargılaması hukukunda deliller; *beyan, belirti ve belge delili* olmak üzere üç gruba ayrılmaktadır<sup>138</sup>. O halde iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri ile elde edilen deliller hangi sınıfa girecektir ve sadece bu tedbire dayanarak mahkumiyet kararı verilebilir mi? Bu sorunun cevabına geçmeden önce karşılaştırmalı hukukta bu tedbir netice-

<sup>135</sup> Taşkın, s. 147.

<sup>136</sup> Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 432.

<sup>137</sup> Özbek, s. 433.

<sup>138</sup> Yenisey Feridun, Ceza Muhakemesi Hukukunda s. 6-7.

sinde elde edilen bulguların delil olarak kabul edilip edilmediğine baktığımızda; Fransa, İrlanda, Avusturya ve İngiltere’de delil olarak kullanılabilmediğini buna karşılık Almanya ve Finlandiya’da delil olarak kullanılabilmediğini görmekteyiz<sup>139</sup>. Özellikle Alman Federal Yüksek Mahkemesi: “ *Teknik cihazlarla yapılan görüntü ve ses kayıtlarının da delil olarak kullanılabilmesini, burada önemli olanın, söz konusu kayıtların delilin özelliklerini ( akılcı olma, ispat bakımından önemli olma, gerçekçi olma, olayı temsil edici olma, hukuka uygun olma, müşterek olma ) taşıması, karartılmamış olması ve hukuka uygun olarak ele geçirilmiş olması* ” olduğuna karar vermiştir<sup>140</sup>.

Türk Hukukunda vicdani delil sistemi (Anayasa m. 138) ve delilerin serbestçe değerlendirilmesi prensiplerinin kabul edildiği nazara alındığında telekomünikasyon yoluyla elde edilen bulguların delil olamayacağını söylemek mümkün değildir. Bu bulgular delil olarak kabul edilebilirler<sup>141</sup>. Ancak bu tedbirden elde edilen bulguların beyan delili olamayacağı açıktır<sup>142</sup>.

Beyan delili için; özgür ve samimi olması<sup>143</sup> ve şüpheli veya sanığa hakları (özellikle susma hakkı) hatırlatılarak beyanının alınması ve mahkumiyet için önemli olan vakıaların şüpheli veya sanık tarafından bilinerek<sup>144</sup> suç hakkında beyan vermiş olması (ikrar) halinde ancak ikrara dayanılarak mahkumiyet hükmü kurulabilir.

Bu sebeple gizlice yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinde, şüpheli veya sanığın hakları hatırlatılmadığından ve özgür ve samimi iradesi ile beyanda bulunmadığından ilgilinin beyanının ikrar olarak kabul edilmesi mümkün değildir<sup>145</sup>.

Öğretideki baskın görüşe göre, iletişimin denetlenmesinden elde edilen kayıtlar, belirti delili niteliği taşır ve konuşma kayıtları, belirti delili olarak

<sup>139</sup> Taşkın Mustafa, s. 165.

<sup>140</sup> Koca Mahmut, Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller, Ceza Hukuku Dergisi, Y. 1, S. 2, Ankara, 2006, s. 215.

<sup>141</sup> Gülşen Recep, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Teknoloji, Hukuki Perspektifler Dergisi, 2006, S. 7, s. 156.

<sup>142</sup> Yenisey Feridun / Altunç Sinan, İletişimin Denetlenmesi Tedbiri Hakkında, Mart 2007 (www.hukukturk.com) dan nakleden, Şen Ersan, İletişimin Denetlenmesi Tedbiri, s. 122

<sup>143</sup> Öztürk Bahri / Erdem M. Ruhan / Özbek Veli Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 378.

<sup>144</sup> Şahin Cumhur, Ceza Muhakemesi Şerhi, Ankara, 2006, s. 149.

<sup>145</sup> Ünver / Hakeri, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 182.

keşfin konusunu oluşturur<sup>146</sup>.

“Ceza muhakemesinde amaç maddi gerçeğe ulaşmak olduğundan, ayrıca ceza muhakemesi sistemimizde her şey delil olabildiğinden ve deliller serbestçe takdir edildiğinden, dolaylı delil olan belirtilerin de ispat aracı olduğu tartışmasızdır. Ancak bütün deliller gibi belirtilerin de diğer delillerle desteklenmesi gerekmektedir<sup>147</sup>.”

Mukayeseli hukukta bir çok ülkede delil olarak dahi kabul edilmeyen iletişimin denetlenmesine ilişkin kayıtların bizim hukuk sistemimiz içerisinde; usulüne uygun olarak doldurulmuş ve kayıt altına alınmış olsalar dahi, iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen ses kayıtları, *tek başlarına mahkûmiyet kararı verilmesine yeterli değildir, bu belirti delilinin başkaca delillerle desteklenmesi gerekmektedir*<sup>148</sup>.

#### **b. Tesadüfen Elde Edilen Deliller**

C.M.K m. 138/2 de: “ Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, *yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan* ve ancak, 135 inci Maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir.” Hükmü yer almaktadır. Bu madde hükmünden hareketle tesadüfen elde edilen delil kavramını: *Bir suç hakkında soruşturma veya kovuşturma yapmakta iken bu suçtan başka bir suçun işlendiğine ilişkin ortaya çıkan delil* olarak tanımlamak mümkündür.

İletişimin denetlenmesi tedbiri sırasında elde edilen tesadüfi delil C.M.K. m. 135’te sayılan katalog suçlara ilişkin ise bu deliller kayıt altına alınabilir ve kullanılabilir. Hatta bu durumda kolluğun hâkim veya C. Savcısı’ na ihtiyaç duymadan doğrudan doğruya el koyma yetkisinin olduğu belirtilmektedir<sup>149</sup>.

Ancak tesadüfen ele geçen kayıtlar katalog suçlar dışında bir suça ilişkin ise muhafazası ve delil olarak kullanılabilmesi mümkün değildir<sup>150</sup>. Ancak bu durumda iletişimin kaydedilmesi tedbirinin gerçekleştirilmesi sırasında

<sup>146</sup> Taşkın , s. 168.

<sup>147</sup> Yenisey Feridun, Ceza Muhakemesi Hukukunda ( Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş ) Delil, Ceza Hukuku Dergisi, Y. 2, S. 4, Ağustos 2007, s. 15.

<sup>148</sup> Öztürk Bahri, Ses ve Görüntü Kaydeden Araçlarla Yapılan Tespitlerin Ceza Muhakemesi Hukukundaki Değeri, Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir, 2000, s. 227.

<sup>149</sup> Centel / Zafet, : Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 423.

<sup>150</sup> Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 435.

katalog suçlar dışında olsa dahi kamu davasına konu bir suç ile karşılaşmış olur ise, bu kaydı dinleyen kamu görevlisinin bu durumu bildirmesi durumunda suç oluşacaktır. Bu yönü itibariyle iletişimin denetlenmesi tedbirini yerine getiren kamu görevlisi bakımından ihbar- bildirme eylemi yasal bir yükümlülüktür<sup>151</sup>. Çünkü T.C.K. m. 279/1; “ *Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi* ” eğer tesadüfen elde edilen bulguları C. Savcılığına bildirmez ise suç işlenmiş olacaktır.

O halde tesadüfen elde edilen bulgular bakımından; bu bulguların delil olamayacağını, delil elde etmek için yol gösterici olamayacağını<sup>152</sup> söylemek mümkündür. Ancak T.C.K m. 279/1,2 nin açık hükmü karşısında sadece Kamu Davası usulüyle takip edilen suçlar bakımından bu bulguların ihbar sayılabileceği ve C. Savcısının bu ihbar ile birlikte harekete geçip soruşturmaya başlayabileceğini söylemek mümkündür. Aksi halde kanun koyucunun bir taraftan eylemi hukuka aykırı sayıp bulguların muhafaza edilmemesi gerektiğini diğer taraftan da bu hukuka aykırı eylemi bildirmemeyi suç sayması gibi çelişkili bir durum ortaya çıkacaktır.

Yargıtay C.G.K.’nın 13.06.2006 tarih ve 2006/4. MD-122- 2006/162 K. Sayılı Kararında: “ *...Bu konuşmada tesadüfen elde edildiği kabul edilen suç kanıtının değerlendirilebilmesi için, 4422 Sayılı Yasa’da her hangi bir hüküm bulunması gerekmekte olduğu halde, adı geçen yasa da bu konuyu düzenleyen hüküm olmadığı anlaşıldığından bu konuşma tutanağı yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Yasa dışı elde edilen bir kanıtın soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanılmasına olanak bulunmamaktadır.* ” gerekçeleriyle tesadüfen elde edilen delillerin soruşturma ve kovuşturma aşamasında kullanılamayacağı belirtilmekte idi.

Ancak C.M.K. m. 138/2 de tesadüfen elde edilen delilin, katalog suçlar dışında bir suça ilişkin olduğu durumlarda muhafaza edileceği açıkça düzenlenmiş olduğundan tesadüfen elde edilen bulguların yukarıda izah edildiği üzere en azından kamu davası usulüne tabi suçlar bakımından ihbar kuvvetini haiz olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

#### **4. Tazminat**

C.M.K m. 141 de hukuka aykırı bir şekilde icra edilen koruma tedbirleri

<sup>151</sup> Hakeri, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması, s.7.

<sup>152</sup> Erdem, 5271 Sayılı C.M.K.’da İletişimin Denetlenmesi, s. 107.

nedeniyle kişilerin maddi ve manevi her türlü Zaralarını devletten isteyebileceği düzenlenmişken bu koruma tedbirleri içerisinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbiri sayılmamıştır.

Tedbirin gizliliği<sup>153</sup> ve ancak tedbirin sona ermesi ile beraber tedbirden haberdar olunması ve ayrıca denetlenmesi olanağının şüpheli veya sanığa verilmemiş olması karşısında<sup>154</sup> bu eksikliğin ne derece önemli olduğu açıktır.

Bu sebeple hukuka aykırı iletişimin denetlenmesi her ne kadar T.C.K m. 132 kapsamında haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu oluştursa da bu eylem nedeniyle C.M.K hükümleri kapsamında maddi ve manevi tazminat talep edilemeyecektir.

Ancak Anayasa'nın 40. maddesi:

*“ Anayasa ile tanınmış hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.*

*(Ek fıkra: 03/10/2001 - 4709 S.K./16. md.) Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.*

*Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.” ve*

*Anayasa'nın 125. maddesi : “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.*

*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”* hükümleri bağlamında hizmet kusuruna dayanarak gerek idare ve gerekse idari yargı idari yargı makamları nezdinde maddi ve manevi tazminat talebinin idareye yöneltilmesi mümkündür. Temel hak ve özgürlüklere yapılan hukuka aykırı müdahaleler sebebiyle meydana gelen zararlara ilişkin olarak Anayasamızın 36. ve özellikle de 40. Maddeleri çok geniş bir güvence içermektedir.<sup>155</sup>

## SONUÇ

Özel yaşamın gizliliğine ve haberleşme özgürlüğüne saygı, insan hayatı-

<sup>153</sup> Özbek Veli Özer / Kanbur M. Nihat / Bacaksız Pınar / Doğan Koray, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı ( İzmir Şerhi ), Ankara, 2005, s. 578.

<sup>154</sup> Hakeri, , s. 10.

<sup>155</sup> Gül Cengiz/ Birtek Fatih, Hak Arama Özgürlüğü ve Türk Pozitif Hukukunda Yargı Yolu Kapatılan İşlemler, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II, S. 1-2, 2007, s. 13.

nın ve toplumsal düzenin olmazsa olmaz unsurlarından biridir. Toplumsal yaşamdaki grup hayatının sürekliliği, insanların düşüncelerini, kanaatlerini ve duygularını birbirlerine aktarmalarını bir ihtiyaç olarak ortaya çıkarır. Bu durum ise iletişimi zorunlu kılar. Demokratik toplumun en önemli unsurlarından biri olan haberleşme özgürlüğü, gerek ulusal gerekse uluslararası yasal belgeler tarafından korunan en temel özgürlüklerden biri olarak görülmüştür. Ancak, sınırsız bir özgürlük olarak kabul edilmeyen haberleşme özgürlüğünün, bir kısım nedenlerle sınırlandırılması meşru kabul edilmektedir. Özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğüne saygı hakkını düzenleyen İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. maddesinin ikinci fıkrasında, bu özgürlüğün sınırlandırma nedenlerine yer verilmiştir. Buna göre; demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak kaydıyla, ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin, ülkenin ekonomik refahının, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenilmesinin önlenmesi, sağlığın ve ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla bu hak sınırlandırılabilir<sup>156</sup>. Nitekim, 8. maddenin ihlali iddiası ile ilgili olarak yapılan başvuruları bu bağlamda inceleyen Mahkeme, haberleşme özgürlüğüne bir müdahale oluşturan gizli izleme yetkilerinin polis devletine özgü bir nitelik olduğunu belirterek, bu yetkilerin sözleşme çerçevesinde ancak demokratik kurumları korumak için kesinlikle gerekli olduğu ölçüde meşru görülebileceğine işaret etmiştir. Mahkemeye göre, haberleşme özgürlüğüne yapılan bir müdahale ancak, benimsenmiş belirli bir gizli izleme sisteminin kötüye kullanılmasına karşı yeterli güvenceler içermesi halinde, demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olacaktır<sup>157</sup>. Türk hukuk sisteminde de sözleşmenin 8. maddesinin ikinci fıkrasındaki amaçlara uygun olarak iletişimin denetlenmesine izin verilmektedir. İletişimin denetlenmesine ilişkin kanun hükümlerinin düzenlenmesinde Mahkeme içtihatlarına paralel bir biçimde hareket edildiği ve birçok Avrupa ülkesinde dahi yasalaşmamış bazı konularda Mahkeme içtihatları doğrultusunda hükümler konulduğu görülmektedir.

C.M.K.'da gizli koruma tedbirleri içerisinde düzenlenen iletişimin denetlenmesi koruma tedbirine ilişkin hükümler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, düzenlemenin 4422 Sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeden çok daha ayrıntılı bir düzenleme olduğu göze çarpmaktadır. Tedbirin uygulanacağı suç tiplerinin katalog halinde sayılması, tanıklıktan çekinme hakkı olan kimseler yapılan görüşmelerin kaydedilmesi yasağı, müdafii hakkında şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla bu tedbire başvurulamayacağı, verilerin yok edilmesi ve ilgiliye bilgi verilmesi yükümlülüğünün getirilmesi gibi düzen-

<sup>156</sup> Erdoğan, s. 154.

<sup>157</sup> Malone v. Birleşik Krallık, paragraf. 81.

lemeler mahkeme içtihatları ile örtüşmektedir. Dolayısıyla iletişimin denetlenmesi ile ilgili yasal düzenlemenin, özel yaşamın gizliliği ve haberleşme özgürlüğü bakımından demokratik bir hukuk devletinde olması gereken bir biçimde yapıldığı ve temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerin kanuni güvencelere bağlandığı söylenebilir.

Uygulama bakımından; iletişimin denetlenmesi ve tedbirin süresinin uzatılması kararlarında, koruma tedbirine ilişkin her bir şartının varlığının ayrı ayrı incelenerek bu şartların somut olayda bulunduğu karara açıkça yazılmasıdır. Yine yeteri kadar delil elde edildiğinden tedbirin süresini bitimi beklenmeden denetlemeye son verilmeli ve hem gerekçelendirme zorunluluğu hem de orantılılık ilkesine (yeterli delil elde edildiğinde tedbire son verme) kanun metninde açıkça yer verilmelidir.

İletişimin denetlenmesi tedbirinin keyfi kullanımı durumunda mağdurların C.M.K. 141 vd. hükümler uyarınca tazminat talep etme hakları düzenlenmeli ve bu şekilde keyfi kullanıma karşı etkin bir teminat sistemi oluşturulmalıdır.

Kanun koyucunun tanıklıktan çekinme hakkı olan kimselerle olan iletişimin denetlenmesine ilişkin kayda alma yasağını; tanıklıktan çekinme hakkı olan kimselerle yapılan iletişimin hiçbir surette denetlenemeyeceği şeklinde bir ifade ile kesin ve net bir ifade ile yeniden düzenlemesi gerekmektedir.

Tedbirin sona ermesinden sonra tedbir içeriğinin yok edilmesi konusunda C.M.K. da belirtilen olağan ve olağanüstü yargı yollarına ilişkin süreler dikkate alınarak daha uzun bir içerik yok etme süresi belirlenmelidir.

Kanun'da tesadüfen elde edilen delile ilişkin olarak sadece muhafaza zorunluluğu konulmuş iken, delile ilişkin temel bir düzenleme yapılmamıştır. Yukarıda açıklanan gerekçelerle en azından kamu davası usulüne tabi suçlara ilişkin olarak ihbar niteliğini haiz olduğu ve ortaya çıkan yeni suçlar bakımından soruşturmaya başlamak için yeterli bir delil olduğunun kanun hükmü ile düzenlenmesi ve bu bağlamda T.C.K. m. 279 ile de uyum sağlanması yerinde olacaktır.

#### KAYNAKÇA

Beane M. William, "The Constitutional Right to Privacy In The Supreme Court", *Supreme Court Review*, Vol. 1962.

Bozkurt Enver, Türkiye'nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı, Ankara, 2003.

Centel Nur / Zafer Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yenilenmiş Ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul, 2008.

Centel Nur / Zafer Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Bası, İstanbul,

2003.

Centel Nur, “Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler”, *Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1995.

Cihan Erol / Yenisey Feridun, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Bası, İstanbul, 1997.

Coşkun Enis, *Küresel Gözaltı- Elektronik Gizli Dinleme Ve Görüntüleme*, Ankara, 2000.

Çoksezen Atakan, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Ceza Muhakemesi Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi, [http://www.Turkhukuk sitesi.Com/ Makale\\_229.Htm](http://www.Turkhukuk sitesi.Com/ Makale_229.Htm). Erişim Tarihi: 13.10.2008 ).

Doğan Yusuf Hakkı, Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, <http://www.Ceza-Bb.Adalet.Gov.Tr/Makale/145.Doc>. Erişim Tarihi: 13.10.2008.

Dönmezer Sulhi, “Çetelerle Mücadele Amacıyla 4422 Sayılı Kanunla Kabul Edilen Koruma Tedbirleri”, *Yargı Reformu 2000 Sempozyumu*, İzmir, 2000.

Erdem M.Ruhan, *Gizli Soruşturmacı Tedbirleri*, Ankara, 2001.

Erdem M. Ruhan, “5271 Sayılı C.M.K’da İletişimin Denetlenmesi”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 3Yıl 2005.

Erdem, M. Ruhan- Özbek, V. Özer: 4422 Sayılı Çamsök Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, Seyfullah Edis’ E Armağan, İzmir, 2000.

Erdoğan Mustafa, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Ankara 2007.

Eryılmaz Mesut Bedri, “Suçla Mücadele Politikası Açısından Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 1, Y. 2006.

Gökçen Ahmet, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma Ve Postada Elkoyma ( Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi )*, Ankara, 1994.

Gölcüklü Feyyaz / Gözübüyük A. Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması*, Ankara, 2002.

Gül Cengiz/ Birtek Fatih, *Hak Arama Özgürlüğü ve Türk Pozitif Hukukunda Yargı Yolu Kapatılan İşlemler*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II, S. 1-2, 2007.

Gülşen Recep, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Teknoloji”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 7. 2006.

Gürakar Z. Özlem, “Ses Ve Görüntü Kayıtlarının Delil Değeri”, *Çetin Özek*

*Armağanı*, İstanbul, 2004.

- Hakeri Hakan, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İletişimin Tespiti, Dinlenmesi Ve Kayda Alınması”, [Http://Portal.Hakanhakeri.Com/Index.Php?Option=Com\\_Content&Task=View&İd=16&Itemid=35](http://Portal.Hakanhakeri.Com/Index.Php?Option=Com_Content&Task=View&İd=16&Itemid=35). Erişim Tarihi: 13.10.2008.
- Kaboğlu Ö. İbrahim, *Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme*, İstanbul 1996.
- Karayazgan Mehmet, “Yeni Tek İle İletişimin Tespiti, Dinlenmesi Ve Kayda Alınması”, *Polis Dergisi*, S. 44.
- Kaymaz Seydi, *Uygulamada Ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller*, İstanbul, 2003.
- Keklik Ramazan, “Ceza Yargılamasında İletişimin Denetlenmesi”, *Adalet Dergisi*, [Http://Www.Yayin.Adalet.Gov.Tr/25\\_Sayi%20i%C3%A7erik/Ramazan%20kekli%C4%B0k.Htm](http://Www.Yayin.Adalet.Gov.Tr/25_Sayi%20i%C3%A7erik/Ramazan%20kekli%C4%B0k.Htm). Erişim Tarihi: 13.10.2008.
- Kilkelly Ursula, *Özel Hayata Ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesininin 8’inci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, 2. Baskı, Ankara, 2003.
- Koca, Mahmut: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller*, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 1, S. 2, Ankara, 2006.
- Kunter Nurullah / Yenisey Feridun / Nuhoglu Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Bası, İstanbul, 2006.
- Kunter Nurullah / Yenisey Feridun, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İkinci Kitap (Öğrenme Kitabı), 12. Baskı, İstanbul, 2003.
- Kühne Hans / Heiner: “Türk Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Koruma Tedbirleri”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Yıl. 2005, S. 3.
- Mckey B. Robert, “The Right Of Privacy: Emanations And Intimations”, *Mich. L. Rev.* (1965 – 1966).
- Özbek Veli Özer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 2006.
- Özbek Veli Özer/ Kanbur M. Nihat / Bacaksız Pınar/ Doğan Koray, *Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı* ( İzmir Şerhi ), Ankara, 2005.
- Öztürk Bahri / Erdem M. Ruhan / Özbek Veli Özer, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Baskı, Ankara, 2000.
- Öztürk Bahri, “Ses Ve Görüntü Kaydeden Araçlarla Yapılan Tespitlerin Ceza Muhakemesi Hukukundaki Değeri”, *Seyfullah Edis’e Armağan*, İzmir, 2000.
- Sözüer Adem, “Türkiye De Ve Karşılaştırmalı Hukuk Ta Telefon, Teleks,

Faks Ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi”, *İ.H.F.M., Türkan Rado’ Ya Armağan*, İstanbul, 1997, C. LV., S. 3.

Şahin Cumhuriyet, *Ceza Muhakemesi Şerhi*, Ankara, 2006.

Şen Ersan, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y.2, S. 4, Ağustos 2007.

Tanör Bülent – Yüzbaşıoğlu Nemci, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul 2000.

Taşkın Mustafa, *Adli Ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi*, Ankara, 2008.

Tezcan, Durmuş- Erdem, M. Ruhan- Sancakdar, Oğuz: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara, 2004.

Turhan, Faruk: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 1. Baskı, Ankara, 2006.

Ünver Yener / Hakeri Hakan, *Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku*, T.B.B. Yayınları, İstanbul, 2006.

Ünver Yener, “Ceza Muhakemesinde İspat, C.M.K. Ve Uygulamamız”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 1, S. 2.

Yenisey Feridun, “Ceza Muhakemesi Hukukunda ( Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş ) Delil”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 2, S. 4, Ağustos 2007.

# İSLAMİYETİN TEOKRATİK BİR DEVLET DÜZENİ ÖNGÖRÜP ÖNGÖRMEDİĞİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

*Dr. Nuran KOYUNCU\**

**ÖZET:** İslam'ın ilahi kaynaklı bir din oluşu onu uygulayan devletlerin de teokratik bir düzene sahip olduğu veya olmadığı konusunu yoğun bir şekilde tartışılır hale getirmiştir. Asıl uygulaması ortaçağ Hıristiyan düzeninde görülen teokratik modelin en belirgin özelliği yöneticilerinin ve organlarının ilahi vasıflı olduğu kabul edilen din adamlarından oluşmasıdır. Dolayısıyla bu sistem ruhban adı verilen özel bir zümrenin oluşumuna izin vermiştir. Bu çalışmanın amacı teokrasiye ait bu özelliğin İslam devlet modelinde var olup olmadığının belirlenmesidir.

**ANAHTAR KELİMELER:** İslami Devlet, Teokrasi, Teokratik Devlet.

## I. GİRİŞ

Bu çalışma İslam'ın teokratik bir düzen getirip getirmediğini incelemek amacıyla kaleme alınmıştır. İslam hukukçuları arasında bir devletin gerekli olup olmadığı tartışılırken Batılı müellifler arasında ise İslami devletin yapısı irdelenmektedir<sup>1</sup>. Bu bağlamda öncelikle teokrasi nedir sorusunu cevaplanması gerekir. Teokrasi terimi Yunanca "theokratia"dan gelmektedir<sup>2</sup>. Tanrı

---

\* 2006 yılında Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku alanında doktor unvanını kazanmıştır.

1 NİYZAZİ Mehmed, "İslam Devleti Teokratik mi?", [www.zaman.com.tr](http://www.zaman.com.tr), 10.20.2002; PERETZ Don-MOENCH U. Richard-MOHSEN K. Safia, *Islam Legacy of The Past, Challenge of Future*, North River 1984, s. 15-21; PULLAPILLY K. Cyriac, *Islam in the Contemporary World*, Indiana 1980, s. 73.

2 "Grekçe Tanrı anlamına gelen "theos" ile kudret, iktidar anlamlarına gelen "kratos" kelimelerinin birleştirilmesinden meydana getirilmiş bir tabirdir. Yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarına ilişkin bütün devlet gücünün, ancak ilâhî kaynaklı olması halinde meşruiyet ve hukukîlik kazanacağını savunan ve bu gücün sadece Tanrı'nın yeryüzündeki vekiller tarafından kullanılabileceğini öngören teoriyi ifade eder. KADEMOĞLU Mahmud Rifat, "Teokrasi", [www.sevde.de/islam\\_Ans/T/T2/94.htm](http://www.sevde.de/islam_Ans/T/T2/94.htm), 22.09.2005.

düzeni (josephus) demektir<sup>3</sup>. Her ne kadar farklı algılanış biçimleri ve yorumları olsa da, teokrasi en yalın anlamıyla "devlet işlerinden bir tür ruhban sınıfının sorumlu olduğu ve devlet işlerinin dini temellere dayandırılmaya çalışıldığı sistem" olarak tanımlanabilir<sup>4</sup>. Teokrasi, kısaca dini hâkimiyet anlamına gelmektedir. Tanrı adına dünya işlerinin din adamlarınca yönetildiği devlet şeklidir<sup>5</sup>. Bu devlette devlet başkanı dini reistir, hatta o dinin kutsal başkanı sayılır ve ona itaat Tanrı'ya itaattir<sup>6</sup>.

Teokrasinin tarihi gelişimine göz atıldığında Hıristiyan devletlerine özgü siyasi bir kavram olarak Batı devletlerinde uygulanmış olduğu anlaşılmaktadır. Kaynağını Hıristiyanlıkta bulan teokratik devlet, papa, papaz ve kilise hâkimiyetine dayanmaktadır. Aslında teokrasi Hz. İsa'nın tebliğlerinde yoktur. Bu noktada Hz. İsa "öyleyse Sezar'ın hakkını Sezar'a ve Tanrı'nın hakkını Tanrı'ya ödeyin" diyerek siyasal otoriteye yeniden bir görev atfeder<sup>7</sup>. Hz. İsa'nın ölümünü izleyen ilk dört yüzyıl içinde Hıristiyanlık çeşitli değişiklikler geçirmiştir. Roma'da Hıristiyanlığın resmi din olarak kabul edilmesiyle birlikte Hıristiyanlık ortaçağ kilisesinin siyasal iktidarını savunan bir teolojiye doğru yelkenlerini açmıştır<sup>8</sup>. Bu esnada kilise ile devlet birleşmiştir<sup>9</sup>. Hıristiyanlık halkın papazlara gösterdiği saygı ve bağlılık karşısında, din adamlarının (kilisenin) her türlü iktidarı ellerinde tutmak için oluşturdukları bir idare şekli halini almıştır. Bu idare şekli ise ruhban sınıfına kayıtsız şartsız teslimiyeti beraberinde getirmiş, zamanla ruhani reislerin

3 İlk önce, bir Yahudi bilgini olan Flavius Josephus (Kudüs, 37-100) tarafından, Yahudilerin büyük hahamlarca yönetildiği siyasî rejimlerini isimlendirmek için kullanıldığı sanılmaktadır." KADEMOĞLU, "Teokrasi", [www.sevde.de/islam\\_Ans/T/T2/94.htm](http://www.sevde.de/islam_Ans/T/T2/94.htm), 22.09.2005.

4 [www.wikipedia.com](http://www.wikipedia.com), 8 Nisan 2008.

5 BERKES Niyazi, Teokrasi ve Laiklik, İstanbul 1997; HATEMİ Hüseyin, İslam Hukukunda Devlet Yapısı, İstanbul 1970, s. 48-49; YOUSIF Ahmad, "Islam, Minorities and Religious Freedom: A Challenge to Modern Theory of Pluralism", Journal of Muslim Minority Affairs, vol. 20, no. 1, 2000, s. 30 vd.

6 ARMAĞAN Servet, "Teokrasi Ne Demektir II", <http://profservetarmagan.blogcu.com/2230098/>, 1.2.2007.

7 Matta, 22/21, (naklen TANNENBAUM Donald-SCHULTZ David, Siyasi Düşünce Tarihi- Filozoflar ve Fikirleri-, (çev: DEMİRCİ Fatih), Ankara 2006, s. 111-115).

8 TANNENBAUMSCHULTZ, s. 111-115.

9 MCLLWAIN Charles Howard, The Growth of Political Thought in the West, New York 1932, s. 146.

tahakkümüne dönüşmüştür<sup>10</sup>. İsa Peygamberin havarilerinden olan Saint Paul'un "bütün iktidarlar Tanrı'dan gelir" sözü o dönemde kralların iktidarlarını doğrudan doğruya Tanrı'dan, onun kutsal iradesinden aldığı inancının hakim olduğunu kanıtlamaktadır. Nitekim yüzyıllar boyunca mutlak hükümdarların iktidarlarını hep bu "ilahi hak" düşüncesine dayandırarak sürdürdükleri görülmektedir<sup>11</sup>.

## II. İSLAMİYET VE TEOKRASİ

Bir kısım araştırmacılar özellikle Batılı bilginler, İslamiyet'in de Hıristiyanlık gibi teokratik bir düzen getirdiğini ileri sürmüşlerdir<sup>12</sup>. Burada dayatılan temel nokta hükümlerinin Allah'a ait olması ve elçisi Hz. Muhammed'in de din ve dünya işlerinin yeniden düzene koymak için gönderilmiş olmasıdır<sup>13</sup>. Kurulan devletin amacının da din ve dünya işlerini düzenlemek olduğu söylenmiştir<sup>14</sup>.

Önemle vurgulanmalıdır ki çerçevesi ayet ve hadislerle çizilen bir siyaset teorisi veya devlet modeli İslamiyet'te yoktur<sup>15</sup>. İslam bu alanda yalnızca

<sup>10</sup> TANNENBAUM-SCHULTZ, s. 111 Fvd.

<sup>11</sup> KAPANİ Münci, *Politika Bilimine Giriş*, Ankara 2006, s. 75.

<sup>12</sup> Pullapilly İslam devletinin teokratik yapısını vurgulamaktadır. PULLAPILLY, s. 73; PERETZ-MOENCH-MOHSSEN, s. 15-21.

<sup>13</sup> Hz. Peygamberde Allah vergisi nitelikler bulunmakla birlikte onun olağanüstü yetenekleri ve siyasi yetkileri yoktur. Kendisi de herkes gibi bir insandır, İbrahim, 14/10-11; Kehf, 18/110; Fatiha, 1/6; BROHI A.K., "Essential Prerequisites for an Islamic State", *Islamic Order*, vol. 6, no. 1, Karachi 1984, s. 81.

<sup>14</sup> "Devlet yönetiminin dinsel kurallara dayalı oluşu görüşü bir başka deyişle din ve devlet işlerinin iç içe girmiş olması İslami devlet biçiminin "teokratik" olduğu görüşünün ileri sürülmesine neden olmuştur. Eğer teokrasiden kastedilen devletin dinsel kurallara göre yönetilmesi ise, bu anlamda İslami devlet teokratiktir. Yok, eğer teokrasiden din adamlarının yönetimi-ki batılı anlamda teokrasiden anlaşılacak budur-kastediliyorsa, İslam devletin teokratik olduğunu söyleyemeyiz." HATEMİ, s. 48-49; Batılı anlamda Teokrasi İslam'a yabancıdır. Çünkü İslam'da din adamları sınıfı olmadığı gibi Tanrı adına konuşan ve emirler veren bir kilise de yoktur. GARUDY Roger, *İslam'ın Vaat Ettikleri*, (çev. UZEL Nezh), İstanbul 1983, s. 91; ÖZÇELİK Selçuk, "İslam'da Devlet Müessesesinin İnkişafı", *İÜHFM*, İstanbul 1955, c. XX, sy. 1-4, s. 4-5; ALDIKAÇTI (Orhan), *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İstanbul 1982, s. 11-12; KUBALI Hüseyin Nail, *Anayasa Hukuku Dersleri – Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler-*, İstanbul 1971, s. 115; UDEH, *İslam*, s. 83;

<sup>15</sup> EL-ARABİ Abdullah, *İslam'da Yönetim Sistemi*, (çev: GÜZEL Süleyman), İstanbul 1991, s. 124-125;

adalet, yönetimin şûra esasına dayanması gibi bir kısım temel ilkeleri belirtmekle yetinmiştir<sup>16</sup>. Tarihte örnekleri bulunan siyaset teorileri ve devlet modelleri ilahi (teokratik) değil, beşeridir. İslam tarihinde görülen hanedanlıklar ve devletler, genellikle daha evvel mevcut bulunan (Sasani Devleti gibi) örneklerine göre şekillenmiş ve örgütlenmiştir<sup>17</sup>. Her ne kadar İslamiyet açık bir devlet modelini öngörmemiş olsa da İslam hukukunu esas alan ve uygulayan devlet İslami devlettir. İslami devlet modelinin teokratik bir düzen öngörüp öngörmediğinin tespiti ise teokratik devlet özelliklerinin bu devlet modelinde var olup olmadığının belirlenmesiyle yapılabilir.

Bu bağlamda öncelikle İslami devlet ile teokratik devleti kavram olarak karşılaştırabiliriz. Dini (İslami) devletlerde, bir din veya mezhebin hükümlerinin icrası ve korunması o devletin organlarının vazifesi olarak kabul edilmiştir. Dini devletin organları din adamlarından oluşmamış olabilir. Teokratik devlette ise devlet başkanı da dahil yasama, yürütme ve yargı organları din adamlarından oluşmuştur. Böylece oluşan devletin fonksiyonları da tamamıyla o dinin hükümlerine uygun olarak icra edilmek durumundadır.<sup>18</sup> Anlaşılacağı üzere İslami devlet, kavram olarak teokratik devletten farklı manalar içermektedir. Her ne kadar İslami devlet modelinde teokrasi de olduğu gibi dini hakimiyet söz konusu olsa da ruhban adındaki ayrıcalıklı sınıfın varlığı kabul edilmemektedir<sup>19</sup>.

Teokratik devlette siyasi otorite ve dini otorite birbirine kaynaşmıştır. Devlet başkanı aynı zamanda o dinin kutsal başkanı veya peygamberi kabul edilir<sup>20</sup>. İslam devletinin teokratik yapıya sahip olduğunu düşünmeye iten temel sebeplerden birisi, hilafet makamının teokratik düzendeki dini otoriteyi andırmasıdır. Bu noktada hilafet makamının teokratik düzende olduğu gibi ilahi bir nitelik taşıyıp taşımadığını belirlemek gerekir. İslam hukukçuları hilafeti değişik şekillerde tarif etmişlerdir. Bu tanımlardan birisinde hilafet “Hz. Peygamberin halefi olarak dini ve dünyevi meselelerde bütün Müslümanları temsil etmek” olarak tanımlanırken bir diğerinde “Müslümanlar

16 Ayrıntılı bilgi için bkz. KOYUNCU Nuran, İslam Hukukunda ve Osmanlı Uygulamasında Şura, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 2006.

17 ULUDAĞ Süleyman, İslam-Siyaset ilişkileri, İstanbul 1998.

18 ARMAĞAN, “Teokrasi Ne Demektir II”,  
<http://profservetarmagan.blogcu.com/2230098/>.

19 HATEMİ, s. 48-49.  
ERDOĞAN Mustafa, Demokrasi, Laiklik, Resmi İdeoloji, Ankara 1995, s. 182;  
ARMAĞAN, “Teokrasi Ne Demektir II”,  
<http://profservetarmagan.blogcu.com/2230098/>.

üzerinde umumi tasarruf hakkına sahip olma yetkisi” şeklinde tanımlamıştır<sup>21</sup>. İlk tanımda halifenin Hz. Peygamber’e halef olma ve Müslümanların temsilcisi olma vasfı vurgulanmıştır. Diğer tanımda ise halifenin umumi tasarruf hakkından bahsedilmiştir. Buradaki tasarruf ifadesi teokratik düzendeki dini liderin ilahi olduğu kabul edilen yetkilerine yaklaşmakta ise de İslam’ın halifeye sınırlı yetkiler tanınması ve hata yapması mümkün bir beşer gözüyle bakması bu kanyı zayıflatmaktadır<sup>22</sup>. Diğer taraftan teokrasiye ait, dini lidere kayıtsız şartsız teslimiyet, İslamiyet’te söz konusu değildir. Teokratik düzende dini lider Allah’ın yetkilerini paylaşan ilahi bir kişiliktir. İslami yönetimde ise halifenin Allah’ın yetkilerini paylaşması söz konusu olmayacağı gibi bu şirk olarak nitelendirilir. Kaldı ki dinî emirleri ihlal edip, şer’i hukuktan ayrılan veya adil olma vasfını yitirip, zulme sapan halife görevinden hal edilir<sup>23</sup>. Bütün bunlar da halifelerin Papa gibi uhrevi bir nitelik taşımadığının göstergeleridir.

Bu çerçevede değinilmesi gereken bir diğer önemli konu ise İslamiyet’teki nübüvvet makamıdır. Çünkü Nübüvvet, Allah’ın Şeriatını insanlara tebliğ üzere vahiy yoluyla alınan makamın adıdır. Bu durumda nübüvvet, teokrasi düzeninin dini temsilcisi aynı zamanda devletin de yöneticisi kabul edilen kişiyle özdeşleştirilebilir. Ancak Nebi’nin teokratik devlet liderinden ayrılan ve ön plana çıkan özelliği vahiy yoluyla aldığı Şeriatı uy-

21 Tanımlar için bkz. CİN Halil-AKGÜNDÜZ Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, c. 1, Konya 1995, s.170.

22 “Halife, Hıristiyan dünyasında olduğu gibi dini bir reis değildir.” KAZICI Ziya, İslam Medeniyeti ve Müesseseleri tarihi, İstanbul 1999, s. 79; “Bir hükümet reisinin dini şeraiti tatbik ve infaz etmesiyle, dinen kendisine verilen saltanat (hükmetme) kuvvetinin arasını ayırmak lazımdır. İslam’da, hiçbir hükümet reisinin semadan aldığı dini bir saltanat kuvveti yoktur. Bir hükümet reisi ancak Müslüman halkın tam bir hürriyet içinde yaptığı seçim neticesinde başa geçer. Seçimle devletin başına gelen kimse şeriatın emirlerini infaz etmek suretiyle hükümrân olur. Müslümanların ekserisi ona rıza göstermezse tabiatıyla seçilemez. Ekseriyetle seçildiği takdirde Allahın şeriatını tatbik etmezse dinlenmez.” KUTUB, İslamda Sosyal Adalet, (çev: TUNAGÜR Yaşar-MANSUR Adnan), İstanbul 1968, s. 133; Zaten hilafet de dünyevî bir kurumdur.” SHOIL Muhammad, Administrative& Cultural History Of Islam, Lahore 1992, s. 8-9; SANHOURY A, Le Califat, Paris 1926, s. 38; ABDURRAZZIK Ali, İslamiyet ve Hükümet, (çev: ÖMER Rıza), İstanbul 1346, s. 24/95;el-MEVDUDİ, Hilafet ve Saltanat, (çev: GENCELİ Ali), İstanbul 1966, s. 34; KARAMAN Hayrettin, Mukayeseli İslam Hukuku, c. 1, İstanbul 1986, s. 83; HATEMİ, Devlet, s. 48-49; GARUDY, s. 91; NİYAZİ, İslam Devleti, www.zaman.com.tr,

23 KARAMAN, c. I, s. 139.

gulaması değil, tebliğidir. Ayet-i Kerime’de "**Resule düşen ancak apaçık tebliğdir**"<sup>24</sup> buyrulmaktadır. Nebinin veya Resul’ün, Allah’ın kendisine bildirdiği esasları uygulaması şart değildir. Musa, İsa, İbrahim Nebi ve Resul olmalarına rağmen bizzat kendileri, getirdikleri hükümleri uygulama alanına geçirememişlerdir<sup>25</sup>. Şunu da belirtmek gerekir ki Hz. Muhammed aynı zamanda getirmiş olduğu hükümleri uygulayan bir yönetici olmuştur. Ayet-i Kerime’de "**ve onlar arasında Allah’ın indirdikleri ile hükmet/yönet**"<sup>26</sup> buyrulmuştur. Dolayısıyla İlk bakışta Hz. Muhammed’in hem ilahi kaynaklı bir makamın hem de beşeri bir makamın sahibi olması teokratik bir düzeni çağrıştırdığı düşünülebilir. Halbu ki Hz. Muhammed’in devlet başkanlığı ile ilgili görevlerini ifa ederken ayrı bir yol izlediği, bu makama uygun olarak yaptığı tasarruflarının bir peygamber olarak yaptıklarından farklı olduğu anlaşılmaktadır<sup>27</sup>. Şöyle ki; İslami yönetimin esaslarından birisi de şura prensibidir. "Onları işleri aralarında şura iledir" Ayet’iyle yöneticilere devlet meselelerini ehil kimselerin görüşlerini alarak çözme yükümlülüğü getirilmiştir<sup>28</sup>. Hz. Muhammed nebi vasfı taşımasına rağmen bu prensibi bizzat uygulamıştır. Nitekim Uhud savaşından önce Müslümanları mescide toplamış ve Medine’de mi savaşalım, yoksa dışarıya mı çıkalım diye onlarla müşavere etmiştir, çoğunluk Medine dışına çıkma görüşünderken, kendisi ise çıkmama düşüncesinde olmuştur. Fakat çoğunluğun görüşüne uygun hareket ederek Medine’nin dışına çıkmış ve Medine dışında savaşmıştır<sup>29</sup>. Nihayet Hz. Muhammed, nebi olmasına rağmen insanlardan yönetim hususunda biat almıştır. O’nun aldığı biat nübüvvet üzerine bir biat değil yönetime dair alınmış bir biattir<sup>30</sup>.

24 Nur: 54 .

25 TAKIYYUDDİN EN-Nebhani, "İslam Devleti Teokratik bir Devlet Değildir", www.hilafet.com. s. 1.

26 Maide: 49 .

27 "Ben ancak bir beşerim. Hasım bana gelir ve olur ki sizden biriniz diğerinden daha belîğ konuşabilir. Ben de onun doğru sözlü olduğunu sanırım da buna göre onun lehine hüküm veriririm. Her kime bir müslümanın hakkını verecek olursam aldığı şey ancak ateşten bir parçadır. Bunu ister alsın isterse bıraksın Buhari, 2278, 6645.

28 Şûra, 42/38; ASLANGÜL Halil, "İslam’da Meşveret", Sebilurreşad, c. VII, sy. 197, İstanbul 1955, s. 341; CEYLAN H. Hüseyin, "İstişare", İslam, c. 2, sy. 13, Ankara 1994, s. 297; BABİLLİ Mahmud, Eş-Şûra Fi’l-İslam, (çev: ARMAĞAN Nihat-ÇOBANBEYLİ Kemal), İstanbul 1972, s. 26.

29 KOYUNCU, s. 45 vd.

30 KALLEK Cengiz, "Biat", TDVİA, s. 120-122.

Hız. Muhammed üstlenmiş olduğu yönetim makamını vefatı ile bırakmış ve kendisine Müslümanlardan birisinin halef olmasını istemiştir. O halde halifelik, yönetim hususunda İslam hükümlerini uygulamak için Hız. Muhammed'e halef olmaktır, nübüvvette onun yerine geçmek değildir<sup>31</sup>. Dolayısıyla Halifelik, nübüvvetten farklıdır. Nübüvvetin aksine Halifenin İslami kaynaklarda en çok üzerinde durulan görevleri, İslâm dinini insanlara uygulamak ve yaymaktır. Her ne kadar Nübüvvet Allah'ın dilediğine verdiği ilahi bir makam olsa da Halifelik insanların biati ile belirlenen beşeri bir makamdır. Müslümanlar aralarında diledikleri kimseleri halife olarak seçebilirler. Sonuç olarak halifelik nübüvvet/peygamberlik müessesesinden farklıdır ve teokrasi düzeninin liderleri gibi de ilahî bir vasıf taşımamaktadır.

Hıristiyanlıkta Papanın şahsı kutsaldır, Tanrı adına kanun yapıp yine onun adına kanunları değiştirebilmektedir. Onun yanılmaz olduğuna inanılır, Hıristiyanların kaderi ona terk edilir ve böylece teokratik bir düzen oluşur. İslamiyet'te ise her şeyden önce ilahi emirleri sadece kendilerinin okuyup anladığı bir din adamları (ruhban) sınıfı yoktur<sup>32</sup>. İslamiyet bütün insanlığa hitap eder ve bu din bir zümrenin okuyup anlaması ve yorumlaması için değildir, evrensel bir nitelik taşır. İslam Halifesi bir beşer olması sebebiyle hata yapması da mümkündür. Herhangi bir insanda görülmesi mümkün olan yanılma, unutmama, vs. onda da görülebilir. Nitekim Hız. Muhammed imamın (halifenin) hata etmesinin mümkün olduğunu bildirmiştir<sup>33</sup>. Yine belirttiği-

31 KETTANİ Muhammed Abdulhay, Hız. Peygamberin Yönetiminde Sosyal Hayat ve Kurumlar, (çev. ÖZEL Ahmet), c. I, İstanbul 1990, s. 81; CRANE P-HİND S M, "God's Caliph: Religious Authority in the First Centuries of Islam, Cambridge 1986, s. 5 vd; LAMBTON A.K.S., "Justice in The Medieval Persian Theory of Kingship", *Studia Islamica*, vol. XVII, Paris 1962, s. 91-119; MARLOW Louise, "Kings, Prophets and the Ulema in Mediaeval Islamic Advice Literature", *Studia Islamica*, vol. 81, Paris 1995, s. 101; TAKIYYUDDİN EN-Nebhani, s. 1.

32 "İslamiyet, Hıristiyanlıkta kilise teşkilatındaki "iklirios heyeti" gibi hükmeden bir heyet tanımaz. İslami hükümler muayyen heyetlerin tertip edecekleri hükümler değildir. İslam'da her hüküm Allahın vazettiği İslami şeraite göre tenfiz olunur. Hangi din olursa olsun, dini hükümetin manası, hükümleri muayyen bir heyet tarafından tertip edilen bir idare şekli ise, İslamiyet bunu katıyetle red eder. Zira İslam'da hükümlerin tenfizi için İslami kanunlardan fazlasına ihtiyaç yoktur. İslami kanuna uygun olarak infaz edilen her hüküm islamidir." KUTUB, Adalet, s. 133; NİYAZİ, İslam Devleti, www.zaman.com.tr,

33 "Şüphesiz ki imam bir kalkandır. Onun arkasında savaşılır ve onunla korunulur Eğer Aziz ve Celil olan Allah'tan korkmayı/ takvayı emreder, adalet yaparsa bundan dolayı onun için bir ecir söz konusudur. Eğer başkasıyla emredecek olursa bundan dolayı da onun

miz üzere yöneticilerin devlet yönetimiyle ilgili önemli kararlarda tek başına hareket etmeyip müşavere hükmüne riayet etmeleri de gerekmektedir<sup>34</sup>.

İslam devletinin teokratik bir düzen öngördüğüne ilişkin kanıya ilk halifelerin dini konulardaki otoritesi de sebebiyet vermiş olabilir. Çünkü bu dönemin en çarpıcı özelliği halifelerin İslam hukukunun oluşumunda, doğrudan ve birinci derecede rol almaları ve toplu içtihad faaliyetidir<sup>35</sup>. Ancak vurgulamak gerekir ki İlk Halifelerin dini konularda otorite sahibi olmaları, halife (devlet başkanı) olmalarından kaynaklanmamıştır. Onlar uzun süre Hz. Peygamber'in yanı başında, yakınında bulunmuşlar ve dini de en iyi şekilde öğrenmiş ve yaşamışlardır. Dolayısıyla Hz. Peygamberin ölümünden sonra Müslümanların sorunlarının çözümünde onların reylerinin esas alınması doğaldır. Buna rağmen bu kişiler çoğu meselede Müslümanların icmama başvurmuşlardır. İlk halifelerin, hukukçu sahabenin görüşlerine büyük önem verdikleri görülmektedir. Sonraki dönemlerde toplu içtihad faaliyetine Haneî mezhebinin ilk oluşum süreci dışında rastlanmamaktadır<sup>36</sup>. Hz. Ömer'in devlet meselelerini ilgilendiren her türlü kararı, şûra heyetiyle birlikte aldığı bilinmektedir<sup>37</sup>. Ayrıca O, ortaya çıkabilecek hukuki problemlerin şûra edi-

---

aleyhine (günah kazanmak) söz konusudur. Müslim, 3428 ; "Gücünüz yettiğince Müslümanlardan hadleri uzaklaştırmaya çalışınız. Eğer onun için bir çıkar yol varsa, onu serbest bırakınız. Çünkü imamın affetmek hususunda hata etmesi, cezalandırmakta hata yapmasından daha hayırlıdır". Tirmizi, 1344.

34 ASLANGÜL, s. 197; BABİLLİ, s. 26; TAKİYYUDDİN EN-Nebhani, s. 1.

35 CİN-AKYILMAZ, Hukuk Tarihi, s. 71.

36 AYDIN M. Akif, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2001, s. 47.

37 Hz. Ömer'in yapmış olduğu bir konuşma şu şekilde aktarılmaktadır: "Ey insanlar! Size anlatmak istediğim şudur: emanet olarak uhdeme tevdi ettiğiniz devlet işlerini yürütmem için benimle iş ortaklığı yapacaksınız. Ben de sizin gibi bir insanım. Bugün, sizin haklarınızın aynına sahip bulunduğumu, sizinle müsavi olduğumu söylemek isterim. İsterseniz benimle ayrı fikirde olabileceğiniz gibi ayrı düşüncede de bulunabilirsiniz. Ben size, ille de benim arzularına uyacak ve benim dediğimi yapacaksınız, demek istemiyorum." İmam Ebu Yusuf, Kitab ül-Hirâc, s. 25, (MEVDUDÎ, Hilafet'den naklen, s. 97); "Kadisiye savaşında, Hz. Ömer bizzat ordusunun başında bulunarak düşmana karşı savaşmak istemiştir. Bunun için gerekli hazırlıkları yaparak ordusuyla birlikte harekete geçmiştir. Ancak Medine çıkışında ashabın ileri gelenleri, Halifenin Medine'de kalması gerektiğini ve yeni bir komutan seçilmesini istemişlerdir. Bu durum, şûra heyetinde tartışmaya açılmış ve neticede Hz. Ömer'in merkezde kalması benimsenmiştir". ŞAHİN Mustafa, Hz. Ömer Döneminde Şûra –Danışma Meclisi-, Bursa 2002, s. 11; Bir başka örnek: "Hz. Ömer yolda bir kimse ile karşılaşmış ve ona: Ne yaptın? Diye sormuş. Adam

lerek çözüme kavuşturabilmesi için belli sayıdaki hukukçunun Medine dışına çıkılmalarını bile yasaklamıştır. Böylece birçok hukuki problem hemen hemen bütün sahabenin katılımıyla istişare edilmiştir<sup>38</sup>. Eğer onlar da papalık gibi yanılmadıklarına inanmış olsalardı, sahabelerin görüşlerini almaya gerek duymazlar kendi reyleriyle hareket etmekten de kaçınmazlardı. İcma, İslami yorumların kişisel bir tabu haline getirilmediğini göstermektedir<sup>39</sup>. İlk halifelerin bu tutumu, İslamiyet'in teokratik bir devlet düzeni öngörmediğinin tartışmasız bir delilidir<sup>40</sup>.

Yanılmaya yol açan diğer bir sebep de İslami devlette cumaları hutbede halifenin adının okunmasıdır. Cuma günleri hutbede halifenin adı, uhrevi bir makamı işgal ettiği için değil, İslam devletlerinde bir hâkimiyet sembolü olarak görüldüğü için okunur<sup>41</sup>. Hutbe okunması Türk İslam devletlerinde hükümdarlığın geleneksel bir unsurudur<sup>42</sup>. Uhrevi görev naslarla verilir. İslamiyet tamamlandıktan sonra yeni uygulamalarla uhrevi bir görevin verilmesi mümkün değildir. Sonra oluşanlar gelenektir. Tarihe bakıldığında Türk-İslam devletlerinde hükümdar kim ise, mesela Tuğrul Bey'in, Orhan Gazi'nin veya Fatih'in adının okunduğu görülmektedir<sup>43</sup>.

Son olarak teokrasinin zıddı olan laiklik kavramı üzerinde durmak gerekir. Laik devletin özellikleri dinde baskının olmaması, devletin inanç farkını gözetmeden bütün vatandaşlarına eşit muamele yapması, din ve vicdan öz-

---

Hz. Ali ve Zeyd b. Sabit benim hakkımda şöyle hükmetti dedi. Hz. Ömer, Ben olsam başka türlü hükmederdim cevabını verince adam, devletin yetkisi sendedir. Bildiğin gibi hükmetmekten seni alıkoyan şey nedir ki? Sorusunu sorunca Hz. Ömer, Eğer bu hükmü Allahın kitabı ve Resulünün sünnetinde görseydim, senin dediğini yapardım. Fakat bu benim kendi görüşümdür. Görüş açıklamada ise bütün ashab aynı derecede hakka sahiptir, bu hakka müdahale edilemez" buyurdu. YAVUZ Yunus Vehbi, İslam'da Düşünce ve İnanç Özgürlüğü, İstanbul 1994, s. 74; KANDEHLEVİ Muhammed Yusuf, Hayatı's Sahabe, (çev: GÜLLE Sıtkı), c. 46, İstanbul 1996, c. 1, s. 388-389.

38 Bu kurul Abd al-Rahman b. Awf, Uthman b. Affan, Ali b. Abi Talib, Sa'd b. Abi Waggas, Talhah ve al-Zubayr'dan oluşmaktadır. FARUQI Muhammed Yusuf, İjtihad: An Overview of Some Of its Methodologies", Hamdard Islamicus, vol. XXV, no. 4, Pakistan October-December 2002, s. 11.

39 MUMISA Michael, Islamic Law Theory&Interpretation, USA 2002, s. 34 vd.

40 NİYAZI, İslam Devleti, www.zaman.com.tr,

41 NİYAZI, İslam Devleti, www.zaman.com.tr,

42 KAFESOĞLU İbrahim, Türk Milli Kültürü, İstanbul 1999, s. 367-369.

43 ÖZBİLGİN Erol, Osmanlı Hukukunun Yapısı, İstanbul 1985; s. 44-45; NİYAZI, İslam Devleti, www.zaman.com.tr,

gürlüğünü güvence altına alması, siyasi işlere ve kamu yönetimine din adamlarını veya din adamları sınıfını (İslam'da böyle bir sınıf yoktur) karıştırmaması şeklinde sıralanmaktadır<sup>44</sup>. Bu unsurların hiçbiri teokratik düzen ile bağdaşmamaktadır. Her ne kadar günümüzün laik sistem anlayışı hukuk kurallarının kaynağını tamamıyla beşeri iradede bulduğunun kabul edilmesiyle İslam devlet anlayışından ayrılsa da İslamiyet'in dinde zorlama yoktur, din ve vicdan özgürlüğü<sup>45</sup> gibi bir kısım temel ilkelerinin laik devletin gereği olan inanç hürriyetiyle örtüştüğü de bir gerçektir. Unutmamak gerekir ki laiklik, kilisenin ve ruhban adı verilen din adamları sınıfının iktidarı ele geçirecek devlet örgütü içinde ayrıcalıklı mevkiler işgal etmeleri, halkı baskı altında tutmaları neticesinde tepki olarak ortaya çıkmıştır<sup>46</sup>. Şu halde laiklik yaşanan siyasi ve sosyal şartların etkisiyle ortaya çıkmış, ortaya çıktığı Batılı toplumlara ve halklara göre de farklılık göstermiştir<sup>47</sup>. Eğer teokrasiye ait baskı ve sömürü İslam devletlerinde bulunsaydı orada da bu veya benzeri

44 GÖZLER Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2000, s. 137 vd; ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2005, s. 54-58; En yaygın hukuki tanımı, devlet ile din işlerinin ayrılmasıdır. Devlet, bir dine inanıp inanmama meselesini özel bir problem sayar, fertlerinin sadece maddi yönüyle ilgilenir, kendisi devlet olarak hiçbir dini taşımaz, hiçbir dini ayine iştirak etmez, fakat fertlerin her türlü dini serbestliklerini kabul eder. Devlet, dini esaslara dayanan kanunlar yapamayacağı gibi, bütün dinlere eşit mesafede durur ve hiçbir şekilde dinlerin ibadet hüküm ve kurallarına müdahale edemez. Bununla birlikte dinlerin amme düzenini bozacak davranışlarını da önlemekle yükümlüdür. [www.Wikipedia.org/Laiklik](http://www.Wikipedia.org/Laiklik), 15.04. 2008.

45 Bakara, 2/256; Medine anayasasının 25. maddesinde “Yahudilerin dini kendine, Müslümanların dini de kendilerinedir” denilmek suretiyle gayrimüslimler için din ve vicdan hürriyeti açıkça ortaya konulmuştur. AYDIN M. Akif, “Eski Hukukumuzda Gayrimüslimlerin Din ve Vicdan Hürriyeti”, İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları, İstanbul 1996, s. 230; ARMAĞAN Servet, İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, Ankara 1987, s. 118-119; GÖZLER, s. 148.

46 Erdoğan eserinde Laikliğin bir tepki olarak ortaya çıktığını vurgulamaktadır. ERDOĞAN Mustafa, Anayasal Demokrasi, Ankara 1999, s. 238; Eskiçağlardan beri din, insanların günlük yaşamında, toplumsal düzende ve devlet yönetiminde etkili oldu. Özellikle Hıristiyanlık Avrupa'da ortaçağ sonlarına kadar her alanda söz sahibiydi. Papalar krallara hükmedebiliyor, papaz, rahip, ya da keşiş gibi din adamları Hıristiyan dininin kurallarına göre insanların yaşamını yönlendiriyorlardı, [www.Wikipedia.org/Laiklik](http://www.Wikipedia.org/Laiklik), 15.04. 2008; ULUDAĞ Süleyman, “Osmanlılarda Din-Devlet İlişkisi”, Köprü Dergisi, Kış 99, sy. 65, s. 118-123; Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedi, “Laiklik”, İstanbul 1986.

47 ERDOĞAN, s. 238; ULUDAĞ, s. 118-123.

kavramların ortaya çıkması muhtemeldi.

### **III. SONUÇ YERİNE**

Yukarıdaki bilgiler ışığında şu sonuçlara varılmıştır:

1. İslami devlet, kavram olarak teokratik devletten farklıdır. İslami devletin yöneticilerinin ve devlet organlarının teokratik düzende olduğu gibi din adamlarından oluşma zorunluluğu yoktur.

2. Batılı teokrasilerde din adamlarının ya da hükümdarın günahları affetme, aforoz etme, takdis etme gibi yetkileri varken, İslam devletinde böyle ayrıcalıklı bir sınıfa yer verilmemiştir.

4. İslam devletinin başında bulunan halifeler ilahi bir sıfatla bu makamın sahibi değildirler aksine halifelerin biat yani seçim ile belirlenmeleri esastır. Ayrıca devlet yönetiminde meselelerin müşavere edilerek karara bağlanması İslam'ın temel ilkelerindedir. Kaldı ki dinî emirleri ihlal edip, şer'i hukuktan ayrılan veya adil olma vasfını yitirip, zulme sapan halife görevinden hal edilir. Bütün bunlar da halifelerin Papa gibi uhrevi bir nitelik taşımadığının göstergeleridir.

4. Hz. Muhammed'in nübüvvet makamının sahibi olmasına rağmen devlet yönetiminde nebi vasfı dışında hareket etmesi, İlk halifelerin de Hz. Muhammed'in yaptığı gibi müminlerin görüşlerine değer vererek şûra hükmünü bizzat uygulamaları İslam'ı teokrasiden uzaklaştırmaktadır.

5. Dinde zorlama yoktur ve din ve vicdan özgürlüğü gibi temel prensiplere sahip olmasıyla da İslamiyet teokrasiden ayrılmaktadır.

Şu halde belirli bir devlet modeli ya da siyaset teorisi üzerinde bile durmayan İslam'ın illa ki bir modele referans olması gerektiği düşünülecekse, bunun kendine has bir kısım özelliklere sahip nevi şahsına münhasır bir sistem olacağını söylemek yanlış olmayacaktır.

# CUMHURBAŞKANININ HALK TARAFINDAN SEÇİLMESİNİN HÜKÜMET SİSTEMİNE ETKİSİ

*Dr. Bülent YAVUZ\**

## Giriş

31.07.2007 tarihli ve 5678 sayılı kanun<sup>1</sup>la 1982 Anayasasının 101. ve 102. maddesinde yapılan değişiklikle Cumhurbaşkanının seçilme usulü değiştirilmiştir. Bu değişiklikle birlikte artık Cumhurbaşkanı TBMM tarafından değil de doğrudan halk tarafından seçilecektir. 1982 Anayasası'nın henüz hazırlık aşamasından itibaren benimsenecek yada benimsenmiş olan hükümet sisteminin parlamenter hükümet sistemi mi, yarı-başkanlık hükümeti sistemi mi olduğu hususu hep tartışılmış ve bu mesele üzerinde bir türlü kesin ve herkes tarafından kabul gören bir sonuca varılamamıştır.

5678 sayılı kanunla Cumhurbaşkanının halk tarafından doğrudan seçimi usulünün getirilmesi hükümet sistemi ile ilgili tartışmaların yeniden gündeme gelmesine sebep olmuştur. Bu değişiklik öncesi 1982 Anayasasının bir yarı-başkanlık hükümeti sistemi getirmediğini savunan görüşün en önemli gerekçesi Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmeyişiydi. Ancak anılan değişiklikle artık bu gerekçenin ortadan kalktığını söylemek mümkündür. Anayasa'nın 101. ve 102. maddelerinde yapılan bu değişiklik acaba hükümet sistemi açısından ne gibi bir yenilik getirmiştir? Bu değişiklikte birlikte ülkemizde de Fransa'da olduğu gibi bir yarı-başkanlık hükümeti sistemine geçildiği söylenebilir mi? Eğer yarı-başkanlık hükümeti sistemine geçildiği kabul edilirse, bu sistem değişikliği, sistemin işleyişi açısından ne gibi yenilikler getirecektir? Sistem sağlıklı bir şekilde işleyebilecek midir? Bu durumda ortaya çıkabilecek olumlu ya da olumsuz ne gibi etkiler görülecektir? Bu makale ile bu sorulara cevap verilmeye çalışılacaktır. Bu sorulara

---

\* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Araştırma Görevlisi.

<sup>1</sup> Halkoyuna sunulmak üzere 16/6/2007 tarihli ve 26554 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 16/10/2007 tarihli ve 5697 sayılı Kanunla değişik 31/5/2007 tarihli ve 5678 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun 21/10/2007 tarihinde yapılan halkoylaması sonucu kabul edilmiş ve buna ilişkin Yüksek Seçim Kurulu Kararı 31/10/2007 tarihli ve 26686 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

cevap verebilmek için öncelikle parlamenter hükümet sistemi ve yarı-başkanlık hükümeti sisteminin genel özelliklerinin ne olduğunu ortaya koymak, ardından da 1982 Anayasası'nın söz konusu değişiklik öncesinde ve sonrasında kabul etmiş olduğu hükümet sisteminin ne olduğunu tespit etmek gerekir. Bu arada haklı olarak ileri sürülen, yarı başkanlık hükümeti sistemi gibi bir bağımsız hükümet sisteminin olmadığı, sadece parlamenter hükümet sisteminin değişik bir uygulamasının söz konusu olduğu yönündeki görüşlerin de çok güçlü gerekçelere sahip olduğunu belirtmek gerekir<sup>2</sup>. Ancak bu çalışma ile bizim üzerinde durmak istediğimiz husus hükümet sistemleri ile ilgili teorik tartışmalardan ziyade genel kabul görmüş tasnifler içinde 1982 Anayasası'nın 5678 sayılı yasa ile değiştirilmiş son halinin hangi hükümet sistemine yer verdiği olacaktır.

### I. Parlamenter Hükümet Sisteminin Genel Özellikleri

Bir hükümet sistemine parlamenter hükümet sistemi diyebilmemiz için aranan belli başlı özellikler şunlardır; (a) Yürütme organının iki başlı olması, (b) Devlet başkanının sorumsuz olması, (c) Yürütme organının yasama organına karşı sorumlu olması, (d) Yürütme organının yasama organına karşı kullanabileceği yetkilerin olması.

Parlamenter hükümet sisteminde yürütme organı, bir yanda sorumluluğu bulunmayan devlet başkanı, diğer yanda kolektif ve bireysel sorumluluğa sahip olan Bakanlar Kurulundan oluşmaktadır<sup>3</sup>. Literatürde yürütme organı yerine “ hükümet” kavramının da kullanıldığını görmekteyiz. Hükümet kavramının bir geniş anlamı vardır, bir de dar anlamı vardır. Geniş anlamda hükümet, yürütme organı ile aynı anlamda kullanılmaktadır. Dar anlamda

<sup>2</sup> Bu görüş için bkz. Attila ÖZER, **Batı Demokrasilerinde ve Türkiye’de Hükümetin Kuruluş Yöntemleri**, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayını, Ankara, 1981, s.71 vd.

<sup>3</sup> Simon JAMES, **British Cabinet Government**, Routhledge (U.K.), 1999, s.1.; Alan SIAROFF, “Comparative Presidencies: The Inadequacy of the Presidential, Semi-Presidential and Parliamentary Distinction”, **European Journal of Political Research**, Vol. 42., Issue 3., Mayıs 2003, s.288.; Turan GÜNEŞ, **Parlamenter Rejimin Bugünkü Manası ve İşleyişi**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1956., s.58.; Mehmet TURHAN, **Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası**, Diyarbakır 1989, s.51.; Süheyl BATUM, “Siyasal Rejim Türleri ve Türkiye’de Siyasal Sistemin Geleceği”, **Türkiye’de Siyasal Yapılanma ve Temel Siyasal Sorunlar Sempozyumu**, Ankara, 2000., s.69.; Erdal ONAR, “Türkiye’nin Başkanlık veya Yarı-Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmesi midir?”, **Başkanlık Sistemi**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2005, s.73-74.; Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa: Ekin Kitabevi, 2000., s.515.

hükümet ise sadece yürütme organının sorumlu kanadı olan kabineyi ya da Bakanlar Kurulunu ifade etmektedir<sup>4</sup>.

Devlet başkanı bir yandan yürütme organının diğer yandan devletin birliği ve ülke bütünlüğünün temsilcisi konumundadır. Parlamenter hükümet sistemi içinde devlet başkanının devletin başı (head of state), Başbakanın ise hükümetin başı (head of government) olduğu kabul edilmektedir<sup>5</sup>. Bundan dolayı hükümetin genel siyasetini tayin eden kişinin Başbakan olduğu söylenebilir. Hükümet adına konuşan, bakanların faaliyetlerinin uyum içinde olmasını sağlayan Başbakandır<sup>6</sup>. Hükümet üzerinde devlet başkanının değil de Başbakanın etkin olması parlamenter hükümet sistemi açısından ayırt edici unsur olarak kabul edilmektedir. Lijphart, bir hükümet sisteminin parlamenter hükümet sistemi mi, başkanlık hükümeti sistemi mi olduğunu anlayabilmek için hükümet üzerinde Başbakan ve devlet başkanından hangisinin hükümetin başkanı olarak belirlediğine bakmak gerektiğini ifade etmektedir<sup>7</sup>. Parlamenter hükümet sistemi içinde devlet başkanının adeta bir “dekoratif figür” olarak varlığını devam ettirmesi sebebiyle politik bilimciler bu makam üzerinde fazlaca durmamışlardır<sup>8</sup>.

Göreve geliş tarzı ne olursa olsun, devlet başkanının sorumlu olmaması parlamenter hükümet sisteminin bir özelliğidir<sup>9</sup>. Yasama organının Devlet

4 Servet ARMAĞAN, **1961 Anayasası ve Bakanlar Kurulu**, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1978, s.2.

5 Larry JONSTON - Munroe EAGLES, **Politics: An Introduction to Modern Democratic Government**, Broadview Press, 2004, s.225-226.; Arend LIJPHART, “Presidentialism and Majoritarian Democracy: Theoretical Observations.”, **The Failure of Presidential Democracy, Comparative Perspective**, Vol.1., Juan J. Linz-Arturo Valenzuela ed., The John Hopkins University Press, Baltimore and London, 1994., s.92-93.

6 ARMAĞAN, s.48-49.; GÜNEŞ, s.65.

7 Robert ELGIE, “The Classification of Democratic Regime Types: Conceptual Ambiguity and Contestable Assumptions”, **European Journal of Political Research**, Vol. 33., 1998, s.222.

8 Juan J. LINZ, “Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?”, **he Failure of Presidential Democracy, Comparative Perspective**, Vol.1., Juan J. Linz-Arturo Valenzuela ed., The John Hopkins University Press, Baltimore and London, 1994, s.46.

9 JAMES, s.1.; BATUM, (2000), s.71.; Devlet başkanının sorumsuz olması gerektiği kuralı, Montesquieu tarafından kuvvetler ayrılığı teorisi izah edilirken de ifade edilmiştir; O’na göre, yürütme kuvveti monarka verilmelidir. Çünkü yürütme kuvvetinin, hare-

Başkanını görevden alması mümkün değildir. Yani Devlet Başkanının Yasama organına karşı siyasi sorumluluğu yoktur. Parlamenter hükümet sisteminde Devlet Başkanı, doğrudan halk tarafından seçilmediği için halka karşı siyasal sorumluluğu da yoktur.

Devlet başkanının sorumsuz olmasının tek istisnası ‘vatana ihanet’ ya da ‘yüksek ihanet’ olarak nitelendirilen hallerdir<sup>10</sup>. Bu gibi hallerde devlet başkanı önce yasama organı tarafından suçlandırılmakta, daha sonra bizdeki yüce divan örneğinde olduğu gibi yargılanmaktadır. Monarşilerde esas itibarıyla Kralın cezai sorumsuzluğunun mutlak olduğu kabul edilmemektedir. İngiltere’de bu husus “Kral bir bakanı öldürse bundan Başbakan sorumludur. Eğer Başbakanı öldürürse, kimse sorumlu değildir” denilerek ifade edilmektedir<sup>11</sup>. Oysa Cumhuriyetlerde durum biraz farklıdır; Devlet başkanının yukarıda da belirtildiği gibi vatana ihanet dışındaki görev suçlarından sorumlu olmadığı, kişisel suçlarından dolayı ise sorumlu olduğu kabul edilmektedir<sup>12</sup>.

Devlet başkanının sorumsuz olması aynı zamanda yetkisiz olması anlamına gelmektedir. Çünkü yetki ve sorumluluğun paralel olması kamu hukukunda kabul edilmiş temel esaslardandır<sup>13</sup>. Bu aynı zamanda demokratik mantığın da bir gereğidir<sup>14</sup>.

Sorumsuz olan devlet başkanının yetkisiz de olması işin doğası gereğidir<sup>15</sup>. Ama belirtmek gerekir ki bu yetkisizlik hukuki açıdan değil, fiili açıdandır. Yürütme organı içinde yetkileri hukuken devlet başkanı kullanır ama

---

ket kabiliyeti açısından tek kişiye verilmesi daha uygundur. Yasama organının çıkardığı kanunların nasıl uygulandığını kontrol etmesi gerekir. Ama Montesquieu, monarkın şahsının da mukaddes olması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu durumda yürütme kuvvetinin kötü faaliyetleri olsa olsa kötü danışmanlardan kaynaklanmaktadır. (GÜNEŞ, s.6-7.). Montesquieu’nun bu yaklaşımı, aynı zamanda yürütme içerisinde yer alan eskinin “müşavirleri”, şimdiki zamanın Bakanlar Kurulunun siyasi sorumluluğunu da ortaya koymaktadır.

<sup>10</sup> Erdoğan TEZİÇ, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001., s.406-407.

<sup>11</sup> Ali Fuat BAŞGİL, **Esas Teşkilat Hukuku**, Birinci Cilt, Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri, Fasikül II, İstanbul, 1960, s.341.; Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s.290.

<sup>12</sup> GÖZLER, (2000), s.535.

<sup>13</sup> TURHAN, (1989), s.51.

<sup>14</sup> GÖZLER, (2000), s.515.

<sup>15</sup> Kemal GÖZLER, **Cumhurbaşkanı-Hükümet Çatışması**, (Cumhurbaşkanı Kararnameleri İmzalamayı Reddedebilir mi?), Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000, s.12-13.; GÜNEŞ, s.58-59.

fiili olarak yetkileri elinde bulunduran Başbakanıdır<sup>16</sup>.

İster monark olsun, isterse Cumhurbaşkanı olsun, devlet başkanının sorumsuz olması parlamenter hükümet sisteminde devlet başkanının tarafsız olması ve üstlendiği devlet organları arasındaki birliğin ve ahengin sağlanması görevi ile yakından ilgilidir<sup>17</sup>. Çünkü devlet başkanının parlamento karşısında sorumlu olması, devlet başkanı ile parlamento arasında uyuşmazlığın çıkması anlamına gelir ki bu da devlet başkanının parlamentoya karşı tarafsızlığını kaybetmesi anlamına gelir. Böyle bir uyuşmazlık ister istemez devlet başkanı ile hükümet arasında uyuşmazlık çıkmasına sebep olur. Çünkü Bakanlar Kurulu parlamentoda çoğunluğu sağlamış grup içinden çıkmaktadır<sup>18</sup>. Zaten parlamenter hükümet sistemi, devlet başkanı ile parlamento arasındaki ilişkileri değil de devlet başkanının atadığı hükümet ile parlamento arasındaki ilişkileri ele alan bir hükümet sistemi olarak<sup>19</sup> ifade edilmektedir.

Devlet başkanının sorumsuzluğu öncelikle siyasi sorumluluk açısından karşımıza çıkar. Parlamentonun devlet başkanının görevine son verme yetkisi hukuken yoktur. Ancak birtakım fiili uygulamalarla devlet başkanının istifaya zorlanması mümkündür. Nitekim 1887 yılında Fransa’da ‘Millet Meclisi’, devlet başkanı görevinden çekilmedikçe hiçbir bakanla temas kurmayacağını açıklamış, bunun üzerine devlet başkanı istifa etmek zorunda kalmıştır<sup>20</sup>. Tarafsızlık ve bağımsızlığı sağlayabilmek için cezai ve hukuki sorumluluğunun da olmaması gerektiği ifade edilmektedir. İngiliz hükümet sistemi irdelendiğinde görülecektir ki “kral fenalık yapmaz” anlayışı hala geçerlidir<sup>21</sup>.

Devlet başkanının sorumsuz olmasının tek istisnası olarak, “vatana ihanet” ya da “yüksek ihanet” olarak nitelendirilen hal<sup>22</sup> görülür. Bu gibi hallerde devlet başkanı önce yasama organı tarafından suçlandırılmakta, daha sonra bizdeki yüce divan örneğinde olduğu gibi yargılanmaktadır.

Cezai sorumluluk açısından, devlet başkanının –yasama sorumsuzluğu hükümleri saklı kalmak şartıyla- sade vatandaşlardan farksız olduğu ifade

<sup>16</sup> GÜNEŞ, s.58-59.

<sup>17</sup> Orhan ALDIKAÇTI, **Modern Demokrasilerde ve Türkiye’de Devlet Başkanlığı**, Doçentlik Tezi, İstanbul, 1960., s.56.; TURHAN, (1989), s.52.; GÜNEŞ, s.60.

<sup>18</sup> TEZİÇ, (2001), s.409.

<sup>19</sup> ALDIKAÇTI, Orhan: *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İstanbul, 1982, s.324.

<sup>20</sup> TEZİÇ, (2001), s.405.

<sup>21</sup> GÜNEŞ, s.60.

<sup>22</sup> TEZİÇ, (2001), s.406-407.

edilmektedir. Bu açıdan devlet başkanının cezai sorumsuzluğu denildiğinde görev suçları yönünden sorumsuzluğu akla gelmektedir. Devlet başkanının göreviyle ilgili suçlardan dolayı sadece vatana ihanetten sorumlu olacağı, bunun dışındaki hususlarda cezai sorumluluğunun olmadığı kabul edilmektedir<sup>23</sup>.

Parlamentar hükümet sisteminde, yürütme organının yasama organına karşı sorumlu olması, görevini devam ettirebilmesi için yasama organının desteğine ihtiyaç duyması anlamına gelir<sup>24</sup>. Eğer yasama organı, hükümetin ya da tek bir bakanın politikalarından memnun değilse, desteğini çekip, hükümetin ya da ilgili bakanın görevine son verebilme imkânına sahiptir<sup>25</sup>. Belirtmek gerekir ki, hükümet parlamento içinden çıksa, onun güvenoyuna ihtiyaç duysa bile, parlamenter hükümet sisteminde hükümetin bağımsız hareket etme imkânına sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Bu özellik parlamenter hükümet sistemini meclis hükümeti sisteminden ve başkanlık hükümeti sisteminden ayıran en önemli özelliktir<sup>26</sup>.

Siyasi sorumluluk, “sorumlu hükümet veya idare” fikrinden kaynaklanmaktadır. Hür, demokratik bir düzende hükümet işleri şeffaf bir şekilde, halkın gözleri önünde yürütülür. Bu işler dolayısıyla da hükümet ya da bakanların sorumluluğu söz konusudur<sup>27</sup>. Siyasi sorumluluk, hükümetin ya da bir bakanın görevini sona erdiren bir fonksiyon olarak ön plana çıkmış olmasına rağmen, siyasi sorumluluğun temel fonksiyonu, hükümeti devirmek ya da bakanın görevini sona erdirmek değildir. Siyasi sorumluluğun asıl fonksiyonu, hükümet ile Meclis arasında devamlı bir işbirliği ve uyumu sağlamaktır. Siyasi sorumluluk sayesinde hükümet ile Meclis arasında bir uyumsuzluk, bir dengesizlik ortaya çıktığında yeniden uyum ve dengenin sağlanması

23 GÜNEŞ, s.60.

24 Giovanni SARTORI, “Neither Presidentialism Nor Parliamentarism”, **The Failure of Presidential Democracy, Comparative Perspective**, Vol.1., Juan J. Linz-Arturo Valenzuela eds., The John Hopkins University Press, Baltimore and London, 1994., s.107-108.

25 Alfred STEPHAN- Cindy SKACH, “Presidentialism and Parliamentarism in Comparative Perspective”, LINZ, Juan J-VALENZUELA, Arturo eds., **The Failure of Presidential Democracy: Comparative Perspectives**, Vol.1, Baltimore and London: The John Hopkins University Pres, 1994., s.120.; Burhan Kuzu, “Neden Başkanlık Hükümeti”, in Türkiye’de Siyasi Yapılanma ve Temel Siyasi Sorunlar Sempozyumu, Ankara: 2000, s.28.; TEZİÇ, (2001), s.409.

26 LIJPHART, (1994), s.91.; TURHAN, (1989), s.55.

27 ARMAĞAN, s.133.

mümkündür<sup>28</sup>.

Yürütme organının yasama organına karşı siyasi açıdan sorumlu olması, parlamenter hükümet sisteminin ayırt edici unsurudur<sup>29</sup>. Siyasi sorumluluk, “bakanların parlamentonun veya devlet başkanının güvenini kaybettiği takdirde, işbaşından ayrılmasının zorunlu olması<sup>30</sup>” olarak ifade edilmiştir. Ancak, devlet başkanına karşı siyasi sorumluluk sadece teoride kalmaktadır. Pratikte bakanların devlet başkanına karşı siyasi sorumluluğundan bahsetmek pek mümkün değildir. Parlamenter hükümet sisteminde, devlet başkanının bakanları azletme yetkisinin –kullanılmamak üzere verilmiş bir yetki olduğu<sup>31</sup> ifade edilmektedir. Dolayısıyla bakanların siyasi sorumluluğu ile sadece parlamentoya karşı sorumluluğun anlaşılması gerektiği söylenebilir.

Parlamento çoğunluğunun güvenini kaybetmiş bir hükümetin düşeceğine ilişkin hiçbir pozitif hukuk düzenlemesi olmasa bile, kamuoyu önünde meşruiyetini koruduğu kesinlikle söylenemez. Zaten parlamenter hükümet sistemini uygulayan ülkelerin çoğunluğuna baktığımızda, siyasi sorumluluğa yer vermelerine rağmen bunun yaptırımını açıkça düzenlemediklerini görmekteyiz<sup>32</sup>.

Parlamenter hükümet sisteminde yürütme organının yasama organına karşı sorumluluğu, bireysel ve kollektif sorumluluk şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Bu ayırım bakanların sorumluluğu açısından yapılmaktadır. Eğer bakan, hükümetin bir üyesi olarak hükümetin genel siyasetinden dolayı sorumlu tutuluyorsa kollektif sorumluluk, kendi bakanlığı ile ilgili bir konudan dolayı sorumlu tutuluyorsa bireysel sorumluluk sahibi olacaktır<sup>33</sup>.

Yukarıda da belirtildiği gibi, parlamenter hükümet sisteminde her ne kadar yasama ve yürütme organları birbirinden ayrılmışsa da tam olarak birbirlerinden bağımsız olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu organlar çeşitli vasıtalarla birbirini etkileme imkânına sahiptir. Yasama ve yürütme organlarının birbirini etkileme imkânlarına sahip olması, parlamenter hükümet sistemini diğer hükümet sistemlerinden ayıran en belirgin özelliktir. Yasama organının yürütme organını etkileyen yetkileri, parlamenter hükümet sistemini başkanlık hükümeti sisteminden ayırırken, yürütme organının yasama organına karşı kullanabileceği yetkilerin varlığı ise parlamenter hükümet

28 ARMAĞAN, s.134.

29 Diana WOODHOUSE, **Ministers and Parliament**, Accountability in Theory and Practise, Clarendon Press, Oxford, 1994, s.5.; JAMES, s.1.; BATUM, (2000), s.71.

30 SIAROFF, s.288.; GÜNEŞ, s.71.

31 GÜNEŞ, s.71.

32 GÜNEŞ, s.72-73.

33 TURHAN, (1989), s.47.; GÜNEŞ, s.74.

sistemini meclis hükümeti sisteminden ayırmaktadır.

## II. Yarı-Başkanlık Hükümeti Sisteminin Genel Özellikleri

Parlamente hükümet sistemi ve başkanlık hükümeti sistemlerinin kendi içlerinde taşıdıkları dezavantajlar dolayısıyla, bazı ülkeler mutlak olarak bu iki sistemden birine bağlı kalmamışlar, bu iki sistemin bazı unsurlarını taşıyan, yarı başkanlık adı altında karma bir hükümet sistemini benimsemişlerdir<sup>34</sup>. Yarı-Başkanlık hükümeti sistemini anlatmak için İngilizcede tek bir kavram kullanılmamıştır. Bu hükümet sistemini tarif etmek için “Bipolar Executive”, “Divided Executive”, “Parliamentary Presidential Republic”, “Quasi-Parliamentary System”, “Semi-Presidential Government” ve yakın zamanlarda “Premier-Presidential System” gibi kavramlar kullanılmıştır<sup>35</sup>. Bu hükümet sisteminde, halk tarafından seçilmiş başkanlık müessesesinin parlamente hükümet sisteminin Başbakanlık ve yasama organına karşı yürütme organının sorumluluğu gibi özellikleriyle bir arada bulunduğunu görmekteyiz<sup>36</sup>. Yarı-Başkanlık hükümeti sisteminin özünde, esasında parlamente hükümet sistemi vardır<sup>37</sup>. Parlamente hükümet sistemi temeli olmasına rağmen, başkanlık hükümeti sisteminin bazı özellikleri bu sisteme entegre edilmiştir. Bu hükümet sistemini parlamente hükümet sisteminin değişik bir uygulaması olarak değerlendirmek yanlış olmaz. Ayrıca doktrinde bu hükümet sisteminin, başkanlık hükümeti sistemindeki seçilmiş yürütme ve devlet başkanına dayanan, ancak parlamente hükümet sisteminde görülen ve yürütmeye tabi güçsüz bir yasama organı fikri ile bağdaştırılmış, adeta seçilmiş bir krallığın ortaya çıktığı bir sistem olduğu<sup>38</sup> da ileri sürülmektedir. Lijphart, bu hükümet sisteminin başkanlık hükümeti sistemi ile parlamente hükümet sisteminin unsurlarını bir arada bulduran karma bir hükümet sistemi olarak değil de, seçim sonuçlarına göre alternatifli bir yönetim biçimi

34 Oya ARASLI, “Türkiye’de Siyasi Yapılanma ve Temel Siyasi Sorunlar Sempozyumu’nda sunduğu tebliğ”, **Türkiye’de Siyasi Yapılanma ve Temel Siyasi Sorunlar Sempozyumu**, Ankara 2000, s.255.; Ersin KALAYCIOĞLU, “Başkanlık Rejimi: Türkiye’nin Diktatörlük Tehdiidiyle Sınarı”, **Başkanlık Sistemi**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2005, s.17.; Ergun ÖZBUDUN, “Başkanlık Sistemi Tartışmaları”, **Başkanlık Sistemi**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2005, s.106.; LINZ, (1994) s.52.

35 Bu kavramlar için bkz. LINZ, (1994), s.48.

36 Robert ELGIE, “Cohabitation: Divided Government French Style”, **Divided Government in the Comparative Perspective.**, Robert ELGIE ed., Oxford University Press, 2001, s.107.; SIAROFF, s.287.; LINZ, (1994) s.48.

37 BATUM, s.74.

38 KALAYCIOĞLU, s.17.

mini getiren bir hükümet sistemi olarak ifade etmenin daha doğru olacağını<sup>39</sup> belirtmektedir.

Yarı başkanlık hükümeti sistemini Beşinci Cumhuriyet Fransa'sını nazara alarak açıklayıp 1970'lerde bilim hayatıyla tanıştıran yazar Maurice Duverger'dir. O'na göre yarı başkanlık hükümet sisteminin üç karakteristik özelliği vardır; öncelikle genel oyla seçilmiş bir başkan olacak, bu başkan hatırı sayılır yetkilerle donatılmış olacak ve bu başkanın yanı sıra yürütme organı içinde yasama organına karşı sorumlu, Başbakan ve bakanlardan oluşan bir kurul olacak<sup>40</sup>. Aslında Fransa'nın sahip olduğu hükümet sistemini farklı şekillerde adlandıran yazarlar da vardır. Örneğin Gicquel, Fransa'nın hükümet sistemini parlamentodaki çoğunluk desteğini almış bir başkanlık sistemi<sup>41</sup> olarak tarif etmektedir. Diğer taraftan Brunner, hem devlet başkanına hem de parlamentoya karşı sorumlu bir Başbakanın olduğu sistemi parlamenter-başkanlık karma sistemi olarak tarif etmektedir<sup>42</sup>. Bazı yazarlar da bu sistemi devlet başkanına ağırlık veren parlamenter hükümet sistemi olarak ifade etmektedir<sup>43</sup>.

Yarı-Başkanlık hükümeti sistemini benimseyen bazı ülkelere baktığımız zaman görmekteyiz ki bu ülkeler, yeni kazandıkları bağımsızlıklarını perçinleyebilmek için bu hükümet sisteminden yararlanmaktadırlar. Şöyle ki, halkoyu ile seçilip iş başına gelen Devlet Başkanı ülkenin bağımsızlığının sembolü konumuna gelmektedir. Bu tür ülkelere en uygun iki örnek olarak İrlanda ve İzlanda'yı gösterebiliriz<sup>44</sup>.

Duverger yukarıdaki üç unsuru yarı başkanlık hükümet sisteminin karakteristik özellikleri arasında sayarken, Sartori, bu hükümet sisteminin beş karakteristik özelliğinin olduğunu ifade etmektedir<sup>45</sup>. Bu özellikler;

- Belli bir dönem için doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak halkoyuyla iş başına gelmiş bir başkan olacak,
- Bir tarafta devlet başkanı, diğer tarafta Başbakanın olduğu iki başlı bir

39 LIJPHART, (1994), s.104.

40 ELGIE, (1998), s.229.; SIAROFF, s.290.; TURHAN, s.78.; ONAR, s.75.; , Nur ULUŞAHİN, **İki Başlı Yürütme Yapılanması**, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s.25-26.

41 Jean GICQUEL, **Droit Constitutionnel et Politiques**, Paris, 1995, s.517. (ELGIE, (1998), s.231.'den naklen).

42 SIAROFF, s.292.

43 ÖZER, (1981), s.71 vd.

44 LINZ, (1994) s.50.

45 SIAROFF, s.290.

yürütme organı olacak,

- Başkan, parlamentoya karşı sorumlu olmayacak. Ama hükümetten bağımsız, tek başına hiçbir işlemi de yapamayacak.

- Başbakan ve hükümet başkana karşı sorumlu olmayacak, parlamentoya karşı sorumlu olacak.

- Yürütme organındaki iki başlılık farklı bir dengenin oluşmasını sağlayacak; bir otorite olarak varlığını hissettiren kişi duruma göre farklılık arz edecektir. Bazen Başbakan ağırlıklı bir yürütme, bazen de devlet başkanı ağırlıklı bir yürütme karşımıza çıkacak.

Duverger, yarı-başkanlık hükümet sistemine ilişkin araştırmasında, Beşinci Cumhuriyet Fransa'sı, Finlandiya, Avusturya, İrlanda, İzlanda, Portekiz ve Weimer Almanya'sını incelemiştir. Bu ülkelerden sadece Fransa'da başkanın mutlak etkinliği olmasına karşın, Avusturya, İrlanda ve İzlanda'da sembolik bir devlet başkanının olduğunu ifade etmiştir. Yine Duverger'nin, Avusturya, İrlanda ve İzlanda'nın Anayasal düzenlemelerine bakarak bunların yarı-başkanlık hükümet sistemine sahip olduklarını ifade etmesine rağmen, bu ülkelerin uygulamasına baktığımızda daha çok parlamenter hükümet sisteminin özelliklerini taşıdığını söylemek mümkündür<sup>46</sup>.

Duverger'nin yarı-başkanlık hükümet sistemine ilişkin birinci kriteri, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, doğrudan halkoyuyla göreve gelmiş bir devlet başkanının varlığıdır. Finlandiya'da devlet başkanı 1988 öncesi iki dereceli bir seçimle işbaşına gelmekteydi. Ancak belirtmek gerekir ki bu ikinci seçmenler topluluğunun kimlerden oluşacağı partilerin inisiyatifine bağlı idi. Fransa'da 1958 Anayasasının ilk halinde, devlet başkanının dolaylı bir seçimle işbaşına gelmesi kabul edilmiş, 1962 yılında yapılan değişiklikle birlikte devlet başkanının doğrudan halkoyuyla seçilmesi usulü getirilmiştir. De Gaulle, bu değişikliğin devlet başkanının doğrudan doğruya halkoyuyla seçilmesiyle meşruiyet kazanacağı gerekçesiyle yapıldığını ifade etmiştir. Duverger'nin veciz ifadesiyle "bu değişiklik, devlet başkanına hiçbir yetki vermemesine rağmen gücüne güç katmıştır." Eğer istenen sadece güçlü bir devlet başkanına sahip olmak ise, bunun için mutlaka halkoyuyla seçilmiş bir devlet başkanı şart değildir. Doğrudan halkoyuyla seçilmemiş bile olsa hukuki zeminde devlet başkanının güçlü bir konuma sahip olması mümkündür. Bu durumda güçlü bir devlet başkanı ile hükümet arasında çatışma çıkması tehlikesi her zaman varlığını hissettirir<sup>47</sup>.

46 SIAROFF, s.291.

47 SIAROFF, s.291.

Duverger, ikinci kriter olarak devlet başkanının hatırı sayılır derecede yetkilerle donatılması gerektiğini ifade etmektedir. Yarı-başkanlık hükümeti sistemini benimsediği ileri sürülen Avusturya, İrlanda ve İzlanda gibi ülkelerde devlet başkanı önemli sayılabilecek yetkilerle donatılmamıştır. Hükümetin sahip olsalar bile kesinlikle bu yetkileri kullanmamaktadırlar. Hatırı sayılır derecede önemli yetkilerle donatılmış olma kavramı göreceli bir kavramdır. Dolayısıyla bu kavrama verilen anlam da yazarların bakış açılarına göre değişiklik göstermektedir. Hal böyle olunca yarı-başkanlık hükümeti sistemine örnek olarak gösterilen ülkelerin listesi yazardan yazara, bakış açısına göre değişmektedir. Bu sebeple bazı yazarlar yarı-başkanlık hükümeti sistemi açısından “hatırı sayılır derecede önemli yetkilerle donatılmış devlet başkanı” kavramını bir kriter olmaktan çıkarmak gerektiğini<sup>48</sup> ileri sürmüşlerdir.

Duverger, yarı-başkanlık hükümeti sistemi için üçüncü kriter olarak, devlet başkanından ayrı olarak parlamentoya karşı sorumlu olan bir Başbakanın olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu kriter yarı-başkanlık hükümeti sistemini başkanlık hükümeti sisteminden ayıran en önemli özelliktir. Bu sistemde devlet başkanı ile parlamento arasında sıkışmış bir Başbakan vardır. Brunner, hem devlet başkanına hem de parlamentoya karşı sorumlu bir Başbakanın olduğu sistemi parlamenter-başkanlık karma sistemi olarak tarif etmektedir<sup>49</sup>.

Yarı-başkanlık hükümeti sistemi denilince akla gelen ilk ülke Fransa’dır. Ancak, Fransa’dan başka, dünya üzerinde 40 kadar ülke<sup>50</sup> vardır ki, bu ülkelerde (a) devlet başkanı-hükümet başkanı ayrımı vardır, (b) yürütme içerisinde doğrudan halkoyuyla seçilmiş devlet başkanı vardır, (c) devlet başkanı siyasi açıdan sorumsuz, hükümet ise yasama organına karşı sorumludur. Eğer bu kriterleri dikkate alırsak yarı-başkanlık hükümeti sisteminin uygulamasının da epey geniş olduğunu ifade etmek mümkündür.

### **III. Yarı-Başkanlık Hükümeti Sistemi ile Parlamenter Hükümet Sisteminin Ortak Özellikleri**

Yukarıda da belirttiğimiz gibi yarı-başkanlık hükümeti sistemi esasında parlamenter hükümet sisteminin sahip olduğu ve bir sistemden parlamenter hükümet sistemi olarak bahsedebilmemiz için aranan bütün özelliklere sa-

<sup>48</sup> SIAROFF, s.291-292.

<sup>49</sup> SIAROFF, s.292.

<sup>50</sup> Bu kategoride değerlendirilen ülkeler, Avusturya, Belarus, Bulgaristan, Orta Afrika Cumhuriyeti, Hırvatistan, Finlandiya, Gürcistan, İzlanda, İrlanda, Litvanya, Makedonya, Madagaskar, Mali, Mongolya, Mozambik, Peru, Polonya, Portekiz, Romonya, Rusya, Slovakya, Slovenya, İspanya, Tayvan, Ukrayna, Ermenistan gibi ülkelerdir.( SIAROFF, s.295-300.)

hiptir. Ancak özellikle Fransa uygulaması ile parlamenter hükümet sisteminin klasik uygulamasından ayrılan yönlerinin yarı-başkanlık hükümeti sisteminin ayrı bir hükümet sistemi olarak doktrinde genel kabul görmesine sebep olduğunu söyleyebiliriz. Bu durumda yarı başkanlık hükümeti sistemi ile parlamenter hükümet sisteminin ortak özellikleri şunlardır;

**-Yürütme organının iki başlı olması**

Hem parlamenter hükümet sistemi hem de yarı-başkanlık hükümeti sisteminde iki başlı bir yürütme söz konusudur. Her iki hükümet sisteminde de yürütme organı, bir yanda devlet başkanı, diğer yanda Başbakan ve Bakanlar Kurulundan oluşmaktadır<sup>51</sup>.

**- Devlet başkanının sorumsuz olması**

Burada sorumsuzluktan kastımız, Devlet Başkanının yasama organına karşı sorumsuz olmasıdır. Her iki hükümet sisteminde de yasama organı Devlet Başkanını görevden alamaz. Yasama organına karşı siyasi sorumluluğun olmaması açısından iki hükümet sistemi de aynıdır. Fransa örneğinde Cumhurbaşkanı, siyasal açıdan sorumsuzdur. Sadece vatana ihanetten dolayı suçlandırılması mümkündür. Cumhurbaşkanı Yüksek Adalet Divanı tarafından yargılanabilmesi için meclisin her iki kanadı tarafından da suçlama metninin üye tam sayısının salt çoğunluğu ile kabul edilmesi gerekmektedir<sup>52</sup>.

**- Yürütme organının yasama organına karşı sorumlu olması**

Parlamenter hükümet sisteminde, yürütme organının yasama organına karşı sorumlu olması, görevini devam ettirebilmesi için yasama organının desteğine ihtiyaç duyması anlamına gelir<sup>53</sup>. Eğer yasama organı, hükümetin ya da tek bir bakanın politikalarından memnun değilse, desteğini çekip, hükümetin ya da ilgili bakanın görevine son verebilme imkânına sahiptir<sup>54</sup>. Belirtmek gerekir ki, hükümet parlamento içinden çıksa, onun güvenoyuna ihtiyaç duysa bile, parlamenter hükümet sisteminde hükümetin bağımsız hareket etme imkânına sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Bu özellik parlamenter hükümet sistemini meclis hükümeti sisteminden ve başkanlık hükümeti sisteminden ayıran en önemli özelliktir<sup>55</sup>. Başka bir deyişle yürütme organının yasama organına karşı siyasi açıdan sorumlu olması, parlamenter

<sup>51</sup> JAMES, s.1.; SIAROFF, s.288.; GÜNEŞ, s.58.; TURHAN, (1989), s.51.; BATUM, s.69.; ONAR, (2005), s.73-74.; GÖZLER, (2000), s.515.

<sup>52</sup> Esat ÇAM, **Devlet Sistemleri**, İstanbul, 1993., s.167.

<sup>53</sup> SARTORI, (1994), s.107-108.

<sup>54</sup> STEPHAN-SKACH, s.120.; KUZU, s.28.; TEZİÇ, (2001), s.409.

<sup>55</sup> LIJPHART, (1994), s.91.; TURHAN, (1989), s.55.

hükümet sisteminin ayırt edici unsurudur<sup>56</sup>. Siyasi sorumluluk, ‘bakanların parlamentonun veya devlet başkanının güvenini kaybettiği takdirde, işbaşından ayrılmasının zorunlu olması<sup>57</sup>’ olarak ifade edilmiştir. Ancak, devlet başkanına karşı siyasi sorumluluk sadece teoride kalmaktadır. Pratikte bakanların devlet başkanına karşı siyasi sorumluluğundan bahsetmek pek mümkün değildir. Parlamenter hükümet sisteminde, devlet başkanının bakanları azletme yetkisinin –kullanılmamak üzere verilmiş bir yetki- olduğu<sup>58</sup> ifade edilmektedir. Dolayısıyla bakanların siyasi sorumluluğu ile sadece parlamentoya karşı sorumluluğun anlaşılması gerektiği söylenebilir. Duverger, yarı-başkanlık hükümet sistemi için, devlet başkanından ayrı olarak parlamentoya karşı sorumlu olan bir Başbakanın olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu kriter yarı-başkanlık hükümet sistemini başkanlık hükümeti sisteminden ayıran en önemli özelliktir. Bu sistemde devlet başkanı ile parlamento arasında sıkışmış bir Başbakan vardır. Bu açıdan parlamenter hükümet sistemi ile yarı-başkanlık hükümeti sisteminin aynı özelliğe sahip olduğunu söyleyebiliriz.

**- Yürütme organının yasama organına karşı kullanabileceği yetkilerin olması**

Parlamenter hükümet sisteminde yürütme organının yasama organına karşı kullanabileceği belli başlı yetkiler, fesih yetkisi, parlamentoyu toplandıya çağırabilme yetkisi, bakanların parlamento toplantılarına katılabilme yetkisi ve hükümetin parlamentoya kanun tasarısı sunabilme yetkisidir. Bu yetkiler açısından da parlamenter hükümet sistemi ile yarı-başkanlık hükümeti sisteminin genel itibarıyla aynı özelliklere sahip olduğunu kabul etmek gerekir.

**IV. Yarı-Başkanlık Hükümeti Sistemi ile Parlamenter Hükümet Sisteminin Ayrılan Yönleri**

Yukarıda da belirttiğimiz gibi parlamenter hükümet sistemi ile yarı-başkanlık hükümeti sisteminin unsurları arasında teorik açıdan bir fark yoktur. Ancak bu hükümet sistemlerinin uygulama açısından getirdiği bazı farklı yönler vardır. Bu farklı yönleri aşağıdaki şekilde sıralamak mümkündür.

**- Siyasi Sorumluluk Açısından Fark Vardır.**

Yasama organına karşı siyasi sorumluluk açısından iki hükümet sistemi de aynı olmasına karşın, siyasi sorumluluğu geniş anlamıyla düşündüğümüz takdirde parlamenter hükümet sistemi ile yarı-başkanlık hükümeti sistemi

<sup>56</sup> WOODHOUSE, s.5.; JAMES, s.1.; BATUM, (2000), s.71.

<sup>57</sup> SIAROFF, s.288.; GÜNEŞ, s.71.

<sup>58</sup> GÜNEŞ, s.71.

arasında bir farkın olduğunu da kabul etmek gerekir. Göreve geliş tarzı ne olursa olsun, devlet başkanının sorumlu olmaması parlamenter hükümet sisteminin bir özelliğidir<sup>59</sup>. Yasama organının Devlet Başkanını görevden alması mümkün değildir. Yani Devlet Başkanının Yasama organına karşı siyasi sorumluluğu yoktur. Parlamenter hükümet sisteminde Devlet Başkanı, doğrudan halk tarafından seçilmediği için halka karşı siyasal sorumluluğu da yoktur. Oysa yarı-başkanlık hükümeti sisteminde durum farklıdır. Fransa örneğinde Cumhurbaşkanı, siyasal açıdan yasama organına karşı sorumsuzdur. Sadece vatana ihanetten dolayı suçlandırılması mümkündür. Cumhurbaşkanı Yüksek Adalet Divanı tarafından yargılanabilmesi için meclisin her iki kanadı tarafından da suçlama metninin üye tam sayısının salt çoğunluğu ile kabul edilmesi gerekmektedir<sup>60</sup>. Ancak Yarı-Başkanlık hükümeti sisteminde Devlet Başkanı doğrudan halk tarafından seçildiği için aslında halka karşı bir siyasi sorumluluğunun varlığından bahsedilebilir.

#### **- Devlet Başkanının Tarafsızlığı Açısından Fark Vardır**

Yarı-Başkanlık hükümeti sisteminde Cumhurbaşkanının doğrudan halkoyu ile işbaşına gelmiş olması, tarafsız olamayacağı anlamına gelir. Çünkü günümüz demokrasilerinde bir siyasi parti bağlantısı olmaksızın halk karşısına çıkıp oy almak mümkün değildir. Cumhurbaşkanının siyasi parti bağlantısının olması, tarafsız olamaması sonucunu doğurur. Tarafsız olmayan bir devlet başkanının da gerilimleri azaltıcı, uzlaştırıcı, yansız olması mümkün değildir<sup>61</sup>. Parlamenter hükümet sistemi uygulamasında ise devlet başkanı doğrudan halk tarafından seçilmediği için ilk bakışta tarafsızlığını koruyabileceği düşünülebilir. Ancak, özellikle ülkemiz uygulaması düşünüldüğü zaman Cumhurbaşkanlarının, Cumhurbaşkanı seçilmeden önceki dönemde sahip olduğu siyasi kimlik yada sahip olduğu ideoloji sebebiyle tarafsız bir

<sup>59</sup> JAMES, s.1.; BATUM, (2000), s.71.; Devlet başkanının sorumsuz olması gerektiği kuralı, Montesquieu tarafından kuvvetler ayrılığı teorisi izah edilirken de ifade edilmiştir; O'na göre, yürütme kuvveti monarka verilmelidir. Çünkü yürütme kuvvetinin, hareket kabiliyeti açısından tek kişiye verilmesi daha uygundur. Yasama organının çıkardığı kanunların nasıl uygulandığını kontrol etmesi gerekir. Ama Montesquieu, monarğin şahsının da mukaddes olması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu durumda yürütme kuvvetinin kötü faaliyetleri olsa olsa kötü danışmanlardan kaynaklanmaktadır. (GÜNEŞ, s.6-7.). Montesquieu'nun bu yaklaşımı, aynı zamanda yürütme içerisinde yer alan eskinin "müşavirleri", şimdiki zamanın Bakanlar Kurulunun siyasi sorumluluğunu da ortaya koymaktadır.

<sup>60</sup> ÇAM, s.167.

<sup>61</sup> TURHAN, (1989), s.186.

görev bilinciyle hareket edemediklerini söyleyebiliriz. Tarafsızlık açısından parlamenter hükümet sisteminin olumlu sonuç vermesi monarşilerde daha muhtemeldir.

**- Devlet Başkanının Hükümet Üzerindeki Etkinliği Açısından Fark Vardır.**

Parlamenter hükümet sistemi içinde devlet başkanının devletin başı (head of state), Başbakanın ise hükümetin başı (head of government) olduğu kabul edilmektedir<sup>62</sup>. Bundan dolayı hükümetin genel siyasetini tayin eden kişinin Başbakan olduğu söylenebilir. Hükümet adına konuşan, bakanların faaliyetlerinin uyum içinde olmasını sağlayan Başbakandır<sup>63</sup>. Hükümet üzerinde devlet başkanının değil de Başbakanın etkin olması parlamenter hükümet sistemi açısından ayırt edici unsur olarak kabul edilmektedir. Lijphart, bir hükümet sisteminin parlamenter hükümet sistemi mi, başkanlık hükümeti sistemi mi olduğunu anlayabilmek için hükümet üzerinde Başbakan ve devlet başkanından hangisinin hükümetin başkanı olarak belirlediğine bakmak gerektiğini ifade etmektedir<sup>64</sup>. Parlamenter hükümet sistemi içinde devlet başkanının adeta bir “dekoratif figür” olduğu<sup>65</sup> söylenmektedir. Oysa yarıbaşkanlık hükümeti sisteminde durum farklıdır. Fransa uygulamasına baktığımız zaman görmekteyiz ki, Cumhurbaşkanı adeta hem devlet başkanı hem de hükümet başkanı fonksiyonu icra etmektedir. Anayasanın 9. maddesinde Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulunun başkanı olarak düzenlenmesi sebebiyle, Cumhurbaşkanı artık devlet başkanlığı yanında hükümet başkanlığının da verildiğini<sup>66</sup> söyleyebiliriz. Hem Cumhurbaşkanı hem de Başbakan hükümetin başında yer almaktadır<sup>67</sup>. Ancak, belirtmek gerekir ki bu iki başlılık içinde Cumhurbaşkanı hâkim unsur olarak düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanının doğrudan halkoyu ile seçilmesi, Anayasa tarafından verilmiş geniş yetkilerinin olması, iktidar partisinin genel başkanı olması, medyada geniş yer işgal etmesi Cumhurbaşkanını bu konuma getirmiştir<sup>68</sup>. Beşinci Cumhu-

<sup>62</sup> JONSTON, -EAGLES, s.225-226.; LIJPHART, (1994), s.92-93.

<sup>63</sup> ARMAĞAN, s.48-49.; GÜNEŞ, s.65.

<sup>64</sup> ELGIE, (1998), s.222.

<sup>65</sup> LINZ, (1994) s.46.

<sup>66</sup> LIJPHART, (1994), s.100.; ÇAM, s.165.

<sup>67</sup> ÖZER, (1981), s.82-83.; Muammer OYTAN, “Fransa’da Yürütme Organının Yetkileri ve Güçlü Olma Nedenleri”, *AİD*, C.15., S.1., Mart 1982, s.87.

<sup>68</sup> David HOWARTH- Georgias VAROUXAKIS, **Contemporary France: An Introduction to French Politics and Society**, Oxford University Press, London, 2003, s.41-42.; N. Ezra SULEIMAN, “Presidentialism and Political Stability in France”, LINZ, Juan J-VALENZUELA, Arturo eds., in: **The Failure of Presidential**

riyet Fransa’ında artık Cumhurbaşkanı sadece sembolik yetkilere sahip bir devlet başkanı değildir. Anayasa, Cumhurbaşkanını devlet kurumlarının en üstüne getirmiştir. Başkanı üstün kılan özelliklerinin başında doğrudan halkoyuyla işbaşına gelmiş olması ve böylece meşruiyeti açısından parlamento-ya borçlu olmaması gelir<sup>69</sup>. İkinci olarak, başkanın, karşı-imza kuralına bağlı olamadan, tek başına yapabileceği birçok işlem öngörülmüştür<sup>70</sup>.

#### V. 5678 Sayılı Kanunla Anayasa’da Yapılan Değişikliğin Cumhurbaşkanı Seçimine İlişkin Getirdiği Yenilik

1921 Anayasasında 29 Ekim 1923 değişikliği ile devlet teşkilatımıza giren Cumhurbaşkanının TBMM tarafından kendi üyeleri arasından seçileceği düzenlenmişti. Aynı düzenleme 1924 Anayasasının 31. maddesinde de mevcuttu. Hem 1961 Anayasası hem de 1982 Anayasası Cumhurbaşkanı seçimini TBMM’nin yetkileri arasında düzenlemiştir. Görüldüğü üzere, Cumhurbaşkanının kim tarafından seçileceği hususunda, bütün Cumhuriyet dönemi Anayasaları, TBMM’den yana bir tercih kullanmıştır. Ancak, 31.07.2007 tarihli ve 5678 sayılı kanunla 1982 Anayasasının 101. ve 102. maddesinde yapılan değişiklikle Cumhurbaşkanının seçilme usulü değiştirilmiştir. Artık bu değişiklikle birlikte Cumhurbaşkanı TBMM tarafından değil de doğrudan halk tarafından seçilecektir.

1982 Anayasası’nın 101. ve 102. maddeleri ilk haliyle Cumhurbaşkanının seçilme usulünü şu şekilde düzenlemiştir. 101. maddeye göre,

*“Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisince kırk yaşını doldurmuş ve yükseköğrenim yapmış kendi üyeleri veya bu niteliklere ve milletvekili seçilme yeterliğine sahip Türk vatandaşları arasından yedi yıllık bir süre için seçilir.*

*Cumhurbaşkanlığına Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri dışından aday gösterilebilmesi, Meclis üye tamsayısının en az beşte birinin yazılı önerisiyle mümkündür.*

*Bir kimse, iki defa Cumhurbaşkanı seçilemez.*

*Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişkisi kesilir ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeliği sona erer.”*

1982 Anayasası, bu hükümle esas itibariyle 1961 Anayasası döneminde-

---

**Democracy: Comparative Perspectives**, Vol.1 (Baltimore and London: The John Hopkins University Pres, 1994), s.144.

<sup>69</sup> HOWARTH-VAROUXAKIS, s.36.; SULEIMAN, s.144.; BATUM, (2000), s.74-75.; TURHAN, (1989), s.79-80.

<sup>70</sup> TURHAN, (1989), s.79-80.

ki uygulamayı devam ettirmiştir. Ayrılan yönü ise meclis dışından milletvekili seçilme yeterliğine sahip Türk vatandaşlarının da Meclis üye tam sayısının en az beşte birinin yazılı önerisi olduğu takdirde cumhurbaşkanlığına aday olabileceğini düzenlemesidir. 1982 Anayasası'nda böyle bir adaylık sisteminin benimsenmiş olmasında 1961 Anayasası döneminde, özellikle de askeri müdahale öncesinde yaklaşık 6 ay süre ile Cumhurbaşkanının seçilememiş olmasının büyük etkisi vardır.

Yine Anayasa'nın 102. maddesinin ilk haline göre,

*“Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir. Türkiye Büyük Millet Meclisi toplantı halinde değilse hemen toplantıya çağrılır.*

*Cumhurbaşkanının görev süresinin dolmasından otuz gün önce veya Cumhurbaşkanlığı makamının boşalmasından on gün sonra Cumhurbaşkanlığı seçimine başlanır ve seçime başlama tarihinden itibaren otuz gün içinde sonuçlandırılır. Bu sürenin ilk on günü içinde adayların Meclis Başkanlık Divanına bildirilmesi ve kalan yirmi gün içinde de seçimin tamamlanması gerekir.*

*En az üçer gün ara ile yapılacak oylamaların ilk ikisinde üye tamsayısının üçte iki çoğunluk oyu sağlanamazsa üçüncü oylamaya geçilir, üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğunu sağlayan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olur. Bu oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu sağlanmadığı takdirde üçüncü oylamada en çok oy almış bulunan iki aday arasında dördüncü oylama yapılır, bu oylamada da üye tamsayısının salt çoğunluğu ile Cumhurbaşkanı seçilemediği takdirde derhal Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimleri yenilenir.*

*Seçilen yeni Cumhurbaşkanı göreve başlayıncaya kadar görev süresi dolan Cumhurbaşkanının görevi devam eder.”*

31.07.2007 tarihli ve 5678 sayılı kanunla 1982 Anayasasında yapılan değişiklikle birlikte Anayasa'nın 101. maddesi şu hükme yer vermiştir:

*Cumhurbaşkanı, kırk yaşını doldurmuş ve yüksek öğrenim yapmış Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri veya bu niteliklere ve milletvekili seçilme yeterliğine sahip Türk vatandaşları arasından, halk tarafından seçilir.*

*Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır. Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir.*

*Cumhurbaşkanlığına Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri içinden veya Meclis dışından aday gösterilebilmesi yirmi milletvekilinin yazılı teklifi ile mümkündür. Ayrıca, en son yapılan milletvekili genel seçimlerinde geçerli oylar toplamı birlikte hesaplandığında yüzde onu geçen siyasi partiler ortak*

aday gösterebilir.

*Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişkisi kesilir ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği sona erer.*

Anayasa'nın 101. maddesinin bu son haline göre, artık Cumhurbaşkanı doğrudan halkoyu ile, en fazla iki defa olmak üzere, beş yıl için seçilecek; bir milletvekili tek başına aday olamayacak; en az yirmi milletvekili ya da en son yapılan genel seçimlerde toplam yüzde on oranında geçerli oyu almış partiler ortak aday gösterebileceklerdir.

Anılan değişiklik sonrası 102. maddenin son şekli ise şu şekildedir:

*Cumhurbaşkanı seçimi, Cumhurbaşkanının görev süresinin dolmasından önceki altmış gün içinde; makamın herhangi bir sebeple boşalması halinde ise boşalmayı takip eden altmış gün içinde tamamlanır.*

*Genel oyla yapılacak seçimde, geçerli oyların salt çoğunluğunu alan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olur. İlk oylamada bu çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamayı izleyen ikinci pazar günü ikinci oylama yapılır. Bu oylamaya, ilk oylamada en çok oy almış bulunan iki aday katılır ve geçerli oyların çoğunluğunu alan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olur.*

*İkinci oylamaya katılmaya hak kazanan adaylardan birinin ölümü veya seçilme yeterliğini kaybetmesi halinde; ikinci oylama, boşalan adaylığın birinci oylamadaki sıraya göre ikame edilmesi suretiyle yapılır. İkinci oylamaya tek adayın kalması halinde, bu oylama referandum şeklinde yapılır. Aday, geçerli oyların çoğunluğunu aldığı takdirde Cumhurbaşkanı seçilmiş olur.*

*Cumhurbaşkanı göreve başlayıncaya kadar görev süresi dolan Cumhurbaşkanının görevi devam eder.*

*Cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin usûl ve esaslar kanunla düzenlenir.*

Anayasa'nın bu maddesi, Cumhurbaşkanının halkoyu ile seçiminin nasıl yapılacağı ayrıntılı olarak düzenlemiştir.

## **VI. 1982 Anayasası'nın 5678 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişikliği Öncesi Kabul Ettiği Hükümet Sistemi**

Ülkemizdeki tarihi gelişime baktığımız zaman, Anayasalı dönemde 1876 Anayasası'nın kısa uygulaması ile 1921 Anayasası dönemi haricinde esas itibariyle parlamenter hükümet sistemi eksenli bir hükümet sisteminin tercih edildiği söylenebilir<sup>71</sup>.

<sup>71</sup> Mehmet TURHAN, "Parliamentarism or Presidentialism? Constitutional Choıs For Turkey", AÜSBFD., C.47., S.1-4., Ankara 1992., s.158.; BATUM, (2000), s.67.

Ülkemizde siyasi tarihimiz açısından parlamenter hükümet sistemine geçişin 1876 Anayasasında 1909 yılında yapılan değişiklikle olduğu<sup>72</sup> ittifakla kabul edilmektedir. Çünkü bu değişiklikle birlikte yürütme organının teşekülünde Sadr-ı Azam tarafından kurulan hükümetin Padişahın atamasıyla göreve başlaması, bu hükümetin Meclis-i Mebusan'a karşı sorumlu olması gibi parlamenter hükümet sisteminin esaslı unsurlarına yer verilmiştir<sup>73</sup>.

1921 Anayasası'nın tipik bir meclis hükümeti sistemi olduğu<sup>74</sup> kabul edilmektedir. Bu Anayasa döneminde her ne kadar "İcra Vekilleri" ve "İcra Vekilleri Reisi" olsa da parlamenter hükümet sistemine uyan bir Başbakan ve bir Bakanlar Kurulunun olduğunu söylemek mümkün değildir.

1921 Anayasasında 29 Ekim 1923 tarihinde yapılan değişiklikle meclis hükümeti sisteminden parlamenter hükümet sistemine geçiş adına önemli bir adım atılmıştır. Bu değişiklikle Cumhurbaşkanlığı makamı ihdas edilmiş, "Başvekil" in (Başbakan) Milletvekilleri arasından "Reisicumhur" (Cumhurbaşkanı) tarafından seçileceği, diğer "Vekil"lerin (Bakan) de meclis üyeleri arasından Başvekil tarafından seçileceği, bundan sonra "Heyet-i Umumiye"nin (Bakanlar Kurulu) Reisicumhur tarafından Meclisin tasvibine sunulacağı düzenlenmiştir. Böylece Cumhurbaşkanı, Başbakan, Bakan, Bakanlar Kurulu ve yasama organına karşı siyasi sorumluluk gibi kavramlar Anayasal tarihimizdeki yerini almaya başlamıştır. Bu Anayasa değişikliği ile Meclis hükümeti sistemi ile parlamenter hükümet sistemi arasında melez bir hükümet sisteminin ortaya çıktığı<sup>75</sup> ifade edilmektedir.

1924 Anayasası'nın da Meclis hükümeti sistemi ile birlikte parlamenter hükümet sisteminin unsurlarını da taşıyan bir sistem, yani bir "karma hükü-

---

<sup>72</sup> Attila ÖZER, **Türklerde Devlet Anlayışı ve Demokratik Rejim**, Ankara, 2002, s.36.; Tahsin Bekir BALTA, **Türkiye'de Yürütme Kudreti**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1960., s.13.; GÖZLER, (2000), s.40-41; ÖZER, (1998), s.87.; ARMAĞAN, s.7.; Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998.; s.114.; Mustafa ERDOĞAN, **Anayasacılık Parlamentarizm Silahlı Kuvvetler**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1993., s.30.; BATUM, s.352.

<sup>73</sup> GÖZLER, (2000), s.40-41; ARMAĞAN, s.7.

<sup>74</sup> Ergun ÖZBUDUN, **1921 Anayasası**, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara, 1992., s.8 vd.; ÖZER, (1998), s.78.; ÖZER, (2002), s.45.; BALTA, (1960), s.9.

<sup>75</sup> R. Galip OKANDAN, **Umumi Amme Hukuku**, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1976., s.349.; ÖZER, (1981), s.52.

met sistemi<sup>76</sup> kurduğunu söylememiz mümkündür. Böylece 1921 Anayasasında 1923 değişiklikleriyle başlayan meclis hükümeti sisteminden parlamenter hükümet sistemine geçiş süreci 1924 Anayasası döneminde de devam etmiştir.

1961 Anayasası, parlamenter hükümet sistemine uygun bir hükümet sistemini getirmekle<sup>77</sup> birlikte, bu hükümet sisteminin yasama organına ağırlık veren bir parlamenter hükümet sistemi olduğunu<sup>78</sup> söyleyebiliriz. 1961 Anayasası'nın yürütmeyi yasamanın bir türevi olmaktan kurtaramadığı<sup>79</sup> ifade edilmektedir. Zaten, 1982 Anayasası'nın güçlü bir yürütmeye yer vermesi, bir anlamda 1961 Anayasası'nın kurduğu sistem içinde yürütme organının zayıf kalması ve buna bağlı olarak istikrarsız ve zayıf hükümetlerin yol açtığı olumsuzluklara duyulan tepkiden kaynaklanmaktadır. 1961 Anayasası ile 1982 Anayasası'nın yürütme organını zayıf ya da güçlü düzenlemesi dışında genel olarak benzer bir hükümet sistemini benimsediğini söyleyebiliriz. Yürütme organına ilişkin birçok kurumun genelde aynı düzenlendiğini görmekteyiz.

Bir hükümet sisteminin zorunlu unsurlarına yer verildiği takdirde, her ülke, kendi somut şartlarına göre farklı farklı uygulamaları benimseyebilir. Bir hükümet sisteminin soyut ilkelerinin her ülkede aynı şekilde somutlaşması beklenemez. Dolayısıyla "... her ülke, kendi tarihinin ve özel koşullarının oluşturduğu rejimin genel çerçevesi içinde, belli bir sistemi ancak kendi gereksinimlerine göre uygulayacak"tır<sup>80</sup>. Şu halde, 1982 Anayasası her ne kadar otoriteye ağırlık veren, yürütmeyi güçlendiren, parlamenter hükümet sisteminin mantığını zorlayacak şekilde Cumhurbaşkanının yetkilerini geniş-

<sup>76</sup> BAŞGİL, s.442; ÖZBUDUN, (1998), s.9.; OKANDAN, s.356.; BALTA, (1960), s.12.; ARMAĞAN, s.13.; ÖZER, (1998), s.83.; GÖZLER, (2000), s.65.; Ahmet KERSE, **Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1973., s.9.; Bu arada belirtmek gerekir ki, 1924 Anayasası'nın kabul edilmiş aşaması, Meclisteki konuşma tutanakları ve lafzı değerlendirildiği zaman, kabul edilen hükümet sisteminin bir meclis hükümeti sistemi olduğu yönünde görüşler de vardır. Bu yöndeki görüş için bkz.. ALDIKAÇTI, (1960), s.209-214.

<sup>77</sup> Yıldızhan YAYLA, **Anayasa Hukuku**, Ders Notları, İstanbul, 1985., s.68.

<sup>78</sup> ÖZER, (1998), s.87-88.

<sup>79</sup> GÖZÜBÜYÜK, s.139.

<sup>80</sup> Cem EROĞUL, "Cumhurbaşkanının Denetim İşlevi", **AÜSBF Dergisi**, XXXIII/1-2, s.50.; Murat SEVİNÇ, "Güncel Gelişmeler Işığında, 1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı", **AÜSBF Dergisi**, 57-2, s.113.

leten<sup>81</sup> bir Anayasa olsa da hükümet sistemi olarak parlamenter hükümet sistemini benimsediğini kabul etmek gerekir. Zaten Anayasanın “yürütme yetkisi ve görevi” başlığını taşıyan 8. maddesinin gerekçesinde parlamenter hükümet sisteminin uygulamaya konduğu<sup>82</sup> açıkça belirtilmiştir.

Anayasanın kurduğu sistem incelendiğinde görülecektir ki, parlamenter hükümet sisteminin bütün unsurları mevcuttur. Anayasanın 110. maddesi, yürütmenin yasama organından kaynaklandığını; 99. maddesi, hükümetin yasama organına karşı sorumlu olduğunu; 8. maddesi, yürütmenin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulundan oluştuğunu yani iki başlı olduğunu; Anayasanın 105. maddesi, Cumhurbaşkanının vatana ihanet dışında sorumlu tutulamayacağını, Anayasanın 116. maddesi, Cumhurbaşkanının TBMM seçimlerini yenileme yetkisini (fesih yetkisi) açıkça düzenlemiştir. Bütün bu hükümlerden kabul edilen hükümet sisteminin parlamenter hükümet sistemi olduğu sonucuna ulaşabiliriz. Bu durumda Gözler’in 1982 Anayasası’nın 5678 sayılı yasa ile yapılan değişiklik öncesinde, parlamenter hükümet sisteminin bütün özelliklerine sahip olmasından dolayı “saf bir parlamenter hükümet sistemi” olduğu yönündeki görüşüne<sup>83</sup> katılmak mümkündür.

Anayasa hazırlanırken başkanlık ya da devlet başkanının doğrudan halk tarafından seçildiği bir parlamenter hükümet sistemi (yarı-başkanlık hükümet sistemi) önerilse de bu öneriler kabul görmemiştir<sup>84</sup>. Başkanlık hükümeti sisteminin ülkemiz için birtakım sakıncaları<sup>85</sup>nın olduğu Danışma Meclisinde dile getirilmiş ve bu öneri kabul edilmemiştir. Devlet başkanının doğrudan halkoyuyla işbaşına gelmiş olması, hukuken sahip olduğu yetkilerin çokluğunun yanında başkana önemli bir manevi otorite de sağlamıştır. Böy-

81 Şeref GÖZÜBÜYÜK - Turgut TAN, **İdare Hukuku**, C.I., Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001., s. 167-168.

82 ÖZER, (1996), s.55-56.

83 Kemal GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Beşinci Baskı, Bursa, 2008., s.406.

84 Serap YAZICI, “Başkanlık Sistemleri”, **Başkanlık Sistemi**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2005, s.125.

85 Danışma Meclisindeki görüşmeler esnasında Prof. Dr. Orhan ALDIKAÇTI, başkanlık hükümet sistemini “...iyi işlemeyen partiler, fonksiyonlarını kavramayan partiler, hırslı idareciler elinde büyük tehlikelere yol açmaya müsait bir rejim...” olarak ifade etmiş ve “...Bunun içindir ki biz başkanlık hükümet sistemini daha baştan itibaren bir tarafa ittik ve parlamenter rejime döndük...” diyerek parlamenter hükümet sistemi tercihini ifade etmiştir. (Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C.9., s.387.)

lece başkan rahatlıkla sistemin egemen unsuru haline gelmiştir<sup>86</sup>.

Başkanlık ya da Yarı-Başkanlık hükümeti sistemine geçilmesi teklifi sadece Anayasanın hazırlanması sırasında değil, Anayasa uygulanırken de zaman zaman ileri sürülmüştür. 1982 Anayasası'nın uygulama safhasında Başkanlık hükümeti sistemi ile ilgili tartışmayı ilk başlatan Turgut Özal olmuştur. Özal, 1983-1989 tarihleri arasındaki Başbakanlık döneminde zaman zaman Başkanlık hükümeti sistemi lehinde görüşlerini ileri sürmüş olmakla birlikte bu yöndeki en önemli açıklamalarını Cumhurbaşkanlığı döneminde yapmıştır. Özal'ın ölümünden sonra Cumhurbaşkanı seçilen Süleyman Demirel de başkanlık hükümeti sistemi lehinde görüşler ileri sürmüştür. 3 Kasım 2002 seçimlerinden sonra iktidara gelen AKP de özellikle Prof.Dr.Burhan Kuzu ve Başbakan Recep Tayyip Erdoğan'ın açıklamalarıyla başkanlık hükümeti sistemini gündeme taşımıştır<sup>87</sup>. Bu dönemde Başkanlık hükümeti sistemine geçilmesi yönündeki tekliflerin dayandığı başlıca argümanlar şunlardır: hızla gelişen dinamik bir ülke olan Türkiye'nin ilerlemede karşısına çıkan sosyal, siyasi ve ekonomik engelleri aşabilmesi için hızlı ve sorunsuz bir şekilde karar alıp uygulayan "iş bitirici" bir siyasi iktidara ihtiyacı vardır. Mevcut parlamenter hükümet sistemi istikrarsız ve yavaş işlemektedir. Hal böyle olunca, Başkanlık ya da yarı-başkanlık hükümeti sistemine geçmek gerekir<sup>88</sup>.

Türkiye'de başkanlık ya da yarı-başkanlık hakkındaki tartışmalarda esas olarak bu sistemlerin avantajlı ya da dezavantajlı yönleri üzerinde durulmuştur. Ancak bir hükümet sistemi değişikliğinin gerçekleştirilebilirliği üzerinde pek fazla durulmamıştır. Levent Gönenç, dünya üzerinde demokratik yollarla sistem değişikliğinin gerçekleştirildiği dört ülkenin olduğunu belirtmektedir. Bu ülkeler, Fransa, Brezilya, İsrail ve Moldova'dır. Fransa'da 1958'de parlamenter hükümet sisteminden yarı-başkanlık hükümeti sistemine geçilmiş; Brezilya'da önce 1960'da başkanlıktan yarı-başkanlık hükümeti sistemine, daha sonra 1963'te yarı-başkanlıktan tekrar başkanlık hükümeti sistemine dönüş gerçekleştirilmiş; İsrail'de 1992'de klasik parlamenter hükümet sisteminden temelde parlamenter hükümet sistemi olmakla birlikte, Başbakanın halk tarafından seçildiği bir hükümet sistemine geçilmiş, 2001 yılında tekrar eski sisteme dönmüş; Moldova'da ise yarı-başkanlık hükümeti sis-

<sup>86</sup> TURHAN, (1989), s.108.

<sup>87</sup> Levent GÖNENÇ, "Türkiye'de Hükümet Sistemi Değişikliği Tartışmaları Olanaklar ve Olasılıklar Üzerine Bir Çalışma Notu", **Başkanlık Sistemi**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2005., d.n.1, s.1-2.; KALAYCIOĞLU, s.13-14.; YAZICI, , s.125.

<sup>88</sup> GÖNENÇ, s.1.

teminden parlamenter hükümet sistemine geçilmiştir. Sistem değişikliğini bu denli zor kılan sebeplerin başında “yol bağımlılığı” (path dependency) kavramı olduğu kabul edilmektedir. “Yol bağımlılığı” kavramı, belli bir kurumsal tercihte bulunduktan, belli bir yola girildikten sonra o tercih ve yolu değiştirmenin maliyetinin yüksek olacağını ifade eden bir kavramdır. Değişimin maliyeti ve elde edilen faydanın mukayese edilmesi gerekir. Eğer elde edilen fayda maliyetten daha düşük kalırsa sistemin aktörleri değişimden vazgeçecektir<sup>89</sup>. Belki de ülkemizde hükümet sistemi değişikliğinin sıklıkla gündeme getirilse de bir türlü gerçekleştirilememiş olmasının sebebi, seksen yıllık bir parlamenter hükümet sistemi uygulamasının bir “yol bağımlılığı” meydana getirmiş olması ve bu sistemden bir anda vazgeçmenin, sistem değişikliğinin getireceği maliyetin caydırıcı nitelikte olmasıdır.

1982 Anayasası'nın Cumhurbaşkanını son derece geniş yetkilerle donatması karşısında, kurduğu hükümet sisteminin Başkanlık sistemine daha yakın olduğu, bir “rasyonelleştirilmiş başkanlı parlamenter sistem<sup>90</sup>” kurduğu ileri sürülmüştür. Kimi yazarlar tarafından da kurulan sistemin bir Yarı-Başkanlık sistemi getirdiği<sup>91</sup> ileri sürülmüştür. Lütfi DURAN da parlamenter hükümet sisteminin en belirgin özelliği ve birincil koşulu olan ‘yürütme organının, asıl yetkili ve sorumlu hükümet ile biçimsel yetkili ve sorumsuz devlet başkanı olmak üzere iki kanadının olması ve hükümetin yalnızca parlamento karşısında sorumlu olması’ şartını sağlamadığı için 1982 Anayasası'nın bir parlamenter hükümet sistemi getirmediğini, olsa olsa bir ‘aksak başkanlık hükümeti’ sistemini getirdiğini ileri sürmüştür. O’na göre, 1982 Anayasasına göre, Bakanlar Kurulu, sadece TBMM’ne değil, Cumhurbaşkanına karşı da sorumludur<sup>92</sup>.

Yarı-başkanlık hükümeti sistemi, yukarıda da bahsedildiği gibi, teorik açıdan parlamenter hükümet sisteminden çok farklı unsurlara sahip değildir. Sadece uygulama açısından ayrılan yönleriyle ön plana çıkmaktadır. Bu hükümet sistemi, V. Cumhuriyet Anayasası döneminde Fransa’da uygulanan hükümet sistemi nazara alınarak izah edilmiştir. Dolayısıyla özünde parlamenter hükümet sisteminin unsurlarını taşımakla beraber, klasik parlamenter hükümet sisteminden sapma olarak nitelendirilebilecek uygulama şekli sebe-

<sup>89</sup> GÖNENÇ, s.2-4.

<sup>90</sup> Bakır ÇAĞLAR, *Anayasa Bilimi*, BFS Yayınları, İstanbul, 1989, s.286.

<sup>91</sup> Zafer ÜSKÜL, *Türkiye'nin Anayasa Sorunu*, İstanbul, 1991, s.46.; Bülent TANÖR, *İki Anayasa*, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1986, s.124.; KUZU, s.53.

<sup>92</sup> Lütfi DURAN, *Türkiye Yönetiminde Karmaşa*, Çağdaş Yayınları, İstanbul, 1988, s.17-18.

biyle farklı bir şekilde ortaya çıkmış bir hükümet sisteminden bahsedilebilir.

1958 Fransız Anayasası uygulamasının klasik parlamenter hükümet sistemi uygulamasından ayrılan belli başlı yönleri olarak şunlar sayılmaktadır: (a) Cumhurbaşkanının karşı-imza kuralına tabi olmaksızın tek başına yapabileceği bazı işlemlerin olması ve olağanüstü dönemlerde kullanabileceği geniş yetkilerin bulunması; bundan dolayı devlet başkanının parlamenter hükümet sisteminde olması gerektiğinden çok daha güçlü bir konuma sahip olması; (b) 1958 Fransız Anayasası uygulamasına bakıldığında, neredeyse devlet başkanı-hükümet başkanı ayrımı yoktur. Cumhurbaşkanı adeta devlet başkanı ve hükümet başkanı fonksiyonlarının ikisini de şahsında toplamıştır. (c) 1958 Fransız Anayasası uygulamasında 1962 değişikliği ile birlikte Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçileceği bir sistem benimsenmiştir. Doğrudan halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı, hukuki açıdan sahip olduğu yetkileri kullanırken edindiği demokratik meşruluk gücünden de destek alarak çok daha rahat bir hareket kabiliyetine sahip olacaktır.

1958 Fransız Anayasası'nın parlamenter hükümet sisteminden ayrılan yönleri açısından 1982 Anayasası'nın ilk uygulamasıyla önemli benzerliklerinin olduğunu kabul etmek gerekir. Öncelikle 1982 Anayasası, tıpkı 1958 Fransız Anayasası gibi Cumhurbaşkanının tek başına kullanabileceği önemli yetkileri düzenlemiştir. Böylece Cumhurbaşkanı hükümet üzerinde son derece etkin hale gelmiştir. Özellikle Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği atamalar ve diğer icrai işlemler ile kararnameleri imzalama yetkisinde inisiyatif kullanması bu etkinliğini arttırmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki 1982 Anayasası, 1958 Fransız Anayasasına nazaran devlet başkanı-hükümet başkanı ayrımına biraz daha bariz yer vermiştir. Çünkü Fransız Anayasasında Cumhurbaşkanı olağan olarak Bakanlar Kuruluna başkanlık yaparken, 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanının sadece "gerekli gördüğü hallerde" Bakanlar Kuruluna başkanlık edeceği belirtilmiştir. Uygulama da bu yöndedir. Yine olağanüstü hallerde kullanılacak yetkiler açısından, Fransız Cumhurbaşkanı tek başına hareket edebilirken, 1982 Anayasasına göre Cumhurbaşkanı ancak bakanlar kurulu ile birlikte karar verebilir. 1982 Anayasasının ilk şekli ile 1958 Fransız Anayasası arasındaki hükümet sistemi açısından en bariz fark Cumhurbaşkanının göreve geliş şeklinde görülmektedir. 1962 değişikliği ile birlikte Fransa'da Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi yönünde bir uygulama benimsenmiştir. Oysa bilindiği gibi 1982 Anayasası Cumhurbaşkanının TBMM tarafından seçilmesini hükme bağlamış ve bu güne kadar da Cumhurbaşkanları TBMM tarafından seçilmiştir. Bu farklılık Fransız hükümet sistemi ile Türk hükümet sistemi

arasındaki en bariz fark<sup>93</sup> olarak kabul edilmektedir.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, gerek 1982 Anayasası'nın hazırlık aşamasında gerekse 5678 sayılı yasa ile Anayasa değiştirilmeden önce kabul edilecek veya kabul edilmiş hükümet sisteminin hangisi olduğu noktasında yoğun tartışmalar yaşanmıştır. Ancak, söz konusu Anayasa değişikliğine kadar 1982 Anayasası'nın parlamenter hükümet sistemini getirdiği yönündeki görüş ağırlığını hep korumuştur. 5678 sayılı yasa ile Anayasa'da yapılan değişikliğe kadar, (a) Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmemesi; (b) Devlet Başkanı ve hükümet başkanı sıfatlarının aynı anda Cumhurbaşkanında toplanmaması; (c) Çok fazla yetkiyle donatılmasına rağmen, Cumhurbaşkanının Fransa'da olduğu şekliyle olağanüstü hallerde tek başına geniş inisiyatif kullanma imkanına sahip olmaması gibi farklar dolayısıyla 1982 Anayasası'nın bir yarı-başkanlık hükümeti sistemi getirmediğini ve parlamenter hükümet sistemini benimsediğini kabul etmek gerekir.

#### **VII. 1982 Anayasası'nın 5678 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişikliği Sonrası Kabul Ettiği Hükümet Sistemi**

Öncelikle belirtmek gerekir ki, doktrinde bu değişiklik öncesinde de zaman zaman Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçileceği bir parlamenter hükümet sistemine geçilmesi önerilmekteydi<sup>94</sup>. Doktrinde çoğunluk görüşü, Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesinin demokrasi mantığına uygun olmasına rağmen, parlamenter hükümet sisteminin mantığına uygun olmadığı<sup>95</sup> yönünde olmuştur. Salt Cumhurbaşkanının halk tarafından

<sup>93</sup> ÖZBUDUN, (1998), s.306.

<sup>94</sup> 1961 Anayasası hazırlıkları devam ederken ileri sürülen tekliflerden biri de; Cumhurbaşkanının TBMM üyeleri, İl Genel Meclisi üyeleri, Belediye Meclisi üyeleri, Mahalle ve Köy muhtar ve ihtiyar heyeti üyeleri, yüksek tahsil diplomasını haiz olanlar, mesleki teşekküller ve sendikaların temsilcilerinden oluşan seçiciler kurulu tarafından seçilmesi yönündeydi. Bu teklif için bkz. ALDIKAÇTI, (1960), s.235.; Bu teklifin dikkat çekici bir yönü vardır o da, henüz yüksek öğrenim görmemiş sade vatandaşları seçiciler kurulu dışında bırakıp, kalan seçkinler topluluğuna seçimi yaptırma yönünde bir anlayışı taşıdığı izlenimlidir.

<sup>95</sup> KERSE, s.22.; Meclis tarafından seçilen Cumhurbaşkanının nihayetinde bir parlamento adamı olduğu, hele bir de yeniden seçilme mümkün olduğu takdirde, yeniden seçilebilmek için parlamenterlerin istekleri doğrultusunda hareket edip, tarafsızlığını kaybedebileceği, bundan dolayı meclis tarafından Cumhurbaşkanının seçilmesinin parlamenter hükümet sistemine uygun olmadığı yönündeki görüş için bkz. ALDIKAÇTI, (1960), s.88.

doğrudan seçilmesinin sistem açısından bir öneminin olmadığı söylenebilir. Cumhurbaşkanının TBMM ya da halk tarafından seçilmesinin tek başına bir sakıncası yoktur. Ancak, belirtmek gerekir ki ülkemiz siyasi hayatında Cumhurbaşkanı her zaman önemli bir yer işgal etmiştir. TBMM tarafından seçildiği dönemlerde bile siyasi hayata önemli müdahalelerde bulunmuştur<sup>96</sup>. Bu durumda belki teorik açıdan değil ama uygulama açısından hükümet sisteminin değiştiğini kabul etmek gerekir.

Doktrinde doğrudan halk tarafından seçilen bir Cumhurbaşkanının parlamenter hükümet sisteminin ruhuna uymadığı<sup>97</sup> da ifade edilmektedir. Bir sistem bütünüyle parlamenter hükümet sisteminin unsurlarını taşısa bile, devlet başkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi tek başına parlamenter hükümet sisteminin klasik uygulamasından sapma olarak değerlendirilebilir.

5678 sayılı yasa ile yukarıda da bahsedildiği gibi Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi usulü getirilmiştir. Bu değişiklik hükümet sistemi açısından çok önemli bir değişikliktir. Öyle ki bu değişiklikte birlikte artık parlamenter hükümet sisteminden bahsedilemeyeceği ileri sürülebilir. Bu durumda klasik hükümet sistemi tasniflemesinde ya başkanlık hükümeti sistemine ya da yarı-başkanlık hükümeti sistemine geçildiği tezi ileri sürülebilir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, 1982 Anayasası'nda başkaca bir değişiklik yapmadan sadece Cumhurbaşkanının seçilme usulünü değiştirmekle getirilen hükümet sisteminin Başkanlık hükümeti sistemi olduğunu söylemek güçtür. Çünkü doğrudan halk tarafından seçilen bir Cumhurbaşkanı olsa bile, sistem düalist yapısını korumaya devam etmektedir. Ayrıca kuvvetler ayrılığı ilkesi Amerika Birleşik Devletlerinde olduğu gibi sert bir kuvvetler ayrılığı değildir. Hala yasama organı ile yürütme organının birbirini etkileme imkanları varlığını devam ettirmektedir. Sırf bu özelliklerin varlığı dahi sistemin bir başkanlık hükümeti sistemi olmadığını ispatlamaya yetecektir. Bu durumda yapılan Anayasa değişikliğinin –eğer hükümet sisteminin değiştiğinden bahsedilecekse- ancak bir yarı-başkanlık hükümeti sistemi getirdiği tezini ileri sürmek mümkün olacaktır. Hal böyle olunca değişikliğin bir yarı-başkanlık hükümeti sistemi getirdiği tezine odaklanmak gerekecektir.

<sup>96</sup> Kemal N. ÖZTÜRK, “Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı Geleneği”, *AİD*, C.25., S.1., Mart 1992., s.71.

<sup>97</sup> ERDOĞAN, (1993), s.48.; KUZU, , s.54-55.; Yavuz ATAR, “Türk Anayasal Sisteminde Cumhurbaşkanının Seçimi, Görev Süresi, Yetkileri ve Parlamenter Sistem Gereklere Doğrultusunda Değişiklik Önerileri”, *Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Hukuku 1. Sempozyumu*, Ankara, 2003, s.315.; GÖZLER, (2000), s.485.

Yukarıda da bahsedildiği gibi, 5678 sayılı yasa öncesinde, 1982 Anayasası'nı 1958 Fransız Anayasası'ndan ayıran belli başlı üç husus bulunmaktaydı; (a) Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmemesi; (b) Devlet Başkanı ve hükümet başkanı sıfatlarının aynı anda Cumhurbaşkanında toplanmaması; (c) Cumhurbaşkanının Fransa'da olduğu şekliyle olağanüstü hallerde tek başına geniş inisiyatif kullanma imkanına sahip olmaması. Bu farklardan en önemlisi olan Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmemesi, anılan Anayasa değişikliği ile ortadan kalkmıştır. Artık ülkemizde –eğer herhangi bir değişiklik olmaz ise- 12. Cumhurbaşkanı doğrudan halkoyu ile seçilecektir. Bu Anayasa değişikliği sadece Cumhurbaşkanının göreve gelişi şekline ilişkinmiş gibi görünse de, aslında sistem açısından büyük bir değişikliği de beraberinde getirmiştir. Artık, 1982 Anayasası'nın hükümet sistemi açısından Fransız uygulamasından ayrılan (a) Devlet Başkanı ve hükümet başkanı sıfatlarının aynı anda Cumhurbaşkanında toplanmaması; (b) Cumhurbaşkanının Fransa'da olduğu şekliyle olağanüstü hallerde tek başına geniş inisiyatif kullanma imkanına sahip olmaması gibi sadece iki yönünün olduğu söylenebilir. Belirtmek gerekir ki, bu iki fark 1982 Anayasası'nın bir yarı-başkanlık hükümeti sistemi getirmediğini ispatlamak için yeterli değildir. Ayrıca, Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilecek olması, uygulama açısından Cumhurbaşkanını hükümet işlerinde daha fazla müdahil olma yönünde teşvik edecektir. Artık yürütme içinde Cumhurbaşkanı Başbakanı nazaran baskın bir konuma yükselecektir. Dolayısıyla Fransız uygulamasından ayrılan yönlerin de gittikçe zayıflaması gibi bir durumun ortaya çıkması beklenebilir. Bu durumda artık 1982 Anayasasının öngördüğü hükümet sistemi ile 1958 Fransız Anayasası'nın öngördüğü hükümet sistemi arasında belirleyici denilebilecek bir fark kalmamıştır. Artık denilebilir ki 5678 sayılı yasa ile yapılan Anayasa değişikliği Türkiye'de yarı-başkanlık hükümeti sistemini getirmiştir. Bu arada belirtmek gerekir ki, yarı-başkanlık hükümet sistemi kavramının isabetli bir kavram olup olmadığı doktrinde yoğun bir şekilde tartışılmaktadır. Ancak bu çalışma hükümet sistemi tasniflerinin isabetli olup olmadığından ziyade anılan Anayasa değişikliğinin klasik hükümet sistemi tasnifinde hangi hükümet sistemini getirdiğine odaklanmıştır. Sonuç olarak da getirilen hükümet sisteminin bir yarı-başkanlık hükümeti sistemi olduğu kanaatine ulaşılmıştır. Doktrinde 5678 sayılı yasa ile Anayasa'da yapılan değişikliğin hükümet sistemi üzerine etkisi açıklanırken yarı-başkanlık hükümeti sistemi kavramının isabetli olup olmadığı tartışmasından hareket edilip; Anayasa değişikliğinin gelecekteki ilk Cumhurbaşkanlığı seçiminde uygulanması durumunda ortaya çıkabilecek ihtimaller üzerinden çeşitli hipotezler de ortaya konmuştur. Bu görüş doğrultusunda, Cumhurbaşkanı seçilecek kişinin geçmişteki partisine ve kişili-

ğine göre uygulamanın başkanlık hükümeti sistemi şeklinde yada parlamenter hükümeti sistemi şeklinde olabileceği ifade edilmiş; bir üçüncü ihtimal olarak kriz çıkma ihtimalinden bahsedilmiştir<sup>98</sup>. Ancak özellikle Cumhurbaşkanı'nın parlamento çoğunluğuna sahip parti orijinli olması durumunda, uygulamanın başkanlık ya da parlamenter hükümet sistemi olarak ortaya çıkacağına ilişkin ilk iki hipotezde yanılma payının olduğunu belirtmek gerekir. Çünkü siyasi arenada 1990'lı yıllarda yaşanan iki örnek tecrübe belirtilen hipotezlerin Türk siyasi hayatında geçerli olmayacağını göstermektedir. Söz konusu tecrübelerden birincisi Turgut Özal'ın Cumhurbaşkanı seçilmesi sonrasında Anavatan Partisi genel başkanı olan Mesut Yılmaz ile karşı karşıya gelmesi; ikincisi Süleyman Demirel Cumhurbaşkanı seçildikten sonra Doğru Yol Partisi Genel Başkanı seçilen Tansu Çiller ile karşı karşıya gelmesidir. Görülüyor ki orijin itibarıyla aynı partiye mensup olan Cumhurbaşkanı ile Başbakanın çatışmaları da ihtimal dahilindedir.

1982 Anayasasında yer alan Cumhurbaşkanı'nın parlamenter hükümet sisteminde olması gerekenden çok fazla olan yetkilerini kaldırmadan Cumhurbaşkanı seçimlerinin doğrudan halk tarafından yapılacağı bir sistemin getirilmesi, hükümet sisteminin yarı-başkanlık hükümeti sistemine dönüştürülmesi anlamına gelecektir<sup>99</sup>. Anayasal ya da yasal olarak Cumhurbaşkanı'nın yetkilerinde en ufak bir artırma yapılmasa bile, Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesi tek başına Cumhurbaşkanı'nın gücüne güç katacaktır. Bunun en açık örneği, Fransız V. Cumhuriyet Anayasası döneminde, Anayasada 1962 yılında yapılan değişikliklerle, Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesinin öngörülmesiyle görülmüştür. 1962 yılında yapılan değişikliklerle, Devlet Başkanı'nın genel oyla, doğrudan halk tarafından seçilmesi usulü kabul edilmiştir. Böylece Devlet Başkanı, Fransa'da politik hayatın temel taşı haline gelmiştir<sup>100</sup>. Duverger'nin veciz ifadesiyle "bu değişiklik devlet başkanına hiçbir yetki vermemesine rağmen gücüne güç katmıştır."<sup>101</sup>

### Sonuç

5678 sayılı yasa ile yapılan değişikliklerle 1982 Anayasasının öngördüğü hükümet sistemi ile 1958 Fransız Anayasası'nın öngördüğü hükümet sistemi

<sup>98</sup> Bu görüşler için bkz. GÖZLER, (2008), s.407-411.

<sup>99</sup> ONAR, (2005) s.102-103.

<sup>100</sup> HOWARTH-VAROUXAKIS., s.40.; SULEIMAN, s.137-138.; ÖZER, (1981), s.73.; ÇAM, 162.; EROĞUL, (2001), s.24.

<sup>101</sup> Constantijn A. J. KORTMANN - J. C. E, Van den BRANDHOF– Lukas PRAKKE – Hans van den BRANDHOF, **Constitutional Law of 15 EU Member States**, Kluwer, 2004, s.249.; SULEIMAN, s.143.

arasında belirleyici denilebilecek herhangi bir fark kalmamıştır. Artık denilebilir ki bu Anayasa değişikliği Türkiye’de yarı-başkanlık hükümeti sistemini getirmiştir.

Cumhurbaşkanının TBMM ya da halk tarafından seçilmesinin tek başına bir sakıncası yoktur. Ancak, belirtmek gerekir ki ülkemiz siyasi hayatında Cumhurbaşkanı her zaman önemli bir yer işgal etmiştir. TBMM tarafından seçildiği dönemlerde bile siyasi hayata önemli müdahalelerde bulunmuştur<sup>102</sup>. Parlamenter hükümet sisteminde ve bu arada 1982 Anayasasının kurduğu sistem içinde, meşruiyetini doğrudan halktan alan bir Cumhurbaşkanı'nın varlığı işleri daha da karmaşık hale getirebilir<sup>103</sup>. Çünkü bu halde zaten sık sık görülen Cumhurbaşkanı-Hükümet çatışmaları artabilir. Cumhurbaşkanı, yürütme ile ilgili birçok konuda müdahil olabilir ve bu sebeple bir çift başlılık ortaya çıkabilir. Tek bir otoritenin olmadığı, birden fazla otoritenin olduğu sistemde de anlaşmazlıkların çıkması ihtimali yüksektir. Bu da sistem içinde tıkanmalara sebep olabilir. Fransa’daki yarı-başkanlık sisteminde olduğu gibi bir uygulamanın ülkemizde de görüleceği söylenebilir. Ancak, bu sistemin başarıyla uygulanabilmesi için siyasi parti sisteminin değişmesinde de bir zorunluluk vardır. Parti genel başkanının çok güçlü olduğu, partide tek otorite olduğu bir siyasi parti sisteminde kamplaşma ve kutuplaşmaların yaşanması ihtimali son derece yüksektir<sup>104</sup>. Hal böyle olunca, meşruiyetini doğrudan halktan alan iki iktidarın olduğu bir sistemin, ülkemizde uygulanması son derece zordur. Diğer taraftan halk tarafından doğrudan doğruya seçimle işbaşına gelen Cumhurbaşkanı'nın tarafsız olması da pek mümkün değildir. Çünkü doğrudan halk tarafından seçilecek kişinin muhakkak bir siyasi parti ile ilişkisinin olması gerekir. Bu durumda da tarafsızlığı korumak kolay olmayacaktır<sup>105</sup>.

2007 Nisan ve Mayıs aylarında yaşanan Cumhurbaşkanı seçememe krizi sonrası, Anayasada 5678 sayılı yasa ile Cumhurbaşkanı'nın doğrudan halk tarafından seçilmesine ilişkin değişiklik yapılmıştır. Eğer bu değişiklik sonrasında da parlamenter hükümet sistemi uygulanmak istenseydi, Bu değişiklikte Cumhurbaşkanı'nın yetkilerinin sembolik seviyeye çekilmesi gerekirdi. Aynı değişiklikte Cumhurbaşkanı'nın yetkilerinin sınırlandırılması yerinde olacaktı. Böylece doğrudan halk tarafından seçilip demokratik meşruiyetini arttırmasına karşın Anayasal ve yasal düzlemde yetkileri sembolik konumda

<sup>102</sup> ÖZTÜRK, s.71.

<sup>103</sup> ONAR, (2005), s.102.

<sup>104</sup> BATUM, (2000), (Tebliğ sonrası soru cevap bölümü), s.77.

<sup>105</sup> ATAR, (2003), s.312.

olacak bir Cumhurbaşkanı, parlamenter hükümet sistemi uygulamasına uygun bir konuma çekilecekti. Böylece yarı-başkanlık hükümeti sisteminde görülen Cumhurbaşkanı-hükümet uyumsuzluğu ve çekişmesinin önüne geçilebilecekti. Ancak, bu yönde bir çalışma ya da en azından bir teklifin ileri sürülmemesi büyük bir talihsizlik olarak ifade edilebilir. Günümüzde görülmese bile, gelecekte, 12. Cumhurbaşkanı doğrudan halk tarafından seçildiği zaman, Cumhurbaşkanı ile hükümet arasında çıkacak anlaşmazlıklar dolayısıyla sistemde tıkanmaların görülmesi kaçınılmazdır. Bu muhtemel krizlerin önüne geçebilmek için şimdiden Anayasayı ve hükümet sistemine etkisi olan diğer yasal mevzuatı ya parlamenter hükümet sistemi uygulamasını mümkün hale getirecek şekilde değiştirmek ya da –pek mümkün görünmese de– yarı-başkanlık hükümeti sistemini tıkanmayacak şekilde uygulanabilir hale getirecek şekilde değiştirmek gerekir.

#### KAYNAKÇA

- ALDIKAÇTI, Orhan: Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İstanbul, 1982.
- ALDIKAÇTI, Orhan: Modern Demokrasilerde ve Türkiye’de Devlet Başkanlığı, Doçentlik Tezi, İstanbul, 1960.
- ARASLI, Oya: “Türkiye’de Siyasi Yapılanma ve Temel Siyasi Sorunlar Sempozyumu’nda sunduğu tebliğ”, Türkiye’de Siyasi Yapılanma ve Temel Siyasi Sorunlar Sempozyumu, Ankara: 2000.
- ARMAĞAN, Servet: 1961 Anayasası ve Bakanlar Kurulu, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1978.
- ATAR, Yavuz: “Türk Anayasal Sisteminde Cumhurbaşkanının Seçimi, Görev Süresi, Yetkileri ve Parlamenter Sistem Gereklere Doğrultusunda Değişiklik Önerileri”, Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Hukuku 1. Sempozyumu, Ankara, 2003.
- BALTA, Tahsin Bekir: Türkiye’de Yürütme Kudreti, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1960.
- BAŞGİL, Ali Fuat: Esas Teşkilat Hukuku, Birinci Cilt, Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri, Fasikül II, İstanbul: 1960.
- BATUM, Süheyl: “Siyasal Rejim Türleri ve Türkiye’de Siyasal Sistemin Geleceği”, Türkiye’de Siyasi Yapılanma ve Temel Siyasi Sorunlar Sempozyumu, Ankara: 2000.
- ÇAĞLAR, Bakır: Anayasa Bilimi, BFS Yayınları, İstanbul, 1989
- ÇAM, Esat: Devlet Sistemleri, İstanbul: 1993.
- DURAN, Lütfi: Türkiye Yönetiminde Karmaşa, Çağdaş Yayınları, İstanbul,

1988.

- ELGIE, Robert: "Cohabitation: Divided Government French Style", *Divided Government in the Comparative Perspective.*, Robert ELGIE ed., Oxford University Press, 2001
- ELGIE, Robert: "The Classification of Democratic Regime Types: Conceptual Ambiguity and Contestable Assumptions", *European Journal of Political Research*, Vol. 33., 1998.
- ERDOĞAN, Mustafa: *Anayasacılık Parlamentarizm Silahlı Kuvvetler*, Ankara: Siyasal Kitabevi, 1993.
- EROĞUL, Cem: "Cumhurbaşkanının Denetim İşlevi", *AÜSBF Dergisi*, XXXIII/1-2.
- GICQUEL, Jean: *Droit Constitutionnel et Politiques*, Paris, 1995.
- GÖNENÇ, Levent: "Türkiye'de Hükümet Sistemi Değişikliği Tartışmaları Olanaklar ve Olasılıklar Üzerine Bir Çalışma Notu", *Başkanlık Sistemi*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2005.
- GÖZLER, Kemal: *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Beşinci Baskı, Bursa, 2008.
- GÖZLER, Kemal: *Cumhurbaşkanı-Hükümet Çatışması*, (Cumhurbaşkanı Kararnameleri İmzalamayı Reddedebilir mi?), Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000.
- GÖZLER, Kemal: *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Kitabevi, 2000.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref - TAN, Turgut: *İdare Hukuku*, C.I., Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref: *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998.
- GÜNEŞ, Turan : *Parlamentar Rejimin Bugünkü Manası ve İşleyişi*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1956.
- HOWARTH, David - VAROUXAKIS, Georgias: *Contemporary France: An Introduction to French Politics and Society*, Oxford University Press, London, 2003
- JAMES, Simon. *British Cabinet Government*, Routhledge (U.K.), 1999
- JONSTON, Larry- EAGLES Munroe: *Politics: An Introduction to Modern Democratic Government*, Broadview Press, 2004.
- KALAYCIOĞLU, Ersin: "Başkanlık Rejimi: Türkiye'nin Diktatörlük Tehdidıyla Sınava", in *Başkanlık Sistemi*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2005.
- KERSE, Ahmet: *Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı*, Ya-

yınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1973.

- KORTMANN, Constantijn A. J. – BRANDHOF, J. C. E. Van den-PRAKKE, Lukas – BRANDHOF, Hans van den: Constitutional Law of 15 EU Member States, Kluwer, 2004.
- KUZU, Burhan: “Neden Başkanlık Hükümeti”, in Türkiye’de Siyasi Yapılanma ve Temel Siyasi Sorunlar Sempozyumu, Ankara: 2000.
- LIJPHART, Arend: “Presidentialism and Majoritarian Democracy: Theoretical Observations.”, in The Failure of Presidential Democracy, Comparative Perspective, Vol.1., Juan J. Linz-Arturo Valenzuela ed., Baltimore and London: The John Hopkins University Press, 1994.
- LINZ, Juan J. “Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?”, in The Failure of Presidential Democracy, Comparative Perspective, Vol.1., Juan J. Linz-Arturo Valenzuela ed., Baltimore and London: The John Hopkins University Press, 1994.
- OKANDAN, Recai Galip: Umumi Amme Hukuku, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1976.
- ONAR, Erdal: “Türkiye’nin Başkanlık veya Yarı-Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmeli midir?”, in Başkanlık Sistemi, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2005.
- OYTAN, Muammer: “Fransa’da Yürütme Organının Yetkileri ve Güçlü Olma Nedenleri”, AİD, C.15., S.1., Mart 1982.
- ÖZBUDUN, Ergun: “Başkanlık Sistemi Tartışmaları”, in Başkanlık Sistemi, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2005.
- ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları, 1998.
- ÖZBUDUN, Ergun: 1921 Anayasası, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara, 1992.
- ÖZER, Attila: Türklerde Devlet Anlayışı ve Demokratik Rejim, Ankara, 2002
- ÖZER, Attila: Batı Demokrasilerinde ve Türkiye’de Hükümetin Kuruluş Yöntemleri, Ankara: 1981.
- ÖZTÜRK, Kemal N.: “Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı Geleneği”, AİD, C.25., S.1., Mart 1992.
- SARTORI, Giovanni. “Neither Presidentialism Nor Parliamentarism”, in The Failure of Presidential Democracy, Comparative Perspective, Vol.1., Juan J. Linz-Arturo Valenzuela ed., Baltimore and London: The John Hopkins University Press, 1994.

- SEVİNÇ, Murat: “Güncel Gelişmeler Işığında, 1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı”, AÜSBF Dergisi, 57-2.
- SIAROFF, Alan “Comparative Presidencies: The Inadequacy of the Presidential, Semi-Presidential and Parliamentary Distinction”, European Journal of Political Research, Vol. 42., Issue 3., (2003)
- STEPHAN, Alfred- SKACH, Cindy: “Presidentialism and Parliamentarism in Comparative Perspective”, in The Failure of Presidential Democracy, Comparative Perspective, Vol.1., Juan J. Linz-Arturo Valenzuela ed., Baltimore and London: The John Hopkins University Press, 1994.
- SULEİMAN, N. Ezra: “Presidentialism and Political Stability in France”, LINZ, Juan J-VALENZUELA, Arturo eds., in: The Failure of Presidential Democracy: Comparative Perspectives, Vol.1 (Baltimore and London: The John Hopkins University Pres, 1994).
- TANÖR, Bülent: İki Anayasa, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1986
- TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, İstanbul: Beta Yayınevi, 2001.
- TURAN, İter: “Başkanlık Sistemi Sevdası: Zayıf Temelli Bir Özlem”, in Başkanlık Sistemi, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2005.
- TURHAN, Mehmet: “Parliamentarism or Presidentialism? Constitutional Choıs For Turkey”, AÜSBFD., C.47., S.1-4., Ankara 1992.
- TURHAN, Mehmet: Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası, Diyarbakır: 1989.
- ULUŞAHİN, Nur: İki Başlı Yürütme Yapılanması, Yetkin Yayınları, Ankara 2007
- ÜSKÜL, Zafer: Türkiye’nin Anayasa Sorunu, İstanbul, 1991.
- WOODHOUSE, Diana: Ministers and Parliament, Accountability in Theory and Practise, Clarendon Press, Oxford, 1994
- YAYLA, Yıldızhan: Anayasa Hukuku, Ders Notları, İstanbul, 1985.
- YAZICI, Serap: “Başkanlık Sistemleri”, in Başkanlık Sistemi, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2005.

# TERÖRÜN FİNANSMANI VE TÜRKİYE’NİN ULUSAL VE ULUSLARARASI YÜKÜMLÜLÜKLERİ\*

*Tarık SÖYLEMİŞ\*\**

## ÖZET

Terör örgütleri, düzenledikleri yasadışı eylemlerde çok fazla kişiye zarar verebilmektedirler. Bu eylemler ve üyeleri için büyük maddi kaynağa ihtiyaçları vardır. Terör örgütleri finansman sağlamak amacıyla yasal ve yasadışı her türlü yöntemi kullanmaktadırlar. Terör örgütleri paralarını kurye veya banka aracılığıyla transfer etmektedirler. Türkiye, terörün finansmanını önlemek amacıyla Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nin kararlarını ve Birleşmiş Milletler Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme’yi onaylamıştır. Türkiye, Terörle Mücadele Kanunu ve Türk Ceza Kanunu’nda değişiklikler yaparak terörün finansmanını suç olarak kabul etmiştir. Ayrıca, terörün finansmanını önlemek için Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanunu yürürlüğe koymuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Terörizmin finansmanı, terör örgütleri, Birleşmiş Milletler Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme, Terörle Mücadele Kanunu, Ceza Kanunu, Türkiye.

## ABSTRACT

Terrorist organizations damaged lots of people by planned illegal acts. They need enormous financial sources for their terrorist acts and members. Terror organizations use legal and illegal all kinds of methods to finance themselves. They transfer their money through couriers and banks. Turkey ratified the United Nations Security Council resolutions and The United Nations International Convention For The Suppression of the Financing of Terrorism. Turkey has accepted the financing of terrorism as a crime by making some amendments in the Anti-Terrorism Law and Criminal Code. Besides, Turkey has gone into the effect of Code For The Suppression of The Laundering of Crime Incomes to suppress the financing of terrorism.

**Key Words:** Financing terrorism, terrorist organizations, The United

---

\* Makalenin hazırlanmasına çok değerli görüş ve eleştirileriyle ışık tutan Hocam Sayın Doç. Dr. Faruk TURHAN’a saygı ve teşekkürlerimi sunuyorum.

\*\* Süleyman Demirel Üniversitesi, Öğretim Görevlisi.

Nations International Convention For The Suppression of the Financing of Terrorism, Anti-Terrorism Law, Criminal Code, Turkey.

## GİRİŞ

Terör örgütleri faaliyetlerini yürütürken ellerindeki en büyük malzeme şüphesiz insandır. Ancak, terör örgütleri açısından insan faktörü kadar önemli ve vazgeçilmez bir diğer etken de paradır. Çünkü, terör örgütleri mevcut mekanizmalarını faaliyette tutabilmek, örgüt üyelerinin masraflarını karşılayabilmek, düzenleyecekleri eylemlere - özellikle intihar saldırıları ve bombalı eylemler – maddi kaynak sağlayabilmek, örgüt üyelerinin eğitim masraflarını karşılayabilmek, silah alabilmek ve örgütün ideolojik propaganda giderlerini karşılayabilmek için paraya ihtiyaç duymaktadır. Yani, Raphaeli'nin söylediği gibi; “Para, terör grupları için karar faktörüdür.”<sup>1</sup>

Uluslararası düzeyde terörün halen ortak bir tanımının yapılamamış olması,<sup>2</sup> terörizme karşı uluslararası düzeyde ülkelerin katılımıyla yapılacak

<sup>1</sup> El-Kaide terör örgütü lideri Usame Bin Ladin'in sağ kolu Ayman al-Zawahiri Pakistan'ın İslamabad kentinde tespit ettikleri elçiliklere taşeron olarak kullandıkları bir başka terör örgütüne bombalı saldırı düzenleyeceklerdi. İlk tercihleri ABD elçiliği, ikinci tercihleri herhangi bir Batı ülkesi elçiliği ve üçüncü tercihleri de Mısır elçiliği idi. Olayın gelişimini Al Zawahiri'nin anlatımından aktaralım: “Bombalamadan kısa bir süre önce görevlendirilen grup geldi ve eğer yeterli parayı verirsek ABD ve Mısır elçiliklerinin ikisini de bombalayabileceklerini söylediler. Temin edebileceğimiz tüm parayı kendilerine sağladığımızı ve daha fazla para toplayamayacağımızı söyledim. Bunun üzerine grup da sadece Mısır elçiliğini bombaladı.” Nimrad Raphaeli, “Financing of Terrorism: Sources, Methods and Channels”, *Terrorism and Political Violence*, Vol. 15, No. 4, Winter 2003, s. 60.

<sup>2</sup> Terörizmin uluslararası düzeyde ortak tanımı konusundaki görüş ve tartışmalarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Alex P. Schmid, *Küresel Dünyada Terörizm Konsepti*, Suat Doğan (çev.), (Ankara: Emniyet Genel Müdürlüğü Terörle Mücadele ve Harekat Daire Başkanlığı Yayınları, 2004), s. 135-147; Feridun Yenisey, “Uluslararası Terörizmle Mücadelede Suç Siyaseti İlkeleri”, <<http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/fHm.jsp?plndxLvl=5>>, (08.3.2007); Mehmet Ali Bal, *Savaş Stratejilerinde Terör*, (İstanbul: IQ Kültür Sanat Yayıncılık, 2003), s. 29-52; Vahit Baltacı, *Yeni TCK ve CMK'da Terör Suçları ve Yargılaması*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007), s.15; Süleyman Özeren ve Hüseyin Cinoğlu, “Terörizm ve Amerika Birleşik Devletleri: 11 Eylül Öncesi ve Sonrası Terörle Mücadele Politikalarının Değerlendirilmesi”, İhsan Bal (Der.), *Terörizm, Terör, Terörizm ve Terörle Mücadelede Ulusal ve Bölgesel Deneyimler*, (Ankara: Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu-USAK Yayınları, 2006), s.160-161; Enver Bozkurt ve Selim Kanat, *Uluslararası Toplumun Paradoksu: Terörizm, İnsan Hakları, Güvenlik ve 11*

ortak bir mücadelenin organize olmasına engel olmuştur.<sup>3</sup> Özellikle, El-Kaide terör örgütünün 11 Eylül 2001 günü ABD'ye düzenlediği uçak saldırılarından sonra küresel terörden söz edilmeye başlanarak<sup>4</sup>, teröre karşı uluslararası düzeyde ikili ve çok taraflı imzalanan sözleşmelerin sayısı hızla artmaya başlamıştır. Bu sözleşmeler arasında 27 Eylül 2001 tarihinde Türkiye tarafından imzalanan Birleşmiş Milletler Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme de yerini almıştır.

2005 yılı ve devamı yıllarda Türk ceza hukuku alanında reform niteliğinde yapılan kanun değişiklikleriyle terörün finansmanının önlenmesine yönelik önemli düzenlemeler yapılmıştır. 18 Temmuz 2006 tarih ve 5532 sayılı Kanun'la<sup>5</sup> Terörle Mücadele Kanunu'nda değişiklik yapılarak "terörün finansmanı" kurumuna Türk ceza hukukunda ilk defa yer verilmiştir. 18 Ekim 2006 tarihinde yürürlüğe giren 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun'la<sup>6</sup> terörün finansmanının önlenmesine yönelik yasal düzenlemeler yapılarak, Mali Suçları Araştırma Kurulu'nun (MASAK) görev ve yetkileri yeniden düzenlenmiştir.

Terör örgütlerinin finans kaynaklarının önlenmesi yolunda alınacak her türlü tedbir terör örgütlerine yönelik yapılacak önleyici asayiş tedbirleri, sıcak çatışma ve psikolojik hareket kadar önem taşımaktadır. Çünkü, terör

---

*Eylül Sonrası Meydana Gelen Değişiklikler*, (Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2007), s. 7-19; Necati Alkan, *Söz Bitmeden Terörle Mücadelede Önleme Stratejileri*, (Ankara: Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu-USAK Yayınları, 2008), s. 96; Hamide Zafer, *Sosyolojik Boyutuyla Terörizm*, (İstanbul: Beta Basım Yayım, 1999), s. 4-9; Hamide Zafer, *Ceza Hukukunda Terörizm*, (İstanbul: Beta Basım Yayım, 1999), s. 35-54; Türkiye Barolar Birliği, *Türkiye ve Terörizm Raporu*, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2006), s. 3-23; Hamide Zafer, "Terörün Tanımı ve Yapısal Özellikleri", *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, Yıl:4, Sayı:10, İlkbahar 2007, s. 23-27.

<sup>3</sup> İbrahim Kaya, *Terörle Mücadele ve Uluslararası Hukuk*, (Ankara: Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu-USAK Yayınları, 2005), s.4; İhsan Bal, *Terörizm, Terör, Terörizm ve Terörle Mücadelede Ulusal ve Bölgesel Deneyimler*, (Ankara: Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu-USAK Yayınları, 2006), s.2, 9.

<sup>4</sup> Türkiye Barolar Birliği, s. 69, 73, 133, 182, 196, 328; İbrahim ÇİÇEK, "5532 Sayılı Kanunun 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanununda Yaptığı Değişiklikler", *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, Yıl:4, Sayı:10, İlkbahar 2007, s. 33.

<sup>5</sup> Resmi Gazete, Sayı:26232, 18 Temmuz 2006, <<http://rega.basbakanlik.gov.tr/>>, (10.08.2006).

<sup>6</sup> Resmi Gazete, Sayı:26323, 18 Ekim 2006, <<http://rega.basbakanlik.gov.tr/>>, (30.10.2006).

örgütlerinin beslendiği para kaynakları kurutulduğunda, mevcut mekanizmalarını işletemeyecekleri ve yok olacakları bir gerçektir.

Bu çalışmamızda, terör örgütlerinin finans kaynakları incelenerek, terörün finansmanının önlenmesi konusunda Türkiye'nin taraf olduğu Birleşmiş Milletler Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararları, ve Türk hukuk sisteminde bu doğrultuda yapılan düzenlemeler değerlendirilecek, terör örgütlerinin gelir kaynaklarının önlenmesi için alınması gereken tedbirler ve değişiklik yapılması gereken hukuki düzenlemeler konusunda öneriler sunulacaktır.

## 1- TERÖR ÖRGÜTLERİNİN FİNANS KAYNAKLARI

Terör örgütleri legal ve illegal boyutta oluşturdukları finansman kaynaklarını gelir olarak kullanabilmektedirler.<sup>7</sup> Illegal finansman yöntemleri, Türk hukuku ve uluslararası hukuk mevzuatı tarafından suç olarak tanımlanmaktadır. Yasal mevzuat açısından suç teşkil etmeyen finansman yöntemleri de, risk oluşturmadığı için terör örgütleri tarafından kullanılmakta olup, bu kaynaklar çalışmada legal yöntemler başlığı altında açıklanmıştır.

### 1.1. İlegal Yöntemler

#### 1.1.1. Uyuşturucu Madde Kaçakçılığı

Uyuşturucu kaçakçılığı genelde terör örgütleri tarafından en çok kullanılan gelir kaynaklarından biridir.<sup>8</sup> Çünkü, uyuşturucu trafiği alınan tüm önlemlere rağmen dünya üzerinde halen devam etmektedir. Terör örgütleri de bu kaçakçılık yöntemini; uyuşturucu maddelerin kolay temin edilebilmesi, istendiğinde rahatlıkla nakite çevrilebilmesi, uluslararası organize suç örgütleriyle bağlantılar kurmaya aracı olması ve yükte hafif pahada ağır olması nedenlerinden dolayı tercih etmektedirler.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Kaya, s. 36.

<sup>8</sup> *DEA Congressional Testimony*, 20 May 2003, <<http://www.usdoj.gov/dea/pubs/cngtrtest/ct052003.html>>, (06.03.2008); *International Narcotics Control Strategy Report-2008*, s. 28, 39, 63, 336, 339, 528, 566, 587, <<http://www.state.gov/documents/organization/102583.pdf>>, (06.03.2008); *Emniyet Genel Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı 2006 Yılı Raporu*, s. 57, <<http://www.kom.gov.tr/Tr/KonuDetay.asp?BKey=61&KKey=118>>, (27.02.2008); Alkan, *Söz Bitmeden*, s. 143; Türkiye Barolar Birliği, s. 132, 406; Sinem M. ŞAHİNOĞLU, "Avrupa Birliği'nin Terörizm Mücadelesi ve Son Dönem Tehditleri", *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, Yıl:4, Sayı:10, İlkbahar 2007, s. 132-133.

<sup>9</sup> Terör örgütleriyle bağlantılı uyuşturucu madde olaylarının dağılımı için bkz. *EGM KOM Daire Başkanlığı 2005 Yılı Raporu*, s. 176, <<http://www.kom.gov.tr/turkce/> ko-

Türkiye, stratejik konumu nedeniyle “Altın Hilal”<sup>10</sup> olarak adlandırılan bölgeden gelip, Avrupa’ya transit geçişi sağlanan uyuşturucunun geçiş güzergahı üzerinde bulunmaktadır. Özellikle uyuşturucunun Türkiye’ye giriş noktası olan Güneydoğu Anadolu Bölgesi kırsal alanında etkin yapılanması olan PKK/KONGRA GEL’in (Kürdistan Halk Kongresi-Kongreye Gele Kürdistan)<sup>11</sup> uyuşturucu madde üretimi, sevkiyatı ve pazarlaması yaptığı bilinmektedir.<sup>12</sup> PKK/KONGRA GEL’in yurtiçindeki uyuşturucu trafiği, örgütün deşifre olmamış sempatizan düzeyindeki mensupları ile örgüt üyesi köylü ve esnaflar aracılığıyla yürütülmektedir.<sup>13</sup>

PKK/KONGRA GEL, uluslararası bağlantıları güçlü olan bir terör örgütü olduğu için Avrupa uyuşturucu piyasasında da önemli bir role sahiptir.<sup>14</sup> PKK/KONGRA GEL, uyuşturucunun dağıtımını yapanlardan “vergi” adı altında pay alarak ve uyuşturucunun pazarlamasını yaparak kendisine finansman sağlamıştır.<sup>15</sup> ABD Uyuşturucu İle Mücadele Ajansı (DEA)’nın

---

nu\_detay.aspx?uid=277&sm=comp/2>, (06.07.2006); EGM KOM Daire Başkanlığı 2006 Yılı Raporu, s. 57.

<sup>10</sup> Pakistan, Afganistan ve İran.

<sup>11</sup> AB 2 Mayıs 2002’de ve ABD 8 Ekim 1997’de PKK’yı terör örgütü listelerine eklemişlerdir. Bu gelişmelerin de etkisiyle örgüt isim değişikliğine giderek 1999 yılında KADEK ve 2003 yılının sonlarında yaptığı 2. Kongresinde de PKK/KONGRA GEL adını almıştır. Emin Demirel, *Geçmişten Günümüze PKK ve Ayaklanmalar*, (İstanbul: IQ Kültür Sanat Yayıncılık, 2005), s.245, 250; Emin Demirel, *Dünyada Terör*, (İstanbul: IQ Kültür Sanat Yayıncılık, 2003), s. 299.

<sup>12</sup> Demirel, *Geçmişten Günümüze PKK ve Ayaklanmalar*, s. 380; Abdullah Manaz, *Türkiye’ye Yönelik Terör Odakları*, (İstanbul: IQ Kültür Sanat Yayıncılık, 2005), s. 26; DEA Congressional Testimony, 20 May 2003; EGM KOM Daire Başkanlığı 2007 Yılı Raporu, s. 16, 42,43, <http://www.kom.gov.tr/tr/KonuDetay.asp?BKey=61&KKey=157>, (12.04.2008); EGM KOM Daire Başkanlığı 2006 Yılı Raporu, s. 57; EGM KOM Daire Başkanlığı 2005 Yılı Raporu, s. 126; Alkan, *Söz Bitmeden*, s. 144.

<sup>13</sup> *PKK/KONGRA GEL*, (Ankara: Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Daire Başkanlığı Yayınları, 2004), s. 140-141.

<sup>14</sup> *International Narcotics Control Strategy Report-1999*, <http://www.state.gov/p/inl/rls/nrcrpt/1999/925.htm>, (11.07.2006); *International Narcotics Control Strategy Report-1996*, [http://www.state.gov/www/global/narcotics\\_law/1996\\_narc\\_report/europ96.html](http://www.state.gov/www/global/narcotics_law/1996_narc_report/europ96.html), (11.07.2006); Kurubaş, s. 165, 167; EGM KOM Daire Başkanlığı 2007 Yılı Raporu, s. 42-43.

<sup>15</sup> Ali Kuyaksil, “Türkiye’de Terör ve Terörün Kaynakları”, *Polis Dergisi-Terörle Mücadele Özel Sayısı*, Yıl:10, Sayı:40, 2004, s. 97. Ayrıca, İstanbul ilinde terör örgütü PKK bağ-

raporlarına göre; terör örgütü PKK uyuşturucu madde kaçakçılığı yapmakta, uyuşturucu madde kaçakçılarında vergi almakta ve Avrupa ülkelerinde sattığı uyuşturucudan yılda ortalama 450 milyon İsviçre Frangı gelir elde etmektedir.<sup>16</sup> Ancak, terör örgütü lideri Abdullah ÖCALAN yakalandıktan sonra verdiği ifadesinde uyuşturucu kaçakçılığı yapmadıklarını, bu işi yapanlardan haraç adı altında para aldıklarını söylemiştir.<sup>17</sup> Çünkü, uyuşturucu madde kaçakçılığı yapmak terör örgütünün imajını zedeleyeceği için propaganda faaliyetleri de olumsuzlukla sonuçlanacaktır.<sup>18</sup> Bu nedenle örgüt, uyuşturucu kaçakçılığında deşifre olmamış, hatta örgüt içerisinde dahi bilinmeyen şahısları kullanmış ve bu organizasyon örgütün üst düzey yöneticileri tarafından bizzat kontrol edilmiştir.<sup>19</sup> Böylelikle, terör örgütünün uyuşturucu kaçakçılığı yaptığı örgüt üyelerinden dahi gizlenecektir.

Uyuşturucu ticaretini finans kaynağı olarak sadece PKK/KONGRA GEL kullanmamaktadır. Aynı zamanda sol terör örgütleri de elemanları aracılığıyla uyuşturucunun dağıtılması ve pazarlamasını yaparak gelir elde etmektedirler. Bu noktada DEV-SOL (Devrimci Sol), DHKP/C (Devrimci Halk Kurtuluş Partisi/Cephesi) ve TKP/ML (Türkiye Komünist Partisi/Marksist Leninist)'nin etkili olduğu bilinmektedir.<sup>20</sup> DEV-SOL'un 1990'lı yıllarda isim değişikliğine giderek DHKP/C adı altında tekrar kurulmasında uyuşturucu madde kaçakçılığında elde ettiği gelirlerin önemli bir payı vardır.<sup>21</sup> Türkiye'de 1984-2008 yılları arasında PKK/KONGRA GEL, TKP/ML ve

---

lantılı uyuşturucu olaylarına yönelik düzenlenen operasyonlarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Demirel, *Geçmişten Günümüze PKK ve Ayaklanmalar*, s. 384-388.

- 16 Nakleden: Schmid, s. 80; *DEA Congressional Testimony 13 March 2002*, <<http://www.usdoj.gov/dea/pubs/cngrtest/ct031302p.html>>, (04.07.2007); *DEA Congressional Testimony, 20 May 2003*, <<http://www.usdoj.gov/dea/pubs/cngrtest/ct052003.html>>, (04.07.2007); *EGM KOM Daire Başkanlığı 2002 Yılı Raporu*, s. 16. <[http://www.kom.gov.tr/turkce/konu\\_detay.aspx?uid=91&sm=comp12](http://www.kom.gov.tr/turkce/konu_detay.aspx?uid=91&sm=comp12)>, (06.07.2006).
- 17 Oktay Pirim ve Süha Örtülü, *Ömerli Köyünden İmralı'ya PKK'nın 20 Yıllık Öyküsü*, (İstanbul: Boyut Kitapları, 2000), s. 114; *Hürriyet*, *800 Milyarı Var*, <<http://arsiv2.hurriyet.com.tr/hur/turk/99/02/26/gundem/02gun.htm>>, (10.08.2006).
- 18 Nihat Ali Özcan, *PKK (Kürdistan İşçi Partisi) Tarihi, İdeolojisi ve Yöntemi*, (Ankara: ASAM Yayınları, 1999), s. 313.
- 19 *EGM KOM Daire Başkanlığı 2005 Yılı Raporu*, s. 175.
- 20 *Terör Örgütlerinin İç Yüzü*, <<http://tem.iem.gov.tr/biliyormusunuz/biliyormusunuz7.php>>, (10.08.2006). *Sol Terör Örgütleri*, (Ankara: Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Daire Başkanlığı Yayınları, Cilt:2, 1997), s.335-338.
- 21 Schmid, s. 80.

DHKP/C terör örgütleri ile bağlantılı toplam 350 uyuşturucu madde kaçakçılığı olayı meydana gelmiştir.<sup>22</sup>

Dini motifli terör örgütleri ise, ideolojilerinin temelini oluşturan dini inanışları gereği genellikle uyuşturucu veya keyif verici madde kaçakçılığı yapmamaktadırlar.<sup>23</sup> Ancak, dini motifli terör örgütlerinden sadece El-Kaide'nin uluslararası düzeyde uyuşturucu kaçakçılığı yaptığı yayınlanan resmi raporlardan anlaşılmaktadır.<sup>24</sup>

### **1.1.2. Silah Kaçakçılığı**

Terör örgütleri, uyuşturucu madde kaçakçılığında olduğu gibi, silah kaçakçılığında da dünya pazarında söz sahibi kaçakçılarla yakın işbirliği içerisinde hareket etmektedirler.<sup>25</sup> Terör örgütleri silahlı eylemlerinde kullanmak üzere temin ettikleri silah ve patlayıcı maddeleri ya doğrudan satın almakta veya da kendilerini el altından destekleyen devletler tarafından kendilerine verilmektedir.<sup>26</sup>

PKK/KONGRA GEL, tahmini olarak 200 milyon ABD Doları gibi oldukça geniş bir bütçeyle faaliyet göstermektedir.<sup>27</sup> Bu nedenle, ihtiyacı olan hafif silah ve patlayıcı maddeleri uluslararası pazardan rahatlıkla temin edebilmektedir. Ancak, güvenlik güçlerinin PKK/KONGRA GEL'e düzenledikleri operasyonlarda ele geçirilen ağır makinalı silahlar, füzeler ve mayınlar olması, bu terör örgütünün bazı devletler tarafından – Türkiye'ye yönelik siyasi politikalarının bir parçası olarak – desteklendiğini göstermektedir.<sup>28</sup> Zira, özellikle bu füze ve mayınlar askeri menşelidir ve askeri bölgeler dışına izinsiz çıkartılıp, dış pazarda satılması mümkün değildir.

<sup>22</sup> Ayrıntılı istatistiki bilgi için bkz. *EGM KOM Daire Başkanlığı 2006 Yılı Raporu*, s. 57; *EGM KOM Daire Başkanlığı 2007 Yılı Raporu*, s. 42-44.

<sup>23</sup> Necati Alkan, "Terör Örgütlerinin Finans Kaynakları", *Polis Dergisi- Terörle Mücadele Özel Sayısı*, Yıl:10, Sayı:40, 2004, s. 294; Alkan, *Söz Bitmeden*, s. 143, 148.

<sup>24</sup> Resmi raporda; Afganistan'daki afyon üretiminin 2002-2005 yılları arasında ortalama 4.000 ton civarında olduğu ve bu miktarın 40 milyar ABD Dolarından fazla bir tutara tekbül ettiği belirtilmekte, Afganistan merkezli faaliyet gösteren El-Kaide terör örgütünün bu kadar yüksek miktarlarda dönen uyuşturucu trafiğinden önemli bir gelir elde ettiği tahmin edilmektedir. *EGM KOM Daire Başkanlığı 2005 Yılı Raporu*, s. 118, 120.

<sup>25</sup> Türkiye Barolar Birliği, s. 132.

<sup>26</sup> Kurubaş, s. 170-171; Emin Demirel, *Hizbullah*, (İstanbul: IQ Kültür Sanat Yayıncılık, 2003), s. 105-106; Pirim ve Örtülü, s. 54-55; Şahinoğlu, s. 132.

<sup>27</sup> Pirim ve Örtülü, s. 114; Milliyet, *Mahkemede Mesaj Günü*, <<http://www.milliyet.com.tr/1999/06/04/haber/hab00.html>>, (13.08.2006).

<sup>28</sup> Kurubaş, s. 170.

Marksist/Leninist ideoloji eksenli terör örgütleri<sup>29</sup> ve Hizbullah terör örgütünün de silah kaçakçılığı yaptığı bilinmektedir.<sup>30</sup>

### 1.1.3. Tehditle ve Zorla Para Toplama

Terör örgütlerinin kolay yoldan elde ettikleri bir diğer para kaynağı ise, tehditle ve zorla toplanan paralardır.<sup>31</sup> Hemen hemen bütün terör örgütleri bu yola başvurmaktadır. Ancak, zorla toplanan bu paraların ismi örgütten örgüte farklılık göstermektedir.

PKK/KONGRA GEL ve sol fraksiyonda yeralan DHKP/C, THKP/C (Türkiye Halk Kurtuluş Partisi/Cephesi), THKO (Türkiye Halk Kurtuluş Ordusu), TKP/ML gibi örgütler özellikle hakimiyetlerini kurdukları bölgelerde, düzenli ve iyi gelir sahibi işadami, tüccar, kuyumcu ve esnaflardan “devrim vergisi” adı altında düzenli olarak para almaktadırlar.<sup>32</sup> PKK terör örgütü Ekim 1986 yılında Lübnan’ın Bekaa Vadisi’nde gerçekleştirdiği 3. Kongresinde “Vergilendirme Kanunu” adı altında bir takım kararlar almıştır. Bu kongrede; Vergilendirme Kanunu adı altında, kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerini alan müteahhit ve taşeronlarla, ticari faaliyette bulunanlardan makbuz karşılığı vergi alınması<sup>33</sup> ve makbuz gösterenlere karşı terör örgütü mensuplarınca eylem yapılması kararlaştırılmıştır.

Dini motifli terör örgütleri içerisinde yeralan El-Kaide, Hizbullah, İHÖ (İslami Hareket Örgütü), İBDA/C (İslami Büyük Doğu Akıncılar/Cephesi) ve İCCB/AFİD (İslami Cemaat ve Cemiyetler Birliği/Anadolu Federe İslam Devleti) gibi terör örgütleri ise “zekat, infak,<sup>34</sup> aidat ve fitre” adı altında

<sup>29</sup> Terör örgütü DHKP/C üyesi Fehriye Erdal, silah kaçakçılığı ve işlediği diğer suçlardan dolayı Belçika Bruges Mahkemesi’nce 28 Şubat 2006 tarihinde 4 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır. Zaman, *Belçika’da 4 Yıl Ceza Alan Fehriye’ye Tutuklama Kararı*, <<http://www.zaman.com.tr/?bl=haberler&trh=20060301&hn=261034>>, (13.08.2006); DHKP/C’nin silah kaçakçılığı ile ilgili ayrıca bkz. Hürriyet, *Bomba ve Silahlar PKK’ya gidiyordu*, <<http://arsiv.hurriyetim.com.tr/hur/turk/98/12/02/gundem/21gun.htm>>, (13.08.2006).

<sup>30</sup> Demirel, *Hizbullah*, s. 105.

<sup>31</sup> Demirel, *Geçmişten Günümüze PKK ve Ayaklanmalar*; s. 379; Demirel, *Hizbullah*, s. 104-105; Kurubaş, s. 164; Mehmet Ali Bal, s. 189, 191, 194; Şahinoğlu, s. 132; Çiçek, s. 45.

<sup>32</sup> *Terörizmin Finansmanı*, <<http://www.masak.gov.tr/tr/terrorism.htm>>, (13.08.2006).

<sup>33</sup> Demirel, *Geçmişten Günümüze PKK ve Ayaklanmalar*; s.379; Manaz, s. 27.

<sup>34</sup> İnfak, Hizbullah terör örgütü mensubunun kazancının %10’unu teşkil eden ve örgüte aktarmak zorunda olduğu katılım payıdır.

hedef kitlelerinden zorla para toplamaktadır.<sup>35</sup> Örneğin El-Kaide terör örgütünün zekat adı altında yılda ortalama 30 milyon ABD Doları para topladığı bilinmektedir.<sup>36</sup> Terör örgütü Hizbullah'ın Batman ilinde Aralık-1998 tarihinde 27 işyeri sahibinden 204 milyon TL aidat, 68 milyon TL zekat, 10 milyon TL infak ve 7.5 milyon TL fitre parası topladığı ele geçirilen örgütsel dökümanlardan tespit edilmiştir.<sup>37</sup> Hizbullah terör örgütü üyelerinin, özellikle kırsal yerleşim yerlerinde örgütün isteklerini yerine getirmeyen kişileri tehdit ederek evlerini ve arazilerini terk etmeye zorladıkları, bu kişilere ait gayrimenkullere “ganimet mal” olarak elkoydukları ve elde ettikleri gelirleri örgüte aktardıkları bilinmektedir.<sup>38</sup>

Örgütler tarafından bu şekilde para toplanması hedef kişiyi koruma, zarar vermeme, korkutma, işlenmiş suçlu adli mercilere ihbar etme/etmeme tehdidi şeklinde gerçekleştirilmektedir.<sup>39</sup>

Türkiye’de faaliyet gösteren terör örgütlerinin yurtiçinde bahsolunan bu metodlarla para toplamanın yanı sıra, yurtdışındaki Türk vatandaşlarının bulunduğu ülkelerde de aynı yöntemlerle para topladıkları bilinmektedir.<sup>40</sup>

Terör örgütleri para toplayacakları kişileri önceden tespit ederek gelir durumları, borçları, mal varlıkları ve ticari ilişkileri hakkında bilgi toplamaktadır. Daha sonra da hedef kitle hakkında elde ettikleri istihbari bilgiye dayanarak, kişinin gelir durumuna göre alacağı para miktarını kendisi tayin etmektedir.

#### 1.1.4. Göçmen Kaçakçılığı

Terör örgütleri eleman temin etmek ve maddi kazanç sağlamak amacıyla çeşitli yöntemler kullanarak örgüte sempati duyan kişileri mülteci statüsünde yurtdışına çıkarmaktadırlar.<sup>41</sup> Bazen de göçmen kaçakçılığı yapan organize

35 El-Kaide terör örgütünün zekat yöntemi hakkında bkz. Martin Rudner, “Using Financial Intelligence Against the Funding of Terrorism”, *International Journal of Intelligence and Counter Intelligence*, Vol. 19, Nr.1, 2006, s. 42-43; Raphaeli, s.61-62; Emin Demirel, *Hizbullah*, s. 104; Alkan, *Söz Bitmeden*, s. 135, 137.

36 Rudner, s. 43.

37 *Hizbullah Terör Örgütü*, (Ankara: Emniyet Genel Müdürlüğü Terörle Mücadele ve Harekat Daire Başkanlığı Yayınları, 2001), s. 125.

38 Demirel, *Hizbullah*, s. 105; *Hizbullah Terör Örgütü*, s. 143.

39 Alkan, “Terör Örgütlerinin Finans Kaynakları”, s. 291.

40 Demirel, *Geçmişten Günümüze PKK ve Ayaklanmalar*, s. 380-383; Özcan, s. 312-313; Alkan, *Söz Bitmeden*, s. 135.

41 Kurubaş, s. 168-170.

suç örgütleriyle işbirliği içerisinde hareket ederek, para karşılığında sahte pasaport temin etmekte ve sınırdan illegal yollardan geçişe aracılık etmektedirler.<sup>42</sup>

Terör örgütlerinin göçmen kaçakçılığında kullandıkları yöntemler şunlardır:

Sınırdan geçiş kılavuzluk yaparak sağlama ve geçiş güvenliğini sağlama,

Sahte kimlik ve pasaportla Avrupa ülkelerine iltica talebinde bulunmaya yardımcı olma.<sup>43</sup>

Terör örgütleri yukarıdaki yöntemleri kullanarak gerçekleştirdiği göçmen kaçakçılığından aşağıdaki şekillerde gelir sağlamaktadır:

Sınırdan geçiş sırasında kılavuzluk ve güvenlik hizmeti sağlama karşılığında vergi adı altında para almak,

Avrupa ülkelerinde mültecilere sağlanan yardımlardan pay almak,

İkamet hakkı elde eden kişilerden sürekli vergi almak.<sup>44</sup>

Türkiye’de faaliyet gösteren terör örgütlerinden PKK/KONGRA GEL’in özellikle Güneydoğu Anadolu bölgemizden, terör örgütüne sempati duyan kişilerin ve örgüt üyelerinin Avrupa ülkelerine kaçak yollardan gitmelerine aracılık ettiği bilinmektedir.<sup>45</sup> Terör örgütü PKK/KONGRA GEL, kaçak yollardan yurtdışına çıkardığı kişilerden ilk etapta aldığı paranın yanında, daha sonraları bu kişilerden yurtdışında kaldıkları sürece düzenli olarak vergi adı altında para toplamaktadır.<sup>46</sup> Türkiye’de göçmen kaçakçılığını bir gelir kaynağı olarak sadece PKK/KONGRA GEL terör örgütü kullanmıştır. Çünkü, PKK/KONGRA GEL uluslararası düzeyde bağlantıları olan bir terör örgütü kapasitesine ulaşmıştır ve terör örgütünün gerçekleştirdiği göçmen kaçakçılığına yurtdışında yardımcı olan siyasetçi, istihbarat elemanı ve hukukçuların olduğu iddia edilmektedir.<sup>47</sup> PKK/KONGRA GEL’in, 1983-1995 yılları arasında yurtdışına illegal yollardan 220.000 civarında mülteci taşıdığı da iddia edilmektedir.<sup>48</sup>

42 Demirel, *Geçmişten Günümüze PKK ve Ayaklanmalar*, s.388-389.

43 Alkan, “Terör Örgütlerinin Finans Kaynakları”, s. 293; Alkan, *Söz Bitmeden*, s. 141.

44 Alkan, “Terör Örgütlerinin Finans Kaynakları”, s. 293; Alkan, *Söz Bitmeden*, s. 141-142; Demirel, *Geçmişten Günümüze PKK ve Ayaklanmalar*, s.388; Kurubaş, s. 170.

45 Şahinoğlu, s. 133; Milliyet, *PKK’ya Damga Operasyonu*, <<http://www.milliyet.com.tr/2007/03/06/son/sontur26.asp>>, (06.03.2007).

46 Demirel, *Geçmişten Günümüze PKK ve Ayaklanmalar*, s. 388; Özcan, s. 313.

47 Kurubaş, s. 169.

48 Kurubaş, s. 168.

### 1.1.5. Gasp, Soygun, Hırsızlık, Kapkaç

Terör örgütlerinin, acil olarak ihtiyaç duydukları sıcak paraya anında sahip olabilmek için gasp veya hırsızlık yaptıkları bilinmektedir.<sup>49</sup> Bazı terör örgütleri de kuruluş aşamasında kamuoyuna seslerini duyurabilmek için banka soygunlarına başvurmuşlardır. Örneğin, THKP/C, ilk eylemine Ankara'da bir banka soygunuyla başlamıştır.<sup>50</sup>

Özellikle bankalar, mutemet araçları, kuyumcular, döviz büroları gibi sıcak paranın sürekli sirküle olduğu yerler bu kapsamda terör örgütlerinin hedefleri arasındadır.

1978 yılında kurulan DEV-SOL terör örgütü, 1983-1994 yılları arasında 3'ü banka soygunu olmak üzere toplam 41 gasp ve soygun eylemi gerçekleştirmiştir.<sup>51</sup> MLKP (Marksist Leninist Komünist Partisi) terör örgütü ise 1995-1996 yılları arasında 3 gasp ve soygun eylemi gerçekleştirmiştir.<sup>52</sup>

Son yıllarda özellikle büyükşehirlerimizde yaşanan kapkaç olaylarının arkasında PKK/KONGRA GEL terör örgütünün olduğu bilinmektedir. Örgüt üyeleri özellikle Güneydoğu Anadolu bölgemizden kaçırdıkları çocukları eğiterek kapkaç olaylarında kullanmakta ve elde edilen bu gelirleri örgüte aktarmaktadırlar.<sup>53</sup> PKK/KONGRA GEL terör örgütünün değişik tarihlerdeki eylemleri arasında gasp, soygun ve hırsızlık olayları da vardır.<sup>54</sup>

### 1.1.6. Sahtecilik, Dolandırıcılık

Terör örgütleri gelişen bilgisayar teknolojisi sayesinde göçmen kaçakçılığı bölümünde bahsettiğimiz gibi sahte pasaport ve nüfus cüzdanı düzenleyerek bu sahte belgeleri bazı yasadışı işlerde kullanabilmektedirler. Hatta, hırsızlık veya birtakım illegal yollardan elde ettikleri polis veya askeri personel kimlikleri üzerinde sahtecilik yoluyla değişiklikler yaparak eylemle-

<sup>49</sup> Türkiye Barolar Birliği, s. 244.

<sup>50</sup> *Sol Terör Örgütleri*, Cilt: 2, s. 2; Emin Demirel, *Türk Solu'nun Kırsal Alan Faaliyetleri*, (İstanbul: IQ Kültür Sanat Yayıncılık, 2004), s. 75; Alkan, *Söz Bitmeden*, s. 134.

<sup>51</sup> *Sol Terör Örgütleri*, Cilt: 1, s. 123.

<sup>52</sup> *Sol Terör Örgütleri*, Cilt: 1, s. 308.

<sup>53</sup> Kapkaç olaylarının terör örgütü PKK tarafından organize edildiği İstanbul ve Diyarbakır Emniyet Müdürlüklerinin ortaklaşa yürüttükleri "Katmer Operasyonu" ile ortaya çıkarılmıştır. *Terör Bağlantılı Çete Çökertildi*, <<http://www.trt.net.tr/wwwtrt/hdevam.aspx?hid=137533&k=1>>, (21.08.2006); *Cerrah açıkladı: Kapkaç Çetesinin Arkasında PKK Var*, <<http://www.tumgazeteler.com/fc/ln.cgi?cat=33&a=1192576>>, (21.08.2006).

<sup>54</sup> Pirim ve Örtülü; s. 259-260.

rinde kullanabilmektedirler.<sup>55</sup>

Uluslararası suç örgütleriyle bağlantıları iyi olan terör örgütleri El-Kaide ve PKK/KONGRA GEL, sahtecilik ve dolandırıcılık konusunda oldukça uzmanlaşmıştır. El-Kaide terör örgütü üyesi olup Los Angeles Uluslararası Havalimanı'na planlı bombalı saldırı düzenlemekten mahkum olan Ahmed RESSAM, verdiği ifadesinde; Kanada'nın Montreal şehrinde bir mağaza açtığını ve burada müşterilerin kredi kartlarının bilgilerini kopyalayarak, örgütün diğer üyelerine dolandırıcılık amaçlı kullanılmak üzere aktardığını söylemiştir.<sup>56</sup>

Terör örgütü PKK/KONGRA GEL ise sahte belge düzenlemede iki yöntem kullanmaktadır:

“- İltica, ikamet, seyahat gibi nedenlerle kullanılacak olan belgeler, yeni baştan düzenlenmektedir. Kullanılacak belgenin çeşitli şekillerde elde edilmiş imzalı-mühürlü nüshalarına sadece kimlik bilgileri eklemek suretiyle, her defasında başka biri adına düzenlenmesi mümkün olabilmektedir. Ayrıca, belge komple sahte olarak basılıp sahte kaşe, mühür, kayıt ve imzalarla tanzim edilebilmektedir.

Yurtdışında bulunan vatandaşlarımızdan veya yabancılardan zorla veya gönüllü olarak yada hırsızlık yoluyla elde edilmiş belgeler (pasaport, kimlik belgesi v.s.) üzerinde tahrifat yapılmak suretiyle sahte belge yapılması mümkün olabilmektedir.”<sup>57</sup>

PKK/KONGRA GEL terör örgütü üyeleri düzenledikleri bu sahte kimliklerle bankalarda hesap açtırarak veya doğrudan EFT (Elektronik Fon Transferi) veya havale yoluyla örgütün mutemeti konumundaki kişilerin hesaplarına para transferleri yaparak, örgütün para akışını sağlamaktadırlar.

## 1.2. Legal Yöntemler

### 1.2.1. Dernek ve Vakıf Aidatları, Gelirleri ve Doğrudan Yapılan Bağışlar

Avrupa Birliği'ne (AB) uyum yasaları çerçevesinde Türk hukuk sisteminde ve özellikle Siyasi Partiler Kanunu, Dernekler Kanunu ve Vakıflar Kanunu'nda bir takım değişiklikler yapılmıştır. Yapılan bu düzenlemeler demokrasi, özgürlüklerin genişlemesi ve fikir hürriyeti açısından olumlu bir gelişme olsa da terör örgütleri yeni düzenlemelerden dolayı oluşan demokra-

<sup>55</sup> Hizbullah terör örgütü üyesi Mehmet Emin Güçlü, yakalandıktan sonra verdiği ifadesinde; 24 Temmuz 1999 günü Diyarbakır il merkezinde bir evden kendisine polis süsü verecek para ve silah aldığını belirtmiştir. *Hizbullah Terör Örgütü*, s. 88.

<sup>56</sup> Rudner, s. 45.

<sup>57</sup> *PKK/KONGRA GEL*, s. 135-136.

tik alanı lehlerine kullanmayı başarmışlardır.<sup>58</sup> Bu doğrultuda illegal boyutta yeraltında devam ettirdikleri yapılanma ve faaliyetlerini legal platformda dernek ve vakıf isimleri altında sürdürmeye başlamışlardır.

Terör örgütleri yeraltından yerüstüne yani, legal boyuta taşıdıkları bu dernek, vakıf ve siyasi partiler aracılığıyla alenen üye toplamakta ve üyelere aidat, bağış veya yardım adı altında para toplayarak kendilerine gelir sağlayabilmektedirler.<sup>59</sup>

Terör örgütleri “mutemet” olarak görevlendirilen elemanları aracılığıyla da doğrudan ve düzenli olarak örgüt üyelerinden gelir temin etmektedirler. PKK/KONGRA GEL ise, önceleri ERNK (Kürdistan Ulusal Kurtuluş Cephesi-Eniya Rızgariya Netewa Kurdistan) aracılığıyla örgüt elemanlarından para toplamaktaydı. Örgütün 7. Kongresi'nden sonra ERNK'nın yerine kurulan YDK (Kürt Demokratik Halk Birlikleri-Yekıtiya Demokratik A Gele Kurd) bu görevi üstlenmiştir.<sup>60</sup> 1993 yılında Almanya'da terör örgütü PKK'nın resmen yasaklanmasına rağmen örgüt faaliyetlerini, kurduğu dernekler aracılığıyla devam ettirmiştir. Terör örgütünün, bu dernekler tarafından organize ettiği geceler, yardım kampanyaları ve dernek aidatları çerçevesinde yıllık ortalama 150 milyon Alman Markı gelir sağladığı tahmin edilmektedir.<sup>61</sup>

Değişik fraksiyonların legal uzantısı olan ve çeşitli sosyal, kültürel, yöresel ve sempatik isimler altında faaliyet gösteren bu dernek veya vakıflara özellikle gençler, terör örgütleriyle bağlantılı olabileceğini bilmeden üye olabilmektedirler.

Dini motifli terör örgütleri özellikle yurtdışında Cuma namazı sonrası cami çıkışında “hayır standları” kurmakta ve toplanan paraların nereye gittiğinin bilincinde olmayan iyi niyetli kişiler bu standlara bilinçsizce para yardımında bulunmaktadır.<sup>62</sup> Kişilerin dini duygularını istismar ederek gerçekleştirilen bu para toplama yöntemini ise daha çok Hizbullah,

<sup>58</sup> Demirel, *Dünyada Terör*, s. 296-299; Demirel, *Geçmişten Günümüze PKK ve Ayaklanmalar*, s. 419-424; Ayrıca, PKK'nın Ocak-2000'de gerçekleştirdiği 7. Kongresinde “Demokratikleşme ve Barış İçin Acil Eylem Planı” adı altında aldığı kararlar ve Nisan-2002'de gerçekleştirdiği 8. Kongresinde aldığı kararların AB-Türkiye 2001 İlerleme Raporu'yla karşılaştırılması için bkz. Demirel, *Dünyada Terör*, s. 298.

<sup>59</sup> Demirel, *Geçmişten Günümüze PKK ve Ayaklanmalar*, s. 382-383; Mehmet Ali Bal, s. 194; Kaya, s. 36; Şahinoğlu, s. 133.

<sup>60</sup> Alkan, “Terör Örgütlerinin Finans Kaynakları”, s. 291.

<sup>61</sup> Mehmet Ali Bal, s. 189.

<sup>62</sup> Raphaeli, s. 62.

İCCB/AFİD, İBDA/C ve El-Kaide terör örgütleri kullanmaktadır.

Hizbullah terör örgütü mensubu olan ve örgütün hakim olduğu Diyarbakır, Batman, Mardin ve Bingöl illerinin köy camilerine fahri imam olarak gönderilen kişilerin camii cemaatinin dini duygularını istismar ederek para topladıkları, il merkezlerinde ise kontrolleri altındaki camii tuvaletlerinin işletmeciliğinden elde edilen gelirleri örgüte aktardıkları bilinmektedir.<sup>63</sup>

Bazen de terör örgütlerinin kurucuları oldukça varlıklı olabilmekte ve bizzat kendi malvarlıklarını bu örgütün finansmanı için kullanabilmektedirler. Örneğin, El-Kaide terör örgütü kurucusu ve lideri Usame Bin Ladin gibi.

### **1.2.2. Kültürel Faaliyet, Örgütsel Yayın ve Sosyal Etkinliklerden Elde Edilen Gelirler**

Terör örgütleri legal platformlardaki uzantıları olan dernek, vakıf ve siyasi partiler aracılığıyla bir takım tanışma, kutlama, şölen, konser, kuruluş yıldönümü ve kültürel geziler organize etmektedirler.<sup>64</sup> Bu organizasyonlarda çekiliş bileti, giriş davetiyesi satarak gelir temin etmekte ve bu gelirleri örgüte aktarmaktadırlar. Terör örgütü lideri Abdullah ÖCALAN mahkemeye verdiği ifadesinde; gerek yurtiçinde ve gerekse yurtdışında kültürel faaliyetlerden elde edilen gelirlerin PKK'ya aktarıldığını doğrulamıştır.<sup>65</sup>

## **2. TERÖR ÖRGÜTLERİNİN KULLANDIKLARI PARA TRANSFER YÖNTEMLERİ**

### **2.1. Kurye**

Terör örgütleri genellikle mahalle, semt, il, bölge ve ülke sorumluları düzeyinde hiyerarşik bir yapılanma şekli kullanırlar. Her bir sorumluya bağlı örgütün mali sorumlusu olarak faaliyet gösteren bir “mutemet” söz konusudur. Yani, mahalle sorumlusu veya mutemetinde toplanan örgüt gelirleri bir üst yapılanma olan semt sorumlusuna oradan da il sorumlusuna aktarılır. Nakit paranın bu şekilde sorumlular arasında transferi deşifre olmamış, hatta örgüt elemanları arasında dahi bilinmeyen “kuryeler” aracılığıyla gerçekleşir. Ancak, terör örgütleri yakalanma riski fazla olduğu için, paranın yurtdışına transferinde kurye yöntemini kullanmazlar.

Bazı terör örgütlerinde örgüt içi disiplin ve gizlilik üst düzeyde tutulduğundan dolayı, para transferlerinde bankaları kullanmazlar. Örneğin, Hizbullah terör örgütü tüm para transferlerini mutemet konumundaki örgüt militan-

<sup>63</sup> Demirel, *Türkiye’de El-Kaide Unsurları*, s.45,67; *Hizbullah Terör Örgütü*, s. 54.

<sup>64</sup> Mehmet Ali Bal, s. 189, 194; Kurubaş, s. 170; Özcan, s. 290, 314.

<sup>65</sup> Pirim ve Örtülü, s. 41.

ları aracılığıyla yapmıştır.<sup>66</sup>

## 2.2. Banka Transferleri

Terör örgütleri karapara aklayan organize suç örgütlerinin kullandıkları yöntemleri kullanarak bankalar üzerinden para transferi yapmaktadırlar. Uluslararası düzeyde faaliyet gösteren terör örgütleri, ülkeler arasında para transferi için daha çok yeraltı bankacılığı olarak da adlandırılan Hawala-Hundi<sup>67</sup> transfer sistemini de kullanmaktadırlar. Ancak, Türkiye'de bu yöntem kullanılmamakta para transferleri bankalar aracılığıyla yapılmaktadır.

Türkiye'de terör örgütleri yurtiçi veya yurtdışına para transferinde dikkat çekmemek için, işleme konu para miktarında kimlik tespit zorunluluğunu gerektiren limiti aşmamaya özen göstermektedirler. 9 Ocak 2008 tarih ve 26751 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve 1 Nisan 2008'de yürürlüğe giren Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmeliğin<sup>68</sup> 5. maddesinin c fıkrasına göre; EFT işlemlerinde işlem veya birbiriyle bağlantılı işlemlerin toplam tutarı 2.000 YTL veya üzerinde olduğunda işlemi yapan kişilerin kimlik tespitinin yapılması gereklidir.

Terör örgütleri kimlik tespit zorunluluğu sınırının altındaki tutarları şirinler (smurfing) veya parçalama (structuring)<sup>69</sup> yöntemlerini kullanarak,

<sup>66</sup> *Hizbullah Terör Örgütü*, s. 55.

<sup>67</sup> Hawala-Hundi; bazı Uzakdoğu, Avrupa ve Afrika ülkelerinde kullanılan ve bankalar dışında mağaza, süpermarket, döviz bürosu gibi yerlerden de ülke dışına para transfer edilebilmesine ve transfer edilen paranın aynı şekilde - transfer edilen ülkenin sistemi izin veriyorsa - benzer yerlerden çekilebilmesine imkan veren ve yazılı bir işlemi olmayan, ayrıntılandırılmadan yapılan para transfer sistemidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Olgun DEĞİRMENCİ, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu*, (Ankara; Turhan Kitabevi, 2007), s. 87-92; Raphaeli, s. 707 ve *International Narcotics Control Strategy Report-2002*, s. 72, <<http://www.state.gov/g/inl/rls/nrcrpt/2002/html/17940.htm>>, (11.07.2006).

<sup>68</sup> Resmi Gazete, <<http://rega.basbakanlik.gov.tr>> (25.1.2008).

<sup>69</sup> Kimlik bildirim yükümlülüğünden kurtulmak için, terör örgütleri tarafından fon, bu tutarın altındaki miktarlara bölünerek çok sayıda kişi tarafından, farklı hesaplara yatırılır. Buna şirinler yöntemi denir. Şirinler yöntemi için çok sayıda kişiye gerek vardır. Bu işlemi yapacak çok fazla elemanın olmadığı zamanlarda işlem sayısı artırılarak, belirli periyotlarla az sayıda kişi tarafından çok fazla işlem sayısı ile bildirim yükümlülüğünün altındaki tutarlar farklı hesaplara yatırılır. Buna da parçalama yöntemi denir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Değirmenci, s. 73-74; *Karaparanın Aklanması Suçu İle Mücadele ve Bankaların Yükümlülükleri*, s.18-20; Türkiye Barolar Birliği, s. 401.

çok fazla kişiden veya çok fazla işlemle bir kişiye kimlik bildirim yükümlülüğü altındaki tutarları EFT veya havale ile göndermektedir. Dernek veya vakıflar terör örgütünün legal uzantısı olarak kullanılıyorsa bu yöntemlerle para gönderilen hesaplar da ilgili dernek veya vakfın hesabı olmaktadır. Kimlik bildirim yükümlülüğünün altındaki tutarlarda bankalar üzerinden para transferleri yapan örgüt mutemetlerinin açık kimliklerini, banka kayıtlarını üzerinden daha sonra tespit edebilmek ise mümkün olmamaktadır.

### **3. TERÖRİZMİN FİNANSMANININ ÖNLENMESİNE YÖNELİK ULUSLAR ARASI SÖZLEŞMELER VE TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELER**

#### **3.1. Birleşmiş Milletler Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararları**

Türkiye, uzun yıllardan bu yana terör örgütlerine yönelik güvenlik boyutunda başarılı bir mücadele sergilemiştir. Uluslararası düzeyde ise terörün önlenmesine yönelik olarak Birleşmiş Milletler (BM) nezdinde hazırlanan tüm sözleşme ve protokolleri de imzalamıştır.

Türkiye, 22 Aralık 2001 tarih ve 3483 sayılı<sup>70</sup>, 21 Mart 2002 tarih ve 3873 sayılı<sup>71</sup>, 16 Mayıs 2002 tarih ve 4206 sayılı<sup>72</sup> ve 01 Ekim 2002 tarih ve 4896 sayılı<sup>73</sup> Bakanlar Kurulu kararları ile BM Güvenlik Konseyi'nin 1999/1267, 2000/1333 ve 2001/1373 sayılı kararlarını uygulamaya koyarak, ilgili Bakanlar Kurulu kararlarında belirtilen terör örgütleri, kişiler ve kuruluşların bankalar ve diğer mali kuruluşlar nezdindeki hak ve alacaklarının yanı sıra kiralık kasalar da dahil olmak üzere gerçek ve tüzel kişilik bünyesinde yer alan tüm malvarlıklarının dondurulmasını sağlamıştır.

Türkiye, Birleşmiş Milletler Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme'yi 4738 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun ile 10 Ocak 2002 tarihinde onaylamıştır.<sup>74</sup> BM, söz konusu Sözleşme'de Genel Kurulun 17 Aralık 1996 tarih ve 51/210 sayılı kararını da

<sup>70</sup> *Resmi Gazete*, Mükerrer Sayı: 24626, 30 Aralık 2001, <<http://rega.basbakanlik.gov.tr/>>, (01.02.2007).

<sup>71</sup> *Resmi Gazete*, Sayı: 24724, 12 Nisan 2002, <<http://rega.basbakanlik.gov.tr/>>, (01.02.2007).

<sup>72</sup> *Resmi Gazete*, Sayı: 24790, 19 Haziran 2002, <<http://rega.basbakanlik.gov.tr/>>, (01.02.2007).

<sup>73</sup> *Resmi Gazete*, Sayı: 24938, 16 Kasım 2002, <<http://rega.basbakanlik.gov.tr/>>, (01.02.2007).

<sup>74</sup> Sözleşmenin tam metni için bkz. *Resmi Gazete*, Sayı: 24643, 17 Ocak 2002, <<http://rega.basbakanlik.gov.tr/>>, (01.02.2007).

gerekçe göstererek, terör örgütlerinin uluslararası düzeydeki eylemlerinin sayısının ve boyutunun bu örgütlerin mali kaynakları ile orantılı olduğuna dikkat çekmiştir.<sup>75</sup> Sözleşme ile terörün finansmanı, uluslararası bir sözleşmede ilk defa suç olarak kabul edilerek terörle mücadele konusunda ülkelere önemli bir açılım yapılmıştır.

Sözleşme'nin 1. maddesinin 1. fıkrasında fon; "her ne suretle edinilmiş olursa olsun, maddi veya gayri maddi, menkul veya gayrimenkul, her türlü kıymeti ve bu kıymetler üzerinde bir mülkiyet hakkı veya çıkarı kanıtlayan, elektronik veya dijital şekilleri dahil olmak üzere, her türlü görünüşteki belge ve yasal araçları ve bu çerçevede banka kredilerini, seyahat çeklerini, para havalelerini, hisse senetlerini, teminatları, tahvilleri, kredi mektuplarını, işbu tatat sınırlayıcı olmaksızın kapsar." şeklinde tanımlanmıştır.

Sözleşme'nin 2. maddesinin 1. fıkrasında ise, Sözleşmenin ekinde yeralan andlaşmaların<sup>76</sup> kapsamına giren eylemlerin gerçekleştirilmesi amacıyla veya bir halkı korkutmak, devlet yönetimini veya uluslararası bir örgütü bir eylemde bulunmak veya bir eylemini önlemek için zor kullanmak, bir sivil veya silahlı çatışma halinde çatışmaya doğrudan katılmayan birisini öldürmek veya yaralamak amacıyla fon sağlayanların Sözleşme'yi ihlal ederek terörün finansmanı suçunu işlemiş olacağı belirtilmiştir. Sözleşmenin 2. maddesinin 1. fıkrası tek başına değerlendirildiğinde; sadece a) ve b) bendlerinde sayılan eylemlerde kullanılmak üzere fon sağlanması halinde, Sözleşme kapsamında terörizmin finansmanı suçunun işlenmiş kabul edileceği gibi bir anlam ortaya çıkmaktadır. Ancak, 1. fıkranın lafzından ulaşılan bu yorumun, bir bütün olarak ele alındığında Sözleşme'nin amacı ile bağdaşmadığını söyleyebiliriz. Diğer yandan, Sözleşme'de, terör örgütlerine doğrudan veya dolaylı olarak fon sağlamanın da terörizmin finansmanı suçunu oluşturabileceği açık olarak düzenlenmemiştir. Sözleşme'nin 2. madde-

<sup>75</sup> Değirmenci, s. 171.

<sup>76</sup> Bu andlaşmalar; Uçakların Yasadışı Ele Geçirilmesinin Önlenmesi Sözleşmesi, Sivil Havacılık Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesi Sözleşmesi, Diplomatik Ajanlar Dahil Uluslar arası Korunan Kişilere Karşı Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi, Rehin Almalara Karşı Uluslar arası Sözleşme, Nükleer Maddelerin Fiziki Korunması Sözleşmesi, Uluslararası Sivil Havacılığa Hizmet Veren Havalimanlarında Yasadışı Şiddet Eylemlerinin Önlenmesi Protokolü, Sivil Havacılık Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesi Sözleşmesine Ek Protokol, Denizcilik Seferyollarının Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesi Sözleşmesi, Kıta Sahanelerinde Kurulu Sabit Platformların Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesi Hakkında Protokol ve Terörist Bombalamaların Önlenmesi Sözleşmesi'dir.

sinin 1. fıkrasında, her ne kadar belirtilen terörist eylemler kapsamında kullanılmak amacıyla fon sağlamak suç kapsamına alınmışsa da, burada genişletici yorum yaparak; terör örgütlerine doğrudan veya dolaylı olarak finansman sağlamanın da Sözleşme kapsamında terörizmin finansmanı suçunu oluşturacağı sonucuna varmak gerekir. Zira, 2. maddenin 3. fıkrasına göre; elde edilmiş olan fon 1. fıkranın a) ve b) bendlerinde sayılan eylemlerde kullanılmamış olsa dahi terörizmin finansmanı suçunun işlendiği kabul edilecektir.

2. maddenin 1. fıkrasına göre; her kim a) bendinde sayılan eylemlerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak amacıyla veya kullanılacağını bilerek, doğrudan veya dolaylı olarak fon sağlar veya toplarsa bu Sözleşme kapsamında cezalandırılacaktır. Sözleşme burada bilerek ve isteyerek fon sağlanmasından söz ederek failde doğrudan kastın varlığını aramıştır. Yani, legal finansman sağlama yöntemleri içerisinde bahsettiğimiz sosyal etkinliklerden elde edilen gelirler, bağış veya hayır standlarına yapılan iyi niyetli yardımlar bu kapsamda değerlendirilmeyecektir. 4. fıkraya göre, terörizmin finansmanı suçuna teşebbüs edenler de bu Sözleşme kapsamında cezalandırılacaklardır. Diğer yandan, a) bendinde sözü edilen anlaşmalardaki eylemlerin terörizmin finansmanı kapsamında değerlendirilebilmesi için, Sözleşmeye taraf devletlerin hem bu anlaşmaları hem de Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme'yi onaylaması gereklidir.<sup>77</sup>

Sözleşme'de, terörizmin finansmanının önlenmesi ve faillerinin kovuşturulması ve cezalandırılması konusunda uluslararası düzeyde ülkeler arasında yapılacak işbirliğinin önemine değinilmiştir. 4. maddeye göre; Sözleşme'ye taraf devletler iç hukuklarında 2. maddede belirtilen suçların soruşturulması ve kovuşturulması için gerekli düzenlemeleri yapmak zorundadırlar. Taraf devletler suç kendi ülke topraklarında, ülke bayrağını taşıyan deniz veya hava aracında veya vatandaşı tarafından işlendiğinde cezai kovuşturma yetkisine sahiptir (m. 7/1).

Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasına göre; bir tüzel kişiliği kontrol eden veya yöneten kişinin 2. madde kapsamındaki suçlardan sorumlu tutulabilmesi için, tüzel kişiliğin taraf devletin iç hukukuna uygun olarak veya kendi ülke toprakları üzerinde kurulmuş olması gereklidir. Söz konusu tüzel kişiliğin merkez organı bir ülkede kurulmuş, başka ülkelerde de şubeler açarak faaliyet gösteriyor olabilir.<sup>78</sup> Bu durumda, 5. maddenin 3. fıkrasına göre; şubeler hakkında uygulanacak yaptırımları toprakları üzerinde faaliyet gös-

<sup>77</sup> Kaya, s. 37.

<sup>78</sup> Kaya, s. 38.

termiş olduğu taraf devlet kendi iç hukukuna uygun olarak yerine getirecektir. Bu yaptırımlar cezai, idari, hukuki veya parasal nitelikte olabilir. 7. maddenin 4. fıkrasına göre; taraf devlet fail zanlısını kendi iç hukukuna uygun olarak yargılamalı veya diğer taraf devlete yargılanması için iade etmelidir. Taraf devlet ülkesinde bulunan fail zanlısını iade etmeyecekse, gecikmeye mahal vermeksizin kendi iç hukukuna göre etkin bir şekilde yargılamalıdır. Suç kendi ülke topraklarında işlenmemiş olsa dahi taraf devletin yargılama yetkisi saklıdır (m.10/1).

Terörizmin finansmanının önlenmesinde ülkeler arasındaki adli yardımlaşma da önemlidir. Sözleşme bu çerçevede ülkeler arasında yapılacak adli yardımlaşmayı da düzenlemiştir. 12. maddenin 1. paragrafına göre; taraf devletler terörizmin finansmanı ile ilgili ellerinde bulunan bilgi, belge ve diğer deliller ile ceza soruşturmaları, davaları veya faillerin iadesinde gerekli adli yardımlaşma taleplerini en geniş şekilde yerine getirmekle yükümlüdürler. Ancak, 5. fıkraya göre; taraf devletler adli yardımlaşma ile ilgili yükümlülükleri öncelikle bu konuda aralarında daha önceden yaptıkları ikili veya çok taraflı anlaşmalar, eğer böyle bir anlaşma yoksa adli yardımlaşmayı iç hukuklarındaki düzenlemeler çerçevesinde yerine getireceklerdir. Taraf devletler adli yardımlaşma ile ilgili talepleri Sözleşme'nin 2. maddesinde belirtilen suçları mali veya siyasi suç olarak değerlendirip geri çeviremeyeceklerdir (m. 13, 14). Adli yardımlaşma talebi ile ilgili olarak, taraf devletler iç hukuklarında banka hesaplarının gizliliğiyle ilgili olan düzenlemeleri gerekçe göstererek, diğer taraf devletin adli yardımlaşma talebini geri çeviremeyecektir (m. 12/2). Aksi halde, ülkeler adli yardım talep eden devlete, müşteri hesaplarının gizliliğini gerekçe göstererek bilgi vermekten kaçınabilecek, bu durum bazen ülkeler arasında suistimallere neden olabilecektir.

### **3.2. Ulusal Hukukta Yapılan Düzenlemeler**

#### **3.2.1. Terörle Mücadele Kanunu**

Terörizmin finansmanının önlenmesine yönelik olarak 12 Nisan 1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda (TMK) değişiklikler yapılmıştır. 18 Temmuz 2006 tarih ve 5532 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 8. maddede değişiklik yapılarak terörün finansmanının önlenmesine yer verilmiştir. TMK'da ilk kez düzenlenen terörün finansmanı suçu ile ilgili bu yeni düzenleme; yukarıda belirttiğimiz ve Türkiye tarafından onaylanan Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine

getirilmesi amacıyla yapılmıştır.<sup>79</sup>

TMK'nın 8. maddesinde "Her kim tümüyle veya kısmen terör suçlarının işlenmesinde kullanılacağını bilerek ve isteyerek fon sağlar veya toplarsa, örgüt üyesi olarak cezalandırılır. Fon, kullanılmamış olsa dahi, fail aynı şekilde cezalandırılır.

Bu maddenin birinci fıkrasında geçen fon; para veya değeri para ile temsil edilebilen her türlü mal, hak, alacak, gelir ve menfaat ile bunların birbirine dönüştürülmesinden hasıl olan menfaat ve değeri ifade eder." denilmektedir.

Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme'nin 1. maddesinin 1. fıkrasında sınırlı sayım yoluyla tanımlanan "fon"un aksine TMK'nın 8. maddesinin 2. fıkrasında fon geniş bir çerçeve çizilerek tanımlanmıştır. Bu haliyle yasakoyucu TMK'da fon kavramı konusunda sınırlı tanımlama yoluna gitmeyip kazuistik metottan uzaklaşarak, Sözleşme'nin verdiği fon kavramını en geniş haliyle tanımlayarak, iç hukukumuzda dahil etmiştir. Bu açıdan TMK m. 8/2'deki fon kavramı Sözleşmedeki fon kavramından daha geniş kapsamlıdır.

TMK'nın 8. maddesinde yapılan bu yeni düzenlemede "her kim..." ifadesi kullanılarak, suçun failinin Türk vatandaşı olması şartı aranmayarak, herhangi bir kimsenin bu suçu işleyebileceği belirtilmiştir. 8. maddede söz konusu suçun faili tek bir kişi olabileceği gibi, iki veya daha fazla kişi de olabilir. Suçun maddi unsuru olarak fon, terör suçları ve örgüt üyeliğinden bahsedilmiş, fon 8. maddenin ikinci fıkrasında; "para veya değeri para ile temsil edilebilen her türlü mal, hak, alacak, gelir ve menfaat ile bunların birbirine dönüştürülmesinden hasıl olan menfaat ve değer..." şeklinde tanımlanarak maddeye açıklık kazandırılmıştır. Terörizmin finansmanı olarak kullanılacak para; yasal sisteme dahil olmuş olan para olabileceği gibi, illegal yollardan temin edilmiş para da olabilir. Terör örgütleri özellikle illegal yöntemler kullanılarak elde edilmiş yasadışı parayı altın, borsa, menkul, gayrimenkul veya dövize çevirerek başka bir şekle sokmakta ve izini kaybettirmeye çalışmaktadırlar. TMK m. 8/2'ye göre; terörizmin finansmanı amacıyla kullanılan fonlar başka bir şekle dönüştürülmüş olsa dahi bu madde kapsamında değerlendirilecektir. Fonun kullanılıp kullanılmaması da mad-

<sup>79</sup> 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun gerekçesi ve komisyon raporları için bkz. *Terörle Mücadele Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve İçişleri İle Adalet Komisyonları Raporları*, Dönem: 22, Yasama Yılı: 4, 18 Nisan 2006, <<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1222m.htm>>, (01.02.2007); Baltacı, s. 335-336; Çiçek, s. 45.

denin uygulanması açısından önemli değildir.

Terör suçları ise, 3. ve 4. maddelerde sınırlı sayım yolu ile belirtilmiştir. TMK'nın 3. maddesinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) ilgili maddelerine uyarlanmış değişiklik yapılarak terör suçları sınırlı sayım yoluyla belirlenmiştir. Ancak, TMK'nın 3. maddesinde yapılan değişiklikten önceki yasa maddesi kapsamında işlenip 765 sayılı TCK'ya yollamada bulunan suçların da bu madde kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir. TMK'nın 4. maddesinde yapılan değişiklikle TCK ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar İle Diğer Aletler Hakkında Kanunda katalog halinde belirlenen suçlar ile 6831 sayılı Orman Kanununun 110/4-5. maddesinde yer alan suçların doğrudan terör suçu olmasalar bile, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmeleri halinde terör suçu sayılacağı kabul edilmiştir. Yasanın 2. maddesinde; terör örgütü üyesi olan yada örgüt üyesi olmasa dahi terör örgütü adına suç işleyen kişi terör suçlusu olarak tanımlanmıştır. Zira, terör örgütleri bazen hedef saptırmak için, eylemlerinde taşeron<sup>80</sup> kullanmakta ve eylemleri başka bir terör örgütüne, organize bir suç örgütüne veya herhangi bir terör örgütü ile bağlantısı olmayan bir kişiye yaptırabilmektedirler.

TMK'nın 8. maddesine göre, terör örgütü adına suç işleyen kişi de örgüt üyesi olarak algılanacaktır. Özellikle terör örgütüne finansman sağlamak amacıyla işlenen kaçakçılık suçlarında çoğu zaman örgüt kendisini deşifre etmemek için, örgütle bağlantısı olmayan kişileri kullanabilmekte, bazen de kaçakçılık işiyle uğraşan organize suç örgütleri ile işbirliği yapabilmektedir. Bu durumda da terör örgütü adına finansman sağlayan bu kişi veya organize suç örgütleri de terör örgütü üyesi olarak cezalandırılacaktır.

Suçun manevi unsurunda "...bilerek ve isteyerek..." işlenmesi halinden söz edilerek suçun taksirle işlenmesi halinde ceza verilemeyeceği kabul edilmiştir.<sup>81</sup> Madde hükmü; suçun işlenmesinde terör maksadı arayarak failde doğrudan kastın varlığını kabul etmiştir.<sup>82</sup> Yasakoyucu bu düzenlemeyle;

80 Terör örgütleri bazen eylemleri bir başka terör örgütüne veya herhangi bir organize suç örgütüne veya herhangi bir terör örgütü ile bağlantısı olmayan kişi/kişilere yaptırabilmektedirler. Bunun için de eylemi ihale ettikleri kişilere ve örgüte belirli bir ücret ödemektedirler. İşte eylemlerin ihale edildiği bu üçüncü kişi, terör örgütü veya organize suç örgütüne taşeron denilmektedir.

81 Zeki Hafizoğulları ve Günel Kurşun, "Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl: 20, Sayı: 71, Temmuz/Ağustos 2007, s. 77; Çiçek, s. 45.

82 Özgenç'e göre; "Bir suçun kanuni tanımında 'bilerek', 'bildiği halde', 'bilmesine rağmen' gibi ifadeler yer verilmiş ise, bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir." Ayrıntılı

terör örgütlerine bilinçsizce yardımda bulunan kişileri suç kapsamının dışına alarak, cezalandırılmaları yoluna gitmemiştir. Zira, terör örgütleri legal finansman sağlama yöntemleri içerisinde de bahsettiğimiz gibi, çeşitli yardım organizasyonları adı altında terör örgütünün asıl kimliğini gizleyerek kişilerden yardım toplamaktadırlar. Aslında yardımda bulunan bu kişiler, yardımlarının terör örgütlerine gittiğini bilmemektedirler.

### 3.2.2. Türk Ceza Kanunu

3713 sayılı TMK'nın 5532 sayılı Kanunla değişik 8. maddesine göre; terör suçlarının işlenmesi amacıyla bilerek ve isteyerek finansman sağlamak suç teşkil etmektedir. Terör örgütlerinin finans kaynaklarının kurutulması amacıyla, terör örgütleri tarafından sahip olunan fonların müsadere edilmesine yönelik yasal düzenlemeler, TCK'nın 55. maddesinde yapılmıştır. Bu nedenle, terör suçlarından elde edilen gelirlerin müsaderesine yönelik TMK'da ayrıca düzenleme yapılmasına ihtiyaç duyulmamıştır.

TCK'nın "kazanç müsaderesi" başlıklı 55. maddesinde "Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan yada suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların..." müsadere edileceği hüküm altına alınmıştır. Maddenin amacı; suç işleyerek kazanç elde edilmesini önlemektir. TMK'nın 8. maddesi kapsamında terör örgütlerine sağlanan fonlar, TCK'nın 55. maddesine göre mahkeme kararı ile müsadere edilebilir. Ancak, mahkeme tarafından müsadere kararı verilebilmesi için elde edilen bu fonların suçun mağduruna iade edilememesi gerekir.<sup>83</sup> Ayrıca, müsadere konusu fonlar harcanarak, imha edilerek veya tüketilerek ortadan kaldırılmış ve müsaderesi imkansız hale gelmiş olabilir. Bu durumda terörizmin finansmanı amacıyla kullanılan fonların karşılığı olan para tutarı TCK'nın 55/2. maddesine istinaden müsadere edilecektir.<sup>84</sup>

Terör örgütü ile herhangi bir bağlantısı olmayan iyi niyetli kişiler de legal finansman yöntemleri bölümünde bahsettiğimiz finans sağlama yöntemlerini kullanan bir terör örgütüne bilinçsizce maddi yardımda bulunmuş olabilirler. Bu durumda, TMK'nın 8. maddesi failde doğrudan kastın varlığını şart koştuğundan, TCK'nın 55. maddesi iyi niyetli bu üçüncü kişilerin maddi değerlerinin müsaderesine izin vermeyecektir.

Terörün finansmanının önlenmesine yönelik diğer bir düzenleme TCK

---

bilgi için bkz. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006), s. 220-227.

83 Değirmenci, s. 498.

84 Değirmenci, s. 498-499.

m. 282'deki suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçudur. TCK'nın 282. maddesi; "Alt sınırı bir yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini, yurtdışına çıkaran veya bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek ve meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla çeşitli işlemlere tabi tutan kişi(nin)..." cezalandırılacağını hüküm altına almıştır. Maddenin üçüncü fıkrasında ise, bu suçun suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde verilecek cezanın bir kat arttırılması öngörülmüştür. 282. madde, ancak alt sınırı bir yıl hapis cezasını gerektiren suçlarda uygulanabilir ki, bu ceza alt sınırı da TMK'nın 3. ve 4. maddelerinde katalog halinde sayılan terör ve terör amacı ile işlenen suçların ceza alt sınırlarına uygundur. Bir yıl ve üzeri hapis cezasını öngören suçların işlenmiş olması TCK m. 282'nin uygulanabilmesi için bir ön şarttır. Terör veya terör amacıyla işlenen suçlar neticesinde terör örgütünün elde ettiği malvarlığı değerleri, yukarıda bahsettiğimiz para transfer yöntemleriyle yurtdışına transfer edilebilmektedir. Para transfer işlemleri asıl kaynağı gizlemek amacıyla özellikle şirinler ve parçalama aşamalarından geçirilerek farklı bir kimliğe büründürülmekte ve meşru ekonomik sisteme sokulmaktadır. Bu bağlamda, TCK m. 282/1 ve 3 bu yöntemleri kullanarak finansman sağlayan terör örgütlerinin faaliyetlerini önlemek açısından getirilmiş hukuki bir düzenlemedir.<sup>85</sup>

TCK m. 282'deki suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun maddi unsurunu; bir yıl ve üzeri hapis cezasını gerektiren suçlardan elde edilen para ve illegal kaynağını gizlemek amacıyla çeşitli işlemlere tabi tutularak elde edilen para oluşturmaktadır. İlegal kaynağını gizlemek amacıyla suçtan elde edilen para döviz, altın, borsa, menkul veya gayrimenkul kıymetlere dönüştürülebilir veya bankaya yatırılarak başka bir kimliğe büründürülebilir. Burada amaç, terör örgütü açısından, illaki suçtan elde edilen parayı değerlendirmek değil, gayri meşru kaynağını gizlemektir.<sup>86</sup> Dolayısıyla suçtan elde edilen paranın miktarının artması veya azalması önemli değildir. Ancak, bu şekilde suçtan elde edilen paranın dönüştürülmesi m. 282'nin uygulanmasını gerektirir. Ayrıca, terörizmin finansmanı amacıyla kullanılan paranın kurye aracılığıyla yurtdışına çıkarılması halinde de m. 282'nin uygulanacağı açıktır.

TCK m. 282 kapsamında aklama suçunun oluşabilmesi için doğrudan kast yeterlidir.<sup>87</sup> Yasakoyucu, suçun oluşumu için özel bir maksat aramamış-

<sup>85</sup> Değirmenci, s. 464.

<sup>86</sup> Değirmenci, s. 463-464.

<sup>87</sup> Değirmenci, s. 467.

tır. Aklama suçunun faili herkes olabilir.<sup>88</sup> Fail tek kişi olabileceği gibi, terör örgütleri açısından değerlendirdiğimizde, üç veya daha fazla kişi de olabilir. Bu durumda failer hakkında TCK m.282/3 uygulanarak verilecek cezanın bir kat artırımı yoluna gidilecektir. Zira, yasakoyucu aklama suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ceza artırımı yoluna giderek, terörün finansmanı suçunu önlemek istemiştir. Ancak, madde gerekçesine göre; m. 282/3 kapsamında aklama suçunun işlenmesi halinde uygulanacak ceza artırımı, TCK m. 220/1 ve 2’de düzenlenen örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçundan dolayı ayrıca ceza uygulanmasına engel değildir.<sup>89</sup>

### 3.2.3. Ceza Muhakemesi Kanunu

Suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin aklanması suçunun soruşturulması ve kovuşturulması ile ilgili usul ve esaslar Ceza Muhakemesi Kanunu’nda (CMK) düzenlenmiştir. CMK’nın 123. maddesinde “İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır. Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir.” denilerek terörün finansmanı açısından kazanç müsaderesine konu olabilecek malvarlığı değerlerine elkonulabileceği belirtilmiştir. “Genel elkoyma” olarak nitelendirilen bu tedbirin yanında CMK’da ayrıca “özel elkoyma” halleri de düzenlenmiştir.<sup>90</sup> Özel elkoyma hallerinden birisi olan taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma 128. maddede düzenlenerek, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerine soruşturma aşamasında elkonulabileceği hüküm altına alınmıştır. 128. maddenin birinci fıkrasında elkoymaya konu olabilecek malvarlığı değerleri sınırlı sayım yoluyla belirtilmiştir. Ancak, burada terörizmin finansmanından elde edilecek malvarlığı değeri açık olarak belirtilmemiş olmasına rağmen, 128. maddenin birinci fıkrasının son bendinde “diğer malvarlığı değerleri” ifadesi kullanılarak maddeye geniş bir uygulama alanı getirilmiştir. Ancak, her ne kadar yasakoyucu tarafından açık olarak düzenlenmemiş olsa da, terör gibi kapsamlı bir suçtan kaynaklanan malvarlığı değerinin, birinci fıkrada katalog halinde sayılan suçlar arasında açık olarak belirtilmesi gerekirdi.

128. maddenin ikinci fıkrasında ise, taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma tedbirinin hangi suçlar bakımından uygulanabileceği sınırlı sayım yoluyla düzenlenmiştir. Katalog halinde düzenlenen bu suçları incelediği-

<sup>88</sup> Değirmenci, s. 448, 476.

<sup>89</sup> TBMM Adalet Komisyonunca kabul edilen Türk Ceza Kanunu madde gerekçeleri, <[www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc)> (01.02.2007).

<sup>90</sup> Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2006), s. 254.

mizde; terörizmin finansmanına konu olabilecek uyuşturucu madde, silah ve insan kaçakçılığı ile sahtecilik suçlarına yer verilmesine rağmen, TCK m.282'de düzenlenen suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması suçunun yeralmadığını görüyoruz. Oysa ki, CMK m. 128/2'de sayılan katalog suçlar dışında kalan suçlar hakkında elkoyma tedbirinin uygulanması imkanı yoktur.<sup>91</sup> Yasakoyucu, TCK m. 220'de düzenlenen suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunu CMK m.128/2'ye dahil ederek, TCK m. 282'yi bu kapsamda değerlendirme yoluna gitmiş olabilir. Eğer bu düşünceyle hareket edilmişse, o zaman uyuşturucu madde, silah ve insan kaçakçılığı ile sahtecilik suçları da TCK m. 220 kapsamında değerlendirilerek, CMK m. 128/2'de açık olarak yer verilmemeliydi. Kanaatimce, bu bir eksikliktir. Bu eksikliğin, CMK m. 128/2'de yapılacak değişiklikle giderilmesi gereklidir.

CMK m.127'de genel elkoyma kararını vermeye yetkili makamlar düzenlenmiştir. Buna göre; genel elkoymaya ancak hakim karar verebilir. Ancak, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararı ile elkoyma işlemi yerine getirilebilir. Cumhuriyet savcısına ulaşılamayan hallerde ise, kolluk amirinin yazılı emri üzerine elkoyma işlemi yapılabilir. Gecikmesinde sakınca olan hallerde hakim kararı olmaksızın yapılan bu elkoyma işlemleri, elkoyma anından itibaren en geç 24 saat içinde hakim onayına sunulmalı ve hakim elkoyma anından itibaren en geç 48 saat içinde yapılan bu elkoyma işlemine onay vermelidir. Aksi halde hakim kararı olmaksızın yapılan bu elkoyma işlemi geçersiz olur. Ancak, CMK m. 128/9'a göre; taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoymaya sadece hakim karar verebilir. Çünkü, m. 128'de m. 127'den farklı olarak özel elkoyma halleri düzenlenmiştir. Buna göre; işlenmiş olan suçtan elde edildiğine dair hakkında kuvvetli şüphe sebebi bulunan ve m.128/1'de sınırlı sayım yoluyla düzenlenen taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma işlemi hakim kararıyla yapılabilecektir.

#### **3.2.4. 5549 Sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun**

Türkiye, uluslararası düzeyde terörizmin finansmanının önlenmesi amacıyla oluşturulan Mali Eylem Görev Gücü'nün (FATF) üyesidir. Türkiye'de de karaparanın aklanmasının önlenmesi amacıyla, 17 Şubat 1997 tarihinde 4208 sayılı Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun'un 3. maddesinde görev ve yetkileri tanımlanan Mali Suçları Araştırma Kurulu

<sup>91</sup> Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 259; Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, (İstanbul: Beta Basım Yayım, 2006), s. 952.

(MASAK) faaliyete geçirilmiştir. MASAK organize suç örgütlerinin yanı sıra, karapara aklamada benzer yöntemleri kullanan terör örgütlerine yönelik olarak da çalışmalarda bulunmaktadır.

5271 sayılı yeni TCK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte 282. maddede "karapara" yerine "suçtan kaynaklanan malvarlığı" ve "karapara aklama" suçu yerine "suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama" suçuna yer verilmiştir. TCK'daki bu yasal düzenlemeye paralel olarak da 4208 sayılı Kanun'un birçok maddesini yürürlükten kaldıran 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun 18 Ekim 2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 5549 sayılı Kanun 4208 sayılı Kanun'da yer alan karaparanın aklanması suçunu da ortadan kaldırmıştır. Çünkü, TCK m. 282 karşısında ayrı bir suç tanımına gerek kalmamıştır.

5549 sayılı Kanun esas itibariyle; TCK m. 282 kapsamında düzenlenen suç gelirlerinin aklanmasının önlenmesine ilişkin usul ve esasları düzenleyerek, MASAK'ın görev ve yetkilerini yeniden belirlemiştir.

MASAK yeni düzenleme ile daha çok bir koordinasyon birimine dönüştürülerek Maliye Bakanı'na bağlı olarak yapılandırılmıştır. Üstlenmiş olduğu görev itibariyle tarafsız bir kurum olması gereken MASAK'ın hiyerarşik olarak Maliye Bakanı'na doğrudan bağlı olarak yapılandırılması madde gerekçesinde; "düzenleme, denetleme, koordinasyon ve veri toplama-analiz fonksiyonlarını etkin bir biçimde yerine getirebilmesi için..."<sup>92</sup> şeklinde açıklansa da, bu yapılandırma şekli kurumun tarafsızlığına gölge düşürecektir.

5549 sayılı Kanun'un 3. maddesinde kimlik tespitine ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Terörizmin finansmanı amacıyla bankalar üzerinden yapılacak para transferlerinde, banka görevlileri işlem yapan kişinin kimlik bilgilerini tespit etmek zorundadır. 9 Ocak 2008 tarih ve 26751 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve 1 Nisan 2008'de yürürlüğe giren Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmeliğin<sup>93</sup> 5. maddesinin c fıkrasına göre; elektronik para transfer işlemlerinde (EFT veya havale) işlem veya birbiriyle bağlantılı işlemlerin toplam tutarı 2.000 YTL veya üzerinde olduğunda işlemi yapan kişilerin

<sup>92</sup> 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun'un gerekçesi ve komisyon raporları için bkz. *Mali Suçları Araştırma Kurumunun Teşkilat ve Görevleri İle Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum İle Plan ve Bütçe Komisyonu Raporları*, Dönem: 22, Yasama Yılı: 4, 09 Haziran 2005, <<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1201m.htm>>, (19.02.2007).

<sup>93</sup> Resmi Gazete, <<http://rega.basbakanlik.gov.tr>> (25.1.2008).

kimlik tespitinin yapılması gereklidir.<sup>94</sup> Ancak, terörizmin finansmanı amacıyla büyük meblağların, şirinler yöntemi kullanılarak kimlik bildirim yükümlülüğü sınırının altındaki miktarlara bölünerek transfer edildiği MASAK tarafından bilindiği halde, yeni yönetmeliğe böyle bir düzenlemenin konulmuş olması uygun değildir. Bu şekliyle yeni yönetmelikte kimlik bildirim yükümlülüğü sınırı ile ilgili eski anlayış benzer bir şekilde devam ettirilmiştir. Zira, yönetmelikte kimlik bildirim yükümlülüğü için bir limit sınırlaması konulmayarak tüm elektronik para transfer işlemlerinde kimlik tespitinin yapılması terörizmin finansmanı ile etkin mücadele edilebilmesi için gereklidir.

Terör örgütlerine sağlanan finansal desteği takip etmek oldukça güçtür ve sadece bir kurumun başarabileceği bir mücadele değildir. Bu konuda kurumlar arasında bilgi değişimini süratli bir şekilde sağlamak ve işbirliğini geliştirmek son derece önemlidir. 5549 sayılı Kanunun “erişim sistemi” başlığını taşıyan 9. maddesinde bu konuda ilk defa düzenleme yapılmış olması terörizmin finansmanının önlenmesi açısından umut vericidir. 9. maddenin birinci fıkrasına göre; MASAK’a ekonomik olaylara, servet unsurlarına, vergi mükellefiyetlerine, nüfus bilgilerine ve kanun dışı faaliyetlere ilişkin kayıt tutan kamu kurum ve kuruluşlarının veri bankalarına sanal ortamda erişim imkanı verilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında kamu sermayeli bankalar ve kamu iktisadi teşebbüslerinin bu uygulamanın dışında tutulması şüphe ve endişe vericidir. Ayrıca, hazırlanacak olan yönetmelikte bilgi erişim sistemini kullanarak verilere ulaşacak görevlilerin sayısı sınırlandırılarak, şifreleme veya sanal imza yöntemiyle görevlinin kimliğinin tespit edilebilmesine dair düzenlemeye yer verilmelidir. Aksi halde, bu uygulama kontrolsüz bir şekilde yapılırsa süreç içerisinde bir takım suistimallere yol açabilir.

5549 sayılı Kanun’un 17. maddesine göre; terörün finansmanı suçunun işlenmesi veya işlendiğine dair kuvvetli şüphe bulunması halinde CMK m. 128 uyarınca malvarlığı değerlerine el konulabilecektir. Elkoyma kararını vermeye yetkili makamlar ise 17. maddenin ikinci fıkrasında CMK m. 127’deki şekliyle tekrar düzenlenmiştir. Ancak, CMK’da düzenlenen elkoyma işleminin tekrar 5549 sayılı Kanun’da düzenlenmesine gerek yok-

---

<sup>94</sup> 02.07.1997 tarih ve 23037 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren ve 1 Nisan 2008 tarihine kadar yürürlükte kalan Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine Dair 4208 Sayılı Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 4. maddesinde; elektronik para transfer işlemlerinde kimlik bildirim yükümlülüğü sınırı 12.000 YTL olarak belirlenmişti. *Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine Dair 4208 Sayılı Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik*, <<http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/20149.html>>, (25.01.2008).

tur. Zira, CMK'daki elkoyma ve diğer koruma tedbirleri suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin soruşturulmasında doğrudan uygulanmaktadır.<sup>95</sup> MASAK, terörizmin finansmanının önlenmesi amacıyla veri toplamak, şüpheli işlem bildirimlerini almak, analiz etmek ve değerlendirmekle görevlidir. Bu değerlendirme sürecinde gerek duyarsa, kolluk birimlerinden terörizmin finansmanı ile ilgili inceleme ve araştırma yapılması talebinde bulunabilecektir. Yapılan bu değerlendirmeler sonucunda terörizmin finansmanı suçunun işlendiği tespit edilir veya ciddi şüpheler mevcut olursa konuyla ilgili Cumhuriyet savcılığına ihbarda bulunulacaktır. Terörizmin finansmanının daha etkin takip edilebilmesi ve verilerin daha sağlıklı değerlendirilebilmesi için başka kurumlarda çalışan terör konusunda uzmanlaşmış personel geçici olarak MASAK'da görevlendirilebilecektir. MASAK, gerek duyduğunda her türlü bilgi ve belgeyi kişi, kurum veya kuruluşlardan isteyebilecektir (5549 sayılı Kanun m. 19/1-e, f, g, ı, j, k).

5549 sayılı Kanun'un 20. maddesi ile oluşturulan koordinasyon kuruluna birçok kamu kurum ve kuruluşundan üst düzey görevliler dahil edilip, İçişleri Bakanlığı'ndan bir terör uzmanının dahil edilmemesi bir eksikliktir.

MASAK, yapmış olduğu çalışmalar sonucunda tebliğler yayımlayarak 4208 ve 5549 sayılı Kanunlara göre yükümlü sayılanların yaptıkları işlemlerde şüpheli olarak değerlendirilebilecek işlem tiplerini belirlemiştir. 31 Aralık 1997 tarih ve 23217 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan MASAK 2 No'lu Genel Tebliği'nin II/B bölümünde; 19 madde halinde karaparanın aklanması ile ilgili şüpheli işlem olarak değerlendirilebilecek haller sayılmıştır. Bu şüpheli işlem tiplerine 07 Şubat 2002 tarih ve 24664 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren MASAK 3 No'lu Genel Tebliği ile "Fonların, terörizmin veya terörist eylemlerle ilgili veya bağlantılı olduğundan yada bu amaçla kullanıldığından şüphe duyulması yada şüphe duyulması için makul nedenler bulunması" hali ilave edilmiştir. Bu son düzenleme ile şüpheli işlem tipi 20'ye ulaşmıştır.

### 3.2.5. Bankacılık Kanunu

19 Ekim 2005 tarih ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun "sırların saklanması" başlığını taşıyan 73. maddesine istinaden müşterilere ait bilgiler yetkili mahkemeler haricinde hiçbir kişi veya kuruma verilememektedir. Ancak, maddenin ikinci fıkrasında; müşterilere ait bilgilerin özel kanunlarda yetkilendirilen kişilere verilebileceği belirtilerek, MASAK'a atıfta bulunul-

<sup>95</sup> Koruma tedbirleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 200-306; Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, s. 730-963; Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (İstanbul: Beta Basım Yayım, 2006), s. 278-373.

muştur. Zira, 5549 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 2. fıkrasında yapılan düzenlemeye göre; bankalar MASAK Başkanlığı ve denetim elemanlarına talepleri halinde bilgi ve belge vermek zorundadırlar. Bu konuda Bankacılık Kanunu ve TCK m. 239/1'de yazılı sır saklama ile ilgili hükümleri ileri süremeyeceklerdir. Karşılıklı olarak iki yasada yapılan sır saklama ve bilgi talebi konularının uyumlu olarak düzenlenmesi, bankalar üzerinden yapılacak terörizmin finansmanı suçunun önlenmesi, soruşturulması ve kovuşturulması için önemli bir gelişmedir.

Bankacılık Kanunu'nun 76/3. maddesine göre; bankaların havale de dahil olmak üzere yaptıkları işlemlerde müşterilerinin kimliklerini ve vergi kimlik numaralarını tespit etmeleri gerektiği hüküm altına alınmıştır. Ancak, Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinin c fıkrasına göre, EFT işlemlerinde uygulanacak olan kimlik tespiti yükümlülüğü sınırının 2.000 YTL olarak düzenlenmesi, özellikle terörizmin finansmanı amacıyla kullanılan paranın, bankalar üzerinden farklı yerlere bu yasal sınıra altındaki miktarlarla gönderilmesi halinde kişilerin tespit edilememesine neden olacaktır.

Günümüzde bankalar asıl yapmaları gereken bankacılık işlemlerinden çok fatura tahsilat merkezleri gibi çalışmakta ve banka çalışanları artan iş yükü altında zorlanmaktadır. Bu nedenle de, uygulamada kimlik bildirim yükümlülüğü kapsamındaki bir çok işlemde dahi işlemi yaptıran kişilerin kimlik tespitleri yapılamamaktadır. Banka teftişleri sırasında banka müfettişleri de bu konu üzerinde titizlikle durmamaktadırlar. Ayrıca, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması ile ilgili yasal düzenlemeler ve bankaların üzerine düşen yasal yükümlülükler konusunda illerde çalışan banka personeli yeterli düzeyde bilgilendirilmemektedir. Oysa ki, 5549 sayılı kanunun 13/2. maddesine göre; kimlik tespitini yapmayan personele idari para cezası verileceği hüküm altına alınmıştır.

## **SONUÇ**

Terörün finansmanının sağlanmasında paranın bankalar üzerinden transferi yöntemine sıklıkla başvurulmaktadır. Suç Gelirlerinin Aklanması ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Yönetmelik m. 5/1-c) ve m. 24'e göre; yükümlü kuruluşlar üzerinden yapılacak para transferlerinde göndereenin kimlik tespitinin yapılabilmesi için, para transfer miktarına 2.000 YTL ve üzeri bir alt limit belirlenmesi uygun değildir. Zira, terör örgütleri şirinler veya parçalama yöntemlerini kullanarak kimlik bildirim yükümlülüğünün altındaki para tutarlarını bankalar üzerinden transfer ederek kimliklerinin tespit edilmesini engelleyebilirler. Bu nedenle, Yönetmeliğin ilgili maddelerinde değişiklik yapılarak tüm para transferlerinde tutar gözetmeksizin gön-

derenin ve alıcının kimlik tespitinin yapılması zorunlu hale getirilmelidir.

Terörle mücadele kapsamında görev yapan istihbarat ve kolluk birimleri, terör örgütlerinin finans kaynakları ile ilgili ulaşılmış oldukları bilgilere istinaden, tespit ettikleri bu kişilerin hesap hareketi ve banka bilgilerine ihtiyaç duymaktadırlar. Ancak, Bankacılık Kanunu'nun m. 73/1, 2 ve TCK m. 239/1'e istinaden müşterilere ait bilgiler yetkili mahkemeler haricinde hiçbir kişi veya kuruma verilememektedir. İstihbarat birimlerinin bu bilgilere ulaşabilmesi için hakim kararı gerekmekte ve bu talebe bankalar tarafından yazılı cevap verilmesi çoğunlukla uzun zaman almakta ve sonuç çoğu zaman başarısızlıkla sonuçlanmaktadır.

Almanya ise terörizmle mücadele kapsamında yeni bir takım düzenlemelerde bulunmuş ve İkinci Güvenlik Paketi çerçevesinde Uluslararası Terörizmle Mücadele Kanunu'nu yürürlüğe koymuştur. İlgili yasanın 1. maddesi; Federal Anayasa Koruma Teşkilatı'na para transferlerinin araştırılması amacıyla banka, kredi ve finans kurumlarından bilgi alma yetkisi vermiştir. Yine aynı yasanın 3. maddesi; Federal İstihbarat Teşkilatı'na banka, kredi ve finans kurumlarından banka hesapları, hesap sahipleri ve hak sahibi olan başka kişiler ile para transferini yapan kişilerin hesap bilgilerine ulaşma yetkisi vermiştir.<sup>96</sup>

Organize suçluluk ve özellikle terör suçları ile mücadelede hızlı hareket etmek suçla mücadelede başarı için önemlidir. Terör örgütlerinin para transferiyle mali kaynak oluşturmasının önlenmesi için, istihbarat ve terörle mücadele birimlerinin siber alanda da etkili olması gerekmektedir. Bu nedenle, Almanya'da yapılan düzenlemelerin benzeri TCK ve Bankacılık Kanunu'nda yapılacak değişikliklerle uygulanabilir. Terörle mücadelede görevli istihbarat birimleri ile bankaların veri bankaları arasında şifreleme yöntemi ile işleyecek ortak bir ağ kurulabilir. Böylelikle, terör örgütlerini izleme faaliyeti çerçevesinde herhangi bir sorgulama yapmak isteyen istihbarat görevlisinin doğrudan bankaların verilerine erişmesi sağlanarak, para hareketlerine ve tüzel veya gerçek kişilerin mali bilgilerine ulaşması sağlanmalıdır. Ancak bu erişim, sistem güvenliği açısından bankaların sistemlerine müdahaleye açık olmamalı, sadece bilgi alma ve izleme amaçlı kullanılmalıdır. Bu çerçevede yapılacak değişikliklerle istihbarat birimleri de uzun zaman alan yazışmalardan kurtarılabilir ve terörle daha etkin ve hızlı mücadele edilebilir. 5549 sayılı Kanun MASAK'a Kanun'da belirlenen yükümlülerin bilgi sistemine sanal ortamda erişim hakkı tanıyarak, bilgiye erişimi hızlandırmış-

<sup>96</sup> Faruk Turhan, "Almanya'da Terörle Mücadele İçin Ceza Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Sayı:6, 2006, s. 135.

tır. Ancak, terör örgütleri hakkında istihbari bilgiler sadece bu alanda faaliyet gösteren istihbarat birimlerinde olup, devlet güvenliğini ilgilendiren çok gizli düzeydedir. MASAK ise sadece para hareketlerini izleyerek şüpheli işlemleri yakalamaya çalışmaktadır. İstihbarat birimleri ise, terör örgütlerinin faaliyetlerini izleyebilme imkanına sahipken, para hareketlerini gözlemlememektedirler. Farklı kurumlarda farklı nitelikte yapılan bu iki inceleme ve araştırma faaliyetinin her iki kurumun görev alanında birleştirilmesi gerekmektedir. Bu konu ile ilgili 5549 sayılı Kanununun 19/1-k maddesinde; bilgi ve ihtisasına ihtiyaç duyulan diğer kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan personelin MASAK'da geçici olarak görevlendirilebileceği belirtilse de, uygulamada bu düzenleme yetersiz kalacaktır. Zira, MASAK'ın böyle bir talepte bulunabilmesi için, terörizmin finansmanını sadece para hareketlerinden tespit etmiş olması gereklidir. Oysa ki, terörizmin finansmanı sadece para hareketleriyle değil, terör örgütlerinden elde edilecek istihbari bilgilerle bir bütün halinde değerlendirilerek tespit edilebilir. İstihbarat birimleri de çalışma prensipleri gereği ve özellikle konu terör olunca, MASAK'dan sürekli bilgi talebinde bulunurken, MASAK talep etmedikçe tek taraflı bilgilendirme yoluna gitmeyeceklerdir. Çünkü, istihbarat birimlerinin terör örgütleri ile ilgili yaptıkları çalışmalar ve elde ettikleri bilgiler üst düzeyde gizlilik niteliği taşımaktadır. Bu nedenle, MASAK'a tanınan sanal ortamda yükümlülüklerden bilgi ve veri toplama imkanının istihbarat birimlerine de tanınması uygun olacaktır.

## **KAYNAKÇA**

### **Kitaplar**

- Abdullah Manaz, *Türkiye'ye Yönelik Terör Odakları*, (İstanbul: IQ Kültür Sanat Yayıncılık, 2005).
- Alex, P. Schmid, *Küresel Dünyada Terörizm Konsepti*, Suat Doğan(çev.), (Ankara: Emniyet Genel Müdürlüğü Terörle Mücadele ve Harekat Daire Başkanlığı Yayınları, 2004).
- Emin Demirel, *Dünyada Terör*, (İstanbul: IQ Kültür Sanat Yayıncılık, 2003).
- \_\_\_\_\_, *Geçmişten Günümüze PKK ve Ayaklanmalar*, (İstanbul: IQ Kültür Sanat Yayıncılık, 2005).
- \_\_\_\_\_, *Hizbullah*, (İstanbul: IQ Kültür Sanat Yayıncılık, 2003).
- \_\_\_\_\_, *Türkiye'de El-Kaide Unsurları*, (İstanbul: IQ Kültür Sanat Yayıncılık, 2005).
- \_\_\_\_\_, *Türkiye'de Radikal İslami Hareketler*, (İstanbul: IQ Kültür Sanat Yayıncılık, 2005).

- \_\_\_\_\_, *Türk Solu'nun Kırsal Alan Faaliyetleri*, (İstanbul: IQ Kültür Sanat Yayıncılık, 2004).
- Enver Bozkurt ve Selim Kanat, *Uluslararası Toplumun Paradoksu: Terörizm, İnsan Hakları, Güvenlik ve 11 Eylül Sonrası Meydana Gelen Değişiklikler*, (Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2007).
- Erol Kurubaş, *Kürt Sorununun Uluslararası Boyutu ve Türkiye-1960'lardan 2000'lere*, (Ankara: Nobel Yayın Dağıtım, Cilt:2, 2004).
- Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2006).
- Hamide ZAFER, *Ceza Hukukunda Terörizm*, (İstanbul: Beta Basım Yayım, 1999).
- Hamide ZAFER, *Sosyolojik Boyutuyla Terörizm*, (İstanbul: Beta Basım Yayım, 1999).
- Hizbullah Terör Örgütü*, (Ankara: Emniyet Genel Müdürlüğü Terörle Mücadele ve Harekat Daire Başkanlığı, 2001).
- İbrahim Kaya, *Terörle Mücadele ve Uluslararası Hukuk*, (Ankara: Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu-USAK Yayınları, 2005).
- İhsan Bal, *Terörizm, Terör, Terörizm ve Terörle Mücadelede Ulusal ve Bölgesel Deneyimler*, (Ankara: Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu-USAK Yayınları, 2006).
- İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006).
- Karaparanın Aklanması Suçu İle Mücadele ve Bankaların Yükümlülükleri*, (Ankara: T.C. Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu ve Türkiye Bankalar Birliği, 2003).
- Mehmet Ali Bal, *Savaş Stratejilerinde Terör*, (İstanbul: IQ Kültür Sanat Yayıncılık, 2003).
- Necati Alkan, *Söz Bitmeden Terörle Mücadelede Önleme Stratejileri*, (Ankara: Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu-USAK Yayınları, 2008).
- Nihat Ali Özcan, *PKK (Kürdistan İşçi Partisi) Tarihi, İdeolojisi ve Yöntemi*, (Ankara: ASAM Yayınları, 1999)
- Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (İstanbul: Beta Basım Yayım, 2006).
- Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, (İstanbul: Beta Basım Yayım, 2006).

- Oktay Pirim ve Süha Örtülü, *Ömerli Köyünden İmralı'ya PKK'nın 20 Yıllık Öyküsü*, (İstanbul: Boyut Kitapları, 2000).
- Olgun DEĞİRMENCİ, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2007).
- PKK/KONGRA GEL*, (Ankara: Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Daire Başkanlığı Yayınları, 2004).
- Sol Terör Örgütleri*, (Ankara: Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Daire Başkanlığı Yayınları, Cilt:1-2, 1997).
- Türkiye Barolar Birliği, *Türkiye ve Terörizm Raporu*, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2006).
- Vahit Baltacı, *Yeni TCK ve CMK'da Terör Suçları ve Yargılaması*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007).

#### **Makaleler**

- Ali Kuyaksil, "Türkiye'de Terör ve Terörün Kaynakları", *Polis Dergisi- Terörle Mücadele Özel Sayısı*, Yıl:10, Sayı:40, 2004, ss.89-108.
- Faruk Turhan, "Almanya'da Terörle Mücadele İçin Ceza Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Sayı:6, 2006, ss.133-135.
- Feridun Yenisey, "Uluslararası Terörizmle Mücadelede Suç Siyaseti İlkele-ri", <http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/fHm.jsp?pIndxLvl=5>, (08.3.2007).
- Hamide ZAFER, "Terörün Tanımı ve Yapısal Özellikleri", *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, Yıl: 4, Sayı: 10, İlkbahar 2007, ss. 21-32.
- İbrahim ÇİÇEK, "5532 Sayılı Kanununun 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanununda Yaptığı Değişiklikler", *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, Yıl: 4, Sayı: 10, İlkbahar 2007, ss. 33-54.
- Martin Rudner, "Using Financial Intelligence Against the Funding of Terrorism", *International Journal of Intelligence and Counter Intelligence*, Vol. 19, Nr.1, 2006, ss. 32-58.
- Necati Alkan, "Terör Örgütlerinin Finans Kaynakları", *Polis Dergisi- Terörle Mücadele Özel Sayısı*, Yıl:10, Sayı:40, 2004, ss.290-297.
- Nimrad Raphaeli, "Financing of Terrorism: Sources, Methods and Channels", *Terrorism and Political Violence*, Vol. 15, No:4, Winter 2003, ss.59-82.
- Sinem M. ŞAHİNOĞLU, "Avrupa Birliği'nin Terörizm Mücadelesi ve Son Dönem Tehditleri", *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, Yıl: 4,

Sayı: 10, İlkbahar 2007, ss. 129-136.

Süleyman Özeren ve Hüseyin Cinoğlu, “Terörizm ve Amerika Birleşik Devletleri: 11 Eylül Öncesi ve Sonrası Terörle Mücadele Politikalarının Değerlendirilmesi”, İhsan Bal (Der.), *Terörizm, Terör, Terörizm ve Terörle Mücadelede Ulusal ve Bölgesel Deneyimler*, (Ankara: Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu-USAK Yayınları, 2006), ss. 159-195.

Zeki Hafizoğulları ve Günal Kurşun, “Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl: 20, Sayı: 71, Temmuz/Ağustos 2007, ss.25-80.

#### **İnternet Kaynakları:**

*Cerrah açıkladı: Kapkaç Çetesinin Arkasında PKK Var*, <<http://www.tumgazeteler.com/fc/ln.cgi?cat=33&a=1192576>>, (21.08.2006).

DEA Congressional Testimony 13 March 2002, <<http://www.usdoj.gov/dea/pubs/cngrtest/ct031302p.html>>, (04.07.2007).

DEA Congressional Testimony 20 May 2003, <<http://www.usdoj.gov/dea/pubs/cngrtest/ct052003.html>>, (04.07.2007).

Hürriyet, *Bomba ve Silahlar PKK'ya gidiyordu*, <<http://arsiv.hurriyetim.com.tr/hur/turk/98/12/02/gundem/21gun.htm>>, (13.08.2006).

Hürriyet, *800 Milyarı Var*, <<http://arsiv2.hurriyet.com.tr/hur/turk/99/02/26/gundem/02gun.htm>>, (10.08.2006).

*Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine Dair 4208 Sayılı Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik*, <<http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/20149.html>>, (25.01.2008).

Milliyet, *Mahkemede Mesaj Günü*, <<http://www.milliyet.com.tr/1999/06/04/haber/hab00.html>>, (13.08.2006).

Milliyet, *PKK'ya Damga Operasyonu*, <<http://www.milliyet.com.tr/2007/03/06/son/sontur26.asp>>, (06.03.2007).

*Öcalan Davası*, <<http://www.belgenet.com/dava/durusma02.html>>, (21.08.2006).

*Öcalan Davası-PKK Terör Örgütünün Diğer Ülkelerle İlişkileri*, <<http://www.belgenet.com/dava/gerekce14.html>>, (21.08.2006).

*Resmi Gazete*, <<http://rega.basbakanlik.gov.tr/>>, (25.01.2008).

*TBMM Adalet Komisyonunca kabul edilen Türk Ceza Kanunu madde gerekçeleri*, <[www.ceza.bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc](http://www.ceza.bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc)> (01.02.2007).

*Terör Bağlantılı Çete Çökertildi*, <<http://www.trt.net.tr/wwwtr/>>

hdevam.aspx?hid=137533&k=1>, (21.08.2006).

*Terör Örgütlerinin İç Yüzü*, <<http://tem.iem.gov.tr/biliyormusunuz/biliyormusunuz7.php>>, (10.08.2006).

*Terörizmin Finansmanı*, <<http://www.masak.gov.tr/tr/terrorism.htm>>, (13.08.2006).

*Zaman, Belçika'da 4 Yıl Ceza Alan Fehriye'ye Tutuklama Kararı*, <<http://www.zaman.com.tr/?bl=haberler&trh=20060301&hn=261034>>, (13.08.2006).

### **Raporlar:**

*International Narcotics Control Strategy Report-1996*, <[http://www.state.gov/www/global/narcotics\\_law/1996\\_narc\\_report/europ96.html](http://www.state.gov/www/global/narcotics_law/1996_narc_report/europ96.html)>, (11.07.2006).

*International Narcotics Control Strategy Report-1999*, <<http://www.state.gov/p/inl/rls/nrcrpt/1999/925.htm>>, (11.07.2006).

*International Narcotics Control Strategy Report-2002*, <<http://www.state.gov/g/inl/rls/nrcrpt/2002/html/17940.htm>>, (11.07.2006).

*International Narcotics Control Strategy Report-2008*, <<http://www.state.gov/documents/organization/102583.pdf>>, (06.03.2008).

*Emniyet Genel Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı 2002 Yılı Raporu*, <[http://www.kom.gov.tr/turkce/konu\\_detay.aspx?uid=91&sm=comp12](http://www.kom.gov.tr/turkce/konu_detay.aspx?uid=91&sm=comp12)>, (06.07.2006).

*Emniyet Genel Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı 2005 Yılı Raporu*, <[http://www.kom.gov.tr/turkce/konu\\_detay.aspx?uid=277&sm=comp/2](http://www.kom.gov.tr/turkce/konu_detay.aspx?uid=277&sm=comp/2)>, (06.07.2006).

*Emniyet Genel Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı 2006 Yılı Raporu*, <<http://www.kom.gov.tr/Tr/KonuDetay.asp?BKey=61&KKey=118>>, (27.02.2008).

*Emniyet Genel Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı 2007 Yılı Raporu*, <<http://www.kom.gov.tr/tr/KonuDetay.asp?BKey=61&KKey=157>>, (12.04.2008).

*Mali Suçları Araştırma Kurumunun Teşkilat ve Görevleri İle Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum İle Plan ve Bütçe Komisyonu Raporları, Dönem: 22, Yasama Yılı: 4, 09 Haziran 2005*, <<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1201m.htm>>, (19.02.2007).

*Terörle Mücadele Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve İçişleri İle Adalet Komisyonları Raporla-*

rı, Dönem: 22, Yasama Yılı: 4, 18 Nisan 2006, <<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1222m.htm>>, (01.02.2007).

# GÖREVSİZ ADLİ YARGI YERİNE BAŞVURULMASI ÜZERİNE İDARİ DAVA AÇMA SÜRESİ SORUNU

*Sinan ÇINAR\**

## GİRİŞ

İdari rejimi kabul eden bütün ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de davaların açılması belli sürelerle sınırlandırılmıştır. Süresi içerisinde idari yargı mercii önüne getirilmeyen uyuşmazlıkların esası hakkında karar verilemez. Toplum huzuru, idari huzur, kamu hizmetlerinin esenliği gibi doğrudan doğruya kamu yararıyla ilgili etkenlerin, dava açma sürelerinin kurumlaşmasında rol oynadığı söylenebilir<sup>1</sup>. İdari Yargılama Hukuku alanında, “idari davaların muteber surette ikame edilebileceği, kanunen muayyen ve mahdut olan zamandır.” olarak tanımlanan dava açma süresinin, idari zorunlulukların ortaya çıkardığı bir kurum olduğu açıktır<sup>2</sup>.

Dava hakkının kullanılmasının herhangi bir sınırlamayla karşılaşılması süresiz olarak kullanılabilir olması şahıslar bakımından yararlı olacaktır. Ancak, bu durumun, kamu düzeni ve kamu yararı için gerekli olan idarenin kararlılığı ve idari işlemlerin istikrarı ilkelerine de aykırı bir durum oluşturacağı da açıktır<sup>3</sup>.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun<sup>4</sup> 7. maddesinde genel idari dava açma süresine yer verilmiş, maddede dava açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay'da ve idare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gün olduğu belirtilmiştir. İdari yargıda dava açma hakkı, istisnalar hariç altmış günlük belli süre ile sınırlandırılmıştır. İdari dava açma süresi geçirildikten sonra açılan davalar, ilk

---

\* Kayseri 1. İdare Mahkemesi Hakimi.

1 Kazım Yenice-Yüksel Esin; Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü, 1983, s.163-164.

2 Lütfi Duran; “İdari Kazada Dava Açma Müddeti-İdari Müruru Müddet” İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XI, Sayı:1-2, 1944, s.240.

3 Celal Karavelioğlu; Açıklama ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu, Karavelioğlu Hukuk Yayınevi, Cilt I, 6. Bası, s.530.

4 Çalışmanın diğer bölümlerinde, İdari Yargılama Usulü Kanunu İYUK, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu HUMK ve Ceza Muhakemesi Kanunu CMK olarak kısaltılacaktır.

inceleme aşamasında süre aşımı yönünden reddedilmekte ve dolayısıyla uyumsuzluğun esası hakkında inceleme yapılamamaktadır.

İdari dava açma süresinin, dava açılmaksızın geçirilmesi, idari işlem veya eyleme kesin hüküm şeklindeki yargı kararlarına benzer bir dokunulmazlık kazandırmaktadır. Davanın süreaşımı yönünden reddi üzerine, idari işlemin hukuka uygunluğunun tartışma konusu edilmesi ortadan kalkar. İşlemin, idare tarafından geri alınmaması, değiştirilmemesi veya yeni bir işlem tesis edilmemesi durumunda, işlem hukuka aykırı olmasına rağmen hukuk düzenindeki yerini koruyacaktır<sup>5</sup>.

İdari dava açma süresi, doktrin ve Danıştay içtihatlarında hak düşürücü süre olarak değerlendirilmektedir<sup>6</sup>. Süresinde kullanılmayan dava süreaşımı nedeniyle reddedilecek ve yargı yolu kapanacaktır. İdari yargıdaki dava açma süresi maddi hukuku değil usul hukukunu ilgilendirdiğinden idari yargı yeri açılan davada, dava süresinin geçirilip geçirilmediği hususunu re'sen araştıracaktır. Bu inceleme yargılamanın her safhasında yapılabilir.

İdari dava açma süresi mücbir sebeplerle durmaz veya kesilmez. Dolayısıyla mücbir sebebin dava süresine etkisi bulunmamaktadır. Temel haklardan olan dava açma hakkının süre ile sınırlandırılması Anayasanın 13. maddesine göre ancak kanunla olabilir. Dolayısıyla, dava açma süresinin durması veya kesilmesi kanunun gösterdiği hallerde mümkündür. Kanunun gösterdiği haller dışında başkaca herhangi bir nedenle sürenin durması veya kesilmesi sözkonusu olamayacaktır<sup>7</sup>.

Dava açma süresini belirleyen kanun hükümlerinin uygulanması sırasında idari yargı mercilerince kıyas yoluna başvurulamaz. Diğer bir ifadeyle, idari yargı yerlerinin, kanunla belirlenen idari dava açma sürelerini uzatma veya kısaltma yetkileri bulunmamaktadır<sup>8</sup>.

5 Turgut Candan; Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2. Bası, s. 328.

6 Siddık Sami Onar; İdare Hukuku'nun Umumi Esasları, s. 1343 atfen Orhan Özdeş; "Görevli Olmayan Yerlere Başvurma Halinde Süre", Danıştay Dergisi, 1972, Sayı: 6-7, s.19; A. Şeref Gözübüyük; "İdari Yargıda Dava Açma Süresi", Amme İdaresi Dergisi, Cilt II, Sayı: 4, Aralık 1969, s. 4; Erol Çırakman; "İdari Davalarda Süre", İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:21, Güneş Matbaası, Ankara 1976, s.193; Ragıp Sarıca, İdari Kaza, Cilt I, İstanbul, 1949, s. 49; aksi yöndeki görüş için Duran, a.g.e., s. 249.

7 Çırakman; a.g.m. s. 191, 193 vd.

8 Yenice-Esin; a.g.e, s.168. Danıştay, 08.12.1944 tarih ve E:1941/1, K:1944/38 sayılı İctihadı Birleştirme Kararı'nda, "Kanunun tayin ettiği müddetleri kıyas ve istidlal yolu ile

Çalışmada, özellikle adli yargı mercileri içinde yer alan mahkemelerde açılan davaların görev yönünden reddi üzerine, dava dosyalarının gönderilmesi suretiyle genel idari yargı yerlerinde açılacak davalarda ne şekilde hareket edilmesi gerektiği hususu Danıştay kararları ışığında ele alınmaya çalışılacaktır.

### I. İYUK'UN 9. MADDE DÜZENLEMESİ

İdari veya adli yargının görev alanına girdiği hususu kesin bir şekilde belirlenemeyen uyuşmazlıkların, hangi yargı yerinde çözümlenebileceği sorunu genellikle yargısal içtihatlar ile çözüme kavuşturulmaktadır<sup>9</sup>. Uygulamada bazen davacıların veya vekillerinin görevli yargı yerinin tespitinde hatalı davrandıkları ve davaların, görevli olmayan yargı yerlerinde açıldıkları bilinmektedir. Adli-idari ve askeri yargı yerleri arasındaki görev ayrımının yapılması noktasında kullanılan ölçütlerin açık tanımlarının bulunmaması nedeniyle bazı davalarda mahkemelerin doğru yargı yerinin tespiti hususunda isabetli davranmadıkları bilinmektedir. Öte yandan, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin de yeni ve özellikli uyuşmazlıklarda içtihat niteliğinde kararının bulunmaması nedeniyle yargılamaların uzadığı, tarafların hak kaybına uğradığı hususları da bilinen bir gerçektir<sup>10</sup>.

İdari yargı alanında, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin kurulması ile birlikte idari yargı alanında görev konusu daha da karmaşık bir hal almıştır. Yargı yerlerinin bile tespit zorlandıkları görev konusunda ilgililerin haliyle yanılacaklarını kabul eden kanun koyucu tarafından, yanılmalar nedeniyle ortaya çıkabilecek haksızlıkların önlenmesi amacıyla aşağıdaki hüküm getirilmiştir<sup>11</sup>.

2577 sayılı İYUK'un 9. maddesinde, "Çözümlemesi Danıştay'ın, idare ve vergi mahkemelerinin görevlerine girdiği halde, adli ve askeri yargı yerlerine açılmış bulunan davaların görev noktasından reddi halinde, bu husustaki kararların kesinleşmesini izleyen günden itibaren otuz gün içinde görevli mahkemede dava açılabilir. Görevsiz yargı merciine başvurma tarihi, Danış-

---

ve hakim içtihatlarıyla tezyit ve tenkise imkan olmayacağı ve bu kabil müddetlerin kat'i ve tadili hususunun ancak kanunun müsaadesine mütevakkıf bulunduğu hukukan kabul edilmiş bir kaidedir. Kanunda gösterilen müstesna hallerden başka hakim kanunen tayin edilen müddetleri tezyid ve tenkis edemeyeceği..." belirtilmektedir. Danıştay Kararlar Dergisi, Sayı 28, s.18.

9 İbrahim Topuz-Kadir Özkaya; Açıklamalı-İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara 2002, s.242.

10 Karavelioğlu; a.g.e, s. 600.

11 Karavelioğlu; a.g.e, s. 600-601.

tay'a, idare ve vergi mahkemelerine başvurma tarihi olarak kabul edilir. Adli veya askeri yargı yerlerine açılan ve görevsizlik sebebiyle reddedilen davalarda, görevsizlik kararının kesinleşmesinden sonra birinci fıkrada yazılı otuz günlük süre geçirilmiş olsa dahi, idari dava açılması için öngörülen süre henüz dolmamış ise bu süre içinde idari dava açılabilir." hükmüne yer verilmek suretiyle genel dava açma süresine istisna getirilmiştir.

Belirtilen maddede yer verilen ek süreden yararlanılabilmesi için, davanın görevsiz yargı yerinde açılması gerekir<sup>12</sup>. Görevsiz yargı yerinde açılan davanın, idari dava açma süresi içerisinde açılması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, idari dava açma süresi altmış gün olarak belirlenen bir davanın, belirtilen süre içinde görevsiz yargı yerinde açılması gerekmektedir. Aksi düşünce, idari dava açma süresini geçiren ilgililerin, (özellikle adli yargı yerleri için belirlenen uzun zamanaşımı süreleri içerisinde) görevsiz yargı yerine başvurmak suretiyle yeniden idari dava açma süresini canlandırmalarına sebebiyet verebilecektir.

Görevsiz yargı yerinin görevsizlik kararı vermesi ve verilen kararın kesinleşmesini izleyen günden itibaren otuz gün içinde idari yargı yerinde dava açılması koşullarının da gerçekleşmesi gerekmektedir. Kararın kesinleşmesi dolayısıyla ilgililere tebliği gerekmektedir<sup>13</sup>. Görevsiz yargı yeri tarafından verilen bazı kararların da teknik anlamda görevsizlik kararı olarak kabul edilmesi gerekir<sup>14</sup>. Adli yargı yeri tarafından işin esasına girilmek suretiyle karar verilmesi durumunda ise, kararın temyiz yeri tarafından idari yargının görevli olduğundan bahisle bozulması ve ilk derece yargı yeri tarafından bozma kararı doğrultusunda davanın görev yönünden reddedilmesi gerekmektedir<sup>15</sup>.

12 Hakem kararlarının kesinleşmesini müteakip idari yargı yerlerinde 2577 sayılı Kanun'un 9. maddesinde belirtilen sürede dava açılabilmesi kabul edilmektedir. Danıştay 10. Dairesi'nin 19.06.1996 tarih ve E:1995/3409, K:1996/3754 sayılı kararı.

13 Sabri Coşkun, Müjgan Karyağdı; İdari Yargılama Usulü; Seçkin Yayınları, s. 217.

14 Danıştay 6. Dairesi'nin 09.03.1994 tarih ve E:1994/319, K:1994/1037 sayılı kararında, "...yıkım ve para cezasına ilişkin encümen kararına karşı adli yargı yerinde açılan dava sonucu sulh ceza mahkemesince yıkıma ilişkin kararın görevleri dahilinde olup olmadığı hususunun açıklanmasının gerekmediği yönünde verilen kararın görev ret kararı niteliğinde olduğu, bu durum gözönüne alınmaksızın idare mahkemesince verilen süre ret kararında isabet bulunmadığı..." şeklinde karar vermiştir. [www.danistay.gov.tr](http://www.danistay.gov.tr), erişim tarihi 24.10.2008.

15 Danıştay 10. Dairesi 03.02.1993 tarih ve E:1992/971, K:1993/395 sayılı kararında, "...adli yargı yerince davanın husumet yönünden reddi yolunda verilip, yargıtayca uyuşmazlığın

Görevsizlik kararının kesinleşmesinden itibaren otuz günlük süre içerisinde dava açılması gerekmekte olup, görevsizlik kararının kesinleşmesi beklenilmeden açılan davalarda, idari yargı yerleri tarafından davanın usulden reddedilmeyip görevsizlik kararının kesinleşmesi beklenilmelidir. Görevsizlik kararlarının, kesinleşip kesinleşmedikleri hususunda yetkili makamın kararı veren Mahkeme olduğu konusunda kuşku bulunmamaktadır. Ancak, bazı durumlarda, Mahkeme tarafından kesinleşme şerhinin hatalı bir şekilde konulması beraberinde daha sonra idari yargı yerinde açılacak davanın süreaşımı yönünden reddine sebebiyet verebilecektir. Bu nedenle, görevsizlik kararlarının kesinleşme tarihlerinin sağlıklı bir şekilde belirlenebilmesi ve bu nedenle ilgililerin hak kayıplarına uğramalarının önüne geçilebilmesi açısından, idari yargı yerleri tarafından görevsizlik kararının kesinleşme tarihinin yeniden irdelenmesi yerinde olacaktır<sup>16</sup>.

## II. GÖREVSİZ ADLİ YARGI YERİ KARARI ÜZERİNE DOSYALARIN İDARİ YARGI YERLERİNE GÖNDERİLMESİ SIRASINDA YAŞANAN SORUNLAR

### A- GENEL OLARAK

Usul kanunlarında, dava dosyalarının aynı yargı yerleri içerisinde bulunan Mahkemelere gönderilebilecekleri düzenlenmiş olmasına rağmen, dosyaların ayrı yargı yerlerine gönderilmesi usulüne yer verilmemiştir. HUMK'un 27. maddesi ile 5271 CMK'nın 5. maddesi ve belirtilen kanunların usule ilişkin diğer maddelerinde, davaların görev yönünden reddi üzerine dava dosyalarının doğrudan veya talep üzerine idari yargı yerlerine gönderilebileceği yönünde açık bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>17</sup>. Kaldı ki, 2577 sayılı Kanun'un 9. maddesinde, adli veya askeri yargı yerleri tarafından verilen görevsizlik kararlarının kesinleşmesi üzerine yeni bir dilekçe ile dava açılması gerektiği kuralına yer verilmiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesi konuya ilişkin olarak bir kararında, "...Hukuk

---

görüm ve çözümünün idari yargının görevine girdiği gerekçesiyle düzeltilerek onanan kararın, görev yönünden davanın reddine ilişkin karar niteliğinde olduğu; dava açma süresinin kararın belirtilen niteliği dikkate alınarak hesaplanması gerektiği.." belirtilmiştir. *Danıştay Dergisi*, Sayı: 88, s.517-518.

16 Danıştay 6. Dairesi'nin 21.09.1999 tarih ve E:1998/3590, K:1999/4127 sayılı kararı,

17 Uyuşmazlık Mahkemesi 28.04.2003 tarih ve E:2003/22, K:2003/25 sayılı kararında, hukuk uyuşmazlıklarında, adli yargı yerince görevsizlik kararı verildikten sonra HUMK.'un 27. maddesine göre dava dosyası gönderilmekle idari yargı yerinde dava açılmış sayılmayacağı yönünde karar vermiştir. (Akip Açıklamalı Kanun İçtihat Programı)

uyuşmazlıklarında görevli veya yetkili olmayan mahkemeye açılan davanın görevli veya yetki yönünden reddedilerek dava dosyasının görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesi ancak aynı yargı yeri düzeni içinde yer alan mahkemeler arasında olanaklı olup, bu hususa ilişkin HUMK'un 27. maddesiyle İYUK'un 15. maddesinin 1. fıkrası (a) bendinin ikinci cümlesinde yer alan "görev" kuralları, aynı yargı düzeni içerisindeki mahkemelerin işbölümü esasına ilişkin düzenlemelerdir. Oysa yargı yolunu değiştiren görevsizlik kararı verilmesi durumunda, görevli olduğundan bahisle farklı bir yargı düzeninde yer alan mahkemeye dava dosyasının gönderilebilmesine olanak tanıyan bir düzenleme bulunmamaktadır." şeklinde karar vermiş ve görevsizlik kararı verilmesi durumunda farklı yargı düzeninde yer alan mahkemeye dava dosyalarının gönderilemeyeceği açık bir şekilde kararda belirtilmiştir<sup>18</sup>.

Danıştay da, adli yargı yerinde görev yönünden reddedilen ve 2577 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca idare mahkemesinde açılan tam yargı davalarında tazminat miktarının artırılıp artırılamayacağı ile ilgili bir uyuşmazlıkta, "...2577 sayılı Kanunda adli yargı yerlerince verilen görevsizlik kararı üzerine dosyanın idari yargı merciine doğrudan gönderilmesi sistemine yer verilmeyip, davacı tarafından yeniden dava açılması gereği kabul edilmekte, ayrıca Kanunda 9.maddedeki başvurma tarihinin esas alınması dışında, adli yargıdaki dava dilekçesinin idari yargıda esas alınacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır." şeklinde Uyuşmazlık Mahkemesi ile aynı yönde karar vermiştir<sup>19</sup>.

Görevsiz yargı merciince verilen görevsizlik kararlarının kesinleşmesini müteakip, ilgililer tarafından doğrudan idari yargı yerlerine başvurulması üzerine idari yargı yerleri tarafından, 2577 sayılı Kanun'un 9. maddesinde yer verilen, görevsiz yargı kararının kesinleşmesinden itibaren otuz gün içinde davanın açılıp açılmadığı yönünden irdeleme yapılmakta, süresinde açılmayan davalar süreaşımı yönünden reddedilmektedirler<sup>20</sup>.

Uygulamada, görevli olmayan adli yargı yerlerinin, açılan davayı görev yönünden reddettikleri ancak bununla birlikte doğrudan veya talep üzerine, dava dosyalarını idari yargı yerlerine üst yazı ile gönderdikleri gözlemlenmektedir. Yargıtay'ın bu hususa ilişkin olarak çeşitli kararlarında, talep ha-

18 Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 06.07.1998 tarih ve E:1998/23, K:1998/25 sayılı kararı, İzmir Barosu Dergisi, Yıl:65, Nisan 1999-İzmir, s. 137-140.

19 Danıştay 10. Dairesi'nin 24.01.2001 tarih ve E:1998/1476, K:2001/211 sayılı kararı; [www.danistay.gov.tr](http://www.danistay.gov.tr), erişim tarihi 24.10.2008.

20 Danıştay 9. Dairesi 29.03.1990 tarih ve E:1988/3402, K:1990/1102 sayılı kararı, [www.danistay.gov.tr](http://www.danistay.gov.tr), erişim tarihi 24.10.2008.

linde dosyaların idari yargı merciilerine gönderilemeyeceği ve kararda bu hususa yer verilmesinin hatalı olduğu vurgulanmıştır. Konuya ilişkin olarak Yargıtay bir kararında, "...Görev gibi yargı yolu uyumsuzlukları da kamu düzeni ile ilgilidir. Hakim tarafından yargılamanın her aşamasında kendiliğinden dikkate alınması gerekmektedir (HUMK. 7/1). Hukuk hakiminin görevi yargı yolu bakımından görevsiz olduğunu tesbitten ibarettir. Diğer bir anlatımla davanın bakılacağı idare mahkemesini belirtme yetkisi yoktur. İdari yargıda davanın nasıl açılacağı özel kurullara bağlanmıştır (DK m. 63-66, AYİMK m. 36-39. İYUK m. 1-9). Burada Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasının 193. maddesi de uygulanamaz. Bu açıklama karşısında mahkemece dilekçenin yargı yolu bakımından reddine şeklinde hüküm kurulması ile yetinilmesi gerekirken, talep halinde dosyanın görevli ve yetkili Zonguldak İdare Mahkemesine gönderilmesine şeklinde hüküm kurulması da isabetsizdir..." hükmüne yer vermiştir<sup>21</sup>.

Adli yargı yerleri tarafından davaların görev yönünden reddedilmesine karşın, kararda, "talep edilmesi durumunda dosyanın idari yargı yerine gönderilebileceği" hususuna yer verilmesi durumunda sorunlar yaşanmaktadır. Nitekim, adli yargı yeri tarafından davanın görev yönünden reddedilmesine ve dava dosyasının idari yargı yerine gönderilebileceğinin kararda belirtilmemesine rağmen, adli yargı yerine verilen bir dilekçe üzerine dava dosyasının idari yargı yerine gönderilmesi durumunda da sorunlar yaşanmaktadır. Belirtilen sorunlar ile ilgili olarak HUMK'da, CMK'da ve 2577 sayılı Kanun'da herhangi bir yasal düzenleme olmadığı gibi diğer mevzuatta da bu konu ile ilgili olarak herhangi bir hükme yer verilmemiştir.

#### **B- GÖREVSİZLİK KARARINDA BELİRTİLMEMESİNE RAĞMEN DAVA DOSYASININ DOĞRUDAN VEYA TALEP ÜZERİNE İDARİ YARGI YERLERİNE GÖNDERİLMESİ**

Adli yargı yerleri tarafından verilen kararda, davanın sadece görev yönünden reddedildiğinin belirtilmesine rağmen dava dosyalarının kararı veren mahkemece doğrudan veya talep üzerine idari yargı mercilerine gönderilmesi durumunda, idari yargı yerlerince üst yazılar esas kaydına kaydedilmekte, dosyanın esasa kaydedilmesi durumunda ise esas kayıtları kapatıl-

21 Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 01.03.2002 tarih ve E:2002/1512, K:2002/2624 sayılı kararı, aynı konuda, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 01.10.2001 tarih ve E:2001/4855, K:2001/8848 sayılı kararı. (Akip Açıklamalı Kanun İçtihat Programı)

makta<sup>22</sup> nihayetinde dava dosyaları merciine iade edilmektedirler. Danıştay 11. Dairesi'nin yeni tarihli bir kararında<sup>23</sup>, "...adli yargı yerince verilmiş görevsizlik kararının varlığı halinde, idare mahkemesine hitaben ve usulüne uygun şekilde düzenlenecek dilekçe ile dava açılması gerekirken asliye hukuk mahkemesinin görevsizlik kararı üzerine davacı vekilinin dosyanın idare mahkemesine gönderilmesi istemiyle verdiği dilekçe üzerine, dosyanın gönderildiği idare mahkemesinde usulüne uygun açılmış bir davadan bahsedilemeyeceği..." gerekçesiyle dosya esas kaydının kapatılarak dosyanın esas mahkemesine iadesi usulünün doğru olduğu vurgulanmıştır.

Uygulamada, bazen görevsiz yargı yerleri tarafından gönderilen dosyaların esasa kaydedilmesi durumunda, idari yargı yerleri tarafından davaların incelenmeksizin reddine de hükmedildiği görülmektedir. Ancak, konuya ilişkin Danıştay'ın farklı kararları da vardır. Danıştay 8. Dairesi eski tarihli bir kararında<sup>24</sup>, "...yasal süre içinde görevli idare mahkemesine, görev ret kararı veren asliye hukuk mahkemesince dosyanın gönderilmesi üzerine, idare mahkemesine hitaben yazılmış dava dilekçesi bulunmadığı gerekçesiyle dosyanın iade edilemeyeceği..." yönünde karar vermiştir. Nitekim, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu konuya ilişkin bir kararında<sup>25</sup>, "...2577 sayılı idari yargılama usulü kanununun 9.maddesinde yer alan çözümlenmesi Danıştay'ın, idare ve vergi mahkemelerinin görevlerine girdiği halde, adli ve askeri yargı yerlerine açılmış bulunan davaların görev noktasında reddi halinde bu husustaki kararların kesinleşmesini izleyen günden itibaren 30 gün içinde görevli mahkemede dava açılabilmesi, aynı kanunun 4.maddesinde de idare mahkemelerine açılacak davalara ait dilekçelerin verilebileceği yerlerin belirtildiği, bu usule aykırı olarak dosyanın asliye hukuk mahkemesi tarafından idare mahkemesine gönderilmesi şeklinde bir dava açma usulünün mevzuatta yer almadığı..." şeklindeki kararı ile benzer yönde karar vermiştir.

2577 sayılı Kanun'un "İdari Davaların Açılması" başlıklı 3. maddesinin birinci fıkrasında, "İdari davalar, Danıştay, idare mahkemesi ve vergi mahkemesi başkanlıklarına hitaben yazılmış imzalı dilekçeler ile açılır." hükmü-

22 Danıştay 8. Dairesi'nin 28.10.1999 tarih ve E:1998/36, K:1999/5625 sayılı kararı, [www.danistay.gov.tr](http://www.danistay.gov.tr), erişim tarihi 24.10.2008.

23 Danıştay 11. Dairesi'nin 15.02.2005 tarih ve E:2002/4376, K:2005/642 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Sayı:111, s.329-330.

24 Danıştay 8. Dairesi'nin 08.02.1994 tarih ve E:1993/908, K:1994/447 sayılı kararı; Danıştay Dergisi, Sayı:90, s.922-923.

25 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 03.12.1993 tarih ve E:1993/769, K:1993/583 sayılı kararı, [www.danistay.gov.tr](http://www.danistay.gov.tr), erişim tarihi 24.10.2008.

ne, ikinci fıkrasının (a) bendinde, tarafların ve varsa vekillerinin veya temsilcilerinin ad ve soyadları veya unvanları ve adreslerinin, (b) bendinde, davanın konu ve sebepleri ile dayandığı delillerin, (c) bendinde ise davaya konu olan idari işlemin yazılı bildirim tarihinin dilekçelerde gösterileceği hükmüne yer verilmiş, üçüncü fıkrasında ise, “Dava konusu kararın ve belgelerin asılları veya örnekleri dava dilekçesine eklenir. Dilekçeler ile bunlara ekli evrakın örnekleri karşı taraf sayısından bir fazla olur.” hükmüne yer verilmiştir.

Aynı Kanun’un 14. maddesinin 3/g bendinde dava dilekçelerinin 3. maddeye uygun olup olmadıkları yönünden inceleneceği, 15. maddesinin 1/d bendinde, 3/g bendinde yazılı halde otuz gün içinde 3 ve 5. maddelere uygun şekilde yeniden düzenlenmek veya noksanları tamamlanmak suretiyle dava açılmak üzere dava dilekçesinin reddine karar verileceği hükümlerine yer verilmiştir.

Kararda belirtilmemesine rağmen, adli yargı yerleri tarafından, doğrudan veya ilgililerin talebi üzerine dosyaların idari yargı yerlerine gönderilmesi durumunda, 2577 sayılı Kanun’un yukarıda yer verilen maddelerindeki usule hiçbir şekilde uymayan ve dilekçe olarak da kabulüne olanak bulunmayan üst yazı ile yargılamaya başlanılmasına olanak bulunmamaktadır. Görevsizlik kararı verilen dosyaların idari yargı yerlerine gönderilmesi talebini içeren dilekçelerin, yine muhatabının idari yargı yerleri olmaması nedeniyle bu yönüyle de dilekçelerin idari yargı yerleri tarafından teknik anlamda dava dilekçesi olarak değerlendirilemeyeceği açıktır. Dolayısıyla, görevsizlik kararında belirtilmemesine rağmen, dava dosyalarının adli yargı yerleri tarafından doğrudan veya talep üzerine gönderilmesi üzerine dava dosyalarının esasa kaydedilmeksizin merciiine iadesinin, kararın bir örneğinin de ilgililere tebliğinin, ilgililer üzerine idari yargı mercilerine hitaben yazılmış dilekçe ile başvurulması halinde ise 2577 sayılı Kanun’un 9. maddesi hükmü çerçevesinde değerlendirme yapılmak suretiyle davanın süresinde açılıp açılmadığının irdelenmesinin yerinde olacağı görüşümdedir<sup>26</sup>.

Konuya ilişkin olarak Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu yeni tarihli

---

26 Danıştay 8. Dairesi 06.10.1998 tarih ve E:1997/750, K:1998/2925 sayılı kararında, “...görevli olmayan adli yargı yerinde açılan tam yargı davasının görev yönünden reddi üzerine, adli yargı yerinden dosyanın görevli idare mahkemesine gönderilmesini istemek yerine, kararın kesinleşmesinden itibaren 30 gün içinde idare mahkemesinde doğrudan dava açmak gerektiği, ayrıca idareye başvuru şartı aranmadığı...” yönünde karar vermiştir. Danıştay Dergisi, Sayı:99, s.419-421.

bir kararında<sup>27</sup>, "...adli yargı yerinde açılan bir davanın görevden reddi halinde idari yargıdaki dava türlerinin de niteliği gereği 2577 sayılı Yasa'nın 3. maddesine uygun olarak hazırlanmış dilekçelerle görevli ve yetkili idari yargı yerinde yeniden dava açılması gerekmektedir. İlgililerin süresi içinde adli yargı yerlerine verdikleri ve dosyanın idari yargı merciine gönderilmesi istemini içeren dilekçelerin "dilekçenin reddi" kararı verilerek dava dilekçesi durumuna getirilmek suretiyle işin esasının incelenmesine geçilmesi hukuken olanaklı ise de, adli yargı yerinin kendiliğinden dava dosyasını idari yargı yerine göndermesi halinde dosya mahkemenin esasına kaydedilerek davanın incelenmesine geçilemeyecektir. Davada davacının yazılı bir istemi olmaksızın doğrudan idari yargı merciine gönderilen dosyanın, 2577 sayılı Yasanın 9/1. maddesi hükmü karşısında esasa kaydedilmemesi veya esasa hataen kaydedilmiş ise, kaydının kapatılarak mahkemesine iade edilmesi gerekmekte ise de, davanın adli yargı yerinde idari dava açma süresi içinde açılmadığı anlaşıldığından bu aşamada dosyanın mahkemesine iadesine gerek görülmemiştir..." şeklinde sorunun çözümünü özet bir şekilde belirlemiştir.

### **C- GÖREVSİZLİK KARARINDA BELİRTİLMESİ ÜZERİNE DAVA DOSYALARININ İDARİ YARGI YERLERİNE GÖNDERİLMESİ**

Adli yargı mercilerince verilen görevsizlik kararlarında istem halinde dosyaların idari yargı yerlerine gönderilebileceğinin belirtilmesi ve davacıların talepte bulunması nedeniyle idari yargı yerlerine dosyaların gönderilmesi durumunda idari yargı yerleri tarafından, dosyalar esasa kaydedilmemekte veya esasa kaydedilen dilekçeler ise 2577 sayılı Kanun'un 14. ve 15. maddeleri uyarınca ilk incelemeye tabi tutulmaktadırlar.

Uygulamada, adli yargı yerleri tarafından, mahkemelere iletilen üst yazılar, esas kaydına kaydedilmeyip diğer bir ifadeyle esas numarası almaksızın mahkemesine yine üst yazı ile iade edilmektedir. Bazı durumlarda ise, adli yargı yeri tarafından gönderilen dava dosyasına ekli üst yazı, esasa kaydedilmekte ancak yine "dava dosyasının belirtilen usulde gönderilebileceği ve sözü edilen usulde dava açılmayacağı dolayısıyla üst yazının idari yargı yerlerince görülebilecek dava türleri arasında bulunmadığı" gerekçeleriyle dosya esas kayıtları kapatılarak dosyalar merciine iade edilmekte veya süre-

27 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 31.05.2007 tarih ve E:2006/4713, K:2007/1302 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Sayı:117, s.56-58.

sinde açılmayan davaların incelenmeksizin reddine hükmedilmektedir<sup>28</sup>.

Bazı yargı kararlarında ise, özellikle ilgililerin hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma ilkeleri çerçevesinde hak kayıplarına uğramalarının önüne geçilebilmesi amacıyla, üst yazı ekinde gönderilen dosyalar esasa kaydedildiği görülmektedir<sup>29</sup>. Diğer bir anlatımla, görevsizlik kararı ile birlikte istem halinde dava dosyasının idari yargı yerine gönderilebileceğinin kararda belirtilmesi nedeniyle görevsiz yargı yerine verilen dilekçeye bağlı olarak oluşturulan üst yazılar, teknik anlamda dilekçe olarak kabul edilmektedir. Ancak, sözü edilen yazıların, 2577 sayılı Kanun'un 3. maddesinde belirtilen usulüne uygun olarak verilmiş dilekçeler olmadığından bahisle dilekçelerin reddine hükmedilmekte ve yanlışlıkların düzeltilmesi için dilekçe ret kararları talepte bulunana tebliğ edilmek suretiyle ilgililere otuz günlük ek süre verilmekte-

28 Danıştay 11. Dairesi'nin 15.02.2005 tarih ve E:2002/4376, K:2005/642 sayılı kararı, Danıştay 8. Dairesi'nin 28.10.1999 tarih ve E:1998/36, K:1999/5625 sayılı kararı. (Akip Açıklamalı Kanun İçtihat Programı)

29 Danıştay 4. Dairesi 25.06.2003 tarih ve E:2002/1254, K:2003/1789 sayılı kararında, "...uyuşmazlık konusu olayda; adli yargı yerine açılan davanın, görev yönünden reddedilmesi üzerine, kararın kesinleşmesini takip eden otuz gün içerisinde görevli vergi mahkemesine dava açılmadığı belirtilerek mahkemece davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar verilmiştir. bir davanın görev yönünden reddedilmesi durumunda 2577 sayılı kanununun anılan maddesinde belirtilen usul esas olmakla birlikte, incelenmekte olan olayda mahkeme kararları nedeniyle ortaya çıkan gelişmeler davacının hukukunu etkileyecek şekilde özellikler göstermektedir. zira, ... icra tetkik mercii hakimliğince, Yargıtay bozma kararı uyarınca verilen ve 3.12.2001 tarihinde kesinleşen kararda, "davacının dilekçesinin mahkememizin görevsizliği nedeniyle reddine, talep halinde dosyanın görevli ve yetkili ... vergi mahkemesine gönderilmesine" şeklinde hüküm kurulmuş olup, davacı da 4.12.2001 tarihinde kayda giren dilekçe ile dosyanın görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesini talep etmiştir. bu talep nedeniyle dosyanın ... vergi mahkemesine gelmesiyle dosya esas kaydına alınmış, davanın ilk incelemesi yapıp sonucuna göre 2577 sayılı yasa göre bir karar verilmek gerekirken dosya esas kaydı kapatılarak ... vergi mahkemesi ile ... icra tetkik mercii hakimliği arasında meydana gelen görüş ayrıklığı ve sehven yapılan işlemler nedeniyle karşılıklı yazışmalar yapılmış, 31.1.2002 günlü ... vergi mahkemesi başkanının yazısıyla ayrıklıklar giderilerek olay çözüme kavuşmuş, davacı da bu yazıyı 11.2.2002 tarihinde tebliğ ederek aynı gün ... vergi mahkemesinde davasını açmıştır. dolayısıyla yukarıda belirtilen gelişmeler nedeniyle 3.12.2001 tarihinde kesinleşen görev ret kararından sonra son durum davacıya 11.2.2002 tarihinde tebliğ edildiğinden bu tebligat üzerine açılan davada süre aşımı bulunduğundan söz edilemez..." görüşüyle dava dilekçesi ve eklerinin 2577 sayılı Kanun'a göre incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. [www.danistay.gov.tr](http://www.danistay.gov.tr), erişim tarihi 24.10.1998.

dir.

Konuya ilişkin olarak, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu yeni tarihli bir kararında<sup>30</sup>, "...davanın 4.5.1998 tarihinde adli yargıda açıldığı, adli yargı yerince 19.10.1999 tarihinde verilen kararlar uyuşmazlığın görüm ve çözümünde idari yargının görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilerek, talep halinde dosyanın görevli idare mahkemesine gönderileceği belirtilmiş ve 2577 sayılı Kanun'un 9. maddesindeki usule aykırı olarak dosya idari yargı yerine gönderilmiştir. Bu durumda, adli yargı yerinin kararı nedeniyle dosya idari yargı yerine gönderilmiş olduğundan, yapılan bu hukuki hatanın sorumluluğunu davacıya yüklemek adil yargılanma hakkına uygun bulunmamaktadır..." yönünde karar vermiştir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu farklı bir kararında da, Adli yargı yeri tarafından verilen görevsizlik kararı üzerine 2577 sayılı Yasa'nın 9. maddesi uyarınca görevsizlik kararının kesinleşmesinden itibaren ilgilinin dava açmamasının nedeninin, uymak zorunda olduğu ve hukuki hata içerdiğinden haberi olmadığı mahkeme kararı olduğu; bu kararda davacının yanlış yönlendirilerek dava açma süresinin elinden alınmasına neden olacak şekilde hüküm kurulduğu; davacının bu süreyi geçirmesine bizzat Mahkemenin sebep olduğu gerekçeleriyle 9. maddenin uygulanmamasına karar vermiştir<sup>31</sup>.

Adli yargı yerleri tarafından davanın görev yönünden reddedilmesine rağmen usule aykırı olarak "istem halinde dosyanın idari yargı yerine gönderilebileceği"nin belirtilmesi durumunda soruna daha farklı bir şekilde yaklaşılması gerektiği görüşümdedir. HUMK'da ve CMK'da görevsizlik kararı verilmesi durumunda, dava dosyalarının görevli yargı yerlerine doğrudan veya talep üzerine gönderilebileceği yönünde açık bir hükme yer verilmemesine rağmen, ilgililerin yine yargı yerince verilen karara güvenerek mahkemenin gösterdiği yol çerçevesinde hareket etmeleri beraberinde hak kayıplarına meydan verebilecektir. 2577 sayılı Kanun'un 9. maddesinde yer verilen otuz günlük sürenin kısa bir süre olduğu hususu göz önünde bulundurulduğunda, hatalı yargı kararına güvenmek suretiyle hareket eden ilgililere ait davaların, süre aşımı yönünden reddedilerek hak kaybına uğramalarının, adil yargılanma ilkesine de aykırılık teşkil edeceği açıktır.

İdari yargı merciine hitaben, adli yargı merci tarafından sunulan üst yazının teknik anlamda dilekçe olarak kabulüne olanak bulunmamaktadır. An-

30 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 09.02.2006 tarih ve E:2006/90, K:2006/28 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Sayı:113, s.90-91.

31 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 30.12.2004 tarih ve E:2004/2432, K:2004/2057 sayılı kararı, yayımlanmamış karar.

cak, yukarıda değinilen sorunun en uygun çözümünün, istemin 2577 sayılı Kanun'un 3. maddesinde belirtilen şekilde dilekçe olarak kabul edilmesi, dilekçenin usulüne uygun olarak düzenlenmediğinden bahisle reddine hükmedilmesi ve dilekçe ret kararının ilgililere tebliği suretiyle ilgililerin durumdan haberdar edilerek İYUK'un 15. maddesi uyarınca usulüne uygun dilekçe hazırlamaları için otuz günlük ek süre verilmesi olduğu kanaatindeyim.

2577 sayılı Kanun'da değişiklik yapılması amacıyla hazırlanan tasarıda yürürlükteki 9. maddenin, "Danıştay'ın, idare veya vergi mahkemelerinin görevine giren uyuşmazlıklarda, adli veya askerî yargı yerlerine açılan davaların görev noktasından reddi halinde, bu husustaki kararların ve bunlara karşı kanun yolları varsa süresi içinde olmak şartıyla bu yollara başvurulması üzerine, verilen kararların kesinleşmesi tarihinden itibaren otuz gün içinde, sayılan yargı yerlerince dava dosyası görevli yargı yerine gönderilir." şeklinde değiştirilmesi teklif edilmiş ancak henüz 2577 sayılı Kanunda belirtilen şekilde bir değişiklik yapılmamıştır. Belirtilen tasarinin kanunlaşması durumunda, ilgililerin başvuruları ve idari yargı yerlerine dilekçe vermelerine gerek kalmaksızın, dosyaların idari yargı yerlerine gönderilebilmeleri nedeniyle dava görevli idari yargı yerinde açılmış olacaktır<sup>32</sup>.

### SONUÇ

Dava açma süresinin saptanmasında hukuk devleti ve hak arama özgürlüğü ilkelerinin kullanımına göreceli de olsa üstünlük tanınması gerekmektedir. Dava açma süreleri ile ilgili düzenlemelerin yargısal denetiminde yapılacak yorumların; kısıtlayıcı, daraltıcı dolayısıyla hak arama özgürlüğünün sınırlandırıcı olmamasına özen gösterilmelidir. Hak arama özgürlüğü ile ilgili sınırlandırma sonucu idari yargı denetiminin etkisizleştirilmesi söz konusu olacaktır. Kanunda belirtilen sürelerin geçirilmiş olmasının, hukuk devleti ilkesinin temeli olan idarenin hukuka uygun davranma ödevini sona erdirmeyeceği açıktır.

Danıştay'ın, idare mahkemelerinin veya vergi mahkemelerinin görevine giren bir davanın, görevsiz bir mahkemede açılması durumunda, mahkemece görevsizlik kararı verilmesi halinde kararda, "istem halinde dava dosyasının idari yargı merciine gönderilebileceği" hususuna yer verilmemesi gerekmektedir. 2577 sayılı Kanun'un yürürlükteki 9. maddesi uyarınca, davaların görev yönünden reddi ve bu kararların kesinleşmesi üzerine 2577 sayılı Kanun'un 3. ve 5. maddelerinde yer verilen usulü uygun dilekçeler ile birlikte ilgililer tarafından yeni bir dava açılmalıdır.

Ancak, adli yargı yerinde açılan davaların görev yönünden reddi ve ka-

---

32 Candan, a.g.e., s.407.

rarda ayrıca “istem halinde dosyaların idari yargı yerlerine gönderilebileceği” hususunun belirtilmesi ve ilgililer tarafından adli yargı yerine verilen dilekçeler verilmesi ve bunun üzerine adli yargı yerince dosyaların doğrudan idari yargı yerlerine gönderilmeleri durumunda, adil yargılanma ve hak arama özgürlüğü ilkeleri çerçevesinde soruna yaklaşılması gerekmektedir.

Adli ve idari yargı yerleri arasında görev ayrımı noktasında tartışmaların ve uyuşmazlıkların her zaman ortaya çıkabileceği düşünüldüğünde, 2577 sayılı Kanun’da gerekli yasal düzenlemelerin yapılarak adli yargı yerleri tarafından görevsizlik kararı ile birlikte dava dosyalarının idari yargı yerlerine gönderilmesine olanak sağlanmasının yerinde olacağı görüşündeyim.

# EVRENSEL CEZA YARGILAMASI

*Ece BAŞARAN\**

## Giriş

Suçun işlendiği yere ve niteliğine, faile, mağdura, davaya bakan hâkime ilişkin yabancılık unsurlarından bir veya birkaçını içeren ceza hukuku sorunlarını çözen hukuk dalı olarak ifade edilebilecek uluslararası ceza hukukunda<sup>1</sup> evrensellik ilkesi ve buna dayalı olarak yapılan evrensel yargılama klasik doktrinin dışına taşmış tartışmalı bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. 1990’lardan itibaren devletlerin bu müesseseyi ceza kanunlarına dâhil etme akımından, 2005 senesinde yürürlüğe giren Ceza Kanunuyla (TCK) birlikte Türk hukuk sistemi de etkilenmiştir. Yeri tartışmalı olsa dahi, ceza kanunumuzdaki varlığından şüphe edilmeyecek bu müessesenin uygulamasına henüz şahit olamadığımız için, kanımızca mukayeseli hukuka başvurmak zorunluluk haline gelmiştir. Bundan ötürü, hem evrensel yargılamanın hukuk sistemimizdeki düzenlenişini daha iyi analiz etmek, hem de doktrinimizde yeterince üzerinde durulmadığına inandığımız bu konuyu gündeme getirmek amacıyla böyle bir çalışma yapmanın isabetli olacağını düşündük.

İlk kısımda ceza kanunlarının yer bakımından uygulanmasına hâkim olan ilkeleri genel olarak gözden geçirip konunun çerçevesi çizeceğiz.

İkinci kısımda devletlerin evrensellik ilkesine dayanarak failerin cezai yargılamaya tabi tutulmasının hukuki dayanaklarına ışık tutacağız. Önce, ulusal mahkemelerin evrensel yargılama yapmasının tarihçesine başvurarak, evrensel yargılamanın bir teamül olduğu ortaya koyacağız. İkinci olarak ise, devletlerin imzaladığı andlaşmalarda “evrensel yargılama yapma” yükümü altına girip girmediğini, *aut dedere aut judicare* ilkesini göz önünde tutarak ele alacağız. Ayrıca çalışmamız kapsamında incelendiğimiz işkence, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçu ile ilgili andlaşmaların evrensel yargılamayı desteklemesi hususuna değineceğiz. Daha sonra, devletlerin evrensel yargılama yetkisinin Uluslararası Daimi Adalet Divanı’nca kabulünü 1927 tarihli Lotus-Bozkurt Kararı çerçevesinde inceleyeceğiz. Böylece

---

\* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi üçüncü sınıf öğrencisi.

<sup>1</sup> Durmuş Tezcan, ‘Ulusal Mahkemelerin Evrensel Yargı Yetkisi ve Belçika Örneği’ in *Hukuk Kurultayı 2004*, Ankara Barosu, Ankara 2004, s. 128.

evrensel yargılamayı; teamüller, hukuki metinler ve içtihatlar ile üç noktadan gerekçelendirmiş olacağız.

Üçüncü kısımda evrensel yargılamanın Türk Hukukundaki yerini saptanmaya çalışılacağız. Önce mülga kanun döneminde evrensel yargılama müessesesine yaklaşımı saptayacak, daha sonra, yürürlükte olan Ceza Kanunumuz açısından evrensel yargılama müessesesini inceleyeceğiz. Bu bölümde, Türk doktrinindeki evrensel yargılamayı karşılayan TCK hükmü tartışmalarından da bahsedip hangi görüşün taraftarı olduğumuzu gerekçeleriyle açıklayacağız.

Dördüncü kısımda mukayeseli hukuktaki evrensel yargılama sistemlerinin bazılarını inceleyeceğiz. Bunu yaparken “genel olarak” başlığı altında her bir sistemde, evrensel yargılama sürecinin nasıl başlatıldığı, evrensel yargılama için ne gibi şartlar arandığı, gıyapta yargılama yapılıp yapılmadığı ve hangi suçların evrensel yargılamaya tabi olduğu gibi hususları belirleyeceğiz. Bu başlık altında, gerek kanun hükümlerine, gerek ise söz konusu devletlerinin yüksek yargı organlarının kararlarına göndermeler yapacağız. Diğer bölümlerde ise, bazı ülkelerde Pinochet'nin nasıl yargıladığına bakalacağız. Belirtmemiz gerekir ki, bu kısım için söz konusu dört devleti (İspanya, İngiltere, Fransa, Belçika) bilinçli olarak tercih ettik, zira hepsinde aynı failin aynı fiiline ilişkin evrensellik ilkesine dayanılarak yargılamalar yapılmıştır. Böylece, mahkemelerin evrensel yargılamada takındıkları tutumlarıdaki farklılıkları daha net olarak ortaya koyabilmeyi amaçladık.

Dünyada evrensel yargılamaya ilişkin son eğilimleri tespit etmeye çalışacağımız dördüncü kısma başlarken, ulusal mahkemelerce evrensel yargılamaya tabi tutulan bireylerin, diplomatik dokunulmazlık sahibi olmaları durumunda cezalandırılmayacağına ilişkin Uluslararası Adalet Divanı'nın Yakalama Emri kararından bahsedeceğiz. Bu karar, diplomatik dokunulmazlığı haiz bireylerin ulusal mahkemelerde cezalandırılmayacağını fakat uluslararası mahkemelerde cezalandırılabilceğini öngördüğünden, bizi Uluslararası Ceza Divanı'nın evrensel yargılama yetkisine yönlendirecektir. Sözlerimizi bitirirken, devletlerin sahip olduğu evrensel yargılama yetkisinin, bununla amaçlanan adalet duygusunu tatmin etmekten uzak oluşunu vurgulayıp Uluslararası Ceza Divanı'nın yapacağı evrensel yargılamanın bu sorunu çözme olasılığının üzerinde duracağız.

### **I. Bireylerin Ulusal Mahkemeler Önünde Cezai Sorumluluğu ve Ulusal Mahkemelerin Evrensel Yargılama Yapma Yetkisi**

Faillerin, işledikleri uluslararası suçlardan sorumluluğu, günümüze dek iki şekilde ortaya çıkmıştır. Bunlardan biri uluslararası ceza mahkemeleri önünde sorumluluktur. Bunu kendi içinde ikiye ayırmak mümkündür: *Ad*

*hoc* uluslararası mahkemeler önünde sorumluluk (Nuremberg, Yugoslavya, Ruanda, gibi); diğeri ise 2002'den itibaren faaliyete geçen Uluslararası Ceza Divanı (International Criminal Court) önünde sorumluluk. Diğeri bir tür ise, failin işlediği uluslararası suçtan dolayı ulusal mahkeme önünde yargılanıp, bu ulusal mahkemenin tabi olduğu devletin ceza hukukuna göre cezalandırılmasıdır. Aslında bu hal içinde de çeşitli ihtimaller söz konusu olabilir. Fail, suçu işlediği ülke devletinin mahkemesince, vatandaşı olduğu devletin mahkemesince veya mağdur ettiği bireyin vatandaşı olduğu devletin mahkemesince yargılanabilir. Hatta ne suçun işlendiği yerle, ne de suçun süjeleriyle herhangi bir bağlantı taşımayan bir devletin mahkemesi önünde de bu devletin ceza hukuku kurallarıyla mahkûm edilebilecektir. Zira failin işlediği suç uluslararası suçtur ve böyle bir suçu işleyen cezalandırılmasında uluslararası toplumun her bir bireyin menfaati vardır. İşte bu son ihtimalde, belli koşullar altında, devletlerin suçluları yargılama yetkisini haiz olmaları “evrensellik ilkesi”nden (principle of universality) ileri gelir. Böyle bir yargılamaya da “evrensel yargılama” (universal jurisdiction) denir<sup>2</sup>. Bu çalışmamızın konusu devletlerin kendi iç hukuklarına dayanarak uluslararası suçluları evrensel yargılamaya tabi tutmasıdır.

#### **A. Ceza Kanunlarının Yer Bakımından Uygulanmasına Hâkim Olan İlkeler**

Prensip itibarıyla, kanun koyucu, kanunların ve düzenleyici işlemlerin uygulanacağı yeri belirleme hususunda tam bir yetkiye sahiptir ve bu, uluslararası anlaşmalar ile sınırlanmadığı sürece mutlak bir yetkiyi ifade eder. Böyle olmakla birlikte, kanun koyucu ne ceza kanunlarına ne de mahkemelelerine mutlak bir yetki tanımayı tercih eder. Dönmezer'e göre bunun iki nedeni vardır. Öncelikle, devletin bireylerini cezalandırmasının hedefi toplumsal yarar sağlamaktır ve ceza kanunlarının uygulama alanının genişlemesinde toplumsal bir yarar olmadığı gibi, zarar söz konusu olabilir. İkinci olarak, suçları kovuşturmak masraflı bir iştir ve ekonomik gücü sınırlı olan devletin, suçu takip gücü de sınırlıdır<sup>3</sup>. Tüm bu gerekçelerle, kanun koyucu ceza kanunlarının yer bakımından uygulanması hususundaki mutlak yetkisini sınırlar. Bu sınırlamalar, mülkiyet (ülkesellik), şahsîlik (kişisellik), korunma (gerçeklik) ve evrensellik (adalet) ilkesi olmak üzere dört ilkenin ışığında tayin

<sup>2</sup> Michael P. Scharf, 'Application of Treaty-Based Universal Jurisdiction to Nationals of Non-Party States', *New England Law Review*, Vol. 35, No. 2, 2001, s. 368.

<sup>3</sup> Sulhi Dönmezer, *Genel Ceza Hukuku Dersleri*, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2003, s. 67.

edilmektedir<sup>4</sup>.

### 1. Mülkilik İlkesi

Failin ya da mağdurun vatandaşlığı nazara alınmaksızın, ülkesinde suç işlenen devletin ceza kanununun uygulanması suretiyle failin cezalandırması mülkilik (ülkesellik) sistemini ifade etmektedir<sup>5</sup>. Dönmezer, ceza kanunlarının uygulanması yönünden ülkeyi “geniş anlamda aynı bir egemenliğe tabi olan ve diğer devletlerin ülkelerinden sınırlarla ayrılmış bulunan kara parçası ve bunun içindeki her türlü sular” olarak tanımlamaktadır<sup>6</sup>. Ayrıca TCK 8/2 hükmü de ülkeden ne anlaşılması gerektiğini belirlemiştir<sup>7</sup>. Mülkilik ilkesi, bir devletin, kendi ülkesi dışında işlenmiş bir suça kayıtsız kalmasına yol açmaktadır. Ancak günümüzün ulaşım araçlarının artması ve ülkeler arasındaki geçişlerin kolaylaştığını düşünürsek, bir failin bir ülkede suç işleyip diğer bir ülkeye kaçması durumunda, ülkesine kaçılan devletin mülkilik ilkesini katı bir biçimde uygulaması ceza adaleti ile bağdaşmayacaktır<sup>8</sup>. Ceza kanunlarının yer bakımından uygulanmasında, devlet egemenliğinin bir sonucu olarak, mülkilik ilkesi esas teşkil etse de bunun yanında başka ilkelere uygulanması zaman içinde bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır. Gerçekten de sadece mülkilik ilkesinin uygulanması halinde, yabancı ülkede suç işleyen vatandaşın kendi ülkesine döndüğünde cezasız kalma durumu ortaya çıkacaktır<sup>9</sup>.

### 2. Şahsilik İlkeleri

Ceza Kanunlarının şahsi olması sisteminde ceza kanunu, devletin tüm vatandaşlarına uygulanacaktır. Ceza kanunlarının yer bakımından uygulanmasında ilk belirilmiş ilke<sup>10</sup> olan şahsiliğin tipik örneği kapitülasyonlardır<sup>11</sup>.

4 Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin, Ankara 2007, s. 65. Bazı yazarlar bu dört ilkeye ikame yargı yetkisi ve yetki paylaşımı ilkelerini de eklemektedir: Nur Centel /Hamide Zafer/Özlem Yenerer Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta, İstanbul 2006, s. 123.

5 Bahri Öztürk./Mustafa R. Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*. Seçkin, Ankara 2006, s.70.

6 Dönmezer, s. 68.

7 Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bakınız: Centel./Zafer/Çakmut, s. 124-130.

8 M. Fatih Çınar, *Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Gelişimi Işığında Uluslararası Ceza Divanı*, Kazancı, İstanbul 2004, s. 38.

9 Centel /Zafer /Çakmut, s. 123.

10 Centel /Zafer /Çakmut,, s. 131.

11 Dönmezer, s. 68 ; Öztürk /Erdem, s. 70.

Günümüzde ise şahsılık ilkesinin işlevi değişmiştir. Zira faile göre etkin şahsılık ya da mağdura göre pasif şahsılık olarak iki boyutta incelenen bu ilke, mülkilik ilkesine dayalı sistemleri yumuşatmak amacıyla uygulanmaktadır<sup>12</sup>. Şahsılık ilkeleriyle, mülkilik sisteminin yarattığı, devletlerin yurtdışına giden vatandaşlarının gittikleri ülke devletinin insafına bırakılması sonucu bertaraf edilmeye çalışılmaktadır<sup>13</sup>.

Faile göre etkin şahsılık ilkesi, yabancı ülkede suç işleyen faile, vatandaşı olduğu devletin ceza kanununun uygulanmasını ifade etmektedir. Bu ilke, yurt dışında suç işleyen vatandaşlarını başka suçun işlendiği ülke devletlerine geri vermeyen özellikle Kıta Avrupa'sı devletlerinde pratik bir gereksinim olarak ortaya çıkmıştır<sup>14</sup>.

Mağdura göre pasif şahsılık ilkesi ise, mağdurun milliyeti esas alınarak, yabancı uyruklu fail hakkında, mağdurun vatandaşı bulunduğu devletin ceza kanununun uygulanmasını gerektiren sisteme denir<sup>15</sup>.

Hatırlatmak gerekir ki, şahsılık ilkeleri mutlak suretle uygulanma alanı bulmamaktadır. Bu ilkeleri kabul eden devletler, suçları, ceza kanunlarında ilgili hükümlerce belirlenmiş koşulların bir araya gelmesi halinde kovuşturmaktadır<sup>16</sup>.

### 3. Korunma İlkesi

Mülkilik ilkesini tamamlayan bir diğer esas olarak nitelendirilen korunma ilkesi, yabancı bir ülkede vuku bulmuş ve ne vatandaş tarafından ne de vatandaşa karşı işlenmiş bulunan birtakım suçların, sadece belli bir devletin güvenliğine karşı oldukları için, belirli koşullar altında, bu devletçe kovuşturulmasını ifade etmektedir. Dönmezer, korunma ilkesi çerçevesince kovuşturulacak suçların genellikle uluslararası kongrelerde belirlendiğini bildirmektedir<sup>17</sup>.

### 4. Evrensellik İlkesi

Evrensellik ilkesi, ne failin ne de mağdurun vatandaşı olduğu devletin, suçu, kendi ülkesinde işlenmemiş olmasına rağmen kovuşturmasını gerektirir. Bu ilke suç, dünyanın neresinde, kim tarafından işlenmiş olursa olsun

12 Dönmezer, s. 68.

13 Öztürk/Erdem, s. 73.

14 Hakeri, s. 71-72; Ali Timur Demirbaş/Mustafa R. Erdem, *Ceza Hukuku Pratik Çalışmaları*, Seçkin, Ankara 2007, s. 57.

15 Hakeri, s. 70.

16 Dönmezer, s. 73.

17 Dönmezer, s. 73

cezasız kalmamalıdır düşüncesine dayanmaktadır<sup>18</sup>. Evrensellik ilkesi aşağıda değineceğimiz gibi, pek çok uluslararası andlaşma ile desteklenmiştir<sup>19</sup>.

Tezcan'ın ifadesiyle, saiki ne olursa olsun, devletlere, evrensellik ilkesine ulusal ceza kanunlarında yer vermeye iten sebep suçlulukla mücadelenin evrenselliği anlayışıdır. Buna göre, “suç” denen kötülük, sadece belli bir devletin kanununu ihlal etmeyecektir, tüm insanlığa karşı işlenmiştir. Dolayısıyla, suçun cezalandırılması adaletin gerçekleşmesini engeller. Sonuç olarak, mevzuatında bu ilkeye yer veren devletlerin, yurt dışında bir yabancıya karşı suç işlemiş yabancıların cezasız kalmamaları için bulabildikleri tek çözüm evrensel yargılamadır<sup>20</sup>.

Bununla birlikte, evrensellik ilkesi, Yakalama Emri kararında Uluslararası Adalet Divanı (UAD) Hâkimi Van den Wyngaert'in<sup>21</sup> dile getirdiği gibi, mutabakata varılmış bir tanımdan yoksundur. Reydams<sup>22</sup> ve La Pradelle ile Meron'un aynı yönde fikirlerine atıf yapan O'Keefe, evrensel yargılamanın ancak olumsuz ifadeler kullanılarak tanımlanabileceğine işaret etmektedir. Yazara göre, ceza kanunlarının yer bakımından uygulanmasında mülkîlik, şahsîlik ve korunma prensibine dayanmayan yargılama, evrensellik ilkesine dayanmaktadır<sup>23</sup>. 17. Uluslararası Hukuk Enstitüsünün 26 Ağustos 2005 tarihli Kararında da, evrensel yargılama için aynı şekilde formüle edilmiş tanım getirilmiştir<sup>24</sup>.

### B. Evrensel Yargılama Yetkisinin Dayanakları

Bir önceki bölümde aktardığımız gibi, “evrensel yargılama”nın üzerinde uzlaşılan bir tanımı bulunmamasına rağmen bu müessese pek çok devletçe ihdas edilmekte, yabancı hukuk doktrininde yer işgal etmektedir. Tanımı bile olmayan bir olgunun nasıl hukuk sistemlerinin köklü bir parçası haline gelebildiğine ilişkin bir sorunun cevabını, gerek devletlerin tarih boyunca sürdü-

18 Öztürk/Erdem, s. 77.

19 Centel/Zafer/Çakmut, s.140.

20 Tezcan, s. 128-129.

21 UAD, *Yakalama Emri Kararı*'nda Yargıç Van den Wyngaert'in karşı görüşü, 2000, <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8144.pdf>, para. 44, erişim tarihi: 03.11.2007.

22 Luc Reydams, 'Universal Criminal Jurisdiction: Belgian State of Affairs'. *Criminal Law Forum*, Vol. 11, 2000, s. 184-185.

23 Roger O'Keefe, 'Universal Jurisdiction Clarifying the Basic Concept', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, s. 744-747.

24 Bakınız: Seventeenth Commission Universal Criminal Jurisdiction with Regard to the Crime of Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes Resolution, madde 1, [http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/2005\\_kra\\_03\\_en.pdf](http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/2005_kra_03_en.pdf), erişim tarihi: 26.11.2007.

ğü hareket tarzlarından, gerek imzaladığı uluslararası andlaşma hükümlerinden, gerek ise uluslararası mahkemelerin konuya ilişkin öngörülerinden çıkarmak mümkündür: Tanımdan yoksun olsa da, evrensel yargılama güçlü dayanaklara sahiptir.

### 1. Bir Teamül Olarak Evrensel Yargılama

“*Krallar ve krallara denk güçlerle teçhiz edilmiş olanlar, sadece kendileri veya tebaalarına karşı işlenmiş kötülöklere değil ayrıca kendilerini özelelikle ilgilendirmeyen ama Tabii Hukuku ve Milletler Hukukunu ihlal edenleri de cezalandırmak hakkına tam olarak haizdirler.*”<sup>25</sup>

#### Grotius

En eski evrensel yargılama uygulaması, 10. yüzyılda<sup>26</sup> deniz haydutlarının, ilgilinin uyruğu veya suçun nerede işlendiği nazara alınmaksızın yargılanmasıdır. Deniz haydutlarının cezalandırılmasına verilen bu önemin nednini tahmin etmek zor değildir. O dönemde, devlet hazinelerini destekleyen en önemli faaliyet kuşkusuz deniz ticaretidir. Ayrıca deniz haydutlarının karada suç işlemiş faillere nazaran yakalanıp yargılanması daha zordur ve bu durum tüm devletler için ciddi bir sorun teşkil etmektedir. Dolayısıyla dönemin uluslararası toplumunun deniz haydutlarını *hostis humani generis*<sup>27</sup> olarak tanınması bunlar hakkında evrensel yargılama yapılmasını mümkün kılmıştır<sup>28</sup>. Devletlerin bu hareket tarzları, deniz haydutlarının yargılanmasında evrensel yetkiyi bir uluslararası hukuk teamülü haline gelmiş ve sonunda bu teamül, 1958<sup>29</sup> ve 1982<sup>30</sup> Deniz Hukuku Sözleşmelerinde kodifi-

<sup>25</sup> Aktaran S. Sinan Kocaoğlu, ‘Evrensel Yetki’, *TBB Dergisi*, No. 60, 2005, s. 193.

<sup>26</sup> Karşılaştırınız: UAÖ, ‘Chapter Two: The Evolution of The Practice of Universal Jurisdiction’ in *Universal Jurisdiction: The duty to enact and enforce legislation*, [http://web.amnesty.org/library/pdf/IOR530042001ENGLISH/\\$File/IOR5300401.pdf](http://web.amnesty.org/library/pdf/IOR530042001ENGLISH/$File/IOR5300401.pdf), 001, erişim tarihi: 19 Kasım 2007.

<sup>27</sup> İnsanlığın düşmanı şeklinde tercüme edilebilecek bu Latince deyim ilk kullanının *Cicero* olduğu dile getirilmektedir.

<sup>28</sup> Yana Shy Kraytman, ‘Universal Jurisdiction – Historical Roots and Modern Implications’, *BSIS Journal of International Studies*, Vol. 2, 2005, s. 98-99; Scharf, s. 369.

<sup>29</sup> Madde 19 hükmü şöyledir: “Açık denizlerde veya herhangi bir devletin yargılama yetkisi alanı dışında, her devlet korsan gemisini veya hava aracını, veya korsanlar tarafından ele geçirilmiş bir gemiye ve üzerindeki mallara el koyabilir, kişileri tutuklayabilir. El koymayı yapan devletin mahkemeleri hüsünüyetle hareket eden üçüncü ölkelerin hakları saklı kalmak üzere uygun görölecek cezalara karar verebilir ve el konulmuş mallara yönelik olarak adil hareket tarzını benimseyebilir.”

ye edilerek günümüze dek etkisini doğurmaya devam etmiştir.

1815 tarihli Viyana Kongresinde alınan kararlardan biri köle ticaretinin yasaklanması ve bunun deniz haydutluğu ile aynı muameleyi görmesidir. 19. yüzyılın sonuna gelindiğinde ise köle ticareti yasadışı olarak nitelendirmesine rağmen, bu yasağın bir buyruk kural haline gelmesi için İkinci Dünya Savaşının sonunu beklemek gerekmiştir<sup>31</sup>. Zira bu döneme kadar, devletler, her ne kadar kâğıt üzerinde anlaşmış olsalar da, gemilerde kölelerin mevcut olup olmadığına ilişkin arama yapmaya bile yanaşmamışlardır<sup>32</sup>.

İkinci Dünya Savaşı öncesinde de gerek 1927 yılında yapılmış Birinci Ceza Hukuku Uyumlaştırılma Konferansı'nın sonuç bildirgesinde, gerek 1931 yılında yapılan Uluslararası Hukuk Enstitüsü Cambridge toplantısında, gerekse 1932 yılında yapılan Uluslararası Karşılaştırmalı Hukuk Kongresinde belirlenen katalog suçlara evrensel yargılama yapılması kabul edilmiştir<sup>33</sup>.

Bugün itibariyle, uluslararası toplumun, “uluslararası suç” kavramının hangi fiilleri kapsadığı konusunda tam bir mutabakata vardığını belirtmek mümkün değil ise de, “işkence”, “soykırım”, “savaş suçları” ve “insanlığa karşı suçlar”ın doktrinde hemen her yazar tarafından “uluslararası suç” başlığı altında incelendiğini görmekteyiz<sup>34</sup>. Bugünkü mevcut durum kaynağını İkinci Dünya Savaşı savaş suçlarının yargılandığı Nuremberg Mahkemesi'nden almış ve mahkemenin statüsü evrensel yargılama yetkisinin ana prensiplerini ortaya koymuştur<sup>35</sup>.

## 2. Evrensel Yargılamayı Destekleyen Uluslararası Andlaşmalar

---

30 Madde 105 hükmü şöyledir: “Her devlet açık denizde veya hiçbir devletin yetkisine tabi olmayan her hangi bir yerde, deniz haydudu bir gemiyi veya uçağı yahut deniz haydutluğu fiilleri sonucunda ele geçirilmiş olan ve deniz haydutlarının elinde bulunan bir gemiye el koyabilir ve bu gemide ve uçakta bulunan kişileri yakalayabilir ve mallara el koyabilir. El koyan devletin mahkemeleri verilecek cezalar ile iyi niyet sahibi üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak şartıyla gemi, uçak veya mallara ilişkin tedbirler konusunda karar verebilir.”

31 Madeline H. Morris, ‘Universal Jurisdiction in a Divided World: Conference Remarks’, *New England Law Review*, Vol. 35, No.2, 2001, s. 341.

32 Kraytman, s. 100.

33 UAÖ, s. 13-15. ; Kocaoğlu, s. 196-197.

34 Erwin van der Borcht, ‘Prosecution of International Crimes In The Netherlands: An Analysis of Recent Case Law’, *Criminal Law Forum*, Vol 18, 2007, s. 89.

35 Kraytman,s. 10; UAÖ, s. 25-28; Çınar, s. 13-15.

Uluslararası toplum, 1949 Cenevre Sözleşmeleri ile ilk kez çoğu dar anlamda savaş suçu oluşturan birtakım suçları uluslararası suç biçiminde değerlendirecek, bunların Sözleşmelere taraf devletlerce cezalandırılması yükümünü getirmiştir. Böylece, Sözleşmelere taraf devletler “ağır ihlaller” olarak<sup>36</sup> anılan savaş suçlarının faillerini cezalandırma konusunda üç tür yükümlülük altına girmiştir. Bu yükümlülükler, anılan suçların failen cezalandırılmasını sağlayacak biçimde mevzuat oluşturmak, bu suçu işleyen faillerini araştırmak ve uyuşuna bakmadan anılan suç faillerini ulusal mahkemelerde yargılamaktır.<sup>37</sup>

Belirtmek gerekir ki, Cenevre Sözleşmesi’nin taraflarına getirdiği evrensel yargılama görevinin ne kadar katı bir görev olduğu tartışmaya açıktır. Çünkü *aut dedere aut judicare* prensibine uygun şekilde, Sözleşmelerin hükümleri, tarafların evrensel yargılama yapmayı tercih etmediği hallerde<sup>38</sup>, faili bunu yapabilecek bir başka taraf devlete göndermelerini öngörmektedir. Sonuç olarak, bizim görüşümüze göre, 1949 Cenevre Sözleşmeleri evrensel yargılamayı taraflar için bir mecburiyet olarak görmemektedir, fakat tarafların bunu yapmasını açıkça desteklemektedir.

Cenevre Sözleşmeleri; evrensel yetkiye dayanarak yargılama yapma hususunda, devletleri farklı tutumlara itmiştir. Örneğin Avusturya, Hollanda, Danimarka, Almanya veya İsviçre gibi devletler, kendi hukuklarında, mahkemelerine evrensel yargılama yetkisini vermiştir. Buna karşılık, Fransa, mahkemelerinin evrensel yargılama yapma yetkisini haiz olabilmesi için, Cenevre Sözleşmeleri’nin bir gerekçe teşkil edemeyeceği görüşündedir<sup>39</sup>.

Çalışmamız kapsamında değerlendireceğimiz işkence suçuna ilişkin evrensel yargılamalar, 1984 tarihli İşkence ve Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme’nin 5 maddesinin 2. fıkrasına<sup>40</sup> dayanılarak yapılmaktadır. Söz konusu maddeye göre devlet, işkence suçunun failinin kendi ülkesinde bulunması durumunda, ya iade edecek ya

<sup>36</sup> Bu fiiller I. Sözleşme’de m. 50’de, II. Sözleşme’de m. 51’de, III. Sözleşmede m. 130’da ve IV. Sözleşme’de m. 17’de belirlenmiştir.

<sup>37</sup> Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, IV. Kitap, Turhan, Ankara 2000, s. 246-247.

<sup>38</sup> Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin, Ankara 2008, s. 79.

<sup>39</sup> Kravtman, s. 109-110.

<sup>40</sup> “Aynı şekilde her Taraf Devlet, itham olunan şahsın kendi yetkisi altındaki ülkelerde bulunması ve bu şahsı 8. maddeye uygun olarak bu maddenin 1. paragrafında zikredilen Devletlerden herhangi birisine iade etmediği takdirde kendi yetkisini tesis etmek için lüzumlu olabilecek tedbirleri alacaktır.”

da yargılayacaktır. Maddede bahsi geçen “lüzumlu olabilecek tedbirlerin alınması” ibaresi, devletlere, iç hukukunu, işkence suçu failini iade etmenin mümkün olmadığı hallerde evrensel yargılama yapabilecek şekilde düzenleme yükümlülüğü getirmesini ifade etmektedir.

Son olarak, çalışmamızda değindiğimiz soykırım suçuna yönelik evrensel yargılama yetkisinin, devletlere 1948 BM Soykırım Sözleşmesi ile verilmemesini; fakat böyle yargılamaların uluslararası teamüllerden birini teşkil ettiğini<sup>41</sup> belirtmemiz gerekir.

### 3. Evrensel Yargılamanın Lotus-Bozkurt Kararı ile Meşruiyet Kazanışı

Mahkeme içtihatları hem ceza hukukunun hem de uluslararası hukukun yardımcı kaynakları arasında yer aldığından, uluslararası ceza hukuku ışığında incelediğimiz evrensel yargılama yetkisine ilişkin verilmiş uluslararası içtihatlarına değinmenin isabetli olacağı kanısındayız.

Lotus Kararı olarak anılan karara konu teşkil eden olay, 1926 yılında “Lotus” isimli Fransız ticaret gemisinin Bozkurt adlı Türk ticaret gemisine açık denizde çarpması ve kaza sırasında 8 Türk’ün hayatını kaybetmesidir. Geminin süvarisi, kazayı takiben, İstanbul’a gelmiş ve orada tutuklanmıştır. Fransa ile Türkiye arasında çıkan ihtilafın konusu geminin süvarisini kimin yargılayacağıdır. Şöyle ki, Fransız Devleti, geminin Fransız bayrağı taşımasından ötürü kendi yargılama yetkileri altında bulunduğunu, dolayısıyla kazada yalnızca kendi mahkemelerinin yetkili olduğunu iddia ederken, Türk Devleti ise yurtdışında bir Türk vatandaşına karşı işlenen suçun failinin Türkiye’de bulunması durumunda, kendi makamlarınca yargılanacağını öne sürmüştür<sup>42</sup>. O güne kadar bu tür kazalarda süregelen uygulama, failin bayrak devleti mercilerince yargılanması olduğundan, bunun bir teamül halini aldığı görüşünde olan Fransa ve mağdura göre pasif şahsılık ilkesini uygulama taraftarı olan Türkiye bu ihtilafı Uluslararası Daimi Adalet Divanı’na (UDAD) götürmüşlerdir<sup>43</sup>.

Davanın konusu her ne kadar teamül ve mağdura göre pasif şahsılık ilkelelerine ilişkin olsa da UDAD, evrensel yargılamaya ilişkin birtakım prensipleri ortaya koyduğundan, yıllardan beri, konumuza ilişkin tartışmalarda karara atıf yapılmaktadır. UDAD’ye göre, kanunların yer bakımından uygulanmasında, esas prensip mülkiyettir. Ancak devletlerin, emredici kurallara aykırı olmama-

<sup>41</sup> Morris s. 347.

<sup>42</sup> Aslan Gündüz, Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler- Örnek Kararlar, Beta, İstanbul 2000, s. 21.

<sup>43</sup> George Windell Berge, ‘The Case of the S. S. Lotus’, *Michigan Law Review*, Vol. 26, No. 4, 1928, s. 361-371.

ları kaydıyla, en iyi ve en uygun bulduğu ilkeleri benimseme konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır ve böyle ilkelerin benimsenmesine diğer devletlerin itiraz etme hakkı yoktur; zira bu durum, sınırları içinde kaldığı sürece, ilkeyi benimseyen devletin egemenlik yetkisinden kaynağını almaktadır<sup>44</sup>.

*“Ceza Hukuku bakımından mülklik ilkesinin bütün devlet kanunlarının temelini oluşturduğu ne kadar doğru ise, bir devletten diğer devlete değişen sistemler dâhilinde yargı yetkilerini ülke dışında işlenen suçlara genişletmekte oldukları da o oranda doğrudur. Bununla birlikte ceza hukuku bakımından mülklik, uluslar arası hukukun kesin bir ilkesi olmadığı gibi, hiçbir yönüyle ülke egemenliğiyle ilişkilendirilemez”<sup>45</sup>.*

## II. Türk Hukukunda Evrensel Yargılama

### A. Türk Doktrininde “Evrensellik İlkesini Hangi TCK Hükümü Karşılar?” Tartışması

Ceza kanunlarının yer bakımından uygulanması hususunda göz önünde tutulacak ilkelerden birinin evrensellik ilkesi olduğu ve bu ilkenin şu an itibarıyla yürürlükte olan 5237 sayılı TCK’nda bulunduğu doktrinimiz tarafından kabul edilmekte, ceza hukukunun genel hükümlerine ilişkin tüm kitaplarda evrensellik ilkesi bahsi geçmektedir. Ne var ki, doktrinimizde hangi TCK hükmünün evrensel yargılamayı emrettiğine ilişkin bir mutabakata varılmış olduğunu belirtmek güçtür.

Bazı yazarların<sup>46</sup> eserlerinde evrensel yargı ilkesi ile ikame yargı ilkesinin aynı anlama geldiği belirtilmektedir. Örneğin, evrensel yargılama ilkesini tanımlarken Demirbaş’ın ön plana çıkardığı unsur, failin ülkesinde bulunduğu devletin, faili suçun işlendiği ülkenin sahibi olan veya failin vatandaşı olduğu devlete iade etmeyi reddidir. Böylece, *aut dedere aut punire/judicare* ilkesine uygun olarak faili ülkesinde bulunduran devlet, bu kişinin cezasız kalmaması için onu yargılamak durumunda kalacaktır<sup>47</sup>. Sonuç olarak bu yazarlara göre evrensel yargılama ilkesini karşılayan hüküm TCK 12/3’tür.

Buna karşılık ikinci bir grup yazar<sup>48</sup> ise yukarıda belirttiğimiz tanımın

44 UDAD, *Lotus Kararı*, 1927, [http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07\\_lotus/](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus/), erişim tarihi: 19.11.2007; kararın Türkçe tercümesi için bakınız: Enver Bozkurt / Yasin Poyraz Y./M. Akif Kütükçü, *Devletler Hukuku Pratik Çalışmaları*, Asil, Ankara 2004, s. 2-25.

45 Bozkurt/Poyraz/Kütükçü, s. 15.

46 Örneğin Demirbaş, Öztürk, Erdem, Çınar gibi.

47 Ali Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin, Ankara 2007, s. 163.

48 Yenisey veya Centel/Zafer/Çakmut, gibi.

sadece ikame yargı ilkesini ifade ettiğini belirtirken, ikame yargı ilkesi ve evrensellik ilkesinin birbirinden farklı olduğuna dikkat çekmektedir<sup>49</sup>. Bu yazarlar ve bunlara ilaveten Özgenç, evrensellik ilkesini karşılayan TCK hükmünün madde 13 olduğunun altını çizmektedir<sup>50</sup>.

Bu konuda ileri sürülen üçüncü bir görüş ise hem TCK 12/3 hem de TCK 13 hükümlerinin evrensellik ilkesi kapsadığı ve TCK 13'ün evrensellik ilkesinin özel bir yansıması niteliğinde olduğudur<sup>51</sup>.

Bu konuda son bir görüş ise, TCK 12/3'ün ikame yargı yetkisini ifade ettiğini kabul ederken aslında ikame yargı yetkisinin TCK 13'te düzenlenmiş evrensellik ilkesinin diğer bir görünümü olduğunu dile getirmektedir<sup>52</sup>.

Evrensel yargılamaya ilişkin hangi TCK hükmü olduğunu belirlemek, çalışmamızın devamı bakımından son derece önemlidir. Zira iki hüküm farklı koşullarda uygulanabilmektedir. Ayrıca ikame yargı ilkesi, mülga kanun döneminde de geçerli<sup>53</sup> iken, TCK 13 hükmü ceza hukuku sistemimize 2005'te girmiştir.

**Bizim görüşümüz:** Bu çatışmayı çözmek için mukayeseli hukuk ve uluslararası hukuk göz önüne alırsak, şu gerekçelerden dolayı ikinci görüşe katılmak isabetli olacaktır:

1. Mukayeseli hukuka bakıldığında, devletlerin evrensel yargılama yalnızca ceza kanunlarında belirlenmiş birtakım suçlar söz konusu olduğunda yaptığı görülmektedir<sup>54</sup>. TCK 12/3 ile 13 hükümlerini karşılaştırıldığında, yalnızca madde 13'te suçlar katalog halinde verilmiştir. Bu da demektir ki, TCK 12/3 her bir suç tipi için mümkün olabilmektedir.

2. Mukayeseli hukuktan çıkan bir başka sonuç ise, devletlerin evrensel yargılama yapabilmek için mutlak suretle, ülkesinde bulunan faile ilişkin diğer bir devletin iade talebinin reddinin aranmadığıdır. Örneğin, İspanya'da aleyhine evrensel yargılama yapılan *Pinochet*'nin İspanya'da bulunmamak-taydı, hatta Failin İngiltere'den yargılanmak üzere iadesinin istenmişti.

49 Sulhi Dönmezer/Feridun Yenisey, *Ceza Hukuku Genel Dersleri*, yayınlanmamış baskı, 2007; Centel./Zafer/Çakmut, s. 142-143.

50 Centel./Zafer/Çakmut, s. 142-143; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin, Ankara 2007, s. 747-759.

51 Hakeri, s. 72.

52 Koca/Üzülmöz, s. 82-83.

53 Çınar, s. 42.

54 Ayrıntılar için çalışmamızın III. Kısma bakınız.

3. Söz konusu iki maddenin gerekçeleri incelendiğinde<sup>55</sup>, TCK 13'ün gerekçesinde, maddenin ceza hukukumuzdaki varlığına sebep olarak, bunun, bazı uluslararası andlaşmaların<sup>56</sup> getirdiği bir yükümlülük olarak gösterildiğini görülmektedir. Bu da önceki bölümde incelediğimiz evrensel yargılama ve uluslararası andlaşmalar ilişkisini destekler niteliktedir.

Çalışmamızın bundan bölümlerinde, evrensellik ilkesinin TCK 13'te düzenlendiğini kabul ederek devam edeceğiz.

### **B. Mülga Kanun Döneminde Evrensel Yargılama**

Mülga kanun döneminde bazı yazarlar ceza adaletini tam olarak sağlayabilmek için evrensel yargılama müessesesinin ihdas edilmesini öne sürmüş ise de, bu durum önemli sayılabilecek bir doktrinsel tartışma doğurmamıştır<sup>57</sup>. Belirtmek gerekir ki, Dönmezer'in Ceza Kanununu tasarılarında da evrensellik ilkesine ilişkin bir madde konması gündeme gelmemiştir.

Aslında evrensel yargılamayı destekleyen andlaşmaları 50 yıla aşkın süredir onaylanmış bulunan kanun koyucumuzun ceza hukukuna evrensellik ilkesini dâhil etmemesi ilginç gözükebilir. Ancak uluslararası andlaşmaların iç hukukumuzdaki yerinin belirlenmesi bile yeni sayılabilecek bir durum olduğundan, evrensellik ilkesinin ceza hukukumuzda mal edilmesinin 2005 yılını bulmasına, kanımızca, şaşmamak gerekir.

Belirtmek gerekir ki, Dönmezer'in kitabını güncelleştiren Yenisey, evrensellik ilkesinin 5237 sayılı TCK'da yer almasını mehzaz kanun olarak Alman Kanununun seçilmesine ve bu kanunda benzer bir hükmün bulunma-

55 Türk Ceza Kanunu Madde Gerekçeleri, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc>, erişim tarihi: 26.11.2007.

56 “Bu konuda, 1963 yılında imzalanan Uçaklara Karşı İşlenen Suçlara veya Diğer Fiillere İlişkin Tokyo Sözleşmesi, 1970 yılında imzalanan Uçakların Kanun Dışı Yollarla Ele Geçirilmesinin Önlenmesi Hakkındaki La Haye Sözleşmesi, 23 Eylül 1971 tarihli Sivil Havacılığın Güvenliğine Karşı Kanun Dışı Eylemlerin Önlenmesine İlişkin Montreal Sözleşmesi, 14 Aralık 1973 tarihli Diplomasi Ajanları da Dahil Olmak Üzere Uluslararası Korunmaya Sahip Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair New York Sözleşmesi, Uyuşturucu Maddelere Dair 1961 Tek Sözleşmesi, 21 Aralık 1971 tarihinde Viyana'da imzalanan Psikotrop Maddeler Sözleşmesi ve ayrıca, Avrupa Konseyi'nce 27 Ocak 1977 tarihinde hazırlanan Tedhişçiliğin Önlenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi örnek olarak gösterilebilir.”

57 Sulhi Dönmezer/Feridun Yenisey, *Ceza Hukuku Genel Dersleri*, yayınlanmamış baskı, 2007.

sına bağlamaktadır<sup>58</sup>. Gerçekten de, Almanya’da evrensel yargılama, en azından dayandığı kaynak bakımından gelişmiş bir kurum sayılabilir. 26 Haziran 2002 tarihinde Alman Parlamentosu’nda kabul edilmiş Uluslararası Hukuka Aykırı Suçlar Kanunu (Völkerstrafgesetzbuch) ile evrensel yargılama müessesesinin ayrıntılı olarak düzenlendiğini görülmektedir<sup>59</sup>.

### C. 5237 Sayılı TCK Döneminde Evrensel Yargılama

Evrensel yargılama, 2005 tarihli Ceza Kanunumuzun 13. maddesinin ilk fıkrasında, *numerus clausus* ilkesine tabi olarak, aşağıdaki suçlar için öngörülmüştür:

*a- Ceza Kanununun İkinci Kitap Birinci Kısım altında yer alan suçlar:* soykırım (m. 76), insanlığa karşı suçlar (m. 77), Bu suçları işlemek için örgüt kurmak (m. 78 ), göçmen kaçakçılığı ( m. 79 ), insan ticareti (m. 80) .

*b-İkinci Kitap, Dördüncü kısım altındaki Üçüncü bölümden başlayarak Sekizinci bölümde biten suçlar:* Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar (m.299, 300, 301), Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (m. 302 – 308), Anayasal Düzene ve Bu düzenin İşleyişine karşı suçlar (m. 309 – 316), Milli savunmaya Karşı suçlar (m. 317 – 325), Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (m. 326- 339), Yabancı Devletle Olan İlişkilere Karşı suçlar (m. 304 – 343).

c-İşkence (m. 94, 95) suçları

d-Çevrenin kasten kirletilmesi (m.118)

e-Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (m. 188), uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını kolaylaştırma (m. 190).

f-Paralarda sahtecilik (m. 197), para ve kıymetli damgaları imale yarayan araçların üretimi ve ticareti (m. 200), mühürlerde sahtecilik (m. 202)

g-Fuhuş (m. 227).

h-Rüşvet (m. 252).

<sup>58</sup> Sulhi Dönmezer/Feridun Yenisey, *Ceza Hukuku Genel Dersleri*, yayınlanmamış baskı, 2007.

<sup>59</sup> Söz konusu kanun metninin İngilizce tercümesi için bakınız: Act to Introduce German Code of Crimes against International Law, <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/VoeStGB.pdf>, erişim tarihi: 26.11.2007; konu hakkında daha ayrıntılı bilgi için bknz: Kai Ambos, ‘International Core Crimes, Universal Jurisdiction and § 153f of the German Criminal Procedure Code: a Commentary on the Decisions of the Federal Prosecutor General and the Stuttgart Higher Regional Court in the Abu Ghraib/Rumsfeld Case’, *Criminal Law Forum*, Vol. 18, No. 1, 2007, s. 43-58.

i-Ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması (m. 223 / 2,3), bu araçlara zarar verme (m.152)

TCK madde 13 hükmü Türk doktrininde türlü eleştirilere konu olmuştur. Eleştirileri maddenin başlığına yöneltilenler, maddenin içeriğine yöneltilenler şeklinde ikiye ayırmak mümkündür.

Bir hükmün başlığı, her ne kadar bağlayıcı özelliği haiz olmasa da, ilgili hükmün ne anlama geldiğini saptanması için yapılan fikri çalışma olarak ifade ettiğimiz yorumun, sistematik araçlarından birisi<sup>60</sup> olarak karşımıza çıkar. Bu yönden, kanun koyucunun bir hükmün başlığını isabetli seçmesi önem taşımaktadır. Prof. Hafizoğulları, TCK 13'ün "diğer suçlar" şeklinde geçen başlığının terimsel değerden yoksun ve belirsiz olarak nitelendirmektedir. Bu başlık yerine "ülke dışında işlenen suçlar" ya da "yabancı ülkede işlenen suçlar" başlıklarının tercih edilmesinin daha isabetli olacağını belirtmektedir<sup>61</sup>. Hafizoğulları'nın bu eleştirisine katılmaktayız. Kanun koyucu, maddenin gerekçesinden açıkça anlaşılabilmesi üzere, madde ile evrensel yargılama kurumunun ihdas edilmesini amaçlamıştır. Daha açık bir başlık koysaydı, belki de bugün evrensellik ilkesini hangi TCK hükmünün karşıladığı bir tartışma meselesi olmayacaktı.

Madde açısından daha vahim bir eleştiri konusu da içeriği ile ilgilidir<sup>62</sup>. Yukarıdaki madde hükmünden açıkça anlaşılabilmesi gibi, kanun koyucu Ceza Kanunumuzda tanımlanmış suçların dörtte birinden fazlası<sup>63</sup> için evrensel yargılama yapılmasını öngörmüştür.

Kanun bu düzenlemesi ile nerdeyse kuralı istisna istisnayı kural haline getirmiştir... Kanun koyucu, bu düzenleme ile, tabiri caizse, dünya ülkelerinin "bekçiliğine" soyunmuştur<sup>64</sup>.

Gerçekten de Mukayeseli Hukuk kapsamında incelediğimiz ceza hukuku sistemlerinin hiçbirinde evrensel yargılama bu kadar çok sayıda suç söz için öngörülmesi değildir. Doktrinimizden haklı olarak gelen bu eleştiriler karşısında kanun koyucu, 5377 sayılı yasa ile, söz konusu TCK maddesine 2. ve

<sup>60</sup> Dönmezer, s. 52-53; Kemal Oğuzman/Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, Beta, İstanbul 2005, s. 58.

<sup>61</sup> Zeki Hafizoğulları, *Türk Ceza Hukuku Ders Notları*, Ankara 2007, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/CezaHukuku.pdf>, s. 78, erişim tarihi: 28.11.2007.

<sup>62</sup> Sulhi Dönmezer/Feridun Yenisey, *Ceza Hukuku Genel Dersleri*, yayınlanmamış baskı, 2007.

<sup>63</sup> Hafizoğulları, s. 78.

<sup>64</sup> Hafizoğulları, s. 78.

3. fıkraları eklemek suretiyle, hükmü yumuşatma yoluna gitmiştir<sup>65</sup>. Söz konusu yeni fıkralar şunlardır:

(2) İkinci Kitap, Dördüncü Kısım altındaki Üçüncü, Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerde yer alanlar hariç; birinci fıkra kapsamına giren suçlardan dolayı Türkiye'de yargılama yapılması, Adalet Bakanının talebine bağlıdır.

(3) Birinci fıkranın (a) ve (b) bentlerinde yazılı suçlar dolayısıyla yabancı bir ülkede mahkûmiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile, Adalet Bakanının talebi üzerine Türkiye'de yargılama yapılır.

Böylece hüküm “Adalet Bakanının talebi” şartı ile sınırlandırılmıştır. Ancak bu değişiklik de eleştirileri durdurmamıştır. Mukayeseli hukukta da görüleceği üzere, evrensel yargılamanın siyasilerin talebine bırakılması hiçbir hukuk sisteminin de mevcut değildir. Kaldı ki, Yenisey’in de işaret ettiği üzere, “...Adalet Bakanının Türkiye’de yargılama yapılması için istemde bulunurken, hangi ölçütlerden yola çıkacağını, Kanun’da gösterilmemiş olması büyük bir eksikliklerdir.” Yenisey, bu olumsuz durumun ortadan kaldırılması için Ceza Muhakemesi Kanununun 171. maddesinin değiştirilmesini ve evrensellik yargılamaya tabi suçlarda Cumhuriyet savcısına, kamu davasını açıp açmama konusunda takdir yetkisi verilmesini önermektedir<sup>66</sup>.

TCK madde 13 hükmü ile ilgili olarak ele alınması gereken son nokta, aşağıda göreceğimiz üzere, yabancı doktrinde de zaman zaman tartışma konusu haline gelen gıyaben yargılamaya izin verilip verilmemesi hususudur. Söz konusu maddede, yer bakımından uygulamaya ilişkin diğer maddelerin aksine, failin, “Türkiye’de bulunması” şartı öngörülmemiştir. Ancak ceza hukukumuzda, bir failin hapis cezasına mahkûm olabilmesi için mahkemede hazır bulunması bir cezalandırma şartıdır. O halde, evrensel yargılamanın amacına ulaşabilecek türden bir hareket tarzı olabilmesi için failin Türki-

<sup>65</sup> Belirtmek gerekir ki, bu süreç de kolay olmamıştır. Öncelikle 5257 sayılı kanunla söz konusu fıkraları eklemeyi amaçlayan kanun koyucu, Cumhurbaşkanlığının kanun tasarı-sını vetosu (daha doğru bir ifadeyle, Meclis’e geri göndermesiyle) ile karşılaşmıştır. Cumhurbaşkanının bu tutumunun gerekçesi yurtdışında işlenen suçlarda evrensellik ilkesine göre kovuşturulan suçlarla, diğer ilkelere göre kovuşturulan suçları işleyen arasında eşitliği bozduğuna yönelik fikridir. Hükümet, Kanun Tasarısı’nı, değiştirmeden tekrar imzaya sunarak kanunlaşmasını sağladı ve böylece 5377 sayılı Kanunla yeni fıkralar eklenmiş oldu: Sulhi Dönmezer/Feridun Yenisey, *Ceza Hukuku Genel Dersleri*, yayınlanmamış baskı, 2007.

<sup>66</sup> Sulhi Dönmezer/Feridun Yenisey, *Ceza Hukuku Genel Dersleri*, yayınlanmamış baskı, 2007.

ye'de bulunması şart olacaktır<sup>67</sup>. Şunu da belirtmek gerekir ki, sanığın adli para cezasına mahkûm edilebilmesi için gıyapta yargılama mümkün gözük-  
mektedir<sup>68</sup>. Fakat para cezası ile sonuçlanacak bir evrensel yargılamanın da  
amacına ne kadar uygun olduğu, kanımızca, tartışmaya açık bir mevzuudur.

## II. Mukayeseli Ceza Hukukunda Evrensel Yargılama

### A. İspanya ve Evrensel Yargılama

#### 1. Genel Olarak

6/1985 sayılı Kanunun (Ley Organica del Poder Judicial) 23/4 hükmü, İspanya vatandaşı olmayan faillerin İspanya vatandaşı olmayan mağdurlara karşı, İspanya dışında işledikleri birtakım suçlar bakımından yargılanabilme-  
sini öngörmektedir. Bu suçların arasında, soykırım, terörizm ve İspanya tarafından onaylanmış uluslararası andlaşmaların kapsadığı diğer suçlar sayılmaktadır<sup>69</sup>. “Uluslararası andlaşmaların kapsadığı diğer suçlar”dan maksadın genellikle işkence suçları olduğu belirtilmektedir<sup>70</sup>. İnsanlığa karşı suçlar ise İspanyol Ceza Kanununa 2004 senesinde girmiştir<sup>71</sup>.

İspanya'da evrensel yetkiye dayanılarak yapılan yargılamalar, ilk olarak, aşağıda da ele alacağımız, Pinochet davasıyla başlamıştır. Bu dava başarısızlıkla sonuçlanmış olsa da, evrensel yargılamalar serisi Peru'nun eski başkanı Alberto Fujimori ve Arjantinli ordu mensubu Adolfo Schilingo'nunkiler ile devam etmiş ve Schilingo<sup>72</sup> 1970'lerde işlediği soykırıma teşebbüs suçundan 640 yıl hapis cezasına mahkûm edilmiştir.

İspanyol Anayasası m. 125, 6/1985 sayılı Kanun m. 20/3 ve Ceza Muhakemesi Kanunu kısım 101 ile 270 uyarınca mağdurlar ve suçun cezalandırılmasında menfaati bulunanlar “accion popular” (*actio popularis*, halk it-

<sup>67</sup> Hafizoğulları, s. 79; Sulhi Dönmezer/Feridun Yenisey, *Ceza Hukuku Genel Dersleri*, yayınlanmamış baskı, 2007.

<sup>68</sup> Sulhi Dönmezer/Feridun Yenisey, *Ceza Hukuku Genel Dersleri*, yayınlanmamış baskı, 2007.

<sup>69</sup> Naomi Roth-Arriza, 'The Pinochet Precedent and Universal Jurisdiction', *New England Law Review*. Vol. 35, No. 2, 2001, s. 311-312.

<sup>70</sup> Redress, *Universal Jurisdiction in Europe: Law and Cases in Ten Countries*, 1999, <http://www.redress.org/documents/annex.html>, erişim tarihi: 21.11.2007.

<sup>71</sup> İHİÖ, *Universal Jurisdiction in Europe The State of The Art*. Vol. 18, 5(D), 2006, <http://hrw.org/reports/2006/ij0606/ij0606webwcover.pdf>, s. 86, erişim tarihi: 21.11.2007.

<sup>72</sup> Davanın ayrıntıları için bkz: Christian Tomuschat, 'Issues of Universal Jurisdiction in the Scilingo Case', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005, s. 1074-1081.

hamı) denilen bir mekanizma ile süreci başlatabilmektedir. Tetkik hâkiminin çalışmaları ve hazırlık tahkikatları sonucu yeterli kanıt ulaşıldığına kanaat getiren savcılıklar davayı sürdürmektedir. Belirtmek gerekir ki, İspanya evrensel yargılamalarda uluslararası ve bölgesel mahkemelere öncelik tanımaktadır. Örneğin, İspanya Anayasa Mahkemesi'nin Guatemala kararında, evrensel yargılama sürecinin başlatılabilmesi için dava taraflarının suçun işlendiği yerdeki bölgesel mahkemelerin suçu kovuşturmadığını ispat etmekle yükümlü olduğunu vurgulamıştır<sup>73</sup>. İspanya'da yukarıda zikrettiğimiz kanunun 23/4 hükmüne dayanarak evrensel yargılama sürecinin başlatılması için şüphelinin ülkede bulunması şartı koşulmadığı İspanyol Anayasa Mahkemesince teyit edilmiştir<sup>74</sup>. Ancak yargılama gıyapta başlasa dahi, failin iade edilmemesi durumunda cezalandırılması mümkün olmamaktadır.

## 2. İspanya'daki Pinochet Yargılaması<sup>75</sup>

Öncelikle şu hususu açıklığa kavuşturarak başlamak isteriz<sup>76</sup>: İspanya'da Pinochet aleyhine iki dava açılmıştır. Bunlardan biri<sup>77</sup>; o dönemde, Şili'de yaşayan ve mağdur edilen İspanya vatandaşlarının adınadır ve bu dava "mağdura göre pasif şahsılık" ilkesine dayanmıştır. Davanın sanıklarının arasında Pinochet'nin yanı sıra Schilingo, Cavallo ve onlarca ordu mensubu da bulunmaktadır. Diğer bir dava<sup>78</sup> ise, ilgili dönemde İspanya ile hiçbir vatandaşlık bağına sahip olmayan Şili'li mağdurlar adına olup bu da "evren-

<sup>73</sup> İHİÖ, s. 82.

<sup>74</sup> İHİÖ, s. 87. Roth-Arriza, s. 312.

<sup>75</sup> Kararın İngilizce özeti için bkz: Maria del Carmen Marquez Carrasco/Joaquin Alcaide Fernandéz, 'Spanish National Court, Criminal Division (Plenary Session) Case 19/97, November 4, 1998; Case 1/98, November 5, 1998' in 'International Decisions: In re Pinochet', *American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 4, 1999, s. 690-696.

<sup>76</sup> Aslında konumuzu doğrudan ilgilendirmeyen bu karışık süreci çalışmamıza dâhil etmemizin sebebi, çalışmamız için yaptığımız araştırma sürecinde, konu üzerine yazılmış bazı eserlerde İspanyol *Pinochet* yargılamasının "mağdura göre şahsılık ilkesine" dayandığını, dolayısıyla "evrensellik ilkesi" başlığı altında bu davanın incelenmesinin yersiz olduğunu ileri süren görüşlere rastlamamızdır. Örneğin, bkz: Uğur Bayılhoğlu, 'Uluslararası Adalet Divanı'nın Tutuklama Müzekkeresi Davası Hakkında Kararına İlişkin Bir Değerlendirme', *AÜHFD*, Vol. 55, No. 2, 2006, s. 38.

<sup>77</sup> Dosya sayısı 19/97'dir.: Carrasco/Fernandéz, s. 690.

<sup>78</sup> Dosya sayısı 1/98'dir. Bu dava sürecini başlatan şikayeti Judge Manuel Garcia Castellon'dur; fakat sonrasında bu dava ile ilk davanın soruşturması ilk davanın da tektik hakimi olan Garzon tarafından beraberce sürdürülmüştür. Carrasco/Fernandéz, s. 690, 692.

sellik ilkesi”ne dayanılmıştır. Her iki süreç de yukarıda bahsi geçen şikâyet mekanizmasıyla başlamış, daha sonra ise aynı tetkik hâkiminin soruşturması ile sürmüştür. Çalışmamızda, ikinci davayı ele alacağız.

İddianamede, 1973 ile 1990 yılları arasında Şili’yi idare eden Pinochet’nin kaçırılmak, tutuklatılmak, işkence yaptırmak ve öldürmekten sorumlu tutulması istenmiştir. Pinochet’nin, ayrıca, kendi rejimine muhalif kimselerin “ortadan kaldırılması”nı sağladığının, 1978 yılında çıkarttığı af ve “Ömür Boyu Senatörlük” kurumunu ihdas etmesi ile kendini ve yandaşlarını koruduğunun altı çizilmiştir.

1998 yılı sonunda tetkik hâkimi Garzon, İspanya’nın Pinochet rejimine ilişkin soykırım<sup>79</sup> ve işkence iddialarını değerlendirme yetkisi bulunduğu karar vermiş ve bu karar, İspanya Milli Mahkemesi’nin (Audiencia Nacional) Ceza Dairesince oybirliği ile onanmıştır. İspanya’nın Pinochet’ye soykırım isnadı yöneltmesi tartışma konusu olmuştur, zira BM 1948 Soykırım Sözleşmesinde evrensel yargılama öngörülmemiştir. İspanya Milli Mahkemesi Hâkimleri, 1948 Sözleşmesinde her ne kadar evrensel yargılama öngörülmemiş ise de, bunun sözleşmenin ruhuna uygun düştüğünü belirlemişlerdir. Kaldı ki, soykırım, İspanyol iç hukukunda evrensel yargılamaya tabi bir suçtur. Bu noktada, evrensel yargılama yapan İspanyol hâkimlerin uluslararası hukuktan ziyade kendi ceza hukuku hükümlerini dikkate almaları altı çizilmesi gereken bir husus olarak gözümüze çarpmaktadır. Bu kararla ilgili bir başka önemli husus ise, İspanyol makamlarının Şili’de ilan edilmiş 1978 affı ile bağlı olmadıklarını bildirmeleridir.

Bu arada Şili yönetiminin, İspanya’nın üçüncü ülkelerde işlenen insanlığa karşı suçları yargılama yetkisi bulunmadığına ve “Ömür Boyu Senatörlük” unvanına sahip eski devlet başkanlarının dokunulmazlığı olduğuna ilişkin itirazları sonuç vermemiştir.

İspanya, İngiltere’de tedavi görmekte olan Pinochet’nin yargılanmak üzere kendilerine iadesini istemiş, aynı zamanda Yargıç Garzon geçici hapis cezası verdiği fail için uluslararası yakalama emri çıkartılması talebinde bulunmuştur.

## **B. İngiltere ve Evrensel Yargılama**

### **1. Genel Olarak**

Mülkîlik prensibi üzerine inşa edilmiş İngiliz ceza hukukunda<sup>80</sup>, evrensel yargılama yetkisini kullandığı suçlar; işkence, savaş suçları, rehin alma ve köle ticaretidir. Her ne kadar teorik olarak bu suçlarda evrensel yargılama

<sup>79</sup> Roth-Arriza, s. 313.

<sup>80</sup> Dönmezer, s. 72.

yetkisi bulunsa da uygulamada, İngiliz mahkemeleri bu yetkiyi kullanmaktan kaçınmaktadır<sup>81</sup>. Bu duruma yol açan, Fretsman'a göre uluslararası suçları işleyen faillerin kovuşturulmasının yürütmenin takdirine bırakılmasıdır. Bu tür faillerin kovuşturulması görevi Kraliyet Kovuşturma Servisi'ne (Crown Prosecution Service) ait olup servisin hangi usullerle çalıştığı yazılı kurallara bağlanmamıştır. Ayrıca, Servisin polis tarafından başlatılan muameleleri değiştirme veya sona erdirme gibi yetkileri bulunmaktadır. Örneğin, 2005 yılında hakkında alt derece mahkemelerinden biri olan,<sup>82</sup> Bow Street Sulh Mahkemesince (Magistrates' Court) yakalama emri çıkarılan İsraili tümgeneral Almog, Heathrow Havalimanı'nda bindiği uçakta kısırılmak üzereyken İngiliz polisinin uçağa girmeyi reddetmesi ile elden kaçırılmıştır<sup>83</sup>.

Yine de, biraz da insan hakları örgütlerinin çabasıyla, evrensel yargılama bakımından İngiliz ceza hukukunda da birtakım değişimler ve gelişmeler olduğunu dile getirmek yanlış olmayacaktır. Bu değişimler özellikle, aşağıda ayrıntılarını ele alacağımız, Pinochet hakkında verilen İngiliz Yüksek Mahkemesi niteliğindeki<sup>84</sup>, Lordlar Kamarası'nın (House of Lords) kararında<sup>85</sup> gözler önüne serilmiştir.

## 2. İngiltere'deki Pinochet Yargılaması

Yukarıda zikrettiğimiz İspanyol tetkik hâkimi Garzon'un çıkarttığı yakalama emri, emrin İngiliz yetkililerce yürürlüğe konması ve Pinochet'nin tutuklanmasıyla sonuç vermiştir<sup>86</sup>. Bu tutuklamayı umulmadık olarak nitelendiren Azarkan, durumun dünyada şok etkisi yaratmasını şöyle açıklamak-

81 Zaten Anglo- Sakson hukuk sisteminde evrensellik ilkesinin uluslararası hukuk sistemine aykırı olduğunu görüşünü savunanların mevcudiyeti de bilinmektedir, bakınız: Çınar, s. 41.

82 Arzu Oğuz, *Karşılaştırmalı Hukuk*, Yetkin, Ankara 2003, s. 271.

83 Carla Fretsman, 'The Approach of the United Kingdom to Crimes under International Law: The Application of Extraterritorial Jurisdiction' in Wolfgang Kaleck / Michael Ratner / Tobias Singelstein / Peter Weiss (eds.) *International Prosecution of Human Rights Crimes*, Springer, Berlin 2006, s.151-153.

84 Oğuz, s. 285.

85 Lordlar Kamarası, *Judgment - Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division*, 24 Mart 1999, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino1.htm>, erişim tarihi: 05.11.2007.

86 Chandra Lekha Sriram, 'Exercising Universal Jurisdiction: Contemporary Disparate Practice', *International Journal of Human Rights*, Vol 6, No.4, 2002, s. 54.

tadır: “Bu durum diğer diktatörler için kaygı verici bir gelişmeydi. Çünkü bu durum, onlarında gelecekte benzer bir durum ile karşılaşma olasılığını gündeme getirmekteydi.<sup>87</sup>”

Müdafileri, Pinochet'nin eski devlet başkanı olmasından ötürü dokunulmazlığının bulunduğunu; kaldı ki Fail'in hiçbir zaman İspanyol vatandaşı olmadığını ve sonuç olarak iddianın iadeye konu olabilecek bir suç teşkil etmediğini belirtmişlerdir. Aynı zamanda, Şili davaya müdahil olmuş ve egemenlik haklarının kısıtlandığını ileri sürmüştür. İngiliz hukukuna göre Pinochet yalnızca işkence suçundan evrensel yargılamaya tabi olabilecektir. Ancak bu suç tipinin de İngiliz ceza hukukunda yerine alması söz konusu suçun işlendiği zamandan sonra olmuştur. Ayrıca kararda, Hukuk Lordları; Pinochet'nin dokunulmazlıktan yararlanabilirliği üzerine uzun tartışmalar yapmış ve sonunda işkence gibi birtakım uluslararası suçların faili, bir eski devlet başkanı olsa dahi dokunulmazlık zırhından faydalanamayacağı belirlenmiştir. Yine de bununla birlikte doktrinde tartışmalar devam etmiştir. Karar, 1978 tarihli İngiliz Devlet Bağışıklık Yasası'na (State Immunity Act) aykırı olduğu yönünde eleştiriler almıştır<sup>88</sup>.

1999 yılında İngiliz İç İşleri Bakanı Jack Straw iade işlemlerini başlatırsa da, 2000 yılında tutumunu değiştirmiş ve failin akli durumunun iadesine engel teşkil ettiğini öne sürmüştür. 3 Mart 2000 tarihinde Pinochet Şili'ye geri dönmüştür<sup>89</sup>.

### C. Fransa ve Evrensel Yargılama

#### 1. Genel Olarak

Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu madde 689 uyarınca Fransız mahkemelerinde evrensel yargılama, işkence suçu, nükleer maddeyi fiziksel koruma, yolsuzluk ve terörist faaliyetlerde söz konusu olmaktadır. Fransız ceza hukukunun Cenevre Sözleşmesi'nde bahsi geçen savaş suçlarını evrensel yargılama suretiyle cezalandırmaması dikkat çekicidir<sup>90</sup>. Fransız Ceza Kanununda madde 211/2 ve 212/3'te düzenlenmiş insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçu açısından ise Fransız mahkemelerinin evrensel yargılama yapma yetkisi bulunmamaktadır. Bunun istisnalarını 2 Ocak 1995 tarihli 95–1 sayılı ve 22 Mart 1996 tarihli 96–432 sayılı kanunlar teşkil etmektedir. Söz

<sup>87</sup> Ezeli Azarkan, Nuremberg'ten La Haye'ye: Uluslararası Ceza Mahkemeleri, Beta, İstanbul 2003, s. 46.

<sup>88</sup> Azarkan, s. 48; Andrea Bianchi, 'Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case', *European Journal of International Law*, Vol. 10, No. 2, 1999, s. 238.

<sup>89</sup> Sriram, s. 54.

<sup>90</sup> İHİÖ, s. 46 dn. 104.

konusu düzenlemeler BM Güvenlik Konseyinin 827 ve 955 sayılı kararlarıyla ihdas edilmiş ve Yugoslavya ile Ruanda *ad hoc* ceza mahkemelerine uygulanabilirlik kazandırmak amaçlı olup Fransız mahkemelerine ilgili failleri *ad hoc* evrensel yargılamaya tabi kılma yetkisi vermiştir.

Şimdiye kadar, Fransa'da evrensel yargılama örneklerinin hepsinde<sup>91</sup>, şikâyetçi bireyler Fransız Ceza Muhakeme Kanunu'ndaki *partie civile* hükümlerine dayanarak mülga Kanun döneminde Türkiye'de ön görülen şahsi davaya benzeri müesseseyi başlatması ile ortaya çıkmıştır. Bu yolla davanın taraflarından biri haline gelen şikâyetçilerin de bazı yükümlülükleri bulunmaktadır. Örneğin, Failin Fransa'da bulunması soruşturmanın başlaması için şarttır. Dolayısıyla iddianame her kim tarafından düzenleniyor ise bu kişinin, failin Fransa topraklarında bulunduğuna ilişkin kanıt göstermesi gerekecektir.

Belirtmek gerekir ki, soruşturmanın devamı failin Fransa'da bulunması koşuluna bağlanmamıştır ve gıyapta yargılama mümkündür. Bunun en açık dayanağı, Fransız mahkemelerinin işkence suçların söz konusu olduğunda evrensel yargılama yetkisini haiz olduğunu ve yargılamanın gıyaben devam etmesinin dile getirildiği tetkik hâkimi kararının 23 Ekim 2002 tarihinde Fransız Yüksek Mahkemesince onanmasıdır. 2005 yılında, bir Moritanya vatandaşı olan Kaptan Ely Ould Dah'ın Afrikalı zenci ordu mensuplarına işkence etmekten 10 yıllık hapis cezasına çarptırılması "tarihi bir karar" olarak nitelendirilmektedir<sup>92</sup>.

Fransız 1958 Anayasası, 1982 Anayasamız gibi, usulüne uygun şekilde onaylanarak yürürlüğe girmiş uluslararası andlaşmaları iç hukukuna dâhil etmektedir (madde 55). Ancak Cenevre Sözleşmeleri'nde bahsi geçen uluslararası suçların evrensel yargılamaya tabi tutulması söz konusu olduğunda, Fransız mahkemelerin şimdiye kadar bu anayasa hükmünün buyurduğu gibi hareket etmeye yanaşmamıştır. Savaş suçları, ne Fransız Ceza Kanununda ne de Askeri Yargı Kanununda tanımlanmış değildir. Dolayısıyla, savaş suçları da Ceza Kanununda bulunan cinsel saldırı, insan öldürme, işkence veya müessir fiili düzenleyen hükümlere dayanarak kovuşturulabilmektedir<sup>93</sup>. İnsanlığa karşı suçlar ise, ilk kez, 1994 yılında yürürlüğe girmiş Fransız Ceza Kanununun 212. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenmiştir. Ceza hukukunun genel ilkelerine uygun olarak 1994'ten önce insanlığa karşı suç işleyenler,

91 İHİÖ, s. 59.

92 Jeanne Sulzer, 'Implementing the Principle of Universal Jurisdiction in Wolfgang Kaleck/Michael Ratner / Tobias Singelstein / Peter Weiss (eds.) *International Prosecution of Human Rights Crimes*, Springer, Berlin 2006, s. 127.

93 Sulzer, s. 128.

bu maddeye dayanılarak cezalandırmamaktadır. Fransa Soykırımı Karşı 1948 Cenevre Sözleşmesi'ni 1950 yılında onaylamışsa da, soykırım bir suç tipi olarak Fransız Ceza Kanunu'na girişi 1994'te gerçekleşmiştir. Nitekim 1994 yılında verilmiş Javor Kararı ile, suçun Fransız topraklarında gerçekleşmemesi dolayısıyla, failin cezalandırılmayacağına ilişkin hüküm Fransız temyiz mahkemesince onanmıştır. Kararda, 1948 Sözleşmesinde tarafların soykırımı suçunun faillerini evrensel yargılama suretiyle cezalandırma yükümlülüğüne ilişkin bir hüküm içermediği belirtilmiştir<sup>94</sup>.

## 2. Fransa'daki Pinochet Yargılaması<sup>95</sup>

Pinochet'nin İngiltere'den yakalanmasının ardından, ilgili dönemde Şili'de bulunan ve fail tarafından insanlığa karşı suç, kaçırma, işkence ve ortadan kaldırma suçlarından mağdur edildiğini ileri süren beş Fransız kendi makamlarına şikâyet edip yargılama sürecini başlamasını talep etmiştir. Mahkeme, davanın evrensellik ilkesine dayanamayacağına hükmetmiştir. Bunun ilk nedeni, Fransız ceza kanununda insanlığa karşı suç tipi için evrensel yargılama yetkisinin verilmemesi ancak işkence suçlarına ilişkin evrensel yargılama yapılabileceğini kabul edilmesidir. Fakat yukarıda değindiğimiz gibi, bunun için de, Pinochet'nin Fransa'da bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla dava, mağdura göre şahsilik ilkesi kapsamında değerlendirilmiştir. Ancak, Fransız ceza hukukunda işkenceye karşı suçlar 1994 tarihinde tanınmış olduğundan ve fail, söz konusu suçları 1990 senesi öncesinde işlemiş olduğundan, ceza kanunlarının failin lehine geriye yürümemesi ilkesine uygun şekilde, Pinochet'ye isnat edilen bu suçlar da dayanaksız kalmıştır. Değinmek gerekir ki, söz konusu kararda, Pinochet'nin failinin soykırım kapsamında değerlendirilmesi hususu tartışılmış ve İspanya'nın aksine, failin hareketlerinin soykırım suçunun tüm unsurlarını içermediği belirtilmiştir.

## D. Belçika ve Evrensel Yargılama

### 1. Genel Olarak

Belçika, Cenevre Sözleşmeleri ve bunlara ek Protokolleri kendi hukukunda uygulamak üzere "Uluslararası İnsancıl Hukukun Ağır İhlallerinin Cezalandırılmasına İlişkin Kanun"u 1993 yılında kabul etmiştir. 20 çeşit savaş suçunu tanımlayan bu kanun, 1999 yılında bu suçların yanı sıra insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçlarını da kapsayacak şekilde değiştirilmiştir

<sup>94</sup> Sulzer, s. 130.

<sup>95</sup> Kararın İngilizce özeti için bkz: Brigitte Stern, 'French Tribunal de grande instance (Paris)' in 'International Decisions: In re Pinochet', *American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 4, 1999, s. 696-700.

(m. 3)<sup>96</sup>. Bu kanunun, yukarıdaki devletlerin evrensel yargılamaya ilişkin kanun hükümlerinden en büyük farkı, madde 7 uyarınca, gıyapta evrensel yargılamanın hem yargılama süreci başlatılırken hem de devam ederken serbest bırakmasıdır. Söz konusu durum, Belçika'yı evrensellik ilkesini en geniş uygulayan devlet yapmıştır<sup>97</sup>. Belçika; Fidel Castro, Saddam Hüseyin, Ariel Şaron, ABD'li General Tommy Franks ve ABD'nin Alman Kökenli Eski Savunma Bakanı Donald Rumsfeld'i yargılamaya girişerek bu geniş evrensel yargılama yetkisini son derece korkusuzca kullanmaya çalışmıştır. Ancak, Belçika'nın uluslararası suçlar söz konusu olduğunda dokunulmazlıkları umursamayan bu tavrı, gerek bir sonraki bölümde ele alacağımız Yakalama Emri kararı gerekse Belçika yönetiminin üzerinde oluşturulan siyasi baskı ile uluslararası toplumca törpülenmiştir<sup>98</sup>.

2003 yılında, yukarıda bahsi geçen 1993 tarihli Kanun, 2003 yılında tekrar değiştirilmiştir<sup>99</sup>. Bu değişikliklerle, evrensel yargılama, çok sıkı şartlara tabi kılınmış ve esasen Uluslararası Ceza Divanı'na iade mekanizmasının işletilmesi öngörülmüştür. Ayrıca, evrensel yargılamada diplomatik dokunulmazlıkların tanınması da bir kural haline getirilmiştir<sup>100</sup>. Dahası bu kanunun uluslararası suçları tanımlayan bölümleri Belçika Ceza Kanununa taşınmış, böylece Belçika ceza hukukunda ceza kanunu dışında uluslararası suçları tanımlayan başka hiçbir kaynak kalmamıştır<sup>101</sup>.

## 2. Belçika'daki Pinochet Yargılaması<sup>102</sup>

Pinochet yargılamasının başlangıcı, evrensel yargılama uygulamalarının Belçika'da en sert şekilde yapıldığı zamana rastlamış ve daha sonrada devletin konu hakkında tutumunun değişimiyle birlikte somut bir sonuç vermemiştir. Ancak Belçika'da Pinochet'nin yargılanabilmesi için öne sürülen gerekçeler ve yürütülen muhakeme tarzının yukarıda incelediğimiz diğer yargılamalardan farklılık arz ettiği için bunu da ele almak faydalı olacaktır.

İngiltere'de İspanya'nın iade talebini yerine getirilip getirilemeyeceği

<sup>96</sup> Reydams, 2000, s. 190; İHİÖ, s. 38; Özden N. Sav, 'Ulusal Mahkemelerin Evrensel Yargı Yetkisi' in *Hukuk Kurultayı 2004*, Ankara Barosu, Ankara 2004, s. 150.

<sup>97</sup> Reydams, 2000, s. 190-192.

<sup>98</sup> Tezcan, s.131-133; Bayıllıgolu, s. 56-57.

<sup>99</sup> Bu değişikliklerin kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Tezcan, s.133-135.

<sup>100</sup> Bayıllıgolu, s. 57.

<sup>101</sup> İHİÖ, s. 37.

<sup>102</sup> Kararın İngilizce özeti için bkz: Luc Reydams, 'Belgian Tribunal of First Instance of Brussels (investigating magistrate), November 8, 1998' in 'International Decisions: In re Pinochet', *American Journal of International Law*. Vol. 93, No.4, 1999, s. 700-703.

hususunda tartışmalar sürerken, 1 Kasım 1998 tarihinde, Belçika'ya sürülmüş altı Şili vatandaşı, Pinochet aleyhine şikâyetçi olmuştur.

İddiaları soruşturan tetkik hâkimi, kararında birkaç önemli noktaya değinmiştir. Öncelikle, Pinochet'nin diplomatik dokunulmazlığı haiz olduğunu kabul etmekle birlikte, işlediği suçlar göz önüne alındığında, sanığın bireysel sorumluluktan bağışık olamayacağı kararına varmıştır. Bunu yaparken Nuremberg Ceza Mahkemesi kararları ve doktrine atıf yapmıştır. İkinci olarak, gıyapta yargılama mevzusuna değinen hâkim, "Uluslararası İnsancıl Hukukun Ağır İhlallerinin Cezalandırılmasına İlişkin Kanun"un hazırlanması sırasında, Belçika kanun koyucusunun iradesinin failin Belçika'da olmasa dahi kanunun uygulanması gerektiği yönünde olduğunu saptamıştır.

Davacılar Pinochet'nin insanlığa karşı suç işlediğini ileri sürmektedir. Fakat o tarihte, "Uluslararası İnsancıl Hukukun Ağır İhlallerinin Cezalandırılmasına İlişkin Kanun", henüz 1999 değişikliklerine uğramamıştır. Dolayısıyla, Belçika ceza hukukunda "insanlığa karşı suç"un kanuni unsuru bulunmamaktadır. Tetkik hâkiminin, bu sorunu çözmek için dayandığı husus ise teamüller olmuştur. Hâkim, öncelikle, Nuremberg, Yugoslavya ve Ruanda Ceza Mahkemeleri ve çeşitli devletlerin ceza hukukları ve içtihatlarına işaret ederek, "insanlığa karşı suçlar"ın cezalandırılmasının uluslararası hukukta bir teamül haline geldiğinden bahsetmiştir. Daha sonra, Belçika ceza hukukunda insanlığa karşı suç tanımlaması olmamasına karşın suç tipinin içerdiği, adam öldürme, rehin alma, işkence gibi fiillerin, suç olarak tanımlandığını hatırlatmıştır. Kaldı ki, Belçika, insanlığa karşı suçluları yargılamış Nuremberg Ceza Mahkemesi'ni tanıdığına göre, böyle bir suç tipinin varlığı kabul etmektedir. Tüm bu nedenlerden dolayı tetkik hâkimi, Pinochet yargılanması ve Belçika'nın uluslararası suçluların cezalandırılması için kendi payına düşen sorumluluğu yerine getirmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

Kanımızca, Belçika ulusal makamının aldığı bu karar, uygulama alanı bulmamış olsa da *nullum crimen sine lege* ilkesinin etrafından dolaşılıp iç hukuk yokmuşçasına uluslararası hukukun uygulamaya konmasını göstermesi bakımından manidar olarak nitelendirilebilir.

#### **IV. Evrensel Yargılamada Yeni Dönem: Bireylerin Uluslararası Ceza Divanı Önünde Cezai Sorumluluğu**

Mukayeseli hukuktaki, dokunulmazlığı haiz uluslararası suçluların evrensel yargılama suretiyle cezalandırabilirliği tartışmaları sürerken, Uluslararası Adalet Divanı (UAD); tüm bu tartışmaların seyrini değiştiren Yakalama Emri kararını vermiştir. Bu karar, deyim yerindeyse, ulusal mahkemelerce evrensel yargılama yapılmasına ilişkin bir çağı kapatmış ve yeni bir çağın,

Uluslararası Ceza Divanı çağının, kapısı aralamıştır. Bottini'nin ifadesiyle UAD, bu kararıyla, evrensellik ilkesinin bir devletçe uygulanmasının geçerliliği hususunda ilk kez yorum yapma fırsatı bulmuştur<sup>103</sup>.

#### A. Uluslararası Adalet Divanı'nın Yakalama Emri Kararı

11 Nisan 2000 tarihli Yakalama Emri Kararının konusu Belçika'nın Demokratik Kongo Cumhuriyeti (DKC) Dışişleri Bakanı'nı ırki nefreti teşvik etmekle isnat edip hakkında bir uluslararası yakalama emri çıkarmasıdır. DKC, Belçika makamlarının bu tutumunun, bir yandan egemen eşitlik ilkesini bir yandan ise Dışişleri Bakanının diplomatik dokunulmazlığının ihlal ettiğini öne sürmüş ve yakalama emrinin geçersiz kılınmasını talep etmiştir. Divan, DKC lehine karar vermiştir.

UAD, kararda Belçika'nın faili yargılama yetkisi olup olmadığını irdelemeyeceğini, konunun odağını daraltmak üzere, Belçika'nın böyle bir yetkinin olduğunu varsayacağını dile getirmiştir<sup>104</sup>. Mahkeme'nin bu tutumu bazı yazarlarca eleştirilmiştir. Bazı yazarlar; mahkemenin bu tutumunu, çıkacak sonucun evrensel yargılamanın hukukiliği konusunda uluslararası topluma yol gösterici olması açısından kaçırılmış bir fırsat olarak değerlendirmişlerdir<sup>105</sup>. Yine de, Kararın yargıçların görüşlerine ilişkin kısımlarında, evrensel yargılamanın bazı boyutlarının tartışıldığı görülmektedir. Bunlarda biri, evrensel yargılamanın gıyapta yapılması mevzuudur. Divan Başkanı Guillaume, yukarıda da zikrettiğimiz evrensel yargılama yapmaya ilişkin uluslararası anlaşmaların hiçbirinde, gıyapta evrensel yargılama yapılmasının öngörülmediğini bildirdikten sonra, uluslararası hukukta böyle bir hareket tarzına yer olmadığını vurgulamıştır<sup>106</sup>. Buna karşılık, Yargıç Higgins, Koojmans ve Buergenthal söz konusu belgelerin, gıyapta evrensel yapmayı yasaklamadığını fakat taraflarına bu konuda bir mecburiyet de getirmediğini ve yasaklamak ile zorunlu kılmamak arasında fark bulunduğunu dile getirmişlerdir<sup>107</sup>. Bu ikinci görüşün desteklerini doktrinde de görmek müm-

<sup>103</sup> Gabriel Bottini, 'Universal Jurisdiction After the Creation of the International Criminal Court', *International Law and Politics*, Vol. 36, No. 503, 2004, s. 507.

<sup>104</sup> UAD, *Yakalama Emri Kararı*, 2000, <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf>, para. 21, erişim tarihi: 03.11.2007.

<sup>105</sup> Bayıllıoğlu, s. 27-63.

<sup>106</sup> UAD, *Yakalama Emri Kararında Yargıç Guillaume'nin kişisel görüşü*, 2000, <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8128.pdf>, para. 9, erişim tarihi: 03.11.2007.

<sup>107</sup> UAD, *Yakalama Emri Kararında Yargıç Higgins, Koojmans ve Buergenthal'ın birleşik kişisel görüşleri*, 2000, <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8136.pdf>, para. 57, erişim tarihi: 03.11.2007.

kündür. Örneğin, O’Keefe de, bir uluslararası hukuk meselesi olarak gıyapta evrensel yargılamanın mantıklı olduğuna işaret etmekte, bunun arzu edilir bir tutum olup olmadığının farklı bir mevzu olduğunu belirtmektedir<sup>108</sup>. Aynı şekilde, Cassesse de evrensellik prensibinin yerine getirilme şekillerinde biri olarak gıyapta yargılamadan söz etmektedir<sup>109</sup>.

Yakalama Emri Kararı, devletlerin yapacakları evrensel yargılamada dokunulmazlıklar konusunda tartışmalara son noktayı koymuştur. Çalışmamızda bahsi geçen suçlardan ötürü evrensel yargılamaya tabi tutulan faillerin Devlet Başkanı veya Dışişleri Bakanı gibi resmi sıfat sahibi kişiler olduğu durumlarda, bu kişilerin dokunulmazlık zırhından faydalanıp faydalanamayacağı her zaman tartışmalı olmuştur. Yukarıda daha derinlemesine incelediğimiz İngiliz Pinochet kararının da hukuki açıdan en değerli yönlerinden biri, çeşitli görüşlerdeki Lord’ların bu hususu farklı yönlerden ele almalarıdır. Çoğu devlet evrensel yargılamada dokunulmazlıkları göz önünde tutarken Yakalama Emri Davasına konu olan somut olayda görüldüğü üzere Belçika, o dönemde, ağır insancıl hukuk ihlallerinin faillerini kim olursa olsun yargılamıştır.

UAD, evrensel yargılama yapan devletlerin, uluslararası hukukun kendilerine diplomatik dokunulmazlık tanıdığı kişilerin fail olması durumunda, bu kişileri cezalandıramayacağını ancak yargılamayı yapanın bir uluslararası ceza mahkemesi olması halinde, söz konusu dokunulmazlığın işlemeyeceğini hükme bağlamıştır<sup>110</sup>.

**Değerlendirmemiz:** UAD’nın dokunulmazlıkların uluslararası mahkemelerde işlerken, ulusal mahkemelerde işlemeyeceğine ilişkin bu tutumunu “yargılanılabilemezlik” gibi ifadelerle konu olmuştur<sup>111</sup>. İlk bakışta, çifte standart gibi görülebilecek bu yaklaşımın yerinde olup olmadığı üzerinde tartışmanın bize, en azından bugün itibarıyla, pratik bir fayda sağlamayacağı aşikârdır. Mahkemenin, 2000 yılında gönderme yaptığı uluslararası nitelikte bir ceza mahkemesi, karardan iki yıl sonra, “Uluslararası Ceza Divanı (Mahkemesi)” adı altında faaliyete geçmiştir. 2008 yılının sonuna yaklaştığımız şu günlerde, bize kalırsa, zaten bir tanımdan yoksun olan “evrensel yargılama” kavramı boyut değiştirmiştir. Her ne kadar ulusal ceza kanunlarında evrensellik ilkesi yerini korumakta olsa da, artık, uluslararası suçluları cezalandırma yükü, devletlerden alınmış ve Uluslararası Ceza Divanı’nın omuz-

108 O’Keefe, s. 750.

109 Antonio Cassesse, *International Law*, Oxford University Press, Oxford 2001, s. 261-262.

110 UAD, *Yakalama Emri Kararı*, para. 61-63.

111 Erdem Denk, ‘Pinochet ve (silesiyle) Evrensel Yargı’, *Birikim*, No. 213, 2007 s. 24.

larına bindirmiştir.

### B. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde Evrensel Yargılama

Köchler'e göre, evrensel yargılamanın yüzleştiği anayasal, doktrinsel ve siyasal sorunlar karşısında, belki de tek istikrarlı evrensel yargılama uygulaması sürekli ve evrensel nitelikleri haiz Uluslararası Ceza Divanı'nca (UCD) icra edilecek olandır. Egemen devletler arasında yapılmış bir anlaşma ile kurulmuş bir müessese, muhtemelen, ihtilaflara taraf olan siyasal odaklara karşı durabilecektir<sup>112</sup>.

UCD, tarihin ilk uluslararası nitelikli ceza mahkemesi değildir. Gerçekten de, İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemden itibaren, zaman zaman *ad hoc* nitelikli uluslararası ceza mahkemelerinin kurulmasına ve çalışmamızda bahsi geçen suçları işlemiş pek çok suçluyu cezalandırılmasına şahit olduk. Jescheck, UCD'nin bu mahkemelerden farkını belirtirken, genel nitelikli ve sürekli olan Divanın evrensel yargılama yapmasına vurgu yapmaktadır. Büyük Alman Hukukçusuna göre, ceza yargılamalarının, faile göre şahsili ve mülkili ilkeleriyle sınırlandırılmış olması doğaldır ve UCD, Roma Statüsü m. 13(b)'de belirtildiği üzere, yalnızca BM Güvenlik Konseyince – BM Şartı'nın VII. Bölümüne uygun olmak şartı ile<sup>113</sup>- Divan Savcısına başvurulduğu durumlarda evrensel yargılama yetkisini haiz olacaktır<sup>114</sup>.

Jescheck'in de değindiği üzere, UAD'nin yer bakımından yargılama yetkisinin esasını mülkili ve faile göre şahsili ilkeleri oluşturmaktadır. Mülkili ilkesinin yansması, statüye taraf bir devletin ülkesinde işlenen suç –faili söz konusu devletin vatandaşı olsun ya da olmasın- UAD'nin yargılamasına konu olmasıdır<sup>115</sup>. Faile göre şahsili ilkesinin yansması ise, statüye taraf olmayan bir devletin ülkesinde statüye taraf olan bir devletin vatandaşının işlediği suçlar bakımından Divanın yargılama yetkisinin doğmasıdır<sup>116</sup>. Hatırlatmak gerekir ki, bu yargılama yetkisi, elbette, Statünün düzenlenmiş

<sup>112</sup> Hans Köchler, 'Universal Jurisdiction and International Power Politics: Ideal versus Real', *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Vol. 7, No. 1, 2006, s. 197.

<sup>113</sup> Diğer bir ifadeyle, uluslararası barış ve güvenliğin bozulmuş veya en azından tehdit altında olması söz konusu olmalıdır. Bknz: Murat Önok, *Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı*, Turhan, Ankara 2003, s. 201.

<sup>114</sup> Hans Heinrich Jescheck, 'General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg as Mirrored in the ICC Statute', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, No. 1, 2004, s. 40.

<sup>115</sup> Bakınız: Roma Statüsü m. 12/1 ve 12/2 (a).

<sup>116</sup> Bknz: Roma Statüsü m. 12/2(b).

olduğu suçlar bakımından geçerlidir. Bu suçlar da, zaten, çalışmamıza konu olan soykırım suçları, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlardır<sup>117</sup>.

Güvenlik Konseyi'nin bir durumu Divan'a havale etmesi halinde, Statü'nün 12. maddesinin ikinci fıkrasında dile getirilen mülklik ve faile göre şahsi-lik ilkelerinin koşullarının gerçekleşmesine gerek kalmayacak ve BM Şartı'nın 25. maddesi<sup>118</sup> uyarınca, UCD'nin yargı yetkisi, Roma Statüsü'ne taraf olmalarına bakılmaksızın, tüm BM üyesi devletler üzerinde geçerli olacaktır. Bunun bir sonucu olarak, bu devletler için, soruşturma ve kovuşturmanın yürütülmesinde UCD ile işbirliği yapma yükümü söz konusu olacaktır<sup>119</sup>.

Güvenlik Konseyi'nin savcuyu ne şekilde harekete geçireceği Statü'de belirtilmemiştir. Önok, gerek bildirim usulünün gerekse bildirim Savcı için bağlayıcı olup olmamasının ele alınmamasını haklı olarak eleştirmektedir. Yazar'a göre, şayet BM Güvenlik Konseyi UCD'ye yapacağı bildirimler için şu anki karar alma usulünde farklı bir usul izlemeyecek ise, Kurul'un beş daimi üyesinin olumlu oyu gerekecektir<sup>120</sup>. Kanımızca, bu durum da, UCD'nin, "evrensel yargılama"nın siyasi rant malzemesi olarak kullanılma sorununa çözüm olabirliği hususundaki umutları suya düşürebilecektir. Kaldı ki, Roma Statüsüne taraf olmayan BM Güvenlik Konseyi üyelerinin, evrensel yargılamaya tabi olması gereken bir durumu Divan'a havale etmesi oldukça ironik bir durum teşkil edecektir.

Kısacası, UCD, evrensel yargılama müessesesinin tarafsızca işleyebilmesi için parlak bir çözüm gibi gözükmekle birlikte, Divan'ın evrensel yargılaması şu an itibarıyla, hala karanlık bir noktadır. Dolayısıyla, UCD'nin varlığı, ne yazık ki, bizi evrensel yargılama için temennilerde bulunmaktan ileri götürememektedir.

### Sonuç

Yalnızca ceza hukukunun teorik boyutundan yaklaştığımızda, evrensel ceza yargılaması yapmak, devletlerin, ceza adaletini sağlamak yolunda verdikleri sözler sonucu üzerlerine aldıkları iyiniyetli bir sorumluluktur. Ne var ki, uygulamada, tüm devletlerin evrensellik ilkesini ceza kanunlarında barın-

<sup>117</sup> Bknz: Roma Statüsü m. 5/1. Söz konusu madde de "saldırı suçu" ibaresi geçmekte olsa da, henüz bu suçun içeriği düzenlenmediğinden, bu suç tipini dile getirmeyi gereksiz bulduk.

<sup>118</sup> BM Şartı'nın 25. maddesi Güvenlik Konseyi'nin VII. Bölüme uygun şekilde aldığı kararların bütün devletlerce uygulanmasını öngörmektedir.

<sup>119</sup> Önok, s. 201-202.

<sup>120</sup> Önok, s. 202.

dırmadığını ya da barındırırsa dahi evrensel yargılamaya ilişkin koydukları ölçütlerin farklılık arz ettiğini görüyoruz. Bu da karşımıza “evrensel olmayan bir evrensel yargılama” tablosu çıkarmaktadır. Kaldı ki, evrensel yargılama müessesesini kabul etmiş devletlerin (özellikle Belçika) tecrübeleri de göstermiştir ki, evrensel yargılama, devletlerin uluslararası politik arenada oynadıkları rollerin ulusal mahkemelerce meşrulaştırılmasından başka bir sonuç doğurmamaktadır. Dolayısıyla, aslında amaçlananın tam aksine hizmet etmektedir. Zaten bu durumun da fark edilmiş olmasından ötürü, ulusal mahkemeler gün geçtikçe evrensel yargılama yetkisini kullanmaktan kaçınmaya başlamışlardır.

Bu aşamada Uluslararası Ceza Divanı'nın kuruluşu ve Roma Statüsü'nün mahkemeye evrensel yargılama yetkisi vermesi, bu hukuk müessesesinin siyasal bir araç haline gelmesinden şikâyetçi olanların, deyim yerinde ise, yüreklerine su serpmiştir. Ancak Mahkeme'nin evrensel yargılama yetkisine elde edişine ilişkin mekanizma incelendiğinde, siyasetin hukuku kullanması açısından, durumu pek değişmeyebilir. Uluslararası Ceza Divanı, uluslararası toplumun başat güçleri olarak tanımlayabileceğimiz BM Güvenlik Konseyi sürekli üyelerinin politikalarının birer malzemesi haline getirilebilir ve şimdiki kadar *ad hoc* ceza mahkemelerine getirilen eleştirilerin hemen hepsi, gelecekte Divan'a da getirilebilir.

Ceza hukukumuzda yeni girmiş bu müessese için öngöründe bulunmak gerekirse, hem dünyadaki genel eğilimler hem de hükmün kanun koyucu tarafından yerinde düzenlenmiş olduğu nazara alındığında, bu müessesenin ihdas edilmesi Ceza Kanunumuzun uzunluğunu artırmaktan ziyade bir anlam taşımayacağı söylenebilir. Kaldı ki, evrensel yargılama, Türk Ceza Hukukunun ihtiyaç duyduğu bir müessese olsaydı, yokluğu yıllardan beri doktrinde tartışılır ve yapılan ceza kanunu tasarılarında yer alırdı. Zaten, Kanunumuzun üç yıldır yürürlükte bulunmasına karşın, hiçbir evrensel yargılama uygulamasının görülmemiş olmasa da, bu öngörümüzü destekler niteliktedir.

### **Kaynakça**

Act to Introduce German Code of Crimes against International Law, <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/VoeStGB.pdf>, erişim tarihi: 26.11.2007.

Ali Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hüğümler*, Seçkin, Ankara 2007.

Ali Timur Demirbaş/Mustafa R. Erdem, *Ceza Hukuku Pratik Çalışmaları*, Seçkin, Ankara 2007.

Andrea Bianchi, 'Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case', *European Journal of International Law*, Vol. 10, No. 2, 1999, s. 237-

277.

- Antonio Cassese, *International Law*, Oxford University Press, Oxford 2001.
- Arzu Oğuz, *Karşılaştırmalı Hukuk*, Yetkin, Ankara 2003.
- Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler- Örnek Kararlar*, Beta, İstanbul 2000.
- Bahri Öztürk/Mustafa R. Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*. Seçkin, Ankara 2006.
- Brigitte Stern, 'French Tribunal de grande instance (Paris)' in 'International Decisions: In re Pinochet', *American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 4, 1999, s. 696-700.
- Carla Fretsman, 'The Approach of the United Kingdom to Crimes under International Law: The Application of Extraterritorial Jurisdiction' in Wolfgang Kaleck / Michael Ratner / Tobias Singelstein / Peter Weiss (eds.) *International Prosecution of Human Rights Crimes*, Springer, Berlin 2006, s. 149-158.
- Chandra Lekha Sriram, 'Exercising Universal Jurisdiction: Contemporary Disparate Practice', *International Journal of Human Rights*, Vol 6, No.4, 2002, s. 49-76.
- Christian Tomuschat, 'Issues of Universal Jurisdiction in the *Scilingo Case*', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005, s1074-1081.
- Durmuş Tezcan, 'Ulusal Mahkemelerin Evrensel Yargı Yetkisi ve Belçika Örneği' in *Hukuk Kurultayı 2004*, Ankara Barosu, Ankara 2004, s.128-145.
- Enver Bozkurt / Yasin Poyraz Y./M. Akif Kütükçü, *Devletler Hukuku Pratik Çalışmaları*, Asil, Ankara 2004.
- Erdem Denk, 'Pinochet ve(silesiyle) Evrensel Yargı', *Birikim*, No. 213, 2007, s. 22-25.
- Erwin van der Borgh, 'Prosecution of International Crimes In The Netherlands: An Analysis of Recent Case Law', *Criminal Law Forum*, Vol 18, 2007, s. 87-136.
- Ezeli Azarkan, *Nuremberg'ten La Haye'ye: Uluslararası Ceza Mahkemeleri*, Beta, İstanbul 2003.
- Gabrial Bottini, 'Universal Jurisdiction After the Creation of the International Criminal Court', *International Law and Politics*, Vol. 36, No. 503, 2004, s. 503-562.
- George Windell Berge, 'The Case of the S. S. Lotus', *Michigan Law Review*,

Vol. 26, No. 4, 1928, s. 361-382.

Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin, Ankara 2007.

Hans Heinrich Jescheck, 'General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg as Mirrored in the ICC Statute', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, No. 1, 2004, s. 38-55.

Hans Köchler, 'Universal Jurisdiction and International Power Politics: Ideal versus Real', *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Vol. 7, No. 1, 2006, s. 195-200.

Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, IV. Kitap, Turhan, Ankara 2000.

İHIÖ, Universal Jurisdiction in Europe The State of The Art. Vol. 18, 5(D), 2006, <http://hrw.org/reports/2006/ij0606/ij0606webwcover.pdf>, erişim tarihi: 21.11.2007.

İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin, Ankara 2007.

Jeanne Sulzer, 'Implementing the Principle of Universal Jurisdiction in Wolfgang Kaleck / Michael Ratner / Tobias Singelstein / Peter Weiss (eds.) *International Prosecution of Human Rights Crimes*, Springer, Berlin 2006, s.125- 137.

Kai Ambos, 'International Core Crimes, Universal Jurisdiction and § 153f of the German Criminal Procedure Code: a Commentary on the Decisions of the Federal Prosecutor General and the Stuttgart Higher Regional Court in the Abu Ghraib/Rumsfeld Case', *Criminal Law Forum*, Vol. 18, No. 1, 2007, s. 43-58.

Kemal Oğuzman/Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, Beta, İstanbul 2005.

Lordlar Kamarası, Judgment - Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division, 24 Mart 1999, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino1.htm>, erişim tarihi: 05.11.2007.

Luc Reydams, 'Belgian Tribunal of First Instance of Brussels (investigating magistrate), November 8, 1998' in 'International Decisions: In re Pinochet', *American Journal of International Law*. Vol. 93, No.4, 1999, s. 700-703.

Luc Reydams, 'Universal Criminal Jurisdiction: Belgian State of Affairs'. *Criminal Law Forum*, Vol. 11, 2000, s. 183-216.

- M. Fatih Çınar, Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Gelişimi Işığında Uluslararası Ceza Divanı, Kazancı, İstanbul 2004
- Madeline H. Morris, 'Universal Jurisdiction in a Divided World: Conference Remarks', *New England Law Review*, Vol. 35, No.2, 2001, s. 337-361.
- Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin, Ankara 2008.
- Maria del Carmen Marquez Carrasco/Joaquin Alcaide Fernández, 'Spanish National Court, Criminal Division (Plenary Session) Case 19/97, November 4, 1998; Case 1/98, November 5, 1998' in 'International Decisions: In re Pinochet', *American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 4, 1999, s. 690-696.
- Michael P. Scharf, 'Application of Treaty-Based Universal Jurisdiction to Nationals of Non-Party States', *New England Law Review*, Vol. 35, No. 2, 2001, s. 363-382.
- Murat Önok, Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı, Turhan, Ankara 2003.
- Naomi Roth-Arriza, 'The Pinochet Precedent and Universal Jurisdiction', *New England Law Review*. Vol. 35, No. 2, 2001, s. 311-319.
- Nur Centel /Hamide Zafer/Özlem Yenerer Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta, İstanbul 2006.
- Özden N. Sav, 'Ulusal Mahkemelerin Evrensel Yargı Yetkisi' in *Hukuk Kurultayı 2004*, Ankara Barosu, Ankara 2004, s. 146-166.
- Redress, Universal Jurisdiction in Europe: Law and Cases in Ten Countries, 1999, <http://www.redress.org/documents/annex.html>, erişim tarihi: 21.11.2007.
- Roger O'Keefe, 'Universal Jurisdiction Clarifying the Basic Concept', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 2004, s. 735-760.
- S. Sinan Kocaoğlu, 'Evrensel Yetki', *TBB Dergisi*, No. 60, 2005, s. 189-213.
- Seventeenth Commission Universal Criminal Jurisdiction with Regard to the Crime of Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes Resolution, madde 1, [http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/2005\\_kra\\_03\\_en.pdf](http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/2005_kra_03_en.pdf), erişim tarihi: 26.11.2007.
- Sulhi Dönmezer, *Genel Ceza Hukuku Dersleri*, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2003.
- Sulhi Dönmezer/Feridun Yenisey, *Ceza Hukuku Genel Dersleri*, yayımlan-

mamış baskı, 2007.

Türk Ceza Kanunu Madde Gerekçeleri, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc>, erişim tarihi: 26.11.2007.

UAD, *Yakalama Emri Kararı*, 2000, <http://www.icjci.org/docket/files/121/8126.pdf>, para. 21, erişim tarihi: 03.11.2007.

UAD, *Yakalama Emri Kararında Yargıç Guillaume'nin kişisel görüşü*, 2000, <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8128.pdf>, para. 9, erişim tarihi: 03.11.2007.

UAD, *Yakalama Emri Kararında Yargıç Higgins, Koojman ve Buergenthal'in birleşik kişisel görüşleri*, 2000, <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8136.pdf>, para. 57, erişim tarihi: 03.11.2007.

UAD, *Yakalama Emri Kararında Yargıç Van den Wyngaert'in karşı görüşü*, 2000, <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8144.pdf>, para. 44, erişim tarihi: 03.11.2007.

UAÖ 'Chapter Two: The Evolution of The Practice of Universal Jurisdiction' in *Universal Jurisdiction: The duty to enact and enforce legislation*, 2001, [http://web.amnesty.org/library/pdf/IO530042001ENGLISH/\\$File/IO5300401.pdf](http://web.amnesty.org/library/pdf/IO530042001ENGLISH/$File/IO5300401.pdf), erişim tarihi: 19 Kasım 2007.

UDAD, *Lotus Kararı*, 1927, [http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07\\_lotus/](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus/), erişim tarihi: 19.11.2007.

Uğur Bayıllıoğlu, 'Uluslararası Adalet Divanı'nın Tutuklama Müzekkeresi Davası Hakkında Kararına İlişkin Bir Değerlendirme', *AÜHFD*, Vol. 55, No. 2, 2006, s. 27-63.

Yana Shy Kraytman, 'Universal Jurisdiction – Historical Roots and Modern Implications', *BSIS Journal of International Studies*, Vol. 2, 2005, s. 94-129.

Zeki Hafizoğulları, *Türk Ceza Hukuku Ders Notları*, Ankara 2007, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/CezaHukuku.pdf>, erişim tarihi: 28.11.2007.

# Özel Hukuk

---

# **AO ve KOOPERATİFLERDE GENEL KURUL TOPLANTI ve KARAR YETERSAYILARINA UYULMAMASININ SONUÇLARI ve İPTAL KARARININ ETKİLERİ**

*Prof. Dr. İsmail KAYAR\**

Bu çalışmada önce anonim ortaklıklarda ve kooperatiflerde toplantı ve karar yetersayılarına uyulmadan yapılan genel kurul toplantıları ve bu toplantılarda alınan kararların batıl mı yoksa iptal edilebilir mi olduğu üzerinde durulacaktır. Daha sonra ise, TTK. m. 381 gereğince mahkeme kararıyla iptal edilen genel kurul toplantısında seçilmiş olan yönetim kurulunun yetki ve görevlerinin iptal kararının kesinleşmesine kadar devam edip etmediği ve yönetim kurulunun bu dönemde yaptığı işlerin geçerli olup olmadığı, diğer ifadeyle iptal kararlarının geçmişe etkili olarak uygulanıp uygulanmayacağı ve bunun sınırları üzerinde durulacaktır.

## **I – Genel Kurul Toplantı ve Karar Yetersayılarına Aykırılığın Yaptırımı**

KoopK. m. 45/3 gereğince, genel kurul toplantı nisabı ana sözleşmede gösterilir. Ancak yapı kooperatiflerinin genel kurul toplantılarında ortakların en az 1/4'ünün şahsen veya temsilen hazır bulunması gerekir. Gerek Yargıtay 11. HD'nin kararlarında gerekse doktrinde genel kurul toplantı yetersayılarının toplantı süresince devam etmesi gerektiği, aksi takdirde yapılan toplantının ve alınan kararların kanuna aykırı olacağı kabul edilmektedir.

“Kanuna aykırılık” BK. m. 19'da butlan sebebi olarak düzenlenmişken ayrıca genel kurul kararlarının geçersizliği bağlamında TTK. m. 381'de ve KoopK. m. 53'de iptal sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde emredici kanun hükümlerine aykırılığın butlan yaptırımına tabi olacağı, buna karşılık emredici olmayan kanun hükümlerine aykırılığın ise iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olacağı genel olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık, anonim ortaklıkta ve kooperatiflerde toplantı ve karar yetersayılarını dü-

---

\* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

zenleyen hükümlerin emredici mi yoksa düzenleyici mi oldukları, buna bağlı olarak, toplantı ve karar yetersayılarına uyulmadan yapılan toplantıların ve alınan kararların ne tür bir sakatlık yaptırımına tabi olacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda doğru bir sonuca varılabilmesi için, toplantı ve karar yetersayılarını düzenleyen TTK ve KoopK hükümlerinin emredici olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Çünkü, bu hükümlerin emredici hükümler olarak nitelendirilmesi halinde bunlara aykırılığın yaptırımı *yokluk veya butlan*, bu hükümlerin emredici olmadığı kabul edildiği takdirde ise bu hükümlere aykırılığın yaptırımını *iptal edilebilirlik* olacaktır.

Doktrinde bazı yazarlar toplantı ve karar yetersayılarını düzenleyen hükümlerin emredici nitelikte olduğu ve bu hükümlere riayet edilmeden yapılan toplantıların ve alınan kararların yokluk veya butlan yaptırımına tabi olacağı görüşündedirler<sup>1</sup>.

Moroğlu ise, toplantı ve karar yetersayılarını düzenleyen TTK. m. 372 hükümünün emredici nitelikte olmadığı, buna bağlı olarak toplantı ve karar yetersayılarına uyulmadan alınan genel kurul kararlarının yokluk veya butlanla malul olmayacağı, aksine bu kararların iptal edilebilir kararlar olduğu görüşündedir. Moroğlu'na göre; "...TTK'nun 372. maddesinde yer alan "esas mukavelede aksine hüküm bulunan haller hariç olmak üzere..." ibaresinden anlaşılacağı üzere toplantı yetersayısı ile ilgili hüküm emredici olmayıp "yedek" bir hükümdür. Halbu ki, daha önce belirttiğimiz üzere, bir kararın unsurlarını, yani varlığı koşullarını belirleyen kurucu nitelikteki hükümler mutlak emredici ve herhalde uyulması gerekli olan hükümlerdir. Kaldı ki, TTK'nun 372. maddesi ile birlikte 388, 389 ve 391. maddeleri hükümleri öncelikle genel kurul toplantılarına uzak kalan halihazır pay sahiplerinin korunmasını öngörmektedirler. Eğer bu pay sahipleri genel kurula haklı olarak katılamamış olmalarından ötürü kararların iptalini talep edemeseydiler, o zaman amaca uygun bir yorumla haklı çıkarlarını yokluk müeyyidesiyle korumanın kamu çıkarı bakımından kaçınılmaz olduğu

<sup>1</sup> Hayri DOMANIÇ, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi C. II, İstanbul 1988, s. 883. ; Reha POROY (Tekinalp/Çamoğlu) Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 9. Bastı, İst. 2003, s. 401. Poroy, toplantı yetersayılarına uyulmadan alınan kararların yokluk-butlan yaptırımına tabi olacağı görüşünde olmakla birlikte, toplantı yetersayılarının esas sözleşme ile hem artırma hem azaltma yönünde değiştirilebileceği görüşündedir. (s. 400). Oysa esas sözleşme ile aksi kararlaştırılabildiğine göre bu hükümlerin emredici olmadığı sonucuna ulaşmak daha isabetlidir.

belki söylenebilirdi. Fakat TTK'nun 381. maddesi genel kurula katılmamış bulunan kimselere de iptal davası hakkını tanımaktadır. Şu halde kanunun toplantı yetersayısıyla ilgili hükümlerine aykırılık halinde genel kurulun ve bu kurulda alınan kararların yokluğunu kabule imkan yoktur; aksine, bu durumda hatalı olarak toplanmış bir genel kurul söz konusudur bu kurulda alınan kararlar da iptal edilebilir kararlardır<sup>2</sup>.

KoopK. m. 45/3'de "*toplantı nisabı ana sözleşmede gösterilir*" denilerek kooperatiflerde toplantı yetersayılarının ana sözleşmeyle serbestçe belirlenebileceği ifade edilmiştir. Anonim şirketler yönünden ise TTK. m. 372'de "*esas mukavelede aksine hüküm bulunan haller hariç olmak üzere*" denilmek suretiyle olağan-adi toplantı yetersayılarını düzenleyen kanun hükümlerinin emredici olmadığı, esas sözleşmeyle aksine düzenlemeler yapılabileceği açıkça belirlenmiştir. Bu bakımdan olağan toplantı ve karar yetersayılarını belirleyen kanun hükümlerinin emredici değil, düzenleyici olduğu açıktır. Buna bağlı olarak, basit toplantı ve karar yetersayılarına uyulmadan yapılan toplantıda alınan kararların TTK. m. 381 ve KoopK. m. 53 hükümleri gereğince "kanuna aykırılık" kapsamında iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olacağı kabul edilmelidir. Buna karşılık ağırlaştırılmış toplantı ve karar yetersayılarına aykırılığın yaptırımı ise yokluk veya butlan olarak değerlendirilmelidir. Zira ağırlaştırılmış yetersayılar özel amaç taşıyan, aksi kararlaştırılmayan emredici kanun hükümleriyle düzenlenmiştir<sup>3, 4</sup>.

Hirş'e göre anonim ortaklığın hukuk güvenliği bakımından genel kurul kararlarının her halükarda iptal edilebilir kararlar olduğunu kabul etmek doğru olur. Yukarıda belirtildiği şekilde toplantı ve karar yetersayılarına aykırılığın yaptırımını yokluk veya butlan olarak kabul eden Poroy, Hirş'e de atıf yaparak, kanuna aykırı genel kurul kararlarının yok veya batıl kararlar mı yoksa iptal edi-

<sup>2</sup> Erdoğan MOROĞLU, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 4. Bası, İstanbul 2004, s. 107.

<sup>3</sup> Genel kurulun adi toplantı ve karar yetersayılarına aykırılığın yaptırımının iptal edilebilirlik olduğu görüşünde olan Moroğlu, ağırlaştırılmış nisapları düzenleyen hükümlere aykırılığın yaptırımının ise butlan olduğu görüşündedir. Yazara göre "Şüphesiz, TTK'nun 372. maddesinde öngörülen nisap hükmü hariç olmak üzere, 388. maddedeki ağırlaştırılmış yetersayıların aksini, yani bu yetersayıların azaltılmasını konu edinen ana sözleşme değişikliği niteliğindeki genel kurul kararları batıldır. Çünkü, bu hükümler nisbi emredici niteliktedirler" Age. s. 107, 108.

<sup>4</sup> E. Hirş, Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1948, s. 298.

lebilir kararlar mı olduğu hususunda tereddüt edilen durumlarda hukuk güvenliği bakımından bunların iptal edilebilir kararlar olduğunu kabul etmenin gerekli olduğunu ifade etmektedir<sup>5</sup>.

Toplantı ve karar yetersayıları gibi genel kurul toplantılarına davetin nasıl yapılacağı ve toplantıların zamanı da kanunda düzenlenmiştir (KoopK. m. 45, TTK. m. 364, 368). Yargıtay, yerleşik içtihatlarında toplantıya davet merasimini ve toplantının zamanını düzenleyen kanun hükümlerine aykırılığı, yokluk-butlan bir yana tek başına iptal sebebi dahi saymamakta, ayrıca bu toplantılarda alınan kararların kanuna, ana sözleşmeye veya dürüstlük kurallarına aykırı olmasını aramaktadır.

Genel kurul kararları için yokluk veya butlanın tespiti davası yerine iptal davası açılmasının mümkün olup olmadığı hususu da doktrinde tartışılmış ve yokluk veya butlana yol açan bir kanuna aykırılığın TTK'nun 381. maddesi gereğince açılan bir iptal davası ile ileri sürülmesine hukuki bir engel olmadığı belirtilmiştir. Buna gerekçe olarak her iki davada da hükümsüzlüğün sağlanmasının amaçlanması, daha hafif kanuna aykırılıkların dahi iptal sebebi olması dikkate alındığında daha ağır aykırılıklar bakımından evleviyetle iptal davası açılabileceği, davacının mevcut kanuna aykırılığın yokluk-butlan sebebi mi yoksa iptal sebebi mi olacağını baştan bilemeyebileceği, hakimin iptal istenmesine rağmen re'sen yokluk-butlan kararı verebileceği belirtilmiştir<sup>6</sup>. Uygulamada, davacı taraf yokluk-butlan iddialarında bulunduğu halde mahkemeler tarafından sıklıkla genel kurul kararlarının iptaline karar verilmektedir. Bu uygulama, doktrindeki basit toplantı ve karar yetersayılarına aykırılığın yaptırımının iptal edilebilirlik olduğu ve tereddüt halinde kanuna aykırılığın iptal sebebi sayılacağı yönündeki görüşlerle tamamen uyumludur.

Bir hukuki işlemin şekli unsurlarını belirleyen emredici hukuk kurallarına dahi aykırılık sebebiyle hukuki işlemin mevcudiyet kazanamaması halinde hukuki işlemin yokluğundan, işlemin özüne ilişkin emredici hukuk kurallarına aykırılık halinde ise butlandan söz edilir. Genel kurul kararlarının sakatlığı yönünden, ortada şeklen dahi bir genel kurul kararı mevcut değilse veya şeklen bir karar bulunmakla birlikte özü itibarıyla emredici kanun hükümlerine aykırıysa yokluk veya butlandan söz edilebilir. Mesela, hiçbir toplantı yapılmadan yazılan kararların, pay sahibi olmayan kimselerin katılımıyla yapılan toplantının ve alı-

<sup>5</sup> POROY, (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, s. 416, 417.

<sup>6</sup> MOROĞLU, age. s. 149, 150, 183.

nan kararların, genel kurul toplantısına davete ve toplantı yetersayılarına ilişkin kanun hükümlerine hiçbir şekilde uyulmadan alınan kararların ve yönetim kuruluna seçilmesi kanunla açıkça yasaklanan kimselerin seçilmesine dair kararların yokluk veya butlan yaptırımına tabi olması düşünülebilir. Ancak, genel kurul toplantısına çağrı merasimine esas itibarıyla uyulmuş, çok sayıda ortak toplantıya katılmış, toplantının başında toplantı yetersayısının mevcut olduğu hazirun cetvelinden tespit edilmiş ve sonradan salonu terk edenler sebebiyle toplantı yetersayısının mevcut olup olmadığı tartışmalı hale gelmiş ise artık yokluk-butlan değil TTK. m. 381 gereğince *iptal edilebilirlik* yönünden bir değerlendirme yapılması daha isabetli olur.

Kooperatiflerde ve anonim şirketlerde genel kurul toplantı ve karar yetersayılarına uyulmadan yapılan toplantıların ve alınan kararların akıbeti hakkında Yargıtay'ın kararları da çelişkilidir. Yargıtay bazı kararlarında toplantı ve karar yetersayılarına uyulmadan alınan genel kurul kararlarının batıl olduğunu bazı kararlarında ise iptal edilebilir kararlar olduğunu kabul etmektedir.

Yargıtay, genel kurulun toplantıya çağrılmasına dair yönetim kurulu kararının, yönetim kurulu toplantı yetersayılarına uyulmaması sebebiyle geçersiz olmasını, genel kurul kararlarının iptali için tek başına yeterli bir sebep olarak kabul etmemiştir<sup>7</sup>.

TTK tasarısının 445. ve 446. maddelerinde, mevcut kanunda olduğu gibi kanuna, esas sözleşmeye ve dürüstlük kurallarına aykırı genel kurul kararları aleyhine iptal davacı açılabilirliği belirtilmekte, ayrıca genel kurula katılmasına ve oy kullanmasına haksız olarak izin verilmediğini ve bunun genel kurul kararının alınmasında etkili olduğunu ileri süren pay sahiplerinin, toplantıda hazır bulunmuş ve karara karşı olumsuz oy kullanmamış olsa dahi iptal davası açabilecekleri düzenlenmiştir.

Bu durumda, genel kurul toplantı ve karar yetersayılarına uyulmaması halinde, toplantı ve karar yetersayıları için gerekli pay veya oy farkını sağlayan, ancak usulüne uygun olarak toplantıya davet edilmeyen pay sahipleri bu toplantıda alınan kararlar hakkında iptal davası açabileceklerdir.

Tasarıda, hangi genel kurul kararları için yokluk-butlan, hangileri için iptal davası açılacağı hususu, butlana sebep olan durumlar örnek niteliğinde sayılmak suretiyle nispeten açıklığa kavuşturulmuştur. Tasarıya göre özellikle, genel kuru-

<sup>7</sup> Y. 11. HD, T: 10.11.1986, E/K : 5896/5850; Y. 11. HD, T: 17.10.1991, E/K: 2632/5437.

la katılma, asgari oy, dava, bilgi alma, inceleme ve denetleme hakları gibi kanundan kaynaklanan pay sahibinin vazgeçilmez haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran ve anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunmasına dair hükümlerine aykırı olan genel kurul kararları batıl kararlar olarak kabul edilmiştir (Tasarı m. 447).

Tasarının 447. maddesinde butlana sebep olan özel durumlar sayıldıktan sonra “paysahibinin kanundan kaynaklanan vazgeçilmez nitelikteki haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran” ve “anonim şirketin temel yapısını bozan” kararların da batıl olacağı belirtilerek, batıl-iptal edilebilir kararlar ayırımı bakımından iki temel ilke belirlenmiştir.

Tasarı yasalaştıktan sonra, 447. maddesi dikkate alınarak, genel kurul toplantı ve karar yetersayılarına uyulmadan alınan kararlar hakkında, özellikle bazı pay sahiplerinin genel kurul toplantısına davet edilmediği veya oy kullanmasına haksız olarak müsaade edilmediği durumlarda, yetersayılar için gerekli pay ve oy farkını sağlamadan da paysahiplerinin genel kurula katılma hakkının ortadan kaldırıldığı ve kanundan kaynaklanan vazgeçilmez nitelikteki oy hakkının sınırlandırıldığı veya ortadan kaldırıldığı gerekçesiyle butlan davası açılabilecektir.

## **II- İptal Kararının Etkileri (Seçim Kararı İptal Edilen Yönetim Kurulunun Durumu)**

TTK. m. 383 gereğince “Kararın iptaline dair ilam, kat’ileştikten sonra bütün pay sahipleri hakkında hüküm ifade eder”. KoopK. m. 53/son gereğince “bir kararın bozulması bütün ortaklar için hüküm ifade eder”. KoopK’da kararın kesinleşmesi hakkında bir açıklık yoksa da bu kanunun 98. maddesinde anonim şirket hükümlerine yapılan atıf sebebiyle kooperatif genel kurul kararlarının iptaline dair ilamlar da ortaklar hakkında ancak kesinleştikten sonra hüküm ifade edecektir.

TTK Tasarısında, (m. 450) iptal kararının etkisini düzenleyen TTK. m. 383’de esasta bir değişiklik yapılmamaktadır. İki tali konuda yapılan değişiklik ise, iptal kararları gibi butlan kararlarının da kesinleştikten sonra hüküm ifade edeceği ile kesinleşen mahkeme kararının ticaret siciline tescil edilmesinin yanı sıra şirketin internet sitesine de konulacağı yönündedir.

Seçilmelerine dair genel kurul kararı iptal edilen yönetim kurulunun görevde kaldığı süre içinde iyiniyetli üçüncü kişilerle temsil yetkisi çerçevesinde giriştiği ilişkiler bakımından iptal veya geçersizliğin tespitine ilişkin kesin hüküm geçmiş etkili değildir; yani yönetim kurulunun sonradan kesin olarak iptal edi-

len (veya geçersizliği tespit edilen) karara dayanarak üçüncü kişilerle temsil yetkisi çerçevesinde yaptığı işlemlerin hükümsüz kaldığı ileri sürülemez. TTK. m. 321/1 ve 4 gereğince iyiniyetli üçüncü kişiler ortaklığın konusuna giren tüm hukuki işlemlerin temsile yetkili kişilerce ortaklık adına yapılabileceğini kabul etmekte haklıdırlar<sup>8</sup>.

Kesinleşmiş iptal kararlarının ortaklar arası iç ilişkide geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuç doğuracağı, buna karşılık seçim kararı iptal edilen yönetim kurulunun şirket adına iyi niyetli üçüncü kişilerle yaptığı hukuki işlemlerin geçerli olduğu genel olarak kabul edilmekle birlikte, bu ikisi arasında kalan bazı işlemler yönünden de farklı bir değerlendirme yapılması yerinde olur. Şöyle ki; yönetim kurulu seçiminin yapıldığı genel kurul toplantısı hakkında iptal davası açılan durumlarda iptal davasının görülmesine başlamak için geçecek süre, yargılama ve karar süreci ile temyiz süreci dikkate alındığında kararın kesinleşmesi bazen yıllarca sürebilmektedir. Neticede iptal kararı verilip bu kararın kesinleşmesi halinde, bu süre içinde göreve seçilen kooperatif veya şirket yönetim kurulunun tüm yaptığı işlemlerin geçersiz sayılması ciddi sorunlara sebep olabilir. Yargılama ve kararın kesinleşmesi döneminde ya kooperatif yönetimi hiçbir işlem yapmadan beklemek durumunda kalacak ya da yaptığı tüm işlemlerin geçersizliğiyle karşı karşıya kalabilecektir. Bu bakımdan yargılama devam ederken kooperatif yönetim kurulunun kanuna, ana sözleşmeye ve dürüstlük kurallarına uygun olarak yaptığı iş ve işlemlerin geçerli olacağı kabul edilmelidir. Tıpkı seçim kararı iptal edilen yönetim kurulu üyelerinin iyi niyetli üçüncü kişilerle yaptığı hukuki işlemlerin geçerli olduğu gibi, yargılama döneminde kooperatif yönetim kurulunun kanuna, ana sözleşmeye ve dürüstlük kurallarına uygun olarak gerçekleştirdiği iş ve işlemlerin de iptal kararından etkilenmeyeceği kabul edilmelidir. Aksi takdirde, seçim kararı alınan genel kurul kararları hakkında iptal ihtimalini ve bu durumda yaptığı tüm işlemlerin geçersiz sayılacağı şüphesini taşıyan kooperatif yönetim kurulu iş yapma konusunda çok çekingen davranacak, bu da kooperatifin ve ortakların aleyhine bir durum yaratacaktır.

Doktrinde ve Yargıtay kararlarında bu görüşü destekleyen görüş ve kararlar vardır. Moroğlu'na göre, "Seçimine dair genel kurul kararının iptali için açılan dava devam eden yönetim kurulu tarafından yapılan davet kural olarak geçerlidir. Çünkü iptal edilebilir kararlar mahkemece kesin hükümle iptal edilinceye kadar geçerlidirler. Açılmış olan iptal davası olumlu sonuçlanır ve yönetim ku-

<sup>8</sup> MOROĞLU, age, s. 270.

rulunun seçimine dair karar kesin hükümle iptal edilirse... hukuk güvenliği bakımından bu davetin ve bu davet üzerine toplanan genel kurulun almış olduğu kararların geçerli sayılması doğru olacaktır”<sup>9</sup>.

Yargıtay 11. HD’nin 06.07.1978 tarih ve 3158/3661 E/K sayılı kararı tam bu konuyla ilgilidir. Bu davada 1975 yılında yapılan genel kurul toplantısı, yerel mahkemece iptal edilmiş ve iptal edilen genel kurulda seçilen yönetim kurulu tarafından daveti yapılan 1976 ve 1977 tarihli genel kurul toplantılarının ve bu toplantılarda alınan kararlarının batıl olduğuna karar verilmiş ve butlanın tespiti için yeterli olacağına ayrıca iptal kararı verilmesi gerekmediğine hükmedilmiştir. Bu kararda mahkeme sırf çağrının yetkisiz kişilerce (seçim kararı iptal edilen yönetim kurulu tarafından) yapıldığı gerekçesiyle iptal kararı vermiştir. Yargıtay 11. HD. 1975 tarihli genel kurul kararlarının batıl değil, iptal edilebilir kararlar olduğunu, yerel mahkemenin de zaten TTK. m. 381 gereğince iptal kararı verdiğini, bunun sonucu olarak da 1975 tarihli genel kurulda yönetime seçilenlerin bu kararın iptaline kadar görev yapabileceklerini ve buna bağlı olarak iptal kararına kadar yaptıkları işlerin ve aldıkları kararların geçerli olacağını kabul etmiş ve yerel mahkemenin kararını bu gerekçelerle bozmuştur.

Yargıtay 11. HD’nin ilke niteliğindeki bu kararının ilgili konumuzla ilgili kısımları şöyledir. “Şayet karar, içeriği ve esasa ilişkin öğeleri yönünden BK’nun 19 ve 20. maddelerinde yazılı olduğu gibi kamu düzenine, yasanın kati surette emrettiği hukuki kurallara veya adaba ve ahlaka aykırı yahut konusu imkansız ise o zaman kararın mutlak butlan ile sakat olduğu kabul edilmelidir. Batıl kararlar başlangıçtan itibaren hükümsüz olduklarından sonradan geçerli hale getirilmezler. Bu tür kararların batıl olduğunu tespit ettirmek yetkisi butlanla ilgili olan herkese aittir. Açılacak tespit davası TTK’nun 381. maddesinde öngörülen dava açma koşullarına ve hak düşürücü süreye tabi değildir.

Eğer karar, içeriği itibariyle yasanın emredici değil de, yorumlayıcı kurallarına aykırı ise ya da yasada yazılı şekil koşulu eksik olarak yerine getirilmiş ise o takdirde ortada, iptali mümkün bir karar var demektir. İşte TTK’nun 381. maddesindeki “kanuna aykırı” umumi heyet kararları deyimiyle bu tür kararlar kastedilmek istenmiştir. Burada daha ziyade ortakların menfaatlerini koruyun hukuk kurallarının ihlali söz konusudur.

<sup>9</sup> MOROĞLU, age, s. 75.

*Bu itibarla yoklukla veya mutlak butlanla sakat olan kararların bu madde kapsamına gireceği düşünülemez.*

*Kabili iptal kararlar, başlangıçta geçersiz olmadıkları için iptal edilmeye kadar sağlıklı bir kararın hukuki sonuçlarını meydana getirirler. İptal davası açılrsa dahi durum değişmez ve karar yönetim kurulunca uygulanmaya devam edilir. Ancak, mahkemece verilecek bir tedbir kararı, uygulamayı geri bıraktırır”.*

Yargıtay daha yeni tarihli bir kararında<sup>10</sup>, benzer görüşünü tekrar etmiş ve önceki yıl yapılan genel kurulun iptal edilmesi üzerine, iptal edilen genel kurulda seçilen yönetim kurulunun düştüğü ve kooperatifin organsız kaldığı bu bakımdan sonraki genel kurulların da geçersiz olduğu iddialarıyla açılan davada, bu yönde verilen yerel mahkeme kararını bozmuştur. Kararda, *iptal edilen genel kurul toplantısında alınan kararların iptal edilebilir nitelikte kararlar olduğu, iptal edilinceye kadar geçerli bir kararın hüküm ve sonuçlarını doğurdukları, iptal davası açılrsa dahi bu kararların icrasının etkilenmeyeceği ve iptale kadar bu kararlara dayanılarak yapılan işlemlerin geçerli olduğu belirtilmiştir.* Aynı kararda isabetli olarak *“...iptaline karar verilen olağanüstü genel kurulda seçilen yönetimin faaliyetinin engellenmesine yönelik mahkemece verilmiş bir tedbir kararı da bulunmamaktadır. Dolayısıyla, iptal kararının kesinleşmesi anına kadar yapılan işlemlerin ve yetkisiz oldukları gerekçesiyle çağrısını yaptıkları genel kurulların yok hükmünde kabul edilmesi doğru değildir”* denilmiştir.

Yargıtay’ın görev süresi biten yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya davete yetkili olduğuna ve yenisi seçilmeye kadar görevine devam edeceğine dair çok sayıda kararı vardır. Seçilmelerine dair genel kurul kararı iptal edilen yönetim kurulu üyeleri, iptal kararı kesinleşmeden önce yapılan ikinci veya sonraki genel kurul toplantılarında ibra edilmiş ve/veya tekrar yönetim kuruluna seçilmişlerse, bu durum genel kurul tarafından yönetim kurulu üyelerine güvenildiği ve önceki işlemlerinin onaylandığı şeklinde de değerlendirilebilir.

Yargıtay, görev süresi biten kooperatif yönetim kurulunun yeni yönetim kurulu seçilmeye kadar görevine devam edeceği gibi ihraç kararı dahi verebileceği görüşündedir. Yargıtay 11. HD’nin 29.05.1996 tarih ve 3299/3924 E/K sayılı kararında *“...yenisi seçilmeye kadar önceki yönetim kurulunun yetki ve görevlerinin devam etmesi gerektiği halde, mahkemece bundan zuhul edilerek yönetim*

<sup>10</sup> Y. 11. HD. 06.12.2004 T, 13585/11983 E/K .

*kurulunun teşekkülü itibariyle ihraç kararı veremeyeceğine ilişkin gerekçesi doğru değildir”* denilmektedir.

Kanaatimizce iptal davasına ilişkin yargılama süreci boyunca yönetim kurulunun kanuna, ana sözleşmeye ve dürüstlük kurallarına uygun olarak yaptığı tüm iş ve işlemlerin geçerli olduğu kural olarak kabul edilmelidir. Çünkü, *ilk olarak*, TTK. m. 383’de iptal kararlarının ancak kesinleştikten sonra pay sahipleri hakkında hüküm doğuracağı açıkça kabul edilmiş, buna karşılık bu kararın geçmişe etkili olacağına dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir. *İkinci olarak*, TTK. m. 382 gereğince hakkında iptal davası açılan kararların mahkeme tarafından uygulanmasını durdurmak mümkündür. Bu hükümde mahkemeye yönetim kurulu üyelerini ve denetçileri dinledikten sonra kararın uygulanmasını durdurma imkanı verilmiştir. Bu iki gerekçe birlikte değerlendirildiğinde, mahkeme tarafından, hakkında icranın durdurulması kararı verilmeyen genel kurul kararlarının neticede iptaline karar verilir ve bu karar kesinleşirse, yargılama süresince kooperatif yönetim kurulunun aldığı kararların ve yaptığı işlemlerin kanuna, ana sözleşmeye ve dürüstlük kurallarına uygun olduğu takdirde geçerli olduğu kabul edilmelidir. Kesinleşen iptal kararının hiçbir sınırlama olmaksızın geçmişe etkili olarak hüküm doğuracağı kabul edilirse, gerek ortaklar gerek yönetim kurulu gerekse üçüncü kişiler yönünden hukuki işlem güvenliği kalmayacaktır. Kooperatif ortaklarının ve üçüncü şahısların kendileriyle iş ve işlem yapan kooperatif yönetiminin seçiminin sağlıklı olup olmadığını, ileride bu seçim kararının iptal edilip edilmeyeceğini bilmesine imkan olmadığına göre, bunların sözkonusu durumu dikkate almaları da beklenmemelidir.

Netice olarak, kooperatif yönetim kurulunun seçimine dair genel kurul kararı hakkında iptal davası açılması ve neticede iptal kararı verilip bu kararın kesinleşmesi halinde, seçim kararı iptal edilen yönetim kurulunun bu dönemde yaptığı iş ve işlemlerin kanuna, ana sözleşmeye ve dürüstlük kurallarına uygun olması halinde geçerli olacağı, TTK. m. 382 gereğince uygulamayı durdurma kararı verilmedikçe bu işlemler yönünden iptal kararının geçmişe etkili olmayacağı kanaatindeyim.

Özellikle açılan davada uygulamanın durdurulması veya şirkete kayyım tayini gibi taleplerde bulunulmuş ve bu talepler mahkeme tarafından reddedilmiş ise neticede iptal kararı verilse dahi kararın kesinleşmesine kadar yönetim kurulunun yaptığı iş ve işlemlerin geçerli olduğu tereddütsüz şekilde kabul edilmelidir. Çünkü yargılama sırasında bu husus açıkça tartışılıp reddedildiğine göre, neticede verilen iptal kararının hiçbir sınırlama olmaksızın geçmişe etkili oldu-

ğunu kabul etmek, mahkemeden daha önce talep edilen ve açıkça reddedilen bir hususun, yorum yoluyla sağlanması anlamına gelir. İcranın geri bırakılması ve kayyım tayin edilmesi talepleri daha önce açıkça reddedildiğine göre iptal kararı, hukuka uygun yönetim kurulu karar ve işlemleri yönünden yalnızca ileriye etkili olarak hüküm doğuracaktır.

### **SONUÇ**

**1-** Kooperatif ve anonim ortaklık genel kurul toplantı yetersayılarını düzenleyen KoopK. m. 45/3 ve TTK. m. 372 hükümleri ana sözleşme ile aksi kararlaştırılabilen ve emredici olmayan hükümlerdir.

**2-** Usulüne uygun olarak toplantıya davet edilen, başta gerekli toplantı yetersayılarıyla toplantıya başlayan, ancak toplantı devam ederken bir kısım ortakların toplantıyı terk etmeleri sebebiyle toplantı yetersayısı düşen kooperatif genel kurulu ve bu toplantıda alınan kararlar KoopK. m. 53 (TTK. m. 381) hükmü gereğince kanuna aykırılık sebebiyle iptal edilebilir kararlardır.

**3-** Toplantı yetersayıları bulunmadan alınan genel kurul kararlarının yokluk veya butlan yaptırımına tabi olduğu kabul edilse dahi, KoopK. m. 53'e (TTK. m. 381) göre bunlar için de iptal davası açılabilir ve iptal kararı verilebilir.

**4-** TTK. m. 383 gereğince, genel kurul kararlarının iptali kararları pay sahipleri hakkında hükmün kesinleşmesinden sonra uygulanabilir. İptal kararları iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından zaten geçmişe etkili olamaz. Ortaklar yönünden ise yönetim kurulunun kanuna, ana sözleşmeye ve dürüstlük kurallarına uygun olarak aldığı kararlar ve yaptığı işler yönünden iptal kararının geçmişe etkili olmayacağı, bunlar yönünden geçmişe etkili uygulamanın hukuk güvenliği ile bağdaşmayacağı ve yönetim kurulunu çalışamaz hale getireceği kanaatindeyim.

**5-** Seçim kararı iptal edilen yönetim kurulunun, iptal kararı kesinleşinceye kadar görev ve yetkilerinin devam edeceği, bu dönemde aldığı kanuna, ana sözleşmeye ve dürüstlük kurallarına uygun kararların ve yaptığı işlerin sırf seçim kararının iptal edilmesi sebebiyle geçersiz olmayacağı görüşündeyim. Özellikle, yönetim kuruluna seçilme kararının iptali talebiyle açılan davada icranın geri bırakılması ve kayyım tayini taleplerinin reddedildiği durumlarda iptal kararının kesinleşmesine kadarki sürede, ihraç kararları da dahil olmak üzere yönetim kurulunun usulüne uygun olarak aldığı tüm kararların geçerli olduğu kanaatindeyim.

6- TTK Tasarısında, hangi genel kurul kararları için butlan, hangileri için iptal davası açılacağı hususu, butlana sebep olan durumlar örnek niteliğinde sayılmak suretiyle nispeten açıklığa kavuşturulmuştur. Tasarıya göre özellikle, genel kurula katılma, asgari oy, dava, bilgi alma, inceleme ve denetleme hakları ile sermayenin korunmasına dair hükümlere aykırı genel kurul kararları batıl kararlar olarak kabul edilmiştir. Tasarının 447. maddesinde butlana sebep olan özel durumlar sayıldıktan sonra “paysahibinin kanundan kaynaklanan vazgeçilmez nitelikteki haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran” ve “anonim şirketin temel yapısını bozan” kararların da batıl olacağı belirtilerek, batıl-iptal edilebilir kararlar ayırımı bakımından iki temel ilke belirlenmiştir. Tasarının iptal kararlarının etkisini düzenleyen 450. maddesi ise TTK. m. 483’e göre esas konumuz yönünden bir değişiklik getirmemektedir.

# TÜRK HUKUKUNDA SÖZLEŞMEDEKİ HAKSIZ ŞARTLAR

*Yrd. Doç. Dr. Hakan ACAR\**

## ÖZET

Sözleşmenin taraflarından birinin ekonomik ve kurumsal açıdan diğer tarafa nazaran üstün konumda olduğu durumlarda da, bu üstünlüğünü kullanarak diğer tarafın aleyhine olan bazı şartları önceden tek taraflı olarak hazırladığı bir takım şartnamelerle kabul ettirdiği görülmektedir. “Tip sözleşme”, “kitle sözleşme”, “katılnmalı (iltihaki) sözleşme”, “formüler sözleşme” gibi isimlerle ifade edilen bu tip standart sözleşme türleri, bankalar, sigorta şirketleri, seyahat ve taşıma işletmeleri, dayanaklı tüketim malları üretimi ve pazarlama şirketleri tarafından bireysel sözleşmenin kurulmasından önce soyut ve tek yanlı olarak kaleme alınmaktadır. Görünüşte iki tarafın karşılıklı olarak imzaladığı bir sözleşme veya sözleşmenin eki niteliğinde olan bu standart şartlar, gerçekte zayıf olan tarafın herhangi bir müzakere imkanına sahip olmadığı ve dolayısıyla da gerçek iradesini yansıtmadığı, sözleşme özelliği taşımaktan uzak bir takım yazılı metinler niteliğindedir. Bu şekilde hazırlanan tip sözleşmeler karşısında diğer taraf ya kendisine dayatılan şartlarda sözleşmeyi kuracak veya bu mal veya hizmeti almaktan vazgeçmek zorunda kalacaktır. Bu makalede gerek bireysel sözleşme gerekse standart sözleşmelerde yer alan haksız şartlar, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve TBMM’ye sevk edilen Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki düzenlemeler dikkate alınarak, farklı hukuk sistemleri ile mukayeseli olarak incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Sözleşme, Tüketici Sözleşmeleri, Standart Sözleşme, Genel İşlem Şartları, Haksız Şartlar.

## GİRİŞ

Taraflar arasında hukuki ilişki oluşturan sebeplerden birisi sözleşmedir. Klasik anlamda sözleşme denildiğinde Borçlar Kanunu (BK) m.1 vd anlamındaki

---

\* Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

bireysel sözleşme akla gelir. Taraflar bireysel bir sözleşmede irade açıklamalarının uygunluğunu elde edene kadar bir müzakere aşamasından geçerler ve sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde uyuşana kadar tartışma ve pazarlıklarını devam ettirirler. Bir sözleşmenin bu şekilde geçirmiş oldukları müzakere aşamasından sonra “icap” ve “kabul” beyanlarının karşılıklı ve birbirine uygun olarak ifade edilmesiyle sözleşme kurulur. Kural olarak kişiler serbest iradeleriyle kanuna, ahlak ve adaba, kamu düzenine aykırı olmamak kaydıyla istedikleri tür, sayı ve içerikte sözleşme yapabilirler. Yapmış oldukları bu sözleşmenin tarafların serbest iradelerinin somutlaşmış, maddi varlık kazanmış (instrumentum) şekli olduğu kabul edilir. Dolayısıyla sözleşmenin bütün şartlarının taraflarca tek tek müzakere edildiği ve bu müzakerenin neticesinde üzerinde anlaşılarak sözleşmeye dahil edildiği varsayılır. Bu şekilde hazırlanan bir sözleşmenin gerçek anlamda borç doğuran bir etkiye sahip olması mümkün olabilecektir. Ancak bu şekilde sözleşme ile kayıt altına alınan iradelerinin bir takım yanlış düşüncelerden kaynaklanması (hata), bir tarafın kasten diğer tarafı aldatması (hile), tehdit etmesi (ikrah) yada içinde bulunduğu zor durumdan veya tecrübesizliğinden istifa etmesi (gabin) hallerinde ise sözleşmedeki hükümlerin gerçek anlamda taraf iradelerini yansıtmadığı, yani tarafların gerçekte istemedikleri veya istemeyecekleri gerçek iradelerini yansıtmayan bir durumun sözleşme ile düzenlendiği söylenebilecektir. İrade bozukluğu halleri olarak kabul edilen bu hallere maruz kalan taraf, belli bir süre içerisinde sözleşmeyi tek taraflı olarak ortadan kaldırma hakkına sahip olacak ve bu şekilde arzu etmediği borç veya borçlardan kurtulma imkanına sahip olacaktır. Benzer şekilde taraflardan birinin ekonomik ve kurumsal açıdan diğer tarafa nazaran üstün konumda olduğu durumlarda da, bu üstünlüğünü kullanarak diğer tarafın aleyhine olan bazı şartları önceden tek taraflı olarak hazırladığı bir takım şartnamelerle kabul ettirdiği görülmektedir. “Tip sözleşme”, “kitle sözleşme”, “katılmalı (iltihaki) sözleşme”, “formüler sözleşme” gibi isimlerle ifade edilen bu tip standart sözleşme türleri, bankalar, sigorta şirketleri, seyahat ve taşıma işletmeleri, dayanaklı tüketim malları üretimi ve pazarlama şirketleri tarafından bireysel sözleşmenin kurulmasından önce soyut ve tek yanlı olarak kaleme alınmaktadırlar. Görünüşte iki tarafın karşılıklı olarak imzaladığı bir sözleşme veya sözleşmenin eki niteliğinde olan bu standart şartlar, gerçekte zayıf olan tarafın herhangi bir müzakere imkanına sahip olmadığı ve dolayısıyla da gerçek iradesini yansıtmadığı, sözleşme özelliği taşımaktan uzak bir takım yazılı metinler niteliğindedir. Bu şekilde hazırlanan tip sözleşmeler karşısında diğer taraf ya kendisine dayatılan şartlarda sözleşmeyi kuracak

veya bu mal veya hizmeti almaktan vazgeçmek zorunda kalacaktır. Sözleşmenin diğer tarafının genellikle fiyat konusunu müzakere etme imkanı bile olmamakta, fiyatlar önceden hazırlanan tarifelerle belirlenerek pazarlık dışı bırakılmaktadır<sup>1</sup>. Türk Hukukunda sözleşmenin diğer tarafına göre zayıf durumda olan sigortalananı ve tüketiciyi koruma düşüncesiyle bir takım düzenlemeler getirilmiştir. Ayrıca TBMM'ne sevk edilen Türk Borçlar Kanunu Tasarısı (BKT) ile sadece sigortalanan ve tüketici değil, diğer sözleşme türlerinde yer alan haksız şartların geçersizliğine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Bu şekliyle bir mal veya hizmeti tüketmek gayesi dışında ticari gayelerle alan kişilerin de korunması hedeflenmiştir.

Biz bu makale kapsamında öncelikle sözleşmedeki haksız şartlarla ilgili Türk Hukukunda var olan mevzuat hükümlerini ve mahkeme tatbikatını ortaya koyacak, daha sonra (BKT)'nda özel olarak düzenlenen haksız şartlara ilişkin hükümleri, farklı hukuk sistemlerindeki düzenlemeler ile mukayeseli olarak inceleyeceğiz.

### I. KAVRAM ve UYGULAMA ALANI

Haksız şart ifadesi mevzuatımıza bir kavram olarak ilk defa 4077 Sayılı "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun"<sup>2</sup> (TKHK) 2003 yılında yapılan bir değişiklikle girmiştir<sup>3</sup>. Haksız sözleşme şartı (*Unfair Contract Term*) sözleşmenin güçlü olan tarafınca önceden hazırlanan ve zayıf tarafı aleyhine önemli bir dengesizlik oluşturan sözleşme şartı olarak tanımlanabilir<sup>4</sup>. TKHK'nun "Sözleşmedeki Haksız Şartlar" başlıklı 6. maddesinde haksız şart; "*Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu,*

<sup>1</sup> YAVUZ, Cevdet, "Türk Hukukunda Genel İşlem Koşulları ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Bu Yönden Değerlendirilmesi", Uluslar arası Özel Hukuk Sempozyumu, Baku, 2005, s. 32.

<sup>2</sup> Kabul Tarihi; 23/2/1995, RG Tarih; 8/3/1995 RG Sayı : 22221.

<sup>3</sup> 4077 Sayılı Kanun'un ilk halinde genel işlem şartları düzenlenmemiştir. Ancak bazı sözleşme türlerinde tüketici aleyhine olabilecek bazı şartlar ve yazım şekilleri ile alakalı sınırlamalar getirilmiştir. Daha sonra 06.03.2003 Tarih ve 4822 Sayılı Kanun ile, Kanun'un ilk şeklinde "Taksitli Satışlar"ı düzenleyen 6. madde, "Sözleşmedeki Haksız Şartlar" başlıklı madde ile değiştirilerek, genel işlem şartlarına ilişkin bu düzenleme yapılmıştır. Ayrıca bu madde 93/13 No'lu AB direktifinin 3. maddesinden aynen alınmıştır.

<sup>4</sup> BAYKAN, Renan, Tüketici Hukuku, Mevzuata İlişkin Yorum-Eleştiri-Öneri, İTO yayınları, No: 2005-41, İstanbul, 2005, s. 225; KADIOĞLU, Kamil, Gerekçeli Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yargıtay Kararları İlgili Mevzuat, Ankara, 2005, s. 305.

*tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları*” olarak ifade edilmiştir. Haksız sözleşme şartları hem bireysel sözleşmelerde hem de genel işlem şartlarında yer alabilmektedir. Sözleşmedeki bir şartın haksız şart olarak nitelendirilebilmesi onun ne tür bir sözleşme içinde bulunduğuna bağlı değildir. Bir sözleşme şartını haksız şart haline getiren,

- Bu şartın önceden, sözleşmenin diğer tarafı ile müzakere edilmeden tek taraflı olarak hazırlanmış olması ve

- Bu şartın diğer taraf aleyhine dürüstlük kuralına aykırı şekilde bir dengesizlik oluşturmasıdır.

- Bilindiği gibi “bireysel sözleşme”, tarafların sözleşme şartlarını tek, tek görüşerek hazırladıkları, “sözleşme” denilince kastedilen, klasik sözleşme tipidir<sup>5</sup>. Önceden, tek taraflı olarak, aynı nitelikteki sözleşmelere uygulanmak üzere hazırlanan genel işlem şartlarının yer aldığı sözleşme tipine ise “standart sözleşme” denilmektedir<sup>6</sup>. Bu anlamda, standart sözleşmelerde yer alan genel işlem şartlarında şu özelliklerin bulunması gereklidir<sup>7</sup>:

- Tek taraflı olarak belirlenmesi
- Genel ve soyut nitelikte olması
- Çok sayıda sözleşme için önceden hazırlanması

Genel işlem şartları ile haksız şartlarının her ikisinde de önceden tek taraflı olarak hazırlanmış özelliğinin bulunduğunu görmekteyiz. Bu durum haksız şartların varlığı için, bu şartların genel işlem şartı özelliğine sahip olması gerektiği şeklinde bir anlayışın oluşmasına sebep olmuştur<sup>8</sup>. Fakat aşağıda detaylı bir şekilde inceleneceği gibi, haksız şartlarla TKHK hükümleri, sadece genel işlem şartı niteliğindeki sözleşme hükümlerine değil, bireysel sözleşmelere de uygulanabilir niteliktedir. BKT ise bireysel sözleşmelerdeki haksız şartlar değil, genel işlem şartları şeklinde ortaya çıkan sözleşme hükümleri özel düzenleme kapsa-

<sup>5</sup> TEKİNAY, Selahattin Sulhi, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, c. 1, 1993, s. 203.

<sup>6</sup> ZEVKLİLER Aydın, AYDOĞDU, Murat, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2004, s.158.

<sup>7</sup> BAHTİYAR, Mehmet, “Genel İşlem Şartlarına Karşı Tüketicinin Korunması”, *Yargıtay Dergisi*, S,1-2, 1996, s.80.

<sup>8</sup> ZEVKLİLER, s.158.

mına alınmıştır.

## II. TÜRK HUKUKUNDA HAKSIZ ŞARTLAR

### 1. TKHK'un Kabulünden Önceki Durum

Her ne kadar 818 sayılı Borçlar Kanunu konu ile alakalı özel bir düzenleme getirmemiş olsa da tüketicinin taraf olduğu sözleşmelere uygulanmak üzere çıkarılan özel kanun mahiyetindeki TKHK bu konudaki boşluğu büyük oranda doldurmuştur. TKHK'un çıkmasından önceki dönemde de mevzuatımızda genel işlem şartları ile sınırlı olmak üzere haksız şartlar hakkında düzenleme bulunmaktaydı. Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nin taşımacılık sözleşmelerinde sorumluluğun kaldırılması veya hafifletilmesine ilişkin hükümlerin geçersizliğini öngören 766. maddesi<sup>9</sup> ile yine aynı Kanun'un sigorta poliçesi ile alakalı olarak hazırlanan genel işlem şartlarından sigorta ettirenin aleyhine olanların geçersiz olacağı ve bunların yerine kanun hükümlerinin uygulanacağını ifade eden 1266. maddesi<sup>10</sup> bu kapsamdaki düzenlemelerdir. Ayrıca özellikle sigorta poliçelerindeki haksız şartlarla alakalı uygulamada birçok Yargıtay kararı da mevcuttur<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> TTK m. 766 "Taşıma akdinde kanunun taşıyıcıya ve hususiyle faaliyetleri devletin iznine bağlı taşıma işletmelerine yüklediği mesuliyetlerin önceden hafifletilmesi veya kaldırılması neticesini doğuran bütün kayıt ve şartlar hükümsüzdür. Bu kayıt ve şartların işletme nizamnamelerine, umumi şartnamelere tarifelere veya bunlara benzer diğer vesikalara konulmuş olması halinde de hüküm aynıdır."

<sup>10</sup> TTK m. 1266/II şu şekildedir: "Sigorta poliçesi birinci fıkrada yazılı hususlardan başka İktisat ve Ticaret Vekaletince tasdik edilmiş ve zahmetsizce okunabilecek bir tarzda basılmış olan sigorta umumi şartlarını; muvakkat sigorta ilmühaberi ise, zikri geçen umumi şartlara atfı ihtiva eder. Bu fıkradaki tasdika ve baskıya ait olan şartların yerine getirilmemiş olması halinde dahi umumi şartname hükümlerinden sigorta ettirenin zararına olanlar yerine kanun hükümleri tatbik olunur."

<sup>11</sup> YHGK 15.9.1976 T; E. 1974/11-836; K. 1976/2510 "ÖZET: Sigorta poliçesi üzerine, lastik kaşe ile yazılan yazıda vasıtayı kullanacak şoförün ehliyetinin en az bir yıllık olacağını öngören bir şarta yer verilmesi, poliçe genel koşullarının sigortalı zararına değiştirilmesi niteliğindedir. Ticaret bakanlığının onayı olup olmadığı araştırılmalıdır."

Yargıtay'ın aynı konu ile verdiği bir başka karar ise şu şekildedir: "ÖZET: Dosyaya ibraz edilen (kasko sigorta tarifesine ek motorlu araçlarda taşınan emtianın, sigorta tarifesi )nde, araçta taşınan eşyanın kasko sigortası koşullarına tabi olacağı sonucunu doğuran bir kayıt var ise de, bu gibi kayıtlar TTK.nun 1266/2. maddesi uyarınca sigorta poliçesi genel şartlarına dahil edilmedikçe veya bir kloz olarak sigorta poliçesi düzenlenirken poliçeye eklenerek si-

Bu tip özel düzenlemelerin kapsamına girmeyen bir hukuki ilişkinin varlığı halinde ise genel hükümlerden istifade edilecektir.

Elbette ki bu hükümlerden en çok istifade edileni dürüstlük kuralıdır (MK m.2). Yargıtay'ın 1981 yılında vermiş olduğu, binek otosu alımına ilişkin bir kararda, genel satış şartlarının 4. maddesindeki, satıcıya tek taraflı olarak aracın teslim tarihini uzatma ve teslim günündeki rayiç fiyatı talep etme hakkını veren düzenlemenin, dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>12</sup>.

Yine genel işlem şartları ile, borçlunun hile ve ağır kusurundan sorumlu tutulamayacağına ilişkin bir düzenleme yapılması halinde BK. m.99/1'deki emredici düzenlemeye bir aykırılık oluşturacak ve geçersiz sayılacaktır<sup>13</sup>. Ayrıca m. 99/2 hükmüne göre, borçlunun hafif kusurundan dolayı sorumlu tutulamayacağına ilişkin bir şart da, alacaklının sözleşmenin yapıldığı dönemde borçlunun hizmetinde çalışıyor olması veya borcun, devlet tarafından imtiyaz şeklinde verilen bir hizmetin icrası nedeniyle ortaya çıkması hallerinde hakim kararıyla hükümsüz kılınabilecektir<sup>14</sup>.

---

gorta ettirene verilmedikçe bu kayıtların sigorta ettireni bağlaması mümkün değildir. Yarg. 11.HD 4.10.1991 T; E. 1991/5153 K. 1991/5064. Bkz. www.kazanci.com.tr

12 Yarg 13. HD. 7.4.1981 T; E.1981/1045; K. 1981/2514 "... açıkça bu maddede satıcıya somut olarak teslim süresini uzatma yetkisi tanınmıştır... tanınan yetkinin sınırsız, davalının keyfince kullanılabilmesi de asla düşünülemez. Gerçekte de davalı doğruluk ve dürüstlük kurallarına eş deyişle güven ilkesine uymakla yükümlüdür (MK m.2). .. Davalının asıl yapımının ürettiği araçların pazarlamasını üstlenen bir yan kuruluş olduğunda ve eylemli olarak tekel oluşturan belli ve sınırlı sayıdaki kuruluşlar arasında bulunduğu duraksama söz konusu değildir. Somut olayda, davacının tüketici niteliği ile davalı karşısında ekonomik yönden güçsüz olduğu da asla göz ardı edilemez... Yurdumuz genelinde uzun bir süreden beri egemen olan enflasyonun yol açtığı fiyat yükselmelerinin tüm etkilerini davacının omuzlarına yükleme de adaletli bir çözüm olamaz.. davalının teslim yetkisini saklı tutmayı içeren koşulu kötüye ve davacı tüketici alyhinde kullanıp kullanmadığı, MK. m. 2'deki dürüstlük ve doğruluk kuralına, eş deyişle güven ilkesine aykırı davranıp davramadığı saptanmalı ve uyuşmazlık böylece çözüme bağlanmalıdır." Bkz. TEKİNAY, s. 215.

13 OĞUZMAN Kemal/ ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2005, s. 94-95.

14 BKT'da ise m.99'a karşılık gelen 114. maddede önceki metin büyük oranda muhafaza edilmekle birlikte bazı küçük değişiklikler yapılmıştır. İlk olarak, 99. maddede geçen "hile ve ağır kusur ibaresi", ağır kusurun kastı ve ağır ihmali kapsamı nedeniyle, hile ibaresi çıkartılarak "ağır kusur" olarak değiştirilmiştir. Ayrıca, 99.maddenin üçüncü fıkrası "Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, mes-

Genel işlem şartlarındaki haksız şartlara uygulanabilecek bir diğer hüküm ise BK m.19 ve 20’de düzenlenen, ahlaka aykırı sözleşme şartlarının geçersiz sayılmasıdır<sup>15</sup>. Özellikle müşterinin ekonomik açıdan muhtaç olduğu bazı mal ve hizmetlerin, tekel durumunda olanlar tarafından sağlanması halinde, bu durumun kötüye kullanılması ahlaka aykırılık olarak kabul edilmiştir. Benzer şekilde, sözleşmede yer alan aşırı cezai şartın ahlaka aykırı olduğu kabul edilerek batıl sayılması söz konusudur. Aynı prensipten hareketle banka kredi sözleşmelerindeki, bankalara tek taraflı olarak sözleşmede değişiklik yapma yetkisi veren şartların da batıl sayılacağı doktrinde savunulmaktadır<sup>16</sup>.

Bunların dışında gabine ilişkin hükümlerin de genel işlem şartlarına tatbik edilmesi mümkün olabilecektir<sup>17</sup>. BK m.21’e göre sözleşmede edimler arasında aşırı bir dengesizlik varsa ve bu durum zarar görenin zor durumundan, düşüncesizliğinden, tecrübesizliğinden diğer tarafın istifade etmesinden dolayı ortaya çıkmışsa gabin söz konusu olacaktır<sup>18</sup>. Gabin hükümlerinin uygulanabilmesi için edimler arasında bir dengesizlik (objektif unsur) olmasının yanında, tarafların kişilikleri arasındaki bir dengesizlikten (subjektif unsur) yararlanılması halinde sözleşme yapma serbestisinin ortadan kalkacağı ifade edilmektedir<sup>19</sup>. Bu

---

lek veya san’at ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa” şeklinde değiştirilerek, imtiyaz suretiyle icra edilen her türlü faaliyet değil, sadece uzmanlığı gerektiren hizmetlerle sınırlı tutulmuştur. Son olarak, hafif kusurdan sorumsuzluğu ilişkin şartların hükümsüzlüğü, hakimın takdirine bırakılmamış, doğrudan doğruya kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlanmıştır.

- 15 OĞUZMAN/ÖZ, s. 74, KÜÇÜKYALÇIN, Arzu, “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, AÜHFD, C.53, S.4, Yıl, 2004, s. 112.
- 16 ATAMER, Yeşim, **Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Yolları**, İTO Yayınları, Yayın No: 2001-08, İstanbul, 2001, s. 28.  
BAYKAN, s. 222; TEKİNAY, s. 213.
- 17 ATAMER, M Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001, s.166.
- 18 Roma hukukunda *laesio enormis* olarak bilinen gabin kavramının değişik hukuk sistemlerindeki yansımaları için bkz. KÜÇÜKGÜNGÖR Erkan; EMİROĞLU Haluk, “Roma Hukukunda ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde Laesio Enormis (Gabin)”, AUHFD, C.53, S. 01, Yıl 2004, s. 77-87.
- 19 EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2008, s. 377; OĞUZMAN / ÖZ, s.114, BAYKAN, s.223; KÜÇÜKGÜNGÖR/EMİROĞLU, s. 87.

duruma düşen tarafın bir yıl içinde sözleşmeyi fesih etme yetkisi ile verdiklerini geri alma hakkı doğacaktır<sup>20</sup>. Genel işlem şartlarında da taraflardan birisinin üstün durumunu kötüye kullanarak kendisine borcun ifası ve hukuksal sonuçları açısından kendisi lehine ve diğer tarafın aleyhine bir dengesizlik oluşturmaktadır. Bir tarafın büyük bir dikkatle hazırlamış olduğu şartlar konusunda diğer tarafın yeterince bilgi edinmesi çoğu zaman mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla diğer tarafın içinde bulunduğu durum “tecrübesizlik” olarak nitelendirilmeye elverişlidir<sup>21</sup>. Ancak gabinin temel edimler arasındaki bir uygunsuzluk olması, genel işlem şartlarında ise borcun ihlali ve bunun hukuksal sonuçları gibi diğer şartlar arasında dengesizlik oluşturabilecek bir takım haksız şartları içermesi, genel işlem şartlarına gabin hükümlerinin uygulanabilmesi imkanını çok daraltmaktadır. Diğer taraftan tarafların tacir olması halinde de “basiretli bir tacir” olarak “tecrübesizlik” nedeniyle gabin hükümlerinden istifade edemeyeceği de doktrinde ifade edilmektedir<sup>22</sup>. Bu da gabinin haksız şartlara uygulanmasını zorlaştırıcı diğer bir etken olarak kabul edilebilecektir.

## 2. TKHK ile Getirilen Düzenleme

Yukarıda izah edilen genel nitelikteki düzenlemelerin ancak hakimin içinde bulunulan zamanın ekonomik şartlarına göre yorum yoluyla değerlendirilmesi neticesinde uygulanabilir olma niteliği, özellikle, sözleşmenin zayıf tarafını teşkil eden tüketiciler için hakkaniyete uygun bir koruma imkanı temin edememiştir. Bu nedenle tüketiciyi bu tip haksız şartlardan koruyucu nitelikte bir düzenleme ihtiyacı hissedilerek, tüketicinin genel işlem şartlarından korunmasına ilişkin özel hükümler TKHK kapsamına dahil edilmiştir.

Genel işlem şartlarına ilişkin olarak mevzuatımızdaki en kapsamlı ve detaylı düzenleme TKHK’nda 2003 yılında yapılan değişiklikle getirilmiştir. Bu düzenleme ile tüketicilerin, satıcıların ve sağlayıcıların önceden tek taraflı olarak hazırlamış oldukları dürüstlük kuralına aykırı bir takım şartlar içeren sözleşme hükümlerinden korunması hedeflenmiştir. TKHK m. 6’da “Sözleşmedeki Haksız Şartlar” başlığı ile yapılan bu düzenlemede, öncelikle hangi unsurları taşıyan şartların geçersiz olduğu tanımlanmış (m.6/1), daha sonra ise bu şartların tüketici-

20 ATAMER, s. 29; EREN, s. 381.

21 TEKİNAY, s. 217.

22 ARKAN, Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, 5. baskı, Ankara, 1999, s. 132.

ciye karşı ileri sürülemeyeceği ifade edilmiştir (m.6/2)<sup>23</sup>. Yapılan tanımda yukarıda da ifade edildiği gibi iki unsur göze çarpmaktadır. Birincisi, bu şartların tek taraflı olarak, tüketiciyle müzakere edilmeksizin sözleşmeye konulmuş olması, ikincisi ise, bu şartların, taraf dengesi açısından dürüstlük kuralına aykırı şekilde tüketici aleyhine dengesizlik oluşturmasıdır<sup>24</sup>. Doğal olarak herhangi bir sözleşme hükmünün geçersizliğinin söz konusu olabilmesi için bu iki unsur bir arada bulunmalıdır.

Bu düzenleme dikkatle incelendiğinde tüketicilerin sadece standart sözleşmelerde yer alan haksız şartlardan korunmasının amaçlanmadığı dolayısıyla, bu hükümlerin uygulanabilmesi için mutlaka bir standart sözleşmenin olmasının gerekli olmadığı görülecektir<sup>25</sup>. 6. madde metninde sözleşmeye, satıcı veya sağ-

23 Madde metni şu şekildedir:

“Sözleşmedeki Haksız Şartlar

**Madde 6-** (Değişik: 6/3/2003-4822/7 md.) Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır. Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir. Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez. Bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir. 6/A, 6/B, 6/C, 7, 9, 9/A, 10, 10/A ve 11/A maddelerinde yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen tüketici sözleşmeleri en az oniki punto ve koyu siyah harflerle düzenlenir ve sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu eksiklik satıcı veya sağlayıcı tarafından derhal giderilir. Bakanlık standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların tespit edilmesine ve bunların sözleşme metninden çıkartılmasının sağlanmasına ilişkin usul ve esasları belirler”.

24 Yargıtay’ın tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye konulan şartların geçersizliği ile alakalı bir karar için bkz. Yarg. 13 HD., T. 15.2.2007E. 2007/510, K. 2007/1989 www.kazanci.com.tr.

25 BAYKAN, s. 230. 6. maddenin bir standart sözleşmenin varlığı halinde uygulanabileceği hakkındaki görüş için bkz. ZEVKLİLER, s. 158-159. Yazar 6. madde hükmünün uygulanabilmesi için “Ortada Standart Bir Sözleşme Olması” gerektiğini, ifade etmektedir.

layıcı tarafından tek taraflı olarak, yani tüketiciyle müzakere edilmeksizin konulan her türlü sözleşme hükmünün (dürüstlük kuralına aykırı olmak kaydıyla) “haksız şart” olarak nitelendirilebileceği belirtilmiştir. Maddenin bu açık hükmüne rağmen, bu düzenlemenin sadece önceden, çok sayıda sözleşmeye uygulanmak üzere hazırlanan standart sözleşmelere tatbik edilebileceğinin ifade edilmesi, tüketicilerin aleyhine olarak hükmün uygulama alanını daraltıcı bir etki oluşturacaktır. Ortada herhangi bir standart sözleşme olmaksızın bireysel sözleşme ile kurulan bir hukuki ilişkiye dahi, şartları gerçekleşmişse 6. madde hükümleri uygulanabilmelidir. Elbette, tüketicilerin taraf olduğu bir hukuki ilişki, standart sözleşme yapılmak suretiyle kurulmuşsa, bu tip bir sözleşmedeki haksız şartlara da madde hükmünün uygulanması evleviyetle mümkün olacaktır. Ama 6. madde hükmünü sadece standart sözleşmeler ile sınırlandırmak doğru değildir. Madde başlığının “*Sözleşmedeki Haksız Şartlar*” olarak belirlenmesi de bu düşünceyi teyit eder niteliktedir. Madde başlığının bu şekilde seçilmesi, kanun koyucunun sadece standart şartları değil, sözleşmeye tüketicinin aleyhine tek taraflı olarak konulan şartları da geçersiz kılmak istediğini göstermektedir. Yine m.6/3’de, “*Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir.*” denilerek, maddenin bireysel sözleşmeleri de içerecek şekilde düzenlendiği, ancak bir standart sözleşmenin varlığı halinde, tüketicinin bu sözleşmenin içeriğine müdahale edemediğine, dolayısıyla da bu şartların tek taraflı olarak sözleşmeye dâhil edildiğine ilişkin bir karine ortaya koyduğu da açıkça görülmektedir<sup>26</sup>.

Sözleşmedeki şartların, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olma unsuru, bu şartların içeriğinin denetlenmesi ihtiyacını da beraberinde getirmektedir. Bu denetimin idari veya yargısal yolla yapılması mümkündür. İdari denetimle alakalı olarak sadece sigorta sözleşmelerine ilişkin genel işlem şartlarının Bakanlık tarafından denetlenmesi zorunluluğu getirilmiştir (TTK m.1266). Ancak bu düzenleme sadece sigorta sözleşmelerine ilişkin özel bir düzenlemedir. Mevzuatımızda da bu anlamda genel işlem şartlarının önceden denetlenmesini öngören zorunlu izin sistemi veya tescil sistemlerinden birisinin

<sup>26</sup> ULUSAN, İlhan, “Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi”, İKU Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1-2, 2004, s.36.

düzenlenmesinin en uygun çözüm olduğu söylenebilir<sup>27</sup>. Bu şekilde henüz genel işlem şartları geçerlik kazanmadan yapılacak bir denetim mekanizması mahkemelerin iş yükünü azaltacaktır. 6. maddenin son fıkrasında, Bakanlığın tüketici sözleşmelerindeki haksız şartların tespit edilmesine ilişkin bir yönetmelik çıkarmasını düzenlemektedir. Bakanlığın bu amaçla çıkardığı Yönetmelik'te<sup>28</sup> de önceden izin veya tescil sistemini öngören bir düzenleme getirilmemiştir<sup>29</sup>. Yönetmelik haksız şartların değerlendirilmesinde mahkemelerin dikkate alması gereken ve bir yönüyle de yol gösteren esasları belirlemiştir. Yönetmeliğin 6. maddesinde değerlendirmede dikkate alınması gereken genel esaslar belirlenmiştir. Buna göre öncelikle sözleşme metninin açık ve anlaşılır bir dille yazılıp yazılmadığına bakılacaktır<sup>30</sup>. Sözleşmenin tüketici tarafından rahatlıkla okunup

27 ZEVKLİLER, s. 162.

28 "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik", RG, 13.06.2003, S. 25137.

29 Bununla beraber TKHK'nun 26. maddesinde, haksız şartlara hakkındaki yönetmeliğe bir aykırılık tespit edilmesi durumunda, ortaya çıkan idari para cezasının Bakanlık tarafından uygulanacağı ifade edilmiştir (m.26/1). Bu yönüyle Bakanlığın da bir idari denetim yetkisinin olduğu söylenebilir. Ancak bu denetim genel işlem şartlarının uygulanması sırasında fark edilen bir uygunsuzluk halinde olabilecektir. Yani genel işlem şartlarının uygulanabilmesi için önceden Bakanlığın izin vermesi gibi bir durum söz konusu değildir. Ayrıca bu Bakanlığın sözleşmede tespit ettiği haksız şartı iptal etme gibi bir yetkisi yoktur. Sadece haksız şarttan dolayı bir idari para cezası tahakkuk ettirme imkanı söz konusudur. Verilen bu idari para cezasına karşı da en geç yedi gün içinde idare mahkemesinde itiraz edilebilecektir (m.26/3).

30 Yargıtay'ın son zamanlarda, kredi kartı üyelik ücretlerine ilişkin vermiş olduğu kararda da genel işlem şartları ile ilgili şekli şartlara vurgu yapılmıştır. Davaya konu olayda, Zonguldak Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'nin bir banka tarafından haksız yere kredi kartı üyelik ücreti alındığına ilişkin yapılan bir başvurunun kabulüne ve hesabından kesilen yıllık kredi kartı üyelik ücretinin iadesine dair kararının itirazın incelendiği Zonguldak 1. Asliye Hukuk Mahkemesi (Tüketici Mahkemesi sıfatıyla)'nin anılan hakem heyetinin kararını iptal eden kesin nitelikteki kararının Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca kanun yararına temyiz edildiği anlaşılmaktadır. "...Taraflar arasındaki uyumsuzluk yasal düzenlemelere ve aralarındaki sözleşme hükümlerine göre bankanın kredi kartı kullanıcılarından kullanım karşılığı yıllık ücret isteyip, isteyemeyeceği hususunda toplanmaktadır ...", "...sözleşmenin davacı banka tarafından matbu, standart olarak hazırlanıp boş olan kısımların rakam, isim ve adresler yazılarak doldurulduğu, sözleşmenin on iki punto koyu siyah harflerle düzenlenmediği görülmektedir. Davacı, tüketici aleyhine olan ve tüketiciyi kart kullanımı ücreti adı altında bir külfete sokan

anlaşılabilmesi için 12 punto koyu siyah harfle yazılması gereklidir (TKHK m. 6/6). Ancak bu eksiklik sözleşmenin geçerliğine tesir etmeyecektir. Fakat satıcı ve sağlayıcının bu eksikliği derhal gidermesi gereklidir. Görüldüğü gibi sözleşmenin yazımında öngörülen şekil emredici nitelikte değildir. Buna göre, sözleşmenin bu şekle uyulmadan yapılmaması, basit yazım hatası olarak kabul edilecek ve derhal düzeltilenektir. Bunun düzeltilmemesi halinde idari para cezası uygulanacaktır (TKHK m. 25/2).

Sözleşmenin değerlendirilmesi sırasında mal ve hizmetin niteliği ile beraber sözleşmenin yapılmasını sağlayan şartlar ve varsa onun bağlı olduğu sözleşme şartları da dikkate alınacaktır. Ancak mal ve hizmetin gerçek değeri ile fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamayacaktır. Eğer sözleşmede yer alan bir şartın ne anlama geldiği yapılacak yorumla anlaşılıyorsa tüketici lehine olan yorum tercih edilecektir (*contra preferentum rule*)<sup>31</sup>.

Yukarıda da ifade edildiği gibi bir standart sözleşmenin varlığı halinde, bu sözleşmede yer alan şartların tüketici ile müzakere edildiğini ispat yükü satıcı veya sağlayıcı da olacaktır (TKHK m. 6/5 Yön. m. 5/3). Dolayısıyla bir standart sözleşmenin varlığı halinde kural olarak buradaki şartların tüketici ile müzakere edilmediği kabul edilmiştir. TKHK m.6/3'te bu husus "Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir." şeklinde ifade edilmiştir. Ancak bu ifade yukarıda belirttiğimiz manayı tam olarak vermemektedir. Bunun yerine düzenlemenin amacına uygun olarak "Eğer bir sözleşme şartı standart sözleşme içerisinde yer almışsa, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir" şeklindeki bir ifade tarzının daha doğru olacağını düşünmekteyiz. Burada standart bir sözleşmenin varlığı haline ilişkin olarak bir karine ortaya konulmak istenmiştir. Her ne kadar AB direktifinde aynı ifade geçiyor olsa da<sup>32</sup> (Direktif m.3/2), bize

---

*sözleşme hükmünün tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırıldığını iddia ve ispat edememiştir. Böyle olunca sözleşmedeki kredi kartı üyelik ücreti alınacağına dair hükmün açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla davacı bankanın bu sözleşme hükmüne dayalı olarak kredi kartı kullanıcısı davalıdan ücret istemesi olanaklı değildir." Bkz. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)*

31 Aynı prensip UP m.4.6 ve BGB §305c'de de ifade edilmiş, ayrıca BKT'nın 23. maddesinde de bu prensibe yer verilmiştir.

32 Direktif'te geçen İngilizce orjinal ifade şu şekildedir:

göre, eğer bir standart sözleşme varsa buradaki şartlar tüketici ile müzakere edilmemiş sayılacaktır. Satıcı veya sağlayıcı bunun aksini yani sözleşmedeki standart bir şartın münferiden tartışıldığını iddia ediyorsa bunu ispat etmek zorundadır.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi 6. madde hükmü sadece standart sözleşmelerdeki haksız şartlara ilişkin bir düzenleme getirmemektedir. Aksine standart sözleşmeleri de içine alan ve bu tip şartlara ilişkin tüketiciyi koruyucu ilave hükümler getirmekle beraber, esas itibarıyla sözleşmedeki tüketiciyle önceden müzakere edilmemiş bütün haksız şartları geçersiz kılan bir düzenlemedir. Maddede ayrıca, standart sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olmasının sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemeyeceği belirtilmiştir (m. 6/4). Yani standart sözleşmenin sadece bir bölümünün tüketiciyle müzakere edilmiş olması sözleşmeyi tümünden bireysel sözleşme haline getirmeyecek ve dolayısıyla da tüketici standart sözleşmelere ilişkin müzakere edilmemiş olma hakkındaki karineden sözleşmenin kalan kısmı için istifade edebilecektir.

Yönetmeliğin 8. maddesinde menfaati olan gerçek veya tüzel kişilerin standart şartlardaki haksız şartların kullanılmasının önlenmesi için dava açabilecekleri belirtilmiştir<sup>33</sup>. Bu yönüyle idari denetim değil yargısal denetimin mevzu-

---

“A term shall always be regarded as not individually negotiated where it has been drafted in advance and the consumer has therefore not been able to influence the substance of the term, particularly in the context of a pre-formulated standard contract.” Bu ifadenin tarafımızca yapılan Türkçe’ye çevirisi şu şekildedir: “Bir sözleşme şartı, önceden hazırlanmış, özellikle önceden hazırlanmış standart sözleşme içerisinde yer alması nedeniyle tüketici bu şartın içeriğine etki edememişse, tüketiciyle müzakere edilmemiş sayılacaktır.”

<sup>33</sup> Ancak sözleşme özgürlüğüne sınırlandırma getiren bir düzenlemenin yönetmelikle yapılması, kanun yapma tekniği açısından doğru olmamıştır. Bkz. ZEVKLİLER, s. 162. TKHK’da kapsamlı bir değişiklik yapılması planlanmaktadır. Bu değişiklikte standart sözleşmelerdeki haksız şartların sözleşme metinlerinden çıkarılması ve değiştirilmesi için, Bakanlık ve tüketici örgütlerine de dava açma yetkisi verilmektedir. Taslakta TKHK m.6’ya ilave edilmesi teklif edilen metin şu şekildedir: “Bakanlık ve tüketici örgütleri genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların, bu standart sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının tavsiye edilmesinin önlenmesi için dava açabilir. Bu hallerde mahkeme, durdurma için gerekli tedbirlere hükmeder. Bu davalarda, müteşebbis sözleşme şartının tüketici lehine olduğunu ileri sürse bile tüketici lehine yorum yöntemi uygulanmaz”bkz. [www.tobb.org.tr](http://www.tobb.org.tr)

tımızda düzenlendiğini söyleyebiliriz<sup>34</sup>. Ayrıca Yönetmelik Ek'inde haksız şart olarak kabul edilecek sözleşme şartları örnek olarak sayılmıştır. Denetimin hangi esaslara göre yapılacağını ve hangi şartların haksız sayılacağını açık bir şekilde belirlenmesi isabetli olmuştur. Gerçekten bu denetimin, sadece genel bir hukuk prensibi olan “dürüstlük kuralı” çerçevesinde yapılması özel düzenlemenin amacına uygun değildir. Çünkü herhangi bir esas olmadan sözleşmelerin mahkemelerce, genel hüküm niteliğindeki dürüstlük kuralına göre yorumlanması bir geriye gidiş niteliğinde olacak ve özel düzenlemenin amacına aykırı düşecektir. O yüzden mevzuatımızda, Alman hukukunda (§308-309 BGB) ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlara İlişkin Direktif ekinde olduğu gibi, hangi hallerin haksız şart olduğunun örnek olarak sayılması faydalı olmuştur<sup>35</sup>. Haksız şart

34 HAVUTÇU, Ayşe, İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir, 2003, s.153vd.

35 HAVUTÇU, s. 64vd; ÖZ, s. 133; ZEVKLİLER, s. 165. Yönetmeliğin 5. maddesine ek olarak belirlenen örnek haksız şartlar şunlardır:

“a) Aşağıda yer alan sonuçları hedefleyen veya bu sonuçları doğuran şartlar haksız şarttır.

1) Tüketicinin, satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin yapma veya yapmama şeklinde bir fiili sonucu hayatını kaybetmesi veya maddi zarara uğraması halinde, satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan şartlar,

2) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden birisini kısmen veya tamamen ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi halinde, tüketicinin satıcı, sağlayıcı veya kredi verene veya bir üçüncü şahsa yöneltebileceği taleplerini, herhangi bir alacağını satıcı, sağlayıcı veya kredi verene karşı var olan bir borcuyla takas etme hakkı dahil, bertaraf eden ya da ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar,

3) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin, sadece kendisi tarafından belirlenen koşullarda edimini ifa edeceği, buna karşılık tüketicinin her halde ifa ile yükümlü tutulduğu şartlar,

4) Tüketicinin sözleşmeyi kurmaktan veya ifa etmekten vazgeçmesi hallerinde satıcı, sağlayıcı veya kredi verene, tüketicinin kendisine ödediği bedeli muhafaza etme hakkı tanıyan, ancak satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin aynı türden davranışları için tüketiciye benzer bir tazminat hakkı tanımayan şartlar,

5)Yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüketiciyi, ölçüsüz derecede yüksek bir tazminatla mükellef kılan şartlar,

6) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verene sözleşmeyi özgürce fesh etme hakkı tanıyan, ancak tüketiciye aynı hakkı vermeyen şartlar ile, satıcı, sağlayıcı veya kredi verene fesih hakkını

kullanmasına rağmen, henüz ifa etmediği edimler karşılığı almış olduklarını muhafaza etme hakkı veren şartlar,

7) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verene haklı sebeplerin varlığı dışında süresiz bir sözleşmeyi her hangi bir uyarıda bulunmaksızın fesh etme hakkı tanıyan şartlar,

8) Süreli bir sözleşmenin, tüketicinin aksine bir beyanı olmaması halinde kendiliğinden uzatılmış sayılacağını öngören ve tüketicinin sözleşmeyi uzatmama yönündeki iradesini beyan etmesi için sözleşmenin sona ereceği tarihten aşırı derecede uzak bir tarih saptayan şartlar,

9) Tüketicinin, sözleşmenin kurulmasından önce fiilen bilgi sahibi olamayacağı sözleşme şartlarını, aksi ispat edilemeyecek şekilde kabul ettiğini gösteren şartlar,

10) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sözleşme şartlarını tek taraflı olarak ve sözleşmede belirlenmiş olan önemli sebeplerden bir olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar,

11) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin, teslim edilecek olan malın veya ifa edilecek olan hizmetin niteliklerini tek taraflı olarak ve haklı bir sebep olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar,

12) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin, semeni, ifa anında tespit edeceğini veya yükseltebileceğini öngören ve tüketiciye nihai fiyatın, sözleşmenin kurulması anında tespit edilen fiyata nazaran çok yüksek olması halinde sözleşmeden dönme hakkı tanımayan şartlar,

13) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verene, teslim edilen malın veya ifa edilen hizmetin sözleşme koşullarına uygun olup olmadığını tespit etme hakkı veya bir sözleşme şartının nasıl yorumlanacağı konusunda münhasır yetki veren şartlar,

14) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin temsilcileri tarafından üstlenilen sorumlulukları yerine getirme yükümlülüğünü sınırlandıran veya bu yükümlülüğü belli bir şekil şartına uyulmuş olmasına bağlayan şartlar,

15) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin yükümlülüklerini yerine getirmemesine rağmen tüketicinin bütün yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda olduğuna ilişkin şartlar,

16) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verene, tüketici açısından teminatların azalması sonucunu doğuracak olmasına rağmen, tüketicinin onayını almadan, sözleşme ilişkisini devretme hakkı veren şartlar,

17) Tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkanını ortadan kaldıran veya sınırlandıran, özellikle onun hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngören, gösterebileceği delilleri ölçüsüz derecede sınırlandıran veya mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini ona yükleyen şartlar.

b) (7), (10) ve (12 nci) alt bentlerin uygulama alanı

sayılan bu haller sınırlayıcı değil, yol gösterici mahiyettedir (Yön. m. 5/son). Dolayısıyla hakim önüne gelen sözleşmedeki hükümlerin, öncelikle Yönetmelik Ek'inde belirtilen haksız şartlar arasında sayılıp sayılmadığına bakacak; eğer burada düzenlenmeyen bir şart söz konusu ise bunu yine dürüstlük kuralı prensibi çerçevesinde değerlendirerek haksız şart olup olmadığına karar verecektir.

TKHK m.6/2'de, haksız şartların tüketici için bağlayıcı olmayacağı belirtilmiştir. Buradaki ifadenin lafzi yorumundan, sözleşmedeki haksız şartlara tek taraflı bağlamazlık yaptırımının uygulanacağı şeklinde bir anlam çıkmaktadır. Maddenin bu hükmünün de yine Direktif'in 6. maddesinden yola çıkılarak yazıldığı anlaşılmaktadır. Direktif'in bu maddesinde, üye ülkelere, milli hukuk mevzuatlarında, tüketicilerle müzakere edilmeden sözleşmeye konulan haksız şartların, tüketicileri bağlamayacağı ile alakalı düzenleme yapma mecburiyeti getirilmiş ayrıca, haksız şartların olmaması halinde sözleşmenin kalan kısmı geçerliliğini sürdürebilecekse, sözleşme diğer hükümleri ile tarafları bağlayacağı düzenlenmiştir<sup>36</sup>. Buna göre Direktif'in asıl gayesinin üye ülkelerin kendi iç

1) (7 nci alt bent,) finans hizmetleri ifa edenlere süresiz bir sözleşmeyi tek taraflı ve önemli bir sebebin varlığı halinde süre vermeksizin feshetme hakkını tanıyan şartlara engel değildir, yeter ki sağlayıcının, bu durumdan tüketiciyi derhal haberdar etme yükümlülüğü bulunsun.

2) (10 uncu alt bent,) finans hizmeti ifa edenlere, tüketici tarafından ödenecek veya tüketiciye ödenecek faiz oranlarını veya finans hizmetlerinin diğer bütün masraflarının bedelini haklı sebeplerin varlığı halinde önceden bildirmeksizin değiştirme hakkı veren şartlara engel değildir, yeter ki sağlayıcının, bu durumdan tüketiciyi derhal haberdar etme yükümlülüğü ve tüketicinin sözleşmeyi derhal feshetme hakkı bulunsun.

(10 uncu alt bent ayrıca, meslek sahibine, süresiz bir sözleşmenin hükümlerini tek taraflı olarak değiştirme hakkı tanıyan şartlara engel değildir, yeter ki sağlayıcının bu durumdan tüketiciyi vaktinde haberdar etme yükümlülüğü ve tüketicinin sözleşmeyi feshetme hakkı bulunsun.

3) (7), (10) ve (12nci alt bentler) aşağıdaki işlemlere uygulanmazlar:

-Fiyatı borsa kotasyonuna veya endeksine veya sermaye piyasasındaki kur oynamalarına bağlı olarak, sağlayıcının müdahalesi olmaksızın değişebilen menkul kıymet, finansal araç veya diğer mal ve hizmetlere ilişkin işlemlere

-Yabancı paranın alımına veya satımına, yabancı para değeri üzerinden seyahat çekleri veya milletlerarası posta havalelerine.

4) (12 nci alt bent,) hukuka uygun olmaları ve fiyat değişikliği yönteminin içinde açıkça tanımlanmış olması koşuluyla fiyat endeksi şartlarına engel değildir.”

<sup>36</sup> Maddenin İngilizce orijinal metni için bkz. [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)

hukuk mevzuatlarında tüketicileri koruyucu şekilde bir geçersizlik yaptırımını uygulamasını emretmek olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü bu hükümler olmadan sözleşmenin diğer kısımlarının geçerliğini sürdürebilme imkanının varlığı halinde sözleşme kalan hükümleri ile varlığını devam ettirecektir. Bu husus muhteva itibariyle Direktif'in amacına uygun ve yerinde bir düzenlemedir. Ancak bu düzenlemenin yönetmelikle yapılması kanun yapma tekniği açısından yanlıştır. Yönetmeliğin 7. maddesinde haksız şartların batıl olduğu ve bu hükümler olmadan sözleşme ayakta tutulabiliyorsa sözleşmenin kalan hükümleriyle geçerliğini sürdürdüğü ifade edilmiştir. Yönetmeliğin bu maddesinin, yapılacak bir değişiklikte TKHK 6/2 yerini alması kanun tekniği açısından ve Direktif hükmünün amacına uygunluk açısından daha doğru olacaktır<sup>37</sup>.

Burada sözleşmedeki (standart veya bireysel sözleşme), tüketici aleyhine bir takım sonuçlar doğurabilecek şartların tüketici ile müzakere edilerek sözleşmeye konulması halinde bunların haksız olduğunun iddia edilip edilemeyeceği sorunu ortaya çıkacaktır. Özellikle Yönetmelik Ek'inde haksız şart olarak sayılan durumlardan birisini tarafların müzakere ederek sözleşmeye koydukları ispatlanırsa, bu sözleşme şartları haksız şart olarak kabul edilerek butlan yaptırımının sonuçlarına tabi olacak mıdır? Yani Yönetmelik Ek'inde sayılan bu şartlar mutlak emredici hükümler olarak kabul edilerek taraflarca sözleşme şartı olarak kabul edilemeyecek midir? Hakim sözleşmede bu şartları gördüğünde, taraflarca müzakere edilip edilmediğine bakmaksızın kendiliğinden bu şartları geçersiz kılabilir mi?

Bilindiği gibi eğer bir hukuki işlem butlan sebebiyle geçersiz ise, taraflar kendi iradeleri ile dahi bu işlemi geçerli hale getiremeyeceklerdir. İşlem baştan itibaren geçersiz sayılacak ve tarafların itirazına gerek kalmaksızın, hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınacaktır. Buna göre eğer sözleşmedeki şartlar haksız şart olarak kabul edilirse tarafların bu şartları kendi iradeleri ile geçerli hale getirebilme imkanları olmayacaktır. Bu şartlar sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren sözleşmeye hiç konulmamış sayılacaktır. Ancak burada öncelikle bir şartın haksız şart olarak kabul edilebilmesi için gerekli olan unsurların bir arada bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi haksız şartın birinci unsuru önceden, tek taraflı olarak satıcı veya sağlayıcı tarafından tüketiciyle müzakere etmeksizin sözleşmeye konulması, ikinci unsuru ise taraf-

<sup>37</sup> TKHK m.6'da getirilen yaptırımın butlan olarak kabul edilmesi gerektiği hakkında bkz. ULUSAN, s. 36

ların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinin, sözleşmede yer alan bu şartlarla dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde tüketici aleyhine dengesizlik oluşturmasıdır. Buna göre eğer bir şartın tüketici ile müzakere edilerek sözleşmeye konulduğu satıcı veya sağlayıcı tarafından ispatlanabilirse haksız şartın iki unsurundan birisi gerçekleşmemiş olacak ve dolayısıyla bu şart dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde tüketici aleyhine dengesizlik oluştursa dahi haksız şart olarak kabul edilemeyecektir. Çünkü bizzat dürüstlük kuralına aykırı olmak haksız şartın varlığı için yeterli değildir. Burada dürüstlük kuralının özel bir düzenlemesi söz konusu olduğu için, bize göre, MK. m.2’de düzenlenen genel anlamdaki dürüstlük kuralının uygulanarak tüketici aleyhine dengesizlik oluşturan bir şartın geçersizliği ileri sürülemeyecektir (*lex specialis*). Ayrıca Yönetmelik Ek’inde sayılan şartların örnek olarak yol gösterici mahiyette olduğunun ifade edilmesi de bunların emredici olmadığı şeklinde yorumlanmasına da müsaittir.

### III. TÜRK BORÇLAR KANUNU TASARISINDAKİ DÜZENLEME

Görüldüğü gibi mevcut Türk Hukuk mevzuatında, genel işlem şartlarındaki haksız şartlara ilişkin bütün sözleşmelere uygulanabilecek genel bir düzenleme söz konusu değildir. Bu konudaki hükümler sigortalanan, taşınan veya tüketici gibi, sözleşmenin zayıf tarafını koruma düşüncesiyle mevzuatımıza dahil edilmiş özel düzenlemelerdir. Halbuki günümüz ticari hayatında, karşı tarafın tüketici, sigortalanan veya taşınan gibi zayıf durumda olmadığı birçok sözleşmede de genel işlem şartları sözleşmenin bizzat kendisi veya bir kısmı olarak kullanılmaktadır. Bir mal veya hizmeti ticari gayelerle satın alan bir kişinin de önceden tek taraflı olarak hazırlanmış genel işlem şartları ile karşılaşması ve böyle bir sözleşmeyi yapmak zorunda kalması söz konusu olabilecektir. Özellikle tekel durumunda olan bazı işletmelerin sunmuş olduğu bir takım mal ve hizmetlerin (elektrik, su, gaz gibi imtiyaz şeklinde icra edilen bir takım hizmetlerde olduğu gibi) tacirler tarafından, üretim yapabilmeleri için elde edilme ve bir üretim girdisi olarak kullanılma mecburiyeti ortaya çıkabilmektedir<sup>38</sup>. Bu tip mal ve hizmetleri sunan kişiler de karşı tarafın kendilerine duydukları ihtiyacı bir yönüyle kötüye kullanarak önceden standart sözleşmeler hazırlamakta ve bu sözleşmelere kendilerini dürüstlük kuralına aykırı şekilde üstün duruma getirecek bir takım şartlar koymaktadırlar. Ticari ahlak, teamül ve dürüstlük kuralları ile bağdaşmayan bu tip şartların da hukuk düzeni tarafından geçersiz sayılması ticari hayatın

<sup>38</sup> ATAMER, s. 11

devam ve istikrarı için gereklidir. Bu tip şartlar yukarıda gördüğümüz gibi dürüstlük kuralı, gabin, ahlaka aykırılık gibi bir takım genel hükümlerle geçersiz kılınabilecek olsa da, mahkemelerin bu hükümleri, sözleşme özgürlüğü prensibini sınırlayacak şekilde uygulaması çoğu zaman mümkün olmamaktadır. Çünkü ortada taraflarca imzalanmış bir sözleşme vardır ve hakimlerin sözleşme özgürlüğünü yorum yöntemiyle sınırlamaları söz konusu olacaktır. Mal ve hizmeti talep eden kişinin tacir sıfatına sahip olması halinde ise, sözleşmenin taraf menfaatleri açısından (*equilibrium of contract*) değerlendirilmesinde dürüstlük kuralının tatbiki çok sınırlı olacak veya gabin gibi bir takım hükümlerin uygulanması imkansız hale gelecektir<sup>39</sup>. Dolayısıyla genel işlem şartlarının söz konusu olduğu her türlü sözleşmeye uygulanabilecek özel bir düzenlemenin yapılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu ihtiyaçtan yola çıkılarak BKT 20-25. maddelerinde genel işlem şartları düzenlenmiştir. Bu maddeler “Sözleşmelerin Yorumu, Muvazaalı İşlemler” başlıklı 19.maddesinden sonra yer almıştır. Bunun yerine kanunun sistematigi açısından “Sözleşmenin İçeriği” başlıklı 26-29. maddelerden sonra düzenlenmesi daha uygun olacaktır<sup>40</sup>. BKT m. 20’de, Alman hukukundaki tanıma çok benzer bir şekilde<sup>41</sup>, genel işlem şartlarının (*Allgemeine Geschäftsbedingungen §305*), “bir sözleşme yapılırken düzenleyenin ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlaya-

39 Türk Hukuk doktrininde tacirin basiretli davranma yükümlülüğünün bir gereği olarak, tecrübesizlik nedeniyle gabine maruz kalması mümkün görülmemektedir. Fakat uluslar arası ticari sözleşmelere uygulanmak üzere hazırlanan UP’nde ise bu düşünceye zıt bir düzenleme yapıldığı görülmektedir. Gerçekten UP m. 3.10(b)’de gabin sebepleri arasında tedbirsizlik (*improvidence*), bilgisizlik (*ignorance*), tecrübesizlik (*inexperience*), pazarlık kabiliyetinin olmaması (*lack of bargaining skills*) gibi sebepler de sayılmış ve bu sebeplerin varlığı halinde de sözleşmenin gabin sebebiyle iptal edilebileceği düzenlenmiştir. Bkz. **UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004**, Rome, 2004, s. 106.

40 ALTOP, Atilla, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi”, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı, İstanbul, 2007, s.149.

41 Genel işlem şartları hakkındaki farklı ülkelerin hukuki düzenlemeleri için bkz. ÖZ, Turgut, “Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları”, İKU Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S1, 2004, s. 131-132.

rak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri” olduğu ifade edilmiştir<sup>42</sup>.

### 1. Uygulama Şartları

#### a. Genel İşlem Şartının Varlığı

Burada öncelikle dikkat çeken husus, TKHK’ndan farklı olarak, bireysel sözleşmeleri de içerecek şekilde sözleşmeye taraflardan birisi tarafından tek taraflı olarak konulan her türlü haksız şartın değil, madde başlığından da anlaşılacağı gibi, genel işlem şartı şeklinde önceden, çok sayıdaki benzer sözleşmeye uygulanmak üzere hazırlanan sözleşme hükümlerinin geçersiz kılınmasının hedeflenmiş olmasıdır. Bize göre tüketici sözleşmelerinin dışındaki, her türlü sözleşmeye uygulanmak üzere düzenlenen hükümlerin bu şekilde olması isabetlidir. Gerçekten, tüketici kendisine nazaran daha üstün durumda olan satıcı ve sağlayıcıyla bireysel sözleşme de yapabilecek ve bu tip bir sözleşmede de tüketici aleyhine haksız şartlar olabilecektir. Bu nitelikteki bir bireysel sözleşmede de taraf dengesi açısından tüketicinin kanunla korunması kamu düzeninin gereğidir<sup>43</sup>. Ancak tüketici sözleşmelerinin dışında kalan sözleşmelerde, sözleşmenin taraflarından birisi tüketici kadar zayıf ve dolayısıyla da taraf dengesi açısından tüketici kadar korunmaya değer değildir. Hatta çoğu zaman tacirler arasında yapılan ticari nitelikteki sözleşmelerdir. Dolayısıyla tüketicilerin taraf olduğu sözleşmelerin dışında kalan bireysel nitelikteki bir sözleşmede taraf dengesi açısından genel hükümlerin uygulanması daha uygun olacaktır. Ancak, önceden tek taraflı olarak, emsal sözleşmelere uygulanmak üzere hazırlanan genel işlem şartlarının varlığı halinde ise her ne kadar taraflardan birisi tüketici kadar zayıf durumda olmasa da bir tarafın diğer taraf aleyhine dürüstlük kuralına aykırı bir üstünlük oluşturması mümkündür ve özel bir düzenleme yapılması hukuki güvenlik açısından gereklidir.

Görüldüğü gibi BKT düzenlemesine göre, bir sözleşme şartının haksız şart olarak kabul edilebilmesi için öncelikle bunun genel işlem şartı niteliğinde olması gereklidir. Bireysel sözleşmelere ise bu hükümler uygulanamayacaktır. Alman Medeni Kanunu ve UP’de de, BKT’nda olduğu gibi genel işlem şartları tanımlanarak, bu kapsamda haksız şartların tespitine yönelik bir düzenleme geti-

<sup>42</sup> Benzer bir tanım için BGB §305, bkz. HAVUTÇU, s.55vd; Uluslararası ticari sözleşmelere uygulanmak için hazırlanan UNIDROIT Prensipleri’nin 2.1.19(2). maddesinde de aynı manayı içeren bir tanıma yer verilmiştir. UNIDROIT, s.66.

<sup>43</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.73, ATAMER, Sözleşme, s. 184-185.

rilmiştir. Bu düzenlemelere göre genel işlem şartlarının önceden tek yanlı olarak, karşı tarafla müzakere edilmeden belirlenmesi ve çok sayıda sözleşme için önceden hazırlanması gereklidir.

Avrupa Borçlar Hukuku Prensipleri (ABHP)'nde, yukarıdaki düzenlemelerden farklı olarak genel işlem şartları kavramı çerçevesinde bir düzenleme getirilmemiştir<sup>44</sup>. ABHP'nde getirilen düzenlemede, bu şartların daha sonra yapılması planlanan çok sayıda sözleşmeye uygulanmak üzere hazırlanmış standart şartlar olma şartını aramamakta, bunun yerine bu şartların önceden müzakere edilip edilmediğine ve dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığına bakılmaktadır. Yani bu şartlar tek bir sözleşmede uygulanmış olsa hatta sadece tek bir sözleşme için hazırlanmış olsa da sonuç değişmeyecektir. Bu düzenlemeye göre, önemli olan bu şartların benzer nitelikli ilişkilere uygulanmak üzere önceden hazırlanmış olup olmaması değil, bu şartların müzakere edilmeksizin tek taraflı olarak sözleşmeye konulması ve dürüstlük kuralına göre bir taraf için aşırı bir dengesizlik oluşturmasıdır. Yapılması gereken bu nitelikteki şartların dürüstlük kuralı çerçevesinde yorumlanmasıdır. Yorum yapılırken o iş çevresindeki anlayış dikkate alınarak şartların dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı tespit edilmelidir. Taraflardan birisinin tüketici veya tacir olmasının bu konuda bir önemi yoktur. Sözleşmenin diğer tarafının bu şartları öğrenmesi için gerekli olan her şeyi yaptığını ispat yükü, bu şartları tek taraflı olarak hazırlayan tarafa ait olmalıdır. Bu açıdan ABHP hükümlerinin TKHK'a yakın bir anlayışla hazırlandığı söylenebilir.

Tasarıda, sözleşmeyi önceden tek taraflı olarak hazırlayan tarafın, kanunun

<sup>44</sup> ABHP'nde, sözleşmenin diğer tarafı ile görüşülmeden sözleşmeye konulan şartları (Terms not Individually Negotiated) sözleşmenin kurulması ile alakalı ikinci bölüm (formation m.2:104) ile sözleşmenin geçerliliği ile alakalı dördüncü bölümde birer madde olarak düzenlemiştir (Unfair Terms not Individually Negotiated m. 4:110).

Bu maddelere göre, tarafların müzakere etmedikleri bir sözleşme şartı, bu şartı sözleşmeye koyan tarafça diğer tarafın bu şartları öğrenmesi için gerekli olan adımları atmış olmaması halinde, sözleşme taraflarca imzalanmış olsa bile geçerli olarak kabul edilmeyecektir (m. 2:104). Tarafların önceden hazırlanmış bu şartlara sözleşmeyle atf yapılmış olması da sonucu değiştirmeyecektir. Bu şartların geçersiz sayılması için ayrıca, iyiniyet ve dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde taraflardan birisi aleyhine önemli bir dengesizlik oluşturması şartı da aranmaktadır. Dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde tarafların hak ve borçlarındaki dengesizliğin tespitinde, sözleşmeyle kararlaştırılan borcun ifasının niteliği, sözleşmenin diğer hükümleri ve sözleşmenin imzalandığı sıradaki durumun dikkate alınması gerektiği de belirtilmiştir (m. 4:104(1)).

emredici nitelikteki hükümlerinin uygulanmasını önlemek amacıyla başvurabileceği bir takım sözleşme yazım tekniklerinin de, genel işlem şartı olma özelliğine etki etmeyeceği de ifade edilmiştir. Buna göre, genel işlem şartlarının sözleşme metninde yer alması veya sözleşme eki olarak hazırlanmış olması, ya da kapsamı, yazı türü ve şekil farklılığı, bu şartların niteliğini değiştirmeyecektir (m.20). Dolayısıyla genel işlem şartlarının karşı tarafa sunulmuş şeklinin önemli olmadığı ifade edilmiş olmaktadır<sup>45</sup>. Yine genel işlem şartlarını düzenleyen tarafın, aynı sözleşme konusu için farklı metinler hazırlaması ve bu şekilde mevcut metnin tip sözleşme olma özelliğini kaldırmaya çalışmasının da, genel işlem şartlarının bu niteliğini değiştirmeyeceği aynı maddenin ikinci fıkrasında ifade edilmiştir. Mesela, delil sözleşmelerine ilişkin bir genel işlem şartının bu sözleşmenin bir türünde asıl metne alınması, bir başka sözleşmede sözleşmenin ekinde yer alması veya yerlerinin değiştirilmiş olması, genel işlem şartlarına ilişkin emredici hükümlerin uygulanmasını değiştirmeyecektir<sup>46</sup>. Uygulamada, tip sözleşme niteliğindeki sözleşmelerde, bunları bireysel sözleşme olarak yapılmış gibi göstermek gayesiyle, sözleşme şartlarının tek, tek müzakere edilip, okunarak imzalandığına ilişkin kayıtlara veya tutanaklara da rastlanmaktadır. Maddenin üçüncü fıkrası, sözleşmeyi düzenleyen tarafın, sözleşme hükümlerinin diğer taraf ile müzakere edildiğini ispatlama amacıyla kullanabileceği bu şekildeki kayıt ve tutanakların emredici hükümlerin tatbikini ortadan kaldırmayacağını düzenlenmiştir. Bu şekliyle kanuna karşı hile yolu, özel bir hükümle kapatılmış olmaktadır. Hazırlayan tarafın, genel işlem şartlarının müzakere edilmiş olduğunu ispat etmesini zorlaştıran bir diğer hüküm ise, şartlı şartların yazılmamış sayılacağına ilişkin m.21/2 hükmüdür. 21. maddenin birinci fıkrasında, karşı tarafın menfaatine aykırı olan genel işlem şartlarının sözleşmenin kapsamına girme şartı olarak, düzenleyenin sözleşmenin yapılması sırasında bu şartların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesini ve karşı tarafın da bu şartları kabul etmesi gerektiğini belirtmiştir. BGB §305c'ye paralel bir düzenleme olan m.21/1 hükmü sözleşmeyi hazırlayan tarafa, şartların müzakere edildiğini ispat imkanı tanımış olmaktadır. Ancak m.21/2 hükmü ile düzenleyen tarafın bu imkanı kötüye kullanması ihtimali de ortadan kaldırılmıştır. Mesela, uygulamada kredi sözleşmelerinde çok sıklıkla yer verilen, kredi kurumunun dilediği anda hiçbir gerekçe gös-

45 Madde gerekçesi için bkz. YAVUZ Cevdet, Borçlar Kanunu (Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, Karşılaştırmalı Liste ile Birlikte), İstanbul, 2006, s.17.

46 YAVUZ, "Türk Hukukunda...", s. 33.

termeksizin kredi ilişkisini sona erdirebileceğine ilişkin hükümler, sözleşmenin niteliğine yabancı şartıcı hüküm olduklarından hiç yazılmamış sayılacaktır<sup>47</sup>.

Maddenin son fıkrasında ise sözleşmeyi düzenleyen tarafın, sunmuş oldukları hizmeti kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen bir izinle yürütmekte olmasının da, genel işlem şartlarına ilişkin hükümlere tabi olma mecburiyetini ortadan kaldırmayacağı ifade edilmiştir. Böylece, sözleşmeyi hazırlayan tarafın kamu tüzel kişisi olması, imtiyaz suretinde verilen bir hizmeti ifa etmesi bir farklılık oluşturmayacaktır.

#### **b. Dürüstlük Kuralına Aykırılık**

BKT 20-25. maddelerinin uygulanabilmesi için gerekli olan bir diğer şart ise, genel işlem şartı olarak düzenlenen sözleşme hükümlerinin, dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde karşı tarafın aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olmasıdır (m.25). Bu düzenleme ile ahlaka aykırılık düzeyinde olmasa bile, doktrinde dürüstlüğe aykırı olarak nitelendirilen davranışların önlenmesi amaçlanmıştır<sup>48</sup>. Genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına uygun olup olmadığı mahkemelerce yapılacak olan içerik denetimi yoluyla tespit edilecektir<sup>49</sup>. TKHK'da olduğu gibi kanun koyucu burada da önceden idari merciler tarafından yapılacak bir denetim sistemi getirmemiştir. Denetim ancak yargı mercilerince yapılabilecektir. BKT'da ayrıca haksız şartlar ile ilgili olarak çıkarılan Yönetmelik'ten ve BGB §§308-309'dan farklı olarak detaylı bir şekilde dürüstlük kuralına aykırı olarak kabul edilebilecek halleri saymamıştır. Dürüstlük kuralına aykırı olarak sadece genel işlem şartlarını düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtların geçersiz olması hali örnek olarak verilmiştir (m.24). Burada düzenleme yasağı getirilen sözleşme şartlarının karşı taraf aleyhine olması halinde geçersizlikleri söz konusu olacaktır. Karşı tarafın lehine düzenleme yetkisi veren şartların geçersizliği söz konusu değildir. BKT m.20'nin gerekçesinde, hangi konudaki hükümlerin genel işlem şartı sayılacağı yönünde bir liste vermek yerine, her türden sözleşme hükmünün genel işlem şartlarının kapsamına girmesi halinde, genel işlem şartı sayılacağı belirtil-

47 ALTOP, s. 153.

48 YAVUZ, "Türk Hukukunda...", s. 39.

49 ATAMER, Sözleşme, s. 146.

miştir<sup>50</sup>. Her ne kadar, hazırlayanın, karşı taraf aleyhine kullanabileceği kanuna karşı hile halleri dikkate alınarak bir düzenleme getirilmiş olması genel işlem şartı olarak kabul edilebilecek sözleşme hükümlerinin içerik denetimine tabi tutulmasına imkan verse de, gerek şaşırtıcı şartların belirlenmesinde ve gerekse dürüstlük kuralına aykırı olan şartların tespitinde, hakimlere yol gösterecek örnek olayların kanunla düzenlenmesinin çok faydalı olacağı açıktır. Aksi halde, özel düzenleme getirilmesinin bir manası kalmamış ve şartların geçersizliğinin tespiti hakimnin takdirine bırakılmış olacaktır<sup>51</sup>. Burada ifade edilmesi gereken bir diğer husus da “Tek Yanlı Değiştirme Yasağı” başlıklı 24. maddenin, m. 25’teki içerik denetiminin somut bir örneği olması nedeniyle, bu maddede yer almasının daha doğru olduğudur<sup>52</sup>.

İçerik denetimi sırasında genel işlem şartlarında yer alan bir hükmün anlamı net bir şekilde anlaşılamiyorsa veya birden fazla anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine olan yorum tercih edilecektir (m.23). BGB §305c/2 hükmünü de uygun olan düzenleme Roma Hukuku’ndan gelen “*in dubio contra stipulatorem*” (sözleşme şüphe halinde düzenleyen aleyhine yorumlanır) ilkesine dayanmaktadır<sup>53</sup>.

## 2.BKT Kapsamındaki Haksız Şartların Geçersizliği

Yukarıda belirtildiği gibi, BKT anlamında bir haksız şartın varlığından söz edebilmek için iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bunlardan birincisi, haksız şartın bir genel işlem şartı olarak ortaya çıkması, diğeri ise, bu tip sözleşme hükümlerinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek şekilde sözleşmenin diğeri tarafının aleyhine olmasıdır. BKT m.21/2’e göre bu unsurlara sahip bir haksız şart, yazılmamış sayılacaktır. Buradaki “yazılmamış sayılma” kavramını butlan şeklinde ortaya çıkan bir geçersizlik olarak anlamak makul olacaktır. Çünkü genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeler emredici niteliktedir ve bu nitelikteki hukuk kurallarına aykırı düzenlemeler butlanla geçersiz sayılacaktır (BK m.19/2; BKT m.27/1). Sözleşmenin bu şekilde geçersiz sayılan genel işlem şartları dışındaki hükümleri geçerliklerini devam ettireceklerdir (BKT m.22/1). BGB §306’da da aynı prensip benimsenmiş, geçersiz sayılan genel işlem şartları

50 YAVUZ, Borçlar Kanunu...,s. 18.

51 ALTOP, s. 155.

52 ALTOP, s. 155.

53 ATAMER, s.24.

nedeniyle sözleşmede oluşan boşluğun ise kanun hükümleriyle doldurulacağı belirtilmiştir. TTK m.1266/son'da da sigorta poliçelerindeki okunamayan genel işlem şartları yerine kanun hükümlerinin uygulanmasına ilişkin olarak aynı prensip benimsenmiştir. BKT m.22/2'de ise, düzenleyen tarafından yazılmamış sayılan genel işlem şartları olmasaydı asıl sözleşmenin yapılmayacağı ve bu sözleşmeyle bağlı olunmayacağı ileri sürülemeyeceği öngörülmüştür. Bu düzenlemeyle, BGB §306/3 hükmünden ayrılmıştır<sup>54</sup>. Bu şekilde BKT m.27/2 hükmünün kıyasen uygulanması önlenmiş bulunmaktadır<sup>55</sup>. Ancak sözleşmenin diğer tarafının m.27/2 hükmünden yararlandırılarak, sözleşmenin geçersiz sayılan hükümlerinin olmaması halinde sözleşmeyi devam ettirmesinin kendisinden beklene-memesi halinde sözleşme tamamen geçersiz sayılabilmesi mümkün olacaktır<sup>56</sup>.

#### DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Görüldüğü gibi bu makalede, TKHK ve BKT'ndaki, haksız şartlara ilişkin düzenlemeler inceleme konusu yapıldı. Bu inceleme neticesinde elde edilen sonuçlar şunlardır:

1. TKHK'daki haksız şartlara ilişkin düzenlemeler tüketicinin taraf olduğu, bireysel veya standart sözleşme şeklinde olsun her türlü sözleşmeye uygulanacaktır. BKT'nda getirilen genel düzenleme ise tüketici sözleşmeleri dışında kalan her türlü sözleşmeye uygulanabilecektir. Ancak bu düzenleme hükümleri, bireysel sözleşmelere değil, genel işlem şartlarının kullanıldığı standart sözleşmelere tatbik edilebilecektir. Haksız şartların varlığına ilişkin içerik denetimi sadece genel işlem şartlarına yapılabilecektir.

2. Haksız şartların varlığının tespitine yönelik olarak TKHK'da sadece yargısal denetimin getirilmesi bize göre bir eksikliktir. Bu sistemin yanında önceden genel işlem şartlarının idari mercilerce incelenmesini temin eden bir izin sisteminin getirilmesinin tüketicilerin standart sözleşmelere karşı daha etkin bir

<sup>54</sup> BGB §306/3'de sözleşmenin bir kısım hükümlerinin geçersiz olması halinde (ortaya çıkan boşluk kanun hükümleriyle doldurulsa dahi), sözleşmeyi hazırlayan tarafın sözleşmeyi bu şekilde devam ettirmesinin kendisinden beklenemeyecek olması halinde sözleşmenin geçersiz sayılacağı düzenlenmiştir.

<sup>55</sup> Tasarının "Kesin Hükümsüzlük" başlıklı bu maddesinde, sözleşmenin bazı hükümlerinin geçersiz kılınması halinde, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşıyorsa sözleşmenin tamamının geçersiz olacağı düzenlenmiştir.

<sup>56</sup> YAVUZ, *Borçlar Kanunu...*,s. 20.

şekilde korunmasını temin edeceğini düşünmekteyiz. Tüketicilerin henüz sahip oldukları hakları çok iyi bilmedikleri ve yeterince aydınlatılmadıkları günümüzde idari bir denetim mekanizmasının oluşturulması sözleşmeyi tek taraflı olarak hazırlayanları daha adil sözleşme şartları hazırlamaya sevk edecektir. TKHK'da bir takım değişiklikler yapılmasını öngören kanun tasarısı taslağında, Bakanlığın ve tüketici örgütlerinin de haksız şartların standart sözleşmelerden çıkartılması için dava açma yetkisi verilmesi önemli bir gelişme olsa da, mahkemelerin iş yoğunluğu ve henüz tüketici mahkemelerinin her yerde kurulamamış olması dikkate alındığında çok da etkin bir koruma getiremeyeceği açıktır.

3. TKHK m.6/3'te "Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir." İfadesinin, düzenlemenin amacına uygun olarak "Eğer bir sözleşme şartı standart sözleşme içerisinde yer almışsa, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir" olarak değiştirilmesinin daha doğru olacağını düşünmekteyiz.

4. Haksız şartlara ilişkin hazırlanan Yönetmelik Ek'inde haksız şartlara örnek olarak sayılan hususların, TKHK kapsamına alınmasının kanun yazım tekniğine daha uygun olacağını düşünmekteyiz. Ayrıca Yönetmeliğin 7. maddesinde haksız şartların batıl olduğu ve bu hükümler olmadan sözleşme ayakta tutulabiliyorsa sözleşmenin kalan hükümleriyle geçerliğini sürdürdüğü ifade edilmiştir. Yönetmeliğin bu maddesinin, yapılacak bir değişiklikle TKHK 6/2 yerini alması kanun tekniği açısından ve Direktif hükmünün amacına uygunluk açısından daha doğru olacaktır.

5. BKT m.20-25 ile haksız şartlara ilişkin düzenleme çok yerinde olmuştur. İçerik olarak genel anlamda yeterli olmakla beraber, BGB §§ 308-309 ve Yönetmelik Ek'indeki gibi sözleşmedeki haksız şartların örnek olarak sayılmasında, hakimlerin dürüstlük kuralına aykırı durumları ve şaşırtıcı şartları tespit edebilmesi açısından büyük fayda olacağını düşünmekteyiz.

#### **KAYNAKÇA**

ARKAN, **Sabih, Ticari İşletme Hukuku**, 5. baskı, Ankara, 1999.

ATAMER, Yeşim, **Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Yolları**, İTO Yayınları, Yayın No: 2001-08, İstanbul, 2001.

ATAMER, M Yeşim, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, İstanbul 2001.

- BAHTİYAR, Mehmet, “Genel İşlem Şartlarına Karşı Tüketicinin Korunması”, Yargıtay Dergisi, S,1-2, 1996.
- BAYKAN, Renan, **Tüketici Hukuku, Mevzuata İlişkin Yorum-Eleştiri-Öneri**, İTO yayınları, No: 2005-41, İstanbul, 2005.
- KÜÇÜKGÜNGÖR Erkan; EMİROĞLU Haluk, “Roma Hukukunda Ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde Laesio Enormis (Gabin)”, AUHFD, C.53, S. 01, Yıl 2004.
- EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2008.
- HAVUTÇU, Ayşe, İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir, 2003.
- KADIOĞLU, Kamil, Gerekçeli Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yargıtay Kararları İlgili Mevzuat, Ankara, 2005.
- KÜÇÜKYALÇIN, Arzu, “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, AÜHFD, C.53, S.4, Yıl, 2004.
- OĞUZMAN Kemal/ ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2005
- ÖZ, Turgut, “Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları”, İKU Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S1, 2004.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1985.
- ULUSAN, İlhan, “Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi”, İKU Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1-2, 2004.
- UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, Rome, 2004
- YAVUZ Cevdet, Borçlar Kanunu (Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, Karşılaştırmalı Liste ile Birlikte), İstanbul, 2006.
- YAVUZ, Cevdet, “Türk Hukukunda Genel İşlem Koşulları ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Bu Yönden Değerlendirilmesi”, Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu, Baku, 2005.
- ZEVKLİLER Aydın, AYDOĞDU, Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2004.

[www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)

[www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)

[www.tobb.org.tr](http://www.tobb.org.tr)

# EŞYA TAŞIMALARINDA TAŞIYICI YARDIMCISI KAVRAMI VE YARDIMCILARIN TAŞIYICININ SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

*Yrd. Doç Dr. Burak ADIGÜZEL\**

## I. Giriş

Günümüz ekonomisinde çok önemli bir ticari faaliyet haline gelen taşımacılık, gerçekleştirildiği ortam esas alınarak kara, deniz, hava ve iç su taşımacılığı olarak sınıflandırılmaktadır. Bunun yanında taşınanın ne olduğu göz önünde tutularak eşya ve yolcu taşımacılığı olarak ayrı bir sınıflandırma da mümkündür<sup>1</sup>. Eşya taşıması küreselleşen dünyanın ekonomik gerekleri, yani dünya ticareti açısından bugün oldukça büyük bir kapasiteye ulaşmış, bunun sonucu da daha güçlü ve büyük sermayeye sahip taşıma şirketlerinin rol aldığı bir taşıma piyasası oluşmuştur. Bu şirketler taşıma işinin gerçekleştirilmesi için çeşitli görevleri yerine getiren kişiler çalıştırmaya başlamışlardır. Çalışan bu kişilerin niteliği ve özellikleri, taşımada taşıyıcının sorumluluğu açısından ihtilaflarda farklı yorumların ortaya çıkmasına yol açabilmektedir.

İşte bu sebeple, incelememizde genel olarak taşıyıcının yardımcıları adı altında değerlendirilebilecek bu kişilerin kara, deniz ve hava yolu taşıması açısından nasıl tanımlandıkları ve bunların taşıyıcının sorumluluğuna etkisini, ulusal ve uluslararası hukuki düzenlemeler bakımından ele aldık. Ancak bazı taşımalar için taşıyıcı yardımcısı olarak da değerlendirilebilen taşıyıcının taşıma işini yolun bir bölümü veya tümü için devrettiği alt taşıyanlara sadece yeri geldikçe değindik. İç su taşımalarına yönelik irdelemeye ise, gerek ulusal gerekse uluslararası bir düzenleme olmadığından yer vermedik<sup>2</sup>.

---

\* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Bu sınıflandırmada yolcunun yanında taşıdığı eşya, eşya kavramından daha farklı olarak bagaj olarak adlandırılmakta ve yolcu taşıma sözleşmesinin içeriği içinde yer aldığından yolcu kavramıyla birlikte ele alınarak, ondan ayrılmamaktadır. Çünkü yolcu taşıma sözleşmesinde taşıyıcı yolcunun bagajların da taşımak yükümlülüğü altındadır. Bu konuda bkz. **Ülgen Hüseyin**; Türk Hukukunda Ve Milletlerarası Hukukta Karayolu İle Yolcu Ve Bagaj Taşıma, İkinci Taşımacılık Sempozyumu, 24–25 Ocak 1985, Ankara 1985, s.28 ve dn.11.

2 Türk hukukunda iç su taşımalarına ilişkin tek düzenleme 31.01.1977 tarihli 15836 Resmî Gazetede yayımlanmış Van Gölü Yönetmeliği olup, bu yönetmelik sadece birinci madde-

## II. Taşıyıcı Yardımcıları

### 1. Genel Olarak Yardımcı Kavramı

Yardımcı şahıs, bir borcun ifasını ya da bir borç ilişkisinden ortaya çıkan bir hakkın kullanılmasının bırakıldığı kişi olarak adlandırılabilir<sup>3</sup>. Burada borçlu, Borçlar Kanununun 100.maddesinde bahsedilen kişidir. Kanun bunu "...kendisi ile beraber yaşayan şahıslara ve maiyetinde çalışanlara velev kanuna muvafık surette tevdi eden kimse..." olarak belirtmiş olup, sadece çalıştırdığı kişilere bir işi gördüren olan istihdam edenden farklıdır. Zira istihdam eden olarak adlandırılan kişi ile çalıştırdığı kişi arasında bir bağlılık ilişkisi, müstahdem in istihdam edene bir tabiiyeti söz konusu olup, borçlu daha geniş olarak kendisine bağlı olmayan yardımcıları da kullanan kişidir. Yani borçlunun yardımcı şahsı ona tabi olmayan arkadaşı, meslektaşı, akrabası yahut sıradan bir kişi olabilir<sup>4</sup>. Buna göre, borçlu, istihdam edenleri de kapsayan, ancak istihdam edenler dışında da yer alan başka yardımcı kullanan kişileri de içine alan geniş bir kavramdır.

Bununla birlikte borçlunun yardımcı kavramı, BK m.100 esas alınarak sadece istihdam edilenler ve borçlunun kendisi ile beraber yaşayanlar ile sınırlandırılmaz. Zira BK'nun da durum bu şekilde anlaşılabilmeyle beraber, mehaz İsviçre BK'nun 101.maddesi göz önüne alındığında, yardımcı şahısların sadece bunlar olmadığı, istihdam edenler ve beraber yaşayanlardan sonra, "gibi" lafzının da metinde yer alarak, yardımcıların bu sayılanlarla sınırlanmadığını bilmemiz gereklidir<sup>5</sup>. Bu bakımdan BK m.100, kendisiyle birlikte yaşayan şahıslar, işçiler veya müstahdemler gibi şahıslara bir borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını bırakan kimse-

---

sinde gösterildiği üzere Van gölünde çalıştırılan ticaret gemilerinde can ve mal güvenliğini sağlamak ve trafiği düzenlemek amacıyla teknik, idari hükümler içermektedir. Zaten Türkiye'de uygulamanın neredeyse hiç olmaması nedeniyle aslında böyle düzenlemeye ihtiyaç da duyulmamaktadır. Buna karşı, iç su taşımacılığının yoğun olduğu bazı ülkelerde iç su taşımacılığına ilişkin kanuni düzenlemeler (örneğin, Almanya'da Binnenschiffahrtsgesetz) mevcuttur.

3 **Tandoğan Haluk**; Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s.436, **Tekinay Selahattin Sulhi /Akman Sermet/ Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla**; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler,7. Bası, İstanbul 1993, s.892 vd.

4 **Korur Ergin**; İş Sahibinin Yardımcı Şahsın Fiillerinden Doğan Sorumluluğu, Ankara 1977, s.26, **OğuzmanM. Kemal /Öz Turgut**; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1995, s.353, **Tunçomağ Kenan**; Türk Borçlar Hukuku, C.I, Genel Hükümler, İstanbul 1976, s.540.

5 **Thur Von Andreas**; Borçlar Hukuku, C.I-II (Çev: Av. Cevat Edege), Ankara 1983, s.591.

nin sorumluluğunu düzenlemektedir<sup>6</sup>.

Yardımcı şahıs kapsamında sayılanların, müstahdem dediğimiz bağlı yardımcı olmadıkları durumda, borçlu ile aralarında vekâlet benzeri akdi bir ilişkinin bulunmasına da gerek yoktur<sup>7</sup>. Borcun ifasına yönelik fiillere katılan her kişi yardımcı şahıs sayılır, yeter ki borçlui bunu kabul etmiş yahut buna muvafakat etmiş olsun<sup>8</sup>.

## 2. Yardımcı Şahısların Sınıflandırılması

BK m.100'de yer alan bir borcun ifasını veya borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılması şeklindeki ayırım yapılması sonucu yardımcı şahıslar ifa yardımcıları ve kullanma yardımcıları biçiminde ayrılacaklardır<sup>9</sup>. Ancak bu ayırma karşın borçlunun sorumluluğu yönünde bir fark olmayacak, her iki yardımcı şahıs için akit dışı sorumluluk durumları hariç olmak üzere BK m.100 uygulanacaktır<sup>10</sup>.

### A. İfa Yardımcısı

İş sahibinin bilgisi dâhilinde ve onun iradesine uygun olarak, borçlunun borcundan dolayı var olan ifa yükümlülüğüne iştirak eden ya da bizzat borcun ifası kendisine bırakılan kişiye ifa yardımcıları denir<sup>11</sup>. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, ifa yardımcısının borçluya tabi olmasının gerekmemesi yanında işin ifasından dolayı bir ücret alması da gerekmez. Zaten bağlı olmama durumu, çoğu zaman arada bir ücret ilişkisinin olmaması sonucunu doğurur. Bununla birlikte, borçlu tarafından borcun ifası için bağlı olmayan fakat bir ücret ilişkisinin varlığının söz konusu olabileceği bağımsız müteahhitlerde bu yardımcı şahıs kapsamında sayılacaklardır<sup>12</sup>.

Böylece ifa yardımcısını belirlemek için işin kendisine tevdi edilmiş ol-

6 **Eren Fikret**; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 9. Bası, İstanbul 2006, s.1032, **Korur**, s.27,**Tandoğan**, s.436,

7 **Tandoğan**, s.436-437, **Eren**, s.1032.

8 **Yeşilova Ecehan**; Taşıyıcının CMR Hükümlerine Göre Yardımcı Şahısların Ve Müteakip Taşıyıcıların Eylemlerinden Doğan Sorumluluğu (CMR madde 3, 34 vd.), Ankara 2004, s.40. Buna göre de, borçlunun talimat vermesinin söz konusu olmadığı kişiler de yardımcı şahıs sayılacaklar ve talimat verme imkânı olup olmaması yardımcı şahıs kavramının belirlenmesinde etkili olmayacaktır.

9 **Tandoğan**, s.436, **Yeşilova**, s. 41

10 **Korur**, s.31.

11 **Tandoğan**, s.436, **Tekinay /Akman/ Burcuoğlu/Altop**, s.892, **Tunçomağ**, s.840.

12 **Tandoğan**, s.437, **Tekinay /Akman/ Burcuoğlu/Altop**, s.894, **Tunçomağ**, s.837, **Thur**, s.593.

ması yeterli olmaktadır<sup>13</sup>.

### **B. Kullanma Yardımcısı**

Kullanma yardımcı, borçtan doğan bir hakkın kullanılmasına yardım eden, onun kullanılması kendisine bırakılan kişidir. Yani, burada alacaklı taraf, borçtan doğan hakkın kullanılmasında, kullanma yardımcıya hakkın kullanılması için muvafakat vermektedir<sup>14</sup>.

Sözleşme tiplerinden en çok ariyet ve kirada görülen kullanma yardımcı, bu sözleşmelerde ariyet ve kiranın konusu olan menkul yahut gayrimenkulün kullanılmasına müsaade edilen kişilerdir<sup>15</sup>.

İş sahibinden bağımsız ve onun yerini almak suretiyle borcu ifa eden veya hakları kullanan kimsede kullanma yardımcıdır ki, ona ikame edilen şahıs denmektedir<sup>16</sup>. Borcu ifa etme mükellefiyetini üzerine alan kaim olan bu şahıs kural olarak yardımcı şahıs olmakla beraber, doktrinde diğer yardımcı şahıslara oranla nitelikli yardımcı şahıs sayılmışlardır<sup>17</sup>.

Bunun yanında iradi temsilcinin temsil olunanın beyanıyla onun nam ve hesabına hukuki işlemler yapma yetkisini alması nedeniyle, borçlu tarafından atanması sonucu sadece bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılması tevdi edilirse, yardımcı şahıslar içinde kullanma yardımcı sayılabilecektir<sup>18</sup>.

## **3. Taşıma Çeşitlerine Göre Yardımcı Şahıslar**

### **A. Karayoluyla Yapılan Taşımalarda**

Ulusal hukukta taşımaya ilişkin TTK hükümleri arasında karayoluyla yapılan taşımalara ilişkin 768 ile 797. maddeler eşya taşımaya aittir. Bu hükümler içinden 782.madde taşıyıcı yardımcılarını ve bunlardan dolayı taşıyıcının sorumluluğunu düzenlemektedir. Söz konusu hükümde taşıyıcı yardımcıları, taşıyıcının kullandığı kimseler ve taşıyıcının maiyetinde çalışanlar olarak gösterilmektedir. Bunun yanında komisyon çalışmalarından sonra halen Türkiye Büyük Millet Meclisi gündeminde olan Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 879.maddesi taşıyıcı yardımcılarını, kendi adamları ve taşımanın yerine getirilmesi için yararlandığı kişiler olarak ayırmıştır.

Ulusal hukuktaki bu düzenlemeler yanında uluslararası düzenleme olan

---

<sup>13</sup> Korur, s.30, Tandoğan, s.437.

<sup>14</sup> Yeşilova, s.42.

<sup>15</sup> Tandoğan, s.440.

<sup>16</sup> Thur, s.592.

<sup>17</sup> Eren, s.1034.

<sup>18</sup> Korur, s.33, Tandoğan, s.439.

ve 7.12.1993 tarihli 3939 sayılı kanunla iç hukukumuzda dâhil edilen CMR'nin<sup>19</sup> 3.maddesinde taşıyıcının yardımcıları, resmi metinde, taşıyıcının çalıştırdığı kişiler ve hizmetlerinden yararlandığı diğer kimseler olarak belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere, taşıyıcı yardımcılarına ilişkin hükümlerde, taşıyıcı yardımcılarının farklı şekilde isimlendirilmeleri ile taşıyıcının maiyetinde çalışanlar, kendi adamları ve taşıyıcının çalıştırdığı kişiler olmak üzere bir grup ve taşıyıcının kullandığı kimseler, taşıyıcının yerine getirilmesi için kullandığı kimseler ve hizmetlerinden yararlandığı diğer kimseler olarak diğer bir grup şeklinde ele almak gereklidir. Esasen, bu düzenlemelerdeki ayırım, taşıyıcı tarafından sürekli bir iş ilişkisiyle bağlı yardımcılar ve taşıma faaliyetinde görev alan bağımsız yardımcılar olarak yapılmaktadır. Bu açıdan da, biraz önce ifa yardımcısı ve kullanma yardımcısı biçiminde yaptığımız ayırımdan tamamen farklı bir sınıflandırma yöntemi benimsenerek taşıyıcı yardımcılarını ele alınmıştır.

Aslında taşıyıcı yardımcılarının böyle bir ayırma tabi tutulmasının sebebi, bunların hepsinin ifa yardımcısı olması, kullanma yardımcısı olmamalarından kaynaklanmaktadır. Nitekim birazdan da görüleceği üzere yaptıkları işler neticesi taşıyıcı yardımcılarını ifa yardımcısı olabilirler.

Bunların içinden, CMR'de yer alan taşıyıcının çalıştırdığı kişiler ve hizmetlerinden yararlandığı diğer kimseler şeklindeki ifadeler, diğer ikisine nazaran daha uygun gibi görünmektedir<sup>20</sup>.

#### a) Taşıyıcının Çalıştırdığı Kişiler

TTK m.782'de taşıyıcının maiyetinde çalışanlar kavramını genel olarak bir hizmet sözleşmesine dayanarak sürekli görev yapanlar olarak anlaşılmaktadır<sup>21</sup>. Bu anlamda taşıma faaliyeti ile doğrudan bağlantısı olanlar ve taşıma

<sup>19</sup> Asıl adı, "Convention relative au Contrat de transport international de marchandises par route" bu olan uluslararası konvansiyonun, Resmi Gazetede yayımlanan Türkçe çevirisindeki adı, "Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi"dir. Ancak bu hatalı çeviri yerine "Karayolu İle Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesine İlişkin Antlaşma" biçimindeki adın kullanılması daha uygundur. Bu konuda bkz. **Kendigelen Abuzer/Aydın Alihan**; "Karayolu İle Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesine İlişkin Antlaşma (CMR)-Resmi Çeviriye İlişkin Sorunlar ve Bir Serbest Çeviri Denemesi", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55.Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul 2002, s.495 vd.

<sup>20</sup> Taşıyıcının çalıştırdığı kişiler, CMR metnine ilişkin bir resmi çeviri haricindeki bir başka çeviri de müstahdemler olarak yer almıştır. Bu yönde bkz. **Kendigelen Abuzer/Aydın Alihan**, s. 498.

<sup>21</sup> **Arkan Sabih**; Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara 1982,

işletmesinde taşıyıcıya bağlı olarak görev yapanlar bu kavrama dâhil edilmektedir<sup>22</sup>. Taşıyıcıya bağlı görev yapanların taşıma faaliyetinde veya bununla alakalı bir alanda görev almasalar bile taşıyıcının maiyetinde çalışanlar içine girdikleri söylenebilecektir. Mesela taşıma şirketinin temizlikçisi, muhasebecisi, büro personeli buna dâhil edilebilecektir. Böyle taşıma işiyle alakalı olmayanlar örnekler yanında, taşıma işinde fiilen görev alan şoför, istifleme, yükleme, boşaltma işini yapanlar taşıyıcının çalıştırdığı kişiler kavramına girenleri ve bu tür görevleri olmayan ancak taşıma işiyle dolayısıyla alakalı olan ambar memurları, bekçiler, teknisyenler, yemek ve güvenlik işiyle iştigal edenler şeklinde yan görevleri ifa edenleri de sayabiliriz<sup>23</sup>. Ancak, taşıyıcının taşıma ilişkisi ile ilgisi olmayan başka işletmesinde çalışanlar bunlara dâhil değildir<sup>24</sup>.

Bununla birlikte, CMR ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, TTK'dan ayrı olarak beraber ele alınmalıdır. Zira Tasarının gerekçesinde taşıyıcı yardımcılarını düzenleyen 879.madde hükmünün CMR m.3 ve Alman Ticaret Kanunu (HGB) § 428'den alındığı söylenmektedir ve gerçekten de bakıldığı zaman CMR ve Tasarıda yer alan kavramlar aynıdır. Tasarıda, "kendi adamları" şeklindeki ibare, aslında aynen HGB § 428'deki ibaredir. Çünkü HGB § 428'de yer alan "Leute" terimi, Alman hukukunda taşıyıcıya bağlı ve ticari işletmesinde görev yapan kişileri ifade etmektedir<sup>25</sup>. Buna karşın CMR'nin İngilizce metni ile Fransızca metnindeki taşıyıcının çalıştırdığı kişiler kavramlarının farklı olarak nitelendirilmesi durumu ortaya çıkmaktadır. Çünkü CMR m.3'ün İngilizce metninde yer alan "agents or servants" terimi temsilci ve hizmetliler olarak çevrilmekte, *agent* olarak yer alan temsilciler, İngiliz hukukunda, *servants* olan hizmetlilerin ve bağımsız olarak çalışan taşıma işine yönelik müteahhit diyebileceğimiz kişilerin (*independent contractors*) üzerinde bir üst kavram olarak anlaşılmalıdır<sup>26</sup>. CMR'nin

---

s.96, Yeşilova, s.63.

22 Arkan; Sorumluluk, s.97.

23 **Sözer Bülent**; Taşıyanın Taşıma Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümlere İlişkin Bazı Meseleler ve Görüşler, Batider, C.XIV, S.2, Ankara 1987, s.116.

24 Arkan; Sorumluluk, s.97.

25 **Heuer Klaus**; Die Haftung des Frachtführers nach dem Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassengüterverkehr, Hamburg 1975, s.163, **Koller Ingo**; Transportrecht, Kommentar 5. Auflage, München 2004, s.942, **Prüssmann Heinz/Rabe Dieter**; Seehandelsrecht, 4. Auflage München 2000, s.577.

26 **Hill D.J/Messent A.D**; CMR: Contract For The Carriage of Goods by Road, London 1995, s. 30, **Sözer**, 126, **Yeşilova**, s.50.

Fransızca metninde ise, taşıyıcının çalıştırdığı kişiler kavramı, sadece hizmetli anlamına gelen “*préposé*” terimi ile karşılanmaktadır. Fransız hukukunda hizmetliler ise, istihdam ilişkisi içinde bağımlı olarak çalışanlardır<sup>27</sup>. Bu anlamda da İngiliz hukukundaki “*agent*” kavramında yer alan bağımsız müteahhitleri içermez. Tasarı m.879 ve HGB § 428’in asıl kaynağı olan CMR’nin Almanca çevirisine baktığımızda ise, taşıyıcının çalıştırdığı kişiler kavramı, “*Bedienstete*” terimi ile karşılanmıştır ve müstahdem anlamına gelmektedir. Bu da taşıyıcıya işçi, memur ve benzeri şekilde birebir bağımlılık ilişkisiyle çalışan kişileri göstermektedir<sup>28</sup>. Aynı TTK m.782’deki maiyetinde çalışan kişiler gibi, bunların taşıma faaliyeti ile doğrudan bağlantı olmadan çalışmaları da mümkündür<sup>29</sup>.

Buna karşın, taşıyıcının yardımcılarını birbirinden ayırmada önemli olanın bu şekildeki gibi bağımlı ya da bağımsız bir ilişki içinde olup olmama değil, hizmet alma ve hizmet sağlama temelli olduğu, bu sebeple de, hizmet sağlama yönünden asıl taşıyıcıdan bağımsız olan başka bir taşıma işletmesi olanların da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürenler olmuştur<sup>30</sup>. Buna göre bağımsız olan taşıyıcının, taşıma işini üstlenen taşıyıcıya hizmet sağlama yoluyla taşıma işini üstüne alması halinde, bu kişi taşıyıcının çalıştırdığı kişiler kategorisine girecektir. Kanımızca bu yönden yapılan ayırım yanlıştır. Zira alt taşıyıcı olarak adlandırdığımız, taşıyıcının üstlendiği taşıma işini devrettiği taşıyıcıyı, taşıyıcının çalıştırdığı kişiler arasında saymak, öncelikle onun bağımsız olarak kendi başına çalışmasına aykırı düşer.

Esasen hizmet sağlayan terimi hizmetinden yararlanılması durumunu ifade etmektedir ve taşıyıcının çalıştırmasıyla bir ilgisi söz konusu olamaz. Kıta Avrupa’sı açısından yerleşmiş ayırımı, Anglo-Sakson hukukundaki ayırımı bakarak farklılaştırmak mümkün olamaz. Zaten böyle bir ayırım, CMR m.3 ve HGB § 428’in esas alındığı Tasarı açısından da açık olarak benimsenmiş ve kendi adamları ile taşımanın yerine getirilmesi için yararlandığı kişiler farkı lâfzî olarak ortaya konulmuştur.

Buradan İngilizce metindeki *agents or servants* ifadesi gereğince bağım-

27 Heuer, s.163, Koller, s.942.

28 Arkan Sabih; CMR Hükümlerine Göre Yardımcıların Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65inci Yaş Armağanı, Ankara 1988, s.321, Thume Karl Heinz/Seltmann Delmer; Kommentar zur CMR, Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassengüterverkehr, Heidelberg 1997, s.159.

29 Thume/Seltmann, s.159.

30 Özdemir Turkay; Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku Ziya ve/veya Hasar Sorumluluğu, İstanbul 2006, s.188.

sız müteahhitlerin, Türk hukukunda Tasarı yürürlüğe girdikten sonra ve CMR'nin uygulanmasında taşıyıcının çalıştırdığı kişiler kavramına girmeyeceğini söyleyebiliriz. Her ne kadar bağımsız müteahhitlerin bu kapsama sokulup sokulmamasının o kadar önemli olmadığı, her iki taşıyıcı yardımcısı açısından sorumluluğun şartları ve kapsamının aynı olduğu söylenebilse de<sup>31</sup>, bağımsız müteahhitlerin, alt taşıyıcı niteliğinden dolayı, bu şekilde bir ayırım yapılmalıdır<sup>32</sup>.

#### **b) Hizmetlerinden Yararlanılan Diğer Kişiler**

TTK m.782'de taşıyıcının kullandığı kimseler, Tasarıda ise taşımanın yerine getirilmesi için taşıyıcının yararlandığı kişiler olarak adlandırılan bu yardımcıları, taşıyıcıya bağlı çalışmadıkları için, taşıyıcı ile aralarındaki ilişki bir süreklilik arz etmez ve üstlendikleri taşıma işinin başlamasıyla ortaya çıkıp, sona ermesiyle ortadan kalkmaktadır<sup>33</sup>. Bu kişilerin taşıma işinde üstlendikleri görevin dolaylı olması yeterli görülecektir<sup>34</sup>. Buna göre, alt taşıyıcılar, yükleme veya gümrük işleriyle yükümlendirilmiş işletme sahipleri, terminal işleticileri, depo veya antrepo sahipleri bu kapsamda değerlendirilmelidir<sup>35</sup>. Bunlar dışında taşımanın devamı açısından yardımda bulunan her kişi ki; bunlara örneğin kaza sonucu saçılmış olan yükleri toplamada yardım eden kişiler de girer, aralarında bir sözleşme ilişkisi olmaksızın yine hizmetinden yararlanılan diğer kişi olarak değerlendirilecektir<sup>36</sup>.

Bununla beraber, TTK'da bulunmasa da, CMR 17/3'de yer alan ve oradan da Tasarı m.877'ye aktarılan taşıyıcının taşıma aracını kiraladığı kişiler, onun temsilcileri ve çalışanları hizmetinden yararlanılan diğer kişilere sokulamaz. Çünkü taşıma aracını kiralamaktan başka bir faaliyeti olmayan ve esas taşıma işiyle doğrudan yahut dolaylı bir ilişkisi bulunmayan araç sahibi ve onun yardımcılarının hizmetinden yararlanılan diğer kişiler sayılması imkânsızdır<sup>37</sup>.

Taşıyıcının sözleşme yaparak taşımanın tamamını yahut bir kısmını devrettiği alt taşıyıcı, yükleme veya gümrük işlemlerinin bir başka kişiye bira-

31 Hill/Messent, s.30, Yeşilova, s.57.

32 Aynı yönde, Arkan; Yardımcılar, s.323.

33 Akıncı Ziya; Karayoluyla Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR, Ankara 1999, s.199, Arkan; Yardımcılar, s.323, Yeşilova, s.58.

34 Heuer, s.164.

35 Akıncı, s.199, Arkan; Yardımcılar, s.324, Thume/Seltmann, s.160, Yeşilova, s.59.

36 Yeşilova, s.59.

37 Zira yardımcı şahıs sayılma bakımından, o kişiye borcun ifasının kısmen dahi olsa tevdi gerekmektedir. Bu konuda bkz. Thur, s.589 vd.

kılması halinde bu kişiler ve taşımada gönderilen nokta veya ara taşıma noktalarındaki kendi başına hareket eden terminal işleticileri<sup>38</sup> taşıyıcının hizmetlerinden yararlandığı diğer kişiler olarak kabul edilir<sup>39</sup>.

### B. Demiryolu İle Yapılan Taşımalarda

Demiryolu ile yapılan taşımalar açısından Türk hukuku için ulusal mevzuat, 18 Mayıs 1872 tarihli Rumeli Demiryollarının Umur-u Nakliyesi Hakkında Nizamname<sup>40</sup> adı altındaki halen yürürlükte olan işletme nizamnamesi ve TTK iken, uluslararası anlamdaki hükümler 9 Mayıs 1980 tarihli Uluslararası Demiryolu Taşımalarına İlişkin Sözleşme'de (COTIF)<sup>41</sup> yer almaktadır. Osmanlı İmparatorluğu döneminden kalan nizamname dışında ulusal demiryolu taşımalarına yönelik başka bir düzenleme olmayıp, buna ilişkin çalışmalar AB müzakereleri çerçevesinde devam etmektedir<sup>42</sup>. Demiryolu taşımalarını uluslararası olarak düzenleyen COTIF ise, esasen iki kısımdan oluşmakta olup, ilk kısmında uluslararası demiryolu taşımalarıyla hükümetler arası örgütün yapısı işleyişi, görevleri, konvansiyonun yorumu ya da uygulanmasıyla ilgili uyuşmazlıkların hakem aracılığı ile çözülmesi gibi konular hükme bağlanmaktadır<sup>43</sup>. Bu kısımdan sonra ikinci kısımda Konvansiyona ait iki ek yer almakta olup, bunlardan birincisi A eki "Demiryoluyla Uluslararası Yolcu ve Bagaj Taşıma Sözleşmesine İlişkin Yeknesak Kurallar (CIV)<sup>44</sup>" ikincisi ise "Demiryoluyla Uluslararası Eşya Taşıma Söz-

38 Bu işleticiler açısından bkz. **Kubilay Huriye**; Taşıma Terminali İşleticilerinin Hukuki Sorumluluğu, İzmir 2001, s. 16-17.

39 Yeşilova, s.59, Arkan; Yardımcılar, s.324, Akıncı, s.199

40 Bu nizamnamede Cumhuriyet döneminde 3259 ve 4341 sayılı kanunlarla iki kez değişiklik yapılmıştır. Bu konuda ve söz konusu Nizamnamenin hukuk düzenindeki kuvveti ve niteliği hakkında bilgi için bkz. **Arkan Sabih**; Demiryolu İşletmesinin Eşya Taşımalarından Doğan Sorumluluğu, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından II. Taşımacılık Sempozyumu, Ankara 1985, s.47-48.

41 Convention relative aux transports internationaux ferroviaires. Bu Konvansiyonun ülkemiz açısından 1.5.1985 tarihinden geçerli olmak üzere yürürlüğe girmesi, 21.03.1985 tarih ve 3172 sayılı kanunla uygun bulunmuştur. Söz konusu Konvansiyon daha sonra 3 Haziran 1999 tarihli protokol ile değiştirilmiş ve 6.10.2005 tarihli 5408 sayılı kanunla bu protokolün onaylanması uygun bulunmuştur.

42 AB müzakereleri çerçevesinde, hali hazırda Demiryolu Kanunu Tasarısı ve TCDD Kanunu Tasarısı çalışmaları bulunmaktadır.

43 Ayrıca Konvansiyona ek bir protokolle, uluslararası demiryolu taşımalarıyla ilgili örgüte tanınan imtiyaz ve muafiyetler düzenlenmektedir.

44 Convention internationale concernant le transport des voyageurs et des bagages par

leşmesine İlişkin Yeknesak Kurallar”dır (CIM)<sup>45</sup>. Bu sözleşmenin 50.maddesinde demiryolunun yardımcılardan sorumluluğu başlığı altında yardımcılar hizmetliler ve karayolu taşımalarında olduğu gibi hizmetlerinden yararlanan diğer kişiler olarak ikiye ayrılmıştır.

**a) Hizmetliler<sup>46</sup>**

İç taşımacılığa ait Rumeli Demiryolları İşletme Nizamnamesi’nde sadece eşya taşımalarına ilişkin demiryolunun ziya, hasar ve gecikmeden sorumluluğu düzenlenmiş, ancak yardımcılar yönünden ele alabileceğimiz bir hüküm yer almamıştır. Buna göre, yine TTK m.782 hükmü, demiryolu taşımaları için geçerli olacak ve karayolu taşımaları için taşıyıcının çalıştırdığı kişiler olarak söylediklerimiz demiryolu taşımaları içinde kabul edilecektir<sup>47</sup>. Bu bakımdan halen tekel şeklinde yürütülen demiryolu taşıması için ülkemizde TCDD’nin çalışanı niteliğinde taşıma faaliyeti ile doğrudan bağlantısı olanlar ve TCDD’ye bağlı olarak görev yapan hizmetli olarak nitelediğimiz kişiler kapsamında değerlendirilirler. Örneğin, trenin makinisti, kondüktörü, tren şefi ve makasçı ve benzeri teknikerler şeklinde trende görev yapan diğer kişiler bunlar içinde sayılmalıdır.

TCDD’ye bağlı görev yapanlardan, taşıma faaliyetinde veya bununla alakalı bir alanda görev almaları söz konusu olmasa bile yine karayoluyla yapılan taşımalarda olduğu gibi TCCD’nin hizmetlileri olarak değerlendirilmelidirler. Diğer bir anlatımla birebir trende görev almayan ancak TCDD’ye işçi veya memur sıfatıyla bağlı olan depo ve antrepo çalışanları, gar memurları, evrak kayıt memuru yahut hamal olan diğer gar çalışanları da hizmetliler arasındadır.

Uluslararası demiryolu taşımacılığında geçerli olan CIM’in 50. maddesinde yer alan yardımcılardan hizmetliler, demiryolu işletmesinde memur ve işçi statüsüyle bağlı olan kişileri ifade eder ve bir kişinin bu gruba dâhil olup olmadığının saptanmasında bu kişiyle işletme arasındaki hizmet ilişkisinin türü, niteliği ve süresinin bir önemi yoktur<sup>48</sup>. Yani biraz önce iç demiryolu

---

cheminis de fer.

45 Convention internationale concernant le transport des marchandises par cheminis de fer.

46 Hizmetliler terimi esas olarak, CIM’in İngilizce metninde *servants*, Fransızca metninde *agents* olarak yer almaktadır.

47 TTK Tasarısı içinde, Tasarının 879.maddesinde yer alan kendi adamları ayrımı burada kabul edilmelidir.

48 **Arkan Sabih**; Demiryoluyla Yapılan Uluslararası Eşya Taşımaları, Ankara 1987, s.160. 1980 tarihli CIM’in Türkçe çevirisinde hizmetliler kavramı yerine memur terimi kullanılmakla beraber, bu kavram işletme açısından demiryolunun bütün personelini kapsamadı-

taşımaları için saydığımız kişiler aynı şekilde CIM içinde demiryolunun hizmetlileri olarak kabul edilecektir<sup>49</sup>.

### b) Hizmetlerinden Yararlanılan Diğer Kişiler

Taşımanın gerçekleştirilmesinde hizmetlerinden yararlanan diğer kişiler<sup>50</sup> karayoluyla yapılan taşımalarda olduğu gibi, TTK m.782 dâhilinde ülkemizde demiryolu taşımacılığında tekel sahibi TCDD'ye bağlı çalışmazlar. TCDD ile aralarındaki ilişki devamlı değildir ve taşıma işinin başlamasıyla bu yardımcılarla demiryolu taşıyıcısının ilişkisi taşımanın başlamasıyla söz konusu olmakta, sona erince de bitmektedir. Uluslararası demiryolu taşımacılığında da aynı kişiler benzer biçimde var olup, demiryolu işletmesiyle özel bir sözleşme<sup>51</sup> yapmış olan ve bu sözleşmenin kendisine yüklediği borçlar uyarınca taşıma ile ilgili hizmetleri ifa eden kişidir<sup>52</sup>. Demiryolu işletmesinin eşyanın gönderilenin ikametgâhının bulunduğu yerden alması kararlaştırılmışsa, yükleme garına kadar taşıyan kişi, demiryolunda arada taşıma işini alanlar, bir demiryolu hattından diğer bir demiryolu hattına yükün arada karayolu, deniz yolu veya iç suyolunda taşıyan diğer taşıma işletmeleri hep bu niteliktedir.

### C. Deniz Yoluyla Yapılan Taşımalarda

Türk hukuku için TTK m.1062 ve uluslararası hukukta taraf olunan 1924 tarihli Lahey Kaideleri'nde<sup>53</sup> yardımcılar açısından hükümler söz konusu iken, TTK Tasarısı yönünden 1179.madde hükümleri yine yardımcıları ilişkindir<sup>54</sup>. Bunun yanında Türkiye'nin taraf olmadığı 1978 tarihli Hamburg

ğından uygun değildir.

49 CIM'in Almanca çevirisinde kullanılan *Bedeinstete* kavramı da, memur ve işçi statüsüyle bağlı bütün kişileri içine almaktadır. Bu konuda bkz. **Arkan; Demiryolu**, s.160, **Heinschel Helmut**; Güter - Transportrecht für Eisenbahn, Kraftverkehr und Binnenschiffahrt, Berlin 1993, s.169.

50 TTK Tasarısı'nda "Taşımanın yerine getirilmesi için yararlandığı kişiler".

51 Bu sözleşmeler esasen içinde hizmet almayı barındıran vekâlet, istisna ve benzerleridir.

52 Arkan; Demiryolu, s.160,Heinschel, s.170.

53 Tam adı "Konişmentoya Müteallik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkında Milletlerarası Sözleşme" olan 1924 tarihli Lahey Kaideleri 14.02.1955 tarihli 6469 sayılı kanunla iç hukumuza alınmış, daha sonra 1957 tarihli TTK'nın deniz ticareti kuralları içinde bu hükümlerin pek çoğuna HGB'den iktibas suretiyle yer verilmiştir. Ancak, daha sonra Lahey Kaideleri üzerinde değişiklikler yapan 1968 tarihli Visby Protokolü iç hukuka alınmamıştır. Visby Protokolü Lahey kaidelerinin taşıyan yardımcılarına ilişkin 4. ve 5. maddelerinde değişiklikler getirirse de bu taşıyıcı yardımcılarının niteliğine ilişkin olmamıştır.

54 Tasarının 1179.maddesinin birinci fıkrasında sadece taşıyanın adamları terimine yer veril-

Kuralları da taşıyan yardımcılara ilişkin hükümler içermektedir. Bu yüzden, deniz taşımalarında taşıyanın yardımcıları için yapılan ayırım, uluslararası sözleşmelerde yer alan taşıyanın adamları ve taşıyanın görevlileri olarak karşımıza çıkmaktadır.

#### a) Taşıyanın Adamları

Lahey-Visby Kaideleri'nin<sup>55</sup> 4. maddesinde ve 1978 tarihli Hamburg Kuralları'nın İngilizce metninde taşıyanın eyleminden sorumlu olduğu kişiler “*agents or servants*” ibareleriyle belirtilmiştir<sup>56</sup>. Yani, taşıyanın eyleminden sorumlu olduğu kişiler, taşıyanın görevlileri (*agent*) ve adamları (*servants*) olmak üzere iki kategoride değerlendirilmektedir. Bunlardan taşıyanın temsilcileri, Anglo-Sakson hukukunda üzerinde kontrol hakkı kullanılan kişi olup, kontrol eden işveren, iş sahibi yahut müvekkil niteliğindedir<sup>57</sup>. Buna karşılık taşıyanın adamları kavramı akit dışı sorumluluk alanına ait bir kavram olup, bir şahsın diğer bir kişinin adamı olarak nitelendirilebilmesi için, bunların aralarında emir verme ve alma veya işletmeden kaynaklanan bir bağıllık ilişkisinin varlığı aranır<sup>58</sup>.

Ayrıca, Anglo-Sakson hukukunda bağımsız müteahhitler (*independent contractors*) denilen bir üçüncü grup daha ortaya çıkmaktadır ki, bu gruptakiler her iki yardımcının da özelliklerini taşımakta olup, sunulan hizmetin yapısı ve temsilci (*agent*) üzerinde sahip bulunulan kontrolün derecesi bu grubu diğerlerinden ayırabilmektedir<sup>59</sup>.

Buna karşılık, Lahey-Visby Kaideleri'nin Fransızca metninde yer alan, “*agents ou préposés*” kavramlarından hizmetliler (*préposés*), istihdam edenle arasında bir bağımlılık ilişkisi bulunan ve genellikle hizmet akdine bağımlı olarak çalışanları ifade etmektedir. Yani bağımsız yardımcılar bu kavram

---

miş, bu terim ikinci fıkrada gemi adamlarını, kendisini temsile yetkili kıldığı kişileri ve taşıma işletmesinde çalışmasa da navlun sözleşmesinin ifasında kullanılan kişileri kapsadığı belirtilmiştir.

<sup>55</sup> 1924 tarihli Lahey Kaidelerini değiştiren 1968 tarihli protokolden sonra bu konvansiyon Lahey-Visby Kaideleri olarak anıldığı için, bundan sonra böyle isimlendireceğiz.

<sup>56</sup> Brüksel Konvansiyonu (Lahey Kaideleri) m.4/II (q), Hamburg Kuralları m.5/I, CMR m.3. 1924 tarihli Brüksel Konvansiyon'un Fransızca metninde de kavram “*agents ou préposés*” olarak yer almaktadır.

<sup>57</sup> Yeşilova, s.50.

<sup>58</sup> Sözer, s.126.

<sup>59</sup> Yeşilova, s.52. Esasen *agent* kavramı, Anglo-Sakson hukukunda *servant* ve *independent contractor* üzerinde üst bir kavram olarak kabul edilmektedir. Hill/Messent, s.30.

içinde sayılamazlar<sup>60</sup>.

Bunların yanında, Lahey-Visby Kaideleri'ni esas alan HGB'den mülhem TTK m.1062/I, buradaki “agent” kavramına HGB gibi yer vermemiş, bunun yerine kendi adamları ve gemi adamları ayırımını getirmiştir. Bu da, HGB § 607'de yer alan “Leute” ve “Schiffsbesatzung” ayırımının aynen alınmasıdır. HGB § 481'de gemi adamları tabirinin kullanması ile güdülen amaç, taşıyanın alt taşıyan olması durumunda, gemide çalışan ancak kendi adamı olmayan kişilerin taşıyanın sorumluluğundaki etkisinin ne olacağı problemine çözüm getirmektir<sup>61</sup>.

HGB § 607'de yer alan “Leute” teriminin karşılığı olan “taşıyanın kendi adamı” kavramı, taşıyanın işletmesindeki gemi adamları dışındaki bütün diğer kişileri kapsamakta olup, bunların söz konusu taşıma işi ile görevlendirilmeleri gerekmediği için, taşıma işletmesinde başka işle uğraşsalar dahi bu nitelikte sayılmaktadırlar<sup>62</sup>. Ancak taşıyanın bu kişilerin vermiş olduğu zararlardan sorumlu olabilmesi için zararlar görevleri arasında dolaylı da olsa bir bağlantının bulunması şarttır<sup>63</sup>. Lahey-Visby Kaideleri'nin Fransızca metninde yer alan “préposés” kavramının Almanca karşılığı, Hamburg Kuralları'nda “Bedienstete” olup, bu HGB § 607'deki “Leute” ile aynı anlama gelmektedir.

HGB § 481'in karşılığı olan TTK m.821'e göre, gemi adamları, eşyanın taşındığı gemide istihdam edilen kaptan, gemi zabıtları, tayfalar ve gemide istihdam edilen diğer kişilerden oluşmaktadır. Bu bakımdan esasen TTK sistemine göre, donatana yahut gemi işletme müteahhidine bağlı kişiler gemi adamı sıfatını alabilirler<sup>64</sup>. Bununla beraber, gemi adamı ile taşıyan arasında

<sup>60</sup> Lahey-Visby Kaideleri'nin Almanca çevirisinde ise, temsilci ve hizmetlilerin karşılığı olarak “seine Agenten oder die in seinem Dienste stehenden Personen” şeklindeki ibare, Hamburg Kuralları'nda “seine Bediensteten oder Beauftragten” biçimindedir. Yani temsilci ve hizmetli ayırımı, Hamburg Kuralları'nda hizmetliler ve görevlendirilmiş kişiler şekline dönüştürülmüştür.

<sup>61</sup> **Herber Rolf**; Seehandelsrecht Systematische Darstellung, Berlin- New York 1999, s. 317, **Ilse Hinnerk Jan**; Haftung des Seegüterbeförderer und Durchbrechung von Haftungsbeschränkungen bei qualifiziertem eigenem und Gehilfenverschulden, Hamburg 2005, s. 59, **Prüssmann/Rabe**; s.578, **Schaps Georg/Abraham H. J.**; Das Seerecht in der Bundesrepublik Deutschland Kommentar und Materialsammlung, Berlin- New York 1978, s. 442.

<sup>62</sup> **Çağa/Kender**, s.137, **Vural**, s.108.

<sup>63</sup> **Ilse**, s.59,**Prüssmann/Rabe**, s.578, **Vural**, s.109.

<sup>64</sup> **Sözer**, s.121, **Vural Seven**; Taşıyanın Yüke Özen Borcunun İhlalinden Doğan Sorumlulu-

hizmet ilişkisinin bulunması şart değildir ve taşıyan ile bir hizmet ilişkisi olmayan kişiler de gemi adamı kavramı içine girebilirler<sup>65</sup>. Pek tabii ki; arada hizmet akdi olmasa da gemi adamı ile taşıyan açısından bu kişilerin gemiye bağlı, gemi hizmetinde çalışan kişiler olması ve bu sebeple taşıyan ile aralarında sürekli bir ilişkinin varlığı gereklidir<sup>66</sup>. Sürekli iş görmeyen kişiler, bu anlamda gemi adamı olarak kabul edilmeyeceklerdir. Mamafih doktrinde, buna karşı olarak, örneğin bağımsız yardımcılardan olan ve donatanın sorumluluğuna yol açan müstakil istifçiler gibi yardımcılardan, örf ve adet hukuku gereği gemi adamı sayılacağı ileri sürülmüştür<sup>67</sup>. Bu düşünceye göre, TTK m.947’de yer alan sorumluluk hükmü uyarınca donatan ve gemi işletme müteahhidi için bu kişilerin fiillerinden sorumluluk söz konusu ise, taşıyan için de böyle bir ayırım yapılmamalıdır. Yine bu görüşe göre, bağımsız istifçiler temelde gemi adamı değil iseler de, donatan tarafından görevlendirilmeleri halinde nasıl TTK m.947 açısından gemi adamı ile bir tutuluyorlarsa, taşıyan bakımından da gönderilen yahut taşıyan tarafından görevlendirmeleri halinde, gemi adamı olarak kabul edilmelidirler. Fakat belirttiğimiz üzere, her ne kadar gemi adamı ile taşıyan arasında bir bağımlılık ilişkisinin varlığı zorunlu olmasa da<sup>68</sup>, TTK m.947 ile m.1062’nin sorumluluk düzenleniş şekli ve gemi adamlarının içeriği aynı olmayıp bu her iki sorumluluk bir tutulup, gemi adamı kavramları aynı kapsamda değerlendirilemez<sup>69</sup>.

Öyleyse, TTK’da yer alan gemi adamları ve taşıyanın kendi adamları kavramları, aslında uluslararası sözleşmelerde yer alan taşıyanın adamları kavramının içine girmektedir. Yani taşıyanın adamları kavramı bunların her

---

ğu, Ankara 2003, s.104. Buna ek olarak, bare boat charter ve demise charter söz konusu olduğunda, charterer’in istihdam ettikleri gemi adamı olarak kabul edileceklerdir.

65 **Wüstendörfer Hans**; *Neuzeitliches Seehandelsrecht*, 2. Auflage, Tübingen 1950, s.269, **Çağa Tahir/Kender Rayegân**; *Deniz Ticaret Hukuku II, Navlun Sözleşmesi*, 8. Bası, İstanbul 2005, s.137.

66 **Knöfel Susanne**; *Die Haftung des Güterbeförderers für Hilfspersonen*, Hamburg 1995, s.57, **Vural**, s.104. Taşıyanın aynı zamanda donatan olmadığı durumlarda dahi gemi adamları donatanın adamı olsalar da, alt taşıyan sıfatını haiz kişi, gemi adamlarının vermiş olduğu zararlardan sorumlu tutulmuştur.

67 **Schaps /Abraham**, s.445, **Sözer**, s.122–123, **Ülgener Fehmi**; *Taşıyanın Sorumsuzluk Halleri*, İstanbul 1991, s.62.

68 **Prüssmann/Rabe**, s.578, **Yazıcıoğlu Emine**; *Hamburg Kurallarına Göre Taşıyanın Sorumluluğu, Lahey/Visby Kuralları İle Karşılaştırmalı Olarak*, İstanbul 2000, s.116.

69 **Herber**, s.318, **Prüssmann/Rabe**, s.578, **Vural**, s.105.

ikisini de içine alan daha geniş bir kavramdır. Nitekim bunu, TTK Tasarısı'nın 1179. madde hükmünde görebilmekteyiz.

TTK Tasarısı'nın 1179. maddesinde, sadece taşıyanın adamları terimi kullanılmış ve taşıyanın adamlarının taşımada kullanılan gemi adamlarını, taşıyanın taşıma işletmesinde çalışan kişileri veya kendisini temsile yetkili kıldığı kişilerle beraber taşıma işletmesinde çalışmasa da, navlun sözleşmesinin ifasında kullanılan diğer kişileri kapsadığı belirtilmiştir. Tasarının madde gerekçesinde, böyle bir ayırımın nedeninin, taşımacılıkla ilgili mahkeme kararlarının dikkate alınması olduğu söylenmektedir. Gerçekten de, TTK'da yer alan düzenleme olan gemi adamı, kendi adamı ayırımı içine kimlerin ne surette girdiğinin belirlenmesi, Yargıtay kararlarında da farklıdır<sup>70</sup>. Bununla birlikte, Yargıtay kararları dışında, kanımızca Tasarının esasen HGB düzenlemesinin getirdiği ayırmadan ayrılarak Lahey/Visby kaidelerini temel aldığı, gözden kaçırılmamalıdır.

Bütün bunlardan sonra sonuç olarak, taşıyanın adamları kavramı, navlun sözleşmesinin ifası ile görevlendirilmiş olsun ya da olmasın, taşıyanla bir hizmet ilişkisi içinde olan bütün şahısları kapsayacaktır<sup>71</sup>. Bu, Borçlar Hukukunda yer alan muavin şahıs kavramından bazı yerde geniş, bazı yerde ise dar bir mefhum olarak karşımıza çıkmakta ve taşıma ile işletmede geçici olarak istihdam edilen kişileri de içine alırken, onların navlun sözleşmesinin ifasında kullanılmasına gerek olmamaksızın taşıyanın adamı kabul edilmesine yol açmaktadır<sup>72</sup>.

#### b) Taşıyanın Görevlileri

Taşıyanın görevlileri, taşıyan tarafından taşımının ifasında görevlendirilmiş olan ve taşıyanın adamları olarak kabul edemeyeceğimiz bütün yardımcı şahısları kapsayacak şekilde ele alınmalıdır<sup>73</sup>. Lahey-Visby Kaideleri'nin 4.maddesinde yer alan “*agent*”, temsilci anlamına gelmek yanında, temsil eden görevli manasını da taşımaktadır. Nitekim hem Lahey-Visby Kaideleri'nin hem de Hamburg Kuralları'nın Almancasında yer alan “*Beaufragten*” terimi de aynı şekilde görevli anlamında kullanılmaktadır.

<sup>70</sup> Örneğin, Yargıtay bir kararında, yükün boşaltma limanında hasara uğramış bir şekilde teslim edilmesine ilişkin açılan bir davada, karada tekel işçilerinin yükleme faaliyetlerini gerçekleştirmeleri nedeniyle olan zarardan taşıyanın sorumlu olmayacağına, yani bunların gemi adamı sayılmayacağına karar vermiştir. Y. TD. 13.10.1960 tarih 1960/341 E. 2599 K. sayılı ilamı.

<sup>71</sup> Yazıcıoğlu, s.117.

<sup>72</sup> Okay Sami, Deniz Ticaret Hukuku II, İstanbul 1971, s.183.

<sup>73</sup> Yazıcıoğlu, s.117.

Taşıyanın görevlileri istif, boşaltma, gönderilene teslim ve ifa yerinin bildirilmesi gibi taşımanın ifasına yönelik olan işleri taşıyanla aralarındaki bir sözleşmeye binaen yerine getiren kişilerdir<sup>74</sup>. Demek ki, taşıyanın görevlilerini taşıyanın adamlarından ayıran unsur, taşıyan ile görevliler arasında bir hizmet ilişkisinin bulunmamasıdır<sup>75</sup>.

Bu yönden, TTK'da taşıyanın görevlileri kavramının karşılığı olmayıp, taşıyanın gemi adamları ve kendi adamları dışında, yardımcı şahıslar olarak nitelendirilen ve BK m.100 kapsamında değerlendirilen kişiler bu mahiyettedirler. Sadece belirtilen borçların ifasıyla görevlendirilip, taşıyanın müstahdemi olmayan bu kişilerin TTK m.1062'de sorumlulukları düzenlenmemiş, bu nedenle BK m.100 gereğince sorumlu kabul edilmişlerdir<sup>76</sup>.

TTK Tasarısı, 1179.maddede taşıyanın adamları içine giren kişiler belirtilirken, gemi adamları, taşıma işinde çalışan ve kendisinin yetkili kıldığı kişiler yanında, taşıyanın taşıma işletmesinde çalışmayan ancak navlun sözleşmesinin ifasında kullandığı diğer kişileri de belirtmektedir. Taşıyanın navlun sözleşmesinin ifasında kullandığı bu kişiler, taşıyana bir hizmet sözleşmesi ile bağlı olmayan, ancak belli bir sözleşme ile geçici olarak sadece o taşıma işi için görevlendirilen kişiler olup, taşıyanın görevlileri kavramı ile örtüşmektedir. Buna göre, TTK'da öngörülme-yen ve TTK m.1062 kapsamında sorumlu tutulmayan bu kişiler, Tasarıda sorumlu kabul edilmeleriyle, Tasarı kanunlaştığı takdirde, Ticaret Kanunu kapsamında değerlendirileceklerdir. Tasarı, bu yönüyle TTK'dan farklı olarak yine uluslararası sözleşmelerdeki taşıyanın yardımcılara ilişkin düzenlemelere paralel bir düzenlemeye gittiği görülmektedir (Lahey/Visby m.4/II (q) , Hamburg Kuralları m.5/I).

#### D. Havayoluyla Yapılan Taşımalarda

Havayoluyla yapılan taşımalar için, iç hukuktaki düzenleme 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu (TSHK) iken, uluslararası açıdan bu konudaki ilk düzenleme 1929 tarihli Varşova Konvansiyonudur<sup>77</sup>. Bunların hükümle-

<sup>74</sup> Vural, s.108, Yazıcıoğlu, s.118.

<sup>75</sup> Yazıcıoğlu, s.118.

<sup>76</sup> Çağa/Kender, s.138, Ülgener, s.62, Vural, s.103. (Mehaz Alman hukukunda da, HGB § 607 haricinde olan ve taşıyanın gemi adamı ile kendi adamı dışındaki bu kişilerin BGB § 278'den sorumlu oldukları kabul edilmiştir. Zaten BGB § 278'de yer alan "Erfüllungsgelilfe" ibaresi, "Leute" kavramından daha geniş olup, borçlu ile bağımlılık ilişkisi olmayan kişileri de kapsar Bu konuda bkz. Herber, s.320, Ilse, s.62 Prüssmann/Rabe, s.578, Schaps /Abraham, s.446.).

<sup>77</sup> Varşova Konvansiyonu olarak anılan "Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralla-

rine baktığımız zaman, TSHK m.127 ve Varşova Konvansiyonu'nun 20 ve Konvansiyon'un Lahey Protokolü ile eklenmiş 25/A maddeleri bize yol göstermektedir. TSHK'nun 127.maddesi taşıyıcının yardımcıları için sadece taşıyıcının adamları tabirini kullanmış, Varşova Konvansiyonun ise 20.maddesinin İngilizce metninde “agents” olan ifade, Fransızca metinde, CMR'deki gibi “préposés” olarak yer almıştır. Buna karşılık konvansiyonun Almanca çevirisinde kullanılan “Leute” tabiridir.

1929 tarihli ilk düzenlemede “préposés” kavramı İngilizce sadece “agents” ile karşılanmışken, daha sonraki Lahey protokolü ile yapılan değişiklikle, aynı kavram “servants and agents” olarak aktarılmıştır. Yani, Fransız hukukunda sadece hizmetlileri karşılayan “préposes” kavramının daha geniş anlaşılması gerektiği bu değişiklikle ortaya konulmuştur. Zira bahsettiğimiz bu maddelerde taşıyıcının, taşımanın yerine getirilmesinde hizmetlerinden yararlandığı kişilerden hiç bahsedilmemektedir. Bu nedenle de Lahey protokolünde bu değişikliğe gitme ihtiyacı hissedilmiştir. Almanca metin her ne kadar sadece “Leute” ifadesine yer verse de, Alman hukuku yönünden de bunu, bu şekilde anlamak gereklidir<sup>78</sup>.

Böylece, havayoluyla yapılan taşımalarda, TSHK ve Varşova konvansiyonunda, karayoluyla yapılan taşımalarda olduğu gibi yine taşıyıcının istihdam ettiği kişiler ve hizmetlerinden yararlanan diğer kişiler olmak üzere iki yardımcı ile karşılaşmaktayız.

#### a) Taşıyıcının İstihdam Ettiği Kişiler

Karayolu ve demiryoluyla yapılan taşımalarda olduğu gibi, bir hizmet akdine bağlı olarak çalışan ve taşıyıcının işletmesinde sürekli olarak görev yapan kişiler taşıyıcının istihdam ettiği kişilerdir. Yine bu kişilerin taşıyıcının istihdam ettiği kişiler olarak belirlenmesinde, taşıyıcı ile aralarındaki hizmet ilişkisinin türü, niteliği ve süresi önemli değildir<sup>79</sup>. Aynı zamanda, bunları taşımanın gerçekleştirilmesine doğrudan doğruya katılmasalar bile

---

rın Birleştirilmesi Hakkında Sözleşme” ve onu değiştiren Lahey Protokolü 03.12.1977 tarih 16128 sayılı RG'de yayımlanan 2073 sayılı kabul kanunuyla Türkiye açısından uygun bulunmuştur. Daha sonra bunlar üzerinde değişiklikler yapan 4 sayılı Montreal Protokolü de kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. 28 Mayıs 1999 tarihli Montreal Konvansiyonu, Varşova Konvansiyonu ve ekleri olan Protokollerde bazı yenilikler meydana getirirken, bazı hükümlerini de almamıştır.

<sup>78</sup> Aynı şekilde Luftverkehrsgesetz § 45. Bu yönde, **Irse**, s.74, **Knöfel**, s.241, **Yeşilova**, s.54-55'deki açıklamalar.

<sup>79</sup> **Arkan; Demiryolu**, s.160-161, **Kırman Ahmet**; Havayolu İle Yapılan Uluslararası Yolcu Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara 1990, s.108.

bu kapsamda değerlendirilirler<sup>80</sup>. Bununla birlikte yine karayolu ve demiryolunda olduğu gibi, taşıma işletmesi dışında başka bir işletmede istihdam edilmiş, taşıyıcının başka bir işletmesine bağlı hizmet sözleşmesi ile çalışanlar bunun dışındadır<sup>81</sup>. Hava taşıyıcısının bu durumdaki kişileri; hava aracında görev yapan mürettebat, bakım personeli, taşıyıcının işletmesine bağlı olarak hava meydanında çalışan yer hizmetlileri, hangar sorumlusu gibi birebir taşıma işinde görev alan kişiler olduğu gibi, şirketin müdür veya yardımcısı, muhasebe elemanı, işletmenin temizlikçisi de bunlar arasında kabul edilirler.

#### **b) Hizmetlerinden yararlanan diğer kişiler**

Taşıyıcı ile aralarında sürekli bir ilişki olmayıp, hiyerarşik olarak da taşıyıcıdan emir ve talimat alma durumunda, olmayan ancak hava taşıma sözleşmesinde taşıyıcıya düşen bazı borçları ifa etmek için görevlendirilmiş kişiler, hizmetlerinden yararlanan diğer kişiler kategorisinde taşıyıcı yardımcısı olarak karşımıza çıkarlar<sup>82</sup>. Nitekim TSHK ve Varşova Konvansiyonunda sadece taşıyıcının adamları ifadesi olsa da, taşıyıcının bilgisi ve gözetimi altında geçici süre ile taşıma ile ilgili işlemleri yerine getirilenler de taşıyıcının adamlarına dâhil edilmekte ve istihdam ilişkisinin varlığı bu biçimde geniş olarak ele alınmaktadır<sup>83</sup>. Bu anlamda, yer ulaşım hizmet servisi, eşya kabul bürosu, yakıt ikmal yapanlar, hava aracını temizleyenler ve taşıyıcının kendilerine tevdi ettiği bölümde taşıma işini gerçekleştiren alt taşıyıcılar, taşıyıcının hizmetlerinden yararlandığı diğer kişilerdir<sup>84</sup>. Ancak uygulamada bu tip yer hizmetlerinin devlet tarafından ifa edilmesi halinde, devletin çalışanlarının taşıyıcının hizmetinden yararlandığı diğer kişiler kategorisine sokulması mümkün değildir<sup>85</sup>.

### **III. Taşıyıcı Yardımcılarının Taşıyıcının Sorumluluğuna Etkisi**

#### **1. Genel Olarak Taşıyıcının Sorumluluğu**

Taşıyıcının bütün eşya taşımalarında taşıma sözleşmesi ile yükümlendi-

80 Arkan; Sorumluluk, s.113, Knöfel, s.256, Kırman, s.108.

81 Arkan; Sorumluluk, s.97, Sözer, s.112.

82 Kırman, s.109, Sözer, s.128, Ülgen Hüseyin; Hava Taşıma Sözleşmesi, Ankara 1987, s. 206, Karayolu açısından aynı yönde Arkan; Sorumluluk, s. 97.

83 Kaner Deniz İnci; Varşova Konvansiyonunda Taşıyıcının Sorumluluğu; Cilt L, Sayı 1-4, İÜHFM 1984, s.427.

84 Kırman, s.109, Sözer, s.128, Ülgen; Hava Taşıma, s.206.

85 Kırman, s.110, Ülgen; Hava Taşıma, s.207. Çünkü devlet tarafından ifa edilen hizmetler, taşıyıcı ile bir ilişkiyi meydana getirmediği gibi, ifayı yapan kurum olan Devlet Hava Meydanları İşletmesi (DHMI) kanunla kurulmuş ve o kanuna binaen görev ifa etmektedir.

ği esas borç, eşyanın bir yerden başka bir yere taşınması için geçen süre içinde eşyaya özen borcudur<sup>86</sup>. Eşyaya özen borcu gereğince, taşıyıcı sorumluluğa tabi sürede eşyayı bakım ve muhafazası altında bulundurmamak zorundadır. Taşıyıcının sorumlu olduğu süre ise, eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alınmasıyla başlamakta, gönderildiği kişiye veya onun temsilcisine teslim edilmesiyle sona ermektedir<sup>87</sup>. Taşıyıcının eşyaya özen borcunun içersine, gecikme sebebiyle meydana gelen ziya ve hasarlar da girmesine karşın, özen borcu dışında kabul edilen ve eşyanın belli bir süre içinde taşıma borcunun yerine getirilmemesinden doğan sorumluluğu da söz konusudur. Böylece, taşıma hukukunda gecikmeden doğan sorumluluk olarak adlandırılan bu sorumluluk ve taşınan eşyanın ziya ve hasarından doğan sorumluluk olmak üzere taşıyıcının iki ana sorumluluğunun varlığından söz edebiliriz. İşte, taşıyıcı yardımcılarının taşıyıcının sorumluluğuna etkisi de, bu iki sorumluluk üzerinden ortaya çıkmaktadır ve her taşıma şekline göre taşıyıcı yardımcılarının taşıyıcının sorumluluğuna etkisi ve taşıyıcının sorumluluğunun hukuki niteliği farklı şekilde karşımıza çıkabilmektedir.

## 2. Taşıyıcı Yardımcılarının Taşıyıcının Sorumluluğuna Etkisi

### A. Karayolu İle Yapılan Taşımalarda

TTK m.782, daha önce yaptığımız ayırmada taşıyıcının çalıştırdığı kişiler ve hizmetlerinden yararlanan diğer kişiler olarak açıkladığımız yardımcılardan kusurlarının, taşıyıcının kendi kusuru hükmünde olduğunu belirtmiştir.

Görüldüğü üzere taşıyıcı açısından bir kusur sorumluluğu olarak öngörülmemiş sorumlulukta, taşıyıcı yardımcılarının kusurlu fiil ve eylemsizliklerinin<sup>88</sup> neden olduğu eşyaya verilen zararlarda, taşıyıcının kendisi aynı şekilde bu kusurlu davranışları yapmış gibi kabul edilmekte ve zararı tazmin etmekle yükümlü olmaktadır.

<sup>86</sup> Bu borç, deniz taşımacılığında yüke özen borcu, karayolu ile taşımacılıkta ise eşyayı koruma borcu olarak adlandırılmaktadır. Bu konuda bkz. **Akıncı Sami**; Deniz Hukuku, Navlun Mukaveleleri, İstanbul 1968, s. 11, **Prüssmann/Rabe**, s.553, **Wüstendörfer**, s. 225, **Arkan; Sorumluluk**, s.47. Bunun yanında, aslında eşyaya özen borcu, eşyanın bir yerden bir yere götürülmesi borcu ile bu götürülme esnasında gerekli özenin gösterilmesi şeklinde iç içe geçmiş iki borcun tek borç şeklinde ortaya çıkmasıdır.

<sup>87</sup> Ancak bunun istisnası, eşyanın önceden taşıyıcıya teslim edilmesi, taşıma sözleşmesinin daha sonra yapılması halidir. Bu durumda, taşıyıcının sorumlu olduğu süre taşıma sözleşmesinin yapıldığı anda başlar.

<sup>88</sup> Eşyada ziya ve hasara yol açan kusurlu davranış, bir hareket şeklinde olabileceği gibi, hareket edilmesi gereken bir durumda hareket etmeme yani pasif bir davranışta bulunma biçiminde de tezahür edebilecektir.

Burada taşıyıcının sorumluluktan kurtulması için taşıyıcının, yardımcısının basiretli bir taşıyıcıdan beklenen özeni gösterdiğini ispatlaması gerekmektedir<sup>89</sup>. Yardımcının kusurlu davranıp davranmadığı yönünden, bizzat taşıyıcıdan taşıma sözleşmesi uyarınca beklenen özeni gösterip göstermediğine bakılır ve yardımcıların kendilerinde var olan kişisel nitelikleri ile bilgi düzeyleri bu durumun saptanmasında nazara alınmaz<sup>90</sup>. TTK m.782'deki düzenleme uyarınca taşıyıcı yardımcıları tarafından meydana getirilen kusur, yardımcıya verilen görevin ifası sırasında olmak zorunda değildir<sup>91</sup>. Yani TTK m.782 gereğince yapılan çalışma ne olursa olsun, taşıma işletmesinde bunun zarar meydana getirecek bir kusura yol açan fiil veya eylemsizliğe imkân vermesi ya da onu kolaylaştırması yeterlidir<sup>92</sup>. Ancak TTK m.782'de kusurdan bahsedilmekteyse de, bu kusur aslında farazi bir kusurdur ve bu yönden BK m.100 ile TTK m.782 arasında pek büyük bir fark yoktur<sup>93</sup>. Çünkü BK m.100'de borçlunun bizzat göstermesi gereken özen nasıl aranıyorsa, farazi kusur yönünden de TTK m.782'de taşıyıcının kendisi ne şekilde özen göstermesi gerekiyorsa yardımcılarından aranan da odur. Taşıyıcının bir taşımada yapması gereken her şeyi yaptığını, buna rağmen zararın doğduğunu ispatlaması yetmeyip, ayrıca yardımcılarının basiretli bir taşıyıcıdan beklenen dikkat ve özeni gösterdiği ispatlamak zorunda olması bunun açık bir göstergesidir.

Belirttiğimiz üzere, taşıyıcının yardımcılarının sorumluluğunda zıya ve hasar sorumluluğu yanında birde gecikmeden doğan sorumluluk söz konusudur. Bu sorumluluk açısından TTK m.780'de öngörülen ise, taşıyıcının kusursuz sorumluluğuna tekabül etmekte, buna karşılık TTK m.782 taşıyıcının yardımcılarının kusurunu kendi kusuru gibi kabul ettiği için, gecikme sorumluluğunun düzenlenişi ile bir çelişki durumu ortaya çıkmaktadır. Bu yüzden, taşıyıcı yardımcılarının gecikmeden doğan sorumluluğundan dolayı TTK m.782'nin uygulanmayacağı ileri sürülmüştür<sup>94</sup>. Bu görüşe göre, TTK m.782'nin kusurlu sorumluluk düzenlemesiyle TTK m.781'in organik bağının olması, sadece zıya ve hasar sorumluluğu için söz konusu olduğunu göstermektedir. Gecikmeden doğan sorumlulukta ise, TTK m.780'le aralarında böyle bir bağ olmadığı için TTK m.782'ye gidilemeyecektir. Gerçekten de,

---

89 Arkan; Sorumluluk, s.98.

90 Arkan; Sorumluluk, s.98, Tandoğan Haluk, s.442.

91 Heuer, s.167.

92 Arkan; Sorumluluk, s.99, Akıncı Sami, s.301, Yeşilova, s.81-82.

93 Arkan; Sorumluluk, s.102, Tandoğan, s.445.

94 Arkan; Sorumluluk, s.102.

zıya ve hasar ile gecikme sorumluluğu arasındaki mahiyet farklılığı ve TTK m.782'de öngörülen kusur sorumluluğu esası, gecikmeden doğan sorumlulukta, taşıyıcı yardımcıları açısından bu hükmün geçerli olmadığını kabul etmemizi sağlamaktadır. O halde, bir taşıma sözleşmesi ile eşya taşınmasında taşıyıcı yardımcılarının gecikmeden doğan sorumluluğunda BK m. 100 hükmü geçerli olacaktır<sup>95</sup>.

Hâlbuki mehzaz HGB § 429, tek madde içinde zıya ve hasar sorumluluğu ile gecikme sorumluluğunu birlikte düzenlediği, sorumlulukların mahiyetlerini aynı esasa tabi tuttuğu için, yardımcılarının sorumluluğunu düzenleyen HGB § 431, gecikmeden doğan sorumluluğa da uygulanmıştır. Buradan anlaşılan, bu konuda TTK'nın mehzazdan ayrıldığıdır<sup>96</sup>.

Uluslararası karayolu taşımasında, CMR m.3, taşıyıcının yardımcılardan doğan sorumluluğunu, yardımcılarının fiil ve eylemsizliklerinin, taşıyıcının kendi fiil ve eylemsizlikleriymiş gibi kabul edildiği şeklinde düzenlemiştir<sup>97</sup>.

3.maddenin metnine baktığımızda, öncelikle, başlangıçtaki "...bu sözleşmenin uygulanması bakımından..." ibaresi nedeniyle, sözleşmede taşıyıcının hangi sebeplerle sorumluluğu öngörülmüşse, yardımcılarının fiil ve eylemsizlikleri nedeniyle de o sebeplerle sorumlu olacağını öngörüldüğünü söylemeliyiz. CMR'nin 17.maddesi ele alındığında da bunların zıya, hasar ve gecikme hallerine inhisar ettiği ortaya çıkmaktadır. Demek ki taşıyıcı yardımcılarının bu tip zararlar vermesi halinde bu madde hükmüne göre sorumlu olarak nitelendirilebilecektir<sup>98</sup>. Ayrıca, burada taşıyıcının yardımcılarının, taşıma sırasında hizmetlerinden yararlanma koşulu söz konusudur. Yani, taşıyıcı yardımcısı ister çalıştırdığı kişiler isterse hizmetlerinden yararlanan diğer kişiler olsun, bunların hizmetlerinden yararlandığı esnada zarara sebep olan bir fiil veya eylemsizliğin meydana gelmesi gereklidir<sup>99</sup>. Her

<sup>95</sup> Arkan; Sorumluluk, s.102, Yeşilova, s.68.

<sup>96</sup> Mehzazdan ayrılma nedeni, ETK m. 903/III'de gecikmeden doğan sorumluluğun düzenlenişinin benzer olması ile açıklanabilir. Ancak, TTK m.780'deki sorumluluk düzenlemesi, ETK m.903'deki sorumluluk düzenlemesinden dahi, daha ağır bir şekilde sadece umulmayan hale dayalı olarak kurtulabilme imkânı tanımıştır. Buna karşın ETK'daki düzenleme mücbir sebep ve fevkalade hale dayalı olarak kurtulma olanağı getiriyordu.

<sup>97</sup> CMR'nin resmi çevirisinde 3.madde "Bu sözleşmenin uygulanması bakımından taşıyıcı, çalıştırdığı kişilerin ve taşımanın yapılması için hizmetlerinden yararlandığı diğer kimselerin görevleri sırasında hareket ve ihmallerinden sanki bu hareket ve ihmalleri kendisi yapmış gibi sorumlu olur" biçimindedir.

<sup>98</sup> Koller, s.940, Yeşilova, s.65.

<sup>99</sup> Hill/Messent, s.29-30, Yeşilova, s.72, Arkan ise, bu konuda taşımanın yerine getirilme-

ne kadar, sözleşmenin İngilizce ve Fransızca metinlerine bakıldığında, sadece hizmetlerinden yararlanan diğer kişilerin taşımanın yerine getirilmesinde kullanılmasının şart olduğu, taşıyıcının çalıştırdığı kişilerde ise, taşımanın yerine getirilmesinde kullanılmasalar bile, bunların fiil ya da eylemsizlikleri neticesi zarar doğmuşsa taşıyıcının sorumlu olduğu biçiminde bir anlam çıkıyorsa da, önemli olan tek başına lafız değil hükmün bütün olarak ruhudur. Hükmün ruhundan ortaya çıkan da, her iki tür yardımcının da aynı şekilde taşımanın yerine getirilmesinde kullanılmaları gereğidir<sup>100</sup>.

Yardımcıların davranışlarının zarara sebep vermesi bakımından, onların görevleri kapsamında bu davranışlarda bulunmaları gerekmektedir<sup>101</sup>. Yardımcıların görevlerinin kapsamındaki davranışlarından sorumluluğun doğması, zaman ve mekân bakımından davranışı sınırlamamakta, davranış ile oluşan zarar arasında amaç bakımında illiyet bağıını tesis etmekte ve taşıyıcının yardımcıların sebep olduğu zararlardan sorumluluğunu geniş bir çerçevede ele almaktadır<sup>102</sup>. Bu anlamda, taşıyıcının eşyayı koruma borcunun ihlal edilmesi ve zararın doğmasının verilen görevin oluşturduğu özel imkân ve fırsat sayesinde gerçekleşmesi unsurları taşıyıcı yardımcısının davranışının görevi kapsamında olduğunu ortaya koyacaktır<sup>103</sup>. Taşıyıcı yardımcısı olan şoförün yolda kaza yaparak eşyayı zarara uğratması birinci duruma, şoförün öngörülen taşıma güzergâhından saparak arkadaşını görmeye gittiği yerde eşyaları çaldırması ikinci duruma örnek verilebilir<sup>104</sup>.

CMR m.3 gereğince, taşıyıcının sorumluluğunun doğması için, TTK'dan farklı olarak yardımcıların kusurlu olması gerekmez<sup>105</sup>. Çünkü açıkça

---

sinde kullanılma şartının sadece hizmetlerinden yararlanan diğer kişileri kapsadığını söylemektedir. Bu konuda bkz. **Arkan; Yardımcılar**, s.323, aynı yönde **Heuer**, s.163-164.

<sup>100</sup> **Clarke A. Malcom** ; International Carriage of Goods By Road : CMR, London 1997, s.192.

<sup>101</sup> **Knöfel**,s.107,**Koller**,s.943.RG'de yayımlanan resmi metinde "...görevleri sırasındaki hareket ve ihmallerinden..." ibaresi geçmektedir. Buna karşılık CMR'nin İngilizce metninde yer alan ifade olan "...within the scope of their employment..." görevlerinin kapsamında biçiminde açık bir ifadeye yer vermektedir. Ancak, CMR'nin Almanca çevirisinde de, görevlerinin yapılması sırasında (...in Ausübung ihrer Verrichtungen...) şeklinde bir tabir bulunmaktadır.

<sup>102</sup> **Akıncı**, s.200, **Hill/Messent**, s.32,**Yeşilova**, s.82. Zararın görevin ifası sırasında doğması gerektiği görüşünde, **Arkan; Yardımcılar**, s.326.

<sup>103</sup> **Yeşilova**, s.84.

<sup>104</sup> Benzer örnekler için bkz. **Arkan; Yardımcılar**, s.328-329, **Yeşilova**, s.84-85.

<sup>105</sup> **Arkan; Yardımcılar**, s.330, **Yeşilova**, s.87.

taşıyıcının yardımcılarının aktif veya pasif olsun davranışlarının meydana getirdiği zararlardan, sanki bunları kendisi yapmış gibi sorumlu olacağı belirtilmiştir. Bu lafza dayalı olarak bir görüşe göre, burada kusur aranmasa da, BK m.100'dekine benzer biçimde bir farazi kusur teorisi üzerine bina edilmiştir ve dolaylı olarak taşıyıcının kusurunu esas alan bir düzenlemenin varlığından söz edilmelidir<sup>106</sup>. Yani somut olaya göre, yardımcının şahsi kusuru aranmamakla birlikte, yardımcının davranışlarının taşıyıcı açısından CMR kapsamında sorumluluk doğuran bir sebep meydana getirip getirmediğine bakılması gerekecektir.

Tasarı, CMR ve CMR'den mülhem yeni HGB hükümleri esas alınarak hazırlandığı için CMR ile benzer hükümler ihtiva etmektedir<sup>107</sup>. Tasarının, 879.maddesi aynen CMR m.3 ve HGB § 428 gibi düzenlenmiş ve taşıyıcı kendi adamları ile taşımının yerine getirilmesinde yararlandığı diğer kişilerin fiil ve ihmallerinden, kendi fiil ve ihmali gibi sorumlu tutulmuştur. Burada, 879.maddenin son cümlesi HGB'dekine benzer bir biçimde görevlerini yerine getirmeleri sırasında fiil ve ihmallerinden bahsetmekte, yardımcılara verilen görev ile zarar arasında illiyet bağı kurmaktadır. Tasarı açısından da sorumluluk kusursuz bir sorumluluk hali olarak düzenlenmektedir.

Demek ki, Tasarı açısından da TTK m.782'den farklı biçimde, CMR'dekine benzer olarak yardımcıların taşıma ile ilgili bir görev ifa ederken eşyaya verdikleri zararlardan dolayı taşıyıcının sorumlu olacağı kararlaştırılmıştır.

Tasarı'daki bir başka durum ise, TTK'da taşıma sözleşmesi ile eşya taşınmasında taşıyıcı yardımcılarının gecikmeden doğan sorumluluğunda BK m. 100 hükmü geçerli olmasına karşın, Tasarı'nın her iki sorumluluk çeşidini ortak sorumluluk şeklinde düzenlemesi ve her iki durum içinde TTK m. 879 kapsamında taşıyıcının sorumluluğunu ortaya koymasıdır.

### **B. Demiryolu İle Yapılan Taşımalarda**

Demiryolu taşınmasında iç hukuk açısından daha önce söylediğimiz üzere Rumeli Demiryolları İşletme Nizamnamesi ve TTK'nın taşımaya ilişkin hükümlerine bakmak gerekecektir. Fakat Rumeli Demiryolları İşletme Nizamnamesinde bu yönde bir hükme rastlamamaktayız. Bu nedenle, TTK

<sup>106</sup> Yeşilova, s.88 ve dn.216'daki açıklamalar. CMR m.3, BK m.100 ve HGB § 278'in benzerliği açısından aynı yönde bkz. Arkan; Yardımcılar, s.330.

<sup>107</sup> Tasarının madde gerekçesinin ilk cümlesine göre, "Yardımcıların kusurundan doğan sorumluluğu düzenleyen bu madde, CMR'nin 3 üncü maddesinden aynen alınmıştır; hükme tekabül eden bir düzenleme 1998 tarihli Reform Kanunu ile değişik Alm. TK.'nın 428 inci paragrafında yer almaktadır."

m.764 gereğince saklı tutulmuş İşletme Nizamnamesinde hüküm bulunmaması halinde TTK hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, TTK m.782 hükmü, TCDD'nin yardımcılarının eşyaya verdikleri zararlarda uygulama alanı bulacaktır. Demiryolu işletmesinin yardımcılarının kusurları ile meydana getirdikleri zararlardan, TCDD kendi kusuru gibi sorumlu olur<sup>108</sup>. Yargıtay'da bu yönde kararlar vermiştir<sup>109</sup>. Bu konuda Rumeli Demiryolları İşletme Nizamnamesi yetersiz ve çok eski olup, özel bir hüküm bulunmaması ihtilafları arttırmaktadır. Hâlbuki yabancı hukukta da, genel taşıma hukuku düzenlemeleri yanında özel düzenlemelere rastlamaktayız. Örneğin, Alman hukukunda, HGB hükümleri yanında, demiryoluna ait ayrıntılı bir düzenleme olan EVO<sup>110</sup> taşıyıcı demiryolu işletmesinin zıya hasar ve gecikmeden doğan sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler yapmıştır<sup>111</sup>. Söz konusu hükümler, EVO § 31–33 arasındadır. Bu hükümlerde yer alan düzenlemeler, demiryolu taşıyıcısının eşya taşımada zıya ve hasarda taşınan eşyanın niteliğine göre sorumluluğunun sınırlanması, eşyaların teslim edilmesi gereken sürede teslim edilmemesi halinde zıya uğramış sayılmasına ilişkin durum ve teslimde gecikme haline ilişkin sorumluluk sınırlamasıdır. Ancak taşıyıcı yardımcılara dair bir kaide olmayıp, taşıma hukukuna ait HGB hükümleri geçerli olmaya devam etmektedir.

Demiryolunun taşımada gecikmesi halinde bundan dolayı tazminat sorumluluğu ise TTK m.780 uyarıncadır. Burada da Türkiye içinde yapılan karayolu taşımalarında olduğu gibi gecikmeden doğan sorumluluk ile zıya ve hasardan doğan sorumluluk açısından hukuki nitelik farklılığı ortaya çıkacaktır. Oysa mehz HGB yönünden eski düzenlemede böyle bir farklılık olmadığı gibi, yeni düzenlemede de farklılık yoktur. Bizde de Tasarı'nın yasalaşması sonucu bu farklılığın ortadan kalkacağını söyleyebilmekle birlikte, demiryolu taşımacılığı açısından Ticaret Kanunu yanında gecikme ile zıya ve hasar sorumluluğuna ait en azından EVO gibi bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu aşikârdır.

Uluslararası demiryolu ile eşya taşınmasında geçerli olan COTIF açısın-

<sup>108</sup> Arkan Sabih; Demiryolu İşletmesi, s.69.

<sup>109</sup> Y. Tic. D. 10.7.1972 tarih 1972/3090 E. 1972/3454 K. sayılı ilamı bkz. **Zeynelioğlu Ahmet**; Taşıma Hukuku, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 1993, s.127 dn.2.

<sup>110</sup> Eisenbahn-Verkehrsordnung. 1.10.1938 tarihinde, HGB § 458/I hükmüne binaen düzenlenen EVO, 8.9.1938 tarihinde yürürlüğe girmiş, daha sonra AB hukukunun iç hukuka alınması kapsamında 20 Nisan 1999 tarihinde büyük değişikliğe uğramıştır. En son, 20.7.2007 tarihinde, § 4'ün yürürlükten kaldırılması şeklinde yapılan bir değişiklik söz konusudur.

<sup>111</sup> **Heinschel**, s.237.

dan, taşıyıcı yardımcılarının sorumluluğuna ait hüküm ise CIM § 50'de yer almaktadır.

Demir yolu işletmesinin CIM § 50'ye göre sorumlu olabilmesi için, taşıma sözleşmesinin varlığı şart olup, haksız fiil hükümlerine göre bir istek bu kapsamda değildir<sup>112</sup>.

Demiryolu işletmesinin yardımcıları olan hizmetliler ve hizmetlerinden yararlanan diğer kişilerin fiillerinden kendi fiili imiş gibi sorumlu olup, ancak bunlardan doğan sorumluluğu için bunlara belli bir taşıma için görev verilmiş olunması şart değildir. Yani taşımanın gerçekleştirilmesinde kullanılma şartı hizmetlerinden yararlanan diğer kişilerde geçerli olup, birebir taşıma işinin icrasına katılmayan fakat hizmetli olanların eşyaya zarar vermeleri halinde, demiryolu işletmesi sorumludur<sup>113</sup>. CIM § 50/1, bunu ortaya koyar şekilde kaleme alınmıştır<sup>114</sup>. Mamafih demiryolu işletmesinin hizmetlilerinin gönderen veya gönderenin talebiyle aslında demiryolunun sorumluluğunda olmayan bazı işleri yapmaları halinde, husule gelen zıya ve hasar demiryolu işletmesine yüklenemez. Zira bu durumda hizmetli talepte bulunanın nam ve hesabına hareket etmiş sayılır<sup>115</sup>. Örneğin yükleme demiryolu taşıyıcısının üzerinde bir yükümlülük olmadığı halde, demiryolu işletmesinin gönderenin talebi üzerine adamlarını yüklemeye yardım etmek için göndermesi ve yükleme sırasında eşyanın zıya ve hasara uğramasında demiryolu işletmesinin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Demiryolu, sadece kendi yardımcılardan değil, aynı zamanda aradaki tüm demiryolu taşıyıcılarının yardımcılardan da CIM § 35'e göre sorumlu tutulmuş olup, müteakip taşıma yapan demiryolu taşıyıcıları arasında müte-selsil sorumluluğu düzenleyen maddedir.

CIM uyarınca, demiryolunun sorumluluğu açısından yardımcılarının kusurlu olmasına gerek yoktur. Demiryolu taşıyıcısının sorumluluğu, CIM § 36/2'ye göre bu kişilerin fiilleri, kaçınılmaz ve sonuçları önlenemez bir olay olmadıkça, eşyaya verilen zararlardan dolayı kârîne olarak kabul edil-

---

<sup>112</sup> Arkan; Demiryolu, s.161.

<sup>113</sup> Arkan; Demiryolu, s.162, Heinschel, s.238.

<sup>114</sup> CIM § 50/1 ile Eski HGB'nin Demiryollarında Eşya ve İnsan Taşıma başlıklı 7.Bölümünde düzenlenen "ifa yardımcıları" alt başlığındaki § 456'nın benzer olması nedeniyle, esasen CIM 50/1'in mehzazı olan eski HGB § 456'da bu yönde ilkenin kabul edildiği yönünde, **Arkan; Demiryolu**, s.162. Karayolunda taşımaya ait eski HGB § 431'de de aynı şekilde düzenleme yer almaktaydı ve bu hüküm TTK m.782 olarak mevzuatımıza girmişti.

<sup>115</sup> Arkan; Demiryolu İşletmesi, s.69, Heinschel, s.239.

miştir<sup>116</sup>. Bununla beraber, CIM § 32/3 gibi sorumluluğun demiryolunun kusuruna bağlandığı hallerde, yardımcılardan da kusurlu fiilleriyle eşyaya zarar vermeleri gerekmektedir<sup>117</sup>.

CIM § 50/2, demiryolunun yardımcılarının ilgilinin talebi üzerine taşımaya ilişkin belge olan hamule senedini düzenleyip, bunu çıkış garı resmi lisanı ile yazma<sup>118</sup> ya da demiryoluna ait olmayan başka hizmetleri yerine getirme ihtimalinden bahsetmekte, bunların sebep olduğu zararlardan demiryolunun sorumlu olmayacağını hüküm altına almaktadır. Çünkü talep üzerine söz konusu işleri yapan demiryolunun hizmetlisi ilgilinin vekili sıfatıyla bu işlemleri yerine getirmektedir. Ancak talebin olmamasına rağmen demiryolunun yardımcıları bu işlere girişirlerse, elbette ki CIM § 50/1 uyarınca demiryolunun sorumluluğu ortaya çıkaracaktır.

#### **C.Deniz Yoluyla Yapılan Taşımalarda**

TTK m.1062'ye göre "taşıyan, kendi adamlarının ve gemi adamlarının kusurlarından, kendi kusuru gibi mesuldür". Hüküm gereğince taşıyanın sorumluluğu için yardımcılarının kusuru şart kılınmıştır. Daha önce değindiğimiz üzere, Tasarı m. 1179'da yer alan taşıyanın adamları, navlun sözleşmesinin ifası ile görevlendirilmiş olsun ya da olmasın, taşıyanla bir hizmet ilişkisi içinde olan bütün şahısları kapsamakta ve bu anlamda TTK m.1062'de yer alan kendi adamları ve gemi adamlarını da içine almaktadır. Yaptığımız ayırmada, taşıyanın görevlileri olarak nitelendirdiğimiz diğer yardımcı şahıslar ise, taşıyan tarafından taşımanın ifasında görevlendirilmiş olan ve taşıyanın adamları olarak kabul edemeyeceğimiz bütün yardımcı şahısları içine almakta ve TTK m.1062, bunları kapsamadığı için bugünkü mevzuat açısından BK m.100 hükmüne tabi olmaktadır.

Buna göre, taşıyan TTK m.1062 uyarınca taşıyanın adamları olarak belirttiğimiz yardımcılardan kusurları nedeniyle taşınan eşyada meydana gelen zararlardan kendi o kusuru işlemiş gibi sorumlu olmaktadır.

Bu TTK m.782'de öngörülen sorumlulukla aynı niteliktedir. Ancak TTK m.1062/2 hükmü TTK m.782'den bir farklılık meydana getirmektedir. O da taşıyanın adamlarının zarara neden olduğu teknik kusur ticari kusur ayrımıdır. Çünkü TTK m.1062/2'de yer alan kural gereği, zarar geminin sevkine veya başkaca teknik idaresine ait bir hareketin veya yangının neticesi olduğu takdirde taşıyan yalnızca kendi kusurundan sorumlu tutulmuş, yardımcılarının kusurları nedeniyle sorumlu sayılmamıştır. Demek ki, taşıyan sadece

<sup>116</sup> Arkan; Demiryolu, s.163, Heinschel, s.240.

<sup>117</sup> Arkan; Demiryolu, s.163.

<sup>118</sup> CIM metninde yer alan "çeviri yapar" ibaresini bu şekilde anlamak lazımdır.

yardımcılarının ticari kusurlarından sorumlu tutulmaktadır. Burada teknik kusur geminin sevkine ait hareketler ve başkaca teknik idaresi olarak ayrılmış olup, sevkine ait hareketlerden gemiye ait bütün manevralar, deniz trafik kurallarına uyma, geminin yönetime dair her türlü aracını kullanmada yanlış davranma olarak anlaşılır. Diğer teknik kusur halleri ise geminin yolculuk esnasında geminin sefere elverişli halde tutulmasına yönelik durumları kapsamaktadır<sup>119</sup>. Bu bakımdan taşımada, taşınan eşyanın niteliğine göre ambarlarda yer alan ısıtma ve soğutma tertibatının bakımı gibi durumlar bunun içine girmez<sup>120</sup>. Esasında başkaca teknik kusur kavramı oldukça muğlâk bir kavram olup, bu konu doktrinde tartışmalıdır. Bilhassa teknik kusur ile ticari kusur ayrımının yapılabilmesi bu tip kusurlarda oldukça zordur<sup>121</sup>. Ayrımın yapılabilmesi için önemli olan zararın eşyaya ilişkin bir faaliyetin icrasına yönelik olup olmadığıdır. Zira gemiye ait bir hizmete yönelik yapılan hareketlerle ortaya çıkan zarar, teknik kusur neticesi ortaya çıkmış bir zarardır<sup>122</sup>.

Ancak, birçok olayda taşıyanın adamlarınca gemi için alınacak tedbirler aynı zamanda taşınan eşya içinde alındığından, gemiye yönelik alınan bir tedbirin eşyaya zarar vermesi durumu ortaya çıkabilir. Bu halde, taşıyanın adamlarınca sebep olunan zarardan sorumluluğu için zararı meydana getiren hareketteki amaca bakılmalı, buna göre yapılan hareketin ağırlığının ne tarafta olduğuna göre, durumun ticari bir kusur olup olmadığı sonucuna varılmalıdır<sup>123</sup>.

Eşya ile ilgili taşıyanın adamlarının bakım ve muhafazaya yönelik kusurlarının ticari kusur olarak sayılması bakımından, eşyaya yönelik olarak yapılması gerekli olan yükleme, boşaltma, istifleme, elden geçirme ve bazı yükler içinde havalandırmanın bu yönde yapılan hareketler olduğunu ve bunlardan dolayı ortaya çıkan zararlarda kesin olarak ticari kusur nitelendirilmesinin yapıldığını ayrıca söylemek gereklidir<sup>124</sup>.

Bunlarla birlikte zarar, taşıyanın adamlarının geminin yolculuğun başlangıcındaki denize, yüke ve yola elverişli olmamasından kaynaklandığında taşıyanın adamlarının meydana getirdikleri zararın teknik kusur ticari kusur olmasının bir önemi yoktur. Ayrıca da, haksız sapmanın varlığı halinde taşıyan, adamlarının meydana getirmiş oldukları sevk kusuru ve teknik idare

119 **Çağa/Kender**, s. 156–157, **Okay**, s.217, **Prüssmann/Rabe**, s.579.

120 **Çağa/Kender**, s. 157, **Prüssmann/Rabe**, s.580.

121 **Çağa/Kender**, s. 157.

122 **Prüssmann/Rabe**, s.580, **Schaps /Abraham**, s.452.

123 **Prüssmann/Rabe**, s.580, **Ülgener**, s.82.

124 Bu konuda bkz. **Çağa/Kender**, s. 158, **Prüssmann/Rabe**, s.580, **Schaps /Abraham**, s.453, **Ülgener**, s.82.

kusurundan kaynaklanan zararlardan sorumlu olacaktır<sup>125</sup>. Ancak taşıyan haksız sapma gemi adamlarının rotanın yanlış hesabı, gidilecek yerin yanlış tayin edilmesi gibi teknik kusurdan doğmuşsa eşyada meydana gelen zararlardan sorumlu değildir. Sapmadan sonra yolculuğun bütün rizikosu taşıyanda olmakta ve bu haksız sapmadan sonra gemi adamlarının teknik kusurlarından dolayı ortaya çıkan eşya zararlarından sorumlu olmaktadır<sup>126</sup>. Bu bağlamda, sapmadan sonra zarar gemi adamlarının teknik kusuru sonucu doğmuşsa taşıyan, sapmanın haksız olmadığını<sup>127</sup> veya haksız sapma olmasaydı dahi aynı zararların meydana geleceğini ispat ettiği takdirde doğan zararlardan sorumlu olmayacaktır<sup>128</sup>.

TTK m.1062/2, taşıyanın yardımcılardan doğan sorumluluğuna ait olmak üzere teknik kusur ticari kusur ayrımı yanında, sorumluluktan kurtulmada bir imkân daha getirmiş olup, o da yangındır. Hükme göre, taşıyan yangının neticesi olarak eşyada ortaya çıkan zararlardan da ancak kendi kusuru varsa sorumludur. Bu halde taşıyanın adamlarının neden olduğu bir yangından doğan eşyadaki zıya ve hasarlardan taşıyan kendine izafe edilebilecek herhangi bir kusurunun olmadığını ispatlarsa sorumlu olmayacaktır.

Yangın, gemide ya da karada eşyanın taşınmak üzere taşıyanca teslim alındığı andan varma limanında gönderilene teslim edileceği ana kadarki zaman içinde olduğunda taşıyan bu sorumluluktan kurtulma sebebine dayanabilecektir<sup>129</sup>. Yangının teknik bir kusur nedeniyle ortaya çıkması halinde taşıyan bundan yine TTK m.1062/2'deki teknik kusur ticari kusur ayrımına dayanarak kurtulabilir. Ancak yangın taşıyanın yardımcılardan bilhassa taşıyanın adamlarının geminin denize, yola ve yüke elverişli olmamasından kaynaklanıyorsa, yani TTK m.1019 hükmünü ihlal ediyorsa taşıyan bundan sorumludur<sup>130</sup>. Bu konuda bir görüş, yardımcılardan meydana getirdiği yangın sonucu oluşan zararlarda, eğer yangın ticari bir kusurdan ileri gelmişse, taşı-

<sup>125</sup> Prüssmann/Rabe, s.580-581, Seven, s.165, Ülgener, s.79. Haksız sapma hakkında bilgi için bkz. Akan Pınar; Sapma Halinde Taşıyanın Sorumluluğu, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, İstanbul 2001, s.696-698.

<sup>126</sup> Çağa/Kender, s.56.

<sup>127</sup> Türk Hukukunda haklı sapma sayılan haller; TTK m.996 uyarınca önlemeyen hal nedeni ile sapma ve TTK m.1091 uyarınca can ve mal kurtarma için ya da sırf geminin menfaatleri icabı olmaksızın başka bir nedene dayanarak rotadan ayrılmadır.

<sup>128</sup> Seven, s.165, Tekil Fahiman; Deniz Hukuku, İstanbul 1993, s.202.

<sup>129</sup> Çağa/Kender, s. 158, Prüssmann/Rabe, s.583, Schaps /Abraham, s.458, Ülgener, s. 88.

<sup>130</sup> Çağa/Kender, s. 159, Prüssmann/Rabe, s.583-584, Wüstendörfer, s.274.

yanın sorumlu olduğu yönündedir<sup>131</sup>. Karşı görüş ise, yangın isterse yardımcıların ticari kusurundan ileri gelsin taşıyanın bundan sorumlu olmadığıdır<sup>132</sup>. Bu görüş, kanun koyucunun temelde sadece yangın olayını sorumluluktan kurtulmakta göz önüne aldığını, yangının hangi sebepten ileri geldiğini aramadığını bundan dolayı da yangın neden ileri gelirse gelsin taşıyanın sorumluluktan kurtulmada bunu ileri sürebileceğini kabul ettiği için doğrudur<sup>133</sup>. Yangında yardımcıların ticari kusurunun olmasının taşıyanı sorumlu kılmayacağını kabul eden karşı görüşün bir başka gerekçesi ise, bu fıkra hükmü üzerinden ticari kusurdan dolayı taşıyanı sorumlu tutmanın düzenlemeyi anlamsız kılacağı, taşıyanın teknik kusurdan zaten sorumsuzluğunun olmadığı vaki iken, böyle bir düzenlemeye gerek olmadığı yönündedir<sup>134</sup>.

TTK düzenlemesinde kusur bakımından söylenebilecek son bir nokta ise, doktrinde taşıyanın adamlarının kusurunun aslında gerçek bir kusur olmayıp farazi bir kusur olduğu, çünkü tedbirli bir taşıyanın özeninin esas alınmasının söz konusu olduğu, hâlbuki eğer taşıyanın adamlarının kusurundan bahsediyorsak, onların göstermek zorunda oldukları onlar için geçerli özen derecesinin dikkate alınması lazım geleceği düşüncesidir<sup>135</sup>. Buna göre de, BK m.100 düzenlemesi ile TTK m.1062'nin paralel olduğu, her iki halde de taşıyanın göstermesi gereken özenin dikkate alındığı kabul edilmektedir<sup>136</sup>. Bununla birlikte, metin olarak TTK m.1062'de taşıyanın sorumluluğu için taşıyanın adamlarının kusuru şart kılınırken, BK m.100'de yardımcı şahısların işlerini icra ederken meydana getirdikleri zarardan dolayı borçlunun sorumlu olacağı ortaya konulmakta, yardımcının kusurundan söz edilmemektedir. Bu bakımdan da her iki hükümde sorumluluğun şartlarında fark ortaya çıkmaktadır<sup>137</sup>. İşte buna dayanan bir diğer görüş, taşıyan bizzat kendisi bir eşya zararına sebep olduğu hallerde sorumlu tutulabilecek ise, aynı durumda eşyanın zararına sebep olan taşıyanın adamlarının ika ettiği zararlardan sorumlu olacağı,

131 **Wüstendörfer**, s.274–275.

132 **Çağa/Kender**, s. 159, **Prüssmann/Rabe**, s.583,**Schaps /Abraham**, s.460, **Seven**, s.167.

133 **Seven**, s.167.

134 **Çağa/Kender**, s. 159.

135 **Seven**, s.110–111. Bu konudaki doktrindeki tartışmalar ve çoğunluk görüşü için bkz. **Çağa/Kender**, s. 139.

136 Bu görüşü ileri sürenler, HGB § 607 ile BGB § 278'in aynı paralel düzenlemeye sahip olması durumuna dayanmaktadırlar. Bu konuda bkz. **Seven**, s.111. Gerçekte Alman hukukunda kusur konusunda bu iki düzenlemede de paralellik olduğu kesindir. Bkz. **Ilse**, s.62,**Wüstendörfer**, s.269.

137 **Çağa/Kender**, s. 138. BK m.100 açısından bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 351 vd.

taşıyanın adamlarının bir kusurunun söz konusu olmadığı hallerde ise, taşıyan için herhangi bir sorumluluğun doğmayacağını iddia etmektedir<sup>138</sup>.

Kanımızca, bu iki görüşten birinci görüş daha uygundur. Zira BK m.100'e göre, borçlu yardımcının zarara yol açan davranışını bizzat yapmış olsaydı, bu davranış kendisi için kusur olarak sayılabilecekse, doğan zarardan sorumlu olduğu gibi, TTK m.1062'de de taşıyanın adamlarının bizzat taşıyandan beklenen özeni göstermemeleri sonucu yaptıkları bir hareket ile ortaya çıkan zarardan taşıyan sorumlu tutulmaktadır. Bu bakımdan da BK m.100 ile TTK m.1062'nin ortaya koyduğu sorumluluk hali birbirine benzemektedir<sup>139</sup>. Her iki hükümde sorumluluğun şartlarında fark ortaya çıkması, aslında taşıyanın adamlarının kusurunun ve aynı şekilde taşıyanın da kusurunun aranmaması açısından pek bir anlam ifade etmemektedir. Zaten TTK m.1062 taşıyanın adamlarından dolayı sorumluluğu belirlerken, BK m.100'den doğan sorumluluğu ortadan kaldırmamıştır<sup>140</sup>. Kanımızca, TTK m.1062'de taşıyana ilişkin bir sorumluluk düzenlenmesinin BK m.100'e paralel olması, kanuni düzenlemenin sistematikliğini sağlama yanında deniz ticaret hukukunda var olan sorumluluğun deniz varlığıyla sınırlı olması nedeniyle de alâkalıdır.

Nitekim TTK m.1062'nin kapsamadığı taşıyanın hareketlerinden sorumlu olduğu kişiler açısından, BK m.100'ün geçerli olması, TTK m.1062 ile BK m.100'ün benzer bir düzenleme taşıması gerektiğinin bir başka kanıtı olarak ortaya çıkmaktadır.

TTK m.1062'nin, taşıyanın adamları açısından getirdiği düzenleme sadece zıya ve hasar sorumluluğundan ortaya çıkmakta olup, zaten gecikmeden doğan sorumluluk taşıyan açısından düzenlenmediğinden buna ilişkin hallerde ortaya çıkacak zararlarda BK m.100 hükümleri cari olmaktadır<sup>141</sup>.

TTK m.1062'nin deniz yoluyla yapılan taşımalarda taşıyanın görevlileri adını verdiğimiz, taşıyanın yardımcılarını içine almadığını birkaç kez dile getirmiş olmakla beraber, Tasarı açısından, bu durumun farklı olduğunu söylemeliyiz. Çünkü daha öncede değindiğimiz üzere, Tasarı 1179.maddenin birinci fıkrasında sadece taşıyanın adamları olarak taşıyıcı yardımcılarını tanımlarken, ikinci fıkrasında bunların kim olduklarını açıklamış ve bizim taşıyanın adamları olarak nitelendirdiklerimiz dışında taşıyanın görevlileri

<sup>138</sup> Akıncı, s.301–302, Okay, s.184.

<sup>139</sup> Korur, s.66, TTK m.782 için de aynı yönde, Arkan; Sorumluluk, s.102.

<sup>140</sup> Çağa/Kender, s. 138. Alman Hukuku açısından da aynı şekilde BGB § 278'in geçerli olduğu yönünde Herber, s.318, Ilse, s.62, Prüssmann/Rabe, s.576.

<sup>141</sup> Çağa/Kender, s. 131–132.

olarak bahsettiğimiz kendisini temsile yetkili kıldığı kişilere ve işletmede çalışmayıp navlun sözleşmesinin ifasında kullandığı kişilere de yer vermiştir<sup>142</sup>. Bu açıdan, Tasarı artık taşıyanın görevlilerini de kapsar mahiyette hem ziya hasar hem de TTK'dan farklı olarak gecikmeden doğan sorumluluğu da içine alır vaziyette bir sorumluluk sistemi getirmekte olup<sup>143</sup>, esasen Tasarının 1178.maddesinin gerekçesinden de anlaşıldığı üzere, Hamburg Kurallarının 5.maddesindeki hüküm Tasarıda göz önüne alınmıştır.

Tasarı bakımından 1179.madde ile getirilen düzenleme, TTK 1062/1'den farklı bir biçimde olumsuz bir cümle kurma yöntemiyle ortaya konulmuş olup, taşıyanın adamlarının kastından veya ihmalden doğmayan bir sebepten ileri gelen zararlardan taşıyanın sorumlu olmadığını kabul etmektedir. İyi bir ifade şekli olmayan bu kast ve ihmal terimleri ile aslında taşıyanın adamlarının kusurundan bahsedilse de, bunun yine TTK m.1062/1'de öngörülen şekilde tedbirli bir taşıyandan beklenen özen ve dikkate bağlı olması nedeniyle farazi kusur olarak öngörülmüştür.

Tasarının 1179.madde hükmü, esasen TTK m.1062 gibi Lahey-Visby Kaidelerinin 4. maddesinin ikinci fıkrasının (q) bendine uygun olarak düzenlenmiş olup, taşıyanın sorumluluktan kurtulması için hem zararın sebebini, hem de bu sebebin doğumunda kendisinin veya adamlarının kusurunun bulunmadığını, daha doğrusu taşıyandan beklenen gerekli özenin gösterildiğini ispatlaması gerekmektedir.

Bunun yanında taşıyanın adamlarının fiilinin zarara sebep olması bakımından yardımcının işi ve görevi ile irtibatı da aynı TTK m.1062/1'deki gibidir. Yani Tasarının 1179.maddesi bakımından taşıyanın adamlarının iş veya görevi ile dolaylı da olsa bir bağlantı bulunması yeterlidir. Ayrıca icra

---

142 Tasarının taşıyanın görevlileri ayırımına yer vermeyip, bütün taşıyanın yardımcılarını sadece taşıyanın adamları olarak nitelendirmesi kanımızca eleştirilmelidir. Tasarının 1179.maddesinin gerekçesinde taşıyanın adamları teriminin, taşımacılıkla ilgili mahkeme kararları dikkate alınarak tanımlandığı belirtilse de, uluslar arası metinlerde ve bunlara dayalı olarak doktrinde her iki taşıyıcı yardımcısını ayırabilmek ve buna göre hukuki nitelendirmeyi özellikle taşıyanın sorumluluğu açısından yapabilmek için getirilen ayırımın korunak Tasarıya aktarılması uygundu.

143 **Madde 1178 - (1)** Taşıyan, navlun sözleşmesinin ifasında, özellikle eşyanın yükletilmesi, istifi, elden geçirilmesi, taşınması, korunması, gözetimi ve boşaltılmasında tedbirli bir taşıyandan beklenen dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür.

(2) Taşıyan, eşyanın ziyaı veya hasarından yahut geç tesliminden doğan zararlardan, ziya, hasar veya gecikmenin, eşyanın taşıyanın hâkimiyetinde bulunduğu sırada meydana gelmiş olması şartıyla sorumludur.

sırasında sebebiyet vermeleri aranmaz. Hamburg Kuralları'nın 5. maddesinde taşıyanın yardımcıları açısından da benzer bir düzenleme söz konusudur<sup>144</sup>. Bununla birlikte Hamburg Kuralları'na göre, taşıyan yardımcılardan doğan sorumluluktan kurtulabilmek için taşıyanın veya yardımcılarının zarar veren olayı ve sonuçlarını önlemek için makul olarak alınması gerekli tedbirleri aldıklarını ispatlamaları gerekmektedir. Bu surette taşıyan sorumluluğun kusur unsurunu ortadan kaldırır<sup>145</sup>. Bu bakımdan Lahey-Visby Kaideleri ile bir fark olmamakla birlikte Hamburg Kuralları'nda esasta en önemli farklılık olarak taşıyanın adamlarının ve görevlerinin teknik kusurdan doğan sorumsuzluğu söz konusu olmadığı için kusurun teknik kusur ticari kusur şeklinde ayırımına gerek duyulmamaktadır<sup>146</sup>. Aynı zamanda Hamburg Kuralları yangından doğan zararlar açısından da farklı bir düzenlemeye sahiptir. Esasta taşıyanın yardımcılarının yangına sebep vermesi sonucu ortaya çıkan zararlar açısından Hamburg Kuralları da yangına ilişkin bir ilke öngörmüştür. Fakat Hamburg Kurallarında, yangın açısından durum, Lahey/Visby Kaidelerindeki gibi mutlak bir sorumsuzluk değil, taşıyan lehine ispat yükümlülüğü tersine çevrilmiş bir sorumluluk olarak bulunmaktadır. Yani Hamburg Kuralları'nın yangından taşıyanın sorumluluğunu düzenleyen 5/IV (a) maddesi, eşyanın zıya hasar veya gecikme ile teslimine sebep olan yangının varlığında, taşıyanın kusurunun mevcudiyetini kabul etmemiştir<sup>147</sup>. Burada taşıyanın yahut adamlarının kusuru ile zarara sebep olan yangında, bunların yangını söndürmek ve sonuçlarını önlemek veya hafifletmek için alınması makul surette beklenebilecek tedbirleri almadıklarını zarar gören ispat etmekle yükümlü hale getirilmiştir. İspat yükünün tersine çevrilmesi, Hamburg Kurallarında teknik kusurdan sorumsuzluk ilkesinin terk edilmesinin bir bakıma karşılığıdır<sup>148</sup>.

Oysaki TTK m.1062/2'de taşıyanın yangından ileri gelen zararlarda kendisinin kusurunun olmadığını ispatlamak yükümlülüğü vardır. Tasarı'nın 1180.maddesi ise, taşıyanın yardımcılarının taşıyanın sorumluluğuna etkisi bakımından, yangın zararlardan doğan durumlarda, taşıyanın sorumluluktan kurtulmasında Lahey/Visby Kaidelerini esas alarak kusursuzluğunu ispat yükümlülüğünü taşıyanın üzerinde bırakmıştır.

<sup>144</sup> Herber, s.320, Ilse, s.70, Knöfel, s.110, Yazıcıoğlu, s.121.

<sup>145</sup> Yazıcıoğlu, s.94

<sup>146</sup> Ilse, s.233, Yazıcıoğlu, s.94

<sup>147</sup> Ilse, s.234.

<sup>148</sup> Yazıcıoğlu, s.103 dn.290.

Bütün bunlar yanında taşıyanın yardımcılardan doğan sorumluluğundan kurtulmada Hamburg Kuralları'nda, Lahey/Visby Kaideleri'nden ayrıca öngörülmiş özel haller olan canlı hayvan taşınması ve güvertede yükün taşınması da sorumluluktan kurtulma da söz konusudur<sup>149</sup>.

Tasarı yasalaştığı takdirde 1179. madde ile Lahey-Visby Kaideleri'nin 4.maddesi düzenlemesi, taşıyanın yardımcılarının taşıyanın sorumluluğuna etkisine ilişkin Hamburg Kuralları'nın 5.maddesinin düzenlemelerinden navlun sözleşmesinin ifasına katılan taşıyanın görevlilerinin taşıyanın sorumluluğundaki etkisi ve gecikmeden doğan zararları içine alan hükümlerinin bir ticaret kanunu kaidesi olarak karşımıza çıkacağını söylemeliyiz.

#### **D. Havayoluyla Yapılan Taşımalarda**

TSHK m.127'de taşıyıcının adamları ile ilgili hükümde, taşıyıcının adamlarının bizzat eşyalarda meydana gelen zararlardan sorumlu olmaları haline münhasır olarak kendilerinden talepte bulunulması halinde sorumluluktan ne şekilde kurtulacakları düzenlenmişken, taşıyıcı yardımcılarının taşıyıcının sorumluluğuna etkisini hüküm altına alan 123.maddedir. Taşıyıcının sorumluluktan kurtulması başlığı altında, "Taşıyıcı kendisinin ve adamlarının zararı önlemek için gerekli olan bütün tedbirleri aldıklarını veya bu tedbirleri alma olanağı bulunmadığını ispatlarsa sorumluluktan kurtulur". Bunun yanında, TSHK m.121 ve m.122'de taşıyıcının havayoluyla eşya taşınmasına ilişkin sorumluluğuna dair kurallar bulunmaktadır.

Bu maddelerden 121.madde, eşyanın zıya ve hasara uğramasında, zararlar havayoluyla taşıma sırasında meydana gelmişse taşıyıcı sorumludur derken, havayoluyla taşınan eşyanın bir havaalanında veya bir hava aracında veya havaalanı dışına inilmesi halinde o yerde taşıyıcının muhafaza ve nezareti altında bulunması gereken süre dâhilinde olması durumlarını kapsadığını ve bu durumda taşınan eşya için TTK m.781'in uygulanacağını belirtmiştir. TTK m.781'e atıf nedeniyle taşıyıcının buradaki muhafaza ve nezaret yükümlülüğü ve bundan doğan sorumluluğun ortaya çıkacağı zaman, eşyanın taşınmak üzere teslim alındığı andan taşınanın bitirilmesini sağlayan teslim edildiği andır. Yani eşyanın zilyetliğinin taşıyıcıya geçmesi ile bu süre başlarken, gönderilene eşyanın zilyetliğinin geçirilmesi ile süre bitmektedir.

Zıya ve hasardan doğan sorumluluğu ortaya koyan 121.maddede "zarara sebebiyet veren bir olay" ifadesi ile zarara sebep olan tüm vakılardan taşı-

<sup>149</sup> Bu konuda bkz. **Yazıcıoğlu**, s.104 vd.

yıcının sorumlu olduğu açıkça gösterilmiştir<sup>150</sup>.

121.madde ayrıca biraz önce de değindiğimiz üzere, havayolu ile taşınmanın ne anlama geldiğini göstererek taşıyıcının ve yardımcılarından doğan sorumluluğunun var olduğu zamanı belirlemektedir. Buna göre, eşyanın taşıyıcı tarafından havaalanına depo edilmesi ya da resmi makamlarca yapılan kontroller sırasında zarara uğraması taşıyıcının sorumlu olmasına neden olacaktır. Çünkü bu durumlar hava taşımamı kesmez<sup>151</sup>. İç taşımada eşyanın depoya konulması durumunda da taşıma sözleşmesinin içeriği önem kazanacak, taşıyıcının eşyayı depoya tesliminin taşıma sözleşmesi açısından taşımamı sona erdirmesi halinde taşıyıcı sorumlu tutulamayacak aksi halde ise, depoya teslim taşıyıcının sorumluluğunu sona erdirmeyecektir<sup>152</sup>.

TSHK m.121/3 havayolu ile taşımada sorumlu olunan zamanı, taşınmanın havaalanının dışında karada, denizde ve iç sularda yapılan taşımamı içine almayacağını göstermiştir. Ancak maddenin devamına göre, söz konusu taşımamalar havayoluyla taşıma sözleşmesinin ifasına yönelik olarak teslim, yükleme ve aktarma amacıyla yapılmış ise aksi sabit olmadıkça meydana gelen zararlar havayolu ile taşıma süresi içinde addolunmaktadır. Buna göre, havayoluyla taşıma sözleşmesinin dâhilinde teslimin vuku bulduğu ve taşıyıcının ve taşıyıcı yardımcılarının fiillerinden bu durumlarda sorumlu olduğu yönünde bir karine söz konusudur.

121.maddede bir diğer ifade ise, tescil ettirilmiş eşyadır. Burada önemli olan taşıyıcının kendisinin ve yardımcılarının fiillerinden doğan sorumluluğunun tescil ettirilmiş eşya açısından geçerli olduğudur. Tescil ettirmenin anlamının ise kabul ve taşıyıcıya teslim edilmeden farklı olmadığını söylemeliyiz<sup>153</sup>.

TSHK m.121'de eşyaya gelen zıya ve hasardan doğacak sorumluluk yanında, 122.maddesinde taşıyıcının eşyanın taşınmasında gecikme halindeki zararlardan da sorumlu olduğunu ortaya koymuştur. Elbette ki taşıyıcı yardımcılarının fiilleri gecikmeye neden olduğu takdirde, taşıyıcının sorumluluğunun varlığı da birazdan değineceğimiz TSHK m.123 muvacehesinde olacaktır.

Gecikmenin, genel anlamda taşınan eşyanın varma yerine zamanında ulaşamaması olduğunu biliyoruz. Havayoluyla taşımada gecikme durumları-

<sup>150</sup> Ülgen; Hava Taşıma, s.174. Oysaki TSHK m.120'de yolcunun uğradığı zarar nedeniyle taşıyıcının sorumluluğu sadece kaza hallerine münhasır kılınmıştır.

<sup>151</sup> Ülgen; Hava Taşıma, s.175.

<sup>152</sup> Bu bakımdan özellikle uluslararası bir taşıma açısından gümrüğe ve antrepoya teslimine yönelik görüşler için bkz. Arkan; Sorumluluk, s.56-57, Özdemir, s.113-118, Ülgen; Hava Taşıma, s.173-174.

<sup>153</sup> Ülgen; Hava Taşıma, s.178.

nın belirlenmesinde tarifeler önemli olacaktır. Taraflar sözleşmede eşyanın ne zaman gönderilene ulaşacağını kararlaştırabilirler. Bu durumda tarifeye uygun olarak vaktinde eşyanın ulaşmamasıyla gecikme ortaya çıkacaktır. Yalnız tarifelerde belirtilen iniş ve kalkış saatleri açısından özellikle hava taşımada meydana gelen hal ve şartlar göz önünde tutularak gecikme durumunun varlığı kabul edilmelidir<sup>154</sup>.

Taşıma sözleşmesinin tarafları sözleşmede açıkça bir ulaşma anı kararlaştırmamışlarsa, diğer taşıma şekillerinde de olduğu gibi taşımanın objektif olarak makul süre içerisinde icra edilmesi esas alınacaktır. Pek tabii ki burada da, hava taşımada kendine has özellikleri aynı şekilde gecikmenin belirlenmesinde önem taşır.

Gecikmenin hangi süre aşıldığı takdirde var olacağı konusunda ise, eşya taşımalarına yönelik TSHK m.121'deki hüküm dikkate alınarak belirlenebilir. 121.maddenin fıkralarının bütün olarak ele alınması durumunda hava taşımada için gecikme eşyanın taşıyıcıya teslim edildiği andan gönderilene teslim edileceği ana kadar ki, buna biraz önce değindiğimiz yükleme, aktarma ve teslimde geçen zamanda dâhildir, geçen sürenin aşılması durumunda vaki olur. Buna taşıyıcı yardımcılarının fiilleri neden olmuşsa taşıyıcı bundan sorumludur.

Havayolu taşıyıcısının yardımcılarının fiilleri ile verdikleri ister zıya hasar isterse gecikme zararları olsun taşıyıcı, TSHK m.123'de yer alan kurtuluş imkânlarına dayanarak sorumluluktan kurtulabilir. Bunlar, yardımcılarının zararı önlemek için bütün tedbirleri almış olduklarını veya yardımcılarının bu tedbirleri alma olanağının olmadığını kanıtlamaktır. Buradan da anlaşılacağı üzere taşıyıcı yardımcılarının hareket ve eylemsizlikleri ile eşyaya verdikleri zararlardan, taşıyıcı o davranışı kendi yapmış gibi sorumlu tutulmuştur.

TSHK m.123'de böyle iki kurtulma imkânının konulmasının nedeni zararın sebebinin bilinip bilinmemesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Zararın sebebinin bilinmesi halinde zararın ortaya çıkmasında yardımcılarının basiretli bir taşıyıcıdan beklenebilecek bütün tedbirleri almış olduklarını ispatlamak zorunludur. Sebebin bilinmemesi halinde ise, zararı doğurma durumu olacak bütün nedenler ele alınarak bütün hepsi bakımından yardımcılarının gerekli tüm tedbirleri almış olduğunu taşıyıcı gösterecektir<sup>155</sup>. Burada taşı-

<sup>154</sup> Ülgen; *Hava Taşıma*, s.182. Gecikmede eşyanın havayoluyla taşınmasında havada geçirdiği süre değil, varma yerine zamanında ulaşılmaması esas alınmalıdır.

<sup>155</sup> Mücbir sebepten doğan zararlarda taşıyıcı tedbir alma imkânının bulunmadığı bir halden zararın oluştuğunun farkındadır. Ancak sebebi bilse de mücbir sebebin varlığını ispatlamasıyla sorumluluktan kurtulabilmektedir.

manın uygun şekilde icrasına ilişkin tedbirlerin alındığını ispatlamak yetmez<sup>156</sup>.

Uluslararası hava taşımaları açısından değindiğimiz şekilde Türkiye'nin taraf olduğu Varşova Konvansiyonu'nun 20 ve Lahey Protokolü ile değişik 25/A maddeleri taşıyıcı yardımcılarının taşıyıcının sorumluluğuna etkisini düzenlemektedir. Esas olarak TSHK'nın bahsettiğimiz hükümleri Lahey Protokolü ile değişik Varşova Konvansiyonu'ndan alındığından<sup>157</sup> burada TSHK'daki taşıyıcının sorumluluğu ve taşıyıcı yardımcılarının buna etkisi yönünde söylediklerimiz aynen geçerlidir. Ancak elbette ki, Konvansiyon ile TSHK arasında bazı farklı noktalar vardır ve taşıyıcı yardımcılar açısından somut olayın niteliğine göre bu farklı noktalar gözetilmelidir. Buna ek olarak, her iki metin açısından taşıyıcının sorumluluğunun hukuki niteliğine ilişkin de bir değerlendirme yapmamız gereklidir.

Varşova Konvansiyonu'na göre, taşıyıcı kendi fiil ve ihmalden sorumlu olduğu gibi adamlarının fiil ve ihmalden sorumludur. Bu açıdan TSHK'da öngörülen taşıyıcının yardımcılardan doğan sorumlulukla arasında bir fark yoktur.

Taşıyıcı yardımcılarının zararın önlenmesine yönelik gerekli tedbirleri almamış olmaları ve onları alma imkânının olmadığını kanıtlaması tıpkı TSHK m.123 gibi, Varşova Konvansiyonu m.20'ye göre de taşıyıcıyı sorumluluktan kurtarmaktadır.

Taşıyıcının taşıyıcı yardımcılardan doğan bir sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için adamlarının vazifelerini ifa ederken zararın meydana gelmesi gereklidir. Yani, yardımcılardan görevi dışında hareket etmesi durumunda zararın doğması, yardımcılardan dolayı taşıyıcının sorumlu olmasına yol açmaz<sup>158</sup>.

Doktrinde yer alan görüşlerin çoğunluğuna göre Varşova Konvansiyonu'nda taşıyıcının dolayısıyla da taşıyıcının yardımcılardan doğan sorumluluğu, bir kusur sorumluluğudur<sup>159</sup>. Ancak bu sorumluluk kusur karinesine dayanan bir sorumluluk olarak ortaya konulmuş, taşıyıcının veya yardımcılarının gereken bütün tedbirleri aldığını ve buna rağmen zararın önlenemediği-

<sup>156</sup> Ülgen; Hava Taşıma, s.188, Kaner; s.446-447.

<sup>157</sup> TSHK'nin taşıyıcının sorumluluğuna ait 120 ile 132.madde hükümleri Lahey Protokolü ile değişik Varşova Konvansiyonun 17 vd. hükümlerinden alınmış olup, TSHK m.120, 121, 122, 123, 125 ve 127 sırasıyla Lahey Protokolü ile değişik Varşova Konvansiyonu m.17,18, 19, 20, 23 ve 25/A hükümleri paralelindedir.

<sup>158</sup> Kaner, s.427, Ülgen; Hava Taşıma, s.207.

<sup>159</sup> Kaner, s.428, Özdemir Atalay; Hava Taşıyıcısının Sorumluluğu, Ankara 1982, s.29 vd. (yayımlanmamış doktora tezi), Sözer, s.93,

ni ya da tedbirleri almaya imkân olmadığını ispatlaması zaruri tutulmuştur<sup>160</sup>. Yani taşıyıcı tarafından gösterilmesi gereken özen yükümü objektif esaslara bağlanmıştır<sup>161</sup>.

Bununla birlikte bir başka görüş, taşıyıcının Konvansiyonun 20.maddesinde öngörülen karineyi çürütmekle sorumluluktan kurtulduğunu, bu vakaların objektif bir nitelik taşıdığını, bu sebeple taşıyıcının ve yardımcılarından doğan sorumluluğun ihtimam borcuna dayanan fakat mahiyeti itibariyle objektif sorumluluk olarak nitelendirilmesi gereken bir mesuliyet türü olduğunu savunmaktadır<sup>162</sup>. Ancak bu objektif sorumluluk bu görüş sahiplerine göre tehlike sorumluluğu mertebesine ulaşmamaktadır<sup>163</sup>.

Kanımızca burada, sorumluluğun niteliğini subjektif ve objektif olarak ayıran iki görüşten, subjektif sorumluluğu öngören görüş, 1975 yılında Varşova Konvansiyonun değiştiren 4.sayılı Montreal Protokolünün getirdiği değişikliklerle artık sadece gecikme zararları açısından Montreal Protokolü ile değişik olan metin açısından doğrudur. Böylece Montreal Protokolü ile değişik Varşova Konvansiyonu açısından eşyanın zıya ve hasarından doğan zararlarda getirilen değişikliklerle objektif sorumluluk esası benimsenmiştir<sup>164</sup>. Montreal Protokolü ile değişik Konvansiyon zıya ve hasar sorumluluğu ile gecikmeden doğan sorumluluk açısından farklı bir hukuki nitelik benimsemiş hale gelmiştir. Buna karşılık halen yürürlükte olan değişik olmayan metin açısından zıya hasar ve gecikme sorumluluğunda bir değişiklik söz konusu değildir<sup>165</sup>.

Özellikle, Varşova Konvansiyonunun 20.maddesinin değiştirilerek eşya zararlarında sadece gecikmeye tabi kılınması, buna karşılık Protokolün IV. maddesi ile 18.maddenin tamamen ortadan kaldırılarak, taşıyıcının eşya zıya

<sup>160</sup> Kaner, s. 428

<sup>161</sup> Kırman, s.94.

<sup>162</sup> Kaner, s.473, Özdemir, s.132, Ülgen; Hava Taşıma, s.157-159.

<sup>163</sup> Doktrinde bu sorumluluğun tehlike sorumluluğuna çok yaklaştığı yönünde görüş ileri sürülenler de vardır. Bkz. bu konuda Ülgen; Hava Taşıma, s.159 ve dn. 20'de anılan yazarlar.

<sup>164</sup> Kırman, s.17, Kaner, s.466-467, Özdemir, s.132

<sup>165</sup> Tam adı "Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Sözleşme" olan Varşova Konvansiyon'unun uygulamada aksayan bazı yönleri için bazı değişiklik Protokolleri zaman içinde akit devletlerce kabul edilmiştir. Bunlar 1955 tarihli Lahay Protokolü, dört adet olan 1975 tarihli Montreal Protokolleridir. Bunun dışında sözleşme dışı alanla ilgili 1952 tarihli Roma Mesuliyet Konvansiyon'u ve 1961 tarihli Guadajara Sözleşmesidir. 1952 tarihli Roma Mesuliyet Konvansiyon'unun bazı hükümleri 1978 tarihli Montreal Protokolü ile değişikliğe uğramıştır.

ve hasarından dolayı sorumluluktan ancak m.18/3'de yer alan dört bentteki durumlardan birinin veya birkaçının varlığını ispatlamasıyla sorumluluktan kurtulabilmesi bunu açık olarak göstermektedir. Böylece 1975 tarihli Montreal Protokolü'nden önce zıya ve hasar sorumluluğu açısından yer alan ve halen TSHK m.123.maddesinde bulunan sübjektif sorumluluk esasını Montreal Protokolü ile değişik metin açısından ortadan kaldırarak, TSHK ile Montreal Protokolü ile değişik Varşova Konvansiyonu arasında fark meydana gelmiştir. Ancak gecikme zararları açısından eski sorumluluk sistemi devam ediyor olup, buna yönelik olarak daha önce ileri sürülen sorumluluğun objektif sorumluluk olduğuna dair görüşler yerinde değildir. Zira bahsedilen durumları ortaya koyan vakıaları ispatlamakla taşıyıcının sorumluluktan kurtulması, sorumluluğun objektif bir nitelik arz ettiği yolundaki görüş için yeterli sayılamaz. Çünkü taşıma hukukunda eşyayı koruma borcunun varlığı, özen yükümlülüğü çerçevesinde taşıma şekillerine ilişkin taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasında objektif temellere bağlaması, onu kusur sorumluluğundan ayırmaz<sup>166</sup>. Her ne kadar daha Montreal Protokolüyle değiştirilmeden önceki hükümde taşıyıcı açısından gösterilmesi gereken özenin mutad özen kavramından farklı olup, daha ağır bir sorumluluk getiriyor olması, sorumluluğun Montreal Protokolü ile değişik Varşova Konvansiyonu'na ait metinde gecikmede ve değiştirilmeden önce zıya ve hasar sorumluluğu için ağırlaştırılmış bir kusur sorumluluğu olduğunu göstermekteydi<sup>167</sup>. Böylece Montreal Protokolü ile değişik metin bakımından taşıyıcının yardımcılarından dolayı hukuki sorumluluğun niteliği yönünden bu iki durum geçerlidir.

### 3. Taşıma Şekillerine Göre Taşıyıcı Yardımcılarının Taşıyıcının Sorumluluğuna Etkisinin Karşılaştırılması

İç hukuk düzenlemeleri açısından bakıldığında karayolu ve demiryoluyla yapılan taşımalarda taşıyıcının taşıyıcı yardımcısından doğan sorumluluğu aynı mevzuat çerçevesinde olduğundan, sorumluluğun hukuki niteliğinin zıya ve hasar şeklindeki zararlarda kusura dayanması ile taşıyıcının sorumluluktan kurtulma yolları paraleldir. Buna karşılık gecikmeden doğan yardımcılarından ileri gelen sorumluluk bakımından karayolu ve demiryolu taşıyıcısının sorumluluğu TTK hükümlerine değil BK m.100 hükümlerine tabidir. Bu açıdan taşıyıcı yardımcılarından gecikmeden doğan sorumluluğu da akdi yönden kusura dayalı bir sorumluluk olarak kabul edilmektedir.

Bunlara nazaran deniz yoluyla taşımada taşıyanın yardımcılarından do-

<sup>166</sup> Bu açıdan deniz taşımaları için TTK m.1061'e yönelik açıklamalar için bkz. **Çağa/Kender**, s.136 ve karayolu taşımaları için **Arkan; Sorumluluk**, s.60-61.

<sup>167</sup> **Kırman**, s.95.

ğan sorumluluğu da karayolu ve demiryolu taşımalarında olduğu gibi hukuki nitelik bakımından aynı şekilde kusur sorumluluğu olarak düzenlenmiştir. Taşıyanın yardımcılardan doğan sorumluluktan kurtulması bakımından ise karayolu ve demiryolu taşımacılığında farklı olarak teknik kusur ticari kusur ayrımı getirilmiştir. Uluslararası deniz yoluyla eşya taşımacılığında Lahey Kaideleri'nden alınmış olan ve Lahey/Visby Kaideleri'nde de korunan teknik kusur ticari kusur ayrımı neticesi, taşıyan adamlarının teknik kusur ile eşyaya verdikleri zararlardan sorumlu olmamakta, yangından doğan zararlarda ise, yardımcılarının verdiği zararlardan ilke olarak sorumlu kabul edilmemektedir. Gecikme zararlarında ise biraz önce karayolu ve demiryolunda gecikmeye zararlarına ilişkin söylediklerimiz aynı şekilde deniz taşımasında da geçerlidir.

TSHK ile havayolu taşımacılığında ise taşıyıcının yardımcılardan doğan sorumluluğu da bir kusur sorumluluğu olup, taşıyıcı açısından sorumluluktan kurtulma objektif ölçülere bağlanarak ağırlaştırılmış bir kusur sorumluluğu meydana getirilmiştir. Yani havayolu taşıyıcısının kusursuzluğunu ispat yeterli olmamakta, TSHK m.123'de gösterilen iki hali kanıtlanması gerekmektedir.

Uluslararası kara taşımalarında geçerli olan CMR'de zıya ve hasar ile gecikme bakımından birlikte düzenlenen sorumluluğun niteliğine bakarsak, bu yumuşatılmış kusursuz bir sorumluluktur ve taşıyıcı ancak CMR m.17/2'deki sayılan haller yahut kaçınamayacağı ve sonuçlarını önleyemeyeceği bir olayın zarara sebep olduğunu ispatlamakla sorumluluktan kurtulabilmektedir. Bu durum demiryolu taşımaları için CIM § 36/2'de de söz konusudur<sup>168</sup>.

Deniz yoluyla taşımalara ait uluslararası konvansiyonlardan hem Lahey/Visby Kaideleri hem de Hamburg Kuralları taşıyanın yardımcılardan doğan sorumluluğunu kusur sorumluluğu olarak düzenlemişlerdir. Bununla birlikte her iki konvansiyondaki sorumluluk açısından en önemli fark, değindiğimiz üzere Hamburg Kuralları'nın gecikme sorumluluğunu düzenlemesi ve sorumluluktan taşıyanın yardımcılarının teknik kusurlarından yararlanarak kurtulma olanağı tanınmamasıdır. Ancak Hamburg kurallarında yer alan güverte yükü ve canlı hayvan taşınmasına ilişkin sorumluluktan kurtulma durumları Lahey/Visby Kaideleri'nde söz konusu değildir. Lahey/Visby Kaideleri canlı hayvanların diğer eşyalar bakımından söz konusu olmayan susuzluk, havasızlık, bulaşıcı hastalık taşıma gibi bazı tehlikelerle karşı karşıya olması nedeniyle bunları eşya kavramında saymazken, güvertede taşınacağı yazılan ve fiilen böyle taşınan eşyaları da navlun sözleşmesi açısından

<sup>168</sup> Aslında CIM 36/2'de yer alan bu hüküm, daha sonraki konvansiyon olan CMR'ye, CIM'den ilham alınarak getirilmiştir.

eşya kabul etmediğinden iki konvansiyon arasında böyle mübâyenet ortaya çıkmıştır<sup>169</sup>. Yangın zararlarından dolayı taşıyanın yardımcılardan doğan sorumluluktan kurtulması her iki konvansiyonda da mevcuttur. Ancak Hamburg Kuralları'nda ispat yükünün zarar görene yüklenmesi, yani ispat yükü bakımından taşıyan lehine bir hükme yer verilmesi iki konvansiyon açısından var olan başka bir farklılıktır.

Hava taşımalarında Varşova Konvansiyonunun ortaya koyduğu sorumluluğun hukuki niteliği ise, diğer uluslararası taşıma şekillerine göre bambaşka bir nitelik arz etmektedir. Ziya ve hasar sorumluluğu açısından Konvansiyon'un 4.sayıllı Montreal Protokolü ile değişik metni kusursuz bir sorumluluk öngörülürken, gecikmede ise kusurlu sorumluluk esasını benimsemiştir. Bu bir yönden TTK'nın kara taşımalarına ilişkin ziya ve hasar ile gecikmeye ilişkin sorumluluk sistemlerinin yer değiştirilerek düzenlenmesi gibidir.

Sözleşmenin 18.maddesinin üçüncü paragrafına göre, ziya ve hasar taşıyıcı eşyanın tabiatından ve ayıbından, kendisinin veya yardımcılarının dışındaki bir şahıs tarafından yükün hatalı paketlenmesinden, bir savaş hali veya silahlı çatışma halinden veya eşyanın giriş, çıkış veya transit geçişi ile ilgili kamu otoritesinin tamamlanmış bir fiilinden ileri geldiğini ispatladığı takdirde sorumluluktan kurtulabilmektedir. Bu hüküm CMR m.17/4'de altı bent olarak sadece ziya ve hasar sorumluluğunda öngörülen özel kurtulma sebeplerine benzemektedir. CMR içinde, sadece bunların ispatlanmasının taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasına yettiği gibi, Varşova Konvansiyonu'nda da taşıyıcının ziya ve hasar sorumluluğundan kurtulmasında bu belirttiklerimizi ispatlaması yeterli olacak ayrıca zararın sebebini kanıtlamasına gerek duyulmayacaktır.

Gecikmeden doğan zararlar için ise, Varşova Konvansiyonu ve Konvansiyon'un Montreal Protokolü ile değiştirilmiş metninin hükümleri açısından bir fark bulunmamaktadır. Bu anlamda taşıyıcının yardımcılardan dolayı gecikmeden doğan sorumluluğu ağırlaştırılmış bir kusur sorumluluğudur.

#### KAYNAKÇA

**Akan Pınar**; Sapma Halinde Taşıyanın Sorumluluğu, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, İstanbul 2001.

**Akıncı Sami**; Deniz Hukuku, Navlun Mukaveleleri, İstanbul 1968.

**Akıncı Ziya**; Karayoluyla Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR, Ankara 1999.

**Arkan Sabih**; CMR Hükümlerine Göre Yardımcıların Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65inci Yaş Armağanı, Ankara 1988. **(Yardımcılar)**

<sup>169</sup> Yazıcıoğlu, s.104 vd.

- Arkan Sabih**; Demiryolu İşletmesinin Eşya Taşımalarından Doğan Sorumluluğu, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından II. Taşımacılık Sempozyumu, Ankara 1985. (**Demiryolu İşletmesi**)
- Arkan**; Demiryoluyla Yapılan Uluslararası Eşya Taşımaları, Ankara 1987. (**Demiryolu**)
- Arkan Sabih**; Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara 1982.
- Clarke A. Malcom** ; International Carriage of Goods By Road : CMR, London 1997.
- Çağa Tahir/Kender Rayegân**; Deniz Ticaret Hukuku II, Navlun Sözleşmesi, 8. Bası, İstanbul 2005.
- Eren Fikret**; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 9. Bası, İstanbul 2006.
- Heinschel Helmut**; Güter - Transportrecht für Eisenbahn, Kraftverkehr und Binnenschiffahrt, Berlin 1993.
- Herber Rolf**; Seehandelsrecht Systematische Darstellung, Berlin- New York 1999.
- Heuer Klaus**; Die Haftung des Franchtführers nach dem Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassengüterverkehr, Hamburg 1975.
- Hill D.J/Messent A.D**; CMR: Contract For The Carriage of Goods by Road, London 1995.
- Ilse Hinnerk Jan**; Haftung des Seegüterbeförderer und Durchbrechung von Haftungsbeschränkungen bei qualifiziertem eigenem und Gehilfenverschulden, Hamburg 2005.
- Kaner Deniz İnci**; Varşova Konvansiyonunda Taşıyıcının Sorumluluğu; Cilt L, Sayı 1-4, İÜHFM 1984.
- Kendigelen Abuzer/Aydın Alihan**;"Karayolu İle Uluslararası Eşya Taşınma Sözleşmesine İlişkin Antlaşma (CMR)-Resmi Çeviriye İlişkin Sorunlar ve Bir Serbest Çeviri Denemesi", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55.Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul 2002.
- Kırman Ahmet**; Havayolu İle Yapılan Uluslararası Yolcu Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara 1990.
- Knöfel Susanne**; Die Haftung des Güterbeförderers für Hilfspersonen, Hamburg 1995.
- Koller Ingo**; Transportrecht, Kommentar 5. Auflage, München 2004.
- Korur Ergin**; İş Sahibinin Yardımcı Şahsın Fiillerinden Doğan Sorumluluğu, Ankara 1977.

- Oğuzman M. Kemal / Öz Turgut**; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1995.
- Okay Sami**; Deniz Ticaret Hukuku II, İstanbul 1971.
- Özdemir Atalay**; Hava Taşıyıcısının Sorumluluğu, Ankara 1982, (yayımlanmamış doktora tezi)
- Özdemir Turkay**; Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku Zıya ve/veya Hasar Sorumluluğu, İstanbul 2006.
- Prüssmann Heinz/Rabe Dieter**; Seehandelsrecht, 4. Auflage München 2000.
- Schaps Georg/Abraham H. J.**; Das Seerecht in der Bundesrepublik Deutschland Kommentar und Materialsammlung, Berlin- New York 1978.
- Sözer Bülent**; Taşıyanın Taşıma Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümlere İlişkin Bazı Meseleler ve Görüşler, Batider, C.XIV, S.2, Ankara 1987.
- Tandoğan Haluk**; Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961.
- Tekil Fahiman**; Deniz Hukuku, İstanbul 1993.
- Tekinay Selahattin Sulhi /Akman Sermet/ Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.
- Thume Karl Heinz/Seltmann Delmer**; Kommentar zur CMR, Übereinkommen über den Beförderungvertrag im internationalen Strassengüterverkehr, Hiedelberg 1997.
- Thur Von Andreas**; Borçlar Hukuku, C.I-II (Çev: Av. Cevat Edege), Ankara 1983.
- Tunçomağ Kenan**; Türk Borçlar Hukuku, C.I, Genel Hükümler, İstanbul 1976.
- Ülgen Hüseyin**; Türk Hukukunda Ve Milletlerarası Hukukta Karayolu İle Yolcu Ve Bagaj Taşıma, İkinci Taşımacılık Sempozyumu, 24–25 Ocak 1985, Ankara 1985. **(Sempozyum)**
- Ülgen Hüseyin**; Hava Taşıma Sözleşmesi, Ankara 1987. **(Hava Taşıma)**
- Ülgener Fahmi**; Taşıyanın Sorumsuzluk Halleri, İstanbul 1991.
- Vural Seven**; Taşıyanın Yüke Özen Borcunun İhlalinden Doğan Sorumluluğu, Ankara 2003.
- Wüstendörfer Hans**; Neuzeitliches Seehandelsrecht, 2. Auflage, Tübingen 1950.
- Yazıcıoğlu Emine**; Hamburg Kurallarına Göre Taşıyanın Sorumluluğu, Lahey/Visby Kuralları İle Karşılaştırmalı Olarak, İstanbul 2000.
- Yeşilova Ecehan**; Taşıyıcının CMR Hükümlerine Göre Yardımcı Şahısların Ve Müteakip Taşıyıcıların Eylemlerinden Doğan Sorumluluğu (CMR madde 3, 34 vd.), Ankara 2004.
- Zeynelioğlu Ahmet**; Taşıma Hukuku, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 1993.

# TAKSİTLE SATIMDA ALICININ TEMERRÜDÜ HALİNDE SATICININ SEÇİMLİK HAKLARI

*Yrd. Doç. Dr. Mehmet ALTUNKAYA\**

## ÖZET

Taksitle satım sözleşmesi, Borçlar Kanunu madde 222-224 arasında düzenlenmiştir. Medenî Kanun 764-765'te yer alan mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 6/A'da yer alan taksitle satışa ilişkin hükümler de aynı konu ile ilgilidir. Bütün düzenlemelerde, daha çok sözleşmenin zayıf tarafı olan alıcıyı koruyucu hükümler bulmak mümkündür. Taksitle satımda alıcının temerrüdü halinde satıcı, gecikmiş taksidin ifası ve gecikme tazminatı isteme, sözleşmeden dönme ve satılan şeyin mülkiyetini isteme hakkına sahiptir. Ayrıca, muacceliyet kaydı varsa, geri kalan borcun tamamının ödenmesinin istenilmesi de mümkündür.

**Anahtar Kelimeler :** Taksitle satım sözleşmesi, alıcının temerrüdü, sözleşmeden dönme, muacceliyet kaydı.

## ABSTRACT

Installment sale agreement has been regulated in Code of Obligation between articles 222-224. Reservation of ownership agreement regulated in articles 764-765 of Civil Code and the clauses relating to installment sale regulated in article 6/A are concerned with the subject stated. In all regulations, clauses in favor of creditor being the weak part of the agreement can be found frequently. In case of default of the creditor in installment sale, seller has the alternative rights of requesting performance of delayed installment and damages due to delay, dissolution of agreement and requesting ownership of the sold thing. Furthermore it is possible to request rest of the debt should there is acceleration clause in the agreement.

**Key Words :** Installment sale agreement, default of the creditor, dissolution of agreement, acceleration clause

## I. Genel Olarak

Taksitle satım, satıcının, bedeli tamamen ödenmeden malı alıcıya teslim ettiği, alıcının da satım parasını taksitlerle ödeme borcu altına girdiği satım-

---

\* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

dır<sup>1</sup>. Sadece taşınır satımına konu olan mal ve haklar taksitle satım kapsamına girer. Nitekim, BK. m. 222/I'de “menkul bir mal” ifadesi kullanılmıştır. Taşınmazlarda ise taksitle satım hükümleri uygulanmaz<sup>2</sup>. Buna karşılık, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar taksitle satıma konu olabilir<sup>3</sup>.

Bir hukukî işlemin taksitle satım olarak nitelendirilebilmesi için, bedelin taksitler halinde ödenmesi gerekir. Diğer taraftan, taksitle satım için, satılının alıcıya hiç olmazsa taksitlerin bir kısmının ödenmesinden önce teslim edilmiş olması gerekir. Taksitlerin birbirine eşit veya vadeler arasındaki sürelerin aynı olması şart değildir<sup>4</sup>. Taksitle satım için taksitlerin birden fazla olması yeterlidir. Böylelikle taksitle satımdan sözede bilmek için en az

1 Guhl/Merz/Kummer, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Auf. Zürich 1991, 305; Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, İstanbul 1990, 301; Feyzioğlu, N. Feyzi, Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, C. I, İstanbul 1980, 144; Bilge, Necip, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971; 111; Çörtoğlu, Sahir, Tüketicinin Korunması Yönünden Taksitle Satım Sözleşmeleri, AİTİA Dergisi, C. 6, S. 1-2, Ankara 1974, 265; Zevkliler, Aydın/Havutçu, Ayşe, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007, 84; Aral, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2006, 179; Serozan, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 2006, 178; Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, İstanbul 2006, 117; Aslan, Yılmaz, Tüketici Hukuku, Bursa 2004, 314; Akıncı, Şahin, Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Konya 2004, 80; Ozanoğlu, Hasan, Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara 1999, 45; İnceoğlu, Murat, Taksitle Satımlarda Tüketicinin Korunması, İstanbul 1998, 1; 2008 tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı madde 252'de, “taksitle satış, satıcının, satılan taşınırı alıcıya satış bedelinin ödenmesinden önce teslim etmeyi, alıcının da satış bedelini kısım kısım ödemeyi üstlendikleri satışır” şeklinde tanımlanmıştır (Bkz. T.C. Adalet Bakanlığı, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Ankara 2008, 62 vd.).

2 Giger, Hans, Kommentar zum geplanten Konsumkreditgesetz, Zürich 1980, Art. 226a, N. 5; Ansay, Tuğrul, Türk Borçlar Hukukuna Göre Taksitle Satışlar ve Satıcı, Ankara 1954, 30; Tandoğan, 299; Bilge, 113; Zevkliler/Havutçu, 85; Aral, 180; Yavuz, 117; Ozanoğlu, 60.

3 Tandoğan, 302; Zevkliler/Havutçu, 85; Aral, 180; Yavuz, 117.

4 Becker, Herman, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV, Obligationenrecht II. Abt., Bern, 1934, Art. 226, N. 6; Tandoğan, 301; Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul 1977, 320; Zevkliler/Havutçu, 85; Aral, 180; Yavuz, 117; Aslan, 317; Akıncı, Özel Hükümler, 80; Ozanoğlu, 57; İnceoğlu, 2.

iki taksidin bulunması gerekir<sup>5</sup>.

Taksitle satım, daha çok peşin olarak alım gücüne sahip olmayan, ekonomik olarak zayıf durumda bulunan alıcıların başvurduğu bir sözleşme tipidir. Bazen bu sözleşmede satıcının ekonomik gücünü kötüye kullanma ihtimali olabilir. Bu sebeple taksitle satım sözleşmesi kanun koyucu tarafından özel olarak düzenleme altına alınmıştır<sup>6</sup>.

Taksitle satım, veresiye satımın bir türüdür. Bu sebeple, en önemli problemlerden birisi, alıcının temerrüdü konusudur. Nitekim, kanunî düzenlemelerde bu husus göz önüne alınarak, taksitle satım özellikle bu açıdan ele alınmıştır. Ancak, taksitle satım sözleşmesinin hükümleri incelenirken, satım konusunun alıcıya devrine kadar olan dönem ile malın devrinden sonra olan dönem ayrı ayrı ele alınmalıdır. Alıcının taşınır bir malın satış bedelini önceden kısım kısım ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen ödenmesinden sonra malı teslim etmeyi üstlendiği satış, ön ödemeli taksitle satıştır. Borçlar Kanunu'nda ön ödemede temerrüde düşme konusu düzenlenmemiştir. Böyle durumlarda, Borçlar Kanunu'nda yer alan genel hükümlere başvurulmalıdır<sup>7</sup>. Bu sebeple çalışmamızda sadece malın devrinden sonra alıcının satım parasını taksitler halinde ödemesi ve bu aşamada temerrüde düşmesi üzerinde durulmuştur.

## II- Taksitle Satımda Alıcının Temerrüdü Halinde Satıcının Seçimlik Hakları

Taksitle satımda, satıcının temerrüdü konusu peşin taşınır satımlarına göre bir farklılık göstermez. Çünkü genel hükümler bu konuda da geçerli olmaktadır (BK. m. 106-108 ve 187-188). Buna karşılık, taksitle satım sözleşmesinde alıcının temerrüdü BK. 106 vd. maddelerinden farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Taksitle satım sözleşmesinde alıcının taksidini zamanında ödeyememesi ve bu sebeple temerrüde düşmesi durumu için özel bir koruma getirilmiştir. Gerçekten de, alıcı taksitlerden birini ödemede temerrüde düşerse, satıcı BK. m. 222-224 hükümlerine göre bazı haklara sahiptir. Bu hükümlerle, alıcı BK. m. 106-108 ve BK. m. 211, 212'de düzenlenen durumdan daha avantajlı bir duruma getirilmiş olmaktadır. Çünkü, alıcı ekonomik

<sup>5</sup> Tandoğan, 301; Ansay, 18; Feyzioğlu, 150; Zevkliler/Havutçu, 85; Aral, 179; Serozan, Özel Bölüm, 178; Yavuz, 117; Çörtoğlu, 266; Taylan, Erbay, Taksitle Satışlar, Yasa Dergisi, Haziran 1980, 799; Ozanoğlu, 56.

<sup>6</sup> Yavuz, 118; Ozanoğlu, 25.

<sup>7</sup> Ozanoğlu, 236; Türk Borçlar Kanunu Tasarısı madde 263-272 arasında ön ödemeli taksitle satış düzenlenmiştir. Tasarıda, ön ödemeli satışlarda alıcının temerrüdü konusunda da düzenleme vardır (Tasarı, 65 vd.).

olarak zayıf durumda olan ve bu haliyle ödeme güçlükleri ile karşılaşabilecek kimsedir. Satıcının ekonomik gücünü kötüye kullanması ihtimaline karşı alıcı daha fazla korunmaya muhtaçtır. Bu sebeple, Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine göre, satıcının başvurabileceği imkânlar açısından sözleşmenin zayıf tarafı olan alıcı lehine bazı sınırlamalar getirilmiştir<sup>8</sup>.

Taksitle satımla ilgili Borçlar Kanunu'nda yer alan hükümler, sadece alıcının taksitleri ödemede temerrüde düşmesi durumunda uygulanacak hukukî sonuçlara ilişkindir. Bunun yanında, MK. 764 ve 765. maddelerinde yer alan mülkiyeti saklı tutma sözleşmesine ilişkin düzenlemeler de, Borçlar Kanunu'ndaki ilgili hükümlerin tamamlayıcısı durumundadır<sup>9</sup>. Kanun koyucu, taksitle satımda, ekonomik çalkantılar arasında boğulan, ödeme güçlüğü çekmesi sebebiyle sözleşmenin yapılması sırasında bir tür müzayaka halinde bulunan alıcıyı, sözleşme serbestisine de müdahale ederek, "*alıcıya bundan ziyade borç yükleyen sözleşmeler batıldır*" (MK. m. 223/son) diyerek korumak istemiştir.

Taksitle satım, asıl olarak peşin satımlardan temerrüdün sonuçları açısından ayrılmaktadır. Öncelikle, borçlunun temerrüdü halinde alacaklının seçim hakkının kapsamı, taksitle satımlarda daraltılmıştır<sup>10</sup>. Taksitle satımda mal teslim edilip de alıcının taksitlerden birini ödemede temerrüde düşmesi halinde<sup>11</sup>, BK. m. 222'de satıcıya üç hak tanınmıştır<sup>12</sup>. Bunlar;

- Gecikmiş taksidin ifası ve gecikme tazminatı isteme hakkı,
- Sözleşmeden dönme hakkı,
- Satılan şeyin mülkiyetini isteme hakkı.

Satıcı BK. m. 222'de sayılan bu seçimlik haklardan başka bir de, kalan taksitlerin muacceliyetini talep etme hakkına sahiptir (BK. m. 224). Fakat satıcı bu seçimlik haklardan başka semenin ödenmesinden vazgeçerek müs-

<sup>8</sup> Ozanoğlu, 235.

<sup>9</sup> Ozanoğlu, 238.

<sup>10</sup> Ansay, 39.

<sup>11</sup> Malın tesliminden önce alıcının taksitleri ödemede temerrüde düşmesi söz konusu olmaz. Çünkü malın taksidinden önce yapılan ödemeler, taksit olarak nitelendirilemez. Satıcının malı teslim etmezden önce taksitlerin ödenmesini istemesi, ödemezlik def'i ile karşılaşır (Ozanoğlu, 237, dn. 11).

<sup>12</sup> Tandoğan, 294; Taylan, 800; Aral, 182; Ozanoğlu, 238; Tasarı m. 258/II'de, "alıcı taksitleri ödemede temerrüde düşerse satıcı, muaccel olmuş taksitlerin veya geri kalan satış bedelinin tamamının bir defada ödenmesini isteyebilir ya da sözleşmeden dönebilir" şeklinde satıcının seçimlik hakları düzenlenmiştir.

pet zararının tazmin edilmesini isteyemez<sup>13</sup>.

Taraflar ifa için belirli gün kararlaştırmış ise, borçlu ödeme gününü ifade bulunmaksızın geçirdiği takdirde mütemerrit olur<sup>14</sup>. Gerçekten de, taksitle satımda genellikle taksitlerin ödenme günü belli olduğundan satıcının alıcıyı temerrüde düşürmek için ayrıca ihtarda bulunmasına gerek yoktur<sup>15</sup>. Eğer taksitlerin vadesi satıcının yapacağı bir ihbarla belli oluyorsa, alıcı ihtara gerek kalmaksızın kendiliğinden mütemerrit olur. Bu ihbar, ihtar yerini tutar<sup>16</sup>.

Kural olarak, alıcının temerrüde düşebilmesi için kusurlu olması gerekmez. Başka bir deyişle, genel olarak kusur temerrüdün şartı değildir. Kusur olmasa dahi temerrüt meydana gelebilir<sup>17</sup>. Fakat temerrüdün bazı sonuçları için borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olması gerekir. Şöyle ki, temerrüt yüzünden gecikme tazminatı (BK. m. 102) veya BK. m. 106'ya dayanarak ifa yerine tazminat talebinde bulunulabilmesi veya sözleşmeden dönme halinde tazminat istenebilmesi (BK. m. 108) alıcının kusurlu olmasına bağlıdır<sup>18</sup>. Bununla birlikte, para borcunda temerrütte borçludan temerrüt faizi istenebilmesi için (BK. m. 103), borçlunun kusurlu olup olmadığına bakılmaz. Aynı şekilde, alacaklı borçlunun kusuru olmasa dahi, BK. m. 106'ye göre sözleşmeden dönebilir<sup>19</sup>.

Taksitle satımda, tazminat konusu özel olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Örneğin, satıcının sözleşmeden dönmesi halinde tayin olunacak uygun

<sup>13</sup> Tandoğan, 294.

<sup>14</sup> Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006, 1052.

<sup>15</sup> Tandoğan, 294; Zevkliler/Havutçu, 86; Yavuz, 122.

<sup>16</sup> Tandoğan, 294; Yavuz, 122.

<sup>17</sup> Oser/Schönenberger, Züricher Kommentar, Bd. V: Das Obligationenrecht, 2. Teil, (Art. 184-418), 2. Auf., Zürich 1936, Art. 102, N. 28; Becker, Art. 102, N. 27; Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000, 291; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul 1993, 919; Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2003, 460; Barlas, Nami, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü, İstanbul 1992, 17; Akıncı, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, Konya 2006; 230; Havutçu, Ayşe, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir 1995, 33; Eren, 1054.

<sup>18</sup> Oser/Schönenberger, Art. 102, N. 28; Oğuzman/Öz, 291, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 919; Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2002, 242; Eren, 1055; Kılıçoğlu, 460; Akıncı, 230-239; Akıncı, Özel Hükümler, 82.

<sup>19</sup> Eren, 1078; Reisoğlu, 299; Kılıçoğlu, 460; Akıncı, Özel Hükümler, 82.

kirada, alıcının kusurlu olup olmadığına bakılmaz<sup>20</sup>. Yani, ister kusurlu olsun, ister kusursuz olsun, alıcı bedeli ödememekle temerrüde düşmektedir. Bununla birlikte, satıcının dolaylı da olsa ödenmemeye sebep olması, temerrüt halinin meydana gelmesine engel olur. Bu sebeptendir ki, satıcı birçok defa taksitleri, hiçbir hukukî yükümlülüğü olmaksızın, gidip alıcıdan alsa veya aldırса, fakat sonradan bir ihbar dahi yapmaksızın taksidi almaya gitmese, borçlu mütemerrit olmaz<sup>21</sup>.

Taksitle satım sözleşmesinde alıcının temerrüdü halinde satıcının sahip olduğu bu seçimlik haklara karşılık, alıcının da bazı hakları vardır. Bunlar; ödenmiş olan taksitlerin iadesini ve satılana yapılmış olan masrafların talebidir. Ancak, inceleme konumuz satıcının sahip olduğu haklar olarak sınırlandırıldı için, bu çalışmada alıcının sahip olduğu haklar üzerinde durulmamıştır.

#### **A- Gecikmiş Taksidin İfası ve Gecikme Tazminatı Talep Hakkı**

Taksitle satım sözleşmesinde, satıcının, sözleşmeden dönme, satılan şeyin mülkiyetini talep veya geriye kalan taksitlerin muacceliyetini talep haklarını saklı tutmadıkça, başvurabileceği tek yol, gecikmiş taksidin ifası ve gecikme tazminatı talebidir<sup>22</sup>. Bu hak, satıcının birinci seçimlik hakkıdır. Burada gecikmiş taksidin ifası ve gecikme tazminatı talep hakkına karşılık, satıcının diğer seçimlik hakları daha ağır şartlara bağlanmıştır<sup>23</sup>.

Gecikmiş taksidin ifası talebi, genel hükümlerde yer alan, aynen ifa ve gecikmeden doğan zararın tazmini seçimlik hakkı esas alınarak kullanılır. Gerçekten de, bu talep, gerek şekli şartları gerek içerik şartları açısından BK. m. 106 vd.na tâbidir. Aynı şey, BK. m. 222'de "*o taksidin tediyesini talep edebilir*" diyerek tekrar edilmiş, fakat ayrıntısı düzenlenmemiştir. Bu sebeple genel hükümlere göre, satıcının sözleşme konusunu alıcıya devretmiş olma zorunluluğu dışında bir özellik arzetmeyen taksitle satımda, alıcının temerrüdüne ilişkin konuları BK. m. 106 vd.na göre çözümlenmek gerekir. Hatta kanun koyucunun BK. m. 222'deki ibareye yer vermesine bile gerek yoktur. Çünkü, bu sonuç zaten genel hükümlerden çıkmaktadır<sup>24</sup>. Kaldı ki, kanun koyucu, BK. m. 223'de genel hükümlere göre istisnaî olmasını istediği hususları beyan etmiş bulunmaktadır. Bu istisnalar arasında, taksidin ödenmesine yönelik bir durumdan söz etmemiş olması, adı geçen BK. m.

20 Ansay, 39.

21 Ansay, 39.

22 Bilge, 111; Ozanoğlu, 239.

23 Serozan, Rona, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 1994, 151; Ozanoğlu, 239.

24 Aynı görüş için bkz. Ansay, 40.

106 vd. nin burada geçerli olacağı sonucunu doğurmaktadır<sup>25</sup>. Ayrıca taksitle satım sözleşmesinde taksitlerin vadesi belli olduğundan, BK. m. 107 gereğince borçluya ek süre vermeye de gerek yoktur<sup>26</sup>.

BK. m. 106 vd. uygulamak icap edince, borçlu satıcıya, gecikmiş taksitle birlikte, temerrüt faizi ve gecikmeden dolayı tazminat ödemekle de yükümlü tutulabilir<sup>27</sup>. Gecikmeden dolayı meydana gelen zarar ve ziyanın tazmininin kapsamına, örneğin mahkeme masrafları vs. girdiği gibi, yoksun kalınan kâr da girecektir<sup>28</sup>. Borçlu gecikmede kusurlu olmadığını ispat ederek tazminat ödemekten kurtulabilir<sup>29</sup>.

Gecikme halinde ödenmek üzere önceden bir cezai şart dahi kararlaştırmak mümkündür<sup>30</sup>.

Taksitlerin ödenmesini talep hakkı, her taksidin muacceliyet kazandığı andan itibaren beş yılda zamanaşımına uğrar (BK. m. 126/b.1)<sup>31</sup>.

## **B- Sözleşmeden Dönme Hakkı**

### **1- Genel Olarak**

Taksitle satım sözleşmesinde, alıcının taksitleri ödemede temerrüde düşmesi durumunda, satıcının ikinci seçimlik hakkı sözleşmeden dönme hakkıdır. Ancak, sadece taksitlerden birinin ödenmemesi sözleşmeden dönme için yeterli değildir. Satıcının bunu yapabilmesi için, bu hakkı sözleşmede saklı tutması gerekir<sup>32</sup>. Eğer taksitle satım, mülkiyeti saklı tutma kaydını ihtiva ediyorsa, dönme hakkından ayrıca söz edilmese bile, bu hak zımnen saklı tutulmuş sayılır. Başka bir deyişle burada sözleşmeden dönme hakkının açıkça saklı tutulmasına gerek yoktur<sup>33</sup>. Hatta mülkiyeti saklı tut-

25 Ansay, 40.

26 Ozanoğlu, 239.

27 Ansay, 40; Tandoğan, 294; Feyzioğlu, 153; Aral, 182.

28 Ansay, 40.

29 Ansay, 40.

30 Ansay, 40.

31 Yavuz, 122.

32 Tandoğan, 311; Bilge, 112; Zevkliler/Havutçu, 86; Aral, 189; Yavuz, 123; Akıncı, Özel Hükümler, 82; Ozanoğlu, 240; Aksi görüş için bkz. Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, 224; Serozan, Özel Bölüm, 181.

33 Oser/Schönenberger, Art. 226, N. 8; Becker, Art. 227, N. 9; Ansay, 48; Tandoğan, 311; Zevkliler/Havutçu, 88; Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992, 126; Aral, 189; Yavuz, 123; Akıncı, Özel Hükümler, 82; Ozanoğlu, 241; BGE 60 II 413; Tasarı m. 258/II'de, "... satıcının geri kalan satış bedelinin tamamını isteyebilme-

ma sözleşmesi yapılmış, ancak başka sebeplerle geçersiz hale gelmiş olsa dahi, yine sözleşmeden dönme hakkı saklı tutulmuş sayılır<sup>34</sup>. Başkasına devrettiği mülkiyeti kendi üzerinde alıkoymak için yapılan sözleşme ancak, taşınır malı olan kimsenin ikametgahındaki noterlikçe onanmış ve özel siciline kaydedilmekle geçerli olacağından, şekil şartına uyulmadığından geçersiz sayılan mülkiyeti saklı tutma kaydı, alıcısının borçlarını ifa etmemesi durumunda satıcının satım sözleşmesinden dönerek satılanı geri alma hakkını saklı tuttuğunu ifade eder<sup>35</sup>.

Satıcının sözleşmeden dönme hakkını saklı tutmasının bir şekil şartına bağlı olup olmadığı konusunda Borçlar Kanunu'nda bir hüküm yer almamaktadır. Ancak taksitle satım sözleşmesi şekle tâbi olmadığı için, dönme hakkının da şekle tâbi tutulması gerekli değildir<sup>36</sup>.

Sözleşmeden dönme hakkı, sözleşme anında saklı tutulabileceği gibi, alıcı ve satıcı sonradan anlaşarak da bu hakkın saklı olduğunu kararlaştırabilirler<sup>37</sup>. Çünkü, BK. m. 222 ve 211/III'ün ifadesinden aksini gösterecek bir anlam çıkarmak mümkün değildir. Esasen, sözleşmeden dönme hakkını saklı tutma ve satış sözleşmesi birbirinden ayrı sözleşmeler olduklarından, ayrı zamanda anlaşmalar yapılması mümkündür<sup>38</sup>. Böylelikle sözleşmeden dönme hakkını saklı tutma sözleşmesi, borç ilişkisinin sona ermesine kadar yapılabilir<sup>39</sup>.

## 2- Mehil tayini

Satıcının, alıcının bir taksidi ödemekte temerrüde düşmesi durumunda, hemen sözleşmeden dönme beyanında bulunabilip bulunamayacağı konu-

---

si veya sözleşmeden dönebilmesi, ancak bu hakkı açık biçimde saklı tutmuş olmasına...bağlıdır" denilerek, BK. m. 222'de yer alan "bu hakkı muhafaza etmiş ise" şeklindeki ibare, zımni saklı tutmayı da içerdiği halde, Tasarı'da bu imkân tanınmamıştır.

34 Oser/Schönenberger, Art. 226, N. 8; Becker, Art. 227, N. 3; Tandoğan, 311; Ansay, 48 vd.; Ozanoğlu, 241; Tasarı m. 258/II'de, "...Ancak, satıcının dönme dolayısıyla isteyebileceği miktar, ödenmiş olan taksitler tutarına eşit veya daha fazla ise satıcı sözleşmeden dönemez" denilerek, sözleşmeden dönmeye bir istisna getirilmiştir.

35 Erdem, Nafiz, Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları, Ankara 1988, 287; Tandoğan, 311; Ansay, 48 vd.; Ozanoğlu, 241.

36 Her ne kadar Borçlar Kanunu'nda taksitle satım sözleşmesinin şekli konusunda herhangi bir hüküm yer almasa da, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 6/A/II'de taksitle satım sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması zorunluluğu getirilmiştir. Aynı şekilde Tasarı madde 252/II'de bütün taksitle satım sözleşmelerinin geçerliliği yazılı şekle bağlanmıştır.

37 Ansay, 51; Tandoğan, 311; Taylan, 801; Ozanoğlu, 241.

38 Ansay, 51.

39 Ansay, 51.

sunda bir açıklık yoktur. Bir görüşe göre<sup>40</sup>, dönme beyanında bulunabilmek için ayrıca bir mehil tayinine gerek yoktur. Alıcının mütemerrit olması yeterlidir.

Bir başka görüşe göre<sup>41</sup>, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi ile birlikte sözleşmeden dönme hakkı açıkça kararlaştırılmışsa, artık alıcıya ayrıca bir mehil vermeye gerek yoktur. Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinde sözleşmeden dönme hakkı zımnen saklı tutulmuşsa, mehil vermek gerekir.

Aslında, Borçlar Kanunu'ndaki taksitle satıma ilişkin hükümler adalet düşüncesiyle alıcıyı ağır yükümlülüklerden korumak amacıyla sevk edilmiş olup, aksine bir yorum tarzı getirmek yanlış olur. Satıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için, BK. m. 106'da olduğu gibi, alıcıya gecikmiş bir taksidin ödenmesi için uygun bir mehil vermeli ve bu mehilin sonunda alıcı ödemedede bulunmaz ise, satıcının sözleşmeden dönme hakkını derhal alıcıya bildirmesi gerekir. BK. m. 222'de bu konuda bir düzenleme olmaması, BK. m. 106/I'in uygulanmamasını değil, aksine genel hükümlerden olması nedeniyle uygulanmasını gerektirir<sup>42</sup>. Aksi halde, satıcıya piyasadaki ekonomik dalgalanmaları takip ederek kendisi için en iyi, alıcı için ise en olmadık bir zamanda dönme beyanında bulunma hakkını vermek olur ki, bu da dürüstlük kurallarına uygun bir yorum olmaz.

Ticarî taksitle satımlarda da, aynı prensiplerin uygulanması gerekmektedir. Bu sebeple, ticarî taksitle satımlarda bir mehil tayini gerekmektedir. Bu mehil, şekil şartlarına uygun olmalı ve sözleşmeden dönme beyanını da ihtiva etmelidir. Yani mehil yazılı şekilde olmalıdır. Bu ihtarnamede dönmeden bahisle belirli bir süre verilmelidir<sup>43</sup>.

### 3- Sözleşmeden Dönme Beyanının Şekli

Sözleşmeden dönme beyanının şekli hakkında Kanun'da özel bir hüküm

40 Feyzioğlu, 156; Taylan, 802.

41 Arslanlı, Halil, Ticari Bey', İstanbul 1955, 383.

42 Aynı görüş için bkz. Becker, Art. 227, N.5; Oser/Schönenberger, Art. 227, N. 9; Ansay, 61; Tandoğan, 311; Tunçomağ, 190; Aral, 182; Akıncı, Özel Hükümler, 82; Ozanoğlu, 242; Yavuz, 123; Y. 13. HD., 25.5.1981, 1981/2158, 1981/3966 (YKD., 1981, 1315); Tasarı m. 258/son'da, "satıcı, satış bedelinin geri kalan kısmının tamamen ödenmesini isteme veya sözleşmeden dönme haklarını kullanmadan önce, alıcıya en az onbeş günlük bir süre tanımak zorundadır". İsviçre Borçlar Kanunu (OR) 226h/III'de bu konudaki tereddütler giderilmiştir. Buna göre, satıcı dönme hakkını kullanmadan önce alıcıya 14 günlük bir mehil vermek zorundadır.

43 Ansay, 65.

öngörülmemiştir. Bu sebeple satıcı, beyanını istediği şekilde yapabilir<sup>44</sup>. Gerçekten de, sözleşmeden dönme beyanı açık olabileceği gibi zımnî olarak da kullanılabilir. Örneğin, icra takibine başlamış bir satıcı seçimlik hakkını taksidin ödenmesi yönünde kullanmış ise, sözleşmeden dönme hakkından feragat etmiş demektir. Keza, mülkiyeti saklı tutma kaydı ile yapılan taksitle satımda, mülkiyet hakkı ileri sürülmüş ise bu sözleşmeden dönme hakkının da kullanılması anlamına gelir. Çünkü, sözleşmeden dönme hakkı kullanılmadan mülkiyet hakkına dayanılmaz<sup>45</sup>.

Ticarî taksitle satımlarda, sözleşmeden dönme beyanı, alıcıya gönderilen ihtarnamede açık olarak belirtilmiş olmalıdır (TTK. m. 662).

Sözleşmeden dönme hakkı yetkili kişi tarafından kullanılmalıdır. Gerek BK. m. 106 vd. gerek BK. m. 222 vd. da yer alan hükümlere göre, sözleşmeden dönme hakkı bakımından yetkili kişi, satıcıdır. Ancak satıcının temsilcisi de böyle bir hakkı kullanabilir<sup>46</sup>.

#### 4- Sözleşmeden Dönme Hakkının Sonuçları

Sözleşmeden dönme hakkının amacı, sözleşme yapılmamış olsaydı satıcı hangi ekonomik durumda bulunacak idiyse, o durumu sağlamaktır. Bu sebeple, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması ile birlikte, sözleşme geçmişe etkili olarak (*ex tunc*) sona erer<sup>47</sup>. Sözleşmeden dönme hakkı, yenilik doğuran bir hak olduğu için, bu hakkın kullanılması ile birlikte meydana getirilen hukukî durum kesindir<sup>48</sup>. Artık taraflar arasındaki mevcut ilişki borç doğurmaz. Taraflardan her biri, diğerinden aldığı şeyleri iadeyle yükümlüdür. Ayrıca satıcı, malın aşırı kullanılması karşılığı, uygun bir kira bedeli ile satılan eskimiş veya bozulmuş ise tazminat da talep edebilir (BK. m. 223/II). Alıcı, malı hiç kullanmamış olsa da, bu uygun kira bedelini ödemek zorunda kalır<sup>49</sup>.

Taksitle satımda, sözleşmeden dönme anından itibaren, alıcının, satılan üzerinden bu sözleşmeye dayalı kullanma hakkı ortadan kalkacaktır. Artık, vekaletsiz iş görme (BK. m. 410 vd.) hükümleri tatbik olunacağından, alıcı

44 Öz, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, 31; Ansay, 138.

45 Ansay, 65.

46 Buz, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, 285; Serozan, Dönme, 489.

47 Ansay, 52; Yavuz, 123; Ozanoğlu, 242.

48 Buz, 285.

49 Feyzioğlu, 154; Zevkliler/Havutçu, 86; Ozanoğlu, 243.

malı özenle korumakla yükümlüdür<sup>50</sup>.

Sözleşmenin dönme nedeni ile sona ermesi durumunda, sözleşmeye bağlı fer'î borçlar da ortadan kalkar. Örneğin, bir sözleşmenin fer'isi olan kefalet kısmı asıl sözleşme ile birlikte sona erecektir<sup>51</sup>.

### 5- Satıcının Hakları

#### a) Malın İadesi Talebi

Sözleşmeden dönmenin en önemli sonuçlarından birisi malın iadesidir. Bunun sonucu olarak, sözleşmenin her iki tarafı BK. m. 223/II gereğince aldıklarını iade etmekle yükümlüdürler. Satıcı, sözleşme konusunun iadesini talep etmeye hak kazanır.

Satıcının söz konusu iade talebinin hukukî niteliği konusunda, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının bozucu veya değiştirici yenilik doğuran bir hak olup olmamasına göre farklı görüşler ileri sürülmüştür<sup>52</sup>. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasını bozucu yenilik doğuran bir hak olarak gören bir görüşe göre<sup>53</sup>, şahsî hak niteliğindeki bu iadeyi talep hakkının dayanağı sebepsiz zenginleşme hükümleridir. Bu görüşte olanlar, taksitle satımdaki sözleşme ile saklı tutulan sözleşmeden dönme hakkının, kanunî fesih hakkının bir tekrarı olduğu yani, kanunî bir fesih hakkı olduğu görüşünden hareketle sebepsiz zenginleşme hükümlerinin tatbik edileceği fikrini ileri sürmektedir. Aynı şekilde başka bir görüşe göre<sup>54</sup>, iadeyi talep hakkı BK. m. 108'e göre kanunî bir geri verme borcu doğurmaktadır. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise<sup>55</sup>, illilik ilkesi gereğince, talebin huku-

<sup>50</sup> Ansay, 69.

<sup>51</sup> Ansay, 69.

<sup>52</sup> Türk/İsviçre hukukundaki hakim görüş, sözleşmeden dönme, bozucu yenilik doğuran bir haktır. Bkz. Von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Band II, Zürich 1974, 155; Keller/Schöbi, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren Des Vertragsrechts, Basel und Frankfurt am Main 1988; 277; Kramer, Konsumentenschutz als neue Dimension des Privat- und Wettbewerbsrechts, ZSR Band 120 (1979), N. 40; Oser/Schönenberger, Art. 109, N. 19; Becker, Art. 109, N. 5; Ansay, 71; Feyzioğlu, 157; Tunçomağ, 952; Oğuzman/Öz, 391 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 964; Eren, 1075; Serozan, Dönme, 62; Öz, 34.

<sup>53</sup> Oser/Schönenberger, Art. 109, N. 19; Becker, Art. 109, N. 5; Ansay, 71; Feyzioğlu, 157.

<sup>54</sup> Tandoğan, 312.

<sup>55</sup> Giger, Art. 214, N. 66; Cavin, P., Schweizerisches Privatrecht, VII/I, Kauf, Tausch und Schenkung, Basel 1977, 99; Keller/Lörtscher, Kaufrecht, Eine Systematische Darstellung, 2. Auf., Zürich 1986, 15; Ozanoğlu, 243.

kî niteliğinin aynî nitelikte bir istihkak talebi olduğudur. Gerçekten de, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması ile sözleşme geçmişe etkili olarak sona ermektedir. Böylelikle mülkiyetin devrini amaçlayan sözleşmenin ortadan kalkması ile illilik ilkesi gereğince mülkiyet de karşı tarafa geçmemiş olacaktır. Artık satıcı sözleşme konusunu, aynî nitelikteki istihkak iddiası ile alıcıdan geri talep edebilecektir.

Sözleşmeden dönme hakkını değiştirici yenilik doğuran bir hak olarak gören başka bir görüşe göre ise<sup>56</sup>, sözleşmenin dönme ile içeriğinin değiştiği, tarafların daha önce aldıklarını geri verme borcuyla varlığını devam ettirdiği ileri sürülmüştür.

Bu tartışmaya bağlı olarak zamanaşımı meselesi vardır ki, buradaki iadeyi akdî mahiyette görenler on yıllık zamanaşımının söz konusu olduğu, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin tatbik olunacağını ileri sürenler ise bir yıllık zamanaşımının söz konusu olacağı görüşündedirler<sup>57</sup>. Buna karşılık iade talebinin aynî nitelikteki istihkak iddiası olması durumunda herhangi bir zamanaşımı süresi söz konusu değildir.

Satıcının sözleşmeden dönmesinin sonucunda, alıcıya malın iadesinin nerede yapılacağı ve iade masraflarının kime ait olacağını belirlenmesi gerekir. Bu konuda da farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre<sup>58</sup>, kazananın iade yükümü, genel esaslar çerçevesinde masraflar devredene ait olmak üzere aranacak borçlardan olması sebebiyle, BK. m. 73/ b.3 gereği, alacaklı borçlunun ikametgahında iade konusunu almalıdır. Bizim de katıldığımız başka bir görüşe göre<sup>59</sup>, taksitle satım sözleşmesinde borç belirli bir şeye dayandığından, BK. m. 73/ b.2 hükmünden faydalanılarak, alıcının malı iade borcunun doğduğu anda mal nerede bulunuyorsa orada satıcının emrine hazır bulundurması gerekir. Bunun üzerine iade masraflarına da satıcı kendisi katlanır. Hal böyle iken, taksitle satım sözleşmelerinde genelde, satıcı taraf işini iyi bilen, alıcı taraf ise mala ihtiyaç duyan konumunda bulunduğu için, ifa yerinin açıkça belirlendiğini görmek mümkündür. Böyle durumlarda taraf iradelerine uymak gerekir.

Alıcı, elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği semereleri iade veya tazmin etmekle yükümlü değildir. Çünkü, alıcı zaten kullanma karşılığı uygun bir kira ödemekle yükümlüdür.

<sup>56</sup> Doktrinde yeni dönme görüşü olarak da kabul edilen bu görüş için bkz. Eren, 1077; Serozan, Dönme, 62 vd.; Buz, 123; Akıncı, 238.

<sup>57</sup> Ansay, 72; Feyzioğlu, 157.

<sup>58</sup> Ozanoğlu, 244, dn. 35' te yer alan yazarlar.

<sup>59</sup> Ansay, 75; Yavuz, 123; Ozanoğlu, 245.

Taksitle satım sözleşmesinin konusu olan mal iade anında mevcutsa, iade yükümlülüğü yerine getirilir. Ancak malın aynen ortada olmaması da söz konusu olabilir. Örneğin, otomobil yıldırım düşmesi sonucunda tamamen yanabilir, çalınabilir. Tüketilebilen bir şey ise, tüketilmiş olabilir. Malın başka bir eşya ile karışması, birleşmesi, hukukî tağyire uğraması neticesi mal aynen alıcıda bulunmayabilir.

Malın alıcıda aynen bulunmaması halinde, MK. m. 993 vd. hükümleri uygulanır. Burada alıcının sorumluluğu, iyiniyetli veya kötüniyetli zilyet olmasına göre değişecektir. Şayet alıcı iyiniyetli ise, yani malın mevcut olmasında kusurlu değilse, şeyin kaybedilmesinden, yok olmasından veya hasara uğramasından sorumlu olmaz (MK. m. 993/II). Örneğin, alıcıya, isnadı mümkün olmayan nedenlerin sonucu taksitle satın alınmış otomobil çalınmışsa, satıcı tazminat istemek için hiçbir imkâna sahip değildir. Şeye haksız zilyed olan alıcı iade yükümünü öğrendiği andan itibaren kötüniyetli olur. Örneğin, otomobil kilitlenmemesi sonucu çalınmışsa, alıcı kusurludur. Böyle bir durumda alıcı, taksitle satılanın nakdi değeri üzerinden bir tazminat ödemekle yükümlü tutulacaktır<sup>60</sup>. Malın üçüncü şahıslara devredilmesi halinde de durum böyledir<sup>61</sup>.

#### **b) Uygun Bir Kira Bedeli Talebi**

Satıcının sözleşmeden dönmesi durumunda, malın iadesi ile birlikte isteyebileceği bir diğer hakkı da, uygun bir kira talebidir<sup>62</sup>. Alıcı sözleşmenin sona ermesi sebebiyle dönme anına kadar malı elinde bulundurmasından dolayı kiracı durumuna girecektir. Alıcı malı elinde bulundurduğu zaman süresince elde ettiği yararlanma karşılığında bir tazminat ödemekle yükümlüdür. Burada kanun koyucu alıcının malı elinde bulundurması sebebiyle ortaya çıkan olumsuz durumları gidermek istemiştir. Satıcı aleyhine denge nin bozulması önlenmek istenmiştir<sup>63</sup>. Ancak bu durum, hakime uygunluğun

<sup>60</sup> Giger, Art. 208, N. 15; Ansay, 93; Ozanoğlu, 244.

<sup>61</sup> Ansay, 93.

<sup>62</sup> Y. HGK., 8.2.1989, 1988/11-891, 1989/80, "Taksitle satış feshedilip kamyon davalıya iade edilmiş olmasına göre; davalı satıcının yaptığı masrafların dışında ayrıca kamyonun davacıların elinde kaldığı süre içinde münasip bir kira talep edebileceği gözönünde tutulmalıdır" ([www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com), erişim tarihi: 4.11.2008).

<sup>63</sup> Ansay, 75; Ozanoğlu, 245; Y. HGK., 25.2.1998, 137/155, "Taşınır malın mülkiyetini muhafaza koşulu ile yapılan bir satış sözleşmesini haklı nedenlerle fesheden satıcı, o ana kadar satış bedeline karşılık olarak kendisine ödenmiş peşinat ve taksitler tutarından satılanın alıcı yedinde kaldığı süre için uygun kira bedeli ve hor kullanmasından kaynaklanan giderin alacağı mahsup ettikten

belirlenmesi yönünde bir takdir yetkisi tanınarak sınırlandırılmıştır. Böylelikle taraflar arasında bir denge kurulmaya çalışılmıştır<sup>64</sup>.

Malı elinde bulunduran alıcı, malı fiilen kullanmaz veya kullanamazsa, uygun bir kira ödeyecek midir? Burada, kiranın geniş anlamda anlaşılması gerekir.Yani alıcı malı kullansa da kullanmasa da kira ödemekle yükümlüdür<sup>65</sup>. Buna göre, kiranın sebebi sadece alıcının malı kullanmış olması değil, malı kullanma imkânının kendisine devredilmiş olmasıdır. Nitekim, adi kirada da durum böyledir. Alıcının, satılandan yararlanmadığı yolundaki savunması objektif olarak değerlendirilmeli ve eğer satıcı, alıcının maldan yararlanma imkânını kısıtlaması veya engel olması halinde, bundan dolayı alıcı o süre için uygun kiradan muaf tutulmalıdır<sup>66</sup>.

Uygun kira parasının belirlenmesinde satım konusunun hangi değerinin esas alınacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Federal mahkemeye göre<sup>67</sup>, sözleşmedeki değer esas alınmalıdır. Bir başka görüşe göre<sup>68</sup>, uygun kiranın hesabında “cari fiyat” kavramından yola çıkılarak bir hesaplama yapılmalıdır. Yani esas olan, şeyin piyasadaki kirasıdır. Ancak, bazı malların cari kira bedeli belli değildir. Örneğin, saat, kumaş, ölçü üzerine yapılmış elbise gibi mallarda kira, faiz vs. nedenler nazara alınarak hesaplanmalıdır. Önceden tayin ve tespit olunmuş kira dahi uygun olduğu nispette hüküm ifade eder<sup>69</sup>. Bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre<sup>70</sup>, uygun kiranın belirlenmesinde, satılan şeyin sözleşmenin kurulması anındaki gerçek değeri esas alınmalıdır. Sözleşmedeki değeri esas almak hakkaniyete uygun sonuçlar doğurmaz. Çünkü, sözleşmedeki değeri, sözleşmenin güçlü tarafı olan satıcı belirlemekte ve bu da genellikle satılanın gerçek değerinden yüksek olmaktadır. Bu sebeple, satılanın sözleşmenin kurulması anındaki gerçek değerini tespit etmek hakkaniyete uygundur. Böylelikle, aksi ispat

---

sonra bakiyesini alıcıya ödemek şartıyla satılanın geri verilmesini isteme hakkına sahiptir” ([www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com), erişim tarihi: 4.11.2008).

64 Ozanoğlu, 245; Tasarı m. 259/I’de, “...Satıcı, ayrıca hakkaniyete uygun bir kullanım bedeli ....isteyebilir”.

65 Ansay, 76; Tandoğan, 804.

66 Taylan, 804; Y.HGK., 8.2.1989, 11/1989, 80/1989, “kamyonun davacıların elinde kaldığı süre için münasip bir kira talep edebileceği...” (Dalamanlı/Kazancı, İlmi ve Kazaî İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu, C. III, İstanbul 1990, 364).

67 BGE 95 II 316; BGE 96 II 190.

68 Ansay, 78.

69 Ansay, 79.

70 Tandoğan, 298; Ozanoğlu, 255.

edilmedikçe kabul edilmesi gereken satış bedeli üzerinden hesaplanacak faiz, normal kullanmadan doğan değer düşüklüğü ve haklı masrafların toplamı olarak hesaplanmalıdır. Uygulamada, uygun kira, mahkeme tarafından bilirkişilerce takdir ettirilmektedir. Tabii ki, bu konuda da hakimin takdiri önemli rol oynar<sup>71</sup>.

Kira parasının hesaplanmasında hangi zaman diliminin esas alınacağı konusu da tartışmalıdır. Bir görüşe göre<sup>72</sup>, alıcı satılan şeyin tesliminden itibaren sözleşmeden dönme beyanına kadar geçen devre için kira vermeli- dir. Çünkü, dönme beyanının alıcıya ulaşması ile taksitli satım sözleşmesi sona erecektir. Artık taksitle satım hükümleri tatbik edilmeyecektir. Federal mahkeme ise, kiranın malın satıcıya fiilen geri verildiği ana kadar hesaplan- ması gerektiği görüşündedir<sup>73</sup>. Bizim de katıldığımız bir başka görüşe gö- re<sup>74</sup>, dönme beyanının alıcıya ulaşmasıyla birlikte taksitle satım sözleşmesi sona ermekte ise de, açılan davada hüküm verilene kadar mal halen alıcının elinde kalmaya devam etmektedir. Bu sebeple dönme beyanına kadar geçen devre için kira verilmesi, hakkaniyete aykırı bir sonuç doğurmaktadır. Alıcı malı elinde bulundurduğu bir dönem için bir bedel ödememiş olacaktır. Böy- lelikle, açılan davada hüküm verilene kadar ki dönem de dikkate alınmalıdır.

### c) Olağandışı Kullanmadan Doğan Tazminat Talebi

Malın normal kullanmadan kaynaklanan değer eksilmesi, “uygun kira bedeli” nin içine girer<sup>75</sup>. Buna karşılık, BK. m. 223/II’de, “*satılan bozulmuş ise tazminat*” ifadesi kullanılmıştır. Burada söz konusu olan, normal aşan kullanmadan dolayı sözleşme konusunda meydana gelen yıpranmaların da tazmin edilmesidir. Gerçekten de, mal sadece kullanılmakla zarara uğramaz. Örneğin, mobilya yağmur altında bırakılmışsa mal bozulmuş olabilir. Böyle-likle yıpranmanın olağandışı nitelikte olması gerekir. Yıpranmanın olağandı- şı olup olmamasının belirlenmesinde objektif ölçütler esas alınmalıdır. Buna göre, olayların normal akışı kapsamında, sözleşme konusu malın iade anın-daki durumu normal kullanım sonucunda olması gereken durum ile uyuşmu- yorsa, olağandışı kullanım söz konusudur<sup>76</sup>.

71 Ozanoğlu, 257.

72 Ansay, 77; Tandoğan, 298.

73 BGE 75 III 33.

74 Ozanoğlu, 257.

75 Ansay, 83; Ozanoğlu, 258.

76 Ozanoğlu, 263; Tasarı m. 259/I’de, “...Satıcı, ayrıca hakkaniyete uygun bir kullanım bedeli ve satılanın olağandışı kullanılması sebebiyle değerinin azalması hâlinde tazminat da isteyebilir”.

Olağandışı yıpranmanın mutlaka kullanım neticesinde gerçekleşmesi gerekmez. Gerçekten de, moda değişikliği, yeni buluşlar, piyasa dalgalanmaları, para değerindeki değişimler dolayısıyla malın değerindeki tesadüfî azalmalar da söz konusu olabilir. Bu durumda objektif ölçüler çerçevesinde, olağandışı kullanımlar veya kasıt ya da ihmalden doğan her türlü zararın tazmin edilmesi gerekir<sup>77</sup>.

BK. m. 223/II de satıcının geri alma, uygun kira karşılığı ve bozulma tazminatı isteyebilme hakları sayıldıktan sonra, aynı maddenin üçüncü fıkrasında “*alıcıya bundan ziyade borç tahmil eden mukaveleler batıldır*” denilmektedir. Bu sebeple, satıcı söz konusu talepler dışında herhangi bir talepte bulunamaz<sup>78</sup>.

#### **d) Menfi Zararın Tazmini Talebi**

Menfi zararın tazmini, satıcının sözleşmeden dönmesi sebebiyle uğramış olduğu zararı kapsar. Gerçekten de menfi zarar, satıcının, taksitle satım sözleşmesinden döndükten sonra malvarlığının gösterdiği durum ile sözleşmeyi hiç yapmamış olsaydı mal varlığının gösterecek olduğu durum arasındaki farkı kapsar.

Menfi zararın tazmini kanun tarafından açıkça bildirilen hallerde istenebilir. Oysa BK. m. 223’de menfi zarardan bahsedilmemektedir. Gerçekten de, satıcının sözleşmeden dönme durumunda talep edebileceği tazminat miktarı, yıpranmadan dolayı tazminat ile alıcı lehine sınırlandırılmıştır<sup>79</sup>. Ayrıca, “*alıcıya bundan ziyade borç tahmil eden mukaveleler batıldır*” denilmektedir. İsviçre’de menfi zararın üst sınırı açıkça ifa menfaati ile sınırlanmıştır. Bizde de, aynı düşüncenin kabul edilmesi gerekir<sup>80</sup>.

#### **e) Yoksun Kalman Kâr Talebi**

Satıcının yapmış olduğu sözleşmede alıcının taksitleri ödemede temerrüde düşmesi sebebiyle, üçüncü kişilerle yapma fırsatını kaçırdığı sözleşmeler-

<sup>77</sup> Ozanoğlu, 263.

<sup>78</sup> Tandoğan, 299; Zevkliler/Havutçu, 86; Yavuz, 123.

<sup>79</sup> Ozanoğlu, 264; Y. HGK., 25.2.1998, 13-137/155, “Mülkiyeti muhafaza kaydıyla yapılan taksitli satıma ilişkin sözleşmenin feshi halinde satıcı, uygun kira ve hor kullanma giderimi tutarını aşan veya kira ve hor kullanma giderimi dışında olumsuz zarar, kâr mahrumiyeti gibi herhangi bir istekte bulunamaz. aksine yapılan sözleşme hükümleri geçersizdir” ([www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com), erişim tarihi : 4.11.2008).

<sup>80</sup> Tandoğan, 299; Ansay, 91; Feyzioğlu, 161; Taylan, 805; Erdem, 286; Hatemi/Serozan/Arpacı, 127; Ozanoğlu, 265; Aksi görüş için bkz. Serozan, Dönme 591.

den elde edeceği kazanç, yoksun kalınan kârdır<sup>81</sup>.

Sözleşmeden dönme halinde, menfi zararın talebi konusunda bir sınırlandırma olduğundan, satıcının menfi zararın en önemli kalemlerinden biri olan yoksun olduğu kârı istemesi mümkün değildir<sup>82</sup>. Çünkü, satıcı malın alıcıda bulunduğu devre için uygun bir kira alacaktır. Kira, bir şeyin kullanılması ve ondan yararlanma imkânının bir bedel karşılığında başkasına terk edilmesidir. Satıcının hem uygun bir kira bedeli alması ve hem de yoksun olduğu kârı talep etmesi kabul edilemez<sup>83</sup>.

#### f) Cezai şart

Kural olarak satıcı, BK. m. 223/II deki imkânlar dışında alıcının durumunu ağırlaştırıcı bir kaydı sözleşmeye koyamaz. Bu sebeple satıcı, satılanın iadesi, uygun bir kira, bozulma tazminatından ayrı olarak bir cezai şart sözleşmeye konulmuş bulunması halinde, bunu BK. m. 223/III karşısında istemeyecektir. Bununla birlikte, talep edilen cezai şart, uygun kira parası ile bozulma tazminatının yerine talep ediliyor ve onların toplamını aşmayan bir miktardan ibaret bulunuyorsa, o zaman cezai şart kaydını geçerli saymak gerekir<sup>84</sup>.

İsviçre Borçlar Kanunu'nda ise, 1962'de yapılan değişiklikten sonra (İBK. M. 226i/II), satıcının peşin satış bedelinin % 10'unu aşmayan bir cezai şart talep hakkı açıkça tanınmıştır<sup>85</sup>.

Ticarî taksitle satımda ise, TK. m. 647 hükmü karşısında sözleşme ile kararlaştırılan cezai şart ise geçerli olacaktır<sup>86</sup>.

#### g) Taksitlerin Yanması Şartı

Taksitlerin yanması şartı, alıcının taksitlerden birini ödememesi veya diğer bir görevini yerine getirmemesi durumunda, o zamana kadar ödenmiş

81 Oser/Schönenberger, Art. 109, N. 7; Becker, Art. 109, N. 9; Eren, 1080; Oğuzman/Öz, 401; Öz, 289; Buz, 249.

82 Ansay, 88; Ozanoğlu, 266.

83 Oser/Schönenberger, Art. 227, N. 7; Feyzioğlu, 161; Tandoğan, 314; Hatemi/Serozan/Arpacı, 127; Taylan, 805; Ozanoğlu, 266.

84 Oser/Schönenberger, Art. 227, N. 10; Becker, Art. 227, N. 8; Ansay, 94 vd.; Tandoğan, 314-315; Feyzioğlu, 161; Hatemi/Serozan/Arpacı, 127; Taylan, 805; Ozanoğlu, 267.

85 Feyzioğlu, 161; Ozanoğlu, 268, dn. 100; Tasarı m. 259/II'de bu durum, "... ceza koşulu kararlaştırılmışsa, peşin satış bedelinin yüzde onunu aşamaz" şeklindedir. Böylelikle Tasarıdaki hüküm, İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki düzenleme ile aynıdır.

86 Ansay, 88.

olan taksitlerin satıcı tarafından alıkonulacağını ifade eder<sup>87</sup>. Bu da bir bakıma cezai şart niteliğindedir<sup>88</sup>.

Taksitlerin yanması şartının sakıncası dönme halinde kendini gösterir. Yoksa muacceliyet halinde bir önem arzetmez. Çünkü, muacceliyet halinde satılanın iadesi söz konusu değildir. Satıcı bütün bedeli talep edebilecektir. Bu şartların sonucu olarak, borcuna son ana kadar sadık olan ve bu hususta elinden geleni yapan alıcı, daha ilk taksitten itibaren borcunu ödemeyen mütemerrit bir alıcıdan daha kötü bir konuma düşecektir<sup>89</sup>.

Sözleşmeden dönme halinde, o zamana kadar ödenmiş taksitlerin satıcıda kalacağı kaydının sözleşmeye konulması, BK. m. 160/II'de "*taksitli satışa dair olan hükümler bakidir*" hükmü sebebiyle, BK. m. 223 ve MK. m. 765 de yer alan emredici hükümlere dayanarak yasaklanmıştır<sup>90</sup>. BK. m. 223/II, "*satıcı, satımdan döndüğü halde, satıcı ve alıcının her biri diğerinden aldığı şeyi iade ile mükelleftir*". denilerek bu durum emredilmiştir. Yani, alıcı, şeyi satıcıya iade edeceği gibi, satıcı da dönme anına kadar almış olduğu taksitleri alıcıya vermekle yükümlüdür. Hatta, satıcı aldığı taksitleri iade etmedikçe alıcıyı, satılanı iadeye zorlayamaz. Burada alıcının BK. m. 81'de yer alan ödemezlik definde bulunması mümkündür<sup>91</sup>.

Satıcı kanunun bu emredici hükmünden, dolaylı yollardan giderek (örneğin kira-iştirah, kira-bağışlama gibi) kurtulmak istemesi de kanuna karşı hile sayılacağından geçerli olmayacaktır<sup>92</sup>.

#### **h) Diğer şartlar**

Taraflar yukarıdakilerden başka şart ve kayıtları da sözleşme ile kararlaştırabilmektedirler. Bunlardan birkaçını incelediğimizde:

Yetkili mahkeme şartı ile satıcı kendi ikametgahında dava açabilmek hakkını elde eder. HUMK. m. 22 gereği yazılı olma kaydı ile geçerlidir<sup>93</sup>.

Mahcuz maaşın haczedilmesi şartı, İİK. m. 83/II gereği maaşların dörtte birinden fazlasının mutlak olarak haczi mümkün olmayacağından, alıcı önceden muvafakat etse dahi geçerli olmayacaktır<sup>94</sup>.

87 Ansay, 126.

88 Taylan, 805; Ozanoğlu, 267.

89 Ansay, 129.

90 Serozan, Özel Bölüm, 181; Ozanoğlu, 268.

91 Feyzioğlu, 160.

92 Feyzioğlu, 160.

93 Ansay, 129.

94 Ansay, 129.

İspat yükünün alıcıya ait olması kaydı, geçerlidir<sup>95</sup>.

### **C- Satılan Şeyin Mülkiyetini Talep Hakkı**

#### **1- Genel Olarak**

Taksitle satımda satıcının malını veresiye satması nedeniyle uğrayabileceği zarar bazen çok büyük boyutlara ulaşabilir. Çünkü, satıcı malı alıcıya teslim etmiş, ancak bedelini tamamen almış değildir. Bu sebeple satıcı alacağı teminat altına almak amacıyla çeşitli yollara başvurabilecektir. Bunlardan birisi de, taksitle satım sözleşmesi ile birlikte mülkiyeti saklı tutma kaydıdır<sup>96</sup>. Gerçekten de, satıcının satılanın mülkiyetini talep etmesi hakkı, ancak kanunun aradığı şekle uygun olarak yapılmış ve özel siciline kaydedilmiş bir mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi mevcut ise kullanılabilir (BK. m. 223/1)<sup>97</sup>.

Mülkiyeti saklı tutma kaydı taşınırlarda zilyetliğin mülkiyete karine teşkil ettiği kuralı ile çelişen bir durum meydana getirir<sup>98</sup>. Gerçekten de, taşınır mülkiyetinin devredilmesi zilyetliğin alıcıya geçirilmiş olmasına bağlıdır. Kural olarak, bir taşınır mal kimin elinde ise, o kimsenin malik sayılması gerekmektedir (MK. m. 984). Zilyetliğin taşınırlarda mülkiyete karine sayılması, bu gereğin bir sonucudur. Alıcının, şeyin bedelini ödemiş olup olmaması mülkiyetin kural olarak teslimle birlikte kendisine geçmiş kabul edilmesine engel olmamaktadır<sup>99</sup>. İşte, mülkiyeti saklı tutma kaydı ile taksitle satım yapılmışsa, satıcı, bedel tamamen kendisine ödeninceye kadar, satılanı, alıcıya teslim ve tevdi etmiş olmasına rağmen, mülkiyetini kendisinde alıkoyabilmektedir. Burada, mülkiyetin nakli, genel kural olan zilyetliğin geçirilmesine değil, satım bedelinin tamamıyla ödenmiş olması şartına bağlanmıştır<sup>100</sup>.

Satıcı için cazip olan bu imkân, üçüncü şahıslar bakımından pek çok sakınca doğurabilir. Nitekim, alıcı ile iş ilişkisine giren kimse, alıcının elinde gördüğü mala ilişkin olarak onun ticarî durumunun çok iyi olduğunu düşünebilir ve ona kredi verebilir. Bu durumda, alıcının aciz haline düşmesi, üçüncü şahısları mağdur duruma düşürecektir. Çünkü, mülkiyeti saklı tutma

<sup>95</sup> Ansay, 129.

<sup>96</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul 2006, 577; Serozan, Rona, Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması ve Teminatın Temlik, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1997, 987; Ansay, 106; Yavuz, 124; Ozanoğlu, 268.

<sup>97</sup> Yavuz, 124.

<sup>98</sup> Feyzioğlu, 162.

<sup>99</sup> Feyzioğlu, 162.

<sup>100</sup> Gürsoy/Eren/Cansel, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978, 674; Feyzioğlu, 163.

kaydını ihtiva eden bir sözleşme ile mal satan satıcı verdiği malı geri alabilecek, kredi veren üçüncü şahıslar hiçbir şey alamayacaktır. Böyle bir güvensizliğin kaldırılması amacı ile mülkiyeti saklı tutma kaydı ile yapılan sözleşmenin ağır şekil şartlarına tâbi tutulması gerekmiştir. Sözleşmenin geçerliliği için öngörülmuş bulunan ağır şekil şartları sebebiyle de, söz konusu sözleşme çok fazla tercih edilmemektedir. Bunun yanında alacaklının alacağını teminat altına almak amacı ile kambiyo senedi keşidesi, mülkiyeti saklı tutma kaydına göre daha çok tercih edilen bir yöntemdir<sup>101</sup>.

## 2- Hukukî Niteliği

Mülkiyeti saklı tutma kaydını taşıyan bir sözleşme, şarta bağlı bir hukukî işlemdir<sup>102</sup>. Bununla birlikte, mülkiyeti saklı tutma kaydının geciktirici şart mı yoksa bozucu şart mı olduğu tartışmalıdır. Bu arada aslında, satım sözleşmesi açısından ortada herhangi bir şart söz konusu değildir. Sözleşme tam ve şartsız olarak doğmuştur. Şarta bağlı olan, tasarruf işlemi, yani mülkiyetin geçirilmesidir<sup>103</sup>. Satılanın mülkiyetinin alıcıya geçirilmesi, alıcının satım bedelini tamamen ödemesi şartına bağlanmıştır<sup>104</sup>.

Mülkiyeti saklı tutma kaydı eğer bozucu şart niteliğinde görülürse, satılanın mülkiyeti alıcıya, zilyetliğin nakli ile birlikte geçmiş olacaktır. Fakat, alıcı taksitlerini zamanında ödemezse, mülkiyeti satıcıya geri dönecektir. Bunun aksine, mülkiyeti saklı tutma kaydı bir geciktirici şart niteliğinde kabul edilirse, satılanın mülkiyeti, zilyetliğinin geçirilmiş olmasına rağmen, bedelin tamamı ödenmedikçe, alıcıya geçmeyecektir. Çünkü, geciktirici şartın gerçekleşmesi taksitlerin tamamen ödenmiş olmasına bağlıdır<sup>105</sup>.

Genellikle kabul edilen görüş, mülkiyeti saklı tutma kaydının geciktirici şarta bağlı olduğu şeklindedir<sup>106</sup>. Bu sebeple, ancak şart gerçekleştikten sonra mülkiyet alıcıya geçecek, şartın gerçekleşmesine kadar alıcı sadece emin sıfatı ile zilyet olarak kalacaktır<sup>107</sup>. Tasarruf işlemi bu dönemde askı-

<sup>101</sup> Ozanoğlu, 269; Uygulamada genellikle motorlu araçların taksitle satışında mülkiyeti muhafaza kaydı ile satış yapılmaktadır. Bunun dışındaki satışlarda ise alacağın bir kambiyo senedi ile teminat alınması yoluna başvurulmaktadır (Ozanoğlu, 268, dn. 103).

<sup>102</sup> Gürsoy /Eren/Cansel, 675.

<sup>103</sup> Sirmen, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992, 147; Pulaşlı, Hasan, Şarta Bağlı İşlemler ve Hukukî Sonuçları, Ankara 1989, 157; Feyzioğlu, 168; Ansay, 111.

<sup>104</sup> Feyzioğlu, 168.

<sup>105</sup> Feyzioğlu, 168; Ozanoğlu, 271.

<sup>106</sup> Feyzioğlu, 168; Ansay, 111; Tandoğan, 319; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 579; Sirmen, 146; Yavuz, 124; Ozanoğlu, 271; Aksi görüş için bkz. Serozan, Dönme, 104.

<sup>107</sup> Feyzioğlu, 168; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 579.

dadır. Eşyanın maliki halihazırda satıcıdır. Satıcı bu hakkını, alıcıya veya üçüncü kişilere karşı istihkak davası ile ileri sürebilir<sup>108</sup>.

### 3- Şartları

#### a) Konuya İlişkin Şartlar

Mülkiyeti saklı tutma kaydı ile satımın konusunu ancak taşınır lar teşkil eder. Başka bir deyişle, bu kayıtla taksitle satım ancak taşınır lar için düşünülebilir<sup>109</sup>. Bu durumda, taşınmazlar mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin konusu olamazlar. Çünkü, taşınmaz satımında mülkiyetin geçişi, kural olarak tescile bağlıdır. BK. m. 214/I'e göre ise, bir taşınmazın şartla satımı halinde şart gerçekleşmedikçe satımın tapu siciline kaydedilmesi mümkün değildir. Aynı maddenin II. Fıkrası uyarınca, "mülkiyetin satıcı uhdesinde mahfuziyetine dair olan şart dahi tescil olunmaz"<sup>110</sup>. Tapu siciline tescil olmayınca da, kural olarak taşınmazın mülkiyeti satıcıda kalmakta devam eder. Bu sebeple taşınmazlar, mülkiyeti muhafaza kaydı ile satım sözleşmesine konu olamaz<sup>111</sup>.

Taşınmazlar dışında bütünüleyici parçalar da bağımsız olarak mülkiyete konu olamayacaklarından mülkiyeti saklı tutma kaydı ile yapılan sözleşmeye konu olamazlar<sup>112</sup>. Hatta, başlangıçta mülkiyeti saklı tutma sözleşmesine konu yapılan ve bu kayıtla alıcısına teslim edilmiş bulunan taşınır mal, sonradan bir başka şeyin, örneğin mermer parçasının, merdivenin bütünüleyici parçası olduktan sonra, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi artık bir hüküm ifade etmez hale gelir<sup>113</sup>.

<sup>108</sup> Tandoğan, 319; Yavuz, 125; Sirmen, 147; Ozanoğlu, 271.

<sup>109</sup> Feyzioğlu, 164; Zevkliler, Aydın, İflasta Mülkiyeti Muhafaza Mukavelesi, AHFM, S. 3-4, Ankara 1968, 197 vd.; Aral, Fahrettin, Mülkiyeti Muhafaza Kaydıyla Satılan Bir Malın Alıcının Alacaklıları Tarafından Haczî, AHFM. S. 1-4, Ankara 1973, 202 vd.

<sup>110</sup> Feyzioğlu, 163.

<sup>111</sup> Feyzioğlu, 164; Taylan, 807; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 577; Zevkliler, Mülkiyeti Muhafaza, 197 vd.; Aral, Mülkiyeti Muhafaza, 202 vd.; Hayvanlar da mülkiyeti saklı tutma kaydı ile satılamazlar. Gerçekten de, MK. m. 764/II gereğince hayvanlar için bu tür anlaşmaların yasak olduğu ifade edilmiştir. Hayvanların tüketilmesi karşısında mülkiyeti saklı tutma kayıtlarını etkili kılmaz zor olacağından ve genellikle daha zayıf durumda olan hayvan alıcılarının bir taksiti ödeyemediği durumda hayvanı iade etmek zorunda kalması, bu yasaklamanın konulmasında rol oynamıştır (Feyzioğlu, 164).

<sup>112</sup> Feyzioğlu, 164; Taylan, 807.

<sup>113</sup> Feyzioğlu, 164.

### b) Şekil şartları

Mülkiyeti saklı tutma kaydı ile yapılan satışlarda, üçüncü şahısların hukuken korunması gerekir. Kanun koyucu bunun için, mülkiyeti saklı tutma kaydı ile yapılan satışları bir takım ağır şekil şartlarına tâbi tutmuştur. Bununla, alıcının elinde bulunan malvarlığına bakıp o kimse ile hukukî ilişkiye giren, borç ve kredi temin eden üçüncü şahıslar uyarılmış ve bilgilendirilmiş olacaklardır.

Mülkiyeti saklı tutma kaydı ile yapılan satım sözleşmesinin, "... ancak resmî şekilde yapılacak sözleşmenin devralanın yerleşim yeri noterliğinde özel siciline kaydedilmesi ile geçerli olur." (MK. m. 764)<sup>114</sup>. Buradaki "özel sicil" den maksat, noterler tarafından tutulan sicildir. Bu sicile kayıt, kurucu niteliktedir<sup>115</sup>.

Bütün bunlara rağmen, yapılan tescil, tapu sicilinin aksine aleniyet fonksiyonuna sahip değildir. Noterlikteki bu özel sicilin herkes tarafından bilindiği kabul edilemez. Üçüncü kişilerin iyi niyetini ortadan kaldırmaz<sup>116</sup>. Bununla birlikte, alıcı aleyhine icra ve iflas takibine girişen üçüncü kişilere karşı satıcının öncelik hakkı bulunmaktadır<sup>117</sup>.

## 4- Hükümleri

### a) Genel Olarak

Sözleşme konusu şey, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi ile birlikte alıcıya teslim edildikten sonra, yarar ve hasarı da kullanma hakkı ile birlikte ona geçmiş olur<sup>118</sup>. Buna bağlı olarak zilyetliğin korunması yollarından yararlanabilir. Ancak, bu sözleşme ile satıcı mülkiyeti kendinde bulundurma hakkı-

<sup>114</sup> MK. m. 764'teki ifadeden, dışarıda düzenlenmiş olan bir sözleşmenin noterde tasdik edilmesiyle mülkiyeti muhafaza kaydı ile ilgili şekil şartı yerine getirilmiş olduğu sonucu çıkmaktadır. Oysa Noterlik kanunu madde 89'da mülkiyeti muhafaza sözleşmesi, noterlerce re'sen düzenlenen sözleşmelerden sayılmıştır. Ancak genel olarak MK. m. 764'ün esas alınması gerektiği kabul edilmektedir (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 578; Tandoğan, 318; Yavuz, 124).

<sup>115</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 578; Serozan, Mülkiyeti Saklı Tutma, 994; Yavuz, 124; Ozanoğlu, 270; Y. 21. HD., 6.5.2004, 2980/4593, "Mülkiyeti saklı tutulmak kaydıyla yapılan satış, noterce özel siciline kaydedilmemişse, kesin satışa dönüşmüş olur" ([www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com), erişim tarihi : 4.11.2008).

<sup>116</sup> Tandoğan, 318, Feyzioğlu, 167; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 578; Yavuz, 124.

<sup>117</sup> Taylan, 809.

<sup>118</sup> Taylan, 809.

nı saklı tutar. Mülkiyet alıcıya geçmez<sup>119</sup>.

Mülkiyeti saklı tutma kaydıyla taksitle satım yapılmışsa, taksitlerden birinin ödenmemesi halinde satıcı, malın geri verilmesini isteyebilir. Satılan şeyin mülkiyetini iddia edebilir. Ancak burada sözleşmeden dönme sebebiyle malın talep edilmesi söz konusu değildir. Çünkü, burada malın mülkiyeti henüz alıcıya geçmemiştir. Bu sebeple, satıcı mülkiyet iddiasına dayanarak istihkak talebinde bulunur<sup>120</sup>.

#### **b) İstihkak İddiası**

Mülkiyeti saklı tutma kaydına dayanan satıcı, taksitlerini hiç ödemeyen veya zamanında ödemeyen alıcıdan, bir istihkak davası ile teslim ettiği şeyi geri isteyebilir. Bunun için ödenmeyen taksitlerin ardarda iki taksit olması ve bunların toplamının onda birini bulması şartı da yoktur. Alıcının tek bir taksidi ödemedeki temerrüdü bile, satıcının mülkiyeti saklı tutma kaydına dayanarak, satılan şeyin iadesini istemesi için yeterlidir<sup>121</sup>.

Satıcının buradaki iddiası, aynî istihkak davası niteliğindedir. Satıcı bu iddia ile satılanın iadesini mümkün kılacaktır<sup>122</sup>.

Satıcının mülkiyeti iddia etmesi halinde, yine uygun kira ve bozulma tazminatını isteme hakkı vardır. Alıcı da, ödediği taksitleri faizi ile birlikte geri alabilir. Alıcı şeye yaptığı masrafları sebepsiz zenginleşmeye göre değil, zilyetliğin iadesi hakkındaki hükümlere (MK. m. 993-995) göre isteyebileceklerdir. Bunun pratik önemi şuradadır; iade ile yükümlü olan kötüniyetli zilyet faydalı masrafların ödenmesini isteyemez. Oysa, kötü niyetli sebepsiz zenginleşen iade zamanındaki fazlalık oranında bunların kendisine tazminini talep edebilir<sup>123</sup>.

Alıcı, ödenmiş taksit ve masraflarından dolayı şey üzerinde hapis hakkı-

<sup>119</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 578; Zevkliler/Havutçu, 87.

<sup>120</sup> Tandoğan, 313; Zevkliler/Havutçu, 87.

<sup>121</sup> Feyzioğlu, 169; Y. 21. HD., 6.5.2004, 2980/4593, “Davacı, davalıya taksitle ve mülkiyeti saklı tutmak kaydıyla mal satmış diğer davalı bu mala haciz koydurtmuştur. Mülkiyetini saklı tutarak taksitle satış yapan davacının istihkak iddiasına dayalı olarak açtığı, haczin kaldırılması davasının kabulü için; borçlunun taksitlerini ödemedeki temerrüde düşmüş olması, alınan taksitlerin borçluya iade edilmesi, bu suretle taksitli satış sözleşmesinden dönülmesi şarttır. Böyle bir durumda iade edilecek bedel üzerinden, haczin bedele dönüştürülmesi suretiyle istihkak davasının kabulüne karar verilmesi gerekir.” ([www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com), erişim tarihi : 4.11.2008).

<sup>122</sup> Tandoğan, 304; Yavuz, 125.

<sup>123</sup> Tandoğan, 304.

na sahiptir<sup>124</sup>.

### c) Satılanın Haczi

Hacizden önce satıcı, herhangi bir nedenle istihkak davası açmış ise, İİK. m. 85 gereği böyle bir malın haczi en sonraya bırakılacaktır.

Haciz konulduktan sonra ise, durum özellik arz etmektedir. Böyle bir durumda satıcı, alıcı kendisi açısından temerrüde düşmediğinden, malı geri isteyemez<sup>125</sup>. Ancak, mal üzerinde de mülkiyet hakkı bulunmaktadır. Bu durumda satıcı İİK. m. 96 hükmüne istinaden istihkak davası açabilecektir. Alıcıdan alacaklı olan kimse ise, satıcıya geri kalan taksitleri ödeyerek haczi devam ettirmek ve sattırmak imkânını elde eder<sup>126</sup>.

### d) Alıcının İflası Halinde

Mülkiyeti saklı tutma kaydının değeri özellikle alıcının iflası halinde kendini gösterir. Satıcının, alıcının iflası halinde, alıcıdan olan alacağı İİK. m. 195 gereği muaccel olacağından, alıcı müttemerrit duruma düşecektir. Bu halde ise, satıcının, aynî hakkı bulunduğundan bunu iflas masasına karşı ileri sürebilecektir.

İflas idaresinin, satıcının dönme talebi karşısında taksitleri ve semeni ödeyerek mülkiyetin masaya intikalini sağlama imkânı da bulunmaktadır<sup>127</sup>.

Satıcının sözleşmeden dönerek malı geri alması halinde, satıcının o zamana kadar almış olduğu taksitlerden uygun kirayı ve bozulma tazminatını mahsup ederek bakiyesini masaya iade etmesi gerekecektir.

Konkordato halinde satıcı sözleşmeden dönerse, doğrudan doğruya malı

<sup>124</sup> Tandoğan, 304.

<sup>125</sup> Y. 13. HD., 14.5.1976, 2474/4386, "Mülkiyeti saklı tutma koşuluya satılan malın, satıcının alacaklısı tarafından haczedilebilmesi; alıcının taksitleri ödemekte direnmesi ve satıcının sözleşmeyi bozması koşuluna bağlıdır." ([www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com), erişim tarihi : 4.11.2008).

<sup>126</sup> Ansay, 116; Taylan, 810; Y. 13. HD., 14.5.1976, 2474/4386, "Mülkiyeti muhafaza kaydı ile satılan bir malın satıcının alacaklısı tarafından haczedilmesi için, alıcının taksit borçlarını ödemedede temerrüt gösterip göstermediğine bağlıdır. Eğer alıcı taksit borçlarını düzenli bir şekilde ödüyor veya alıcı temerrüt göstermesine rağmen satıcı fesih hakkını kullanmıyorsa, alacaklı satış konusu mala haciz koyduramaz. Ancak, henüz ödenmemiş satış parasının haczini isteyebilir. Mülkiyeti muhafaza kaydıyla satılan malın satıcının alacaklısı tarafından haczedilebilmesi, alıcının taksitleri ödemekte temerrüt göstermesi ve satıcının sözleşmeyi feshetmesi şartına bağlıdır" (Karar için bkz. Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1997, 213).

<sup>127</sup> Ansay, 119.

geri alır. Buna karşılık, taksitlerin ödenmesini isterse, adi alacaklılar gibi konkordatoya iştirak eder<sup>128</sup>.

#### **D- Kalan Taksitlerin Muacceliyetini Talep Hakkı**

Taksitle satım sözleşmesinde, taksitlerden birinin ödenmemesi karşısında kalan borcun tamamının ödenmesinin istenebilmesi şartına, muacceliyet şartı denir<sup>129</sup>. Bu şart, bir taraftan alıcıyı ifaya zorlayan, diğer taraftan da satıcının kalan taksitlerin muacceliyeti talebini bazı şartlara bağlı tutarak alıcıyı korumaya yönelik olarak sınırlayan, modern hukuk sistemlerinin sözleşmenin zayıf taraf aleyhine bozulmasını engelleyen bir hukukî kurumdur<sup>130</sup>.

Borçlar Kanunu 224. maddesi ile<sup>131</sup>, taksitlerden birinin ödenmemesi halinde diğer taksitlerin de talep edilebilir hale gelmesi için; bu hak sözleşmede açık olarak saklı tutulmuş olmalı, alıcı ard arda iki taksidi ödemede kısmen ya da tamamen temerrüde düşmüş olmalı, ödenmemiş iki taksidin toplamı semenin en az onda birini teşkil etmiş olmalıdır<sup>132</sup>.

Kanun koyucunun satıcının muacceliyet kaydını bu kadar ağır şartlara bağlaması, zayıf durumda olan alıcının korunmasını sağlamaktır. Gerçekten de burada taksitlerini düzenli ödeyen bir alıcının bazı taksitleri ödemede zor durumda kalmasından satıcının yararlanması engellenmek istenmiştir<sup>133</sup>.

### **III- Sonuç**

Taksitle satım ile ilgili olarak, gerek Borçlar Kanunu'nda gerek Medenî Kanun'da ve gerekse Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da, sözleş-

<sup>128</sup> Ansay, 120.

<sup>129</sup> Zevkliler/Havutçu, 87; İnceoğlu, 40; Aslan, 323.

<sup>130</sup> Ozanoğlu, 271.

<sup>131</sup> Tasarı m. 258/II'de muacceliyet kaydı, "... bu hakkı açık biçimde saklı tutmuş olmasına ve alıcının karşılaştırılan satış bedelinin en az onda birini oluşturan ve birbirini izleyen en az iki taksidi veya en az dörtte birini oluşturan bir taksidi ya da en son taksidi ödemede temerrüde düşmüş olmasına bağlıdır." şeklinde ifade edilmiştir.

<sup>132</sup> İnceoğlu, 43; Aslan, 324; Serozan, Özel Bölüm, 180; Ozanoğlu, 275; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6/A maddesinin V. fıkrası ise, "Satıcı veya sağlayıcı, taksitlerden birinin veya birkaçının ödenmemesi halinde kalan borcun tümünün ifasını talep etme hakkını saklı tutmuşsa, bu hak; ancak satıcının veya sağlayıcının bütün edimlerini ifa etmiş olması durumunda ve tüketicinin birbirini izleyen en az iki taksidi ödemede temerrüde düşmesi ve ödenmeyen taksit toplamının satış bedelinin en az onda biri olması halinde kullanılabilir. Ancak satıcının veya sağlayıcının bu hakkını kullanabilmesi için en az bir hafta bir süre vererek muacceliyet uyarısında bulunması gerekir" şeklindedir.

<sup>133</sup> Ozanoğlu, 275.

menin zayıf tarafı olan alıcıyı (tüketiciyi) koruyucu hükümleri bulmak mümkündür. Özellikle alıcının korunması ile ilgili öngörülen ilk tedbir, temerrüt halinde ortaya çıkan durumdur. Gerçekten de, BK. m. 222-224 ve MK. m. 764-765'te alıcının temerrüdü halinde onu korumak için düzenlemeler getirilmiştir. Aynı şekilde TKHK. m. 6/A'da da muacceliyet kaydı ile bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Alıcının taşınır bir malın satış bedelini önceden taksitle ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen ödenmesinden sonra malı teslim etmeyi üstlendiği satış, ön ödemeli taksitle satıştır. Mevzuatımızda ön ödemeli satışlar ile ilgili herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Buna karşılık 2008 tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı madde 263-272 arasında bu konuda bir düzenleme bulmak mümkündür. Böylelikle alıcının, malın kendisine devrinden önce yapacağı ödemelerde temerrüde düşmesi ile ilgili hükümler getirilmesi yerindedir.

Borçlar Kanunu'nda taksitle satım ile ilgili düzenlemeler, malın bedeli tamamen ödenmeden alıcıya teslim edilmesi, alıcının da bedeli taksitler halinde ödemesine ilişkindir. Bu durumda alıcının taksitleri ödemede temerrüde düşmesi sonucunda satıcının bir takım seçimlik hakları vardır. Öncelikle satıcı, geciken taksidin ifasını ve gecikmeden doğan tazminatı talep edebilir. Eğer satıcı bu hakkını kullanmak istemiyorsa, sözleşmeden dönme veya satılanın mülkiyetini talep etme ya da muacceliyet kaydı varsa kalan taksitlerin muaccel olmasını talep etme hakkına sahiptir. Satıcının bu haklarını kullanmasında sözleşmenin zayıf tarafı olan alıcı mümkün olduğunca özel olarak korunmuştur. Özellikle alıcının o zamana kadar yaptığı ödemeler göz önünde bulundurularak, sözleşmenin ayakta tutulması sağlanmaya çalışılmıştır. Bu durumda satıcı diğer seçimlik hakları saklı tutmamışsa sadece geciken taksidin ifasını talep etme hakkına sahiptir. Burada alıcının borçlarını ödeme konusunda gerekli güvence vermesi göz önünde bulundurulmalı ve alıcıya ödeme kolaylıkları sağlanmalıdır. Satıcının satılanı geri alması zorlaştırılmalıdır.

### BİBLİYOGRAFYA

Akıncı, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, Konya 2006.

Akıncı, Şahin, Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Konya 2004.

Ansay, Tuğrul, Türk Borçlar Hukukuna Göre Taksitle Satışlar ve Satıcı, Ankara 1954.

Aral, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2006.

Aral, Fahrettin, Mülkiyeti Muhafaza Kaydıyla Satılan Bir Malın Alıcının Alacaklıları Tarafından Haczi, AHFM. S. 1-4, Ankara 1973.

- Arslanlı, Halil, Ticari Bey', İstanbul 1955.
- Aslan, Yılmaz, Tüketici Hukuku, Bursa 2004.
- Barlas, Nami, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü, İstanbul 1992.
- Becker, Herman, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV, Obligationenrecht II. Abt., Bern, 1934.
- Bilge, Necip, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971.
- Buz, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998.
- Cavin, P., Schweizerisches Privatrecht, VII/I, Kauf, Tausch und Schenkung, Basel 1977.
- Çörtoğlu, Sahir, Tüketicinin Korunması Yönünden Taksitle Satım Sözleşmeleri, AİTİA Dergisi, C. 6, S. 1-2, Ankara 1974.
- Dalamanlı/Kazancı, İlmî ve Kazaî İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu, C. III, İstanbul 1990.
- Erdem, Nafiz, Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları, Ankara 1988.
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006.
- Feyzioğlu, N. Feyzi, Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, C. I, İstanbul 1980.
- Giger, Hans, Kommentar zum geplanten Konsumkreditgesetz, Zürich 1980.
- Guhl/Merz/Kummer, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Auf. Zürich 1991.
- Gürsoy /Eren/Cansel, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978.
- Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992.
- Havutçu, Ayşe, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir 1995.
- İnceoğlu, Murat, Taksitle Satımlarda Tüketicinin Korunması, İstanbul 1998.
- Keller/Lörtscher, Kaufrecht, Eine Systematische Darstellung, 2. Auf., Zürich 1986.
- Keller/Schöbi, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren Des Vertragsrechts, Basel und Frankfurt am Main 1988.
- Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2003.
- Kramer, Konsumentenschutz als neue Dimension des Privat- und Wettbewerbsrechts, ZSR Band 120 (1979).
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000.

- Oğuzman/Seliçi/Okday-Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul 2006.
- Oser/Schönenberger, Züricher Kommentar, Bd. V: Das Obligationenrecht, 2. Teil, (Art. 184-418), 2. Auf., Zürich 1936.
- Ozanoğlu, Hasan, Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara 1999.
- Öz, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989.
- Pulaşlı, Hasan, Şarta Bağlı İşlemler ve Hukukî Sonuçları, Ankara 1989.
- Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2002.
- Serozan, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 2006.
- Serozan, Rona, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 1994.
- Serozan, Rona, Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması ve Teminaten Temlik, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1997.
- Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975.
- Sirmen, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992.
- Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, İstanbul 1990.
- Taylan, Erbay, Taksitle Satışlar, Yasa Dergisi, Haziran 1980.
- T.C. Adalet Bakanlığı, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Ankara 2008.
- Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul 1993.
- Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul 1977.
- Von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Band II, Zürich 1974.
- Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, İstanbul 2006.
- Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1997.
- Zevkliler, Aydın, İflasta Mülkiyeti Muhafaza Mukavelesi, AHFM, S. 3-4, Ankara 1968.
- Zevkliler, Aydın/Havutçu, Ayşe, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007.

# LİMİTED ORTAKLIKTA ESAS SERMAYE PAYI DEVİRİ VE DEVİR BORCUNU DOĞURAN İŞLEMLERDE TARAFLARIN İMZALARININ NOTER TARAFINDAN ONAYLANMASI ZORUNLULUĞU

*Yrd. Doç. Dr. Mustafa İsmail KAYA\**

## GİRİŞ

Limited ortaklıkta payın devrini düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 520. maddesi, payın devrini ağır şartlara bağlamıştır. Mevcut kanundaki düzenleme incelendiğinde, limited ortaklıkta payın devrinin bağlı olduğu koşullar bakımından anonim ortaklık ile kişi ortaklıklarının arasında bir yere sahip olduğu görülmektedir. Bir sermaye ortaklığı olan anonim ortaklıkta payın herhangi bir organın iznine tabi kılınmaksızın serbestçe devredilmesi ilkesi kabul edilmişken, kişi ortaklıklarında payın devredilmesi bir esas sözleşme değişikliği niteliğinde olduğu için, kural olarak, tüm ortaklar devre onay vermedikçe bunun yapılması mümkün değildir<sup>1</sup>. Buna karşılık limited ortaklığın sermaye şirketi özelliği dikkate alınarak, payın devredilebilirliği ilkesi kabul edilmekle birlikte, devrin gerçekleşmesi için ağır bazı şartlar öngörülmüştür.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na göre, limited ortaklıkta payın devri ve devir borcunu doğuran işlemlerin yazılı şekilde yapılması, tarafların imzalarının noterce onaylanması, esas sermaye payının devri için ortaklar genel kurulunun onay vermesi gibi bazı koşulların yerine getirilmesi gerekmektedir. Tasarı'da payın geçmesine ilişkin hükümlerin sadeleştirildiği ve mevcut kanuna göre katı şartların belli oranda yumuşatıldığı gözlemlenmektedir. Getirilen önemli yeniliklerden biri, ortakların esas sözleşmede yapacakları düzenleme ile, payın devri konusunda, ortaklığı şahıs veya anonim ortaklıklarından birine yakın hale getirme olanağına kavuşmuş olmalarıdır<sup>2</sup>. Gerçek-

---

\* Gazi Üniversitesi TTEF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Karş. Yanlı, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt I, s. 676; Çağa, BATİDER 1974, C. VII, S. 3, s. 593; Lessmann, GmbHR 1985, s. 179 vd.

2 Payın bir ortaklık organının veya diğer ortakların onayına tabi kılınmadan serbestçe devredilmesinin esas sözleşmede kararlaştırılması halinde, limited ortaklıkta payın devri, anonim ortaklıktaki pay devrine benzeyecektir. Buna karşılık esas sözleşme payın devrini

ten de mevcut kanunda ortaklardan en az dörtte üçünün devre muvafakat etmesi ve bunların esas sermayenin en az dörtte üçüne sahip olması<sup>3</sup> şart kılınmış olmasına karşılık, Tasarı'da payın devrinin şirket onayı olmaksızın geçerli kılınabileceğine dair bir düzenlemenin esas sözleşme ile yapılabilmesi mümkün hale getirilmiştir<sup>4</sup>.

TTK Tasarısı, payın devri ve devir borcunu doğuran işlemlerin yazılı şekilde yapılması ve tarafların imzalarının noterde onanması şartını ise hiçbir değişiklik yapmaksızın, mevcut kanunda düzenlendiği şekliyle, aynen kabul etmiştir. İsviçre'de limited şirketler hukukunun reforme edilmesi amacıyla gerçekleştirilen yasal değişiklikte, daha önce varolan, imzaların noter tarafından onaylanması şartı İsviçre Borçlar Kanunu'ndan çıkarılmıştır. Tasarı'nın eski sistemi devam ettirmesinin gerekçesi şu şekilde açıklanmıştır: “.. yazılı şekil, imza onanması hem ispat yönünden gereklidir hem güvenliği sağlamaktadır hem de tarafları, devir, özellikle ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri ve diğer sözleşmesel borçlar bakımından düşünmeye yöneltmek için uygun bir araç niteliğine sahip bulunmaktadır”<sup>5</sup>.

Bu çalışmada, limited ortaklıkta esas sermaye payı devrini mevcut kanuna göre önemli ölçüde sadeleştiren ve kolaylaştıran TTK Tasarısı'nın, pay devrini gerçekleştiren tarafların imzalarının noter tarafından onaylanması şartını aynen koruması konusu ele alınacaktır. Ancak TTK Tasarısı ile ilgili değerlendirmelere geçmeden önce esas sermaye payı devrini sağlayan sözleşmenin şekli konusu incelenecektir.

## **I. ESAS SERMAYE PAYI DEVRİNİN VE DEVİR BORCU DOĞURAN İŞLEMLERİN ŞEKLE BAĞLANMASI**

### **1. Esas Sermaye Payının Devri ve Devir Borcunu Doğuran İşlemlerin Yazılı Şekilde Yapılması Ve Tarafların İmzalarının Noterce Onanması**

#### **a. İşlemin Yazılı Yapılması ve Noter Onayının Geçerlilik Şekli Olması**

TTK m. 520/5'de olduğu gibi, TTK Tasarısı m. 595/1'de de esas sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran işlemlerin<sup>6</sup> yazılı şekilde yapıl-

---

tamamen yasaklayan bir hüküm içeriyorsa şahıs şirketlerindeki benzer bir durum ortaya çıkacaktır.

<sup>3</sup> Bkz. TTK m. 520/2.

<sup>4</sup> Bkz. TTK Tasarısı, m. 595/2.

<sup>5</sup> Bkz. TTK Tasarısı, Gerekçe, m. 595/1.

<sup>6</sup> Limited ortaklıkta payın devrinde borçlanma ve tasarruf işlemleri farklıdır. TTK m. 520/5 bunu “payın devri veya devir borcunu doğuran mukavele” şeklinde ifade etmiş olmasına

ması ve tarafların imzalarının noterce onanması gerektiğini hükme bağlamıştır. Borçlar Kanunu m. 11, sözleşmelerin kanunda aksi bir düzenleme olmadıkça serbestçe yapılabileceklerini öngörmektedir. Ancak kanunda açıkça belli bir şekilde bağlanan sözleşmelerin o şekilde yapılmamaları sözleşmeyi geçersiz kılar<sup>7</sup>. TTK m. 520/5 ve TTK Tasarısı m. 595/1 hükümleri karşısında, limited ortaklıkta esas sermaye paylarının devri ve devir borcunu doğuran işlemlerin yazılı yapılması ve imzaların noter tarafından onaylanmasının devir sözleşmesinin geçerli olması için zorunlu olduğunu kabul etmek gerekir<sup>8</sup>.

Geçerlilik (sıhhat) şekline bağlanmış olan pay devri veya devir borcunu doğuran işlemin kanunda emredildiği şekilde yapılmamasının yaptırımını but-

---

karşın, TTK Tasarısı m. 595/1 “esas sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran işlemler” ifadesini kullanmayı tercih etmiştir. Tasarı’da “hem esas sermaye payının devri hem de devir borcunu doğuran işlemler”in yazılı şekilde bağlandığı belirtilerek, “devir vaadi”, “ön sözleşme”, “borçlanma işlemi” gibi terimler söz konusu edilerek açılan tartışmalara son verilmek istenmiştir. Devir borcunu doğuran işlem bir sözleşme veya tek taraflı bir işlem, meselâ taahhütname olabilir; bu taahhütname de aynı şekilde tabidir. Bu sebeple şekil hükmünü koyan birinci cümlede geniş kapsamlı “işlem” terimi kullanılmıştır. Buna karşılık devir, sözleşme şeklinde yapılmalıdır. Bkz. TTK Tasarısı, Gerekçe, m. 595/1. Devir borcunu doğuran işlemin şekil şartına uyulmadan yapılmış olmasına karşın, devir işleminin şekle uygun olması halinde bunun devir vaadi üzerinde iyileştirici bir etkiye sahip olacağı doktrinde çoğunluk tarafından kabul edilmektedir. Bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1661 b; Demirkapı, s. 127 vd.; karş. Pohlmann, GmbHR 1995, s. 412 vd.; Pohlmann, GmbHR 2002, s. 41 vd.; Jasper, in Münchener Handbuch der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, § 24 Rn. 103; Baumbach/Hueck, GmbHG, § 15, Rn. 36; Buss, Kompaktkommentar Gesellschaftsrechts, § 15, Rn. 20.

<sup>7</sup> BK m. 11/2; ayrıca bu husuta bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1661 c; Yanlı, Tekinalp’e Armağan, Cilt I, s. 676; Doğanay, BATİDER 1975, Cilt VIII, S. 2, s. 90; Çağa, BATİDER 1973, C. VII, S. 3, s. 595; karş. Jasper, in Münchener Handbuch der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, § 24 Rn. 101; Baumbach/Hueck, GmbHG, § 15, Rn. 29; Buss, Kompaktkommentar Gesellschaftsrechts, § 15, Rn. 19.

<sup>8</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 25.2.1986 E.1986/7401, K. 1986/948 kararında da bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: “TTK’nın 520. maddesinin son fıkrası uyarınca payın devri veya devir vaadi hakkındaki sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması ve imzaların noterce tasdik edilmesi gerektiği hükme bağlanmış olup, aksi halde bu kabil sözleşmelerin ilgililer arasında dahi hüküm ifade etmeyeceği, başka bir deyişle geçersiz olduğu öngörülmüştür. Bu şekil şartı tamamen bir (muteberlik şartı) dır. Bu husus taraflarca ileri sürülmemiş olsa bile, mahkemece re’sen nazara alınması gerekir. Buna riayet edilmeden yapılan sözleşmenin geçerliliğinden söz edilemez”. Bu karar için bkz. Çevik, s. 220.

landir<sup>9</sup>. Dolayısıyla, devrin veya devir borcunu doğuran işlemin şekle aykırı yapılması halinde, şekle aykırılığı sadece taraflar değil, bunların dışındaki ilgili üçüncü kişiler de ileri sürebilecektir. Aynı şekilde işlemin şekle aykırı yapıldığını yargıç re'sen dikkate alabilecek<sup>10</sup> ve işlemin sakatlığı zaman içinde ortadan kalkmayacağından bunu ileri sürmek herhangi bir süre ile de kısıtlanmayacaktır<sup>11</sup>.

### **b. Şeklin Unsurları**

#### **aa. Yazılı Şekilde Yapılması**

TTK m. 520/5 ve TTK Tasarısı m. 595/1'e göre, esas sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran işlemlerin yazılı yapılması zorunludur. Devir işleminin tarafları herşeyden önce devre konu payın hangisi olduğu yönünde birbirlerine uygun iradelerini açıklarlar<sup>12</sup>. Yazılı metinden payın ivazlı mı yoksa ivazsız mı devredildiği anlaşılmalıdır. Belli bir bedel karşılığında payın devri gerçekleşiyor ise, bu bedelin metinde yer alması gerekir<sup>13</sup>. Buna karşılık pay herhangi bir bedel alınmaksızın devredilecekse bağış iradesinin varlığı ortaya konmalıdır<sup>14</sup>.

TTK, payın devri veya devir borcunu doğuran sözleşmede bulunması gereken hususlar konusunda herhangi bir düzenleme yapmamış olmasına karşılık, Tasarı'da bu konuda bazı hükümler öngörülmüştür. TTK Tasarısı m. 595/1 c. 2'ye göre, devir sözleşmesinde, ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri; rekabet yasağı ağırlaştırılmış veya tüm ortakları kapsayacak biçimde

<sup>9</sup> Karş. Kılıçoğlu, s. 92.

<sup>10</sup> Geçerlilik şekline aykırı yapılan sözleşmelerin yaptırımının mutlak butlan olduğu ve bu yüzden yargıç tarafından şekle aykırılığın re'sen nazara alınabileceği genel olarak kabul edilmesine karşılık, doktrinde son zamanlarda burada kendine özgü bir hükümsüzlük hali bulunduğu ve şekle aykırılığın re'sen dikkate alnamayacağı bunun ancak taraflarca ileri sürülebileceği görüşü de savunulmaktadır. Bkz. Meier-Hayoz: Schweizerisches Privatrecht, V71, Fünfter Band, Sachenrecht, Erster Halbband, Basel und Stuttgart 1977, ZGB Art. 657, Nr. 137 vd.; ayrıca Karş. Kılıçoğlu, s. 92.

<sup>11</sup> Bkz. Kılıçoğlu, s. 91.

<sup>12</sup> Bkz. Demirkapı, s. 216; Jasper, in Münchener Handbuch der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, § 24, Rn. 44.

<sup>13</sup> BK m.1'e göre bir sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların sözleşmenin esaslı unsurlarında anlaşmış olmaları şarttır. Esas sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran işlemler de bir sözleşme olduğuna göre tarafların devre konu pay ve buna karşılık ödenecek bedel konusunda en azından birbirine uygun iradeye sahip olmaları zorunluluğu bulunmaktadır.

<sup>14</sup> Bkz. Demirkapı, s. 113.

geniştirilmiş ise, bu husus, önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım hakları ile sözleşme cezasına ilişkin koşulların da belirtilmesi gerekir<sup>15</sup>.

Tasarı, yükümlülük getirdiği için önemli gördüğü hususların devir sözleşmesinde açıkça yazılmasını emretmiştir. Bu hususların sözleşmeye yazılması zorunluğunun sebebi, devralanın yükümlülüklerinin bilincinde olması ve devralanın tam olarak bilgilendirilmesi ile ilgili sorumluluğun payı devretmek isteyen tarafa yüklenmek istenmesidir<sup>16</sup>. Tasarı'nın gerekçesinde kullanılan ifadelerden, bu hükmün emredici nitelikte olmadığı ve bu kayıtların sözleşmeye yazılmamış olmasının sözleşmeyi geçersiz kılmayacağı<sup>17</sup> anlaşılmaktadır<sup>18</sup>. Ancak bu kuralın kabul edilmesinin gerekçesini, devralanın yükümlülüklerinin farkında olması olarak açıklayan Tasarı'nın, bu kayıtların sözleşmeye konulmasını tarafların iradesine bırakması ve bu hükmün emredici bir niteliğe sahip bulunmadığını ifade etmesinin doğru bir yaklaşım olmadığı kabul edilmelidir<sup>19</sup>.

#### **bb. İmzaların Noter Tarafından Onaylanması**

TTK m. 520/5 ve TTK Tasarısı m. 595/1, taraflar arasındaki devir sözleşmesinin ve devir vaadine ilişkin sözleşmelerin yazılı şekilde yapılmasını yeterli görmemekte, ayrıca tarafların imzalarının noter tarafından onaylanmasını da zorunlu kılmaktadır.

Noterler Kanunu m. 90 vd. hükümleri, noter tarafından gerçekleştirilecek onaylamanın nasıl yapılacağı konusunda ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Buna göre, taraflarca hazırlanan sözleşmenin altında bulunan imzaların tasdiki için notere başvurulduğunda, sözleşmenin altındaki imzaların bunları atanlara ait olduğunu noter onaylayacak ve bunu bir şerhle belgeleyecektir.

<sup>15</sup> Bu husus için ayrıca bkz. Jasper, in Münchener Handbuch der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, § 24, Rn. 44 vd.

<sup>16</sup> Bkz. TTK Tasarısı, Gerekçe, m. 595/1.

<sup>17</sup> Gerekçeye göre bu kayıtların devir sözleşmesinde bulunmaması, sözleşmeyi geçersiz kılmaz, fakat devreden bazı hallerde sorumluluğuna sebep olur. Bkz. TTK Tasarısı, Gerekçe, m. 595/1.

<sup>18</sup> Bkz. TTK Tasarısı, Gerekçe, m. 595/1.

<sup>19</sup> İsviçre BK'nın 784/2 fıkrası incelendiğinde, bu hususların devir sözleşmesine yazılmasının tarafların iradesine bırakılmadığı anlaşılmaktadır. İsviçre BK m. 784/2'de "In die Urkunde müssen .....aufgenommen werden." ifadesi kullanılmaktadır. Bu ibareler bu hükmün emredici bir niteliğe haiz olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla TTK Tasarısı m. 595/1'in ikinci cümlesindeki "belirtilir" ifadesi yerine "belirtilmelidir" ibaresinin yazılmasının ileride doğabilecek sorunları bertaraf etmek açısından gerekli olduğu kanısındayım. Aynı görüş için bkz. Demirkapı, s. 218.

İşlemin yapıldığı yerin senet üzerinde belirtilmesi gerekmektedir (NK m. 92/1, b. 1). Ayrıca işlemin gerçekleştirildiği tarihin hem rakamla hem de yazı ile bu senet üzerinde yer alması zorunluluğu getirilmiştir. (NK m. 92/1, b.1). İmzaların mutlaka onaylamayı yapacak noterin huzurunda atılması şart değildir. Tarafların bu belge üzerinde imzanın kendilerine ait olduğunu beyan etmeleri yeterlidir. İlgili kişilerin imzalarını noter huzurunda atıp atmadıkları hususu işlemin içeriğinde belirtilmelidir (NK m. 92/1, b. 4).

Noter tarafından yapılan onaylama işlemi sözleşmenin içeriği ile ilgili olmayıp sadece tarafların imzalarını kapsamaktadır. Dolayısıyla esas sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran işlemler resmi şekilde yapılmadığından, bu şekle uygun yapılmış olan hukuki işlemlerin sahtelikleri sabit oluncaya kadar kesin delil olma özelliğinden yararlanması sözkonusu olmamaktadır<sup>20</sup>. Noter sadece sözleşmenin altındaki imzaları onayladığından bu imzaların ve sözleşmede belirtilen tarihin sahteliği ispat oluncaya kadar doğru kabul edilmektedir (NK m. 82/3, c. 2).

## 2. Şekle Uyulması Zorunluluğunun Bulunmadığı Hâller

Limited ortaklığa ait payların TTK m. 520/5 ve TTK Tasarısı m. 595/1 hükümlerinde öngörülen şekil şartına uyulmaksızın devredilmesi istisnai bazı durumlarda mümkündür. Esas sermaye payının mirasa veya eşler arasındaki mal rejimlerine ilişkin hükümlere göre veya icra yoluyla geçmesi durumunda, payın devri mevcut ortakla payı devralmak isteyen kişi arasındaki bir sözleşmeye değil yasaya dayanmaktadır<sup>21</sup>. Payın yasa gereği geçtiği bu tür durumlarda ortakların muvafakatine ihtiyaç duyulmadığı gibi yasa da öngörülen şekle de uyulmak zorunluluğu bulunmamaktadır<sup>22</sup>.

## II. TARAFLARIN İMZALARININ NOTERCE ONANMASI ŞARTI GETİRİLMESİNİN AMAÇLARI

Bir sermaye şirketi olmasına karşın limited ortaklıkta kişi unsurunun ön plana çıktığını gösteren hükümlerden biri de TTK m. 520/5 ve TTK Tasarısı m. 595/1'dir. Gerçekten bu maddeler incelendiğinde, anonim ortaklıktaki durumun aksine kanun koyucunun limited ortaklıktaki payların kolayca el

<sup>20</sup> Demirkapı, s. 118.

<sup>21</sup> Karş. TTK Tasarısı, Gerekçe, 596/1.

<sup>22</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 14.2.1986 E. 1986/215, K. 1986/711 kararında, anasözleşmedeki (payların diğer ortakların muvafakatı olmadıkça diğer ortaklara veya başkasına devredilip satılamayacağına) dair olan hüküm, payın miras yoluyla devrini engelleyen ya da bu şekilde devir için ortakların muvafakatını öngören bir şart olarak yorumlanamaz, ifadesi kullanılmıştır.

değiştirmesini istemediği görülmektedir.

Limited ortaklıkta pay devrinin zorlaştırılmasının nedenini anlamak için bu ortaklık türünün kabul edilmesine yol açan tarihsel sürece kısaca bir göz atmak gerekir. Mevcut ortaklık türlerinin ticari hayatın gereklerine tam olarak karşılık verip vermediği ve yeni bir ortaklık türüne ihtiyaç duyulup duyulmadığı konusunda araştırma yapmak üzere 1888 yılında bizzat Almanya Şansölyesi Bismark tarafından bir komisyon kurulmuştur. Bu komisyonun hazırladığı raporda var olan türler dışında yeni bir ortaklık türüne ihtiyaç duyulduğu sonucu ortaya çıkmıştır<sup>23</sup>. Tarihsel açıdan bakıldığında, bir sermaye şirketi olarak düşünülmesine rağmen, anonim ortaklığa göre farklı amaçlarla kullanmak için limited ortaklığa ihtiyaç duyulmuştu. Bu şekilde ortaya çıkan limited ortaklığın temel özelliği, az sayıda ortağa sahip olması ve bu ortakların uzunca bir süre şirkette kalmalarıydı. Bu ortaklık türünün bu özelliğinin korunması için payların hiçbir koşula bağlı olmaksızın el değiştirebildiği anonim ortaklığın aksine, esas sermaye paylarının devrinin zorlaştırılması gerektiği yönünde bir düşünce oluşmuştu<sup>24</sup>. Bu amaçla getirilen hükümlerden en önemlisi, pay devrini gerçekleştirecek olan tarafların imzalarının noter tarafından onaylanmasının şart kılınmış olmasıdır.

Alman Limited Ortaklıklar Kanunu'nun (Gesellschaft mit beschränkter Haftung-GmbH) gerekçesi incelendiğinde pay devri ve devir borcunu doğuran işlemlerde noter onayı şartının hangi nedenlerle getirildiği anlaşılmaktadır. Doktrinde, limited ortaklıkta payın devri ve devir borcunu doğuran işlemlerin zorlaştırılmasının, özellikle şu amaçlara hizmet ettiği savunulmaktadır<sup>25</sup>:

### **1. Genel Ekonomik Yapının Korunması**

Limited şirketin bir ortaklık türü olarak kabul edildiği zamanlarda pay devrinin zorlaştırılmasının ekonomik yapının zarar görmemesi açısından gerekli olduğuna inanılmaktaydı<sup>26</sup>. Limited ortaklığa ait payların piyasada serbestçe işlem gören kıymetli evrak haline dönüşmelerinin genel ekonomik yapı açısından önemli sakıncalar yaratacağı düşünülmekteydi. Bu amaçla pay devri veya devir borcunu doğuran işlemlerde tarafların imzalarının noter onayına tabi kılınarak limited ortaklıktaki payların spekülatif işlemlere konu

<sup>23</sup> Dyhr, s. 22.

<sup>24</sup> Dyhr, s. 21 vd.

<sup>25</sup> Bkz. König, ZIP 2004, s. 1838, 1839 vd.; Dyhr, s. 28 vd.

<sup>26</sup> Dhyr, s. 29 vd.; karş. Çağa, BATİDER 1973, C. VII, S. 3, s. 593.

olmaması sağlanmak istenmiştir<sup>27</sup>.

Payın devri ve devir borcunu doğuran işlemlerde tarafların imzalarının noter tarafından onaylanması şartının getirilmesi ile devir işlemlerinin zorlaştırılacağı kabul edilmekteydi. İmzaların noter tarafından onaylanmasının şart olmasından dolayı pay devrini gerçekleştirmeyi düşünen kişilerin harcamak zorunda kalacakları parayı ödemekten kaçınacakları ve bundan dolayı pay devirlerinin minimum seviyede kalacağı hesap edilmekteydi. Dolayısıyla devir işlemlerini gerçekleştirmenin masraf ve emek gerektirmesi nedeniyle, pay devrinin sınırlı kalacağına inanılmaktaydı<sup>28</sup>.

### 2. Limited Ortaklığın Yapısının Korunması

Alman Kanunkoyucusunun payın devrini zorlaştırmakla limited şirketin yapısını korumayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Yeni bir şirket türü olan limited ortaklığın, kişi unsurunun çok fazla ön planda olduğu şahıs şirketleri ile daha çok sermayenin önemsendiği ve paysahiplerinin kişiliklerinin pek önem arzetmediği anonim ortaklıklar arasında bir yerde tutulmak istendiği görülmektedir<sup>29</sup>. Alman Limited Ortaklıklar Kanununu'nun gerekçesinde kullanılan ifadelerle bakıldığında, bu ortaklık türünde payların devredilmesi suretiyle ortakların sürekli değişmesinin hiç arzulandığı ve ortak değişiminin mümkün olduğu kadar az olmasının amaçlandığı söylenebilir<sup>30</sup>.

### 3. İspat Kolaylığının Sağlanması

Limited ortaklıktaki esas sermaye payının devrinin noter onayına bağlanması ile payın devredildiği kolaylıkla ispat edilebilir<sup>31</sup>. Böylece, üçüncü kişiler açısından, esas sermaye payının sahibinin kim olduğu konusu açıklığa kavuşmuş olacaktır. Aynı şekilde payı devreden devrettiğini, şirketin yeni ortağı ise payı devraldığını kolaylıkla ispat edebilecektir. Şirket açısından da

<sup>27</sup> Karş. Stenografische Berichte, s. 3729; Baumbach/Hueck, GmbHG, § 15, Rn. 21.

<sup>28</sup> Alman Limited Şirketler Kanunu m. 15'in gerekçesinde bu husus açıkça yazılmıştır. Bkz. Stenografische Berichte, s. 3729. Gerekçede ayrıca limited ortaklıkta pay devrinin tamamen yasaklanmasının da düşünülebileceği, ancak bunun şirket ortaklarından birinden alacaklı olanların menfaatlerine aykırı olabileceği hususu göz önüne alınarak yapılmadığı ifade edilmektedir. Bkz. Stenografische Berichte, s. 3728. Pay devrinin tamamen yasaklanmasının sakıncalı olduğu sonucuna varılmış olsa da, limited ortaklıkta payın devredilmesinin ancak istisna olabileceği düşüncesinden hareket edilmiştir. Asıl olan şirket ortaklarının uzun süreli birliktelikleridir. Bkz. Stenografische Berichte, s. 3734.

<sup>29</sup> Karş. Steonographische Berichte, s. 3728.

<sup>30</sup> Bkz. Heidenhain, ZIP 2001, s. 721, 722; König, ZIP 2004, s. 1838, 1839.

<sup>31</sup> Bkz. Stenographische Berichte, s. 3729; Baumbach/Hueck, GmbHG, § 15, Rn. 21.

kimin ortak olduğunun bilinmesi ve bu konuda çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü açısından pay devrinin noter onayına bağlanmasının faydalı olacağı ifade edilmektedir<sup>32</sup>.

Payın devredildiğinin ispat edilmesi açısından devir sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasının yeterli olup olmadığı, sözleşmede bulunan taraf imzalarının ayrıca noter tarafından onaylanmasının gerekli olup olmadığı araştırılması gerekir. Payın devredildiğinin herhangi bir yazılı belge ile ispat edilmesi mümkün olmasına karşın kanun koyucunun devir sözleşmesindeki imzaların noter tarafından onaylanması şartına bağlamasının altında yatan temel düşünce, limited ortaklıkta esas sermaye payının kolayca devrine engel olmaktır. Böylece limited ortaklıktaki esas sermaye payını temsil eden kağıtların piyasada işlem görmesi ve pay devirlerinin spekülative işlemlere tabi kılınmasına engel olunmak istenmiştir. Limited ortaklığa ait payların, piyasada serbestçe alınıp satılan bir kıymetli evrak haline gelebileceği endişesi yaşanmıştır<sup>33</sup>. Bu düşüncelerle, payın devrinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin kesin olarak ispat edilmesi açısından adi yazılı şekilde yapılacak bir devir sözleşmesi yerine, sözleşmenin noter tarafından onaylanmasının daha uygun olacağı kabul edilmiştir<sup>34</sup>. Dolayısıyla noter onayı şartının, limited ortaklıktaki pay devirlerinin spekülative işlemlere tabi tutulmasına ve payların piyasada kolaylıkla alınıp satılmasına engel olmak amacıyla getirildiğini kabul etmek gerekir.

#### **4. Uzman Görüşü Alınması ve İşlemin Doğru Yapılmasının Sağlanması**

Pay devrinde noter onayı şartı aranması sayesinde, devir işleminin taraflarının bu işlemi yapmadan önce hukuki konularda uzman olan noterin görüşü de alınmış olacaktır. Özellikle pay devrinin şirket esas sözleşmesi tarafından bazı şartlara bağlandığı durumlarda, esas sözleşme hükümlerinin anlaşılması ve doğru yorumlanması açısından bir noterin devreye girmesinin faydalı olduğu söylenebilir.

Devir sözleşmesinin geçerli olabilmesi için noter onayının şart olması aynı zamanda devir sözleşmesinin kurallara uygun bir şekilde yapılmış olduğu konusunda da bir güvence teşkil edecektir. Tarafsız olan ve kamu görevi yapan noter, tarafların iradelerinin doğru bir şekilde sözleşmeye yansıdığını ve bu devir sözleşmesinin esas sözleşme hükümlerine uygun olup olmadığını kontrol edebilecektir. Böylece devir sözleşmesinin hukuka tamamen uygun

<sup>32</sup> Karş. Steonographische Berichte, s. 3729.

<sup>33</sup> Bkz. Steonographische Berichte, s. 3729.

<sup>34</sup> Bkz. Dyhr, s. 37 vd.; karş. König, ZIP 2004, s. 1838, 1839.

yapılması sağlanmış olacaktır<sup>35</sup>.

Alman Kanunkoyucusunun noter onayı şartını getirirken uzman görüşü alınması ve işlemin doğru yapılmasının sağlanması gibi bir amacının olmadığı genel olarak kabul edilmektedir<sup>36</sup>. Alman Limited Ortaklıklar Kanunu'nun gerekçesinde de bu yönde bir ifadeye rastlanmamaktadır. Kanunkoyucusunun amacı limited ortaklıkta pay devrini mümkün olduğu kadar zorlaştırmak idi. Aynı şekilde Türk hukuku açısından da noter onayı şartının getirilmesinin amaçlarından birinin, uzman görüşünün alınması olduğu söylenemez.

### 5. Tarafların Gelişigüzel Karar Vermelerinin Önlenmesi

Payın devrinin noter onayına bağlanmasının nedenlerinden biri de, payı devreden ve devralan kişileri düşünmeye sevk etmek, daha düşünceli ve dikkatli karar vererek işlemi gerçekleştirmelerini sağlamaktır (*Übereilungsschutz*)<sup>37</sup>. Payı devralan kişi bu devir işleminin kendisi için hangi anlama geldiğini ve pay devrinin oluşturabileceği riskleri daha kolay algılaya şansına sahip olur<sup>38</sup>. Noter onayının şart kılınmasından dolayı, payı devralan kişi, burada kolayca elden çıkarılabilecek bir anonim ortaklığa ait hisse senedine değil, aksine başkasına devredilmesi bazı ağır şartlara bağlanmış bir ortaklık payına sahip olacağını ve bunun doğal sonucu olarak, bu ortaklık payını istediği zaman nakit paraya dönüştürmesinin kolay olmayacağını düşünme fırsatına kavuşmuş olacaktır<sup>39</sup>.

Noter onayı şartının sadece payı devralan kişiyi değil, aynı zamanda payını devreden ortağın korunmasına da hizmet ettiği söylenebilir. Payı devreden ortak, kurallara uygun bir devrin gerçekleştiğini kolaylıkla ispat etme olanağına kavuşmuş olur. Payını devreden, limited ortaklıktaki esas sermaye payına sahip olmasının sonucu olarak sahip olduğu sorumluluklardan kurtulduğunu, aynı zamanda bu devirle birlikte ortak olmanın getirdiği haklardan

<sup>35</sup> Doktrinde esas sermaye payı devrinin hukuka uygun yapılmasının sağlanması için tarafların notere gitmeden önce bir avukatın görüşünü almaları ve devir sözleşmesinin avukat tarafından düzenlenmesi zorunluluğunun getirilmesi gerektiğini savunan yazarlar da olmuştur. Bkz. König, ZIP 2004, s. 1838, 1842.

<sup>36</sup> Dyhr'e göre, tarafların devir esnasında bir uzmandan yararlanabilmeleri için noter onayı şartının getirildiğini söylemek mümkün değildir. Bkz. Dyhr, s. 36 vd.

<sup>37</sup> Rowedder, § 15, Rn. 1; Roth, § 15, Rn. 44; Baumbach/Hueck, GmbHG, § 15, Rn. 21.

<sup>38</sup> Karş. OLG Stuttgart DB 1989, s. 1817; OLG München, WM 1995, s. 670, 671; ayrıca bkz. König, ZIP 2004, s. 1838, 1841; Çevik, s. 218.

<sup>39</sup> Bkz. Hueck, s. 327; karş. Demirkapı, s. 109.

da yoksun kaldığını bilir<sup>40</sup>.

Doktrinde bazı yazarlar tarafından noter onayı şartının getirilmesinin sözleşmenin taraflarını korumak gibi bir amacının olmadığı görüşü savunulmaktadır. Bu yazarlara göre, kanunkoyucunun bu tür bir düşünceyle hareket etmesi halinde, sadece limited ortaklıktaki esas sermaye payının devrinde değil, diğer tüm malvarlıksal değerlerin devrinin de bu şekilde ağır şekil şartlarına bağlanması gerekirdi<sup>41</sup>. Aksine burada kanunkoyucunun asıl amacı limited ortaklıktaki esas sermaye paylarının spekülative devirlere konu olmasına engel olmak ve bu ortaklık türünü diğer şirket türlerinden ayrılmasını sağlamaktır. Dolayısıyla bireylerin korunmasından çok genel ekonomik yapının korunmasının esas alındığını kabul etmek gerekir<sup>42</sup>. Alman Limited Ortaklık Kanunu'nun gerekçesindeki ifadeler dikkate alındığında, bu görüşün haklı olduğunu kabul etmek gerekir. Gerçekten de Alman Kanunkoyucusunun bu kuralı koyarken böyle bir amaç taşıdığına dair gerekçede herhangi bir ifadeye rastlanmamaktadır. Ancak başlangıçta böyle bir amaç güdülmemiş olmasına rağmen, taraf imzalarının noter tarafından onaylanması şartının getirilmesinin sözleşmenin taraflarının düşünerek hareket etmesine yol açtığını söylemek gerekir<sup>43</sup>.

### **III. TTK TASARISI'NDA İMZALARIN NOTER TARAFINDAN ONAYLANMASI ŞARTININ AYNEN KORUNMASI KONUSUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ**

TTK Tasarısı hazırlanırken, limited ortaklıkta esas sermaye payının devredilmesinde imzaların noter tarafından onaylanması şartının eski sistemde olduğu gibi aynen korunmasına karar verilmiştir. Pay devrinde imzaların noter tarafından onaylanmasının önemli avantajlara sahip olduğu ve bu yüzden bunun Tasarı'da da yer almasının zorunlu olduğuna inanılmıştır<sup>44</sup>. Tasarı'da bu şartın korunmasının gerekçesi olarak; bunun ispat yönünden gerekli olması, güvenliği sağlaması, tarafları devir, özellikle ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri ve diğer sözleşmesel borçlar bakımından düşünmeye yönelmek için uygun bir araç olması gösterilmiştir. Devir işleminin yazılı şekilde yapılması, Tasarı'da sayılan bu hususları tek başına gerçekleştirme gücüne sahip olduğu göz önüne alındığında, önemli dezavantajları da bulunan noter onayı şartının aynen korunmasının doğru olup olmadığının irde-

<sup>40</sup> Roth, § 15, Rn. 44.

<sup>41</sup> Bkz. König, ZIP 2004, s. 1838, 1840; Dyhr, s. 34.

<sup>42</sup> Bkz. Dyhr, s. 35.

<sup>43</sup> Karş. Baumbach/Hueck, GmbHG, § 15, Rn. 21.

<sup>44</sup> Bkz. TTK Tasarısı, Gerekçe, m. 595/1.

lenmesi gerekir.

Tasarı'nın gerekçesinde pay devri veya devir borcunu doğuran işlemin yazılı şekilde yapılması ile imzaların noter tarafından onaylanmasının sahip oldukları işlevlerden aynı cümle içerisinde bahsedilmiştir. Esasında yazılı şekilden çok noter onayının gerekli olup olmadığı konusunun tartışılmaya açılması ve bunun avantaj ve dezavantajlarının değerlendirilmesi daha uygun olurdu.

1 Ocak 2008 tarihinde yürürlüğe giren ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun özellikle limited ortaklıkla ilgili hükümlerinde önemli değişiklikler yapan yasa, İsviçre hukukunda, limited ortaklıkta esas sermaye payının devrinde imzaların noter tarafından onaylanması şartını kaldırdı. Bu yasa değişikliğinden sonra İsviçre'de limited ortaklıktaki esas sermaye payları yazılı bir şekilde devredilebilmektedir<sup>45</sup>.

TTK Tasarısı'nın gerekçesinde İsviçre'de yapılan bu yasal değişikliğe atıf yapılmış, ancak Türk sistemi açısından imzaların noter tarafından onaylanması şartının mevcut TTK'da olduğu gibi korunmasında yarar görüldüğü ifade edilmiştir. Yakın bir zamanda yeni bir Ticaret Kanunu'na kavuşacak olan Türk hukukunda, İsviçre'de uzun tartışmalar sonucu kaldırılan, noter onayı şartının aynen korunmasının gerekli olup olmadığının yeterince tartışılmadığı görülmektedir. İsviçre'de noter onayı şartının kaldırılmasına yol açan nedenlerin<sup>46</sup> irdelenmesi ve bu nedenlerden hangilerinin Türk hukuku açısından da geçerli olduğunun ortaya konması suretiyle, Tasarı ile benimlenen çözümün uygun olup olmadığı ortaya konabilecektir.

İsviçre dışında, limited ortaklıkta payların devrinde noter onayı şartı olması Almanya'da da<sup>47</sup> son yıllarda önemli tartışmalara yol açmakta<sup>48</sup> ve

---

45 TTK m. 520/5'e kaynaklık eden İsviçre BK'nın limited ortaklıklar hukukunu reforme eden değişiklikten önceki halinde (İsviçre BK m. 791/4) payın devrinin geçerli olması için noter onayı şart koşulmaktaydı. Ancak İsviçre BK'nın yeni halinde bu durum şu şekilde düzenlenmiştir: Esas sermaye paylarının devredilmesi, taahhüt işlemi dahil, yazılı şekilde yapılmak zorundadır (İsviçre BK m. 785/1).

46 Bunun için bkz. Bügler, s. 200; Schlösser, GmbHR 2007, s. 301 vd.

47 Alman Limited Ortaklıklar Kanunu'nun 15. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında, ortaklık payının devrinde gerek borçlanma gerekse tasarruf işlemlerinin noter onayına bağlı olduğu hükme bağlanmaktadır. Türk ve İsviçre hukuklarının aksine Alman hukukunda borçlanma ve tasarruf işlemleri ayrı fıkralarda düzenlenmektedir.

48 Bkz. Heidenhain, ZIP 2001, s. 2113 vd.; Pohlmann, GmbHR 2002, s. 41 vd.; Schultze, NJW 1991, s. 1936 vd.; Greitemann, GmbHR 2005, s. 577 vd.; Dutta, RIW 2005, s.98

doktrinde bazı yazarlar, pay devirlerinde noter onayı şartının kaldırılması ve yazılı şeklin yeterli sayılması gerektiği yönünde görüş belirtmektedirler<sup>49</sup>.

Yukarıda da açıklandığı gibi, limited ortaklıktaki esas sermaye payının devrinde imzaların noter onayına bağlanmış olmasının gerekçeleri bu ortaklık türünün Almanya’da kabul edildiği dönemlerdeki tarihsel bazı nedenlere dayanmaktaydı. Temel düşünce, limited ortaklığı diğer bir sermaye şirketi olan anonim ortaklıktan ayırmak ve limited ortaklıktaki payların spekülasyon devirlere konu olmasına engel olmaktır. Devir işleminin gerçekleştiğinin ispat edilmesi veya devir işleminin taraflarının düşünmeye sevk edilmesi, noter onayı olmaksızın adi yazılı şekil ile de sağlanabilir. Dolayısıyla kamu menfaatinin sağlanması, genel ekonomik yapının korunması gibi gerekçelere dayanarak kabul edilmiş olan noter onayı şartının günümüz şartlarında halen geçerli olduğu söylenemez<sup>50</sup>. Limited ortaklığın diğer sermaye ortaklarından ayrılması gibi bir düşünceyle pay devrinin zorlaştırılmasının da bir anlamı bulunmamaktadır. Çünkü bu şirket türü tüm avantajlı ve dezavantajlı yönleriyle ekonomik hayatta kendine bir yer edinmiş ve diğer şirket türleriyle kesin çizgilerle ayrılmış durumdadır. Günümüzde limited ortaklık paylarının devrinin kolaylaştırılması halinde bu şirket türünün tüm özelliklerini kaybedip anonim şirkete benzeyeceği kaygısını taşımanın yersiz olduğunu kabul etmek gerekir.

Tüm şirket türleri açısından bakıldığında pay devrindeki imzaların noter onayına bağlanmasına sadece limited ortaklıktaki esas sermaye payı devrinde rastlanmaktadır. Örneğin kommandit ortaklıkta pay devrini öngören TTK m. 254 (TTK Tasarısı m. 315), ortakların paylarını başkasına devredebileceğini beyan etmiş fakat bu devrin hangi şekil şartlarına uyularak yapılacağı konusunda herhangi bir hüküm öngörmemiştir. Limited ortaklıktaki payın devriyle diğer ortaklık türlerindeki pay devirlerinin genel ekonomik yapının korunması açısından herhangi bir farkının olduğu söylenemez. Durum böyle iken sadece limited ortaklıktaki devirleri zorlaştırmanın da bir anlamı bulunmamaktadır<sup>51</sup>.

### SONUÇ

Limited ortaklıktaki pay devirlerinde imzaların noter onayına tabi tutulmasının bugün itibarıyla herhangi bir gerekçesi bulunmamaktadır. Aksine

---

vd.; Krause, BB 2008, s. 1251 vd.; Barth, GmbHR 2004, s. 383 vd.; Kleinert/Blöse, GmbHR 2003, s. 1230 vd.; Böttcher/Blasche, NZG 2006, s. 766 vd.

<sup>49</sup> Bkz. Dyhr, s. 148; karşı. König, ZIP 2004, s. 1838, 1842.

<sup>50</sup> Karş. Demirkapı, s. 110.

<sup>51</sup> Karş. Heidenhain, ZIP 2001, s. 2113, 2114.

noter onayı şartından kaynaklanan masraf ve emek kaybı, limited ortaklığın sermaye yapısını güçlendirmek için yeni ortaklar bulma ve sermayeye ulaşmasını gereksiz bir şekilde güçleştirmektedir. Ekonomik hayatta çok önemli işlevler üstlenmiş bulunan limited ortaklıklarda pay devrini gereksiz şekilde zorlaştıran noter onayı şartının kaldırılması daha uygun olacaktır<sup>52</sup>. Pay devirlerindeki istismaları önlemek, işlemin taraflarını düşünmeye sevk etmek ve ispat sorununu çözmek için pay devir işlemlerinin yazılı şekilde yapılması yeterli olacaktır.

İsviçre hukukundaki limited ortaklıktaki pay devrinin kolaylaştırılması amacıyla devirlerde uyulması gereken şekil bakımından yapılan değişikliğin Türk hukuku açısından da dikkate alınması ve Tasarı'da noter onayı şartının kaldırılması gerektiği kanısındayım. Bunun için Tasarı'nın şu şekilde değiştirilmesi yeterli olacaktır:

TTK Tasarısı m. 595/1: Esas sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran işlemler yazılı şekilde yapılır.

#### KAYNAKÇA

**Barth, Wolfgang;** Keine Erfüllung der Formerfordernisse des § 15 Abs. 3 und Abs. 4 GmbHG durch antizipierende Satzungsklausel, GmbHR 2004, s. 383 vd.

**Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred;** in GmbH Gesetz, 18. Auflage, München 2006.

**Böttcher, Lars/Blasche, Sebastian;** Die Übertragung von Geschäftsanteilen deutscher GmbHs in der Schweiz vor dem Hintergrund der Revision des Schweizer Obligationenrechts, NZG 2006, s. 766 vd.

**Buss, Thomas;** in Kompaktcommentar Gesellschaftsrechts, (Herausgegeben von Armin Scwerdfeger), München 2007.

**Bügler, Reto;** Der GmbH-Anteil, insbesondere dessen Erwerb, Übertragung, und Verlust (de lege lata et ferenda), Zürich 2004.

**Çağa, Barbaros;** Limited Şirkette Ortaklık Payının Devri, BATİDER 1974, C. VII, S. 3, s. 581 vd.

**Çevik, Orhan Nuri;** Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması, 4. Baskı, Ankara 2003.

**Demirkapı, Ertan;** Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri, İzmir 2008.

**Doğanay, İsmail;** Limited Şirketlerde, Ortaklık Payının Bir Başkasına

---

<sup>52</sup> Karş. Bügler, s. 200 vd.

Devredilmesinin Koşulları Nedir? BATİDER 1975, Cilt VIII, S. 2, s. 83 vd.

**Dutta, Anatol;** Form follows function? – Formfragen bei Schuldverträgen über ausländische Gesellschaftsanteile, RIW 2005, s.98 vd.

**Dyhr, Jochen;** Das Formgebot bei der Übertragung von GmbH-Gesellschaftsanteilen (§ 15 Abs. 3 und Abs. 4 GmbHG), Münster 1998.

**Greitemann, Georg;** Die Formbedürftigkeit der Erwerbshand an GmbH-Anteilen, GmbHR 2005, s. 577 vd.

**Heidenhain, Martin;** Normals: Der Zweck der Beurkundungspflicht für Veräußerungsverträge über GmbH-Gesellschaftsanteile, ZIP 2001, s. 2113 vd.

**Heidenhain, Martin;** Der Zweck der Beurkundungspflicht für Veräußerungsverträge über GmbH-Gesellschaftsanteile, ZIP 2001, s. 721 vd.

**Hueck, Götz;** Gesellschaftsrecht, 19. Aufl. München 1991.

**Jasper, Dieter;** in Münchener Handbuch der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, (Herausgegeben von H.J. Priester und D. Mayer), 2. Aufl. München 2003.

**Kılıçoğlu, Ahmet;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2007.

**Kleinert, Jens/Blöse, Jochen;** Erfüllung der Formerfordernisse gemäß § 15 Abs. 3 und 4 S.1 GmbHG durch antizipierende Satzungsklauseln – ein Gestaltungsvorschlag, GmbHR 2003, s. 1230 vd.

**König, Wolfgang;** Zur materiellen Beurkundung der Abtretung von GmbH-Gesellschaftsanteilen – Ein Vorschlag zur Einschränkung des § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG, ZIP 2004, s. 1838 vd.

**Krause, Nils;** Formbedürftigkeit der Übertragung eines Gesellschaftsanteils an einer einen GmbH-Anteil haltenden GbR, BB 2008, s. 1251 vd.

**Lessmann, H.;** Vinkulierte Übertragung von GmbH-Gesellschaftsanteilen, GmbHR 1985, s. 179 vd.

**Meier-Hayoz;** Schweizerisches Privatrecht, V71, Fünfter Band, Sachenrecht, Erster Halbband, Basel und Stuttgart 1977.

**Pohlmann, Petra;** GmbH-Anteilskauf: Formzwang für Nebenabreden und Vertragsübernahme; Heilung bei Veräußerungskette, Zugleich Besprechung von BHG v. 27.6.2001 – VIII ZR 329/99, GmbHR

2001, 815, GmbHR 2002, s. 41 vd.

**Pohlmann, Petra;** Heilung eines formnichtigen Kaufs von GmbH-Anteilen Besprechung von BGH, GmbHR 1994, 869, s. 412 vd.

**Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin;** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1997.

**Roth, Günter/Altmeyen, Holger;** GmbHG, 3. Auflage, München 1997.

**Rowedder, Heinz;** Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 3. Auflage, München 1997.

**Schlösser, Daniel;** Die Auswirkungen der Schweizer GmbH-Reform 2007 auf die Übertragung von Geschäftsanteilen einer deutschen GmbH in der Schweiz, GmbHR 2007, s. 301 vd.

**Schultze, Jörg-Martin;** Die Reichweite des Formerfordernisses bei der Veraeßerung einer Beteiligung an einer GmbH & Co. KG, NJW 1991, s. 1936 vd.

**Stenografische Berichte** über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Legislaturperiode, I. Session 1890/92, 5. Anlagenband, Berlin 1892.

**Yanlı, Veliye;** Limited Şirketlerde Payın Şirket Tarafından Edinilmesinde Şekil, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt I, s. 673 vd.

# KEFİLİN SAVUNMA İMKÂNLARININ BORÇLAR KANUNU'NDA DÜZENLENİŞ ŞEKLİ VE BORÇLAR KANUNU TASARISINDA GETİRİLEN YENİLİKLER

*Dr. Ferhat CANBOLAT\**

## I-GENEL OLARAK

Ticarî hayatın hızlı bir şekilde geliştiği günümüzde özel hukuk alanındaki ekonomik faaliyetlerde taahhüt edilen bir edimin, zamanında ve istenilen kalitede yerine getirilmesinin sağlanması büyük önem taşımaktadır. Bu da, taahhütlerin güvence altına alınması ihtiyacını doğurmaktadır. Taahhütlerin güvence altına alınmasını sağlayan ve en geniş uygulama alanı bulan şahsî teminat sözleşmesi, kefalettir.

Kefalet, Borçlar Kanunu'nun (BK) m. 483 hükmünde; "*Kefalet, bir akit-tir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder*" şeklinde tanımlanmıştır. Ancak kanundaki bu tanım doktrinde eleştirilmektedir<sup>1</sup>. İlk olarak kefil, temel ilişkiden doğan borcun ödenmesini temin etmeyi taahhüt etmemekte, aksine bu borcun ödenmemesi halinde bundan şahsen sorumlu olmayı taahhüt etmektedir. İkinci olarak kefalet ile teminat altına alınan borcun, sözleşme ilişkisinden doğması şart olmadığından<sup>2</sup> kanunî tanımda "...borçlunun akdettiği borcun edasını..." ifadesinin kullanılması da yerinde değildir. Bu eleştiriler çerçevesinde kefaleti, "bir kimsenin, asıl borçlunun borcunu ödememesi halinde bu borçtan şahsen sorumlu olmayı alacaklıya taahhüt ettiği bir sözleşme" şek-

---

\* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Araştırma Görevlisi.

1 Bkz. **Tandoğan** Haluk, Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, C.II, Ankara 1987, s. 693; **Aral** Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 7. Baskı Ankara 2007, s. 421; **Yavuz** Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, Yenilenmiş 5. Baskı İstanbul 2007, s. 544; **Barlas** Nami, Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI, 9-10 Aralık 2005, s. 42-43; **Özen** Burak, Kefalet Sözleşmesi, (Özellikleri- Kuruluşu- Türleri) İstanbul 2008, s. 45 vd.

2 Haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden veya nafaka borcunda olduğu gibi kanundan doğan ve para ile belirlenebilen herhangi bir borç için kefalet sözleşmesi akdedilmesi mümkündür.

linde tanımlamak mümkündür<sup>3</sup>. Nitekim Borçlar Kanunu Tasarısı (aşağıda “Tasarı” olarak anılacaktır) m. 581’de kefalet sözleşmesi, “*Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir*” şeklinde tanımlanmıştır.

Kefalet, üçlü bir ilişkiyi bünyesinde barındırmaktadır. Bunlar, kefil ile alacaklı arasındaki; alacaklı ile asıl borçlu ve kefil ile asıl borçlu arasındaki ilişkilerdir. Kefil ile alacaklı arasındaki ilişki kefalet sözleşmesini, alacaklı ile asıl borçlu arasındaki ilişki ise temel borç ilişkisini oluşturur. Kefalet sözleşmesi, kefil ile alacaklı arasında kurulan bir sözleşmedir<sup>4</sup>. Bu sözleşme ile kefil, alacaklı ile asıl borçlu arasındaki ilişkiden doğan borcun ödenmesi halinde bundan şahsen sorumlu olmayı taahhüt etmektedir. Dolayısıyla kefaletten söz edilebilmesi için, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden, sözleşmeden veya kanundan doğan “asıl borcun” var olması gerekir. Bunun yanısıra kefil, bu borçtan şahsen sorumlu olmayı istemeli ve kefil ile alacaklı bu konuda anlaşmalıdır<sup>5</sup>.

Kefalet, hukukî niteliği itibarıyla talî, fer’î ve tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Kefaletin talî nitelikte olması, kendini adi kefalette göstermektedir<sup>6</sup>. Buna göre alacaklı, asıl borçluya karşı takip yapıp, bu takip semeresiz kalmadığı sürece kefile başvuramayacaktır. Bunun yanısıra kefalet de sadece kefil borç altına girdiğinden, kefalet, kural olarak tek tarafa borç yükler<sup>7</sup>. Kefaletin fer’îliği ise, kefaletin, asıl borca bağımlı bir sözleşme olmasını ifade eder<sup>8</sup>. Bu sebeple kefilin borcunun doğumu, varlığını devam ettir-

3 Bkz. **Bucher** Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil. 3. Aufl., Zürich 1988, s. 285 vd.; **Reisoğlu** Seza, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992, s. 2; **Grassinger** Gülçin. E., Borçlar Kanuna Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları, İstanbul 1996, s. 13; **Hatemî** Hüseyin/ **Serozan** Rona/ **Arpacı** Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 520-521; **Zevkliler** Aydın/ **Havutçu** Ayşe, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, İzmir 2007, s. 367; **Tandoğan**, s. 693; **Aral**, s. 421-422; **Yavuz**, s. 544.

4 **Bucher**, s. 287; **Tandoğan**, s. 693-694; **Aral**, s. 421; **Yavuz**, s. 544; **Özen**, s. 47 vd.

5 **Hatemî/ Serozan/ Arpacı**, s. 521; **Tandoğan**, s. 694 vd.; **Aral**, s. 422 vd.; **Zevkliler/ Havutçu**, s. 369 vd.; **Yavuz**, s. 545 vd.

6 **Reisoğlu**, s. 2 vd.; **Aral**, s. 424-425; **Tandoğan**, s. 696-697; **Hatemî/ Serozan/ Arpacı**, s. 522 vd.; **Zevkliler/ Havutçu**, s. 368; **Yavuz**, s. 547; **Özen**, s. 58 vd.

7 **Zevkliler/ Havutçu**, s. 368; **Aral**, s. 425; **Tandoğan**, s. 694-695; **Yavuz**, s. 547-548.

8 **Bucher**, s. 287-288; **Barlas**, s. 44; **Hatemî/ Serozan/ Arpacı**, s. 521; **Aral**, s. 422; **Tandoğan**, s. 695; **Özen**, s. 67.

mesi ve sona ermesi temel ilişkiden doğan borcun varlığına bağlıdır. Kefaletin fer'îliği ilkesi gereğince de kefil, gerek kefalet sözleşmesinden kendi lehine doğan gerekse temel borç ilişkisinden asıl borçlu lehine doğan ve asıl borçlu tarafından alacaklıya karşı ileri sürülebilecek def'i ve itirazları ileri sürmek suretiyle kefaletten doğan bedeli ödemekten kaçınabilecektir<sup>9</sup>. Bizde bu çalışmamızda kefilin sahip olduğu savunma imkânlarının Borçlar Kanunu'nda düzenleniş şeklini genel olarak ele aldıktan sonra özel olarak kefilin savunma imkânlarına ilişkin olarak Tasarı'da getirilen yenilikleri inceleyeceğiz.

## II- KEFİLİN SAVUNMA İMKÂNLARININ BORÇLAR KANUNU'NDA DÜZENLENİŞ ŞEKLİ

Kefilin savunma imkânları, “kefilin defileri” kenar başlığını taşıyan BK. m. 497 hükmünde düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu maddeye göre;

*“Kefil, asıl borçluya ait bütün defileri alacaklıya karşı dermeyan etmek hakkını haiz ve bununla mükelleftir fakat kefilin taahhüdünün mahiyetine nazaran hariç kalması lazım gelen defiler, müstesnadır.*

*Kefil, kendi kusuru olmaksızın bu defilere vakıf olduğunu ispat etmediği surette kendisini borcunu edadan vareste edecek bu defileri dermeyan etmesinden naşi, alacaklıya rücu etmek hakkından mahrum olur”.*

Öncelikle vurgulamak gerekir ki, maddede kullanılan def'i ifadesi, sadece teknik anlamdaki def'ileri değil, bunun yanısıra itirazları da kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanılmıştır<sup>10</sup>. Ayrıca madde hükmü, sistematik açıdan, kefilin asıl borçluya karşı sahip olduğu hakların yer aldığı kısımda

<sup>9</sup> **Özen**, s. 71-72.

<sup>10</sup> **Beck** Emil, Das neu Bürgschaftrecht, Zürich 1942, Art. 502, N.9; **Becker** Hermann, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV, Obligationenrecht, II. Abteilung, Art. 184-551 OR., Bern 1934, Art. 506, N.21; **Schönenberger** Wilhelm, Kommentar zum Obligationenrecht, Bd.V, 3.Teil, Art.419-529, 2. Auf., Zürich 1945, Art. 502, N.9; **Pestalozzi** Christoph M., Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationen Recht I, Art 1-529, Herausgeber von Honsell Heinrich/ Vogt Nedim Peter/ Wiegand Wolfgang, Basel 1992, Art. 502, N.8; **Grassinger**, s. 17-18; **Aral**, s. 451; **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 535-536; **Reisoğlu**, s. 169. Def'i ve itirazların düzenlediği diğer bazı maddelerde de, teknik bakımdan itirazın da bulunduğu durumlarda sadece “def'i” kavramı kullanılmakta ve itirazdan bahsedilmediği konusunda bkz. **Eren** Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası İstanbul 2008, s. 1158-1159; **Oğuzman** M. Kemal/ **Öz** M.Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası İstanbul 2006, s. 849; **Tekinay** Selahattin Sulhi / **Akman** Sermet / **Burcuoğlu** Haluk / **Altıp** Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 297 vd.

düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu sebeple de sadece temel borç ilişkisinden doğan def'iler dikkate alınmak suretiyle bir düzenleme yapılmıştır. Kefalet ilişkisinden doğan def'iler ise, diğer borç ilişkilerinde olduğu gibi, herhangi özel bir düzenlemeye ihtiyaç olmaksızın her zaman borçlu durumundaki kefil tarafından ileri sürülebilir. Ayrıca kefil, kefalet sözleşmesinin düzenlendiği kısımdaki kefaletle özgü def'ileri de ileri sürebilir. Bu durumda kefilin savunma imkânlarını, temel borç ilişkisinden doğan savunma imkânları ve kefalet ilişkisinden doğan savunma imkânları şeklinde ikili bir ayırımla inceleyeceğiz.

#### A-Temel Borç İlişkisinden Doğan Savunma İmkânları

Kefalet sözleşmesi, kefilin fer'i nitelikteki bir ödeme yükümlülüğünü oluşturduğundan, alacaklının ödeme talebine karşı kefil, temel borç ilişkisinden doğan def'i ve itirazları ileri sürmek suretiyle ödeme yapmaktan kaçınabilir<sup>11</sup>. Temel borç ilişkisinden doğan def'i ve itirazları ileri sürmek, kefil bakımından bir hak olduğu kadar, bir külfettir<sup>12</sup>. Bu külfetleri yerine getirmekten kaçınan kefil, BK. m. 497/2'de ifade edildiği üzere, kusuru olmadan bunlar konusunda bilgisi olmadığını ispat etmedikçe, asıl borçluya rücu etme hakkını kaybeder.

Kefilin temel borç ilişkisinden doğan savunma imkânlarını, temel borç ilişkisinden doğan itirazlar ve temel borç ilişkisinden doğan def'iler şeklinde ikili bir ayırımla inceleyeceğiz. Temel borç ilişkisinden doğan itirazları ise, itirazlara ilişkin yapılan genel ayırıma uygun olarak “hakkın doğumuna engel olan itirazlar” ve “hakkı sona erdiren itirazlar” şeklinde incelemek mümkündür<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Oser Hugo / Schönerberger Wilhelm, (Çeviren: Sungurbey İsmet) İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi: Eski Kefillik, Yeni Kefillik, Kumar, Bahis, Sağlığınca Gelir, Sağlığınca Bakma Sözleşmeleri, Ankara 1964, s. 272 vd.; Bucher, s. 300.

<sup>12</sup> Scyboz Georges, Garantievertrag und Bürgschaft, in: Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht besondere Vertragsverhältnisse Art 1-529, Herausgeber von Frank Vischer, Zweiter Halbband, Basel-Stuttgart 1979, s. 354; Tandoğan, s. 783; Aral, s. 451; Hatemî/ Serozan/ Arpacı, s. 534; Yavuz, s. 566-567; Zevkliler/ Havutçu, s. 378; Grassinger, s. 18-19.

<sup>13</sup> Doktrinde itiraz, “hakkın doğumuna engel olan itiraz” (rechtshindernde Einwendungen) ve “hakkı sona erdiren itiraz” (rechtsvernichtende Einwendungen) şeklinde ikili bir ayırımla incelenmektedir. Hakkın doğumuna engel olan itirazda, davacı veya alacaklı tarafından iddia edilen hakkın hiç doğmadığı ileri sürülmektedir. Hakkı sona erdiren itirazda, davacı veya alacaklı tarafından iddia edilen hak, geçerli bir şekilde doğmuştur, fakat davalı veya borçlu tarafından ileri sürülen bir olay nedeniyle hak sona ermektedir. Bkz. von

Temel borç ilişkisinden doğan ve hakkın doğumuna engel olan itirazlar arasında, temel borç ilişkisinin tarafı durumundaki alacaklı ve asıl borçlunun fiil ehliyetine sahip bulunmaması, temel ilişkideki borcun konusunun hukuka ve ahlâka aykırı olması, konunun başlangıçtan itibaren imkânsız olması, irade beyanlarının sıhhatli olmaması, muvazaa veya gabinin bulunması, geçerliliği şekil şartına bağlanmış bir sözleşmenin bulunması durumunda bu şekil şartına uyulmamış olması sayılabilir<sup>14</sup>.

Temel borç ilişkisinden doğan ve hakkı sona erdiren itirazlar arasında ise, teminat altına alınan temel ilişkiden doğan borcun ifa edilmiş olması, alacaklı ve asıl borçlunun borcu yenileme konusunda anlaşmaları<sup>15</sup>, asıl borçlunun alacağı ile kefalet ile teminat altına alınan alacağın takas edilmesi ve ibra sözleşmesi yapılması sayılabilir<sup>16</sup>. Bu sonuçlar özellikle BK. m. 492 hükmünde, “*asıl borç, her hangi bir sebeple sakıt olunca kefil beri olur*” şeklinde ifade edilmiştir. Bu durum aynı şekilde BK. m. 113/1 hükmünde de, “*asıl borç tediye ile veya sair bir suretle sakıt olduğu takdirde kefalet ve rehin ve sair fer'i haklar dahi sakıt olur*” şeklinde düzenlenmiştir.

Temel borç ilişkisinden doğan def'iler arasında ise, temel ilişkiden doğan borcun muaccel olmadığı def'i ile zamanaşımı def'i sayılabilir<sup>17</sup>. Kefaletin fer'iliği ilkesi gereğince alacaklı, temel ilişkiden doğan borç muaccel olmadığı sürece kefile karşı takibe geçemez. Bu sebeple temel ilişkiden doğan borç henüz muaccel olmadan alacaklının kefaletten doğan alacağı talep etmesi halinde kefil, asıl borçlunun def'ini ileri sürerek ödeme yapmaktan

---

**Tuhr** Andreas/ **Peter** Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1979, s. 27; **Eren**, s. 71; **Kuru** Baki/ **Arslan** Ramazan/ **Yılmaz** Ejder, Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, Ankara 2006, s. 372-373; **Pekcanitez** Hakan/ **Atalay** Oğuz/ **Özekes** Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2006, s. 308.

<sup>14</sup> Bkz. **Schönenberger**, Art. 502, N.15; **Beck**, Art. 502, N.12; **Pestalozzi**, Art. 502, N.10; **Tandoğan**, s. 781; **Reisoğlu**, s. 171; **Aral**, s. 452; **Grassinger**, s. 19-20; **Hatemî/ Serozan/ Arpacı**, s. 534-535; **Yavuz**, s. 566.

<sup>15</sup> Yenileme bakımından cari hesaba ilişkin olarak kefaletin devam edeceği konusunda istisnai düzenleme BK. m. 115/3 hükmünde “Eğer kalemlerden biri mukabilinde teminat varsa hesap kesilip tasdik edilmiş olsa bile hilafı şart edilmedikçe bu teminata hael gelmez” şeklinde ifade edilmiştir.

<sup>16</sup> **Tandoğan**, s.781; **Aral**, s. 452; **Hatemî/ Serozan/ Arpacı**, s. 534; **Grassinger**, s. 21-22; **Yavuz**, s. 566.

<sup>17</sup> Bkz. **Beck**, Art. 502, N.15-17; **Tandoğan**, s. 781; **Reisoğlu**, s. 172-173; **Aral**, s. 452; **Grassinger**, s. 29 vd.; **Hatemî/ Serozan/ Arpacı**, s. 534; **Yavuz**, s. 566; **Zevkililer/ Havutçu**, s. 378.

kaçınabilir<sup>18</sup>. Aynı şekilde temel ilişkiden doğan borcun zamanaşımına uğramasına rağmen, alacaklının ödeme talebinde bulunması durumunda da kefil, zamanaşımı def'i savunmasında bulunarak ödeme yapmaktan kaçınabilir<sup>19</sup>. BK. m. 134/2 hükmüne göre asıl borçluya karşı kesilen zamanaşımı, kefile karşı da kesilmiş kabul edilir. Buna karşılık BK. m. 134/3 hükmüne göre ise, kefile karşı zamanaşımının kesilmiş olması, asıl borçluya karşı da zamanaşımın kesildiği anlamına gelmez. BK. m. 139/3'de asıl borçlunun zamanaşımından feragat etmesinin kefilin temel ilişkiden doğan borcun zamanaşımına uğradığına ilişkin def'i ileri sürmesine engel oluşturmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu son düzenleme, alacaklı ile asıl borçlunun, aralarında yapacakları bir sözleşme ile bu sözleşmeye taraf olmayan ve üçüncü kişi durumundaki kefilin durumunu ağırlaştıramayacaklarına ilişkin genel kuralın bir tezahürüdür<sup>20</sup>.

Temel borç ilişkisinden doğan öyle savunma imkânları vardır ki, bunların kefil tarafından ileri sürülmesi işin niteliği gereği mümkün değildir. Bu durum özel olarak BK. m. 497/1'de "*fakat kefilin taahhüdünün mahiyetine nazaran hariç kalması lazım gelen defiler, müstesnadır*" şeklinde açıkça hükme bağlanmıştır. Doktrinde bir görüş<sup>21</sup>, getirilen bu düzenlemenin, BK. m. 485 hükmünün son cümlesini kapsadığını savunmaktadır. Bu sebeple de kefilin, hata veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sözleşmeden doğan borca kefalet vermesi ve sözleşmenin yapıldığı sırada bu durum hakkında bilgi sahibi olması durumunda, bu durumun varlığını def'i olarak ileri süremeyeceğinin düzenlendiğini ileri sürülmektedir. Buna karşılık diğer bir görüş<sup>22</sup>, maddenin bu şekliyle dar yorumlandığını, bu maddenin hem BK. m. 485 hükmünün son cümlesini hem de kefaletin bünyesinde bulunan alacaklıya teminat sağlama amacı gereğince kefilin ileri sürmemesi gereken savunma imkânlarını kapsadığını kabul etmektedir. Biz, BK. m. 497/1 hükmünün geniş olarak yorumlanması ve bu sebeple de ikinci görüşe üstünlük tanınması gerektiğini kabul etmekteyiz.

<sup>18</sup> Beck, Art. 502, N.17; Reisoğlu, s. 172; Aral, s. 452; Grassinger, s. 29; Hatemî/Serozan/ Arpacı, s. 534.

<sup>19</sup> Schönerberger, Art. 502, N.15; Beck, Art. 502, N.15; Pestalozzi, Art. 502, N.14; Reisoğlu, s. 173; Aral, s. 452-453; Grassinger, s. 34; Hatemî/Serozan/ Arpacı, s. 534.

<sup>20</sup> Schönerberger, Art. 502, N.26; Beck, Art. 502, N.15; Reisoğlu, s. 173; Grassinger, s. 34.

<sup>21</sup> Reisoğlu, s. 170.

<sup>22</sup> Tandoğan, s. 782; Hatemî/Serozan/ Arpacı, s. 534-535; Yavuz, s. 566; Grassinger, s. 51.

Kabul ettiğimiz görüş uyarınca ilk olarak kefil, BK. m. 485 hükmünün son cümlesindeki durumu, bir savunma vasıtası olarak ileri süremez. Buna göre kefil, hata veya ehliyetsizlik sebebiyle asıl borçlunun sorumlu olmadığı bir borca ilişkin olarak ve bu durumun varlığını bilerek kefalet verdiği bir olayda, bunların varlığını alacaklıya karşı ileri süremez<sup>23</sup>. İkinci olarak kefil, asıl borçlunun ifa gücünün bulunmadığını da ileri süremez. Zaten kefaletin amacı da asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğüne karşı teminat sağlamak ve alacaklının menfaatini korumaktır<sup>24</sup>. Benzer bir durum da İcra ve İflâs Kanunu (İİK) m. 295 hükmü bakımından söz konusudur<sup>25</sup>. Buna durumda alacaklının, konkordatoya muvafakat edip etmemiş olmasına göre ikili bir ayırma gidilmelidir.

İİK. m. 295/1'e göre alacaklı, yapılan konkordatoya muvafakat etmemiş ise, kefile karşı sahip olduğu haklarını korur. Buna göre konkordatoya muvafakat etmemiş alacaklıya karşı asıl borçlu, borcun belli bir kısmını ifa ile borcun tamamından kurtulacak olsa bile kefil, sanki konkordato hiç yapılmamış kefaletten kararlaştırılan miktar üzerinden sorumlu olmaya devam eder<sup>26</sup>. Buna bağlı olarak da kefilin ödemede bulunması durumunda alacaklının haklarına halef olması ve alacaklıya rücu etmesi, konkordato şartları çerçevesinde olacak, yani asıl borçlu konkordatoya göre ne kadar miktarlık bir borçtan sorumlu ise, o miktara kadar rücu imkânı bulunur<sup>27</sup>.

İİK. m. 295/2'ye göre alacaklı, yapılan konkordatoya muvafakat etmiş ise, kefile alacağını talep etmesi, sadece konkordato şartları çerçevesinde

<sup>23</sup> Bkz. **Oser / Schönerberger**, s. 279; **Aral**, s. 453.

<sup>24</sup> Bkz. **Oser / Schönerberger**, s. 277; **Scyboz**, s. 384; **Schönerberger**, Art. 502, N.19; **Beck**, Art. 502, N.24; **Tandoğan**, s. 782; **Reisoğlu**, s. 176; **Aral**, s. 453; **Grassinger**, s. 52 vd.

<sup>25</sup> “Müşterek borçlulara karşı haklar” başlığını taşıyan İİK. m. 295 hükmü şu şekildedir; “Konkordatoya muvafakat etmeyen alacaklı müşterek borçlulara ve borçlunun kefillerine ve borcu tekeffül edenlere karşı bütün haklarını muhafaza eder. Konkordatoya muvafakat etmiş olan alacaklı dahi kendi haklarını yukarıdaki kimselere ödeme mukabilinde temlik teklif etmek ve onlara toplanmanın günü ile yerinden en aşağı on gün evvel haber vermek şartıyla bu hükümden istifade eder. Alacaklı müracaat hakkına halel gelmeksizin yukarıdaki kimselere konkordato müzakeresine iştirak etmek salahiyetini verebilir ve onların kararını kabul taahhüdünde bulunabilir”.

<sup>26</sup> **Kuru Baki/ Arslan Ramazan/ Yılmaz Ejder**, İcra ve İflas Hukuku, 21. Bası, Ankara 2007, s. 647.

<sup>27</sup> **Grassinger**, s. 55.

mümkün olabilir<sup>28</sup>. Bu son durumda alacaklının, kefile karşı sahip olduğu hakları tam olarak koruyabilmesi için, ödeme karşılığında konkordato gereğince sahip olduğu haklarını temlik etmeyi önermiş ve alacaklılar toplantısının yeri ve gününü toplantıdan en az on gün önce bildirmiş olması gerekir. Alacaklı, bu şartları yerine getirmesine karşın kefil teklifi kabul etmez ise, bu durumda alacaklı, konkordatoya muvafakat etmesine rağmen diğer kefile karşı sahip olduğu haklarını tam olarak korur<sup>29</sup>. Son ihtimalde İİK. m. 295/3'e göre ise, alacaklı, müracaat hakkına hanel gelmeksizin, kefile konkordato görüşmesine katılma yetkisi verebilir ve onun kararını kabul taahhüdünde bulunabilir. Bu durumda alacaklının, kefile karşı alacak hakkını tam olarak koruyacağı doktrinde kabul edilmektedir<sup>30</sup>.

Temel borç ilişkisinden doğan savunma imkânları bakımından değinilmesi gereken diğer bir nokta da, bu ilişkinin tarafı olan asıl borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu yenilik doğuran hak niteliği taşıyan bir durumun varlığının alacaklı tarafından ileri sürülüp sürülemeyeceği sorunudur. Yenilik doğuran hak, kullanıldıklarında yeni bir hukukî ilişki meydana getiren, mevcut hukuki ilişkiyi değiştiren veya bu ilişkiyi tamamen ortadan kaldıran haklardır<sup>31</sup>. Yenilik doğuran haklar, ancak bu hakka sahip olan kişilerce kullanılabilirliğinden, temel borç ilişkisi bakımından üçüncü kişi durumundaki kefil, asıl borçluya ait yenilik doğuran hakları kullanamaz. Bu sebeple de asıl borçlunun sahip olduğu yenilik doğuran haklar, BK. m. 497 hükmünün kapsamı dışında kalır<sup>32</sup>. Bu tür yenilik doğuran haklara, asıl borçluya ait takas hakkının kullanılması, irade sakatlığı veya gabin sebebiyle sözleşmeyi iptal etme hakkı sayılabilir<sup>33</sup>. Takas hakkı bakımından istisnai bir düzenleme ile kefile, asıl borçlunun takası ileri sürme hakkı oldukça, ödeme yapmaktan kaçınma (def'i) hakkı BK. m. 119'da açıkça tanınmıştır<sup>34</sup>.

### **B-Kefalet İlişkisinden Doğan Savunma İmkânları**

Kefil, temel borç ilişkisinden doğan savunma imkânlarının yanısıra, ke-

28 Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 647.

29 Reisoğlu, s. 106; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 647.

30 Reisoğlu, s. 106-107; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 647.

31 Yenilik doğuran hakların tanımı ve özellikleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Buz Vedat**, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 57 vd.

32 Bkz. **Tandoğan**, s. 782; **Reisoğlu**, s. 177; **Aral**, s. 453; **Grassinger**, s. 35-36. İsviçre hukuku bakımından da benzer değerlendirmeler için bkz. **Oser / Schönenberger**, s. 273.

33 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tandoğan**, s. 782; **Grassinger**, s. 37 vd.

34 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Aral** Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Takas, Ankara 1994, s. 84 vd.

falet ilişkisinden doğan savunma imkânlarını da ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilir. Kefilin, kefalet ilişkisinden doğan savunma imkânlarını, yukarıda yapmış olduğumuz ayırmada olduğu gibi, kefalet ilişkisinden doğan itirazlar ve kefalet ilişkisinden doğan def'iler; kefalet ilişkisinden doğan itirazları ise, "hakkın doğumuna engel olan itirazlar" ve "hakkı sona erdiren itirazlar" şeklinde ayırmalara tabi tutarak inceleyeceğiz.

Kefalet ilişkisinden doğan ve hakkın doğumuna engel olan itirazlar arasında, kefalet ile teminat altına alınan ve temel ilişkiden doğan borcun geçerli olmaması, tarafların fiil ehliyetine sahip bulunmaması, kefalet sözleşmesinin konusunun hukuka ve ahlaka aykırı olması, irade beyanlarının sıhhatli olmaması, muvazaa veya gabinin bulunması, kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartına uygun olarak yapılmaması sayılabilir<sup>35</sup>.

Kefaleti, diğer kişisel teminatlardan ayıran en önemli özellik fer'i nitelikte olmasıdır. Bunun sonucu olarak da kefilin borcunun doğumu, varlığını devam ettirmesi ve sona ermesi temel ilişkiden doğan borcun varlığına bağlıdır. Kefaletin fer'iliği ilkesi gereğince de kefalet sözleşmesinin kurulabilmesi için de kefalet ile teminat altına alınan geçerli bir borcun bulunması gerekir<sup>36</sup>. Bu durum özellikle BK. m. 485 hükmünün ilk cümlesinde "*kefalet, ancak muteber bir borç hakkında cereyan eder*" şeklinde ifade edilmiştir. Bu sebeple kefil, teminat altına alınan ve temel ilişkiden doğan borcun geçerli olmadığını, kefalet ilişkisinden doğan bir itiraz olarak ileri sürebilecektir.

Kefalet sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekil şartına bağlandığından, şekil şartına uyulmaksızın bir kefalet sözleşmesinin yapılması durumunda kefil, hakkın doğumuna engel olan bir itirazın var olduğunu ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilir. BK. m. 484 hükmüne göre kefaletin geçerliliği, yazılı şekil şartına uyulmasına ve kefilin sorumlu tutulacağı belirli bir miktarın sözleşmede gösterilmesine bağlıdır<sup>37</sup>.

Kefalet ilişkisinden doğan ve hakkı sona erdiren itirazlar arasında ise, kefalet ile teminat altına alınan temel ilişkiden doğan borcun herhangi bir

<sup>35</sup> Bkz. **Bucher**, s. 300; **Tandoğan**, s. 783-784; **Grassinger**, s. 65 vd.; **Zevkliler/ Havutçu**, s. 378.

<sup>36</sup> **Ayrancı** Hasan, Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, AÜHFD 2004, C.53, S. 2, s. 97.

<sup>37</sup> **Weber** Von Rolf H., Berner Kommentar Band VI, 1. Abteilung, 6. Teilband. Allgemeine Bestimmungen. Artikel 110-113 OR., Bern 2002, s. 57; **Barlas**, s. 45; **Ayrancı**, s. 98 ve s. 102; **Aral**, s. 429 vd.; **Özen**, s. 164 vd.

sebeple sona ermesi<sup>38</sup>; kefaletten doğan borcun ifa edilmiş olması; kefilin, kefaletten doğan borcunu alacaklıya karşı sahip olduğu bir alacağı ile takas etmiş olması, kefaletten doğan borç konusunda kefil ile alacaklı arasında bir yenileme veya ibra anlaşmasının yapılmış olması ve bunların yanısıra kefalet sözleşmesinin, kendine özgü sebeplerle sona ermesi sayılabilir<sup>39</sup>. Sona erme sebepleri içinde yer almaması dolayısıyla dikkati çeken diğer bir nokta, BK. m. 117 uyarınca ifanın imkânsızlaşması suretiyle sona ermenin, kefalet bakımından söz konusu olmamasıdır. Zira kefalet sözleşmesinin konusunu belirli bir miktar para oluşturmaktadır. Para borcu, bir cins borcu meydana getirdiği ve cins borçlarında da “cinsin yok olmayacağı” (genus non perit) kuralı<sup>40</sup> kabul edildiği için, kefilin borcunun kural olarak sonradan ve objektif bakımdan fiilen imkânsız olması mümkün değildir.

Kefalet sözleşmesinin, kendine özgü sebeplerle sona ermesi, çeşitli şekillerde ortaya çıkmaktadır. İlk olarak, temel ilişkiden doğan borcun naklinin yapılmasına kefilin muvafakat etmemesi halinde kefalet sözleşmesinin sona ermesi ve bu sebeple de alacaklı tarafından yapılacak ödeme talebine karşı kefaletin sona erdiği savunmasının yapılabilmesi mümkündür<sup>41</sup>. Bu durum, BK. m. 176/2’de “kefilin mesuliyetleri ancak borcun nakline razı oldukları halde devam eder” şeklinde açıkça ifade edilmektedir.

Kefalet sözleşmesi bakımından kendine özgü diğer bir sona erme sebebi, birlikte kefalet bakımından öngörülen BK. m. 488 son cümle hükmüdür. Bu madde hükmüne göre kefil, kefalet sözleşmesini yaptığı sırada, başka kimselelerinde aynı borç için kefil olacağını düşünmüş ve bu düşüncenin sonucu olarak kefil olmuşsa ve ayrıca alacaklı, kefilin bu saik ile kefalet altına girdiğini biliyor veya bilebilecek durumda ise, kefilin kefaletten doğan sorumluluktan kurtulma imkânı vardır<sup>42</sup>. Bu tür bir durumun varlığına rağmen alacaklının ödeme talebinde bulunması halinde kefil, BK. m. 488 son cümle hükmünden doğan savunma imkânını ileri sürebilecektir.

Kefalet sözleşmesinin, kendine özgü sebeplerle sona ermesine ilişkin diğer bir durumda belirli süreli veya belirsiz süreli kefaletlere ilişkindir. Belirli

38 Asıl borcun herhangi bir nedenle sona ermesi durumunda kefilin borcunun da sona ereceği BK. m. 492 hükmünde, “asıl borç, her hangi bir sebeple sakıt olunca kefil beri olur” şeklinde açıkça ifade edilmektedir.

39 Bkz. **Bucher**, s. 300; **Grassinger**, s. 123 vd.

40 Bkz. **Serozan** Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, C.III, Haksız Zenginleşme, 4. Bası, İstanbul 2006, s. 162-163; **Eren**, s. 1251.

41 **Hatemî/ Serozan/ Arpacı**, s. 539; **Yavuz**, s. 573-574.

42 **Aral**, s. 445-446.

sürelî kefaletler<sup>43</sup> bakımından BK. m. 493 hükmünde alacaklının, kefalet sözleşmesinde kararlaştırılan sürenin dolmasından itibaren bir ay içinde alacağını takip etmek için gerekli hukukî yollara başvurmaması veya başlamış olduğu takibe uzun süre ara vermesi durumunda kefilin, kefalet borcundan kendiliğinden kurtulacağı düzenlenmiştir. Bu durumun varlığına rağmen alacaklının ödeme talebinde bulunması halinde kefil, BK. m. 493 hükmünden doğan savunma imkânını ileri sürebilir.

Belirsiz sürelî kefaletler<sup>44</sup> bakımından ise, BK. m. 494 hükmü bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre, temel ilişkiden doğan borcun muaccel olması halinde kefil, bu muaccel olma anından itibaren alacaklıya başvurarak, onun bir ay içinde icra marifetiyle veya mahkemeye başvurmak suretiyle alacağını takip etmesini ve uzun süre ara vermeksizin takibi devam etmesini isteyebilir. Kefilin bu ihbarına rağmen alacaklının takibe başlamaması veya başlamış olduğu takibi uzun süre ara vermesi durumunda kefil, kefalet borcundan kendiliğinden kurtulabilir (BK. m. 494/1). Temel ilişkiden doğan borcun muaccel olması, alacaklının borçluya yapacağı ihbara bağlı ise kefil, kefalet sözleşmesinin kurulmasından bir yıl sonra alacaklıdan, muacceliyet ihbarında bulunmasını ve borç muaccel olunca da bir ay içinde icra marifetiyle veya mahkemeye başvurmak suretiyle alacağını takip etmesini ve uzun süre ara vermeksizin takibi devam etmesini isteyebilir. Kefilin bu bildirimine rağmen alacaklının, muacceliyet ihbarında bulunmaması, asıl borç muacceliyet kazandıktan sonra bir ay içinde takibe başlamaması veya başlamış olduğu takibi uzun süre ara vermesi durumunda kefil, kefalet borcundan kendiliğinden kurtulabilir (BK. m. 494/2 c.1). Her iki durumun varlığına rağmen alacaklının ödeme talebinde bulunması halinde kefil, BK. m. 494 hükmünden doğan savunma imkânını ileri sürebilir (BK. m. 494/2 c. 2).

Kefalet sözleşmesi bakımından kendine özgü diğer bir sona erme sebebi, resmî memurlara ve resmî sıfat taşımayan müstahdemlere kefaletle ilişkin olarak BK. m. 495 hükmüdür. Bu maddeye göre resmî memura süresiz kefil olan kimse, her üç yılda bir sonraki yılın sonunda geçerli olmak üzere kefalet sözleşmesinin feshini ihbar edebilecektir. Aynı şekilde müstahdemlere kefalette de, kefaletin üç yıl süre ile devam etmesi durumunda kefil, kefalet sözleşmesinin feshini ihbar edebilir<sup>45</sup>.

43 Bkz. **Hatemî/ Serozan/ Arpacı**, s. 539-540; **Yavuz**, s. 575; **Aral**, s. 460; **Zevkliler/ Havutçu**, s. 380-381.

44 Bkz. **Aral**, s. 460; **Hatemî/ Serozan/ Arpacı**, s. 540; **Yavuz**, s. 575-576; **Zevkliler/ Havutçu**, s. 381.

45 **Zevkliler/ Havutçu**, s. 381.

Kefalet sözleşmesinin, kendine özgü sebeplerle sona ermesine ilişkin diğer bir durum BK. m. 501'deki düzenlemedir. Bu maddede, savunma imkânı oluşturacak iki durum yer almaktadır. İlk durum, temel ilişkiden doğan borcun muacceliyet kazanmasından sonra kefilin alacaklıya yapmış olduğu teklifin, alacaklı tarafından kabul edilmemesidir(BK. m. 501/c. 1). Kefil, kendi borcu muaccel olmamasına rağmen, temel ilişkiden doğan borcun muaccel olması halinde alacaklıya, kefaletten doğan bedeli ödemeyi teklif edebilir. Alacaklının, yapılan bu teklifi kabul etmemesi durumunda kefil, kefalet borcundan kendiliğinden kurtulur. BK. m. 501'deki ikinci durum ise, alacaklının, teslim etmesi gereken elinde bulundurduğu teminat vasıtalarını, kefile teslim etmekten kaçınması halidir(BK. m. 501/c. 2). Kefil, alacaklıya yapmış olduğu ödeme oranında alacaklının haklarına halef olacağından alacaklının, BK. m. 499 hükmü uyarınca elinde bulunan teminatları kefile vermesi gerekir. Alacaklının bundan kaçınması halinde kefil, kefalet borcundan kendiliğinden kurtulur<sup>46</sup>.

Kefalet ilişkisinden doğan def'iler arasında ise, kefalet ilişkisinden doğan borcun muaccel olmadığı def'i ile zamanaşımı def'i sayılabilir<sup>47</sup>. Kefaletten doğan borcun muacceliyet kazanması, kefalet sözleşmesinde muacceliyete ilişkin farklı bir tarihin kararlaştırılmadığı durumlarda, temel ilişkiden doğan borcun muacceliyet kazanması ile birlikte gerçekleşir. Alacaklının, kefaletten doğan borcun muacceliyet kazanmadığı bir dönemde ödeme talebinde bulunması halinde kefil, gerekli savunmayı yaparak ödeme yapmaktan kaçınabilir. Bunun gibi de muacceliyet tarihinden itibaren on yıllık zamanaşımı süresinin(BK. m. 125) dolması durumunda kefil, zamanaşımı def'ini ileri sürebilir. Bu def'ilerin yanısıra kefil, adi kefalette, peşin dava def'i ve rehlin paraya çevrilmesi def'ini; adi birlikte kefalette ise bölme def'ini ileri sürebilir<sup>48</sup>.

Peşin dava (tartışma) def'i, BK. m. 486/1'e göre adi kefalette kefilin, kendisine müracaat eden alacaklıya karşı, önce asıl borçlunun takip edilmesini talep etme yetkisidir<sup>49</sup>. Bu def'iyi ileri sürmeksizin ödemede bulunan kefil, alacaklıdan alacağını talep edemeyecek, ancak kefilin asıl borçluya

<sup>46</sup> Hatemî/ Serozan/ Arpacı, s. 539; Aral, s. 460.

<sup>47</sup> Bucher, s. 300; Tandoğan, s. 784; Zevkliler/ Havutçu, s. 378.

<sup>48</sup> Aral, s. 453-454; Hatemî/ Serozan/ Arpacı, s. 535; Yavuz, s. 567; Zevkliler/ Havutçu, s. 378.

<sup>49</sup> Bucher, s. 294; Hatemî/ Serozan/ Arpacı, s. 526; Yavuz, s. 555; Zevkliler/ Havutçu, s. 372; Özen, s. 217 vd.

rücu hakkı varlığını sürdürecektir<sup>50</sup>. Peşin dava def'inin ileri sürülemediği haller BK. m. 486/1'de sayılmıştır. Bunlar, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra borçlunun iflas etmiş olması, asıl borçlu hakkındaki takibin alacaklının kusuru olmaksızın semeresiz kalması ve asıl borçluya Türkiye'de takibin imkânsız olmasıdır<sup>51</sup>.

Rehnin paraya çevrilmesi def'i ise, BK. m. 486/2'ye göre adi kefalette alacaklının, alacağının kefaletten önce veya aynı zamanda taşınır veya taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış olması durumunda kefilin, öncelikle rehni paraya çevrilmesi suretiyle tatmin edilmesi yoluna başvurulmasını talep etme yetkisidir<sup>52</sup>. Rehni paraya çevrilmesi def'inin ileri sürülmesinin istisnasını, asıl borçlunun iflâs etmiş olması veya asıl borçlu iflâs etmeden önce rehni paraya çevrilmesinin mümkün olmaması durumları oluşturur<sup>53</sup>.

Bölme def'i, adi birlikte kefalet bakımından geçerlidir. Adi birlikte kefalette kefillerden her biri alacaklıya karşı asıl borcun, sadece belli bir kısmından sorumludur. Dolayısıyla alacaklı, her bir kefile, asıl borçtan sorumlu olduğu oran nispetinde başvurabilir. Alacaklı kefillerin sorumlu olduğu bu oranı dikkate almaksızın başvurursa kefiller, bölme defini ileri sürebilir<sup>54</sup>.

### III-KEFİLİN SAVUNMA İMKÂNLARINA İLİŞKİN BORÇLAR KANUNU TASARISI'NDA GETİRİLEN YENİLİKLER

#### A-Genel Olarak

Kefalet sözleşmesine ilişkin hükümler, Borçlar Kanunu Tasarısı'nın "onbeşinci bölüm"de 581-603. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Tasarı m. 581'de kefalet sözleşmesinin tanımı, m. 582-584'de kefalet sözleşmesinin kurulmasının koşulları, m. 585-588'de kefaletin türleri, m. 589-594'de kefil ile alacaklı arasındaki ilişki, m. 595-597'de kefil ile borçlu arasındaki ilişki, m. 598-602'de kefalet sözleşmesinin sona ermesi ve m. 603'de kefalet sözleşmesinin uygulama alanı düzenlenmiştir. Bu maddeler, 1911 tarihli İsviçre

<sup>50</sup> **Reisoğlu**, s. 183; **Yavuz**, s. 555.

<sup>51</sup> Bkz. **Tandoğan**, s. 764-765; **Aral**, s. 441-442; **Hatemî/ Serozan/ Arpacı**, s. 526; **Yavuz**, s. 556, **Özen**, s. 220 vd.

<sup>52</sup> **Bucher**, s. 294; **Tandoğan**, s. 762; **Hatemî/ Serozan/ Arpacı**, s. 526; **Aral**, s. 442; **Yavuz**, s. 556; **Zevkliler/ Havutçu**, s. 373; **Özen**, s. 224-225.

<sup>53</sup> **Beck**, Art. 502, N.39; **Tandoğan**, s. 767; **Reisoğlu**, s. 120; **Grassinger**, s. 217 vd.; **Hatemî/ Serozan/ Arpacı**, s. 526.

<sup>54</sup> **Schönenberger**, Art. 497, N.27; **Beck**, Art. 497, N.16; **Pestalozzi**, Art. 497, N.4; **Reisoğlu**, s. 131; **Grassinger**, s. 220; **Hatemî/ Serozan/ Arpacı**, s. 528; **Yavuz**, s. 561; **Zevkliler/ Havutçu**, s. 375.

Borçlar Kanunu'nun (İBK.) 1942 yılında yapılan değişiklik sonrasındaki 492-512. maddeleri esas alınmak suretiyle düzenlenmiştir<sup>55</sup>.

Kefilin savunma imkânlarına ilişkin düzenleme, İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeye uygun olarak "Kefil İle Alacaklı Arasındaki İlişkiler" kısmında Tasarı m. 591'de düzenlenmiştir. Kanaatimizce def'ilerin alacaklıya karşı kullanılacak bir hak olması sebebiyle bu şekilde bir düzenleme yapılmış olması yerindedir. Borçlar Kanunu'ndaki düzenleme ise, kefilin asıl borçluya karşı sahip olduğu hakların yer aldığı kısımdaydı. Bu sebeple de sadece temel borç ilişkisinden doğan def'iler dikkate alınmak suretiyle bir düzenleme yapılmıştı. Kanaatimizce kefilin, alacaklıya karşı sahip olduğu haklardan birini oluşturan def'ilerin arasında, temel borç ilişkisinden doğan def'ilerin yanısıra kefaletle ilişkin hükümlerin düzenlendiği bölümdeki def'i ve itirazlarında ileri sürülebileceği bir fıkra hükmü ile düzenlenebilirdi. Diğer borç ilişkilerinde olduğu gibi, kefalet ilişkisinden doğan genel nitelikteki def'iler bakımından herhangi özel bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Ancak kefaletle özgü savunma imkânları bakımından Tasarı'nın 591. maddesine genel nitelikte bir fıkra hükmünün eklenmesi yerinde olurdu<sup>56</sup>.

Değnilmesi gereken diğer bir nokta, maddenin kenar başlığıdır. Borçlar Kanununun 497. maddesinin kenar başlığında kullanılan "Kefilin defileri" şeklindeki ibare, Tasarıda, "Defiler" şeklinde değiştirilmiştir. "Defiler" madde kenar başlığı, temel borç ilişkisinden doğan teknik anlamdaki def'i ve itirazları kapsamaktadır. Dolayısıyla maddenin kenar başlığının "def'i ve itirazlar" şeklinde olması yerinde olurdu. Buna rağmen maddedeki defiler ifadesinin, temel borç ilişkisinden doğan def'i ve itirazları içine alacak şekilde geniş anlamda kullanıldığı kabul edilmelidir<sup>57</sup>.

Kefilin savunma imkânlarının mevcut Borçlar Kanunu'ndaki düzenleniş şeklini incelerken yapmış olduğumuz ayırıma uygun olarak, Borçlar Kanunu Tasarısı'nda kefilin savunma imkânları bakımından getirilen yenilikleri de, temel borç ilişkisinden doğan savunma imkânları bakımından ve kefalet ilişkisinden doğan savunma imkânları bakımından şeklinde ikili bir ayırımla inceleyeceğiz.

<sup>55</sup> Bkz. Adalet Bakanlığı, Borçlar Kanunu Tasarısı, Ankara 2007, s. 324 vd.

<sup>56</sup> Bkz. **Kuntalp** Erden/ **Barlas** Nami/ **Ayanoğlu** Moralı Ahu/ **Çavuşoğlu** Işntan Pelin/ **İpek** Mehtap/ **Yaşar** Mert/ **Koç** Sedef, Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 2005, s. 270.

<sup>57</sup> Bkz. **Beck**, Art. 506, N.21; **Schönenberger**, Art. 502, N.9; **Pestalozzi**, Art. 502, N.8; **Grassinger**, s. 17-18; **Aral**, s. 451; **Hatemî/ Serozan/ Arpacı**, s. 535-536; **Reisoğlu**, s. 169.

### **B-Temel Borç İlişkisinden Doğan Savunma İmkânları Bakımından**

Kefilin temel borç ilişkisinden doğan savunma imkânları konusundaki düzenleme Tasarı m. 591'de yer almaktadır. Madde şu şekildedir;

*“Kefil, asıl borçluya veya mirasçılara ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün def’ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu gibi, bunları ileri sürmek zorundadır. Yanılma veya sözleşme yapma ehliyetsizliği ya da zamanaşımına uğramış bir borç sebebiyle borçlunun yükümlü olmadığı bir borca bilerek kefalet hâli bu hükmün dışındadır.*

*Asıl borçlu kendisine ait olan bir def’iden vazgeçmiş olsa bile kefil, yine de bu def’i alacaklıya karşı ileri sürebilir.*

*Kefil, asıl borçluya ait def’ilerin varlığını bilmeksizin ödemede bulunursa, rücu hakkına sahip olur. Buna karşılık asıl borçlu, kefilin bu def’ileri bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse kefil, bunlar ileri sürülmüş olsaydı ödemededen kurtulacağı ölçüde rücu hakkını kaybeder.*

*Kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def’ileri ileri sürebilir”.*

Tasarı m. 591 hükmü, BK. m. 497’den farklı olarak dört fıkradan oluşmaktadır. Maddenin hazırlanmasında doğrudan doğruya İBK. m. 502’den yararlanılmıştır<sup>58</sup>.

Tasarı m. 591/1’de kefilin asıl borçluya ait def’ileri ileri sürme hakkı düzenlenmiştir. Maddede İBK. m. 502/1’e paralel, fakat BK. m. 497’den farklı olarak kefilin, asıl borçlunun mirasçılara ait olan def’ileri alacaklıya karşı ileri sürebileceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca birinci fıkroda, asıl borçluya ait savunma imkânlarını kefilin ileri sürmesinin bir hak olduğu kadar zorunluluk olduğuna vurgu yapılarak kefile, def’i ve itirazları ileri sürme konusunda bir külfet yüklemiştir. Nitekim BK. m. 497’de de kefil bakımından benzer bir külfet söz konusudur<sup>59</sup>.

Tasarı m. 591/1’de kefilin ileri sürebileceği ve temel ilişkiden doğan savunma imkânlarına bir istisna getirilmekte ve bu durum “*asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan*” şeklinde ifade edilmektedir. BK. m. 497/1’de bu durum “*fakat kefilin taahhüdünün mahiyetine nazaran hariç kalması lazım gelen def’iler, müstesnadır*” şeklinde hükme bağlanmıştır. Bu

<sup>58</sup> İsviçre Borçlar Kanunu m. 502 hükmü konusundaki değerlendirmeler için bkz. **Oser / Schönenberger**, s. 269 vd.

<sup>59</sup> **Scyboz**, s. 354; **Tandoğan**, s. 783; **Aral**, s. 451; **Hatemî/ Serozan/ Arpacı**, s. 534; **Yavuz**, s. 566-567; **Zevkililer/ Havutçu**, s. 378; **Grassinger**, s. 18-19.

şekilde açık ifadelerin bulunmadığı düzenleme doktrinde tartışmalara yol açmaktadır<sup>60</sup>. Tasarı m. 591/1’de kullanılan ifade ile doktrindeki hâkim görüşe üstünlük tanınmıştır<sup>61</sup>. Maddede kullanılan “*asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan*” ifadesinden, kefaletin bünyesinde bulunan ve alacaklıya teminat sağlama amacı gereğince kefilin ileri sürmemesi gereken savunma imkânları anlaşılmalıdır. Burada getirilen istisna sadece *asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan* def’ilere hasredilmiştir. Dolayısıyla mirasçılardan hepsi tarafından mirasın reddedilmesi halinde, Devlet’in sınırlı sorumluluğu söz konusu olduğunda, bu sınırlı sorumluluğu kefilin savunma vasıtası olarak ileri süremeyeceği bu istisnai hükümden çıkmamaktadır<sup>62</sup>.

Tasarı m. 591/1’e, BK. m. 497/1’den farklı olarak bir cümle eklenmiştir. Burada “*Yanılma veya sözleşme yapma ehliyetsizliği ya da zamanaşımına uğramış bir borç sebebiyle borçlunun yükümlü olmadığı bir borca bilerek kefalet hâli bu hükmün dışındadır*” denilmek suretiyle hata veya ehliyetsizlik yüzünden asıl borçlunun yükümlülüğünün doğmadığı veya temel ilişkiden doğan borcun zamanaşımına uğraması sebebiyle asıl borçlunun herhangi bir yükümlülüğünün kalmadığı bir duruma ilişkin olarak kefalet veren bir kişinin, bu durumların varlığını bir savunma vasıtası olarak ileri süremeyeceği hükme bağlanmıştır. Benzer bir ifade, BK. m. 485 hükmünün son cümlesinde zamanaşımı konusu hariç olmak üzere “*Hata yahut ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun mesuliyetini icap etmeyen bir akitten mütevellit borca kefalet, eğer kefil akdin borçlu yüzünden olan bu fesadına taahhüt esnasında vakıf ise muteber olur*” şeklinde yer almaktaydı. BK. m. 485 hükmünün son cümlesine karşılık gelen Tasarı m. 582/2’de zamanaşımı konusu da dâhil edilmek suretiyle konu daha geniş bir şekilde düzenlenmiştir.

Tasarı’nın 591. maddesinin ikinci fıkrası, mevcut Borçlar Kanunu’nun 497.maddesinde bulunmayan bir hükmü ihtiva etmektedir. Gerçekten de, İBK. m. 502/2’den<sup>63</sup> alınan bu hüküm, asıl borçlunun kendisine ait olan bir

<sup>60</sup> Doktrinindeki tartışmalar için bkz. Makale, “A-Temel Borç İlişkisinde Doğan Savunma İmkânları”.

<sup>61</sup> Hâkim görüş için bkz. Makale, “A-Temel Borç İlişkisinde Doğan Savunma İmkânları”.

<sup>62</sup> Konuya ilişkin olarak Alman Medenî Kanunu’nda asıl borçlunun ölmesi halinde mirasçılardan sınırlı sorumluluğunu kefilin savunma vasıtası olarak ileri süremeyeceği açıkça hükme bağlanmaktadır (BGB § 768/1 ikinci cümle)

<sup>63</sup> İBK. m. 502/2 hükmü 1942 yapılan değişiklik sonrası eklenmiştir. Önceki durum bizim mevcut kanunumuzda olduğu gibidir. Bkz. **Oser / Schönerberger**, s. 46 vd. Buna rağmen değişiklik öncesinde de İsviçre doktrinde de asıl borçlunun feragatine rağmen kefi-

def'iden vazgeçmiş olsa bile kefilin, asıl borçluya ait bu def'ileri alacaklıya karşı ileri sürebileceğini düzenlemektedir. Benzer bir düzenlemede Alman Medeni Kanunu'nda yer almaktadır. BGB § 768/2 hükmüne göre asıl borçlu def'ilerden vazgeçmiş olsa bile kefil bu def'ileri ileri sürebilir. BK. m. 497'de bu tür bir hüküm bulunmamakla birlikte, asıl borçlunun feragatine rağmen, kefilin asıl borçluya ait savunma imkânlarını kullanabileceği doktrinde kabul edilmektedir<sup>64</sup>. Nitekim bu tür bir düzenleme kabul edilmemiş olsaydı dahi bahsedilen sonuç, alacaklı ile asıl borçlunun, aralarında yapacakları bir sözleşme ile bu sözleşmeye taraf olmayan ve üçüncü kişi durumundaki kefilin durumunu ağırlaştıramayacaklarına ilişkin genel kuraldan da çıkarılabilir<sup>65</sup>. Asıl borçlunun feragatine rağmen, kefilin savunma imkânını ileri sürebileceği konusunda özel bir düzenleme BK. m. 139/3'de yer almaktadır. Bu maddede asıl borçlunun zamanaşımından feragat etmesinin, kefilin temel ilişkiden doğan borcun zamanaşımına uğradığına ilişkin def'iyi ileri sürmesine engel oluşturmayacağı hükme bağlanmıştır.

Tasarı'nın 591. maddesinin üçüncü fıkrası, mevcut BK. m. 497/2'de öngörülen düzenlemeye benzer bir hüküm içermektedir. Düzenlemede asıl borçluya ait def'ilerin varlığını bilmeden ödemede bulunan kefilin, rücu hakkına sahip olmaya devam edeceği hükme bağlanmaktadır. Düzenlemenin ikinci cümlesinde, kefilin bu def'ilerin varlığını bilmesi veya bilebilecek durumda olması halinde sorumlu tutulacağı ifade edilmektedir. Burada kefilin bu def'ilerin varlığını bilmesi veya bilebilecek durumda olmasına ilişkin ispat külfeti asıl borçluya yüklenmektedir. Asıl borçlunun bu durumun varlığını ispat etmesi durumunda ise, kefilin sorumluluğunun, kefil bu def'ileri ileri sürmüş olsaydı ödemediği ölçüde olacağı kabul edilmektedir. Tasarı'daki madde hükmü adeta kefilin, asıl borçluya ait def'ileri ileri sürme külfetini yerine getirmemesinin yaptırımını niteliği taşımaktadır.

Mevcut BK. m. 497/2'den farklı olarak Tasarı'nın 591. maddesinin üçüncü fıkrasında, dikkati çeken nokta, ispat külfetinin asıl borçluya yüklenmiş olmasıdır. Zira BK. m. 497/2'de "...kendi kusuru olmaksızın bu defilere vakıf olduğunu ispat etmediği surette..." denilmek suretiyle asıl borçluya ait def'iler konusunda bilgisinin bulunmadığı ispat etme külfeti yüklenmektedir. Bir şeyin var olmadığının ispatının zorluğu ve hatta imkân-

---

lin bu savunma imkânlarını ileri sürebileceği kabul edilmekteydi. Bkz. **Becker**, Art. 506, N.3; **Oser / Schönerberger**, s. 280

<sup>64</sup> **Reisoğlu**, s. 169 vd.; **Tandoğan**, s. 782; **Aral**, s. 451; **Hatemî/ Serozan/ Arpacı**, s. 535; **Yavuz**, s. 566-567; **Zevkliler/ Havutçu**, s. 378; **Grassinger**, s. 18 ve özellikle s. 62-63.

<sup>65</sup> Bkz. **Reisoğlu**, s. 183-184; **Tandoğan**, s. 782; **Yavuz**, s. 566-567; **Grassinger**, s. 34.

sızlığı düşünüldüğünde, getirilen yeni düzenlemenin hukuk mantığı açısından yerinde olduğu sonucuna varılabilir. Bir de kefilin rücu hakkının tamamen değil de, defileri ileri sürmüş olsaydı ödemededen kurtulacağı ölçüde olması da isabetli olmuştur.

Kefilin temel borç ilişkisinden doğan savunma imkânları bakımından yeni sayılabilecek bir düzenleme de Tasarı'nın 591. maddesinin dördüncü fıkrasıdır. Mevcut Borçlar Kanunu'nun 497. maddesinde bulunmayan bu düzenlemede, kumar veya bahisten doğan borca kefalet veren kefilin, borcun bu nitelikte olduğunu bilmesine rağmen, asıl borçlunun ileri sürebileceği savunma imkânlarını ileri sürebileceği hükme bağlanmaktadır. Kumar ve bahisten doğan borçlar geçerli olmakla birlikte, dava edilemez niteliktedir (BK. m. 504). Kumar ve bahisten doğan bir borcun borçlusu, kendisine karşı takibe geçilmesi durumunda dava edilemezlik savunmasında bulunarak takibin yapılmasına engel olabilir. Tasarı'da getirilen bu madde hükmü ile kefile de, kumar ve bahisten doğan borç için takip yapılması durumunda dava edilemezlik savunmasında bulunma imkânı tanınmaktadır. Bu tür bir düzenlemenin kabul edilmiş olması, kefilin korunması amacına yönelik olarak yerindedir. Buna karşılık kumar ve bahisten doğan bir borca yönelik olarak kefalet sözleşmesinin yapılabileceğinin kanunda düzenlenmiş olması isabetli olmamıştır. Nitekim İsviçre'de de söz konusu hükmün kanunlaştığı dönemde benzer eleştiriler yöneltilmişti<sup>66</sup>.

### **C-Kefalet İlişkisinden Doğan Savunma İmkânları Bakımından**

Kefalet ilişkisinden doğan savunma imkânları, daha önce de ifade edildiği üzere, doğrudan doğruya özel bir hükümlerle düzenlenmiştir. Genel nitelikteki savunma imkânları, bir sözleşme ilişkisi olması hasebiyle kefalet ilişkisi bakımından niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulur<sup>67</sup>. Bu konuya ilişkin olarak Tasarı'da getirilen yenilikler, böyle bir çalışmanın konusunu katbekat aşacak niteliktedir. Bu sebeple burada sadece kefalet sözleşmesine özgü savunma imkânları bakımından Tasarı'da getirilen yenilikleri inceleyeceğiz.

Kefaletin fer'iliği ilkesi gereğince kefalet sözleşmesinin kurulabilmesi için, kefalet ile teminat altına alınan geçerli bir borcun bulunması gerekir. BK. m. 485'de ifade edilen bu durum benzer şekilde ve İBK. m. 492/2'de olduğu gibi Tasarı m. 582/1 ilk cümlede, "*kefalet sözleşmesi, mevcut ve ge-*

<sup>66</sup> 1942 yılında yapılan değişikliklere ilişkin tasarı gerekçesi ve değerlendirmeler için bkz. **Grassinger**, s. 66-67.

<sup>67</sup> Bu savunma vasıtalarının neler olduğu yukarıda "B-Kefalet İlişkisinden Doğan Savunma İmkânları" başlığı altında incelendi.

*çerli bir borç için yapılabilir*” şeklinde düzenlenmiştir.

Kefalet sözleşmesinin geçerliliği, şekil şartına bağlandığından, şekil şartına uyulmaksızın yapılan bir kefalet sözleşmesinde kefil, hakkın doğumuna engel olan bir itirazın var olduğunu ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilir. BK. m. 484’de yer alan kefaletin şekli, Tasarı m. 583’de düzenlenmiştir. Tasarı’da adi yazılı şekil şartı korunmakla birlikte mevcut düzenlemeden farklı olarak bu yazılı şekil ağırlaştırılmıştır<sup>68</sup>. Buna göre, sözleşmenin yazılı şekilde yapılması, azamî miktarın ve sözleşme tarihinin sözleşmede gösterilmesi ve özellikle de bu hususların (ayrıca da müteselsil kefalet durumunun) kefilin kendi el yazısıyla belirtilmiş olması gerekir. Ayrıca kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ile kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler için de aynı şekil şartına uyulması hükme bağlanmıştır (Tasarı m. 583/2-3). Bu düzenlemelerin tümü kefilin korunmaya yönelik ve yerinde hükümlerdir.

Kefalet ile teminat altına alınan temel ilişkiden doğan borcun herhangi bir sebeple sona ermesi hali de kefilin savunma imkânlarından birini oluşturmaktadır. BK. m. 492 hükmünde, “*asil borç, her hangi bir sebeple sakıt olunca kefil beri olur*” şeklinde ifade edilen temel ilişkiden doğan borcun herhangi bir sebeple sona ermesinin, kefilin borcunu da sona erdireceği Tasarı m. 598’de, “*hangi sebeple olursa olsun, asil borç sona erince, kefil de borcundan kurtulur*” şeklinde hükme bağlanmıştır. Ancak mevcut düzenlemeden farklı olarak madde hükmü sadece bir fıkradan ibaret değildir. Madenin devam eden fıkralarında İBK. m. 509’da olduğu gibi sona erme durumlarına ilişkin olarak bazı düzenlemeler getirilmiştir. Buna göre ikinci fıkroda, borçlu ve kefil sıfatının aynı kişide birleşmesi halinde, alacaklı için kefaletten doğan özel yararların saklı kalacağı; üçüncü fıkroda, bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefaletin, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından itibaren on yılın geçmesiyle<sup>69</sup> kendiliğinden ortadan kalkacağı; dördüncü fıkroda ise, kefaletin on yıldan fazla bir süre için verilmiş olsa bile, uzatılmış veya yeni bir kefalet verilmiş olmadıkça kefilin ancak on yıllık süre doluncaya kadar takip edilebileceği ve son fıkroda ise, en erken kefaletin sona ermesinden bir yıl önce yapılmak kaydıyla kefalet süresinin, kefilin kefalet sözleşmesinin şekline uygun yazılı açıklamasıyla azamî on

<sup>68</sup> Bkz. **Özen**, s.167 vd.

<sup>69</sup> İBK. m. 509’dan farklı olarak bu süre on yıl ile sınırlandırılmıştır. Oysaki İBK’ da bu süre 20 yıl olarak düzenlenmiştir.

yıllık yeni bir dönem için uzatılabileceği hükme bağlanmıştır<sup>70</sup>.

Kefalet sözleşmesinin, kendine özgü sebeplerle sona erme şekilleri konusunda da Tasarı'nın birçok maddesinde yenilikler getirilmiştir. Aşağıda mevcut düzenlemeden farklılıklarına değinerek kefaletin kendine özgü sebeplerle sona erme şekilleri konusunda getirilen yenilikleri inceleyeceğiz.

İlk düzenleme, temel ilişkiden doğan borcun nakline kefilin muvafakat etmemesine ilişkindir. Konuya ilişkin BK. m. 176/2'deki düzenleme Tasarı m. 197/2'de aynen korunarak, kefilin sorumluluğunun, borcun nakline rıza göstermesi halinde devam edeceği, ilâve olarak da bu rızanın yazılı şekilde olması gerektiği hükme bağlanmıştır. İBK. m. 493/5'de yer alan ve kefaletin devamı için borcun nakline kefilin yazılı rıza göstermesini arayan hükmün Tasarı'ya alınmamış olması isabetlidir. Zira bu tür bir hüküm Tasarı m. 197/2'nin tekrarı olurdu.

İkinci düzenleme birlikte kefaletle ilişkin getirilen Tasarı m. 587/3 hükmüdür. BK. m. 488 son cümlede yer alan hüküm biraz da geliştirilerek Tasarı m. 587/3'de yeniden düzenlenmiştir. Buna göre kefil, kefalet sözleşmesini yaptığı sırada, başka kimselerin de aynı borç için kefil olacağını düşünmüş ve bu düşüncenin sonucu olarak kefil olmuşsa ve ayrıca alacaklı, kefilin bu saik ile kefalet altına girdiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa kefilin, kefalet borcundan kurtulacağı aynen korunmuştur<sup>71</sup>. Yeni sayılabilecek nitelikteki ilâve düzenleme, İBK. m. 497'de de yer alan, kefillerden birinin alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılması veya kefaletin hükümsüz olduğuna karar verilmesi durumunda kefilin, kefalet borcundan kurtulacağına ilişkin düzenlemedir. Fakat İBK. m. 497'de bulunan, kefaletin hükümsüz olduğuna mahkemece karar verilmesi durumunda hâkimin, hakkaniyet gerektiriyorsa, kefilin sorumluluğunun uygun bir tarzda azaltılmak suretiyle devam ettirileceğine ilişkin fıkra hükmü Tasarı'ya alınmamıştır. Kefilin haklarının yanısıra alacaklının da korunması amacıyla bu hükmün alınmış olması yerinde olurdu.

Üçüncü düzenleme belirli süreli veya belirsiz süreli kefaletlere ilişkin Tasarı m. 600 hükmüdür. Belirli süreli kefaletler bakımından, tek fıkradan

<sup>70</sup> Doktrinde, bir yıllık sürenin uzun bir süre olduğu ve tarafların, borç ilişkisinin alacağı seyri bir yıl öncesinden görebilmesinin mümkün olmayacağı gerekçesiyle bu sürenin altı ay olarak öngörülmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. **Kuntalp/ Barlas/ Ayanoglu/ Çavuşoğlu/ İpek/ Yaşar/ Koç**, s. 271-272.

<sup>71</sup> Burada getirilen düzenleme doktrinde eleştirilmekte ve "...varsayarak kefil olmuşsa..." ifadesinden sonra "...ve somut olayın şartları çerçevesinde, dürüstlük kuralı uyarınca bunda haklı ise..." ifadesinin eklenmesi gerektiği savunulmaktadır. Bkz. **Kuntalp/ Barlas/ Ayanoglu/ Çavuşoğlu/ İpek/ Yaşar/ Koç**, s. 268-269

oluşan Tasarı m. 600'de, mevcut kanundan<sup>72</sup> ve İsviçre Borçlar Kanunu'ndan<sup>73</sup> farklı olarak sürenin dolması ile kefilin borçtan kurtulacağı hükme bağlanmıştır. Belirsiz süreli kefaletler bakımından ise, Tasarı m. 601'de yenilikler de içeren bir düzenleme getirilmiştir. Tasarı m. 601'in ilk fıkrası, mevcut kanundan ve İsviçre Borçlar Kanunu'ndan farklı bir düzenlemeyi ihtiva etmektedir. Nitekim bu fıkra da süreli olmayan kefaletin, kefalet türlerine göre sona ermesi düzenlenmekte ve asıl borcun muaccel olması halinde, adi kefalette her zaman, müteselsil kefalette ise Kanun'un öngördüğü hâllerde, kefil, alacaklıyı bir ay içinde dava ve takip haklarını kullanması, varsa rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesi ve ara vermeden takibe devam etmesi konusunda istemde bulunabileceği hükme bağlanmaktadır. Diğer iki fıkra hükmü ise, mevcut Kanun'a ve İsviçre Borçlar Kanunu'na benzer düzenlemeler ihtiva etmektedir. Ancak Tasarı m. 601/2'de, daha önce BK. m. 494/2'de yapılan ve doktrinde eleştirilen<sup>74</sup> çeviri hatası düzeltilerek, "alacaklının borçluya yapacağı bildirim sonucunda muaccel olacaksa" ifadesi kullanılmıştır.

BK. m. 495'de yer alan memur müstahdemlere kefalete ilişkin düzenlemede, "*memur ve müstahdem hakkında kefalet*" ifadesi yerine "*çalışanlara kefalet*" ifadesi getirilerek mevcut hüküm Tasarı m. 602'de korunmuştur.

BK. m. 501'de yer alan, kefilin teklif etmiş olduğu ödemeyi alacaklının kabul etmesine, aksi takdirde kefilin, kefalet borcundan kendiliğinden kurtulacağına ilişkin düzenleme "ödemenin kabulünü isteme" başlığı altında Tasarı m. 593'de genişletilerek ve ayrıntılı bir şekilde hükme bağlanmıştır. Buna göre ilk fıkra da borçlunun iflâsı sebebiyle olsa da, borç muaccel olduğunda, kefil, alacaklıdan yaptığı ifa teklifinin kabul edilmesini isteyebilecektir. Bir borç için birden fazla kefilin bulunması durumunda alacaklının kısmî ifayı kabul etme zorunluluğu, kefilin, en az kendisine düşen payı ifa etmeyi teklif etmiş olmasına bağlanmıştır. İkinci fıkra da, alacaklının haklı bir sebep olmaksızın ifa teklifini kabul etmekten kaçınması yaptırımı tabi kılınmış ve

<sup>72</sup> BK. m. 493'de alacaklının, kefalet sözleşmesinde kararlaştırılan sürenin dolmasından itibaren bir ay içinde alacağını takip etmek için gerekli hukuki yollara başvurmaması veya başlamış olduğu takibe uzun süre ara vermesi durumunda ancak kefilin sorumluluktan kurtulabileceği düzenlenmektedir.

<sup>73</sup> İBK. m. 510/3'de belirli süreli kefalette, belirlenen sürenin sona ermesini izleyen dört hafta içinde gerekli hukuki yollara başvurarak takip yapmazsa veya takiplerini önemli bir ara vermeksizin sürdürmezse kefilin sorumluluktan kurtulabileceği düzenlenmektedir.

<sup>74</sup> BK. m. 494/2'de kullanılan "mütevakkıf olmadığı" ifadesinin "mütevakkıf olduğu" şeklinde anlaşılması gerektiği konusunda bkz. **Hatemî/ Serozan/ Arpacı**, s. 540.

bu durumda kefilin borcundan kurtulacağı, birlikte müteselsil kefalet bakımından ise, kefillerin sorumluluğunun kendilerine düşen pay miktarınca azalacağı hükme bağlanmıştır. Yeni sayılabilecek bir düzenleme son fıkrada getirilmiştir. Buna göre alacaklının rızasının olması halinde kefil, asıl borcun muaccel olmasından önce de kefalet bedelini ödeyerek sözleşmeyi sona erdirebilecektir. Ancak bu tür bir durumda asıl borçluya karşı rücu hakkını asıl borç muaccel olmadan kullanamaz.

BK. m. 501/c.2’de öngörülen alacaklının, teslim etmesi gereken elinde bulundurduğu teminat vasıtalarını, kefile teslim etmekten kaçınması durumu Tasarı m. 592’de başka hususlar da dâhil edilerek ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Tasarı m. 592/4’e göre alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın mevcut belgeleri, rehinleri veya sorumlu olduğu diğer güvenceleri elinden çıkarırsa, kefil, borcundan kurtulur, ödediğinin geri verilmesini ve varsa ek zararının giderilmesini isteyebilir.

Kefilin kefalet sözleşmesine özgü defileri, Tasarı’da korunmuş ve bazı yenilikler getirilmiştir. BK. m. 486/1’de bulunan peşin dava (tartışma) def’i, Tasarı m. 585/1’de korunmuştur. Buna göre âdi kefalette alacaklı, borçluya başvurmadıkça, kefil takip edemez. BK. m. 486/1’de sayılan peşin dava def’inin ileri sürülemeyeceği hallerde “borçluya konkordato mehli verilmiş olması” eklenmiştir. BK. m. 486/2’de yer alan rehinin paraya çevrilmesi def’i de Tasarı m. 585/2’de korunmuştur. Buna göre alacak, kefaletten önce veya kefalet sırasında rehinle de güvence altına alınmışsa, âdi kefalette kefil, alacağın öncelikle rehin konusundan alınmasını isteyebilir. Bu kısım bakımından da yeni sayılabilecek durum, “borçluya konkordato mehli verilmiş olması” halinde bu durumun def’i olarak ileri sürülemeyeceği hususudur.

#### IV-SONUÇ

Kefilin savunma imkânları, kefilin asıl borçluya karşı sahip olduğu hakların yer aldığı kısımda “kefilin defileri” kenar başlığını taşıyan BK. m. 497 hükmünde, Tasarı’da ise, İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki düzenlemeye uygun olarak “Kefil İle Alacaklı Arasındaki İlişkiler” kısmında Tasarı m. 591’de “defiler” madde kenar başlığı ile düzenlenmiştir.

Kefilin savunma imkânları, temel borç ilişkisinden doğan ve kefalet ilişkisinden doğan savunma imkânları şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Temel borç ilişkisinden doğan savunma imkânları, BK. m. 497 ve Tasarı m. 591’de düzenlenmiştir. Kefalet ilişkisinden doğan savunma imkânları ise, kefalete özgü olanlar bakımından, kefalete ilişkin hükümlerin yer aldığı kısımda çeşitli hükümlerde düzenlenmiştir.

Kefilin savunma imkânları konusunda Tasarı’da getirilen önemli değişiklikleri şu şekilde sıralamak mümkündür;

Tasarı m. 591 hükmü, BK. m. 497'den farklı olarak dört fıkradan oluşmaktadır. Maddenin hazırlanmasında doğrudan doğruya İBK. m. 502'den yararlanılmıştır. Yeni sayılabilecek hükümler Tasarı m. 591/2. ve 4. fıkra hükümleridir. Tasarı'nın 591/2'deki hüküm, asıl borçlunun kendisine ait olan bir def'iden vazgeçmiş olsa bile kefilin, asıl borçluya ait bu def'ileri alacaklıya karşı ileri sürebileceğini düzenlemektedir. Tasarı'nın 591/4'de ise, kumar veya bahisten doğan borca kefalet veren kefilin, borcun bu nitelikte olduğunu bilmesine rağmen, asıl borçlunun ileri sürebileceği savunma imkânlarını ileri sürebileceği hükme bağlanmaktadır. Yeni sayılabilecek bir başka düzenleme de, BK. m. 497/2'den farklı olarak Tasarı m. 591/3'de getirilen, asıl borçluya ait def'ilerin varlığını bilmeden ödemede bulunan kefilin, bu def'ilerin varlığını bilmesi veya bilebilecek durumda olmasına ilişkin ispat külfeti asıl borçluya yüklendiği hükümdür.

Kefalet ilişkisinden doğan ve kefalete özgü savunma imkânları konusunda Tasarı'da yeni bazı düzenlemeler getirilmiştir. Özellikle dikkati çeken maddelerden biri, kefaletin şekline ilişkin Tasarı m. 583'de adi yazılı şeklin ağırlaştırılmasıdır. Bir başka düzenleme ise, temel ilişkiden doğan borcun herhangi bir sebeple sona ermesinin, kefilin borcunu da sona erdireceğine ilişkin Tasarı m. 598'de, mevcut düzenlemeden farklı olarak, borçlu ve kefil sıfatının aynı kişide birleşmesi halinde, alacaklı için kefaletten doğan özel yararların saklı kalacağı ve bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefaletin, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından itibaren on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkacağı hükme bağlanmıştır. Diğer bir yenilik BK. m. 488 son cümledeki birlikte kefalete ilişkin def'i de yapılmış ve Tasarı m. 587/3'de düzenlenerek kefillerden birinin alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılması veya kefaletin hükümsüz olduğuna karar verilmesi durumları da kefilin, kefalet borcundan kurtulma nedeni olarak kabul edilmiştir.

Kefaletin sona ermesine ilişkin olarak diğer bir yenilik belirli süreli kefaletler bakımından, Tasarı m. 600'de, mevcut kanundan ve İsviçre Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak sürenin dolması ile ilave bir süreye gerek olmaksızın kefilin borçtan kurtulacağı hükme bağlanmıştır. Belirsiz süreli kefaletler bakımından ise, Tasarı m. 601'de süreli olmayan kefaletin, kefalet türlerine göre sona ermesi düzenlenmektedir. BK. m. 501'den farklı olarak Tasarı m. 593'de getirilen bir yenilik, alacaklının rızasının olması halinde kefilin, asıl borcun muaccel olmasından önce de kefalet bedelini ödeyerek sözleşmeyi sona erdirebileceğine ilişkindir.

Kefilin kefalet sözleşmesine özgü defileri konusunda BK. m. 486'da bulunmayan bir yenilik ise, Tasarı m. 585/2'de peşin dava def'inin ve rehnin paraya çevrilmesi def'inin ileri sürülemeyeceği hallere "borçluya iflâs an-

laşması mehli verilmiş olması” da eklenmiştir.

Kefilin savunma imkânları konusunda Tasarı’da getirilen değişiklikler, 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu’nun 1942 yılında yapılan değişiklik sonrasındaki 492-512. maddeleri esas alınmak suretiyle yapılmıştır. Getirilen yeni düzenlemeler esas itibariyle yerinde olmakla birlikte bu düzenlemeler hakkında iki noktaya dikkat çekmek istiyoruz. Kefilin savunma imkânlarına ilişkin Tasarı’daki hükmün (m. 591), İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki sistematığı uygun olarak “Kefil İle Alacaklı Arasındaki İlişkiler” kısmında düzenlenmiş olması, def’ilerin alacaklıya karşı kullanılacak bir hak olması sebebiyle yerindedir. Ancak kefilin, alacaklıya karşı sahip olduğu haklardan birini oluşturan def’ilerin arasında, temel borç ilişkisinden doğan def’ilerin yanısıra, kefaletle ilişkin hükümlerin düzenlendiği bölümdeki def’i ve itirazlarında ileri sürülebileceğine ilişkin bir fıkra hükmü eklenmesi, maddenin kenar başlığına daha uygun olurdu.

Mevcut Borçlar Kanunu’nun 497. maddesinin kenar başlığında kullanılan “Kefilin def’ileri” şeklindeki ibare Tasarı’da, “Defiler” şeklinde değiştirilmiştir. Tasarı’daki “Defiler” madde kenar başlığının, temel borç ilişkisinden doğan teknik anlamdaki def’i ve itirazları kapsayacak şekilde “def’i ve itirazlar” olarak değiştirilmesi yerinde olur.

## BİBLİYOGRAFYA

- ARAL** Fahrettin: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 7. Baskı Ankara 2007.
- ARAL** Fahrettin: Türk Borçlar Hukukunda Takas, Ankara 1994.
- AYRANCI** Hasan: Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, AÜHFD 2004, C. 53, S. 2, s. 95 vd.
- BARLAS** Nami: Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI, 9-10 Aralık 2005, s. 41 vd.
- BECK** Emil: Das neu Bürgschaftrecht, Zürich 1942.
- BECKER** Hermann: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV, Obligationenrecht, II. Abteilung, Art. 184-551 OR., Bern 1934.
- BUCHER** Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988.
- BUZ** Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.
- EREN** Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası İstanbul 2008.

- GRASSINGER** Gülçin. E.: Borçlar Kanuna Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları, İstanbul 1996.
- HATEMÎ** Hüseyin/ **SEROZAN** Rona/ **ARPACI** Abdülkadir: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992.
- KUNTALP** Erden/ **BARLAS** Nami/ **AYANOĞLU** Morali Ahu/ **ÇAVUŞOĞLU** Işıntan Pelin/ **İPEK** Mehtap/ **YAŞAR** Mert/ **KOÇ** Sedef: Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 2005.
- KURU** Baki/ **ARSLAN** Ramazan/ **YILMAZ** Ejder: Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, Ankara 2006.
- KURU** Baki/ **ARSLAN** Ramazan/ **YILMAZ** Ejder: İcra ve İflas Hukuku, 21. Bası, Ankara 2007.
- OĞUZMAN** M. Kemal/ **ÖZ** M.Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası İstanbul 2006.
- OSER** Hugo / **SCHONENBERGER** Wilhelm: (Çev. İsmet SUNGRBEY İsmet) İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi: Eski Kefillik, Yeni Kefillik, Kumar, Bahis, Sağlığınca Gelir, Sağlığınca Bakma Sözleşmeleri, Ankara 1964.
- ÖZEN** Burak: Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2008.
- PEKCANİTEZ** Hakan/ **ATALAY** Oğuz/ **ÖZEKES** Muhammet: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2006.
- PESTALOZZI** Christoph M.: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationen Recht I, Art 1–529, Herausgeber von Honsell Heinrich/ Vogt Nedim Peter/ Wiegand Wolfgang, Basel 1992.
- REİSOĞLU** Seza: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992.
- SCHÖNENBERGER** Wilhelm: Kommentar zum Obligationenrecht, Bd.V, 3.Teil, Art.419-529, 2. Auf., Zürich 1945.
- SCYBOZ** Georges: Garantievertrag und Bürgschaft, in: Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht besondere Vertragsverhaeltnisse Art 1–529, Herausgeber von Frank Vischer, Zweiter Halbband, Basel-Stuttgart 1979.
- SEROZAN** Rona: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, C.III, Haksız Zenginleşme, 4. Bası, İstanbul 2006.
- TANDOĞAN** Haluk: Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, C.II, Ankara 1987.
- TEKİNAY** Selahattin Sulhi / **AKMAN** Sermet / **BURCUOĞLU** Haluk /

**ALTOP** Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

**Von TUHR** Andreas / **PETER** Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3 A., Zürich 1979.

**WEBER** Von Rolf H.: Berner Kommentar Band VI, 1. Abteilung, 6. Teilband. Allgemeine Bestimmungen. Artikel 110-113 OR., Bern 2002.

**YAVUZ** Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, Yenilenmiş 5. Baskı İstanbul 2007.

**ZEVKLİLER** Aydın/ **HAVUTÇU** Ayşe: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, İzmir 2007.

# MARKA HACZİ VE PARAYA ÇEVİRİLMESİ

*Dr. Gökçen TOPUZ\**

## I.Genel Olarak

Kesinleşmiş bir icra takibinin konusu olan belli bir para alacağının ödenmesini sağlamak için, alacaklı lehine söz konusu alacağı karşılayacak miktar ve değerdeki borçluya ait mal ve haklara, icra müdürü tarafından hukuken el konulmasını ifade eden<sup>1</sup> haciz, markalar üzerinde de uygulanır. Çalışmamızda markaların haczinin ve paraya çevrilmesinin hangi hükümlere göre yapılacağı incelenmektedir. Ancak bunun için öncelikle marka, marka hakkı ve hukuki niteliği ve marka türleri hakkında genel olarak bilgi verilmesi gereklidir.

## II. Marka Hakkı ve Hukuki Niteliği

Markalara ilişkin olarak 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK<sup>2</sup> çıkarılmıştır. Söz konusu KHK'nin 5. maddesinde marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dâhil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaret olarak açıklanmıştır<sup>3</sup>. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nin Uygulanmasına Dair Yönetmelik'te<sup>4</sup> ise, marka bir işletmenin imalâtını ve/veya ticaretini yaptığı malları ve/veya sunduğu hizmetleri, başka işletmelerin mal ve/veya hizmetlerinden ayırt etmeye

---

\* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Araştırma Görevlisi.

1 **Kuru**, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004, s. 357-358. Benzer tanımlar için bkz. İlhan **Postacıoğlu**, İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, s.290; Ramazan **Arslan**, Borçlunun Üçüncü Kişilerde Bulunan Mal ve Alacaklarının Haczi, Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, s. 81; Baki **Kuru**/Şanal **Görgün**, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 1997, s. 98; Hakan **Pekcanitez**/Oğuz **Atalay**/Meral **Sungurtekin Özkan**/Muhammet **Özkes**, İcra Ve İflâs Hukuku, Ankara 2006, s.184.

2 Bkz., Resmi Gazete, 27/06/1995 tarih ve 2232618 sayı.

3 İsviçre Marka Kanunu'nun (MSchG) 1. maddesinde ise, marka, bir işletmenin mal ve hizmetlerinin bu türden diğer işletmelerden ayıran uygun bir işaret olarak tanımlanmıştır.

4 Bkz. Resmi Gazete, 27/6/1995 tarih ve 22326 sayı.

yarayan ticaret ve/veya hizmet markası olarak da nitelendirilebilen işaret olarak tanımlanmıştır (Yönetmelik m.4).

Marka üzerinde marka sahibine tanınmış bir hak mevcuttur. Bu durum 556 Sayılı KHK'nin, değişik hükümlerinde (Örn. m. 6, 41, 45, 46, 61 ) açıkça ifade edilmektedir.

Marka sahibinin marka üzerindeki hakkının hukuki niteliği, özel hukuktaki hakların tasnifine göre belirlenebilir. Özel hukukta hakların değişik şekilde tasnifleri yapılmaktadır. İlk olarak haklar, malvarlığı/mamelek hakları ve şahıs varlığı hakları olarak ikiye ayrılmakta; bunun dışında da mutlak haklar ve nisbi haklar olmak üzere yine ikili bir ayırım yapılarak, bu haklar içinde de aynı haklar ve alacak hakları ayırımı yapılmaktadır<sup>5</sup>. Bu belirtilen hakların yanı sıra inşai haklar da ayrı bir grup oluşturmaktadır. Hakların özel hukuktaki bu ayırımları dikkate alınarak marka hakkının hukuki niteliği belirlenmelidir. Özel hukuktaki söz konusu ayırım dikkate alınarak fikri mülkiyet haklarından olan marka hakkının malvarlığı hakkı mı yoksa şahıs varlığı hakkı mı olduğu öncelikli olarak tespit edilmelidir. Bir hakkın malvarlığı hakkı olması için, iktisadi bir değere sahip olması, kural olarak devredilebilmesi, miras yoluyla geçmesi ve vazgeçilebilmesi gerekir<sup>6</sup>. Marka hakkı da iktisadi bir değere sahip olup, devredilebilmekte, mirasçılara geçmekte ve vazgeçilebilmektedir (556 Sayılı KHK m.15 ve 46). Bu nedenle marka hakkı da mal varlığı hakkı olarak kabul edilebilir. Nitekim marka hakkının, hak sahibinin her şeyden önce malvarlığı menfaatlerine hizmet ettiği, bu nedenle de marka hakkının malvarlığı hakkı karakteri taşıdığı Alman ve İsviçre doktrininde kabul edilmektedir<sup>7</sup>. Diğer yandan marka hakkı herkese karşı ileri sürülebilen ve herkesin uymakla yükümlü olduğu mutlak haklardandır<sup>8</sup>. Bunun yanı sıra markanın maddi bir varlığı olmadığı için, bir eşya da değildir. Bu nedenle de markanın mülkiyete ve zilyetliğe konu oluşturmayacağı

<sup>5</sup> Zahit **İmre**, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1976, s. 228.

<sup>6</sup> **İmre**, s. 229.

<sup>7</sup> Marina **Engelbert**, Pfändung ausgewählter Immaterial-güterrechte, Berlin 2007, s. 29; Christoph **Willi**, Das schweizerische Markenrecht, Markenschutzgesetz: MSchG; Kommentar zum schweizerischen Markenrecht unter Berücksichtigung europäischen und internationalen Markenrechts, Zürich 2002, s. 253; Anja **Steinbeck**, Die Verwertbarkeit der Firma und der Marke in der Insolvenz, NZG 1999, Heft 4, s. 139.

<sup>8</sup> **Engelbert**, s. 5; Ünal **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2005, s. 358; Sabih **Arkan**, Marka Hukuku, C. II, Ankara 1998, s. 175; Mücahit **Ünal**, Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler, Ankara 2007, s.21.

gözden uzak tutulmamalıdır<sup>9</sup>.

### III. Marka Türleri

Marka türleri biçime, amaca, sahiplerine, tanınmış olup olmamaya ve tescil edilmiş olup olmamaya göre tasnif edilmektedir<sup>10</sup>. Çalışmamızın amacı ve kapsamı bakımından sahiplerine göre ve tescil edilmiş olup olmalarına göre markaların tasnifi önem taşımaktadır.

#### A. Sahiplerine Göre Markalar

Sahiplerine göre markalar, ferdi (bireysel), ortak ve garanti markaları olmak üzere üçlü bir tasnife tabi tutulmaktadır.

Ferdi markalar, gerçek ve tüzel kişiler tarafından tek başlarına kullanılan markaları ifade etmektedir<sup>11</sup>. Ferdi marka tabiri 556 Sayılı KHK'de geçmemektedir. Ancak doktrinde, 556 Sayılı KHK'nin sisteminin ferdi markalar üzerine kurulmuş olduğu, ortak marka veya garanti markasına ilişkin olduğu açıkça ifade edilmeyen hükümlerin ferdi markalara ilişkin olduğu kabul edilmektedir<sup>12</sup>.

Ortak marka ve garanti markası; ferdi markanın aksine, 556 Sayılı KHK'de açıkça tanımlanmıştır. Söz konusu maddeye göre, ortak marka, üretim veya ticaret veya hizmet işletmelerinden oluşan bir grup tarafından kullanılan işarettir. Yine 556 Sayılı KHK'nin 54. maddesine göre garanti markası, marka sahibinin kontrolü altında birçok işletme tarafından o işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmeye yarayan işareti ifade etmektedir.

#### B. Tescil Edilmiş Olup Olmamlarına Göre Markalar

Markalar, marka siciline tescil edilmiş olup olmamasına göre tescilli marka ve tescilsiz marka olmak üzere ikiye ayrılır. Tescilli marka 556 Sayılı KHK'nin 1. maddesinin birinci fıkrasında, KHK'nin amacının, bu KHK hükümlerine uygun olarak tescil edilen markaların korunmasını sağlamak olduğu ifade edilmektedir. Yine 6. maddede KHK ile sağlanan marka koru-

<sup>9</sup> **Tekinalp**, s. 20-21; Sami **Karahan**/ Cahit **Suluk**/ Tahir **Saraç**/ Temel **Nal**, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara 2007, s. 4.

<sup>10</sup> Sabih **Arkan**, Marka Hukuku, C. I, Ankara 1997, s. 40 vd. Bazı farklılıklarla benzer tasnifler için bkz. Kamen **Troller**, Grundzüge des schweizerischen Immaterialgüterrechts, Basel, Genf, München 2001, s. 67 vd.; **Tekinalp**, s. 350 vd. ; Hamdi **Yasaman**/ Sıtkı Anlam **Altay**/ Tolga **Ayoğlu**/ Fülürya **Yusufoğlu**/ Sinan **Yüksel**, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C. 1, İstanbul 2004, s. 21 vd.

<sup>11</sup> **Troller**, s. 71; **Arkan**, C. I, s. 44; **Ünal**, s. 33.

<sup>12</sup> **Tekinalp**, s. 352; **Ünal**, s. 34.

masının tescil yoluyla elde edilebileceği düzenlenmiştir. Markasının korunmasını isteyen kişilerin 556 Sayılı KHK hükümlerine uygun olarak markasını tescil ettirmesi gerekir. Markanın tescili, 556 Sayılı KHK'ye göre markaya sağlanan koruma açısından kurucu niteliktedir<sup>13</sup>. Bununla birlikte 556 Sayılı KHK'nin 8. maddesinin üçüncü fıkrasında tescilsiz bir markanın veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaretin sahibinin itiraz etmesi üzerine, tescili istenilen markanın tescil edilmeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu hüküm gereğince markayı daha önce kullanan ancak tescil ettirmeyen kişinin hakkı da korunmaktadır. Bu durumda marka üzerindeki hak markanın kullanılmasyla doğar ve markasını tescil ettirmeyen kişi, haksız rekabet hükümlerine göre markasının korunmasını sağlayabilir<sup>14</sup>.

#### IV. Markanın Haczi

##### A. Haczin Konusu

Para alacaklarından dolayı cebri icranın konusunu, borçlunun parasal bir değeri olan ve alacaklının tatminini sağlayan tüm hak ve malları oluşturur<sup>15</sup>. Yani borçlu borcunu ödemez ise, alacaklının müdahale edebileceği “aktif malvarlığı”, para alacaklarından dolayı cebri icranın konusudur<sup>16</sup>. Cebri icranın konusu olan borçlunun aktif malvarlığı içerisine, taşınırlar, taşınmazlar, üçüncü kişilerdeki hak ve alacaklar ile diğer malvarlığı hakları girer. Bu bağlamda cebri icra yollarından biri olan “hacizde”, haczin konusunu, borçlunun taşınır ve taşınmaz malları, üçüncü kişilerdeki alacakları ve diğer malvarlığı hakları oluşturur<sup>17</sup>. Marka hakkı da borçlunun malvarlığı haklarından olduğu için haczedilebilir. Nitekim 556 Sayılı KHK'nin 19. maddesinde, tescilli bir markanın işletmeden bağımsız olarak haczedilebileceği, haczin sicile tescil edilip yayımlanacağı öngörüldüğü için, markanın haczedilip edilmeyeceğine ilişkin her hangi bir tereddütte söz konusu değildir.

556 Sayılı KHK'de sadece tescilli markanın haczinden bahsedilmekte, tescilsiz markaların, ortak markaların ve garanti markalarının da haczedilip edilemeyeceği hususunda her hangi bir hükme yer verilmemektedir. Bu nedenle tescilsiz markaların, ortak markaların ve garanti markalarının da hac-

<sup>13</sup> Yasaman/ Yusufoglu, s. 34.

<sup>14</sup> Yasaman/ Yusufoglu, s. 35; Arkan, C. I, s. 54.

<sup>15</sup> Baur/Stürner/Bruns, s. 253; Karl Larenz/Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, München 2004, s. 381; 385.

<sup>16</sup> Larenz/Wolf, s. 379.

<sup>17</sup> Kurt Amonn/Dominik Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern, 1997, s.157; Kuru, s. 371.

zin konusu olup olmayacağını açıklanması gerekir.

Tescilsiz markaların, ortak markaların ve garanti markalarının haczin konusu olup olmayacağı, haciz yoluyla takibin temel prensipleri dikkate alınarak belirlenebilir. Haciz yoluyla takip, borçluya ait malvarlığına haciz konulması ve haczedilen söz konusu malvarlığının paraya çevrilmesi yoluyla elde edilen bedelin alacaklıya ödenmesi suretiyle yapılır<sup>18</sup>. Alacaklının kural olarak para ile tatmin edilmesi prensibi<sup>19</sup> olarak adlandırılan bu prensip gereğince, borçlunun haczedilen malvarlığı alacaklıya devredilemez. Bilakis haczedilen malvarlığı paraya çevrilerek elde edilen bedelden alacaklı tatmin edilir. Bu nedenle haciz, borçlunun devredilebilir ve paraya çevrilebilir malvarlığı üzerinde yapılabilir<sup>20</sup>. Marka hakkı da borçlunun malvarlığı haklarından olup, ortak marka ve garanti markası 556 Sayılı KHK'nin 60. maddesindeki açık hüküm gereğince devredilebilir. Bu nedenle de ortak marka ve garanti markası haczedilebilir<sup>21</sup>. Aynı şekilde tescilsiz markalar da devredilebildiği için haciz de edilebilir<sup>22</sup>. Bu konuda incelenmesi gereken diğer hususlar ise, marka başvurusunun ve kişisel unsurlar içeren markaların da haczin konusu olup olmayacağıdır.

Marka başvurularının 556 Sayılı KHK'nin 22. maddesindeki düzenleme gereğince haczedilebileceği kabul edilmektedir<sup>23</sup>. Söz konusu maddeye göre, devir, lisans, intikal, haciz, rehin ve marka sahibi hakkındaki değişiklikler ile ilgili hukuki işlemler marka başvurularına da uygulanır. Bu hüküm gereğince marka başvurusu da haczedilebilir.

Kişisel unsurlar içeren markaların haczedilip haczedilmeyeceği hususunda ise, doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, kişisel

<sup>18</sup> Saim **Üstündağ**, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2000, s. 171.

<sup>19</sup> **Kuru**, s. 357; Baki **Kuru**/Ramazan **Arslan**/Ejder **Yılmaz**, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2007, s. 231; **Üstündağ**, s. 171; **Arslan**, s. 82.

<sup>20</sup> **Üstündağ**, s. 171.

<sup>21</sup> **Arkan**, C. II, s. 207; **Tekinalp**, s. 434; **Karahan/ Suluk/ Saraç/ Nal**, s. 296; Hakan **Karan/ Mehmet Kılıç**, Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004, s. 341; **Ünal**, s. 108; Aksi görüş için bkz. Necati **Meram**, Marka Hakları ve Korunması, Ankara 2004, s. 179.

<sup>22</sup> **Arkan**, C. II, s. 175, dn. 2; **Ünal**, s. 109.

<sup>23</sup> **Arkan**, C. I, s. 67; **Tekinalp**, s. 434; **Ünal**, s. 109; Alman hukukunda da marka başvurusunun haczedilebileceği Markengesetz § 31'de hükme bağlanmıştır. Geniş bilgi için bkz. **Engelbert**, s. 30; Paul **Ströbele/ Franz Hacker**, Markengesetz, Köln 2003, s. 785; Karl-Heinz **Fezer**, (auf der Grundlagen von Baumbach/ Hefermehl, Warenzeichenrecht), Markenrecht, München 2001, 1308 vd.

unsurları içeren markanın haczedilmesi, Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesi anlamında kişilik haklarına tecavüz oluşturuyorsa haciz yapılmamalı ve kişisel hakların içermiş oldukları yüksek değer nedeniyle, 556 Sayılı KHK'nin 19. maddesinin Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesini bertaraf etmesine izin verilmemelidir<sup>24</sup>.

Bir başka görüşe göre ise, kişinin ismi üzerindeki hakkı ile kişinin ismini içeren marka üzerindeki hakkını bir birinden ayırmak gerekir. Kişinin ismi üzerindeki hakkı, Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesine göre mutlak korunmalıdır. Diğer yandan kişinin ismini marka olarak kullanması, kişinin ismine ekonomik bir değer kazandırması ve ismini ticarileştirmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle de kişi isimlerini içeren markanın haczine izin verilmelidir<sup>25</sup>.

Kanaatimizce, kişinin ismi üzerindeki hakkı ile ismini vermiş olduğu marka üzerindeki hakkı bir birinden farklıdır. Kişi ismini bir marka olarak kullanmaya başlamış ise, bu, kişinin ismini ticarileştirdiği anlamına gelir ve bu durumda da kişinin kişilik haklarının korunmasına dayanması arka planda kalır<sup>26</sup>. Ayrıca Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesinin uygulanabilmesi için kişilik haklarına yapılan saldırının hukuka aykırı olması gerekir. Oysa 556 Sayılı KHK'nin 19. maddesine dayanılarak yapılan haciz, Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesindeki hukuka aykırı saldırı olarak nitelendirilemez. Bu nedenle kişisel unsurları içeren markalar da haczedilebilirler.

### **B. Hacze Uygulanacak Hükümler**

556 Sayılı KHK'nin 19. maddesinde tescilli markanın haczedilip, sicile kaydedilerek ilan edileceği hükme bağlanmış, ancak haczin İcra ve İflâs Kanunu'nun hangi hükümlerine göre yapılacağı belirtilmemiştir. Haciz, haczedilecek konuya göre farklı yapıldığı için, haczin hangi hükümlere göre yapılacağıнын belirlenmesi önemlidir. Marka haczinin, İcra ve İflâs Kanunumuzun hangi hüküm veya hükümlerine göre yapılacağı, İcra ve İflâs Kanunu'nun genel sistematığı dikkate alınarak belirlenebilir.

Kanunkoyucu taşınırların, taşınmazların, alacakların ve hakların haczedilebileceğini İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesinde belirtmiş ve alınacak muhafaza tedbirleri başlığı altında öncelikli olarak taşınırlar (İİK m. 88), alacak ve üçüncü kişiler elinde haczedilen mallar (İİK m. 89), diğer haklar (İİK m.90) ve son olarak da taşınmazlar hakkında hükümler sevketmiştir. Bunun dışında İcra ve İflâs Kanunu'nun 94. maddesinde iştirak halinde

<sup>24</sup> Tekinalp, s. 433.

<sup>25</sup> Yasaman/ Altay, s. 716; Ünal, s. 110.

<sup>26</sup> Fezer, s. 1312; Engelbert, s. 32; Ströbele/ Hacker, s. 783.

tasaruf edilen mallar ve 79. maddenin son cümlesinde de resmi sicile kayıtlı malların haczi hakkında düzenleme yapılmıştır. Marka haczinin söz konusu hükümlerden hangisine veya hangilerine göre yapılabileceği marka hakkının hukuki niteliğinden hareketle belirlenebilir.

İlk olarak, markanın haczine, İcra ve İflâs Kanunu'nun taşınırlara ilişkin hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağını belirlemeliyiz. Marka hakkının, borçlunun malvarlığı haklarından olduğunu, markanın maddi varlığı olmadığı için, bir eşya olmadığını bu nedenle mülkiyete ve zilyetliğe konu oluşturmayacağını yukarıda belirtmiştik. Bu nedenle markanın haczinde İcra ve İflâs Kanunu'nun taşınırların haczine ilişkin hükümleri (İİK m. 86 vd.) uygulanamaz. Nitekim Yargıtay da marka haczinde, İcra ve İflâs Kanunu'nun 86. maddesinin uygulanamayacağını kabul etmektedir<sup>27</sup>. Aynı şekilde marka hakkı, taşınmaz eşya, alacak hakkı veya üçüncü kişi elindeki mal olarak da nitelendirilemeyeceği için, taşınmazlara ve alacakların ve üçüncü kişi elindeki malların haczine ilişkin hükümler (İİK m. 91 vd.;m. 89) de marka haczinde uygulanamayacaktır<sup>28</sup>.

Doktrinde, markanın haczinde İcra ve İflâs Kanunu'nun 79. maddesinin son cümlesi ve 94. maddenin uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>29</sup>. Bu hükümlerin marka haczine uygulanıp uygulanmayacağına söz konusu maddeler incelendikten sonra karar verilebilir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 79. maddesinin son cümlesine göre, resmi sicile kayıtlı malların haczi, takibin yapıldığı icra dairesince, kaydına işletilmek suretiyle doğrudan da yapılabilir. Söz konusu madde de “resmi sicile kayıtlı **malların** haczi”nden bahsedilmekte olup, “resmi sicile kayıtlı **hakların** haczi”nden bahsedilmemektedir. Ancak doktrinde bu maddenin resmi sicile kayıtlı hakların haczini de kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği

27 “Marka ve ayırt edici ad ve işaretler bir eşya niteliğini haiz olmadığından, zilyedliğe de konu olamazlar. Bunun sonucu olarak da üzerinde zilyedlik oluşturulabilen menkullerden sayılması da mümkün değildir. Dolayısıyla menkul mallarla sınırlı İİK'nun 86. maddesi, markalar bakımından uygulama alanı bulamaz. 556 s. KHK'nın markaların haczine ilişkin hükümleri uygulanır”. 11. HD 9.3.2000, 8623/2232, (www.kazancı.com.tr).

28 Aksi görüşte olan Karan/Kılıç'a göre “Marka niteliği itibarıyla bir hak olduğundan, hakkında İcra ve İflâs Kanununun menkullere dair olanları değil, bir alacağın haczine ilişkin olan maddeleri uygulanır.” Bkz. **Karan/ Kılıç**, s. 340.

29 **Yasaman/Altay**, s. 712; **Ünal**, s. 115; Marka haczinin İcra ve İflâs Kanunu'nun 94. maddesine göre yapılması gerektiği hakkında görüşler için bkz. **Tekinalp**, s. 433; **Karan/ Kılıç**, s. 340.

ileri sürülmektedir<sup>30</sup>. Kanaatimizce söz konusu maddenin lafzı gayet açık olup, maddeyi hakların haczini de içine alacak şekilde geniş yorumlamak mümkün değildir. Ancak marka hakkı maddi bir varlığa sahip değildir. Bununla birlikte marka hakkı devredilebilmekte ve devir için taraflar arasında yapılacak yazılı bir sözleşme yeterli olmaktadır (556 s. KHK m. 15,II). Buna karşın, devrin iyi niyetli üçüncü kişiler bakımından hüküm doğurması için sicile kaydedilmesi gerekmektedir(556 s. KHK m. 16, VII). Bu nedenle marka haczinin de sicile kaydedilerek yapılması veya en azından hacizden sonra, haczin sicile kaydettilmesi gerekir. Ancak bunun için haczin İcra ve İflâs Kanunu'un 79. maddesinin son cümlesine göre yapılması şart değildir. Nitekim İcra ve İflâs Kanunu'nun 90. maddesinde haczedilen diğer hakların muhafaza tedbirleri düzenlenmiştir. Bu hüküm gereğince icra müdürü, haczedilen markanın muhafazası için gerekli olan tedbir olarak, haczi derhal Türk Patent Entitüsü'ndeki (TPE) marka siciline kaydettir. Diğer yandan hacizle bu muhafaza tedbirinin alınması arasında geçen süre zarfında borçlunun, haczedilen marka üzerinde tasarrufta bulunmasını engelleyecek her hangi bir kanuni düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle, haczin İcra ve İflâs Kanunu'nun 79. maddesinin son cümlesine göre, doğrudan sicile kaydettilerek yapılması cebri icra alacaklısını daha fazla koruyacaktır. Ancak söz konusu maddenin lafzından bu maddenin marka haczine de uygulanabileceği sonucu çıkmamaktadır. Bu nedenle de 79. maddenin son cümlesinin "resmi sicile kayıtlı mal veya hakların haczi..." şeklinde düzenlenmesi yerinde olur.

Diğer yandan marka haczine, İcra ve İflâs Kanunu'nun 94. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı da söz konusu maddenin incelenmesiyle ortaya konulabilir. 94. maddenin başlığı, iştirak halinde tasarruf edilen mallar olup, maddede esas olarak intifa hakkı, taksim edilmemiş miras hissesi, şirket hissesi, iştirak halinde tasarruf edilen mal hissesi ve anonim şirketlerin çıplak paylarının haczi ve borçlunun iktisap ettiği, ancak tapu veya gemi siciline kaydettirmedeği mülkiyet veya diğer aynı hakların tescilini isteme hakkı düzenlenmektedir. Söz konusu maddede "**diğer malvarlığı hakları**" veya "**diğer haklar**" tabirleri hiç kullanılmamaktadır. Bu nedenle marka haczine İcra ve İflâs Kanunu'nun 94. maddesi uygulanamaz. Ancak İcra ve İflâs Kanunumuzun genel sistematığı göz önünde bulundurulduğunda 94. maddenin "diğer malvarlığı hakları"nın haczinde de uygulanması gerekir. Bununla birlikte söz konusu maddenin lafzından bu şekilde bir yorum yapmak mümkün değildir. Bu nedenle İcra ve İflâs Kanunu'nun 94. maddesinin "diğer malvarlığı haklarının haczini" de kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesi

30 Yasaman/ Altay, s. 713.

gerekir<sup>31</sup>.

Öteyandan marka haczinde TPE'ye "ilgili üçüncü şahıs" olarak haczin bildirilmesi gerektiği görüşüne<sup>32</sup> de katılmak mümkün değildir. Nitekim icra hukukunda "ilgili üçüncü kişi" kavramı, cebri icradan hakları olumsuz yönde etkilenen (örn. mülkiyet hakkı veya zilyetliği) veya özel bir yükümlük altına giren (örn. üçüncü kişideki alacakların haczinde borçlunun borçlusu gibi) kişileri, yani icra takibiyle hukuki menfaatlerine dokunulan kişileri ifade etmektedir<sup>33</sup>. Ayrıca markanın haczinde TPE'yi üçüncü kişi olarak kabul edersek, haczedilen markanın 121. maddeye göre paraya çevrilmesinin usulünün belirlenmesi için, ilgili üçüncü kişi olarak TPE'nin de dinlenilmesi gerekecektir. Bu nedenle hacizle hiçbir menfaati ihlal edilmeyen veya olumsuz yönde etkilenmeyen TPE'nin hacizde ilgili üçüncü kişi olarak kabulü mümkün değildir<sup>34</sup>. TPE, 556 Sayılı KHK'nin 19. maddesinin ikinci fıkrasındaki sicile kayıt görevini yerine getirecek olan, tıpkı taşınmazların haczinde tapu sicili müdürlüğü gibi, resmi bir kurumdur.

Bir malvarlığı hakkı olan marka hakkı, İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesi anlamında hacze konu oluşturur. Ancak, gerek marka hakkının haczine; gerekse diğer malvarlığı haklarının haczine uygulanacak hükümler İcra ve İflâs Kanunumuzda tam olarak düzenlenmemiştir.

### C. Haczin Yapılması

Haciz için yetkili icra dairesi, takibin yapıldığı icra dairesidir<sup>35</sup>. Ancak takibin yapıldığı icra dairesinin yetkisi, sadece kendi bölgesi içinde bulunan

31 İİK m. 94 hakkındaki değişiklik önerisi için bkz. Gökçen **Topuz**, Hisse Haczi ve Satışı, Ankara 2008, Yayınlanmamış doktora tezi, s. 340.

32 **Tekinalp**, s. 433; **Ünal**, s. 120.

33 Fritz **Baur**/ Rolf **Stürner**/ Alexander **Bruns**, Zwangsvollstreckungsrecht, Heidelberg 2006, s. 48; Hans- Joachim **Musielak**, Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, München 2005, s. 2245; **Kuru**, s. 137; **Kuru/Arslan/ Yılmaz**, s. 99.

34 Alman hukukunda da marka haczi, diğer malvarlığı haklarının haczinin düzenlendiği ZPO § 857'ye göre yapılmaktadır. Ancak, Alman hukukunda da, patent enstitüsü hacizde ilgili üçüncü kişi olarak kabul edilmemektedir. Bkz. **Ströbele/ Hacker**, s. 784; **Fezer**, s. 1308.

35 Carl **Jaeger**/Hans Ulrich **Walder**/Thomas M. **Kull**/Martin **Kottmann**, Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Erläutert für den praktischen Gebrauch, Band I, Zürich 1997, s. 424; Hans **Fritzsche**/Hans Ulrich **Walder**– **Bohner**, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Zürich 1984, s. 282; **Kuru**, s. 362; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 233.

malların haczi için geçerlidir<sup>36</sup>. Haczedilecek mallar başka bir yerde ise, İcra ve İflâs Kanunu'nun 79. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, haciz talebini alan icra dairesi, malların bulunduğu yerdeki icra dairesini istinabe eder. Ayrıca söz konusu maddenin son cümlesine göre, haczedilecek mallar resmi sicile kayıtlı ise, bu malların haczi takibin yapıldığı icra dairesi tarafından resmi sicildeki kayıtlarına işletilmek suretiyle doğrudan da yapılabilir. Ancak marka haczinde haczin konusunu, gayri maddi mallardan olan marka hakkı oluşturduğu için, burada bir hakkın haczi söz konusu olup, bir malın haczi söz konusu değildir. Bu nedenle de İcra ve İflâs Kanunu'nun 79. maddesinin ikinci fıkrası burada uygulanamaz ve haciz, takibin yapıldığı icra dairesince yapılır. İcra müdürü markayı haczettikten sonra, İcra ve İflâs Kanunu'nun 90. maddesine dayanarak, haczedilen markanın muhafazasını sağlamak amacıyla haczin sicile kaydı ve ilan edilmesi için TPE'ye haczi bildirir. TPE tarafından haciz marka siciline kaydedilir ve ilan edilir.

#### D. Haczin Etkisi

Marka haczinin hem borçlu hem de alacaklı bakımından etkileri vardır.

Haczin borçlu bakımından etkileri, haczin sicile kaydından önce ve sonra olmak üzere farklıdır. Marka haczinin sicile kaydedilmesinden sonra borçlu olan marka sahibinin, markasını devredebileceği gerek doktrinde gerekse Yargıtay uygulamasında kabul edilmektedir<sup>37</sup>. Markanın haczi sicile kayde-

<sup>36</sup> Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Band I, s. 424; Fritzsche/Walder, s. 282; Kuru, s. 362; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 233.

<sup>37</sup> **Tekinalp**, s. 434; **Yasaman/Altay**, s. 712; **Ünal**, s. 127. "... Öncelikle, belirtmek gerekir ki, marka ve ayırt edici ad ve işaretler maddi bir varlığa sahip bulunmamaktadır. Bu nedenle yani bir eşya niteliğini haiz olmadığından zilyetliğe de konu olamazlar. ( Bkz. Prof. Dr. Ü. Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, İst. 1999 sh. 68., Prof. Dr. S. Arkan, Marka Hukuku, Ank.1997 sh. 1 vd. ) Bunun sonucu olarak da üzerinde zilyetlik oluşturabilinen menkullerden sayılması da mümkün değildir. O halde, ilk bakışta belirlenebileceği gibi menkul mallarla sınırlı İİK.nun 86. maddesi markalar bakımından uygulama alanı bulamaz. Nitekim, kanun koyucu da bu amaçla 556 sayılı KHK.nin 19. maddesinde markaların haczini özel olarak düzenlemiş ve İİK.nun haciz yolu ile takipteki 86. maddesine yolama yapmadan, markaların işletmeden bağımsız olarak haczedilebileceği ve haczin sicile kayıt ve keyfiyetin yayımlanacağını öngörmüştür. Yasa koyucunun bu düzenleme ile yetinmesi çok doğaldır. Zira, menkul mallarla ilgili İİK.nun 86/1. maddesinin getirdiği tasarruf yetkisini sınırlama, o menkul malın zilyet değiştirmesi halinde alacaklının bundan zarar görmesini önlemeye yöneliktir. Sicile kayıtlı ve devir işlemleri de ancak sicil üzerinden oluşabilecek marka hakkı bakımından bu sınırlandırmaya gerek yoktur. Haczin sicile şerhi ile o markayı devir alacak kişilerin bu yükümlülükle marka hakkını üzerlerine

dildikten sonra markayı devralan kişi markayı hacizle yüklü olarak devralır. Bu nedenle de cebri icra alacaklısı bu devirden olumsuz etkilenmez. Ayrıca 556 Sayılı KHK'nin 46. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, sicile kaydedilmiş hakların ve lisans sahiplerinin izni olmadıkça, marka sahibi marka hakkından vazgeçmemektedir. Bu hüküm markanın haczinde de uygulanır ve borçlu marka sahibi, alacaklının izni olmadıkça marka hakkından vazgeçemez.

Marka haczinin sicile kaydedilmesinden önce borçlu olan marka sahibinin ise, markayı üçüncü bir kişiye devredip edemeyeceği veya marka hakkından vazgeçip geçemeyeceği, borçlu markayı devreder veya marka hakkından vazgeçerse ne yapılacağı belirsizdir. Çünkü, İcra ve İflâs Kanunumuzda taşınırların, taşınmazların ve alacakların haczinde, hacizden sonra borçlunun tasarruf yetkisiyle ilgili somut düzenlemeler öngörülmüş olmasına rağmen (İİK, m. 86, 89'da dolaylı olarak ve m. 91), hakların haczinden sonra haczedilen hak üzerinde borçlunun tasarruf yetkisi hakkında somut düzenlemeler yapılmamıştır. Öyleki, haczin yapılmasıyla muhafaza tedbirinin alınması arasında geçen süre zarfında borçlunun, hacizli haklar üzerinde tasarruf etmesi halinde, cebri icra alacaklısı mı yoksa tasarruf işleminin yapıldığı muhatap mı korunacaktır? Bu belirsizdir. Bu nedenle yukarıda da ifade ettiğimiz üzere resmi sicile kayıtlı hakların haczinin, İcra ve İflâs Kanunu'nun 79. maddesinin son cümlesine göre de yapılabilmesi ve İcra ve İflâs Kanunu'nun 94. maddesinin de diğer malvarlığı haklarının haczini de içine alacak ve borçlunun tasarruf yetkisi hakkında da hükümler içerecek şekilde yeniden kaleme alınması gerekir. Nitekim Alman Hukukunda da, markanın haczi sicile kaydedilmesine rağmen, haciz ZPO § 857 hükmüne göre yapıldığı için, haciz kararı borçlunun haczedilen hak üzerinde tasarruf yasağını da içerecek şekilde çıkarılmaktadır. Tasarruf yasağı nedeniyle de borçlu haczedilen markayı devredemez veya aynı bir hakla yüklenemez<sup>38</sup>. Benzer düzenlemeler İcra ve İflâs Kanunumuzda da yapılırsa, hakların haczinde borçlunun tasarruf yetkisi hakkındaki tereddütler ortadan kaldırılmış olur.

Borçlunun yanı sıra alacaklı bakımından da marka haczinin bazı etkileri vardır. Markanın hacziyle alacaklı, haczedilen markanın paraya çevrilmesini isteme hakkını elde eder. Bunun dışında cebri icra alacaklısının markayı

---

aldıklarının kabulü gerekir. Bu durumda da haciz alacakların devir işleminden, devir alan kimse bakımından da onu bağlayacak diğer bir deyişle haciz prosedürü işlemeye devam edecektir." 11. HD 9.3.2000, 8623/2232, (www.kazancı.com.tr).

<sup>38</sup> Fezer, s. 1311; Ströbele/ Hacker, s. 784.

kullanma veya marka üzerinde tasarrufta bulunma hakkı sözkonusu değildir<sup>39</sup>.

#### V. Haczedilen Markanın Paraya Çevrilmesi

Cebri icra hukukunun genel prensibi olan alacaklının para ile tatmin edilmesi prensibi gereğince, haczedilen markanın paraya çevrilerek elde edilen bedelden alacaklının alacağı ödenir. Haczedilen markanın paraya çevrilebilmesi için alacaklının veya borçlunun talepte bulunması gerekir. Paraya çevirme talebinin süresi İcra ve İflâs Kanunu'nun 106. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, paraya çevirme talebi taşınır ve alacaklar için hacizden itibaren bir sene, taşınmazlar için iki sene içinde yapılmalıdır. Ancak söz konusu maddede haczedilen hakların (diğer malvarlığı haklarının) paraya çevirme talebinin süresi hakkında bir düzenleme öngörülmemiştir. Marka haczinde de bir hakkın haczi söz konusu olduğu için, paraya çevirme talebinin, hacizden itibaren bir yıl içinde mi, yoksa iki yıl içinde mi yapılacağı belirsizdir. Nitekim mehz İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 116. maddesi, bizdeki düzenlemeden farklı kaleme alınmıştır. Söz konusu maddeye göre, paraya çevirme talebi, taşınır, alacak ve **diğer haklar** için hacizden itibaren en erken bir ay sonra, en geç bir yıl içinde; taşınmazlarda ise, hacizden itibaren en erken altı ay sonra, en geç iki yıl içinde istenebilir (SchKG Art. 116, I). Bizim Kanunumuzda da belirsizliğin ortadan kaldırılması için bu yönde değişiklik yapılması gerekir.

Haczedilen markanın paraya çevirme işlemi, İcra ve İflâs Kanunumuzun "paraya çevirmenin diğer tarzı iştirak halinde mülkiyet hisseleri" başlığını taşıyan 121. maddesine göre yapılır<sup>40</sup>. Söz konusu maddeye göre, paraya çevirme talebinden sonra icra müdürü paraya çevirmenin nasıl yapılacağını icra mahkemesinden sorar. İcra mahkemesi yerleşim yerleri bilinen ilgilileri davet eder ve gelenleri dinledikten sonra, açık artırma yaptırabileceği gibi, satış için bir memur tayin edebilir veya iktiza eden diğer tedbirleri alabilir. İcra mahkemesinin dinleyeceği ilgililer kavramıyla alacaklı, borçlu ve hacizde ilgili üçüncü kişiler ifade edilmektedir. Hacizde üçüncü kişi veya kişiler ise, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, cebri icradan hakları olumsuz yönde etkilenen (örn. mülkiyet hakkı veya zilyetliği) veya özel bir yükümlük altına giren (örn. üçüncü kişideki alacakların haczinde borçlunun borçlusu gibi)

<sup>39</sup> Fezer, s. 1310; Tekinalp, s. 434.

<sup>40</sup> İsviçre hukukunda da haczedilen markanın paraya çevrilmesi, İcra İflâs Kanunumuzun 121. maddesine tekabül eden SchKG Art. 132'ye göre yapılmaktadır. Bkz. Amonn/Gasser, s. 227.

kişiler, yani icra takibiyle menfaatlerine dokunulan kişilerdir<sup>41</sup>. Buna göre icra mahkemesinin 121. maddeye göre paraya çevirmenin usulünü belirlemek için dinleyeceği ilgililer, alacaklı, borçlu, marka üzerinde rehin veya lisans hakkı varsa rehin hakkı sahibi veya lisans hakı sahibidir<sup>42</sup>. Markanın haczinde TPE'yi üçüncü kişi olarak kabul etmediğimiz için, haczedilen markanın 121. maddeye göre paraya çevrilmesinin usulünün belirlenmesi için, ilgili üçüncü kişi olarak TPE'nin de dinlenilmesine gerek yoktur<sup>43</sup>.

İcra mahkemesi ilgilileri dinledikten sonra uygun bir paraya çevirme şekli belirler. Buna göre, icra mahkemesi, markanın açık artırma yoluyla satılmasına karar verebileceği gibi; pazarlık yoluyla satılmasına da karar verebilir. Bunun dışında “iktiza eden diğer bir tedbir” kapsamında, marka üzerinde lisans hakkı tesisi mümkünse, marka üzerinde lisans tesis edilerek, markayı satmaksızın lisans gelirinden alacaklının alacağına ödenmesine de karar verilebilmelidir<sup>44</sup>.

## VI. Sonuç

Fikri mülkiyet haklarından olan marka hakkı, bir malvarlığı hakkı olarak hacze konu olabilir. Markanın haczedilebileceği 556 Sayılı KHK'nin 19. maddesinde açıkça hükme bağlanmıştır. Söz konusu hüküm gereğince marka hakkı haczedilebilmektedir. Ancak 556 Sayılı KHK'de bu şekilde bir hüküm öngörülmemiş olsaydı bile, bir malvarlığı hakkı olan marka hakkının haczi, İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesi anlamında hacze konu oluştururdu. İcra ve İflâs Kanunumuzda, diğer malvarlığı haklarının haczi ve hacizden sonra borçlunun tasarruf yetkisi hakkında genel bir düzenleme mevcut değildir. Her ne kadar, İcra ve İflâs Kanunu'nun sistematüğinden, 94. maddenin diğer malvarlığı haklarının haczinde de uygulanması gerektiği kabul edilse de; 94. maddenin lafzı bu şekilde yorum yapmaya müsait değildir. Bu nedenle de markanın haczinde, İcra ve İflâs Kanunu'nun 94. maddesi uygulanamaz. Aynı şekilde, İcra ve İflâs Kanunu'nun 79. maddesinin son cümlesi de kanun metninde kullanılan “resmi sicile kayıtlı **malların** haczi” ibaresinden dolayı marka hakkının haczine uygulanamaz. Ancak ideal olan 79. maddenin ve 94. maddenin marka haczine uygulanmasıdır. Bu nedenle de, İcra ve İflâs Kanunu'nun 79. maddesinin ve 94. maddesinin yeniden kaleme alınması gerekir. Markanın haczedilmesinden sonra haczin sicile kaydedilip ilan

41 **Baur/ Stürner/ Bruns**, s. 48; **Musiak**, s. 2245; **Kuru**, s. 137; **Kuru/Arslan/ Yılmaz**, s. 99.

42 Aynı yönde bkz. **Yasaman/ Altay**, s. 718.

43 Aksi yönde görüş için bkz. **Ünal**, s. 132.

44 **Ünal**, s. 133.

edilmesi gerekir. Hacizden sonra marka sahibi markayı devretme hakkına sahiptir. Ancak marka haczinin sicile kaydından önce markanın devredilip edilmeyeceği hususu, İcra ve İflâs Kanunumuzun diğer malvarlığı haklarının haczi ve muhafazasını özel olarak düzenlememesi nedeniyle belirsizdir. Bu belirsizliğin giderilmesi için İcra ve İflâs Kanunu'nun 94. maddesinde, borçlunun tasarruf yetkisiyle ilgili düzenlemelere de yer verilmesi gerekir.

Haczedilen markanın paraya çevrilmesinde ise, İcra ve İflâs Kanunumuzun 121. maddesi uygulanmaktadır. Ancak söz konusu maddede göre, paraya çevrilecek olan hakların paraya çevirme talebinin ne zamana kadar yapılabileceği hususunda yine İcra ve İflâs Kanunumuzda boşluk söz konusudur. Bu boşluğun giderilmesi için İcra ve İflâs Kanunumuzun 106. maddesinin de yeniden düzenlenmesi gerekir. Markanın paraya çevrilmesinde; icra mahkemesi, ilgilileri dinleyerek uygun olan paraya çevirme şekline karar verir. Bu kapsamda icra makemesi markanın açık artırma yoluyla veya pazarlıkla satılmasına karar verebileceği gibi iktiza eden diğer tedbir olarak marka üzerende lisans tesis edilerek lisans karşılığında ödenecek bedelin cebri icra alacaklısına ödenmesine de karar verebilir.

#### BİBLİYOGRAFYA

- Amonn, Kurt / Gasser, Dominik:** Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern,1997.
- Arkan, Sabih :** Marka Hukuku, C. I, Ankara 1997.
- Arkan, Sabih :** Marka Hukuku, C. II, Ankara 1998.
- Arslan, Ramazan :**Borçlunun Üçüncü Kişilerde Bulunan Mal ve Alacaklarının Haczi, Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974.
- Baur, Fritz/Stürner, Rolf/Bruns, Alexander :** wangsvollstreckungsrecht, Heidelberg 2006.
- Engelbert, Marina:** Pfändung ausgewählter Immaterial-güterrechte, Berlin 2007.
- Fezer, Karl- Heinz:** (auf der Grundlagen von Baumbach/ Hefermehl, Warenzeichenrecht), Markenrecht, München 2001.
- Fritzsche, Hans / Walder- Bohner, Hans Ulrich :** Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Zürich 1984.
- Jaeger, Carl / Walder, Hans Ulrich / Kull, Thomas M./ Kottmann, Martin:** Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Erläutert für den praktischen Gebrauch, Band I, Zürich 1997.
- Karahan, Sami/Suluk, Cahit /Saraç, Tahir/ Nal, Temel :**Fikri Mülkiyet

Hukukunun Esasları, Ankara 2007.

**Karan**, Hakan/ **Kılıç**, Mehmet : Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004.

**Kuru**, Baki : İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004.

**Kuru**, Baki / **Görgün**, Şanal: İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 1997.

**Kuru**, Baki / **Arslan**, Ramazan / **Yılmaz**, Ejder : İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2007.

**Larenz**, Karl/**Wolf**, Manfred: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, München 2004.

**Meram**, Necati : Marka Hakları ve Korunması, Ankara 2004.

**Musielak**, Hans- Joachim : Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, München 2005.

Pekcanitez, Hakan /Atalay, Oğuz /**Sungurtekin Özkan**, Meral

**Özekes**, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2006.

**Postacıoğlu**, İlhan :İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982.

**Steinbeck**, Anja :Die Verwertbarkeit der Firma und der Marke in der Insolvenz, NZG 1999, Heft 4.

**Ströbele**, Paul/ **Hacker**, Franz: Markengesetz, Köln 2003.

**Tekinalp**, Ünal :Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2005.

**Topuz**, Gökçen :Hisse Haczi ve Satışı, Ankara 2008, Yayınlanmamış Doktora Tezi.

**Troller**, Kamen :Grundzüge des schweizerischen Immaterial-güterrechts, Basel,Genf, München 2001.

**Ünal**, Mücahit : Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler, Ankara 2007.

**Üstündağ**, Saim : İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2000.

**Willi**, Christoph :Das schweizerische Markenrecht, Markenschutzgesetz: MSchG; Kommentar zum schweizerischen Markenrecht unter Berücksichtigung europäischen und internationalen Markenrechts, Zürich 2002.

**Yasaman**, Hamdi/**Altay**, Sıtkı Anlam/**Ayoğlu**, Tolga/**Yusufoğlu**, Fülürya/**Yüksel**, Sinan :Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C. 1, İstanbul 2004.

# MİRAS AÇILDIKTAN SONRA MİRAS HİSSESİNİN DEVİRİ SÖZLEŞMESİNİN KONUSU ŞEKLİ VE ETKİSİ

*Dr. Seçkin TOPUZ\**

## Giriş

Miras hissesinin devrine ilişkin sözleşmeler, miras açılmadan önce yapılabildiği gibi<sup>1</sup> sonra da yapılabilmektedir. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 678. maddesinde miras açılmadan önce miras hissesinin devrine ilişkin sözleşmelerin yapılabileceği düzenlenmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 677. maddesinde ise, her mirasçının miras açıldıktan sonra diğer mirasçılarla veya üçüncü kişilerle miras hissesinin devrine ilişkin sözleşme yapabileceği öngörülmektedir. Çalışmamız kapsamında, miras açıldıktan sonra miras hissesinin devri ve buna ilişkin sözleşme incelenecektir.

## A-Devir Sözleşmesinin Konusu

Miras açıldıktan sonra miras hissesinin devri sözleşmesinin konusu, Türk Medeni Kanunu'nun 677. maddesinin birinci fıkrasında açıkça belirtilmiştir. Söz konusu maddeye göre devir sözleşmesinin konusu, mirasçının terekenin tamamı veya bir kısmı üzerindeki miras hissesidir. Ancak miras hissesi kavramının değişik anlamları vardır. Nitekim söz konusu kavramın İsviçre ve Türk hukukunda değişik tanımları yapılmaktadır.

İsviçre hukukunda yapılan bir tanıma göre, miras hissesi kavramının iki anlamı vardır. İlk olarak miras hissesi kavramı, elbirliği mülkiyetinde kural olarak devredilemeyen (ancak bazı şartlar altında devredilebilen ve haczedilebilen) temel hak sahipliği durumunu ifade eder. İkinci olarak ise, miras hissesi, terekenin paylaşımı sonunda mirasçılara düşecek olan hakları ifade eder<sup>2</sup>.

Türk hukukunda da miras hissesi kavramının anlamı ikili ayrımla yapılarak açıklanmıştır. İlk olarak miras hissesi, miras ortaklığından doğan ve bir

---

\* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Araştırma Görevlisi.

1 Bkz. **Yıldırım**, M.F. Beklenen (Açılmamış Bir Terekedeki) Miras Hakkının Devri Sözleşmesi, Yargıtay Dergisi 1995, S.1-2, s. 109-144;279-293; **Yıldırım**, M.F., Beklenen Miras Hakkının Devri Sözleşmesi Konusunda İki Gelişme, AÜHF 2004, Cilt 53, S. 1, s. 117-130.

2 Bkz. **Piotet**, P., Schweizerisches Privatrecht, Erbrecht, Basel, Stuttgart 1981, s. 672.

kişinin mirasçı sıfatı ile haiz olduğu hak, yetki ve mükellefiyetlerin bütününi ifade eder (geniş anlamda miras hissesi).<sup>3</sup> Bu anlamıyla miras hissesi, mirasçının miras ortaklığındaki üyelik sıfatı anlamına gelir. Miras hissenin ikinci anlamı ise, mirasın taksimi veya tasfiyesi sonunda mirasçıya düşecek tasfiye hissesidir (dar anlamda miras hissesi)<sup>4</sup>.

Miras hissesi kavramına verilen bu anlamlar kapsamında Türk Medeni Kanunu'nun 677. maddesi değerlendirilerek, miras hissesinin devri sözleşmesinin konusu belirlenebilir. Devir sözleşmesinin konusu sözleşmenin mirasçı veya mirasçı olmayan üçüncü kişiyle yapılmasına göre farklılık arz etmektedir.

Miras hissesinin devri sözleşmesinin mirasçı olmayan üçüncü kişiyle yapılması halinde, sözleşmesinin konusunun mirasçının tasfiye hissesi olduğu kabul edilmektedir<sup>5</sup>. Devir sözleşmesinin mirasçı ile yapılması halinde ise, sözleşmenin konusunun somut olaya göre farklı olabileceği, diğer mirasçılarla yapılan devir sözleşmesinde tüm miras haklarının devri söz konusu olabileceği gibi, tarafların sadece tasfiye payının devrini de kararlaştırabilecekleri ileri sürülmektedir<sup>6</sup>. Diğer yandan devir sözleşmesinin mirasçıyla yapılması halinde sözleşmenin konusunun ne olduğu hususunda yukarıdaki gibi bir ayrıma gitmeden, sözleşmenin konusunun, miras hissesini devreden mirasçının elbirliği malvarlığındaki hissesinin, yani hissesini devreden mirasçının ona düşen (ideal) miras hissesi kapsamındaki sübjektif miras haklarının tamamı olduğu da ileri sürülmektedir<sup>7</sup>.

Gerçektende Türk Medeni Kanunu'nun 677. maddesine göre, miras hissesinin devrine ilişkin üçüncü kişilerle yapılan devir sözleşmesinin konusu,

<sup>3</sup> Alman hukukunda da miras hissesi, her bir mirasçının mirasçılıktan doğan hak ve yükümlülüklerinin tamamı olarak tanımlanmaktadır. Bkz. **Sentner**, V., Die Pfändung und Verpfändung des Miterbenanteils, Köln 1966, s. 1; **Heldrich**, A., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9, München 2004, s. 552; Farklı tanımlar için bkz. **Kuschel**, H-D., Verfügungen über einen Erbanteil, Köln 1964, s. 4. vd.

<sup>4</sup> Bkz. **Eren**,F., Miras Açıldıktan Sonra Miras Hisselinin Devri Sözleşmesi, Tahsin Bekir Balta'ya Armağan, Ankara 1974, s. 138; **İmre**, Z., Türk Miras Hukuku, İstanbul 1978, s. 665 vd.; **İmre**, Z./**Erman**,H., Miras Hukuku, İstanbul 1989, s. 391.

<sup>5</sup> Bkz. **Honsell**, H./ **Vogt**, N.P./ **Geiser**, T., Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Basel, Genf, München 2003, s. 759; **Heldrich**, s. 761; **Tuor**, P./ **Schnyder**, B./**Schmid**, J./ **Rumo-Jungo**, A., Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 2002, s. 724; **Eren**, (Miras), s. 138.

<sup>6</sup> Bkz. **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 725.

<sup>7</sup> Bkz. **Honsell/Vogt/Geiser**, s. 760.

mirasçının tasfiye hissesidir. Bu durum 677. maddenin ikinci fıkrasında açıkça belirtilmekte olup, miras ortaklığından doğan tüm hak ve mükellefiyetleri ifade eden hisse anlamında değildir. Buna karşın devir sözleşmesinin diğer mirasçı veya mirasçılarla yapılması halinde sözleşmenin konusu kanaatimizce mirasçının tasfiye hissesi değil, mirasçının miras ortaklığından doğan hak ve mükellefiyetlerini ifade eden geniş anlamda miras hissesidir. Şayet sözleşmenin konusu mirasçının tasfiye hissesi olsaydı, ikinci fıkradaki gibi bu husus kanunda açıkça düzenlenir ve sözleşmenin mirasçı veya üçüncü kişiyle yapılması ayrı ayrı düzenlemezdik<sup>8</sup>.

Miras hissesinin devrine ilişkin sözleşmenin konusunu, mirasçıların terekenin bir kısmı üzerindeki miras hisseleri de oluşturabilmektedir. Bu husus Türk Medeni Kanunu'nun 677. maddesinin birinci fıkrasında açıkça öngörülmektedir. Oysa İsviçre hukukunda devir sözleşmesinin konusunu, mirasçının terekenin tamamı üzerindeki miras hissesi oluşturmaktadır (ZGB Art. 635)<sup>9</sup>. Türk Medeni Kanunu'nun 677. maddesi, kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nun 635. maddesinden biraz farklı olarak düzenlenmiştir. İsviçre Medeni Kanunu'nun 635. maddesinin birinci fıkrasında, mirasçılar kendi aralarında miras hissesinin temlikine ilişkin sözleşmelerin geçerliliğinin yazılı şekilde yapılmasına bağlı olduğu ifade edilmekte olup, bizdeki maddenin aksine "terekenin tamamı veya bir kısmı üzerinde miras payının devri" ibaresi yer almamaktadır.<sup>10</sup> İsviçre hukukunda mirasçılar sadece terekenin

<sup>8</sup> Nitekim Alman hukukunda miras hissesinin devriyle ilgili olarak Alman Medeni Kanunu'nun 2033. maddesinde mirasçı veya üçüncü kişi ayrımı yapılmamış ve miras hissesi üzerinde serbestçe tasarruf edilebileceği öngörülmüştür. Bu nedenle de Alman hukukunda miras hissesinin devrine ilişkisinin sözleşmenin konusu sözleşmenin mirasçı veya üçüncü kişiyle yapılması bakımından da farklılık arz etmemektedir. Aynı şekilde bizde de bu şekilde bir düzenleme öngörülebilirdi. Ancak kanun koyucu böyle bir yolu tercih etmemiş ve sözleşmenin mirasçı veya üçüncü kişiyle yapılmasını ayrı ayrı düzenlemiştir.

<sup>9</sup> **Escher**, A., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Band III, Zürich 1959, s. 709; **Honsell/Vogt/Geiser**, s. 759. Benzer şekilde, Alman hukukunda da BGB § 2033 hükmünden hareketle devir sözleşmesinin konusunu, mirasçının terekenin tamamı üzerindeki miras hissesi oluşturduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Heldrich**, s. 564; **Werner**, O., J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 5, Berlin 2002, s. 556; **Schlüter**, W., Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Köln 2004, s. 4941; **Edenhofer**, W., Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Band 7, München 2004, s. 2202.

<sup>10</sup> Aynı şekilde Alman Medeni Kanunu'nun miras hissesinin devrine ilişkin olan 2033. maddesinde de bizdeki ibareler yer almamaktadır. Alman Medeni Kanunu'nun 2033. maddesine göre, her mirasçı terekedeki hissesi üzerinde tasarrufta bulunabilir. Mirasçılar

tamamı üzerindeki hisseleri üzerinde tasarruf edebilecekleri, buna karşın terekeyi oluşturan münferit malvarlıkları üzerindeki hisseleri üzerinde tasarruf edemeyeceklerinin kabul edilmesi elbirliği ilkesinden kaynaklanmaktadır. Çünkü İsviçre hukukunda mirasın geçmesiyle birlikte paylaşmaya kadar mirasçılar arasında miras ortaklığı olacağı ve mirasçıların tereke üzerinde elbirliği halinde hak sahibi olacakları kabul edilmektedir (ZGB Art. 602). Elbirliği ilkesinin hâkim olduğu ortaklıklarda ise, ortakların elbirliği malvarlığını oluşturan münferit malvarlıkları üzerindeki hisseleri üzerinde serbestçe tasarruf etmeleri mümkün değildir<sup>11</sup>.

Türk hukukunda da mirasın geçmesiyle birlikte mirasçılar arasında kanundan dolayı miras ortaklığı oluşur. Miras ortaklığında ise, mirasçılar terekeye elbirliği halinde malik olurlar ve tereke üzerinde ancak hep birlikte tasarrufta bulunabilirler (TMK m. 640). Ancak kanun koyucu Türk Medeni Kanunu'nun 677. maddesinde miras açıldıktan sonra terekenin tamamı veya bir kısmı üzerindeki miras hissesinin devri hususunda yapılan sözleşmelerin geçerli olacağını belirterek bu kurala istisna getirmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 677. maddesiyle mirasçılar terekeyi oluşturan münferit malvarlıkları üzerindeki hisselerini serbestçe devredebilme hakkına sahip olmuşlardır. Nitekim uygulamada da Yargıtay mirasçıların, terekeyi oluşturan münferit malvarlıkları üzerindeki hisselerini diğer mirasçılara devredebileceklerini kabul etmekte idi<sup>12</sup>. Ancak Türk Medeni Kanunu'nun söz konusu maddesi elbirliği ilkesiyle bağdaştırılamayacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>13</sup>. Diğer yandan miras hissesinin kısmen devri yani terekeyi oluşturan bazı malvarlıkları üzerindeki hissenin devrinin sadece mirasçılar arasında yapılabileceği, üçüncü kişilere böyle bir devrin yapılamayacağı, devir sözleşmesi geçerli olsa bile elbirliği ilişkisi sona ermeden tapuda işlem yapılamayacağı da

---

hisseleri üzerindeki tasarrufları noter senediyle yapabilirler. Buna karşın mirasçılar terekeyi oluşturan her bir konu üzerindeki hisseleri üzerinde tasarrufta bulunamazlar.

<sup>11</sup> Bkz. **Escher**, s. 707. Bu durumun, Alman hukukunda da aynen geçerli olduğu doktrinde kabul edilmektedir. Bkz. **Edenhofer**, s. 2202; **Heldrich**, s. 564.

<sup>12</sup> “Medeni Kanunun 612. maddesi uyarınca mirasın taksiminden önce terekeye dahil olan belli bir taşınmaz maldaki miras hakkının ( diğer bir mirasçıya ) temlikine ilişkin sözleşmenin geçerli bulunması için temlik edenin terekedeki tüm miras haklarını kapsamaması gerekmez, bu nitelikteki sözleşmeler geçerlidir ve böyle bir sözleşme iştirak hali bozulmadan tapuda işlem yapılmasını sağlar.” YİBGK 24.5.1985, 1984/2–1985/5 (www.kazancı.com.tr).

<sup>13</sup> Eleştiriler için bkz. **Dural**, M. / **Öz**, T., Türk Özel Hukuku, C. IV Miras Hukuku, İstanbul 2003, s. 370; **Ayan**, M., Miras Hukuku, 2005, s. 238.

ileri sürülmektedir<sup>14</sup>. Kanaatimizce 677. maddenin ikinci fıkrasında üçüncü kişilerle yapılacak olan devir sözleşmesinin konusu hususunda her hangi bir sınırlandırma yapılmamıştır. Bilakis “Bir mirasçının üçüncü kişiyle yapacağı **böyle bir sözleşmenin** geçerliliği, noterlikçe düzenlenmesine bağlıdır” ibaresine yer verilerek, terekenin tamamı veya bir kısmı üzerinde miras payının devri sözleşmesinin üçüncü kişilerle de yapılabilmesine izin verilmiştir.

### B-Devir Sözleşmesinin Şekli

Miras hissesinin devrine ilişkin sözleşmenin şekli, devir sözleşmesinin mirasçılar arasında veya mirasçı ile mirasçı olmayan üçüncü kişi arasında yapılmasına göre farklılık gösterir. 677. maddenin birinci fıkrası gereğince mirasçılar arasında yapılacak olan miras hissesinin devrine ilişkin sözleşme adi yazılı şekle tabidir. Mirasçılar arasında yapılacak olan devir sözleşmesinin adi yazılı şekilde olması bu sözleşmenin geçerlilik şartıdır. Bu nedenle devir sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması sözleşmenin geçerli olması için yeterli olup, ayrıca resmi bir makamın veya bir memurun katılımına ihtiyaç yoktur Ancak bu sözleşmenin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi bakımından usul hukuku açısından da konunun irdelenmesi gerekir. Mirasçılar arasında miras hissesinin devrine ilişkin olarak düzenlenen devir sözleşmesine ilişkin belge usul hukuku bakımından adi senet niteliği taşımaktadır. Çünkü resmi bir makamın veya memurun katılımı olmaksızın düzenlenen senetler adi senet olarak nitelendirilmektedir<sup>15</sup>. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 299. maddesinin birinci fıkrasına göre ise, adi senet üzerindeki tarih üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmez. Örneğin, miras hissesini mirasçılardan birine devretmiş olan mirasçının borcu nedeniyle miras hissesine haciz konulursa, miras hissesini adi yazılı şekilde devralan diğer mirasçı devir sözleşmesinin tarihini HUMK 299. maddenin birinci fıkrasına göre haciz alacaklısına karşı ispat edemeyecek ve hak kaybına uğrayacaktır. Bu nedenle kanaatimizce, mirasçılar arasında miras hissesinin devrine ilişkin sözleşmenin hiç değilse sözleşme tarihinin üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmesi açısından noterden onaylatılarak kesinleştirilmesi daha güvenli bir yol olarak görülmektedir. Ancak sözleşmenin geçerliliği için sözleşmenin noterde düzenlenmesi veya onaylanması gerekmez<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> İnan, A.N./ Ertaş, Ş./ Albaş, H., Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Ankara 2004, s. 585.

<sup>15</sup> Bkz. Kuru, B./ Arslan, R./ Yılmaz, E.; Medeni Usul Hukuku, Ankara 2007, s. 394.

<sup>16</sup> “Müşterek miras bırakanları babalarının ölümünden sonra bütün mirasçıların iştirakiyle yapılan 11.6.1982 günlü harici yazılı sözleşme ile mümeyyizin de bulunduğu mirasçıların tamamı, muristen intikal eden dava konusu iki parça taşınmaz üzerindeki miras payla-

Mirasçılar arasında yapılan miras hissesinin devrine ilişkin sözleşmede sadece devredenin imzasının olması, buna karşın devralanın imzasının olmaması halinde sözleşmenin geçerli olup olmayacağı hususu da incelenmelidir. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, şayet hissenin devrine ilişkin sözleşme ivazsız olarak yapılmış ise sözleşme geçerli olur<sup>17</sup>. Bu konuda Yargıtay ise, devir sözleşmesinin ivazsız olup olmadığını incelemeksizin, böyle bir durumda sözleşmenin geçerli olacağını kabul etmektedir<sup>18</sup>.

Gerçekten de Borçlar Kanunu'nun 13. maddesinin birinci fıkrasına göre, yazılı olması gereken sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması (sözleşmenin geçerliliği için) zorunludur. Şayet sözleşmede tek taraf borç altına giriyor ise, sadece borç altına giren kişinin imzası sözleşmenin geçerliliği için yeterlidir<sup>19</sup>. Miras hissesinin devrine ilişkin sözleşmede Borçlar Kanunu'nun 13. maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre değerlendirilmelidir. Buna göre, şayet miras hissesinin devrine ilişkin sözleşme ivazsız olarak (örn. bağışlama şeklinde) yapılmış ise, sadece borç altına giren yani hissesini devreden mirasçının imzasının olması sözleşmenin geçerliliği için yeterlidir. Ancak miras hissesinin devrine ilişkin sözleşme ivazsız olarak değil de tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme şeklinde yapılmış ise, her iki tarafın da imzasının bulunması sözleşmenin geçerliliği için gerekli olmalıdır.

Miras hissesinin devrine ilişkin sözleşme mirasçı olmayan üçüncü kişilerle de yapılabilir. Ancak 677. maddenin ikinci fıkrasına göre, böyle bir sözleşmenin geçerliliği noterlikçe düzenlenmesine bağlıdır. Bu hükümde belirtilen “noterlikçe düzenlenme” ibaresi gereğince tarafların devir sözleşmesini notere düzenletmeleri gerekir<sup>20</sup>.

---

rını, bedeli karşılığı davacıya devretmişlerdir. İhtiyar heyeti tasdiki, parmak izi kullanılmış senetle ilgili bir geçerlilik unsuru değil, ispat koşuludur.

Yapılan bu yazılı sözleşme, M.K.'un 612. maddesinde öngörülen koşulları içerdiği cihetle, kural olarak geçerlidir.” HGK 9.5.1990, 8-148/248, (www.kazancı.com.tr).

17 Eren, (Miras), s. 134; Dural/ Öz, s. 369.

18 “Bir mirasçının diğer bir mirasçıya belli bir taşınmazdaki miras payının devrine ilişkin yazılı sözleşme sadece devredenin imzasını taşımış olsa da geçerli sonuç doğurur.” 8.HD 15.10.1985, 9919/9469, (www.kazancı.com.tr.).

19 Bkz. Eren,F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006, s. 245.

20 Dural/ Öz, s. 369; İşgüzar, H., Yeni Türk Medeni Kanunu'na Göre Miras Hukuku Hükümlerindeki Değişiklikler ve Yenilikler, Ankara 2003,s. 156.

İsviçre ve Alman hukuklarında da miras hissesinin devrine ilişkin sözleşme şekil şartına tabi tutulmuştur. İsviçre Medeni Kanunu'nun 635. maddesine göre, mirasçılar arasında yapılan devir sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Söz konusu

### C-Devrin Etkisi

Geçerli şekilde yapılan miras hissesinin devri sözleşmesinin etkisi devir sözleşmesinin mirasçı veya mirasçı olmayan üçüncü kişiyle yapılmasına göre farklılık arz etmektedir.

Devir sözleşmesi mirasçılar arasında yapılmış olması halinde, sözleşmenin etkileri hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre<sup>21</sup>, miras hissesinin devri sözleşmesinin mirasçı veya mirasçılarla yapılması halinde devir sözleşmesinin aynı etkisi vardır ve devir sözleşmesiyle devreden miras ortaklığından ayrılır ve tasfiyeye katılmaz, hissesini devreden mirasçının hakları devralan mirasçıya geçer ve devralanın miras hissesi kendiliğinden artar.

Devir sözleşmesinin hükmüyle ilgili olarak ileri sürülen bir başka görüşe göre<sup>22</sup>, devreden miras hissesini tüm mirasçılara mı yoksa içlerinden bazılarına mı devretmesine göre ayırım yapılmalıdır. Şayet mirasçı hissesini diğer mirasçıların tamamına devretmiş ise, o anda miras hissesinin el değiştirdiği, buna karşın diğer mirasçılardan sadece birine veya birkaçına devretmiş ise, devralanların paylaşırma sonucunda devredene karşı ileri sürebilecekleri şahsi bir talep hakkı bulunacağı ileri sürülmektedir.

Bir diğer görüşe göre<sup>23</sup> ise, miras hissesinin devri sözleşmesinin içeriğine göre sözleşmenin hükmü farklı olacaktır. Şayet devir sözleşmesiyle his-

---

hükümde devir sözleşmesinin mirasçı olmayan üçüncü kişilerle yapılması halinde sözleşmenin şekli hususunda bir düzenleme öngörülmemiştir. Ancak İsviçre doktrininde söz konusu durum için de yazılı şekil şartının yerine getirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. **Honsell/ Vogt/ Geiser**, s. 760; **Tuor/ Schnyder/ Schmid/ Rumo-Jungo**, s. 723; **Escher**, s.706. Alman hukukunda da miras hissesi üzerinde yapılacak olan tasarruf işlemlerine ilişkin (miras hissesinin devri, rehni, bağışlanması gibi) sözleşmelerin noter senedi şeklinde olması gerektiği Alman Medeni Kanunu'nun 2033. maddesinde açıkça öngörülmektedir. Alman hukukunda Türk- İsviçre hukukundan farklı olarak mirasçı veya mirasçı olmayan üçüncü kişi ayrımı yapılmamıştır. Miras hissesi üzerinde yapılacak olan tasarruf işlemlerine ilişkin sözleşmelerin noter senediyle yapılmaması halinde bu sözleşmelerin geçerli olmayacağı kabul edilmektedir. Bkz. **Heldrich**, 568; **Werner**, s. 560; **Schlüter**, s. 4938.

21 **Escher**, s. 709; **Weibel**, T., Das Ende der Solidarhaftung der Erben, Basel 2002, s. 237; **Honsell/ Vogt/ Geiser**, s. 760; **Dural/ Öz**, s. 371; **Öztan**, B., Miras Hukuku, Ankara 2007, s. 365

22 **Tuor**, P., Das Erbrecht, Bern 1929, Art. 635, N. 14 vd. (naklen **Eren**, (Miras), s. 141).

23 **İmre**, s. 872 vd.; **Eren**, (Miras), s. 146 vd.; **Bolatoğlu**, B., Miras Açıldıktan Sonra Miras Hakkının Devri Sözleşmesi, İstanbul 1984, s. 92.

seyi devreden mirasçı miras hakkının tamamını ve buna ilişkin hususları ile birlikte devretmeyi amaçlamış ise, devreden mirasçı miras ortaklığından çıkar, mirasın taksimini talep etme ve taksime katılma haklarını kaybeder. Hisseyi devralan mirasçının ise miras hissesi çoğalmış olur. Buna karışın hissesini devreden mirasçı diğer mirasçıya sadece tasfiye hissesini devretmiş ise, devreden miras ortaklığından çıkmaz ve devir sözleşmesi sadece şahsi sonuç doğurur.

Kanaatimizce miras hissesinin mirasçıya devrinin aynî etkisi vardır. Çünkü Türk Medeni Kanunu'nun 677. maddesinin ikinci fıkrasında devir sözleşmesinin üçüncü kişiyle yapılması halinde üçüncü kişinin sadece bir alacak hakkı (şahsi sonuç) doğacağı belirtilmekte olup, mirasçıya yapılan devirlerde böyle bir sonuç öngörülmemiştir. Şayet mirasçılar açısından da alacak hakkı (şahsi sonuç) doğması amaçlansaydı, ikinci fıkra bu şekilde düzenlenmezdi. Nitekim Yargıtay'a göre de miras hissesinin diğer mirasçılara devri halinde devir sözleşmesinin aynî etkisi vardır ve devir sözleşmesiyle devralan mülkiyet hakkını kazanmış olur<sup>24</sup>. Miras hissesinin devrinin aynı etkisi nedeniyle, devreden miras ortaklığından ayrılır ve tasfiyeye katılmaz, hissesini devreden mirasçının hakları devralan mirasçıya geçer ve devralanın miras hissesi kendiliğinden artar<sup>25</sup>. Ancak devreden mirasçının tereke borçlarından dolayı tereke alacaklılarına karşı beş yıl boyunca müteselsil sorumluluğu devam eder<sup>26</sup>.

Miras hissesinin mirasçı olmayan üçüncü bir kişiye devri halinde ise devir sözleşmesinin aynî etkisi söz konusu değildir<sup>27</sup>. Nitekim bu husus 677. maddenin ikinci fıkrasında açıkça belirtilmiş ve Yargıtay uygulaması da bu

24 “ payın diğer mirasçıya devri halinde pay üzerinde mülkiyet hakkının, payı satın alan mirasçıya geçtiği” YHGK 2.3. 1983, 13-1240/187, (İnan/Ertas/Albaş, s. 587); “...gerek 24.5.1985 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına ve gerekse MK.nun 612. maddesi hükmüne göre yazılı olmak kaydı ile belli bir gayrimenkuldeki miras hissesinin diğer bir mirasçıya yazılı şekilde devri geçerlidir. Yazılı şekil için sadece yazılı olması kafi olup resmi şekil şartı öngörülmemiştir. MK.nun 612. maddesi hükmüne göre Ayşe, Emine ve İbrahim'in yazılı şekilde yaptıkları devirler hukuken geçerli olup mülkiyet hakkının doğumuna neden olmaktadır. O itibarla, MK'nun 612. maddesi açısından değerlendirme yapılmak suretiyle davanın kabulü yönüne gidilmesi gerektiği...” 8. HD 6.5.1991, 20029/6179 (www.kazancı.com.tr).

25 Eren, (Miras), s. 146; Öztan, s. 365; Ayan, s. 237.

26 Honsell/ Vogt/ Geiser, s. 760; Dural/ Öz, s. 371; Bolatoğlu, s. 98.

27 Weibel, s. 159, 238; Honsell/ Vogt/ Geiser, s. 761; Öztan, s. 366; Kılıçoğlu, A.M., Miras Hukuku, Ankara 2007, s. 285; Ayan, s. 238.

doğrultuda oluşmuştur<sup>28</sup>. Miras hissesinin üçüncü kişiye devri mirasçının mirasçılık sıfatından doğan hak ve mükellefiyetlerinde bir değişiklik yapmaz ve mirasçının tereke borçlarından dolayı beş yıl boyunca sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.<sup>29</sup> Miras hissesini devralan kişi ise, paylaşma sonunda mirasçıya özgülenen hissenin kendisine verilmesini isteme hakkı kazanır. Devir sözleşmesi hisseyi devralan üçüncü kişiye sadece hisseyi devreden mirasçıya karşı ileri sürebileceği şahsî bir hak (alacak hakkı) sağlar<sup>30</sup>. Devralan, mirasçının yerine geçemez ve mirasın paylaşımını talep edemez, paylaşmaya katılamaz<sup>31</sup>. Ancak üçüncü kişiye hissesini devreden mirasçı temsil yetkisi vererek onun paylaşmaya katılmasını sağlayabilir<sup>32</sup>. Bunun yanı sıra Türk Medeni Kanunu'nun 648. maddesine göre, hisseyi devralan üçüncü kişi, sulh hâkiminden mirasçının yerine paylaşmaya katılmak üzere bir kayyım atanmasını isteyebilir. Hisseyi devralan üçüncü kişi devir sözleşmesinin ifasını ancak mirasın paylaşımı tamamlanıp devreden mirasçının hissesinin mirasçıya özgülenmesinden sonra talep edebilir.

### Sonuç

Miras hissesi, ilk olarak, miras ortaklığından doğan ve bir kişinin mirasçı sıfatı ile haiz olduğu hak, yetki ve mükellefiyetlerin bütününe ifade eder (geniş anlamda miras hissesi). Bu anlamıyla miras hissesi, mirasçının miras

28 “M.K.’nin 612/2.3. cümlelerindeki hükme göre mirasçılardan biri payını üçüncü kişiye devredebilir. Yapılan devir hukuken geçerlidir. Tasfiye payının devrine ilişkin bu sözleşmenin borçlandırıcı işlem niteliğinde bulunduğu, devralan kişinin hakkının aynı değil, şahsi nitelikte bulunduğu, bu tür bir sözleşmenin devralan 3. kişiye taksime karışma hakkı vermeyeceği yönü de tartışmasızdır.

M.K.’nin 611. maddesi uyarınca taksimin yapılması ve devreden mirasçının miras payını kesin olarak kazandığı anda, alıcının talep hakkı doğar.

Somut olayda, bu davadan önce taşınmaz üzerindeki iştirak halinde mülkiyet taksim ile müşterek mülkiyete dönüştürülmüş ve satıcı konumunda bulunan davalıların, devre konu belli paylar üzerinde bağımsız mülkiyet hakkı doğmuş bulunduğu cihetle; ifa olanağı kazanan sözleşmeye dayanan davanın kabulü icabeder.” YHGK 14.10.1992, 8-350/565 (www.kazancı.com.tr).

29 Weibel, s. 159.

30 Honsell/ Vogt/ Geiser, s. 761; Tuor/ Schnyder/ Schmid/Rumo- Jungo, s. 723; Eren, (Miras), s. 139

31 Honsell/ Vogt/ Geiser, s. 761; Tuor/ Schnyder/ Schmid/ Rumo- Jungo, s. 723; Eren, (Miras), s. 139; Dural/ Öz, s. 372

32 Honsell/ Vogt/ Geiser, s. 761; Tuor/ Schnyder/ Schmid/ Rumo-Jungo, s. 723; Eren, (Miras), s. 139; İnan/Ertaş/ Albaş, s. 588; Dural/ Öz, s. 372.

ortaklığındaki üyelik sıfatı anlamına gelir. Miras hissenin ikinci anlamı ise, mirasın taksimi veya tasfiyesi sonunda mirasçıya düşecek tasfiye hissesidir (dar anlamda miras hissesi).

Türk Medeni Kanunu'nun 677. maddesine göre, miras hissesinin devrine ilişkin üçüncü kişilerle yapılan devir sözleşmesinin konusu, mirasçının tasfiye hissesidir. Buna karşın devir sözleşmesinin diğer mirasçı veya mirasçılarla yapılması halinde sözleşmenin konusu, mirasçının tasfiye hissesi değil, mirasçının miras ortaklığından doğan hak ve mükellefiyetlerini ifade eden geniş anlamda miras hissesidir. Bunun yanında, Türk Medeni Kanunu'nun 677. maddesinin birinci fıkrasında belirtildiği üzere, miras hissesinin devrine ilişkin sözleşmenin konusunu, mirasçıların terekenin bir kısmı üzerindeki miras hisseleri de oluşturabilmektedir.

Miras hissesinin devrine ilişkin sözleşmenin şekli, devir sözleşmesinin mirasçılar arasında veya mirasçı ile mirasçı olmayan üçüncü kişi arasında yapılmasına göre farklılık gösterir. Türk Medeni Kanunu'nun 677. maddenin birinci fıkrası gereğince mirasçılar arasında yapılacak olan miras hissesinin devrine ilişkin sözleşme adi yazılı şekle tabidir. Ancak, mirasçılar arasında miras hissesinin devrine ilişkin sözleşmenin hiç değilse sözleşme tarihinin üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmesi açısından noterden onaylatılarak kesinleştirilmesi daha güvenli bir yol olarak gözükmektedir. Miras hissesinin devrine ilişkin sözleşme mirasçı olmayan üçüncü kişilerle de yapılabilir. Ancak 677. maddenin ikinci fıkrasına göre, böyle bir sözleşmenin geçerliliği noterlikçe düzenlenmesine bağlıdır.

Miras hissesinin devri sözleşmesinin mirasçıyla yapılması halinde devir sözleşmesinin aynî etkisi vardır ve devir sözleşmesiyle devreden miras ortaklığından ayrılır ve tasfiyeye katılmaz, hissesini devreden mirasçının hakları devralan mirasçıya geçer ve devralanın miras hissesi kendiliğinden artar. Miras hissesinin mirasçı olmayan üçüncü bir kişiye devri halinde ise, devir sözleşmesinin aynî etkisini söz konusu değildir. Dolayısıyla şahsi sonuç doğurur. Devralan, mirasçının yerine geçemez ve mirasın paylaşımını talep edemez, paylaşmaya katılamaz.

#### **BİBLİYOGRAFYA**

**Ayan**, Mehmet: Miras Hukuku, 2005.

**Bolatoğlu**, Bolat: Miras Açıldıktan Sonra Miras Hakkının Devri Sözleşmesi, İstanbul 1984.

**Dural**, Mustafa / **Öz**, Turgut: Türk Özel Hukuku, C. IV Miras Hukuku, İstanbul 2003.

**Edenhofer**, Wolfgang: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Band 7, München

2004.

- Eren** Fikret: Miras Açıldıktan Sonra Miras Hisselinin Devri Sözleşmesi, Tahsin Bekir Balta'ya Armağan, Ankara 1974, (Miras).
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006.
- Escher**, Arnold: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Band III, Zürich 1959.
- Heldrich**, Andreas, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9, München 2004.
- Honsell**, Heinrich / **Vogt**, Nedim Peter / **Geiser**, Thomas: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Basel, Genf, München 2003.
- İmre**, Zahit: Türk Miras Hukuku, İstanbul 1978.
- İmre**, Zahit / **Erman**, Hasan: Miras Hukuku, İstanbul 1989.
- İnan**, Ali Naim / **Ertas**, Şeref / **Albaş**, Hakan: Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Ankara 2004.
- İşgüzar**, Hasan: Yeni Türk Medeni Kanunu'na Göre Miras Hukuku Hükümlerindeki Değişiklikler ve Yenilikler, Ankara 2003.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Miras Hukuku, Ankara 2007.
- Kuru**, Baki / **Arslan**, Ramazan / **Yılmaz**, Ejder: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2007.
- Kuschel**, Hans-Dieter: Verfügungen über einen Erbanteil, Köln 1964.
- Öztan**, Bilge: Miras Hukuku, Ankara 2007.
- Piotet**, Paul, Schweizerisches Privatrecht, Erbrecht, Basel, Stuttgart 1981.
- Schlüter**, Winfried: Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Köln 2004.
- Sentner**, Volker, Die Pfändung und Verpfändung des Miterbenanteils, Köln 1966.
- Tuor**, Peter / **Schnyder**, Bernhard / **Schmid**, Jörg / **Jungo** Alexandra Rumo- : Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 2002.
- Weibel**, Thomas: Das Ende der Solidarhaftung der Erben, Basel 2002.
- Werner**, Olaf: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 5, Berlin 2002.
- Yıldırım**, M.Fadıl: Beklenen (Açılmamış Bir Terekedeki) Miras Hakkının Devri Sözleşmesi, Yargıtay Dergisi 1995, S.1-2, s. 109-144; 279-293.
- Yıldırım**, M.Fadıl: Beklenen Miras Hakkının Devri Sözleşmesi Konusunda İki Gelişme, AÜHFD 2004, Cilt 53, S. 1, s. 117-130.

# YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİ BAKIMINDAN TÜRK MAHKEMELERİNİN MÜNHASİR YETKİSİ

*Öğr. Gör. Emre CUMALIOĞLU\**

## A. GİRİŞ

Anayasamızın,<sup>1</sup> “Mahkemelerin Kuruluşu” başlıklı 142. maddesine göre; mahkemelerin kuruluşları, görev ve yetkileri, işleyiş ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir. Bu kanunlardan konumuz açısından önemli olanlarından biri, iç usul hukukumuzu düzenleyen 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK),<sup>2</sup> diğeri ise 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve

---

\* Yaşar Üniversitesi Öğretim Görevlisi; Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Programı Öğrencisi.

<sup>1</sup> R.G. 09.11.1982 S.17863 Mükerrer

<sup>2</sup> R.G. 04.7.1927 S.624 Medeni Usul Hukukumuz açısından yetki kavramı, bir davaya hangi yerdeki görevli mahkemenin bakacağıyla ilgilidir. HUMK’da belirlenen yetki kuralları öğretide üç başlık altında incelenmektedir. Bunlar: Kamu düzenine ilişkin olmayan yetki kuralları, kamu düzenine ilişkin fakat kesin olmayan yetki kuralları, kamu düzenine ilişkin ve kesin yetki kurallarıdır. İç yetki kuralları bu çalışmanın kapsamı dışındadır fakat, yukarıda belirttiğimiz ayrımın önemi ve sonucu olarak belirtmek gerekir ki; kamu düzenine ilişkin olmayan özel yetki hallerinde dava genel yetkili mahkemede (davalının ikametgahı), özel yetkili mahkemede veya taraflarca önceden usulüne uygun olarak yetkili kılınmış mahkemede açılabilir. Kamu düzenine ilişkin fakat kesin olmayan yetki hallerinde ise dava ya genel yetkili mahkemede ya da kanunda belirlenen özel yetkili mahkemede açılabilir. Ancak tarafların bu tür davalarda yetki sözleşmesi veya yetki şartıyla bir başka yetkili mahkeme tayin etmeleri mümkün değildir. Kamu düzenine ilişkin ve kesin yetki hallerinde ise dava ancak ve ancak kanunda belirtilen özel ve kesin yetkili mahkemede açılabilir. Başka bir mahkemede açılması mümkün olmaz. Bunun sonucu olarak kesin yetki dava şartıdır. Ayrıca kesin yetki itirazı bir ilk itiraz olmayıp davanın her aşamasında ileri sürülebilir ve yargıç bu durumu kendiliğinden gözetir. Bakınız, Kuru, Baki; Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder, “Medeni Usul Hukuku”, Yetkin Yay, Ankara, 2000, s.193 vd.

Usul Hukuku Hakkında Kanun'dur (MÖHUK).<sup>3</sup> MÖHUK'nda yer alan milletlerarası yetki kuralları, yabancılık unsuru taşıyan bir davaya hangi ülke mahkemelerinin bakmaya yetkili olduğunu tespiti yarar. Eğer Türk mahkemeleri yetkili ise yabancılık unsuru taşıyan davanın Türkiye'deki hangi yer mahkemesinde görüleceğini, MÖHUK'nda özel bir hüküm bulunmadıkça, aynı Kanunun iç yetki kuralları ile milletlerarası yetki kurallarını birbiriyle uyumlu hale getiren 40. maddesinin<sup>4</sup> göndermesiyle HUMK'na göre belirlememiz gerekir. MÖHUK'nun 41. ve devamı maddelerinde ise bazı özel yetki kurallarına yer verilmiştir.

Yetki kuralları bir istisna dışında yabancı mahkemelerin yetkisine müdahale etmez. Uyuşmazlık yabancı mahkemede çözümlenmiş olsa dahi o ilam belli şartları taşıyorsa Türkiye'de tanınır ve uygulanır. Fakat Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren konularda yabancı ülke mahkemeleri yetkisizdir. Bu konularda alınan yabancı mahkeme kararlarının Türkiye'de geçerliliği yoktur (MÖHUK m.54/b).

Münhasır<sup>5</sup> yetki kavramı Hukukumuzda öğreti tarafından kazandırılmış, daha sonra mülga 2675 sayılı MÖHUK'nun<sup>6</sup> 38/b ve yürürlükteki 5718 sayılı MÖHUK'nun 54/b maddeleriyle mevzuatımızda yer almış fakat tanımlanmamıştır. Bu nedenle Milletlerarası Usul Hukukumuz açısından hangi kanun maddelerinin münhasır yetki kuralı olduğu, hangilerinin olmadığı tartışmaya yol açmıştır. Fikrimize göre kanunlarda tanım yapılmamış olması doğru bir yaklaşımdır. Çünkü münhasır yetkinin alanı, devletin egemenlik anlayışı ve vatandaşların menfaatleri göz önünde bulundurularak zaman içinde farklı şekillerde belirlenebilir; bu konuda kesin bir sınır çizmek doğru olmaz. Nitekim mülga 2675 sayılı MÖHUK'nun hazırlık çalışmalarında münhasır yetki ve kamu düzenine ilişkin yetki hallerinin teker teker sayılması önerilmişse de, ileride yetki kurallarında meydana gelecek değişikliklerin yeni bir ihtilafa neden olması ihtimali karşısında bu yol benimsenmemiştir.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> R.G. 12.12.2007 S.26728

<sup>4</sup> Mülga 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 27. maddesi de aynı hükmü içermekteydi.

<sup>5</sup> Arapça kökenli bir sıfat olan "münhasır", kelime anlamı olarak; "a.Bir kimse veya bir şey için ayrılmış, mahsus. b.Sınırlanmış, sınırlı" anlamına gelmektedir. "Yetki" ise "Bir görevi, bir işi yasaların verdiği imkânlarla göre, belli şartlarla yürütmeyi sağlayan hak, salahiyet, mezuniyet" anlamına gelir. (<http://www.tdk.org.tr> ZT:27.02.2008)

<sup>6</sup> Mülga 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (R.G. 22.5.1982 S. 17701)

<sup>7</sup> Sargın, Fügen, "Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları", Yetkin Yay, Ankara,

Madde gerekçesinde de “münhasır yetki” kavramından ne anlaşılması gerektiğine dair bir ipucu verilmemiştir.<sup>8</sup> Aynı şekilde 5718 sayılı MÖHUK’nun 54. maddesinin gerekçesinde bir açıklık bulunmamaktadır.<sup>9</sup> Burada belirtmek gerekir ki, MÖHUK’nda yer alan münhasır yetki kavramı ile HUMK anlamında kesin yetki kavramı aynı değildir.<sup>10</sup> İç yetki açısından kesin yetki kuralı olan bir düzenleme Milletlerarası Usul Hukuku açısından münhasır yetki kuralı olmayabilir. Bir yetki kuralının münhasır yetki kuralı olup olmadığı maddenin amacından ve lafzından anlaşılır. Münhasır yetki yabancı

1996., s.151, dn.407

- 8 Mülga 2675 sayılı MÖHUK’nun 38/b maddesinin gerekçesi şu şekilde kaleme alınmıştır; “Maddenin (b) bendinde yabancı ilamı veren mahkemenin yetkisiz sayılmasını gerektirecek tek durum olarak, kanunun Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine dahil olması ele alınmıştır. Bu itibarla Türk mahkemelerinin yer itibariyle yetkiye sahip oldukları fakat bunun münhasır nitelik taşımadığı durumlarda yabancı mahkemelerden verilen ilamlar tenfiz edilecektir.” Ruhi, Ahmet Cemal, “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun”, Seçkin Yay., Ankara, 2003, s.343.
- 9 Madde gerekçesi şu şekildedir: “ (...) 2675 sayılı Kanunun yabancı mahkeme ilamlarının tanınma ve tenfiz şartlarını düzenleyen 38 inci maddesinin (b) bendinde tanıma ve tenfiz için ilamın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması şartı aranmakta, buna mukabil yabancı mahkemenin yetkisi üzerinde durulmamaktaydı. Bu durumda kendi hukukuna göre dahi yetkisiz olan veya hukuk devletlerinde kabul edilmiş genel yetki ilkelerine aykırılık taşıyan aşırı yetki kurallarına göre kendilerini yetkili kabul eden yabancı mahkemelerin verdikleri ilamların da Türkiye’de tanınması ve tenfizi yolu açık kalmıştı. Böylece, yabancı mahkemelerin, ihtilafla hiçbir hukuki ilişkisi olmamasına rağmen veya bir hukuk devletinde kabul edilmesi mümkün olmayan yetersiz ilişkilere dayanan yetki kurallarından istifade edilerek verilen yabancı mahkeme ilamları Türkiye’de tanınıp tenfiz edilebilirdi. Hukuken sakıncası bulunan bu durumu engellemek amacıyla ilamın “dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı halde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması” şartının da bir tanıma ve tenfiz şartı olarak ilgili bende eklenmesi gerekli ve yararlı görülmüştür. Dava konusu ve taraflarla hukuki ve fiili anlamda gerçek bir ilişkisi olmaksızın yabancı bir mahkemenin kendisini yetkili sayması milletlerarası yetki hukukunda kabul edilmeyen bir “aşırı yetki” olarak kabul edilmektedir. Ancak bu tanıma ve tenfiz şartının, tenfiz hakimince incelenmesi davalının bu konuda itiraz etmesi şartına bağlanmıştır. Tanıma ve tenfiz hakimi, “ilamın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması” şartını resen inceleyecek, ancak (b) bendine eklenen yeni tanıma ve tenfiz şartını davalının itiraz etmesi şartına bağlı olarak inceleyebilecektir (...).” <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf> (Z.T.: 12.02.2008)
- 10 Nomer, Ergin, “Devletler Hususi Hukuku”, Beta Yay., İstanbul, 1998, s.391

mahkemelerin yetkisiz sayılabileceği tek durumdur, böyle bir kuralın Türkiye’de yetkili bir mahkeme göstermesi, davanın mutlak surette Türk mahkemelerinde görülmesini emretmesi gerekir.<sup>11</sup>

Biz bu çalışmamızda; mevzuatımızda yer alan münhasır yetki kurallarını, öğretide tartışmalı olan fakat bizim münhasır yetki kuralı olarak kabul etmediğimiz bazı düzenlemeleri inceleyeceğiz. Sonuç bölümünde ise önemli gördüğümüz bazı noktalara değineceğiz.

## **B. YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİ BAKIMINDAN TÜRK MAHKEMELERİNİN MÜNHASIR YETKİLİ OLDUĞU DAVALAR**

### **1. Türkiye’de Bulunan Taşınmazların Aynına ve Zilyedliğine İlişkin Davalar**

Milletlerarası Usul Hukukumuz açısından taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ve taşınmazların zilyedliğine ilişkin davalarda, MÖHUK m.40 ve HUMK m.13 uyarınca taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin (*forum rei sitea*) münhasır yetkili olduğu öğretisi tarafından kabul edilmektedir.<sup>12</sup> 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun<sup>13</sup> 1. maddesinin 4. fıkrası, “Bu kanun Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin (...) uyumsuzluklarda uygulanmaz” hükmünü içermektedir. Böylelikle adı geçen Kanunla da Türk mahkemelerinin Türkiye’de bulunan taşınmazların aynına ilişkin davalardaki münhasır yetkisine gönderme yapılmıştır. Bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında da, Türkiye’de bulunan taşınmazların aynına ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkili oldukları belirtilmiştir.<sup>14</sup> Yargıtay’ın bir başka kararına konu olan olayda ise Amerika

<sup>11</sup> Aybay, Rona; Dardağan, Esra, “Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması”, Aybay Yay., İstanbul, 2001, s.234; Çelikel, Aysel, “Milletlerarası Özel Hukuk”, Beta Yay., İstanbul, 2000, s.343; Nomer, Ergin, “Devletler Hususi Hukuku”, s.391; Nomer, Ergin, “Türklerin Kişi Hallerine İlişkin İhtilaflar ve Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi”, MHB, 1983, sayı 1, s.12; Sakmar, Ata, “Yabancı İlamların Türkiye’deki Sonuçları”, İstanbul Üniversitesi Fakülter Matbaası, İstanbul, 1982, s.99

<sup>12</sup> Sakmar, a.g.e., s.100; Ekşi, Nuray, “Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, Beta Yay., İstanbul, 2000, s.221; Nomer, “Devletler Hususi Hukuku”, Beta Yay., İstanbul, 1998, s.391; Sargın, a.g.e., s.162; Altuğ, Yılmaz, “Türk Milletlerarası Usul Hukuku”, Fakülter Matbaası, İstanbul, 1983, s.59

<sup>13</sup> R.G. 05.07.2001 S.24453

<sup>14</sup> Yrg. H.G.K. 1998/12-287 E. 1998/325 K. 06.5.1998 T. (<http://www.kazanci.com> Z.T.:02.02.2008)

Birleşik Devletleri'nde bir mahkeme, çiftin boşanmasına ve taraflar arasındaki sulh anlaşması uyarınca ortak malikleri oldukları Bodrum'daki evin mülkiyetinin karıya bırakılmasına karar vermiş, bu kararın tenfizi istenmiştir. Davanın Yargıtay'a intikal etmesi üzerine Yüksek Mahkeme tenfize karar vermiştir. Çünkü Yargıtay'a göre dava aynı hak üzerindeki çekişmeyle ilgili değildir. Aynı hak sulh sonucu devredilmiştir.<sup>15</sup>

Taşınmazlara ilişkin şahsi haklarla ilgili davalar açısından ise değişik fikirler öne sürülmüştür. Yargıtay bir kararında, taşınmazın satış bedelinin tahsili davasında HUMK m.13'ün uygulanmayacağını belirterek, taşınmazlar üzerindeki şahsi haklara ilişkin uyuşmazlıkların, aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklarla aynı yetki kuralına tabi olmadığına işaret etmiştir.<sup>16</sup> Kimi yazarlara göre, taşınmazlarla ilgili şahsi haklara ilişkin davalar da Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi içine girmektedir.<sup>17</sup> Öğretide kimi yazarlar ise, yabancı mahkemeden alınan, kiralanmış taşınmazın tahliyesi veya kira tespiti gibi ilamların tenfizinin ise kamu düzeni gerekçesiyle mümkün olmadığını belirtmektedir.<sup>18</sup>

Fikrimize göre, taşınmazların aynına ve zilyedliğine ilişkin davalar Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girerken, şahsi haklara ilişkin uyuşmazlıklar münhasır yetkinin dışındadır. Fakat, taşınmazlara ilişkin şahsi haklarla ilgili yabancı ilamların tenfizi, kamu düzenine açıkça aykırılık nedeniyle mümkün olmayabilir. Taşınmazların aynına ve zilyedliğine ilişkin davaların münhasır yetki kapsamında değerlendirilmesinin bir nedeni uyuşmazlıkların en hızlı, en az giderle ve en doğru şekilde<sup>19</sup> taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde çözüme ulaştırılacağı olsa da, bu gerekçelerin yanında egemenliğe ilişkin siyasi bir tercihin de söz konusu olduğu açıktır.

## 2. Fikrî ve Sınaî Haklar Hukuku ile Marka Hukukuyla İlişkili Bazı

<sup>15</sup> Yrg. 2.H.D. 6.12.1994 T. (nak. Çelikel, a.g.e., s.328)

<sup>16</sup> Yrg. 13. H.D. 132/79, 29.1.1993 tarihli karar ve ayrıca bkz. Yrg. 11. HD 860/1996 e.. 22.1.1996 T. (Sargın, a.g.e., s. 162.)

<sup>17</sup> Nomer, Ergin, "Ehliyetsizlik Sebebiyle Almanyadaki Gayrimenkuller için Vasiyetin İptali", MHB. 1982/2,62: Şanlı, Cemal, "Türkiye'deki Gayrimenkul ile İlgili Bir Yabancı Boşanma Kararının Tenfizi", MHB, 1986/1, 40.

<sup>18</sup> Çelikel, a.g.e., s.327

<sup>19</sup> Sayın Ekşi'nin belirttiği gibi (a.g.e., s.221) bu tür davalarda yabancıların taşınmaz edinebilmelerine imkan tanıyan ve bunu sınırlayan; 2644 sayılı Tapu Kanunu (R.G. 29.12.1934 S.2892), 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu (R.G. 22.12.1981 S.17552) gibi mevzuatın iyi bilinmesi gerekir. Yabancı bir yargıcın bu kanunları doğru değerlendirebileceğinden şüphe duyulmaktadır.

### Davalar

551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin<sup>20</sup> 137, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin<sup>21</sup> 49, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin<sup>22</sup> 25 ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin<sup>23</sup> 63. maddeleri; hem hak sahibi tarafından hakka tecavüz halinde açılacak davaları, hem de hak sahibine karşı üçüncü kişiler tarafından açılacak olan davaları düzenlemiştir. Bu düzenlemelerdeki bazı yetki kurallarının Milletlerarası Usul Hukukumuz bakımından münhasır yetki kuralı oldukları söylenebilir. Öncelikle belirtelim ki yukarıda sayılan kanun hükmünde kararnamelerle korunan haklar kamusal öneme sahiptirler. Her biri maddi ve manevi açıdan ulusal servetin önemli değerleridir. Bu hakların kamusal öneminden dolayı hak sahipleri devlet tarafından korunarak hakların tescil, terkin, tashih veya iptaline ilişkin konular ayrıca düzenlenmiş ve ilgili kuruluşlar teşekkül ettirilerek bu kuruluşlar nezdinde siciller tutulmuştur. Bu sicillerde değişikliklere yol açacak davalarla ilgili olarak yabancı mahkemelere yetki tanımak, maddelerin ifadelerine ve amaçlarına aykırı olacaktır. Bizim de katıldığımız fikre göre kaydın tescil, terkin ve iptaline yönelik davalarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisini kabul etmek gerekir.<sup>24</sup> Hak sahibi tarafından tecavüzde bulunan kişilere karşı açılacak davalar için belirtilen yetki kuralları ise, Milletlerarası Usul Hukukumuz açısından münhasır yetki kuralı değildir.<sup>25</sup>

### 3. İflas Davaları ve Cebri İcraya İlişkin Davalar

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun<sup>26</sup> değişik 154. maddesine göre iflas yoluyla takipte yetkili mercii, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu mahaldeki icra dairesidir. Bilindiği gibi iflas halinde tüm alacaklılar, kural olarak, eşit korunurlar. Bu korumayı sağlamak için alacaklıların iflastan haberdar olmaları gerekir. Eğer bu yetki kuralının münhasır yetki kuralı

20 R.G.27/06/1995 S.22326

21 R.G.27/06/1995 S.22326

22 R.G.27/06/1995 S.22326

23 R.G.27/06/1995 S.22326

24 Şanlı, Cemal, "Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları", 2. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2002 s. 192 dn.215,193, 194 (nak. Esen, Emre, "Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı", MHB, 2002, sayı 2, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan" s.202)

25 Esen, a.g.e., s.203

26 R.G.19.06.1932 S.2128

olmadığı kabul edilirse, müflis ile yeni hukuki ilişki içine girenlerin korunması mümkün olmayacaktır. Çünkü bu kişiler karşı tarafla ilgili bilgileri doğal olarak muamele merkezinin bulunduğu yerdeki yetkililerden temin etmeye çalışacaklardır. Ayrıca ülkeye ekonomik katkısı olan ve pek çok kişi istihdam eden ticari işletmelerin iflas haberinin, her şey bittikten sonra bir anda duyulması, çalışanları ve ailelerini zor durumda bırakacaktır.

Bu açıklamalar ve maddenin konuluş amacı gözetildiğinde, iç hukuk bakımından kamu düzenine ilişkin ve kesin yetki kuralı olan maddenin, yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar açısından münhasır yetki kuralı olduğunu kabul etmek gerekir. Sayın Ekşi de Türkiye’de haciz veya iflas yoluyla takibe ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğunu belirtmektedir.<sup>27</sup>

Devletin güç kullanarak alacaklıyı tatmin etmesi şüphesiz ki egemenlik yetkisinin, ondan ayrı düşünülemez bir sonucudur. İhtiyati haciz talepleri ve cebri icranın uygulanması bakımından münhasır yetki sorunu, üzerinde düşünülmesi gereken bir noktadır. Yargıtay bizim de ihtiyati haczin amacı açısından doğru olarak kabul ettiğimiz bir kararında, cebri icra bakımından münhasır yetkiyi kabul etmiş, bu nedenle aksine yetki anlaşması yapılamayacağına hükmetmiştir.<sup>28 29</sup>

<sup>27</sup> Ekşi, a.g.e., s.226

<sup>28</sup> Yrg. H.G.K. 1998/12-287 E. 1998/325 K. 06.5.1998 T. (<http://www.kazanci.com> Z.T.:02.02.2008) “(...) 2- Taraflar, bu anlaşma dışında ya da bu anlaşma ile ilgili olarak doğabilecek anlaşmazlıkların çözümünde Alman mahkemelerinin yetkili olduğunu ve bu anlaşma dışında ya da bu anlaşmayla ilgili herhangi bir dava, mahkeme başvurusu ya da adli takibatın bu mahkemelerde yürütüleceğini gayri kabili rücu olarak kabul ederler. Yabancılik unsuru ile borç ilişkisini içeren ve yabancı bir devlet mahkemesine yetki tanıyan bu anlaşma "Kamu Düzenine" veya "Münhasır" yetki esasına dayanmadığı takdirde, Türk hukuku bakımından geçerli olacağı çok açıktır. Daha somut bir ifadeyle; doğrudan genel mahkemede açılacak bir dava aşamasında; kabul edilip, itibar edileceğinden ayrı davacı alacaklının İİK.68. maddesinde belirtilen belgelerden olan davalı ile düzenledikleri kredi sözleşmesine dayanarak Serik İcra Dairesinde takibe giriştiğinde borca itiraz üzerine itirazın iptali yönünden genel hükümlere göre genel mahkemede dava hakkını kullandığında davalının yetki anlaşmasını öne sürerek yetki itirazında bulunduğu mahkemece, 2675 sayılı Yasanın 31. maddesi uyarınca yetki şartının hukuken geçerli kabul edilmesi ve yetki itirazı nedeniyle dava dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekir. Ne var ki, bu dava; anlatılan türde bir dava olmayıp tamamen farklı hukuki prosedür ve hüviyete sahiptir. Dava hukuksal nitelikde cebri icra hukukundan kaynaklanmaktadır. Diğer bir anlatımla, yetki itirazı, asliye hukuk mahkemesince verilen ihtiyati haciz kara-

## C. YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİ BAKIMINDAN TÜRK MAHKEMELERİNİN MÜNHASIR YETKİLİ OLMADIĞI BAZI DAVALAR

### 1- Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalar

HUMK'nun mülga 540. maddesinin 4. bendi "İlamın ahkam-ı şahsiyeye veya aile hukukuna ait bir davaya mütedair bulunması halinde yargıç tenfiz talebini reddetmelidir." hükmünü içermekteydi.<sup>30</sup> Bunun sonucu olarak yurt dışında yaşayan Türklerin buldukları ülke mahkemesinden aldıkları boşanma ilamları gibi kişi hallerine ilişkin ilamlar, Türkiye'de tanınmıyor ve

*rının, Serik İcra Müdürlüğü nezdinde uygulanması safhasına aittir. O nedenle, bu hukuki olgu sınırı içinde kalınarak uyumsuzluğun değerlendirilmesi hukuksal bir gerektir. İhtiyati haciz kararının infazının, hukuki sonuç ve hükümlerinin bir cebri icra olduğunda, duraksama olmamalıdır. Cebri icra her devletin kendi ülke ve sınırları içerisinde haiz olduğu mutlak güç ve yetkilerindedir. Yine cebri icra devletin egemenlik ve hükümlerlik haklarının kullanılmasının doğrudan bir sonucudur. O nedenle devletin nüfuz ve iktidarım simgeleyen bir hakimiyet tasarrufudur, denilebilir. "Türk milleti egemenliğini Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması, hiçbir suretle, hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz, hiçbir kimse ve organ kaynağım Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz." ( Anayasa Md.6 ),*

*Şu durum karşısında; Türk mahkemesinde alınan ihtiyati haciz kararının cebri icra yoluyla uygulanmasına dair yetki devletin kendi ülkesi üzerinde hakimiyet tasarruflarında bulunabilme iktidarının bir görünümü olduğundan, münhasır ( kesin ) yetkilerindedir. Hal böyle olunca; davanın sadece belirtilen hukuki nitelik ve kapsamı içinde ve "kamu düzeni"; "münhasır yetki" esaslarının etkisi altında değerlendirildiğinde; Türk mahkemesinin ülke içi yetkisinin ve ona bağlı olarak milletlerarası yetkisinin varlığının kabulü kaçınılmazdır ( 2675 sayılı kanununun 31. maddesi ).*

*Açıklanan nedenlerle hukuki nitelendirmede, yasanın yorum ve uygulanmasında hataya düşülerek verilen Yerel Mahkeme kararı isabetsiz olup bozulması gerekirse de hüküm sonucu itibariyle usul ve yasaya uygun görüldüğünden gerekçesi değiştirilerek onanmalıdır ( HUMK.nun Md. 438 son ). (...)"*

29 Yargıtay yabancılık unsuru taşıyan bir ihtiyati haciz kararını konu alan davada, yerel mahkemenin ihtiyati haciz kararları bakımından Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğunu ifade eden kararını da onamıştır. (Yrg. 11. H.D. 2006/7031 E. 2006/8189 K. 10.7.2006 T. (<http://www.kazanci.com> Z.T.:02.02.2008)

30 Bu düzenlemenin temelleri Lozan Andlaşmasına dayanmaktadır ayrıntılı bilgi için bkz. Özbakan, Işıl, "Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi", Kazancı Hukuk Yay. No.58, Ankara, 1987, s.99 vd.

bu durum karşısında yurttaşlarımız mağdur oluyorlardı.<sup>31</sup>

Mülga 2675 sayılı MÖHUK'nun 28. maddesinde konuya ilişkin düzenleme yapılmış olup, 5718 sayılı MÖHUK'nun 41. maddesiyle de, dersdestlik itirazına yönelik değişiklikler dışında, aynı yönde düzenleme getirilmiştir. Adı geçen maddeye göre, Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalar, yabancı ülke mahkemelerinde açılmadığı veya açılmadığı takdirde Türkiye'de görülecektir. Gerek madde metni gerekse maddenin konuluş amacından bunun bir münhasır yetki kuralı olmadığı açıktır.<sup>32</sup> Yargıtay da bir Hukuk Genel Kurulu kararında aynı yönde görüş bildirmiştir.<sup>33</sup>

31 Aybay, Dardağan, a.g.e., s.52, dn.13; aynı yönde görüşler için bkz. Özbakan, a.g.e. s.185 vd. Sakmar da eserinde eski halin olumsuz yönlerine dikkat çekmiştir ve özellikle yurt dışında yaşayan Türklerin karşılaştıkları zorluklar ile modern milletlerarası usul hukukundaki düzenlemeleri göz önünde bulundurarak değişikliği olumlu karşılamıştır. Ancak mülga 2675 sayılı MÖHUK'nun 38/e maddesinin yeni sorunlara yol açacağını da ifade etmiştir. Sakmar, a.g.e., s.92 vd.; Ayrıca bkz. Özdemir, Şükrü, "Yurt Dışında Alınan Boşanma Kararının Türkiye'deki Etkisi", Yargıtay Dergisi, cilt 2, Ocak- Nisan 1986, Sayı 1-2, s.9

32 Bkz. Nomer, "Türklerin Kişi Hallerine İlişkin İhtilaflar ve Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi", s.13

33 Yargıtay bu kararında şu ifadelere yer vermiştir. (Yrg. HGK, 2000/2-1051E. 2000/1068K. 21.06.2000T.) 1982 yılında kabul edilen 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki Kanunun 38. maddesi ile yabancı ülke mahkemelerince oluşturulan Türklerin kişi hallrine ilişkin yabancı kararların tanınması ve tenfizine imkan tanınmıştır. (...) Boşanma yönünden Türk Hukukunda en önemli ve reform niteliğinde değişiklik Medeni Kanunla kabul edilmiştir. Mutlak bir kamu düzeni anlayışı sebebi ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 540. maddesi ile yabancı ülkeler mahkemelerince oluşturulan boşanma kararlarının tenfizi yasaklanmış iken, aynı Kanun 9. maddesi ile Medeni Kanunun 136. maddesinde de benimsenmiş olan mutlak yetki kuralı 07.06.1971'de yürürlüğe giren değişiklikle terk edilmiş, seçimlik yetkili mahkeme kuralı getirilmiş, 2675 sayılı Kanunla ve açıkça yabancı ülke mahkemelerinde oluşan boşanma ilamlarının tanınması yada tenfizine imkan tanınarak, ülke yönünden münhasır yetki kuralı terk edilmiştir. Dahası 3444 sayılı Kanunla Medeni Kanununun 134. maddesinde yapılan değişikliklerle de eşlerin anlaşarak boşanmalarına imkan tanınmıştır. Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması Hakkındaki Milletlerarası Sözleşme 14.09.1975 tarihinde onanmış, böylece boşanma kararlarının kamu düzenine mutlak etkisi önemli ölçüde yumuşatılmıştı. O nedenle ve özellikle 2675 sayılı Kanununun 38/e maddesindeki düzenleme biçimi ile 38/c madde de yer alan "kamu düzenine açıkça aykırı bulunmama" kuralı benimsenmiştir. Şu halde bir hükmün tanınması isteminin reddi için hükmün yukarıda açıklanan kurallar

Fakat tenfiz hakimi yabancı mahkeme kararının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğunu tespit ederse, talebi reddetmelidir.

## 2. Miras Davaları

MÖHUK'nun 43. maddesinde miras davaları bakımından özel bir düzenleme mevcuttur. Bu düzenlemeye göre mirasa ilişkin davalar ölenin Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesinde, son yerleşim yerinin Türkiye'de olmaması halinde ise dava, terekeye dahil malların bulunduğu yer mahkemesinde görülür. Mülga 2675 sayılı Kanun'un 30. maddesi de, "yerleşim yeri" yerine "ikametgah" ibaresine yer verilmiş olması dışında, aynı hükmü içermekteydi. Sayın Çelikel, bu maddeyi kademeli yetki kuralı olarak görmemektedir. Yazara göre madde, murisin son yerleşim yeri Türkiye'de olmasına rağmen terekenin Türkiye'de bulunması halinde, terekedeki mallar hakkında Türk mahkemelerin münhasır yetkili olduğunu belirtmektedir.<sup>34</sup> Sayın Nomer ise bu fikrin kabulü halinde taşınır mallara ilişkin ilamın tenfizinin de mümkün olmayacağını, bu yaklaşımın Türk tenfiz sistemine aykırı olduğunu, ayrıca kademeli yetki kuralarında münhasır yetkiden bahsedilemeyeceğini belirtmiştir.<sup>35</sup>

Fikrimize göre alternatif yetki içeren MÖHUK m.43 hükmü münhasır yetki kuralı değildir. Fakat terekede bir taşınmaz bulunması halinde, MÖHUK m.40 ve HUMK m.13 gereği, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi münhasır yetkili olacaktır.<sup>36</sup> Bu nedenle tereke içinde Türkiye'deki bir taşınmaz bulunması hali ayırık olmak üzere, maddenin münhasır yetki kuralı getirmediği söylenmelidir.

## 3. İş Sözleşmelerinden Doğan Davalar

Mülga 2675 sayılı MÖHUK'nda yer almayan bir düzenleme 5718 sayılı MÖHUK'nun 44. maddesinde "İş sözleşmesi ve iş ilişkisi davaları" başlığı altında düzenlenmiştir. Maddeye göre bireysel iş sözleşmesi veya iş ilişkisinden doğan davalarda, işçinin işini mutaden yaptığı işyerinin Türkiye'de bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. İşçi tarafından işverene karşı açılan davalarda ise işverenin veya işçinin yerleşim yeri veya işçinin mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemeleri de yetkilidir. MÖHUK m.47/2'ye göre ise

---

çerçevesinde kamu düzenine açıkça aykırı olduğunun belirlenmesi gerekir. Görüldüğü üzere yabancı kararın tanıma ve tenfizi lehine yoğun ve yadsınamaz bir eğilimin varlığı açıktır.

<sup>34</sup> Çelikel, a.g.e., s.344.

<sup>35</sup> Nomer, "Devletler Hususi Hukuku", s.392, dn.255

<sup>36</sup> Nomer, "Devletler Hususi Hukuku", s.391, dn.253

m.44'de belirtilen mahkemelerin yetkisini ortadan kaldıracak şekilde yapılan yetki anlaşmaları geçerli değildir.

Yukarıda bahsedilen düzenlemeden önce de, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun<sup>37</sup> 5. maddesi ekonomik ve sosyal açılardan işverene oranla zayıf durumda bulunan işçiyi korumak amacıyla, davalının ikametgahı mahkemesi yanında işyeri mahkemesini de yetkili kılmış ve aksine yapılan sözleşmelerin geçersiz olacağını hükme bağlamıştır. Maddenin amacı dikkate alındığında; işveren tarafından işçiye karşı açılacak davalarda maddenin mutlak olarak uygulanması gerektiği, ancak işçi tarafından işveren aleyhine açılan davalarda işçinin dilediği takdirde, sözleşme ile yetkilendirilmiş üçüncü bir mahkemede de dava açabileceği savunulmuştur.<sup>38</sup> Bunun sonucu olarak kimi hukukçular, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesini sınırlı münhasır yetki kuralı olarak kabul etmişlerdir.<sup>39</sup> Fakat Sayın Ekşi'nin de yerinde olarak belirttiği gibi, özellikle işyerinin yabancı ülkede bulunması ve davalının ikametgahının da Türkiye'de bulunması halinde işçinin haklarının en iyi şekilde Türk mahkemelerinde korunacağını savunmak her zaman doğru olmayabilir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 9.12.1991 tarihli kararında, söz konusu maddenin münhasır yetki kuralı olmadığını belirterek, Alman İş Mahkemesinin ücret alacağına ilişkin kararının Türkiye'de tenfiz edilebileceğine hükmetmiştir.<sup>40</sup> Dairenin daha sonraki bir kararında da İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesinin kamu düzeniyle ilgili olduğu belirtilmiştir.<sup>41</sup>

37 R.G. 04.02.1950 S.7424

38 Ekşi, a.g.e., s.220

39 Nomer, Ergin, "Devletler Hususi Hukuku", s.391, dn.254; Nomer, Ergin, "Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizinde Mahkemenin Yetkisi ve Kamu Düzeni", MHB, 2003, sayı 1-2, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan", s.566, dn.1

40 Ekşi, a.g.e., s.220

41 Yrg. 9. H.D. 2007/12043 E. 2007/17765 K. 4.6.2007 T. "(...)5521 sayılı İş mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesi gereğince iş mahkemelerinde açılacak her dava açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir. Bunlara aykırı sözleşme muteber sayılmaz. Söz konusu bu hüküm kamu düzenindedir. 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31. maddesinde de yer itibarıyla yetkinin kamu düzeni veya münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hallerde, taraflar aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkisinden doğan uyumsuzluğun yabancı bir devlet mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilecekleri belirtilmiştir. Yukarıda söz edildiği gibi 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 5. maddesinde düzenlenen yetki kuralı kamu düzeniyle ilgilidir. Gerek bu kanunun 5. maddesi, ge-

Fikrimize göre gerek 5718 sayılı MÖHUK'nun 44. maddesi ve gerekse 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesinin amaçları işçinin hakkını aramasını kolaylaştırmaktır. İşçinin haklarının en doğru şekilde Türk mahkemeleri tarafından korunacağı iddiası her zaman doğru olmayabilir. Maddenin lafzı ve alternatif yetki içerdiği de göz önünde tutulduğunda, düzenlemeyi bir münhasır yetki kuralı olarak kabul etmek mümkün değildir. İşveren veya işçi tarafından açılmış davalarda alınan yabancı ilamın tenfizi talebinde, kararın kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığı incelenmelidir. Bu yapılırken, yabancı mahkemenin uyguladığı usul, delilleri değerlendirmesi ve hukuk kurallarını yorumlaması gibi hususlar değerlendirilmeksizin (*revision au found* yasağı), öncelikle ilamın sonuç bölümünün işçi lehine olup olmadığına ve işçinin hükme karşı itirazda bulunup bulunmadığına bakılmalıdır.

#### 4. Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Davalar

MÖHUK'nun "Tüketici sözleşmesine ilişkin davalar" başlıklı 45. maddesine göre, Kanunun 26. maddesinde tanımlanan tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tüketicinin isteğine göre, tüketicinin yerleşim yeri veya mutad meskeni veya karşı tarafın iş yeri, yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu Türk mahkemeleri yetkilidir. Tüketicie karşı açılacak davalarda ise tüketicinin Türkiye'deki mutad meskeni mahkemesi yetkilidir. Burada belirtilen mahkemelerin yetkisi anlaşmayla bertaraf edilemez (MÖHUK m.47/2). 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nun 23/3. maddesine göreyse, tüketici davaları tüketicinin ikametgahı mahkemesinde de açılabilir. Bu düzenlemelerle ekonomik açıdan güçsüz olan tüketici korunmuş ve davayı kendi ikametgahı mahkemesinde açabilmesine imkan tanınmıştır. Sayın Nomer'e göre ise bu hüküm ile sınırlı münhasır yetki kuralı getirilmiştir.<sup>42</sup>

Bize göre yukarıda belirtilen her iki madde de zayıf olanı koruma amacı

---

*rek 2675 sayılı MÖHUK'nun 31. maddesi karşısında tarafların yetki sözleşmesine itibar edilemez. Somut olayda, davacı Türk vatandaşı olup, Türkiye'de faaliyet gösteren davalı şirketin işleteni olduğu MN P. Gemisinde, hizmet akdiyle kaptan olarak çalışmıştır. Davacı işveren, davalının ikametgahını "İcadiye Mahallesi, Maruf sokak. No.15/12 U./İstanbul" olarak göstermiştir. Davalının verdiği vekaletnamede de ikametgahı aynı adres görülmektedir. Dava, kanunen yetkili olan davalının ikametgahı mahkemesi Ü. İş Mahkemesinde açılmıştır. Mahkeme davayı görmeye yetkilidir. Davanın esasına girilerek bir hüküm kurulması gerekirken, mahkemece yazılı şekilde yetkisizlik kararı verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir."*

<sup>42</sup> Nomer, "Devletler Hususi Hukuku", s.391, dn.254: Nomer, "Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizinde Mahkemenin Yetkisi ve Kamu Düzeni", s.566, dn.1

gütmektedir, münhasır yetki söz konusu değildir. Tüketici sözleşmelerinden doğan davalar için de iş sözleşmelerinden doğan davalar için söylediklerimizi tekrar ederiz.

### 5. Sigorta Sözleşmelerinden Doğan Davalar

5718 sayılı MÖHUK ile getirilen yeni bir düzenleme de Kanunun “Sigorta sözleşmesine ilişkin davalar” başlıklı 46. maddesidir. 2675 sayılı MÖHUK’nda yer almayan bu düzenlemeye göre sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda, sigortacının esas işyeri veya sigorta sözleşmesini yapan şubesinin ya da acentasının Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Fakat sigorta ettirene, sigortalıya veya lehdara karşı açılacak davalarda bu kişilerin Türkiye’deki yerleşim yeri veya mutad meskenlerinin bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir.<sup>43</sup> MÖHUK’nun 47/2 maddesine göre ise bu mahkemelerinin yetkisi anlaşma ile bertaraf edilemez. 5718 sayılı Kanun’dan önce konu, 2675 sayılı Kanun’un atfıyla HUMK m.19 bağlamında ele alınmıştır. HUMK’nun 19. maddesinde sigorta sözleşmesinin türüne göre yetkili mahkemeler belirtildikten sonra ikinci fıkrada, ilk fıkrada belirtilen yetki kurallarını ortadan kaldıran yetki şartı ve yetki sözleşmesinin geçerli olmayacağı belirtilmiştir.<sup>44</sup>

Öğretide bu hükmün münhasır yetki kuralı olmadığı savunulmaktadır.<sup>45</sup> Fikrimize göre bu maddeler ile kanun koyucu, sigorta sözleşmesinin zayıf tarafı olan sigorta ettireni, sigortalıyı ve lehdarı koruyarak sigorta şirketlerinin sigortalıyı zor durumda bırakacak şekilde yetki şartları imzalatmalarının önüne geçmeyi amaçlamıştır. Bu nedenle sigortalının yabancı mahkemeden aldığı ve lehine olan ilamın tenfizini istemesi mümkündür. Aksi sonuç maddenin amacına ters düşecektir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de 19.6.1997 tarihli kararında<sup>46</sup> HUMK m.19 düzenlemesinin ekonomik açıdan zayıf kişileri gözetmeye yönelik olarak kamu düzeni amacıyla konulduğunu belirtmiş-

<sup>43</sup> 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun (TTK) 119. maddesi de Türk mahkemelerinin yetkisinin ortadan kaldırılmasını önlemeye yönelik bir maddedir. Hükme göre şirket aleyhine açılacak davalar acenteye karşı da aynı sıfatla açılabilir. Buradaki düzenlemenin amacı da zayıf durumdaki tüketiciyi, ona alternatif yetkili mahkeme sunarak korumaktır. Bu nedenle münhasır yetki sözkonusu değildir. Ayrıca, her iki tarafın da tacir olması hâlini bu maddenin dışında değerlendirmek gerekir.(bkz. Sargın, a.g.e., s.163-164)

<sup>44</sup> Maddenin 3. fıkrasında deniz sigortaları ayrı tutulmuştur.

<sup>45</sup> Nomer, “Türklerin Kişi Hallerine İlişkin İhtilaflar ve Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi”, s.12; Sargın, a.g.e., s.156-157; Altuğ, a.g.e., s.123

<sup>46</sup> Yrg. 11 H.D. 1997/3609 E. 1997/5636 K. 19.6.1997 T. (<http://www.kazanci.com> Z.T.:02.02.2008)

tir. Aynı nedenlerle MÖHUK'nun 46. maddesinin münhasır yetki kuralı içermediğini söylemek mümkündür. Sigorta sözleşmesinden doğan bir tazminat davasının sigorta şirketi tarafından yabancı bir mahkemede açılmış olması durumunda ise iş sözleşmelerinden doğan davalar için söylediklerimizi tekrar ederiz.

#### **6. Yabancı Anonim Şirketler ile Sermayesi Paylara Bölünmüş Şirketlerle İlgili İşlemlere Dair Davalar**

Ecnebi Anonim ve Sermayesi Eshama Münkasım Şirketlerle Ecnebi Sigorta Şirketleri Hakkında Kanun-u Muvakkat'ın<sup>47</sup> (30 Kasım 1914) 10. maddesinde yabancı anonim ve sermayesi paylara bölünmüş şirketlerle yabancı sigorta şirketlerinin Türkiye'deki şubeleri ve acentalarının bulunduğu yer, bu şirketler bakımından ikametgâh sayılmış, ayrıca şirket muamelelerinden dolayı şirket aleyhine bu yer mahkemelerinde dava açılabilceği belirtilmiştir. Bazı yazarlar maddenin münhasır yetki olduğunu savunmuştur.<sup>48</sup> Bazıları ise münhasır yetki kuralı olmasını, ticaretin iç ticaret olması durumunda savunmaktadırlar. Yani dış ticaret söz konusu olduğunda münhasır yetkiden bahsedilemeyecektir.<sup>49</sup> Sayın Ekşi'ye göre Madde münhasır yetki kuralı içermemektedir.<sup>50</sup> Burada bir alternatif yetki söz konusudur. Maddenin konuluş amacı yabancı mahkemelerin yetkisini ortadan kaldırmak değildir.<sup>51</sup> Biz de bu konuda Sayın Ekşi'ye katılmaktayız. Nitekim maddenin amacı Türklerin bu şirketlere karşı Türkiye'de dava açabilmelerini ve haklarını arayabilmelerini sağlamaktır. Ancak yabancı şirket merkezinin bulunduğu ülkede dava açılmasının önüne geçmemektedir. Dikkat etmek gerekir ki burada kamu düzenine ilişkin bir yetki söz konusudur yetkiyi ortadan kaldıran sözleşmeler geçersiz olacaktır.

#### **SONUÇ**

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi açısından Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu konuların belirlenmesi hukuki ve siyasi bir sorundur. Dikkat edilmesi gereken husus, egemenlik ile egemenliğin kaynağı ulusu oluşturan bireylerin menfaatleri arasındaki dengenin sağlana-

<sup>47</sup> Bu kanun hükümlerinin diğer ilgili kanunlarla ilişkisi açısından bkz Sevig, a.g.e., s.176 vd.

<sup>48</sup> Altuğ, a.g.e., s.60

<sup>49</sup> Sakmar, a.g.e., s.101-102

<sup>50</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Nomer, "Türklerin Kişi Hallerine İlişkin İhtilaflar ve Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi", s.12

<sup>51</sup> Ekşi, a.g.e., s.217

bilmesidir. Bu konuda yasaları yorumlayan ve uygulayan hukukçulara büyük görev düşmektedir.

Çalışmamızda da incelediğimiz üzere Türk hukukunda tartışmalı hükümler mevcuttur. Hukukumuzda taşınmazların aynına ve zilyedliğine ilişkin davalar, iflas ve cebri icraya ilişkin davalar ile fikri-sınai hukuk ve markalara ilişkin bazı davaların Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girdiği kabul edilmelidir. Tüketici, sigorta, iş sözleşmelerinden doğan davalarla ilgili olan ve zayıf tarafı korumayı amaç edinen düzenlemeler bakımından ise sözleşmenin zayıf tarafının lehine olan yabancı ilamların Türkiye’de tanınması ve tenfizine izin verilmelidir. Türklerin kişi hallerine ilişkin davalar ve miras davalarına ilişkin yabancı mahkeme kararlarının, kamu düzenine açıkça aykırı olmadıkça, tanınması ve tenfizi mümkün olmalıdır.

Burada son olarak, önemli gördüğümüz birkaç noktaya değinmek istiyoruz:

a. İlk olarak bu çalışmada, öğretilerde kullanılan “sınırlı münhasır yetki” kavramını neden kullanmadığımız açıklayalım. Bize göre taraflardan birine uygulanıp diğerine uygulanamayan münhasır yetki kuralı müessesenin özüne uygun düşmemektedir. Münhasır yetki mahkemenin yetkisini belirleyen nesnel bir durumdur; kişinin sıfatına göre değişiklik göstermesi mümkün değildir. Kaldı ki sınırlı münhasır yetki kavramıyla ulaşılmak istenen amaca yabancı mahkeme kararının kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığını gözeterek de ulaşılabilir. İstisna olması gereken münhasır yetki hallerini genişletmekten kaçınmamız gerekir.

b. İkinci olarak, Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu davalarda, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlık konusu yabancı bir ülkede bulunuyorsa Türk mahkemesinin nasıl karar vermesi gerektiği konusuna değinmek istiyoruz. Örneğin uyuşmazlık konusu İran’daki bir taşınmazın mülkiyetine ilişkinse veya İtalya’daki bir ortaklığın iflası isteniyorsa Türk mahkemesi nasıl bir karar vermelidir? Buradaki sorun tanıma ve tenfiz sorunu değildir ancak, münhasır yetki müessesesinin özüne ilişkindir. Sayın Aybay ve Dardağan, yabancı ülkede bulunan bir taşınmazın aynına veya zilyedliğine ilişkin bir davanın Türkiye’de açılabilmesinin mümkün olup olmadığını sorduktan sonra, HUMK m.13 hükmünün yalnızca Türkiye’de bulunan taşınmazları değil de dünyadaki bütün taşınmazları kapsayacak biçimde anlaşılması halinde böyle bir davanın Türkiye’de görülemeyeceğini, fakat HUMK m.13’ün sadece Türkiye’deki taşınmazlar için geçerli olduğunun kabul edilmesi durumunda, Türkiye dışındaki bir taşınmazın aynına veya zilyedliğine ilişkin davanın (örneğin, davalının konulunun Türkiye’de olması nedeniyle yetkili) Türk mahkemesinde açılabilmesi gerektiğini, fakat böyle bir kararın yabancı ülkede tenfizinin pek

mümkün görülmediğini belirtmiştir.<sup>52</sup>

c. Değınmek istediğımız üçüncü nokta MÖHUK 47/2 maddesinin iş, tüketici ve sigorta sözleşmeleri açısından münhasır yetki kuralı getirip getirmediğidir. 5718 sayılı MÖHUK'nun "Yetki anlaşması ve sınırları" başlıklı 47. maddesinin ilk fıkrasında; yer itibariyle yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hallerde, yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda tarafların, davanın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabileceklerini, bu durumda davanın ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması halinde yetkili Türk mahkemesinde görülebileceği hükme bağlamıştır.<sup>53</sup> İkinci fıkrada ise Kanunun; iş, tüketici

<sup>52</sup> Aybay, Dardağan, a.g.e., s.49, dn.1.

<sup>53</sup> Sözleşme ile yetkili kılınan mahkemenin durumu bazı Yargıtay kararlarında ele alınmıştır. Bu kararlarda "münhasır yetki" kavramı farklı bir anlamda, karışıklığa yol açabilecek şekilde kullanılmıştır. Örneğin; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında, [Yrg. H.G.K. 1998/11-246 E., 1988/476 K. 15.6.1988 T. (<http://www.kazanci.com> Z.T.:02.02.2008)] çarter partide yer alan ve Londra mahkemelerini yetkili kılan şartın genel yetki kurallarını, dolayısıyla uyuşmazlık açısından Türk mahkemelerinin yetkisini bertaraf edemeyeceğini, sözleşme ile kabul edilen yetkili mahkemenin münhasır yetkiye sahip olmadığını, mülga 2675 sayılı MÖHUK'nun 31. maddesini göz önünde bulundurarak belirtmiştir. Karşı oy yazısında ise 2675 sayılı Yasanın Öntasarısının tartışıldığı sempozyumlara ve öğretilerdeki görüşlere atıfta bulunularak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda 2675 sayılı Yasanın 31. maddesinde münhasır yetki kuralı öngörüldüğü savunulmuştur. Sonraki Hukuk Genel Kurulu kararında [Yrg. H.G.K. 1998/12-287 E. 1998/325 K. 06.5.1998 T. (<http://www.kazanci.com> Z.T.:02.02.2008)] ise Yargıtay görüşünden dönmüştür. Yargıtay bir başka kararında da aynı yönde hüküm vermiş, taraflar arasındaki sözleşmede yabancı ülke mahkemesinin yetkili kılındığından dolayı yetkisizlik kararı veren yerel mahkeme kararını onamıştır. [Yrg. 11 H.D. 2005/12955 E. 2006/13462 K. 18.12.2006 T. (<http://www.kazanci.com> Z.T.:02.02.2008)]. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu kararında Mülga 2675 sayılı MÖHUK'nun 31. maddesini dikkate alarak, "yabancı bir Devlet Mahkemesini yetkilendiren ve anılan maddenin öngördüğü koşullara uyan, geçerli bir yetki sözleşmesinin varlığı halinde, yetkisi kararlaştırılan Yabancı Devlet Mahkemesi "Münhasıran" yetkili bir mahkeme kimliğini kazanmış olur. Bu sonucu, maddenin ikinci cümlesinde yer alan "Yabancı Mahkemenin kendisini yetkisiz sayması halinde, dava yetkili Türk Mahkemesinde görülür" şeklindeki sözler açık ve kesin bir şekilde doğrulamaktadır." şeklinde karar vermiştir.

Bu kararlarda geçen "münhasır yetki" ibaresinin bu makalenin konusunu oluşturan "münhasır yetki" kavramıyla ilgili olmadığı açıktır. Bize göre bu kavram Türk hukuku

ve sigorta sözleşmelerini düzenleyen maddelerindeki yetki kurallarını bertaraf edecek yetki anlaşmaları yapılamayacağı hükme bağlanmıştır. Çalışmamızın ilgili bölümlerinde de açıkladığımız gibi adı geçen düzenlemelerdeki amaç zayıf tarafın, kamu düzeninin korunmasıdır. Zaten bu düzenlemeler münhasır yetki olarak kabul edilseydi ayrı bir fıkra ile aksine yetki sözleşmelerinin yasaklanmasına gerek duyulmazdı. MÖHUK m.47/2 ile zayıf tarafı korumak için konulan maddelerin tarafların iradeleriyle değiştirilmesi imkanı tanınmayarak, zayıf tarafın hakkını aramasının zorlaştırılması önlenmiştir.

d. Son olarak konumuz açısından mülga 2675 sayılı Kanun ve yürürlükteki 5718 sayılı MÖHUK arasında farklı bir düzenleme olup olmadığına değinmek istiyoruz. Mülga 2675 sayılı Kanunun 38/b maddesi yabancı mahkeme kararının tenfizi için “İlamın Türk Mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması” şartını ararken, 5718 sayılı MÖHUK’nun 54/b maddesi “İlamın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilamın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı halde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması” ifadesine yer vermiştir. Yani maddenin ilk “veya”dan sonraki ifadesini açıklamak gerekirse; ilam, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı halde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmişse ve davalı da itiraz etmişse tenfiz talebi reddedilecektir.

5718 sayılı MÖHUK’nun 54/b maddesini lafzına göre yorumladığımızda bir yabancı mahkeme ilamının tenfiz edilebilmesi için, ya ilamın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olmasını ya da davalının itiraz etmesi şartıyla ilamın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı halde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmamasını aradığı şeklinde bir intiba uyandırmaktadır. Bu nedenle ve Maddenin bütünü incelendiğinde, “veya” ibaresinin “ve” olması gerektiği sonucuna varmak gerekir. Dolayısıyla mülga 2675 sayılı Kanun ile yürürlükteki 5718 sayılı MÖHUK arasında konumuz açısından fark olmadığını söyleyebiliriz.

#### **KAYNAKÇA**

**Altuğ, Yılmaz,** “Türk Milletlerarası Usul Hukuku”, Fakülteler Matbaası,

açısından yalnızca yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda, Türk mahkemelerinin mutlak, devredilemez ve aksi kararlaştırılmaz yetkisini ifade etmek için kullanılmalıdır. “Kesin yetki” kavramıyla karıştırılmamalıdır. Bir ülke mahkemesinin münhasır yetkili olup olmadığına egemenlik yetkisine dayanılarak karar verilir. Bireylerin böyle bir yetkileri bulunmamaktadır.

İstanbul, 1983.

**Aybay, Rona; Dardağan, Esra**, “Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması”, Aybay Yay., İstanbul, 2001.

**Çelikel, Aysel**, “Milletlerarası Özel Hukuk”, Beta Yay., İstanbul, 2000.

**Esen, Emre**, “Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı”, MHB, 2002, sayı 2, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan” s.202

**Ekşi, Nuray**, “Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, Beta Yay., İstanbul, 2000.

**Kuru, Baki; Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder**, “Medeni Usul Hukuku”, Yetkin Yay., Ankara, 2000.

**Nomer, Ergin**, “Devletler Hususi Hukuku”, Beta Yay., İstanbul, 1998.

**Nomer, Ergin**, “Ehliyetsizlik Sebebiyle Almanyadaki Gayrimenkuller için Vasiyetin İptali”, MHB, 1982/2, s.62.

**Nomer, Ergin**, “Türklerin Kişi Hallerine İlişkin İhtilaflar ve Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi”, MHB, 1983, sayı 1.

**Nomer, Ergin**, “Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizinde Mahkemenin Yetkisi ve Kamu Düzeni”, MHB, 2003, sayı 1-2, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan” s.566.

**Özbakan, Işıl**, “Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, Kazancı Hukuk Yay. No.58, Ankara, 1987.

**Özdemir, Şükrü**, “Yurt Dışında Alınan Boşanma Kararının Türkiye’deki Etkisi”, Yargıtay Dergisi, cilt 2, Ocak- Nisan 1986, Sayı 1-2.

**Ruhi, Ahmet Cemal**, “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun”, Seçkin Yay., Ankara, 2003.

**Sakmar, Ata**, “Yabancı İlamların Türkiye’deki Sonuçları”, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

**Şanlı, Cemal**, “Türkiye’deki Gayrimenkul ile İlgili Bir Yabancı Boşanma Kararının Tenfizi”, MHB, 1986/1.

**Sargın, Fügen**; “Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları”, Yetkin Yay., Ankara, 1996.

#### **ELEKTRONİK KAYNAKÇA**

<http://www.tdk.org.tr> (Z.T.:27.02.2008)

<http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf> (Z.T.: 12.02.2008)

<http://www.kazanci.com> (Z.T.: 03.02.2008)