



KURULUŞ: OCAK - 1975, YIL: 24, SIRA SAYI: 96

YARGITAY DERGİSİ



CİLT: 24

EKİM - 1998

SAYI: 4

Sahibi : Yargıtay Adına, Birinci Başkan **Mehmet UYGUN**
Yayın Müdürü : Yargıtay Yayın İşleri Müdürü **H.Bayram USLU**

YAYIN KURULU

Başkan : Hakkı DİNÇ (2. Hukuk Dairesi Üyesi)
Üyeler : Erol ERTEKİN (15. Hukuk Dairesi Üyesi)
Dr. Işıl KOÇHİSARLIOĞLU (10. Ceza Dairesi Üyesi)
Halil KILIÇ (17. Hukuk Dairesi Üyesi)
Kudret Yalçın BAL (4. Ceza Dairesi Üyesi)

- Dergide yayınlanan yazılar, yazarların kişisel görüşlerini yansıtır. Müdürlüğümüzü bağlamaz.
 - Gönderilen yazının hiç bir yerde yayınlanmamış olması gerekir. Aksi durumda yazar (telif hakkı) ödenmez.
 - Yayınlanan yazılar için yönetmelikte belirlenen ücret ödenir.
 - Yazıların yayınlanıp yayınlanmamasına Yayın Kurulu karar verir. Yayınlanmayan yazılar istenildiğinde geri verilir. Posta ile göndermelerde PTT. gideri yazı sahibine aittir. Yayınlanmayan yazılar için gerekçe bildirme zorunluluğu yoktur.
 - Dergide yayınlanan yazılar kaynak gösterilerek aktarılabilir.
 - Gerek görüldüğünde, yazının özünü deşinmeyen yazım ve tümce düzeltmeleri yapılabilir.
-

- Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü'nce **üç ayda bir kez yayınlanır.**
 - **Yönetim ve yazışma adresi** : Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü (Yargıtay Ek Binası, Vekaletler Caddesi, No:3) 06658 Ankara.
 - **Telefon** : (0 312) 425 16 32 - 425 16 49
 - **Faks** : (0 312) 419 41 11
 - **Abone servisi** : (0 312) 417 44 60/3505, 3506
 - **Santral** : (Ek Bina) : (0 312) 417 44 60 (20 hat) ; 417 51 10 (5 hat)
 - %1 oranındaki katma değer vergisi içinde, **1998 yılı Yargıtay Dergisi abone bedeli 2.010.000. liradır.**
 - Dergi bedeli, **Ziraat Bankası Kızılay Şubesi'ndeki 216826** sayılı veya **Posta Çekleri Merkezi'ndeki 92932** numaralı hesaplarımızdan birine aktarılarak ya da **PTT. kanalıyla** gönderilerek veya **Müdürlüğümüz Veznesine** yatırılarak abone olunur.
 - Abone işleri için Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.
 - Yıllık abone olmaları koşuluyla, **Hakim ve Cumhuriyet Savcıları ile Hukuk Fakültesi Öğrencilerine %20 indirim uygulanır.**
 - **Ödemeli gönderilmez, temsilcimiz yoktur.**
 - Dış kapak : **Ertekin KAYA**
 - İç kapak ve grafikler : **Faruk AFŞAR**
-

İÇİNDEKİLER

1- GENEL KONULAR	Sayfa
a) Mehmet UYGUN	1998-1999 Adalet Yılı'nı Açış Konuşması . . .437-447
b) Eralp ÖZGEN	1998-1999 Adalet Yılı'nın Açılışında Yaptığı Konuşma448-457
c) Pınar ÖZTÜRK	Franchise Sözleşmesi458-489
d) Bekir AKSOYLU	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının Düşündürdükleri490-494
2- ANAYASA HUKUKU	
a) Ömer Uğur GENÇCAN	Türkiye'de Anayasa Tartışmaları: "Bugünün Türkiye'sinde İkinci Meclis Gerekli midir?"495-507
3- DEVLETLER HUKUKU	
a) Mahmut KAMACI	Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Nafaka ve Bu Konudaki Türkiye'nin Katıldığı Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri508-539
4- KAMU HUKUKU	
a) Dr. Haluk ÇOLAK	Kamu Davasına Müdahale (Katılma)540-558
5- MEDENİ HUKUK	
a) Mustafa ATEŞ	Medeni Kanunda Yapılan Son Değişiklikler Işığında Yoksulluk Nafakası (II)559-574
6- MEDENİ USUL HUKUKU	
a) Mehmet KAŞIKÇI	Mer'aya İlişkin Uyuşmazlıklarda Yabancı Köyden Tanık Dinlenmesi Üzerine Düşünceler575-585
7- CEZA HUKUKU	
a) Mustafa KAYA	Uyuşturucu Madde Suçlarında Muhbirin Dinlenmesi, Davaya Müdahale Ve Suçta Kullanılan Eşyanın Müsaderesi586-604
b) Hasan Tahsin GÖKCAN	Nitelikli Ve Basit Tehdit Suçu (TCK.191/1, son)605-622

c) Seydi KAYMAZ

Türk Ceza Kanunu Ve Türk Ceza Kanunu
Öntasarısı Hükümleri Işığında Konut
Ve İşyeri Dokunulmazlığını Bozma Suçu . .623-644

8- TİCARET HUKUKU

a) Y.Doç.Dr. Ahmet BATTAL

Bir Alan Araştırması Işığında Sermaye
Şirketlerinin Sorumluluğu Konusundaki
Hukuki Bilgi Eksikliğinin Olumsuz
Sonuçları Ve Perdenin Kaldırılması
Teorisi Yardımıyla Giderilmesi645-662

9- TÜKETİCİ HUKUKU

a) Özgül ÖZKAN

Tüketici Hukuku Bakımından Ticari
Reklamlar Ve Tabi Olduğu
Hükümler (II)663-684

10- BİBLİYOGRAFYA

a) H. Bayram USLU

1998 Yılı Yargıtay Dergisi
Bibliyografyası685-690

11- YARGITAY'DAN HABERLER

a) H. Bayram USLU

Yeni Seçilenler, Emeklilik Ve Vefat
Nedeniyle Aramızdan Ayrılanlar691-701

Yargıtay Birinci Başkanı Sayın
Mehmet UYGUN'un, 1998-1999 Adalet
Yılına Açış Konuşması.
7.9.1998

Hukukla dopdolu ve başarılı olmasını dilediğimiz yargı yılımızı açarken, sizleri saygılarımla selamlıyorum.

Geçen yılda sonsuza uğurladığımız mensuplarımızı rahmetle anıyor, temiz ve aziz hatıraları önünde saygıyla eğiliyorum. Tüm emeklilerimize de geçmiş hizmetleri için milletimizin şükranlarını ve esen yaşam dileklerimizi yineliyorum.

Anayasamızın dokuzuncu maddesi hükmü ile; **yargı yetkisini, yasamanın ve ya yürütmenin hiçbir ilgilendirmesine gerek görmeden, İLK ELDEN VE DOĞRUDAN DOĞRUYA BİZE TEVDİ EDEN MİLLETİMİZE**; yılda bir kez seslenerek geçen yılın hesabını vermek, bu yılın beklentilerini açıklamak için yüksek huzurlarınızdayım. **YILDA BİR KEZ SESLENİŞİMİZ** sözcüklerinin altını çiziyorum. Çünkü; hâkim çok konuşmaz. Bu; aczimizden değil, mesleğin yüksek ilkelerine ve ahlâkına olan bağlılığımızdandır. Hâkim; GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ deyinceye kadar herkesi dinler, dinlediklerini; hukuk, yasa, vicdan terazisinde tartarak, **SON** ve **KESİN SÖZÜ** (HÜKMÜ) söyler. Hâkim olamayanlar, onun ilkelerini özümseyemeyenler bunu bilemezler, yapamazlar. Bu nedenledir ki sesimiz, kararlarımız dışında pek az duyulur.

Sağduyulu Türk kamuoyu !..... Lütfen; YARGININ az duyduğunuz sesini; araştırmalara dayalı, hukukî irdelemelerden sonra değerlendiriniz.

İşte, bu konuşma da, pek az duyduğunuz o seslenişlerinden biridir.

Mesleğine ömür ve gönül vermiş, şereflerin en yücesine böylece ulaştığına inanmış bir hâkim olarak sizlere, son kez sesleniyorum. Hiçbir konu ve konumda, bugün ve yarın, kişisel hiçbir istemim ve beklentim yoktur. Söyleyeceklerimin hepsi; demokrasiye, Atatürkçülüğe, tam bağımsız yargının kesin gerekliliğine inanmış, ulusunu esen görmekten başka hiçbir emeli kalmamış BİR YARGI NEFERİNİN VEDA MESAJI, SON GÖREV SÖYLEMLERİDİR.

ÜLKEMİZ-ULUSUMUZ-CUMHURİYETİMİZ

Coğrafya olarak; çepeçevre alevlerle sarılı, tekin olmayan, çok iletin bir yerdeyiz. Bu konum; senaryolar üretilip, gizli oyunlarla karşımıza çıkılmasına neden olmaktadır. Terör, Boğazlar-Kıbrıs-Ege sorunları, Fransız sözde Ermeni soykırımı iddiaları, hiç yoktan körüklenen mezhep kışkırtıcılıkları, gerici akımlar, ayırmcılıklar.....

Bütün bunlara karşı; Atatürk'ün "Yurtta barış, cihanda barış..." ilkesini sürdürmek, tehlikeleri önlemek, uyanık ve güçlü olmak zorundayız. Vatanın bölünmez bütünlüğü, Devletin teklifi, Ulusun birliği-dirliği ve uygarlık yolunda ilerlemesi için tüm olanaklar akıllıca kullanılmalıdır. Cumhuriyetimizin; demokratik, lâik, sosyal bir hukuk devleti olma vazgeçilmez nitelikleri, kesinlikle korunmalıdır. Bu yönde çaba göstermek, tüm ülke ve ulusseverlerin namus borcudur. Bazı kesimlerde, zaman zaman gördüğümüz duyarsızlık ve umursamazlık diliyoruz ki, yerini bilinçli sorumluluğa bıraksın. Bu; gelecek kuşaklara olan, kutsal borcumuzdur.....

Devletimizin, Anayasamızda sayılan en önemli niteliklerinden birisi olan LÂİKLİK; dünya ve devlet işlerinde aklın egemenliğine öncelik vermek, dine ve kutsal değerlerine gölge düşürülmesinin, din adamının devlet yönetmeye kalkışmasının, dine siyaset alanında faaliyet yüklenmesinin önlenmesidir. Tarihimizde yaşadığımız ibret alınacak acı olaylar sonucu, LÂİK CUMHURİYET; yönetim ve yaşam biçimimiz ve dünya görüşümüz olarak kabul edilmiştir.

ADALET – DEMOKRASİ

ADALET; insanca yaşamın eksenini, devlet ve demokrasinin temel dayanağıdır. Adaletsizlik; insanlara büyük acı, yönetimlere mutlak yıkım getirir. Özgürlük, bağımsızlık, onur ve namus duyguları gibi vazgeçilmez tüm değerler, ancak ve ancak bayrakları, hak-adalet rüzgârları ile dalgalanan ülkelerde var olabilir.

Demokratik hukuk devleti; yasama, yürütme ve yargının dengeli görev ayrımına dayanır. Bu dengeler; her kesimden, özgürlük kahramanları diye, saygı ile anacağımız kişilerin acılı, kayıplı, onurlu savaşmaları ile elde edilmiştir. Hak ve özgürlükler için, her ne zaman ve nerede olursa olsun, katkıda bulunanlara insanlığın minneti sonsuzdur. Karşı çıkanların ise; tarih önünde vereceği hesap çok zor ve kaçınılmazdır.

YARGI

Demokrasilerin güvencesi ve aykırılıklara DUR!..... diyebilen kurumu YARGI'DIR.

TAM BAĞIMSIZ VE YARGICLARI TAM GÜVENCELİ.....

BÜTÜN İŞLEVLERİNİ ETKİN VE EKŞİKSİZ YERİNE GETİREBİLEN..... BİR YARGI, demokrasilerin mutlak gereğidir. Bu bağlantı ile çağımız rejim konusunda şu sonuca ulaşmıştır:

Devlet; demokratik olmalı, devlet hukuka bağlı olmalı, devlette hukukun üstünlüğü kesin ve tartışmasız gerçekleşmelidir.

Bu ilkeler ışığında Türk Yargısına baktığımızda:

Tam bağımsız ve yargıçları tam güvenceli bir yargımız var mıdır?..... HAYIR-YOKTUR !.....

Yargı organımıza işlevlerini etkin ve eksiksiz yerine getirebilme olanakları tanınmış mıdır? HAYIR - TANINMAMISTIR.....

Yargı Bağımsızlığı ve Yargıç Güvencesi:

Bağımsızlığı sağlayıcı düzenlemeler gerçekleştirilmediği için; istemler ve tartışmalar sürmektedir. Şu kesin bilinmelidir ki; bağımsızlık ve güvence; ne yargı, ne de yargıç için istenen ayrıcalık değildir. HAKKIN; eksiksiz, etkisiz, ödünsüz gerçekleştirilmesi için gereklidir.

Bu güvence ve bağımsızlık; yasamaya, yürütmeye, kamuya karşı gerçekleştirilmelidir.

a-Yasamaya Karşı Bağımsızlık:

Hukukla bağdaşmayan düzenlemeler yapılmamalıdır.

Örneğin;

Yargı mensuplarının Başbakanlıkta geçici görevlendirilmesine ve seçimlerde siyasi partilerden aday olduktan sonra, mesleğe dönmelerine son verilmelidir. Çünkü bunlar mesleğin; emir almama, tarafsız kalma, güven verici olma ilkeleriyle kesinlikle bağdaşmamaktadır.

Anayasalarımızdaki; aylık ve ödeneklerimizin bağımsızlık ve güvence ilkelerine göre **AYRI KANUNLA** düzenleneceği hükümlerine rağmen, Yasama, konuyu bugüne kadar gündeme bile getirmemiş, böylece; **ANAYASA HÜKÜMLERİ İHMAL EDİLELEMİŞTİR**. Bunun sonucu olarak da; çok üzülerek söylüyorum ki, hak dağıtma görevlisi hâkim, maişet hakkını vermeyenlere karşı, hak arayan durumuna düşürülmüştür. Bilinmelidir ki; vicdanı ile cüzdanı arasına sıkışan hâkimin kararının tam ve en sağlıklı olacağını düşünmek, insan aklına ve doğasına ters düşer. Yargının gereksinimlerini yerine getirmeyip onu sarsanlar; altında her şeyin kalacağı adalet çatısının çöküşünün, devletin göçüşünün, tek sorumlusu olacaklarını bilmelidirler. Bunun hesabını tarihe, insanlığa ve vicdanlarına asla veremezler.....

b-Yürütmeye Karşı Bağımsızlık:

YARGI GÖREVİNİN EN ÖNEMLİ YÖNLERİNDEN BİRİSİ DE, SİYASİ OLAY VE İŞLEMLERE KARŞI. HUKUKU SÖYLEYECEK KUVVET OLABİLMESİDİR. Bütün ihlâlleri önlemekle görevli ve yetkili yargıya, bu nedenledir ki; **İKTİDARLARCA** veya başka **GÜÇ SAHİPLERİNCE** sıcak bakılmaz ve sevimli görülmez. Ama; ne zaman ki güçlerini kaybeder, hak arama durumunda kalırlar, işte o zaman; "BAĞIMSIZ YARGI !", "GÜVENCELİ HÂKİM !" feryadı ile yargıdan esirgediklerine, kıskançlıklarına hayıflanırlar ama; o zamanı, o fırsatı çoktan kaçırmışlardır. **İKTİDARDA İKEN HUKUKA SİYASETİ SOKMAK YERİNE; HUKUKU SİYASETE EGEMEN KILMAK ERDEMİNİ GÖSTEREN SİYASİLER, TARİHİN EBEDİ SAYGISINA LÂYIK OLACAKLAR VE HEP BÖYLE KALACAKLARDIR..... NE MUTLU ONLARA !.....**

AKSİ; TARİHTE ÇOK YAŞANDI, İNSANLAR İSTIRAP ÇEKTİ, HAKLAR ÇİĞNENDİ, BU OLUMSUZLUKLARDAN KENDİLERİ DE FAZLASI İLE PAY ALDILAR. DİLERİZ Kİ; GEÇMİŞTEN DERS ALINSIN, İNSANLIK, BİR DAHA BUNLARI YAŞAMASIN.

Bu bağlamda yargımız için diyoruz ki;

-Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunda Bakan ve Müsteşarı bulunmamalıdır.

Ayrıca; mensubu oldukları yüksek mahkemeyi, kendilerini bu göreve lâıyk gören meslektaşlarını ve mesleğin gereksinimlerini, kurul üyelerinin yer yer görmezlikten geldiklerine ilişkin, yargı çevrelerindeki egemen görüş, zaman zaman üzüntü ile ifade edilmektedir. Kurulda görev alan ve alacak olan seçkin meslektaşlarıma saygı ile hatırlatır, aktarırım.

-Sakıncaları nedeniyle; kurul sekreteryası ve müfettişlerinin, Bakana ve Müsteşara bağlılığına da son verilmelidir.

-Kurul doğrudan doğruya yüksek yargı organlarında yapılan seçimlerle; adli ve idari yargı için ayrı ayrı oluşturulmalıdır. İşin gereği ve tasarruflarının isabeti için bu şarttır.

-Kurula seçilenlerin asli görevleri ile ilgileri kesilmeli ve yeniden seçilmemelidirler. Kurul üyelerinin inceleme zaman ve olanağının azlığı, kararname başta olmak üzere çoğu tasarruflarını doyurucu olmaktan uzaklaştırmaktadır. Kararlarına yargı yolunun kapalı olması da; giderilmesi gerekli önemli bir sakıncadır.

Bu hususların tümünü ve benzerlerini, gerekçelerini içeren raporlarımız ve kanun tasarısı hazırlıklarımız halinde, yıl içinde ilgili mercilere sunmuş bulunmamıza rağmen, hiçbir ses çıkmamış hiçbir yanıt alınmamıştır.

c-Kamuya karşı bağımsızlık

Demokrasilerin ve yargılamanın açıklık (aleniyet) ilkesi gereği; bireylerin öğrenme-bilme özgürlüğü; basının da bunu sağlama ve yardımcı olma görevi vardır. Basın bu nedenle dördüncü kuvvettir. Unutulmamalıdır ki; demokrasiler özgürlüklerin koşullarını belirlemiş, sınırlarını çizmiştir. Hiçbir özgürlük başka özgürlüklerin yok edilmesinde kullanılamaz. Olayları izleyip olduğu gibi aktarmak, sağlıklı yorum yapmak, basının görev ilkesidir. Halkın sesi basın; siyasal-ekonomik paylaşımdan kaynaklanan çekişmelerin aracı edilmekten sakınılmalı, iddia – hüküm - savunma ya da yasama-yürütme görevlisi olma gibi yönelimlerden kaçınılmalı ve her alan sahiplerine bırakılarak, demokratik rejimin, kurallarına uygun işleyişine katkıda bulunulmalıdır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Anayasamızda yer alan **"kesin hükümle saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz"** evrensel hukuk kuralı gereği; Anayasamızda ve Basın Kanununda; **aleni duruşmada okununcaya kadar belgelerin yayınlanmayacağı; hüküm kesinleşinceye kadar da mahkeme kararı için görüş açıklanmayacağı ve yayımlanamayacağı** belirtilmiş ve yayın ilkeleri de, ilgili Yasalarında ayrıntılarıyla saptanmıştır. Buna karşın; kamuya açıklanan gizli hazırlık soruşturması ifade ve belgeleri..... Hükümün kesinleşmesini beklemek bir yana; olayın ardı sıra geliştirilmiş senaryolar biçiminde ve infaz boyutundaki yayınlar, bu özgürlüğün hukuka aykırı kullanımlarıdır. Beğenmediği yargı kararlarını; gösteriler, protestolar, ayıplamalar ve hakaret boyutuna varan sataşmalarla doldurarak; beğendiklerini de övgülerle, kutlamalarla süsleyerek kamuyu yönlendirmek, hukuka gölge düşürür, hakka zarar verir. Böyle; yerinde olmayan davranışlarla yargının iç sükûneti bozulursa ve ona olan güven sarsılırsa, doğacak kaos, toplum için felakettir. Çöken adalet çatısının altında kalmayacak hiçbir değer söz konusu değildir. Onun sağlıklı varlığı, toplumun temel güvencesidir.

Hüküm; ancak kesinleştikten sonra, bilimsel, hukukî ve art düşünceden uzak olarak eleştirilmelidir.

Demek istemiyoruz ki; tüm yargı mensupları istisnasız, sütten çıkmış ak kaşıktır. Hayır !..... Her kesimde olduğu gibi mesleğimize yakışmayanlar, görev suçu işleyenler olmuştur ve olacaktır da. Bunlar ortaya çıkarıldığında, yöntemine uygun olarak, yasal gereği yapılır. Şu iyi bilinmelidir ki, yargıçlar ne hata işlemezdirler, ne de suç işleme veya kötü davranışta bulunma ayrıcalığına sahiptirler. Aksine; daha titiz olmakla yükümlüdürler. Zira; yasal sorumluluğa ek olarak, vicdanî sorumluluk da görev gereği onlara yüklenmiştir. Onların aykırılıklarını; yasa korumadığı gibi, vicdanları da kendilerini ebediyen ıstıraba mahpus ve mahkûm eder...

Çünkü; onlara emanet edilen HAK:

- Yüce Tanrının sıfatı !.....
- Kulun beklentisi !.....
- İnsanlığın ereği !.....
- Çağdaşlığın en önemli gereği !.....
- Toplumun temel direğidir !.....

HÂKİM İSE:

-Bu yüce değeri dağıtmanın yeminli görevlisidir. Veyl!..... Bu görevde sapma gösterenlere.....

Ne mutlu !..... Tekmil nitelikleriyle hâkim olabilen bu mesleğin seçkin, vefalı ve cefakâr mensuplarına.

Yargının İşlevlerini Etkin ve Eksiksiz Yerine Getirmesi Sorunu

Toplumun düzeni, kişilerin esenliği, yönetimlerin başarısı yargının işleviyle doğru orantılıdır. Buna göre:

- Memurun Muhakematı Hakkındaki; adı GEÇİCİ olan Kanun, 85 yıldır hâlâ kaldırılmamıştır. Yargı, onu yürürlükte kaldığı sürece uygulamaya mecburdur; iyi - kötü kanun diye ayırım yapma yetkimiz yoktur. Bu ve benzeri nice hukuk kuralını bil-meyenler, bu kanun uygulandığında, "...devlet zırhı altına saklayarak sanığı koruyan YARGITAY'DAN KIYAK" diye, bilmezliği töhmete dönüştürebilmektedir. Bu tutum asla, hak bilirlilik değildir.

-Hayat, yasama organının çalışmasından daha hızlı seyrettiği için, yasaların yetersizliği sıkıntılar yaratmakta, bunlar da bilmezlikten dolayı yargıya yüklenerek, yıpratılmaktadır. Lütfen bu yanlışlıklardan kaçınılsın. **Yargı, yeri geldiğinde herkesin sığınacağı en sakın liman olarak kalmalıdır.** Yasamanın ve yürütmenin sorumlu olduğu ekonomik sorunların, eğitimsizliğin ve toplumsal aksaklıkların yarattığı çekişmeler ve kökeni bu olan suçları önleyici yasal düzenlemeler yapılmalı, suça dönüşenlerle mücadele eksiksiz sürdürülerek, **HUKUKUN ÖNGÖRDÜĞÜ NİTELİKTEKİ DELİLLERİYLE YARGIYA SUNULMALIDIR.** Bu yapılmadığı için yaygınlaşan; "...sanık tutuldu ama, vargı serbest bıraktı..." biçimindeki hukuk dışı söylemler; yargıyı, yönetimi, toplumu sarsmakta, bundan güç alanlar da; devlet kurumlarını aciz görmeye, onları aşmaya yönelmekte, kanun tanımazlık cesaretlenmektedir. Bütün bunların önlenmesi; ulusun özleyip gözlediği toplumsal barışı ve huzuru getirecektir.

ÖNEMLİ BAZI SORUNLAR

-Yargının yükü azaltılmalıdır.

1997 yılında Yargıtay'a 404.417 dosya gelmiş, yerel mahkemelerde ceza - hukuk toplam 3.655.284 davaya bakılmış ve savcılıklarda 2.293.547 hazırlık evrakı işlem görmüştür. Bu yükü azaltmanın yakın çarelerinden birkaçı.....

-İdari para cezalarının kapsamı genişletilmelidir.

-**DEVLETİN TARAF OLDUĞU** yüzbinlerce hukuk davasını önleyici, yönetsel ve yasal önlemler getirilmelidir.

-Hazine avukatlığı dava takibinde başarı sağlayacak şekilde donatılmalı, ne karar verilmiş olursa olsun "...bir kerde Yargıtay'dan geçsin..." biçimindeki uygulamalarına son verilmelidir.

- Küçük ve işi az yerlere adli teşkilât kurulmamalı, görevli dağılımı dengelenmelidir. Şöyle ki; Bozkır'a 21 km'deki Yalıhöyük adliyesine 1997 yılında; toplam 97 dava ve 40 hazırlık evrakı gelmiş, iki hâkim iki savcı görevlidir. Sivas'ta İKİ ağır ceza-

da sadece 126 dava bulunmasına karşın, Üsküdar da BİR ağır ceza 1000'in üzerinde davaya bakmak zorunda bırakılmıştır. Çok görülen bu aksaklık giderilmelidir.

-Cumhuriyet Savcılarına bağlı **ADLİ ZABITA** mutlaka kurulmalı, böylece; idarî zabita yoluyla yürütmenin yargıya müdahalesi görüntüsü önlenmeli, iş gerçek ehline teslim edilmelidir. Savcıların görev etkinliği artırılırsa, birbirleriyle zincirleme ilişkileri nedeni ile, faili meçhul suçlar büyük ölçüde çözülür, yönetime ve yargıya güven artar. 1997'ye girerken ağır cezalı ve DGM'lik; 523.702 FAİLİ MEÇHUL - DAİMÎ ARAMALI dosya bulunması, konunun ürkütücü ve acil olduğunun rakamsal göstergesidir.

-Mesleğin kaynağı, bilim yuvaları **HUKUK FAKÜLTELERİNE** ve mensuplarına gerekli olanaklar devletçe sağlanmalıdır. Öğretim üyesiz, eğitim-öğretim olanaklarından yoksun hukuk fakülteleri, ergin hukukçular yetiştiremez. Hukuk devleti için gerekli iyi hukukçuları yetiştirme olanağından yoksun; bir tabeladan – bir törenden ibaret hukuk fakülteleri açılmamalıdır. Bu durumdakiler için de gerekenler ivedilikle ve yüreklilikle yapılmalıdır. Bugünkü gidiş; yarıların adalet işlerini naehil ellere bırakacak, yetkin olmayan hukukçuların çokluğu, yakın geleceğin gündemini çarpıklıkları ile zorlayacaktır. Son yapılan hâkimlik giriş sınavındaki bu fakültelerin başarı oranlarının %4-6 oluşu yetkilileri düşündürmelidir. Önemli kuşklar yaratmakta olan bu konunun tek sorumlusu; sadece ve sadece böyle fakülte açan zihniyettir, başka hiç kimse değildir.

-Meslekî eğitim geliştirilmelidir. Kaymakam adaylarında olduğu gibi 12 aylık yurtdışı dil eğitiminden sonra göreve başlama olanağı mesleğimize de sağlanıp uygulanmalıdır. Küçülen dünyadaki yerimizi alırken, hukukumuzun ve hukukçularımızın buna uyum sağlaması zorunludur.

-İnfaz kurumları suç okulu veya mafya lojmanı değil, infaz kurallarının eksiksiz uygulandığı, uygar devlete ve insan onuruna yakışır nitelikteki yerler olmalıdır.

- Hükmedilen cezanın yaklaşık 2/5'i, 3713 sayılı Yasa gibi düzenlemelerle 1/5'i ancak çektirilmektedir. Hâkimler, çok ceza verme yanlısı kesinlikle değildir ama, yasanın öngördüğü cezayı vermekte görevimizdir. **Fakat; açıkladığımız yozlaştırılmış infaz uygulaması, kesin hükmü küçümsenir duruma düşürmekte, "...-VERİLEN MÜEBBETE BAKMA!... SADECE 8 YIL YATAR ÇIKARIM!..."** anlayışını doğurmakta, devletin ve yargının otoritesi böylece sarsılmaktadır. Kökten düzeltilmelidir.

- Ceza etkinliğini çürüten diğer bir aksaklık da; sunduğumuz kapsamlı önerilerimize rağmen, görevlilerin ilgilerini esirgedikleri; para cezalarının sağlıklı bir sisteme kavuşturulmamış olması sorunudur.

Örneklesek; saldırgan sarhoşlukta 180.000 lira; namus, şöhret vakar ve hay-siyete taarruzda - hakarete 1.670.000 lira olan komik para cezası ve benzeri nice-leri, düzeni bozucu, yargıyı küçümsetici, "**...-BU PARAYI ÖDERİM, SÖVMEME DE DEVAM EDERİM**" biçimindeki durumları ortaya çıkarmakta ve toplumu incitmekte-dir.

Bunlara karşın; etiketsiz helva satan bakkala 1.220.000.000 lira..... Ormana 4 km uzaklıktaki tarlasında anız yakan köylüye en az 1 yıl hapis ayrıca 3.050.000.000 lira para cezası verilmesi, büyük yakınmalara neden olmaktadır. **Yasamanın gider-mesi gereken bu çarpıklıkların hesabı, hiç ilgisi yokken; "BÖYLE ADALET Mİ OLUR ?" yakınmaları ile yargıdan sorulmaktadır.** Sıkıntıları giderici yasaları ulus ve yargı tez elden beklemektedir.

-İSTİNÂF MAHKEMELERİ; haklara güvenceyi artırıcı, Yargıtay'ın içtihat ya-ratma işlevine daha çok zaman ve imkan sağlayıcı bir ara yargı kuruluşudur. Bilim ve uygulama, gereklilik konusunu, tez elden sonuçlandırmalı, gereği yapılmalıdır.

-Çağdaş ülkelerin başvurduğu **KANUN HAKEMİ – ARABULUCULUK - UZLAŞMA** gibi kurumlar sağlıklı biçimde mevzuatımıza kazandırılmalıdır.

-Yargı yerleri; işin önemine, mensuplarının onuruna uygun halde değildir. Taşrada karanlık ve kiralık han köşelerinde, Yargıtay'da 6-7 hâkimin-savcının bir odada 2-3 m²'lik bir alanda, görev uğruna ömür çürüttüğünü..... Yardımcı persone-lin her yönden, çok daha perişan ve iç karartıcı durumda bulunduğunu açıklamaya kelimeler bulamıyorum. Gereğini ilgililerin sağ duyularına ve görev namuslarına ha-vale ediyorum.

- Kutsal savunma görevi **AVUKATLIK**, Bakanlık vesayetinden kurtarılmalı, özerkliğe kavuşturulmalı; barolar ve mensupları meslektaşlarımız, hak ettikleri say-gınlığa kavuşturulmalıdırlar.

-Bu bağlamda iki temel kanunumuzda yapılan değişikliklere de değinmek istiyorum:

TÜRK MEDENİ KANUNU TASARISI; öğretisi ve uygulamanın katılımları ile **OL-GUN BİR AŞAMAYA ULAŞTIRILMIŞTIR.** Hukuk Dairelerimiz ve Hukuk Genel Kurulumuz son incelemesinde tasarımı genelde yerinde bulmuş, değişiklik önerileri-ni de rapor halinde sunmuştur.

- **CEZA KANUNU TASARISI İSE, HENÜZ İSTENEN OLGUNLUKTA DEĞİL-DİR.** Birçok eksiklik ve aksaklık taşımaktadır. Bunları bildirmeyi görev sayan Kuru-mumuz kapsamlı raporunu ilgililere gönderdi. Ancak bunlar, göz ardı edilerek ön ta-sarı alelacele Meclise gönderildi. Tasarı bugünkü hali ile kanunlaşırca, öğretimizin ve uygulamamızın yetmiş yıllık emeği ve ürünleri **HİÇLENMİŞ OLACAK**, tüm taşlar yerinden oynayacak, çok büyük sorunlar ve sancılar yaşanacaktır.

İki örnek vereceğim:

Örnek bir -**TASARININ 251/2. MADDESİNE GÖRE; UYUŞTURUCU HER YERDE RAHATÇA İÇİLEBİLECEK, YAKALANAN KİMSE "...BEN TEDAVİ OLMAK İSTİYORUM..." DEYİNCE, KOVUŞTURULAMAYACAK, YANI; KARAKOLA GÖTÜRÜLÜP İFADESİ BİLE ALINAMAYACAKTIR. BÖYLECE, TÜRKİYE UYUŞTURUCU KULLANANLARIN SERBEST BÖLGESİ HALİNE GELECEK**, bu da satıcısını, taşıyıcısını, ihracatçısını ve ithalatçısını iştahlandırıp coşturacak, düşününüz o zaman dünya bize hangi gözle bakacak, ülkemiz ve gençliğimiz ne hale düşürülmüş olacaktır?.....

Bu nasıl hukukta yeniliktir?..... İleriliktir?..... Nasıl toplum korumaktır?..... Bu maddenin gerekçesinde, mağdursuz suç olduğu için sadece tedavi önlemi getirildiği belirtilmektedir. HAYIR ! Bu suç mağdursuz değildir. Mağduru; kör, sağır, sakat ve akıl malulü olarak doğacak nesilleri ile; tüm toplumdur.

Örnek iki- Anayasamızın **İNKILÂP KANUNLARI** dediği, rejim açısından önemleri nedeniyle Anayasaya aykırılığı ileriye sürülemeyen ŞAPKA - TÜRK HARFLERİ - GİYİLMESİ YASAK KİSVELER'e ilişkin suçlar, **ÖNÖDEME KAPSAMINA ALINMAKTADIR. YANI; BUGÜN İÇİN 20.900.000 LİRAYI ÖDEYEN KİMSE, BU SUÇLARDAN KAÇINI, KAÇ DEFA İŞLERSE İŞLESİN, HAKKINDA DAVA AÇILMAYACAK, CUMHURİYET SAVCILARI HEP TAKİPSİZLİK KARARLARI VERMEK ZORUNDA KALACAKLARDIR**. Anayasamızın başlangıç hükümleriyle ve Atatürk devrimlerinin korunması göreviyle, böyle bir yasa hükmü kesin bağdaştırılmaz.

Bu örnekler, Yargıtay'ımızın saptadığı, onlarca aksaklıktan sadece ikisidir.

Sayın parlamenterler !..... Tasarının bu haliyle yasalaşmasına engel olmanızı.....

Sayın Cumhurbaşkanı !..... Bu kanun böylece huzurunuzda gelirse veto etmenizi.....

40 yılını Türk Ceza Hukuku uygulamasına adanmış, 12 yıl Yargıtay Ceza Genel Kuruluna Başkanlık etmiş bir ceza hâkimi olarak, esirgemeyeceğiniz dikkatlerinize sunmayı, kaçınılmaz görev sayıyorum.

Yargıtay'ın tasarıya ilişkin görüş bildirmesini; tasarımı hazırlayan komisyonun üyesi bir sayın profesör, İHSASI REY (Oy açıklaması) - RED SEBEBİ (Hâkimin davaya bakamaması nedeni) olarak niteleyip kamuya duyurdu. OLAYSAL VE KİŞİSEL OLMAYAN - YASA METNİNE İLİŞKİN - NESNEL - GENEL - HUKUKSAL görüşleri, düşünce açıklama hürriyetini yok sayarcasına, bu biçimde değerlendirmeyi, Yasamanın ve hukuk kamuoyunun takdirlerine bırakıyoruz. Cumhuriyetimizin kuruluşundan beri, Yargıtay'ımızın yaptığı bu tür, hukukumuzda katkı sağlayıcı çalışmalarımızı ödev sayıyor ve sürdürüleceğimizi de belirtiyoruz.

-Önemli şu konuyu da vurgulamadan geçemeyeceğim. Türk Dili, yabancı sözcüklerin istilâsı tehlikesi ile karşı karşıyadır. İş işten geçmeden Fransız'ların yaptığı gibi yasal koruma getirilmelidir. Çünkü dil; eğitim-öğretimin, bilimin, hukukun ve ulus olmanın başat öğelerindedir.

Beni bağışlayınız, mesleğim adına, son görevlerimden biri olarak şu açıklamayı yapmaya, kendimi mecbur hissettim.

Mali olanaklar açısından özel sektör çalışanlarıyla karşılaştırılmamız zaten imkan dışı bir duruma gelmiştir.

Vereceğim örneklerle, kamu kesimi ödemelerindeki çarpıklıkları vurgulayacağım. Hiç kimse, ya da herhangi görevle nitelik karşılaştırması yapmak veya başkalarına karşı kıskançlık duymak bize yakışmaz. Örnekler sadece, görevimizin niteliğine uygun hakkımızın, esirgendiğini sergilemek içindir. Temmuz 1998'de bir yüksek mahkeme üyesine 268 milyon maaş verilirken; başka kurumdan aldığı emeklilik maaşının tamamı artı, 410 milyon görevdeki milletvekiline değil, EMEKLİSİNE..... Dul eşine de 310 milyon verilmektedir. İsimlerini saymayacağım, kamuda ayda 1,5-1,8 ve 3,5 milyar alanlar vardır. Yani; onlara, her ay bir yüksek mahkeme üyesinin onüç katı ödeme yapılmaktadır. 1997 yılında Yunanistan'da kişi başına düşen aylık ortalama milli gelir 940 \$, Yüksek Mahkeme Üyelerimizin Temmuz 1998 maaşı 930 \$ karşılığı Türk Lirasıdır. Rakamsal bu acı gerçekleri sergileyip vurguladıktan sonra herhangi yorum yapmıyorum. Yorumu, yapması gerekenlere bırakıyorum!..... Böylece; eşit üç güçten yargıyı, her yönden olanaksızlıklarla baş başa bırakmak, neredeyse onu dışlamak, ne yasamaya ve yürütmeye onurdur, ne de Türk Yargısına revadır.....

Çok sayıdaki kanun ve K.H.K. ile, bazı sözleşmeliye ilk ödenen miktar, kadrolununkinden daha fazla olduğu halde, fazla alanlara ayrıca ikramiye adı altında yeniden yüklüce ödemeler yapılmaktadır. Bu ikramiyelerin sayısını ve oranlarını belirlemenin o kuruluşlara bırakılması da dikkatlerden kaçırılmamalıdır. Başbakanlığın ve Maliye Bakanlığının yüksek malûmları olduğu için örnek vermeye bile gerek yok sanıyorum. Bizim bilmediğimiz, duymadığımız nicelerini, doğaldır ki onlar bilmektedirler.

Görülüyor ki; mesleğine yıllarını veren hâkimden, savcıdan, bilim adamından esirgenen olanaklar; kayıt dışı ekonomi gibi; yaratılan, bordro dışı **AYRICALIKLI** kamu çalışanlarına, hemen verilmektedir. **BU, NE ADALETLİ BİR DAĞITIM, NE DE HAKÇA BİR PAYLAŞIMDIR !.....** Bu çarpıklık neler getirir, neler götürür takdiri ve vebali, ilgililere aittir.

Hangi adla, ne maksatla olursa olsun yüklü biçimde sunulabilecek bütün yarar ve çıkarlara sırt çevirebilen, yüreğinde korkuya yer vermeyen yargıç ve savcılarının;

GÖREVDE; hiçbir yerde çalışmamak koşuluyla **EMEKLİLİKTE**, geçim kaygısı çekmemeleri çok önemlidir. Yargının, hürriyetlere ve mülkiyetlere hükmetme gibi; çok nazik ve pek etkin yetkisi gözetilerek; dışa karşı koruyucu, toplumun ona, onun kendine güvenini artırıcı bütün önlemler alınmalıdır.

Yeni bir yıl için cübbelerini giyen aziz meslektaşlarım sizlere sesleniyorum **!..... Birbirine aykırı çıkarları dengeleyecek, diğerini yok etmek isteyen ihtirasları dizginleyecek sizlersiniz...** Adalet terazisini namus ve vicdan diye kenetlenen ellerinizle, yalnız ve yalnız HAK'kın gerçekleştirilmesi için tuttuğunuzu asla unutmayınız..... Çıktığınız kürsülerin kutsallığı, onuru ve yüceliği önünde saygı ile eğilmemek ne mümkün!.....

Alınız ak, yüreğiniz sıcak, hükmünüz berrak, adaletiniz tam olsun. Ülkem ve ulusum adına hepinize başarılar diliyor, sevgilerimle kucaklıyorum.....

Seçkin konuklar,

Yargıtay'daki vefâkar çalışma arkadaşlarım,

Acı değilse de, oldukça buruk içerikli konuşmamı noktalarken, diliyor ve diyorum ki:

Belirtmeye çalıştığımız sorunların tümü, önümüzdeki yıllarda çözümlenmiş olsun.....

Benden sonra gelenlerin bunları söylemesine gerek kalmasın.....

Yargımız; ebedî özlem adaletin onurlu görevlisi olmayı sürdürsün.....

Sonsuza dek ülkemiz aydınlık, ulusumuz mutlu, Cumhuriyetimiz güçlü kalsın.....

Adlî yargımız ve Yargıtay'ımız adına sizlere en içten saygılarımı sunuyorum ve tekrar tekrar selamlıyorum.....

Türkiye Barolar Birliği Başkanı
Avukat Sayın **Eralp ÖZGEN**'in 1998-1999
Adalet Yılı'nın Açılışında
Yaptığı Konuşma.
7.9.1998

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli konuklar, sayın yargıç, savcı ve avukat meslektaşlarım, yazılı ve görsel basınımızın değerli temsilcileri, hepinize saygılarımı sunuyorum.

Bir yıl önce yine bu salonda, yeni kurulmuş hükümetimizin irtica ile mücadele kararlılığının verdiği mutluluk ve hükümet programında da yer verdikleri yargı reformunu gerçekleştirme sözünün yarattığı ümit içinde huzurlarınıza çıkmıştım. Şu anda aradan geçen bir yıl içinde, her iki konuda da bekleneni elde edememiş olmanın yarattığı bir burukluk içindeyim.

Yargı reformu konusunda hiçbir iyileştirme çalışması yapılmadan bir yıl geçirildi. Yargı halâ bağımsızlığına kavuşamadı. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nda boşalan her üyelik için Yargıtay ve Danıştay'a üyelerini doğrudan seçme hakkı tanınmayıp, Anayasamıza göre yürütmenin başı sayılan Sayın Cumhurbaşkanı'na bu konuda yetki tanındıkça, Adalet Bakanı ve müşteşarı kurulda üye olarak kaldıkça, Kurul'un kendi Personel Müdürlüğü ve Teftiş Kurulu kurulmadıkça ülkemizde yargı bağımsızlığı gerçekleştirilemeyecektir. Bu konuda gerek Barolar Birliği'nin, gerek yüksek yargı organlarımızın Başkanlarının görüşleri, istemleri yıllardır politikacılarımızca karşılanmadı. Geçtiğimiz son bir yılda da, hükümet programında yargı bağımsızlığının sağlanacağı vaat edilmiş olmasına rağmen yine hiçbir olumlu gelişme ortaya konulmadı.

Yargının bağımsızlığının tam olarak sağlanabilmesi için, muhite ve özellikle medyaya karşı bağımsızlığı sağlayacak yasal düzenlemelerin de yapılması gerekir. Muhite karşı bağımsızlıkta en önemli unsurun yargıcın kişiliği olduğunda kuşku yoktur; ancak özellikle medya baskısına karşı bunun yasal normlarla güçlendirilmesi gerekir. Bazı sorumsuz medya kuruluşları, sansasyon yaratmak ya da kendi dünya görüşlerini yargıya egemen kılabilme amacı ile emniyet, savcı ve yargıç görevini yüklenerek yargısız infazlar yapmakta ve kendi peşin hükümlerinin yargı kararı haline dönüşmesi için etki yapmaya çalışmaktadırlar. Yazılı basın için bu durumu önlemek amacıyla ile Basın Kanunu'nun 30. maddesinde bir hüküm yer almıştır. Bu hüküm ile, ceza koğuşturmasının başlamasından hükmün kesinleşmesine kadar geçen süre içinde yargıç ve mahkemenin hüküm, karar ve işlemleri hakkında mütalâa yayınlan-

ması yasaklanmıştır. Görsel basın alanında ise yasal boşluk mevcuttur. Etki gücü çok fazla olan görsel basın için de, haber verme özgürlüğünü koruyarak, benzer bir hükme gereksinim mevcuttur. Ancak son bir kaç yıldır, yazılı basında yer alan, yasa hükmüne aykırılıklar hakkında Savcılarımızın harekete geçmemiş olmalarının ve Yasanın anılan 30. maddesini uygulanmayan bir hüküm haline dönüştürmelerinin nedenini de anlayamamaktayız.

Yargının diğer sorunları da olduğu gibi devam etmektedir. Mahkemelerimiz son derece olumsuz fiziki koşullar içinde görev yapmaktadır. Yabancı dillerden dilimize girmiş olan "Adalet Sarayı" Kavramı, mahkemelerimizin çalışma koşulları karşısında kara mizah olmaktan öteye gidememektedir.

Yargı organlarımız gerekli mali olanaklara kavuşturulmamış ve bu nedenle ceza davalarında, pul yokluğu nedeniyle tebligatlar yapılamamış, benzin yokluğu nedeni ile de tutuklu sanıklar duruşmalara getirilememişlerdir. Yani kısacası, yargı tüm ihmal edilmişliği ile başbaşa bırakılmıştır. Bu nedenle; yeni Adalet Bakanımızın yargı reformu konusundaki gayretlerini gönülden destekliyoruz.

Öte yandan, yargıç ve savcı kadrolarının artırılmaması nedeni ile işyükü altında ezilen, ama buna rağmen iyi niyetle ve büyük bir özveriyle çalışan yargıç ve savcılarımız sayesinde ki bugün yargı ayakta durabilmektedir. İş yükünün fazlalığı sonucu, davalar uzamakta ve toplumun yargıya güveni giderek azalmaktadır. Adliye de yıllarca hakkını elde etmek için uğraş vermek yerine, belli bir bedel ödeyerek mafya aracılığı ile hak elde etme yolunu arayanların sayısı giderek artmaktadır. Bu da sonuçta, özellikle alacak davalarında yargının görevini mafyanın yüklenmesine neden olmaktadır. Bunun önüne geçmek için, mahkeme başına düşen dava sayısını azaltacak önlemlerin alınması gerekir. Bunu sağlamak için de, bir yanda yargıç ve savcı kadroları artırılırken, bir yandan da son derece basit bazı suçların idari para cezasını gerektiren fiiller haline dönüştürülmesi gereklidir.

Ceza infazı, ceza yargılamasını tamamlayan bir unsurdur. Cezaevlerimizin durumu ise içleracısı olmakta devam etmektedir. Cezaevlerimizde uzun zamandır yaşanan olaylar, devletin cezaevlerine egemen olamadığını göstermektedir. Cezanın ıslah edici niteliğini tamamen ortadan kaldıran koğuş sistemi, yasa dışı örgütlerin merkezi olmak yanında, bazı suçlular için de bir suçluluk okulu görevini yerine getirmektedir. Bu nedenle, hücre niteliği taşımayan oda sistemine mutlaka geçilmesi gerekir. Cezaevlerinde bazı mahkûmlar, çeşitli güçlere dayanarak cezaevi idaresi üzerinde etkili olmakta ve cezaevini adeta bir "sefa" evine dönüştürmektedirler. Edirne yarı açık cezaevinde yaşanan olaylar, Burdur cezaevinden kaçan Kürşat Yılmaz'ın kaçışından bir gün önce diğer mahkûmlara veda yemeği vermesi örnekleri, bir önceki Adalet Bakanımız Sayın Sungurlu'nun "cezaevlerinin çivisi çıkmış" teşhisinin doğruluğunu göstermektedir. Ancak yetkililerin görevi, bu aksaklıkları düzeltmektir; yoksa şikâyet etmek değil. Bu konularda da geçtiğimiz bir yıl içinde gerekli reformlar açısından ciddi hiçbir çalışma yapılmamıştır.

Ülkemizde "düşünce suçu" kavramı halâ geçerliliğini sürdürmektedir. Yasalarımızda bu yönden de hiç bir olumlu değişiklik yapılmamıştır. Suça azmettirme veya tahrik ve teşvik niteliği taşımayan, şiddeti önermeyen, kişilik haklarına saldırı niteliği taşımayan düşünce açıklamaları suç olmamalıdır. Bu açıdan yasalarımızın hükümleri yeniden gözden geçirilmeli ve gerekli değişiklikler gecikmeden yapılmalı, ülkemiz salt düşünceyi suç sayan ayıplı bir ülke konumundan kurtarılmalıdır. Bu vesile ile, hükümet tarafından Meclis'e sunulan Yeni Türk Ceza Kanunu tasarısı hakkında da görüşlerimi açıklamak isterim. Adalet Bakanlığı'nda bir komisyon tarafından hazırlanıp, kamuoyunda hiç tartışılmadan, Hukuk Fakültelerinin ve ilgili kurumların görüşleri alınmadan büyük bir acele ile Meclis'e tasarı olarak gönderilen Yeni Türk Ceza Kanunu tasarısının, hükümet tarafından geri çekilerek gerekli tartışma ortamının yaratılmasını, gelecek eleştirilerin aynı ya da yeni bir komisyonda değerlendirilmesini ve tasarı böylece olgunlaştırıldıktan sonra Meclis'e gönderilmesini diliyoruz. Bilgilerine güvenilir çeşitli hukukçular, muhtelif yayın organlarında tasarının içerdiği son derece yanlış ve sakıncalı hükümleri açıklamışlardır. Bu hükümlerin Adalet Komisyonu çalışmalarında düzeltilmesine olanak yoktur. Tasarı bu hali ile yasallaşacak olursa, ceza yargılamasında büyük bir kaos yaratacaktır. Bu konuda Yargıtay Başkanımızın çeşitli toplantılarda ve televizyon yayınlarında açıkladığı görüşlerine aynen katılıyoruz.

Yargı reformu çerçevesinde yine bir türlü sonuca ulaştırılmayan bir diğer konu da Avukatlık Yasası değişikliği konusudur. Hükümetin hazırlayıp sunduğu tasarı ile birlikte, Birliğimizce hazırlanan ve bazı milletvekillerince teklif olarak sunulan bir taslak Meclis Adalet Komisyonu'nun alt komisyonunda görüşülerek tek metin haline getirilmiştir. Ancak aylardır esas komisyonunda görüşülemeyen tasarının, 1995 yılında olduğu gibi, yine kadük olma kaderine terk edileceği anlaşılmaktadır. Tasarı mesleğimiz açısından önemli bazı değişiklikleri içermektedir. Herşeyden önce, Baroları ve Barolar Birliğini, Adalet Bakanlığı vesayetinden kurtararak savunma makamının bağımsızlığını sağlamaktadır. Yargının bir unsuru olan savunma makamının bağımsızlığı sağlanmadan, yargı bağımsızlığının tam olarak sağlanmasına olanak yoktur. Avrupa Birliğine üye ülkelerde "Avukatlar bağımsız olmadıkça yargı bağımsız olamaz Barolar bağımsız olmadıkça da avukatlar bağımsız olamaz" ilkesi temel ilke olarak kabul edilmektedir. Tasarı ayrıca, artık bir zorunluluk halini almış olan staj sonrası sınav sistemini getirmekte, avukatların şirketleşmesi olanağını öngörmektedir. Büyük gereksinim duyulan bu değişiklikleri içeren tasarının kadük olmasının önüne geçilecek, parlamento seçimlerinden önce yasalştırılmasını sağlamak için tüm siyasi partilerimizi gayret göstermeye davet ediyorum.

Bir yargı reformu, yargı mensuplarının kaynağını oluşturan Hukuk Fakülteleri ele alınmadan gerçekleştirilemez. Ülkemizde son yıllarda büyük bir sorumsuzluk ile,

bir bina bir tabela zihniyeti ile hareket edilerek açılan yeni Fakülteler sonucu, Hukuk Fakültelerimizin sayısı 26'yı bulmuştur. Ancak bu Fakültelerin çoğunda yeterli öğretim üyesi ve kütüphane mevcut değildir. Erzincan Hukuk Fakültesi örneğinde olduğu gibi, tek bir Profesörü, tek bir Doçenti olmayan, tüm eğitimi; sayıları son derece sınırlı Doçent yardımcıları ile yürütmeye çalışan Fakülteler mevcuttur. Yani özet olarak, yetişmiş öğretim üyelerinden ders almayan, değişik hukuk kitapları okuma olanığı olmayan bir hukukçu nesli yetiştiriyoruz. Bu koşullarda yetiştirilen hukukçular ile sağlıklı bir yargı sisteminin kurulmasına olanak yoktur. Bilgisiz yargıç, savcı ve avukatların görev yaptığı bir yargı sisteminde, adaletin devletin temelini teşkil etmesi de olanaksızdır. Bundan bir kaç ay önce Adalet Bakanlığı'na yapılan yargıç ve savcı sınavının yazılı kısmında barajı, sınava giren adayların ancak % 10'u aşabilmiştir. Yeterli öğretim üyesi bulunmayan Fakültelerimizin mezunlarında bu oran %0.9'a kadar düşmektedir. Bu sınavlarda barajı aşamayanlar, hatta Adalet Bakanlığı yetkililerinin belirttiğine göre sınavda "sıfır" alanlar, bir yıllık staj sonrası, yani sadece bir süre geçmesi ile avukat olabileceklerdir. Savunma makamının da yargının bir unsuru olduğu ve avukatların vatandaşların hukuki sorunlarında görev yapacakları düşünüldüğünde, bu sistemin ne derece yanlış olduğu ve biraz önce sözünü ettiğim, staj sonrası sınavın ne derece zorunlu olduğu anlaşılır.

Hukuk Fakültelerimizin sözünü ettiğim eğitimlerindeki bu yetersizlik yanında, özel Hukuk Fakülteleri'nin bazılarının birer diploma makinesi haline gelme tehlikesi de her zaman mevcuttur. Bu söylediğim hayali bir varsayım değildir. Ülkemiz 1970'li yılların başında bunları yaşamış ve o tarihlerde hazırlanan Cumhuriyet Senatosu raporunda bu tehlike vurgulanmıştır.

Hukuk Fakültelerine geçtiğimiz yıllarda sadece sosyal puan türü ile öğrenci alınıyordu. Böylece, hukukçunun kullanacağı en önemli araç olan "Türkçe"yi ve tamamen muhakemeye dayanan bir disiplinde, muhakemeyi geliştiren matematiği dikkate almayan, daha ziyade ezbere dayanan bir bilgi türünü temel alan bir sistem uygulanıyordu. Bazı Fakültelerimizin ve Birliğimizin bu konudaki başvurularını dikkate alan Yüksek Öğretim Kurulu'nun, önümüzdeki yıldan itibaren Hukuk Fakültelerine Türkçe-Matematik puanı ile öğrenci alınmasını kararlaştırmasını son derece olumlu buluyoruz. Bu kararın olumlu sonuçlarını önümüzdeki yıllarda göreceğimize inanıyor ve Yüksek Öğretim Kurulu'nu bu kararı nedeniyle kutluyorum.

Anayasamızın 83. Maddesinde yasama dokunulmazlığı hükme bağlanmaktadır. Maddenin içerdiği ilk husus, yasama sorumsuzluğu da denilen, milletvekillerinin Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Meclis'de ileri sürdükleri düşüncelerden sorumlu olmamalarını öngören hükümdür. Bu hüküm üzerinde hiç bir tartışma mevcut olmayıp, milletvekillerinin korkusuzca görev yapabilmelerinin bir gereği olarak Anayasa'da yer alması gereken bir hükümdür. Ancak, aynı madde içinde yer alan

ve seçimden önce ya da sonra, Meclis çalışmaları ile ilgili olmayan bir suç işlediği ileri sürülen milletvekilinin, Meclis kararı olmadan sorgulanmasını ve yargılanmasını engelleyen hüküm herşeyden önce bir ayrıcalık hükmü niteliğindedir. Ayrıca, bu hüküm temelinde yargıç ve savcılara güvensizlik yatmaktadır. Milletvekili olmayan vatandaşlar söz konusu olduğunda güvenilen yargıya, milletvekilleri söz konusu olunca güvenmemenin mantığını anlamaya ve kabule olanak yoktur.

Bu konuda, yetersiz olmasına rağmen ilk adım teşkil etmesi nedeni ile kabulü yerinde olacak bir Anayasa değişikliği teklifinin ilk görüşmesi Meclis’de yapılmış, ama aradan çok uzun bir süre geçmiş olmasına rağmen ikinci görüşmesi yapılamamıştır. Bu arada bazı milletvekillerinin dokunulmazlıklarının kaldırılmış olması, ayrıcalık niteliğindeki ve yargıya güvensizliği ifade eden hükmün haklılığını göstermez ve değiştirilmemesi için bir gerekçe oluşturmaz. Haklarında ihaleye fesat karıştırmak, adam öldürmeye azmettirmek, sahte evrak düzenlemek gibi iddialar bulunan milletvekilleri mevcuttur. Bu iddialar hakikaten doğru ise, yani bu suçlar gerçekten işlenmişse, milletvekilliği sıfatı suçun cezasından kurtulmanın bir nedeni olmamalıdır. Buna karşın iddialar haksız, yanlış ise milletvekili yargılanıp, aklanabilmeli ve hakkındaki kuşkulardan kurtulabilmelidir. “Temiz toplum” yaratmanın yolu budur.

Ceza yargısının temelinde hazırlık soruşturması yer almaktadır. Yasamıza göre hazırlık soruşturmasını yürütmek savcının görevi olmasına ve emniyetin sadece savcının emri altında hareket eden yardımcı niteliği mevcut bulunmasına rağmen, ne yazık ki uygulamada savcılarımızın bir kısmı bu görevi tamamen emniyet mensuplarına bırakmış durumdadırlar. Yeterli bilgilerle donatılmış ve siyasi etkilerden tamamen kurtarılmış suç koluğu halâ kurulmadığı için, bu uygulama arzulanmayan sakıncalı sonuçlara neden olabilmektedir. Büyük bir feragat ile fedakarca çalışan ve son zamanlarda mafyaya karşı çok başarılı operasyonlar yürüten ve bu nedenle gönülden kutladığımız emniyet mensuplarımızın büyük çoğunluğu arasına maalesef daha ziyade siyasi etken ve nedenlerle karışmış bir takım kişiler mevcuttur. Fedakâr emniyet mensuplarının arasına karışan bu kişilerdir ki, işkence yöntemlerini uygulamakta, yeraltı örgütleri ile sıkı ilişkiler içine girmektedirler. Bu tip emniyet mensuplarının bir grubunu, Nisan ayı sonlarında Aydın Ağır Ceza Mahkemesi’nde yaptıkları ve doğrudan doğruya yargı kararına yönelik eylemleri ile tanımiştık. Bu tip emniyet mensuplarının hukuk dışı davranışlarından en büyük üzüntüyü, yasal sınırlar içinde görevlerini yapan dürüst polislerimizin duyduğundan eminim. İçişleri Bakanlığı ile Emniyet Genel Müdürlüğü’ne düşen görev, emniyet teşkilâtımızı bu tip kişilerden temizlemektir. Artık ülkemizde işkence yapan polis istemiyoruz; insan haklarına tam uyum içinde bir soruşturma istiyoruz. 1992 yılında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nda yapılan çağdaş değişikliğin, mahkeme ayrımı yapılmaksızın tüm ceza soruşturmalarında uygulanması için gerekli yasal değişiklik yapılmalıdır. Ayrıca bu değişik-

liklerin geçerli olduğu soruşturmalarda da, yasa hükmünün gerçekten uygulanmasını, bir takım hilelerle yasa hükmünün uygulanmasını bir takım hilelerle yasa hükmünün uygulanmasından kaçınılmasını istiyoruz. Susma hakkı ile avukat isteme hakkını hatırlatan ve sanığın avukat istemediğini belirten satırların, ifade tutanaklarında basılı şekilde yer alması, yasa hükümlerinin gerçekte uygulanmadığının açık bir delilidir. İzmir Baromuzun İzmir Adliyesinde yaptığı bir araştırmasının sonuçlarına göre, 1997 yılında çek suçları hariç 41.000 adli kayıt yapılmıştır. Bu adli kayıtlar için talep edilen müdafî sayısı 4426'dır. Ancak bunların 3920'si 18 yaşından küçükler, yani müdafî bulundurulması zorunlu olanlar içindir. Bu durumda 18 yaşından büyük olanlar için 41.000 olayda müdafî talebi 506'dan ibarettir. Yani olayların sadece % 1.23' için müdafî istenmiştir. Bu dahi biraz önce belirttiğim saptamanın gerçekliğini gösterir niteliktedir. Bu konuda savcılarımıza da büyük görev düşmektedir. Adana Cumhuriyet Başsavcısı, ilindeki emniyet ve jandarmaya yayınladığı bir tamim ile, yakalanan kuşkulunun ifadesinin ancak Savcı tarafından alınacağını, emniyet ve jandarmanın ifade almamasını belirtmiş ve savcılar arasında işbölümü yaparak 24 saat nöbetçi savcılarını belirlemiştir. Adana Cumhuriyet Başsavcısı'nın yasaya uygun bu tamiminin, diğer Başsavcılıklara da örnek olmasını gönülden dilerim.

Bazı mafya liderlerinin son zamanlarda yakalanması ve elde edilen ifadelerden edinilen bazı gerçekler, Susurluk olayından beri gündemde olan, mafyanın devletin hemen hemen tüm kurumlarına sızdığını bir kez daha gözler önüne sermiştir. Özellikle Milli İstihbarat Teşkilatı'nın böyle bir iddia ile karşı karşıya bulunması, üzerinde büyük bir ciddiyetle durulması gereken bir konudur. Mafya ile ilişkisi bulunan, onları koruyan ya da vaktiyle korumuş olan devlet görevlilerinin, hangi kurumda çalışıyor olursa olsunlar, gecikmeden yargı önüne çıkarılmaları gerekir. Bunu sağlamak için Memurin Muhakematına ilişkin yasada öngörülen usuli işlemler süratle yerine getirilmelidir. Bu vesile ile belirtmek isterim ki, Osmanlı döneminden kalma, adı dahi "geçici yasa" iken, ülkemizin en devamlı yasası haline gelen bu yasa ele alınıp, günün koşullarına uygun hale getirilmelidir.

Geçtiğimiz yıl Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve bu yıl da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin oluşumunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinde yer alan "adil yargılanma hakkı"na aykırı olduğuna karar vermiştir. Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin kuruluşundan beri onları olağanüstü mahkeme olarak kabul ederek karşı çıkan Türkiye Barolar Birliği'nin haklılığı, böylece uluslararası bir mahkeme kararı ile de vurgulanmış olmaktadır. Bu durumda, sözkonusu mahkemelerin oluşumunda değişiklik yapılmadığı takdirde, bu mahkemelerin bütün kararlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce insan haklarına aykırı sayılacağı ve ülkemizin tazminat ile yükümlü kılınacağı anlaşılmaktadır. Anayasamızın 2 nci maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti insan haklarına saygılı bir dev-

lettir. O halde bu mahkemelerin insan haklarına aykırılığı saptanan hükümlerinin gecikmeden düzeltilmesi ve aslında en doğru ve yerinde olarak bu mahkemelerin kaldırılması gerektiğine inanıyoruz.

Yargının etkinliğinin olmadığı bir ülkede, hukuk devletinin varlığından söz edilemez. Yargının etkinliği ise, herkesin yargı kararlarına uyması ile sağlanır. Bu nedendir ki, Anayasamızın 138 nci maddesi “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiç bir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez” hükmünü öngörmüştür. Ancak, devletimizin üst düzey yetkilileri de dahil olmak üzere yargı kararlarına uymamanın, yargı kararlarına aykırı temel atmaların, santral işletmelerin giderek olağan bir hal aldığı üzülmekteyiz. Daha alt düzey yetkililer de bundan cesaret alarak yargı kararlarına aykırı davranabilmektedirler. Bu davranışlar herşeyden önce, yargıya adeta bir gözdağı niteliği taşımaktadır. Unutulmalıdır ki, hiç bir makam ve organ yargı kararlarını uygulayıp, uygulamama konusunda bir takdir hakkına sahip değildir. Bu gün yargı kararını hiçe sayanların, yarın yargı güvencesine gereksinim duyabilecekleri hatırdan çıkarılmamalıdır. Artık “yasaları bir kere ihlâl etmekten bir şey olmaz” zihniyetini mutlaka terk etmemiz gerekir. Ayrıca, yargı kararını uygulamayarak Anayasa’nın 138 nci maddesine aykırı davrananların ve Cumhuriyetimizin hukuk devleti niteliğini böylece zedeleyenlerin bu fiilleri basit bir görevi ihmal olarak görülmemelidir. Bu nedenle, yargı kararına aykırı davrananlar hakkında daha ciddi hukuki sonuçlar doğuracak düzenlemelerin yapılması gerekir.

Gerçek yargı reformunun sağlanabilmesi için, görüldüğü üzere, Anayasamızın bazı hükümlerinde de değişiklik yapmak gerekmektedir. Parlamentomuzun 12 Eylül Anayasasını ortadan kaldırarak, sivil bir Anayasa yapması gerektiğine inanıyoruz.

Yargı ile yakından ilgili ve son aylarda ülke gündemini işgal eden önemli bir konu genel af konusudur. Öncelikle belirtmek isterim ki, tarihi açıdan genel af, imparator ve padişahların mutlak iktidarların sonucu, tebarlarına, kullarına bağışladıkları bir lütf idi. Günümüzde mutlak hükümdarlıkların son bulması ile birlikte bu yetki de son bulmuş ve batı ülkelerinin anayasalarında “genel af” yetkisi kabul edilmemiştir. Ancak ülkemizde, anayasalarımızın verdiği yetki sonucu af yasaları çıkarılmıştır. Günümüzde genellikle kabul edildiği üzere, genel af ancak siyasi bunalımlardan sonra toplumsal barışı sağlamak amacı ile ve sadece siyasi suçlular için kabul edilmektedir. Siyasi olmayan suçluların affı, cezaların önleme etkisini ortadan kaldırdığı için ceza hukuku doktrininde doğru görülmeyen bir yoldur. Esasen 647 sayılı İnfaz Yasası gereği, cezaların sadece 5’de 2’sinin infaz edildiği, ondan sonra hükümlülerin adeta otomatik olarak şartla salıverildiği ülkemizde bir genel af yasası, cezanın suçu önleyici etkisini tamamen ortadan kaldıracak, suç mağdurlarını bir kez daha mağdur ederek, onların devlete ve yargıya olan güvenlerini de yok edecektir.

Anayasamızın 87 ve 14 nci maddeleri gereği siyasi suçluların çoğu affedilemez iken, siyasi olmayan suçluların affı, sosyal adalete ters düşecek, toplumsal barış ve huzuru zedeleyecektir.

Ülkemizin genel affa değil, kapsamlı ve ciddi bir yargı reformuna gereksinimi mevcuttur. Ceza hükmü içeren yasaların eskimiş hükümleri çağa uydurulmadan, malî insandan fazla koruyan hükümler değiştirilmeden çıkarılacak bir genel af ile hiç bir sorun halledilemez. Cezaevlerimizde ıslah edici niteliklerinin olmadığı bilinmektedir. Ancak cezaevlerimizin durumu düzeltilmeden çıkarılacak bir af, kısa bir süre sonra yeni bir affın gerekçesini oluşturur. Önemli olan suçluları sokağa salmak değil, onları ıslah ve rehabilite edecek koşulları yaratmaktır.

Ülkemizde ayrılıkçı terörün gücünün giderek yok edilmesi sevindiricidir. Bu sonucu kanları ile sağlayan şehitlerimizi minnet ve saygı ile anıyoruz. Bu konuda yetkililerden beklediğimiz, ayrılıkçı teröristler ile, etnik grupların kültürel kimliklerinin birbirine karıştırılmamasıdır. Ülkemizde asırlardır bir arada dostça ve kardeşçe yaşayan ve birbirinden ayıramaz bir gökkuşağı oluşturan farklı etnik grupların kültürel özelliklerini geliştirme hakkını, bir ayrılıkçılık olarak görmek son derece yanlıştır. Aksine bu hakkın serbestçe kullanılabilmesi, ülkemiz açısından bir kültür zenginliği oluşturacaktır. Geçmiş dönemlerin uyguladığı yanlış politikalar sonucu, Doğu ve Güneydoğu bölgelerimizdeki olayların temelinde yer alan sosyal, siyasal ve ekonomik nedenler gözardı edilmiş, bölgede yaşayan yurttaşlarımızın devleti, ülkesi ve ulusu ile kaynaşıp, barış ve huzur içinde geleceklerine güvenle bakabilmelerini sağlayacak atılım yapılamamış, önlemler alınamamıştır. Daha fazla gecikmeden bu alanlardaki eksikliklerin giderilmesi gereklidir.

PKK'nın bir terör örgütü olduğu pek çok ülke tarafından kabul edilmişken, dost gözükken bir kısım ülkelerin bunu bir kurtuluş hareketi olarak niteleyerek 1920'lerde başaramadıklarını şimdi bu yolla başarmaya ve böylece Sevr'i hortlatmaya çalışmaları son derece üzüntü vericidir. Lozan'ın yıldönümünde, bu anlaşmanın imzalandığı binada Türk devletinin kutlama yapmasına izin vermeyen, ama buna karşın aynı gün PKK uzantılarına gösteri izni tanıyan İsviçre'nin tutumu buna bir örnektir. Ancak bu ülkelerin amaçlarına ulaşamayacaklarına ve Lozan'da çizilen mısaklı milli sınırlarımız içinde bağımsız ve üniter devlet varlığını devam ettireceğimizi en ufak bir kuşku da mevcut değildir.

Örgütü zor duruma düştüğünde ateşkes önerip, barıştan söz eden; ancak toparlanınca terörist eylemlerine tekrar başlayan PKK liderinin son ateşkes önerisine iyi niyetle yaklaşmanın acısını 33'er ve erbaşımızın hayatı ile ödediğimizi unutmadık.

Konuşmamın başında, hükümetin irtica ile mücadele konusundaki vaatlerini gerçekleştiremediğini söylemiştim. Gerçekten geçen bir yıl içinde, sekiz yıllık kesintisiz eğitim yasının çıkarılması dışında irtica ile mücadele de başarılı bir çalışma yapılmış değildir. İrtica ile mücadele için öngörülen yasa tasarıları halâ Meclis ko-

misyonlarında uyutulmaktadırlar. Hükümet ortakları ile ona destek verenlerin yaptıkları anlaşmalarda bu yasaların çıkarılması konusunda da temel bir anlayışa varmalarını beklerdik.

Şeriat düzeni özlemcileri, geçen yıl gerçekleşen hükümet değişikliğinden sonra, daha değişik bir taktikle aynı amaç için çalışmaktadırlar. Herşeyden önce bazı kavramların anlamı değiştirilmeye çalışılmakta ya da içi boş kavramlar haline getirilmeye uğraşılmaktadır. "Şeriat dindir" denilerek, Şeriata karşı çıkanlar, dine karşı çıkanlar olarak gösterilmeye çalışılmaktadır. Oysa açıkça bilinmektedir ki, bizler şeriata karşı çıkarken bu kavram ile dine ve dini inançlara değil, din kurallarının temel alınacağı teokratik devlet yapısına; devletin sosyal ve hukuki hayatının din kurallarına dayandırılmasına, yani kısaca dindarlara değil, dincilere karşı çıkmaktayız.

Laiklik kavramı da, içi boş bir kavram haline getirilmeye çalışılmaktadır. Anayasa Mahkememizin bir kararında belirtildiği üzere, her ülkenin laiklik anlayışı, kendi sosyal koşullarına göre belirlenir. Esasen Anayasamızın 24 ncü maddesinin son fıkrasında "laiklik" kavramı ülkemiz açısından tanımlanmış bulunmaktadır. Bu hükme göre laiklik, devletin ekonomik, sosyal ve hukuk düzenlerinin kısmen dahi olsa dini esaslara uydurulmamasıdır. Keza bu hükme göre laiklik dinin, kişisel ya da siyasal yarar için alet olarak kullanılmamasıdır.

Basında yer alan haberlerden öğrendiğimize göre, Başbakanlık Takip Kurulu, Temmuz ayı başında hazırladığı bir raporda devlet kademelerindeki şeriatçı kadrolaşmanın tüm hızı ile sürdüğünü vurgulamış ve buna bazı örnekler vermiştir. Bu rapora göre, 40'a yakın vali, 100'e yakın vali yardımcısı, 300 civarında kaymakam, 100'den fazla yargıç ve savcı, çeşitli üniversitelerde 400 civarında öğretim görevlisi, İçişleri Bakanlığı'nda başta mülkiye müfettişleri olmak üzere 200'den fazla üst düzey yönetici, Emniyet Genel Müdürlüğü'nde bazı illerin emniyet müdürleri de dahil olmak üzere 100 civarında görevli ve her Bakanlıkta çok sayıda personel irticai faaliyetlerini sürdürmektedir. Aslında bu rakamların çok düşük tutulduğu da açıktır. Başbakanlık Takip Kurulu'nun verdiği ve aslından çok düşük tutulan bu rakamların ve çizdiği tablonun ülkemizin geleceği açısından yarattığı tehlike açıktır.

Anayasamızın 2 nci maddesinde Cumhuriyetimizin laik bir hukuk devleti olduğu belirtilirken, Edirne İdare Mahkemesi, Yasaları, Anayasa'nın 153 ncü maddesine göre "yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri" bağlayıcı niteliği olan Anayasa Mahkemesi kararlarını, kendisinin yüksek mahkemesi durumunda olan Danıştay kararlarını hiçe sayarak, Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulu'nun kararını esas alarak hüküm vermiş; sadece teokratik bir devlette görülebilecek şekilde dini fetvaya, hukuki değer vermeye çalışmıştır. Ancak esas üzücü olan bu karar karşısında Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu'nun hareket-sizliği ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun suskunluğudur. Unutulmamalıdır ki, susmanın sorumluluğu, konuşmanın sorumluluğundan daha ağırdır.

Öte yandan, Anayasamızın 174 ncü maddesi ile devrim yasası olarak korunmakta olan 677 sayılı yasa ile yasaklanmış bulunan tarikatlar, açıkça faaliyetlerini sürdürmektedirler. Bir siyasi parti liderimiz, devrim yasasına aykırı olan bu tarikatlardan birisini "olumlu tarikat" olarak niteleyebilmekte ve onun liderini adeta koruması altına almaktadır. Bu tarikat lideri, İtalya'ya gittiğinde havaalanında Büyükelçimiz tarafından karşılanmakta ve Dışişleri Bakanlığımız bu konuda herhangi bir işlem yapmamaktadır.

Tarikatların genellikle kurdukları çeşitli vakıflar aracılığı ile etkinlik gösterdikleri ve özellikle eğitim alanında bu vakıflar aracılığı ile militan yetiştirme gayreti içinde oldukları bilinmekte olmasına rağmen, bu tür vakıfların ciddi bir denetime tabi tutulmalarını anlamak mümkün değildir.

Yasalara aykırı olarak faaliyette bulunan tarikatların doğurdukları en büyük tehlike, eğitim alanına el atmış olmalarında yatmaktadır. Çeşitli yurtlarda, özel ilk, orta ve yüksek öğretim kurumlarında, beyinleri ufak yaşta yıkanan militanlar yetiştirme gayreti içindedirler. Gelecek kuşakları, Atatürk'ün çizdiği uygar ve aydınlık yolda değil; orta çağın karanlığı içinde yetiştirmeye çalışmaktadırlar. Basın organlarında hangi üniversitede hangi tarikatların etkin olduğunun listeleri yayınlanmaktadır. Ve ne yazık ki, bu tür çalışmalara karşı devletimizin yetkili organları da tam bir hareketsizlik içinde sadece seyirci kalmaktadırlar.

Hepinizin bildiği bu örnekleri daha fazla arttırarak zamanınızı almak ve içinizi daha fazla karartmak istemiyorum. Son olarak şunu önemle vurgulamak isterim: Bizler, Atatürk devrim ve ilkelerinin açtığı aydınlık yolda yürümeye devam edeceğiz. Ülkemizde teokratik bir sistem kurmaya, ulusumuzu ümmet yapmaya ve orta çağ karanlığını egemen kılmaya çalışanlar bunda başarı sağlayamayacaklardır. Bu kişiler karşılarında yargıcıyla, savcısıyla, avukatıyla aydın Türk hukukçularını daima bulacaktır.

Yeni adli yılın başarılı geçmesini diler, hepinize saygılar sunarım.

FRANCHISE SÖZLEŞMESİ

Pınar ÖZTÜRK (*)

•ANLATIM DÜZENİ: I-Franchising Tarihi Gelişimi. A-Dünyada Franchising. B-Türkiye'de Franchising. II-Franchising'in Fonksiyonları. A-Franchising'in Sosyal Faydaları. B-Franchising'in Taraflarına Sağladığı Avantajlar. III-Franchise Sözleşmesinin Tanımı, Unsurları, Tarafların Hak ve Borçları ve Türleri. A-Tanımı. B-Unsurları. C-Tarafların Hak ve Borçları. D-Türleri. IV-Franchise Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması. A-Hukuki Niteliği. B-Benzeri Sözleşmelerle Karşılaştırılması. 1-Acentalık Sözleşmesiyle Karşılaştırılması. 2-Tek Satıcılık Sözleşmesi ile Karşılaştırılması. VI-Türk Rekabet Hukuku Bakımından Franchise Sözleşmeleri.

FRANCHISE SÖZLEŞMESİ

Franchising bir sürüm yöntemi olarak tarihi çok eskilere dayanmakla birlikte, modern anlamda II. Dünya savaşından sonra ABD'de uygulanmaya başlamış ve oradan tüm dünyaya yayılmış olan bir sistemin adıdır. Bu sistem, üretimin her geçen gün artması, tüketici taleplerinin daha kaliteli ve tanınmış markalara sahip mallara yönelmesi sonucunda, üreticilerin mallarını ve hizmetlerini, tüketicilere ulaştırmak amacıyla farklı yer ve bölgelerde bağımsız çalışan franchise alanlarla sözleşme yapmaları sonucu ortaya çıkmıştır.

Franchising, hem franchise veren (*franchisor*) hem de franchise alan (*franchisee*) bakımından pek çok avantajlar sağlar. Öncelikle bu yöntem ile *franchisor* daha az masrafla ve personel sorunlarıyla uğraşmaksızın mallarının sürümü olanağını elde eder. Aynı şekilde *franchisee* de kendi ticari bağımsızlığını koruyarak, tanınmış bir işletmenin mallarını satarak, diğer satıcılara karşı bir avantaj elde eder. Ancak belirtmeli ki, bu sistemde sadece mallar ve hizmetler pazarlanmamakta, aynı zamanda franchise alanların tanınmış bir sisteme entegrasyonu da amaçlanmaktadır.

Özellikle 1980'li yıllardan itibaren ülkemizde de gerek yabancı, gerek yerli franchising'ler kurulması, bunların hukuki niteliği konusunun incelenmesi gereğini ortaya çıkarmıştır. Bu konuda çok değerli iki eser mevcuttur. Biz bu yazıda kurumu tanıtarak, hukuki niteliği konusunda özet bilgiler vermeyi amaçlıyoruz. Ayrıca yazı-

(*) Yıldız Teknik Üniversitesi Araştırma Görevlisi.

nın son bölümünde 13 Aralık 1994 tarihinde Resmi Gazete yayınlanarak yürürlüğe giren 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun açısından, franchise sözleşmelerinin rekabet hukuku bakımından rekabete etkileri de incelenecektir.

'Franchising' terimi ilk olarak sistemin ortaya çıktığı ABD'de kullanılmaya başlanmış, daha sonra sistemin diğer ülkelere de yayılmasıyla birlikte terim aynen benimsenmiştir.(1)

İngilizce bir terim olan 'franchising'in etimolojik kökeni Fransızca 'franc', 'francher' kelimesidir. Bu terim, hür, serbest, bağımsız, muaf anlamına gelir.(2) Bugün Fransızca 'franchise', İtalyanca 'franchigia' ile İngilizce 'franchise' kelimeleri 'imtiyaz', 'bağışıklık' anlamındadır.(3) (4) Ülkemizde de bu konuda yazılan eserlerde 'franchise' kelimesinin kullanılması tercih edilmiştir.(5) Biz de uluslararası ticaret hayatında yerleşmiş bu terimi kullanmayı tercih ediyoruz.

- (1) Bu terim hem İngilizce hem de Almanca ve Fransızca konuşulan ülkelerde de 'franchising' ya da 'franchise' olarak kullanılmıştır (KIRCA, Ç.: FRANCHISE SÖZLEŞMESİ, ANKARA 1997, s.3, dnp.2); Bu sistem, İtalyanca'da da 'franchising' (*il franchising*) olarak ifade edilmektedir. Bkz. AMOROSO, M./BONANI, G./COLOMBI, F./FRIGNANI, A.: IL FRANCHISING, ROMA 1988.
- (2) GÜRZUMAR, O.B.: FRANCHISE SÖZLEŞMELERİ, İSTANBUL 1995, s.1.
- (3) Karş. İNGİLİZCE RED HOUSE SÖZLÜĞÜ ve FRANSI/CA – TÜRKÇE BÜYÜK SÖZLÜK; İtalyanca'da ise, 'franchigia' olarak ifade edilen sözcük tarihsel gelişim içinde feodalite döneminde kral ve beyler tarafından halka çeşitli alanlarda tanınan özerklikler için kullanılmıştır (AMOROSO/BONANI (Colombi/Frignani), p.15). Bu, feodal beyin kendi hizmetinde çalıştırdığı bazı kişilere, topraklarının bir kısmını belli bir ücret karşılığında işleme ve üretimini artırması veya pazarlarda belli bir ticareti yapması için verdiği bir imtiyaz şeklinde olmakta ve franchise alan kişiler, bunun karşılığında feodal beye vergi vermemekte ve fakat işledikleri topraklar ve yaptıkları ticaret sonucunda elde ettikleri gelirlerin bir kısmını ona ödemekle yükümlü kılınmaktaydılar (KIRCA, s.4); Aynı anlamda Osborn's Concise Law Dictionary'de 'franchise' kelimesinin karşılığı olarak "a special right conferred on a subject by the crown" olarak verilmiştir. Bkz. OSBORN'S CONCISE LAW DICTIONARY, Ed.8, LONDON 1993, p.151.
- (4) Deniz sigortaları alanında 'franchise'ın farklı bir anlamı vardır. Deniz taşımacılığında yapılan sigorta sözleşmelerinde, sigortacı belirli bir miktarın altında kalan hasarı, belirli koşullar altında ödemekle yükümlü değildir. Ancak bu miktarı aşan hasarın ödemesi tam olarak yapılır. Bu şekilde küçük ve önemsiz hasar talepleri, muafiyet kapsamında tutulmaktadır. İşte muafiyet tanınan bu hasar tutarına "franchise" denilir (TUNCER, S.: Bir Dağıtım ve Pazarlama Yöntemi Olarak: Franchising, İSTANBUL SANAYİ ODASI DERGİSİ, 22 Ocak 1992, Y.26, S.311, s.49, 50).
- (5) Bkz. GÜRZUMAR, s.1, KIRCA, s.3, SABAN, N.: FRANCHISING VE VERGİLENDİRME, İSTANBUL 1997, s.1. Buna karşılık, AKYOL 'münhasır satış ve servis imtiyazı' (AKYOL, Ş.: BORÇLAR HUKUKU, Özel Borç İlişkileri, İSTANBUL 1984, s.40,41), TUNCER 'işim ve işletme hakkını kullanma' gibi kavramlarla ifade etmişlerdir (TUNCER, s.49). Bu kavramların, kurumun bütün unsurlarını içermediği ve tek satıcılık ya da lisans gibi benzeri sözleşmelerden farkını da açıkça ortaya koyamadığı gerekçesiyle yetersiz olduğu ileri sürülmüştür (KIRCA, s.3, dnp.3; TUNCER, s.49).

Franchising sistemi bir sözleşme ile kurulur. 'Franchising' sözkonusu sistemin adıdır. 'Franchise' ise, sistemi oluşturan haklara ilişkin paketi ifade eder.(6) Bu nedenle bu yazıda 'franchising' aşağıda ayrıntılı olarak anlatılacak olan bir sürüm yöntemine ilişkin sistemi(7), franchise sözleşmesi ise, bu sistemin oluşturulmasında franchise-veren (*franchisor*) işletme sahibi ile franchise-alanlar (*franchisees*) arasında yapılan sözleşmeyi ifade etmek için kullanılacaktır.

I-FRANCHISING'İN TARİHİ GELİŞİMİ

A-DÜNYADA FRANCHISING

Tarihi gelişim içerisinde franchising, bir modern dağıtım yöntemi olarak 20 yy'ın başlarında ABD'de *General Motors*, *Singer* gibi büyük firmaların ürettikleri malları daha geniş tüketici kitlelerine yaymak için diğer bölgelerde bulunan tacirlerle yaptıkları sözleşmeler ile başlamıştır.(8) Aslında bu alanda öncülüğü 1863 yılında dikiş makinası üreticisi olan *Singer Sewing* şirketi yapmıştır. Bu şirketin, belli bölgelerde şirket adını ve markasını kullanarak ürünlerinin münhasır satış hakkını, bağımsız nitelikteki gezici tacirlere bırakması, franchising olarak nitelendirilmiştir.(9) Ancak belirtmeli ki, burada bugünkü anlamdaki bir franchising bulunmamaktaydı. Çünkü haklardan oluşan bir franchising paketi bulunmayıp, sadece malların aynı marka ve isim altında pazarlanması sözkonusu olmuştur.(10) Bunu otomobil, akaryakıt(11) ve alkolsüz içecekler alanında yapılan franchising'ler izlemiştir.(12)

Franchising sisteminin yaygınlaşması esas olarak II.Dünya savaşından sonra olmuş ve bu durum 'franchise patlaması' (*franchise boom*) olarak nitelendirilmiştir.(13) Amerika'da doğup gelişen bu sistem, daha sonra Amerikalı franchise-veren-

(6) SABAN, s.7.

(7) Bu sistem, malların ve/veya teknolojinin pazarlandığı, franchise verenin kendi anlayışına uygun olarak işini yürütmek için franchise-alana sözleşme ile imtiyaz verdiği, hukuksal ve mali yönden bağımsız işletmeler arasında yakın ve sürekli işbirliğine dayanan sistemin adıdır (SABAN, s.1, dpn.6'daki yazarlar).

(8) AMOROSO/BONANI (Colombi/Frignani), p.16.

(9) KIRCA, s.5, dpn.15'deki yazarlar.

(10) Bu tür franchising'ler aslında 19 yy'da 'Avrupa'da tek satıcılık sözleşmesi' (*exclusive distribution contract*) olarak adlandırılan sürüm yönteminden farklı nitelikte değildir. Bu nedenle bunlar 'birinci kuşak amerikan franchising türleri', 'ürün ya da üretim franchising' (Product Distribution Franchising) olarak adlandırılmaktadır (GÜRZUMAR, s.1; KIRCA, s.5-6).

(11) İngiltere'de akaryakıt alanındaki franchising'ler dikkat çekicidir. Bu alanda ilk öncülüğü 1950 yılında *Esso* yapmıştır (DAINTITH, T.: Vital Fluids: Beer and Petrol Distribution in English Law, FRANCHISING AND THE LAW, BADEN-BADEN 1991, p.147).

(12) KIRCA, s.5.

(13) AMOROSO/BONANI (Colombi/Frignani), p.16.

lerin, bunu Kanada, Japon ve Avrupalı tacirlere ihraç etmeye başlamasıyla tüm dünyaya yayılmıştır.(14)

Modern, bugünkü anlamında franchising de, II.Dünya savaşından sonra görülmeye başlamıştır. Bu tür franchising'ler 'işletme franchising'i olarak adlandırılmış ve franchise-alan sadece franchise-verene ait olan marka ve isim haklarının yanısıra, kendi işletmesini franchise-verenin kurup geliştirdiği sisteme maximum düzeyde entegre etmektedir. Bu ilişkide franchise-alan, franchise-verene ait marka, işletme adı, know-how gibi işletmeye ait fikri ve sınai hakları kullanarak, franchise-veren tarafından belirlenen ilkelere uygun olarak üretim, işletme ve pazarlama faaliyetlerinde bulunmaktadır. Bu ilişki süresince franchise-veren de, zincirine dahil ettiği bu işletmeyi gözetip, desteklemektedir.(15) Görüldüğü gibi bu sistemde, sadece franchise-veren tarafından üretilen malların sadece bir bölgede tekel hakkına sahip olarak satımı sözkonusu olmamakta, malların ve hizmetlerin sürümü yeknesak bir yönetim ve pazarlama anlayışıyla tüketicilere yapılmaktadır.(16) Bu görünümüyle franchising, klasik sürüm yöntemlerine(17) alternatif olarak ve bunların gelişen ekonomilerde yeterli olmaması sebebiyle ortaya çıkmıştır.(18)

Bugün Avrupa'da franchising'ten anlaşılan modern anlamdaki işletme franchising'idir.(19) Bu nedenle incelememizde franchising, işletme franchising'i olarak ele alınacaktır.

B-TÜRKİYE'DE FRANCHISING

Ülkemizde, franchising ancak 1980'li yıllardan itibaren uygulanmaya başlanmıştır.(20) Bu konuda öncülüğü 1985 yılında *Mc Donald's* yapmıştır.(21) Daha sonraki franchising'ler de yine fast-food alanında görülmüştür.(22)

1990'lı yıllara gelindiğinde ülkemizde franchising uygulaması bazı başarısızlıklar gösterse de gelişmeye devam etmiştir. Bunun nedeni dünyada kendi alanların-

(14) AMOROSO/BONANI (Colombi/Frignani), p.16; Bir Avrupa ülkesi olan İtalya'da sistemin uygulanmaya başlanması 1970 yılını bulmuştur. Bkz. Aynı eser, p.18.

(15) GÜRZUMAR, s.2.

(16) KIRCA, s.7.

(17) Bunlar, şube açma, acenta, komisyoncu gibi bağımsız tacir yardımcılarını atamadır.

(18) KIRCA, s.6.

(19) GÜRZUMAR, s.2; KIRCA, s.8.

(20) KIRCA, s.8; MUSTAFAOĞLU, M.: SORULARLA FRANCHISING TÜRKİYE UYGULAMASI, İTO YAYIN NO: 1996-48, s.47.

(21) MUSTAFAOĞLU, s.47.

(22) Bunlar, *Wendy's*, *Wimpy*, *Kentucky Fried Chicken* ve *Pizza Hut* zincirleridir (MUSTAFAOĞLU, s.47).

da lider durumunda olan bazı firmaların(23) Türkiye'deki ilk denemelerinin başarısızlıkla sonuçlanmasıdır. Ancak günümüzde ilk dönemde yaşanan bunalımlar atlatılmış ve franchising sistemi pazar içerisinde önemli bir yer elde etmiştir. Bugün için ülkemizde yabancı zincirlerin(24) yanısıra yerli zincirler(25) de kurulmuştur. 2000 yılı için yapılan tahminlere göre, franchising türü satışların tüm perakende satışların yarısına ulaşacağı beklenmektedir.(26)

Bu alanda çalışmak üzere 1991 yılında Ulusal Franchising Derneği (UFRAD) kurulmuştur.(27) UFRAD'ın amacı, franchising'in Türkiye'de doğru biçimde gelişmesini ve uygulanmasını sağlamaktır.(28) Ayrıca UFRAD, Uluslararası Franchise Birliği (IFA) ve Avrupa Franchise Federasyonu (EFF) ve diğer ülkelerdeki ulusal franchising birlikleriyle de ilişkilerini sürdürmektedir.(29) Bunun dışında FS 'Franchise Specialist' adlı özel bir şirket franchising sistemi hakkında danışmanlık hizmetleri yapmaktadır. Bu şirket, franchise almak ve vermek isteyenler için en uygun zincirin ya da franchisee'lerin seçilmesinden, anlaşma şartlarının hazırlanmasına kadar pek çok konuda hizmetler vermektedir.(30)

II-FRANCHISING'İN FONKSİYONLARI

Franchising, bir dağıtım ve pazarlama yöntemi olarak, kendi üretim ve hizmet alanlarında isim yapmış firmaların, ürettikleri mal ve hizmetlerin başka bölgelerde

(23) *Fuddracker's, Dairy Queen, Baskin-Robbins* gibi firmalar Türkiye'deki ilk yerlerine kapatmak zorunda kalırken; *Wendy's, Wimpy, Mail Boxes, 7 Eleven, Jani King* zincirlerinin temsilciliğini yapan firmalar da ortak değişikliği yaşamışlardır (MUSTAFAOĞLU, s.47-48).

(24) Bunlardan bazıları, *Office 1 Superstore, Mado, Mudurnu Fried Chicken, Raksotek, Burgy's, LC. Waikiki, Sicily's Pizza, Mr. Bricolage, Migros*'tur.

(25) Bunlardan bazıları, *Sultan Ahmet Köftçisi, Ülker Shop, Ceylan, Hacıoğlu Lahmacın, Sampi Pide, Melike & Zeynep, Vakko Gömlek*'tir.

(26) MUSTAFAOĞLU, s.48.49.

(27) UFRAD'a üye olabilmek için iki üyenin tavsiyesi istenmekte, eğer yabancı bir zincirin Türkiye halkaları alınmışsa ana firmanın kendi ülkesindeki franchise derneğine üye olması, üyeliğe kabul için yeterli görülmektedir. Yerli bir firma franchise veriyorsa veya yabancı bir ülkede dernek üyesi olmayan bir zincirin temsilciliği alınmışsa, önce iki tane franchise verilmesi beklenir, sonra franchising uygulamalarına bakılarak üyelik başvurusu kabul veya reddedilir (MUSTAFAOĞLU, s.51-52).

Derneğin kuruluş amaçları şunlardır: Franchising sisteminin Türkiye'de sağlıklı şekilde yerleşmesi ve yürütülmesi, franchise anlaşmasında iki tarafın uyum içinde çalışmalarını sağlamak, franchise güven duyulması ile ilgili gerekli çabaların gösterilmesi, sistemin geliştirilmesi için kaynaklar oluşturulması, franchise ile ilgili kişilere bu sistemi tanıtmak, franchise'i yurt dışında yaymak amacı ile basında ayayın yaptırmak, konferans, seminerler düzenleyerek sistemi tartışmak ve kamuya mal etmek, franchise ile ilgilenen kişi ve kuruluşlara danışmanlık hizmeti vermektir (TUNCER, s.53).

(29) MUSTAFAOĞLU, s.51.

(30) MUSTAFAOĞLU, s.52-53.

üretimini, tanıtımını ve pazarlanmasını sağlamak için, bu kişilere bilgi ve teknolojilerini aktardıkları, iki taraf arasındaki hukuki ilişkinin de bir sözleşme ile kurulduğu sistemin adıdır.(31)

Franchising, modern sürüm ve dağıtım sistemi olarak sosyal faydalarının yanında, ilişkinin taraflarına da birtakım avantajlar sağlar.

A-Franchising'in Sosyal Faydaları(32)

1-Franchising, küçük ve orta ölçekli işletmelerin gelişmesini sağlar. Üretim ve teknoloji alanındaki gelişmeler, küçük ve orta ölçekli firmaların, büyük firmalar karşısındaki rekabet gücünü azaltmakta ve onların piyasadan tamamen silinme ya da bağımsızlıklarını kaybederek, büyük işletmelere katılma tehlikesini ortaya çıkarmaktadır. Ancak bu işletmeler, bu sistem sayesinde tanınmış, rekabet gücü olan mal ve hizmetlerin pazarlanmasını üstlenerek, hem bağımsızlıklarını koruma, hem de rekabet olanaklarına kavuşarak, pazar içinde kalabilme imkanını elde etmiş olurlar. Bu durum, küçük ve orta ölçekli işletmelerin ayakta kalmasını ve bu yolla çalışan yeni işletmelerin kurulmasıyla yeni istihdam olanaklarının doğmasını sağlar.

2-Franchising, bu yolla tüketicilere de uygun fiyatla kaliteli mallar ve hizmetlerden yararlanma olanağı sağlar. Tüketiciler, nerde olurlarsa olsunlar, tanınmış bir markası olan, güvenilirliğini kanıtlamış mal ve hizmetleri kolaylıkla elde edebilirler.

3-Bir başka açıdan franchising sistemi ile, bu sisteme dahil olanların hepsinin uymakla yükümlü olduğu, malların ve hizmetlerin sunulmasında uyulacak standartlar ve ilkeler tek bir merkezden geliştirilir. Bu konuda her franchise-alanın ayrıca bir araştırma yapması gereği yoktur. Bu durum işletme masraflarını azaltarak tüketicilerin daha ucuza mal ve hizmet elde etmelerini sağlar.

B-Franchising'in Taraflarına Sağladığı Avantajlar(33)

Franchising, ilişkinin iki tarafına da karşılıklı olarak birtakım avantajlar sağlar:

1-Franchise-verene (*franchisor*) sağladığı avantajlar

a-Kendisi tarafından geliştirilen ve kullanılan üretim, işletme ve pazarlama sistemine bağlı olarak, kendi ilkelerine ve anlayışına uygun olarak mallarının ve hizmetlerinin başka bölgelerde de pazarlanmasını sağlar ve bu şekilde sürümünü geniş pazarlara yayma olanağı elde eder.

(31) TUNCER, s.49.

(32) Ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCA, s.8 vd.

(33) Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜRZUMAR, s.4, 5; KIRCA, s.10 vd.

b-Franchise-veren, bu sistem sayesinde, sürümü arttırmak için gerekli olan işletme ve personel masraflarından kurtulur. Çünkü franchise-alanlar kural olarak kendi bölgelerindeki işletmelerin kuruluş ve personel masraflarını kendileri karşılar.

c-Franchise-alanın, kendisine ilişkinin devam ettiği sürece ödeyeceği franchise ücretleri (*royalty, laufende franchisegebühren*) sayesinde, fazladan bir kâr elde eder.

d-Kendisinin işletme ve pazarlama sisteminin oluşturulmasında ve geliştirilmesinde yaptığı masraflar (yeni teknolojilerinin araştırılması ve sisteme adapte ettirmesi gibi) franchise-alanın başlangıçta ödediği 'giriş ücreti' (*franchisee-fee, abschlussgebühr*) sayesinde bir ölçüde azalır.

e-Franchise-alan kişinin hukuken bağımsız bir tacir olarak çalışması, franchise-alanın hukuki ve ekonomik risklerini azaltır.

2-Franchise-alana (*franchisee*) sağladığı avantajlar

a-Franchise-alan, kendi ad ve hesabına çalışan, kendi işletmesini işleten hukuken bağımsız bir kişidir.

b-Franchise-alanın bağımsız çalışırken, denenmiş, tanınmış bir markayı kullanması, onun bu isim ve markanın piyasada oluşturduğu prestijden yararlanmasını sağlar. Bu şekilde, o, tek başına böyle bir sistemin geliştirilmesinde harcayacağı sermayeden çok daha azını harcayarak, rakipleri karşısında üstünlük elde eder.

c-Tanınmış bir marka ve isim hakkını elde eden franchise-alan, başlangıçta elde ettiği bu rekabet avantajını, ilişki müddetince franchise-verenin kendisine sağladığı danışma, eğitim, reklam gibi alanlarda sağladığı desteklerle de sürdürme olanağına kavuşur.(34)

(34) Franchising'in her iki tarafı için de sağladığı avantajların yanısıra birtakım dezavantajlarına da işaret edilmektedir. Gerçekten franchising, franchise-alan için, bağımsız çalışma ile bağımlı (işçi olarak) çalışma arasında bir statü yaratır. Birçok konuda franchise-alan, franchise-verene bağımlıdır. Ayrıca franchising'e ilişkin herhangi bir mevzuatın bulunmaması ve franchise sözleşmelerinin genel işlem şartları taşıması, taraflar bakımından birtakım dezavantajlar sağlar (STREETWISE BUSINESS, OCTOBER/NOVEMBER 1997, p.27.

III-FRANCHISE SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, TARAFLARIN HAK VE BORÇLARI VE TÜRLERİ

A-TANIMI

Görüldüğü gibi, franchising sistemi bir sözleşme ile kurulur. Bunun uygulamada çok değişik türleri olduğu için farklı tanımlar verilmektedir. Doktrinde franchise sözleşmesi **GÜRZUMAR** tarafından şu şekilde tanımlanmıştır:

"Franchise sözleşmesi, franchise -verenin, kendisine ait üretim, işletme ve pazarlama sistemini oluşturan fikri ve sınai unsurlar üzerinde, franchise-alana kullanma (lisans) hakları tanıyarak, onu kendi işletme organizasyonuna (yani sözkonusu sisteme göre faaliyet gösteren işletmeler zincirine) entegre etmek ve onu bu sisteme dayanan ticari faaliyeti sırasında devamlı olarak desteklemek borcu altına girdiği; franchise-alanın ise, hem (sözkonusu sistemin içerdiği ve franchise-verenin belirlediği ilkelere uymak ve kendisine kullanma hakkı verilen fikri/sınai unsurlardan yararlanmak kaydıyla) bu sisteme dahil mal veya hizmetlerin sürümünü kendi nam ve hesabına yapmayı ve desteklemeyi, hem de franchise-verene belli bir ücret ödemeyi taahhüt ettiği; sürekli bir borç ilişkisi kuran, kanunda düzenlenmemiş ve tam iki tarafa borç yükleyen bir çerçeve sözleşmedir."(35)

Bir tanıma göre franchise sözleşmesi, bir kimsenin, bir başka kişinin yönergelerine bağlı olarak ve bir bedel karşılığında, onun ürününü ya da servisini değerlendirerek pazarlama imtiyazı elde ettiği ve bu sayede piyasada isim yapmış bir pazarlamacının tanınmış özelliklerinden yararlanarak kendi ad ve hesabına üçüncü kişilere mal ve hizmetler sağladığı bir sözleşmedir.(36)

Bir başka tanıma göre franchise sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, bu sözleşme ile, taraflardan biri (franchise-veren)tarafından yaratılan ve geliştirilen, mal ve hizmetlerin pazarlanmasını kapsayan bir çeşit pazarlama anlayışı çerçevesinde, franchise-veren, diğer tarafın (franchise-alanların) işletmelerini kendi sistemine üye yapmayı ve bu işlemleri sürekli olarak maddi ve manevi açıdan desteklemeyi borçlandıkları, franchise alanının ise, franchise-verenin talimatlarına göre mal ve hizmet sürümünü sağlama ve desteklemeyi ve satışlardan bağımsız, periyodik olarak belli bir miktar parayı, kimi zaman da başlangıç ücretini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.(37)

(35) GÜRZUMAR, s.10.

(36) HATEMİ, H./SEROZAN, R./ARPAÇI, A.: BORÇLAR HUKUKU (ÖZEL BÖLÜM), İSTANBUL 1992, s.55, 56.

(37) Bu tanım MARTINEK tarafından yapılmıştır. Alıntı KIRCA, s.15-16'dan yapılmıştır.

KIRCA tarafından yapılan tanıma göre franchise sözleşmesi, konusu bir mal ve/veya hizmetin sürümü ve dağıtımı olan, bununla mal ve/veya hizmeti üreten ve/veya satan franchise verenin; adı, sembolü, markası gibi gayri maddi mal ve değerlerini kullanarak bunların sürümünü yapma hakkını bir ücret karşılığında, belli bir bölgede kendi ad ve hesabına çalışan, bağımsız kişilere (franchise alanlara) vermeyi borçlandığı; ayrıca mal ve/veya hizmetlerin en iyi şekilde pazarlanmasını sağlamak için pazar araştırması ve tanıtım (reklam) yapmak, bu konuda kendine özgü bir anlayış geliştirip, bir organizasyon kurmak ve franchise alanları çalışmalarından yararlandırarak şekilde bir organizasyona dahil etmek yükümlülüklerini üstlendiği; buna karşılık, franchise alanın ise, ücret yanında sözleşme konusu malların sürümünü desteklemek, bu konuda gerekli tüm bilgileri franchise verene iletmek, franchise verenin pazarlama ilkelerine, talimatlarına uymak eğitim programlarına katılarak bu doğrultuda işletmesini yürütmek ile yükümlü olduğu sürekli bir sözleşmedir.(38)

B-UNSURLARI

Franchise sözleşmesi, taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi doğuran, tam iki tarafa borç yükleyen (*synallagmatik*) çerçeve sözleşmedir.(39)

1-Franchise sözleşmesi, sürekli borç ilişkisi içeren bir sözleşmedir.(40) Sürekli edimler içeren sözleşmelerde, borçlu borcunu zaman içinde devamlı ve aralıksız olarak, sürekli bir davranışla ifa etmekle yükümlüdür.(41)

Franchise sözleşmesi, sözleşmenin her iki tarafı için karşılıklı birtakım hak ve yükümlülükler doğurur.(42) Bu yükümlülüklerden bazıları, başlangıç ücreti, mal alımı, işletmenin donatımı gibi hemen ifası mümkün olabilen edimler olmasına karşılık, franchise alanın sürümü arttırma, periyodik ödemelerde bulunma gibi süreklilik arzeden borçlardır. Bu nedenle ani nitelikli edim yükümlülerinin bulunması sözleşmenin bu niteliğini etkilemez.(43)

Franchise sözleşmesinin bu niteliği gereği, sürekli borç ilişkileri hakkında geçerli olan ilkeler bu sözleşme için de uygulama alanı bulacaktır. Örneğin, hakimnin bazı hallerde sözleşmeye müdahalesini gerektiren 'işlem temeli (işlem temelinin

(38) KIRCA, s.19.

(39) GÜRZUMAR, s.28; KIRCA, s.22; SABAN, s.38.

(40) KIRCA, s.20.

(41) OĞUZMAN, M.K./ ÖZ.T.:BORÇLAR HUKUKU (GENEL HÜKÜMLER), İSTANBUL 1995, s.9-10. Bir borç ilişkisinde asli borçlardan en azbiri sürekli edimi gerektiriyorsa o borç ilişkisi sürekli bir borç ilişkisidir (OĞUZMAN/ÖZ, s.10).

(42) Bkz. İlgili kısımdaki açıklamalar.

(43) GÜRZUMAR, s.26, KIRCA, s.21.

çökmesi) teorisi'nin(44) uygulanması durumunu ortaya çıkarır. Bu durumda sözleşme değişen koşullara uydurularak fesihten kurtarılmış olur.(45) (46)

Franchise sözleşmesinin, sürekli bir borç ilişkisi doğuran bir sözleşme(47) olmasının diğer bir sonucu, sözleşmenin feshi halinde ki, bu fesih olağan veya olağüstü fesih olabilir, feshin teknik ve gerçek anlamda bir fesih olması ve ileriye etkili (*ex nunc*) sonuçlar doğurmasıdır.(48)

2-Franchise sözleşmesi, bir çerçeve sözleşmedir.(49) Çerçeve sözleşme, taraflar arasındaki hukuki ilişkiden doğan, temel hak ve yükümlülüklerin temelini oluşturur ve ileride taraflar arasında gerçekleştirilecek olan münferid hukuki işlemlere temel teşkil eder. Franchise sistemindeki hakların kullanılması ve ticaret markasının devri, bu sözleşme ile düzenlenemez. Bu özelliği nedeniyle franchise sözleşmesini tamamlayan, malların teslimi, eğitim esaslarının belirlenmesi gibi birçok tamamlayıcı sözleşmelerin yapılmasını gerektirir. Tek başına franchise sözleşmesinin varlığı, teslim alma, semeni ödeme gibi münferid edim yükümlerinin talebi imkanı doğurmaz.(50)

3-Franchise sözleşmesi, bir standart (formüler) (51), birim(52)) sözleşmedir.(53) Franchise-verenin, kendisinin kurduğu ve geliştirdiği bir sisteme, bir başka kişiyi (franchise-alanı) entegresi, uygulamada kendisi tarafından hazırlanmış bir

(44) GÜRZUMAR, s.27.

(45) GÜRZUMAR, s.27.

(46) Bu konuda iki ilke çatışmaktadır. Bunlar, sözleşmenin ifasını, şartların değişmemesine bağlayan (*clausula rebus sic stantibus*) ilke ile ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesidir. Her iki ilkenin de katı bir biçimde uygulanması adaletli olmayan sonuçlar doğurur. Bugün İsviçre ve Türk hukuklarında kabul edilen, bu gibi durumlarda dürüstlük ilkesinden hareketle bir çözüme varılmasıdır. Sözleşmenin kuruluşundan sonra, değişen durumların ortaya çıkması halinde, borcun ifasının talep edilmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ediyorsa, borçlu sözleşmenin yeni şartlara göre ayarlanmasını veya feshini isteyebilir. Hakim, içinde bulunulan durumun özelliklerine göre sözleşmenin yeni şartlara göre ayarlanmasına ya da feshine karar verir (OĞUZMAN/ÖZ, s.143).

(47) Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler, taraflar arasındaki ilişkinin yalnız geçici değil, fakat ileride de sürecek bir bağlılık olarak ortaya çıktığı sözleşmelerdir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. SELİÇİ, Ö.: BORÇLAR KANUNUNA GÖRE SÖZLEŞMEDEN DOĞAN SÜREKLİ BORÇ İLİŞKİLERİNİN SONA ERMESİ, İSTANBUL 1977.

(48) GÜRZUMAR, s.26-27; OĞUZMAN/ÖZ, s.132.

(49) GÜRZUMAR, s.22; KIRCA, s.28.

(50) GÜRZUMAR, s.22; KIRCA, s.28; SABAN, s.38, 39.

(51) GÜRZUMAR, s.28.

(52) SABAN, s.39.

(53) İltihaki (katılım) sözleşmeler, sözleşmenin bütün hükümlerinin önceden bir tarafça hazırlanıp, karşı tarafın iradesinin sadece bunun kabul veya reddedilmesi yönündede olduğu sözleşmelerdir. Bu tür sözleşmelere en sık olarak kara, deniz ve hava yolları şirketleriyle yapılan taşıma sözleşmelerinde rastlanır (OĞUZMAN/ÖZ, s.20).

standart sözleşme ile sağlanır. Franchise-veren kişi, tek bir dükkanın açılması için yaptığı bu sözleşmeyi, daha sonra aynı sisteme girecek tüm kişiler için uygular.

Standart sözleşmeler, sözleşmenin bir tarafınca hazırlanan ve genel işlem şartları ihtiva eden sözleşmelerdir.(54) Franchise sözleşmesinde de, sözleşmenin sistemi kuran ve geliştiren kişi olan franchise-veren tarafından hazırlanması doğaldır. Çoğu zaman bu şartlara franchise-verenin itiraz imkanı bulunmamaktadır.(55) İsviçre ve Alman hukuklarında franchise-alanı korumak üzere, genel işlem şartlarına uygulanan ilkelerin franchise sözleşmelerine de uygulanacağı kabul edilmektedir.(56) (57)

4-Franchise sözleşmesi, bir 'franchise sistemi' (*business concept*)(58) ya da 'franchise paketi' oluşturur. Franchise paketini üç öge oluşturur: Bunlar: pazarlama anlayışı, gayri maddi mallar, ve franchise organizasyonudur.(59)

(54) Genel işlem şartları Alman 'Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun'un birinci paragrafında şu şekilde tanımlanmıştır: "Genel işlem şartları, bir sözleşmenin (bunları kullananın) diğer sözleşene sözleşmenin kuruluşunda sunduğu, çok sayıdaki sözleşmeler için önceden formüle edilmiş sözleşme şartlarıdır." (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: BORÇLAR HUKUKU, B.6, İSTANBUL 1988, s.205). Bu tür sözleşmelere ülkemizde özellikle bankacılık alanında rastlanmaktadır. Bankalar, emredici kuralların dışında kalan, taraflara düzenleme imkanını tanıyan tüm durumlarda, kendi yararlarına düzenlemeler getirerek, genel sözleşmeler, taahhütname hazırlamaktadırlar. Bu durum, bazen, güçlü durumda bulunan banka ile ilişkiye giren kişilerin zarara uğramasına sebebiyet vermektedir. Bu sözleşmelerde, genellikle kabul edildiği gibi taraflara tanınan irade özgürlüğü kötüye kullanılmaktadır ve batı hukuklarında bazı şartlar altında bu sözleşmelere müdahale edilebileceği kabul edilmektedir. Bazı devletler hukuklarında bu konuda özel düzenlemeler getirilmiş, yasalar kabul edilmiştir (TEKİNALP, Ü.: Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları, HIRSCH'E ARMAĞAN, ANKARA 1986, s.125 vd.). Türk hukuku bakımından bu konuda özel bir düzenleme bulunmadığından, bu sözleşmelerin geçerliliği genel kural çerçevesinde irdelenecektir. Yargıtay kararlarında genellikle genel işlem şartlarının geçerliliği MK m.2'de düzenlenen doğruluk ve dürüstlük (güven ilkesi) kuralı esas alınarak incelenmektedir. Yargıtay, bir ilke kararı niteliğinde olan 7.4.1981 tarihli ve E.1981/1045, K.1981/2514 sayılı kararında MK m. 2'yi uygulamıştır. Karar hakkında ve Yargıtay'ın aynı yöndeki 18.11.1981 tarihli ve E.6416, K.7369 sayılı kararı için bkz. TEKİNALP'ın aynı makalesi s.130-131.

(55) GÜRZUMAR, s.29; SABAN, s.39.

(56) GÜRZUMAR, s.29.

(57) Bunlar, sözleşmede özel olarak düzenlenmiş bir konuda genel işlem şartlarının uygulanamayacağı; bir tarafın genel işlem şartlarını incelemeyen toptan kabul etmesi halinde, kendisinin dikkati çekilmiş ve okumasına olanak sağlanmış olması gibi ilkelerdir. Ayrıca, toptan kabul edilen genel işlem şartlarından birisi, kabul eden taraf için umulmadık bir durum yaratmamalıdır (OĞUZMAN/ÖZ, s.20).

(58) SABAN, s.37.

(59) KIRCA, s.26.

Pazarlama anlayışı (*marketingkonseption*), franchise-veren kişinin işletmesinde kurduğu ve geliştirdiği, mal ve hizmetlerin türü, standartı, reklamları, sürümünün sağlanması gibi ilkelerin bütünüdür. Bu sayede franchise-alanlar, kendi işletmelerinde sözkonusu pazarlama anlayışını kullanarak, bunun sağladığı rekabet avantajlarından yararlanırlar.(60)

Franchise paketinde bulunan bir başka unsur, gayri maddi mallar olarak adlandırılan, sürümü yapılacak malın ve/veya hizmetin markası, franchise-verenin sahip olduğu işletme adı, semboller, logo, işletmeye ait teknik bilgi (*know-how*) ve diğer personel giyecekleri, işletme dekorasyonu usulü gibi haklardır.(61)

Franchise organizasyonu, bir başka deyişle franchise sistemi(62) ise, franchise-alan ile franchise-veren arasındaki iç ilişkileri düzenleyen, iki taraf arasında ilişkinin esaslarını belirler.(63)

4-Franchise sözleşmesi, işletmeler arasında dikey işbirliği doğurur. Bilindiği gibi, işletmeler arasındaki işbirliği çeşitli şekillerde görülür. Eğer, işbirliği, aynı üretim aşamasında bulunan işletmeler arasında gerçekleştirilirse, yatay, farklı üretim aşamalarında bulunan işletmeler arasında gerçekleştirilirse dikey işbirliğinden sözedilir. İşte franchise sözleşmelerinde, bu işbirliği dikey işbirliğidir. Zira, bu sözleşme bir mal ve hizmetin üreticisi ile bunun sürümünü sağlayacak bir işletme sahibi arasında yapılır.

Franchise sözleşmesindeki bu işbirliği, farklı ekonomik basamaklarda bulunan bağımsız işletmeler arasındaki işbirliğinin en yoğun olarak görüldüğü sözleşmedir. Franchise-alan kişi her ne kadar ekonomik ve hukuken bağımsız bir tacir ise de, serbestçe hareket edebileceği alanlar oldukça sınırlıdır. Zira, o, bir sisteme entegre olmaktadır. Bu da franchise-alanın, franchise-verenin pazarlama ilkelerine, uymasını gerektirir. Buna göre, franchise sisteminin işletmeler arasında tam işbirliği (*totale ko-operation*) yarattığından sözedilir.(64)

C-TARAFLARIN HAK VE BORÇLARI

Yukarıdaki açıklamalarımıza göre franchise sözleşmesinde tarafların karşılıklı hak ve yükümlülükleri şu şekilde sıralanabilir:

1-Franchise-verenin hak ve borçları:(65)

-Üretim, işletme ve pazarlama sistemini franchise-alana kullandırma borcu:

(60) GÜRZUMAR, s.33-34; KIRCA, s.26.

(61) KIRCA, s.26-27.

(62) GÜRZUMAR, s.35.

(63) GÜRZUMAR, s.35; KIRCA, s.27.

(64) KIRCA, s.29.

(65) GÜRZUMAR, s.11 vd.

Bu borç, pakette yer alan marka, işletme adı, mal ve hizmetlerin tanıtıcı işaretleri, teknik bilgi ve becerilerin franchise-alana kullanılmasıyla yerine getirilir.

-Franchise-alanı destekleme borcu:

Franchise-veren, franchise-alana, ilişki devam ettiği sürece, sistemin en etkin bir biçimde yürütülebilmesi için, gerekli her tür yardımları yapmakla yükümlüdür. Bunlar, personel eğitimi, reklam, promosyon gibi tanıtımlara yardım edilmesi şeklinde olur.

Bunlara karşılık, franchise-veren, başlangıçta *franchise fee* adı verilen başlangıç ücreti ile *royalty* adı verilen, belirli dönemlerde ödenmesi gereken bir bedele hak kazanır.

2-Franchise-alanın hak ve borçları:(66)

-Mal ve hizmetlerin sürümünü kendi nam ve hizmetine yapma ve destekleme borcu:

Franchise-alan, sürümünü artırması için gerekli tüm çabayı göstermesi gerekir. Burada esas alınan franchise-alanın basiretli bir tacir gibi davranmasıdır.

-Sistemde yer alan ve franchise-veren tarafından belirlenen ilkelere uyma borcu:

Franchise-alan her ne kadar bağımsız bir tacir olsa da, yukarıda da belirtildiği gibi, franchise-verene bir çok konuda bağımlıdır. Çünkü o, tek satıcı sözleşmesinden farklı olarak, malların sürümünün yanısıra franchise-veren tarafından kurulup, geliştirilen bir sisteme de entegre olmaktadır. Bu durum franchise-verenin, franchise-alan üzerinde sürekli bir denetim hakkına sahip olmasına neden olmaktadır.(67)

-Üretim, işletme ve pazarlama sistemindeki fikri ve sınai (gayri maddi) unsurları kullanma borcu:

Franchise-alan kimse mal ve hizmetlerin pazarlanmasında bu unsurları kullanmalı, örneğin, başkaca bir marka altında mal satışında bulunmamalıdır. Bu gayri maddi hakları kullanmak kendisi için hem bir hak, hem de bir borçtur.

-Rekabet etmeme borcu:

Franchise-veren ile franchise-alan arasında, sözleşmenin niteliği gereği özel bir güven ilişkisine dayanması gerekir. Bu durum, her iki taraf için de geçerli olup, kar-

(66) GÜRZUMAR, s.12 vd.

(67) Bu sistem sayesinde, franchise-alan dünyaca tanınmış bir isim ve markaya sahip bir mal ve hizmetin sürümünü yapabilmektedir. Franchise-veren'in franchise-alana verdiği destek yanında, denetim hakkını da kullanması sistemin gereği gibi işlemlerini sağlar. Bu bakımdan denetim hakkının kullanılması bir külfet olarak değil, belki de bir nimet olarak görülmelidir (TUNCER, s.51).

şıklı olarak birbirlerinin çıkarlarını koruma her tür diğerine zarar verebilecek davranıştan kaçınma borcu doğurur. Bu sadakat borcunun bir sonucu olarak, sözleşme de açıkça kararlaştırılmamış olsa bile, sözleşme devam ettiği müddetçe, franchise-veren ile rekabet etmeme borcu altındadır. Buna göre, franchise-alan, sisteme ait mal ve hizmetlerin sürümünü, sistemden ayrı bağımsız bir tacir gibi yapmamakla yükümlüdür. Bu yükümlülük sözleşme devam ettiği sürece geçerlidir. Sözleşme bittikten sonra rekabet yasağı ise, ancak taraflarca açıkça kararlaştırılması halinde mümkün olabilir.

-Son olarak franchise-alan kişi elde ettiği 'imtiyaz' hakkına karşılık olarak yukarıda da belirttiğimiz gibi franchise-verene başlangıç ücreti (*franchisee fee*) ve periyodik olarak ödenecek olan bir bedel (*royalty*) ödemekle yükümlüdür.

D-TÜRLERİ

Franchising'in uygulamada farklı sektörlerde uygulanması, bu konuda farklı türlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Biz bu yazıda sistematik ve bilimsel açıdan yapılan en temel ayrımları esas alacağız.

1-Ürün Franchisingi (*Product franchising*)-İşletme Franchisingi (*Business Format Franchising*)

Ürün franchising'i, franchise-verenin ad ve marka gibi sınai haklarının franchise-alan tarafından kullanılarak malların sürümünün yapılmasıdır.(68) Bu sayede belli ürünler, bağımsız işletmelerde aynı imaj altında pazarlanmış olur.(69)

Ürün franchising'in bu özelliği, onun tek satıcılık sözleşmesi ile aynı şey olduğunun düşünülmesine neden olabilir. Ancak franchising, bir sürüm yöntemi olarak sadece malların pazarlanmasını değil, franchise-veren tarafından kurulan ve geliştirilen bir sisteme entegrasyonu amaçlar. Ürün franchising'inde de asıl baskın olan unsur malların sürümü olmayıp, franchise-verenin pazarlama anlayışının verilmesidir.(70) Bu yönüyle franchising, tek satıcılıktan ayrılır.

Ürün franchising'inin en tipik örnekleri benzin istasyonları ve alkolsüz içki sektörüdür.

İşletme franchising'inde ise, sadece malların belirli bir ad, marka altında pazarlanması değil, bu ad, marka gibi sınai hakların kullanılmasını da kapsayacak şekilde bir edimler paketinin (franchise paketi) sunulması sözkonusudur. Bu paket, franchi-

(68) KIRCA, s.36, 37.

(69) TUNCER, s.51.

(70) KIRCA, s.37.

se-alanın işletmesinin kurulmasından, bu işletmenin işletilme biçimine kadar işletmeyle ilgili tüm hususları kapsar.(71) Bu türde taraflar arasında çok sıkı bir ilişki vardır. Bağımsız işletmelerin, sisteme entegre olmaları ve sistemin başarılı bir şekilde işletilebilmesi için franchise-veren, franchise-alanı sürekli denetler.(72)

Franchising'in bu türü en yaygın olarak fast-food, otel işletmeciliği, kiralama hizmetleri sektörlerinde görülmektedir.(73)

Doktrinde son zamanlarda baskın olan görüş, bu ayrımın reddedilmesi yönündedir.(74) Birinci kuşak olarak adlandırılan ürün franchising'i hem tek satıcılığa çok benzemekte hem de uygulaması artık terk edilmiş bulunmaktadır. Artık franchising denilince sadece malların aynı ad ve marka altında pazarlanması değil, franchise-veren tarafından franchise-alana sunulan ve birçok edimden oluşan bir paket anlaşılmaktadır.(75) Bu nedenle franchising'in işletme franchising'i olarak anlaşılması uygun olacaktır.

2-Mal (ürün) Franchising'i-Hizmet Franchising'i-Üretim Franchising'i

Bu ayrım, franchise sözleşmesinin konusuna göre yapılmaktadır. Sözleşmenin konusunun belirli malların sürümünün yapılması olduğu hallerde mal franchising'inden sözedilir. Bu türde malların üretim sürecine franchise-alan hiçbir şekilde katılmaz. O, sadece malların sürümünü ve onarım gibi satış sonrası hizmetleri yapar. Bu türde örnek olarak bilgisayar ve kozmetik ürünlerinin satışı için yapılan franchise sözleşmeleri örnek olarak gösterilebilir. Gerçekten bu alanlarda önemli olan belirli bir markaya sahip malların pazarlanmasının sağlanmasıdır.(76)

Bu ayrıma göre, sözleşmesinin konusunun belirli bir üne sahip, hizmetlerin tüketicilere benzer görünümdeki işletmelerde sunulması olduğu durumlarda hizmet franchising'inden sözedilir. Bu tür yaygın olarak *fast-food* sektöründe görülür.(77)

Üretim franchising'inde (*industrial franchising*)(78), franchise-alan kişi, sürümü yapılacak malın üretimini belirli aşamalarına katılır. Franchise-alan yarı mamul bu malları franchise-verenden alarak, işeyip, satmaktadır. Bu türün en yaygın örnekleri-

(71) KIRCA, s.37.

(72) TUNCER, s.51.

(73) TUNCER, s.51.

(74) GÜRZUMAR, s.2; KIRCA, s.37, 38; Yabancı yazarlar hakkında bkz.KIRCA, s.37 (dgn.196).

(75) KIRCA, s.38.

(76) KIRCA, s.38, 39.

(77) KIRCA, s.39.

(78) WHISH, R.: COMPETITION LAW, Ed.3, LONDON-EDINGBURGH 1993, p.599.

ri alkolsüz meşrubat sektöründe görülür.(79) Bunlar 'şişeleme sözleşmeleri' olarak adlandırılır.(80)

· 3-Ulusal Franchising (*Domestic Franchise*)-Uluslararası Franchising (*International Franchise*):

Bu ayırım, franchising'in uygulandığı ülkeye göre yapılan ayırımdır. Franchise anlaşması bir ülke hudutları içinde yapılıyorsa ulusal, iki ülke arsında yapılıyorsa uluslararası franchising'ten sözedilir. Görüldüğü gibi, burada esas alınan franchise sözleşmesinin bir ülke sınırları içinde yapılıp yapılmadığıdır. Bu bakımdan sözleşmenin aynı ülke içinde şehirlerarası ya da bölgelerarası yapılması bir fark yaratmaz.(81)

Gerek uluslararası, gerek aynı ülke içinde farklı şehir ve bölgeler arasında yapılan ulusal franchising'lerde, franchise-veren, franchise sözleşmesini doğrudan doğruya kendi yapabileceği gibi, yavru şirket franchising'i ya da master franchising'i (anabayılık)(82) yoluyla da yapabilir. Franchise sözleşmesinin yapımında, yavru şirketten yararlanılması halinde (yavru şirket franchising'i), sözleşmenin tarafı sözkonusu yavru şirket olur ve bu şirket, ana şirketle olan ilişkilerinde franchise-alan; sözleşmenin yapıldığı üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde franchise-veren konumundadır.(83)

Franchise-verenin, franchise sözleşmelerinin yapımında kendisiyle hiç ilişkisi olmayan işletmelerden yararlanması halinde master franchising'ten sözedilir. Aynı şekilde bu işletme de sistemin kurucusu karşısında franchise-alan, üçüncü kişiler karşısında franchise-veren durumundadır.(84)

(79) KIRCA, s.40.

(80) Bu sayılanlar dışında franchise sözleşmesinin bir başka türü olarak da dağıtım franchise sözleşmesi (*distribution franchise agreement*) gösterilebilir. Bu türde franchise-alan kimse, franchise-verenin mallarını kendi işletmesinde, onun ticaret ismi ve sembollerini kullanarak satar. Bkz. ATAD'ın **Pronuptia** kararı, OJ. 1987, L 13/39.

(81) TUNCER, s.51.

(82) TUNCER, s.51. Bu sözleşme AKYOL tarafından 'alt münhasır satış ve servis imtiyazı sözleşmesi' olarak nitelendirilmektedir (AKYOL, s.45).

(83) KIRCA, s.42, 43; AKYOL, s.45.

(84) KIRCA, s.43. Bunun sonucu olarak *subfranchisee* (alt imtiyaz sahipleri)'ler, asıl mal ve hizmet üreticisi olan firma ile sözleşme yapmadıklarından, ona karşı herhangi bir bağılılıkları ve sorumlulukları bulunmamaktadır. Asıl franchise-veren, kendi imtiyaz verdiği firma üzerindeki etkisi ile alt imtiyaz sahiplerini dolaylı yoldan denetler (AKYOL, s.46).

IV-FRANCHISE SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE BENZER SÖZLEŞMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

A-HUKUKİ NİTELİĞİ

Türk hukuku bakımından Borçlar kanunu ve diğer kanunlarda franchise sözleşmesine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum, franchise sözleşmesinin isimsiz bir sözleşme (*les contrats innomés*) olarak nitelendirilmesine neden olmaktadır. Ancak doktrinde franchise sözleşmesinin karma bir sözleşme(85) mi, yoksa kendine özgü bir sözleşme mi olduğu konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş(86), franchise sözleşmesini, karma bir sözleşme olarak kabul ederken; diğer bir görüş(87) ise, bunun kendine özgü (*sui generis*) bir sözleşme olduğunu ileri sürer.

Borçlar hukukunda 'sözleşme serbestisi ilkesi' geçerlidir. Bu ilkeye göre, taraflar istedikleri kişiyle istedikleri sözleşmeyi yapabilecekleri gibi, sözleşmenin konusunu da diledikleri gibi düzenleyebilirler; yeter ki, sözleşmenin konusu, kanuna ahlaka, kamu düzenine, şahsiyet haklarına aykırı ve imkansız olmasın. Buna göre, yapılan sözleşme, kanunun çeşitli sözleşmeler için öngördüğü unsurların kanunun öngörmediği bir tarzda bir araya getirilmesinden oluşuyorsa 'karma sözleşme'; kanunun düzenlediği sözleşmelerin unsurlarını taşımıyorsa kendine özgü (*sui generis*) bir sözleşmeden söz edilir.(88)

GÜRZUMAR, franchise sözleşmesinin, ne saf bir iş görme sözleşmesi, ne de başlıbaşına bir kullandırma veya lisans sözleşmesi olmadığını, bu her iki sözleşme grubuna ait unsurları içeren bir karma sözleşme olduğunu kabul eder.(89) (90)

KIRCA ise, franchise sözleşmesini kendine özgü bir sözleşme olarak kabul etmektedir. Yazara göre, karma sözleşmeler kanunda düzenlenmiş sözleşmelerden

(85) Karma sözleşme, kanunun çeşitli sözleşme tipleri için öngördüğü unsurların kanunun öngörmediği bir şekilde bir araya gelmesi ile oluşan sözleşme tipidir.

(86) HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s.56; AKYOL, 44; YAVUZ, C.: TÜRK BORÇLAR HUKUKU ÖZEL HÜKÜMLER, C.I, B.3, İSTANBUL 1994, s. 30, dph.43; GÜRZUMAR, s.20.

(87) KIRCA, s.53, 54;

(88) Bileşik sözleşme ise, nitelikleri itibarıyla bağımsız birden fazla sözleşmenin, nitelikleri korunarak taraflarca birleştirilmesinden oluşur (OĞUZMAN/ÖZ, s.45).

(89) GÜRZUMAR, s.22.

(90) Franchise sözleşmesi, franchise-alanın sürümü destekleme ve franchise verenin hizmet ve yardım sunma borçları bakımından iş görme sözleşmelerine (özellikle vekalet) ilişkin birtakım unsurları taşır; franchise-verenin, fikri ve sınai hakların yararlanma hakkını franchise-alana vermesi bakımından kullanma ve yararlanma hakkı veren (özellikle lisans) sözleşmelere özgü özellikler taşır (GÜRZUMAR, s.21).

en az birine ilişkin bir unsur taşımaktadır. Franchise sözleşmesinde ise bu nitelik bulunmamaktadır.(91)

Kanımızca, franchise sözleşmesi *sui generis* bir sözleşmedir. Kendine özgü sözleşmelerde ilk önce hakim sözleşmeyi ve tarafların iradelerini doğruluk ve güven kurallarına göre yorumlar, bunun sonucunda tarafların gerçek iradelerini tespit edemezse, BK'nın genel hükümlerine, oradan da bir sonuç elde edememesi halinde, örf ve adet kurallarına, burada da bir çözüm bulunmadığı durumlarda BK'nın özel hükümlerini menfaatler dengesine uygun düştüğü oranda kıyasen uygular (MK m.1).(92) Bunlardan ilk akla gelenler, vekalet, lisans ve hizmet sözleşmeleridir.(93)

B-BENZERİ SÖZLEŞMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

1-Acentalık Sözleşmesi İle Karşılaştırılması

Acenta, bağımsız bir tacir yardımcısı olup, bir tacirin ürettiği mal ve hizmetlerin satımı konusunda ya sadece sürekli şekilde aracılıkta bulunmak ya da bu sözleşmeleri tacir nam ve hesabına yapmak şeklinde faaliyet gösteren, ayrı bir işletmeye sahip kişidir.(94) Acenta TTK m.116'da, ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya müstahdem gibi bir sıfatı olmaksızın bir sözleşmeye dayanarak belli bir yer ve bölge içinde sürekli bir şekilde ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi ve bunları o işletme adına yapmayı meslek edinen kimse olarak tanımlanmıştır.

Bir tacirin başka bir bölgede bulunan işletme sahibi diğer bir tacir ile acenta sözleşmesi yapmasının nedeni, sermaye tahsis etmeden ve masraf yapmadan sözleşmeler yapması, sürümünü arttırmasıdır.(95)

Acenta sözleşmesi, franchise sözleşmesiyle karşılaştırıldığında, esas alınacak olan aracılık acentası değil, tacirin nam ve hesabına sözleşme yapan acentadır.(96) Acenta sözleşmesi ile franchise sözleşmesinde ilk bakışta (*prima facia*) acenta ile franchise-alanın bağımsız birer işletme sahibi olduğu dikkat çeker. Ancak franchise sözleşmesinde franchise-veren ile franchise-alan arasındaki ilişki, acenta sözleş-

(91) KIRCA, s.53, 54.

(92) AKYOL, s.10; YAVUZ, s.21; OKTAY, S.: İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması, İHFM, C. LV, Y.1996, s.292.

(93) GÜRZUMAR, s.21.

(94) ARKAN, S.: TİCARİ İŞLETME HUKUKU, ANKARA 1993, s.178.

(95) ARKAN, s.178.

(96) GÜRZUMAR, s.22.

mesindeki tacir acenta ilişkisinden çok daha sıklıdır. Bu da franchise-alan kişinin, franchise-veren tarafından kurulup, geliştirilen bir sisteme entegrasyonunu amaçlamasıdır.(97)

Acenta sözleşmesi ile franchise sözleşmesini asıl ayıran unsur, acentanın tacir nam ve hesabına işlem yapmasına karşılık, franchise sözleşmesinde, franchise-alanın kendi nam ve hesabına hareket etmesidir.(98)

2-Tek Satıcılık Sözleşmesi İle Karşılaştırılması

Tek satıcılık sözleşmesi, bir yapımcının, ürünlerinin sürümünü belli bir bölgede tekele sahip olarak(99) satmak üzere tek satıcıya bedeli karşılığında göndermeyi, buna karşılık tek satıcının da sözleşme konusu malları kendi adına ve hesabına satarak bu malların sürümünü arttırmak için faaliyette bulunmayı üstlendiği sözleşmenin adıdır.(100) Yapımcı bu sözleşme ile ayrı bir pazarlama örgütü kurmaksızın farklı bölgelerde mallarının sürümünü sağlamış olmaktadır. Buna karşılık tek satıcı da kendisine tanınan tekel olanağını(101) değerlendirmek suretiyle kazanç elde etmektedir.(102) (103)

(97) ARKAN, s.185.

(98) GÜRZUMAR, s.22; KIRCA, s.99.

(99) Tekel hakkının tanınması ile yapımcı artık o bölgede başkasına bu mallardan göndermekten kaçınma yükümlülüğü altına girer. Eğer mutlak tekel hakkının tanınması sözleşme konusu ise, yapımcı buna ek olarak başka bölgelerdeki satıcılarına da kendi bölgeleri dışında satış yapmayacaklarını kabul ettirmekle yükümlü hale gelir (TANDOĞAN, H.: Tek Satıcılık Sözleşmesi, BATİDER, ARALIK 1982, C.XI, S.4, s.2).

(100) İŞGÜZAR, H.: TEK SATICILIK SÖZLEŞMESİ, ANKARA 1989, s.14; TANDOĞAN, Batider, s.1; YAVUZ, s.26. Tek satım sözleşmesi, ile acenta sözleşmesi arasındaki fark, tek satıcının kendi ad ve hesabına hareket etmesinden kaynaklanır. Tek satıcı, acentadan farklı olarak tacir tarafından üretilen malları kendi adına ve hesabına satın alarak, sözleşme ile kendisine tanınan tekel bölgesi içinde tekrara satır. Tek satıcının kazancı, malın satın alma ve tekrar satım fiyatı arasındaki farktan oluşur. Bu şekilde hareket eden tek satıcı, faaliyetin tüm rizikolarına katlanır. Acenta ise, kendisine bırakılan yer veya bölge içinde tacirin mallarının satışına aracılık veya tacir nam ve hesabına satım sözleşmeleri yapar. Acentanın faaliyeti karşılığında müvekkili tarafından kendisine 'ücret' ödenir (ARKAN, s.184).

(101) Tek satıcıya tanınan tekel hakkı çeşitli şekillerde olabilir. İlk olarak, yapımcı, tek satıcıya karşı tekel bölgesi içinde üçüncü kişilere doğrudan satış yapmamayı üstlenir. Buna 'basit satış tekel'i' denir. Buna ek olarak yapımcının, başka bölgelerdeki tek satıcılarının da o bölgede satış yapmamasını sağlaması halinde 'kuvvetlendirilmiş satış tekel'i'nden söz edilir. Son olarak yapımcının, üçüncü kişilerin o bölgede satış yapmasını engelleyecek önlemleri almayı taahhüt etmesi halinde 'mutlak satış tekel'i' sözkonusu olur (TANDOĞAN, Batider, s.24).

(102) YAVUZ, s.26.

(103) Tek satıcılık sözleşmesinin başlıca unsurları şunlardır: 1-Belirli bir bölgede satış tekel'i

Tek satıcılık sözleşmesi, ilk bakışta TTK'da düzenlenen acentalık sözleşmesine benzer. Ancak acentalıktan belirgin farkı, tek satıcının kendi adına ve hesabına hareket ederek sürüm rizikosunu kendisinin taşımasıdır.(104) (105)

Tek satıcılık sözleşmesi de aynı franchise sözleşmesi gibi taraflar arasında sürekli bir ilişki doğuran *sui generis* bir çerçeve sözleşme niteliğindedir.(106) Bu sözleşme ile, tek satıcının yapımıcının menfaatlerini koruma ve sürümü arttırma, yapımıcının da tek satıcının faaliyetini destekleme ve sözleşme bölgesinde başka kişilere satış yapmama yükümlülükleri sürekli edimleri gerektirir.(107)

Tek satıcılık sözleşmesi, franchise sözleşmesi birbirine çok benzeyen özellikler taşır. Franchise sözleşmesinde olduğu gibi tek satıcılık sözleşmesinde de, tek satıcı malların sürümünü kendi adına ve hesabına yapmakta ve sürümü arttırma yükümlünü üstlenmektedir. Bunu yaparken tek satıcı, yapımıcının ticaret ünvanı, markası, sembolü gibi tanıtıcı işaretlerini işletmesinde ve malların üzerinde kullanmak zorundadır. Bu şekilde, müşteriler karşısında yeknesak bir görünüm sağlanmaktadır.(108) (109)

Tek satıcılık sözleşmesi ile franchise sözleşmesi arasındaki ilk bakışta bazı benzerlikler olmasına karşılık, franchise sözleşmesinde aynı işaretlerin kullanılması ve yeknesak sürüm metodlarının uygulanması, bir sisteme entegrasyonu sağlamak için yapılır. Ayrıca bu sözleşmede, franchise-verenin, franchise-alanı sürekli olarak desteklemek ve eğitim hizmetleri vermek yükümlülüğü olması, buna karşılık franchise-alanın ödediği 'ücret' ve son olarak da franchise-verenin, ilişki devam ettiği müddet-

tanınması; 2-Süreklülük taşıyan bir çerçeve sözleşme; 3-Tek satıcının kendi adına ve hesabına hareket etmesi; 4-Pazarlama, satış ve sürümü arttırma faaliyetlerinde bulunma (TANDOĞAN, Batider, s.2 vd.).

(104) HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s.55.

(105) İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında acenta sözleşmesi ile tek satıcılık sözleşmesinin (münhasır temsilcilik sözleşmesinin) farkı ortaya konulurken, temsilcinin karşı tarafın mallarını kendi adına ve hesabına satın alan, işletmesini dilediği gibi yöneten bağımsız bir tacir olmasından, buna karşılık acentanın, verdiği hizmeti vekalet verenin işlerine aracılık etmek, ya da onun adına ve hesabına sözleşme yapmak olduğu belirtilmiştir (KANETİ, S.: İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN BORÇLAR HUKUKU KARARLARI, 1955-1964, C.2, ANKARA 1968, s.3-4).

(106) TANDOĞAN, s.32; YAVUZ, s.26; İŞGÜ / AR, s.19.

(107) TANDOĞAN, s.32.

(108) KIRCA, s.90-91.

(109) Tek satıcılık sözleşmesindeki bu özellik, ürün franchising'i sözleşmesinin, tek satıcılık sözleşmesinin bir alt türü olduğunun ileri sürülmesine neden olmuştur. Ancak hangi türü olursa olsun franchise sözleşmesi, tek satıcılık sözleşmesinden farklıdır. Tek satıcılık sözleşmesi ile ürün franchising'i sözleşmesi arasındaki farklar için bkz. KIRCA, s.37, 38.

çe, franchise-alan üzerinde denetimde bulunma hakkı bu iki sözleşmeyi birbirinden ayırır.(110)

3-Lisans Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

Lisans sözleşmesi, bir fikri veya sınai hakkın sahibinin, bu hakkın kullanılmasını bir ücret karşılığında belli bir süre için başkasına devretmesini konu alan isimsiz, kendine özgü yapısı olan (*sui generis*) bir sözleşmedir.(111)

Hukuk düzeni, bazı gayri maddi malları hukuk objesi olarak kabul etmiş ve bunlar üzerinde sahiplerine münhasır kullanma hakkı tanımıştır. Bunların başka bir kimse tarafından kullanılması ancak sahiplerinin izinleriyle mümkün olabilir. İşte lisans sözleşmesinin konusunu, cismani varlığı olmayan, insan zekasının bir ürünü olan (fikri) değerler oluşturur. Buna göre, patent (ihtira), marka, ticaret ünvanı, işletme adı, know-how gibi gayri maddi mallar lisans sözleşmesine konu olur.(112)

Lisans sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup, bununla lisans veren, lisans konusu gayri maddi maldan lisans alanın yararlanmasını sağlamak için bu malı kullanmak üzere ona teslim etmeyi ve sözleşme süresince kullanıma hazır şekilde tutmayı, lisans alan ise, buna karşılık lisans ücretini ödemeyi taahhüt eder.(113)

Bu açıklamalardan hareketle, görüldüğü gibi lisans sözleşmesi ile franchise sözleşmesi birbirinden birçok yönde farklılık gösterir. Herşeyden önce franchise sözleşmesinde, franchise-veren ile franchise-alan arasındaki sıkı ilişkiler yumağı lisans sözleşmesinde bulunmamaktadır. Franchise sözleşmesinde, taraflar arasında dikey işbirliği bulunmakta, mal ve hizmetlerin sürümü benzer görünümlerdeki işletmelerde aynı marka ve imaj altında yapılmaktadır. Lisans sözleşmesinde lisans veren kişi gayri maddi hakların kullanım hakkını karşı tarafa verirken, bu hakların kullanılmasına yönelik teknik bilgileri ve tecrübelerini de karşı tarafa aktarır. Buna karşılık franchise sözleşmesinde franchise-verenin yükümlülükleri daha fazladır. Çünkü franchise paketinde sadece üretimin yapılması için gerekli gayri maddi malların yanı sıra mal ve hizmetlerin sürümü ve dağıtımının yapılabilmesine yönelik teknik bilgi ve tavsiyelerde bulunur. Franchise-verenin, franchise-alanı kendisi tarafından kurulup, geliştirilen sisteme entegrasyonunu sağlama amacı, franchise-vereni lisans sözleşmesinden daha geniş yükümlülükler altına sokmaktadır.(114)

(110) Ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCA, s.90 vd.

(111) TANDOĞAN, s.63, 64. Aksi görüş için bkz. TUNÇOMAĞ, K.: TÜRK BORÇLAR HUKUKU, C.II, ÖZEL BORÇ İLİŞKİLERİ, İSTANBUL 1977, s.8. Yazar aynı eleştiriye HUMK m.516 vd. hükümlerinde düzenlenen hakem sözleşmesi için de getirmektedir.

(112) KIRCA, s.80-82.

(113) KIRCA, s.83.

(114) KIRCA, s.84.

Franchise sözleşmesi, franchise-verenin yükümlülükleri dışında, kontrol ve denetim hakkı bakımından da lisans sözleşmesinden farklılıklar gösterir. Gerçekten franchise sözleşmesinde, franchise-veren, mal ve hizmetlerin kalitesinin y nısına, işletmenin iç ve dış görünümü, mal ve hizmetlerin sürüm şekli ve işletme idaresi ve personeli denetleme hakkına sahiptir. Lisans sözleşmesinde ise, bu denetim, lisans sözleşmesi ile tanınan hakların kullanılarak üretilen ürünlerin kalitesinin denetlenmesi yönündedir.(115)

İşte tüm bu özellikler lisans sözleşmesi ile franchise sözleşmesinin farklarını ortaya koyar. Denilebilir ki, lisans sözleşmesi ile taraflara tanınan haklar sadece franchise sözleşmesinin bir unsurunu oluşturur.

V-FRANCHISE SÖZLEŞMESİNİN REKABET HUKUKU BAKIMINDAN İNCELENMESİ

Serbest piyasa ekonomisinin temeli serbest rekabete dayanır. Serbest rekabet, yeni teknolojiyle daha kaliteli ürünler üretilmesini sağladığı gibi, tüketicilere de düşük fiyattan kaliteli ürün ve hizmetleri elde etme imkânı tanır. Ancak işletmelerin çeşitli şekillerde aralarındaki rekabeti sınırlama yollarına başvurdukları görülmektedir. Bu durum ise serbest piyasa ekonomisinde istenmeyen bir durum olup, devletin, özel kişiler arasındaki ilişkilere müdahale etmesi zorunluluğunu ortaya çıkarır. Bu müdahale hakkı AT hukukunda Topluluğun yürütme organı konumunda bulunan Komisyon'a; Amerikan hukukunda ise 1914 yılında Federal Komisyon Yasası (*Federal Comission Act*) ile kurulmuş olan Federal Ticaret Komisyonu'na; Türk hukukunda ise 4054 sayılı Rekebetin Korunması Hakkında Kanun ile Rekabet Kurulu'na tanınmıştır.

Rekabet kurallarının uygulanmasında 'işletme' temel bir kavramdır. Rekabet hukuku, işletmeler arasındaki 'anlaşma'(*agreement*), 'karar' (*decision*), 'uyumlu eylem'(*concerted practice*) ve 'birleşme'(*merger*)'lerin rekabeti sınırlayıcı ve bozucu etkileri ile işletmelerin hakim durumda bulunmaları veya hakim durumlarını kötüye kullanmalarını dikkate alır.

AT hukukunda rekabet kurallarının uygulanması bakımından idari makam olan Komisyon bu kavramı geniş yorumlamakta; "üretim dağıtım veya hizmet verme gibi ticari ve ekonomik faaliyetlerle uğraşan tek kişinin işlettiği dükkandan büyük sanayi şirketlerine kadar bütün ekonomik varlıklar"ı işletme olarak kabul etmektedir.(116)

(115) KIRCA, s.86.

(116) ASLAN, İ.Y.: REKABET HUKUKU VE REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN, BURSA 1997, s.37 (dgn.42).

Komisyon **Polypropylene** kararında(117) ticari faaliyetle uğraşmanın 'işletme' olabilmek için yeterli olduğu sonucuna varmış; tüzelkişiliği ise bir şart olarak görmemiştir. Aynı kararda bu kavramın kapsamına ortaklıklar (*corporations*), kolektif şirketler (*partnerships*)(118), gerçek kişiler (*individuals*), işletme birlikleri (*trade associations*), devlete ait ortaklıklar (*state-owned corporations*) ve kooperatif (*cooperative*)'lerin girdiği belirtilmiştir.(119) **Consten & Grundig** kararında(120) da ekonomik faaliyetleri süreklilik arzeden, hukuken bağımsız kişilerin işletme oldukları ifade edilmiştir. Buna göre gerçek ya da tüzelkişiler, tüzelkişiliği olmayan ortaklıklar ve topluluklar, teşekküller, kurumlar, tek kişi ortaklıkları, konzern(121)'ler birer işletmedir.(122)

Komisyon kararlarından anlaşıldığına göre AT hukukunda işletme kavramı, Türk hukukundaki ticari işletme kavramından çok daha geniş bir anlama sahiptir. Gerçekten TTK m.11'e göre ticari işletme "ticarethane fabrika ve ticari şekilde işletilen sair yerler" olarak tanımlanmıştır. Ticaret Sicil Nizamnamesine göre de ticari işletme, gelir sağlama amacına yönelik sürekli, bağımsız ve esnaf faaliyetlerini aşan faaliyetlerdir. Oysa yukarıda da belirttiğimiz gibi, rekabet hukuku açısından işletmenin ticari faaliyette bulunup bulunmaması önem taşımaz.

Anlaşma, işletmeler arasındaki her türlü mutabakatı kapsadığından 'sözleşme'

(117) Karar için bkz. OJ. 18.8.1986, No L 230/1.

(118) Anglo-Sakson hukukunda 'partnership'in tüzelkişiliği olmadığı halde, Türk hukukundaki kolektif şirketle benzerlik gösterdiği kabul edilmektedir. Bkz. TEKİNALP, G./TEKİNALP, Ü.: "Joint Venture", KARAYALÇIN'A 65. YAŞ ARMAĞINI, ANKARA 1989, sh.148; İMREGÜN, O.: AMERİKAN ORTAKLIKLAR HUKUKUNUN ANA HATLARI, İSTANBUL 1968, s.4.

(119) CRAIG, P./DE BURCA G.: EC LAW (TEXT, CASES & MATERIALS), OXFORD 1997, p.889.

(120) Bu karar için bkz. ECR, 58/64, 1966.

(121) "Konzern hukuken bağımsızlığını koruyan ve sürdüren işletmelerin bir yönetme ve yöneltme gücü altında birleşerek oluşturdukları ekonomik bütünü ifade eder." (TEKİNALP, Ü. (POROY, R.ÇAMOĞLU, E.): ORTAKLIKLAR VE KOOPERATİF HUKUKU, Güncelleştirilmiş B.7, İSTANBUL 1997, s.934); "Hukuken bağımsız işletmeler iktisadi bir gaye ile bir tek sevk ve idare altında birleşirlerse bir 'konzern' meydana getirirler ve her münferit işletme bir konzern işletmesi olur (1937 tarihli Alman Anonim Ortaklıklar Kanunu paragraf 15). Alman Anonim Ortaklıklar Kanunu paragraf 15/2 uyarınca bir bağımsız işletme iştirakler sebebiyle doğrudan doğruya veya dolayısıyla diğer bir işletmenin hakimiyeti altında ise bağımlı işletme ile hakim olan işletme bir konzern meydana getirir ve her işletme bir konzern işletmesi sayılır." (TEKİNALP, Ü.: "Özel Ekonomik Gücün Merkezileşmesinin Kanuni Düzenlemesi", İKTİSAT ve MALİYE, C.XIII, S.8, KASIM 1966, s.299).

(122) TEKİNALP, Ü. (TEKİNALP/TEKİNALP): AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU, İSTANBUL 1997, s.334.

kavramından daha geniş bir anlama sahiptir. Buna göre anlaşma, taraflar arasında hukukten bağılayıcı olan veya olmayan, açık-kapalı, sözlü-yazılı(123), tek taraflı-çok taraflı tüm uyuşmaları kapsar.(124) Dolayısıyla bağılayıcı olmayan centilmenlik anlaşmaları, beyanlar, taahhütler de birer anlaşmadır. Anlaşma yatay veya dikey şekilde ya da genel işlem şartları şeklinde olabilir.(125)

İşletme birlikleri kararları, birliklerin üyeleri hakkında getirdikleri mesleki davranış kuralları ile tavsiye niteliğindeki kararlarıdır. Bu karar, kural ve tavsiyelerin bağılayıcı nitelikte olması gerekir. Ancak tavsiyeler sözkonusu olduğunda bunların bağılayıcı olmasa bile ilgili pazarda rekabetin sınırlanması ya da bozulması sonucunu doğurması halinde müdahale edilir.(126)

Rekabet hukuku açısından, işletmeler arasında bir anlaşma bulunmamasına rağmen, bunların rekabet risklerine karşı fiilen işbirliği yapmaları halinde bir uyumlu eylemden söz edilebilecektir.(127) (128)

Birleşme, iki veya daha fazla şirketin ortak yönetim ve kontrol altında buldukları tüm durumları kapsar.(129) Bu kavram içine teknik anlamda şirketlerin birleşmesi(130) ve ekonomik merkezi yoğunlaşma (konsantrasyon)(131) girer.

(123) Komisyon 'Polypropylene' kararında md.85(1) anlamında 'anlaşma'nın varlığı için, taraflar arasında yazılı bir metnin olması veya anlaşmaya uyulmamasının müeyyideye bağlanmış olmasının gerekli olmadığını kabul etmiştir. OJ. 18.8.1986 No L 230/26.

(124) TEKİNALP, Ü (Tekinalp/Tekinalp), AB HUKUKU, s.335.

(125) TEKİNALP, Ü (Tekinalp/Tekinalp), AB HUKUKU, s.335; WHISH, p.191-192; Bkz. ACF Chemiefarma NV v. Commission, CRAIG/DE BURCA, p.890-891.

(126) TEKİNALP, Ü (Tekinalp/Tekinalp), AB HUKUKU, sh.336; Bu konuda ATAD'ın IAZ International Belgium NV v. Commission kararı hakkında bkz. WHISH, p.194.

(127) ICI v. Commission ('Dyestuffs') Kararı, WHISH, p.195.

(128) 'Uyumlu Eylem' kavramı için ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, G.: "Uyumlu Eylemler" Kavramı DOMANIÇ'E ARMAĞAN, İSTANBUL 1995, s.201-207

(129) HOWELL, R.A./ ALLISON, J..R./ JENTZ, G.A.: BUSINESS LAW, USA 1978, p.955.

(130) Teknik (hukuki) anlamda birleşme, "bir veya birden çok ticaret ortaklığının malvarlığının, tasfiye olmaksızın, içlerinden birine veya yeni kurulan bir ortaklığa, kendiliğinden ve külli halefiyet yolu ile geçmesi; bu suretle malvarlıklarının birleşmesi ve intikal eden malvarlığının karşılığı olarak, infisah eden ortaklığın ortaklarının, hesaplanan bir değiş-tokuş ölçüsüne göre, bünyesinde birleşilen ortaklıkta, kendiliğinden ortaklık payı kazanmasıdır" (TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), s.8).

(131) Ekonomik merkezi yoğunlaşma ekonomik büyümedir. Teknik, mali sebepler sonucu ortaya çıkan bir olgudur. Ekonomik merkezi yoğunlaşma, doktrinde 'concentration' veya 'konzentration' olarak ifade edilir. Yoğunlaşma iki türde olur. Birinci grupta, bir işletme etrafında büyüme gerçekleşir. İkinci grupta, biraraya gelen işletmeler varlıklarını sürdürürken, bir yönetim ve yöneltme gücü altında toplanarak, "bir bağıli işletmeler sistemi" oluştururlar. Bu ayırmada teknik anlamda birleşme (ticaret şirketlerinin birleşmesi) birinci grupta yer alır. Bkz. TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), sh.931-935.

Bilindiği gibi, AT Rekabet hukukunda m.85(3) uyarınca 'muafiyet' sistemi bulunmaktadır. Buna göre, tüketicilerin ortaya çıkacak menfaatten uygun bir ölçüde yararlanmaları şartıyla, malların üretim ve pazarlanmasının iyileştirilmesine veya teknik ve ekonomik gelişmeyi teşvike yardımcı olan anlaşmalara, kararlara ve uyumlu davranışlara, bunlar m.85(1)'e aykırı olmasına rağmen, Komisyon tarafından izin verilebilir.(132)

Muafiyet konusunda tek yetkili makam Komisyondur. Muafiyet bireysel muafiyet (*individual exemption*) ya da grup muafiyeti (*block exemption*) şeklinde olabilir. Bireysel muafiyet Komisyonun kendisine başvuru yapılması üzerine m.85(3)'deki koşulların yerine getirilmesi şartıyla ilgili işletmeler hakkında vereceği bir karar ile gerçekleşirken; grup muafiyeti bir düzenleyici işlem olan Komisyon Tüzüğü ile olur. Bu tüzüğün kapsamına giren eylemler ve işletmeler Komisyon'a herhangi bir başvuruda bulunmaksızın muafiyetten yararlanır. İstisna edilme kararı kurucu ve yenilik doğurucu bir işlemdir. Bu kararın sonucu m.85(2)'deki geçersizliğin hükümlerini doğurmamasıdır.(133)

Bu genel açıklamalardan sonra franchise sözleşmeleri bakımından tartışılması gereken bunların rekabeti sınırlayıp sınırlamadığı, sınırlıyorsa bunun ne oranda olduğudur. Denilebilir ki, franchise sözleşmeleri, kimi durumlarda rekabetin sınırlanması ya da bozulması sonucunu doğurabilir. Çünkü rekabetin sınırlanması ve bozulması yatay sözleşmeler ile olabileceği gibi, dikey sözleşmeler ile de gerçekleşebilir.(134) Yatay sözleşmeler, üretimin aynı aşamasında bulunan rakip firmalar arasında yapılan sözleşmelerdir. Dikey sözleşmeler ise, bir malın üreticisi ile dağıtıcısı arasında yapılır. İşte franchise sözleşmesi bir dikey sözleşmedir. Franchise-veren, bir malın üreticisi, franchise-alan ise, o malın sürümünü sağlayan kişidir.(135) Çünkü franchise sözleşmeleri ile tanınmış markaya sahip mal ve hizmetlerin sürümü farklı bölgelerde bulunan tüketicilere yapılabilmektedir. Bu açıdan franchise sözleşmesi hem

(132) Muafiyet için gerekli şartlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, Ü (Tekinalp/Tekinalp), AB HUKUKU, s.359 vd.; WHISH, p.228 et. seq.

(133) TEKİNALP, Ü (Tekinalp/Tekinalp), AB HUKUKU, s.359.

(134) Komisyon ve ATAD'ın yaklaşımı dikey anlaşmaların da md.85 (1) kapsamında değerlendirmektir. Ancak yatay anlaşmalarda olduğu gibi *per se* doktrini burada uygulanmamakta, anlaşmaların hükümleri incelenmektedir (TEKİNALP, Ü (Tekinalp/Tekinalp), AB HUKUKU, s.351). Bu konuda bkz. ATAD'ın 23/67 sayılı **Brasserie de Haecht/Wilkin** kararı (ECR,407, 1967,) ve C. 234/89 sayılı **Delimitis/Henningeier Brau** kararı (ECR, I-935,1991). Ayrıca bkz. Komisyonun Consten & Grundig Kararı. ECR, 58/64, 1966.

(135) TEKİNALP, Ü (Tekinalp/Tekinalp), AB HUKUKU, s.350. Franchise sözleşmesine benzer durum lisans sözleşmesinde bulunmaktadır (TEKİNALP, Ü (Tekinalp/Tekinalp), AB HUKUKU, s.350-351).

franchise-veren hem de franchise-alanın menfaatine sonuçlar doğurur. Bu nedenle franchise-veren ile franchise-alanın aralarında yaptıkları sözleşme ile birtakım kısıtlamalara gitmeleri sistemin korunmasına yöneliktir.(136) Bu konuda kimileri, dikey sözleşmelerin ve bu arada franchise sözleşmesinin, fikri ve sınai mülkiyet haklarının kullanılmasını inhisari olarak belirli kimselere tanıyarak, kısıtlama getirmek suretiyle rekabeti sınırladığı ve bozduğu sonucunu doğurduğunu kabul eder. Diğer bir görüş ise, bu sözleşmelerin markalar arasındaki rekabetin(137) bir sonucu olduğunu ve bir kimsenin sahip olduğu markasının ve diğer gayri maddi haklarının kullanarak mal ve hizmetlerinin sürüm hakkını ancak belirli kimselere vermesinin doğal olduğunu, bunun da birtakım sınırlamalar yapılmasını zorunlu kıldığından hareketle rekabetin kısıtlanması sonucunun doğmadığını ileri sürer.(138) (139)

Franchise sözleşmesi ile benzerlikler gösteren(140) tek satıcılık sözleşmelerinin rekabeti bozduğu ve m.85(1) hükmü kapsamına girdiği kabul edilmektedir.(141) Bu sözleşmelerin rekabeti bozucu nitelikleri olarak da, tekel hakkının tanınması gösterilmektedir. Tek satıcılık sözleşmesinde, sözleşme konusu malların tüketiciler ve diğer dağıtıcılar tarafından tek satıcı dışında başka bir yerden elde edilmesi olanağı bertaraf edildiği için rekabeti bozucu sonuç doğurduğu kabul edilir.(142) Bu konudaki ATAD'ın yaklaşımını da belirleyen **Consten-Grundig** olayında, Divan, bu iki firma arasında yapılan tek satıcılık sözleşmesinin marka içi rekabeti bozduğu ve **Consten** firmasının, sözleşmeden doğan tekel hakkına dayanarak, aynı marka malları satan diğer bağımsız satıcıları, bu malların satımı konusunda engellemesinin rekabeti bozduğuna karar vermiştir.(143) Ancak tek satıcılık sözleşmelerine 67/67 sayılı Komisyon Tüzüğü(144) ile 'muafiyet' tanınmıştır. Buna göre bu Tüzük kapsamı-

(136) CRAIG/DE BURCA, p.933.

(137) Aynı malların üreticileri, dağıtıcıları ya da satıcıları arasındaki rekabete markalararası rekabet; aynı marka malı pazarlayan bağımsız dağıtıcılar ya da satıcılar arasındaki rekabet marka içi rekabet denir (İNAN, N.: Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler, BATİDER, C.17, Sa.3, Y.1993-1994, s.68-67).

(138) TEKİNALP, Ü (Tekinalp/Tekinalp), AB HUKUKU, s.351.

(139) Bu konudaki tartışma için bkz. CRAIG/DE BURCA, p.919 et. seq.; WHISH, p.536 et. seq.

(140) Bkz. s.14-15.

(141) Aksine, acenta sözleşmesinin kural olarak md.85/I'in kapsamı dışında olduğu kabul edilmektedir. Çünkü, acenta her ne kadar ayrı bir işletme olsa da kendi adına değil temsil ettiği işletme adına sözleşme yapmaktadır (TEKİNALP,Ü (Tekinalp/Tekinalp), AB HUKUKU, s.352.

(142) İNAN, s.68.

(143) İNAN, s.68, 69.

(144) OJ. No 57, 1967.

na giren tek satıcılık sözleşmeleri m.85(2)'deki(145) yaptırımın dışında kalmaktadır. uygulanmasından

Franchise sözleşmeleri hakkında ATAD'ın ünlü **Pronuptia** kararı(146), bu konuda bir ilke kararı niteliğindedir. Bu dava ATAD'a AT Roma Anlaşması m.177'de düzenlenen ön-karar prosedürü (*preliminary rulings procedure*)(147) ile gelmiştir. Olayda, ilk olarak sözkonusu franchise sözleşmesinin m.85 (1) kapsamında olup olmayacağı sorulmuştur. İkinci soru ise, ilk sorunun olumlu olarak cevaplanması halinde bunun 85(3)'ün uygulanmasına ilişkin olarak çıkarılan Tek satıcılık sözleşmeleri hakkındaki 67/67 no'lu Tüzük'ün kapsamında olup olmadığıdır.

Kararda, Divan,

(a)Franchise-veren ile franchise-alan arasındaki ilişkilere göre tekel hakkından doğan, her iki tarafın ticari faaliyetlerin kısıtlanıp kısıtlanmadığı incelemiş ve

(b)Franchise-verene ait olan know-how, ticaret markası, ünvanı gibi fikri ve sınai hakların korunması ve başkası tarafından kullanılmasının önlenmesi için getirilen yükümlülüklerin rekabeti bozucu ya da sınırlayıcı olup olmadığını araştırmıştır.(148)

Divan, franchise sözleşmelerinin kimi durumlarda m.85(1) kapsamında değerlendirilebileceği, ancak bunun için sözleşmedeki hükümlerin bir incelemeye tabi tutulması gerektiğini hükme bağlamıştır. Pronuptia davasında, sözleşmede yeralan sistemin korunması için ortak isim ve sembollerin kullanılmasına ilişkin getirilen kayıtların rekabeti sınırlamadıkları, zira bunların ilişkinin niteliği gereği bir zorunluluk olduğu; buna karşılık, franchise-alan işle franchise-veren arasındaki pazar paylaşımına ilişkin hükümlerin rekabetin sınırlanması sonucunun doğduğuna karar vermiştir.

Divan, (b)'de belirtilen yükümlülüklerin m.85(1)'i ihlal etmeyeceğine karar vermiştir. Ancak 67/67 sayılı Tüzük'ün franchise sözleşmeleri hakkında uygulanamaya-

(145) M.85(2)'ye göre m, 85(1) uyarınca yasaklanan anlaşmalar ya da kararlar yok hükmündedir.

(146) Karar için bkz. OJ. L 13/39 (1987).

(147) Bu prosedür, AT hukukunun birliğini sağlamak amacıyla, birbirinden ayrılan ve birbirine ters düşen ulusal mahkeme kararlarının oluşmasını önleyen bir mekanizmadır. Buna göre AT hukukunun resmî yorum yetkisi ATAD nezdinde toplanmıştır. Ulusal bir mahkeme topluluk hukukunu uygulamak durumunda kaldığında buna ilişkin yorum yetkisi münhasıran ATAD'a aittir. İlgili mahkeme dosyayı ATAD'a göndermekle ve Divanın vereceği önkarara göre hüküm tesis etmekle yükümlüdür. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ARSAVA, F.: ROMA ANTLAŞMASINDA ÖNKARAR PROSEDÜRÜ VE BU PROSEDÜR ÇERÇEVESİNDE DOĞAN SORUNLAR, ATAUM YAYINI (Yayın No:5), ANKARA 1989. Ayrıca bu konuyla ilgili olarak bkz.CRAIG/DE BURCA, p.398 et. seq.

cağını çünkü Lu Tüzük'ün tek satıcılık sözleşmelerini düzenlediğini hükme bağlamıştır.(149)

Komisyon, bu karardan sonra bazı franchise sözleşmeleri hakkında bireysel muafiyet (*individual exemption*) tanımıştır.(150) Bu konudaki en önemli gelişme ATAD'ın **Pronuptia** kararından yaklaşık bir yıl sonra Franchise Sözleşmeleri Hakkında 4087/88 sayılı Blok Muafiyet Tüzüğü'nün(151) Komisyon tarafından kabul edilmesi olmuştur.(152) (153)

Tüzük, dağıtım ve hizmet (*distribution and service*) franchise sözleşmeleri hakkında muafiyet getirmektedir. Üretim konulu franchise sözleşmeleri ve konusu toptan satış (*wholesale*) olan franchise sözleşmeleri Tüzük'ün uygulama alanı dışında kalır.(154) Buna karşılık, master franchising uygulamaları Tüzük kapsamında yer alır. (155)

Tüzük'ün kabul edilmesinin nedeni olarak franchise-verenin büyük miktarlarda sermayeye ihtiyaç duymaksızın yeknesak bir dağıtım ağı kurabilmesi, aynı şekilde, sisteme girecek firmaların ilgili pazara franchise-veren kişinin deneyimlerinden yararlanarak ve onun desteğini alarak girebilmesi ve bunun da marka içi rekabeti (*inter-brand competition*) artırması gösterilmektedir.(156)

Tüzük m.1(1)'de dağıtım ve hizmet; m.1(2)'de master franchise'lara muafiyet tanındığı düzenlenmiştir. M.1(3)'de ise, franchising tanımlanmıştır.Buna göre, franchising,

“malların ve hizmetlerin sağlanması için ticari isim ve markalar, işaretler, modeller, telif hakları, know-how ya da patentler gibi sanayi ve fikri mülkiyet haklarını kapsayan bir pakettir.” (m.1(3)(a))

(148) SABAN, s.26, 27.

(149) SABAN, s.27.

(150) Komisyonun **Yves Rocher** kararı için bkz. OJ. L 8/49 (1988); **Computerland** kararı için bkz. OJ. L 222/12 (1989); **Charles Jourdan** kararı için bkz. OJ. L 35/31 (1989). **Service Master** kararı için bkz. OJ. L 332/38 (1988).

(151) OJ. L 359/46, 1988.

(152) Komisyona bu yetki 19/65 ve 2821/71 sayılı Konsey Tüzükleri ile verilmiştir (SABAN, s.28, dph.124; ZEREN, Y.: AB Rekabet Hukuku Kuralları Altında Patent ve Know-how Lisansı Anlaşmaları ve Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin 240/96 Sayılı Blok Muafiyet Tüzüğü, İSTANBUL BAROSU DERGİSİ, Y.1997, C.71, S.4, s.831).

(153) Belirtilmeli ki, Tüzük'ün kabulüyle birlikte tüm franchise sözleşmeleri değil, yalnızca bu Tüzük kapsamına giren franchise sözleşmeleri muafiyetten yararlanabilir.

(154) Bunlar hakkında patent sözleşmelerine ilişkin 2349/84 sayılı Tüzük ya da know-how sözleşmeleri hakkındaki 556/89 sayılı Tüzük duruma göre uygulanabilir (WHISH, p.599).

(155) WHISH, p.599.

(156) CRAIG/DE BURCA, p.934.

Franchise sözleşmesi ise, bir işletmenin (*franchisor*), diğer bir işletme ile (*franchisee*) doğrudan ya da dolaylı bir bedel karşılığında kendisine ait malların ve hizmetlerin yine kendi isim ve markası altında, kendi know-how'ını sağlayarak ve ilişki süresince ticari ve teknik olarak destekleyerek pazarlanması konusunda yaptıkları sözleşme olarak tanımlanmıştır (m.1(3)(b)).

Tüzük buna ek olarak m.1(3)(f)'de know-how tanımlanmıştır. Maddeye göre know-how:

“patentli olmayan ve franchise-verenin deneyim ve tecrübeleri sonucunda elde ettiği, gizli, pratik bilgilerden oluşan bir pakettir.”

Tüzük'e göre tüm franchise sözleşmeleri değil, sadece m.2'de sayılan sınırlamalardan bir yada birkaç sınırlama ihtiva eden franchise sözleşmeleri muafiyetten yararlanabilecektir (m.1(1)).

Buna göre, franchise-verenin, tekel bölgesinde bir başka kişiye imtiyaz hakkı tanımayacağına ve aynı şekilde franchise-alanın ise, bu bölge dışında satış yapmama ve franchise-verenin ürettiği mallara rekabet edecek ürün ve hizmetlerin üretim, satışını yapmama konusundaki taahütleri muafiyetten yararlanır.

Görüldüğü gibi Komisyonun franchise sözleşmelerine yaklaşımı, sözleşmenin iktisadi yararlarını gözönüne alınarak, sistemin işlemesi için zorunlu olan birtakım sınırlamalara izin verilmiştir.

VI-TÜRK REKABET HUKUKU BAKIMINDAN FRANCHİSE SÖZLEŞMELERİ

Türk Hukuku bakımından 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun 7.12.1994 tarihinde kabul edilerek 13.12.1994 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.(157) Yasa, Anayasa m.167(158) ve AB ile Türkiye arasındaki Ortaklık Anlaşması çerçevesinde oluşturulan Ortaklık Konseyinin 6 Mart 1995 tarih ve 1/95 sayılı gümrük birliğini kuran anlaşma gereği olarak kabul edilmiştir. Türkiye, bu karar ile bir rekabet kanunu kabul etme ve rekabet kurulu oluşturmayı taahhüt etmiştir.(159)

Yasanın kabulünden önce rekabeti bozucu anlaşma ve uygulamalara ilişkin mevzuatımızda herhangi bir düzenleme mevcut değildi. TTK m 56-65. maddeleri arasında haksız rekabet düzenlenmiştir. Ancak bu iki durum birbirinden farklıdır.

(157) RG. 13 Aralık 1994, Sayı. 22140.

(158) Anayasa md.167 hükmü aynen şöyledir: “Devlet para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır, piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.”

(159) ASLAN, s.19, 25, 26.

Haksız rekabetin amacı taciri ve ticari işletmeyi korumak olmasına karşın rekabet hukukunun amacı rekabetin kendisini korumaktır. Yasanın kabulünden önceki dönemde rekabeti bozucu anlaşmalara ve uygulamalara MK m.2 (doğruluk ve dürüstlük kuralları) ve MK m.2/II (hakkın kötüye kullanılması) hükümlerinin uygulanması düşünülebilirdi. Ancak özel hukukun tüm alanlarında uygulama alanı bulan hukukun genel ilkeleri niteliğindeki bu hükümlerin spesifik bir alan olan rekabet hukukuna uygulanması birtakım sakıncalar doğurur.(160)

Yasanın kapsamı, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde, işletmelerin aralarında yaptıkları rekabeti engelleyici, bozucu, ve kısıtlayıcı 'anlaşma', "uyumlu eylem" ve 'karar'lar ile piyasaya hakim olan işletmelerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışlar olarak belirtilmiştir (m.2).

İşletme kavramı Amerikan Antitröst Hukuku ve AT Rekabet Hukuku'nda olduğu gibi geniş olarak "mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzelkişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler" olarak tanımlanmıştır (m.3).

Yasanın uygulanması bakımından idari makam Rekabet Kuruludur. Kurulun kararlarına karşı yargı yolu açıktır. Kurul kararlarına karşı Danıştay'a başvurulabilir. Yasa AT Roma Antlaşması m.85 ve m.86'ya paralel düzenleme getirmiştir. Rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran veya doğurabilecek nitelikte olan işletmeler arası 'anlaşma', 'uyumlu eylem' ve 'işletme birlikleri kararları' hukuka aykırı sayılarak yasaklanmıştır (m.4).

Buna göre franchise sözleşmeleri m.4 bağlamında rekabet kurallarının uygulanması bakımından her zaman bir denetime tabi tutulabilecektir. Yasanın 5. maddesinde bazı durumlarda işletmeler arası 'anlaşma', 'uyumlu eylem' veya 'karar'ların md.4 hükümlerinin uygulanmasından "muaf" tutulabilecekleri düzenlenerek AT hukukundaki 'muafiyet' sistemi kabul edilmiştir. Bu konuda yetkili makam Rekabet Kuruludur. Kurul m.5'deki şartların gerçekleşmesi halinde 'bireysel' veya 'grup' muafiyeti tanıyabilecektir. Bu alanda verilecek muafiyetler kapsamına franchise sözleşmeleri de girebilecektir.

4054 Sayılı yasa 1994 yılında yürürlüğe girmiş olmasına rağmen Rekabet Kurulunun oluşturulmasında meydana gelen gecikmeler sebebiyle uygulanamamıştır.

Franchise sözleşmelerinin rekabet hukuku açısından değerlendirilmesi Rekabet Kurulu uygulamaları ve Danıştay kararları sonucunda ortaya çıkacaktır.

KAYNAKÇA

- AKYOL, Ş. : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1984
- AMOROSO, M./BONANI, G./COLOMBI, F./FRIGNANI, A. : Il Franchising, Roma 1988.
- ARKAN, S. : Ticari İşletme Hukuku, Ankara 1993.
- ARSAVA, F. : Roma Antlaşmasında Önkarar Prosedürü Ve Bu Prosedür Çerçevesinde Doğan Sorunlar, Ataum Yayını (Yayın No:9), Ankara 1989.
- ASLAN, İ.Y. : Rekabet Hukuku ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Bursa 1997.
- CRAIG, P./DE BURCA G. : EC Law (Text, Cases & Materials), Oxford 1997.
- DAINTITH, T. : Vital Fluids: Beer and Petrol Distribution in English Law, Franchising and the Law, Baden-Baden 1991
- GÜRZUMAR, O.B. : Franchise Sözleşmeleri, İstanbul 1995.
- HATEMİ, H./SEROZAN, R./ARPACI, A. : Borçlar Hukuku (Özel Bölüm), İstanbul 1992
- HOWELL, R.A./ALLISON, J.R./JENTZ, G.A. : Business Law, USA 1978.
- İMREGÜN, O. : Amerikan Ortaklıklar Hukukunun Ana Hatları, İstanbul 1968.
- İŞGÜZAR, H. : Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara 1989.
- İNAN, N. : Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler, BATİDER, C.17, Sa.3, Y.1993-1994, s.55-77.
- KANETİ, S. : İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları (1955-1964), C.II, Özel Borç İlişkileri ve Borç İlişkilerinde Yasaların Çatışması, Ankara 1968.
- KIRCA, Ç. : Franchise Sözleşmesi, Ankara 1997.
- MUSTAFAOĞLU, M. : Sorularla Franchising Türkiye Uygulanması, İTO YAYIN NO: 1996-48.
- OKTAY, S. : İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması, İHFM, C. LV, Y.1996, s.263-296.
- OĞUZMAN, M.K./ÖZ, T. : Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), İstanbul 1995
- SABAN, N. : Franchising ve Vergilendirme, İstanbul 1997.
- SELIÇİ, Ö. : Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977.
- STREETWISE BUSINESS, OCTOBER/NOVEMBER 1997. TANDOĞAN, H. : Tek Satıcılık Sözleşmesi, BATİDER, Y.1982. C.XI, S.4, s.1-36.
- TEKİNALP, G. : "Uyumlu Eylemler" Kavramı Döner Armağan, İstanbul 1995, s.201-207
- TEKİNALP, Ü./POROY, R./ÇAMOĞLU, E. : Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş B.7, İstanbul 1997.
- TEKİNALP, Ü. : Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları, Hirsch'e Armağan, Ankara 1986, s.147-160.
- TEKİNALP, Ü. : "Özel Ekonomik Gücün Merkezileşmesinin Kanuni Düzenlemesi", İktisat ve Maliye, C.XIII, S.8, Kasım 1966, s.298-301.
- TEKİNALP, G./TEKİNALP, Ü. : Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 1997.
- TEKİNALP, G./TEKİNALP, Ü. : Joint Venture, Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1989, s.143-176.
- TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP : Borçlar Hukuku, B.6, İstanbul 1988

- TUNCER, S. : Bir Dağıtım ve Pazarlama Yöntemi Olarak Franchising, İstanbul Sanayi Odası Dergisi, 1992, Y.26, S.311, s.49-54.
- TUNÇOMAĞ, K. : Türk Borçlar Hukuku, C.II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977.
- WHISH, R. : Competition Law, Ed.3, London – Edingburgh 1993.
- YAVUZ, C. : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, B.3, İstanbul 1994.
- ZEREN, Y. : AB Rekabet Hukuku Kuralları Altında Patent ve Know-how Lisansı Anlaşmaları ve Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin 240/96 Sayılı Blok Muafiyet Tüzüğü, İstanbul Barosu Dergisi, Y.1997, C.71, S.4, s.822-841.

KISALTMALAR

- AT : Avrupa Toplulukları
- AB : Avrupa Birliği
- ATAD : Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
- ATAUM : Avrupa Topluluğu Araştırma ve Uygulama Merkezi
- B. : Bası
- BATİDER: : Çanka ve Ticaret Hukuku Dergisi
- BK : Borçlar Kanunu
- Bkz. : Bakınız
- dpn. : Dipnot
- ECR : European Court Reports
- Ed. : Edition
- Et seq. : Et sequens (ve devamı)
- HUMK : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
- İHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
- İTO : İstanbul Ticaret Odası
- Karş. : Karşılaştırınız
- m. : madde
- OJ. : Official Journal of European Communities
- p. : page, pagina
- S. : Sayı
- s. : sayfa
- TTK : Türk Ticaret Kanunu
- UFRAD : Ulusal Franchising Derneği
- v. : versus (karşı)
- vd. : ve devamı
- Y. : Yıl, Year

YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARININ DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ

Bekir AKSOYLU (*)

30.12.1997 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren E:1996/5, K:1997/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararının özetinde "kural olarak mülkiyet hukuku yönünden kıyı kenar çizgisinin belirlenmesi görevi adli yargıya aittir. Ancak 3621 sayılı kanunun 9 uncu maddesi gereğince idare tarafından kıyı kenar çizgisi belirlenmiş ve yazılı bildirimle rağmen yasal süresinde idari yargıya başvurulmaması nedeniyle idari yargı yolunun kapanmış olması veya idari yargı tarafından verilip kesinleşmiş karar bulunması durumlarında, bunlara uygun şekilde kıyı kenar çizgisinin saptanması gerekir" denmektedir.

Anılan kararın değerlendirmesine geçmeden önce, Anayasamız ve 3621 sayılı Yasa çerçevesinde kıyı, kıyı kenar çizgisi ve bu çizginin çizilmesinde öngörülen usul ve esaslara, değinmek istiyorum.

Anayasanın 43 üncü maddesinde, kıyıların sahipsiz, doğal ve herkesin kullanımına açık, Devletin hüküm ve tasarrufunda olduğu saptanmış ve kıyılarda özel mülke ve işletmelere yer verilmemiştir. Anayasamızın bu genel düzenlemesine uygun olarak 3621 sayılı Kıyı Kanununun amaç ve kapsam maddelerinde. Yasanın deniz, tabii ve suni göller ve akarsu kıyıları ile deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerine ait düzenlemeleri kapsadığı ve deniz, tabii ve suni göl ve kıyıları ile bu yerlerin etkisinde olan ve devami niteliğinde bulunan sahil şeritlerinin doğal ve kültürel özelliklerini gözeterek koruma ve toplum yararlanmasına açık ve kamu yararına kullanma esaslarının amaçlandığı belirtilerek kıyıların korunması ve korunmalarında toplumsal yarar ilkeleri saptanmıştır.

Aynı Yasanın 9 uncu maddesinde de beş kişilik ve kamu görevlilerinden oluşan komisyona Valiliğin denetiminde kıyı kenar çizgisini belirleme görevi verilmiştir.

Anayasamızın 43 üncü maddesinin, "kıyıların sahil şeritlerinin kullanılış amaçlarına göre derinliği ve kişilerin bu yerlerden yararlanma imkan ve şartları kanunla düzenlenir" hükmü gereğince 3621 sayılı Yasa çıkarılmış ve bu Yasada açıkça vurgulandığı üzere, kıyı kenar çizgisinin belirlenmesi görevi idareye verilmiştir. İdare, bu görevi yerine getirirken tek taraflı ve kamu gücüne dayalı olarak tesis edeceği "İDARİ İŞLEM" ile Yasada öngörülen yükümlülüğünü yerine getirmiş olacaktır.

(*) Danıştay 6. Daire Üyesi.

Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren idareler tarafından belirlenen kıyı kenar çizgisi idare hukuku anlamında tartışmasız bir "İDARİ İŞLEM" dir. Bu işlemten dolayı açılacak davalarda görevli yargı "İDARİ YARGI", dir. Kıyı kenar çizgisinin idareler tarafından belirlenmemesi halinde, ilgilinin idareye başvurarak bu belirlemenin yapılmasını isteme hakkı vardır. İdareler 60 gün içinde olumlu yanıt vermediği takdirde ilgili, idari yargıya dava açabilir. Bütün bunlardan öte, idareler tarafından belirlenen kıyı kenar çizgisine karşı dava açılmamış veya açılan dava herhangi bir nedenle reddedilmiş ise hukuksal olarak bireyleri ve organları bağlayan bir İDARİ İŞLEM yürürlükte olup, idarece geri alınıncaya kadar tüm hukuki sonuçlarını doğuracaktır.

Bu saptamalar ve gerçekler ortada iken anılan İçtihadı Birleştirme kararında mülkiyet hukuku yönünden kıyı kenar çizgisinin belirlenmesi görevi "Adli Yargıya aittir", diyebilmek hukuksal bir hatadır. Zira, Anayasamızda, kıyı kenar çizgisinin belirlenmesi ve kıyıların korunmasının kanunla olacağı belirtildikten sonra, bu konuyu düzenleyen 3621 sayılı Kanunda kıyı kenar çizgisinin belirlenme yetki ve görevi idarelere verilmiş, mülkiyet yönünden belirleme yetkisinin adli yargı yerine ait olacağına dair herhangi bir istisna ve ayırım öngörülmemiştir. Buna karşın, Anayasa ve Yasada yer almayan bir yetkinin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile adli yargı tarafından kullanılması, kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisinin kullanılması sonucunu doğuracağı gibi, Anayasa ve Yasa tarafından yürütme (idare) organına verilen bir yetkinin adli yargı tarafından kullanılması da idare hukuku anlamında bir "FONKSİYON GASBI" dir. Diğer bir deyişle, yürütme organına ait bir yetkinin adli yargı yerince kullanılmasıdır. Bu karar, Anayasada belirlenen kuvvetler arasında bir fonksiyon gasbına neden olduğu gibi adli ve idari yargı yerlerinin görevleri bakımından da uyumsuzluk yaratacak nitelikte görülmektedir.

"Kıyı kenar çizgisinin belirlenme görevi adli yargı yerine aittir" demek suretiyle, bundan böyle idareler, kanunla kendilerine verilen kıyı kenar çizgisini belirleme yetkisini kullanamayacaklar ve böylece bir idari işleme karşı idari yargı denetim yolu kapanacak veya idari yargının görev alanına giren bir konuda adli yargı yeri hem yargısal hem de yönetsel nitelikte karar vermiş olacaktır. Bu karar adli ve idari yargı yerleri arasındaki görev uyumsuzluğunu belirlemekle görevli ve bir Anayasal kuruluş ve yüksek mahkeme olan Uyumazlık Mahkemesinin yerine de geçilmesi sonucunu doğuracaktır.

Anılan kararın görev ve yetki yönlerinden Anayasal ve yasal anlamda getirdiği çok önemli sakıncaları belirtmeye çalıştım. Bu bağlamda, yargı yerleri arasında veya yargı ve yürütme organı arasında uygulamada büyük kargaşa doğacağını ve bundan bireylerin ve kurumların zarar göreceğini ifade etmek istiyorum.

Ayrıca üzerinde durmak istediğim diğer bir konu da, sözü edilen kararda idari işlemler ile ilgili olarak yanlış tanımlamalar, Değerlendirmeler ve sonuçlandırmalar yapılmış olmasıdır.

Konuya açıklık kazandırabilmek için içtihat kararından alıntılar yapmak suretiyle değerlendirmelerimizi ortaya koymanın daha yararlı ve anlaşılır olacağı kanısındayım.

Anılan kararın değerlendirme ve sonuç bölümünde aynen "Mülkiyet hukukundan kaynaklanan tüm uyuşmazlıkları çözümlmek görevi adli yargıya aittir. 3621 sayılı Yasa kıyı kenar çizgisi yönünden adli yargı yerinin bu görevini kısıtlamamış, daraltmamış ve ortadan kaldırmamıştır. Genişletici yorum yoluyla idari yargıda dava konusu olabilecek olan tartışılabilir niteliği bulunan idari işlemin adli yargıyı bağlayacağını kabul, kanun koyucunun amacına uygun değildir" denilmek suretiyle yanlış tanımlamalar, değerlendirmeler yapılmıştır.

Herşeyden önce, 3621 sayılı Yasa, kıyı kenar çizgisinin belirlenmesi yetki ve görevi idarelere vermiştir. İdarelerin kaynağını Yasadan alan bu yetkiye dayanarak ve kamu gücünü tek taraflı kullanmak suretiyle kamu yararı ve kamu ve kamu hizmeti gereklerine uygun olarak belirleyecekleri kıyı kenar çizgisinin kamu hukukundaki tanımlaması "idari işlemdir". Bu idari işlemlere karşı ilgililerin başvuracakları yargı yeri de "İDARİ YARGI"dır.

Kıyı kenar çizgisinin idari yargıda dava konusu olabileceğini kabul ettikten sonra "BU İDARİ İŞLEMİN TARTIŞILABİLİR" olduğunu söylemenin ne anlama geldiğini ve tartışılabilmekten neyin ifade edilmek istendiğini anlamak olanaklı değildir. Bu idari işlemin adli yargı yerini bağlayacağı endişesiyle böylesine hatalı bir yoruma ve sonuca gidildiği akla gelmektedir.

İdari işlemlerin adli ve idari yargı yerlerini bağlamasından korkmamak ve ürkmemek gerekir. Hukukun gereği budur. Bir idari işlem, örneğin yıkım, imar planı, parselasyon, kamulaştırma işlemi kişileri de tüm kurumları da bağlar. Parselasyon işleminin yargılamasında imar planı esas alınarak karar verilmektedir. Adli yargı yerinde tezyidi bedel davasının incelenmesi, ancak; idari yargıda kamulaştırma işlemine karşı dava açılmamış olması veya dava açılıp davanın reddedilmesi halinde olanaklıdır.

Kamulaştırma işleminin geri alınması veya idari yargı yerince iptal edilmesi halinde ise adli yargıdaki tezyidi bedel davasının inceleme olanağının bulunmadığı açıktır.

Kesinleşen parselasyon (idari yargıdan geçerek veya geçmeden) işleminden sonra tapu müdürlüklerince tesis edilen tapu kayıt ve tescil işleminin iptali için asli-

ye hukuk mahkemesinde açılan davada, adli yargı yeri parselasyon işlemini incelemeyen, kayıt ve tescilde parselasyon işlemine bir aykırılık bulunup bulunmadığını saptamakla yetinmektedir. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Görülmektedir ki, idari işlemlerin hukuki sonuçları adli ve idari yargı yerlerini bağlamaktadır.

Bu ve buna benzer birçok örnekte olduğu gibi idari işlemler geri alınmadıkça, kaldırılmadıkça veya idari yargı yerinde iptal edilmedikçe adli ve idari yargı yerleri bakımından hukuken geçerli ve uygulanabilir nitelikte hukuk düzenlemeleridir. Bu düzenlemeler içinde yer alan yönetmelik ve genelgeler birer idari işlemdir. Bu işlemler, adli yargıyı bağlamaz diyebilir miyiz? Adli Yargı yerlerince hüküm tesis edilirken, yönetmeliğe, genelgeye veya yukarıda örneklenen Parselasyon işlemine uygundur veya değildir şeklinde karar verilmektedir. Bu açık ve somut gerçekler ortada iken ne yazık ki kararda "İdari işlemlerin adli yargı yerlerince takdiri delil olduğu" ve "bağlayıcı olmadığına" ilişkin tanımlama yer almıştır. Yukarıda verdiğimiz örnekler bu tanımlamanın kabul edilemez olduğunu açık ve net bir biçimde ortaya koymaktadır. Teoride geniş bir eleştiri alanı bulacağından, bu tanımlamanın kamu ve özel hukuk alanındaki teorisyenlerin tartışma ve eleştirisine açılmasında yarar görmekteyim.

Ayrıca anılan kararda, idari işlemlere karşı dava açma süreleri ve sonuçları bakımından da hatalara düşülmüştür. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 7-10 ve 11 inci maddelerinde idari işlemlere karşı dava açma süreleri çeşitli durumlara göre düzenlenmiştir. Kararda, bunlardan yalnızca yazılı bildirim ve ilan üzerine açılacak davalardaki genel dava açma süresi irdelenmiş, idari makamlara işlem tesis edilmek üzere başvurmayı düzenleyen 10 uncu ve bir idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılmasını içeren üst makamlara başvuruyu düzenleyen 11 inci madde uyuşmazlık konusu olayda hiç irdelenmemiş, adeta yok sayılarak sonuca varılmıştır.

Kıyı kenar çizgisinin belirlenmesi üzerine uygulamada bireylere tek tek tebligat yapılması olanaksız olduğundan davalar duyum üzerine açılmaktadır. Kıyı kenar çizgisinin belirlendiğinin öğrenilmesinden itibaren ilgililer 60 gün içinde yukarıda anılan Yasanın 11. maddesi gereğince işlemin kaldırılması veya değiştirilmesi için idareye başvurduktan ve öngörülen süreler geçtikten sonra veya kıyı kenar çizgisi hiç çizilmemiş ise, çizilmesi için idareye başvurarak işlem tesisi üzerine 10 uncu maddede öngörülen sürede dava açabilirler. Kararda, öğrenme ve 10-11 inci maddelere göre dava açma durumları değerlendirilmeden yapılan bu belirlemenin, eksik incelemeğe dayandığını düşünmekteyim.

Bu eleştirilerimizin yanında kararın "Ayrıca, idare tarafından belirlenen kıyı kenar çizgisine karşı dava açılmış ve bu çizgi idari yargının kesinleşen kararı ile sap-

tanmış ise yargı bütünlüğü kesinleşen yargı kararlarının tartışma konusu yapılamaması, yargıya güven ile hukuki emniyetin sağlanması amacıyla kıyı kenar çizgisinin belirlenmesinde idari yargıca belirlenen çizginin adli yargıca esas alınması zorunludur” şeklindeki nitelenmesine katıldığımızı ve en olumlu değerlendirmesi olduğunu belirtmek isterim.

Kesinlikle katılmadığımız ve vahim bir hukuki hata olarak gördüğümüz hüküm kısmında ise “idari yargı tarafından verilip kesinleşmiş karar bulunması durumunda, bunlara uygun şekilde kıyı kenar çizgisinin adli yargı tarafından saptanması gerektiği...” denilmek suretiyle adeta idari işleminden sonra idari yargı kararı da takdiri delil olarak değerlendirilmiştir.

Parselasyon ve kamulaştırma ve diğer işlemlerde olduğu gibi idari yargı tarafından verilen kararın, mülkiyet davasında adli yargıca esas alınacağı belirtildiği halde, Hüküm kısmında takdiri delil seviyesinde yapılan değerlendirme göstermektedir ki karar kendi içinde de tutarlı değildir.

Yargıtayımızın bu içtihadı birleştirme kararı uygulamada çok önemli hukuki sonuçlar doğurması, adli yargı mahkemelerini bağlayıcı niteliği bulunması nedenleriyle kanımca her konuda tartışılması ve bu tartışmalar sonucunda değerlendirme hatalarının düzeltilmesi yönünde bir görüş birliği oluşturulmasının hukukumuz bakımından yararlı olacağına inanarak yazımı 16 ıncı Hukuk Dairesi Üyesi Sn. Niyazi Durak'ın aynen katıldığım muhalefetine son paragrafını alarak bitiriyorum. “Anılan Tevhidi İçtihat kendi içinde çelişki arz etmektedir. Şöyleki İçtihat idare tarafından yapılan ve yürürlüğe sokulan kıyı kenar çizgisi kesinleşmişse adli yargıyı bağliyacağını kabul etmiştir. İdare tarafından tesbit edilen kıyı kenar çizgisinin kesinleşmesi demek ilgililere tebliğ edilip bu işleme karşı idari yargıya süresinde dava açmaları veya süresinde dava açılıpta idari yargıca bu hususta bir karar verilmesi sonucu bu işlemin katiyet arz etmesi demektir. Bu kabul şekli ile Tevhidi İçtihat bu işlemin idari bir işlem olduğunu tereddütsüzce kabul ettiği halde işlemin kesinleşmemesi halinde veya işlemin idarece yapılmaması halinde adli yargısında yapabileceğini kabul etmesi çelişkiye düşmektedir. Çünkü bir işlem ya idaridir veya adlidir. Bir işlem aynı zamanda hem idari hem de adli olamaz. bu itibarla idari bir işlem niteliğinde olan kıyı kenar çizgisinin ancak ve ancak idari organca tesbit edileceği bu işleme karşı hak sahiplerince ileri sürülecek usulsüzlük ve davaların idari yargıca görüleceği mahkemelerin kıyı kenar çizgisini tesbit edemeyecekleri kanaatiyle çoğunluk görüşüne karşıyım”.

TÜRKİYE'DE ANAYASA TARTIŞMALARI: "BUGÜNÜN TÜRKİYE'SİNDE İKİNCİ MECLİS GEREKLİ MİDİR?"

Ömer Uğur GENÇCAN (*)

ANLATIM DÜZENİ: Giriş. Birinci Bölüm. kavram. 1-İkinci Meclise İlişkin Ayrımlar. I-Genel Olarak. II-Devlet Biçimleri Ayrımı. A-Karma Yapılı Devletler. B-Tek Yapılı Devletler. III-Siyasal Ayrım. A-Aristokratik İkinci Meclis. B-Demokratik İkinci Meclis. IV-Sosyal Ve Ekonomik Ayrım. İkinci Bölüm. Tarihsel Gelişim. 2-Anayasalarımıza Göre İkinci Meclis. I-1876 Kanun-u Esasisi Dönemi. A-Birinci Meşrutiyet Devri. B-İkinci Meşrutiyet Devri. II-1921 Anayasası Dönemi. A-TBMM. Hükümeti Devri. B-Cumhuriyet Devri. III-1924 Anayasası Dönemi. IV-1961 Anayasası Dönemi. V-1982 Anayasası Dönemi. Üçüncü Bölüm. İkinci Meclis İle İlgili Tartışmalar. 3-İkinci Meclisin Yararları Ve Sakıncaları. I-Yararlı Olduğuna İlişkin Görüşler. II-Sakıncalı Olduğuna İlişkin Görüşler. Sonuç. Kaynakça.

GİRİŞ

Günümüzde Türk toplumu hükümet organı tarafından "etkin bir yönetim" beklentisi içerisinde. Bu beklenti için farklı çözüm önerileri getirilmektedir. Önerilerden ilki başkanlık rejimine geçilerek yapılacak mekanik bir hükümet sistemi değişikliğidir (1). İkinci bir düşünce ise tek meclisin getirdiği olumsuzlukların ikinci bir meclisle önenebileceğidir.

Yasama meclislerinin sayısı önümüze bir çok sorunlar çıkarmaktadır. Anayasa hukukunun geleneksel tartışmalarından olan bu konuyu günümüz Türkiye'si çerçevesinde inceleyeceğiz Çalışmamızda "Bugünün Türkiye'sinde İkinci Meclis Gerekli midir?" sorusuna cevap getirmeye çalışacağız.

Konumuzu üç bölüm altında inceleyeceğiz. Birinci bölüm kavrama ilişkin olup bu bölümde ikinci meclisin oluşum şekline ilişkin ayrımları gözden geçireceğiz.

İkinci bölüm, tarihsel gelişim ile ilgili olup burada anayasalarımıza göre ikinci meclis konusunu ele alarak meclis sayısına ilişkin anayasalarımızın getirdiği düzenlemeleri izah edeceğiz.

(*) **Yargıtay 2. H.D. Tetkik Hakimi.**

(1) Bu konu ayrıntılı olarak başka bir çalışmamızda incelenmiştir. Bkz: GENÇCAN, Ömer Uğur: Başkanlık Rejimi, Adil Yayınevi, Ankara, 1997.

Üçüncü bölüm, ikinci meclis ile ilgili tartışmaları Türkiye gerçeği çerçevesi içinde kalmak üzere inceleyeceğimiz bölüm olacaktır. İkinci meclis uygulamasının bu gerçeğe göre yarar ve sakıncalarının neler olduğunu belirten görüşleri açıklayacağız.

BİRİNCİ BÖLÜM KAVRAM

S 1- İKİNCİ MECLİSE İLİŞKİN AYIRIMLAR

I. GENEL OLARAK

Yasama meclislerinin sayısı sadece kurucu iktidarın tercihine bağlı değildir. Sosyal tabakalaşmanın sonucu oluşan tarihsel nedenlerin yanısıra siyasal ve ampirik nedenler ile sosyal ve ekonomik nedenler de yasama meclislerinin sayısını doğrudan etkilemektedir. Devlet şekli yapısı da bir diğer nedeni oluşturmaktadır.

II. DEVLET BİÇİMLERİ AYRIMI

Günümüzde, devletler yapıları bakımından iki grupta toplanır: Tek yapılı (unitaire) devletler, karma yapılı devletler. Tek yapılı devletlerde çift meclis sistemi (bicalisme-bicamerisme) bir zorunluluk değil ise de federal yapılı devletlerde bir zorunluluktur.

A-Karma Yapılı Devletler

Gerçekten federal devlet, bir yandan yekpare tek bir millet gerçeğini yansıtır; öte yandan da, geniş bir özerkliği ellerinde tutan çeşitli üye devletlerden oluşmuştur. İşte, federal kurumlar-ister istemez-bu çifte gerçeği dile getirirler (2).

Federal devlet çift meclisli parlamentodan oluşmak zorundadır. Bu iki meclisten birisi federal devletin tüm halkı ya da milletini temsil eden ve her üye devletin nüfus oranına göre kurulması gereken "Temsilciler Meclisi" olup, diğeri ise her üye devletin eşit sayıda seçilecek temsilcilerinden kurulu ikinci meclisidir. Bu ikinci meclis A.B.D'de, Kongre'de "Senato", İsviçre'de "Devletler Meclisi" diye adlandırılmaktadır. Federal devletlerde ikinci meclis oluşturulmasa idi nüfusu çok olan federe devletlere üstünlük sağlanmış olurdu.

B-Tek Yapılı Devletler

Bütün fedaral sistemler iki meclisli olmakla birlikte bütün iki meclisli ülkeler
(2) TANİLLİ, Server: Devlet ve Demokrasi, Anayasa Hukukuna Giriş, 1990, s. 256

federal bir yapıya sahip değillerdir. Diğer bir deyimle, "Tek devlet"ler arasında da, iki meclis sistemini kabul etmiş olanlar vardır (örneğin İngiltere, Fransa, İtalya ve 1961 Anayasası döneminde Türkiye). Tek devletlerde ikinci meclisler, başka gerekçelere dayanmaktadır(3).

Bu nedenleri diğer ayrımlarda inceleyeceğiz.

III. SİYASAL AYRIM

Çift meclis ya da tek meclis sistemi arasındaki tercih siyasi ve ampirik mahiyet-teki etkenlere de dayanmaktadır. Bu nitelik ise ikinci meclise tanınan işlevle açıklanabilir.

A- Aristokratik İkinci Meclis

Sosyal tabakalaşmanın yarattığı zorunluluk ikinci meclisi gerekli kılmaktadır.

Aristokrasi ikinci bir meclisin kurulmasını zaruri kılmıştır. İkinci meclise yüksek meclis (Chambre Haute) denmesi de bunu gösterir. Bu nevi ikinci meclislerin en iyi bilinen örneğini İngiltere vermektedir. İngiltere'de daha XIII üncü yüzyılda evvelâ Magnum Concilium denen ve Krala bağlı lâıyk ve dini asilzadelerden veraset esasına göre kurulu olan bir meclis görülüyor. Bu meclis daha sonra Lortlar Kamarası ismini almıştır. Ondan sonra Kontluklarla şehir ve kasabaların seçilmiş temsilcilerinden kurulu ikinci bir meclisin yani Avam Kamarasının da kurulması ile İngiltere çift meclis sisteminin ilk ve en eski örneğini vermiştir(4).

B-Demokratik İkinci Meclis

Demokratik ikinci meclisler, üyelerinin tamamının, ya da büyük bir bölümünün seçimden geldikleri meclislerdir. Günümüzde hayli yaygın olan bu meclislerin kurulmasındaki amaç, birinci meclise karşı bir denge oluşturmak, onun ataklığına ve aceleciliğine karşı bir "düşünce meclisi"(Chambre de reflexion) yaratmaktır(5).

Demokratik ikinci meclisler de birinci meclise nispeten seçme ve seçilme koşullarında farklılıklar yaratılarak bir düşünme meclisi oluşturulmak istenmektedir.

IV. SOSYAL VE EKONOMİK AYRIM

Sosyal ve ekonomik gelişimler, sosyal ve ekonomik toplulukların ve bu toplulukların menfaatlerini de temsile ihtiyaç doğurabilmektedir.

(3) ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 1992, s. 224

(4) KUBALI, Hüseyin Nail, Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul, 1969 s. 281

(5) TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), İstanbul, 1991 s. 365

Sosyo-ekonomik ikinci meclis ile güdülen amaç, toplumdaki değişik meslek ve sosyal kategorilerin temsilini sağlamaktır; ancak, günümüzde pek yaygın bir uygulaması yoktur. II. Dünya savaşı öncesinde, Romanya (1923 Anayasası) ve Yunanistan'da (1927 Anayasası) öngörülmüştü. 1937 Anayasası ile, halen, İrlanda'da mevcuttur(6).

İKİNCİ BÖLÜM TARİHSEL GELİŞİM

S 2- ANAYASALARIMIZA GÖRE İKİNCİ MECLİS

Anayasalarımız yasama meclislerinin sayısına ilişkin değişik düzenlemelerde bulunmuştur. Bu farklılıklar değişik nedenlere dayanmaktadır.

I. 1876 KANUN-U ESASISI DÖNEMİ

Bu dönemi Birinci Meşrutiyet Devri ve İkinci Meşrutiyet Devri olmak üzere iki aşamalı olarak inceleyeceğiz.

A-Birinci Meşrutiyet Devri

Bu Anayasa teokratik bir bünyeye sahiptir. Dini esaslara istinat eden Devlet bünyesine "teokratik bünye" yahut "teokratik devlet" ismi verildiği için biz bu Anayasayı ve bu Anayasanın kurmuş olduğu nizamı "teokratik" olarak adlandırabiliriz. Bu Anayasa "Meşruti monarşi" ismini verdiğimiz bir devlet şekli kabul etmiştir. Başta bir padişah bulunmaktadır ve onun yanında meclis (parlamento) adı verilen halkın temsilcilerinden meydana gelmiş bir kurul vardır. Yasama yetkisi "Meclis-i Umumi" adı verilen bir mecliste toplanmıştır(7).

1876 Kanunu-u Esasisi seçilmiş bir organla, seçimle kurulmamış çeşitli organların diyaloguna dayanır. Seçimle kurulmuş tek organ Meclisi Mebusandır(8).

1876 Kanun-u Esasisiye göre Padişah yasama faaliyetlerine karışma olanaklarına sahiptir. Meclisi Umumi, Heyeti Ayan ve Heyeti Mebusan olmak üzere, iki kısımdan meydana gelmiştir (md. 42)(9).

(6) TEZİÇ, Erdoğan: a.g.e., s. 366

(7) ARMAÇAN, Servet: Memleketimizde Anayasa, Seçimler ve Anayasa Mahkemesi, İstanbul, 1975, s. 19-20

(8) ÖZER, Attila: Batı Demokrasilerinde ve Türkiye'de Hükümetin Kuruluş Yöntemleri, Ankara, 1981, s. 8

(9) ÖZER, Attila: a.g.e., s. 11

B- İkinci Meşrutiyet Devri

İkinci Meşrutiyet Anayasasında yasama organının kuruluşuna ilişkin hükümler, 1876 Anayasasında olduğu gibi aynen muhafaza edilmiştir.

II.1921 ANAYASASI DÖNEMİ

Bu dönemi de cumhuriyetimizin ilan ediliş tarihini esas alarak iki devre halinde inceleyeceğiz.

A-TBMM Hükümeti Devri

1921 Anayasamız "Meclis Hükümeti" sistemini benimsemiş bir Esas Teşkilat Kanunudur. Fevkalâde şart ve zamanlarda başvurulmuş bu sistem bizim siyasi tarihimizde de, böyle şartların ortaya çıkması sebebiyle, benimsenmiş ve 1921 Teşkilât-ı Esasiye kanunumuzun kabul ettiği bir rejim olmuştur(10).

Bu nedenle tarihsel koşulların sonucu olarak 1921 Anayasası "Tek Meclis" sistemini benimsemiş bulunmaktadır.

B-Cumhuriyet Devri

Bu devirde yasama organının kuruluşuna ilişkin hükümler aynen muhafaza edilerek "Tek meclis" sistemi sürdürülmüştür.

III.1924 ANAYASASI DÖNEMİ

1924 Anayasası, 1921 Anayasasına hakim olan "güçler birliği" ilkesini ve "Meclis Hükümeti" sistemini yeniden benimseyen ve devam ettiren bir anayasadır. Çünkü, meclis hükümeti sistemi her şeyden önce ulusal bağımsızlık savaşı boyunca uygulanmış ve başarı kazanmış bir sistemdir. Bu nedenle güçler birliği ilkesini ve meclis hükümeti sistemini terk etmek düşünülemezdi(11).

Yasama gücü tek meclistir. Adı, Türkiye Büyük Millet Meclisidir. TBMM "üstün" bir organ durumuna getirilmiştir. Esasen sadece bu nedenle tek meclis sistemi kabul edilmiş, yine aynı nedenle Cumhurbaşkanıya meclisi fesih yetkisi verilmemiştir. Bununla meclis üstünlüğü, bir başka deyişle "parlamento üstünlüğü" ilkesinin benimsenmiş olduğu açıktır(12).

(10) ÖZÇELİK, Selçuk: Anayasa Hukuku Desleri, İstanbul, 1983. s. 85

(11) DEMİR, Fevzi: Anayasa Hukukuna Giriş, Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku, İzmir, 1984, s. 121

(12) DEMİR, Fevzi: a.g.e., s. 124

IV. 1961 ANAYASASI DÖNEMİ

1961 Anayasası "güçler birliği" ilkesini ve bunun doğurduğu meclis hükümeti "sistemini terk etmiş onun yerine" yumuşak bir güçler ayrılığı" ilkesine dayanan "parlamentar rejimi" kabul etmiştir. "Meclis üstünlüğü" ilkesi terk edilmiş "Anayasanın üstünlüğü" ilkesi benimsenmiştir(13).

1961 Anayasasında yasama yetkisi TBMM'ye verilmiştir. Bu meclis Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosundan meydana gelmiştir. Böylece bu dönemde çift meclis sistemi tatbik edilmiştir.

V.1982 ANAYASASI DÖNEMİ

1961-1980 yılları arasında uygulanan çift meclis sisteminin Anayasa Komisyonu raporunda belirtildiği üzere büyük bir yarar getirmediği gerekçesi ile yeniden tek meclis sistemine geçilmiştir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM**İKİNCİ MECLİS İLE İLGİLİ TARTIŞMALAR****S 3- İKİNCİ MECLİSİN YARARLARI VE SAKINCALARI**

Ülkemizdeki ikinci meclis uygulamasına ilişkin olmak üzere yapılan tartışmaları bu bölüm içerisinde irdeleyeceğiz.

I. YARARLI OLDUĞUNA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

Tek meclis millî eđemenliđin yalnız kendisinde toplandıđı ve millî iradeyi kendisinin temsil ettiđi varsayımı ile her Őeyi yapabileceđi zehabına dűŐebileceđinden "Parlamento Despotizmi" ile "Meclis saltanatı" na sebebiyet verebileceđinden çift meclis sisteminin bunu engelleyeceđi dűŐünűlmektedir.

Ali Fuat Başgil bu nedenlerle kuvvet ve yetkilerin bir elde toplanmasını doğru bulmamaktadır:

"... Sonuĥ olarak demokrasi aynı zamanda hűrriyet rejimi demek olur. Alınacak tedbirlerin baŐında ise, kuvvet ve yetkilerin diktatűrlűklerde olduđu gibi, bir elde toplanması yerine; kuvvetlerin bűlűnűp birbirine karŐı birer muhtar yetki Őekline konul-

(13) DEMİR. Fevzi: a.g.e., s. 127

ması prensibi gelir. İşte demokrasilerde çifte meclis usulü her şeyden evvel, bu prensibin yasama hayatına uygulanmasıdır”(14).

Aynı nedenlerle “Meclis Tahakkümü” nün önleneyeceği kanaatindedir:

“İkinci meclisin ilk faydası tek meclis tahakkümünü önlemek ve menfaatlerine düşkün bir ekseriyetin eline geçmesi mümkün olan hükümet silindirisinin vatandaş hak ve hürriyetlerini çiğneyip geçmesine mani olmaktır”(15).

Aynı endişe Nihat Erim tarafından da taşınmaktadır. Şöyle ki:

“Tek meclisin başta gelen mahzuru, tek dereceli seçimle geldiği için ani değişikliklere gitmesi ihtimalidir. Yirminci Yüzyılda propaganda usulleri o derecede gelişmiştir ki, iyi idare edilen bir seçim mücadelesi ile meclis çoğunluğunun sağ ve sol ifratların eline geçmesi her zaman mümkündür. Demokrasi ve hürriyet rejimi, azlıkta kalanların haklarının ve hürriyetlerinin taarruzdan masun kalması ile yaşayabilir. İstikrar, ancak herkesin yüreğinde emniyet duygusunun taht kurması ile sağlanabilir”(16).

İlhan Arsel ekseriyetin azınlığı ezmesinin çift meclisle önlenebileceğini düşünmektedir:

“...Seçim usullerinin herşeye karıştığı bir cemiyette, her şeyin ekseriyet elinde bulunacağı ve kanunun dahi ekseriyet iradesinin kuru bir ifadesi olacağı ve binnetice ekalliyetin daima ekseriyet önünde ezilmeye mahkum kalacağı düşünülerek teşrii organı iki ayrı meclis halinde teşkil etmenin en iyi bir tedbir olacağı kabul edilmiştir”(17).

Aynı görüş Abdülhak Kemal Yörük tarafından da dile getirilmektedir:

“Tek meclisin onun içinde ekseriyetin, hudutsuz iktidarının tecellilerini önleyecek bir müessese olan ikinci bir meclisin teşrii faaliyetin daha çok normal bir tarzda işlemesini temin etmek hususunda mühim bir âmil olacağına şüphe yoktur”(18).

Bunların yanısıra ikinci meclisin, birinci meclisin aceleci ve duygusal tutumuna karşı bir “fren” rolü oynayacağı gibi kanunların ikinci bir meclisin incelemesinden geçmesinin kanunların “olgunluk ve isabetini” sağlayacağı düşünülmektedir.

(14) BAŞGİL, Ali Fuat: “Demokrasilerin Tehlikesi ve Çifte Meclis Usulü” “Hür Fikirler Mecmuası”, C.1,S.2, s. 78

(15) BAŞGİL, Ali Fuat: Demokrasilerin Vatandaş Hak ve Hürriyetlerinin Korunması Meselesi ve Bu Bakımdan Anayasamızın Eksiklikleri, Muammer Raşit Seviğ’e Armağan, İstanbul, 1956, s. 581-614

(16) ERİM, Nihat: “Anayasa Meselelerimiz”- Siyasi İlimler Mecmuası, S.199, Ekim 1947, s. 297-301

(17) ARSEL, İlhan: “Çift Meclis Sistemi”, Forum dergisi, C. VIII,1958 s.96, s. 6-8

(18) YÖRÜK, Abdülhak Kemâl, “İkinci meclis”, Siyasi İlimler Mecmuası, s. 265.1953

İkinci bir meclisin parlamento ile hükümet arasındaki uyuşmazlıkları giderebileceği gibi yerel toplulukların sorunlarının da ifadesine imkan sağlayacağı bu sistemin yararları arasında zikredilmektedir.

İkinci meclisin "fren" görevinin keyfiliği de önleyeceğini İsmet Giritli şöyle ifade ediyor:

"...Gerçekten hak ve hukuk tanımayan ve proleterya diktatörlüğünü tesise çalışan bu çeşit keyfi iktidarların ikinci meclisi istememeleri, bu meclislerin tatbikatta teşrii ve siyasi sahada müessir bir murakabe ve frenleme vazifesi yapabildiklerinin en güzel delilidir....Kaldıki, keyfiliğe mütemayil ve iş görmekten aciz bir iktidarın yurkarıda zikrettiğimiz her teminat müessesesinden endişe edeceğini, her birini siyasi bir istikrarsızlık unsuru olarak mülhaza edeceğini bilmem ilave etmeye lüzum var mıdır?"(19)

Nihat Erim de ikinci meclisin "fren" görevini göreceği kanaatinde:

"İkinci meclis kurulduğu takdirde, bu meclis, teşekkül tarzı itibariyle yumuşatıcı, fevri ve ani kararların önüne geçici, Devletin esas müesseselerini günlük politika ihtiraslarından koruyan bir rol oynayacaktır."(20)

Kanunların ikinci bir meclisin incelemesinden geçmesi ile "olgunluk ve isabet" sağlanacağı zira ikinci meclisin "ehil bir meclis" olduğu yolundaki düşünceye Ali Fuat Başgil şu sözleriyle iştirak etmektedir:

"...Mebuslar Meclisi halkın dumanlı ve vuzuhsuz duygularına tercüman olurken, diğeri ise halk içinde fakat halk seviyesini aşkın bir seçkinler tabakasının müşterek izanını sembolleştirir. Başka bir deyişle, bir memlekette halk meclisi o memleket halkının hissini, ikinci mecliste aklını temsil eder ve his ile akıl gibi, bunlarda birbirini tamamlar."(21)

Benzer görüşü Macit İnce de ifade ediyor:

"Kanunların çıkmadan önce, daha ehil olan bir kurul tarafından ikinci bir defa daha gözden geçirilmesinde fayda vardır"(22)

İkinci meclisin aynı çizgide olmak üzere bir faydası da Ali Fuat Başgil tarafından şöyle belirtiliyor:

"Farzedelimki aynı bir zamanda hem meclis yenilenmiş, hem de Devlet Reisi ve hükümet değişmiş, işbaşına yepyeni simalar gelmiş olsun. Bu takdirde devlet gemi-

(19) GİRİTLİ, İsmet: "Tek Meclis mi , Çift Meclis mi?", Siyasi İlimler Mecmuası, s. 272 , Kasım 1953, s. 232-235

(20) ERİM, Nihat: a.g.m., s. 297-301

(21) BAŞGİL, Ali Fuat : a.g.i., s. 581-614

(22) İNCE, Macit: "İkinci Meclis", Forum Dergisi, s. 159,1960, s.12-13

si kaptanından çarkçısına kadar acemi ellere kalmış belki rejim bile tehlikeye düşmüş olur... İşte böyle bir vaziyette ikinci meclis değişen devlet organları arasında, nispeten olsun, sabit bir merkez halinde kalacağı için, devlette mükemmel bir istikrar âmili ve rejimin muhafızı olur.”(23)

İkinci meclisin sayılan nedenlerle faydalı olduğu yolunda benzer mahiyette bir çok görüş var ise de tekrarcılığa düşmemek için sözümüzü burada noktalıyoruz.

II. SAKINCALI OLDUĞUNA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

İkinci meclisin yararlı olduğuna ilişkin görüşlerin karşısında bu meclisin sakıncalı olduğu her şeyden önce gereksiz olup bir yararının da bulunmadığına ilişkin görüşler yer almaktadır.

Bu görüşlerin incelenmesinden çıkan sonuç iki meclis sisteminin iddia edilen faydaları sağlamasının ancak iki meclis iradesinin farklı oluşması halinde geçerli olabileceği yolundadır. Bu halde ise ortaya başka sorunlar çıkmaktadır.

Bu gerçekleri Ergun Özbudun şu şekilde açıklamaktadır:

“Her iki meclis aynı seçim sürecinden çıktığına göre, bunların siyasal bileşiminin aynı veya benzer olması, yani her iki meclistede aynı siyasi parti veya partilerin çoğunlukta bulunmaları doğaldır. Böyle olunca, meclislerden birinin düştüğü bir yarılgının diğer meclis tarafından düzeltilmesi olasılığı büyük değildir. Seçim sistemindeki veya zamanındaki farklar nedeniyle, iki meclisin birbirinden farklı siyasal bileşimler gösterebileceği varsayılsa bile bu durumda da hükümetin her iki meclise karşı ayrı ayrı sorumlu kılınması hükümet istikrarı açısından sakıncalıdır.”(24)

İki meclis sisteminin kanunların yapılmasında geciktirici rol oynadığı gibi uygulamada uyuşmazlık kaynağı olduğu düşünülmektedir.

Server Tanilli'nin görüşleri bu doğrultudadır:

“...Bütün bunlara karşın çift meclis sistemi, uygulamada bir uzlaşmazlık kaynağı olmakta, kanunların yapılmasını geciktirmektedir. Özellikle, “geri kalmış” olup da, süratle kalkınma zorunluluğunda olan ülkelerde, parlamentoların çift meclisli olması, onları daha da çetin siyasal sorunlarla karşı karşıya bırakmaktadır.”(25)

Birinci meclisin aşırılıklarının “freninin” ikinci bir meclis değil de “Yargı” olması gerektiği belirtilmektedir. Nitekim Ergun Özbudun bu görüştedir:

(23) BAŞGİL, Ali Fuat: a.g.e., s. 581-614

(24) ÖZBUDUN, Ergun: a.g.e., s. 225

(25) TANİLLİ, Server: a.g.e., s.256

"Tecrübeler, anayasa üstünlüğünün ve hukuk devletinin gerçekleştirilmesi bakımından, siyasal organlardan çok, yargı organlarına güvenmek gerektiğini göstermektedir. Yargı bağımsızlığının ve anayasa yargısının kabul edilmiş olduğu bir toplumda, ikinci meclisin bu konuda yapabileceği katkı, pek önemli olmasa gerekir."(26)

Bu görüşe Server Tanıllı de aynen katılmaktadır:

"...Hele, birinci meclisin aşırılıklarına karşı Anayasa Mahkemesi gibi "fren"lerin kabul edildiği rejimlerde, ikinci bir meclisin varlığı daha da düşündürücü olmaktadır."(27)

Aynı çizgide Burhan Apaydın da bulunmaktadır:

"...Kanaatimizce ikinci bir meclis kurmak yoluna gitmektense asıl, kanunların kazaimurakabesine Anayasamızın cevaz verdiğini hâkimlerimize duyurmaya ve onlara Anayasaya aykırı gördükleri kanunları tatbik etmemeye hakları olduğunu anlatmaya çalışmamız daha doğru ve müsmir olacaktır."(28)

Ayrıca ikinci meclisin "fren" görevini yapmasının beklenemeyeceği Burhan Apaydın tarafından başka bir cepheden şöyle ifade ediliyor:

"...İnatla iş görmek isteyen ve memleket efkârı umumiyesine aldırış etmeyen bir parti için ikinci meclisin mütalalarına omuz silmek işten bile değildir."(29)

İkinci meclisin kararlarda "olgunluk ve isabet" sağlayacağı ve bu meclisin "ehil meclis" olduğuna katılmayanlar da vardır. Nitekim Turan Güneş şöyle söylemektedir:

"...Böyle bir meclisin daha olgun olacağını sanmak tamamiyle hatalıdır. Siyasi olgunluk bir diploma işi değildir. Bütün ömrünü koleopterlerin incelenmesine hasretmiş bir biyoloji âliminin muhakkak bir köylü vatandaştan daha fazla siyasi aklı selime sahip olduğunu kim iddia edebilir."(30)

Kuvvetli icranın mutlaka "Parlamento Despotizmi"ni doğuracağı iddia edilemez. Nitekim Attila Özer:

"Batı ülkelerinde demokratik terbiyenin ve demokratik kurumların tüm olarak yerleşmiş olması bu ülkelerin insanların mutluluğu için kuvvetli icrayı tehlike olmaktan uzaklaştırmaktadır. Hatta gereksinme haline getirmektedir" diye çok haklı olarak belirtmektedir.(31)

(26) ÖZBUDUN, Ergun: a.g.e., s. 225

(27) TANİLLİ, Server: a.g.e., s. 256

(28) Vatan Gazetesi, 2 Ağustos 1947

(29) Vatan Gazetesi, 2 Ağustos 1947

(30) GÜNEŞ, Turan: "İkinci Meclis", Siyasi İlimler Mecmuası, s.271, Ekim 1953, s.287-289

(31) ÖZER, Attila: a.g.e., s.171

Son olarak da Mümtaz Soysal'ın iki meclis uygulamasına ilişkin görüşlerine yer vereceğiz:

"Cumhuriyet Senatosu 1961-1980 dönemindeki yasama başarısızlıklarının ve özellikle yavaş yasa yapılmasının tek ya da asıl suçlusu değildir, ama, yasama sürecinin iyileştirilmesi bakımından kendisinden beklenenleri de tam olarak vermemiştir."(32)

S C N U Ç

Ülkemizde aristokrasi veya federal yapı bulunmadığı halde neden ikinci bir meclis ihtiyacı duyulmuştur? Bunun sebebini siyasi gelişmelerde aramak gerekir.(33)

1946 yılında başlayan partili- "çok partili"- hayatla birlikte "parlamento üstünlüğü" ilkesi, "iktidar partisinin üstünlüğü" ne dönüşmüş; iktidarı ele geçiren siyasi partilerin, hukuk ve Anayasa dışı tutum ve davranışlarıyla karşı karşıya kalınmıştır.(34)

1960 öncesinin TBMM dikkate alınarak, seçilmişlerden oluşan parlamento kanadına (Millet Meclisi) dengeliyici ve gerektiğinde frenleyici bir senato eklemek isteniyordu. Ayrıca 1960 devrimine katılanların beklediği hukuki güvence sorunu vardı. Bütün bunları bağdaştıracak bir formülle Cumhuriyet Senatosu kuruldu.(35)

İkinci meclis hakkındaki tartışmalara dikkat edildiğinde bu meclisin kurulmasının istenilmesindeki ana etken parti ihtiraslarının frenlenmesi ihtiyacıdır. Zira bu husus, tek meclis uygulamasının, menfaatlerine düşkün bir ekseriyetin, siyasi iktidarı ele geçirmesi halinde, vatandaşın hak ve hürriyetlerinin çiğnenerek meclis tahakkümüne sebebiyet vereceği- hatta verdiği-haklı endişesine dayanmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin yer almadığı bir anayasa düzeninde bu düşüncelere hak vermemek elde değildir. İkinci meclisin "fren" vazifesini göreceğini bu nedenle iddia etmektedirler. Yoksa kanunların çıkmadan önce daha "ehil" olan bir kurul tarafından ikinci kez gözden geçirilmesinde fayda bulunduğu görüşü, ikinci meclisin kurulmasının "gerekçesi" değil, olsa olsa bahanesidir.

Tek meclisli sistemlerde kanunların "ehil olmayanlar" ın elinden çıktığı herhalde kabul edilemez bir iddia olarak ortada kalacaktır. Yoksa inatla iş görmek isteyen bir parti için ikinci meclisin düşüncesinin hiçbir önemi yoktur.

(32) SOYSAL, Mümtaz: 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Ankara 1990, s.287

(33) YAYLA, Yıldızhan, Anayasa Hukuku Ders Notları, İstanbul 1986, s. 112

(34) DEMİR, Fevzi, a.g.e., s. 124

(35) YAYLA, Yıldızhan: a.g.e., s. 112

Artık bugün ekonomik ve siyasal gelişmelerde giderek bir küreselleşme süreci yaşanmaktadır. Siyasal iktidarlarımız yalnız Anayasamız değil milletlerarası antlaşmalarla da sınırlandırılmaktadır. Anayasa Mahkemesi parti ihtiraslarına karşı "fren" vazifesini görmektedir.

Halk seviyesini aşan bir seçkinler tabakasının müşterek izanını sembolleştiren ikinci meclisin, "akıl"ı temsil ettiği düşüncesi, sosyal ve kültürel bakımdan az gelişmiş bir toplumda yararlı olduğu düşünülebilirse de, bugünün Türkiye'sinin bu noktaları çoktan geride bıraktığı herhalde gözardı edilemeyecek bir gerçektir.

Ülkemizin ve bu arada dünyanın gelmiş bulunduğu nokta, çetin siyasi ve ekonomik sorunların süratle çözümünü gerektiren, dolayısıyla zaman kaybına tahammülü olmayan bir gereklilik durumundadır. Bu nedenle ikinci bir meclisin bu işlevi ağırlaştıracağı ve geciktireceği ortadadır.

Bütün bu açıklamalarımızdan sonra vardığımız nokta: Bugünün Türkiye'sinde ikinci bir meclise gerek bulunmadığıdır. Türkiye'nin ulaştığı siyasi olgunluk seviyesi ikinci bir meclis konusunu Türkiye'nin gündeminden çıkarmıştır.

—oOo—

KAYNAKÇA

- ARMAĞAN, Servet : Memleketimizde Anayasa, Seçimler ve Anayasa Mahkemesi, İstanbul 1975.
- ARSEL, İlhan : "Çift meclis Sistemi", Forum Dergisi, C. VIII 1958, S. 96.
- BAŞGİL, Ali Fuat : "Demokrasilerin Tehlikesi ve Çift Meclis Usulü", Hür Fikirler Mecmuası, C. 1, 1948, S. 2, Demokrasilerde Vatandaş Hak ve Hürriyetlerinin Korunması Meselesi ve Bu Bakımdan Anayasamızın Eksiklikleri, Muammer Raşit Seviğ'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1956.
- DEMİR, Fevzi : Anayasa Hukukuna Giriş, Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuk, İzmir 1984.
- EĞİLİM, Nihat : "Anayasa Meselelerimiz"- Siyasi İlimler Mecmuası, 1947, s. 197.
- GİRİTLİ, İsmet : "Tek Meclis mi, Çift Meclis mi?", Siyasi İlimler Mecmuası, 1953, s. 272.
- GÜNEŞ, Turan : "İkinci Meclis", Siyasi İlimler Mecmuası, 1953, s. 271
- İNCE, Macit : "İkinci Meclis"- Forum Dergisi, 1960, s. 159.
- KUBALI, Hüseyin Nail : Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul 1969.
- ÖZBUDUN, Ergun : Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1992
- ÖZÇELİK, Selçuk : Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul 1983.
- ÖZER, Atilla : Batı Demokrasilerinde ve Türkiye'de Hükümetin Kuruluş Yöntemleri, Ankara 1981.
- PANTÜL, Mehmet;
- YALÇIN Bekir Sıtkı : Türk Parlamento Hukukunda İkinci Meclisler, Ankara 1982

**TÜRKİYE'DE ANAYASA TARTIŞMALARI: "BUGÜNÜN
TÜRKİYE'SİNDE İKİNCİ MECLİS GEREKLİ MİDİR?"**

- SOYSAL, Mümtaz : 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Ankara 1990.
TANILLI, Server : Devlet ve Demokrasi, Anayasa Hukukuna Giriş, İstanbul 1990.
TEZİÇ, Erdoğan : Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), İstanbul 1991. •
VATAN Gazetesi : 2.8.1947
YAYLA, Yıldızhan : Anayasa Hukuku Ders Notları, İstanbul 1986
YÖRÜK, Abdülhak Kemal : "İkinci Meclis", Siyasi İlimler Mecmuası, 1953,s. 265.

**TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA NAFKA VE BU
KONUDAKİ TÜRKİYE'NİN KATILDIĞI MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK
SÖZLEŞMELERİ**

Mahmut KAMACI (*)

• **ANLATIM DÜZENİ:** Giriş. I. Nafaka 1-nafakanın tanımı. 2-İç (Maddi) Hukukta nafaka. a-Tedbir Nafakası (MK.137). b-Bakım (Siyaset) Nafakası (MK.162/3). c-Yoksulluk Nafakası (MK.144). d-Katılım (İştirak) nafakası (MK.148). e-Yardım Nafakası (MK.315). f-Evlilik Dışı Çocuğun Nafakası (MK. 306.312). II-Milletlerarası Özel Hukuk. 1-Milletlerarası Özel Hukukun Doğuşu. 2-Tanımı. 3-kaynakları. 4-Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Nafaka. (Nafaka İle İlgili MÖHUK'daki bağlama Kuralları). 5-Nafaka İle İlgili Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri Ve Bu Sözleşmelerin MÖHUK Sistemini Değiştiren Hükümleri. a-Kanunlar İhtilafını Halleden Sözleşmeler. b-Usul Hükümleri Getiren Sözleşmeler.c-Nafakanın Tahsilini Kolaylaştırıcı Sözleşmeler 6-Sözleşme hükümleri karşısında Türk yargıcının Tenfiz yada Tanımada Dikkat Edeceği Hususlar. Sonuç.

GİRİŞ

Yaşadığımız yüzyılda uluslararası ilişkilerdeki artış birbirinden farklı birden çok hukuk sistemini karşı karşıya getirmiştir. Milletlerarası özel hukukun doğuş nedeni olan bu farklı hukuk sistemleri devletlerin gerek çok taraflı gerekse ikili sözleşmeleri ile birbirine yaklaştırılmaya çalışılmakta; kanunların çatışmasından ortaya çıkan hukuki sorunların çözümünde ortak kurallar koymaya itmektedir. Önümüzdeki yüzyılda devletler arasındaki gerek devletten devlete ilişkiler, gerekse vatandaşları arasındaki özel hukuk ilişkileri çok daha yoğunluk kazanacaktır. Hukuk bu gelişmenin gerisinde kalmamalıdır.

Bu çalışmanın amacı; nafaka konusundaki Türk Milletlerarası özel hukukunda benimsenen bağlama kurallarını ortaya koymak, bu konuda Türkiye'nin taraf olduğu Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri ile getirilen farklı bağlama kurallarının ne içerdiğini belirlemek ve nafaka yükümlülüğüne ilişkin karaların tanınması ve tenfizi

(*) Yargıtay 2. HD. Tetkik Hakimi.

509 TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA NAFKA VE BU KONUDAKİ TÜRKİYE'NİN KATILDIĞI MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİ

ile ilgili sözleşmelerin hangi hükümleri getirdiklerini, MÖHUK'daki tanıma ve tenfize ilişkin hükümlerden farklı yönlerini saptamak, nafaka yükümlülüğüne ilişkin yabancı mahkemece verilmiş bir kararın tenfiz yada tanınması talebiyle karşılaşan Türk yargıcının tenfiz ya da tanımada nelere dikkat edeceğini irdelemek ve uygulamada bu alanda yaşanan sıkıntıları gidermeye yöneliktir.

Nafaka ile ilgili Türk Milletlerarası Özel Hukukundaki bağlama kurallarına ve bu konudaki milletlerarası özel hukuk sözleşmelerine geçmeden önce Türk iç hukukunda nafaka konusundaki pozitif kurallara kısaca gözatmak, konunun anlaşılmasını kolaylaştıracaktır.

I- N A F A K A

1-) Kavram ve tanımı:

Nafaka; aile hukukundan doğan dar yada geniş anlamıyla aile bireylerinin yaşlara göre birbirlerine karşı bakım ve yardım yükümlülüğünü ifade eden bir kurumdur.

Medeni kanununmuzun muhtelif yerlerinde nafaka konusu, "İaşe ve infak", "muavenet" gibi çeşitli kelimelerle gösterilmiştir. Uygulamada ve günlük konuşmada bunların hepsi için genel olarak NAFKA denilmektedir. Esasında ailede, kocanın; karı ve çocuklarına karşı bu konudaki görevine "İaşe ve ibate yükümlülüğü", akrabalar arasındaki nafaka yükümlülüğüne ise "Muavenet (yardım) yükümlülüğü" denilmesi doğru ve hukuki olur.

Her iki yükümlülüğün dayandığı yasal ilke, hudut, kapsam ve koşulları farklıdır. İç hukukumuzda her iki yükümlülük de yer almıştır.

2-) İç hukukumuzda nafaka türleri:

Hukuk sistemimizde nafaka yükümlülüğü ya aile bağından yada nesep ilişkisinden veya akti ilişkiden doğar. Medeni Kanunda hangi kişilerin hangi hallerde kimlerden nafaka talep edebilecekleri belirlenmiştir. Bunlar;

a-Boşanma veya ayrılık davası açılınca dava süresince eşin ve çocukların bakımı ve barınması için gerekli tedbirlerin davaya bakan hakim tarafından res'en alınmasını öngören Medeni Kanunun 137. maddesinde düzenlenen TEDBİR NAFKASI,

b-Medeni Kanunun 151/3, 152/2, 153/2. maddelerinde sözü edilen evlilik birliğinin devamı sırasında bakım ve yardım yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşten, ayrı yaşamakta haklı olan eşin isteyebileceği Medeni Kanunun 162/ son maddesinde düzenlenen, evlilik birliğini koruyucu tedbirlerden olan BAKIM NAFKASI,

c-Boşanma veya ayrılık halinde velayet kendisine bırakılmamış olan tarafın, çocuğun bakımı ve eğitim giderlerine katılma yükümlülüğünü düzenleyen Medeni Kanunun 148/2. maddesindeki İŞTİRAK NAFKASI,

d-Boşanma halinde yoksulluğa düşecek eşe, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla, diğer eşin mali gücü oranında vereceği Medeni kanununun 144. maddesinde düzenlenen YOKSULLUK NAFKASI, aile bağından doğan nafakalardır.

e-Evlilik dışı çocuğa, babalık davasının subutu halinde babanın çocuğun iâşe ve terbiyesine katılma yükümlülüğünü düzenleyen ve çocuk 18 yaşını bitirinceye kadar devam edecek olan Medeni Kanununun 306. maddesinde yer alan ve aynı çocuğa arianın çocuğun iâşe ve terbiyesine katılma yükümlülüğün düzenleyen Medeni Kanununun 312. maddesinde yer alan EVLİLİK DIŞI ÇOCUĞUN NAFKASI,

f-Kendisine yardım edilmediği surette zarurete düşecek olan üstsoy hısımların altsoya, altsoy hısımların üstsoy hısımlara, erkek ve kızkardeşlerin birbirlerine yardım yükümlülüğünü düzenleyen Medeni Kanununun 315. maddesinde yer alan YARDIM NAFKASI, ise nesep ilişkisinden doğan nafakalardır.

g-Akti ilişkiden doğan nafaka yükümlülüğüne ise evlatlığın kendisini evlat edinene, evlat edinenin de evlatlığa muvenet yükümlülüğüne dair Medeni Kanununun 257. maddesinden kaynaklanan nafaka gösterilebilir.

Bu nafaka türlerine kısaca gözetildiğinde çok genel hatları ve özellikleri aşağıdaki şekilde gösterilebilir.

a-) TEDBİR NAFKASI (M.K. 137, 162/2):

Boşanma veya ayrılık davası açılınca davanın devamı süresince eşin ve çocukların bakımı ve barındırılmaları için hakim tarafı: dan res'en hükmedilen nafakadır. Medeni Kanununun 152. maddesinde yer alan kocanın karısına ve çocuklarına bakmak, evi geçindirmek yükümlülüğünün bir sonucudur.Boşanma davasının açılmasından dolayı eşin ve çocukların zarar görmeleri muhtemeldir. Bunu önlemek özellikle iktisaden zayıf olan eşin, karının ve çocukların mali sıkıntılarını giderme amacını taşır.

-Geçici niteliktedir. Boşanma davası devam ettiği sürece söz konusu olur.

-Talep olmasa bile, boşanma davasına bakan hakim tarafından res'en gözetilir.

-Hakim gerekli gördüğü takdirde değiştirebilir.

-Kimin davacı olduğuna ve boşanma talebinin hangi sebebe dayandığına bakılmaz. Bu nafakaya hükmedilebilmesi için eşlerin kusurlu olup olmadıkları da aranmaz.

511 TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA NAFKA VE BU KONUDAKİ TÜRKİYE'NİN KATILDIĞI MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİ

-İktisaden zayıf olan eş, özellikle karı lehine ve reşit olmayan çocuklar annele-ri yanında ise onlar için anne yararına hükmedilir.

-Boşanma davasının açıldığı tarihten itibaren başlar ve dava sonucunda verilen hüküm kesinleşinceye kadar devam eder.Hüküm kesinleşmekle kendiliğinden kal- kar, talebe lüzum yoktur.

b-) BAKIM NAFKASI (M.K. 162/3.):

Madeni Kanununun 151/2, 152, 153/2'de yer alan bakım yükümlülüğünün bir so- nucudur. Evlilik birliğini koruyucu tedbirlerdendir. Bu yüzden "Tedbir Nafakası" da denilmektedir. Evlilik birliğinin devamı sırasında bakım yükümlülüğünü yerine getir- meyen eş aleyhine ayrı yaşamakta haklılık halinde ve talep üzerine hükmedilen bir nafakadır. Bakım nafkasını hükmedilebilmesi için;

-Talep edilmesi, talep eden eşin birlik dışında yaşamakta haklı bir sebebinin ol- ması zorunludur. Ayrı yaşamakta haklı olmayan eş için diğerinin böyle bir yükümlü- lüğü yoktur.

-Nafaka tayinini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması halinde ve talep üzeri- ne kandırılır (M. K. 164).

-Karı kocadan birinin aile vazifelerini ihmal etmesi yahut diğerini hacaletе (utan- ca) maruz bırakması, vücut tamlığına yönelik bir tehlikeye maruz bırakması halinde buna maruz kalan eş tarafından talep edilir.

c-) İŞTİRAK NAFKASI (M.K.148/2):

Boşanma veya ayrılık halinde velayet kendisine bırakılmamış eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine iştirakle yükümlüdür (M.K.148/2).

Kural olarak çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi çocuk kendisine bırakılmış olan ta- rafa aittir. Ancak, Kanunumuz boşanma halinde; çocuk kendisine bırakılmamış tara- fı da kudretine göre çocuğun bakım ve terbiye masraflarına katılmakla yükümlü kıl- mıştır.

-İştirak nafkasının miktarını hakim serbestçe tayin eder.

-Bu nafakaya res'en, talep bulunmasa dahi hakim hükmetmek zorundadır.

-İştirak nafkasından feragat mümkün değildir.

-Bu nafaka çocuğun rüşte eriştiği güne kadar devam eder. Çocuk reşit olanca kendiliğinden kalkar. Çocuk rüşte eriştikten sonra da bakılmaya muhtaç ise (örne- ğin tahsiline devam ediyor ise) talep halinde Medeni Kanununun 315. maddesine gö- re nafakaya hükmedilir.

d-) YOKSULLUK NAFKASI (M.K. 144):

Boşanma halinde, boşanma yüzünden yoksulluğu düşecek olan eşe, boşanmaya yol açan olaylarda kusuru daha ağır olmamak koşuluyla, geçimi için diğer eşin mali gücü oranında vereceği nafakadır.

-Talep eden eşin, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek olması ve boşanma da baskın kusurlu olmaması şarttır. Boşanmaya baskın kusuru ile yol açmış olan eş yoksulluğa düşecek olsa dahi bu nafakayı alamaz.

-Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz.

-Süresiz olarak takdir edilir.

-Boşanma kararı ile hükmedilmiş ise, kararın kesinleşmesinden itibaren başlar. Boşanma kararının kesinleşmesinden sondaki bir tarihte talep edilmiş ise, talep (dava) tarihinden itibaren ileriye yönelik olarak hükmedilir.

-Nafaka miktarı aylık iratlar şeklinde olabileceği gibi belirli bir miktarın toptan ödenmesi şeklinde de olabilir (M.K.145/1).

-Miktarı talep eden eşin geçimini sağlayacak, onu yoksulluktan kurtaracak kadar olmalıdır.

-Erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için kadının halinin refahta olması gerekir.

-Yoksulluğun ortadan kalkması, nafaka alacaklısı eşin haysiyetsiz hayat sürmesi, yeniden evlenmesi, evlenme akti olmaksızın bir başkası ile karı koca hayatı yaşaması, yükümlü ve alacaklı eşin her hangi birinin ölmesi ve yükümlünün mali gücünün önemli ölçüde azalması halinde talep üzerine kaldırılır.

-Kendisini geçindirebilecek seviyede düzenli ve sürekli geliri olan eş lehine yoksulluk nafkasına hükmedilmez.

e-) EVLİLİK DIŞI ÇOCUĞUN NAFKASI (M.K. 306, 311/2):

Evlilik dışı çocuğa karşı ananın bakım borcu tıpkı nesebi sahih çocuğa olan borcu gibidir (M.K.311/2). Bu bakımdan ananın da evlilik dışı çocuğa nafaka ödeme yükümlülüğü vardır.

Babanın evlilik dışı çocuğa karşı nafaka ile yükümlü tutulabilmesi için, çocuğun babası tarafından tanınmış veya babalığa hükmedilmiş olması zorunludur(M.K.312).

Bu halde babanın ödemekle yükümlü olduğu nafaka çocuğun iâşe ve terbiyesi için gerekli olan masraflara adilâne bir şekilde iştirak edecek miktar kadardır.

Ayrıca ananın dava açabilmesi için çocuğun velayetinin düzenlenmiş olması ve velayetin anaya verilmiş bulunması gerekir. Velayet kendisine verilmeden ana, evli-

513 TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA NAFKA VE BU KONUDAKİ TÜRKİYE'NİN KATILDIĞI MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİ

lik dışı çocuk için babadan nafaka talep edemez. nafaka kural olarak çocuk rüştü erişinceye kadar devam eder.

f-) YARDIM NAFKASI (M.K. 315):

Medeni kanunumuzun 315. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, herkes yardım etmediği surette zarurete düşecek olan usul ve furuuna ve erkek ve kız kardeşlerine muavenet ile yükümlüdür.

Bu nafaka, kocanın karısına bakım yükümlülüğünden, ana ve babanın çocuklarına karşı nafaka yükümlülüğünden, borcun kapsamı, yükümlü olan şahıs ve nafaka alacaklısı şahıs yönünden farklıdır.

Medeni Kanunun 315. maddesinde sözü edilen nafaka nesep bağı ile ilişkisi olan bir nafakadır. Nesep bağının aile birliği nedeniyle yada aile birliği olmaksızın teşekkül etmiş olmasının bu nafaka yönünden önemi yoktur. 18 yaşını ikmal etmemiş olan bir çocuğun, baba ve anasının ölmesi halinde vasisi tarafından, büyük baba ve büyük anadan yardım nafakası isteme hakkı vardır. Bu bakımdan Medeni Kanunun 315. maddesini mutlak surette reşit olan furuulara hasretmek doğru değildir.

Nesebi sahih olmayan bir çocuğa yardım nafakası verilebilmesi için sadece tabii babalığın sabit olması yeterlidir.

Bu maddeye göre nafaka talep edebilmek hakkı zarurete düşecek olana tanınmıştır. Bir kimsenin zarurete düşmesi kendi kusurundan doğuyorsa nafaka talep etmek hakkı yoktur.

Bu maddeye göre;

-18 yaşını ikmal etmiş olan erkek ve kız evlat "zaruret halindeki" ana ve babasına,

- Ana ve babası ölmüş ise yine zaruret halindeki büyükanne ve büyük babalarına (...büyükana ve büyükbabalar kendi evlatları sağ oldukça kural olarak torunlarından nafaka talep edemezler).

-Erkek ve kızdardaşlarına, (...yeğenlerin, amca, dayı, hala ve teyzelerin nafaka talep etme hakkı yoktur).

-Evlatlık kendisini evlat edinenlere,

-Evlat edinenler de "... zaruret halindeki" evlatlığa yardımla mükelleftir. (...erkek ve kız evladın üvey ana ve üvey babaya yardım mükellefiyeti yoktur).

-Ana ve baba "zarurete düşecek olmaları şartıyla" 18 yaşını bitirmiş olan erkek ve kız çocuklarına onlar ölmüş ise torunlarına yardım etmekle mükelleftir (Ana ve babanın ölmüş olan kızlarının kocasına veya ölmüş olan oğullarının karılarına yardım etmek mükellefiyeti bulunmamaktadır).

-Nafaka miktarı talep edenin geçinmesi için gerekli ve diğer tarafın geliri ile uygun olmalıdır.

-Zaruret hali ortadan kalktığında ve yükümlünün veya alacaklının ölümü halinde mükellefiyet sona erer.

II- MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK

1-Doğuşu ve konusu:

Yeryüzünde çok çeşitli hukuk sistemleri mevcuttur. Her hukuk sistemi diğerinden farklı bir hukuk yapısına sahiptir. Her toplumun sosyal yapısına özelliklerine göre değişen milli sınırları içinde uygulanan bir iç hukuk sistemi vardır. Milletlerarası özel hukuk esasen bu farklılıktan doğmuştur. Yabancı unsurlu bir hukuki ilişki veya olayda bu farklı hukuk sistemlerinden hangisinin uygulanacağı problemi Milletlerarası özel hukukun konusunu oluşturur. Bir Fransız ile bir Alman'ın boşanma talebi ile karşılaşan Türk yargıcına göre, olayda yabancı unsur vardır. İçinde yabancı unsur taşıyan bir hukuki ilişki veya olayda yabancı unsurun varlığı nedeniyle birden fazla kanun çatışma halindedir. Yabancı unsur, bir hukuki ilişkinin yargı organına başvurulacak ülke hukuku dışında başka bir hukuk sistemi ile bağlantı içinde olmasını ifade eder ve iki şekilde ortaya çıkar. Ya kişi yabancıdır ya da Ülke yabancıdır. Böyle yabancı unsurlu hukuki ilişkilerde hangi hukuk sisteminin uygulanacağını Milletlerarası özel hukuk kuralları gösterir. Bu bakımdan esas itibarıyla Milletlerarası özel hukuk kuralları ihtilafın esasını çözen kurallar olmayıp, hangi kanuna göre çözüleceğini gösterdiğinden gösterici nitelikte kurallardır.

2-Milletlerarası Özel Hukuk Kurallarının niteliği:

Yukarıda açıklandığı gibi bu kurallar gösterici nitelikte kurallardır. Bu kurallar her Devletin kendi yasama organları tarafından ortaya konulur. Bu karakterleri ile Milletlerarası Özel Hukuk kuralları esasen iç hukuk kurallarıdır. Ve iç hukukun bir dalıdır. Milletlerarası denilmesinin nedeni, yabancı unsurlu bir hukuki ilişki yada olayda birden fazla hukuk sistemini karşı karşıya getirdiği içindir. Dünya da mevcut her hukuk birliği sayısı kadar (her devletin) kendi milletlerarası Özel hukuk vardır.

3-Kaynaklar:

Her devlet kendi Milletlerarası özel hukuk kurallarını yasama organları eliyle kendisi koyar. Bu egemenlik hakkının tabii bir sonucudur. Buna göre Milletlerarası özel hukukun ilk kaynağı kanundur. Bizim bu alandaki kanunumuz 2675 sayılı Mil-

515 TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA NAFKA VE BU KONUDAKİ TÜRKİYE'NİN KATILDIĞI MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİ

letlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki kanundur. Bunun dışında birde Milletlerarası Özel Hukukun temel kaynağı olarak Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri vardır.

Dünya'da çok hukuk sistemine dahil kanunların çatışmasından doğan problemlerin azaltılması, çeşitli devletlerin iç hukuklarının ve Milletlerarası özel hukuk sistemlerinin birbirine yaklaştırılması ve birleştirilmesi için yapılan çok taraflı Milletlerarası Özel Hukuk sözleşmeleri bu hukukun önemli bir kaynağını oluşturmaktadır.

Kural olarak yeryüzünde her siyasi birliğin (Devletin) milli hudutları içinde yürürlükte olan bir iç hukuk sistemi bulunur. Başka bir deyişle her siyasi birlik aynı zamanda bir hukuk birliğini de ifade eder. Bazen de bir siyasi birlik içinde birden fazla bölgesel hukuk bulunabilir. (Örneğin; ABD'de her biri ayrı hukuk sistemine sahip olan 50 Devlet-Eyalet, Kanada'da 10 Eyalet, Birleşik Krallıkta; İngiltere, Galler, İskoçya, Kuzey İrlanda, Chanel Adası, Mann Adası; İsviçre'de 22 kanton bulunmaktadır). Yan yana bulunan bu Federal yapıların her birinin ayrı bir iç hukuk sistemi vardır. Ve diğerinden farklılık gösterir. Böyle bir durumda bölgelerarası kanunlar çatışmasından söz edilir. Bu da Milletlerarası Özel hukukun konusudur.

4-Türk Milletlerarası Özel Hukukunda;

Milletlerarası Özel Hukuk ihtilaflarının çözümünde temel yasa, 20.05.1982 tarihinde kabul edilmiş olan ve 22.11.1982 tarihinde yürürlüğe giren 2675 sayılı "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki kanun"dur. Bu kanundan önce, Türk Milletlerarası Özel hukuku 67 yıl gibi uzun bir süre "Türkiye'de Bulunan yabancıların Hukuk ve Vezayifine dair 1330 tarihli muvakkat kanun" na göre yürütülmüştür. Milletlerarası Özel usul problemleri ise Hukuk Usulü Muhakemeleri kanununun 537-545. maddelerine göre çözülmüştür.

2675 sayılı MÖHUK, Hukuk Usulü muhakemeleri Kanununun 537-545. maddelerini ve 1330 tarihli yukarıda sözü edilen muvakkat kanunu yürürlükten kaldırmış, hem kanunlar ihtilafı kurallarını hem de Milletlerarası Özel Usul Hukuk kurallarını birlikte getirmiştir.

Bu konuda ikinci kaynak Türkiye'nin taraf olduğu Milletlerarası Özel Hukuk sözleşmeleridir. Türk Anayasası'na göre usulüne göre onaylanarak yürürlüğe konulmuş olan anlaşmalar kanun hükmündedir (Anayasa md. 90/5). Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle veya milletlerarası kuruluşlarla yapılacak anlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulunması yürürlüğü için şarttır. Şu haldé Bu konuda Türkiye'nin katıldığı onaylayarak yürürlüğe koyduğu Milletlerarası Özel Hukuk sözleşmeleri elimizde olan ikinci kaynaktır. Bu sözleşmelerden konumuz olan nafaka ile ilgili olanları şunlardır:

1-Çocuklara karşı nafaka mükellefiyetine uygulanacak kanuna dair sözleşme (1956 tarihli Lahey sözleşmesi),

2-Çocuklara karşı nafaka yükümlülüğü konusundaki kararların tanınması ve tenfizine ilişkin sözleşme (1973 tarihli Lahey sözleşmesi),

3-Nafaka yükümlülüğüne uygulanacak kanuna dair sözleşme (1973 tarihli Lahey sözleşmesi),

4-Nafaka yükümlülüğü konusundaki kararların tanınması ve tenfizine ilişkin sözleşme (1973 tarihli Lahey tenfiz sözleşmesi),

5-Nafaka alacaklarının yabancı memleketlerde tahsili ile ilgili sözleşme (1956 tarihli Newyork sözleşmesi),

Bu sözleşmelerden yukarıda birinci ve üçüncü sıradaki sözleşmeler nafaka yükümlülüğü konusundaki kanunlar ihtilafını düzenlemektedir. İkinci ve dördüncü sıradaki sözleşmeler ise nafaka yükümlülüğü konusundaki kararların tanınması ve tenfizine ilişkin usul hükümleri ihtiva etmektedir. Beşinci sıradaki sözleşme ise nafaka alacaklarının yabancı memleketlerde tahsilini kolaylaştırıcı hükümler içermekte olup, bu sonucunda kanunlar intilafını çözücü kurallar bulunmadığı gibi tenfiz ve tanımaya ilişkin usul hükümleri de bulunmamaktadır. Bu sözleşmeler hakkında aşağıda ayrıntılı bilgi verilecektir. Ancak öncelikle kanunlar ihtilafı konusunda ve tenfiz ve tanımaya ilişkin usul problemleri konusunda sözleşmeler mi, yoksa bu konudaki kanun mu öncelikle uygulanacaktır. Bunun belirlenmesi zorunludur.

6-Sözleşme ve Kanundan hangisinin önce uygulanacağı meselesi:

Türk Anayasa'sına göre usulünce onaylanıp yürürlüğe konulmuş olan Milletlerarası sözleşmeler kanun hükmünde olduğundan, bir Milletlerarası Özel Hukuk kaynağı olarak bu sözleşmelerin yürürlüğe girmesiyle Türk Milletlerarası Özel Hukukunda değişiklik yaratmaları, farklı bağlama kuralları getirmeleri ve farklı usul hükümleri ihtiva etmeleri söz konusudur. Bu sözleşmeler mevcut olan kanundan önce uygulanacaktır. Nitekim 2675 sayılı MÖHUK yürürlüğe girmeden önce, Hukuk Usulu Muhakemeleri kanununun 537-545 . maddeleri gereğince Ahkam-ı Şahsiye ve Aile Hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi mümkün değil iken Türkiye'nin 14.09.1975 tarihinde onayladığı "Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizine Dair Sözleşme" hükümlerine göre tanınmış ve tenfizine karar verilmiştir. Bu konuda problem şudur; Acaba var olan hukuk değiştiren Milletlerarası sözleşmelerin yürürlüğe girmesinden sonra, kabul edilen özel bir kanunla sözleş-

517 TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA NAFKA VE BU KONUDAKİ TÜRKİYE'NİN KATILDIĞI MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİ

melerin gösterdiği kurallara aykırı hükümler kabul edilmiş ise ne olacaktır?. Bu Takdirde sonradan yürürlüğe giren özel kanun mu, yoksa ondan önce onaylanıp yürürlüğe konulmuş olan Milletlerarası sözleşme hükmü mü uygulanacaktır?. Bu problem sordadan yürürlüğe giren 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk hakkındaki kanun tarafından çözülmüştür. Sözü edilen kanunun 1/1. maddesi "Milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır" şeklindeki hüküm ile kanundan önce onaylanıp yürürlüğe konulmuş olan Milletlerarası Sözleşme hükümlerinin geçerliliklerini koruduğunu öngörmüş ve kabul etmiştir. O halde sözleşmeler kanundan önce uygulanacaktır.

7-Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Nafaka:

a-)MÖHUK' taki düzenleme:

Türk Milletlerarası Özel Hukukunda (2675 sayılı MÖHUK'ta);

Boşanma ve ayrılık davası açılınca davanın devamı süresince eşin ve çocukların bakımı ve barınması için gerekli tedbirlerin alınması öngören Türk Medeni Kanununun 137. maddesinde düzenlenen tedbir nafakasına ve Türk medeni Kanununun 162/3. maddesinde ifadesini bulan bakım nafakasına ilişkin ayrı bir düzenleme ve hüküm bulunmamaktadır. MÖHUK'ta sadece; Boşanma ve ayrılıkla ilgili nafaka talepleri (Md. 13/3) ve yardım nafakası konusunda (md. 17) düzenleme mevcuttur.

MÖHUK madde 13/3'de, "geçici tedbir niteliğinde olmayan boşanma ve ayrılıkla ilgili nafaka talepleri, boşanma ve ayrılık hakkında yetkili olan hukuka tabidir" denilerek boşanma veya ayrılık durumunda talep edilebilecek yoksulluk ve iştirak nafakasının boşanma hakkında yetkili olan hukuka tabi tutulacağı öngörülmüş ve kabul edilmiştir. boşanma ve ayrılık hakkında yetkili hukuk ise, MÖHUK madde 13/3 ve 13/2'de gösterilmiştir. Buna göre; yoksulluk ve iştirak nafakası taleplerine boşanmaya uygulanan hukuk uygulanacaktır. Bu ise, eşlerin müşterek milli hukuku eşler ayrı vatandaşlıkta iseler müşterek ikametgah hukuku bulunmadığı takdirde müşterek mutad meskenleri hukuku; bunun da bulunmaması halinde lex fori (hakimin hukuku) müracaat Türk mahkemelerine ise Türk hukuku uygulanacaktır.

MÖHUK'un düzenleme biçimine bakılarak kanun koyucunun, evlilik birliğini koruyucu tedbirlerden olan bakım nafakası (M.K.md. 162/3) ve boşanma ve ayrılık davası açılınca davanın devamı süresince eş ve çocukların bakımına ilişkin Medeni Kanununun 137. maddesinde yer alan geçici nitelikteki tedbir nafakası konusunda bir düzenleme getirmediği akla gelebilir ise de bu doğru değildir. Çünkü kanun hazırlanırken bakım nafakası ile Medeni Kanununun 137. maddesinde yer alan tedbir nafakasının hangi aile hukuku ilişkisinden doğuyorsa o ilişkiyle tabi olması görüşü kural olarak kabul edildiğinden yardım nafakası ve boşanma ve ayrılık durumunda talep edilebi-

lecek yoksulluk ve iştirak nafakası dışında ayrıntılı bir düzenleme yapılması yoluna gidilmemiştir. MÖHUK madde 13/3'de boşanma ve ayrılık davası sonuçlanınca alınabilecek nafaka için boşanmaya uygulanan hukuk yetkili kabul edilmiştir. MÖHUK'un 13/3. maddesinin amacı henüz evlilik birliği son bulmadan fakat boşanma veya ayrılık davası açılınca talep edilebilecek geçici nitelikteki nafakayı (tedbir nafakasını) ve müşterek hayatın tatili halinde ayrı yaşamakta haklı olan eş lenine hükmedilen bakım nafakası ile dava sonuçlandıktan sonra verilmesi söz konusu edilebilecek nafakaların farklı olduğunu belirlemeye yöneliktir. Buna göre, Türk Medeni Kanununun 137. maddesinde düzenlenen geçici nitelikteki tedbir nafakası ile 162/3. maddesinde düzenlenen evlilik birliğini koruyucu tedbirler kapsamındaki bakım nafakası evlenmenin genel hükümleri kapsamında kaldığından MÖHUK'un 12. maddesindeki bağlama kuralı gereğince eşlerin müşterek milli hukukuna; Eşler ayrı vatandaşlıkta iseler müşterek ikametgahları hukukuna; bulunmaması halinde mevcut ise müşterek mutad meskenleri hukukuna; bunun da bulunmaması halinde Türk hukukuna tabidirler.

MÖHUK'ta ihtiyati tedbirleri düzenleyen bir bağlama kuralı bulunmadığından hareketle, bazı yazarlar; geçici tedbir niteliğinde olan Medeni Kanunun 137. maddesinde düzenlenen boşanma ve ayrılık davası açılınca talep edilebilecek nafaka türü için *lex fori*'nin (Hakimin hukukunun) uygulanacağını kabul etmektedirler.

Türk medeni Kanununun 315. maddesinde düzenlenen yardım nafakası MÖHUK'un 21. maddesi gereğince nafaka borçlusunun milli hukukuna tabi tutulmuştur.

Evlilik dışı çocukla ilgili nafaka yükümlülüğüne kapsayan evlilik dışı çocukla ana ve babası arasındaki kişisel ve mali ilişkiler konusundaki MÖHUK'daki hüküm ise 17. madde olup, bu madde uyarınca evlilik dışı çocukla ilgili ananın nafaka yükümlülüğü hakkında ananın milli hukuku, babanın nafaka yükümlülüğü hakkında ise babanın milli hukuku uygulanacaktır.

Evlatlığın kendisini evlat edinene, evlat edinenin de evlatlığa karşı nafaka yükümlülüğü evlat edinmenin hükümleri kapsamında kaldığından MÖHUK'un 18/2. maddesi gereğince evlat edinenin milli hukukuna tabi tutulmuştur.

Yabancı unsur taşıyan ilişkilerde MÖHUK'a göre nafaka taleplerine uygulanacak hukukla ilgili bağlama kuralları yukarıda açıklandığı gibidir. Ancak MÖHUK sistemi bu olmakla birlikte aşağıda açıklanacak olan nafaka ile ilgili Milletlerarası Özel Hukuk sözleşmeleri, özellikle Türkiye için 01.11.1983 tarihinde yürürlüğe giren nafaka yükümlülüğüne uygulanacak kanuna dair 1973 tarihli Lahey sözleşmesi karşısında MÖHUK'un nafaka talepleri konusundaki bağlama kurallarının uygulama alanı kalmamıştır.

b-) Nafaka ile ilgil Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri:

22.11.1982 tarihinde yürürlüğe giren 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul hukuk hakkındaki kanundan sonra Türkiye'nin katıldığı Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri yukarıda gösterilmiştir.

1- Çocukları karşı nafaka mükellefiyetine uygulanacak kanuna dair sözleşme (1956 tarihli Lahey sözleşmesi),

Bu sözleşme 24.10.1956 tarihinde Lahey Devletler Hususi hukuku konferansına üye devletlerce hazırlanıp imzalanmıştır. Sözleşme Türkiye Cumhuriyeti tarafından 10.06.1970 tarihinde imzalanmış olup, 17.09.1971 tarihinde yayınlanan 1482 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunmuştur. Sözleşmenin metni 24.12.1971 tarihli 14052 sayılı Resmi Gazete de yayımlanmıştır. Sözleşme tasdik belgelerinin Hollanda Dışişleri bakanlığına tevdiini takip edeh 60. gün (25.04.1972 tarihinde) Türkiye yönünden yürürlüğe girmiştir (Md 12).

Sözleşme yürürlük tarihinden itibaren 5 yıl müddetle geçerli olmak üzere aktedilmiş ise de (md. 12) bu zamana kadar feshi ihbar edilmediğinden sözleşmenin 12/3. maddesi uyarınca halen yürürlüğünü korumaktadır.

Bu sözleşmeye 16 Mayıs 1997 tarihi itibariyle taraf olan Devletler şunlardır;

Almanya, Avusturya, Belçika, Fransa, Hollanda, İsviçre, İspanya, İtalya, Portekiz, Japonya, Lüksenburg ve Türkiye.

Bu sözleşme sadece, çocuklara karşı nafaka mükellefiyeti ile ilgili kanunlar ihtilafını düzenlemektedir. (Md 5/2). Sözleşme civar hısımları arasındaki nafaka ile ilgili münasebetlere uygulanmaz (Md. 5/1). Her âkit devlet, bu sözleşmeyi evlat edinilen çocuklara uygulamama hakkını mahfuz tutabilir(Md. 11). Türkiye bu konuda bir çekince koymamıştır.

Çocuk tabirinden; nesebi sahih, nesebi gayri sahih veya evlat edinilmiş evli olmayan ve 21 yaşını doldurmamış bütün çocuklar anlaşılır(Md. 1/son). Sözleşme uygulanacak hukuk konusunda çocuğun mutad olarak oturduğu yer kanununu yetkili kılmıştır. Çocuğun kimden ve ne nisbette nafaka talep edeceğini çocuğun mutad olarak oturduğu meskeninin bulunduğu yer kanunu tesbit eder (md. 1/1). Çocuğun tabiyetinin önemi yoktur. Çocuk hangi tabiyette olursa olsun nafaka talebi konusunda devamlı (mutad olarak) oturduğu ülkenin kanunu uygulanacaktır. Örneğin; Almanya'da oturan bir Türk uyruklu çocuğun nafaka talebi konusunda (kimden ne miktarda nafaka isteyebileceği gibi hususlar) Türk kanununa değil Alman kanununa göre tayin ve tesbit edilecektir. Ya da Türkiye'de oturan Fransız uyruklu bir çocuğun kimden ne miktarda nafaka talep edeceği Fransız kanuna göre değil Türk Hukukuna göre tayin ve tesbit edilecektir.

Bu sözleşme 1. maddesinde gösterilen kanunun âkit taraflardan birinin kanunu olması halinde uygulanır (Md. 6). bu şu demektir. Nafaka talep eden kişinin mutad meskeninin bulunduğu devletin sözleşmeye taraf olması, sözleşmenin uygulanabilmesi için zorunludur.

Çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yerin kanunu, çocuğa nafaka konusunda herhangi bir hak tanımaması halinde, başvurunun yapıldığı devletin milli mevzuatının (Milletlerarası Özel Hukukunun) gösterdiği kanun o devletin kamu düzenine aykırı olmaması şartıyla uygulanır(Md. 3 ve 4).

Âkit devletlerden her biri aşağıdaki hallerde kendi kanununun kabili tatbik olduğunu ilan edebilir;

a-)Müracaat bu devletin bir merciine yapılmış ise,

b-)Nafaka yükümlüsü ve çocuk bu devletin vatandaşı ise.

c-)Nafaka yükümlüsü şahsın mutad meskeni bu devlette bulunuyor ise (Md. 2),

Bu haller akit devletlerin kendi ihtiyarına bırakılmıştır.

Sonradan imzalanan; nesebi sahih olmayan çocuğa karşı nafaka yükümlülüğü de dahil. aile, hısımlık, evlilik veya sıhriyet ilişkilerinden doğan tüm nafaka türleri konusunda kanunlar ihtilafını halleden hükümler ihtiva eden "Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Kanuna dair 1973 tarihli Lahey sözleşmesi", bu sonuncusuna taraf olan devletler yönünden iş bu sözleşmenin yerini almıştır (Bakınız 1973 tarihli Lahey sözleşmesi madde 18/1).

Sözleşmenin 2. maddesi; 1. maddede yer alan "Mutad meskenin bulunduğu yer hukuku "prensibine bir istisna getirmiştir. Bu istisnadan yararlanma akit devletlerin kendi ihtiyarına bırakılmıştır. Bu maddeye göre, her akit devlet, nafaka alacaklısı çocuk başka bir ülkede oturuyor olsa dahi, müdacaat kendi merciine yapıldığı, nafaka alacaklısı çocuk ile kendisinden nafaka talep edilen şahıs kendi vatandaşı oldukları ve kendisinden nafaka istenilen şahsın mutad meskeninin kendi ülkesinde bulunduğu takdirde, kendi kanunlarını uygulayacağını beyan edebilir. Yukarıdaki örnekte; Almanya'da oturan Türk uyruklu çocuk nafaka talebini bir Türk merciine yapmış ise, kendisinden nafaka istediği şahısta Türk vatandaşı ve mutad olarak Türkiye'de oturuyor ise Türk hukuk uygulanacaktır. İkinci maddede sayılan üç şartın varlığı halinde Türkiye kendi hukukunu uygulayacağını beyan etmiştir. Türkiye'den başka Belçika, Lüksenburğ, İtalya ve İsviçre'de aynı yönde beyanda bulunmuşlardır.

Türkiye'nin beyanı şöyledir.

"... Çocuk mutad olark yabancı bir memlekette oturuyorsa dahi, nafaka talebini bir Türk mahkemesinde dermeyan ettiği ve çocuk ile kendisinden nafaka talep edilen kimsenin Türk vatandaşı olduğu ve ayrıca bu kimsenin mutad olarak Türkiye'de

521 TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA NAFKA VE BU KONUDAKİ TÜRKİYE'NİN KATILDIĞI MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİ

oturduğu ahvalde, çocuklara karşı nafaka mükellefiyetine uygulanacak kanuna dair sözleşmenin 2. maddesi uyarınca Türk hukuku uygulanır”.

Bu sözleşme; Birinci maddede gösterilen kanun akit taraflardan birinin kanunu olması halinde uygulanır (Md. 6.) Bunun anlamı şudur; nafaka talep eden kişinin mutad meskeninin bulunduğu devletin sözleşmeye taraf olması sözleşmenin uygulanabilmesi için zorunludur. Örneğin; ABD'de (veya Kanada'da) oturan bir çocuğun nafaka istemi hakkında, ABD ve Kanada sözleşmeye taraf olmadığından, nafaka talebinin dermeyan edildiği Türk mahkemeleri sözleşmeyi uygulayamayacaktır.

2- Nafaka yükümlülüğüne uygulanacak kanuna dair sözleşme (02.10.1973 tarihli Lahey sözleşmesi):

a-) Genel bilgi

Bu sözleşme devletler Hususi Hukuku Lahey konferansının 02.10.1973 tarihinde yapılan 12. dönem toplantısında konferansa üye devletlerce kabul edilmiş ve Birleşmiş Milletler teşkilatına veya onun bir ihtisas kuruluşuna mensup veya Milletlerarası Adalet divanı staküsüne taraf olan devletlerin imzasına açılmıştır.

Türkiye bu sözleşmeye 03.11.1980 tarihli bakanlar Kurulu kararı ile katılmış ve sözleşmeye katılmamız 01.11.1980 tarihli 17152 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 2331 sayılı kanunla uygun bulunmuştur.

Sözleşmenin metni 06.02.1983 tarihli 17951 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Sözleşme Türkiye için, katılma ve onay belgelerinin 23.08.1983 tarihinde Hollanda Dışişleri Bakanlığına iletilmesi ile bunu takip eden 3. takvim ayının 1. günü (sözleşme madde 25) olan 01.11. 1983 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Sözleşme 5 yıl süreli olarak yapılmıştır (Md. 6). Ancak fesih olunmadığı için 5'er yıllık sürelerle zımnen yenilenecek bu zamana kadar ulaşmıştır. Türkiye feshi ihbarda bulunmadığından halen yürürlüktedir.

Sözleşmeye 16.05.1997 tarihi itibarıyla taraf olan Devletler şunlardır;Fransa, Almanya, İtalya, Japonya, Lüksenburg, Hollanda, Potekiz, İspanya, İsviçre ve Türkiye.

b-) Konusu:

Sözleşme münhasıran nafaka yükümlülüğü konusundaki kanunlar ihtilafını düzenlemektedir (Md. 2). Ve tüm nafaka türleri için geçerli olan bağlama kuralları getirmektedir(Md. 1).

c-) Uygulama alanı:

Sözleşmenin uygulama alanı 1. madde de gösterilmiştir. Bu sözleşme nesebi sahih olmayan bir çocuğa karşı nafaka yükümlülüğü de dahil, aile hısımlık, evlilik ve sıhriyet ilişkilerinden doğan nafaka yükümlülüklerine uygulanır. Sözleşmenin uygulanması dolayısıyla verilmiş olan kararlar 1. maddede öngörülen ilişkilerden herhangi birinin mevcudiyetini haleldar etmez.

Sözleşme, kapsamına giren tüm nafaka türleri için; Nafaka yükümlülüğünün tabi olduğu hukuk bakımından kademeli bir bağlama kuralı sistemi getirmiştir. Birinci kademede; her tür nafaka için nafaka yükümlülüğüne nafaka alacaklısının mutad meskeni hukuku uygulanır (Md. 4/1). Eğer bu hukuka göre nafaka temini mümkün değil ise ve mevcut ise ikinci kademeyi teşkil eden "tarafaların müşterek milli hukuku" uygulanacaktır (Md. 5). Buna göre de alacaklının borçludan nafaka alamaması halinde üçüncü kademeyi oluşturan lex fori (hakimin hukuku) uygulanır (Md. 6). Son olarak sözleşmede nafaka borçlusu yerine alacaklıya ödeme de bulunan kamu kuruluşlarının iade talebine kamu kuruluşunun hukukunun uygulanması öngörülmüştür.

Sözleşmenin bu üç kademeli bağlama kuralının uygulanmasından bazı durumlarda vazgeçilebilmektedir. Sözleşmenin 11. maddesi "sözleşmenin gösterdiği kanunun uygulanması ancak bu kanunun kamu düzeni ile açıkca bağdaşmaması halinde reddedilebilir" demektedir. Bunun anlamı şudur; sözleşmenin gösterdiği kanunun uygulanması nafaka talebinin dermeyeran edildiği devletin kamu düzenine açıkca aykırı ise talebi alan devlet, sözleşmenin gösterdiği kanunu uygulamayabilecektir. bu takdirde müracaat makamının hukuku lex for'i (hakimin hukuku) uygulanacaktır.

Üç kademeli ana bağlama kuralının uygulanmayabileceği diğer hal ise ihtirazi kayıtlarla ilgilidir. İhtirazi kayıtlardan birincisi; nafaka alacaklısının mutad meskeni hukuk yerine müşterek milli hukukun uygulanmasına ilişkindir. Sözleşmenin 15. maddesi "her akit devlet, nafaka alacaklısı ve borçlusunun kendi vatandaşı olması ve borçlunun mutad meskenin kendi ülkesinde bulunması halinde, müracaat ta kendi mekanına yapılmış ise kendi iç hukukunu uygulayacaklarını belirten bir ihtirazi kayıt dermeyeran edebilir". Türkiye sözleşmenin 24. maddesine dayanarak; 15. madde de öngörülen durum konusunda ihtirazi kayıt dermeyeran etmiş, 15. madde de öngörülen alacaklının ve borçlunun kendi vatandaşı olması ve borçlunun mutad meskeninin Türkiye'de bulunması halinde yetkili mercilerinin kendi iç hukukunu uygulamak hakkı saklı kalmak kaydıyla bu sözleşmeyi onaylamıştır. Türkiye'nin koyduğu ikinci ihtirazi kayıt 14. maddenin 1. ve 2. fıkralarında öngörülen civar hısımları ile sıh-

523 TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA NAFKA VE BU KONUDAKİ TÜRKİYE'NİN KATILDIĞI MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİ

ri hısımlar arasındaki nafaka yükümlülüğü ile ilgilidir. 14. maddeye göre her akit devlet sözleşmeyi, civar hısımları arasındaki, sıhri hısımlar arasındaki ve boşanma veya evliliği sona erdiren diğer hallerde eğer karar duruşma da hazır olmayan tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke dışında bir başka ülkede gıyabında verilmiş ise eşler arasındaki nafaka yükümlülüğüne sözleşmeyi uygulamamak hakkını saklı tutabilir. Türkiye sözleşmenin 24. maddesine dayanarak; 14. maddenin 1. ve 2. bentlerinde öngörülen civar hısımları ile sıhri hısımlar arasındaki nafaka yükümlülüğüne kendi iç hukukunu uygulamak hakkı saklı kalmak kaydı ile sözleşmeyi onaylamıştır.

Sözleşmedeki bağlama kuralının uygulanmayacağı üçüncü hal ise; evliliğe son veren statünün mesela boşanmaya uygulanan hukukun bu konuda nafaka talebine de uygulanmasıdır. Aynı durum evliliğin butlan, fesih gibi nedenlerle sona ermesi hallerinde de geçerlidir (Md. 8). Bu hallerde ayrılık, butlan veya iptal kararlarına hangi hukuk uygulanmış ise nafakaya da o hukuka göre karar verilir. Bu husus 8. maddede şu şekilde ifade edilmiştir "4, 5. ve 6. maddelerden farklı olarak - - - ki bu maddeler kademeli ana bağlama kuralına ilişkin maddelerdir. - - Boşanma kararının verildiği veya tanındığı bir akit devlette boşanmaya uygulanmış olan kanun boşanmış eşler arasındaki nafaka yükümlülüklerini ve bu yükümlülüklerle ilişkin kararların gözden geçirilmesini de düzenler. Yukarıda fıkra hükmü ayrılık, evliliğin butlanı veya iptal hallerinde de uygulanır". Buna göre boşanan eşler arasındaki nafaka yükümlülüğüne de boşanmaya hangi hangi hukuk uygulanmış ise o hukku uygulanacaktır.

Türkiye ihtirazi kayıt koyduğu için Türkiye açısından ortaya çıkmayan bir hal daha; sözleşmedeki ana bağlama kurulumunun uygulanmasına engel oluşturmaktadır. O da 7. maddede düzenlenen haldir. 7. Maddeye göre civar hısımları ile sıhri hısımlar arasındaki nafaka yükümlülüklerinde, nafaka borçlusu, alacaklının talebine karşı müşterek milli kanunları ve aynı vatandaşlığı haiz değillerse mutad meskeninin bulunduğu devlet kanunu uyarınca kendisi bakımından yükümlülük bulunmadığı itirazını ileri sürebilir. Örneğin mutad olarak Türkiye'de oturan Fransız uyruklu Altons zaruret içinde bulunduğundan bahisle yine Türkiye'de oturan erkek kardeşi Fransız vatandaşı Paul'e karşı Türk mahkemelerinde nafaka davası açtı. Böyle bir durumda, sözleşmenin 4. maddesinde yer alan esas bağlama kuralı gereğince, nafaka alacaklısının mutad meskeninin bulunduğu devletin (Türkiye'nini) iç hukukunun uygulanması gerekecektir. ve Türk hukukuna göre de zarurete düşecek olan erkek ve kız kardeşine herkes muavenetle mükelleftir (M.K. md. 315). Daha açık deyişle Türk hukukuna göre erkek ve kız kardeşler arasında nafaka yükümlülüğü vardır. Ancak Nafaka borçlusu, müşterek milli kanunları olan yukarıdaki örnekteki Fransız kanunun uyarınca kendisi bakımından yükümlülük bulunmadığı itirazını ileri sürebilir. Böyle bir

itiraz halinde müracaat makamı, alacaklının mutad meskeni hukukunu uygulayamaz. Fransız hukukuna göre de kız ve erkek kardeşler arasında nafaka borcu doğmaz.

Sözleşmede kabul edilen bağlama kuralının uygulanmasına engel teşkil eden 5. hal ise, Lahey sözleşmesinin tarafı devletlerin kendi aralarında aynı konuda başka bir sözleşme imzalamış olmaları veya imzalamaları halinde Lahey sözleşmesinin bir engel teşkil etmediğidir (Md. 19).

Sözleşmeyi onaylayan devletler için, sözleşme hükümlerinin uygulanması nafaka talep eden kişinin vatandaşı bulunduğu devletin veya mutad meskeninin bulunduğu devletin sözleşme tarafı olmasını gerektirmemektedir. (Md. 3). Bir başka deyişle, nafaka talep eden kişinin vatandaşı olduğu devletin veya mutad meskeninin bulunduğu devletin sözleşmenin tarafı olması, uygulanması için zorunlu değildir. Sözleşme, O'nu onaylayan devletlerce hiç bir karşılıklılık şartı aranmaksızın uygulanacaktır. Örneğin mutad olarak Meksika'da oturan ABD vatandaşı bir şahsın nafaka istemi hakkında ABD ve Meksika sözleşmeye taraf olmamakla birlikte, nafaka talebinin dermayan edildiği Türk mahkemesi sözleşmeyi ve bu sözleşmedeki bağlama kuralını uygulayabilecektir.

Bu sözleşme; taraf olan devletler arasındaki ilişkilerde 24.10.1956 tarihinde Lahey'de aktedilmiş olan "Çocuklara Karşı Nafaka yükümlülüğüne uygulanacak kanuna dair sözleşmenin yerini almıştır (Md. 18/1). Ancak sözleşmenin 13. maddesinde öngörülen ihtirazi kayıtla, 21 yaşından küçük ve evlenmemiş bir kimseye karşı nafaka yükümlülüğünü bu sözleşmenin uygulama alanı dışında bırakan devlete yukarıdaki 1. fıkra hükmü uygulanmaz (Md. 18/2). Bu hükümden çıkan sonuç şudur: Bir tarafta Türkiye gibi hem 1956 tarihli çocuklara karşı nafaka mükellefiyetine uygulanacak kanun hakkında Lahey sözleşmesini hemde 1973 tarihli Lahey sözleşmesini onaylamış bir devlet: Diğer tarafta ise sadece 1956 tarihli sözleşmeyi onaylamış bir devlet varsa bu devletler arasında çocuklar açısından sadece 1956 tarihli sözleşme uygulanacaktır.

Sonuç olarak; 1973 tarihli Lahey sözleşmesiyle, tüm nafaka türleri için sözleşmede öngörülen istisnai durumlar ve ihtirazi kayıtlar hariç nafaka alacaklısının mutad meskeni hukuku ana bağlama kuralı olarak kabul edilmiştir. Sözleşme karşılıklılık şartı aranmaksızın uygulanabilecektir. Yani nafaka talep eden kişinin vatandaşı olduğu devletin veya mutad meskeninin bulunduğu devletin, uygulanabilmesi için sözleşmenin tarafı olması zorunlu değildir.

Sözleşme ile nafaka talebi ile ilgili MÖHUK'daki bağlama kurallarının uygulanma imkanı kalmamıştır. Ancak sözleşmede yer alan istisnai durumlarda veya ihtirazi kayıt konulan hallerde milli kanunlar ihtilafı kurallarının (MÖHUK'un) uygulanacağı kabul edilmektedir.

II- TENFİZ VE TANIMAYA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER

1-Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Sözleşme (1958 tarihli Lahey sözleşmesi):

a) Genel Bilgi:

Bu sözleşme Lahey devletler hususi hukuku konferansının 8. oturumunda kabul edilerek imzaya açılmıştır. Sözleşme 15 Nisan 1958 tarihidir.

Bu sözleşme Türkiye tarafından imzalanmış ve 27.09.1972 tarihli resmi gazetede yayımlanan 1620 sayılı kanunla onaylanmıştır. Türkçe ve Fransızca metni 11.01.1973 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Sözleşme Türkiye için katılma ve onay belgelerinin Hollanda Dışişleri Bakanlığına tevdiinden itibaren 60. gün olan 27.06.1973 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

b) Sözleşmenin amacı ve konusu:

Sözleşmenin amacı, nesebi sahih veya nesebi gayri sahih yahut evlat edinilmiş bir çocuğun, Uluslararası veya Ulusal nitelikteki nafaka talebi üzerine verilen kararların akit devletler tarafından karşılıklı olarak tanınması ve tenfizinin sağlanmasıdır. Sözleşme çocuklara karşı nafaka mükellefiyetine uygulanacak kanuna dair 1956 tarihli Lahey sözleşmesine paralel olarak onu tamamlamak üzere hazırlanmıştır.

Sözleşme çocuğu tanımlamıştır. Sözleşmeye göre çocuk, nesebi düzgün olsun veya olmasın yahut evlat edinilmiş olsun 21 yaşını doldurmamış ve evli olmayan bir kişidir. Aynı tanım 1956 tarihli Lahey sözleşmesinde de mevcuttur. Karar nafaka yükümlülüğünden başka hükümleri de ihtiva ediyorsa (Örneğin; nafaka yükümlülüğü yanında babalık hükmünü de içeriyorsa veya nafaka ile birlikte boşanmayı da içeriyorsa) ilam yalnız nafaka yönünden tanınacak veya tenfiz edilecektir.

Sözleşme yalnızca, çocuklar lehine olan nafaka ilamlarının tanınması ve tenfizinde uygulanacaktır. Sözleşmenin civar hısımları arasında nafaka ilamlarına uygulanmayacağı 1. maddenin son fıkrasında belirtilmiştir. Sözleşmenin 1. maddesindeki çocuk tanımı, Medeni Kanunumuzun ana ve babanın çocukları karşı nafaka yükümlülüğünü düzenleyen hükümleri ile örneğin Medeni Kanunun 306. maddesine göre babalık davasının subutu halinde hakim çocuk 18 yaşını bitirinceye kadar devam edecek nafaka ödenmesine hükmeder şeklindeki hükmü ile çatışmaktadır. Bizim iç hukukumuzda çocuk 18 yaşını bitirdikten sonra ana ve babanın çocuklara karşı, Medeni Kanunun 315. maddesindeki zarurete düşecek olma hali dışında nafaka yükümlülüğü yoktur. Örneğin 20 yaşındaki bir çocukla ilgili nafaka ilamı tanınacak yada tenfiz edilecek midir?. Bir defa sözleşmedeki çocuk tanımı sözleşmenin uy-

gulanması açısından geçerlidir. İç hukuka etkili değildir. Örneğin Medeni Kanununun 306. maddesine göre nesebi gayri sahih bir çocuk Türkiye'de 18 yaşını bitirdikten sonra nafaka ilamı alamaz. Dolayısı ile böyle bir ilamın yabancı memlekette tenfizini de isteyemeyecektir. Şayet yabancı memlekete alınmış bir nafaka ilamı, eğer o memleketin kanunu çocuğa 21 yaşını bitirinceye kadar nafaka bağlanmasını öngörüyorsa bu ilam Türkiye'de tanınacak ve tenfiz edilecektir.

Sözleşme çocuğun uluslararası veya ulusal nitelikli talebi üzerine verilen kararların tanınmasından ve tenfizinden söz etmektedir. Bunun anlamı şudur; nafaka kararı ister çocuğun tabiyetinde olduğu devlet mercilerinde (Ulusal) ister başka bir devlet merciinden (Uluslararası) verilsin diğer bir akit devlette tanınacak ve tenfiz edilecektir. Örneğin, Türk vatandaşı olan çocuğun Türk Mahkemelerinden aldığı nafaka ilamı ulusal nitelikli bir karardır. Böyle bir ilamın sözleşmeye taraf olan Almanya'da tanınması veya tenfizi istenebilir. Ya da Türk uyruklu bir çocuğun Fransız mercilerinden aldığı nafaka yükümlülüğü ile ilgili ilam (Uluslararası) nitelikli olup sözleşmeye taraf olan İngiltere'de tanınacak ve tenfiz edilebilecektir. Veya yabancı bir devlette Türk uyruklu çocuklar lehine o devlette ikamet etmekte bulunmaları nedeniyle verilmiş bulunan nafaka ilamları Türkiye'de tanınacak ve tenfiz edilecektir.

C- Sözleşmeye göre tanıma ve tenfiz için gerekli şartlar:

Sözleşme kapsamına giren nafaka yükümlülüğüne ilişkin kararların tanınması ve tenfizi için gerekli şartlar şunlardır;

Sözleşmede tanınması yada tenfizi isenebilecek nafaka ilamlarında aranılan şartlar 2. maddede gösterilmiştir.

Bir defa sözleşmeye taraf olan devletlerden biriden verilmiş olan nafakaya ilişkin kararların yeniden gözden geçirilmeden tanınması ve tenfizine karar verilebilmesi için;

1- Tanınması ve tenfizi istenen kararın bu sözleşmeye göre yetkili olan mercii tarafından verilmiş olması şarttır (Nafaka kararlarını vermeye yetkili kılınan merciler sözleşmenin 3. maddesinde gösterilmiştir).

2-Aleyhine nafaka hükmü verilmiş olan şahsın, kararı veren mercinin milli huku dairesinde merci önüne usulünce çağrılmış olması veya temsil edilmiş bulunması zorunludur. Kararın gıyapta verilmiş olması halinde, davalının usulüne uygun davet edilip duruşmaya gelmemiş olmasına rağmen davete uymaması kendi kusurundan kaynaklanmayan bir nedene dayandığına tenfize karar verecek olan mercii kanaat getirirse tenfiz ve tanıma talebini reddedebilir.

3- Kararın verilmiş olduğu memlekette kesin hüküm kuvvetini kazanmış olması gerekir. Verildiği ülkede kesinleşmemiş bir nafaka kararının tanınması ve tenfizine karar verilemez. Ancak sözleşme, böyle bir kararın kesinleşmemiş olmasına rağmen

527 TÜRK MLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA NAFKA VE BU KONUDAK
TRKYE'NİN KATILDIĞI MLLETLERARASI ÖZEL HUKUK SZLEŐMELER

men verildiği ülkenin kanunlarına göre infaz edilebilir nitelikte olması halinde "kesinleŐme Şartı" aranmaksızın tenfizine ve tanınmasına karar verileceğini öngörmüştür (Md. 2/3)

4- Karar, tenfizi ve tanınması için başvurulan memlekette tarafları ve konusu aynı olan başka bir kararla aykırılık buŐturuyorsa tenfiz ve tanımaya karar verilemez. Kararlar arasında nafakanın miktarı ödeme zamanı ve baŐlangıı süresi bakımından çelişki ve aykırılık bulunması tenfiz kararı verilmesine engel oluşturmaz. Tenfizin istendiği memlekette daha önce tarafları konusu aynı olan bir davada nafaka istemi mesela reddedilmiş ise, artık yabancı bir memlekette alınan nafaka kararının tenfizi söz konusu olmaz. Bu maddede kastedilen çelişki ve aykırılık bu türden bir aykırılıktır.

5- Tenfizi istenen yabancı nafaka kararının o ülkede tefhiminden önce tenfiz ve tanımının dermeyeran edildiği memlekette tarafları ve konusu aynı olan derdest bir dava mevcut ise tenfiz istemi reddedilecektir (Md. 3/4). Örneğin; Belçika mahkemesi tarafından 10.01.1996 tarihinde tefhim edilmiş bir nafaka kararının Türkiye'de tenfizi istenilmektedir. Türkiye'de tarafları ve konusu aynı olan daha önce (misal olarak 30.12.1995'de) açılmış bir nafaka davası var ise ve bu derdestlik olarak tenfiz yada tanıma davasında ileri sürülmüŐse yabancı ilamın Türkiye'de tenfizine ve tanınmasına karar verilemeyecektir.

6-Yabancı nafaka kararı, tenfizin dermeyeran edildiği ülkenin kamu düzenine aykırı ise tenfize ve tanımaya karar verilemez (Md. 3/5).

Sözleşmenin 3. maddesine göre; sözleşme hükümleri uyarınca nafaka kararlarını vermeye yetkili merciler Şunlardır;

1-Davanın açıldığı sırada nafaka borçlusunun mutad meskeninin bulunduğu devletin mercileri.

2-Davanın açıldığı sırada nafaka alacaklısının mutad meskeninin bulunduğu devletin mercileri.

3-Nafaka borçlusunun açık veya yetki itirazında bulunmaksızın davanın esasına girmekle kabul etteği merci.

Sözleşme, "mahkeme" tabiri yerine merci kelimesini kullanmıştır. Bu bilerek ve istenerek seçilmiş bir kelimedir. Bazı memleketlerde nafaka kararları, özellikle çocuklar lehine olan nafaka kararları idari merciler tarafından verilebilmektedir. İŞte idari merciler tarafından verilmiş olan (mahkemeden sadır olmayan) nafaka kararları da bu sözleşmenin uygulama alanına giren konularda tenfizine ve tanınmasına karar verilebilecektir.

Sözleşmenin 18. maddesi sözleşmeye katılan akit devletlere bir ihtirazı kayıt

hakkı tanımıştır. Buna göre her akit devlet nafaka alacaklısının oturduğu yer sebebiyle yetki kazanmış diğer bir akit devletin merciinden verilen kararların tanınması ve tenfizi hususunda bir ihtirazı kayıta bulunabilir. Ancak Türkiye 18. maddede belirtilen hususta her hangibir çekince (ihtirazı kayıt) koymamıştır.

d-Sözleşmeye göre tanıma ve tenfiz talebine eklenecek belgeler;

Nafakaya ilişkin kararın tenfizini isteyen taraf aşağıdaki belgeleri ibraz etmelidir (Md. 4).

1-Kararın geçerli olması için gerekli şartları haiz bir örneğini.,

2-Kararın icra kabiliyeti olduğu tesbit eden belgeleri.,

3-Karar gıyapta verilmiş ise, dava dilekçesinin resmen tevsik edilmiş bir kopyasını ve bu dilekçenin usulüne uygun olarak tebliğ edildiğini gösteren belgeleri ibraz etmelidir.

Tenfiz kararını verecek merciin incelenmesi 2. maddedeki yukarıda 6 bent halinde sayılan şartlar ve 4. maddede sayılan belgelere inhisar edecektir (Md 5).

e-Uygulanacak usül:

Sözleşmenin 6. maddesi tenfiz kararının verilmesinde uygulanacak usule ilişkin olup, sözleşmede aksine hüküm bulunmayan hallerde tenfiz kararı verilmesine ilişkin usul tenfiz merciinin mensup olduğu devletin Milletlerarası Usul Hukukudur. Sözleşme 8. maddesiyle iş bu sözleşmenin hükümlerinin nafaka yükümlülüğünü değiştiren kararlara da uygulanacağını öngörmüştür. Sözleşme, yürürlüğe girmesinden önce verilmiş kararlar hakkında uygulanmaz (Md. 12). Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin işlemlerde yabancı uyruklu talibin teminat göstermek zorunda bırakılmayacağı 9. madde de hükme bağlanmıştır (Md. 9/2). Sözleşme 9. maddesinde kararın verildiği memleketinde adli müzaharetten yararlanacağını öngörmüş olan tarafın kararın tenfizi usulünde de bundan yararlanacağını öngörmüş sözleşmenin uygulanmasına ilişkin işlemlerde yabancı uyruklu talibin teminat göstermek zorunda bırakılmayacağını hükme bağlamıştır.

Bu sözleşmenin hiçbir hükmü, nafaka alacaklısının ister infaz merciinin bulunduğu ülkenin iç hukukunu, ister akit devletler arasında bulunan başka bir sözleşmenin nafaka konusundaki tenfize uygulanabilecek diğer herhangi bir hükmüne başvurmak hakkına engel olmaz (Md. 11).

Sonradan imzalanan büyüklere karşı nafaka yükümlülüğü konusundaki kararların tenfizi ve tanınmasını da kapsamına alan "Nafaka yükümlülüğü Konusundaki

529 TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA NAFKA VE BU KONUDAKİ TÜRKİYE'NİN KATILDIĞI MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİ

Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin 1973 tarihli Lahey Sözleşmesi", bu sonun cusuna taraf olan devletler arasındaki ilişkilerde iş bu sözleşmenin yerini almıştır (Md. 29).

Türkiye her iki sözleşmeye de taraf olduğuna göre, sonuncusu olan nafaka yükümlülüğü konusundaki kararların tanınması ve tenfizine ilişkin 1973 tarihli lahey sözleşmesine taraf olan devletlerle ilişkilerinde ister çocuk ister büyüklerle ilgili nafaka yükümlülüğü olsun 1973 tarihli Lahey sözleşmesini; 1958 tarihli çocuklarla ilgili Lahey sözleşmesine taraf olupda 1973 tarihli sözleşmenin tarafı olmayan devletlerle ilişkilerinde 1958 tarihli sözleşmeyi uygulayacaktır.

Çocuklara karşı nafaka yükümlülüğü konusundaki kararların tanınması ve tenfizine ilişkin 1958 tarihli Lahey sözleşmesine sözleşmeyi imzalayarak katılan ve onaylayan taraf devletler 16 Mayıs 1997 tarihi itibarıyla aşağıdaki devletlerdir:

Avusturya, Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, İtalya, Hollanda, Norveç, Portekiz, İspanya, İsveç, İsviçre ve Türkiye.

2-Nafaka yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Sözleşme (1973 tarihli Lahey sözleşmesi).

a- Genel Bilgi:

2 Ekim 1973 tarihinde' Lahey'de akdolanmıştır. Türkiye sözleşmeye imzalamak suretiyle katılmıştır. 03.11.1980 tarih ve 3282 sayılı kanunla onaylanmış, katılma, tasvip ve onay belgeleri 23 Ağustos 1983 tarihinde Hollanda Dışişlere Bakanlığına tevdi edilmiştir. Bu tevdi tarihini izleyen üçüncü takvim ayının birinci günü (1 Kasım 1983 tarihinde) Türkiye için yürürlüğe girmiştir (Md. 35). Sözleşmenin metni 16.02.1983 tarihli ve 17961 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

16 Mayıs 1997 tarihi itibarıyla sözleşmeye taraf olan devletler şunlardır (Taraf olma sözleşmenin o ülke yönünden imzalandığını, onaylandığını ve kabul edildiğini gösterir).

Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, İtalya, Lüksemburg, Hollanda, Norveç, Portekiz, Slovak Cumhuriyeti, İspanya, İsveç, İsviçre, İngiltere ve Türkiye.

Sözleşme sadece yukarıdaki devletlerle Türkiye arasındaki her türlü nafaka yükümlülüğü ile ilgili kararların tanınması ve tenfizinde uygulanacaktır (Md. 1).

Sözleşme, iş bu sözleşmeye taraf olan devletler arasındaki ilişkilerle "Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin 1958 Tarihli Lahey Sözleşmesinin" yerini almıştır(Md. 29).

b-Sözleşmenin amacı:

Sözleşmenin amacı, nesebi sahih olmayan bir çocuğa karşı nafaka yükümlülüğü de dahil aile, hısımlık, evlilik veya sıhriyet ilişkilerinden kaynaklanan nafaka yükümlülüğü konusundaki akit devletlerden birinin adli veya idari mercileri tarafından verilmiş olan kararların ve bu merciler önünde nafaka yükümlülüğüne ilişkin olarak yapılmış olan sulhlerin diğer akit devlette tanınmasına ve tenfizine olanak sağlamak bunun için ortak hükümler tesis etmektir.

c- Sözleşmenin uygulama alanı:

Sözleşme akit devletlerden birinin adli veya idari mercilerinden verilmiş olan nesebi sahih olmayan bir çocuğa karşı nafaka yükümlülüğü de dahil aile, hısımlık, evlilik veya sıhriyet ilişkilerinden doğan nafaka yükümlülüğü konusundaki kararlar ile bu merciler önünde yapılan sulhlere uygulanacaktır (Md. 1).

Sözleşmeye göre yukarıdaki ilişkilerden doğan nafaka yükümlülüğüne ilişkin kararların yalnızca adli mercilerce (mahkemelerce) verilmiş olması şart olmayıp, verildiği ülkede bu konuda yetkili olan idari bir mercii tarafından da verilmesi mümkündür. Daha açık deyişle sözleşme yalnızca adli merciler tarafından verilen kararların değil bunun yanında idare merciler tarafından verilmiş bulunan nafaka yükümlülüğüne ilişkin kararların da tanınmasına ve tenfizine olanak vermektedir. Ayrıca sözleşme yalnızca adli ve idari merciler tarafından verilmiş kararlara değil, bu merciler önünde yapılmış sulhlere de uygulanacaktır (Md. 1. 2/1).

Sözleşme yalnız nafaka alacaklısı ve nafaka borçlusunu arasındaki kararların değil nafaka alacaklısına yaptığı ödemeleri nafaka borçlusundan talep eden kamu kurumu lehine verilmiş olan kararların tanınmasını ve tenfizini de düzenlemiştir (Md. 1).

Münhasıran nafakaya ait olmayan mahkeme kararları ile sulhler hakkında sözleşmenin etkisi yalnız nafaka yükümlülüğü ile sınırlıdır (Md.3). Bunun anlamı şudur; karar veya sulh nafaka yükümlülüğünden başka hükümleri de ihtiva ediyorsa örneğin; babalık hükmünü de ihtiva ediyorsa, sözleşme hükümleri bu nitelikteki kararın sadece nafaka yükümlülüğü ile ilgili kısmını etkiler ve bu kısım hakkında uygulanır. Sözleşme nafaka talebinin ulusal veyâ uluslararası niteliği dikkate alınmaksızın ve tarafların uyrukluk ve mutad meskenlerine bakılmaksızın uygulanır (Md. 2/Son). Yani nafakâ yükümlülüğüne ilişkin karar veya sulh ister nafaka alacaklısının tabii olduğu (vatandaşlığında bulunduğu) devletin adli ve idari mercilerinden verilmiş olsun (ulusal nitelikli bir karar); İster başka bir devletin adli ve idari mercilerinden verilmiş olsun (Uluslararası nitelikli bir karar) Diğer bir akit devlette tanınacak ve tenfizine karar verilecektir. Örneğin; Fransız vatandaşı olan bir şahsın Fransız mahkemelerin-

531 TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA NAFKA VE BU KONUDAKİ TÜRKİYE'NİN KATILDIĞI MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİ

den aldığı, kocasını nafaka ile yükümlü tutan karar ulusal nitelikli bir karardır. Nafaka alacaklısı ulusal nitelikli böyle bir kararın Türkiye'de tenfizini ve tanınmasını talep edebilir. Yada Türk vatandaşı olan bir babanın Alman mahkemelerinden aldığı oğlunu yardım nafakası ödemekle yükümlü tutan karar uluslararası nitelikli bir karar olup, nafaka alacaklısı baba, bu kararın tanınmasını ve tenfizini Türk mahkemelerinden talep edebilir. Sözleşme, akit olmayan bir devlette verilmiş veya yapılmış dahi olsa önceki bir kararı veya sulhü değiştiren kararlara ve sulhlere de uygulanır (Md. 2/2). Bu hükümden sözleşmenin akit devletlerce karşılıklılık şartı aranmaksızın uygulanacağı anlaşılmaktadır. Daha açık ifade edilecek olursa tanınması ve tenfizi talep edilen nafaka yükümlülüğüne ilişkin karar ve sulh iş bu sözleşmeye taraf olmayan bir devlette verilmiş olsa bile tanıma ve tenfizin talep edildiği akit devlet hiçbir karşılık şartı aranmaksızın sözleşmeyi uygulayacaktır.

d- Sözleşmeye göre tanıma ve tenfizin şartları:

Sözleşme, tanıma ve tenfiz için iki ana şart aramaktadır (Md. 4).

Birincisi: Tanınması ve tenfizi talep edilen nafaka yükümlülüğüne ilişkin karar veye sulh sözleşmenin 7. veya 8. maddelerine göre yetkili sayılan bir merci tarafından verilmiş olmalıdır (Yani kararı veren merci Milletlerarası anlamda yetkili olmalıdır). Sözleşme kapsamına giren nafaka yükümlülüğü ile ilgili kararları ve sulhleri veremeye yetkili olan merciler aşağıda gösterilecektir.

İkincisi: Karar veya sulhün kesinleşmiş olması (Kararın verildiği devlette mutad kanun yollarının tüketilmiş olması veya mümkün olmaması) zorunludur (Md. 4/2). Ancak sözleşme karar veya sulhün kesinleşmemiş olmasına rağmen geçici olarak icra edilebilen ara kararları ve geçici tedbirler talep eden devlette benzer kararların verilebilmesi ve icra edilebilmesi halinde bu devlet tarafından tanınmasına ve tenfize karar verilmesine de imkan vermektedir (Md. 4/son).

Yukarıdaki iki ana şartın yanında tanıma veya tenfizin mahkemenin takdirine bağlı olarak reddedilmesine imkan veren dört şart daha kabul edilmiştir. Bu şartlar sözleşmenin 5. maddesinde sayılmıştır.

Bunlar;

1- Tenfizi veya tanınması talep edilen karar bu talebin ileri sürüldüğü devletin kamu düzeni ile açıkca bağdaşmazlık içindeyse,.

2- Karar, usul işlemlerinde yapılan bir hilenin sonucu elde edilmiş ise (Md 5/2).

3- Tenfiz ya da tanımanın talep edildiği devlette tenfiz ve tanıma için gerekli şartları taşısa dahi başka bir devlette verilmiş aynı konuda aynı taraflar arasındaki bir kararla bağdaşmıyorsa, .

4- Tenfiz yada tanımanın talep edildiği devlette daha önce aynı taraflar arasında yani konuda açılmış ve görülmekte olan bir dava var ise, bu hallerde tenfiz ve tanıma talebi bu taleple karşılaşan mahkemenin takdirine bağlı olarak reddedilebilir. Nafaka yükümlülüğüne ilişkin kararın tenfizi ve tanınması talebinin kabulü için kararın gıyapta verilmiş olması halinde bir şart daha vardır. O da karar gıyapta verilmiş ise dava dilekçesinin gaip tarafa kararın verildiği devletin hukukuna göre usulüne uygun olarak tebliğ edilmiş olması, hal ve şartlara göre gaibesavunma için yeterli süre verilmiş bulunması şarttır (Md. 6). Aksi halde karar tanınmaz ve tenfiz edilemez.

e-Sözleşme .ye göre karar ve sulh için yetkili olan merciler:

Sözleşmenin uygulanması bakımından aşağıdaki merciler nafaka kararı vermeye yetkilidir (Md. 7, 8).

aa-) Davanın açıldığı sırada nafaka borçlusunu veya alacaklısının mutad meskeninin bulunduğu devletin mercileri.,

bb-) Davanın açıldığı tarihte nafaka borçlusunu ve alacaklısı hangi devletin vatandaşları iseler, o devletin mercileri.,

cc-) Davalının açıkça veya yetki itirazında bulunmaksızın davanın esasına girmek suretiyle yetkisini kabul ettiği mercii.,

dd-)Nafaka, tenfizin ve tanımanın talep edildiği devletin hukukuna göre yetkili olan bir akit devletin mercii önünde vukuu bulmuş bir boşanma, ayrılık, evliliğin iptali veya butlanından doğmuş ise bu merciler sözleşmenin uygulanması bakımından da yetkili sayılırlar (Md. 8).

Nafaka alacağı hakkında karar vermiş olan akit devletin mercileri bu nafaka, söz konusu akit devletin ve talep edilen devletin hukukuna göre yetkili kabul olunan bir merci önünde vukuku bulmuş boşanma, ayrılık, evliliğin iptali veya butlanından doğmuş ise boşanmaya, ayrılığa, iptale veya butlana karar vermeye yetkili merciler nafaka bakımından da yetkili sayılırlar.

f- Sözleşmeye göre tenfiz ve tanıma da usul:

Nafaka kararının tanınması ve tenfizi usulü, tanıma ve tenfizin talep edildiği devletin hukukuna tabidir (Md. 13). Kararın kısmen veya tamamen tenfizi ve tanınması talep edilebilir (Karar nafaka konusunda birden fazla talebe ilişkin olupta, tanıma ve tenfiz bu taleplerin tümü için kabul edilemiyorsa sözleşme kararın tanınacak veya tenfiz edilecek kısmına uygulanır) (Md. 10).

533 TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA NAFKA VE BU KONUDAKİ
TÜRKİYE'NİN KATILDIĞI MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİ

Nafakanın belirli aralıklarla ödenmesinin öngörülmesi halinde tenfiz kararı birikmiŐ ve işleyecek nafaka borçlarını kapsar(Md. 11). Tenfizin talep edildiği devletin mercii kararı veren devletin mercinin kendi Milletlerarası yetkisini tesbit için dayandığı vakialarla bağlıdır(Md 9). Tenfiz veya tanıma talep edilen devletin mercii, kararı esasına ilişkin olarak hiçbir inceleme yapamaz (Md 12). Tanıma ve tenfiz için gerekli olan belgelerin neler olduğu sözleşmenin 17. maddende gösterilmiştir.

g-Çekinceler (ihtirazi kayıtlar):

Sözleşme, akit devletlere bazı hallerde çekince koyma hakkı tanıdır. Her akit devletin sözleşmeye koyabilecekleri çekinceler 26. madde de gösterilmiştir.

Türkiye sözleşmeyi, 26. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında öngörülen civar ve sıhri hisımlar arasındaki nafaka yükümlülüğüne ilişkin kararlar ve sulhler ile nafakanın belirli aralıklarla ödenmesini hükme bağlamayan kararları ve sulhleri tanımamak ve tenfiz etmemek hakkı saklı tutulmak kaydıyla onaylamıştır. Bu çekince gereğince Türkiye, nafakanın belirli aralıklarla ödenmesini hükme bağlamayan (nafakanın toptan ödenmesi şeklindeki) kararları ve civar ve sıhri hisımlar arasındaki nafaka yükümlülüğüne ilişkin kararları (Örneğin; amca, hala, dayı, teyze ve kardeŐ çocuklarına nafaka ödenmesine ilişkin kararlar) tanımayabilecek ve tenfizine karar vermeyebilecektir.

h-Sözleşmeye göre bir kararın tanınmasını veya tenfizini talep eden taraf talebine aşağıdaki belgeleri eklemelidir (Md. 17).

aa-) Kararın tam ve aslına uygun bir örneğini,

bb-) Verildiği devlette karar hakkında mutad kanun yollarına başvurulamayacağı ve gerekiyorsa kararın bu devlette icra edilebilir olduğu gösteren bir belge,

cc-) Kararın gıyapta verilmiş olması halinde, talebin başlıca unsurlarını kapsayan dava dilekçesinin gaib tarafa, kararın verildiği devletin hukukuna uygun olarak tebliğ edildiğini veya bildirildiğini kanıtlayacak bir belgenin aslı veya aslına uygunluğunun onaylanmış bir örneği,

dd-) Talep edilen devletçe istenmemesi hali dışında yukarıda belirtilen belgelerin aslına uygunluğu onaylanmış tercümeleri,

Yukarıda belirtilen belgelerin ibraz edilmemesi veya talep edilen devlet mercii tarafından karar muhtevassından sözleşmenin şartlarının yerine getirildiğinin belirlenememesi halinde bu merciler gerekli bütün belgelerin ibrazı için belirli bir süre tayin eder. Söz konusu belgelerin ayrıca onaylanması veya benzer bir işleme tabi tutulması istenemez.

i- Sözleşmenin teşmili:

Her akit devlet sözleşme hükümlerini resmi bir merci veya memur önünde düzenlenmiş ve düzenlendiği devlette geçerli ve icrası mümükün olan resmi senetlere teşmil edilebileceğini beyan etmek hakkını haizdir(Md. 25).

Bu beyan aynı beyanı yapmış olan devletlerle olan ilişkilerde geçerlidir.

j- MÖHUK hükümlerine göre sözleşmenin değerlendirilmesi;

2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun yabancı mahkeme kararlarının tenfizini ve tanınmasını 34-43 meddeleri arasında düzenlemiştir. MÖHUK'taki bu hükümler sözleşmeye taraf olmayan devlet mahkemelerinden alınmış kararlar için uygulanacaktır. Sözleşme ile MÖHUK arasındaki tenfiz ve tanıma usulü şartları bakımından farklar ve benzerlikler şöyledir.

aa-) MÖHUK'a göre tenfizine veya tanınmasına karar verilecek belgenin mahkeme kararı olması zorunludur. Yabancı mahkemelerden verilmiş olan ilamlar tenfiz veya tanınabilir (MÖHUK madde 34).

Sözleşme ise yabancı ülkelerden verilmiş nafaka kararlarının tenfizini kolaylaştırmak ve nafakaya muhtaç olan hak sahiplerini korumak amacı ile tanıma ve tenfizi yalnız mahkemelerden verilmiş ilamlar için değil, yabancı yetkili mercilerce verilmiş kararlar ve bu merciler önünde yapılmış sulhler için de tanıma ve tenfizi mümükün kılmıştır. Sözleşme yargı organlarını değil "mercileri" esas almıştır. Bu merciler yetkili adli veya idari merciler olabilir. Daha açık deyişle sözleşme yetkili yabancı idari mercilerce verilmiş kararlar ve bu merciler önünde yapılmış sulhlerin de tanınmasını ve tenfizini öngörmüştür.

bb-) MÖHUK, yabancı devletin kanunlarına göre kesinleşmiş olan ilamların tanınip tenfiz edilebileceğini kabul ettiği, daha açık deyişle kararın şekli bakımdan kesinleşmesini şart kıldığı halde, sözleşme mutad kanun yolları açık olan ve geçici olarak icra edilebilen ara kararı ile geçici tedbirler için de tenfiz veya tanıma talebinin dermeyan edildiği devlette benzer kararların verilebilmesi ve icra edilebilmesi halinde tanıma ve tenfizine olanak tanımıştır.

cc-) Sözleşme, boşanma ve benzeri kararlarla birlikte verilmiş nafaka kararlarında yetki konusunda hem MÖHUK hem de sözleşmenin 7. maddesinde yer alan yetki hükümlerinden farklı bir esas kabul etmektedir. MÖHUK'ta Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren haller dışında yabancı mahkeme yetkisinin kendi devletler özel hukuku kurallarına göre tayin edileceği esas benimsenmiştir. Sözleşme 7. maddesinde de kararı veren devlet mahkemesinin yetkisi konusunda maddi bir yetki kuralı getirmiş ve davalının kabul ettiği veya nafaka borçlusuveya alacaklısının

535 TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA NAFKA VE BU KONUDAKİ
TÜRKİYE'NİN KATILDIĞI MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİ

mutad meskeninin bulunduğu veya bunlardan birinin kararın verileceği devlet vatan-
daŐılıĐında olması halinde kararı veren devletin merciinin yetkili olacağını kabul et-
miŐtir. Sekizinci madde ise sayılan kararlara bağlı olarak verilen nafaka kararları için
yetkinin, dermeyan edilen devlet hukukuna göre tayin edilmesi esasını getirmiş bu-
lunmaktadır. Doğaldır ki bu yetki söz konusu boşanma, ayrılık, iptal ve butlan karar-
larının alınması bakımından söz konusu olan yetkidir.

dd-) Sözleşme tarafları konusu aynı olan bir davanın açılmış ve görülmekte ol-
ması halinde tenfiz ve tanıma talebinin reddedilebileceğini öngörmüştür. Derdestlik
hali dediğimiz bu hal MÖHUK'ta bulunmamaktadır.

ee-) Karar tenfiz ve tanıma talep edilen devletten tanıma ve tenfiz Şartlarını ta-
Őısa bile başka bir devletten aynı konuda aynı taraflar arasında verilmiş bir kararla
bağdaşmıyorsa tanıma ve tenfiz talebi reddedilebilecektir (Md. 5/4). Bu Şartlar da
MÖHUK'ta bulunmamaktadır.

Sözleşme 12. maddesinde açıkca sözleşmede aksine hüküm bulunmaması ha-
linde talep eden devlet kararın esasını ilişkin hiç bir inceleme yapamaz demektir.

Sonuç olarak nafaka ykmllĞne ilişkin kararların karşılıklı olarak tenfizi ve
tanınmasında kolaylık ve çabukluk sağlamak amacıyla kabul edilmiş olan sözleşme
Türk Milletlerarası zel hukukundan farklı esaslar getirmiştir.

C- NAFKA ALACAKLARININ YABANCI MEMLEKETLERDE TAHSİLİ İLE İL-
GİLİ SÖZLEŞME (1956 tarihli Newyork sözleşmesi)

Bu szleŐle yukarıda açıklanan nafaka ile ilgili diğer sözleşmelerden farklıdır.
Bu sözleşmede kanunlar ihtilafını halleden bağlama kuralları yer almadığı gibi tenfi-
ze ve tanımaya ilişkin kurallarda bulunmamaktadır. SzleŐime nafaka alacaklarının
yabancı memleketlerde tahsiline yönelik kolaylaştırıcı hükümler getirmiştir.

Newyork sözleşmesi diye de bilinen bu sözleşme 31.12.1956 tarihinde akte-
dilmiŐtir. Türkiye 26.01.1971 tarihli ve 1331 sayılı kanunla onaylamıştır. Sözleşme met-
ni 18.03.1971 tarihli 13782 sayılı resmi gazetede yayımlanmıŐ olup, Türkiye baki-
mından onay belgelerini Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine tevdiini izleyen 30.
gün olan 2 Temmuz 1971 tarihinde yürürlüğe girmiştir (Md. 14).

1- Sözleşmenin amacı:

Sözleşme yabancı bir ülkede bulunan ve o devletin yargısına tabi olan nafaka
borçlusundan nafaka alacağının tahsil edilmesini kolaylaştırmak amacı ile akte-
dilmiŐtir (Md. 1). bu bir tenfiz sözleşmesi değildir. Kanunlar ihtilafının halleden bir söz-
leŐme de değildir. Sözleşmenin uygulanmasında en önemli Şart nafaka alacaklısı ile

borçlusunun değişik ülkelerde bulunmasıdır. Sözleşme nafakanın tahsilini kolaylaştırmak için sözleşmeyi onaylayan her devleti "ARACI KURUM" ve "GÖNDERİCİ MAKAM" (Kamusal yada özel) organ tayin etmesini zorunlu tutmuştur. Nafaka alacağı tayin edilen bu organlar aracılığı ile tahsil edilecektir.

Bunlardan birincisi müracaatları diğer bir akit devletin yetkili kılınmış merciine intikal ettirecek olan gönderici makam, diğeri ise yabancı ülkeden gelen müracaatları kabul edecek olan aracı kurumdur.

Sözleşmeyi onaylayan her devlet 2. madde uyarınca onay ve katılma belgelerini tevdi sırasında kendi aracı kurumunu ve gönderici makamını belirleyecek ve sözleşmenin uygulanmasında borçlu ve alacaklının bulunduğu devletler bu makamlar aracılığı ile ve doğrudan doğruya temasta bulunacaklardır. Bu nedenle ilgili devletlerin yurt dışı temsilciliklerine herhangi bir görev düşmemektedir.

Türkiye, sözleşmede öngörülen gönderici makam ve aracı kurum olarak Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğünü belirlemiş ve bu Genel müdürlüğün sözleşmeye göre üzerine düşen görevleri yerel Cumhuriyet savcılıkları aracılığı ile yerine getireceğini Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine bildirmiştir. Cumhuriyet Savcılıklarının bu sözleşme hükümlerini ne şekilde uygulayacakları Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğünün 25.02.1983 tarihli 5/39-4191 sayılı genelgesinde ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

2- Sözleşmeyi onaylayan devletler:

16 Mayıs 1997 tarihi itibarıyla; Sözleşmeye taraf olan ülkeler; Avusturya, Belçika, Brezilya, Cezayir, Çek Cumhuriyeti-Solaven Cumhuriyeti), Çin, Danimarka, Fas, Almanya, Filipinler, Finlandiya, Fransa, Guetamala, Haiti, Hollanda, İsrail, İspanya, İtalya, İsveç, Macaristan, Monako, Nijerya, Norveç, Orta Afrika Cumhuriyeti, Pakistan, Polonya, Portekiz, Seylan, Şili, Tunus, Yukarı Volta, Yugoslavya, Yunanistan, Vatikan ve Türkiye'dir.

3- Sözleşmenin uygulama organları ve usulleri:

Gönderici makam nafakaya hakkı olan kişi yada kişilerin kendi ülkelerinde başvuracakları bir mercidir. Bu merci kendisine gelen bu müracaatları tevsik ve noksanları ilgilie ikmal ettirdikten sonra nafaka borçlusununikamet etmekte olduğu devletni aracı kurumuna önderecektir. Sözleşmenin 3. maddesi gönderici makama yapılacak başvurunun şu bilgi ve belgeleri ihtiva edeceğini tayin etmiştir,

a-)Nafaka talebinde bulunanın açık kimliği (Adı soyadı, adresi, doğum tarini, mesleği, tabiyeti) ve varsa kanuni temsilcisi.,

537 TÜRK MLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA NAFKA VE BU KONUDAK
TRKYE'NN KATILDIĞI MLLETLERARASI ÖZEL HUKUK SZLEŐMELER

b-) Borçlunun açık kimliği ve açık adresi.,

c-) Nafaka talebinin dayanağını oluşturan esaslar, istenilen nafaka ve alacaklı ile borçlunun mali ve ailevi durumlarına ilişkin bilgiler ve sair hususlar.

d-) Talep edenin mümkün olduğu takdirde nafaka borçlusunun birer fotoğrafı.,

e-) Gereki olduğu takdirde aracı kurumun icabında nafaka talep eden namına hareket etmesini veya bu iş için birine yetki vermesini mümkün kılacak bir vekaletname.,

Kendisine baş vurulan gönderici makam mracaatin aracı kurumun mevzuatının ngrdĞu bütün Şartlara uygunluğunu kontrol etmek ve eksiklikleri tamamlamakla yükümlüdür. Gönderici makam kendisine gelen nafakaya ilişkin bu müracaatları muhteva bakımından da inceleyerek talebin haklı olup olmadığı konusunda varsa önerilerini ve kanaatini aracı kuruma bildirebilir.

Sözleşmenin 5. maddesi hükümlerin ve diğer mahkeme kararlarını gönderilmesine ilişkin olup, nafaka talebinde bulunan kişinin isteği üzerine gönderici makamın akit devletlerin herhangi birini yetkili mercinden verilmiş nafaka ödenmesine ilişkin geçici veya nihai kararları mümkün veya gerekli olduğu takdirde duruşma tutanakları ile birlikte aracı kuruma göndermesini hükme bağlamıştır. Bu hükme göre gönderici makam nafaka alacaklısının yerine getirilmesini istediği kararı duruşma tutanakları ile birlikte aracı kuruma gönderecektir. Beşinci maddenin 2. fıkrası bu karar ve dayanağı duruşma tutanaklarının, sözleşmenin 2. maddesinde hükme bağlanan ve borçlunun aleyhine nafaka davası açılması talebini tazammun eden belgelerin yerini alacağı gibi bu belgelere dayanılarak açılacak davanın kanıtlarını oluşturmak üzere gönderilebileceğini belirtmektedir. Bu duruma göre nafaka alacaklısı kendisine nafaka bağlanması için iki yoldan seçebilecektir.

Birincisi : Nafaka alacaklısının uyruğunda bulunduğu veya ikamet etmekte olduğu devletin yetkili merciine başvurarak elde ettiği nafaka ilamını veya nafaka ödenmesini öngören ara kararını infaz edilmek üzere gönderici makam aracılığı ile borçlunun ikamet ettiği ülkenin aracı kurumuna göndermesidir. Bu yol tercih edildiği takdirde nafaka yükümlülüğüne ilişkin ilamın yabancı bir ülkede tenfizi söz konusu olacaktır. Bu ilamların infaz edilip edilmemesi her ülkenin kendi milli ve Milletlerarası zel Hukuk Mevzuatına bağlıdır. Yabancı mahkeme ilamlarının tenfizine Milletlerarası zel Hukuk mevzuatında yer vermemiŐ olan bir akit devletin bu sözleşme hükümlerine dayanarak nafaka ilamlarını ülkesinde infaz ettirmesi beklenemez.

Nafaka alacaklısının tercih edebileceği ikinci yol:

Sözleşmenin 3. maddesinde öngörülen belgeleri göndermek suretiyle borçlunun bulunduğu ülkedeki aracı kurum aracılığı ile yetkili merciden bir nafaka ilamı almak ve bu ilamı o ülkede infaz ettirmektir. Böyle bir taleple karşılaşan yabancı yetkili merci yine kendi mevzuatına göre davayı açacak ve hükme bağlayacaktır. Nafaka ödenmesine dair verilen bu hüküm aracı kurum tarafından o ülkenin mevzuatına göre infaz edilecek ve tahsil edilen nafaka diğer ülkedeki alacaklısına iletilecektir.

Sözleşmenin 5/3. maddesi 6. maddede yazılı olan ve aracı kurumun yapacağı işlemlerin neler olduğunu tayin etmektedir. Bu fıkra hükmü şöyledir. "6. maddeye göre yapılacak işlemler borçlunun bulunduğu devletin kanunlarına göre ya bir tescil veya tenfiz muamlesi yahut birinci paragrafa göre intikal ettirilmiş olan ilama dayanılarak bir dava açmak olabilir". Bunun anlamı şudur: Nafaka alacaklısının başvurusu kendisine intikal ettirilen borçlunun bulunduğu devletin aracı kurumu ya bir tenfiz kararı alacak, yada yeni bir nafaka davası açacak yahut da alacaklının kendi ülkesinden istihsal edip duruşma tutanakları ile birlikte gönderdiği ilamı esas alarak bu ilamın icrasını sağlayacak bir hüküm tesisi ettirecektir. Aracı kurumun mensup olduğu devletin mevzuatı bu işlemlerden hangisinin yapılacağını tayin edecektir. Mevzuatında tenfize yer vermeyen bir devletin aracı kurumunun kendi yetkili makamından bir tenfiz kararı isteyemeyeceği tabiidir. Bu devletin mevzuatı yeni bir dava açılmasının gerektiriyorsa aracı kurum o davayı açacaktır.

Aracı Kurum: Sözleşmenin 6. maddesinde aracı kurumun görevleri sayılmıştır. Nafaka alacaklısının bulunduğu devletin gönderici makamı tarafından kendisine intikal ettirilmiş olan nafaka istemine ilişkin müracaat üzerine aracı kurum nafaka talep edenin vermiş olduğu yetkiye dayanarak onun adına nafakanın tahsil edilmesine yönelik gerekli bütün işlemleri yapar ve tedbirleri alır. Bu işlemler ve tedbirler; Borçlu ile sulh olmak, nafaka davası açmak ve onu takip etmek ve nafaka tediyesi ile ilgili her türlü emri yahut ilamı infaz ettirmek olarak sayılmıştır. Aracı kurum gönderici makamı faaliyetlerinden devamlı haberdar edecektir. Kendisine intikal ettirilen nafaka talepleri konusunda herhangi bir işleme geçmesine imkan bulunmaması halinde keyfiyeti ve sebebini gönderici makama bildirmek ve belgeleri iade etmek zorunluluğundadır.

Nafaka alacağının tahsili konusunda yapılacak işlemlere uygulanacak kurallar 6. maddenin son fıkrasında gönderilmiştir. buna göre sözleşmeninhiç bir hükmü ile bağlı olmaksızın nafaka taleplerinden, davalarından veya takiplerinden doğacak bütün meselelerde borçlunun bulunduğu ülkenin milli hukuku onun devletler hususi hukuku kuralları uygulanacaktır. Borçlunun bulunduğu ülkenin mevzuatı nafaka talep-

539 TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA NAFKA VE BU KONUDAKİ TÜRKİYE'NİN KATILDIĞI MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİ

lerinin karara bağlanmasında ve kararların infazında mer'i olacaktır. Bu konuyu iki yönden ele almak gerekecektir. Birincisi, maddi hukuk ikincisi ise usul hukuku yönündendir. Maddi hukuk bakımından nafaka talebi ile ilgili olarak borçlunun bulunduğu ülkenin aracı kurumunun açtığı bir nafaka davasında o ülkenin taraf olması koşulu ile "nafaka yükümlülüğün uygulanacak kanuna dair sözleşme" veya yine taraf olması şartıyla "çocuklara karşı nafaka mükellefiyetine uygulanacak kanuna dair sözleşme" de öngörülen hukuk hangi hukuk ise o hukuk uygulanacaktır. Usul hukuku yönünden ise taraf olması koşuluyla yukarıda açıklanan tenfiz ve tanıma ile ilgili sözleşmeleri uygulayacaktır.

Sözleşmenin diğer hükümleri istinabe, teminat ve para transferleri ile ilgilidir. Buna ilişkin hükümler buraya alınmamıştır.

S O N U Ç :

Yukarıda ayrıntılı olarak anlatılan nafaka ile ilgili gerek kanunlar ihtilafını halleden sözleşmeler gerekse nafaka yükümlülüğü konusundaki kararların tanınması ve tenfizine ilişkin sözleşmeler Türk Milletlerarası Özel Hukukunu bir parçasıdır. Sözleşmelerin Türkiye tarafından onaylanarak yürürlüğe konulması ile artık bu sözleşmelerde yer alan hükümler Türk Milletlerarası Özel Hukukunda bir iç hukuk kuralı haline gelmiştir.

—oOo—

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- 1- Devletler Hususi Hukuku (Aysel Çeliker)
- 2- Yabancılar Hukuku (Aysel Çeliker)
- 3- Kanunlar İhtilafı (Erdoğan Göyer)
- 4- Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni:
(1983 yılı sayı 1 ve 2, 1985 yılı sayı 1, 1986 yılı sayı 2)

KAMU DAVASINA MÜDAHALE (KATILMA)

Dr. Haluk ÇOLAK(*)

• **ANLATIM DÜZENİ:** I–Giriş. II–Müdahale Kavramı Ve Müdahalenin Gereği Meselesi. A–Kavram. B–Müdahalenin Gereği Meselesi. III–Kamu Davasına Müdahale Şartları. A. Subjektif Şartlar. 1–Suçtan Zarar Görmek. 2–Şahıs Olmak. B–Objektif Şartlar. 1–Bir Dava Bulunması. 2–Bu Davanın Kamu Davası Olması. 3–Kamu Davasının Açılmış Olması. IV–Kamu Davasına Müdahale Usulü. A–Müdahale Beyanı. B–Müdahale Beyanı Hakkında Karar. 1–Kararı Verecek Mercii. 2–Müdahalenin Kabule Şayan Bulunmaması Kararı. 3–Müdahalenin Kabule Şayan Bulunması Kararı. 4–Müdahale Beyanı Hakkında Verilen Kararın Mahiyeti. V–Kamu Davasına Müdahalenin Hükümleri. A–Kamu Davasına Tesiri. B–Müdahilin Ödevleri. C–Müdahilin Yetkileri. D–Müdahilin Bilirkişi Ve Tanık Olup, Olamayacağı Meselesi. VI–Kamu Davasına Müdahalenin Sona Ermesi. A–Kamu Davasının Sona Ermesi. B–Müdahilin Ölümü. C–Müdahale Davasının Geri Alınması. VII–Sonuç.

I. GİRİŞ

Suç, bireyleri ve toplumları olumsuz yönde etkileyen hukuka aykırı fiillerdir. Bu fiillere karşı, devletin ve bireylerin davacı olup, iddiada bulunma hakları vardır. Kamusal iddia makamı olan savcılar devlet adına, bireyler ise kendi adlarına bireysel iddiacı olarak mahkemelerde hukuka aykırılığı ortaya koyabilirler. Bunlardan bireysel iddia tek başına yapılabileceği gibi, toplumsal iddianın yanında da yer alabilir.

Suçtan fertlerinde zarar görmüş olması, ferdeinde koğuşturma görevinde bir rol alabilmesini mümkün kılmaktadır. Her ne kadar koğuşturmayı hukuken teşkilatlanmış toplum olan Devletin mahsus makamları ile yapılması kabul edilmiş ise de, Devlet makamlarının koğuşturması yeterli görülmeyebilir. İddia makamını savcı ile birlikte ferdeinde işgal etmesi, kamu davasına suçtan zarar gören ferdeinde katılımı (müdahalesi) demektir (1). Kamu davasına katılma, CMUK. da "Müdahale Yoluyla Dava" fasıl başlığı ile 365–372. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

(*) **Hakim, Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü Daire Başkanı.**

(1) Kunter, N; Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1986, Kazancı Matbaası, 8.B., s.206.

II. MÜDAHALE KAVRAMI VE MÜDAHALENİN GEREĞİ MESELESİ

A. KAVRAM

Müdahale kavramının neden ibaret olduğu tartışmalıdır. Kamu davasına katılmada, diğer katılmalarda olduğu gibi, birden fazla asıl ceza davası var gibi gözükmesine rağmen, asıl ceza davası tekdir. Çünkü bir kişi aleyhine eyleminden dolayı birden fazla ceza davası açılmaz. Katılma durumunda ortada tek asıl ceza davası olması, katılma isteğinin, talî bir dava olmasına engel değildir. Zira katılma isteği, kabul veya reddi bakımından yargılama makamının kararını gerektirdiğinden davadır, fakat talî bir davadır(2).

Erem'e göre, şahsi hak talepleri nazara alınmamak şartı ile ortada sujeleri artırılmış bir tek kamu davası vardır, katılmaya müstakil, hatta feribir dava demeğe imkan yoktur, fakat müdahil davacının şahsi haklarını talep ettiği hallerde, bu talebe ait "hukuk davası"nın kamu davası ile birlikte görülen iki dava sayılması lazımdır(3). Yargıtay, müdahaleyi, suçtan zarar gören kimselerin kamu davasında savcının yanı başında ve fakat ona bağlı olmaksızın, bir yetkili taraf hakkı ile yer alabilmeleri ve kendilerine tanınan hak ve yetkiler ve bu yolda konulan usullerle tahkikatın gidişine ve son hükmün çıkışına etkili olabilmeleridir, şeklinde izah etmiştir (4).

Yurtcan'a göre, müdahale kanunda yer alan özel yargılama yollarından biridir. Müdahale yoluyla dava, suçtan zarar görenin, savcının açtığı kamu davasına katılarak onunla birlikte iddia görevini yaptığı bir yargılama türüdür. Bu yargılama türünde müdahil adını alan suçtan zarar gören yargılama sırasında kendi çıkarını korumak amacını taşımaktadır(5).

Onursal'da müdahaleyi ferdin açtığı bir ceza davası olarak görmektedir(6).

Müdahil, ceza muhakemesi ilişkisinin sujelerinden biridir. Müdahil, Devletin iddia makamını işgal ettiği hallerde ferdi iddia makamını işgal eder. Bu itibarla makam dolayısıyla sujedir. Ancak katılan aynı zamanda suçtan zarar gören fert tarafıdır. Bu bakımdan da şahıs itibarıyla sujedir (7).

Kamu davasında savcılık, suçtan zarar gören toplumun ihlal edilen menfaatlerini korumakta, toplum adına iddia görevini yapmaktadır. Müdahale davasında, artık

(2) Kunter, Age., s.206.

(3) Erem, F; Ceza Usulü Hukuku, Ankara, 1978, Sevinç Matbaası, 5.B, s. 66 .

(4) Yargıtay İ.B.G.K., 16.5.1945 T., K.27-10/10. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ankara, c. II (ceza), 2. B, s. 505-556.

(5) Yurtcan, E; Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul, 1986, Beta Basın ve Dağıtım A. Ş, 2. B, s. 517.

(6) Onursal, S; Kamu Davasına Müdahale, İstanbul, 1968, Fakülteler Matbaası, 1. B, s. 22.

(7) Kunter, Age., s. 403-404.

adına müdahil dediğimiz, suçtan zarar gören fert, ihlal edilen ferdi menfaatlerin koruyucusu olarak ortaya çıkmakta, ferdi iddia görevini yapmaktadır. Kamu iddiacısı olan savcılığın istekleri ile, ferdi iddiacı olan müdahilin istekleri birbirinden tamamen müstakil, ayrı iddialardır. Bunlar gerçi çoğu defa sanığın cezalandırılmasını isterler. Ancak savcı ve müdahil başka başka menfaatlerin koruyucusu, iddiacısıdır. Bu durum önce sanığın cezalandırılması talebiyle ceza davasını açan savcının, sonradan esas hakkındaki mütalâasında, sanığın beraatini istemesi veya sanık lehine kanun yoluna başvurması halinde açıkca kendini gösterir.

B. MÜDAHELENİN GEREĞİ MESELESİ

Türk doktrininde müdahelenin gerekli olup, olmadığı tartışmalıdır.

Erem, kamu davasına müdahelenin, bilhassa şahsi hak davası bakımından, faydaları olduğuna işaret ettikten sonra, sakıncalarını da sıralamakta ve neticede müdahale yoluyla kamu davasına katılmak usulüne hiç ihtiyaç olmadığını söylemektedir. Erem'e göre, ceza usulü tatbikatında, suçtan zarar görenin yardımı daima taraf yardımıdır, aldatıcı olabilir. Ceza davasının kamulaşması çağında, müdahale ile davaya katılma, geçmişin tesirini taşır. Ceza adaletinin mağdur ile uzlaşma gayreti pek mahzurludur(8).

Kunter ise, müdahelenin şahsi hak bakımından genellikle kabul edildiğini, kendisinin bunu yargılama birliği ile izah eden görüşü benimsedini, ceza ve hukuk mahkemelerindeki işlerden birini diğeri için bekleme mesele saymak sakıncalı olacağı için, müdahelenin kabul olunmasına taraftar olduğunu söylemektedir (9).

Ceza davası olarak müdahale ise, koğuşturma genellikle devlete düşen bir iş olduğundan genellikle kabul edilmemektedir. Müdahelenin ceza hukuku bakımından faydası olduğu kadar, mahzuru da vardır. Ceza muhakemesini uzatır, şantajlara yol açar. Fakat en büyük mahzuru müdahilin savcı gibi olamamasıdır. Savcı suçluluk hakkındaki mütalâasını, delillerin tartışması bittikten sonra, esas hakkındaki mütalâasını söylerken bildirecek, belki sanığın beraatini isyetecektir. Müdahil ise, şahsi hak isteğinin kabulü sanığın mahkûm olmasına bağlı olduğundan, sanığın masum olduğuna inansa bile, şahsi menfaati icabı sanığın mahkûm olmasına çalışır. Bu sebeple müdahelenin faydası gözde büyütülmemelidir, müdahale hakkı belli kimselere tanınmalıdır(10).

(8) Erem, Age., s. 663-664.

(9) Kunter, Age., s. 209.

(10) Kunter, Age., s. 209.

Kamu davasına müdahelenin faydaları ve mahzurlarının olduğu bir gerçektir. Müdahelenin tümünden faydasız olduğunu savunmak güçtür. Özellikle koğuşturmanın mecburiliği prensibinin gereği gibi yürümemesi, savcılığın şu veya bu sebeple kamu davası açmaması halinde de suçtan zarar gören ferdin kamu davasını tahrik ve sonra davaya katılarak onu yürütmesi olanağının bulunması faydalıdır. Hukuk toplum hayatını düzenlerken, toplum ihtiyaçlarını nazara almalıdır. Yoksa ihtiyaçlar başka yollar yaratır. Devletin adalet cihazına itimat etmeyen fert, bizzat inhakı hak yoluna gider (11).

III-KAMU DAVASINA MÜDAHALE ŞARTLARI

A. SUBJEKTİF ŞARTLAR

1. Suçtan Zarar Görmek:

Suçtan zarar görme, fiil yönünden olabileceği gibi, kişi yönünden de olabilir.

a) Fiil yönünden suçtan zarar görmüş olma: Suçtan zarar gören, hakkı suç ile ihlal edilen kimsedir. Suçun maddi ve manevi unsurunun, o hakka yönelik olması gereklidir. Kast aranan durumlarda, kast bu hakka yönelik olmalıdır; o hak taksirle ihlal edilmişse, o suçtan zarar görmek sözkonusu edilerek müdahale kabul edilmemelidir. Örneğin başkasının başına taş atan kimse onun başını yardığı gibi arkadaki camıda kırarsa, müessir fiil kasdî, camı kırma ise taksirlidir; hukukumuzda nasi izrar suçu taksirli işlenmediğinden, cam sahibinin müdahalesi kabul edilmemelidir (12). Adam öldürme suçlarında, uygulamada, ölen kimselerin mirasçılarının, ana babasının suçtan zarar gördüğü, ceza davasına müdahale etmesi, kabul edilmektedir. Bu konuda kanunda açık hüküm bulunmamasına rağmen, Yargıtay'ın oturmuş içtihadı bu yöndedir.

Fiil, doğrudan doğruya suçtan zarar göreni ilgilendirmiyorsa veya suçun maddi veya manevi unsuru o hakka yönelik değilse suçtan zarar görme sözkonusu olmaz (13).

b) Kişi yönünden suçtan zarar görmüş olma: Suçtan zarar gören kavramını dar yorumlayarak, onu yalnız mirasçılara hasretmek doğru değildir. Aile düzenine karşı işlenen (zorla kaçırma) suçu nedeniyle reşit olmayan mağdurenin babası, kızına ve-

(11) Onursal, Age., s. 28.

(12) Tosun, Ö; Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, İstanbul, 1984, Acar Matbaası, c.1, 4.B, s. 205-206.

(13) Dikmen, H; "Kamu Davasına Katılma", Adalet Dergisi, c.V, (1984), s. 1314.

layeten ve aile başkanı olarak da kedi adına davaya katılabilir (14). Müdahale hakkına sahip olunabilmesi için suçtan zarar gören şahısla aleyhine suç işlenen şahıs (örneğin maktul) arasında hukuki bir bağ bulunmalıdır (15).

Suçtan zarar gören şahıs tayin ve tespit edilirken suçun unsuru olan ve tabii alemdeki olayı teşkil eden maddi netice bakımından olan zararın değil, bu neticenin belli bir şahıs üzerinde hasil ettiği elim ve şedit tesir nazara alınmalıdır. Bu tesir, şahsın, suçun maddi unsuru ile konunan menfeate gösterdiği ilgide kendisini gösterir. Şu halde, suçun maddi unsuru ile korunan menfaate yakın ve haklı görülecek bir ilgisi bulunan herkes suçtan zarar görmüştür diyebiliriz. Bu ilgi sadece maddi menfaat ilgisi olmamalıdır. O şahısta cezalandırılması suretiyle karşılanacak bir tatmin arzusu uyandırmalıdır (16).

2. Şahıs Olmak:

a) Gerçek Kişiler: Suçtan zarar gören gerçek kişi olabilir. Kişi bizzat kendisi veya tayin edeceği vekili veya vekilleri, kendisi ölmüşse (müdahil sıfatını aldıktan sonra) kanuni mirasçısı veya mirasçıları kamu davasına katılma talebinde bulunabilirler. Davaya katılmak isteyen suçtan zarar gören kişinin dava ve taraf ehliyetine sahip olması gerekir. Reşit ve mümeyyiz değilse, davaya katılamaz. Mümeyyiz küçükler, doğrudan doğruya şahıslarına karşı işlenmiş suçlardan dolayı dava ve şikayet hakkına sahiptirler, bunlar kamu davasına katılabilirler. Bu kişileri temsil hakkına sahip kanuni temsilcilerin dava yetkisi, mümeyyiz küçüklerin dava ve şikayette bulunmadıkları takdirde, onların yerine geçerek menfaatlerini koruyabilmesidir. Reşit ve mümeyyiz olmayan ve mümeyyiz olup, kişiliklerine karşı işlenmiş fiillerde dava ve şikayet hakkını kullanmayanlar adına, veli veya vasi mümeyyiz küçükün şahsına yönelik fiillerden dolayı mümeyyiz küçük davaya katılmış olsa dahi, kendi adlarına değilde küçük adına kanuni temsilci olarak davaya katılabilirler. Kocanın karısını temsil ederek, davaya katılma hakkı yoktur. Suçtan zarar görenler birden fazla ise herbiri birlikte veya ayrı ayrı müdahale hakkı vardır (17).

b) Tüzel Kişiler: Dava açma yetkisine sahip tüzel kişiler kendilerini temsil eden organları aracılığı ile kamu davasına katılabilirler. (CMUK. m. 367, 344/son). Müdahale talebinde bulunanın, kanuna göre tüzel kişiyi temsil eden organ olması yeterli-

(14) Dikmen, Agm., s. 1318

(15) Canbolat, S; "Yargıtay Kararları Işığında Ceza Usul Hukukunda Kamu Davasına Katılma", Ankara Barosu Dergisi, c. VI, (1984), s. 894

(16) Onursal, Age., s. 57

(17) Dikmen, Agm., s.1308.

dir. Ayrıca, yönetim kurulunun veya genel kurulun dava açılmasını kararlaştırmış olması aranmaz. Tüzel kişiler, yetkili organlar tarafından yetki verilme şartıyla, vekil aracılığı ile de kamu davasına katılabilirler.

B. OBJEKTİF ŞARTLAR

1. Bir Dava Bulunması:

Müdahale, açılmış bir davayı gerektirmektedir. Müdahale asıl ceza davasının yanında fer'î bir mahiyettedir. Asıl ceza davası usulüne uygun olarak açılmışsa müdahale söz konusu olabilir. Asıl ceza davası açılmamışsa yada usulüne uygun olmadığından red edilmişse, bir dava açılmış olmadığından müdahale mümkün değildir. Asıl ceza davası, savcının son soruşturma açılması için mahkemeye verdiği bir iddianame ile açılır. Şayet iddianame kanunda öngörülen (CMUK.m. 163) hususları ihtiva etmiyorsa, tevdi edilen makam tarafından geri çevrilecektir (18).

2. Bu Davanın Kamu Davası Olması:

Müdahale edilecek ceza davasının kamu davası olması gerekir. Şahsi davada müdahale olmaz.

Müdahale asıl ceza davasına olur. Asıl ceza davası ile bir kimseye suç isnad edilir ve bu isnadın muhakeme yapılarak tahkiki istenir (19).

Ceza davası denilince akla gelen asıl ceza davasıdır. Asıl ceza davaları da, tayin ve tespit edilen cezaî müeyyidenin dar manada ceza veya emniyet tedbiri olmasına göre, dar manada ceza davası ve emniyet tedbiri davası olmak üzere ikiye ayrılır.

a) Dar manada asıl ceza davası: Cezaî uyuşmazlığın çözülmek üzere yargılama makamı önüne getirilmesidir. Ceza davasını açan iddia makamıdır. Bu, muayyen ve sınırlı haller dışında, toplumsal iddia makamıdır. Toplumsal iddia makamının açtığı ve yürüttüğü her dava bir kamu davasıdır. Kural olarak kamu adına açılmış asıl ceza davalarına müdahale edilir. Adliye içi veya adliye dışı herhangi bir özel ceza yargılama makamından açılmış bir asıl ceza davasına suçtan zarar görenin müdahale edebilmesi mümkündür (20).

b) Emniyet Tedbiri Davası: Suç işlediği sabit olan kimseler için tayin ve tespit edilen müeyyidelerdir. Bir kimse hakkında emniyet tedbirlerinin uygulanması için,

(18) Onursal, Age., s.63.

(19) Kunter, Age., s. 171.

(20) Onursal, Age., s.65.

önce bir suçluluk kararı verilmelidir. Sanık hakkında emniyet tedbirine hükmeden karar bir nevi mahkumiyet kararıdır.

Ceza davasına müdahalede müdahilin isteği, kendisine zarar veren kimsenin suçluluğunun tesbiti ve bu kimseye kanunun gösterdiği müeyyidenin tayin edilmesidir. Bu durumda emniyet tedbiri davalarına da müdahale edilebilmesi mümkün olmalıdır (21).

3. Kamu Davasının Açılmış Olması:

Kanunumuza göre müdahale, açılmış kamu davasına yapılacaktır. Müdahil için, iddianamenin mahkemeye verildiği an önemlidir. Müdahil bu andan itibaren müdahale talebi hakkında bir karar verilmesini isteyebilecek, müdahil sıfatını alabilecektir.

Kanunumuza göre, "soruşturmanın (tahkikatın) her halinde" katılma mümkündür. (CMUK. m. 365) Buradaki soruşturma kelimesini son soruşturma manasında almak gerekir. Hazırlık soruşturması sırasında henüz kamu davası açılmış değildir ki, katılınabilsin (22). 16.5.1945 gün ve 27/10 sayılı İçtihadı birleştirme kararında, aynı husus ifade edilmiştir (23).

Müdahil sıfatının ancak kamu davası açıldıktan sonra kazanılabileceği doktrinde ittifakla kabul edilmektedir. Yalnız tartışılan husus, müdahale talebinin kabul veya reddi hakkındaki karar kamu davası açıldıktan sonra verilmek üzere, talebin hazırlık soruşturmasında yapılabiliyor yapılamayacağı hususudur.

Kunter'e göre, katılma isteği ile bu isteğin hüküm ifade etmesi ve isteğin kabul veya reddi farklı şeylerdir. Hazırlık soruşturması sırasında, kural olarak, yapılamıyacak olan katılma isteğinin kabulü veya reddi konusunda bir karar verilmesidir. İleride açılacak kamu davasına katılma isteği, önceden, hazırlık soruşturması sırasında yapılmış ise geçerli sayılmalıdır. Savcıya verilen bu dilekçe, dosya ile birlikte mahkemeye gidince, mahkeme katılma isteği hakkında, bu dilekçeye dayanarak bir karar verebilmelidir. Yeniden dilekçe verilmesini istemek için makul bir sebep yoktur (24).

Hazırlık soruşturması sırasında suçtan zarar görenin, müşteki sıfatıyla verdiği dilekçe bir katılma isteği olarak düşünülemez. Bu tür dilekçeler CMUK. m.164 de yer alan ve C.Savcılığınca kamu davası açılması isteğini içeren dilekçeler niteliğindedir

(21) Onursal, Age., s. 66.

(22) Kunter, Age., s. 211.

(23) Yargıtay İ.B.G.K., 16.5.1945 T., K.27/10; "Tahkikatın her halinde cümlesi kamu davası açıldıktan sonra başlayan... son tahkikatı ifade edip savcının kamu davasını açmasından önce yapabileceği soruşturmalar madde muhtevası dışındadır."

(24) Kunter, Age., s. 212.

(25). Bir kimseye suç isnat edilmesinden (örneğin tutuklama) sonra yapılan hazırlık soruşturması demek olan, kısa soruşturma devresinde ortada bir sanık olduğuna göre, savcı gibi iddia görevini yapacak olan katılanında bu devrede kabul edilmesi gerekir (26). Onursal'a göre, kısa soruşturma devresinde müdahaleyi kabul etmeye imkan yoktur. Zira müdahale mahiyeti itibarıyla fer'î bir dava olduğundan müdahale davasının açılabilmesi için açılmış olan bir kamu davası olmalıdır. Henüz kamu adına bir davacının bulunmadığı bir işte, bir ferdin davacı sıfatıyla hareket etmesine kamu davası ve müdahale müesseselerinin mahiyeti icabı imkan yoktur (27). İleride müdahil sıfatını almak isteyen ve alacak olan, suçtan zarar görenin hazırlık soruşturmasının kısa soruşturma devresinde yer alması özellikle delillerin toplanması bakımından önemlidir. Ayrıca katılma, son karar verilmeye kadar mümkündür. Son karar verildikten sonra davaya katılınip katılamayacağı tartışmalıdır CMUK.na göre kanun yolu süresi içerisinde katılma mümkün değildir. Bizim uygulamamızda bu kabul edilmiştir. Gerekçe olarak da, davaya katılanın son kararı temyiz edebileceğinden söz eden CMUK.m.371/1'nin mefhumu muhalifinden, davaya katılmamış olanın temyiz edemeyeceği sonucu çıkarılmakta, böylece de yasa yolu süresi içerisinde davaya katılmanın mümkün olmadığı ileri sürülmektedir. Ancak, son karar temyiz edilip, iş tekrar mahkemeye geldiğinde suçtan zarar görenin davaya katılması kabul edilebileceğine göre kanunumuzun mehz kanundan bu yönüyle ayrılması için esaslı bir neden bulunmamaktadır (28).

IV. KAMU DAVASINA MÜDAHALE USULÜ

A. MÜDAHALE BEYANI

Müdahale davasının açılması için istek aranılması kuraldır. "Müdahale, merciine verilecek bir dilekçe veya tutanak tutulmak üzere zabıt katibine yapılacak bir beyanla olur. Bu tutanak reis veya hakimce tasdik ettirilir." (CMUK.m.366/1)

Müdahale beyanının kamu davasına katılma iradesini anlaşılır şekilde belirtmesi gerektiğinden, suçun ihbarı yahut muhakeme şartı olarak yetkili makamlara yazılı şikâyette bulunulması, müdahale beyanı olarak kabul edilmez. Zira ihbar veya yazılı şikâyet, suçun takibi için devlet teşkilâtını harekete geçirme gayesini taşır (29).

(25) Yargıtay 1.CD., 14.9.1969 T., K. 1647/1201.

(26) Kunter, Age., s. 212.

(27) Onursal, Age., s. 74.

(28) Dikmen Agm., s. 1311.

(29) Onursal, Age., s. 95-96; Erem Age., s. 667.

Beyanda "müdahale" yahut "müdahil" kelimelerinin kullanılması zorunlu değildir. Sadece, müdahilin, zarar gördüğü suçtan dolayı sanığın cezalandırılması için kamu davasına katılma iradesi açıklanmalı ve katılmak istenen kamu davası uygun bir şekilde belli edilmelidir. "Şikayet", "adaletin tecellisini temenni etmek" gibi genel tabirler yeterli değildir. CMUK.m.366/1'e göre müdahale beyanı, dilekçe şeklinde olabileceği gibi, tutanak tutulmak suretiyle zabıt katibine de yapılabilir. Müdahale talebi uygulamada, ekseriye, dilekçe ile olmaktadır. Müdahale dilekçesi, kamu davası açıldıktan sonra yerine göre hakim veya mahkemeye verilir.

B. MÜDAHALE BEYANI HAKKINDA KARAR

1. Kararı Verecek Mercî:

CMUK. m.366/2, kendisine müdahale talebi yapılan mercî, C. Savcısını dinledikten sonra davaya müdahale talebinin kabule şayan olup olmadığına karar verecektir. Ayrıca sanığın dinlenmesine gerek yoktur. Buradaki savcının dinleneceği yolundaki hüküm lüzumsuzdur. Zira, duruşma haricindeki kararların savcı dinlendikten, duruşmalardaki kararların da iki taraf dinlendikten sonra verileceği genel kuraldır (CMUK.m.31).

Mercî, son soruşturmada işe bakmakta olan mahkemedir. Mahkeme tek hakimli ise, gerek duruşma hazırlığında, gerekse duruşmada kendisine müdahale beyanı yapılacak olan ve bu beyan hakkında karar verecek olan hakimdir. Toplu mahkemelerde beyan reise yapılabilir, ancak beyan hakkında mahkeme karar verecektir. Beyan hakkında bizzat başkanın verdiği karar aykırılıkla malûldür. Bu aykırılığın müeyyidesi nisbi butlan olmalıdır. (30) Mercî, müdahale beyanı hakkında bir karar verecektir. Mercinin beyan hakkında bir karar vermemesi müdahilin CMUK.m.367 gereğince sahip olduğu yetkilerin sınırlanması demektir. Mercî bu kararını vakit geçirmeden vermelidir. Katılma isteği hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemesi bozmayı gerektirir. (31) Mercî, karar vermeden önce, katılma talebinin usulüne uygun yapıp, yapılmadığını, isteklinin davaya katılmaya hakkı bulunup bulunmadığını incelemesi gerekir. Mercinin kararını vermesi, katılmak isteyeninin duruşmaya gelmesi şartına bağlanmıştır (32).

2. Müdahalenin Kabule Şayan Bulunmaması Kararı:

Mercî, bir ceza muhakemesi muamelesi olarak müdahale beyanında bir aykırılık görürse, yani müdahale beyanının geçerli olması için, aranan şartlardan birinin

(30) Onursal, Age., s. 105.

(31) Y.C.G.K., 2.2.1976 T., E. 1976/8-9, K.1976/27.

(32) Kunter, Age., s.215.

bulunmadığını tespit ederse, kabul edilmezlik müeyyidesini uygulayacak (33), muamelenin kabule şayan olmadığına (CMUK. m.366/2), müdahilin kamu davasına katılma hakkı bulunmadığına karar verecektir. Uygulamada "müdahale talebinin red-dine" karar verilmektedir.

Müdahil, bu karara karşı kanun yoluna gidebileceğinden, bu kararın gerekçeli olması gerekir (CMUK.m.32). Suçtan zarar gören bu karar aleyhine itiraz denen kanun yoluna gidebilir. Burada, mahkemenin üçüncü şahsa taalluk eden bir kararı vardır. (CMUK.m.298). Kamu davasına katılma isteği reddedilen müdahil hukukumuzda üçüncü şahıs olarak mütalaa edilmektedir (34).

3. Müdahalenin Kabule Şayan Bulunması Kararı:

Müdahale beyanını şartların bulunup, bulunmaması bakımından tetkik ederken merci, hiç bir şekilde takdire yer vermeyecektir. Merci, şartların bulunduğu, yani yapılan muamelede bir aykırılık bulunmadığını tespit ederse katılma beyanının kabule şayan bulunduğuna (CMUK.m.366/2), müdahilin kamu davasına katılma hakkı olduğuna karar verecektir. Uygulamada "Müdahale talebinin kabulüne" karar verilmektedir.

Mahkemenin verdiği bu kararda artık aykırılık sözkonusu edilemez. Bu karar, hükme esas teşkil ettiğinden hükümlerle birlikte temyiz olunabilir (35).

4. Müdahale Beyanı Hakkında Verilen Kararın Mahiyeti:

Mercinin, muhakeme durumunda herhangi bir değişiklikten önce verdiği karar bir tespit, bir bildirme kararıdır. Katılan sıfatı, kabul kararından önce başlamıştır. Sıfatın kabulü, asıl ceza muhakemesinde iddia makamını işgal yetkisi verir. Fakat sıfatı kabul edilmeyen yani katılması reddedilenin katılan olarak kanun yoluna gidebilmesi de göstermektedir ki, bu sıfatı kanun yolu bakımından devam etmektedir. Kaldı ki, kabul veya red kararı verilinceye kadar geçecek zaman içinde katılanın bazı muhakeme işlemlerinde hazır bulunabilmesi ancak bu sıfatın başlamış olduğunun kabulü ile sağlanabilir (36).

Katılma hak ve yetkileri, katılma isteğinin kabulü kararı ile başlayacağından bu kararın inşaî etkisi vardır (37).

(33) Bkz. Kunter, Age., s. 485.

(34) Erem, Age., s. 668; Kunter, Age., s. 216; Onursal, Age.,s.110.

(35) Erem, Age., s. 668; Kunter, Age., s. 226.

(36) Kunter, Age., s. 215; Onursal, Age., s. 117.

(37) Dikmen, Agm., s. 1312.

Merciin kararı "bildirici" dir. Suçtan zarar görenin, sanığın cezalandırılması talebi ile, kamu davasına katılma iradesini açıklaması müdahale davasını açan bir irade beyanıdır. Bu beyan mercie ulaştığı anda müdahale davası açılmıştır. Artık, bundan sonra derdest bir davanın tüm neticelerini doğurur. Merci şartların bulunduğunu tespit ederse, davanın muteber bir şekilde açıldığını bildirecektir. Takdir hakkını kullanarak suçtan zarar görene müdahil sıfatı tanımamazlık edemez. Müdahil müdahale beyanı ile karar arasındaki zaman zarfında bir takım işlemler yapmışsa, bunlar yapıldıkları anda geçerlidir (38).

V. KAMU DAVASINA MÜDAHALENİN HÜKÜMLERİ

A. KAMU DAVASINA TESİRİ

CMUK.m.368/1'e göre, müdahale davayı durdurmaz. Kanun, bu ilkeyi koymakla müdahalenin kamu davasının yanında ikinci derecede önemli bir dava olduğunu belirtmiştir (39).

Müdahale, bağlantı dolayısıyla kamu davası ile birlikte görülen bir ferdî ve fer'î ceza davası olduğundan kamu davasının yürüyüşüne tesir etmez. Müdahil, kamu davasının muhakemesinde müdahaleden önce yapılmış olan muamelelerin yahut bunlardan önemli bazılarının tekrarını isteyemez.

CUMK.m.368/2 "Tarihi tayin edilmiş olan duruşma ve muhakeme usulüne müteallik sair muameleler –vaktin darlığından dolayı davaya dahil olan kimseye celp olunamayacak veya haberdar edilemeyecek olsa bile–muayyen günde yapılır," demektedir.

Bu hüküm birinci fıkranın uygulanması mahiyetindedir. Zaman kısalığı sebebiyle müdahile, bunlara iştiraki mümkün kılacak bir süre önce bildirmek kabil olmasa bile bu işlemler geciktirilmeden belli günde yapılır. Müdahalden evvel verilmiş olan ve savcıya tebliğ edilen kararların müdahile tebliğine ihtiyaç yoktur (CMUK.m.399/1). Müdahil, kamu davasını katıldığı andaki haliyle kabul etmek durumundadır; kesinleşmiş kararlar, geçmiş süreler onun için de bağlayıcıdır. Müdahil, evvelce verilmiş herhangi bir karara karşı savcıya tanınan müddet içinde kanun yoluna gidebilir (CMUK.m.399/2).

(38) Onursal, Age., s. 117.

(39) Yurtcan, Age., s. 519.

B. MÜDAHİLİN ÖDEVLERİ

Kanunumuzun 367. maddesinde müdahilin, müdahale talebi kabul edildiği anda şahsi davacının haklarına haiz olacağını ifade eder. Kanun sadece haklardan bahsettiğinden müdahil için şahsi davacının ödevleri ile yükümlü olması söz konusu olamaz.

1. Kanunumuzun 366/3. maddesine göre, müdahil teminat vermekle mükellef değildir (40).

2. Müdahilin duruşmaya gelmemesi ve temsilcisininde bulunmaması halinde son kararın kendisine tebliğ edileceği hükmünü sevkeden 370. madde de müdahilin duruşmada hazır bulunma mecburiyeti olmadığını göstermektedir.

3. Müdahilin diğer bir ödevi de duruşmanın inzibatını bozmamaktır (41). Müdahil de duruşmada bulunan herkes gibi mahkeme salonun da disiplini bozan hareket ve sözlerden çekinmeye mecburdur. Müdahilin sanığın sorgusu veya tanıkların ifadelerinin alınmaları sırasında sık sık söze karışması, onların sözlerini kesmesi, mahkemeye karşı uygun olmayan söz söylemesi, bir hareket yapması, duruşmada inzibati bozan söz ve hareketlerdir (42). Müdahil, duruşmanın inzibatını bozarsa, salondan çıkarılabilir ve tutuklanıp cezalandırılabilir (CMUK. m.378, 379).

C. MÜDAHİLİN YETKİLERİ

Kanunumuz müdahilin yetkilerini tayin ve tespit ederken kıyas yoluna gitmiş ve CMUK. m.367'de müdahilin, müdahale talebi kabul edildiği anda şahsi davacının yetkilerine sahip olacağını söylemiştir.

Şahsi davacı kural olarak, savcı durumundadır. O halde katılan da savcının yetkilerine sahiptir. Ondan farklı olarak hazır bulunmadığı duruşmada kendisini temsil de ettirmeyebilir. Bu takdirde son kararın kendisine tebliği gerekir (CMUK.m.370) (43).

Katılanın yetkileri, bu sıfatı almasından, yani davayı açmasıyla başlar. Ancak bu sıfatla işlemlerin asıl ceza davasında tesirini göstermesi, katılma şartlarının gerçekleştiğinin tesbitine ve katılma talebinin yani, davasının kabulüne bağlıdır (CMUK.m.367) (44).

(40) Erem, Age., s.669; Onursal, Age., s.124; Yurtcan, Age., s.124; Yurtcan, Age., s. 519.

(41) Kunter, Age., s.404.

(42) Onursal, Age., s.127.

(43) Kunter Age., s. 404.

(44) Kunter, Age., s. 404.

Müdahilin sahip olduğu yetkiler şu şekilde sıralanabilir:

1. Müdahil, duruşmaya bizzat girebileceği gibi, kendisini bir vekillede temsil ettirebilir (CMUK. m.348).

2. Şahsi davacı nasıl dinlenirse, müdahil de öyle dinlenir (CMUK.m.354).

Delillerin ikame ve münakaşası bittikten sonra hakim, ilk olarak müdahile, esas hakkındaki mütalaasını bildirmesi için söz verecektir (CMUK.m.251/1). Müdahil, hakim izinle sanığa cevap verebilir (CMUK.m.251/2). Müdahil, tanık ve bilirkişilere, başkan veya hakim münasabesi ile, soru sorabilir (CMUK.m.233). Ancak sanığa soru soramaz (45).

3. Müdahil, dava bitirilmeden önce duruşmada bulunuyorsa, soruşturmanın genişletilmesi hususunda talep hakkı vardır. Bu talep hakkının münhasıran şahsi haklarına da tealluk edeceği de iddia edilemez (46).

4. Şahsi davacıya tebliğ edilmesi gereken bir kararın, katılana da tebliğ edilmesi gerekir (CMUK.m.354).

5. Müdahil dosyayı tetkik edebilir (CMUK.m.354) (47).

6. Şahsi davacı gibi, duruşmaya doğrudan doğruya tanık ve bilirkişi getirebilir (CMUK.m.355) (48).

• 7.Dava nedeniyle, yapmış olduğu yargılama giderlerine ve eğer kendisini vekille temsil ettirmişse vekâlet ücretini isteyebilir.

8.Müdahil, bu sıfatı almakla maddi ve manevi tazminat da isteyebilme hakkını elde eder.

CMUK.m.365/2, müdahilin şahsi haklarını isteyebileceğini kabul etmiş, ancak bunun içinde katılan sıfatının alınmış olması gerektiğine yer vermiştir. Ancak, bu maddeye göre şahsi hakların mutlaka yazılı olarak istenebileceği şart değildir. Müdahale talebi dilekçesinde istenebileceği gibi, duruşmada sözle dahi istenebilir. Hatta, miktar belirtmeksizin mahkemenin takdir edeceği tazminatı istiyorum demesi yeterlidir. Suçtan zarar gören hazırlık soruşturması sırasında şikâyetten vazgeçmişse, kamu davasına katılabilirse de şahsi haklarını isteyemez. Şahsi hak talebi bu nedenle reddi gerekir (49).

(45) Onursal, Age., s.135.

(46) Dikmen, Agm., s. 1321; Erem, Age., s. 669.

(47) Dikmen, Agm., s.1322; Canbolat, Agm., s. 900.

(48) Canbolat, Agm., s. 900; Dikmen, Agm., s. 1322.

(49) Dikmen, Agm., s. 1322.

9. Müdahil kanun yoluna başvurabilir (CMUK.m.371).

Müdahil, savcıya bağlı olmaksızın kanun yoluna başvurabilir. (CMUK.m.371/1). Kanun yollarına başvuruda sürenin başlangıcı müdahil için ayrıca tesbit olunur, savcının süreyi kaçırmış olması, kendisine geç tebligat yapılmış olan müdahilin hakkına tesir etmez (50).

Katılan, bu sıfatını tanımayan yani katılma isteğini reddeden mahkeme kararına karşı temyiz yoluna gidebileceği gibi, son kararında bozulmasını isteyebilir (51). Katılanın temyizi yalnız, şahsi hakları yani maddi ve manevi tazminat, vekalet ücreti, kendisinin yapmış olduğu yargılama masrafları yönünden olmuşsa temyiz incelemesi şahsi haklar bakımından ele alınıp, hükmün kamu hukukuna yönelik kısmına Yargıtayca dokunulmaz. Katılanın hükmü, kamu hukuku yönünden de temyiz yetkisi bulunduğundan eğer temyiz beraat, mahkûmiyet, davanın düşmesi, duruşmanın tatili gibi kamu hukukuna yönelik kararlara karşı yapılmışsa, sözkonusu hükmün sanık lehine de bozulması mümkündür. Katılanın temyizi sadece, kamu hukuku yönünden olmuşsa, temyiz incelemesi sırasında şahsi hak yönünden inceleme yapılmaz. Müdahil davacının kanun yoluna başvurması sonucunda hüküm (veya karar) bozulmuş ise savcı davayı takibe mecburdur (CMUK.m.371/2).

D. MÜDAHİLİN BİLİRKİŞİ VE TANIK OLUP-OLAMIYACAĞI MESELESİ

Müdahilin bilirkişi olup, olamayacağı tartışmalıdır. Müdahilin bilirkişi olabileceğini kabul edenler, tanık olabileceğini de kabul etmektedirler. Diğer bazı müellifler ise, müdahilin kendisine zarar veren suçun muhakemesinde, bilirkişilik yapamayacağını söylemektedirler (53).

Bilirkişi mütaalası delillerin değerlendirilmesinde başvurulan bir vasıta. Bu nedenle bilirkişinin tarafsız olması gerekir. Kanunumuz bilirkişilerin tarafsızlığını temin için hükümler sevk etmiş, hakim reddini gerektiren sebeplerden dolayı bilirkişisinde reddedilebileceğini (CMUK.m.67/1) ve tanıklıktan çekinmeyi haklı gösteren sebeplerle bilirkişilikten çekinilebileceğini (CMUK.m.69/1) kabul etmiştir.

Suçtan zarar gören, müdahil sıfatını almış olsun veya almamış olsun, bilirkişi seçildiği takdirde çekinmek hakkı vardır. Kendisi çekinmezse taraflar onu reddedebilirler ve kanun yoluna gidebilirler. Hakim seçer ve taraflar da reddetmezlerse müdahil bilirkişilik yapabilir (54).

(50) Erem, Age., s.670.

(51) Kunter, Age., s.405.

(52) Dikmen, Agm., s. 405.

(53) Bkz. Onursal, Age., s. 152.

(54) Onursal, Age., s. 152.

Müdahilin tanık olup, olamayacağı meselesi de tartışmalıdır.

Alman mahkemeleri, suçtan zarar görenin davaya müdahale ederek, müdahil sıfatını aldıktan sonra dahi tanık olarak yemin verilerek dinlenebileceğın ve tanık sıfatıyla duruşmaya zorla getirilebileceğini kabul etmiştir (55).

Vicdanı delil sisteminin cari olduğu günümüzde herşey delil olabilmekte ve ceza hakimi bunları serbestçe takdir edebilmektedir. Beyan delileri tanık beyanı, sanık beyanı ve sanıktan gayrı tarafların beyanı olarak üçe ayrılmaktadır. Suçtan zarar gören şahıs, kamu davasına müdahale etmiş olsun veya olmasın, taraf durumundadır, suçtan zarar gören fert tarafını teşkil eder. Bu itibarla onun beyanı, sanıktan gayrı tarafların beyanıdır. Hakim bunu bir taraf beyanı olduğunu gözönünde tutarak, değerini hakikate uygunluğunu, diğer delillerle karşılaştırarak, serbestçe takdir edecektir. Görülüyor ki suçtan zarar görenin müdahil sıfatını alıp almaması onun beyanının değerinde lehte veya aleyhde hiç bir tesiri yoktur. Suçtan zarar görenin müdahaleden önce veya sonra, tanık olabilmesi mümkün değildir (56).

Müdahilin "tanık" olarak dinlenmesi ve hatta yemin ile dinlenmesine kanunumuz mani değildir. Fakat uygulamada müdahil, davacı sıfatıyla sadece sorguya çekilmekte ve buna müdahilin iddialarını bildirmesi denmektedir (57).

Aslında müdahilin tanık olmaması, beyanından yararlanılmaması veya beyanına değer verilmemesi sonucunu doğurmaktadır. Sonuçta mesele, bir değer ve bu değerın takdiri meselesidir.

VI. KAMU DAVASINA MÜDAHALENİN SONA ERMESİ

A. KAMU DAVASININ SONA ERMESİ

Müdahale davası, kamu davası ile birlikte yürüyen ferî bir ceza davası olduğundan, kamu davası herhangi bir sebeple sona erince müdahale davası da sona erer.

Hazırlık soruşturmasında henüz kamu davası açılmış olmadığı için müdahale davası da mevcut değildir. Son soruşturma bir mahkumiyet kararı ile sonuçlanmışsa, müdahilin isteğı gerçekleşmiş demektir. Müdahil, sanığa verilen cezayı az bulsa dahi, bu son karara karşı kanun yoluna gitmiş veya gitmemiş olduğu halde karar yargı halini almışsa, uyuşmazlık kesin olarak çözümlenmiş demektir.

(55) Bkz. Onursal, Age., s. 148.

(56) Onursal, Age., s. 151.

(57) Erem, Age., s. 671.

Mahkemece verilen hükmün kesinleşmesi ile katılma sıfatı da artık bir hüküm ifade etmez. Ancak, muhakeme dirildiğinde veya yenilendiğinde, katılma da onunla birlikte dirilmeli veya yenilenmelidir (58).

B. MÜDAHİLİN ÖLÜMÜ

Kanunumuz ölüm durumunu düzenlememiştir. Bu durumda, şahsi davacının ölümü halinde mirasçılarının takibata devam edebileceklerinden bahseden CMUK.m.363 müdahilin ölümü halinde uygulanacaktır (59). Müdahil öldüğünde, savcı davayı yürütmeye devam edecektir. Ölmüş bulunan müdahilin mirasçalarına bu davayı yürütme yetkisi geçecektir. Bir başka deyişle, müdahilin ölümü onun vazgeçmesi yerine sayılmayacaktır. Bu yüzden müdahilin ölümü durumunda mirasçılara mahkemece duyurulması gerekir (60). Bundan sonra, müdahilin mirasçıları, kamu davası bir son kararla neticeleninceye kadar, mirasçılık sıfatlarını ispat ederek, gerek müdahale davasına gerekse şahsi hak davasına devam edebilirler.

Suçtan zarar görenin dava açmadan ölmesi halinde, şahsi davada olduğu gibi mirasçuları sırf bu sıfatları ile hatta hakaret ve sövme suçlarında katılma imkanı tanınmamalıdır. Dava açıldıktan sonra katılanın ölümü halinde ise, davayı yürüten savcı varken, şahsî davada ki normların kıyas yolu ile uygulanmaları gerekmez (61).

C. MÜDAHALE DAVASININ GERİ ALINMASI

Kanunumuzun 372. maddesi, "davaya dahil olan kimse vazgeçerse, müdahale hükümsüz kalır" demektedir. Söz konusu olan, müdahil sıfatını aldıktan sonraki dönme olduğuna göre, buradaki müdahale davasının geri alınması ifade edilmektedir. Yargılama makamından gayri bir muhakeme sujesinin irade beyanı şeklindeki bir işlem den dönmesi, şayet bu işlem başka muhakeme sujesi bakımından lehe bir durum yaratmamışsa mümkündür. Bu sebeple müdahale davası açmak yetkisinden vazgeçmek kabil olduğu gibi, açılmış olan müdahale davasını geri almakta mümkündür (62). Tosun'a göre, geri alma, davaya katıldıktan sonra olmalıdır. Bu bakımdan uygulamada davaya katılmadan önce müdahaleden vazgeçtiğini, müdahil olmayacağına söyleyen kişinin, kamu davası yoluyla iş kovuşturulurken müdahale etmeye

(58) Kunter, Age., s. 218.

(59) Onursal, Age., s. 155.

(60) Dikmen, Agm., s. 1326; Tosun, Age., s. 209.

(61) Kunter, Age., s. 217.

(62) Onursal, Age., s.156.

kalkması geçerli sayılmaktadır. Böylece, suçtan zarar görmüş bir kişi hazırlık soruşturmasında daha dava açılmadan müdahale etmeyeceğini söylese de sonradan savcı kamu davasını açınca müdahale etmek olanağını kaybeder; tabiiyle bu durum takibi şikayete bağlı olmayan suçlarda olmaktadır. Suçtan zarar gören kişi dava açıldıktan sonra müdahale isteğini geri alabilir. Suçtan zarar gören geri almadan vazgeçip yine müdahil olmak istediğinde buna olanak tanınmamalıdır (63). Katılma hakkı olan kişi katılmaya mecbur değildir. Bunun içindir ki katılma hakkını kullanmaktan hatta kamu davası açılmadan önce vazgeçmek mümkündür. Vazgeçmekle katılma hakkı düşer. Şikayet ile katılma farklı olduklarından, aksi istendiği anlaşılmadıkça şikayet hakkı düşmez. Buna karşılık, şikayetten vazgeçmek veya yapılmış şikayeti geri almak katılma hakkını düşürür (64).

Katılan, davayı açmaya mecbur olmadığı gibi yürütmeye de mecbur değildir. Yürütme mecburiyetinin olmamasının neticesi, katılma davasını geri alabilmesidir. Kanuna göre, bu takdirde katılma hükümsüz kalır. Katılmanın geri alınması kamu davasına tesir etmez, meğer ki, koğuşturması şikayete bağlı bir suç sözkonusu olsun ve geri alma ile şikayet geri alınmış olsun. Geri alma, hakkı düşürdüğünden bir daha katılma istenilemez (65).

Müdahale davasının geri alınması muhakemenin her halinde ve hatta kanun yoluna gittikten sonra dahi mümkündür. Bir son karara karşı kanun yoluna başvurduktan sonra müdahale davasının geri alınması, bu kanun yolu davasının geri alınması neticesini doğurur (66).

Müdahale davası ile birlikte şahsi hak davası da açılmış idi ise, müdahale davası geri alındıktan sonra artık şahsi hak davasına ceza muhakemesinde devam edilmez. Müdahale davası geri alınırken hukuk mahkemesinde şahsi hak davası açmak hakkı saklı tutulmuşsa, bu dava daha sonra hukuk mahkemesinde açılabilir. Ancak, müdahil sadece şahsi hak davasından vazgeçse bu konuda karar verilmez. Ama kendisi ceza davasını geri almış da sayılmayıp ceza davasına müdahale sıfatı devam eder (67). Katılan şahsi hak davası da açmışsa, sadece şahsi hak davasını geri alabilir (68). Buna karşılık sadece katılma davasını geri alamaz.

Gerialma (vazgeçme), şahsi davadan farklı olarak zımmî değil, kesinlikle sarih

(63) Tosun, Age., s. 208.

(64) Kunter, Age., s. 216.

(65) Kunter, Age., s. 216-217.

(66) Ounsal, Age., s. 157.

(67) Onursal, Age., s. 157; Tosun, Age., s. 209.

(68) Kunter, Age., s. 217.

olmalıdır. Katılanın veya vekilinin duruşmaya gelmemesi zımnî geri alma sayılmaz ve son karar hazır bulunmayan katılana tebliğ olunur (CMUK.m.370) (69). Mahkemece açıklık taşımayan durumlarda yorum yolu ile katılanın geri aldığına hükmedilemez (70).

VII. SONUÇ

Suçun topluma ve fertlere aynı zamanda ve ayrı ayrı zarar verdiği bir gerçektir. Bu sıfatla toplumun ve ferdin, her ikisinin bir ceza davası hakkı vardır. Bu husus şahsi davada açıkça görülmekte ve kanun koyucu tarafından da açıkça kabul edilmiştir. Burada savcılık toplum adına koşturmaya geçtiği ve toplumun menfaati önünde geldiği için fert ceza davacısı olarak ikinci plana düşmüştür. Ceza davası toplum adına savcılık tarafından esasen yürütüldüğü için, ferdî davacıya bu bakımdan bir görev yüklemek ihtiyacı ortadan kalkmaktadır.

Müdahale müessesesinin, gerekli olup olmadığı netice olarak bir değerlendirme meselesidir. Suçtan zarar görenin, uğradığı maddi ve manevi zararları tazmin ettirmek ve ayrıca suçlunun cezalandırılması amacıyla açılmış olan kamu davasına müdahalede ferdî menfaat ön plana çıkmaktadır. Ancak, ceza hakiminden ceza usulü kuralları ile tazminat istemek hem muhakeme faaliyetlerini uzatır ve hem de muhakemenin gayesine uygun olmaz. Şahsi haklarını istemede muhtar olan, suçtan zarar görenin hukuk mahkemesinde dava açması daha yerinde olur. Kaldı ki, ceza usul uygulamasında suçtan zarar görenin yardımı daima bir taraf yardımudur. Ceza adaletinin mağdur ile uzlaşma gayreti sakıncalıdır (71). Katılanın savcı gibi davranması da en büyük sakıncadır (72).

Günümüzde gelişme, bireysel iddiadan kamusal iddiaya kayış biçimindedir. Kanunumuz Cermen hukukunun etkisiyle bireysel iddiaya yer vermiştir. Müdahilin savcıya yardımı bilgili ve ciddi değildir. Bu ise ceza davasının dolayısıyla ceza muhakemesinin gayesi ve ciddiyeti ile bağdaşmamaktadır.

—oOo—

(69) Dikmen, Agm., s. 1325; Kunter, Age., s. 217; Tosun, Age., s. 208.

(70) Dikmen, Agm. s. 1325.

(71) Erem, Age., s. 663.

(72) Kunter, Age., s. 209.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

1. BİLECAN, Necmettin : Ceza Davlarında Usul ve Tatbikatı, 5. B, Ankara, Seçkin Kitabevi, 1987.
2. CANBOLAT, Selahattin : "Yargıtay Kararları Işığında Ceza Usul Hukukunda Kamu Davasına Katılma". Ankara Barosu Dergisi, 1984/6, s. 887-903.
3. DİKMEN, Hasan : "Kamu Davasına Katılma". Adalet Dergisi 1984/5, s. 1304-1330.
4. EREM, Faruk : Ceza Usulü Hukuku, 5. B, Ankara, Sevinç Matbaası, 1978.
5. KUNTER, Nurullah : Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuk, 8. B, İstanbul, Kazancı Matbaası, 1986.
6. ONURSAL, Sami : Kamu Davasına Müdahale, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1968.
7. TOSUN, Öztekin : Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, c. I, 4. B, İstanbul, Acar Matbaası, 1984.
8. YURTCAN, Erdener : Ceza Yargılaması Hukuku, 2. B, İstanbul, Beta Basın ve Dağıtım A.Ş., 1986.

**MEDENİ KANUNDA YAPILAN SON
DEĞİŞİKLİKLER İŞİĞİNDA YOKSULLUK NAFKASI**

(II)

Mustafa ATEŞ (*)

• **ANLATIM DÜZENİ:** 4-Yoksulluk Nafakasının Kapsamı, Ödenme Süresi ve Ödenme Şekli. I-Yoksulluk Nafakasının Kapsamı. II- Yoksulluk Nafakasının Ödenme Süresi. III-Yoksulluk Nafakasının Ödeme Şekli. A- Toptan Ödeme. B- İrad Şeklinde Ödeme. 5 -Yoksulluk Nafakasının Gözden Geçirilmesi ve Nafakayı Sona Erdiren Sebepler. I-Yoksulluk Nafakasının Gözden Geçirilmesi. A-İradın İndirilmesi Veya Tamamen Kesilmesi. II-Yoksulluk Nafakasını Sona Erdiren Sebepler. 6- Yoksulluk Nafkasında Görevli ve Yetkili Mahkeme. SONUÇ.

4- YOKSULLUK NAFKASININ KASAMI, ÖDENME SÜRESİ VE ÖDENME ŞEKLİ

I. YOKSULLUK NAFKASININ KAPSAMI

MK. md. 144'de, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eşin "geçimi için diğer eşten mali gücü oranında... nafaka isteyebilir" denilmek suretiyle, yoksulluk nafkasının miktarının nafaka talep eden eş yönünden "geçimini sağlayacak kadar" nafaraka ödeyecek eş yönünden ise "mali gücü oranında" olması gerektiği ifade edilmiştir (67).

Şu halde, yoksulluk nafkasına hükmedecek hakimın nafakanın miktarını tespit ederken iki hususu gözönünde bulundurması gerekir; bunlardan ilki boşanma sebebiyle yoksulluğa düşecek eşin mali ve ekonomik durumu, ikincisi de nafaka ödeyecek eşin mali ve ekonomik durumudur.

Buna göre, yoksulluk nafkasının miktarı tespit edilmeden evvel nafaka talep eden eşin gerçekten yoksulluk içinde olup olmadığı araştırılmalıdır (68). Yapılan

(*) Ankara Barosu Eski Avukatı.

(67) Maddenin eski metninde yoksulluk nafkasının kapsamı nafaka ödeyecek olanın "kudreti ile mütenasip surette" kavramı ile ifade edilmekteydi.

(68) Yoksulluk kavramının anlamı için bkz. §3, II.

araştırma sonucunda yoksul olduğu anlaşılan eşin yoksulluk derecesi tespit edilme-
lidir. Bu tespit yapılırken yoksul eşin bir ücret karşılığı çalışıp çalışmadığı, sahip ol-
duğu menkul ve gayrimenkul mallarının bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Şayet
nafaka isteyen eşin ücret karşılığı yaptığı bir işi veya menkul ve gayrimenkul malla-
rının bulunduğu anlaşılırsa, bu gelir ve servetin onun geçimini ne derece karşıladığı
ortaya konulmalıdır. Bu yapılırken her şahsın ihtiyaçlarının ve sosyal statüsüne göre
hayat standardının aynı olmayacağı gözden uzak tutulmamalıdır. Kanatimizce nafa-
ka isteyen eşin üçüncü kişilere karşı bulunduğu bazı mali yükümlülüklerini (mesela
daha önceki evlilikten kalma çocuklarını veya mağdur durumda bulunan anne baba-
sını geçindirmek durumunda olması gibi) gözönünde tutmak gerekir (69). Nafaka tale-
p eden eşin akrabalarından birisi tarafından bakılması ihtimalinin, onun yoksulluk
nafakası istemesine mani teşkil etmeyeceği Yargıtay'ca haklı olarak kabul edilmiştir
(70). Bununla birlikte, bu husus yoksulluk nafakası miktarının tespitinde gözönünde
tutulabilmelidir. Nitekim, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bir başka kararında, davacıya ba-
basının ölümü sebibi ile Emekli Sandığı tarafından maaş bağlanması mümkün oldu-
ğu halde bunun için müracatta bulunmayarak, boşanmış olduğu kocasından aldığı
yoksulluk nafakasının artırılması için açtığı davayı (MK. 2'ye aykırı bularak) hakkın
kötüye kullanılması olarak değerlendirmiş ve mahkemenin bu hususu dikkate al-
maksızın nafaka miktarının artırılması kararını hukuka aykırı saymıştır (71). Bundan
başka, eğer nafaka talep etmekte olan eş lehine daha önce maddi ve manevi taz-
minat da hükmedilmişse, yoksulluk nafakasının tespitinde bu noktanın da gözö-
nünde bulundurulması gerekir (72). Şayet daha önce hükmedilen maddi tazminat
miktarı, nafaka talep eden eşin yoksulluğunu önemli ölçüde azaltacak tutarda ise,
hükmedilecek yoksulluk nafakası miktarı daha düşük olmalıdır. Aksi halde sırf insa-
ni ve sosyal düşüncelere dayanan yoksulluk nafakası, amacından saptırılmış ola-
caktır. Hatta Prof. TEKİNAY'a göre (73), maddi tazminat ile yoksulluk nafakası bir-
likte istenmiş ise (her iki sistemin şartları aynı olayda gerçekleşmiş olmak şartıyla),
yoksulluk nafakası yerine sadece maddi tazminata hükmetmek daha isabetli olabi-
bilir. Zira, maddi tazminat istemi geleceğe ait nafaka menfaatlerini de kapsamına ala-
cağı gibi, bu menfaatlerin karşılanmasında yoksulluğa düşme şartı da aranmaz.

(69) Nitekim, TEKİNAY'ın ifadesine göre Federal Mahkemenin (JdT 1940 I 142) kararı uya-
rınca boşanan kadının daha önceki bir evlilikten doğan çocuklarını geçindirmek zorun-
da olduğu gözönünde tutulmalıdır (age, sh. 261, dnt. 25).

(70) 2HD. 19.3.1959, 1431/1559 (DOĞANAY, sh. 143); 2HD. 6.6.1989, 10680/1999 (Yayımlan-
mamış).

(71) 2HD. 10.2.1993, 4773/5740 (yayımlanmamış).

(72) AKINTÜRK, sh. 236; ayrıca bkz. 2HD. 28.4.1992, 1127/1767 (OLGAÇ, sh. 275).

(73) TEKİNAY, sh. 265.

Nafaka miktarının tespitinde dikkate alınması gereken diğer unsur da nafakayı ödeyecek olanın mali ve ekonomik gücüdür. Gerçekten de yoksulluk nafakasının temelini insani ve sosyal düşüncelere dayanır. Bu sebeple; ödenecek nafaka miktarı, bir tarafı yoksulluktan kurtarıırken diğer tarafın ekonomik yönden sefaletine sebep olmamalıdır. Bu düşünceden hareket eden kanun koyucu, nafaka miktarının, nafaka borçlusunun "mali gücü oranında" tespit edileceğini yani onun mali gücünü aşmayacağını hüküm altına almıştır. Şu halde; nafaka alacaklısının geçim darlığı ne kadar büyük olursa olsun, ödenecek nafakanın miktarı, borçlunun mali gücü üzerinde olamaz. Bu itibarla; mecburi askerlik ödevini yapmakta olan ve aldığı çok cüz'i miktarda er aylığı dışında başkaca bir geliri veya paraya çevrilebilecek malı ve serveti bulunmayan kocanın askerlik ödevi devam ettiği sürece nafaka ile sorumlu tutulması mümkün olmadığı (74) gibi, paraya çevrilebilecek hiç bir malı ve mülkü bulunmayan ve hapisanede yatmakta olan eşin de nafaka ödemeye mahkum edilmesi mümkün değildir. Şu halde, yoksulluk nafakası miktarı tespit edilirken, nafaka borçlusunun hükmedilen nafakayı ödeyebilip ödemeyeceği en önemli kıstas olmalıdır; hükmedilecek miktar nafaka borçlusunu da zaruret haline düşürmemelidir (75).

Diğer yandan, nafaka yükümlüsünün mali gücünün çok yüksek olması da nafaka miktarının gereğinden fazla yüksek tutulmasını gerektirmez. Takdir olunacak nafaka, yoksulluğa düşen eşin zaruri nitelikteki hayatı ve medeni ihtiyaçlarını karşılayacak nispette olmalıdır. Aksi halde, nafaka borçlusunun mali gücü yüksek diye gereğinden fazla nafakaya hükmedilmesi, yoksulluk nafakasının amacıyla bağdaşmadığı gibi, nafaka borçlusunu cezalandırmak anlamına da geleceğinden, adalet ve hakkaniyet ilkesi ile de bağdaşmayacaktır (76). Bu itibarla; varlıklı bir kocadan boşanmak durumunda kalan kadının boşanmadan dolayı kaybettiği refah halini aynen iade edecek şekilde nafaka takdiri doğru değildir.

Kısaca ifade edecek olursak, nafaka miktarı ile ilgili olarak gerek alacaklı gerekse borçlu yönünden kesin kıstaslar ortaya koymanın imkanı yoktur. Ancak, herhalde "takdir edilecek nafaka tarafların maddi varlıkları, gelirleri, sosyal yaşantılarıyla

(74) YİBK, 12.2.1966, E. 966/5, K. 966/5, (BOZOVALI, sh. 113-114); 2HD. 18.1.1990, 9531/198 (BOZOVALI, sh. 125); 27.12.1984, 10572/10748 (BOZOVALI, sh. 146) HGK'nun eski bir kararında ise "Davalı kocanın davanın görülmesi sırasında askerlik ödevini yapmakta bulunması ve hiç bir geliri olmaması onu karısına bakmak yükümlülüğünden kurtarmaz" (YHGK, 27.12.1961, 2-259/51, BOZOVALI, sh. 122).

(75) ÖZTAN, sh. 297; ÇELİKTAŞ, sh. 671.

(76) "Tarafların gerçekleşen sosyal ve ekonomik durumlarına göre davalı yararına hükmedilen, tedbir ve yoksulluk nafakası fazladır. Medeni Kanununun 4. maddesindeki hakkaniyet ilkesi de dikkate alınarak daha uygun seviyede nafakaya hükmedilmesi gerekir". 2HD. 29.1.1992, 4544/4747 (yayımlanmamış).

uyumlu, acı ve sefaleti önleyici ahlaki ve manevi değerlere olan inanç ve saygıyı korumaya yeterli ve nafaka borçlusunun mali gücü ile orantılı olmalıdır. Eşlerden birini yoksulluktan kurtarıırken diğerini yoksulluğa itmemelidir" (77).

Burada son olarak bir hususa daha işaret edelim ki yoksulluk nafakasının miktarı taraflarca sözleşme ile kararlaştırılabilir. Ancak, bu takdirde eğer anlaşmalı boşanma sözkonusu ise; MK. md. 134/III'e göre, diğer hallerde MK. md. 150/5'e göre bu konudaki sözleşmenin boşanma davasına bakan hakim tarafından onaylanması gerekir.

II. YOKSULLUK NAFKASININ ÖDENME SÜRESİ

MK. 144 hükmü, 3444 sayılı Kanunla değiştirilmeden evvel, yoksulluk nafakasına en çok bir yıllık süre için hükmedilebileceğini öngörmekte idi. Bu durum öğretide haklı eleştirilere konu olmuştur (78). Nihayet, bu eleştiriler semeresini vermiş ve 1988'de yapılan değişiklikle bir yıllık süre kaydı kaldırılarak mehz işviçre MK. 152. maddesinde olduğu gibi yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmedilebileceği esas kabul edilmiştir (79). Ancak Prof. TEKİNAY'ın da haklı olarak ifade ettiği gibi, yoksulluk nafakası her zaman hayat boyu ödenecek değildir. "Hakim boşanma yüzünden yoksul kalan eşin yeteneklerini, iş bularak çalışabilme gücünü gözönünde tutarak yoksulluk halinin ne kadar devam edeceğini kararında belirtip nafakayı, bu süre ile sınırlayabileceği gibi, nafaka alacaklı olan eşin mali ve sosyal durumundaki değişiklikler ve özellikle eşin yeniden evlenmesi veya önemli bir miras menfaati elde etmesi üzerine yoksulluk nafakasını sonradan da kaldırılabilir" (80). Keza yoksulluk nafakasının ödenme süresi taraflarca da kararlaştırılabilir. Ancak, bu hususa ilişkin taahhütün MK. 134/III ve 150/5 hükümleri gereğince hakim tarafından onaylanması gerekir.

III. YOKSULLUK NAFKASININ ÖDENME ŞEKLİ

Yoksulluk nafakasının ne şekilde ödeneceği MK.nun 145. maddesinde, maddi–manevi tazminatın ödenmesi şekli ile birlikte düzenlenmiştir. Maddenin 3444 sa-

(77) TURHAN, sh. 264; "Davalı eş sürekli yoksulluk nafakası vermekle önemli derecede geçim sıkıntısına ve yaşama için zorunlu ihtiyaçlarını karşılayamama durumuna düşecek ise nafakayla sorumlu olmamalıdır". 11.2.1993 tarih ve 2–165/503 sayılı YHGK kararı muhalefet şerhinden (yayımlanmamış).

(78) VELİDEDEOĞ LU sh. 262; ÖZTAN, sh. 298; SAYMEN/ELBİR, sh. 282; AKINTÜRK, sh. 236; TEKİNAY, sh. 248; GÜRKAN, sh. 241; DOĞANAY, Sh. 141; KÖPRÜLÜ, sh. 567.

(79) TBMM Tutanak Dergisi, 18. Dönem 1. Yasama Yılı, S. Sayısı 25, sh. 6.

(80) TEKİNAY, sh. 264. Yazar, yoksulluk nafakasının hakim tarafından süreye tabi tutulabilmesine ilişkin Federal Mahkeme Kararlarının numaralarını vermektedir (age, sh. 264'deki dnt. 27a).

yılı Kanunla değiştirilmeden önceki düzenleme tarzına göre, maddi ve manevi tazminata veya nafakaya toptan ya da irad şeklinde hükmedilebilirdi (81). Yeni düzenlemeye göre ise; "Maddi tazminat ve yoksulluk nafakasının toptan veya durumun gereklerine göre irad şeklinde ödenmesine karar verilebilir" (md. 144/I), "manevi tazminata irad şeklinde hükmedilemez" (md. 144/II). Kanun, eskiden olduğu gibi, maddi tazminat ve nafakanın ne şekilde ödeneceğinin sözleşme ile de kararlaştırılabileceğini öngörmüştür (82).

Şu halde, yoksulluk nafakası ister mukavele ile öngörülsün isterse hakim hükmü ile öngörülsün isterse hakim hükmü ile öngörülmüş olsun "toptan" veya "irad" şeklinde ödenebilecektir.

A- TOPTAN ÖDEME

"Sermaye şeklinde ödeme" de denilen toptan ödeme şeklinde, tarafların sözleşme ile kararlaştırdıkları ya da hakim hükmü ile kararlaştırılan değer in tamamı, def'aten (bir defada) toptan ödenir (83). Yoksulluk nafakasına uygulamada genellikle toptan ödeme şeklinde hükmedilmektedir. Oysa bu şekilde ödemeye hükmedilmesi halinde, nafaka alacaklısı, eline toplu bir miktar para geçeceğinden kendisine geçimini sağlayacak sürekli bir iş kurma imkanı sağlayabilir. Fakat iş kurma ve yapma becerisi olmayan kişiler yönünden toplu ödenen paranın kısa süre içerisinde yok olması riski de söz konusu olduğundan karar veren hâkimin böyle bir durumda nafakanın irad şeklinde ödenmesine hükmetmesi daha isabetli olacaktır. Keza, nafaka borçlusunu eşin mali durumu yoksulluk nafakasını toptan ödemeye elverişli değilse, toptan yerine irad şeklinde ödemeye karar verilmelidir.

B. İRAD ŞEKLİNDE ÖDEME

Karara bağlanan nafakanın muayyen taksitler halinde ödenmesine irad şeklinde ödeme denilir (84). Türk (85) ve İsviçre (86) uygulamasında yoksulluk nafakasına

(81) TEKİNAY, Sh. 266.

(82) Ancak bu takdirde sözleşmeyi hakim in uygun bulması gerekir (MK. 134/III, 150/5).

(83) ÖZTAN, Sh. 298; FEYZİOĞLU, Sh. 400; EGGER, Sh. 234; VELİDEDEOĞLU, Sh. 263; YALÇINKAYA/KALELİ, Sh. 1822-1823; TEKİNAY, Sh. 265 vd.

(84) AKINTÜRK, Sh. 236; TEKİNAY, Sh. 266; ÖZTAN, Sh. 298; KÖPRÜLÜ/KANETİ, Sh. 196; YALÇINKAYA/KALELİ, Sh. 1822.

(85) Ankara 4. AHM.'nin 15.10.1993, 313/645; 7.3.1993, 505/464; 12.11.1993, 827/721 sayılı kararları (yayımlanmamış).

(86) BGE 99 II 129= JdT 1974 I 56. Federal Mahkemeye göre MK'nun 144. maddesine göre ön-

genellikle irad şeklinde hükmedilmektedir. Hâkim, yoksulluk nafakasına hükmederken, her olayın mahiyetine göre ve tarafların mali ve iktisadi durumlarına nazaran irad şeklindeki ödemenin düzenli bir şekilde sağlanıp sağlanamayacağını araştırmalıdır. Gerekli takdirde irad şeklinde ödemenin alacaklı eşin hayatı boyunca süreceğine karar verebildiği gibi, boşanma yüzünden yoksulluğa düşen eşin belli bir müddet sonra yoksulluktan kurtulacağına dair çok kuvvetli karineler varsa (mesela, nafaka alacaklısı eşin ölümcül bir hastalığa marus çok zengin bir babası var ve yakın bir zamanda ölecektir) iradı bir süre ile sınırlayabilmelidir. Nitekim Federal Mahkeme boşanmadan dolayı maddi tazminat için öngörülen iradın, kadının kendisine kararlı bir ekonomik durum yaratmaya yetenekli görülmesi şartıyla, zaman itibariyle sınırlandırılmasını mümkün görmektedir (87). Kanaatimizce aynı görüşün yoksulluk nafakası yönünden uygulanmaması için bir sebep yoktur.

Şu halde, yoksulluk nafakası davasına bakan mahkeme, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek olan eşin yoksulluk halinin devamlı mı yoksa geçici süreli mi olacağını re'sen araştırmalı; yoksulluğun geçici süreli olduğunu tespit ederse bu geçiciliğin azami süresini belirlemeli ve irada sadece yoksulluğun muhtemel süresi için hükmedebilmelidir.

Bundan başka, hâkim, gerektiği takdirde ülkemizin içinde bulunduğu ekonomik şartları dikkate alarak, irad şeklinde hükmettiği nafaka miktarının her yıl belli bir oranda herhangi bir hükme gerek kalmaksızın kendiliğinden (mesela asgari ücretin, memur maaşlarının veya enflasyonun artışı nispetinde) artacağına da karar verebilmelidir. Zira, paranın alım gücündeki sürekli düşmeler, karara bağlanan nafakayı reel olarak belli bir müddet sonra kabul edilemez bir mertebeye düşürmektedir. Bunun sonucu olarak da mahkemeler sürekli olarak nafaka artışı talepleri ile karşılaşmaktadır. Nitekim Federal Mahkeme, Para değerindeki düşüşlerin, değişmez bir şekilde hükmedilecek iradı, alacaklı için ileride çok yetersiz bir düzeye indirebileceği gerçeğinden hareketle, hâkimin, fiyat endekslerine göre, paranın satın alma gücündeki yükselip alçalmaların irad miktarına yansımaları kararlaştırabileceğini kabul etmiştir (88). Esasen Federal Mahkeme kararında da ifade edildiği gibi, iradın bu şe-

görülen yoksulluk nafakası kural olarak irad şeklinde ödetilir. Fakat borçlunun yabancı memlekete gidişi vs. gibi istisnai hallerde sermaye şeklinde ödemeye karar verilmesi de kabul edilebilir (TEKİNAY, Sh. 265, dnt. 27c).

(87) BGE 97 II 7= JdT 1972 I 350 (TEKİNAY, Sh. 266, dnt. 28).

(88) Federal Mahkemenin konu ile ilgili kararları için bkz. BGE 98 II 191= JdT 1973 I 363, BGE 89 II 1= JdT 1976 I 38. TEKİNAY, özellikle bu ikinci kararda "resmen ilan edilen fiyat endekslerine göre saptanacak değer değişmelerinin % 10 oranını bulması halinde irad miktarının da bu oranda yükseleceğinin belirtildiğini, İsviçre'de para değerinin yıllık düşme oranının bir ara % 10'a çıkmasının bu oranın kabulüne esas teşkil ettiğini" ifade ediyor (age, Sh. 269, dnt. 31).

kilde ayarlanması, gerçek anlamda bir artırma değil, paranın satınalma gücündeki belli bir düzeyin muhafaza edilmesi demektir (89). Kanatimizce Federal Mahkemenin bu hususta benimsediği çözüm tarzı yoksulluk nafakası yönünden uygulanabilecektir. Zira, Medeni Kanununun 145. maddesinin son fıkrasındaki "hakkaniyet gerekiyorsa iradın artırılmasının istenebileceği" ne dair hüküm buna cevaz vermektedir (90).

Hâkim, ödenmesini öngördüğü iradın zamanın ödenmemesi tehlikesine karşı, BK'nun 43. maddesi gereğince gereken teminatın alınmasına da karar verebilmektedir (91).

5. YOKSULLUK NAFKASININ GÖZDEN GEÇİRİLMESİ VE NAFAKAYI SONA ERDİREN SEBEPLER

I. YOKSULLUK NAFKASININ GÖZDEN GEÇİRİLMESİ

Yoksulluk nafakasının gözden geçirilmesinin şartları MK. md. 144/III'de düzenlenmiştir. Buna göre: "İrad şeklinde... nafakayı gerektiren sebep ortadan kalkar ya da önemli ölçüde azalır veya borçlunun mali gücü önemli ölçüde eksilirse iradın indirilmesine veya kaldırılmasına karar verilebileceği gibi değişen durumlara göre ve hakkaniyet gerektiriyorsa iradın artırılması da istenebilir".

Şu halde madde hükmü uyarınca ancak irad şeklinde hükmedilen nafaka gözden geçirilebilecektir. Toptan ödenmesine karar verilen nafakanın MK. 145-uyarınca gözden geçirilmesi mümkün değildir. Zira kanun hükmü açık olup sermaye şeklinde ödenmesi kararlaştırılan nafaka için asla uygulanmaz. Hatta Federal Mahkemenin bir kararına göre (92), hüküm altına alınmış sermaye şeklindeki para tutarı henüz ödenmeden önce, evlenme, ihtiyaçtan kurtulma, borçlunun mali durumundaki kötüleşme gibi olayların vukubulması, tazminat veya nafakanın kaldırılması ya da azaltılması için bir sebep teşkil etmez.

Bu durumda, irad şeklinde hükmedilen nafakanın gözden geçirilmesi ne demektir? Buradaki "gözden geçirilme"den maksat, halin icabına göre iradın tamamen kesilmesi veya artırılması ya da azaltılmasıdır. Nitekim MK. 145/III'de kullanılan "indirilmesi" kavramı iradın azaltılmasını, "kaldırılması" kavramı iradın tamamen kesilmesini, "artırılması" kavramı ise irad miktarının yükseltilmesini ifade etmektedir.

(89) TEKİNAY, Sh. 269.

(90) Oysa MK. 145. maddenin eski metni değişen durumlara göre iradın kaldırılması veya azaltılmasını açıkça öngördüğü halde artırılmasına dair bir hüküm ihtiva etmiyordu.

(91) TEKİNAY, Sh. 267.

(92) BGE 60 II 391 = JdT 1935 I 201 (TEKİNAY, Sh. 268, dnt. 29c).

A. İRADIN İNDİRİLMESİ VEYA TAMAMEN KESİLMESİ

Kanun, iradın indirilmesi (azaltılması) veya tamamen kaldırılması (kesilmesi) için şu iki sebepten birinin gerçekleşmesini şart koşturmuştur.

1. Nafakayı Gerektiren Sebebin Ortadan Kalkması veya Önemli Ölçüde Azalması

Bilindiği gibi nafakayı gerektiren temel sebep, nafaka isteyen eşin boşanmadan dolayı yoksulluğa düşecek olmasıdır. Bu sebeple, lehine irad hükmedilen eş kendisini geçindirecek kadar bir gelir veya servete kavuştu ise, nafakayı gerektiren sebep ortadan kalkmış demektir (93). Bu itibarla, mesela, boşanmadan sonra tekrar eski işinin başına dönen veya akrabalarından birisinin ölümüyle kendi geçimini sağlayacak miktarda miras hakkına kavuşan nafaka alacaklısına ödenen irad, münasip bir miktarda azaltılabileceği gibi tamamen de kesilebilir. Ancak bunun yapılabilmesi için nafaka alacaklısının mevcut durumundaki iyileşmenin, onu yoksulluktan kurtaracak derecede olduğunun veya en azından yoksulluğunu önemli ölçüde azalttığını ispatı gerekir (94).

2. Borçlunun Mali Gücünün Önemli Ölçüde Eksilmesi:

Kanun nafaka borçlusun mameleki ve gelir durumunun önemli ölçüde azalması halinde de iradın tamamen veya kısmen kesilebileceğini hükme bağlamıştır (95). Buna göre borçlunun çalışmayacak derecede hastalanması, elinde olmayan sebeplerden dolayı işini kaybetmesi, iflas etmesi, borcunu ödemekten acze düşmesi,

(93) "Yapılacak araştırma sonunda yoksulluktan kurtulduğu anlaşılan kişi hakkında yoksulluk nafakasının kaldırılmasının istenmemiş olması, ona yoksulluk nafakasının artırılması hakkını bahşetmez. Söz konusu kesin hükmü ancak konusu ile sınırlı sonuç doğurur. Hiç nafaka alamayacak duruma gelmiş bir kişinin almakta olduğu nafakayı almak hakkaniyet kuralları ile bağdaşmaz." 2. HD, 28.10.1991, 13108/1564 (Yayımlanmamıştır).

(94) YİBK, 12.2.1966, 5/11 (BOZOVALI, Sh. 113-114).

(95) 2HD'nin 25.11.1982, 8933/380 sayılı kararında: "Boşanma kararı ile, kocanın kabulüne uyularak kadın yararına irad şeklinde nafaka takdir olunmuş, koca mali durumunda azalma meydana geldiğini ileri sürerek nafakanın kaldırılmasını istemiştir. Bu sözleşme veya hüküm ile irad şeklinde nafaka takdir edilmesi mümkündür (MK. 145). Borçlunun mali durumu, nafaka miktarına oranla azaldığı takdirde istek üzerine nafaka azaltılır, hatta tümüyle kaldırılabilir" (MK. 145). (ŞENER, Sh. 351). Ayrıca 2HD. 15.12.1992, 3636/3592 (Yayımlanmamış): "Boşanma tarihindeki davalının mameleki ve gelir durumu ile bu dava tarihindeki durum arasında herhangi bir fark yoktur. Önceki karar kesin hüküm olmuştur. Sonradan mamelekinde farklılık meydana geldiği iddia ve ispat edilemediğine göre davanın reddine karar verilmesi" gerekir.

yeni çocuklarının da doğumu sebebiyle kendi aile efradının asgari geçimini sağlayamayacak duruma düşmesi, hapse atılması, zorunlu askerliğe çağırılması gibi sebeplerle mali gücünün önemli ölçüde eksilmesi halinde iradın azaltılması ve tamamen kesilmesi mümkündür. Ancak borçlunun mali gücündeki azalma, onu yoksulluk derecesine düşürmedikçe (mesela zaten varlıklı bir kişinin bir kaç iş yerinin kapanması sebebiyle) iradın kesilmesini veya kaldırılmasını isteyememesi gerekir. Zira, bu takdirde onun mali gücündeki eksilme nafaka borcunu ödemesini engelleyici nitelikte değildir. Buna mukabil, kadının nafaka ödemesi refah halinde bulunması şartına bağlı olduğundan kadının, bu halini kaybetmesi durumunda iradın tamamen veya kısmen kaldırılmasını isteyebilmesi gerekir.

Bu konuda en iyisi hakimi yetkili kılmaktır. Hakim her iki halde de her olayın mahiyetine göre adalet ve hakkaniyete uygun bir karar vermelidir.

B. İRADIN ARTIRILMASI

MK. md. 145'in son fıkrası iradın eksiltilmesi veya tamamen kesilmesi yanısıra artırılabilirliğini de hükme bağlamıştır. Oysa maddenin eski metninde, iradın azaltılması veya tamamen kesilmesiyle ilgili hüküm bulunduğu halde, artırılmasıyla ilgili bir hüküm bulunmamakta idi (96). Yeni düzenleme bu konudaki terüddütleri giderecek şekilde "değişen durumlara göre veya hakkaniyet gerektiriyorsa, iradın artırılması da istenebilir" hükmünü getirmiştir. Maddede sözü edilen "değişen durumlar" kavramı alacaklı ve borçluyu ekonomik yönden etkileyen her çeşit durumu ifade eder. Bu itibarla, nafaka alacaklısının durumu boşanma tarihindeki nazaran biraz daha ağırlaşmış olabilir. Örneğin alacaklı hastalanmış veya geçim sıkıntısı artmıştır. Keza para değerindeki düşüşler tayin edilen iradın değerini sembolik bir duruma düşürebilir. Bütün bu hallerde nafakanın artırılması istenebilir. Yine bunun gibi nafaka borçlusunun durumunda görülen iyileşmeler de iradın artırılması talebini haklı kılar.

Tarafların anlaşmalı boşanma (MK. 134/III) ile veya MK. 150/5 uyarınca hakim tarafından onaylanmış bir sözleşme uyarınca ödenmesini öngördükleri iradın da gözden geçirilmesini isteyebilmeleri mümkündür. Nitekim, Yargıtay bir kararında (97), kadının yoksulluk nafakası talebi olmamasına rağmen, kocanın mahkeme önünde yaptığı "evleninceye kadar nafaka ödeyeceği" şeklindeki beyanının geçerli saymış ve bu nafakanın MK.'nin 145. maddesi kapsamına gireceğini ve evlenme

(96) Bu durum, öğretilerde nafakanın artırılıp artırılmayacağı ile ilgili olarak münakaşalara sebep olmuştur. Bazı yazarlar artırma hakkı ilamda mahfuz tutuldu ise; artırmanın mümkün olduğunu, bazıları ise hiç bir şekilde artırılmayacağını savunuyordu (Tartışmalar için Bkz. ÖZTAN, Sh. 299, dnt. 690-691).

(97) 2HD, 4.4.1977, 2513/2820 (BOZOVALI. Sh. 152).

gününe kadar nafakanın ödenmesinin zorunlu olduğunu belirtmiştir. Ancak, Yargıtay her ne kadar iradın sözleşme ile usulünce kararlaştırılmasını MK. 145. madde kapsamında mütalaa etmekte ise de, anlaşmanın yapıldığı günden kısa bir müddet sonra "değişen durumlar ve hakkaniyet" gereği ile nafaka artışı taleplerini doğru bulmaktadır (98); hatta bu tutumun hakkın kötüye kullanılması sayılacağı yönünde kararlar vermektedir (99).

II- YOKSULLUK NAFKASINI SONA ERDİREN SEBEPLER

Hemen belirtelim ki, burada sözü edilecek yoksulluk nafakasını sona erdiren sebepler, irad şeklinde hükmedilen nafakayı sona erdiren sebeplerdir. Zira, yoksulluk nafakasının sermaye olarak ödenmesinin karara bağlandığı hallerde, daha önce de işaret ettiğimiz vechile, tarafların durumunda meydana gelen değişiklikler nafakanın gözden geçirilmesini (artırılması-eksiltilmesi) gerektirmediği gibi tamamıyla kaldırılarak sona erdirilmesini de gerektirmez (100). Hatta, hükmedildiği halde, ödenmeden önce nafaka borçlusu ölmüş olsa bile, bu borç sakit olmaz. Zira, nafaka alacağı hükmedildiği tarih itibarıyla kesinleşmiş olup, ölen borçlunun mirasçılara karşı dermeyan edilebilir (101). Nitekim, Kanunda da sadece irad şeklinde hükmedilen nafakanın (ve maddi tazminatın) sona ermesi sebepleri düzenlenmiş olup, toptan ödeme şeklindeki nafakanın kesilmesini gerektiren herhangi bir sebebe yer verilmiştir.

O halde, irad şeklinde hükmedilen yoksulluk nafakası hangi hallerde sona erer. Bu husus MK. md. 145/III'de düzenlenmiştir. Buna göre: "sözleşme veya hüküm ile

(98) Taraflar 12.9.1989 tarihinde kesinleşen boşanmaları sırasında bu davanın davalısı tarafından, davacıya ayda 250.000 TL. yoksulluk nafakası ödenmesinde, yoksulluk nafakasının her sene 1 Temmuz'dan itibaren % 10 artırılmasında anlaşmışlardır. Bu anlaşma MK. 134/3. maddesi uyarınca hakim tarafından da uygun bulunmuş ve boşanma kararına geçirilmiştir. Bu anlaşmadan henüz iki yıl geçmeden oluşan fiyat artışlarının sözleşme sırasında dikkate alınmadığını söylemek hayatın olağan akışı ile bağdaşmaz. Enflasyonun % 70 ler civarında devamlılık gösterdiği bir dönemde davalının edimini % 10 artış ile sınırlamak suretiyle vaki anlaşmayı, reel olarak nafakanın gittikçe azaltılmasına yönelik bir anlaşma olarak yorumlamak da mümkündür. Anlaşmanın oluştuğu günle dava günü arasında geçen kısa sayılabilecek süre içinde oluşan şartları tarafların gözetmediği "değişen durumlar ve hakkaniyet" (MK. 145) gerekleri olarak kabul etmek mümkün değildir. Açıklanan sebeplerle yoksulluk nafakasının anlaşmada gösterilen % 10 dan fazla artırılmasına karar verilmesi doğur bulunmamıştır". 2.HD., 9.6.1992, 10062/9875 (Yayımlanmamış).

(99) HGK, 20.1.1960, 2-1/2 (OLGAÇ, Senai: Türk Medeni Kanunu Şerhi İst. 1967, Sh. 351).

(100) Bkz. FEYZİOĞLU, sh. 400; TEKİNAY, sh. 268, dnt. 29c; BOZOVALI, 75.

(101) TEKİNAY, sh. 272; TURHAN, sh. 266.

kendisine maddi tazminat veya nafaka olarak bir irad tahsisi edilmiş eşin yoksulluğunun zail olması, haysiyetsiz hayat sürmesi, bir evlenme akdi olmadan fiilen karı-koca gibi yaşaması, yeniden evlenmesi veya eşlerden birinin ölmesi halinde, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça bu irad kesilir.”

145. maddenin 3444 sayılı Kanunla değişmeden önceki metninde, nafakanın ancak nafaka alacaklısının evlenmesi ve yoksulluğunun zail olması halinde hakim hükmüyle kesileceği açıkça hükme bağlandığı halde, nafaka borçlusunun ölümü veya nafaka alacaklısının haysiyetsiz hayat sürmesi veya bir evlenme akdi olmaksızın fiilen karı koca gibi yaşaması hallerinde nafakanın kesilip kesilmeyeceğine dair hiç bir hüküm bulunmamakta idi (102). 3444 sayılı Kanun bu konudaki terüddüleri giderecek şekilde bir düzenleme getirmiş ve sözü edilen hallerin nafakanın kaldırılması için bir sebep teşkil edeceğini kabul etmiştir (103). Buna göre irad şeklinde hükmedilen yoksulluk nafakası:

- 1- Nafaka alacaklısının yoksulluğunun kalkması;
- 2- Nafaka alacaklısının yeniden evlenmesi;
- 3- Nafaka alacaklısının haysiyetsiz bir hayat sürmesi;
- 4- Nafaka alacaklısının bir evlenme akdi olmaksızın fiilen karı koca gibi yaşaması;
- 5- Nafaka alacaklısı veya borçlusunun ölümü sebeplerinden birisinin gerçekleşmesi halinde kesilir.

Ancak, MK.'nin 145. maddesinin 3. fıkrası, yukarıda zikredilen sebepler gerçekleşmiş olsa bile iradın kesilmeyeceğinin sözleşme ile kararlaştırılabileceğini hükme bağlamıştır. Kanaatimizce kanun koyucunun amacı, kanun metninde iyi ifade edilmemiştir. Zira, 145. maddenin gerekçesinde (104) sadece nafaka alacaklısı ve borçlusunun ölümü halinde sözleşme ile nafakanın kesilmeyeceğine karar verilebileceğinden söz edilmiştir. Oysa maddenin lafzında, nafaka alacaklısı eş evlenmiş olsa veya haysiyetsiz hayat sürse bile, sözleşme ile aksi kararlaştırıldı ise, borçlunun bu sebeplerden dolayı nafakanın kesilmesini isteyemeyeceği sonucu çıkmaktadır ki,

(102) Bu hususlar öğretide münakaşa konusu olmuş ve bir kısım yazarlar (VELİDEDEOĞLU, 264) borçlunun ölümü halinde borcun mirasçılara geçmeyeceğini, bir kısmı (TEKİNAY, 253; ÖZTAN, sh. 300) ise geçeceğini savunmuştur. Aynı şekilde nafaka alacaklısının haysiyetsiz hayat sürmesi halinde nafakanın kesilmesi kabul edilmiyordu (ÖZTAN, 299).

(103) Nitekim, bu husus 3444 sayılı Kanun gerekçesinde de açıkça ifade edilmektedir. TBMM Tutanak Dergisi 64. Birleşim, (4.5.1988), 18. Dönem, C. 10, Yasama Yılı 1, sh. d.

(104) TBMM'nin adı geçen Tutanak Dergisi, sh. 7.

kanaatimizce bu durum yoksulluk nafakasının amacıyla kabili telif değildir. Zira, yoksulluk nafakası ahlaki ve sosyal zaruretlere dayanır. Evlenmesi halinde yoksul olan eşin artık yeni bir bakım yükümlüsü olacağından, zaten zaruri ihtiyaçları karşılama amacına yönelik olan bu nafakanın devamına lüzum kalmaz. Aynı şekilde evlilik dışı yaşayan veya haysiyetsiz bir hayat süren eşi desteklemeye, borçlu eşi mecbur etmenin de ahlaki ve haklı bir dayanağı olmamak gerekir. Sonuç olarak MK. 145/III'ün yoksulluk nafakasının amacına uygun olarak yeniden düzenlenmesi ve sadece eşlerden birinin ölümü halinde nafakanın kesilmeyeceğinin taraflarca kararlaştırılabileceği veya en azından yeniden evlenme, eşin haysiyetsiz hayat sürmesi veya nikahsız yaşaması hallerinde (aksi sözleşme ile kararlaştırılmış olsabile) borçlu eşin müracatı halinde, hakime, iradın devam edip etmeyeceği konusunda karar verebilme yetkisi verilmesi daha isabetli olurdu.

Bu konuya son vermeden bir hususu daha belirtelim ki, yukarıdaki sebeplerin gerçekleşmesi halinde irad kendiliğinden kesilmez. İradın gözden geçirilmesinde olduğu gibi, nafaka borçlusunun iradın kesilmesi için talepte bulunması gerekir (105).

6. YOKSULLUK DAVASINDA GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Kanunda, yoksulluk nafakasının hangi mahkemede açılacağına dair bir hüküm yoktur. Bu itibarla görevli ve yetkili mahkeme HUMK'nun genel hükümlerine göre tespit edilecektir.

Buna göre, kanunun başka bir yargı merciince görüleceğini öngörmediği davaların asliye mahkemesinin görev alanına gireceği ilkesinden hareketle, yoksulluk nafakası davasında görevli mahkemeyi tespit etmek gerekir. Şu halde, nafaka eğer boşanma davası ile birlikte talep edilmişse, bu talebi menfi veya müspet şekilde karşılayacak olan mahkeme boşanma davasına bakan mahkemedir. Kanaatimizce, boşanma davası sonuçlanmadan ayrı bir dava şeklinde ileri sürülen nafaka talepleri de boşanma davasına bakan mahkemeye yöneltilmelidir. Eğer, dava başka bir asliye mahkemesinde açılmış ise, bu davanın boşanma davası ile birleştirilmesi istenmelidir. Ancak, boşanma davası kesinleştikten sonra açılacak nafaka davasının, boşanma davasının görüldüğü mahkemede açılması zorunlu olmamak gerekir.

Yetki yönünden ise, genel yetki kuralı gereğince (HUMK, md. 9/I) kanunda özel bir hüküm olmadığı için davanın açıldığı sırada davanın ikametgahının bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesi yetkilidir (106). Tabiatıyla, boşanma davası sonuçlan-

(105) ÖZTAN, sh. 299.

(106) ERGENEKON, sh. 147; BOZOVALI, sh. 74.

madan ileri sürülen nafaka taleplerinde yetkili mahkeme, asıl dava olan boşanma davasına bakan asliye hukuk mahkemesi olmak gerekir.

Unutmamak gerekir ki, yukarıda sözü edilen görev ve yetki ile ilgili açıklamalar yoksulluk nafakasının kesilmesi, artırılması ve indirilmesi ile ilgili olarak da aynen geçerli olup, bu tür talepler için de asliye hukuk mahkemesi yetkili ve görevlidir (107).

SONUÇ

Bilindiği gibi boşanma evlilik birliğini sona erdiren ve karı ile koca arasındaki her türlü hak ve borçları ortadan kaldıran bir hukuki olaydır. Bu cümleden olarak, boşanan eşlerin kural olarak artık yek diğerine karşı evlilik münasebetinin bahsettiği talepleri ileri sürmeleri mümkün değildir. Ancak, kanun koyucu, bir takım ahlâki ve sosyal gerekçelere dayanarak boşanmadan dolayı yoksulluğa düşen eşin diğer eş tarafından mali yönden desteklenmesini zaruri görmüştür. Böylece eşler arasında evlilik mevcut iken cari olan bakım yükümlülüğünün belli şartlar altında boşanmadan sonra da kısmen devamı sağlanmıştır. Buna göre, yoksulluk nafakası talep edilebilmesi için MK. md. 144'deki şartların mevcudiyeti gerekir. 144. madde 1988 yılında 3444 sayılı kanunla önemli ölçüde değiştirilmiş ve daha evvel eleştiri konusu olan hususlar önemli ölçüde giderilmeye çalışılmıştır.

Bu çalışmada, yoksulluk nafakası Medeni Kanunda son yapılan değişikliklerin ışığı altında ele alınmış ve kısaca şu sonuçlara varılmıştır.

1- Yoksulluk nafakası talep edilebilmesi için 144. maddeye göre; a) boşanmanın gerçekleşmesi, b) nafaka isteyen eşin boşanmadan dolayı yoksulluğa düşecek olması, c) erkeğin nafaka isteyebilmesi için kadının hali refahta bulunması, d) nafaka isteyen eşin kusurunun daha ağır olmaması e) nafakaya hükmedilebilmesi için talepte bulunulması şarttır.

3444 sayılı kanundan önce nafaka isteyebilmek için "kusursuzluk" şart iken, yeni düzenleme ile kusurun daha ağır olmaması yeterli görülmüştür. Diğer bir yenilik ise, kadından nafaka istenebilmesi için hali refahta bulunmasının şart kılınmasıdır. Yoksullukla ilgili olarak da, yoksulluğun büyük olması şartı kaldırılmış, her derecedeki yoksulluk nafaka talebi için yeterli görülmüştür.

2- Nafakanın süresi ile ilgili olarak bir yıllık kayıt kaldırılmış ve "süresiz" olarak nafaka istenebileceği hükme bağlanmıştır. Kanaatimizce hakim gerekli görürse işiçre uygulamasında olduğu gibi, nafaka süresini de tayin edebilmelidir.

3- Yoksulluk nafakasının boşanma davası kesinleştikten sonra açılıp açılama-

yacağı meselesi de Yargıtay'ın manevi tazminatla ilgili olarak aldığı bir İBK ile çözülmüş ve yoksulluk nafakası davasının boşanmadan sonra da açılabilceği kabul edilmiştir. Ancak dava zamanaşımı süresi henüz uygulama ve öğretide yeterince tartışılmamıştır. Kanaatimizce MK. 87. maddedeki 1 yıllık sürenin bu mesele ile ilgili olarak kıyasen uygulanması yolundaki görüş daha isabetlidir.

4- Nafakanın ödenme şekli, sonradan gözden geçirilmesi ve nafakayı sona erdiren sebepler MK. 145. maddede düzenlenmiş olup, bu hüküm 3444 sayılı kanunla ayrıntılı olarak yeniden düzenlenmiştir. Buna göre, nafakaya, sermaye (toptan) veya irad şeklinde hükmedilebilecektir. İrad şeklindeki nafaka duruma göre azaltılabileceği gibi tamamen de kesilebilir. Kanun eskiden farklı olarak hakkaniyet gerektiriyorsa, nafakanın artırılmasını da açıkca hükme bağlamıştır.

5- 3444 sayılı kanunla getirilen yeni düzenlemeye göre, sözleşme veya mahkeme hükmü ile kararlaştırılan iradın, aksi kararlaştırılmadıkça; a) yoksulluğun kalkması, b) eşin haysiyetsiz hayat sürmesi, c) eşin yeniden evlenmesi, d) eşin nikahsız olarak karı-koca gibi yaşaması, e) eşlerden birinin ölmesi halinde kesileceği hükme bağlanmıştır. Fikrimize göre, nafakanın kesilmesiyle ilgili hususları değerlendirmede hakime takdir hakkı verilmesi daha isabetli olacaktır.

- oOo -

KAYNAKLAR

- AKGÜN, Zerrin : Boşanma Hukuku, B.3, İstanbul 1958.
 AKINTÜRK, Turgut : Aile Hukuku, Ankara 1978.
 AKINTÜRK, Turgut : "Boşanmanın Hukuki Sonuçları", AÜHF 50. Yıl Armağanı, Boşanma Hukuku Haftası, C.2, Ankara 1977, sh. 187 vd.
 BAŞAKLAR, Emin : Nafaka Davaları, Ankara 1971.
 BİRSEN, Kemalettin : Medeni Hukuk Dersleri, B.4, İstanbul 1958.
 BOZOVALI, Haluk : Türk Medeni Hukukunda Bakım Nafakaları, İstanbul 1990.
 ÇELİKLER, Demet : "Medeni Kanunda ve Medeni Kanun Öntasarısında Nafaka", YD. C. 15, Özel Sayı 1989, sh. 650-703.
 DOĞANAY, İsmail : Nazari ve Tatbiki Muhtelif Nafaka Davaları, Ankara 1961.
 EGGER, A. : Aile Hukuku, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, C. II, B.2, İstanbul 1943, (Çev. Tahir ÇAĞA).
 FEYZİOĞLU, Necmeddin : Aile Hukuku, B.3, İstanbul 1986.
 GÜÇER, Necmettin : "Kardeşler Arasında Nafaka Mükellefiyeti", AD. 1949, S. 4, sh. 656 vd.

- GÜCER, Necmettin : "Kardeşler A.asında Nafaka Mükellefiyeti", AD. 1949, S. 5, sh. 656 vd.
- GÜRKAN, Ülker : "Medeni Kanun Eleştirileri 1, Karının İktisaden Korunması", AHFD, 1973, S. 1-4, sh. 317 vd.
- İNAL, Nihat : Uygulamada Nafaka Davaları, Ankara 1992.
- İNAL, Nihat : "Yoksulluk Nafakası ve Tazminat", AD. 1970, S.6, sh. 297 vd.
- KALELİ, Şakir : "Nafaka Davaları", YD. 1975, C.4, S. 1-2, sh. 115-131.
- KÖPRÜLÜ, B./KANETİ, S. : Aile Hukuku, B.2. İstanbul 1989.
- ÖZKAN, Hasan : Medeni Yasanın 3444 sayılı Yasa ile Değişen "Boşanma ve Tazminat Hukuku" ile ilgili Maddeleri ve Açıklanması, İstanbul 1988.
- ÖZTAN, Bilge : Aile Hukuku, B.2. Ankara 1983.
- ÖZTAN, Bilge : "Manevi Tazminata İlişkin İctihadı birleştirme Kararı Maddi Tazminata ve Yoksulluk Nafakasına da Uygulanabilir mi?", YD. 1993. C. 19, S.3, sh. 301-306.
- ŞENER, Esat : Açıklamalı İctihatlı Türk Medeni Kanunu, Ankara 1989.
- TBMM : Tutanaklar Dergisi, Dönem 18, C. 10, Yasama Yılı 1, S. Sayısı 25.
- TEKİNAY, S.S. : Türk Aile Hukuku, B.6, İstanbul 1986 ve B.7. İstanbul 1990.
- TURHAN, Nedim : "Boşanma Halinde Maddi Tazminat ve Yoksulluk Nafakası", YD, 1993, C.19, S.3, sh. 248-269.
- ÜYEGİL, Fikret : "Nafaka Davaları ve Uygulama", AD. 1953, S 2, sh. 204-216.
- VELİDEDEOĞLU, H. Veldet : Türk Medeni Hukuku, C. II, Aile Hukuku B. 5, İstanbul 1965.
- YALÇINKAYA, Kaleli : Yeni Boşanma Hukuku C. II B. II, Ankara 1988.
- ZEVKLİLER, Aydın : Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku -Aile Hukuku, Ankara 1989.

KISALTMALAR

- ABD Ankara Barosu Dergisi
- AD Adelet Dergisi
- age Adı Geçen Eser
- AHM Asliye Hukuk Mahkemesi
- AÜHF Ankara Üniversitesi Hukuk Fükültesi
- AÜHFD Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- B. Bası, Baskı
- BK Borçlar Kanunu
- Bkz. Bakınız
- C. Cilt
- dnt. Dipnot
- 4HD Esas
- HMUK Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu
- İBK İctihadı Birleştirme Kararı
- İKİD İlimi ve Kazai İctihatlar Dergisi
- 2HD İkinci Hukuk Dairesi

K.	Karar
md.	Madde
MK	Medeni Kanun
No/N.	Numara
RG	Resmi Gazete
RKD	Resmi Kararlar Dergisi
S.	Sayı
sh	Sayfa
T.	Tarih
YD	Yargıtay Dergisi
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

MER'AYA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA YABANCI KÖYDEN TANIK DINLENMESİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Mehmet KAŞIKCI (*)

• **ANLATIM DÜZENİ:** I- Konu II- Yargıtay Kararları. A-8. Hukuk Dairesi Kararları. B- Hukuk Genel Kurulu Kararları. III- Yargıtay Kararlarının Açıklanması. A-8. Hukuk Dairesi Kararları. B- Hukuk Genel Kurulu Kararları. IV- Hukuk Genel Kurulu Kararlarının Mantığı. V-8. Hukuk Dairesi Kararlarının Mantığı. VI- Düz Mantık Ve Usul Kuralı. A- Mantık Kuralı. B- Usul Kuralı VII. Netice.

KONU:

Yüksek Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, MK. nun 639. maddesi gereğince şahısların kazandırıcı zamanaşımı ile mülk edinme ile ilişkin olarak açtıkları davalarda ve bu davaların mer'a ile ilişkin olması halinde çekişmeli taşınmazın niteliği ile zilyedliğin şekil ve süresiyle ilişkili delillerin toplanmasında başka bir ifade ile bunların kanıtlanması sırasında dinlenecek tanıkların yabancı köylerden olmaları gerektiğine işaret etmekte ve Yüksek Dairede bunu bozma, sebebi yapılmaktadır. Bu konuda verilen kararlara da tarafımızdan muhalefet konmaktadır. Bu konunun tartışılmasına açıklık getirmek için böyle bir yazının kaleme alınmasında zaruret görülmüştür.

Gerçekten tescil davası açan kişinin tescile konu taşınmazın mer'a olup olmadığıyla ve öncesinin ne olduğuyla ilişkili tartışmalarda tanık dinlenmesi zarureti ortadadır. Bu tanık nizalı taşınmazın öncesinin ne olduğunu, ilk önce kimin tarafından ne şekilde kullanılmaya başlandığını ve ne şekilde sürdürüldüğünü anlatacak ve başka bir ifade ile bu tanıklarla davacı davasını Hazineye karşı kanıtlayacaktır. İşte bu sırada ve yerin aslının mer'a olup olmadığı noktasında uyuşmazlığın yoğunlaşması halinde bu tanıkların nizalı taşınmazın bulunduğu aynı köyden olup olmayacağı tartışma konusudur. Kanatimizce kaide olarak tanıkların yabancı köylerden dinlenmesine gerek yoktur.

İşte bu yazımızda Yüksek Daire ve Hukuk Genel Kurulunun kararlarına hakim olan mantığı açıklayacak ve Dairenin şimdilerde bozmaya gerekçe olarak kullandığı Hukuk Genel Kurulu Kararlarını irdeleyeceğiz ve aralarındaki mantık farklılıkları üzerinde durarak, son zamanlarda Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen 8. Hukuk Daire Kararlarının mantığının yerinde olmadığını belirtmeye çalışacağız.

(*) Yargıtay 8. HD. Üyesi

II- YARGITAY KARARLARI**A-8. HUKUK DAİRESİ KARARLARI****1- 21.09.1995 gün E. 94/12146, K. 95/9288 sayılı kararı:**

“Uyuşmazlık mer’aya ilişkindir. Bu tür uyuşmazlıklarda dava nedeniyle dinlenecek yerel bilirkişi ve tanıkların başka köylerden dinlenmeleri Yargıtayın kararlılık kazanmış uygulanması gereğidir. Aynı köyden olan kişilerin dava sonucundan yararlanmaları söz konusu olacağından beyanlarında yansız olamayacakları düşünülür. Bu itibarla, istenmesi, gösterilenlerin taşınmaz başında dinlenerek öncesinin köyün kadim merası olup olmadığı, mera değilse ne ve kime ait olduğu, kimden kime kaldığı, kimler tarafından, ne zamandan beri, ne sebep ve şekilde tasarruf edildiği hususunda bilgilerine başvurulması, bundan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve aynı köyden olan bilirkişi ve tanıkların ifadeleri esas alınarak hüküm verilmesi isabetsiz;”

2- 6.3.1996 gün E. 995/6609-K. 996/2063 sayılı kararı:

“Dava konusu taşınmaz mer’a olarak sınırlandırıldığına göre bilirkişiler gibi tanıklarında başka köyden seçilmeleri gerekir. Aynı köyden olan tanıkların beyanlarına itibar edilemez. Bu itibarla taraflardan başka köyden tanık göstermelerini istenilmesi, gösterilen tanıkların taşınmaz başında dinlenerek öncesinin mer’a olup olmadığı, mera değilse ne ve kime ait olduğu, kimden kime kaldığı, kimler tarafından, ne zamandan beri, ne sebep ve şekilde tasarruf edildiği, taşınmaz sınırlarında eylemli mer’a olup olmadığı, varsa bu yerin çevredeki mer’adan kazanılıp kazanılmadığına dair bilgilerine başvurulması” ... gerekirken.

3- 08.12.1997 gün E. 97/2242-8202 sayılı kararı:

“Uyuşmazlık mer’aya ilişkindir. Bu tür uyuşmazlıklarda bilirkişi ve tanıkların civar köy halkından seçilip dinlenmeleri gerekir. Her ne kadar mahkemece mahalli bilirkişilerin bir kısmı komşu köylerden seçilmiş iselerde, tanıklar aynı köyden seçilmiştir. Uyuşmazlığın mahiyetine göre, iktisabı sağlayan zilyedliğin isbatı gerekir. Zilyedlik olayları maddi olaylardan sayıldığından ancak tanık ve benzeri delillerle isbat edilebilirler. Bu hususta bilirkişi sözleri davanın isbatı bakımından tek başına bir hüküm ifade etmeyeceğinden yerel bilirkişilerin civar köyden dinlenmesi yeterli olmayıp zilyedliğin isbat aracı olan tanığında civar köyden seçilip dinlenmesi gerekir.

Mahkemeye aynı köyden seçilen tanık beyanlarına dayanılarak hüküm verilmiştir. Aynı köy halkından olan kimselerin davanın sonucu ile ilgili olmaları doğaldır. HUMK. nun 254. maddesi hükmüne göre, bu tür kimselerin davada menfaati bulunmak gibi tanıklağın doğruluğunda şüpheyi gerektiren sebebin bulunması nedeniyle bilirkişi ve tanık olarak dinlenmemeleri gerekir. Ayrıca köy mer'aları çoğu kez o köy sakinleri tarafından Yasaya aykırı bir biçimde paylaşılıp özel mülk haline getirildiğinden mer'a yönünden yapılan araştırma sırasında aynı köyden seçilen yerel bilirkişi ve tanıkların gerçeğe uygun beyanda bulduklarının kabulü olanaksızdır. (HGK. 28.2.1975 T., 8/697-270; 8.4.1964 T., 1/116-289; 19.3.1997 T., 1996/8-855 E., 1997/218 K.) Mera davalarında tanık dinlenmes ve bu tanıkların niza konusu mer'adan yararlanan köylerden ve kişilerden olmamasına ilişkin isbat şekli Adli örf haline gelmiştir. (HGK. 4.12.1971 T., 1/811-716).

O halde mera araştırmasının Yargıtayın yerleşmiş içtihatları gereğince komşu köyden seçilen bilirkişi ve tanık aracılığı ile yapılması zorunlu ve yararlı iken aynı köyden seçilen bilirkişi ve tanık beyanlarına göre karar verilmesi isabetsizdir."

B. HUKUK GENEL KURULU KARARI

1- 8.4.1964 gün E. 964/1-116 K. 289 sayılı kararı:

"Davacı köy, 2000 dönüm kadar yüzölçümündeki, tapuda kaydı olmayan ve köy mer'ası olarak vergi kaydı bulunan çekişmeli yere davalının 9 yılı r elattığını ileri sürerek bu elatmanın önlenmesini istemiş ve buna karşılık davalı çekişmeli yerin 325 tarihli tapu ile miras bırakandan kaldığını açıklıyarak davanın reddi gerektiğini bildirmiştir.

Bu davada, çekişmeli yerin davalının tapusu dışında kaldığı konusunda Yargıtay özel Dairesi ile mahkeme arasında bir uyuşmazlık yoktur. Bir davanın haklı olabilmesi için davacının isteğine temel olan bir hakkının varlığı şarttır. Davacının bir hakkı yoksa, davalının haksızlığı anlaşılrsa bile yine reddolunur. Buna göre, davacının mera iddiasını usulünce isbat etmesi gerekli olup, dinlettiği tanıkların, davacı köy halkından buldukları ve bu davada çıkarları olduğu gerekçesiyle, mahkemenin hükmü bozulmuştur.

Bu davada davacı köy meralık iddiasında bulunduğuna ve delil olarak vergi kaydı, mahkeme ilamı ile bilirkişi ve tanık sözlerine dayandığına göre bu delillerin ayrı ayrı incelenerek değerlendirilmesi gerekir. Çekişmeli yerin usulüne uygun olarak meydana getirilmiş meralığa ilişkin bir tahsis kaydı yoktur. Bu durumda yalnız vergi kaydı, bu yerin davacı köyün mer'ası bulunduğunun kesin bir delili olamaz, vergi

kaydı ancak zilyedliği gösteren bir belge olabilir. Bu sebepten dolayı, mahkemece kayıtlar yerinde uygulandıktan sonra, ayrıca tarafların tanıklarının dinlenmesi ve mer'alık iddiasının incelenmesi gerekli görülmüştür. Ancak davacının dinlettiği tanıklar kendi köyünden oldukları için bu tanıkların sözleri bir delil olarak ele alınmaz. Tanıkların başka köylerden olmaları ve çekişmeli yer üzerinde bir çıkarları bulunmaması gereklidir".

2- 4. 12.1971 gün E. 967/1-811 K. 716 sayılı kararı:

"Öte yandan mera davalarında tanık dinlenmesi ve bu tanıkların niza konusu meradan yararlanan köylerden ve kişilerden olmaması gerektiğine ilişkin isbat şekli, adli örf haline gelmiş bulunmaktadır. Oysaki davacının verdiği tanık listesinde isimleri yazılı tanıklardan ikisi, davada davacı yanında yer almak suretiyle müdahil olarak katılan ve mer'a ile menfaat ilişkisi bulunan Seydifikalı Köyü halkındandır. Bu yön mahkemece de görülerek bu tanıkların dinlenemeyeceklerine karar verilmiştir. O halde bu iki tanık yerine mer'a ile menfaat ilişkisi olmayan tarafsız köylerden tanık göstermek isteyen davacı vekilinin isteğinin kabulü gerekir".

3- 28.2.1972 gün E. 972/8-697 K. 270 sayılı kararı:

"Uyuşmazlığın konusu taşınmazın köyün orta malı olup olmadığı yönüne ilişkindir. O halde tanıkların, davada yararları bulunacağı hususu gözönünde tutularak taşınmazın bulunduğu köyden değil civar köylerden dinlenmeleri gerekir".

III- YARGITAY KARARLARININ AÇIKLANMASI:

A- 8. HUKUK DAİRESİ KARARLARI

1-8. Hukuk Dairesi 21.9.1965 tarih ve 9288 sayılı kararında davacısı gerçek kişi davalısı Hazine ve Köy olan ve nizalı taşınmazın mera olarak sınırlandırılması sebebiyle açılan tapu iptal ve tescil davası sırasında davacı gerçek kişinin davasının kabulüne ve davacı gerçek kişi adına tapuya tesciline dair karar bozularak "uyuşmazlık mer'aya ilişkindir. Bu tür uyuşmazlıklarda dava nedeniyle dinlenecek yerel bilirkişi ve tanıkların başka köylerden dinlenmeleri Yargıtayın kararlılık kazanmış uygulaması gereğidir. Aynı köyden olan kişilerin dava sonucundan yararlanmaları söz konusu olacağından beyanlarında yerel bilirkişi ve tanık göstermelerinin istenmesi" ne karar verilerek bozulmuştur,

Yüksek Dairenin 19.11.1995 gün, 1994/149 esas, 1995/246 sayılı kararında aynı niteliktedir.

2- Daha sonra Yüksek Daire yine davacısı gerçek kişi, davalısı Hazine olan 6.3.1996 gün ve 2063 Karar sayılı bozma kararında davanın kabulü ile gerçek kişi adına tapuya tescil edilmesine imkan verilmesi üzerine verdiği kararında "dava konusu taşınmaz mera olarak sınırlandırıldığına göre bilirkişiler gibi tanıklarında başka köylerden seçilmeleri gerekir. Taraplardan başka köyden tanık göstermelerinin istenmesi"ne karar vermiştir. Böylece aynı köyden dinlenen kişilerin "dava sonucundan yararlanmaları söz konusu olacağından" gerekçesini terk etmiştir. Bir müddet bu şekilde bozma yapıldıktan sonra aşağıdaki şekilde bozma yapılmaya başlanmıştır.

3- Yüksek Daire son zamanlarda verdiği kararlardan ise daha geniş bir açıklama yaparak 8.12.1997 gün ve 1997/8202 sayılı kararında olduğu gibi "taşınmazların mera olması nedeniyle Hazine adına belirtilip tescil edilmiştir. Bu durumda uyuşmazlık mer'aaya ilişkidir. Bu tür uyuşmazlıklarda bilirkişi ve tanıkların civar köy halkı arasından seçilip dinlenmeleri gerekir. Her ne kadar mahkemece mahalli bilirkişilerin bir kısmı komşu köylerden seçilmiş iselerde, tanıklar aynı köyden seçilmiştir. Bu hususta bilirkişi sözleri davanın isbatı bakımından tek başına bir hüküm ifade etmeyeceğinden yerel bilirkişilerin civar köylerden dinlenmeleri yeterli olmayıp zilyedliğin isbat aracı olan tanığında civar köyden seçilip dinlenmesi gerekir."

Mahkemece aynı köyden seçilen tanık beyanlarına dayanılarak hüküm verilmiştir. Aynı köy halkı arasından olan kimselerin davanın sonucu ile ilgili olmaları doğaldır. HUMK. nun 254. maddesi hükmüne göre bu tür kimselerin davada menfaati bulunmak gibi tanıklığın doğruluğundan şüpheyi gerektiren sebebin bulunması nedeniyle bilirkişi ve tanık olarak dinlenmemeleri gerekir. Ayrıca köy meraları çoğu kez o köy sakinleri tarafından Yasaya aykırı bir biçimde paylaşılıp özel mülk haline getirildiğinden mera yönünden yapılan araştırma sırasında aynı köyden seçilen yerel bilirkişi ve tanıkların gerçeğe uygun beyanda bulduklarının kabulü olanaksızdır." denilerek yukarıda metinleri alınan 3. Hukuk Genel Kurulu Kararları zikredilmektedir.

B- HUKUK GENEL KURULU KARARLARI

1- Davacısı köy muhtarlığı adına köy muhtarı davalısı şahıs olan meni müdahale davasında davanın kabulü yönündeki davasının ve özel Dairece "davacı mera iddiasında bulunan köy olduğuna göre onun dinleteceği şahitlerin davacı köy ahalisinden olduğundan davada menfaatleri bulunması sebebiyle başka köyden şahit dinlenmesi" şeklindeki bozma üzerine direnme sonucunda Yüksek Genel Kurul 8.4.1964 gün 994/289 sayılı kararında "davada davacı köy, meralık iddiasında bulunduğu... ayrıca tarafların tanıklarının dinlenmesi ve meralık iddiasının incelenmesi uygun görülmüş, ancak davacının dinlettiği tanıklar kendi köylerinden oldukla-

rı için bu tanıkların sözleri bir delil olarak ele alınmaz. Tanıkların başka köyden olmaları ve ile çekişmeli yer üzerinde bir çıkarlarının bulunmaması gerekir." görüşü ile kararı oyçokluğu ile bozmuş, bu karara o tarihte 7. Hukuk Dairesi Başkanı olan büyük hukukçu İmren Okten kararın onanması yönünde oy kullanmıştır.

2- Yüksek Genel Kurul iki köy arasındaki men'i müdahale davasında da özel Dairenin davası köyün tarafsız köylerden başka tanık göstermesi şeklindeki bozması üzerine yapılan ısrar sonucunda 4.12.1971 gün 716 sayılı kararı ile "mera davalarında tanık dinlenmesi ve bu tanıkların niza konusu mer'adan yararlanan köylerden ve kişilerden olmaması gerektiğine ilişkin isbat şekli Adli örf ahline gelmiş bulunmaktadır. Oysa ki, davacının verdiği tanık listesinde isimleri yazılı tanıklardan ikisi davacı yanında yer almak suretiyle müdahil olarak katılan ve merayla menfaat ilişkisi bulunan Seydifakılı Köyü halkındandır. Oysa bu iki tanık yerine merayla menfaat ilişkisi olmayan tarafsız köylerden tanık göstermek isteyen davacı vekilinin isteğinin kabulü gerekir. "diyerek bu uğurda ikinci bir listenin verilmesine bile imkan tanınmıştır.

3- Davacısı köy muhtarlığı, davalı gerçek kişi olan elatmanın önlenmesi davasında da Yüce Genel Kurul 28.2.1975 gün 270 sayılı kararıyla "uyuşmazlığın konusu taşınmazın köyün orta malı olup olmadığı yönüne ilişkindir. O halde tanıkların davada yararları bulunacağı hususu gözönünde tutularak taşınmazın bulunduğu köyden değil, civar köylerden dinlenmesi gerekir" şeklinde karar vermiştir.

IV- HUKUK GENEL KURULU KARARLARININ MANTIĞI

Bu kararların ortak tarafı her üç kararda da davacı köydür ve elatmanın önlenmesini istemektedir. Başka bir ifade ile bu davalarda davacı köy meranın kendi köylerine ait olduğu iddiasında bulunmuş ve bu iddiasını isbat delili olarak da kendi köyünden veya ikinci kararda olduğu gibi davacı yanında davacı ile aynı menfaati paylaşan köyden tanık gösterilmiştir. Bu tanıkların ifadelerine dayalı olarak karar verilmiş ve Yüce Genel Kurulda bu şahısların meradan yararlanma hakları olduğunu vurgulayarak bunların dinlenmelerinin mümkün olmadığına işaret etmiştir. Bu bozmaların tartışmasız yerinde bir karar olduğu gerçektir. Gerçekten de, meralar tahsis olunan köy halkının yararlandığı yerler olduğuna göre ve bu davalar sonunda da, bu yerin o şahısların yararlanması olanağını kaybedeceğinden tarafsız olamayacakları tartışmasızdır. HUMK. nun 254. maddesi "şahidin davada menfaati bulunmak gibi şehadetin doğruluğundan şüpheyi mucip sebep mevcut olursa" diyerek bu gerçeği vurgulamıştır. Yüce Genel Kurulun bu konudaki kararları gerçekten "Adli bir örf haline gelmiş" dedirtecek kadar istikarlı ise de, esasen bu bir kanun maddesinin düzenlendiği ihtimal olması açısından zaten zorunlu olarak bulunması gereken kural ve nazara alınacak bir durumdur.

Ancak şunuda belirtelimki, buraya örneği alınmamakla beraber yukardaki Yüksek 8. Hukuk Dairenin kararlarına benzer kararlarına karşı direnme halinde Yüce Hukuk Genel Kurulunda, özel daire kararlarını benimseyerek bozma kararları vermekte ve Yüksek Dairenin görüşlerini benimsemiş olmaktadır. Yüksek Hukuk Genel Kurulunun bu kabil kararlarında aşağıda açıklanacağı gibi, mantıksal yönden hatalıdır.

V-8. HUKUK DAİRESİNİN KARARLARININ MANTIĞI

Bu kararlarda ise ortak yön davacı gerçek kişidir. Nizalı taşınmazların 4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu gereğince kurulup çalışan Toprak Komisyonları tarafından mera niteliği ile Hazine adına tapuya tesil edilen veya mera niteliği sebebiyle Kadastro ve Tapulama Komisyonlarınca mera olarak sınırlandırılan taşınmazların aslında mera olmayıp zilyedlikle edinilebilen kültür arazileri olduğu iddiası ile MK. nun 639. maddesine göre açılmış tescil davalarında kabul kararı verilmiş olmasıdır. Başka bir ifade ile davacı burada niza konusu taşınmazın mera olmayıp, nizalı taşınmazın edinmeye elverişli kültür arazisi olduğunu iddia etmekte ve bu iddiasının ispatı olarakta aynı köyden yani nizalı taşınmazın ve kendisinin bulunduğu köyden tanık göstermektedir. Ve bu tanıklar ifadelerinde nizalı taşınmazın aslında mera olmayıp kültür arazisi olduğunu ve davacının edinmeye ulaşan zilyedliklerinden söz etmektedirler. Yerel mahkemeler bu beyanları yeterli görülmemekte ve davacıların iddiaları kabul edilerek davacı adına tesciline karar verilmekte ve davanın kabulünden sonra Yüce Daire bu kararları dinlenen şahısların yani tanıkların nizalı taşınmazın bulunduğu yerdeki kişiler olması sebebiyle isabetli olmadığını, komşu köylerden seçilmesi gerektiğini vurgulayarak bozmaktadır. Hatta yabancı köyden bilirkişi dinlenmiş, tanıkların ise aynı köyden dinlenmiş olması halinde bile bunu bozma sebebi yapmaktadır. Nitekim örnekleri alınan son 8.12.1996 günlü kararında aynı şekildedir.

VI- DÜZ MANTIK VE USUL KURALI

A- MANTIK KURALI:

Son kabul edilen 3442 sayılı Mer'a konununa göre Mer'a, hayvanların atlatılması ve otundan yararlanılması için tahsis edilen veya kadimden beri bu amaçla kullanılan yerdir. Meralar kadimden beri gelen kullanma veya yetkili kuralların verdikleri tahsis kararları ile belli köy veya köyler halkının yararlanmasına tahsis edilmiş kamu emlakı niteliğinde taşınmazlardır. Bu tartışmasız olarak benimsenmiş bulunmaktadır. Bu tarif bize öncelikle şu hususu gösterir. Mera, bir veya birkaç köy halkının yararlandığı bir arazi parçasıdır. Böyle bir yerin uyuşmazlık konusu olması halinde yani bu şekilde tespit veya tescil edilmiş bir yerin aslının mera olmadığı iddiası ile dava

açan gerçek kişi olarak aynı köyden yani bu meradan yararlanan kişiler arasında tanık gösterir ve bu tanıklar da bu yerin aslının öncesinin mera olmadığını ve davacının edinmeye ulaşan süreden beri ziyedliklerini ifade ederler. Bu durumda düz mantık kuralına göre kişilerin yani tanıkların kendi yararlarına değil, aleyhlerine tanıklık ettikleri anlamına gelir. Düz mantığın olduğu sonuç budur. Aynı köyden dinlenen tanıklar "bu yer davacıya aittir., mera değildir." derlerse, bu açıklama kendi zararlarıdır. Çünkü kendilerinin yararlanacağı arazi parçası artık davacı mülkiyetine geçerek ve tanık bu yerden bir daha yararlanamayacaktır.

Bu mantık kuralı tartışmasızdır ve doğrudur. Aynı şekilde de Hukuk Genel Kurulu Kararlarına da bu olumlu yönü ile yansımaktadır. Başka bir deyimle eğer uyumsuzluğun bir taşınmazın mera olup olmadığı noktasında toplanıyorsa ve oradan yararlanan kişiler de bu yerin mera olduğunu söylüyorlarsa burada bu şahısların yararları olduğu tartışmasızdır. Çünkü nizalı taşınmaz mera olarak kalırsa kendiler de buradan yararlanacaklardır. Ve yararları söz konusudur. Ancak Daire kararlarında olduğu gibi tanıklar bu yerin mera olduğunu söylemiyorlar da, kültür arazisi olduğunu söylüyorlarsa artık burada bir menfaat ilişkisinden söz edilemez. Tam aksine kendi yararları aleyhine konuşmaktadırlar. Çünkü bu yer davacı adına tescil edildiği takdirde bu yere mera değil diyen kişinin buradan yararlanması artık mümkün olmayacak davacı adına mülk arazi olarak tescil edilecektir. Buna rağmen Hukuk Genel Kurulu Kararları emsal gösterilerek burada dinlenen şahısların davada yararları vardır demek mümkün değildir.

Bu şekilde Yüksek 8. Hukuk Dairesinin 21.9.1995 ün 9288 sayılı kararında sözü edilen, vurgulanan "aynı köyden olan kişilerin dava sonucundan yararlanmaları söz konusu olacağından beyanlarında yansız olamayacakları düşünülüp" mantığı çelişik ve gerçeğe yansıtmayan bir kabul tarzı ve açıklama olmaktadır.

B- USUL KURALI:

HÜMK. nun 254. maddesi bir tanığın tanıklığının doğruluğunu derecesini belirlemede bir yöntem, kriter getirmiştir; "şahidin davada menfaati bulunması" yani kural olarak dinlenen tanığın o davada menfaati varsa tanık, tanıklığı sırasında menfaati gereği doğru konuşmayabilir. Ve Hukuk Genel Kurulu kararları da bu Kanun maddesine dayanılarak devamlı bir şekilde (Hukuk Genel Kurulu ifadesi ile) "Adli örf" haline gelecek tarzda mera uyumsuzluklarında taraf köylerinin iddia ve savunmalarını ispat etmeleri yönünden kendi köylerinden tanık göstermelerini kabul etmemiş ve bu tanıkların davada yararları olması sebebiyle ifadelerini geçersiz olduğuna karar vermiştir. Ancak Yüksek 8. Hukuk Dairesinin bozma ilamlarında durum tamamen değişiktir. Burada tanıklar kendi yararlandıkları meraların gerçekte mera olma-

diğini davacının mülk edinmesine ulaşacak şekilde kullandığı kültür arazisi olduğunu söylemektedirler. Burada artık yarardan söz etmek mümkün değildir. Olsa olsa bu tanıklar kendi alehlerine beyanda bulunmaktadırlar. Yargısal faaliyetlerin tümünde bir taraftan tanığı kendi tanıklık ettiği kişinin aleyhine beyanda bulunuyorsa o ifadeye öncelikle değer verilir. Ve karşı tarafın haklı olduğu noktasında büyük bir delil olarak kabul edilir. İşte bu uygulama "Adli örf"tür.

8. Hukuk Dairesinin 21.9.1994 gün 9288 sayılı kararında "aynı köyden olan kişilerin dava sonucundan yararlanmaları söz konusu olacağından beyanlarında yanlış olamayacağı düşünülür." mantığı, HUMK. nun 254. maddesinde benimsenen karineye terstir. HUMK. nun 254. maddesinde davada yararı olan kişinin doğru konuşmasını mümkün olmaması ihtimali vurgulanmış olmasına karşın 8. Hukuk Dairesinin yukarıda örneği alınan bozmasında ise dinlenen davacı tanıkları tamamen ters bir yaklaşımla yararları aleyhine, davacı yararına beyanda bulunarak bu yerlerin mer'a olduğunu söylemişler ve yerel mahkeme bu beyanlara değer vererek davayı kabul etmiş Yüksek 8. Hukuk Dairesi bunu bozma konusu yapmıştır. Burada artık 254. maddesinin karinesinden söz edilemez.

Yüksek Daire bu mantıksızlığa, çelişkiye işaret edilmesi üzerine kararlarından bu ibareyi çıkarmış 6.3.1996 gün ve 2063 sayılı kararında görüldüğü gibi soyut olarak başka köylerden tanık seçilmesi gereği işaret edilmiş, gerekçe terk edilmiştir.

8.12.1997 gün ve 8202 sayılı karar ise açık olarak yukarıda belirtilen menfaat ilişkisine dokunmadan soyut olarak komşu köylerden tanık dinlenmesi gereğine işaret edilmiş ve yukarıda örnekleri alınan Genel Kurul Kararları zikredilmiştir. Ancak yukarıda metinlerini aldığımız Hukuk Genel Kurul Kararlarının bizim olayımızda uygulanma yeri yoktur. Çünkü, orada HUMK. nun 254. maddesine uygun olarak dinlenen tanıklar kendi köyleri ve kullanmaları yararına beyanda buldukları halde burada yani 8. Hukuk Dairesi kararlarında kendi aleyhlerine davacı yararına beyanda bulunmaktadırlar. Bu durumda HUMK. nun 254. maddesinin uygulanma yeri olmaz.

VII- NETİCE:

Sağlam bir mantık kuralı oluşturabilmek için mantık kaidelerini yanyana koymak zorunludur. Bizde öyle yapacak olursak:

- Meralar bir veya birkaç köylünün yararlandığı kamu malıdır.
- HUMK. nun 254. maddesine göre dinlenen tanığın o davada menfaati varsa tanığın tanıklığında menfaati gereği doğru konuşmayabilir.
- Bir tanık kendi köyüne ait bir arazi parçasının öncesinin mera olmadığını söylüyor ise bu kendi yararına bir beyan değildir.

İşte bu mantık silsilesinin zorunluluğu bize Hukuk Genel Kurulu Kararlarının doğru olduğu ancak 8. Hukuk Dairesinin kararları ile bu kararı benimsenen Hukuk Genel Kurulunun kararlarının doğru olmadığı sonucuna götürür.

Davacı gerçek kişi Medeni Kanununun 639. maddesi gereğince mera olarak sınırlandırılan veya tesbit edilen yerin öncesinin mera olmadığı, tesbit ve sınırlandırmanın hatalı olduğu iddiasıyla dava açar. ve bu davasının da aynı köyden olan şahısların dinlenmesiyle kanıtlanırsa, bu takdirde dinlenen bu tanıklar kendi aleyhlerince mi? Yoksa lehlerine mi? beyanda bulunmuş olurlar. İşte cevaplanması gereken soru budur. Yüksek 8. Hukuk Dairesinin bozma kararlarında bu durumda davacı tanığı kendi yararına konuştuğu görüşündedir. Bu, dava ve isbat edilen konu ile çelişmektedir. Çünkü yukarıdaki mantık silsilesine aykırıdır.

Yüksek Dairenin 8.12.1997 gün 8202 sayılı kararındaki bozmada ise Hukuk Genel Kurulu Kararları zikredilmekte ise de, bu kararlar ile 8. Hukuk Dairesinin bozma kararları uyusmaktadır. Bu sebeple bu Hukuk Genel Kurulu Kararlarının kullanılması doğru değildir.

Burada bir ibareye de temas etmek gerekir. "Bu uygulama adli örf haline gelmiştir." Hukuk, sosyal menşeli bir bilim dalıdır. Sosyal olaylar da heran değişir ve gelişir. Hukuk da devamlı gelişme durumunda olan bir bilim dalıdır. Böyle gelişen ve değişen bir bilim dalı nazara alındığında bir "örf" den bahsetmek ne kadar doğrudur. Yüksek HGK uygulamasında oluşan "adli örf" bizim olayımız için geçerli değildir. Çünkü mantıkları aykırıdır.

O halde gerçek kişilerin açtıkları tapu iptal ve tescil davalarında, uyuşmazlığın meraya ilişkin olması halinde davacı iddiasını aynı köyden dinlenen tanıklarla kanıtlayabilir. Buna HUMK. nu da, normal mantık kurullarında engel değildir.

Burada bir konuya temas etmekte yarar vardır. Görüşümüzce yerel bilirkişi Yüksek 8. Hukuk Dairesinin Kararlarında olduğu gibi komşu köylerden olmalıdır. Çünkü bazen son 1997 günlü kararda da vurgulandığı gibi bir köyün tüm ahalisi söz birliği ederek öncesi mera olan belli bir arazi parçasını kendi aralarında paylaşırlar ve mülk arazi haline getirirler. Bu uygulama çok yaygın olmasa da 1950-1960 yıllarında görülen bir uygulamadır. Bu şekilde meraların hemen bir gecede traktörle tarla haline getirildiği bir vakiydir. İşte yabancı köyden bilirkişi dinlenmesi halinde bu "köy bölüşüğü" denilen olay ortaya çıkarılabilmelidir. Çünkü aynı köyden yerel bilirkişi dinlenmesi halinde işte bu sırada bu sebepten dinlenen yerel bilirkişi kendi taşınmazının da mera olması ihtimalini gözönünde bulundurarak, HUMK. nun 254. maddesi gereğince doğru söyleyebilir. Bunun önlenmesi için yerel bilirkişinin yabancı köyden dinlenmesi faydalıdır.

Bir şey akla gelebilir: Neden yerel bilirkişi komşu köyde, tanık yabancı köyden olması gerekir. Öncelikle şunu belirtelim ki ikisinin seçilme yöntemi ayrıdır. Yani yerel bilirkişi mahkemenin kendiliğinden yazdığı bir müzekkere ile Kaymakamlıkca belirlenerek mahkemeye bildirirler, tanık ise davacı tarafından liste halinde bildirilen kişidir. Bu sebeple yerel bilirkişilerin tanığa nazaran daha tarafsız kişiler olması gerekir. Bunun yanında biraz önce sözü edilen "köy bölüşüğü" olayı geniş kapsamlı bir alanla ilişkin olduğu için yabancı köyden olan kişiler tarafından bilinir. Ancak uyuşmazlıklar her zaman geniş bir alanla ilişkili değildir. Bu sebeple de çoğu kez komşu köyden gelen tanıklar bu yerleri bilmezler. Buna rağmen tanık olarak gelmeleri sebebiyle belli klişeleşmiş sözleri tekrarlarlar ve yerel mahkeme de Yargıtay'da bu klişe sözler üzerine, bu sözlerle yetinerek karar verirler. Bununla şunu ifade etmek istiyoruz; Yabancı köyden gelen şahıslar her zaman bilgili kişiler değildirler. Üçüncü olarak çekişmeli yerin mer'a ile ilişkisi olması halinde aynı köyden dinlenen kişinin davacının hatırı için mer'aya değildir demesi pek mümkün olmaz. Çünkü her zaman diyer köylülerle karşı karşıyadır. Yani davacı yararına tanıklık yapmanın köy için bir manevi maliyeti söz konusudur. Ancak komşu köyden dinlenen şahıslar için böyle bir durum söz konusu gidecek, ondan sonra da davacının köyünden şahıslara rastlarsa onların tarizleriyle karşılaşacak, rastlamazsa belli bir zaman sonra oda unutulacaktır. Onun için yabancı köyden tanık dinlemek 254. maddedeki mantığa da bu anlamda pek uyuşmaz.

Yukardan beri anlatılan bu açıklamalar doğrultusunda Yüksek 8. Hukuk Dairesi ve bu görüşü benimseyen Yüce Hukuk Genel Kurulun mer'alara ilişkin uyuşmazlıklarda mutlaka komşu köylerden tanık dinlenmesi görüşünden vazgeçmesi ve davacının kendi köyünden tanıklar dinleterek davasını kanıtlaması halinde bunu bozma sebebi yapmamasının uygun olacağı kanaatindeyim.

**UYUŞTURUCU MADDE SUÇLARINDA MUHBİRİN DİNLENMESİ,
DAVAYA MÜDAHALE VE SUÇTA KULLANILAN EŞYANIN
MÜSADERESİ**

Mustafa KAYA (*)

• **ANLATIM DÜZENİ:** Giriş. Birinci Bölüm. A-Uyuşturucu Madde Kavramı. B- Türkiye’de Yasal Gelişme. C- Uyuşturucu Madde Suçu. 1- Uyuşturucu Madde Temin Suçu. 2- Uyuşturucu Madde Kullanma Suçu. 3- Esrar Yapmak İçin Kenevir Ekilmesi. 4- İzinsiz veya İzne Aykırı Haşhaş Ekimi Yapılması. 5- Karapara’nın Aklanması. İkinci Bölüm. A- Uyuşturucu Madde Suçlarında Muhbirin Dinlenmesi. B- Davaya Müdahale. C- Uyuşturucu Madde Suçlarında Müsadere. 1- Genel Olarak. 2- Uyuşturucu Maddenin Müsaderesi. 3- Suçla İlgili Eşya. a- Nakil Vasıtalarının Müsaderesi. b- Telefonların Müsaderesi. c- Karapara’nın Müsaderesi. Sonuç.

GİRİŞ:

Yazımızın konusu uyuşturucu maddeleri ve uyuşturucu madde suçlarının unsurlarını incelemek değildir. İncelememizin amacı uyuşturucu madde suçlarının tespit ve takibinde yararlanılan muhbirlerin (Ajan) dinlenilmelerindeki usul, uyuşturucu madde suçlarında kullanılan eşyaların sahiplerinin davaya katılmaları ve suçta kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan ya da suçun işlenmesinden ortaya çıkan eşyaların ne şekilde müsadere edilecekleridir.

Bu konuların tartışılması sırasında ilgili maddelerin açıklanmasına girilmeden uyuşturucu madde suçlarına kısaca değinilecek, uyuşturucu maddelerle ilgili yasalarda yer alan hükümlerden söz edilecektir.

Uygulamada uyuşturucu madde suçlarının takibinde yararlanılan muhbirlerin kimliklerinin tespitinde ve dinlenilmelerinde hatalar yapıldığı, zapt edilen nakil vasıtaları ve telefonların malikleri ile telefon abone sözleşmelerinden kaynaklanan ‘Konuşma Kullanma Hakkı’ sahiplerinin araştırılıp dinlenilmedikleri, soruşturmanın bu yönü ile eksik yapıldığı ve dolayısı ile zapt edilen eşyaların iade ya da müsadereleri hususunda hatalı kararlar verildiği görülmektedir. Bu nedenle yazımızda (x) muh-

(*) Yargıtay 10. CD. Tetkik Hakimi.

bir veya ajan olarak adlandırılan istihbarat elemanlarının hangi koşullarla yargılama sırasında tanık olarak dinlenebilecekleri, işlenen uyuşturucu madde suçlarıyla ilgili olarak zapt edilen eşyalarda hak iddia eden kişilerin davaya ne şekilde katılabilecekleri ve son olarak da suç konusu uyuşturucu maddeler ve suçta ilgili eşyanın müsaderesi konusunu açıklamaya çalışacağız.

BİRİNCİ BÖLÜM

A- Uyuşturucu Madde Kavramı:

Uyuşturucu maddeler, ceza kanunlarının tıbbi zorunluluklar dışında kullanılmasını suç kabul ettikleri maddelerin genel adıdır. 'Uyuşturmaktan başka keyif veren, tahrik eden, uyanıklık veren etkileri olan maddeler de uyuşturucu maddeler kapsamı içinde incelenmektedir'(1)

Dünya Sağlık Örgütüncü yapılan bir tanıma göre uyuşturucu madde: 'Kişi üzerinde bırakmış olduğu etki esas alınarak, önüne geçilmez gereksinme yahut arzu, kullanıldığı miktarı artırma eğilimi, ruhsal, fiziksel bağıllık yaratan maddeler'dir.(2)

B- Türkiye'de Yasal Gelişme:

Türkiye'de uyuşturucu maddelerin çağdaş anlamda ilk düzenlenmesi, 13.03.1926 tarihinde kabul edilerek, 01.07.1926 tarihinde yürürlüğe giren 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile yapılmıştır. Türk Ceza Kanunu'nun uyuşturucu suçlarıyla ilgili maddelerinde sırasıyla, 2275, 3038,, 4055, 6123, 2370, 3354, 3679 ve 3756 sayılı kanunlarla değişiklikler yapılmıştır. Bu arada Yargıtay Ceza Genel Kurulu 28.03.1988 tarih ve 76-135 sayılı kararında 'failin bilcümle menkul ve gayrimenkul mallarının müsaderesine dair' 6123 sayılı Kanunla değişik TCK 403/son fıkrasının Anayasa'nın 38/7 maddesinde yer alan 'Genel müsadere cezası verilemez' hükmüne açıkca aykırı olduğunu bu nedenle Anayasa'nın 177/e maddesi uyarınca doğrudan Anayasa hükmünün uygulanması gerektiğini, dolayısı ile genel müsadere cezası verilemeyeceğini (3) açıkladığı gibi Anayasa Mahkemesi de 03.06.1988 tarihli kararı ile 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 403. maddesinin son fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir. (4)

(1) Günal, Yılmaz, Uyuşturucu Madde Suçları, Ankara, 1976, s. 7

(2) Kurt, Şahin, Uygulamada Uyuşturucu Madde Suçları, İstanbul, 1992, s. 1

(3) Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı, 28.03.1988, 76-135

(4) Anayasa Mahkemesi Kararı, T. 03.06.1988, E. 1987/28, K. 1988/16

Uyuşturucu maddelerin idari yönden kontrolü amacıyla da 1933 yılında 2313 sayılı 'Uyuşturucu Maddelerin Murakkabesi Hakkında Kanun', 1938 yılında 3491 sayılı 'Toprak Mahsulleri Ofisi Kanunu' (Bu Kanun 10.10.1983 tarih ve KHK/113 sayılı Toprak Mahsulleri Ofisi Kuruluşu Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 17. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Anılan Kanun Hükmünde Kararname de, 05.05.1991 tarih ve 3743 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılmıştır), 1986 yılında da 3298 sayılı 'Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun' yürürlüğe konulmuştur.

C- Uyuşturucu Madde Suçu:

1- Uyuşturucu Madde Temin Suçu:

Uyuşturucu madde temini suçlarının maddi unsuru TCK 403/1-2. ve 5. bendlerinde gösterilmiştir. Bu suçlar seçimlik hareketli suçlardır. Ancak, TCK 403/3. bendinde göre maddeyi imal veya ithal ettikten sonra ihraç edenler, hem ithal veya imal hem de ihraç suçundan cezalandırılacaklardır. Bu suçta manevi unsur genel kasttır.

2-Uyuşturucu Madde Kullanma Suçu:

TCK'nın 404. maddesi ile uyuşturucu madde kullananlar ile bu maksatla yanında bulunduranlara bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verileceği öngörülmüştür.

Suçun maddi unsuru uyuşturucu maddenin kullanılması ya da kullanmak amacıyla bulundurulmasıdır. Manevi unsuru ise genel kasttır.

3- Esrar Yapmak için Kenevir Ekilmesi:

2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun'un 3. maddesi: 'Münhasıran esrar yapmak için kenevir ekilmesini ve her ne şekilde olursa olsun esrarın hazırlanmasını, ithalini, ihracının ve satışını' yasaklamıştır.

Kanunun 23. maddesi: lif, tohum, sap ve benzeri amaçlarla kenevir ekimini, Tarım Orman ve Köyişleri Bakanlığının (Tarım ve Köyişleri Bakanlığı) iznine bağlı tutmuş, Tarım (Orman) ve Köyişleri Bakanlığı da 21.10.1990 tarihinde yürürlüğe giren 'Kenevir Ekim ve Kontrolü Hakkında Yönetmelik' ile uygulama alanlarını belirlemiştir. Kanunun 23/2. maddesi ise, her ne maksatla olursa olsun izinsiz olarak kenevir yetiştirmenin yasak olduğunu belirtmiştir.

2313 sayılı Kanun'un 23/4. maddesi; 3. maddedeki yasak hilafına kenevir ekenlerin bir yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılacağını, kenevir ekim

bölgelerinde izin belgesi almadan veya izin belgesinde belirtilen alandan fazla yerde veya izin alınan yerden başka alanda ekim yapanlar hakkında ağır para cezasına hükmedileceğini belirtilmektedir.

4. İzinsiz veya İzne Aykırı Haşhaş Ekimi Yapılması:

3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun'un 2. maddesine göre: 'Haşhaş ekilecek, afyon ve kapsül üretilen yerler memleketin tarımsal ve ekonomik durumu, yurt içi ihtiyacı, ihraç imkanları ve mevcut stok durumuna göre her yıl Bakanlar Kurulunca tespit edilir ve kararname en geç 1 Temmuz'a kadar yayınlanır. Bu konuda yeni bir karar alınmaması halinde, önceki kararname hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.

Tespit ve ilan edilen yerlerde haşhaş ekimi yapacaklar ilgili kuruluştan izin belgesi almakla yükümlüdür.

3298 sayılı Kanununun 4/3. maddesine göre; ekim bölgesi dışında haşhaş ekimi yapanlar hakkında bir yıldan beş yıla kadar hapis ve ağır para cezasına hükmedilir. Kanununun 4/2. maddesine göre de: Haşhaş ekim bölgelerinde izin belgesi almadan veya izin belgesinde belirtilen alandan fazla yerde veya izin belgesinde kayıtlı yerden başka yerde ekim yapanlar hakkında altı aydan üç seneye kadar hapis ve ağır para cezasına hükümlenir.

5- Karaparanın Aklanması:

4208 sayılı Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun'un 2/a maddesi ile 'karapara' tanımı yapılarak, 'karapara'nın 'TCK'nın 403, 404, 406. maddelerinde yazılı fiillerin işlenmesi suretiyle elde edilen para ve para yerine geçen hertürlü kıymetli evrakla, mal veya gelirleri veya bir para biriminden diğer bir para birimine çevrilmesi de dahil, sözü edilen para, evrak, mal veya gelirlerin birbirine dönüştürülmesinden elde edilen her türlü maddi menfaat ve değeri' ifade ettiğini belirterek, maddenin 2/b bendinde 'Karapara Aklama Suçunu' tanımlamıştır.

Kanununun 7/1. maddesi, Karapara Aklama Suçu fiillerini işleyenlerin iki seneden beş seneye kadar hapis ve aklanmış karaparanın bir katı ağır para cezası ile cezalandırılacağını ve nemaları da dahil olmak üzere karapara kapsamındaki mal ve değerler ile bunların ele geçirilememesi halinde, bunlara tekabül eden mal varlığının müsaderesine de hükümlenacağını belirtmektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

A- UYUŞTURUCU MADDE SUÇLARINDA MUHBİRİN DİNLENMESİ:

Sözlük anlamı ile 'Muhbir': 'Yasa dışı olan bir durumu yetkili makamlara bildiren kimse, ihbarcı'(5) dir. 'Ajan' ise: 'Bir devlet veya kuruluşun gizli amaçları için çalışan kimse, casus'(6)tur. Uygulamada çoğu kez ikisi de aynı anlamda kullanılmaktadır.

Bu durumda uyuşturucu madde suçlarının diğer suçlara göre daha gizli ve örgütlü işlenmesi dolayısıyla, güvenlik güçleri çoğu kere istihbari faaliyetler sonucu suçtan haberdar olmaktadır. Bu istihbarat genellikle 'muhbir' ya da 'ajan' adı verilen kişilerden sağlanmaktadır.

Muhbir ya da ajan kişiler ihbar ettikleri kişilerin husumetlerinden çekindikleri için, kimliklerinin açıklanmasını istemezler. Muhbirin bu durumunu değerlendiren kanun koyucu, 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun'un 2. maddesine 03.06.1959 tarih ve 7314 sayılı Kanun'la eklediği 3. fıkrada, 'Kaçak olaylarını ihbar edenlerin hüviyetlerinin rızaları olmadıkça veya ihbarın mahiyeti hakkında suç teşkil etmedikçe açıklanamayacağını' hükme bağlamıştır. Yine 2313 sayılı Kanun'un 27. maddesinin 'TCK'nın 403-408. maddelerinde yazılı suçların 1918 sayılı Kanun hükümlerine göre ihtisas Mahkemelerince takip ve muhakeme olunacağını' belirtmesi karşısında, uyuşturucu madde suçlarının yargılanması sırasında da 1918 sayılı Kanun'un 2. maddesine 7314 sayılı Kanunla eklenen 3. fıkraya uygulanmaktadır.

Bu durumda uyuşturucu madde suçlarının yargılanması sırasında muhbirin dinlenmesine gerek duyulduğunda ya da bu yönde bir istek olduğunda, muhbirin ilişkide bulunduğu güvenlik biriminden 'muhbirin kimliğinin açıklanmasına rızası olup olmadığı ve tanıklık yapmak isteyip istemediği' sorulmalı, olumsuz cevap alındığında dinlenilmesinden vazgeçilmeli; olumlu cevap alındığında, açık kimlik ve adresi ilgili güvenlik biriminden alınarak, tanık sıfatıyla çağırılarak dinlenilmelidir.

Bu hususa Yargıtay kararlarında da işaret edilmektedir. "2313 sayılı Kanunun 27 nci, 1918 sayılı Kanunun 58 nci maddeleri ile 1918 sayılı Kanunun 2. maddesine 7314 sayılı Kanunla eklenen ek fıkraya aykırı olarak rızası alınmadan muhbirin kimliğinin araştırılması ve tanık olarak dinlenmesi" yasaya aykırı olarak değerlendirilmiştir(7).

(5) Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, C. 1, s. 1041

(6) Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, s. 31

(7) Yargıtay 10. Ceza Dairesi, T. 15.1.1998, E. 1997/11752, K. 1998/29

**UYUŞTURUCU MADDE SUÇLARINDA MUHBİRİN DİLENMESİ,
DAVAYA MÜDAHALE VE SUÇTA KULLANILAN EŞYANIN MÜSADERESİ**

Uygulamada bazen, muhbirin kimlik ve adresinin sanık tarafından bildirilerek tanık olarak dinlenilmesinin istenildiği, mahkemenin de bu isteği kabul ederek muhbir olarak bildirilen ya da hazır edilen kimseyi tanık olarak dinlediği görülmektedir. Böyle bir uygulamada, bir kere dinlenen kişinin gerçek muhbir olup olmadığı kesin olmayacağı gibi, böylece temin edilen kişinin tanıklığının samimi olup olmayacağı da tartışılabilir. Hazır edilen ve muhbir olduğu öne sürülen tanığın mahkemece dinlenilmesi halinde de bu şahsın olayda kullanılan muhbir olup olmadığı ilgili güvenlik biriminden doğrulatılmadan tanıklığına itibar edilmesi yerinde değildir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi de bu konudaki bir kararında; "Hatay Emniyet Müdürlüğünün 'Muhbirin kimliğinin açıklanmasını istemediğini' bildiren 28.03.1997 gün ve 1997/c-7 sayılı yazıları ve ekli tutanağa karşın, olayın muhbiri olduğunu ve tanık olarak ifade vermek istediğini beyan eden Ş.B.'nin Hatay Emniyet Müdürlüğünden olayın gerçek muhbiri olup olmadığı sorularak kesin olarak tespit edildikten sonra ifadesinin değerlendirilmesi gerektiğinin düşünülmemesi"ni yasaya aykırı bulduğuna işaret etmiştir (8).

B- DAVAYA MÜDAHALE:

Başkasının fiilinden ceza sorumluluğunun imkansızlığına mukabil başkasının fiilinden hukuken sorumluluk (istihdam edenin mesuliyeti gibi) mümkündür. Ceza hukuku tatbikatında buna '*maldan sorumluluk*' TCK 465 denilmektedir(9).

Usul Kanunlarına göre maldan sorumlu olanların ceza davalarına katılmaları mümkündür. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 251. maddesinde: 'Delillerin ikame ve münakaşası bittikten sonra söz davacıya ve ondan sonra Cumhuriyet Savcısına, sonra malen sorumluya ve daha sonra da hemen sanığa verilir.' denilerek maldan sorumluya da davanın süjeleri arasında yer vermiştir. Ayrıca CMUK. 351. maddesinde de; 'şahsi dava bundan evvelki maddede gösterilen hükümlere uygun olarak açılmış ise tayin edilecek mehil içinde diyeceklerini bildirmek üzere bu beyan veya dilekçe sanığa ve işte malen sorumlu bulunup da onun hakkında dahi dava açılmış ise malen sorumluya ve ıtıla hasıl etmek üzere Cumhuriyet Savcısına tebliğ edilir' denilmek suretiyle şahsi davada da malen sorumlu davanın süjeleri arasında gösterilmiştir. Bununla beraber müdahil davanın kamu davasına nasıl katılacağını 365. ve devamı maddelerinde detaylarıyla açıklayan Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu, malen sorumlunun davadaki konumunu yeterince açıklamamıştır.

Maldan sorumlu muayyen bir dava münasebetinin 'süjesi' (bir anlayışa göre taraf) haline gelince diğer usül hükümlerinden istifade edebilmelidir. Mesela davaya

(8) Yargıtay 10. Ceza Dairesi, T. 15.1.1998, E. 1997/12088, K. 1998/30

(9) Erem, Faruk, Ceza Usulü Hukku, Ankara, 1973, s. 190

müdafiini getirebilir, 'maldan sorumlu' da şahit gösterebilir, onun-kanun yoluna başvurusu sanığın kanun yoluna başvurusunun neticelerini (mesela aleyhe bozma yasağı) kıyasen tevliid edebilir(10).

Malen sorumlunun kanu davasındaki konumu, müdahil ile sanık arasında, ancak sanığa daha yakındır. Esasen sanığın mahkum olması halinde zarara uğrayacaktır.

Ceza Sorumluluğunda olduğu gibi, medeni sorumlulukta da sorumluluk bakımından hukuken önem arzeden topluluk grupları içinde grup üyeleri arasında dolaşımı ile sorumluluk hali kabul edilmiştir. Haksız fiil faili olmadığı halde medeni sorumluluğu olanlar, ev reisi (MK 320), istihdam eden (BK 55), bina ve imal edilen şeyin maliki (BK 478), donatan (TK 947)ve taşıyıcı (TK 1062) dir(11).

Kanunumuz, medeni sorumlu (ile ek ceza sorumlusunun) ferdi müdafa makamını işgal etmek ve sanığı desteklemek üzere ceza davasına katılmalarını düzenlememiştir. Halbuki sanığın mahkum olmaması, bunları çok yakından ilgilendirir. Medeni sorumlu ve sanık durumuna geçirilmemişse ek ceza sorumlusu, ceza davasına katılma suretiyle sanığı destekleyebilmelidir(12).

Uyuşturucu madde naklinde kullanılan nakil vasıtaları ve uyuşturucunun pazarlanmasında kullanılan ve ülkemizde 'cep telefonu' diye adlandırılan 'taşınabilir telefonların' (GSM-Global Mobil Sistem) abonelerinin çoğu kez sanıktan başkası olduğu görülmektedir. Bu araçların sahipleri CMUK anlamında malen sorumlu değildirler. Buna rağmen sanığın mahkumiyeti halinde maddi olarak zarara uğrayabilmektedirler. Bu kişilerin davaya katılmalarına imkan sağlanmalı, katılma talebinde bulunmadıkları hallerde de duruşmada dinlenilmeleri gereklidir. Bu kişilere Ceza Muhakemeleri Usul Kanunundan kıyasen verilebilecek en uygun sıfat 'malen sorumlu' sıfatıdır.

Uygulamada genellikle hatalı olarak uyuşturucu madde naklinde kullanılması nedeniyle zapt edilen araçların sahiplerinin yeterince araştırılmadığı ve duruşmada dinlenilmedikleri görülmektedir. Zapt edilen kara nakil vasıtalarının en azından 'Türkiye plakalı' araçların tescil plakalarından yararlanılarak, ilgili Trafik Tescil Dairesinden malikleri sorulmalı, tescil belgeleri ya da onanmış suretleri dava dosyasına getirtilerek maliklerin sanıktan başkası olduğunun anlaşılması halinde, bu araçların sanığın yedine ne şekil ve sebeple geçtiği araştırılmalı, malikin fiilde methalinin bulunup bulunmadığı tespit edilerek sonucuna göre aracın zoralımına ya da iadesine karar verilmelidir.

(10) Erem, s. 191

(11) Kunter, Nurettin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1989, s. 338

(12) Kunter, s. 249

**UYUŞTURUCU MADDE SUÇLARINDA MUHBİRİN DİLENMESİ,
DAVAYA MÜDAHALE VE SUÇTA KULLANILAN EŞYANIN MÜSADERESİ**

Aynı şekilde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Gemi Sicilini düzenleyen 839. ve devamı maddeleri uyarınca tescile tabi olan gemilerin malikleri ile, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 49. ve devamı maddeleri gereğince tescile tabi 'sivil hava araçları'nın malikleri, Liman Başkanlıkları ve Ulaştırma Bakanlığı'ndan sorularak, vasıta maliklerinin sanıktan başkaları olduğunun anlaşılması halinde, nakil vasıtalarının kayden malikleri mahkemece dinlenilip, malikin fiilde methali bulunup bulunmadığı tespit edilerek gemi ya da uçakların müsadere edilip edilmeyeceği hakkında karar verilmesi gerektiği de gözönünde tutulmalıdır.

Özetle taşınabilir eşyaların kayden sanıktan başkasına ait olduğunun anlaşılması halinde, bu şahıslar duruşmada dinlenilmeli, araçları ile ilgili iddialar bildirilerek diyecekleri sorulmalıdır. Bu araştırmalar yapılırken tescile tabi olsalar bile, nakil vasıtalarının Türk Medeni Kanunu'nun 686. maddesi kapsamında menkul mal olduklarının ve mülkiyetlerinin sadece tescil kayıtları ile tespit edilemeyeceklerinin de nazara alınması gerekir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi bu konudaki bir kararında: "Suçta kullanılan ve O.K. adına tescilli olduğu anlaşılan 34 ... 41 plakalı aracın sanık M.'nin savunmasına göre ne sebeple H.O.'nun ve daha sonra da sanık M.O.'nun eline geçtiği adı geçen şahıslar da dinlenilerek araştırılmadan ve motorlu taşıtların Medeni Kanun'un 686. maddesi anlamında menkul mal olduğu düşünülmeden, sadece tescil belgesine itibar edilerek otomobilin kayıt malikine iade edilmesinin" yasaya aykırı olduğunu açıklamıştır(13).

Davalarda sıkça rastlanan bir diğer müsadere konusu da 'taşınabilir (mobil) telefonlar'dır. Zaptedilen mobil telefonların sahipleri ve aboneleri de (telefon konuşma kullanma hakkı sahibi) davaya katılma talebinde bulunabilirler. Esasen böyle bir talep bulunmasa bile davaya bakan mahkemenin zaptedilen mobil telefonların 'Abone Kimlik Modüllerinden (SİM Kartı) yararlanarak telefonun hangi şebekeye bağlı olduğunu ve abone kimlik bilgilerini tespit etmesi, telefon ile hattı fiilen kullanan sanığın abone olmadığına anlaşılması halinde mobil telefonun ne şekil ve sebeple sanığın yedinde bulunduğunu, abonenin fiilde methali bulunup bulunmadığını araştırması ve sonucuna göre telefonun müsadere edilip edilmeyeceği hakkında bir karar verilmesi gereklidir. Bu arada mobil telefonlar için yapılan bu işlemin sabit kablolu telefonlar için de yapılması gerektiği gözden uzak tutulmamalıdır.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi bu konuyu bir kararında şu şekilde açıklamıştır: "Sanık K.'dan zaptedilen S/NA 6110140 seri numaralı E. marka mobil telefonun kullanıldığı 0... 275.. 16 numaralı hattın (kullanma hakkı) sahibinin Ü.Ş.'li olduğu anlaşıldığı

(13) Yargıtay 10. Ceza Dairesi, T. 12. 02. 1998, E. 1997/12820, K. 1998/802

halde bu şahıs dinlenilmeden ve telefon ile SIM kartının (Abone Kimlik Modülü) ne şekil ve sebeple sanığın elinde bulunduğu araştırılmadan, gerektiğinde abone hakkının da müsadere edileceği düşünülmeyen eksik soruşturma sonucu sadece makineyi kapsayacak şekilde iade kararı verilmesi yasaya aykırıdır'(14).

C- UYUŞTURUCU MADDE SUÇLARINDA MÜSADERE:

1- Genel Olarak:

Müsadere: (A.i.:Sudur) İşlenen bir suç karşılığı olarak suçlunun mal varlığının bütünü veya bir kısmı üstündeki mülkiyetine son verilmesi ve mülkiyetin kamusal karakter gösteren bir teşekküle devredilmesidir(15).

Müsadere'nin bir başka tanımı da, kanunda yazılı hallerde belli bir veya birkaç şeyin sahibinin mülkiyetinden devletin mülkiyetine geçirilmesidir. Müsadere bir suçun işlenmesinde kullanılan veya kullanılacak olan şeylere-zehir, silah, maymuncuk, kama gibi-veya bir suçtan hasil olan şeylere-sahte para, bozuk gıda maddesi gibi-taalluk eder(16).

Türk mevzuatındaki genel müsadere kuralı Türk Ceza Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlenmiştir. 08.06.1933 tarihli ve 2275 sayılı Türk Ceza Kanunla değişik TCK'nın 36/1. maddesine göre: Mahkumiyet halinde cürüm ve kabahatte kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan veya fiilin irtikabından husule gelen eşya fiilde methali olmayan kimselere ait olmamak şartıyla mahkemece zabt ve müsadere olunur.

Bu ifadeden suçta kullanılan veya suçta kullanılmak üzere hazırlanan ya da suçtan ortaya çıkan eşyanın sanığın mahkumiyetine karar verilmesi ve sayılan eşyaların sanığa ya da fiilde methali bulunan kişilere ait olması halinde müsadere edileceği anlaşılmaktadır.

Sanıkların beraatlerine karar verilmesi halinde beraat sebebine bakılmaksızın müsadere kararı verilemez.

TCK'nın 36/2 maddesine göre: Kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması ve satılması cürüm veya kabahat teşkil eden eşya bir ceza mahkumiyeti olmasa ve faile ait bulunmasa bile mutlaka zabt ve müsadere olunur.

TCK'nın 36/2 maddesi anlamında müsadere bir ceza değil, mahkumiyetin so-

(14) Yargıtay 10. Ceza Dairesi, T. 26.02.1998, E. 1997/13923, K. 1998/1501

(15) Meydan Larousse, 9. Cilt, s. 154

(16) Gözübüyük, A. Pulat, TCK Şerhi, İstanbul, 1988, s. 334

**UYUŞTURUCU MADDE SUÇLARINDA MUHBİRİN DİLENMESİ,
DAVAYA MÜDAHALE VE SUÇTA KULLANILAN EŞYANIN MÜSADERESİ**

nucu olan bir tedbirdir. Mülkiyeti mahkuma ait bulunmayan eşyanın müsaderesi veya suçlunun ölümüne rağmen tatbik edilmesi (TCK 96/2) bunu teyid etmektedir(17).

Eşyanın müsaderesine esas dava ile birlikte karar verilir. Böyle yapılmamış olduğu takdirde esas davayı görmeye yetkili mahkeme tarafından karar verilir (CMUK 392-393).

Maddenin 3. fıkrası taşınması memnu olmayan silahların ruhsatsız taşınması halinde zabt ve müsaderesine karar verileceğini belirtmekte olup, 6136 sayılı Kanunun kabulünden sonra hükümsüz kalmıştır.

TCY'nın düzenlediği emniyet tedbirlerinden birisi de müsaderedir. Müsadere 11. madde ile cezalar arasında sayılmamıştır. Suç failine ait olmayan eşyanın da müsadere edilebilmesi (m. 36/2), hükümlünün ölümüne rağmen müsaderenin infazı (m. 96/2) müsaderenin ceza olmadığı düşüncesini destekleyicidir(18).

Gerek mevzuatımız- Askeri Ceza Kanunu m. 78- ve gerekse Temyiz Mahkemesinin (Yargıtay) içtihadı-Tev.İçt. 5.1.1944, 33/1- gözönünde bulundurulduğu takdirde bunun bazen bir ceza bazen de bir emniyet tedbiri olduğundan şüphe edilemez (19).

Suçun cürüm veya kabahat olması, kasdi ya da taksirli olması önemli değildir. Cezanın failin sübjektif hali nedeniyle yaş, akıl hastalığı gibi, uygulanmaması müsadereye engel olamaz(20).

Müsadere, TCY'nın düzenlediği malvarlığına ilişkin tek emniyet tedbiridir(21). Canlı, cansız, taşınır, taşınmaz herşey müsadereye konu olabilir. Bir şeyin müsadere edilebilmesi için onun yasaca belirli bir amaca tahsis edilmemiş olması ya da devletin mülkiyetinde bulunmaması gerekir. Müsaderenin hem ödetici..., hem önleyici ve hem de tedbir niteliği onun 'sui generis' bir müessese olarak da görülmesine yol açmıştır(22).

Kanunlarda genellikle birlikte kullanılan zabt ve müsadere kelimelerinin aynı anlama gelmediklerini açıklamakta fayda vardır. Zabt, zilyetliği geçici olarak kaldıran usuli bir muamele olduğu halde, müsadere bir malın mülkiyetini hazineye geçiren işlemdir.

(17) Gözübüyük, s. 335

(18) Erem, Fakruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. II, Ankara, 1985, s. 384

(19) Tahir, Taner, TCK., s. 648

(20) Erem, s. 384

(21) Aydın, Öykü, D. Malvarlığına İlişkin Bir Emniyet Tedbiri Olarak Türk Ceza Yasasında Müsadere, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 43, Y. 1993, Sayı: 1-4, s. 143

(22) Aydın, s. 145

TCK'nın 36. maddesinde geçen 'fiilde methali olmayan' ibaresinin ne anlama geldiğinin de açıklanması gerekir. Sözlük anlamı ile bakılırsa 'Methal' (A.i.:Medhal); Bir işe karışmış olan, bir işte parmağı olan(23) (24), anlamına gelmektedir. Kanundaki anlamı ile suça katılan kişidir. Fiilde methali olmayan tabirinin Türkçe'ye suça yabancı ya da fiile yabancı olarak çevrildiği de(25) görülmektedir.

Kanunun menfi ifade tarzını kabul etmekte maksadı, eşyanın kime ai olduğunun ispat zaruretinin hududunu daraltmak içindir. Bu ifadeye göre müsadere için eşyanın fiilde methali olmayan kimselere ait olduğunun sabit olmaması kafidir(26).

Bir eşyanın müsadere edilebilmesi için onun faile ait olduğunu isbata gerek yoktur. Fiilde methali olmayan üçüncü kişilere ai olmadığına isbatı yeterlidir. İtalyan Yargıtayı 'suça yabancı' olan kimse ile 'yargılamaya yabancı' olan kimseyi ayırmıştır. Böylece türlü nedenlerle yargılamanın dışında kalan kimsenin fiille ilişkisi varsa ona ait eşya müsadere edilecektir(27).

Fiile psikolojik ya da fiziksel olarak onay gösterenler, fiili sonuca götürenler, işlenen fiile bağlı olarak bir suç teşkil eden fiili işleyenler (örneğin çalınan malı bilerek satın alanlar) fiilde methali bulunan kimselerdir(28).

Şeyin kime ait olduğu suç anında değil müsadere anındaki aidiyet bazında değerlendirilmelidir... Kötü niyetli alıcı her koşulda özel hukuk tarafından da korunmamaktadır. Suçta kullanılmış bir otomobilin mahkum tarafından noterde satın alınmış ancak trafik siciline kaydının yapılmamış olması halinde otomobilin trafik sicilinde başkasının adına kayıtlı bulunması, trafik siciline yapılan kaydın bildirici mahiyette olması nedeniyle müsadereye engel olamayacaktır... Fail ve fiilde methali olmayanların ortak mülkiyetinin söz konusu olması durumunda müsadere failin ya da fiilde methali olanın hisseleri ölçüsünde etkili olacağı kabul edilmektedir(29).

Türk Ceza Kanunu'nda yer alan ve uyuşturucu madde suçları ile ilgili olan bir diğer müsadere maddesi TCK'nın 408. maddesinde yer almaktadır. Maddeye göre: TCK'nın 403. maddesinde yazılı şeylerin (uyuşturucuların) kullanılmasını kolaylaştırmak için açılan mahallerde mevcut bütün eşya müsadere olunur ve işbu eşyanın bedelinin yarısı cürmü meydana çıkarmakta hizmeti görülenlere verilir.

(23) Özön, M. Nihat, Osmanlıca Türkçe Sözlük, 1973, s. 432

(24) Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu-Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, s. 1016

(25) Gözübüyük, s. 335

(26) Erem, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, s. 389

(27) Aydın, s. 154

(28) Aydın, s. 153

(29) Aydın, s. 153

**UYUŞTURUCU MADDE SUÇLARINDA MUHBİRİN DİLENMESİ,
DAVAYA MÜDAHALE VE SUÇTA KULLANILAN EŞYANIN MÜSADERESİ**

Kanun, insan sağlığı için büyük tehlike niteliğini taşıyan uyuşturucu maddelerin kullanılmasını kolaylaştırmak için açılan yerlerdeki eşyanın müsaderesini kamu yararına kabul etmiştir(30).

TCK'nın 6123 sayılı Kanunla değişik 403/son fıkrasında yer alan ve genel müsadere niteliğindeki 'failin menkul ve gayrimenkul mallarının müsaderesine dair' hükmün Anayasa Mahkemesine iptal edilmiş olduğu, yazımızın 'Türkiye'de Yasal Gelişme' bölümünde anlatılmıştır.

Uyuşturucu maddelerle ilgili olarak Türk Ceza Kanunu dışında bazı özel yasalarımızda da müsadereye ilişkin hükümler bulunmaktadır. Ancak uyuşturucu madde suçlarında davaya konu uyuşturucu maddelerin TCK'nın 36. maddesi uygulanarak müsaderelerine karar verilmesi gerektiği unutulmamalıdır.

Zabt ve müsaderesi kanunen zorunlu olan eşyanın müsaderesine dair kararlar tecil olunamaz (TCK 92.md.). Zabt ve müsadereye ilişkin olarak verilip hükümlünün ölümünden önce kesinleşen hükümler yerine getirilir (TCK. 96/2. md.). Genel ve özel aflar müsadere edilen eşyanın geri verilmesi gerektirmez (TCK. 100. md.).

2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin-Murakabesi Hakkında Kanun'un 20/1. maddesi; Gümrüklerden ülkeye izinsiz sokulmaya çalışılan veya ülke içinde izinsiz satıldığı görülen uyuşturucu maddelerin zaptedilerek Cumhuriyet Savcılığında muhafaza altına alınacağını 20/3. maddesi; uyuşturucu maddelerin muhafazasına gerek görülmemesi ve örneklerin saklanması kaydıyla müsaderesine ilgili mahkemece soruşturmanın her safhasında karar verilebileceğini, 20/4. maddesi ise; müsaderesine karar verilen uyuşturucu maddelerin mahalli mülki amirliğe teslim edileceğini belirtmektedir.

Maddenin 5. fıkrasına göre; soruşturma ve kovuşturma sırasında müsaderesine karar verilmeyenler ile örnek alınan uyuşturucu maddeler, ancak hükmün kesinleşmesinden sonra; sahibi belli olmayan cins, vasıf ve miktarları tespit edilmiş uyuşturucu maddeler ise, müsadere kararı verildikten sonra mahalli mülki amirliğe teslim edilir.

2313 sayılı Kanun'un 21/1. maddesine göre; müsaderesine karar verilen uyuşturucu maddeler, valinin görevlendireceği bir yetkilinin başkanlığındaki il savcısının veya yardımcısının nezaretçi olarak katıldığı heyet huzurunda imha edilir.

2313 sayılı Kanun'un 22. maddesine göre; İkinci veya üçüncü maddelerde yasak olduğu yazılı olan müstahzar afyon ile esrar, her nerede görülürse görülsün hemen zabt olunur ve bunlar hakkında da 20. ve 21. maddeler hükümleri tatbik olunur.

2313 sayılı kanun'un 23/2 maddesine göre; izinsiz yetiştirilen kenevir bitkisi, Tarım ve Köyişleri Bakanlığı teşkilatında görevli ziraat mühendislerinin, bunların bulun-
(30) Gözübüyük, s. 334

madiği yerlerde ziraat teknisyenlerinin vereceği rapor üzerine mahallin en büyük mülki amirinin emriyle zabıta tarafından imha edilir veya ettirilir.

3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerde İlgili Kanun'un 2/4. maddesi; İzin belgeleri herhangi bir sebeple iptal olunanların ekilmiş haşhaş tarlalarının masrafı üreticiye ait olmak kaydıyla toplatılıp imha edileceğini belirtmektedir.

4208 sayılı Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun'un 2/a maddesinde, 'karapara'nın; 2/b maddesinde, 'karapara aklama suçu'nun tanımı yapılmaktadır. Bu tanımlarla TCK'nın 403, 404, 406. maddelerinde yazılı fiillerin işlenmesi suretiyle elde edilen ekonomik değerler 'karapara' olarak nitelendirilmekte, karapara-ya meşruiyet kazandırılması amacıyla yapılan eylemler de 'karapara aklama suçu'nu oluşturmaktadır.

4208 sayılı Kanun'un 7/1. maddesi de; karapara aklama suçu fiillerini işleyenlerin iki seneden beş seneye kadar hapis ve ağır para cezası ile cezalandırılacaklarını ve karapara kapsamındaki mal ve değerler ile bunların ele geçirilmemesi halinde bunlara tekabül eden mal varlığının müsadereğine kara verileceğini belirtmektedir.

4208 sayılı Kanun'un 9/1. maddesinde; karaparanın aklanmasına yönelik ciddi emarelerin varlığı halinde hak ve alacakların dondurulmasına, tasarruf yetkisinin kaldırılmasına, nakit ve değerlerin zabtına, diğer tedbirlerin konulmasına hazırlık tahkikatı sırasında sulh ceza hakimi, yargılama sırasında ise mahkeme tarafından karra verileceğini belirtmiştir.

2. Uyuşturucu Maddenin Müsaderesi:

Uyuşturucu madde suçlarıyla ilgili olarak açılan kamu davalarında, yapılan yargılama sırasında uyuşturucu olduğu anlaşılan maddelerin TCK'nın 36/2. maddesi uyarınca müsaderelerine karar verileceğinde şüphe yoktur. Çünkü TCK'nın 36/2. maddesinde; 'kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması ve satılması cürüm veya kabahat teşkil eden eşyanın bir ceza mahkumiyeti olmasa ve faile ait bulunmasa bile mutlaka zabt ve müsadere olunacağını' belirtilmiştir. O halde sanıklar be-
raat etse bile, zabt edilen uyuşturucu maddelerin müsaderesine karar verilecektir.

Uyuşturucu madde suçlarında 2313 sayılı Kanun'un 20, 21 veya 22. maddelerine göre müsadere kararı verilemez. Müsadere kararının TCK'nın 36. maddesine göre verilmesi gereklidir.

3- Suçla İlgili Eşya:

Uyuşturucu madde suçlarında kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan veya fiilin işlenmesiyle meydana gelen eşyanın müsaderesi konusu ise, uyuşturucu maddelerin müsaderesi kadar net çözümlenememektedir.

Bu eşyaların müsaderelerine karar verilebilmesi için; eşya ile ilgili sanık ya da sanıkların mahkumiyetine karar verilmiş olması, eşyanın suçta kullanılmış veya suçta kullanılmak üzere hazırlanmış ya da suçtan meydana çıkmış olması gereklidir. Ayrıca müsadere konusu eşya sahibinin fiilde methali bulunması da şarttır. Suçla ilgili eşyalar TCK'nın 36/1. maddesi uyarınca müsadere edilecektir.

... Özellikle 1. fıkrayla ilgili verilecek müsadere kararını yargıçın takdirine bırakmak gerekir. Somut olayda suçta kullanıldığı, kullanılmak üzere hazırlandığı veya suçtan husule geldiği saptanmış ve fiilde methali olmayan kimselere aidiyeti de kanıtlanmamış eşyanın mahkumiyet halinde müsaderesinin gerekip gerekmediğini yargıç tartmalıdır(31).

Suçta kullanılan, kullanılmak üzere hazırlanan veya suçun işlenmesinden husule gelen eşyanın müsaderesi için suçlunun mahkumiyetine karar verilmiş olması کافی değildir. Bu eşyanın fiilde methali olmayan kimselere ait olmaması lazımdır(32).

Suç ile ilgili olan ve cezayı müstelzim bulunan hiçbir faaliyet icra etmemiş olan kimseler 'fiilde methali olmayan kimseler'den sayılırlar. Maldan sorumlu (mesulü bil-mal) da fiilde methaldar değildir'(33).

Davaya müdahale konusunda değinildiği gibi, hazırlık soruşturması sırasında uyuşturucu madde suçlarında kullanılması sebebiyle zabt edilen nakil vasıtaları ve taşınabilir (mobil) telefonlardan bazılarının kayden sanıklara ait olmadıkları, uygulamada da kayıt maliklerinin ilgili kuruluşlardan araştırılmadıkları görülmektedir. Yargılama sırasında tescile tabi olan eşyaların kayıt maliklerinin araştırılması, mülkiyeti belirleyen belge ya da onanmış suretinin dava dosyasına getirilmesi, sanık ya da sanıkların bu eşyaların kayden malikleri olmadıklarının anlaşılması halinde, bu eşyaların ne şekil ve sebeple sanıkların yedinde bulunduğu tespit edilmesi gereklidir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi bu konuya ilişkin bir kararında; "Sanık M.'den zaptedilen A 61101121 NN seri numaralı E. marka..... modeli mobil telefonun 0 ... 234 .. 57 numaralı hattı kullandığı nazara alınarak ve SİM kartından (abone kimlik modülü) yararlanılarak, telefon kullanma hakkı sahibinin kim olduğu araştırılıp, abonenin sanıktan başkası olduğunun anlaşılması halinde bu şahıs da dinlenilerek, telefon ve

(31) Aydın, s. 155

(32) Erem, Faruk, TCK Şerhi, Ankara, 1993, s. 258

(33) Erem, TCK Şerhi, s. 258

SİM kartının ne şekil ve sebeple sanığın elinde bulunduğu, abonenin fiilde methali bulunup bulunmadığı araştırılıp sonucuna göre mobil telefon ve kullanma hakkının müsaderesine karar verilip verilmeyeceğinin tartışılması gerektiğinin düşünülmemesi yasaya aykırıdır” diyerek görüşünü belirtmiştir.

a- Nakil Vasıtalarının Müsaderesi:

Bilindiği gibi tescile tabi kara nakil vasıtalarının satış ve devirleri 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 19. ve devamı maddelerine; deniz nakil vasıtalarının satış ve devirleri, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 839. ve devamı maddelerine; hava nakil vasıtalarının satış ve devirleri, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 49. ve devamı maddelerine göre yapılmaktadır. Ancak bazen bu vasıtaların kanunlarda yazılı şartlara uyulmadan fiilen devredildikleri görülmektedir. Bu gibi hallerde de esasen bu eşyaların menkul mal niteliğinde oldukları gözönüne alınarak, kayıt maliklerinin bu vasıtaları sanıklara serbest iradeleri ile devrettiklerinin ve kayıt malikinin fiilde methalinin bulunduğu anlaşılmaması halinde, uyuşturucu madde suçlarında kullanılmış ya da suçta kullanılmak üzere hazırlanmış veya suçtan hasil olmuş araçların da TCK'nın 36. maddesi gereğince müsaderesine karar verilmesi gereklidir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi bu konudaki bir kararında: “Suçta kullanılan 01.. 7475 plakalı aracın sanık M.Ç. tarafından satın alındığı, ancak henüz resmi işlemin yapılmadığı, keza tescil belgesi fotokopisine göre de aracın S.D. adına kayıtlı olduğu anlaşıldığı halde, kayıt maliki dinlenilmeden ve ilgili Trafik Tescil Bürosundan belgeleri de getirilmeden, aracı kiraya verme konusunda yetkisi bulunduğu anlaşılmayan müdahale iadesine karar verilmesinin” yasaya aykırı olduğunu açıklamıştır(34)..

Yargıtay 10. Ceza Dairesi bir diğer kararında da: “Suça konu uyuşturucunun cins ve miktarı ile bulunduğu yer, kat edilen mesafe nazara zula yeri ihtiva eden, başlıbaşına hareket kabiliyeti bulunmayan 'dorse' (römork) ile birlikte nakilde kullanılan ve nakli sağlayan 31 .. 981 plakalı Tır aracının da (çekici) zoralmı yerine iadesine hükmolunmasını(35) yasaya aykırı bulunduğunu açıklamıştır.

Yargıtay'ın bu kararından da, uyuşturucu maddelerin TIR çekicide bulunması halinde sadece 'çekicinin'; uyuşturucu maddelerin römorkta (dorse) ele geçirilmesi ve römorkun TIR çekici tarafından hareket ettirilmiş olması halinde ise; hem TIR çekicinin hem de römorkun müsadere edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Uyuşturucu

(34) Yargıtay 10. Ceza Dairesi, T. 15.01.1998, E. 1997/11752, K. 1998/29

(35) Yargıtay 10. Ceza Dairesi, T. 30.06.1994, E. 1994/5539, K. 1994/10008

maddenin römorkta ele geçirilmiş olması ve römorkun bir TIR çekici tarafından hareket ettirilmemiş olması durumunda ise, sadece römorkun müsadere mümkündür.

b- Telefonların Müsaderesi:

Esasen menkul mal niteliğinde olan taşınabilir (mobil) veya sabit hatlı telefon makineleriyle abone sözleşmesinden doğan telefon konuşma kullanma hakkının (intifa hakkı) sanığa ait olduğunun veya kayıt malikinin fiilde methali bulunduğu anlaşılması halinde, bu eşyalarında TCK'nın 36. maddesi uyarınca müsadere gereklidir.

Prof. Dr. Baki Kuru telefon aboneliğinin 'haczi' konusunu: "Telefon abonelerinin telefon imtiyaz hakkının, niteliği bakımından devredilmesi yasak bir hak olduğunu ve bu nedenle abonenin borcu için haczedilemeyeceği kanısındayız. Fakat Yargıtay, telefon intifa hakkı olarak nitelendirdiği bu hakkın haczedilebileceği kanısındadır." (36) şeklinde ifade etmektedir. Sayın Kuru'nun da işaret ettiği gibi Yargıtay kararları ile haczedilebileceği kabul edilen telefon intifa hakkının (konuşma kullanma hakkı) müsadere edilebileceği de kabul edilmelidir.

Sözlük anlamı ile 'imtiyaz': Bir işi başkaları yapmamak üzere bir kimse veya kurula veren resmi ya da özel izindir. 'İntifa' ise; başkasına ait bir maldan yararlanma, başkasına ait bir malı kullanma hakkıdır. 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu hükümleri ile bu kanunda değişiklik yapan 10.06.1994 tarihli 4000 sayılı Kanun hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; telekomünikasyon hizmetlerinin 'Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi' tarafından yürütüleceği, telgraf veya telefon şirketlerine, telgraf ve telefon tesisleri kurmak üzere imtiyaz ya da ruhsat verilebileceği, Ulaştırma Bakanlığı'nın mobil telefon, çağrı cihazı, data şebekesi, akıllı şebeke, kablo TV, aksesörlü telefon, uydu sistemleri,... konularında sermaye şirketlerine, tesislerin işletilmesine yönelik olarak işletme lisans ve ruhsatı verebileceği anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında yukarıda belirtilen nitelikteki tüzel kişilerin Türk Telekom A.Ş. ile yaptıkları sözleşmelerin 'imtiyaz'; bunların dışındaki şahısların yaptıkları abone sözleşmelerinin ise 'intifa' hakkını doğuracağı kabul edilmelidir. Hakkın niteliğinin imtiyaz ya da intifa olmasının müsadere açısından önemli olmadığını düşünmekteyiz. Buradaki müsadere konusunun 'telefon şebekesi' olmadığı, sadece telefon kullanma hakkının müsadere edildiği de gözden uzak tutulmamalıdır.

Yargıtay bu konudaki bir kararında; "Suç konusu uyuşturucunun pazarlanmasında kullanılan ve emanete alınan E. marka A 5101 J 70 seri numaralı mobil tele-

fonun 0 ...247 .. 08 numaralı abone hakkının kime ait olduğu da tespit edilerek, hakkın sanıklara ait olduğunun anlaşılması halinde, telefon makinesinin telefon abonelik hakkı ile birlikte müsaderesine karar verilmesi yerine yazılı gerekçelerle iade kararı verilmesinin" yasaya aykırı olduğunu belirtmiştir(37).

Uygulamada bazen mobil telefonların müsaderesine karar verilirken, müsade edilen telefonun sadece makinesini ifade edecek şekilde marka ve imal seri numarasından bahsedildiği görülmektedir. Oysaki doğru bir müsadere kararından söz edilebilmesi için, kararda hem makinenin marka ve imal seri numarasının hem de abone hat numarasının yer alması gereklidir.

Bir diğer Yargıtay kararı da konuyu şu şekilde ifade etmektedir; "Suç konusu uyuşturucunun pazarlanmasında kullanılan ve emanete alınan E. marka A 5101009 R seri numaralı mobil telefonun SİM kartından (abone kimlik modülü) yararlanılarak abone hakkının kime ait olduğu da tespit edilmek suretiyle, abone hakkının sanığa ait olduğunun anlaşılması halinde, telefon makinesinin, telefon abone hakkıyla birlikte müsaderesine karar verilmesi yerine sadece makineyi kapsayacak şekilde müsadere kararı verilmesi yasaya aykırıdır(38).

c- Karaparanın Müsaderesi:

Yukarıda da değinildiği gibi, 4208 sayılı Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun, 2/a maddesinde karaparanın tanımını yaparak, 'karapara'nın; TCK'nın 403, 404, 406. maddelerinde yazılı fiillerin işlenmesi suretiyle elde edilen para veya para yerine geçen her türlü kıymetli evrakla, mal veya gelirleri veya bir para biriminden diğer bir para birimine çevrilmesi de dahil, sözü edilen her türlü maddi menfaat ve değeri ifade ettiğini belirtmiş, maddenin 2/b bendi de, 'karapara aklama suçu'nu tanımlamıştır. Kanun'un 7/1. maddesi ile, karapara kapsamındaki mal ve değerler ile bunların ele geçirilememesi halinde, bunlara tekabül eden mal varlığının müsaderesi düzenlenmiştir.

SONUÇ

Yazımızda öncelikle uyuşturucu madde suçları ile ilgili yargılamalarda, güvenlik kuvvetleri tarafından haber elemanı olarak kullanılan ve uygulamada X muhbir ya da ajan olarak adlandırılan kişilerin mahkemelerce tanık olarak dinlenebilmelerinin koşullarını açıklamaya çalıştık. Uyuşturucu madde suçlarını ihbar eden bu kişilerin din-

(37) Yargıtay 10. Ceza Dairesi, T. 22.01.1998, E. 1997/12054, K. 1998/241

(38) Yargıtay 10. Ceza Dairesi, T. 22.01.1998, E. 1997/12096, K. 1998/242

UYUŞTURUCU MADDE SUÇLARINDA MUHBİRİN DİLENMESİ, DAVAYA MÜDAHALE VE SUÇTA KULLANILAN EŞYANIN MÜSADERESİ

lenebilmelerinin kendi rızalarına bağlı olduğunu, bu şahısların kimliklerinin herhangibir şekilde açığa çıkması halinde dahi rızaları olmadıkça dinlenemeyeceklerini vurguladık. Mahkemelere kendiliklerinden müracaat ederek, olayda X muhbir olduklarını, tanık olarak ifade vermek istediklerini beyan eden kişilerin de gerçek ihbarcı olup olmadıklarının, ilgili güvenlik biriminden sorularak doğrulturulması gerektiğini açıkladık.

İncelememizin ikinci konusunu; suçla ilgili eşyalarda (suçta kullanılan, kullanılmak üzere hazırlanan, suçtan meydana gelen) hak iddia eden üçüncü şahısların davaya katılmaları oluşturdu. Ceza ve usul kanunlarında bu kişilerin davalara ne şekilde katılacaklarına dair açık bir hüküm bulunmamasına karşın, bu kişilerin verilecek müsadere kararlarından etkilenecek olmaları nedeniyle davalara katılabileceklerini, Ceza Muhakemeleri Usul Kanun'undan bu şahıslara verilebilecek en uygun sıfatın 'malen sorumlu' olduğunu ve bu kişilerin sanıkların sahip oldukları haklara sahip olduklarını açıklamaya çalıştık.

Son olarak da suç konusu uyuşturucu maddeler ve suçla ilgili eşyanın müsadere konusunu araştırmaya çalıştık. Suç konusu uyuşturucu maddenin TCK'nın 36/2. maddesi uyarınca sanık mahkum olmasa bile mutlaka müsadere edilmesi gerektiğini; suçta kullanılan, kullanılmak üzere hazırlanan veya fiilin işlenmesinden hasil olan eşyaların ise, sanığın mahkum olması ve eşyanın fiilde methali olmayan kimselere ait olmaması koşulu ile TCK'nın 36/1. maddesi uyarınca müsadere edileceğini açıklamaya çalıştık.

—oOo—

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Anayasa Mahkemesi Kararı

Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, C. 1-2

Aydın, Öykü, D, Malvarlığına İlişkin Bir Emniyet Tedbiri Olarak Türk Ceza Yasasında Müsadere, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 43, Yıl. 1993, Sayı. 1-4

Erem, Faruk, Ceza Usulü Hukuku, Ankara, 1973

Erem, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 1993

Erem, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. II, Ankara, 1985

Gözübüyük, A. Pulat, Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul, 1988

Günel, Yılmaz, Uyuşturucu Madde Suçları, Ankara 1996

Kunter Nurettin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1989

Kurt, Şahin, Uygulamada Uyuşturucu Madde Suçları, İstanbul, 1992

Kuru, Bakı, İcra İflas Hukuku, Ankara, 1975

Meydan Larousse

Özön, M. Nihat, Osmanlıca Türkçe Sözlük, 1993

Taner Tahir, Ceza Hukuku, İstanbul, 1953

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı

Yargıtay 10. Ceza Dairesi Kararları

NİTELİKLİKLİ VE BASİT TEHDİT SUÇU (TCK. 191/1, so.

Hasan Tahsin GÖKCAN (*)

• ANLATIM DÜZENİ: A- Nitelikli Tehdit. 1- Suçun Hukuki Konusu. 2- Suçun Faili. 3- Suçun Mağduru. 4- Suçun Maddi Unsuru. 5- Öğrenme (Bildirme) Şartı. 6- Teşebbüs Hali. 7- Suçun Manevi Unsuru. 8- Hukuka Aykırılık Unsuru. B- Basit Tehdit. C- Haksız Tahrik. D- Suçun İşlendiği Yer. E- Fail Yada Mağdurun Memur Olması. F- Koğuşturma Ve Görev. G- Tehdit Suçunun Diğer Suçlardan Ayrımı. H- Tehdidin Diğer Suçlardan Ayrımı İle İlgili İçtihadlar. I- Tehdit Suçuyla İlgili Bazı Yargıtay Kararları. 1- TCK. 191/1.f ile ilgili Kararlar. 2- TCK. 191/son m. ile ilgili Kararlar.

A- Nitelikli Tehdit

TCK m. 191/1: "Bir kimse, kanunda yazılı hallerin haricinde, başkasını ağır ve haksız bir zarara uğratacağını bildirerek tehdit ederse, altı aya kadar hapsolünür."

1- Suçun Hukuki Konusu: Tehdit suçu, TCK'nun ikinci babı olan "Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler" kısmında "Şahıs Hürriyeti Aleyhine Cürümler" adlı üçüncü faslı içinde yer almaktadır. Suçun genel hukuki konusu "hürriyet" (özgürlük) kavramıdır. Özel hukuki konu, "şahıs hürriyeti" dir. Şahıs hürriyeti, feridin tüm faaliyet alanlarında kanun dairesinde serbestçe hareket edebilmesidir. Yani, hukuki neticeler doğuracak şekilde irade etmek, (düşünce ve ifade etme ve karar alma özgürlüğü), hareket etme ve özellikle hukuki işlemlerde bulunabilme hürriyetini korumaktadır. Tehdit fiili, kişinin iç sükununu, hukuki emniyet şuurunu ihlal ettiği için suç sayılmaktadır. Tehdit suçuyla, kişinin yukarıda anlatılan özgürlüğünü daha iyi kullanabilmesi için korkusuz, endişe duymadan, huzur içinde ve emniyet duygusuyla yaşaması sağlanmak istenmiştir. Tehdit, uyandırdığı manevi şiddet nedeniyle bir tehlike suçudur (1).

2- Suçun Faili: Fail, herhangi bir kimse olabilir. Mektupla tehdit suçunda, imzasız mektup ile suç işlenmiş olabilir. Bu durumda, mağdur kendisini tehdit edenin kimliğini açıkça anlayabiliyorsa mektup imzasız kabul edilmemektedir.

(*) **Bozüyük Hakimi.**

(1) Selçuk, İzzar ve Tehdit cürümlerinde Kast, YD. 1985, S. 3, s. 225

"Şikayetçi, imzasız mektubun sanık Nurşen tarafından yazılıp gönderildiğini derhal anlayarak şikayette bulunduğu göre mektup imzasız sayılmaz." (2).

"Şikayetin imzasız mektubu sanığın yazdığını anlayıp anlamadığını araştırma-
dan TCK. 191/1.f. yerine 2.f. nin uygulanması bozmayı gerektirmiştir." (3).

3- Suçun Mağduru: Mağdurun küçük olması, aklen malül olması, sağır ve dilsiz olması, uyuyan bir kimse olması hallerinde suç teşekkül edecek midir?

Tehdit fiili onun potansiyel olarak taşıdığı fizik tehlikeden çok, mağdurda yol açacağı ruhsal bozukluk nedeniyle suç sayılmakla, mağdur tehdidi algılayamayacak durumda ise (aklen sakat, küçük yada derin uykuda ise)ve onunla birlikte tehdit başkasına yönelmemişse suç oluşmayacaktır (4). Uyuyan kişi uyandıktan sonra tehdit ifade eden söz ve eylemi öğrenmişse suç oluşacaktır.

Küçüklerin tehdit fiilini anlayıp hürriyetlerinin ihlali söz konusu olmamakla beraber, velisinin iç dünyasını ve huzurunu bozup korkuya sevk edeceğinden, küçüğe yönelik eylem sonuç olarak velisini hedef alıyorsa tehdit suçu oluşacaktır.

Sağır ve dilsizler yönünden de özellikle sözle tehdit halinde velileri bakımından aynı şeyler geçerlidir. Ancak sağır ve dilsizin anlayıp korkacağı türden birtakım hareketlerle yapılan tehdit eylemi de suç teşkil edecektir. Akıl hastalarına karşı işlenmesi halinde, tehdit suçunun insanın güvenlik duygusunu koruduğu, akıl hastalarının da en azından duygusal da olsa karar alma yetenekleri olduğu ve korunmaya değer bulunduğu sebebiyle suçun oluşacağı söylenmektedir (5).

Mağdur birden fazla ise, mağdur sayısınca suç vardır; "...iki mağdura vaki tehdit sübuta erdiği halde tek suçtan ceza tayini aleyhe temyiz olmadığından bozma sebebi sayılmamıştır"(6).

(2) 4. CD. 19.4.1983, 1958/2287; İçel/Yenisey; Ceza Kanunları, B. 4. s. 533.

(3) 4. CD. 16. 1.1991, 108/290; age. s. 534)

(4) Selçuk, agm. s. 224, 225.

(5) Cihan ve Güven bu görüştedir; Güven Mustafa; Tehdit Suçunun Objektif Yapısı Üzerine Bir İnceleme, Adalet dergisi, 1987 S. 4, S. 58; Cihan, E.; Cebir Kullanma Cürmü, İÜHFY İstanbul 1978, s. 49; Güven, M.; age. s. 58'den naklen, Erem ve Toroslu'da, normal bir kimseye söylendiğinde tehdit sayılmayacak olan sözlerin aklen zayıf bir mağdur üzerinde korku yaratabileceğini söylemektedir. Erem, F. -Toroslu, N.; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yy. Ankara 1983, s. 102. Buna karşı Soyaslan; yaş, sağırılık, görmezlik gibi özel durumu nedeniyle tehdidi anlayamayacak olanlara karşı tehdit suçunun söz konusu olmadığı görüşündedir. Soyaslan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, B. 2. Savaş Yy. Ankara 1997, s. 608.

(6) 4. CD. 15.5.1975, 2810/2739; Şanal/ Aydınöz; Notlu ve İctihatlı Türk Ceza Kanunu, İstanbul 1979, s. 224.

4- Suçun Maddi Unsuru: Maddi unsur, "başkasını ağır ve haksız bir zarara uğratacağını bildirerek tehdit etmektir. Tehdit; ağır ve haksız bir zarara uğratılacağına mağdura bildirilmesidir." (7). Tehdit, bir tehlike suçudur. Neticenin meydana gelmesi şart değildir. Ancak, söz konusu tehlikenin gelecekte meydana gelmesi muhtemel olmalıdır. Gelecekte gerçekleşebilecek bir kötülük yoksa tehdit de yoktur. Mesela; "kardeşime tokat atsaydın seni öldürürdüm" sözünde tehdit yoktur (8). Tehdidin, tehdit edenin vukufuna ulaştığı anda suç tekemmül etmiş sayılmalıdır. Bu andan evvel mağdurda bir korku, güvensizlik ve huzursuzluk mevcut olamaz.

Zarar Kavramı: Zarar, ihlal edileceği sanık tarafından bildirilen bir hak veya meşru bir menfaattir. Zarar, hukuki önemi olan birşeydir. Zarar mağdurun beden bütünlüğüne ve kişiliğine olabileceği gibi mal varlığına da yönelik olabilir. Tehdide konu olan zararın belirli olması gerekir. Konusu belirsiz, "sana gösteririm" gibi bir ifade çoğunlukla belirsiz bir zarara ilişkindir.

Zarar, haksız olmalıdır. Haklı bir nedene dayanan tehditler suç değildir. Örneğin, çekin ödenmemesi halinde savcılığa şikayet edileceğinin bildirilmesi suç olmaz. Bir suçu öğrenenin faili ihbar etmek tehdidi de 191. maddeye girmez. Zararın haksız sayılması için suç olan fiillerden birini teşkil etmesi gerekmez. Suç teşkil etmeyen haksız zararlar da tehdit olabilir. Meydana gelmesi insan iradesi dışında olan zararlara dair tehditler (evine yıldırım düşürme, tarlasına dolu yağdırma gibi) kural olarak suç sayılmaz. Ancak, mağdurun akli durumunun nazara alınması gerekir. Aklen zayıf olan mağdurun bu fiili tehdit olarak algılanması halinde suç oluşabilecektir.

Zarar ağır olmalıdır. Hafif ise, 191/son fıkra kapsamına girer. Yargıtay, yaşama yönelik ve genellikle "seni öldüreceğim", "boğacağım", "yaşatmayacağım" gibi sözlerle yapılan tehdidi ağır kabul etmektedir. Vücut bütünlüğüne yönelik (*ağzını burnunu kırarım, bıçaklayıp felç yaparım gibi*) tehditlerde genelde ağır kabul edilmektedir. Sanığın nasıl bir hareket yapacağı hususu açıklanmamışsa, genel bir ifade kullanılmışsa (*belanı bulacaksın, ayağını denk al, kendini kolla, seninle hesaplaşacağız* gibi sözler) tehdit ağır kabul edilmemekte, sair tehdit sayılmaktadır. Yine yalnız hareket ve işaretlerle yapılan tehdit ağır sayılmamaktadır.

Tehdit, söz ve yazı ile olabileceği gibi birtakım hareketler yada işaretlerle de olabilir (9). Mağdurun bahçesine husumeti olan sanığın bir hayvan ölüsünü atması,

(7) CGK. 7.11.1995, 4-223/322; CGK, 3.5.1993, 4-102/129; Uygun; Ceza Genel Kurulu Kararları, Ankara 1997 s 154-156.

(8) Soyaslan; age. s. 608

(9) "...bir söz söylenmeksizin mücerret bıçak göstermenin TCK. 191/son maddesine uyacağı," (2. CD. 28. 12. 1989, 11170/13199; Savaş/Mollamahmutoğlu; TCK. Yorumu, C. 4. s. 1798) ve "Aynı anda sarf edilen sözlerin tek suç teşkil edeceği gözetilmeden sanığın

evinin kapısına ölümü hatırlatan bir işaret çizilmesi gibi mağdurda korku doğurabilecek davranışlar tehdit suçunu oluşturur. Tehditte kullanılan vasitanın gerçekten elverişli olması şart değildir. Tehdit maksadı ile çekilen silahın boş olması halinde de mağdurun bu durumu bilmemesi şartı ile suç oluşur.

Netice meydana gelirse, ayrı bir suç teşkil etmiyorsa suçun vasfı değişmez. Yine tehdit suçu oluşur. Netice ayrı bir suçu teşekkül ettirmişse ayrı iki olay mevcuttur. İçtima hükümleri uygulanmalıdır.

5- Öğrenme (Bildirmek) şartı: Suç, mağdurun bilgisine (vukufuna) ulaştığı anda tekemmül etmiş olur. Kanun, tehdidin mağdurun huzurunda olmasını aramamakta, haberdar olmasını şart koşmaktadır. İmzasız mektubun tehdit kabul edilmesi (TCK 188/3) de kanunun gıyapta tehdidi kabul ettiğini göstermektedir. *"müştekinin yokluğunda vuku bulan tehdit suçunda silahın cezayı ağırlaştırıran bir neden olarak kabulünün mümkün bulunmadığı düşünülmeden TCK. 191/1.f. yerine 2.f. ile ceza tayini bozmayı gerektirmiştir."* (10). Bildirmek sözcüğü, herhangi bir şeyi haber vermek, anlatmak, ifade etmek, bilinir hale koymak, söylemek, göstermek anlamlarına gelmektedir. Dolayısıyla bu anlamıyla bildirilen tehdit eyleminin mağdur tarafından öğrenilmesi anında tehdit suçu oluşur.

6- Teşebbüs halli: Bu suç, tehlike suçu olduğundan, sanığın eyleminin mağdurca öğrenilmesi ile teşekkül eder. Bu nedenle teşebbüse elverişli değildir. Fakat mağdurun gıyabında yapılan tehdit eyleminde, eylemi mağdurun öğrenmesine kadar fiil eksik teşebbüs safhasında kalır. Örneğin mektupla tehditte mektubun muhataba ulaşmadan ele geçmesi hali böyledir. Bütün icra fiilleri tamamlandıktan sonra suç tekemmül etmiş olacağından tam teşebbüsün hiç bir zaman mümkün olmayacağı kabul edilmektedir (11).

7- Suçun Manevi Unsuru: Suçun genel kastla işlenmesi gereklidir. Özel kast aranmamaktadır (12). Fiil özel kastla işlenirse başka bir suç oluşabilir; *"...sanıkların icra yoluyla takibi olanaklı bulunan senetli alacaklarını elde etmek özel kastıyla (sâ-*

TCK. 191. m. nin ilk, hem de son fıkrası ile mahkumiyetine karar verilmesi" (2. CD. 27.10.1976, 8113/9104; Şanal/Aydınöz; TCK. İstanbul 1979, s. 222)

(10) 4. CD. 20.10.1987, 6485/8308; Savaş(Mahmutoğlu; age. s. 1799

(11) Gözübüyük, A.P.; TCK Gözübüyük Şerhi, C. 11, B. 5, Kazancı Yayınları, İstanbul, s. 519; Erem-Toroslu; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yy. Ankara 1983, s. 101.; Koyuncu, B. Ali; Türk Ceza Kanununda Teşebbüse Uygun Olmayan Suçlar, Adalet Dergisi, 1988, S. 2, s. 145.; Soyaslan; age. s. 610

(12) "Tehdit suçunun oluşması için özel kast aranmaz. Failde suç işleme genel kastının bulunması yeterlidir. Fiilin belli bir saikle işlenmesi de aranmaz." ; CGK. 7.11.1995, 4-293/322 ve CGK. 5.4.1993, 348/70; Uygun; YCGK. Kararları, s. 154-156.

ik) maddi ve manevi cebir kullandıkları, ancak araya giren tanıkların müdahalesi sonucu alacaklarını katılandan alamadıkları anlaşılmasına göre, sanıkların eylemi TCK. 308. maddesine uyan ihkakı hak suçuna kalkışma aşamasında kaldığı...” (13).

Eylemin bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi, yani sanığın eyleminin sonucunda mağduru haksız bir zarar vermekle korkutmak şuuru içinde olması gerekmektedir. Failin ayrıca neticeyi gerçekleştirmek niyetinde olup olmamasının önemi yoktur. Yargıtay tehdit suçunun taammüden işlenmesini şart koşmaktadır (14). Müna-kaşa ve kavga sırasında fevren sarf edilen tehditkar sözlerin ciddi olmayacağı sebebiyle suç teşkil etmediği görüşündedir. Eylem öfkeyle işlenmişse, öfkeyle söylenen sözlerde kasıt/tasarlama ögesinin bulunmadığı sonucuna ulaşmış (15), son kararlarında ise buna bir de, öfkeyle söylenen sözlerin korkutmaya “uygun, elverişli, yeterli” olmadığı varsayımını ekleyerek, öfkeyle işlenen tehdit cürümlerinde “işlenmez suç” görüşünü benimsemiştir (16). Doktrinde Gözübüyük, Majno, Puccioni ve Carrara Yargıtay paralelinde düşünmekte iken, Cihan, Toroslu, Selçuk ve Soyaslan ise suçun teşekkülü için taammüdün şart olmadığı görüşündedirler (17). Esasen, İtalyan doktrini ve uygulamasında bu gün için baskın görüş; hiddet ve tehevürün kasdı ortadan kaldırmadığı yönündedir (18).

(13) CGK. 17.2.1992, 4-10/32; Savaş/Mollamahmutoğlu, age. s. 1795-1796.

(14) YCGK'nun 2.7.1979 gün ve 182/312 sayılı Kararı; “sanığın tehdide konu edilen sözleri, cereyan eden bir ağız kavgası ve çekişme sırasında fevren sarfettiğinin anlaşılması ve Yüksek Yargıtayın yerleşmiş ichtihadına göre, hakaretle mütefarik olarak fevren söylenen sözlerde tehdit suçunun taammüt unsurunun oluşamayacağına”, yine 17.12.1984 gün, 190/436 ve 9.11.1987 gün, 376/533 ve 5.11.1990, 219/252 sayılı kararları ile 2. CD'nin 18.12.1990, 12900/13326 sayılı ve 18.12.1990, 12947/13395 sayılı kararlarında “münakaşa sırasında fevren söylenen sözlerde tehdit suçunun unsurlarının oluşmadığı” belirtilmiş, 4. CD'nin 25.9.1975 gün, 4715/4754 sayılı ve 5.2.1975 gün, 452/426 sayılı kararlarında “kavgada fevren söylenen sözlerde tehdit suçunun taammüt unsuru yoktur” denilmiştir. Yine CGK. nun 5.11.1990, 2-219/252 sayılı kararı; “...tehdit suçundan sözedebilmek için tehdide konu sözlerde tasarlama unsurunun bulunması gerekir. Bir kavga sırasında öfkeyle söylenen sözlerde tasarlama olmayacağından ...suç oluşmamıştır.”; Uygun/Savaş/Mollamahmutoğlu; YCGK. Kararları, s. 121.

(15) CGK. 9.10.1989, 240/283; 25.6.1990, 149/198; 4.3.1991, 33/60; Selçuk; Kavramlar, Adlandırmalar ve Kararlar, Yargıtay Dergisi, 1993, S. 4, s. 427.

(16) CGK. 18.2.1991, 368/36; 25.3.1991, 66/92; 1.3.1993, 355/39; 5.4.1993, 348/70; Selçuk; Kavramlar.. s. 427, 428.

(17) Majno; Ceza Kanunu Şerhi, Yargıtay Yayınları, Sevinç Matbası, Ankara 1978, s 124-125; Gözübüyük, A.P.; TCK şerhi, Kazancı Yy. C. 11, B. 5, s. 519; Cihan, E, age, s. 151, 152, Güven, M.; Tehdit Suçunun Subjektif Yapısı Üzerine Bir İnceleme, AD. 1988, S. 6, s. 96'dan naklen, Erem-Toroslu; age, sh. 103, Selçuk, S; Izrar ve Tehdit Cürümlerinde Kast, YD. Temmuz 1985, S. 3, s. 227.; Soyaslan; age. s. 610.

(18) Yazıcıoğlu; Tehdit Suçu Üzerine, YD. Temmuz 1993, s. 241

Doktrinde, hiddet ve tehevürün kasdı ortadan kaldırmadığı, bu halde ani kastın var olduğu kabul edilmektedir (19). Hiddet halinde ani kast var olduğuna göre, kavgada kızgınlıkla söylenen sözlerde tehdit suçunun kabul edilmesi gerektiği, aksi fikrin kabulü halinde tehdit suçunun uygulamasının kanun koyucunun arzu etmediği bir yola gireceği ve uygulamanın daralacağı ifade edilmektedir (20).

Selçuk, oluşum süreci ve yoğunluk açısından kastın ikiye ayrıldığını belirtmektedir; "Ani (öfkeli-taşkınlık) kast (dolo di impeto) ve düşünce (sürekli) kastı (dolo di proposito). Birincisinde, suç işleme kararı ile işleme anı arasındaki zaman dilimi yok denecek kadar azdır. İkincisinde ise bu zaman dilimi algılanabilecek orandadır. Birincisinde kast en az yoğunluktadır, ancak vardır. İkincisinde ise kast yoğunlaşmıştır. Düşünce kastının en yoğun biçimi tasarlamadır (taammüttür). Öfkeli (ani) kastın kast olarak benimsendiği çağda, öfkeyle söylenen sözlerde kastın bulunmadığını ileri sürmek, çağın çok gerisinde bir düşüncedir. Kaldı ki tehdit cürmü çoğu kez kavga ve tartışma sırasında işlenir. O yüzden sözlü tehditin, frenlenmemiş bir öfke yada tutkunun sonucu olduğu, failin düşüncesini aştığı, yazılı tehditin ise çok daha düşünülerek eyleme dönüştüğü, o yüzden daha ağır olduğu söylenmiş, ancak öfkenin tehdit suçunun kast ögesini ortadan kaldıracığı hiçbir zaman ileri sürülmemiştir." (21).

Yargıtay'ın uzun yıllarca tehdidin varlığı için şart gördüğü taammüd konusundaki istikrarlı görüşünü 4. CD. nin 26.3.1991 gün ve 1197/1920 sayılı kararı bozmuştur. 4. CD bu kararında; "*Bir tehlike suçu olan tehdidin ciddi olup olmadığı hususu, tehlikeyi içeren sözlerin gerçekleşmesinin kaçınılmaz olup olmamasına göre değil, oluştuğu ortama ve tarafların bedensel ve ruhsal durumlarına göre tehdit edici sözlerin gerçekleşme olasılığı ve mağdurun iradesini etkileme derecesi ölçüleri içinde, önceden bir bir sayılması olanaksız etkenler gözetilerek, ilk mahkemece değerlendirilecek olgusal bir sorundur... Öyleyse... ilke boyutunda... suçun yapısına ilişkin yukarıda açıklanan nedenler gözetilmeden, tartışma ve kavga sırasında salt öfkeyle işlenen tehdidin suç olamayacağı nedenine*" dayanılamayacağı ifade edilmiştir.

Bu arada, 18.11.1993 gün ve 51/1 sayılı YİBK ile; YCGK'nun 25.3.1991 tarih ve 66/92 sayılı kararında taammüd unsuruna açıkça yer verilmediği, ancak bunun yanında "*kızgınlık anında sarf edilen gelişigüzel sözlerde tehdit kasdı vardır denilemez*" ifadesiyle tehdit unsurunun belirlenmesinde olaya özgü değerlendirmeye ağırlık verildiği belirtilmektedir. Yine, İBK'da; "CGK.nun anılan kararında olaysal değerlendir-

(19) Mantovani, Antolisei, Bettioli, Dönmezer, Erman, Önder; Yazıcıoğlu, age. s. 240'dan naklen.

(20) Selçuk, S; Izrar ve Tehdit Cürümlerinde Kast, YD. 195; S. 3, s. 228

(21) Selçuk; Izrar... s. 227-228.

meye ağırlık veren yeni bir eğilim içinde olduğu, bu konuda uygulamanın netleşmesini beklemenin yerinde olacağı" ifade edilmektedir. Ancak YCGK son kararlarında taammütten daha az bahsetmekle beraber kavga sırasında söylenen sözlerde tehdit suçunun unsurlarının bulunmayacağı" görüşünü de devam ettirmektedir (22).

Tehdit Korkutucu olmalıdır. Tehdit suçunda failin doğrudan doğruya gayesi mağdurda bir korku doğurarak onun iç huzurunu bozmaktır. Yargıtay, tehdit kastının varlığının tespitinde failin eyleminde "korkutuculuk, ürkütücülük" unsurlarını aramaktadır. (YCGK 7.11.1995, 4-293/322) Sanık, korkutmak için değil de örneğin kavga da kaçarken kurtulmak amacıyla hareket ediyorsa tehdit kasdı yoktur. Failin kastının suça, tehditten başka bir cürüm mahiyeti vermemesi gerekir.

Ceza Genel Kurulu; eylemin mağdur üzerinde failen korku yaratmasını şart görmektedir;

"Failin sözleri mağdur üzerinde ciddi bir korku yaratmıyorsa...tehdit suçunu oluşturduğu söylenemez." (23).

"..Kaldı ki, sanığın bu sözleri mağdur üzerinde korku yaratmamış, sanığın üçüncü kattan olay yerine gelmesini beklemişler ve kavga etmişlerdir. Bu durumda söylenen sözlerin umursanmadığını, dikkate alınmadığını göstermektedir." (24).

"Şikayet dilekçesinde ve mağdurun duruşmadaki beyanında tehdit suçundan hiç bahsetmemesi, tanık beyanlarının saptanmasından sonra beşinci oturumda tehdit edildiğini de söylemesi mağdurun söylenen sözlerin ne olduğunu bile ciddiye almadığını ve mağdurun söyleneni umursamadığını göstermektedir." (25).

Buna karşı, Soyaslan; korkutma unsurunun mağduru zorunlu olarak korkutmak anlamına gelmediğini belirtmektedir. Ona göre mağdur bu eyleme karşı duyarsız kalsa dahi mağdurun bu halinden faile bir avantaj sağlanamaz. Önemli olan eylemin objektif olarak korkutucu olmasıdır (26).

Tehdit ciddi olmalıdır. Söz ve hareketin mağdur üzerinde ciddi korku yaratacak nitelikte olması aranmaktadır. Tehdit suçuyla korunmak istenen hukuki yararın tehlikeye düşürülüp düşürülmediği hususu nesnel olarak araştırılmalı, her olayın koşulları ve eylem anı değerlendirilmelidir (27).

(22) YCGK'nun 7.11.1995, 4-293/322, 3.5.1993, 4-102/129, 5.4.1993, 4-348/70 sayılı kararları; Uygun, M.; Ceza Genel Kurulu Kararları, s. 154-159.

(23) CGK. 7.11.1995, 4-293/322 ve 3.5.1993, 4-102/129; Uygun; YCGK. Kararları, s. 154-156

(24) CGK. 5.4.1993, 348/70; age. s. 156-159.

(25) CGK. 1.3.1993, 2-355/39; Savaş/Mollamahmutoğlu, age. s. 1793-1795.

(26) Soyaslan; age. s. 609.

(27) Selçuk; Izrar ve Tehdit Cürümlerinde Kast, YD. 1985, S. 3, s. 224.

“...sanıkların sözlerinin mağdur üzerinde ciddi bir korku yaratacak nitelikte ve sonuç almaya elverişli, yeterli, uygun vasıta olup olmadığı tartışılarak...” (28).

“Saniğin yıkadığı çamaşırlarının üzerine üst katta oturan müşterinin çamaşır silkelemesi üzerine hiddetlenerek müşterinin kapısına gidip söylediği tehdidimiz sözlerin muhatabı üzerinde ciddi bir korku ve endişe yaratmaktan uzak niteliği itibarıyla tehdit suçunun unsurlarının oluşmadığı,” (29).

Yargıtay kavga sırasında söylenen sözlerin ciddi olmadığı nedeniyle suç teşkil etmediği görüşündedir (30).

Fail hareketinin haksızlığının şuurunda olmalı ve haksız olduğunu bildiği eylemi gerçekleştirmeyi de istemiş olmalıdır. Fail sözlerinin tehdit niteliğinde olduğunun bilincinde değilse, örneğin kullandığı sözcüğün anlamını bilmiyorsa yada hukuka aykırı olmadığı inancındaysa kast bulunmayabilir. Çünkü bu durumda başkasının hakkını çiğneme iradesi yoktur (31).

8- Hukuka Aykırılık Unsuru: Kanundaki, “kanunda yazılı hallerin harcinde” ifadesinden ve sonraki “haksız” kelimesinden anlaşılacağı gibi tehdit suçunda da genel hukuka uygululuk halleri geçerlidir. Konusu haksız bir eylem ise tehdit suçu oluşur. Saniğin tehdit ettiği hususla gerçekleşecek netice “haklı” ise suç oluşmaz. Yani sanık tehdit olarak söylediği şeyi gerçekleştirmesi halinde (alacak davası açması gibi) hukuka aykırılıktan bahsedilemiyorsa tehdit haklı sayılır, suç oluşmaz.

B- Basit Tehdit (TCK 191/son)

TCK m. 191/son: “Sair tehdidat için alınacak ağır cezaya nakdi otuz liradır. Ancak bu bapta mutazzarrır olan şahıs tarafından şikayetname verilmedikçe takibat yapılmaz.”

Nitelikli tehditte tehdidin “ağır zarara” uğratmaya yönelik olması şart olduğundan tehdidin ağırlığı bir şiddet sebebi değildir. Maddenin son fıkrasında “sair tehdidat” olarak belirtilen suç ile; haksız fakat ağır olmayan bir zarara uğratılacağına sanığa bildirilmesi suretiyle yapılan tehditler kastedilmektedir. Burada müstakil bir tehdit suçu söz konusu değildir. Nitelikli tehdidin ağır zarar dışındaki tüm unsurları burada da geçerlidir. Bu suç bir anlamda “hafif zarar” tehdididir. Tehdide konu hafif zarar gerçekleşirse bu durum suçu nitelikli tehdide dönüştürmez. Gerçekleşen netice bizatihi bir suç teşkil ediyorsa bu suç ile 191/son ictima eder. “*Tehdidi kapsayan bir*

(28) CGK. 5.4.1993, 4-95/72; YKD. Mayıs 1993, s. 767, 768.

(29) 2. CD. 1.7.1993, 7432/8379; Erdurak, Notlu İctihatlı TCK. Ankara 1994, s. 337.

(30) YCGK, 5.4.1993, 348-70

(31) Selçuk; İzzar... s. 225.

söz söylemeksizin eve dışardan silah atan sanığın eylemi TCK. 188/3 maddesine değil, 191/son maddesine uyar.” (32).

Yargıtay'ın uygulamalarına göre; “senin kocanla hesabım var”, “ayağını denk al sana yapacağımı bilirim”, “seni döveriz, çarparız, belanı bizden bulursun”, “sürgün gideceğin yeri beğen”, “sana soracağım”, “erkeksen gel dışarı kozumuzu paylaşalım”, “sakalını tek tek keseceğim”, “Benimle uğraşma sonun kötü olur”, vb. ifadelerle yada “mücerret bıçak göstermek”, “hiç bir şey söylemeden silah doğrultmak yada yere silah sıkmak” şeklinde fiili tehdit halleri 191/son m. kapsamında görülmektedir.

Basit tehdidin bir farkı da şikayete bağlı olmasıdır. Nitelikli tehdit şikayete tabi olmadığı halde basit tehdit şikayete tabidir. Ayrıca basit tehdit TCK 119 m. kapsamındadır.

C- Haksız Tahrik:

Gerek nitelikli tehdit, gerek basit tehdit halinde sanığın tehdidine mağdurun haksız tahriki neden olmuşsa TCK. 51. maddesi uygulanır (33).

Okul yönetmeliğine aykırı davranışı tespit edilerek, disiplin kurulunca cezalandırıldığı anlaşılan sanığın, kurulda üye olan şikayetçiyi bu nedenle tehdit etmesinde haksız tahrikten bahsolunamayacağının düşünülmesi bozmayı gerektirmiştir (4. CD. 27.10.1981, 5681/6250; Çağlayan; age. s. 456)

D- Suçun İşlendiği Yer:

Tehdit suçu, neticesi harekete bitişik bir suç olduğundan suçun işlendiği yer icra hareketlerinin tamamlandığı yer olacaktır. Yüze karşı tehditte fail ve mağdur aynı yerde olup bu kural geçerli olmakla beraber gıyabta tehditte, örneğin mektupla yada telefonla tehditte hareketin icra yeri farklıdır. Gıyabi tehditte suç mağdurun öğrendiği an gerçekleştiğinden kanatırınızca mağdurun öğrenme yeri suç yeri olmalıdır.

E- Fail Yada Mağdurun Memur Olması

Fail memur ise; TCK. 251. ve 281. maddelerin unsurlarının varlığı araştırılmalıdır. Ayrıca yerine göre, TCK. 243, 245. maddeleri de söz konusu olabilir. Memur olan fail, bir başka memura karşı bu eylemi icra ederse; TCK. 191, 251, 273. maddeler uygulanır.

Mağdur memur ise; TCK. 254, 258. maddeler söz konusu olabilir. Bu maddeler oluşmuyorsa ve eylem memurun sıfat ve hizmetinden dolayı vuku bulmuşsa TCK. 273. madde uygulanacaktır.

(32) Erem, F.; Türk Ceza Hukuku, C. 3, Özel Hükümler, Seçkin Kitabevi, Ankara 1985, s. 258.

(33) Erem, F.; age. s. 258.

"...Reşmi sıfatı olan yakınına karşı görevden ötürü işlenen tehdit suçu nedeniyle TCY. nın 273. maddesinin uygulanmaması ... yasaya aykırı görüldüğünden.." (34)

F- Koğuşturma ve Görev

TCK. 191/son fıkrasındaki suçun koğuşturulması şikayete tabi olup vazgeçme ile düşer. Ayrıca 191/son fıkradaki suç şahsi dava yolu ile takibi mümkün suçlardan- dır (CMUK. m. 354/1). Yine bu suç, TCK. 119. maddesine (önödeme) tabidir.

"(Öcümü senden alacağım, yanına bırakmayacağım) şeklindeki sözlerin TCK. 191/son. maddesindeki adiyen tehdit suçunu oluşturduğu, TCK. 119. maddeye göre ön ödeme olanağı tanınması gerektiği gözetilmeden ..." (35)

TCK. 191/1. maddesinde yazılı suçun takibi şikayete bağlı olmayıp, C. Savcılığınca resen soruşturulur.

Suçun asıl niteliği şikayete tabi ise, memuriyet unsuru bu niteliği değiştirmez.

TCK. 191/1 ve 191/son fıkralarına giren tehdit suçlarının yargılanması Sulh Ceza Mahkemesinin Görevine girer (Mer'iyet Kanunu m. 29).

Memuriyetin bir unsur olarak yer alması halinde; 10.12.1941 gün ve 34/30 sayılı İctihadı Birleştirme Kararına göre; *"TCK. nun 251, 271, 273, 281, maddelerinin uygulanmasını gerektiren davaların görülmesi asıl ceza mahkemesinin görevine giren bir maddeden alınsa dahi Asliye Mahkemelerinin görevine girer."* (36)

G- Tehdit Suçunun Diğer Suçlardan Ayrımı:

Failin özel kastı başka bir cürüm olabilir. Tehdit fiili özel cebir ve şiddet yoluyla bir şeyi yapmak veya yapmamak yada yapılmasına mücade etmek suretiyle olursa 188. madde kapsamına girer. Yine bir kimsenin hürriyetini kısma yoluyla işlenirse 179. madde uygulanacaktır. Yargıtay'ın taammüdü tehdidin kıstası gibi görmesi ve kavgada tehevüren söylenen sözlerin tehdit olmayacağı yolundaki görüşü bu ayrımı kolaylaştırmakta idi. Ancak son yıllarda bu görüşünde yumuşama olması, her olayın özel durumunun ağırlık kazanmasına yol açmaktadır. Bu durumda sanığın özel kastının çok dikkatlice tespiti gerekmektedir.

Tehdit suçunu benzer suçlardan ayırd eden en önemli unsur; tehdidin "başkasını ağır ve haksız bir zarara uğratmak kastıyla" işlenmesidir. Fail bu bilinçle hareket

(34) 4. CD. 15.1.1996, 1995/7965-1996/24; YKD. Ekim 1996, s. 1652, 1653

(35) 2. CD. 4.7.1989, 6549/6635; Savaş/Mollamahmutoğlu, age. s. 1799.

(36) İçel/Yenisey; Ceza Kanunları, İstanbul 1994, s. 586.

etmelidir. Mağduru korkutma amacı, mağdurun gelecekte öyle bir zarara uğrayacağı yönündedir. Diğer suçların kastından farkı böylece ortaya çıkacaktır. Örneğin kavgada korkutmak için silah çekme suçundaki korkutma amacı, kavgada üstünlük sağlamaya yöneliktir. Yine, tehdit suçunun hukuki konusu kişinin iç huzuru ve güven ortamı iken, kavgada silah çekme suçunun hukuki konusu insan hayatının tehlikeye girmesidir. Ayrıca Yargıtay'ın uygulamasına göre tehditte tasarlama, taammüt aranıyor olması da önemli bir farktır. Yargıtay CGK. nun 17.12.1984 gün, 190/436 sayılı kararında; *"nitekim Yargıtay'ımızın bu güne kadar ki uygulamalarında sanığın kavga sırasında fevren sarf ettiği sözlerde tehdit suçunun tasarlama unsurunun bulunmadığı; ...tehdit suçunun tasarlanarak işlenmesi şarttır."* denmektedir. Yine Yargıtay 2. CD'nin 17.8.1993 gün 10223/9531 sayılı, 26.12.1939 gün 13994/13731 sayılı kararlarında; *"kavga sırasında hiddet saikasıyla sarf olunan sözlerde tehdit kastı bulunmadığı"* belirtilmiştir.

H- Tehdidin Diğer Suçlardan Ayrımı İle İlgili İçtihatlar:

(Dosya incelenerek sonucuna göre)

a) Sanığın, silahı göstererek yada ateşleyerek tehdit sözlerini söylediği kabul edildiği takdirde, TCY'nın 191/2 m. nin,

b) Sanığın, "halledeceğim, oyacağım" biçimindeki tehdit sözlerini söyledikten sonra ve kavga sürerken uzaklaşarak silahla havaya ateş ettiği kabul edilmesi durumunda, TCY'nın 191/son, 466/2. maddelerinin,

c) Sanığın mağdurenin yanına gelmeden önce, uzak mesafeden hedef almadan ateş ettiği ve daha sonra gelip silahsız olarak tehdit sözlerini söylediği kabul edilmesi halinde (eylemin bütünüyle tek suç oluşturduğu gözetilerek) TCY'nın 191/son m. nin uygulanması gerekirken, eksik soruşturma ve yetersiz gerekçeyle hüküm kurulması ...yasaya aykırı görülerek hükmün bozulmasına... oybirliğiyle karar verildi.

(4. CD. 3.10.1996, 5844/7297; YKD. Ocak 1997, s. 123; 124)

• Sanıkların önceki husumet nedeniyle (kavga olmaksızın) müştekilerin evlerine ateş ettikleri ...doğrulandığı cihetle, eylemlerinin TCK 191/son f.na uyan fiili tehdit suçunu oluşturduğu gözetilmeden TCK 466/2.m. ile hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir (2. CD. 26.11.1993, 13245/724; Erdurak; TCK. 1994, s. 330).

• "Aralarında kız kaçırma meselesinden önceye dayalı husumet bulunan sanıklarla mağdurlar arasında meydana gelen kavgada, sanıklardan Cuma'nın korkutmak amacıyla tüfekle ateş ettiği, bu suretle eylemin TCK 466/2f. da öngörülen suçu

oluşturduğu gözetilmeden, fiilin sair tehdidat olarak kabulü ...bozmayı gerektirmiştir (2. CD. 11.6.1991, 6194/7007; Erdurak; TCK. 1994, s. 323).

• Saniğin gece karanlığında üzerlerine gelen kalabalığı görünce kavga olmadan havaya ateş etmekten ibaret eyleminin 191/son f.na uyacağı... gözetilmeden 466/2.m. ile hüküm kurulması (2. CD. 24.9.1991, 8906/9672; Erdurak; age. s. 324).

• Sanıkların müştekilere ait araziye uzak mesafeden av tüfeği ile ateş etmelerinin ...sair tehdit olacağı halde TCK 466/2.m. ile hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir (2. CD. 27.10.1992, 9350/10074; Erdurak; age. s. 329).

• Saniğin, aralarında husumet bulunan müşteki ile herhangi bir kavga olmadan, kendisini görünce mavzer tüfeği ile hedef gözetmeden ateş etmekten ibaret eyleminin TCK 191/son f. na uyduğu ..ve TCK 119 m. uyarınca ön ödemeye tabi olduğu düşünülmeyen kavgada korkutmak maksadıyla silah boşaltmak suçundan mahkumiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir (2. CD. 13.3.1992, 2641/3097; Erdurak; age. s. 327).

• Saniğin, kardeşine müştekinin tokat atması nedeniyle çıkan kavgada korkutmak maksadıyla bıçak çektiği anlaşıldığı halde TCK 191/son m. ile hüküm tesisi bozmaya gerektirmiştir. (2. CD. 1.10.1992, 8633/9136; age. s. 329)

• Saniğin müşteki ile vaki münakaşa ve kavgaları sırasında havaya av tüfeği ile ateş ettiği anlaşılmasına göre eyleminin kavgada silah boşaltmak suçunu oluşturduğu halde TCK 191/son m. ile hüküm kurulması (2. CD. 12.9.1991, 8826/9250; Erdurak; age. s. 324).

• Tehdit konusu mektup içeriği ve savunmaya göre, saniğin kayınpederinden alacağı olan parayı istediği kabul edildiği halde, eylemin kendiliğinden hak alma suçunu oluşturduğunu gözetilmemesi (4. CD. 1.4.1992, 1625/2420; Erdurak; age. s. 327).

• "gönüllü veya gönülsüz sana tecavüz edeceğim" sözlerinin sürdürülen hakaret suçunun devamı olup, tehdit suçunu içermediği (2. CD. 23.12.1992, 12635/13358; Erdurak; age. s. 330).

• Müştekinin "B. ile yattım" diyerek haksız ve çirkin bir şekilde dedikodu yaptığı ve bu suretle iffet ve namusuna taarruz eylediğini öğrenen sanık, müştekiye mektup yazarak; evli bir kadın olduğunu ve hakkındaki dedikodulara son vermesini ihtar edip, beni ağzına alma pişmanlık duyarsın, ağabeylerim karını dağa çıkarırlar diye tehdit eylemiş olduğuna ve saniğin şart olarak ileri sürdüğü husus müştekinin haksız yere çıkardığı dedikoduya son vermesini talep etmekten ibaret olup işlememesini istediği şeyin müştekinin meşru ve tabi bir hakkı sayılamayacağına göre şartlı tehdit suçu unsurları teşekkül etmediğinden TCK 191/son, 188/1 m. leri uyarınca ve-

rilen hükümlülük kararının bozulmasına (2. CD. 1.4.1975, 1161/2542; Şanal-Aydinöz, age. s. 223).

• Birkaç tabirinin 2'den fazla kimseyi kapsadığı ve yerleşmiş içtihatların da bu doğrultuda olduğu gözetilmeden, iki sanık hakkında TCK. 191/1.f. ile ceza takdiri gerekirken yazılı gerekçeyle sözü geçen maddenin 2.f. ile hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir (4. CD. 8.12.1987, 7684/9761; S-M; age. s. 1800).

• Sanığın; "namussuz, şerefsiz adam, beni şikayet ettin" diyerek yüzüne karşı hakarete bulunduktan sonra sözlerine devamla "sana yapacağımı biliyorum, adım adım takip ediyorum" sözleri ile adı geçeni tehdit etmiştir. Bu sözlerin aynı zamanda ve arka arkaya söylenmesi ayrı suç teşkil etmelerine engel değildir. Çünkü ortada ağız kavgası ve çekişme bulunmadığına göre tehdide konu olan sözlerin fevren söylenmiş olduğu yolundaki kabul dayanaksız kalmaktadır (YCGK. 14.6.1971, 1970/218, 1971/223; Şanal-Aydinöz; TCK, 1979, s. 221).

• ...Davaya katılanlar saat 14-15 arasında, sanığın dükkanı önüne giderek tartışmışlar, sanığa müessir fiil ve hakarete bulunmuşlardır. Sanık suçun işlendiği bucağın ilçeye giderek C. Savcısına şikayette bulunmuş ve bucağa geri dönerek saat 17'de katılanların dükkanı önünde bağırıp çağırmış, hakaretimiz sözler söylemiş, tanıklar kendisini uzaklaştırmıştır. Aradan iki saat geçtikten sonra dükkanındaki bulundurma ruhsatlı tabancasını alan sanık, saat 19'da katılanların dükkanı önüne giderek onları silahla tehdit etmiştir.

Bu oluşa göre, üç eylem birbirinden ayrı ve bağımsız olarak cereyan etmiştir. İkinci eylemle, davaya konu üçüncü eylem arasında en azından iki saat geçmiştir. Dava konusu eylem, TCK 466. m.de yazılı kavgada meydana gelmemiştir. Sanık, en azından iki saat düşünmüş, bir kararlılık içine girmiş, daha önceleri yanına almadığı tabancasını bu kere yanına alarak katılanları tehdit etmiştir. Bu itibarla, sanığın, kavgada korkutmak için silah çekmek kasdıyla değil, katılanları tehdit kasdıyla davranışını anlaşıldığından, itirazın reddine karar verilmelidir (çoğunlukla) (CGK. 4.5.1981, 8/93-170; Çağlayan; TCK. B. 3, s. 446).

Not: Mahkeme sanığı TCK 191/2, 59, 6136 s. k. m. 13, TCK 59 ile mahkum etmiş, özel daire kararı onamıştır.

• Sanığın meşru olan hakkını istemesinde ileri sürdüğü şartın, şartlı tehdit suçunu oluşturmayacağı düşünülmeden, TCK. nun 191/1 m. yerine 188/1 m. ile ceza tayini bozmayı gerektirmiştir (4. CD. 29.5.1979, 4010/3452; Çağlayan, age. s. 459).

I- Tehdit Suçuyla ilgili Bazı Yargıtay Kararları

1) TCK 191/1..f. ile ilgili Kararlar:

“... **senin yuvanı yıkacağım**” şeklindeki sözlerin TCK 191/1 m.ni oluşturduğu (2. CD. 30.9.1987, 7115/7768) * “**sen benim oğullarımdan birinin başını yedireceksin, bir oğlumu senin için feda ederim**” sözleri kırsal kesimde başkasını ağır ve haksız zarara uğratacağını bildirmek... olduğundan (2. CD. 12.11.1987, 8125/9054) * “**seni geberteceğim**” sözünün TCK 191/1 maddesine mümas olduğu halde feragatla davanın düşürülmesi bozmayı gerektirmiştir. (2. CD. 12.3.1987, 1747/2603) * “**ben sana gösteririn, ben buranın yerlisiyim, sen görürsün sana rüşvet verdim**” şeklindeki sözlerin TCK. 191/1 m.ne uygun bulunduğu. (4. CD. 15.2.1987, 1747/995) * suça konu **mektubun sanık tarafından gönderildiği müstekice derhal anlaşılmalı bulunmasına göre imzasız sayılamayacağı** gözetilmeden 191/1. f. yerine 2.f. ile ceza tayini.. (4. CD. 18.12.1984, 8434/8742) * (Kaynak; S-M; age. s. 1802-1807)

“**seni şimdi boğayım mı, yoksa suya mı atayım?**” sözlerinin TCK. 191/1 olduğu (2. CD. 7.4.1982, 2022/983) * **mektupla tehditte fevri davranışın söz konusu olmayacağı** düşünülmeden beraatına karar verilmesi... (2. CD. 24.3.1982, 1681/1673) * iddianamede üç sanığında müştekiyi ölümle tehdit ettikleri yazıldığına göre suçun TCK. 191/2.m. ne girdiği ve kanıtların takdirinin ...Asliye C.M.ne ait bulunduğu gözetilerek **görevsizlik kararı** verilmesi gerekirken... (2. CD. 10.2.1982, 870/839) * “**senin kanını akıtacağım, arkadaşımın intikamını alacağım**” sözünün TCK. 191/1 m. kapsamında olacağı... (2. CD. 19.1.1982, 298/242) * “**Türkiye’den gitmezsen seni öldürürüm**” sözünün şartlı tehdit olduğu halde görevsizlik yerine TCK. 191/1 ile mahkûmiyete karar verilmesi ... (2. CD. 5.11.1981, 6647/7230) * “**yirmi güne kadar seni öldüreceğim**” sözlerinin TCK. 191/1 m. ne uyacağı... (2. CD. 22.9.1981, 5529/6160); (Kaynak; Gözübüyük; age. s. 532-540).

“**seni bu köyde yaşatmayacağım**” sözlerinin ağır tehdit niteliğinde olduğu halde TCK 191/son m. ile hüküm tesisi ... (2. CD. 8.10.1991, 9395/10128) * “**şikayet edersen seni keserim**” sözünün TCK 188/1.f. na uyduğu gözetilmeden TCK 191/1.f. ile hüküm kurulması (4. CD. 6.11.1991, 5386/6516) * Sanığın tehdit içeren sözleri söylediği sırada **tabancasının belinde sokulu olduğu anlaşılmasına göre** eyleminin ne suretle silahla tehdit suçunu oluşturduğu açıklanıp tartışılmadan TCK 191/1.f. yerine 2.f. ile hüküm kurulması (4. CD. 14.4.1992, 1868/2630) * “**ceza alırsam hepinizi öldürürüm**” sözünün TCK 191/1 m. ne girdiği halde 188/1 m. ile hüküm kurulması (4. CD. 16.4.1992, 1871/2840) * “**senin ağzını burnunu kırarım**”

şeklindeki sözlerin ağır ve haksız zarar niteliğinde bulunduğu ve TCK 191/1.f. na uyacağı (2. CD. 16.6.1992, 5921/6447) * **“bıçaklayıp felç yapacağım”** sözünün TCK 191/1 f. na uyacağı (2. CD. 2.6.1992, 5717/6106) * sanığın **eğinde balta olduğu halde “sizi yaşatmayacağım”** dediği ileri sürüldüğü cihetle, eyleminin TCK 191/2 m. çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğinin düşünülmemesi (2. CD. 16.12.1992, 12622/12988) * **“... başınızda erkek yok, başınıza olmadık şeyler gelecek , sonucu düşünün...”** şeklindeki sözlerin TCK 191/1f. na uyduğu (2. CD. 13.1.1993, 51/108) * Müştekinin **yokluğunda yapılan tehditte silahın artırıcı neden olmayacağı** gözetilmeden sanık hakkında TCK 191/2. mb ile hüküm kurulması bozmayı gerektirmemiştir (4. CD. 16.2.1993, 257/985); (Kaynak; Erdurak; TCK. 1994, s. 321-337).

2) TCK 191/son m. ile İlgili Kararlar:

“Yanına gelirim, seni yalağa basarım” tarzındaki sözlerin TCK. 191/son m. ne uyacağı .. (2. CD. 15.10.1987, 7730/8140); sanığın kavgadan 2-3 saat sonra **olay yerinden 100-150 metre uzaktan tüfeğini boşalttığı** ... halde TCK 191/son m. yerine ... TCK. 466/2 m. ile hüküm kurulması... (2. CD. 13.10.1987, 7761/8040)* mektupta yer alan **“belanı bulacaksın”** sözünün TCK. 191/son m. ne uyduğu ... (2. CD. 25.6.1987, 6062/6440) * **“... bunu sana bırakmam, başına ne gelirse benden bil”** sözünün TCK. 191/son kapsamında olduğu (2. CD. 21.4.1987, 3034/4026) * **“ben ona sorarım, ona gösteririm”** sözlerinin TCK 191/son m. olacağı (2. CD. 15.4.1987, 34534/3927) * **“...erkeksen çık dışarı kozumuzu paylaşalım...”** sözünün TCK 191/son olacağı (2. CD. 2.4.1987, 3052/3302) * **“sizi burada durdurmayacağız, buradan çekip gideceksiniz”** sözünün TCK 191/son m. oluşturacağı (2. CD. 25.3.1987, 2307/2806) * mektuptaki **“sakalını tek tek keseceğim”** sözünün TCK 191/son m. olacağı (2. CD. 19.3.1987, 177/2556) * **“benimle uğraşma sonun kötüye gider”** şeklinde sözlerin TCK 191/son f.daki sair tehdit olduğu (2. CD. 3.3.1987, 1339/1581) * **“seni de kızların gibi s.k. edeceğim”** şeklindeki sözlerin hakaret suçunu oluşturacağı düşünülmeden tehditten mahkumiyeti cihetine gidilmesi (2. CD. 22.5.1986, 466/4454) * **“ayağını denk al, sana yapacağımı bilirim”** sözünün TCK 191/son f.nı oluşturacağı (2. CD. 21.5.1986, 4801/4397) **“senin kocanla hesabım var”** sözünün TCK 191/son f. na uyacağı ... (2. CD. 28.1.1986. 414/438) * **... parmağını sallayarak “sana soracağım”** sözünün TCK. 191/son f. na uyacağı... (2. CD. 14.11.1986, 202/48) * aralarında herhangi bir kavga olmadan müştekiye **silahını gösterme** şeklindeki eyleminin TCK 191/son f. na uyacağı ... (2. CD. 17.10.1985, 5739/8241) * **“seni döveriz, çarparız, belanı bizden bulursun...”** sözlerinin TCK 191/son f. na gireceği ... (2. CD. 12.12.1984, 10756/11876) * **“sür-**

gün gideceğin yeri beğen" sözünün sair tehdit olacağı ... (2. CD. 11.12.1984, 10859/11724) * (önceki husumet nedeniyle) sanığı **bıçak teşhir etmesinin** TCK. 191/son f. na uyacağı... (2. CD. 20.11.1984, 9840/10345); (Kaynak; S-M; age. s. 1800-1807)

"senin ifadeni alacağım" sözünün sair tehdit olacağı .. (4. CD. 4.10.1983, 4223/4569) * **"bundan sonra ayağını denk al, kendini kolla"** sözleri sair tehdit olur. (2. CD.k. 9.2.1982, 867/786) sanığın, **"gidelim, kozumuzu paylaşalım"** demekten ibaret hitabının sair tehdit olup olmadığı tartışılmaması bozmaya gerektirmiştir. (2. CD. 22.9.1981, 5721/6176) * sanığın ... **mücerret silah atmaktan ibaret eyleminin** TCK 191/sonf. da yazılı sair tehdit olacağı... (4. CD. 14.10.1980, 5601/5733) (Kaynak; Gözübüyük; age. s. 532-541).

"Seninle hesaplaşacağız, daha işimiz bitmedi..." şeklindeki sözlerin TCK 191/son f. kapsamında olacağı (2. CD. 29.5.1991, 4308/5411) * Sanığın, müştekinin evi önünde elinde bıçakla giyabında **"erkeksen dışarı çık"** diye bağırması şeklindeki eylemin sair tehdit olacağı ... (2. CD. 11.6.1991, 6332/7075) * **"... bunu senin yanına koymam, benden çekeceğiniz var..."** sözleri sair tehdit olur. (2. CD. 4.7.1991, 7392/8163) * **"Benim de kendime göre bir çevrem var, 24 saat içinde bu ilçeden gidersen, gereğini yaparız"** sözlerinin, ne suretle ve haksız zarara uğratmayı bildirme niteliğinde olduğu açıklanmadan ve TCK 191/son m. ne girip girmediği tartışılmadan TCK 191/1 ile karar verilmesi (4. CD. 10.9.1991, 5294/4714) * **"cezanızı ben vereceğim, ben adamın burnundan getiririm"** şeklindeki sözlerin sair tehdit olduğu (2. CD. 14.11.1991, 10521/11569) * **"seni yaylaya çıkartmayacağım, alavere yaptırmayacağım, seni batıracağım"** sözlerinin TCK 191/son f. na uyduğu (2. CD. 11.12.1991, 11779/12672) * **"Bunu sizin yanınıza koymayacağım, bırakmayacağım"** sözlerinin TCK 191/son. f. nı oluşturacağı (2. CD. 25.2.1992, 1587/2205) * **sanıkların müştekilere ait araziye uzaktan av tüfeği ile ateş etmelerinin sair tehdit suçunu oluşturacağı** (2. CD. 27.10.1992, 9350/10074) * **"...sınıfta bıraktın da ne kazandın, sana bunu sorarım, ben sana gösteririm.."** demekten ibaret eylemin TCK 191/son m. ne uyacağı (4. CD. 18.11.1992, 6467/7183) * Sanıkların önceki husumet nedeniyle (kavga olmaksızın) müştekilerin evlerine ateş ettikleri ...doğrulandığı cihetle, eylemlerinin TCK 191/son f. na uyan fiili tehdit suçunu oluşturduğu ... (2. CD. 26.1.1993, 13245/724) * **"...sana soracağım"** sözlerinin sair tehdit suçunu oluşturacağı (2. CD. 9.2.1993, 486/1489); **"çık ulan dışarıya, şikayetini ne demek olduğunu sana göstereceğim"** demekten ibaret eyleminin sair tehdit suçu olacağı (2. CD. 3.3.1993, 2055/2782) **"sen bizim kapının önünden geçersin, ozaman görürsün"** şeklindeki sözlerin sair tehdit suçu olacağı (2. CD. 27.4.1993, 4504/5223); (Kaynak; Erdurak; TCK 1994, s. 321-337)

“**seni elimden kimse kurtaramaz**” sözünde TCK 191/son m. de yazılı sair tehdit olacağı (YCGK. 17.1.1977, 1976/2-563, 1977/10) * “**Bir gün elime geçersen sana yapacağımı bilirim**” sözlerinin TCK 191/son f. na uyacağı (2. CD. 15.1.1975, 7958, 125) * “**erkekseniz dışarıya çıkın**” sözünün TCK 191/son f. na uyacağı (4. CD. 3.2.1973, 352/711) * Seni döverim manasına gelen “**seni toz ederim**” sözünün TCK 191/son m. ne uyan adi tehdit olacağı (CGK 6.1.1958, 4/256-6/4) * “**Yarın sana gösteririm**” sözünün TCK 191/son m. ne uyacağı (2. CD. 12.3.1969, 1663/2961) (Kaynak; Şanal-Aydınöz; age. s. 221-225).

—oOo—

KAYNAKLAR

- Dönmezer, Sulhi** : Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, B. 14, Beta Yayınları İstanbul, 1995
- Ekdemir, İbrahim** : Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Kanunu, Adalet Matbaacılık, Ankara 1990.
- Erman, Sahir-Özek, Çetin** : Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar, İstanbul 1994
- Erem, Faruk** : Türk Ceza Hukuku- Özel Hükümler-; C.3, B.3, Seçkin Kitabevi, Ankara 1985.
- Erem, Faruk-Toroslu, Nevzat** : Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yayınları, 4. B, Ankara 1983.
- Gözübüyük, A. Pulat** : Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, C. 4, B. 5, Kazancı Yayınları, İstanbul.
- Güven, Mustafa** : Tehdit Suçunun Subjektif Yapısı Üzerine Bir İnceleme, Adalet Dergisi, 1988, S. 6, s. 94-116.
- Güven, Mustafa** : Tehdit Suçunun Objektif Yapısı Üzerine Bir İnceleme, Adalet Dergisi, 1987, S. 4, s. 52-75.
- Koyuncu, B. Ali** : Türk Ceza Kanununda Teşebbüse Uygun Olmayan Suçlar, Adalet Dergisi, 1988, S. 2, s. 140-150.
- Savaş, Vural-Mollamahmutoğlu, Sadık** : Türk Ceza Kanununun Yorumu, C. 4, B. 1, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995
- Selçuk, Sami** : İzzar ve Tehdit Cürümlerinde Kast, Yargıtay Dergisi, 1985, C. 11, S. 3. s. 216-230.
- Selçuk, Sami** : Kavramlar, Adlandırmalar ve Kararlar Yargıtay Dergisi, C. 19. S. 4. s. 403-439
- Soyaslan, Doğan** : Ceza Hukuku Özel Hükümler, B. 2. Savaş Yayınevi, Ankara 1997.
- Şanal, Şemsettin-Aydınöz, Selçuk** : -notlu ve içtihatlı- Türk Ceza Kanunu, Yaylacık Matbaası, İstanbul 1979.

Uygun, Mehmet-Savaş, Vural

– **Mollamahmutoğlu, Sadık** : Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Ankara 1992.

Uygun, Mehmet : Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, 1992-1996, Ankara 1997.

Yazıcıoğlu, R. Yılmaz : Tehdit Suçu Üzerine, Yargıtay Dergisi, 1993, C. 19, S.3, s. 236-247.

Yenisey, Feridun-

İçel, Kayıhan : Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, 4. B. İstanbul 1994. Beta Basın Yayım Dağıtım A.Ş.

KISALTMALAR

- age : adı geçen eser.
agım. : adı geçen makale.
B. : Bası
C. : Cilt
CGK. : Ceza Genel Kurulu
C.D. : Ceza Dairesi
İBK. : İctihadı Birleştirme Kararı (Ceza Bölümü)
TCK. : Türk Ceza Kanunu
YKD. : Yargıtay Kararlar Dergisi
YCGK : Yargıtay Ceza Genel Kurulu
Yy. : Yayınevi
YİBK. : Yargıtay İctihadı Birleştirme Kararı

TÜRK CEZA KANUNU VE TÜRK CEZA KANUNU ÖNTASARISI HÜKÜMLERİ İŞİĞINDA KONUT VE İŞYERİ DOKUNULMAZLIĞINI BOZMA SUÇU

Seydi KAYMAZ (*)

• ANLATIM DÜZENİ: A- Konut Dokunulmazlığını Bozma Suçu. I- Genel Olarak. II- Kanun Maddeleri. III- Bu Suç İle Korunan Yerler. 1- Konut (Mesken). 2- Konut'un Eklentisi (Mesken'in Müştemilatı). IV- Suçun Faili. V- Suçun Maddi Unsuru. 1- Girmek. 2- Çıkmamak. A- Rıza Hilafına Girmek Veya Çıkmamak. a- Rızayı Açıklamaya Yetkili Olanlar. aa- Konutta Birden Fazla Kişi Yaşıyorsa. aaa- Konutun Değişik Odalarında Ayrı Kişiler Yaşıyorsa. bbb- Aynı Odayı Birden Fazla Kişi Kullanıyorsa. ccc- Konutta Bir Aile Yaşıyorsa. B- Hile İle Girmek Veya Çıkmamak. C- Gizlice Girmek Veya Çıkmamak. VI- Suçun Manevi Unsuru. VII- Ağırlaştırıcı Nedenler. 1- Suçun Geceleyin İşlenmesi. 2- Suçun Kişiler Aleyhinde Şiddet kullanılarak İşlenmesi. 3- Suçun Silahla İşlenmesi 4- Suçun Birçok Kimseler Tarafından Toplu Olarak İşlenmesi. VIII- Suçun Özel Görünüş Şekilleri. 1- İştirak. 2- Teşebbüs. 3- İçtima. 4- Teselsül. IX- Koğuşturma. X- Yaptırım. B- İşyerine Girme Veya Çıkmama Suçu. I- Genel Olarak. II- Koğuşturma Ve Yaptırım.

A. KONUT DOKUNULMAZLIĞINI BOZMA SUÇU

I. GENEL OLARAK: Konut, kişisel özgürlüğün en üst seviyede kullanıldığı ve insanın kişiliğini en iyi ifade edip geliştirdiği bir mekandır. Konutun dokunulmazlığı, insanın diğer insanlara olduğu kadar, topluma karşı da kişisel özgürlük ve bağımsızlığının en önemli koşuludur. Bu nedenle konut dokunulmazlığının ihlalini suç olarak düzenlemeyen bir ülke yoktur(1). Anayasamızda da konut dokunulmazlığı temel haklar arasında sayılmıştır. Anayasamızın 21. maddesinde "Kimsenin konutuna dokunulamaz. Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hakim karar olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan mercinin emri bulunmadıkça, kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya elkonulamaz" denilerek, konut dokunulmazlığı ilkesi benimsenmiştir. TCK

(*) Bozüyük Cumhuriyet Savcısı.

(1) Sulhi Dönmezer, Özel Ceza Hukuku Dersleri. İstanbul 1984. s. 54; Ayhan Önder, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 1994, s. 53

624 TÜRK CEZA KANUNU VE TÜRK CEZA KANUNU ÖNTASARISI HÜKÜMLERİ İŞİĞİNDA KONUT VE İŞYERİ DOKUNULMAZLIĞINI BOZMA SUÇU

193. maddesinde de konut dokunulmazlığının (mesken masuniyetinin) ihlal edilmesi suç olarak kabul edilmiştir. Konut dokunulmazlığını bozma suçu Türk Ceza Kanunu Öntasarısı (TCKÖT) nın 173. maddesinde düzenlenmiştir. Suç, TCK'nun "Hürriyet aleyhine işlenen cürümler" başlığını taşıyan İkinci babının Dördüncü faslında; TCK öntasarısının ise "Hürriyete Karşı Suçlar" bölümünde düzenlenmiştir. Dolayısıyla konut dokunulmazlığını bozma suçu, hürriyet aleyhine işlenen suçlardandır. Kanunun korumak istediği hukuksal menfaat, mülkiyet değil, kişinin hürriyetidir. Karşılaşılan bazı sorunların çözümünde bu noktanın daima göz önünde bulundurulması lâzımdır.

II. KANUN MADDELERİ: TCK ile TCKÖT hükümleri arasında karşılaştırma yapılabilmesi açısından her iki madde aynen aşağıya alınmıştır.

TCK madde 193: Bir kimse, kendisini oradan çıkartmak hakkını haiz olan birinin rızası hilâfında veya hile ile veya gizlice meskenine veya meskeninin müştemilatına girer veya rızası ile girdikten sonra çıkmazsa sahibinin şikayeti üzerine bir aydan altı aya kadar hapsolunur (Sulh Ceza).

Eğer cürüm, geceleyin veya eşhas aleyhinde şiddet istimali ile veya silah ile veya birçok kimseler tarafından toplu olarak işlenmiş ise, ceza altı aydan üç seneye kadar haptir; müddeiumumilikçe re'sen takibat yapılır (Asliye Ceza).

TCK Öntasarısı madde 173: Kendisini oradan çıkartmak hakkına sahip olan kimsenin veya kimselerden birinin rızasına aykırı olarak veya hileyle veya gizlice onun konutuna, konutunun eklentilerine giren veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayan, gizlenen veya hileyle kalan kimseye şikayet üzerine üç aydan sekiz aya kadar hapis cezası verilir.

Fil, gece vakti veya şahıs veya eşya üzerinde şiddet kullanılarak veya silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmiş ise verilecek ceza sekiz aydan üç yıla kadardır.

Görüldüğü üzere. TCK 193/1. maddesi ile TCKÖT.nın 173/1. maddesi arasında dilin sadeleştirilmesi haricinde suçun unsurları bakımından bir farklılık bulunmamaktadır. TCKÖT.nın 173/2. maddesinde ise TCK 193. maddesinden farklı olarak eşya üzerinde şiddet kullanılması da suçun ağırlatıcı nedeni olarak kabul edilmiş, ayrıca doktrin ve uygulamada tartışmalara ve tereddütlere neden olan TCK 193/2. maddesindeki "birçok kimseler" deyimini yerine "birden fazla kişi" deyimini kabul edilmiştir.

Bu incelememizde halen yürürlükteki TCK 193. maddesi hükümleri esas alınacak TCKÖT'nın değişik ve yeni hükümlerine de yeri geldikçe değinilecektir. Son olarak TCK'nunda yer almayan TCKÖT'nın 175. maddesinde düzenlenen "işyerine girme ve çıkmama" suçu incelenecektir.

III. BU SUÇ İLE KORUNAN YERLER: Kanunumuz, hak sahibinin rızası hilâfına veya gizlice veyahut hile ile konuta (meskene) veya konutun eklentsine (meskenin müştemilatına) girilmesini ve yine bu suretle konuttan veya eklentisinden çıkılmamasını suç olarak düzenlemiştir. Kanunumuzun koruduğu yerler, "konut" (mesken) ve "konutun eklentisi" (meskenin müştemilatı) dir. Konut dokunulmazlığını bozma suçunun sınırlarını çizebilmek açısından "konut" ve "konutun eklentisi" kavramlarından ne anlaşılması gerektiğini tespit etmek lâzımdır. Bu nedenle aşağıda konut ve konutun eklentisi kavramları açıklanacaktır.

1. KONUT (MESKEN): Kanunumuz "konut"tan (mesken) söz etmiş, ancak konutun tanımını yapmamıştır. Konut, kısaca, oturulan ev olarak tanımlanabilir. Bu, konutun dar tanımıdır. Ev, konut olmakla birlikte, konut kavramını "ev"le sınırlamak doğru değildir. Bunun dışında, kişilerin geçici veya dâimi olarak barındıkları ve ihtiyaçlarını karşıladıkları diğer bazı mahaller de konut sayılır. Doktrinde genel eğilim, konut kavramının geniş yorumlanması yönündedir. Konut dokunulmazlığını bozma suçunun hürriyet aleyhine işlenen bir suç olması, kişi hürriyeti kavramının da geniş bir kavram olması nedeniyle, konut kavramını dar yorumlamak mümkün değildir.

Bir mahallin konut sayılabilmesi için, o mahallin konut olarak tahsis edildiğini ve dış alemden ayrıldığını gösteren bazı iz, işaret ve koşulların olması lâzımdır. Ancak bir yerin konut sayılabilmesi için bina niteliğinde olması, tahsis iradesinin sürekli veya geçici olması bir öneme sahip değildir. O açıdan, içinde oturulan kayık, mavna, karavan, yataklı tren kompartımanı, gemi kabini, çadır, kiraya verilen mobilyalı oda, otel odası gibi yerler de konut sayılır (2).

Boş ve metruk binalar konut sayılmaz. O nedenle, yeni yapılan, ancak henüz kimsenin ikamet etmediği bir ev veya harap olduğu için kimsenin oturmadığı bir ev konut sayılmaz; dolayısıyla bu gibi yerlere girilmesi suç oluşturmaz. Ancak içinde oturulup, geçici olarak boş bulunan bir konuta girilmesi halinde suç oluşur.

Umuma açık yerler kural olarak konut sayılmaz. Bununla birlikte, eğer umuma açık yer belli bir saatten sonra ikamet amacıyla kullanılıyorsa bu gibi yerler de konut sayılır ve izinsiz olarak bu gibi yerlere girilmesi suç olur. Yüksek mahkememiz de, geneleve muayyen vakit geçtikten ve kapılar kapandıktan sonra ev sahibinin rızası hilâfına girilmesi halinde konut dokunulmazlığını bozma suçunun oluşacağına karar vermiştir (3).

(2) Faruk Erem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Cilt. 3, 3. Bası, Ankara 1985, s. 274; Ali Rıza Çınar, Konut Dokunulmazlığını İhlâl Cürümleri, Yargıtay Dergisi, Cilt. 17, Sayı. 4, 1991, s. 472.

(3) 4. CD. 12.12.1944, 1086/1253, sayılı karar için bkz. A. Pulat Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt. 2, 4. Bası, İstanbul 1980, s. 884

626 TÜRK CEZA KANUNU VE TÜRK CEZA KANUNU ÖNTASARISI HÜKÜMLERİ IŞIĞINDA KONUT VE İŞYERİ DOKUNULMAZLIĞINI BOZMA SUÇU

Hemen belirtelim ki, bir yerin konut sayılabilmesi için burada oturmanın hukuka uygun bir nedene dayanması lâzımdır. Bu nedenle, eğer kişi, başkasının boş bir evine hukuka uygun bir nedene dayalı olmadan, örneğin herhangi bir kira sözleşmesi veya mal sahibinin rızası olmadan yerleşmiş ise, mal sahibinin, evde oturan şahsın rızası olmamasına rağmen sözkonusu eve girmesi suç teşkil etmez.

Kanunumuz, konutları ve konutların eklentilerini (müştemilatını) korumuş, ancak işyerlerini bundan ayırık tutmuştur. Bu bakımdan avukat yazıhaneleri, doktor muayenehaneleri, ticaret yerleri, bürolar mesken sayılamayacaktır. Dolayısıyla işyerlerine izinsiz girilmesi başka suçlara vücut verse bile mesken masuniyetini ihlâl suçunu oluşturmayacaktır. Hemen belirtelim ki, TCK Öntasarısında işyerlerine rıza haricinde girilmesi veya rıza ile girildikten sonra çıkılmaması da suç olarak kabul edilmiştir (TCK Öntasarısı. 175 md).

Resmi daireler de konut olarak kabul edilemez. Bu açıdan resmi daireye girip çıkmayan kişi, eğer memurlara karşı başkaca bir eylemde bulunmamış ise sırf bu eylemi nedeniyle cezalandırılmaz. Yüksek mahkememiz de verdiği bir kararda askerlik şubesi kalem odasının konut olmadığını belirtmiştir. (4).

Buna karşılık Yüksek Mahkememizin aksi yönde verdiği kararlar da mevcuttur. Örneğin Yüksek mahkeme vermiş olduğu bir diğer kararda "*Girilen Dispanserde tedavi veya muhafaza için yatmakta bulunan hasta, memur veya odacı bulunup bulunmadığı tahkik edilmek ve içinde yatan kimse yoksa resmi dairenin mesken sayılamayacağını gözetmek icap ederken zühul olunması*"nın yolsuz olduğu sonucuna varmıştır. (5) Kararın gerekçesinden, dispanserde memur, odacı veya hasta bulunması halinde dispanserin konut sayılacağı anlaşılmaktadır. Yine Yüksek Mahkeme, *çinde öğretmenin ikamet ettiği herkesçe bilinen okul binası, dersler bittikten sonra kapısı açık unutulsa dahi meskenden sayılır*, şeklinde karar verilmiştir.(6)

2. KONUTUN EKLENTİSİ (MESKENİN MÜŞTEMİLATI): Kanunumuz, konut (mesken) ile birlikte konutun eklentisini de (meskenin müştemilatı) korumuştur. Ancak, konutta olduğu gibi kanunda, "konutun eklentisi"nin tanımı yapılmamış, hangi yerlerin eklenti (müştemilat) sayılacağı belirtilmemiştir.

Eklenti (müştemilat), doktrininde; konuta bağlı veya konuta pek yakın yerler, diğer bir deyimle konutun kullanılış amaçlarından herhangi birini tamamlayan yerler olarak tanımlanmıştır (7). Örneğin, balkon, ambar, koridor, ahır gibi. Bazı yazarlara

(4) 4. CD. 5.1.1956, 1674/97 (Gözübüyük, age, Cilt. 2 s. 892).

(5) 4. CD. 21.6.1952, 6515/6763 (Şemsettin Şanal-Selçuk Aydınöz, Notlu ve İçtihtatlı Türk Ceza Kanunu, İstanbul 1979, s. 231).

(6) Y. 4. CD. 28.5.1964, 2327/2354 (Gözübüyük, age, Cilt. 2, s. 884).

(7) Çınar, agm. s. 472

göre ise, eklentinin konuta yakın olması şart değildir, konuta uzak yerler de, (bahçe içerisindeki yazlık dinlenme yeri ve çardak gibi) eklenti (müştemilat) sayılabilir (8). Yüksek Mahkememize göre, eklenti (müştemilat), “*meskene bağlı veya pek yakın yerler anlamını taşır. Daha açık bir deyimle ‘müştemilat’ mesken veya benzeri yapıların kullanılış maksatlarından herhangi birini tamamlayan diğer yerlerdir.*” (9).

Esasen bir yerin eklenti (müştemilat) olarak kabul edilip edilemeyeceğini tespit etmek için kanunun amacına bakmak lazımdır. Konut dokunulmazlığını bozma suçu, kişi güvenliğini korumak düşüncesi ile düzenlenmiş, eklenti (müştemilat) ise, kişi güvenliği açısından konutu korumak için zorunlu olduğu düşüncesi ile korunmuştur. Dolayısıyla girilmesi, konutun huzur ve sükununu ve buna bağlı olarak kişilerin güvenliğini bozabilecek yerler konutun eklentisi (meskenin müştemilatı) sayılmalıdır. Yüksek Mahkememize göre de “*müştemilatı belirlerken gözönünde tutulması gereken nokta, içerisinde girilmekle kişi huzur ve güvenliğinin bozulup bozulmayacağıdır.*” (10). **Yargıtayımız, “apartmanın cümle kapısından girilen kısımlar” (CGK. 27.1.1969, 4-542/31) “odalarında ayrı ayrı kiracı oturan apartmanın koridoru” (CGK. 20.12.1943, 4-249/26) “dışarıya açılan iki kapısı olsa ve yukarı ile bağlantısı olmasa dahi, alt kattaki ahır” (11), “dört tarafı çevrili avlu” (12) “evin sokakla bağlantısını sağlayan merdiven ve merdiven sahanlığı”** (4. CD. 16.12.1983. 6315/672) eklenti (müştemilat) sayılacağına karar vermiştir (13).

Bir yerin eklenti (müştemilat) olarak kabul edilebilmesi için, bu yerin dış alenden ayrıldığını ve başkalarının girmesine izin verilmediğini belirtecek nitelikte bazı önlemlerin alınması gereklidir. Örneğin bir bahçenin eklenti (müştemilat) sayılabilmesi için etrafının çevrili olması lazımdır. Ancak, bahçenin etrafının aşılabilir duvarlarla örülmesi şart değildir: önemli olan bahçeye başkalarının girmesinin istenmediğini belirten çit veya benzeri bir önlemin alınmış olmasıdır.

Müştemilat (ekleniti) ise, mesken veya benzeri yapıların kullanılış amaçlarından herhangi birini tamamlayan diğer yapılar veya yerlerdir. Diğer bir deyişle girilmesi meskende oturma hakkına sahip kimselerin huzur ve güvenliğini bozabilecek ek yapılar veya yerlerdir. Örneğin avlu, ahır, bahçe, balkon, taraça gibi yerler müştemilatıdır.

(8) Erem, age, s. 278

(9) CGK. 7.3.1988, 4-605/74 (Savaş-Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt. 2, Ankara 1995, s. 1826).

(10) CGK. 7.3.1988, 4-605/74 (Savaş-Mollamahmutoğlu, age, Cilt. 2, s. 1826).

(11) CGK. 12.3.1973, 4-28/215 (Kemalettin Alikasıfoğlu-Engin Doğu Türk Ceza Kanunu CMUK Mevzuatı ve Polis Mevzuatı, Ankara 1988, s. 203).

(12) 4. CD. 15.9.1982, 5054/5471 (YKD. Cilt. VIII, Sayı, 11, Kasım 1982, s. 1598).

(13) Bkz. Önder, age, s. 62.-

628 TÜRK CEZA KANUNU VE TÜRK CEZA KANUNU ÖNTASARISI HÜKÜMLERİ
İŞİĞİNDE KONUT VE İŞYERİ DOKUNULMAZLIĞINI BOZMA SUÇU

Konut ile eklenti genelde birlikte ve bir bütün meydana getirmelidir. (Logoz 1, p, 288)

"Eklenti", kavram olarak konuta bağlı veya pek yakın yerler anlamını taşıyor. Konut dokunulmazlığını bozma suçu kişi hürriyeti aleyhine işlenen suçlardan olduğu ve müştemilat konutu korumada zaruri bulunduğu için yasa koyucu tarafından ayrıca hi-maye edilmiştir. İçine girilmesi veya girildikten sonra çıkılmaması meskenin huzuru ve sükununu (dolayısıyla kişi hürriyetini) ortadan kaldıracak olan yerler "eklenti" sayılmalıdır. "Eklenti"yi belirlerken gözönünde tutulacak olan husus, içerisine giril-mekle kişi huzur ve güvenliğinin, kişi hürriyetinin bozulmuş olup olmayacağıdır. (Majno, Ceza Kanunu Şerhi, s. 2, Sh. 132; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 7.3.1988 gün 605/74 sayılı kararı) (14).

Bununla birlikte belirtelim ki, eklenti (müştemilat) sayılan yerleri önceden soyut olarak liste şeklinde belirlemek çok zordur. Bunu her olayın özelliğine göre hakim araştırarak takdir etmelidir.

IV. SUÇUN FAİLİ: Konut dokunulmazlığını bozma suçunun faili olabilmek için yaşamız herhangi özel bir koşul aramamıştır. Bu bakımdan, kural olarak herhangi bir kişi bu suçun faili olabilir. Ancak, kişi hürriyeti aleyhine işlenen bir suç olması dolayısıyla birlikte yaşayan kişiler veya aile fertleri arasında bu suçun işlenmesi bazı özellikler arz eder.

a) Aile fertleri birlikte yaşıyorlarsa, birlikte oturlan konutta aile bireyleri arasında konut dokunulmazlığını suçu oluşmaz; birlikte oturan aile bireyleri bu suçun faili olamazlar. Çünkü yasanın amacı, konutta bulunan aile bireylerini birbirlerine karşı korumak değil, hariçten gelecek bir saldırıya karşı küll olarak korumaktır.

b) Aynı ailenin fertleri olmakla beraber, ayrı yerlerde yaşayan kişiler bu suçun faili olabilirler. Ancak aile fertleri arasında konut dokunulmazlığını bozma suçunun oluşabilmesi için konuta girilmesine rıza gösterilmediğinin açıkça belirtilmiş olması lazımdır. Çünkü ayrı yerlerde ikamet etseler bile aynı ailenin fertlerinin birbirlerini ziyaret etmeleri ve birbirlerinin evine gitmeleri hayatın olağan akışı ve örf ve adet gereğidir. Bu nedenle kural, bu hususta rızanın mevcut olduğudur. Konuta girmeye rıza gösterilmediğinin açıkça belirtilmiş olması gerekir; aksi takdirde rıza var sayılır. Yargıtayımız da "Kardeşler arasında akrabalık sebebiyle ve adet gereği birbirinin evine girebileceklerine göre konut dokunulmazlığını bozma suçunun ne sebeple meydana gelmiş olduğunun gösterilmemiş olması"nın hükmün bozma nedeni olarak kabul etmiştir (15).

(14) CGK. 11.3.1991, 4-25/67 (Savaş-Mollamahmutoğlu, age, Cilt. 2, s. 1823-1825).

(15) 2. CD. 27.11.1946, 8543/8471 (Gözübüyük, age, Cilt. 2, s. 884) Aynı yönde CGK.

c) Evlilik birliği devam ettiği halde karı koca ayrı konutlarda yaşıyorlarsa, birinin, diğerinin konutuna girmesi konut dokunulmazlığını bozma suçunu oluşturmaz. Fakat, kadın bir başkasının evinde veya ailesinin yanında kalıyorsa, kocanın bu kişilerin rızası hilafına konuta girmesi halinde suç oluşur.

d) Karı koca, hakim kararına dayalı olarak ayrı yaşıyorlarsa, eşlerden birinin diğerinin konutuna rıza harici girmesi konut dokunulmazlığını bozma suçunu oluşturur.

e) Birden fazla kişi aynı odayı kullanıyorsa, bu kişiler birbirlerine karşı konut dokunulmazlığını bozma suçunun faili olamazlar. Buna karşılık, aynı evde, fakat ayrı odalarda yaşayan kişilerin rıza hilafına birbirlerinin odalarına girmeleri halinde suç oluşur. (16).

V. SUÇUN MADDİ UNSURU: Konut dokunulmazlığını bozma suçunun maddi unsuru, konut veya eklentisine "girmek" veya "çıkkmamak"tır. Dolayısıyla konut dokunulmazlığını bozma suçu seçimlik hareketli bir suçtur. Daha önce de açıkladığımız üzere, her ne kadar kanunda bu hususta bir açıklık mevcut değilse de, çıkmama fiilinin de hak sahibinin rızası hilafına veya gizlice veyahut hile ile olması lazımdır.

1. GİRMEK: "Girmek" ibaresinden, kişinin bütün vücudu ile konut veya eklentisine dahil olması anlaşılmalıdır. Konuta ne şekilde ve nerelerden girildiği, eylemin suç teşkil etmesi bakımı dan bir öneme sahip değildir.

2. ÇIKKMAMAK: "Çıkkmamak", hak sahibinin rızası hilafına konutta kalmaya devam etmektir. Rıza hilafına konuttan çıkmama hali mütemadi bir suçtur.

Konutta kalmanın suç teşkil edebilmesi için bunun ne kadar devam etmesi gerektiği konusu doktrinde tartışmalıdır. Ancak, bu durumda suç, mütemadi bir suç olduğuna göre, hukuka aykırılığın bir müddet devam etmesi, temadiyi teşkil edecek kadar bir zamanın geçmesi, gerekir. Bu sürenin ne kadar olması gerektiğini her olayın özelliğini dikkate alarak hakim takdir edecektir. (17).

Suçun maddi unsurunu teşkil eden konuta "girmek" veya "çıkkmamak" şeklindeki fiillerin suç teşkil edebilmesi için bu fiillerin rıza hilafına, gizlice veyahut hile ile gerçeleştirilmiş olması lazımdır. O açıdan bu kavramların açıklanması yararlı olacaktır.

A). Rıza hilafına girmek veya çıkmamak: Fail, konuta girmek istediği esnada veya konutta kalmaya karar verdiği anda, konuta girmekle veyahut konuttan çıkmama

24.2.1992, 4-23/46, 4. CD. 15.12.1991, 73/1007, 4. CD. 27.2.1992, 200/1037. (İsmail Malkoç-Mahmut Güler, Uygulamada Türk Ceza Kanunu, Özel Hükümler, Cilt. 2. 1. Bası Ankara (Tarihsiz), s. 1402, 1416, 1417) .

(16) Çınar, agm, s. 473-474

(17) Çınar, agm, s. 476

630 TÜRK CEZA KANUNU VE TÜRK CEZA KANUNU ÖNTASARISI HÜKÜMLERİ İŞİĞİNDE KONUT VE İŞYERİ DOKUNULMAZLIĞINI BOZMA SUÇU

makla hak sahibinin iradesine karşı hareket ettiğini biliyor veya tasavvur ediyorsa, konuta girmek veya konuttan çıkmamakla hak sahibinin iradesine karşı hareket ettiğini biliyor veya tasavvur ediyorsa, konuta girmek veya konuttan çıkmamak rıza hıfıfıdır. Hak sahibi, bu iradesini açık olarak belirtebileceği, bu iradenin zımnen belirtilmesi de mümkündür.

a) Rızayı Açıklamaya Yetkili Olanlar: Rızanın hukuki bir sonuç doğurabilmesi, diğere bir deyimle rıza ile konuta girilmesinin suç teşkil etmemesi için rızanın bu hususta yetkili bir kimse tarafından açıklanması gereklidir. Kanunumuz rıza açıklamaya yetkili kişiyi, "kendisini oradan çıkarmak hakkını haiz olan biri" şeklinde belirtmiştir (TCK 193. md). Dikkat edilirse, maddede konutun sahibi değil, "hak sahibi" deyimini kullanılmıştır. O nedenle, bu kişi konutun sahibi olabileceği gibi, kiracı veya yasal bir nedene dayalı olarak konutta oturmakta olan herhangi bir kişi de olabilir.

Konutta bir kişi yaşıyorsa rıza göstermeye yetkili kişiyi tayin etmek güç değildir; ancak konutta birden fazla kişinin ikamet etmesi halinde özellik arz eden bazı durumlar ortaya çıkabilecektir.

aa) Konutta birden fazla kişi yaşıyorsa:

aaa) Konutun değişik odalarında ayrı kişiler yaşıyorsa: Bu durumda oda, arada yaşayan kişi için konut niteliğindedir ve odaya girmek için odada yaşayan kişinin rızası gereklidir.

bbb) Aynı odayı birden fazla kişi kullanıyorsa: Bu durumda konut olarak kullanılan odaya girmek için odada oturan bütün kişilerin rızası gereklidir. Odada yaşayan kişilerden birinin rızasının bulunmaması halinde Konut dokunulmazlığını bozma suçu oluşur.

ccc) Konutta bir aile yaşıyorsa: Konutta bir ailenin oturması halinde rıza göstermeye yetkili olan kişinin kim olduğu hususundaki görüşlerde birlik yoktur. Bazı yazarlar konutta bir ailenin oturması halinde, rızayı açıklama yetkisinin aile reisinde olduğu görüşündedirler (18). Yüksek Mahkememizin de bu doğrultuda bazı kararları mevcuttur. Yüksek Mahkeme verdiği bir kararda "Aile reisi baba olmasına göre kızının muvafakati (nin), eve girmek için bir hak" vermeyeceğine karar vermiştir (19). Yüksek Mahkeme, bir başka kararında ise: "Bir meskene girmenin suç olabilmesi için meskene girmeyi men etmek hakkını haiz olan kimsenin yani Medeni Kanun hükümlerine göre evlilik birliği veya alelittlak aile reisi ve bunlardan biri yoksa veya bu

(18) Bkz. Dönmezer, age, s. 57-58

(19) 4. CD. 11.11.1948, 10587/11676 (Gözübüyük, age, Cilt. 2 s. 886).

hakkı istimalden sarfınazar etmiş ise yerine kaim olanın” rızası hilafına meskene girilmiş olması gerektiğini belirtmiş ve “karının çağırması üzerine, kocanın örtülü (ziminî) olarak anlaşılan onamasızlığına karşın, cinsel ilişkide bulunmak maksadıyla konuta girmek eylemi bu konutun dokunulmazlığını bozmak suçunu oluşturur.” şeklinde karar vermiştir (20).

Doktrinde hakim bulunan ve bizce de isabetli olan görüşe göre ise, konut dokunulmazlığını bozma suçu, kişi hürriyetine yönelik bir suç olduğundan, özel hukuk kurallarına göre sorunu çözme imkanı yoktur; bu konuda aile reisine ayrıcalık tanınamaz. Bu hususta konutta oturan aile bireyleri eşit hakka sahiptirler. Meseleyi, birlikte sakin olan kişilerden hiçbirinin diğerinin meşru menfaatlerine zarar verecek bir şekilde rızalarını açıklamayacakları şeklinde anlamak gereklidir. Karının çağırması üzerine konuta girilmesinin suç olması, rızanın münhasıran kocaya ait olduğundan değil, karının, rızasını kocanın yasal çıkarlarına zarar verecek bir biçimde kullanmaya hakkı olmadığındandır (21), Koca da rızasını diğer aile bireyleri zararına kullanamayacağından, bunun tersi durumda, yani karının rızası hilafına kocanın hukuka aykırı bir amaçla bir başka kadını eve alması da konut dokunulmazlığını bozma suçunu oluşturur.

İtalyan Yargıtayı da kocanın, karının zararına rızasını açıklayamacağı görüşünden hareketle, kocanın rızası ile karının ırzına geçmek için meskene girilmiş olmasının suç olduğuna karar vermiştir (22).

Kocanın çalışmak ve benzeri nedenlerle uzun süre evden uzaklaştığı hallerde karının rızası ile gayrimeşru bir amaç için eve girilmesinin suç olup olmayacağı konusunda Yüksek mahkememiz çelişkili kararlar vermiştir. Yüksek mahkeme bir kararında, “*Erkeğin çalışmak için Almanya’ya gitmesi üzerine evin idare ve hakimiyeti karısına kalmış olmasına göre, karının çağırısı üzerine eve giren kişinin eyleminin konut dokunulmazlığını bozma suçunu*” oluşturmayacağına karar vermiştir. (23). Yargıtayımız aynı şekilde “*Kocanın askerde bulunması ve evde başka kimse olmaması hasebiyle müstakilen evin sahibi bulunan karının muvafakatı ile eve girilmiş olması*”nın suç teşkil etmediğini kararlaştırmıştır. (24). Buna karşılık Yüksek mahke-

(20) İBK. 18.2.1942. 21/4. Aynı yönde İBK. 12.3.1941, 38/8. (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Ceza Bölümü, Cilt. 2, Ankara 1980, s. 10, 160-175) 5. CD. 28.3.1991, 719/1721, 4. CD. 25.11.1992, 6649/7465 (Yılmaz Güngör Erdurak, Notlu İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, 3. Baskı, Ankara 1994, s. 341, 348).

(21) Bkz. Erem, age, s. 285; Çınar, agm, s. 481

(22) Bkz. Erem, age, s. 285

(23) 5. CD. 11.5.1976, 1548/1539 (Alikışifoğlu-Doğu, age, s. 202).

(24) 4. CD. 18.12.1943, 8980/7484 (Gözübüyük, age, Cilt. 1, s. 883).

632 TÜRK CEZA KANUNU VE TÜRK CEZA KANUNU ÖNTASARISI HÜKÜMLERİ
İŞİĞİNDE KONUT VE İŞYERİ DOKUNULMAZLIĞINI BOZMA SUÇU

me bir başka olayla ilgili olarak, "koca evlilik birliğinin başkanıdır. Fransa'da bulunmakla aile başkanlığı ortadan kalkmaz" şeklinde karar vermiştir (25). Hemen belirtelim ki, Yargıtay'ın genel eğilimi, kocanın uzun süre yurt dışında olması veya cezaevinde olması halinde karının rızası ile eve girilmesinin suç teşkil etmeyeceği şeklindedir (26).

B) Hile ile girmek veya çıkmamak: Hile, bir şahsın kasıtlı olarak aldatılmasıdır. Aldatıcı beyan ve davranışlarla konut sahibinin rızası elde edilmesi suretiyle konuta girilmesi ve aynı şekildeki davranışlarla konuttan çıkılmaması hiledir. Burada aslında konuta girme ve çıkmama hususunda rıza mevcuttur; ancak bu rıza failin kullandığı bazı vasıtalarla ifsat edilmiş olduğundan hukuki sonuç doğurmaktan uzaktır. Örneğin, kocasının sesinin taklit edilerek eve girilmesi, yine "sanıklardan biri gece mağdurenin bulunduğu annesinin evine giderek ziyarete geldiğini söylemesi üzerine kapı açılınca diğer suç arkadaşlarıyla içeriye girilmesi (27) hallerinde, hak sahibi bazı aldatıcı davranışlarla elde edildiği için hile mevcuttur ve dolayısıyla bu gibi hallerde konut dokunulmazlığını bozma suçu oluşur.

C). Gizlice girmek veya çıkmamak: Gizlice girmek ve çıkmamak tabirinden, hak sahibinin haberi olmadan konuta herhangi bir şekilde girmek veya çıkmamak anlaşılmalıdır. Hile ile girmede özgürce oluşmasa da bir rıza mevcut olduğu halde, gizlice girmede hak sahibi bu eylemden habersiz olduğundan rızasının bulunması sözkonusu olmaz.

Girmenin gizli veya hile ile vukuu bulması mesken sahibinin rızası olmadığıнын ve alenen girmede men edileceğinin delilidir (28).

Hile ile veya gizlice konuta girmek fiillerine TCK 193. maddesinde yer verilip, hile veya gizlenmek suretiyle konuttan çıkmamak fiilleri maddede yer almamışsa da, doktrin ve uygulamada "hile" ve "gizlenme"nin çıkmamak unsuru bakımından da geçerli olduğu, diğer bir deyimle hile ile veya gizlenmek suretiyle konuttan çıkmamak da suç olarak kabul edilmektedir (29). TCKÖT'nin 173/1. maddesinde ise; "rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayan, gizlenen veya hileyle kalan kimse"nin eylemi açıkça suç olarak düzenlenmiştir.

(25) 4. CD. 27.12.1977, 7069/7080. (YKD. Cilt. VI, Sayı. 6, Haziran 1980, s. 863) Olayda, müşteki Fransa'da iken, evine geceleyin giren sanığın TCK 193/2 maddesiyle mahkûmiyetine karar verilmiştir.

(26) Bkz. 4. CD. 18.12.1943, 8980/7484 (Gözübüyük, age, Cilt. 2, s. 883), 4. CD. 20.1.1960, 86/423 (Şanal-Aydınöz, age, s. 229) Y. 8. CD. 20.11.1986, 5147/5782 (Savaş-Mollamahmutolu, age, Cilt. 2, s. 1835).

(27) 5. CD. 8.4.1975, 1017/1011. (Alikasıfoğlu-Doğu, age, s. 203)

(28) CGK. 11.3.1991, 4-25/67 (Savaş-Mollamahmutolu, age, Cilt. 2, s. 1823-1825)

(29) Bkz. Dönmezer, age, s. 61; Erem, age, s. 287; Önder, age, s. 70-71

VI. SUÇUN MANEVİ UNSURU: Konut dokunulmazlığını bozma suçu, cürüm niteliğinde bir suç olduğundan bu suçun manevi unsuru kasttır. Kanunumuz, bu suç için özel bir kasıt aramamıştır. Dolayısıyla konut dokunulmazlığını bozma suçunun oluşabilmesi için genel kast yeterlidir. Saniğin hangi saik ile hareket ettiği önemli değildir (30). Failin, hak sahibinin rızasının olmadığını bilerek ve isteyerek konut veya eklentisine girmesi veya rıza ile girdikten sonra rıza halifına konutta kalmak bilinciyle çıkmaması ile suçun manevi unsuru gerçekleşmiş olur.

Yargıtayımız bazı kararlarında failde hukuka aykırı hareket etme bilinci (şuuru) olmadığı için konuta veya eklentisine girme eylemlerini suç olarak kabul etmemiştir. Örneğin, Yüksek Mahkeme; "*kendi evine giren kimseyi yakalamak maksadıyla kovalayan maznunun bu şahsın kaçtığı evin avlusuna girmiş olması*" nı (4. CD. 23/1953. 12827/18494) "*kızını ve aile şeref ve namusunu kurtarmak maksadıyla... kızını kaçıran mağdurun evinin avlusuna*" girilmesini, (4. CD. 14.3.1956, 18019/3106.) "*kendisine saldırmasından dolayı köpeği kovalamak için müşterinin mutfağına*" girilmiş olmasını (4. CD. 13.1.1956, 2212/1707) suç kabul etmemiştir (31).

Hata ile başkasının konutuna veya eklentisine girme halinde de kasıt olmadığından suç oluşmaz. Yüksek mahkememiz, "*karısının odası zanni ile mağdurun odasına girmekte kasıt unsuru yoktur*" şeklinde karar vermiştir (32).

Yargıtay, kiracısını evden çıkarmak amacıyla eve girilmesi halinde konut dokunulmazlığını ihlal suçu değil, ihkakı hak suçunu oluşturduğu görüşündedir. Yüksek Mahkemeye göre bu gibi hallerde, "*eve girmek, kastolunan ihkakı hak suçunu işlemek için bir vesile ve vasıta değil, belki gayrimenkulun kendisine taalluku itibarıyla bariz bir hususiyeti bulunan kendiliğinden hak almak suçunun hedef ve gayesi ve bu itibarla bu cürmün tamamlayıcı unsurudur.*" (33)

VII. AĞIRLAŞTIRICI NEDENLER: TCK.nun 193/2 maddesinde fiile ilişkin dört husus ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiş ve bu ağırlaştırıcı nedenlerin varlığı halinde fiilin resen koşuşturulması öngörülmüştür. Aşağıda sırasıyla bu ağırlatıcı nedenler ele alınmıştır.

(30) Konut dokunulmazlığını bozma suçunun oluşumu için genel kastın yeterli olduğu şeklindeki Yüksek Mahkememizin bir kararı aynen şöyledir: Yakınanın oğlu ile evlenmek amacıyla onun evine gittiğinin, evden çıkması uyarıldığı halde çıkmayıp sabaha kadar kaldığının kabul edilmesi karşısında, konut dokunulmazlığı suçu olduğu halde, suç kastı ile amacı karıştırılarak ve genel kasıtle işlenen konut dokunulmazlığını bozma suçunda özel kasıt aranarak, saniğin amacının konut dokunulmazlığını bozma suçunu işlemek olmayıp oğlu ile evlenmeye onu zorlamak bulunduğu gerekçesiyle beraat hükmü kurulması bozmayı gerektirmiştir (4. CD. 23.6.1992, 4045/4557. Erdurak, age, s. 346).

(31) Sözkonusu kararlar için bkz. Gözübüyük, age, Cilt. 2, s. 893-894

(32) 4. CD. 14.1.1953, 13064/377 (Önder, age, s. 75).

(33) İBK. 5.2.1947, 30/13 (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Ceza Bölümü, Cilt. 3, Ankara 1981, s. 70).

1. SUÇUN GECELEYİN İŞLENMESİ: TCK.nun 193/2. maddesinde, konut dokunulmazlığını bozma suçunun gece işlenmesi suçun ağırlatıcı nedeni olarak kabul edilmiştir. Gece; güneşin batmasından bir saat sonra ve güneşin doğmasından bir saat önceye kadar ki zaman dilimidir. (TCK 502 md) Aşağı yukarı bütün ceza yasalarında konut dokunulmazlığını bozma suçunun gece işlenmesi, suçun ağırlatıcı bir nedeni olarak kabul edilmiştir (34). "Gece"nin suçun ağırlatıcı nedeni olarak kabul edilmesinin nedeni, geceleyin fiilin gerçekleştirilmesinin kolay olması, suçun mağduru veya mağdurlarının gece vakti fiile karşı koyabilme imkanının az olması ve en önemlisi geceleyin kişilerin konutta istirahat çekilmiş olmaları ve mutlak bir zorunluluk olmadıkça kişilerin gece rahatsız edilmemeleri gereğidir. Bu düşünceyledir ki CMUK.nunda konutta gece arama yapılması sıkı koşullara bağlanmıştır. (Bkz. CMUK 96 md)

Konuta rıza harici girmek, girdikten sonra rıza olmamasına rağmen konuttan çıkmamak suç olarak düzenlendiğine göre, konuta gündüz girilip gece çıkılması halinde de fiilin gece işlendiği kabul edilerek ağırlatıcı nedenin uygulanması lazımdır (35).

2. SUÇUN KİŞİLER ALEYHİNDE ŞİDDET KULLANILARAK İŞLENMESİ:

Kanunumuzdaki bu ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi için "şiddet" in, kişilere karşı kullanılması ve konuta girme amacına yönelik olması, yani buna araç olarak kullanılması lazımdır. Bu nedenle, konuta girdikten sonra kişilere karşı şiddet kullanılması halinde, şiddet, konut dokunulmazlığını bozma suçunun ağırlatıcı nedeni olarak kabul edilemez (36); bu gibi hallerde gerçek içtima kuralları uygulanarak faile etkili eylem suçundan ayrıca ceza verilir. (TCK 78 md)

Konut dokunulmazlığını bozma suçunun oluşabilmesi için failin kendisini oradan çıkarma hakkını haiz bir kişinin rızası haricinde meskene girmesi gerekli olmakla beraber, bu ağırlatıcı nedenin uygulanması için şiddetin herhangi bir kişiye karşı kullanılması yeterlidir. Çünkü kanunumuz, şiddetin mutlaka faili oradan çıkarma hakkını haiz kişiye karşı kullanılmış olmasını aramamıştır.

(34) Bu konuda bkz. Önder, age, s. 79

(35) CGK. 4.4.1977, 4-135/157 ve CGK. 9.12.1957, 4-225/231 (Zik. Önder, age, s. 80).

(36) Sanığın elindeki kazmayı, konut dokunulmazlığını bozmak suçunu gerçekleştirirken şahıslara karşı kullanmayıp içeri girdikten sonra etkili eyleme kalkışma suçunda kullanılması halinde; TCK. nun 193/1 maddesi uygulanmalıdır. (10.CD. 30.1.1996, 26/611. YKD. Cilt. 22. Sayı. 8. Ağustos 1996, s. 338) Aynı yönde, 4. CD. 6.5.1988. 3424/3643. (YKD. Cilt. XV, Sayı. 11 Kasım 1989, s. 1646) 6. CD. 8.12.1987, 8350/10363, 4. CD. 21.5.1985, 4505/4736, (Savaş-Mollamahmutoglu, age, Cilt. 2, s. 1835, 1836).

Kanunumuz, "şiddet" i ağırlatıcı neden olarak kabul etmiş, ancak tehdidi ağırlatıcı neden olarak kabul etmemiştir. Bu nedenle tehdit, suçun ağırlatıcı nedeni değildir. Tehdidin ağırlatıcı neden olarak kabul edilmemesi doktrinde haklı eleştirilere uğramıştır (37). Üzülerek belirtmek gerekir ki, TCK Öntasarısında da tehdit, suçun ağırlatıcı nedeni olarak kabul edilmemiş, doktrindeki eleştiriler gözönünde bulundurulmamıştır (38).

Suçun ağırlatıcı nedeni olabilmesi için şiddetin eşya üzerinde değil, kişilere karşı kullanılması gereklidir. Eşya üzerinde şiddet kullanılması, koşulları oluşmuşmuşsa eşyaya zarar verme (TCK 516 md) suçunu oluşturur. TCK Öntasarısı ise eşya üzerinde şiddet kullanılmasını da suçun ağırlatıcı nedeni olarak kabul etmiştir (39).

Maddedeki "şiddet" deyimini "maddi cebir" anlamına gelmektedir. Burada üzerinde durulması gereken önemli bir sorun şudur: Acaba "maddi cebir"den ne anlaşılması gereklidir? Maddi cebir ile etkili eylem kavramlarının ifade ettiği anlam aynı mıdır? Eğer değilse, şiddet, etkili eylem derecesine ulaşmışsa, örneğin rapora konu olacak derecede bir yaralanma meydana gelmişse, buradaki şiddet yine konut dokunulmazlığını bozma suçunun ağırlatıcı nedeni olarak mı kabul edilecek, yoksa bağımsız bir suç olarak mı kabul edilecektir?

Hemen belirtelim ki, kanunumuzda konut dokunulmazlığını bozma suçunun ağırlatıcı nedeni olarak kabul edilen şiddetin ağırlığı konusunda bir hüküm yoktur. Kanunda yalnızca, "eşhas aleyhinde şiddet istimali ile" fiilin işlenmesi halinde ağırlatıcı nedenin uygulanacağı belirtilmektedir. (TCK 193/2 md) TCKÖT'nda da "şahıs... üzerinde şiddet kullanılarak" konut dokunulmazlığının ihlal edilmesi suçun ağırlatıcı nedeni kabul edilmiştir. Ancak Öntasarıda da suçun ağırlatıcı nedeni olarak kabul edilen şiddetin ağırlık derecesi hususunda bir açıklık mevcut değildir.

Doktrinde soruna çözüm bulmaya çalışan Soyaslan, "cebir şiddet" ve "etkili eylem" ayırımı yaparak, etkili eylem derecesine varmayan "şiddetin" konut dokunulmazlığını bozma suçunun ağırlatıcı nedeni olduğunu, etkili eylemin yapılması, örneğin mağdurun yaralanması halinde cebir şiddet sınırının aşılmış olacağı ve etkili eylem suçunun meydana geleceğini savunmaktadır (40). Dönmezer, burada mürek-

(37) Bkz. Önder, age, s. 81; Erem, age, s. 290. Soyaslan ise tehdidi de ağırlatıcı neden olarak kabul etmektedir (Bkz. Doğan Soyaslan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 1997, s. 617).

(38) Bkz. TCK Öntasarısı 1997, Ankara, s. 69. Konut dokunulmazlığının ihlali başlığını taşıyan Öntasarının 173/2 maddesi aynen şöyledir: Fiil, gece vakti veya şahıs veya eşya üzerinde şiddet kullanılarak veya silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmiş ise verilecek ceza sekiz aydan üç yıla kadardır.

(39) TCK Öntasarısının konut dokunulmazlığının ihlali suçunu düzenleyen 173. maddesi için bkz. TCK Öntasarısı. s. 69.

(40) Bkz. Soyaslan, age, s. 617.

636 TÜRK CEZA KANUNU VE TÜRK CEZA KANUNU ÖNTASARISI HÜKÜMLERİ
İŞİĞİNDE KONUT VE İŞYERİ DOKUNULMAZLIĞINI BOZMA SUÇU

kep suçun sözkonusu olduğunu, faile ayrıca etkili eylem suçundan ceza verilemeyeceğini ileri sürmektedir (41). Malkoç-Güler de benzer bir düşünceyi paylaşmakta ve şiddetin konut dokunulmazlığını bozma suçunun ağırlatıcı nedeni olması nedeniyle ayrıca etkili eylem suçundan ceza verilemeyeceğini belirtmektedirler. Ancak yazarlar, şiddetin "gerekli olandan fazla" olması halinde faile ayrıca TCK 456. madde ile ceza verilebileceğini ileri sürmektedirler (42). Yüksek Mahkememiz ise konuyla ilgili olarak vermiş olduğu bir kararda, etkili eylemin konut dokunulmazlığı suçunun ağırlatıcı nedeni olduğunu, bu nedenle faile ayrıca etkili eylem suçundan ceza verilemeyeceği görüşünü benimsemiştir (43).

Yukarıda aktardığımız görüşlerden cebir şiddet ile etkili eylem ayırımı yaparak, "şiddet" in, konut dokunulmazlığının ağırlatıcı nedeni olması gerektiğini savunan görüşün soruna çözüm getiremeyeceği kanaatindeyiz. Çünkü, kişilere karşı şiddet kullanılmasıyla etkili eylemi birbirinden ayırmak çok güçtür. Erem'in de haklı olarak belirttiği üzere "itmek" de müessir fiildir (44). Yüksek Mahkememiz de "itme" nin müessir fiil olduğuna karar vermiştir (45). "itmek" dahi müessir fiil kabul edildiğine göre etkili eylem sayılmayan şiddet kavramına örnek bulmak çok zordur. O nedenle, cebir şiddet ve etkili eylem ayırımı yapılarak cebir şiddetin suçun ağırlatıcı nedeni olarak kabul edilmesi gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır.

Etkili eylemin, konut dokunulmazlığını bozma suçunun ağırlatıcı nedeni olarak kabul eden görüş de bu konuda bir ölçü önermemektedir. O bakımdan bu görüşlerin de sorunu çözemeyeceği kanaatindeyiz. Bilindiği üzere, kendiliğinden hak almak suçunun, kişilere karşı şiddet kullanılarak işlenmesi, suçun ağırlatıcı nedeni kabul

(41) Dönmezer, age, s. 65

(42) Malkoç-Güler, Cilt. 2, s. 1390

(43) 4. CD. 13.6.1946, 6280/6254 (Şanal-Aydınöz, age, s. 230).

(44) Bkz. Erem, age, s. 411.

(45) Yüksek Mahkememizin bu yöndeki kararı aynen şöyledir: Sanığın, müştekiyi itmekten ibaret olan eylemi TCK. nun 456/4. maddesindeki müessir fiil suçunu oluşturur. (2. CD. 23.2.1984, 1249/1881. Osman Yaşar, Uygulamada ve Öğretide Asliye Ceza Davaları, 1. Baskı, Ankara 1994, s. 611) Benzer karar için bkz. 2. CD. 9.4.1991, 3288/4180. (Erdurak, age, s. 821). Yüksek Mahkememiz, mağdurun saçının çekilmesi, (4. CD. 3.3.1993, 8192/1703. Yaşar, age, s. 608) çenesine hafifçe vurulması eylemlerinin de müessir fiil olduğuna karar vermiştir. (2. CD. 22.12.1948, 12530/12741. Şanal- Aydınöz, age, s. 556) Konuyla ilgili bir İtalyan Yüksek Mahkemesi kararı da aynen şöyledir: Müessir fiile sebebiyet vermek, sadece dövmek, vurmak gibi hareketin yapılmasıyla sınırlı olmayıp, başkasının vücuduna cebren elkoymayı kapsayacak biçimde daha geniş bir anlama gelir. Bu itibarla, bir kimsenin acı duymasına yol açacak suretle bir kimseye çarpmak veya onu itmek de müessir fiil suçunu teşkil eder (İt. Ygt. 24.9.1987, II 563, 597. Zik. Sahir Erman-Çetin Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere karşı Suçlar, İstanbul 1994, s. 98, dipnot:8).

edilmiş ve buradaki şiddetin ağırlık derecesi bakımından TCK 456/1. maddesi ölçü alınmıştır (46). Diğer bir ifadeyle TCK 456/1. maddesi sınırları içerisindeki bir şiddet kendiliğinden hak almak suçunun ağırlatıcı nedeni olarak kabul edilecek, bunu aşan şiddet eylemleri bağımsız suç olarak değerlendirilecektir. Bu Konudaki tereddütlerin giderilmesi açısından benzer bir düzenlemenin konut dokunulmazlığını bozma suçunu için de kabul edilmesi, TCKÖT'na benzer bir hükmün konulması yararlı olurdu.

Kanaatimizce, mevcut yasal düzenlemelere göre de, TCK 456/4 maddesinde düzenlenen ağırlıktaki şiddet: konut dokunulmazlığını bozma suçunun ağırlatıcı nedeni olarak kabul edilebilir. Ancak daha ağır nitelikteki şiddet kullanılması hallerinin konut dokunulmazlığını bozma suçunu ağırlatıcı nedeni olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü, daha ağır nitelikteki şiddet eylemlerini ağırlatıcı neden olarak kabul etmek çelişkili bazı durumların doğmasına neden olur. Örneğin, TCK 456/2 maddesindeki etkili eylem suçunun cezası 2 yıldan 5 yıla kadar, 456/3 maddesindeki etkili eylem suçunun cezası 5 seneden 10 seneye kadardır. Sırf konuta girmek için kullanılması sebebiyle, kişinin 456/2 veya 3. fıkrasındaki ağırlıkta bir şiddetin uygulanmasını konut dokunulmazlığını bozma suçunun ağırlatıcı nedeni olarak kabul etmek izahı güç bir çelişki teşkil eder. Bu sebeple TCK 456/4 haricindeki şiddet kullanılması fiillerinin, konut dokunulmazlığını bozma suçunun ağırlatıcı nedeni değil, bağımsız bir suç teşkil edeceği görüşünderiz.

3. SUÇUN SİLAHLA İŞLENMESİ: Konut dokunulmazlığını bozma suçunun silahla işlenmesi de suçun ağırlatıcı nedeni olarak kabul edilmiştir. Silahtan maksat, ateşli, patlayıcı, saldırı ve savunmada kullanılan her türlü kesici, delici ve bereleyici aletler ile yakıcı aşındırıcı ve her türlü gaz ve zehirlidir (TCK 189 md).

Silahın ağırlatıcı neden olarak kabul edilebilmesi için silahın konut dokunulmazlığını bozma suçu işlenirken kullanılması lazımdır. O nedenle, konuta girildikten sonra silahın kullanılması halinde silah ağırlatıcı neden olarak kabul edilemez. Yine, kişi silahlı olsa ve bu silahı görülebilir durumda bulunsa bile, eğer konut dokunulmazlığını ihlal etmek için kullanılmamışsa TCK 193/2. Maddesindeki ağırlatıcı neden

(46) TCK 456/1. maddesine temas eden şiddetin kendiliğinden hak almak suçunun ağırlatıcı nedeni olarak kabul edilmesi; TCK 456/1. maddesindeki cezanın, şiddet kullanılarak kendiliğinden hak almak suçunun cezasından ağır olması sebebiyle doktrinde eleştirilere uğramış ve bu durumun cezalar arasında ahenkizliğe yol açtığı ileri sürülmüştür. Bkz. Erem. age. s. 606; Önder, age, s. 368. TCKÖT hazırlanırken bu eleştiriler dikkate alınarak, şiddet kullanılması nedeniyle kendiliğinden hak almak suçundaki şiddetin ağırlık derecesi için Öntasarının TCK. nun 456/4. maddesine karşılık gelen 142/4. maddesi ölçü alınmıştır (Etkili eylem suçunu düzenleyen Öntasarının 142. maddesi için bkz. TCKÖT. s. 63, kendiliğinden hak almak suçunu düzenleyen 457. maddesi için bkz. TCKÖT s. 125).

uygulanamaz. "TCK. nun 193. Maddesinin 2. fıkrasındaki ağırlaştırıcı sebebin varlığını kabul edebilmek için konut dokunulmazlığını bozma suçu işlenirken silahın suçta kullanılmış olması gerekir. Zira kanunumuz suçun 'silahlı' olarak işlenmesini değil, 'silah ile' işlenmesini aramaktadır. Bu kavramların birbirinden farklı olduğunda kuşku yoktur. Bir suçun silahla işlenmesi demek, suç işlenirken silahın korkutucu, tahrip edici, yaralayıcı, bereleyici, yakıcı, aşındırıcı niteliğinden yararlanılması demektir. Failin üzerinde mevcut görünen bir silaha rağmen, konuta girmek için kullanılmadıkça bu ağırlaştırıcı sebep uygulanmaz." (47).

4. SUÇUN BİRÇOK KİMSELER TARAFINDAN TOPLU OLARAK İŞLENMESİ: Fiilin "birçok kimseler" tarafından işlenmesi suçun ağırlatıcı nedeni olarak kabul edilmiştir. Yüksek Mahkememiz maddedeki "birçok kimse" deyiminin üçten fazla kişi anlamına geldiği görüşündedir (48). Buna göre bu ağırlatıcı nedenin uygulanması için dört veya daha fazla kişinin birlikte hareket ederek konut dokunulmazlığını bozma suçunu işlemeleri gereklidir. Faillerden bir kısmının asli, bir kısmının ferî fail olması halinde de ağırlatıcı neden uygulanır.

TCK Öntasarısında fiilin "birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi" suçun ağırlatıcı nedeni olarak kabul edilmiştir (TCK Öntasarısı 173/2 md). Böylece Öntasarıya göre iki veya daha fazla kişinin birlikte suç işlemeleri halinde ağırlatıcı neden uygulanacaktır (49).

VIII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1. İŞTİRAK: Bu suçta iştirakin her şekli mümkündür.

2. TEŞEBBÜS: Konut dokunulmazlığını bozma suçu, rıza hilafına meskene girmek ve rıza ile girdikten sonra çıkmamak suretiyle gerçekleşir. Suç, bu seçimlik ha-

(47) CGK. 5.2.1990, 4-368/11. (İbrahim Ekdemir, Açıklamalı İçtihatlı Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Ankara 1990, s. 253) Aynı yönde 8. CD. 25.1.1985, 5457/155, 5. CD. 27.12.1978, 3481/3875, Savaş-Mollamahmutoğlu, age, (Cilt: 2, s.1839, 1840) 4. CD 30.6.1993, 4669/5327, 4. CD. 24.6.1992, 3879/4968. (Yaşar, age, s. 158, 159)

(48) Bkz. CGK. 19.4.1993, 68/102. (Malkoç/Güler, Cilt. 2. s. 1390-1392) Aynı yönde 2. CD. 28.4.1993, 4404/5353, 4. CD. 20.2.1987, 267/1742. (Yaşar, age, s. 161) Yargıtay. 4. CD Başkan Sn. Sami Selçuk, kanundaki "birçok" ve "birkaç" sözcüğünün kaynak İtalyan Ceza Kanununda olduğu gibi "iki ya da daha çok" anlamında kabul edilmesi gerektiği görüşündedir. (Selçuk'un, CGK. 19.4.1993, 68/102 sayılı karara ilişkin karşı görüşü için bkz. Malkoç/Güler, Cilt. 2. s. 1390-1392) Soyaslan da "birden çok" kimselerden en az iki kişinin kastedildiği görüşündedir (Bkz. Soyaslan, age, s. 618).

(49) TCK Öntasarısının 173/2 maddesi için bkz. Öntasarı, s. 69

reketlerden birini yapılması ile tamam olur. Suçun tamamlanması için ayrıca başka bir sonucun doğması gerekli değildir.

Neticesi harekete bitişik bir suç olması nedeniyle, doktrinde bazı yazarlar konut dokunulmazlığını bozma suçuna teşebbüs etmenin mümkün olmadığını savunmaktadır. (50)

Doktrinde savunulan bir görüşe göre ise, bu suça eksik teşebbüs mümkün olup, tam teşebbüs mümkün değildir (51). Doktrindeki bir diğer görüş de, bu suça hem eksik hem de tam teşebbüsün mümkün olduğu yönündedir (52). Yüksek Mahkememiz ise bu konuda çelişkili kararlar vermiştir. Yüksek Mahkeme vermiş olduğu eski bir kararında, konut dokunulmazlığı suçuna tam teşebbüsün mümkün olduğuna karar vermiş iken (53), yeni kararlarında konut dokunulmazlığını bozmak suçunda tam teşebbüsün mümkün olmayacağı görüşlerini ileri sürmüştür.

Konut dokunulmazlığını bozmak cürmünün salt hareket suçu olduğu, icrai hareketin bittiği andan suçun esasen oluştuğu, bu nedenle tam kalkışmaya elverişle olmadığı ve fakat suçun oluşumu sürecindeki hareket parçalanabilir nitelikte bulunduğu bu suçta yalnız eksik kalkışmanın sözkonusu olabileceği gözetilmeden, sanık hakkında TCK. nun 61. Maddesi yerine 62. Maddenin uygulanması yasaya aykırıdır (54).

3. İÇTİMA: Konut dokunulmazlığını bozma suçunun, başka suçlarla birlikte işlenmesi ve bu suçlarla içtima etmesi mümkündür. Esasen mesken konut dokunulmazlığını bozma suçu, çoğu kez başka suçlar için bir ön suç olmaktadır.

Bu durumda ikili bir ayırım yapmak lazımdır. Eğer konuta girme, bir suçun unsuru veya ağırlatıcı nedeni olarak kanunda düzenlenmişse-bina dahilinde hırsızlık suçunda olduğu gibi-ayrıca konut dokunulmazlığını bozma suçundan ceza verilemez. Örneğin yukarıdaki örnekte yalnızca bina dahilinden hırsızlık suçundan ceza verilebilir.

(50) Bkz. Çınar, agm, s. 483. Bununla birlikte Yazar, hareketin parçalara bölünebilmesi olasılığının bulunduğu durumlarda teşebbüsün mümkün olabileceğini, "çıkılmamak" fiili bakımından ise teşebbüsün mümkün olmadığını ileri sürmektedir. (Bkz. Çınar, agm. s. 483) Erem de "girmek" fiili bakımından teşebbüsün mümkün olduğunu, örneğin duvara yaslanmış merdiven ile pencereden girmek isterken veya dam üzerinde failin yakalanması halinde teşebbüsün mevcut olduğunu savunmaktadır (Bkz. Erem, age, Cilt. 3, s. 283).

(51) Bkz. Dönmezer, age, s. 57; Soyaslan, age, s. 616

(52) Zik. Önder, age, s. 76

(53) 4. CD. 30.5.1951, 4129/4129. (Gözübüyük, age, Cilt. 2, s. 888)

(54) 4. CD. 11.9.1990, 3320/3894. (Yaşar, age, s. 162) Aynı yönde 4. CD. 22.1.1992, 7713/361, 4. CD. 31.10.1989, 6164/6584 (Yaşar, age, s. 162), 4. CD. 26.1.1995, 9211/324 ve 4. CD. 10.4.1994, 4638/7658 (Malkoç-Güler, age, Cilt. 2, s. 1398, 1401).

Ancak konuta girmek, bir diğer suçun unsuru veya ağırlatıcı nedeni olarak kanunda düzenlenmemiş ise bu durumda gerçek içtima kuralları uygulanarak (TCK 78. md) işlenen diğer suçla birlikte faille konut dokunulmazlığını bozma suçundan da ceza verilebilir. Örneğin ırza geçmek için mağdurenin evine girme halinde, hem ırza geçme, hem de konut dokunulmazlığını bozma suçu gerçekleşmiştir. Çünkü, konuta girme, ırza geçme suçunun unsuru veya ağırlatıcı nedeni değildir. Gerçi burada failin amacı, yani saiki ırza geçme ise de, suçun oluşumu açısından saik bir öneme sahip değildir. Fail, hukuka aykırı olarak konuta girdiğini bilmekte ve istemektedir; suçun oluşması için bu yeterlidir. Yüksek mahkememizin görüşü de bu doğrultudadır. Yüksek Mahkeme; *kayınpederin evine girilerek kayınpedere müessir fiilde bulunulması* (Y. 4. CD. 19.1.1982, 8128/100), *bir kimsenin evine girerek ırza geçmeye teşebbüs edilmesi* (Y. 4. CD. 22.5.1974, 6631/7757), *meskene girilerek kız kaçırılması hallerinde iki suç oluştuğuna karar vermiştir* (Y. 4. CD. 7.6.1985, 5490/5564) (55).

4. TESELSÜL: Konut dokunulmazlığını bozma suçunda teselsül mümkündür. Aynı kasıtle konuta birden fazla girme halinde suç teselsül etmiş olur. Yüksek Mahkememizin görüşü de bu yöndedir (56).

Yargıtay, girilen yerin birden fazla kişinin konutu veya eklentisi olması halinde müteselsil suç değil, tek suç oluştuğu görüşündedir. Yüksek Mahkeme, bir olayla ilgili olarak; *"Saniğın, mağdur Ç. nin konut eklentisi sayılan bahçesine girdiği ve diğer mağdur K. nin da aynı konutun üst katında oturduğu anlaşılmasına göre, eylemin tek suç oluşturacağı düşünülp tartışılmadan, teselsül hükmünün uygulanması yasaya aykırıdır."* şeklinde karar vermiştir (57).

IX. KOĞUŞTURMA: TCK 193/1. maddesinde düzenlenen konut dokunulmazlığını bozma suçunun kovuşturulması şikayete bağlıdır. Ayrıca TCK 193/1. maddesindeki suçun şahsi dava yoluyla koğuşturulması mümkündür. (CMUK 344 md) Ko-

(55) Sözkonusu kararlar için bkz. Önder, age, s. 78

(56) Saniğın aynı karar altında ayrı ayrı zamanlarda müştekinin gayri resmi karısıyla ilişkide bulunmak maksadıyla evine girmesinin TCK. nun 80. Maddesinin uygulanmasını gerektiren tek suç sayılacağı gözetilmeden her bir eylemin müstakil suç kabulüyle fazla ceza tayini kanuna aykırıdır. (4. CD. 7.12.1988, 7145/7636. Yaşar, age, s. 163) Aynı yönde 4. CD. 5.10.1988, 5336/6039 (Yaşar, age, s. 163).

(57) 4. CD. 21.6.1993, 3117/3895. Önder, age, s. 78) Yüksek Mahkememiz yeni vermiş olduğu bir başka kararında da, *"saniğın mağdur Ç'nin konut eklentisi sayılan bahçesine girdiği ve diğer mağdur F.K'nin de aynı konutun üst katında oturduğu anlaşılmasına göre eylemin tek suç oluşturacağı düşünülp tartışılmadan, teselsül hükmünün uygulanmasının kanuna aykırı" olduğuna karar vermiştir* (4. CD. 21.6.1993, 3017/3895. Malkoç-Güler, age, Cilt. 2, s. 1406).

nut sahibinin şikayet hakkı olduğunda kuşku yoktur. Ancak bu hususta tek hak sahibi konut sahibi değildir. Çünkü, konut dokunulmazlığını bozma suçu kişi hürriyeti ve güvenliği aleyhine işlenen suçlardan olduğundan, kişisel hürriyeti ihlal edilen herkes şikayet hakkına sahiptir. Yüksek Mahkememiz de bu görüştedir (58).

Bir çatı altında barınan kişilerin geniş tutulmuş aile mensupları olarak bir arada bulunmaları halinde konut dokunulmazlıkları bozulan ergin kişilerden her birinin şikayet hakkı bulunması gerekir.

"Konut sahibi" sözü, burada oturması nedeniyle konut dokunulmazlığı hakkına sahip olan kişi anlamına gelir (59).

Konut dokunulmazlığını ihlal suçunun gece veya kişilere karşı şiddet kullanmak suretiyle veya silah ile veyahut birçok (üçten fazla kimse) kimseler tarafından işlenmesi halinde şikayete gerek kalmadan Cumhuriyet Savcılığınca resen koğuşturma yapılır. (TCK 193/2) Ancak, kişilere karşı şiddet uygulanması nedeniyle eylemin TCK 193/2 maddesinde belirtilen suçu oluşturması için, şiddetin, konuta veya eklentisine girmek amacıyla kişilere karşı uygulanması lazımdır. Konut veya eklentisine girdikten sonra kişilere şiddet uygulanması halinde eylem TCK 193/1 maddesine temas eden, koğuşturulması şikayete bağlı konut dokunulmazlığını bozma suçunu oluşturur. TCKÖT'nda da TCK 193/1. maddesine karşılık gelen TCKÖT 173/1. maddesindeki suçun kovuşturulması şikayete tabi tutulmuş TCK 193/2. maddesine karşılık gelen TCKÖT'nin 173/2. maddesindeki suçun resen koğuşturulması öngörülmüştür.

TCK 193/1 maddesindeki suç sulh ceza mahkemesinin, 193/2. maddesindeki suç ise asliye ceza mahkemesinin görevine girmektedir.

X. YAPTIRIM: TCKÖT'nda konut dokunulmazlığını bozma suçu için daha ağır cezalar öngörülmüştür. TCK 193/1. maddesindeki suçun cezası bir aydan altı aya kadar hapis, 193/2. maddesindeki suçun cezası altı aydan üç seneye kadar hapis iken, TCKÖT'nin 173/1. maddesindeki suçun cezası üç aydan sekiz aya kadar hapis, TCKÖT'nin 173/2. maddesindeki suçun cezası ise sekiz aydan üç yıla kadar hapisdir.

B. İŞYERİNE GİRME VEYA ÇIKMAMA SUÇU

1. GENEL OLARAK: Yukarıda da açıklandığı üzere TCK'hunda yalnızca konutlar korunmuş, işyerleri bu kapsama dahil edilmemiştir. Günümüzde insanların ye-

(58) Bkz. 5. CD. 19.3.1949, 2624/3870 ve 2. CD. 23.9.1949, 8597/8945 (Gözübüyük, age, Cilt. 2, s. 886-887).

(59) CGK. 19.12.1973, 1972/299-155 (Alıkaşifoğlu-Doğu, age, 203).

642 TÜRK CEZA KANUNU VE TÜRK CEZA KANUNU ÖNTASARISI HÜKÜMLERİ
İŞİĞİNDA KONUT VE İŞYERİ DOKUNULMAZLIĞINI BOZMA SUÇU

mek, içmek, dinlenmek ve misafirlerini kabul etmek gibi özel yaşamla ilgili önemli bir faaliyetlerinin büyük bölümünü yazıhane, büro gibi işyerlerinde geçirdikleri ileri sürülerek işyerlerinin korumadan yoksun bırakılması doktrinde eleştirilere hedef olmuştur (60). TCKÖT bu eleştirileri dikkate alarak, "173 üncü maddede yazılı fiiller, açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutad olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentileri hakkında" işlenmesini suç olarak düzenlemiştir (TCKÖT 175 md) (61).

Öntasarınının 175. maddesi suçun koşulları bakımından konut dokunulmazlığını bozma suçuna yollamada bulunmuştur. Buna göre kendisini oradan çıkartmak hakkına sahip olan kimselerin veya kimselerden birinin rızasına aykırı olarak veya hileyle veya gizlice onun işyeri veya eklentilerine girmek, veyahut rıza ile girdikten sonra buradan çıkmamak, gizlenmek veya hileyle kalmak 175. maddede düzenlenen suç oluşturacaktır. Hemen belirtelim ki, TCKÖT'nin 175. maddesi "açık bir rızaya gerek duyulmadan girilmesi mutad olan yerleri" bundan ayırık tutmuştur. Dolayısıyla nitelikleri gereği "açık bir rızaya gerek duyulmadan girilmesi mutad olan" (TCKÖT 175 md) işyerleri sahiplerinin rızası alınmadan bu gibi işyerlerine girilmesi bu suç oluşturmayacaktır. Çünkü, "hak sahipleri bu gibi yerlere isteyenin girmesi hususunda daha başlangıçta rızalarını örtülü olarak açıklamış sayılırlar." (TCKÖT 175. madde gerekçesi) (62).

Nitelikleri gereği açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutad olan mahallere, maddenin gerekçesinde, süpürmarketler, halka açık oldukları sırada, dükkanlar, mağazalar ve bürolar örnek gösterilmiştir. Gerçekten, mal ve hizmetlerin satışa sunulduğu bu gibi işyerleri, nitelikleri, fiili durumları ve işyerindeki hizmetin sunulmuş biçimi itibarıyla işyer sahibinin, başkalarının işyerine girme hususunda rızasını, önceden örtülü olarak açıkladığı yerlerdir; bu nedenle bu gibi işyerlerine açık bir rıza aranmadan girilmesi suç teşkil etmez.

Üzerinde durulması gereken bir konu da, girilmesi veya yararlanılması bir koşulla, örneğin belli bir meslek mensubu olunmasına, üyelik koşuluna veya ücrete bağlı işyerine girilmesi veya işyerindeki hizmetlerden yararlanılmasıdır. Örneğin, içeri girilmesi ücrete tabi oyun yerlerine veya bir seyir yerine rızaya aykırı olarak, gizlice veya hile ile girilmesi halinde TCKÖT'nin 175. maddesindeki suç oluşacak mıdır?

(60) Bkz. Çınar, agm. s. 472; Erem, age. s. 276; Önder, age. s. 59).

(61) TCKÖT'nin 175. maddesi aynen şöyledir: 173 üncü maddede yazılı fiiller, açık bir rızaya gerek duyulmadan girilmesi mutad olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentileri hakkında işlenecek olursa şikayet üzerine faile iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir. Bkz. Öntasarı, s. 70

(62) TCKÖT'nin 175. madde gerekçesi için bkz. TCKÖT, s. 232

İşyerine girme hususundaki rıza bir koşula, örneğin bir ücret ödenmesine bağlı olduğu hallerde, ücret ödenmeden işyerine girilmesi, kanaatimizce TCKÖT'nin 175. maddesi çerçevesinde değerlendirilmelidir. Burada her ne kadar işyerine girme hususunda bir rıza mevcut ise de, bu rıza bir koşula bağlanmıştır, bu koşulun yerine getirilmeden işyerine girilmesi suç kabul edilmelidir.

Bu gibi hallerde akla gelen bir suç da karşılıksız yararlanma suçudur. Ancak, TCK'nun 521/a, TCKÖT'nin 217. (63) maddesinde düzenlenen karşılıksız yararlanma suçu yalnız otel, pansiyon, han gibi geçici ikamete ayrılan yerlerden ücretsiz yararlanma, ücret karşılığı hizmet veren lokanta ve benzeri yerlerde ücret ödmeden yeme, içme ve ücret ödmeden taksi ve benzeri ulaşım araçlarından yararlanmaları suç olarak düzenlenmektedir. O bakımdan, kanunsuz suç ve kanunsuz ceza olmaz ilkesi gereğince bu hükümlerin kıyas yoluyla başka alanlar için uygulanması mümkün değildir.

Mal ve hizmetlerin satıldığı, satışa sunulduğu yerler, nitelikleri gereği girilmesi önceden rıza alınmasına ihtiyaç göstermeyen yerlerdendir. Mal ve hizmetlerin satışa sunulduğu işyerlerinden girilmesi işyerinin açık rızasına bağlı işyerlerine örnek bulmak güçtür. Buna karşılık, üretim yerlerine kural olarak ancak rızaya dayalı olarak girilebilir; bu gibi işyerleri nitelikleri gereği rızaya gerek olmadan girilmesi mutlak olan yerlerden değildir. Örneğin, bir tekstil fabrikasına ancak orada çalışan, işyerine hammadde getiren veya benzeri bir nedene dayalı olarak o işyeri ile ilgisi olan kişiler ayrıca açık bir rızaya ihtiyaç duymadan girebilirler. Bu ve benzeri haller dışında mal ve hizmetlerin üretildiği yerlere girilmesi kural olarak işyeri sahibi veya yetkilisinin rızasına bağlıdır; işyeri sahibi veya yetkilisinin rızası dışında işyerine girilmesi ve ya girildikten sonra çıkılmaması TCKÖT'nin 175. maddesindeki suçu oluşturur.

II. KOĞUŞTURMA VE YAPTIRIM: TCKÖT'nin 175. maddesinin koğuşturulması suçtan zarar gören işyeri sahibinin şikâyetine tabi tutulmuş, suçun cezası olarak da iki aydan altı aya kadar hapis cezası öngörülmüştür.

—oOo—

644 TÜRK CEZA KANUNU VE TÜRK CEZA KANUNU ÖNTASARISI HÜKÜMLERİ
IŞIĞINDA KONUT VE İŞYERİ DOKUNULMAZLIĞINI BOZMA SUÇU

KAYNAKLAR

- 1- A. Pulat Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt. 2, 4. Bası, İstanbul 1980
- 2- Ali Rıza Çınar, Konut Dokunulmazlığını İhlâl Cürümleri, Yargıtay Dergisi, Cilt. 17, Sayı. 4, 1991
- 3- Ayhan Önder, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, İstanbul :1994
- 4- Doğan Soyaslan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 1997
- 5- Faruk Erem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Cilt. 3, 3. Bası, Ankara 1985
- 6- İbrahim Ekdemir, Açıklamalı İçtihatlı Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Ankara 1990
- 7- İsmail Malkoç-Mahmut Güler, Uygulamada Türk Ceza Kanunu, Özel Hükümler, Cilt. 2, 1. Bası Ankara (Tarihsiz),
- 8- Kemalettin Alikashiçoğlu-Engin Doğu Türk Ceza Kanunu CMUK Mevzuatı ve Polis Mevzuatı, Ankara 1988
- 9- Osman Yaşar, Uygulamada ve Öğretide Asliye Ceza Davaları, 1. Baskı, Ankara 1994
- 10- Sahir Erman-Çetin Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere karşı Suçlar, İstanbul 1994,
- 11- Sulhi Dönmezer, Özel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1984
- 12- Şemsettin Şanal-Selçuk Aydınöz, Notlu ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, İstanbul 1979
- 13- Türk Ceza Kanunu Öntasarısı Ankara 1997
- 14- Vural Savaş-Sadık Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt. 2, Ankara 1995
- 15- Yargıtay Kararları Dergisi
- 16- Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Ceza Bölümü, Cilt. 2, Ankara 1980
- 17- Yılmaz Güngör Erdurak, Notlu İçtihatlı Türk Ceza Kanunu. 3. Baskı, Ankara 1994

KISALTMALAR

- Age : Adı geçen eser.
Agm : Adı geçen makale
Bkz : Bakınız
CD. : Ceza Dairesi
CGK. : Ceza Genel Kurulu
md. : Madde
s. : Sayfa
TCKÖT : Türk Ceza Kanunu Öntasarısı
YD. : Yargıtay Dergisi
YKD : Yargıtay Kararları Dergisi
Zik. : Zikreden

**BİR ALAN ARAŞTIRMASI İŞİĞİNDA SERMAYE ŞİRKETLERİNİN
SORUMLULUĞU KONUSUNDAKİ HUKUKİ BİLGİ EKSİKLİĞİNİN
OLUMSUZ SONUÇLARI VE PERDENİN KALDIRILMASI TEORİSİ
YARDIMIYLA GİDERİLMESİ**

Y. Doç. Dr. Ahmet Battal (*)

• **ANLATIM DÜZENİ:** Özet: I–Hukuki Bilginin Gerekliliği. A–Hukuki Bilgi Ve Elde Edilmesi. B–Hukuki Bilgi Eksikliğinden Doğan Zararları Gidermenin Yolları. II–Tüzel Kişilerin Hukuki Sorumluluğu Konusundaki Bilgi Eksikliği. A–Sorumluluk ve Tüzel Kişi Kavramları. B–Sermaye Ortaklıklarında Sorumluluk Kuralları. III Sermaye Ortaklıklarında Sorumluluk ile İlgili Anket Çalışması. A–Anket Hakkında Genel Bilgiler. B–Cevapların İncelenmesi. 1–Sermaye Şirketlerinde Sorumluluğa İlişkin Soru. 2–Sermaye Şirketleri Hakkında Bilgi Sorusu. C–Cevapların Toplu Değerlendirmesi. IV–Sorumluluk Kurallarının Yumuşatılması. Sonuç.

ÖZET

Hukuku bilmek öncelikle hukukçuların işidir. Ancak hukukçu olmayanlar da kendileri için gerekli asgari bilgilere sahip olmalıdır. Aksi takdirde bilgisizliğin zararlarına katlanmak zorunda kalırlar. Türk Ceza Kanununun 44. maddesinde yer almakla birlikte bütün hukuk disiplinleri için geçerli olan genel kurala göre "Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz."

Ticarette meşgul olanlar da ticaretle ilgili temel hukuk kurallarını bilmelidirler. Bunlardan biri de sermaye şirketlerinin borçlarından ortaklarının sorumlu tutulmamacıdır. Bu kuralın tacir tarafından bilinmemesi kendisi aleyhine önemli bazı sonuçlar doğurabilir.

Yaptığımız bir anket bu kuralın ticaretle meşgul olanların en az yarısı tarafından yeterince bilinmediğini göstermektedir.

Kötüniyetli kişiler bu bilgisizlikten hukuka aykırı amaçlar için yararlanabilirler.

Örneğin, kötüniyetli kişiler dolandırıcılık amacıyla bir anonim şirket kurmuş olabilirler. Ya da mevcut bir şirketi bu amaçla kullanabilirler. Hileli işlemlerle şirketin malvarlığını zayıflatıp şirket alacaklılarını zarara uğratabilirler veya kendileri adına borçlanıyormuş görüntüsü vererek zayıf bir şirket üyesi adına borç alabilirler.

(*) Gazi Üniversitesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi

Bütün bu hallerde zarar görenler objektif ölçüye göre korunmaya muhtaç iseler perdeyi kaldırma teorisi uygulanmak suretiyle korunmalıdırlar. Bu amaçla şirket tüzel kişisi yanında, ardındaki gerçek kişiler de borçtan sorumlu tutulabilmelidir.

Aşağıda bu korumadan yararlanmanın şartları incelenmiştir.

Bu amaçla önce hukuki bilginin gerekliliği ve bu ihtiyacın sınırları üzerinde durulmuş, daha sonra sermaye ortaklıklarında sorumluluk kurallarının, ticaretle meşgul olanlar tarafından yeterince bilinip bilinmediğini ortaya çıkarmaya yardımcı olacak anketin sonuçları ele alınmıştır.

Ardından bilgisizliğin zararlı sonuçlarının bertaraf edilebilmesi için kullanılabilircek çözümler değerlendirilmiştir.

Son olarak sermaye şirketlerinin sınırlı sorumluluğu kuralını bilmeyen ve bu nedenle zarar görecek olan kişileri korumak amacıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanabilmesinin şartları incelenmiş ve bir sonuca ulaşılmaya çalışılmıştır.

I-HUKUKİ BİLGİNİN GEREKLİLİĞİ

A- HUKUKİ BİLGİ VE ELDE EDİLMESİ

Sosyal hayatı düzenleyen ve devlet tarafından müeyyidelendirilen kurallar şeklinde tanımlanabilecek olan hukuk kurallarının herkesçe bilindiğini varsaymak bir zorunluluktur. Kişiler "ben bu kuralı bilmiyordum" diyerek müeyyidlerinden kurtulamazlar. Herkes hukuku hiç değilse kendisi için gerektiği kadar bilmek zorundadır.

Her konuda olduğu gibi hukuk kuralları hakkında da genel olarak toplumu ve özellikle bilgi sahibi olmayı isteyen bireyleri bilgilendirmek devletin görevleri arasında kabul edilebilir.

Ancak Ülkemizde, genel eğitim seviyesinin düşük olması nedeniyle hukuki bilgi düzeyi de düşüktür. Devletin bu sahadaki görevini yeterince yerine getirdiğini söylemek mümkün değildir.

Hukuki bilgi edinmeye yardımcı olacak diğer kaynaklar da yeterince iyi işlemektedir.

Gelişmiş ülkelerde, hastalığı önlemeye yönelik koruyucu hekimlik gibi; hukuki problemi önceden görüp yok ederek ileride daha büyük problemler çıkmasını önlemeye yönelik danışman hukukçuluk da hızla gelişmektedir. Buna karşılık ülkemizde sadece çok yüksek cirolar yapabilen banka ve benzeri bazı ticari işletmeler daimi hukuk danışmanlığı hizmetinden yararlanmaktadır.

Avukatlar çoğunlukla, iş ilişkisine girdikleri müvekkillerinden sadece olayla ilgili bilgi ve belgeleri almakla yetinmekte, muhataplarının anlayabileceği ve yararlanacağı ölçüde temel bilgileri vermeye ve onları aydınlatmaya ihtiyaç duymamaktadırlar.

Noterler de hukuki sözleşmelere tanıklık yaparken, hukukçu olmaları nedeniyle kendilerinden beklenen, bilgilendirme ve uyarma görevini çoğu zaman yeterince yerine getirmemektedirler. Bu durumda hukukçu olmayanlar için geriye kalan tek çözüm okuyarak bilgilenmektir. Ancak bu da yazılı metinlerin hukukçu olmayanlar ya da konuya aşinalığı bulunmayanlar tarafından anlaşılmasındaki zorluk, zaman yetersizliği ve benzeri sebeplerle, kolay ve yeterince sık başvurulmuş bir yöntem değildir.

Son olarak, ticari faaliyetleri için bilgiye ihtiyacı bulunan kişilerin; bu ihtiyacın varlığının, şiddetinin ve ciddiyetinin farkında olup olmadığı da ayrı bir problem olarak karşımızda bulunmaktadır.

B- HUKUKİ BİLGİ EKSİKLİĞİNDEN DOĞAN ZARARLARI GİDERMENİN YOLLARI

Acaba hukuki bilgi eksikliğinden kaynaklanan kötü sonuçları telafi etmenin yolu yok mudur?

Kişileri zarardan kurtarmanın birinci yolu hiç şüphesiz çeşitli vasıtalarla toplumu ve özellikle bilgilendirmeyi isteyen kişileri bilgilendirmek, eğitmektir. Ancak bu, uzun vadeli ve hukukçular dışındaki bilim ve bilgi alanlarını da ilgilendiren bir çözüm yoludur.

Bilgisizlikten kaynaklanan zararlara yol açan hukuk kurallarının ya da bunların müeyyidelerinin, yumuşatılarak uygulanması veya tamamen uygulama dışı bırakılması ise daha kolay uygulanabilecek bir çözüm yoludur.

Gerçekten bilgi eksikliği –cahillik– hoşgörülebilecek bir durum değildir. Ancak sebeplerine eğilmeden sadece cezalandırmak (müeyyide uygulamak) da doğru bir çözüm değildir.

Bu nedenle bazı olaylar olabilir ki adalet ve hakkaniyet duygusu, hukuk kurallarını bilmemenin ağır sonuçlarının uygulanmaması gerektiğini telkin eder. Ancak hangi olayda bu telkine uygun davranılacağını bulmak ve çözümü adaletli şekilde uygulamak oldukça zordur.

Bilgisizliğin ağır sonuçlarını ortadan kaldırmanın üçüncü yolu ise bilinmemesi nedeniyle zarara sebep olan hukuk kuralının tamamen kaldırılması ya da yumuşatılmasıdır. Bu çözüm kişilerin subjektif hallerini bir kenara bırakacak ve genel sonuçlar doğuracak ve dolayısıyla nisbi adaletsizliğe yol açmayacaktır.

Ancak bu çözüm yolu, hukuk düzeninin, toplumun yavaş gelişmesine yenik düşmesi sonucunu doğurabilecektir. Gerçekten, topluma öğretilabilir ve benimsetilebilirse faydalı olacağı düşüncesiyle konulmuş bulunan bir hukuk kuralının, cehaletten kaynaklanan zararlı sonuçları nedeniyle kaldırılması hukukun ilerlemesi değil gerilemesi anlamına gelebilir.

II-TÜZEL KİŞİLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU KONUSUNDAKİ BİLGİ EK-SİKLİĞİ

A- SORUMLULUK VE TÜZEL KİŞİ KAVRAMLARI

Sorumluluk hukuki bir kavram olmanın yanında ve hatta ondan önce ahlaki bir kavramdır. İnsanlar verdikleri sözleri tutmak, kendilerine duyulan güveni kötüye kullanmamak ve başkalarına verdikleri zararları telafi etmek zorundadırlar. Bu insani değer yargıları, ayrıntıları toplumlara ve çağılara göre değişmekle birlikte insanlık varlıkları berî genel olarak kabul edilegelmiştir.

İnsanların istekleriyle ya da zorunluluklar sonucu bir araya gelerek ortak hareket etmelerinden kaynaklanan kişi birlikleri ve gruplaşmalar da yine insanlık tarihi-kadar eskidir. Ancak bu grupların, içerdikleri kişilerden ayrı, bağımsız bir varlık gibi algılanmaları ve buna yönelik hukuk kurallarının oluşturulması için hukuk düzenleri-nin ilkel yapıdan kurtulması gerekmiştir.

Teknikte olduğu gibi sosyal hayatta da büyük aşamaların yaşandığı son beş yüz-yılda ise organize olmuş kişi grupları hukuk düzenleri tarafından tanınmaya, sınıflan-dırılmaya ve sistemleştirilmeye başlamışlar, böylece tüzel kişilik kavramı olgunlaş-mıştır(1).

Tüzel kişi kavramının kabul edilmesi ile birlikte, kendisini oluşturan insanların bireysel iradesinden ve mamelekenden ayrı bir şahıs ve mal varlığı bulunan yeni bir kişi türü ortaya çıkmıştır. Bu kişinin ayrı bir haklar ve sorumluluklar alanı var sayıl-mıştır(2).

B-SERMAYE ORTAKLIKLARINDA SORUMLUK KURALLARI

Çok sayıda ortağı bulunan bir anonim şirket tüzel kişininin tek ve küçük bir pa-

(1) Hatemi, Hüseyin, Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul-1992, s. 125. Birsen Kemaleddin, Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul-1963, s. 161, Kılıçoğlu, Ahmet, Medeni Hukuk Bilgisi, Ankara-1993, s. 203 vd.

(2) Hatemi, s. 125, Birsen, s. 164.

yına sahip olan ortağını, ortaklık payını ve dolayısıyla bu organizasyona girerken üstlenmeyi düşündüğü riski yüzlerce kat aşan bir şirket borcundan sorumlu tutulması hem adil değildir hem de modern ekonominin temel kurumları kabul edilen bu tür organizasyonları cazip olmaktan tamamen çıkarır.

Temelde bu nedenledir ki, sermaye ortaklıkları da denileri, anonim ve limited şirketlerde, kural olarak, sermaye koyma borcunu yerine getirmiş olan ortakların, şirketin borçlarından dolayı üçüncü kişilere karşı sorumluluğu yoktur. Böylece anonim ve limited şirketler borçlarından malvarlıkları ile sorumludur(3). Bu nedenle şirket sermayesi zarar sonucu önemli ölçüde yitirilirse, ortaklık alacaklılarını korumak amacıyla, ortaklığın yöneticileri ve genel kurulu TK. 324 ve TK. 546 gereğince bazı tedbirler almalıdır(4).

Ayrıca TK. 336'ya göre kanundan ve sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kasden veya ağır kusurları ile ihlal eden yönetim kurulu üyeleri alacaklılara karşı şahsen ve müteselsilen sorumludur. Buna ilaveten şirketin mevcut durumu hakkında yanlış bilgi ya da görüntü vermek suretiyle üçüncü kişileri aldatan yönetim kurulu üyeleri de verdikleri zarardan TK. 339 gereğince şahsen sorumlu olurlar.

Ancak bütün bu kurallar şirketi bir araç olarak kullanmak suretiyle üçüncü kişileri zarara uğratmak isteyenleri engellemekte yetersiz kalabilir.

Son beş asırdaki hukuki gelişmeleri yaşamamış veya algılamamış olan ve saf ahlaki değer yargılarıyla hareket eden bir kişi, sözgelimi ödünç verdiği muhatabının kim adına (kendisi adına mı, temsilcisi bulunduğu tüzel kişi adına mı) hareket ettiği ile ilgilenmeyecek, ödünç kime verdiyse, vaadi kimden aldıysa, ahlaki bir yükümlülük olarak gördüğü ifayı da ondan talep etmek isteyecektir.

İşte bu noktada bilgi eksikliğinin yol açtığı sürpriz zararlar konusu gündeme gelmektedir. Ülkemizde, –ayrıntıları bir yana – hukuk kurallarının en temel nitelikli olanlarından dahi habersiz şekilde yaşayan kişilerin sayısı hayli yüksektir. Bunların önemli bir kısmı ya bizzat ticaretle ilgilenmekte ya da zaman zaman yüksek miktarlarda ticari borç ilişkisinin tarafı olmaktadır.

Bir sermaye şirketinden olan alacağını gerekirse idarecilerin ya da ortakların malvarlığına başvurarak değil de sadece şirket tüzel kişisinin mallarından yararlanarak elde edebileceğini bilmeyen herkesi bu bilgisizliğinin olumsuz sonuçlarından sorumlu tutmak acaba ne kadar adildir?

(3) Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul- 1995, s. 314.

(4) İmregün, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, İstanbul - 1988, s. 21

“Unutmamalıyız ki hukuk mekanizmasının en hassas müeyyidesi mesuliyettir”(5). Mesuliyet konusundaki adaletsizlik bu nedenle çok önemlidir.

Bu sorunun cevabını verebilmek için toplumun hangi kesiminin hangi ölçüde ve hangi sebeplerle bu kuraldan habersiz yaşadığını da bilmek gerektiği kanatındeyiz.

III-SERMAYE ORTAKLIKLARINDA SORUMLULUK İLE İLGİLİ ANKET ÇALIŞMASI

A-ANKET HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Ticaret Hayatında Güven İlişkileri ve Kaynakları başlığını taşıyan anket çalışmasında, tesadüfi örnekleme yöntemi kullanılarak seçilen ve vadeli iş yapan ticari işletmelerin; sahibi veya üst seviyeli idarecisi durumunda olan 234 kişiye, birbiri ile ilgili altı ayrı konuda toplam 28 soru sorulmuştur. Bunlardan ikisi (14. ve 15. sorular) bu makalenin kaynağını oluşturmaktadır.

Bu sorulara verilen cevaplar SPSS paket programı yardımıyla istatistiki analize tabi tutulmuşlardır.

B- CEVAPLARIN İNCELENMESİ

1- Sermaye Şirketlerinde Sorumluluğa İlişkin Soru

14. soruda deneklere

“Anonim ve limited şirketlere borç verir ve tahsil edemezseniz kimi icraya verirsiniz?” sorusu sorulmuş ve

a) ortakları b) yöneticileri c) şirketi d) hepsini

şeklinde seçenekler verilmiştir.

Muhatapların hukuk tekniği ile ilgili bilgilerinin bulunmadığı nazara alınarak “şirketin borcundan kim sorumludur” şeklinde daha doğru bir ifade içeren ancak muhataplarımızın anlaması ve cevaplandırması zor bir soru yerine, muhataplar nezdinde sorumlulukla eşdeğer kabul edileceği düşüncesiyle “icra takibi yönünden sorumlu olmak” haline dayalı bir soru biçimi tercih edilmiştir.

(5) Hirsch, Renst Ernest, Ticaret Hukukunda Mahdut Mesuliyet, Adalet Dergisi, Yıl. 1938, No 47, s. 1023.

Cevap verenlerin doğru bilgiye sahip iseler (c) şikkını işaretlemeleri beklenirdi. Cevapların dağılımı Tablo 1'deki gibidir.

Tablo 1:
Sermaye şirketlerinde kimin sorumlu olduğu hakkında 14. soruya verilen cevaplar

	sayı	%
Doğru cevap verenler	157	74
Yanlış cevap verenler	54	26

Görüldüğü üzere bu soruya cevap verenlerin % 74'ü doğru cevabı bildiklerini göstermişlerdir. %26'sı ise yanlış cevaplardan birini (a, b, d) seçmişlerdir. Bu oran kanaatimizce çok düşük sayılamaz. Zira muhataplarımızın tamamı ticaretle meşgul olan ve bu tür temel hukuk kurallarını bildiklerini varsayacağımız kişilerdi. Bu durum yukarıda B. II. deki iddiamızı desteklemektedir.

Deneklere ne tür bir işletmenin sahibi ya da çalışanı oldukları sorulmuştur. Tablo 2'de görüldüğü üzere doğru cevap verenlerin oranı sermaye şirketlerinde diğerlerine oranla daha yüksektir. En düşük doğru cevap oranı kendi adına ticari işletme işleten gerçek kişilere aittir. Bu da göstermektedir ki geleneksel ticaret kalıplarının dışına çıkarak ticaret hukukunun sağladığı imkanları kullanan ve şirketleşen işletmelerde diğer konulardaki hukuki bilgiler de artmakta, sermaye şirketi halinde örgütlenenlerde bu oran daha yükselmektedir. Bu durum ayrıca sermaye şirketlerinin kendi sorumluluklarının sınırlarının daha fazla bilincinde olduklarını göstermektedir.

Tablo 2.
Ankete katılan işletmenin sahibinin kim olduğuna göre cevapların dağılımı

Sermaye şirketinde borçtan kimi sorumlu tutuyor? hepsini	ortakları	yöneticileri	şirketi
gerçek kişi ise	11	4	20
şahıs şirketi ise	7	3	17
sermaye şirketi ise	3	2	16

Buna karşılık işletmenin en üst seviyedeki yöneticisinin eğitim düzeyine göre ortaya çıkan sonuçlar oldukça ilginçtir. Tablo 3'te görüleceği üzere eğitim seviyesi

652 BİR ALAN ARAŞTIRMASI İŞİĞİNDE SERMAYE ŞİRKETLERİNİN SORUMLULUĞU
KONUSUNDAKİ HUKUKİ BİLGİ EKSİKLİĞİNİN OLUMSUZ SONUÇLARI VE İŞİĞİNİN
KALDIRILMASI TEORİSİ YARDIMIYLA GİDERİLMESİ

yükseldikçe doğru cevap verenlerin oranı düşmüştür. Daha az eğitim alanların ticarete daha erken başladıkları ve daha uzun süre çalıştıkları nazara alındığında, ticaret hayatında gerekli hukuki bilgilerin; uygulama içinde yaşayarak, –örgün eğitim kurumlarına nazaran– dahi iyi edinildiği, diğer deyişle örgün eğitim kurumlarının geneli itibarıyla hukuki bilgilenmeye yardımcı olmadığı sonucuna ulaşılabılır.

Tablo 4.

Ankete katılan işletmenin sahibinin eğitim seviyesine göre cevapların dağılımı

Sermaye şirketinde borçtan kimi sorumlu tutuyor	ortakları	yöneticileri	şirketi	hepsini
ilkokul mezunu ise	7	4	56	33
ortaokul–lise mezunu ise	7	1	75	17
yüksekokul mezunu ise	4	4	80	12

Öte yandan, Tablo 4'te görüleceği üzere perakendecilik yapan işletmelerde doğru cevabın oldukça düşük olması da göstermektedir ki ticaretle meşgul olan kişilerin iş hacmi arttıkça sorumluluk ile ilgili doğru hukuki bilgi de artmaktadır.

Tablo 4.

Ankete katılan işletmenin türüne göre cevapların dağılımı

Sermaye şirketinde borçtan kimi sorumlu tutuyor	ortakları	yöneticileri	şirketi	hepsini
imalatçı ise	12		79	8
toptancı ise			80	20
perakendeci ise	6	5	64	26
toptancı–perakendeci ise	3	4	76	17

Anket uygulanan işletmelerin hukuki konularda her zaman danışabildiği avukatının olup olmadığı sorulmuş; beklenenin aksine –çok farklı olmamakla beraber– avukatı olmayanların, avukatı olanlara göre daha yüksek oranda doğru cevap verdiği anlaşılmıştır (Tablo 5). Devamlı danıştığı avukatı olmayanların doğru cevabı bilme

oranının daha yüksek olması, avukatların müşterilerini yeterince bilgilendirmedikleri yolundaki iddiamızı desteklemektedir. Aksi takdirde avukata danışanların doğru cevap verme oranının daha yüksek olması gerekirdi. Ayrıca bu sonuç, avukata danışabilenlerin hukuki konularda çoğunlukla daha bilgisiz olduğunu göstermektedir. Denilebilir ki danışılacak bir avukatın varlığına güven, zarar riskini arttırmaktadır. Kanatımızca bu sonuç avukatların koruyucu hukukçuluk hizmetini yeterince yapmaları halinde tam tersi olacaktır.

Tablo 5:

İşletmenin hukuki konularda devamlı danıştığı avukatı olup olmadığına göre cevapların dağılımı

Sermaye şirketinde borçtan kimi sorumlu tutuyor	ortakları	yöneticileri	şirketi	hepsini
devamlı danıştığı avukatı varsa	5	3	73	19
devamlı danıştığı avukatı yoksa	7	1	78	14

Tablo 6 ve 7'den görüleceği üzere doğru cevabı verenler alacak tahsili için yanlış cevaplar verenlere göre daha az icraya başvurmak zorunda kalmakta ve bu yolla tahsil etmeye çalıştıkları alacak miktarı daha düşük olmaktadır. Bu da göstermektedir ki gerekli bilgilere sahip olanlar (doğru cevap verenler) piyasa şartlarına daha iyi adapte olmakta ve daha emin usullerle çalışmakta, bunun mükafatını da almaktadırlar.

Tablo 6:

İşletmenin alacak tahsili için son iki yılda icraya başvurmak zorunda kalıp kalmadığına göre cevapların dağılımı

Sermaye şirketinde borçtan kimi sorumlu tutuyor	ortakları	yöneticileri	şirketi	hepsini
icraya başvuranlar	5	3	69	23
icraya başvurmayanlar	6	3	78	13

Tablo 7:

Son iki yılda tahsil için icraya başvurulmuş alacakların, yıllık cironun %5'ini aşmış aşmamadığına göre cevapların dağılımı

Sermaye şirketinde borçtan kimi sorumlu	ortakları	yöneticileri	şirketi	hepsini
tutuyor				
%5'inden az ise	4	4	75	17
%5'inden fazla ise	8	3	61	28

2- Sermaye Şirketleri Hakkında Bilgi Sorusu

15.soruda

"Anonim ve limited şirketlerle iş yaparken nelere dikkat edersiniz? sorusu sorulmuş ve

- Şirket temsilcisinin yetkisini aşmış aşmadığını incelerim
- Şirketin malvarlığının borcunu karşılamaya yetip yetmeyeceğine bakarım.
- Şirket temsilcisinin veya büyük ortağının dürüst olup olmadığına bakarım.
- Şirket temsilcisinin veya büyük ortağının malvarlığının borcu karşılayıp karşılamadığına bakarım.

Şeklinde dört cevap şıkkı verilmiş, deneklerin birden çok cevap şıkkı işaretlemelerine imkan tanınmıştır. Bu soruda (a ve/veya b) şıklarının işaretlenmesi doğru, (c ve/veya d) şıklarının işaretlenmesi ise yanlış cevap verilmiş olma demektir.

Tablo 8'de görüldüğü üzere bu soruya cevap verenlerin yarıya yakını yanlış cevaplardan en az birini işaretlemişler, yarıdan biraz fazlası ise doğru cevaplardan birini veya her ikisini bulmuşlardır. Bu da göstermektedir ki ticaret şirketleri ile iş yapanların önemli bir kısmı bu şirket türü hakkında yeterli hukuki bilgiye sahip değildir.

Tablo 8:

Anonim ve Limited Şirketlerle iş yaparken nelere dikkat edersiniz sorusuna verilen cevapların dağılımı

	sayı	%
doğru cevap verenler	107	51
yanlış cevap verenler	102	49

Hukuki konularda devamlı olarak danışabileceği avukatı bulunan işletmelerin bu soruya doğru cevap verme oranı avukatı olmayanlardan daha düşüktür (Tablo 9).

Tablo 9:

İşletmenin hukuki konularda devamlı danıştığı avukatı olup olmadığına göre cevapların dağılımı

	doğru%	yanlış %
avukatı olanlar	50	50
avukatı olmayanlar	54	46

Aynı şekilde bağımsız muhasebecisi olanlarda bu oran düşük iken, işletme içinde muhasebecisi olanlarda bir parça yükselmekte, muhasebecisi olmayanlarda ise daha da artmaktadır (Tablo 10).

Tablo 10:

İşletmenin hukuki konularda devamlı danıştığı avukatı olup olmadığına göre cevapların dağılımı

	doğru%	yanlış %
muhasebecisi olmayanlar	60	40
işletmede çalışan muhasebecisi olanlar	53	47
bağımsız çalışan muhasebecisi olanlar	50	50

Bunlar göstermektedir ki muhasebeciler ve özellikle avukatlar devamlı müşterilerini hukuki konularda yeterince bilgilendirmemektedirler. Buna karşılık devamlı avukatı ve muhasebecisi olmayanlar piyasa şartlarında kendilerine gerekli hukuki bilgilere daha fazla sahiptirler. Bu durum bu tür kişilerin bilgi ihtiyaçlarını bizzat gidermeye daha yatkın oldukları şeklinde açıklanabilir.

Cevap veren işletmelerin türü yönünden bakıldığında gerçek kişi işletmelerinde doğru cevap oranı düşük iken sermaye şirketlerinde şahıs şirketlerinden de yüksek olduğu görülmektedir (Tablo 11). Ticari hayatın gereklerine adapte olan ve hukuki korumadan olabildiğince yararlanmaya çalışan işletmelerin yeterli bilgiye sahip olmak konusunda daha avantajlı oldukları söylenebilir.

Tablo 11:

İşletmenin sahibinin niteliğine göre cevapların dağılımı

	doğru%	yanlış %
gerçek kişi	39	61
şahıs şirketi	52	48
sermaye şirketi	60	40

Alacak tahsili için icraya başvurmak zorunda kalan işletmelerde bilgi eksikliği kendisini açıkça göstermektedir (Tablo 12). İcraya başvuranlar içinde de icra yoluna gidilen alacak miktarı yükseldikçe yanlış cevaplar da yükselmektedir (Tablo 13).

Tablo 12:

İşletmenin alacak tahsili için son iki yıl boyunca icraya başvurup
vurmadığına göre cevapların dağılımı

	doğru%	yanlış %
vermek zorunda kalanlar	47	53
vermek zorunda kalmayanlar	54	46

Tablo 13:

Tahsili için icraya başvuru alan alacakların cironun %5'inden fazla olup olmadığına
göre cevapların dağılımı

	doğru%	yanlış %
cirosunun %5'inden az olanlar	48	52
cirosunun %5'inden fazla olanlar	46	54

C- CEVAPLARIN TOPLU DEĞERLENDİRMESİ

14. ve 15. sorular temelde aynı konuda ve aynı mahiyette olmakla birlikte anketin güvenilirliğini denetlemek amacıyla ayrı ayrı sorulmuş olup alınan cevaplar, oranları nisbeten farklı olmakla birlikte aynı yönde işaretler vermektedirler. Bu durum anketin güvenilirliğini teyid etmektedir.

Bilgi eksikliği sadece bir mesle grubuna, bir işletme türüne ya da bir tek kültür kesimine has değildir. Hukuki imkanlardan yararlanma oranı ve tedbirli çalışma oranı arttıkça bilgi eksikliği azalmaktadır.

Bu durumda sonuç olarak denilebilir ki, bilgi eksikliğinin makul delillerle tesbit edilebildiği ve objektif ölçüye göre mazur görülebildiği hallerde kişileri bilgisizliğinin ağır sonuçlarından sorumlu tutmamak gerekmektedir.

IV- SORUMLULUK KURALLARININ YUMUŞATILMASI

Bir kısım idareciler için sözkonusu olan TK. 336 ve 339. madde ve benzeri hükümler özel durumları düzenlemeleri nedeniyle bir kenara bırakılırsa, sermaye şirketlerinin borçlarından şirketin idarecileri ortaklıkları ve temsilcileri sorumlu değildir (TK 269/2, 503, 532).

Bir gerçek kişinin salt hukuki sorumluluğunu sınırlamak amacıyla sermaye şirketi kurarak ticari faaliyetini bu şirket çatısı altında yürütmesi kanuna aykırı değildir. Zira muhataplarının bu durumu bildiğini ve ona göre bir tutum takınacaklarını farzetmekte haklıdır.

Gerçekten ilk ortaya çıktığı dönemde sermaye şirketleri ekonomik ihtiyaçların bir ürünü olarak algılanmış, sınırlı sorumluluk kuralı da bu türün özelliklerinden kaynaklanan bir sonuç gibi görülmüştür. Oysa bu yüzyılın başından itibaren sınırlı sorumluluk kuralı bu tür şirketlerin tercih edilmesinin temel sebebi haline gelmiştir(6).

Hirsch, henüz 1926 tarihli –eski– Ticaret Kanunumuz yürürlükte iken, bu konuda şu tesbitleri yapmaktadır. Gerçek ihtiyaç münferit tacirin ticari sermayesi ile sınırlı sorumluluğunu sağlamaktır. Yeni kanundan önce bu konu tartışılmalı ve olumlu karar verildiği takdirde kanuna sınırlı kişisel sorumluluk için yeni bir hukuki müessese konulmalıdır. “Netice menfi ise şirket şekillerini mesuliyet şekline sokmak suretiyle yapılan yolsuzlukların önüne geçilmelidir. Unutmamalıyız ki hukuk mekanizmasının en hassas müeyyidesi mesuliyettir”(7).

Hirsch’in bu teklifinde yer alan birinci çözüm yolu kabul görmemiş olmalı ki, gerçek kişi tacirlerin ticari faaliyetlerinden dolayı sınırlı sorumluluğu müessesesi 1956 tarihli Ticaret Kanunumuzda da yer almıştır.

O halde Hirsch’in teklifinde yer alan ikinci ihtimal üzerinde durulmalıdır. “Şirket şekillerini mesuliyet şekline sokmak” yani (bazı şirket türlerinde geçerli olan; ortakların sınırlı sorumluluğuna ilişkin kurallardan yararlanarak yolsuzluk yapmak amacıyla bu türden şirket kurmak) fikrinin hayata geçirilmesi önlenmelidir.

“Tüzel kişiliğin, sözleşmeden ya da kanundan doğan her türlü yükümler ile

(6) Hirsch, s. 1023.

(7) Hirsch, s. 1023.

borçlardan ve kaynağı ne olursa olsun sorumluluklardan kurtulmak üzere bir araç olarak kullanılmasına gerek Anglo–Amerikan gerek Kara Avrupası hukuklarında izin verilmemektedir”(8).

Sermaye şirketi kurarak hukuki sorumluluğun sınırlandırılmasının ardında yatan gerçek sebep muhatapları dolandırmak ise ya da şirket idarecileri kusuruyla şirketin mali durumunu zayıflatmış, alacaklıların alacaklarını elde edemeyerek zarara uğramalarına sebep olmuşsa ortakların veya idarecilerin şirket perdesinin ardına sığınmasına izin vermemek gerekmektedir.

Bu amaçla şirket idare edenlerin mesuliyet duygusunu arttırmak ve sorumluluklarını ağırlaştırılmak gereklidir(9). Diğer deyişle bu gibi durumlarda kötüniyetli ortağı ya da idareciyi de şirket borçlarından sorumlu tutmak gerekecektir.

Perdeyi kaldırma teorisi (lifting the veil of incorporation, durchgriff) olarak da ifade edilen ve ortaya konulan bu çözüm yolu Türk ve İsviçre(10) hukuklarında çeşitli sebeplerle incelenmiş ve teklif edilmiştir.

Tekinalp/Tekinalp, “Perdeyi Kaldırma Teorisi” başlıklı makalelerinde teorinin temellerini ayrıntılı olarak incelemiş ve çeşitli konularda, hangi şartlarla ve nasıl uygulanacağını uygulama örnekleri yardımıyla ayrıntılı olarak göstermişlerdir.

Yazarlar teorinin uygulanabilmesi için kasıt unsurunun aranıp aranmayacağı üzerinde özellikle ve ayrıntılı olarak durmuşlardır. Buna göre teorinin eski savunucuları (klasik–subjektif görüş) “kasıt unsuruna yer veren kötüye kullanma”yı uygulama için bir şart olarak öngörmekte iken daha sonra ortaya çıkan objektif ve kurumsal görüş taraftarları “bilerek kötüye kullanma olmasa da” teorinin uygulanmasını savunmaktadırlar(11). Aşağıda bu tartışmayı konumuz yönünden ele alacağız.

Ayrıca Yazarlar bu teorinin MK. 2’deki dürüstlük kuralından kaynaklandığını ifade etmektedirler(12).

Karayalçın, ticari şirketlerin kendi aralarında birlikte hareket etmek amacıyla aksettikleri güdüm sözleşmesini ve konzern/holding kavramlarını incelediği Üst Kuruluşlar Hukuku adlı makelesinde, güçsüz duruma düşen veya düşürülen yavru ortaklığın alacaklılarının haklarının korunması amacıyla, ana ortaklığın (üst şirket–hakim şirket) sorumlu tutulabilmesinin şartlarını incelerken, tüzel kişiliğin yol sayılması ve-

(8) Tekinalp, Gülören/Tekinalp, Ünal, Perdeyi Kaldırma Teorisi, Reha Poroy’a Armağan, İstanbul–1995, s. 387.

(9) Hirsch, s. 1019.

(10) Patry, Robert, La Reconnaissance en Suisse de la Personalite des Societes Anonymes, Annales De La Faculte de Droit, XXX, 1996, N. 46, s. 12.

(11) Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp/Tekinalp. s. 391 vd.

(12) Tekinalp/Tekinalp, s. 396.

ya tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusunu da ele almış ve ayrıntılı olarak incelemiştir(13).

Tüzel kişiye hukuk hayatında ayrı bir hukuki varlık tanınması ve buna bağlı-sermaye şirketlerinde ortakların sınırlı sorumlu olması gibi- sonuçlar, ancak kurallara uygun hareket edilmesi ve tüzel kişiliğin ortakları veya yöneticileri tarafından kötüye kullanılmaması halinde sözkonusu olabilir. MK. 2 gereğince herkes ve bu arada bütün tüzel kişiler ve ardında yer alan gerçek kişiler "haklarını kullanmakta ve borçlarını ifade hüsnüniyet kaidelerine uymakla mükelleftir. Bir hakkın sırf gayri ızzar eden suistimalini kanun himaye etmez."

"İyiniyet kurallarına riayet edilmemesi, tüzel kişiliğin kötüye kullanılması (abus de la personnalite morale) hallerinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması veya delinmesi (lifting, piercing of the veil) veya yok sayılması (disregard of the corporate entity) ve tüzel kişilik perdesinin arkasındaki gerçek duruma göre bir sonuca varılması gerekmektedir. Özel hukuk alanında çok geniş bir uygulaması olan, tüzel kişiliğin yok sayılması, bu topluluklara yasalarla kişilik tanımının amaçlarıyla ters düşen uygulamalar dolayısıyla ortaya çıkmıştır."

Karayalçın, ayrıca doğrudan konumuz ile ilgili olarak da şu soruyu ele almaktadır.

"Anonim şirket ortakları şirket alacaklılarına karşı sınırlı sorumludur. Anonim şirketin tek ortağı var ise ve anonim şirketin kendi mal varlığı, şirket borçlarının ödenmesi için yeterli olmaz ise, anonim şirketin tek ortağı tüzel kişilik ilkesine dayanarak kendisinin şahsen sorumlu olmadığı ileri sürebilecek midir?"

Karayalçın bu sorunun Fransız Hukukunda, önce 1967 tarihli kanunla düzenlendiğini, daha sonra İşletmelerin Yargı Yolu İle Esenliğe Kavuşturulması ve Tasfiyesi hakkında 1985 tarihli yeni kanunla çözümün geliştirildiğini, buna göre bir tüzel kişinin aktiflerinin yetersizliğine, yönetim kusuruyla sebep olan hukuki veya fiili, ücretli veya ücretsiz bütün yöneticilerin veya bir kısmının, tüzel kişinin borçlarından kısmen veya tamamen, münferiden veya müteselsilen sorumlu tutulmalarına mahkemece karar verilebileceğini belirtmektedir. Bu Kanun ile Fransa'da perdenin kaldırılması teorisi genel nitelikli bir hukuki düzenlemeye bağlanmış ve böylece tüzel kişinin alacaklılarının korunması sağlanmış olmaktadır(14).

İşviçre, Almanya gibi diğer ülkelerde ise mevcut özel hükümler yeterli olmadığından sorunun çözümünde objektif iyiniyet kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına dayanılarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna gidilmektedir(15).

(13) Karayalçın, Yaşar, Üst Kuruluşlar Hukuku, BATİDER, Haziran-1991, C. XVI, S. 1, s. 39.

(14) Karayalçın, s. 42.

(15) Karayalçın, s. 41.

Belirtelim ki TK. 339 da yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu konusunda ilgilidir. Ancak Fransız Hukukundaki gibi genel ve geniş kapsamlı bir hüküm değildir. Sadece yöneticisi olduğu anonim şirketin durumu hakkında yanlış fikirler uyanmasına sebep olacak desiseler kullanan veya gerçeğe aykırı beyanda bulunan ve bu yolla üçüncü kişileri aldatan yönetim kurulu üyesinin, sebep olduğu bu zarardan şahsen sorumlu olacağını düzenlemektedir.

Ticaret şirketlerinde tüzel kişiliğin sonuçları kapsamında konuya ele alan Poroy, (Tekinalp, Çamoğlu) da hakkaniyet ve hükümlerin gaye ve ruhu gerektiriyorsa tüzel kişilik perdesi ardına sığınmış kişilere kadar gidilerek onların bu perdeden haksız yere faydalanmaları ve şirket alacaklılarının takibinden kurtulmalarının önlenmesi gerektiğini ifade etmektedir(16).

Poroy/Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukukunda def'ileri incelerken de bu teoriyi uygulamıştır. "Perdeyi kaldırma teorisi uyarınca bir emre yazılı senedin tek kişi ortaklığına ciro edilmesi veya senedin böyle bir ortaklıktan, bu ortaklığın yegane ortağına cirosu halinde ortaklığa veya ortağa ileri sürülebilen def'iler devralana da ileri sürülebilir. Bir ortaklıkta birden fazla ortak bulunsa da bunların gerçekten ortak olmaması (kukla ortaklar varsayımı) durumunda tek kişi ortaklığı mevcuttur"(17).

1997 yılında Ankara'da yapılan Sermaye Piyasası Hukuku Sempozyumu'na sunduğu Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması konulu tebliğinde konuyu inceleyen Dural, bu teorinin; tüzel kişinin onu kuran gerçek kişilerden ayrı, bağımsız bir kişiliği olduğunu ifade eden Ayrılık Prensibinin katı yorumlanmasından kaynaklanan sakıncaları ortadan kaldırmaya yönelik çözüm üretmek amacıyla ortaya atıldığını belirtmekte ve önemli bir hususa işaret etmektedir: Ayrılık prensibi gerekli bir kuraldır, perdenin kaldırılması ise ancak istisnai hallerde sözkonusu olabilir(18).

Dural tüzel kişilik kavramına verdiği yalın anlam nedeniyle Anglo–Amerikan hukukunun bu teoriyi daha kolay kabullendiğini, buna karşılık tüzel kişilik kavramına verdikleri önem nedeniyle kara Avrupası Hukuk sistemlerinin daha katı ve soğuk bir yaklaşımı benimsediklerini ifade etmektedir(19).

Dural da yukarıda görüşleri özetlenen diğer yazarlar gibi bu teorinin MK. 2'deki iyiniyet prensibinden ve hakkın kötüye kullanılması yasağından kaynaklandığını ifade etmekte, çoğu halde tüzel kişilik ardına sığınan gerçek kişinin aynı zamanda

(16) Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 62.

(17) Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, İstanbul–1995, s. 77.

(18) Dural, Mustafa, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, Sermaye piyasası Hukuku Sempozyumu'nda sunulan Tebliğ, Ankara–1997. s. 100.

(19) Dural, s. 101.

kanuna karşı hile de yapmış olabileceğini ancak kanuna karşı hilenin şartlarının bulunmaması hallerinde dahi perdenin kaldırılmasının mümkün olabileceğini, perdenin kaldırılması için perdenin ardındaki gerçek kişinin zarar kasdının bulunmasının gerekmediğini belirtmektedir. Ancak yine de MK. 2'ye başvurma konusunda sınırsız bir yol açmanın sakıncalı olacağından hareketle ve Serick'e atfen, tüzel kişinin pozisyonu ile ilgili subjektif bir unsurun da aranması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre tüzel kişi; tanınmasına neden olan genel amaçtan saptırılmış ise perde kaldırılmalıdır. Buna karşılık tüzel kişi hukuken izleyebileceği amaca uygun bir iş yapıyorsa bu iş başkalarına zarar verse ve hatta gayri adil olsa dahi tüzel kişinin bağımsızlığı korunmalıdır(20).

Bütün bu açıklamalardan sonra perdenin kaldırılması teorisinin incelediğimiz konuda uygulanabilme koşullarına ilişkin kanaatimizi şu şekilde ortaya koyacağız.

Türk Hukuku açısından, sermaye şirketlerinin sınırlı sorumluluğu kuralının üçüncü kişilere zarar verecek şekilde kullanılması halinde MK. 2'den kaynaklanan perdenin kaldırılması teorisi devreye sokulmalıdır.

Tüzel kişinin sınırlı sorumlulukla ilgili kuralı genel olarak kanuna aykırı amaçlar için kullanıyor olması yeterli görülmeli, zarar gören üçüncü kişiye özel bir zarar kasdının bulunması şartı aranmamalıdır. Nitekim özellikle Alman Hukukundaki yeni eğilim bu doğrultuda gelişmektedir(21).

Tüzel kişinin arkasında bulunan gerçek kişinin tüzel kişiyle organik bağlantısının bulunup bulunmadığına, kayıtlara göre ortak ya da idareci olup olmadığına bakılmamalı, muvazaa hallerinde de yapıldığı gibi, sadece gerçek durumun tesbiti ile yetinilmelidir. Yukarıda ayrıntılarını incelediğimiz 1985 tarihli Fransız Kanununda yer alan; şirket yerine sorumlu tutulabilmek için şirketle hukuken bir bağ kurulmasının gerekmemesi, fiili bağlantının yeterli sayılması kuralının bu konuda önemli bir emsal olabileceği kanaatindeyiz.

O halde tüzel kişilik perdesinden zarar gören herkes için; kendisinin iyon, şirketi ve borçlu şirketin ardındaki gerçek kişinin ya da kişilerin şirket perdesini öne sürmekte kötüniyetli olduğunu ispat edebildiği takdirde, teori uygulanmalı ve zarar gören, kim olursa olsun korunmalıdır.

Belirtelim ki bu korumadan yararlanacak olan kişi çoğu hallerde sermaye şirketlerinin sorumluluğu konusundaki kuralları bilmediği için zarar görmüştür. Ancak kuralları bilmesine rağmen yanıltılan kişiler de korumadan yararlanmalıdır. Diğer deyişle kuralı bilmiyor olmak korumadan yararlanmak için gerekli bir unsur değildir.

(20) Dural, s. 103.

(21) Tekinalp/Tekinalp, s. 391.

Aksi halde bilmeme halinin ispatı gibi son derece zor bir delil tartışmasına girilecek ve böylece teorinin uygulama alanı önemli ölçüde sınırlanmış olacaktır.

S O N U Ç

Sermaye şirketlerinde sermaye koyma taahhüdünün yerine getirmiş ortağın şirket borçlarında sorumlu tutulmaması, bu şirketleri şahıs şirketlerinden ayıran ve tercih edilmesine sebep olan önemli unsurlarından biridir. Ancak bu avantaj kötüniyetli ortaklar tarafından suistimal edilebilir.

Vadeli satım yöntemini uygulayarak ticaret yapan kişiler üzerinde uyguladığımız anketin sonuçları, –özellikle yeterince bilinmemesi nedeniyle– sorumluluk kurallarının kötüye kullanılması ihtimalinin düşük olmadığını göstermiştir.

O halde mevcut hukuk kurallarının uygulanmasında, MK.un 2. maddesinden kaynaklanan perdeyi kaldırma teorisi devreye sokulmalı ve tüzel kişinin arkasına saklanarak sorumluluktan kurtulmaya çalışan kötüniyetli kişilere engel olunmalıdır.

TÜKETİCİ HUKUKU BAKIMINDAN TİCARİ
REKLAMLAR VE TABİ OLDUĞU HÜKÜMLER

(II)

Özgül Özkan (*)

• **ANLATIM DÜZENİ:** *D -Tüketicinin Aldatıcı Reklamlara Karşı Başvurabileceği Yollar . IV- Reklamlara İlişkin İlkelerin Yer aldığı Mevzuatlar . A-Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Tedbir. (TRKGM-95/142- 143). B-Radyo ve Televizyon Kuruluşları Reklam Yayın İlkeleri Hakkında Yönetmelik C- Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesinde Reklamlarla İlgili İlkeler D- Reklamda Uluslar Arası Ahlak Yasası .SONUÇ.*

Üye ülkelerin çoğunda (örneğin, Almanya, Belçika, Lüksemburg, Fransa, İngiltere) aldatıcı reklamların men'i ve bunun hızlı ve pahalı olmayan usul hükümleri gereğince yapılması gerektiği benimsenirken; düzeltici beyanlara hükmedilebilmesi, yalnızca bazı ülkelerin mevzuatlarında (ör. Fransa, Belçika, İngiltere, Almanya) bir yaptırım olarak öngörülmektedir. Direktifte öngörülen bu yaptırımlar dışında kimi üye ülkelerin mevzuatlarında (ör. Fransa, Danimarka) cezai kimisinde ise (Danimarka, İngiltere) aldatıcı reklamlara karşı daha modern bir silah olarak değerlendirilen idari önlemler yer almaktadır. Ayrıca, yine direktifte yer almayan aldatıcı reklamlardan doğan zararın tazmini olanağı da tartışmalı bir husus olmakla birlikte, bir kısım üye ülkelerde (İngiltere, Almanya, Belçika, Danimarka) tüketiciye tanınan olanaklar arasında bulunmaktadır.

Bu arada bir çok üye ülkenin ilgili mevzuatında direktifte öngörülen hüküm ve önlemlerde aşılıarak, farklı, hatta ileri olarak nitelenebilecek hükümler yer almaktadır. Örneğin bazı ülkelerde (Almanya, Belçika, Danimarka) haksız rekabete yol açabilecek yada genel ahlaka aykırı reklamlar yasaklanırken, birçok ülkede (Hollanda, İngiltere, İrlanda, Danimarka, Belçika) karşılaştırmalı reklam yasağı tüketici yararına daraltılmıştır. Yine topluluk ülkelerinin çoğunda (İtalya, Almanya, Belçika, Danimarka, Fransa, İngiltere) sağlığı ilgilendiren reklamlara, bazı ülkelerde ise (Belçika, İngiltere, Fransa, Almanya, Danimarka, Hollanda) radyo ve televizyon reklamcılığına özel sınırlamalar getirilmiştir (41).

(*) Aydın Adli Yargı Hakim Adayı

(41) GÜRZUMAR Aydanur, agm, s. 355.

Ve diğer taraftan topluluğa üye ülkelerin hepsinde varolan tüketici örgütlerinin tüketici adına toplu dava açabilmeleri hususu, her ülkede farklı bir şekilde çözüme bağlanırken, bu ülkelerin birçoğunda öz-denetim sistemlerinin de hayli gelişmiş olduğu gözlemlenmektedir.

Direktifin sorumluluk ve ispat hukuku açısından öngördüğü yeniliklerin ise üye ülkelerde kısmen de olsa kabul gördüğü söylenebilir. Sistemleri esas olarak özel hukuka dayanan üye ülkelerde (Almanya, Belçika, Lüksemburg) tazminat davası dışında kalan hukuk davalarının açılabilmesi için kusur aranmamakta; cezai yaptırımlar öngören ülkelerde ise (Fransa, Danimarka, Hollanda), "ihmal" cezai sorumluluğun koşulu sayılmaktadır. İspat yükünün tüketici lehine yer değiştirmesinin ise, reklamları denetlemekle görevli resmi bir makamın ve objektif kriterlerin varlığı halinde, bazı üye ülkeler (Fransa, Danimarka, İrlanda) tarafından kabul gördüğü gözlemlenmektedir.

-Direktif ile Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun Karşılaştırılması:

Hemen belirtilmelidir ki, aldatıcı reklamlara ilişkin 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümleri ile yukarıda incelenen Direktif hükümleri tamamen uyumludur. Ancak, Direktifte, tüketicinin yanında "ticaretle uğraşanların" da aldatıcı reklamlardan korunmasına karşın; 4077 sayılı Yasada yalnızca tüketiciler korunmuştur. Bu hususta da, BK. m. 48 ve TTK. m. 56 ve 57 ile haksız rekabeti önleyen hükümler mevcuttur (42).

5-İsviçre'de Aldatıcı reklamcılığa Karşı Tüketiciyi Koruyan Hukuk Kuralları:

İsviçre'de gerek reklamcılık alanında gerekse aldatıcı reklamcılığa karşı özel bir kanun bulunmamaktadır. Bu konuda ilgili düzenlemeleri kapsayan ve 1-3-1988'de yürürlüğe giren Haksız Rekabet Kanunu (HRK) uygulanmaktadır. İsviçre ARK gerek tüketicilere gerekse tüketici örgütlerine sadece zarara uğramaları durumunda değil, ekonomik çıkarlarının zedelenmesi tehlikesiyle karşı karşıya kalmaları halindedeki kanunda belirtilen davaları açma yetkisi vererek, haksız reklamlara karşı tüketicinin korunması yolunu da açmış bulunmaktadır. İsviçre HRK'na göre hangi reklamların "haksız" kabul edildiğinin tespiti için kanunda sayılan özel haksız rekabet hallerinden reklamcılıkla ilgili olanları kadar, genel haksız rekabet kuralının (İsv. HRK. m.2) da dikkate alınması gerekmektedir.

Aldatıcı yada başka bir şekilde dürüstlük kuralına ters düşücü davranışı, arzedener ve alıcılar arasındaki ilişkiyi etkilediği sürece "haksız" olarak niteleyen İsv. HRK. m. 2'yi yorumlamak gerekirse, aşağıda sayılan türde reklamcılığın "haksız" olduğu sonucuna varılabilir:

(42) YAVUZ, Levent, agm, s. 45.

–Mal veya hizmetin niteliği gereği beklenilmesi doğal olan özelliklerin reklam konusu yapılması

–Bir mal veya hizmetin kanunen taşınması zaten yasak olan niteliklere sahip olmamasının reklam konusu yapılması

–Reklamda, reklamı yapılan mal ve hizmetle ilgili olmayan unsurların yer alması

–Reklam konusu mal veya hizmetten yararlanılmaması durumunda gerçekleştirilecek olumsuzluklar gösterilerek tüketicinin korkutulması

İsv. HRK. m. 2'nin yorumundan çıkan bu örnekler çoğaltılabilir.

Bazı haksız reklam halleri ise kanunda özel olarak sayılmış, dar ve geniş anlamıyla bütün aldatıcı reklamların "haksız" olduğu kabul edilmiştir.

İsv. HRK. m. 3 lit. b ve i'de dar anlamda aldatıcı reklamların özellikleri genel olarak belirtilmektedir:

m.3. lit.b– Kendisi, işletme işareti (ticaret ünvanı, işletme adı vs.) mal, iş ve hizmetleri, bunların fiatı, nicelikleri ve kendi iş ilişkileri hakkında yanlış bilgi vermek veya üçüncü kişilerle ilgili olarak aynı şeyleri yaparak onları avantajlı duruma getirmek,

m.3 lit.i–Mal, iş ve hizmetlerin nitelik, nicelik, kullanım amacı, yarar ve tehlikelerini gizleyerek müşterileri aldatmak

m.3. lit.c–Gerçeği yansıtmayan mesleki ünvan veya sıfatlar kullanarak özel yetenek veya üstünlüklere sahip olduğu kanısını uyandırmak haksız, dolayısıyla aldatıcı sayılmıştır.

m.18–Fiatların yada fiat indirimlerinin yanıltıcı bir şekilde açıklanmasının ve gerçekte ödenmesi gereken fiat yanında başka fiatlarada yer verilmesinin caiz olmadığı vurgulanmıştır.

Yine İsv. HRK. da öngörülen diğer bir takım haksız rekabet hallerde geniş anlamda "aldatıcı reklam" kavramına dahil olmaktadır.

m.3. lit.d– Başkalarının mal, iş, hizmet veya işletmesiyle karışmaya yolaçacak şekilde davranmak,

m.3. lit.e– Kendisini mal, iş ve hizmetlerini veya bunların fiatlarını, başkalarınınkiyle yanlış yanıltıcı, gereksiz yere küçültücü şekilde kıyaslamak veya aynı şekilde davranarak üçüncü kişileri daha iyi bir duruma getirmek

m.3 lit.f– Seçilmiş bir kısım mal, iş ve hizmetleri mal oluş fiyatları altında satarak ve bunu reklamlarında özellikle öne çıkartarak müşterileri kendi veya rakiplerinin başarı ve verimlilikleriyle ilgili olarak aldatmak

m.3 lit.g– Parasız ilaveler vermek suretiyle arzedilen şeyin gerçek değeri hakkında müşterileri aldatmak

Yukarıda bahsedilen bütün aldatıcı reklamcılık hallerinde tüketiciler ve tüketici örgütleri yine HRK. de öngörülen dava haklarından yararlanarak kendilerini bu tür reklamcılıktan koruyabileceklerdir. Bu davalar yalnız reklamı veren müteşebbise değil, aynı zamanda reklam ajansları ve basına karşı da yöneltebilecektir (43).

D- TÜKETİCİNİN ALDATICI REKLAMLARA KARŞI BAŞVURABİLECEĞİ YOLLAR

1- TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDAKİ KANUN ÇERÇEVESİNDE BAŞVURABİLECEK YOLLAR

a- Ayıplı Maldan Doğan Seçimlik Haklar ve Tazminat

Reklamlarda bir malın belirli özelliklere sahip olduğu veya olmadığı belirtilmek-
te ise, bunun bir vasıf vaadi olarak kabul edilerek bunlardaki noksanlıklar malın ayıplı sayılması sonucunu doğurur . TKHK. 4.mad. satıcı tarafından vaad edilen vasıf-
ların malda olmamasını ayıp saymıştır. Böyle bir durumda tüketicinin 4. maddedeki
seçimlik haklardan birini seçme yönünde hakkı doğacaktır.

Bu haklar;

- tüketici dilerse malı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmenin fes-
hini

- dilerse malı geri alıkoyarak maldaki ayıp oranında satış parasından uygun bir
miktarın indirilmesini

- yada bu yollara başvurmadan -malın misli eşya olması koşuluyla- ayıpsız çe-
şidiyle değiştirilmesini

- ya da bozuk olan malın ücretsiz tamirini, isteyebilir (44)

Ancak her aldatıcı reklam 4. madde anlamında vasıf vaadi olarak değerlendirile-
meyebilir bu nedenle aldatıcı reklamlarla mücadelede 4. madde ile verilen haklar
yeterli değildir(45).

b-Reklam Kuruluna Şikayet

Tüketiciler bir reklamın reklam Kurulu tarafından incelenerek TKHK. 25. mad-

(43) GÜRZUMAR, Aydanur, agm, s. 357-358.

(44)ZEVKLİLER Aydın. "Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun"s.55, İzmir, 1996

(45) ASLAN İ. Yılmaz, age , s. 261-262

desinin 3. bendinde yazılı tedbirlerin uygulanmasını isteyebilirler. Reklam Kurulu ticari reklamların uyması gereken ilkeleri belirlemek ve bunlara göre kanunun 16. maddesi çerçevesinde bunları incelemek ve denetlemekle görevlidir. Reklam kurulu bu görevini , bir reklamı re'sen incelemek suretiyle yerine getirebileceği gibi bir tüketicinin yazılı başvurusu üzerine de yapabilir. Reklam kurulu yönetmeliğinin 8. maddesinin b bendinde bu husus açıkça yer almış bulunmaktadır . Ayrıca tebliğ'in 18. maddesinde de başvurulara ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır.

Buna göre; "Kurula başvurular yazılı yapılır . Başvuru sahibi gerçek ve tüzel kişinin adı veya ticari ünvanı ve adresini içermeyen başvurular Kurul'ca kabul edilmez. Şikayet edilen reklamın, yazılı yada basılı olanlarının asılları dilekçesine eklenir. Eklenene nitelikte olmayanların fotoğrafları başvuru sahibi tarafından sağlanır. Televizyon filmleri ve radyo reklamları kayıtları 3984 sayılı Radyo ve Televizyon Kuruluş ve yayınları hakkında Kanun'un 28. maddesi uyarınca Kurulca Radyo -Televizyon üst Kurulu'ndan temin edilir."

"Kurul dışında reklamlarla ilgili olarak, Kurul'a intikal ettirilmek üzere illerde Sanayi ve Ticaret İl Müdürlükleri'ne de başvuru yapılabilir."

Reklam Kurulu incelendiği bir reklamın Kanuna veya kendi tespit ettiği ilkelere aykırı olduğu kanaatine ulaşırsa Bakanlığa şu tedbirlerin alınması konusunda öneride bulunabilir.

- İlgililere ikiyüzmilyon TL: veya duruma göre on katı fazla para cezası verilmesi, (m.25/3)

- reklamın durdurulması ,(m. 25/3)

- reklamın aynı yöntemle düzeltilmesi,

ba- Reklamın Durdurulması

TKHK. tüketicilere doğrudan doğruya TKHK. çerçevesinde mahkemeye başvurarak reklamların durdurulmasını isteme yetkisi vermemiştir. Tüketici bir reklamın aldatıcı olduğunu düşünüyorsa, bu reklamdan zarar görmüş olmasa bile , bu reklamın durdurulması için Reklam Kuruluna yazılı olarak başvurabilir. Reklam kurulu başvuruyu inceleyerek Bakanlığa reklamın durdurulmasını önerebilir, bu durumda Bakanlık reklamın durdurulmasını ilgililerden ister. Eğer ilgililer reklamı bu isteğe rağmen durdurmazlarsa, Bakanlık tüketici mahkemelerine başvurarak reklamın durdurulmasını isteyebilir.

Burada mahkemeye başvurma yetkisinin sadece Bakanlığa verilmiş olması isabetsizdir (46). Avrupa toplulukları Konseyinin yukarıda bahsedilen Direktifi'nde üye devletlere bu konuda görev verilmiştir. 4. maddeye göre;

"üye devletler rakiplerin ve genel olarak kamunun olduğu kadar tüketici menfaatlerinin korunması amacıyla aldatıcı reklamların kontrolü için en uygun ve etkili araçları sağlayacaklardır.

Bu araçlar milli hukuka göre meşru menfaati olan kişilerin veya örgütlerin aldatıcı reklamların yasaklanması için;-bu gibi reklamlara karşı dava açabilmesi ve veya bu gibi reklamları şikayet üzerine karar vermeye veya dava açmaya yetkili bir idari mercieye şikayet edebilmesini, sağlayıcı yasal hükümleri içermelidir."

Bu hüküm üye devletlerde bulunması gereken "en az" hakları göstermektedir.

TKHK. tüketicilerin veya tüketici örgütlerinin doğrudan mahkemeye başvurusu hakkını tanımamıştır. Bunun yerine karar vermeye de yetkili olmayan bir Kurul'a başvurabileceklerdir.

Bu Kurul'un karar vermeye veya dava açmaya yetkisi yoktur. Sadece Bakanlığa bir öneride bulunabilir. Bu Kurul'un varlığı aldatıcı reklamın durdurulmasının daha uzun sürmesine yol açacağı açıktır.

bb-Reklamın Aynı Yöntemle Düzeltilmesi

Tüketicinin başvurusu üzerine veya re'sen yapacağı inceleme sonucunda Reklam Kurulu reklamın aynı yöntemle düzeltilmesini de Bakanlığa önerebilir. Bunun ne anlama geldiği açık değildir. Gerçekten ileride üzerinde en çok tartışılacak hususlardan birisi budur. Konsey Direktifinde aldatıcı reklamları denetleyecek olan mercie bu konuda şöyle bir yetki verilmesi istenmiştir."üye devletler nihai bir kararla durdurulması emredilen bir aldatıcı reklamın süren etkilerini ortadan kaldırmak amacıyla mahkemeye veya idari makamlara aşağıdaki tedbirleri almaları konusunda yetki verebilirler;

-Uygun gördükleri bir şekilde kararın kısmen veya tamamen yayınlanması ,

-Buna ek olarak düzeltici bir beyanın yayınlanması "Aynı yöntemle düzeltme" ibaresinden, aldatıcı reklamın yarattığı olumsuz etkilerin, reklam yapılmadan önceki halde olduğu gibi tamamen kaldırılması anlaşılmalıdır. Bu durumda "aynı yöntemle düzeltme" reklamdaki aldatıcı hususların yarattığı olumsuz ve reklam durdurulduğu halde devam eden etkileri ortadan kaldırmak anlamına gelmektedir. Bu amaçla Bakanlık reklamdaki aldatıcı hususların doğrularını koyduklarını, belki de kendi tespit edeceği bir metin çerçevesinde hazırlanacak bir reklamı, aldatıcı reklamın ya-

ynlandığı süre ile orantılı bir süre ve aynı araçlarla yayınlanmasını isteyebilecektir. Bu istek ilgililerce yerine getirilmediği takdirde Bakanlık tüketici mahkemelerine başvurarak reklamın aynı yöntemle düzeltilmesi konusunda karar verilmesini isteyebilir.(47)

bc-Şikayetin Reddedilmesi

Reklam Kuruluna yazılı olarak başvuran tüketicinin bu soruşturma aşamasında ve karardan sonra ne gibi usuli hakları olduğu kanunda belirtilmemiştir. TKHK 26. maddesinin 2. fıkrasında bu soruşturmanın sonucunda para cezası verilmesi halinde, bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebileceği ve bu itiraz üzerine verilecek kararın kesin olduğu belirtilmiştir. Burada yargı yoluna başvurma hakkı aldatıcı reklamda bulunan kişiye aittir.

Ancak aldatıcı bir reklamı şikayet eden tüketicinin başvurusu Reklam Kurulunca yerinde bulunmayarak açıkça veya zımnen reddedilirse, tüketicinin bu red kararı aleyhine yargı mercilerine başvurabilecek midir? Bu hususta kanunda herhangi bir hüküm bulunmadığına göre genel hükümler uygulanacaktır. Yani tüketici idari bir makama başvurusu reddedilen herhangi bir vatandaş gibi idare mahkemelerine başvurarak red kararının iptalini isteyebilecektir. Ancak red kararı iptal edilse bile para cezası verme yetkisi münhasıran Bakanlığa verildiğinden , mahkemenin idarenin kararı yerine geçecek bir karar vermesi de mümkün olmadığından bunun pek pratik sonucu olmayacaktır. Böylece idari makamlara çok geniş bir takdir yetkisi verildiği anlaşılmaktadır. Bu takdir yetkisinin tüketici aleyhine olarak kullanılması halinde, mevcut idari denetim sistemi tüketicinin idarenin haksız takdiri karşısında korunmasını sağlamaya yeterli değildir (48).

2-GENEL HÜKÜMLER ÇERÇEVESİNDE BAŞVURULABİLECEK YOLLAR

a- BK'nun Hileye İlişkin Hükümleri

BK. 28. maddesine göre; " Diğer tarafın hilesiyle akit icrasına mecbur olan tarafın hatası esaslı olmasa bile , o akit ile ilzam olunmaz." tüketici satıcının yaptığı aldatıcı bir reklam sonucunda , satıcı ile işlem yapmış ise ve satıcı bu reklamı bu sonuca ulaşmak için yapmış ise , akdın feshi mümkündür. Burada dikkat edilecek iki önemli husus vardır;

- Aldatıcı reklamın satıcı tarafından yapılmış olması çoğu zaman reklam satıcı tarafından değil üretici veya dağıtıcı firma tarafından yapılır ve bu durumda 28/1 mad. uygulanamaz .

(47) ASLAN İ. Yılmaz, age, s. 265

(48) ASLAN İ. Yılmaz, age, s. 266

— Hileden bahsedilebilmesi için, aldatıcı davranışların kasden yapılmış olması gerekir. ; bunu kanıtlamakta zordur. Öte yandan BK. 28/2 ye göre “üçüncü bir şahsın hilesine düçar olan tarafın yaptığı akit lüzum ifade eder. Şu kadar ki diğer taraf bu hileye vakıf bulunur veya vakıf olması lazim gelirse , o akit lazim olmaz.” Aldatıcı reklamın 3. bir kişi tarafından yapıldığı hallerde , ki yukarıda belirttiğimiz gibi durum genellikle böyledir, tüketicinin akdi feshedebilmesi için satıcının bu durumu bildiğini veya bilmesi gerektiğini kanıtlaması gerekmektedir. Hile halinde dahi tüketicinin yaptığı işlem geçerli olmakta ama tüketicie hileyi öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içinde sözleşmeyi feshetme hakkı verilmektedir.(BK. 31) Bu durumda tüketicie bu akde dayanarak verdiklerini sebepsiz zenginleşme veya istihkak davası hükümlerine göre geri isteyebilecektir. Ayrıca varsa uğramış olduğu zararları da BK. 41vd.maddelere göre isteyebilir.

b-TTK. Haksız Rekabete İlişkin Hükümleri

Haksız rekabet hükümleri çerçevesinde tüketicinin aldatıcı reklamlar nedeniyle zarar görmesi durumunda dava açabilmesi mümkündür. Bu davalar sadece aldatıcı reklamlara özgü değildir 56.ve 57. maddede düzenlenen haksız rekabet hallerinin tümü için tüketicinin dava hakkı bulunmaktadır. TTK. 58.maddesi haksız rekabet davalarını açma yetkisini rakipler yanında, müşteriler ve mesleki ve ekonomik birliklere de tanımış bulunmaktadır.

Haksız rekabet TTK. 56.maddesinde “aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretle iktisadi rekabetin her türlü suistimalidir. “

TTK. 57.mad. ise özellikle hangi davranışların haksız rekabet sayılacağı örneksene methodologyla on bent halinde sayılmıştır.Bunlara örnek olarak ;

b.3-Kendi şahsi durumu, emtiası , iş mahsulleri , ticari faaliyeti veya ticari işleri hakkında yanlış veya yanıltıcı malumat vermek veyahut; üçüncü şahıslar hakkında aynı şekilde hareket etmek suretiyle rakiplerine nazaran onları üstün duruma getirmek;

Aldatıcı reklamlar açısından bu bent önem kazanmaktadır. Çünkü aldatıcı reklamların genellikle bu bent kapsamına girdiği kabul edilmektedir.

b.4-Paye şahadetname veya mükafat almadığı halde , bunlara sahip imişçesine hareket ederek müstesna kabiliyete malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna müsait olan yanlış ünvan yahut mesleki adlar kullanmak ;

Bu bent aldatıcı reklamların özel bir halini düzenlemektedir. Bu bent olmasaydı da bu hareketlerin 3. bent kapsamında haksız rekabet olarak kabul edilmesi mümkündür.

ba— Haksız rekabet Nedeniyle Açılabilecek hukuk davaları

TTK.58. maddesi ne göre haksız rekabet nedeniyle açılabilir hukuk davaları şunlardır;

- Tesbit davası: Fiilin haksız olup olmadığının tespiti gayesiyle bir dava açılabilir. Bu davanın açılabilmesi için haksız rekabet fiilinin devam etmekte olması gerekir. Bu davanın arkasından genellikle durdurma ve tazminat davaları gelecektir.

- Men davası : Devam etmekte olan bir haksız rekabetin durdurulması, önlenmesi için açılır. Bu dava ile haksız rekabeti yapan kişi ye; bu duruma son vermesi emredileceği için bir edim davasıdır.

-Ref'i davası : Bu davanın amacı haksız rekabet yapılmadan önceki halin iadesininin sağlanmasıdır.

Öncelikle aldatıcı reklamlar açısından bu dava çok önemlidir. Aldatıcı reklamlarla verilen mesajlar, reklamın durdurulmasına karar verilmiş olsa bile bir süre daha etkisini sürdürecektir. Bu etkilerin silinmesi eski halin iadesi için şarttır.58. maddenin c bendi hakime açıkça "haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması," haksız rekabet , yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanın düzeltilmesi " görevini vermiştir. Bu düzeltmenin ne şekilde yapılacağına belirtilmemiş olması bir boşluk olarak değerlendirilemez. Her ne kadar 61. maddede davayı kazanan tarafın talebiyle , masrafları haksız çıkan taraftan alınmak üzere hükmün kesinleşmesinden sonra ilan edilmesine karar verilebilirse de bu yeterli değildir.

-Maddi Tazminat Davası: Haksız rekabet sonucunda bir zarar doğmuşsa ve haksız rekabette bulunan kusurlu ise maddi tazminat davası açılabilir. Tazminat olarak fiilen uğranılan zararın kanıtlanmasında zorluk olan hallerde hakim ,haksız rekabet neticesinde, davalının elde etmesi mümkün görünen menfaatin karşılığına dahi hükmedebilir.

- Manevi tazminat davası : BK.49. maddesinde gösterilen şartlar varsa açılabilir.

Bu davalar davaya hakkı olan tarafın bu hakkın doğumunu öğrendiği günden itibaren bir yıl ve herhalde bunların doğumundan itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Şu kadarki ceza kanunları gereğince daha uzun bir zaman aşımına tabi olan cezayı müstelzim bir fiil işlenmiş bulunursa ; bu müddet hukuk davaları hakkında da geçerlidir. Men davaları mahiyeti gereği olarak zaman aşımına tabi değildir (49) .

Bazı hallerde dava açmak yeterli bir çözüm olmayabilir. Çünkü dava sonuçla-

(49) GÖLE Cemal , age , s.200

MİMAROĞLU S.Kemal ,"Tic. Huk. 1. cilt , işletme Huk. ", Ankara, 197s.414 ARKAN Sabih,"Tic. İşl.Huk. "Ankara ,1993,s 288.

nıncaya kadar reklamı amacına ulaşır veya haksız rekabet nedeniyle ileride telafi edilmesi mümkün olmayacak zararlar doğabilir. Bu nedenle haksız rekabetin bir an önce önlenmesi gerekebilir. TTK.63. maddesinde bu gibi durumlar için belirli koşullarla **ihtiyati tedbir** kararı verilebileceği kabul edilmiştir. Buna göre dava açmak hakkını haiz olan kimsenin dilekçesi üzerine mahkeme , mevcut vaziyetin olduğu gibi muhafaza edilmesine ,58.mad. /1 b .b ve c bentlerinde yazılı olduğu gibi haksız rekabetin neticesi olan maddi durumun ortadan kaldırılmasına , haksız rekabetin men'ine ve yanlış veya yanıltıcı beyanların düzeltilmesine ve lüzumlu diğer tedbirlerin alınmasına HMUK.' nun ihtiyati tedbir hakkındaki hükümlerine göre karar verebilir"(50).

Men ve ref'i davalarının sonucunda bir kimse aleyhine verilmiş olan hüküm haksız rekabete mevzu olan malları, doğrudan doğruya veya dolayısıyla ondan elde etmiş olan şahıslar hakkında da icra olunur. Kural olarak bir ilam kimin aleyhinde alınmışsa onun aleyhine icra olunur. 58. maddenin son fıkrasında bu kurala bir istisna getirilmiş bulunmaktadır (51).

bb- Davacılar

58. maddeye göre bu davaları;

1- Haksız rekabet yüzünden müşterileri , kredisi mesleki itibarı , ticari işletmesi veya diğer iktisadi menfaatleri bakımından **zarar gören veya böyle bir tehlikeye maruz bulunan** kimseler açabilirler. Bunlar rakipler veya rakip olmayan tacirler olabilir.

2- Haksız rekabet yüzünden **menfaatleri haleldar olan müşteriler** açabilir.

3- Ayrıca bu davalardan tesbit men ve ref'i davalarını ticaret ve sanayi odaları , esnaf dernekleri , borsalar ve nizamnamelerine göre azalarının iktisadi menfaatlerini korumaya yetkisi bulunan diğer mesleki ve iktisadi birlikler dahi kendilerinin veya şubelerinin azaları bir ve ikinci fıkralar, gereğince dava açmak hakkını haiz oldukları takdirde açabilirler.

Tüketiciler,müşteri sıfatıyla yukarıdaki tüm davaları açabilirler. Tüketicilerin bu davaları açabilmeleri için haksız rekabetten yada konumuz açısından özellikle aldatici reklamdan **zarar görmüş olmaları** gerekmektedir. Tüketicinin dava açabilmesi için sadece **zarar görme "ihtimalinin" varlığı yeterli değildir** (52). Oysa Avrupa Toplulukları Konseyinin Aldatici Reklamlar Hakkındaki Direktifinde

(50) GÖLE Celal , age,s. 172 , ASLAN İ Yılmaz, age, s.272

(51) POROY Reha , age , s. 205,ARKAN Sabih, age, s. 287

(52) GÖLE Celal, age , s. 187

tüketicinin zarar görme ihtimalinin varlığı dava açabilmesi veya idari makama başvurabilmesi için yeterli görülmüştür. Kanunun bu düzenleme tarzı tüketicinin korunması açısından yeni gelişmelerin gerisinde kalmıştır.

Tüketici örgütleri de bazı koşullarla bu davalardan bir kısmını açabilirler. Tüketici örgütlerinin haksız rekabet davalarını açabilmeleri bazı koşullara bağlıdır. Tüketici örgütlerinin dava açabileceği 58. maddede açıkça belirtilmemiştir. Ancak 3. fıkranın 2. kısmında belirtilen "nizamnamelerine göre azalarının iktisadi menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer mesleki ve iktisadi birlikler dahi kendilerinin veya şubelerinin azaları bir ve ikinci fıkralar gereğince dava açmak hakkını haiz buldukları takdirde" ifadesinden hareketle tüketici örgütlerinin de dava açabileceği kabul edilmektedir. Tüketici örgütlerinin dava açabilmesi için iki koşul gereklidir.

- Nizamnamelerine göre üyelerinin iktisadi menfaatlerini korumaya yetkili olmasıdır .

-Kendi veya şubelerinin üyelerinden en az birinin haksız rekabet davalarını açma hakkının doğmuş olması gerekir. Tüketici örgütleri sadece tespit men ve ref'i davalarını açabilirler. Tazminat davalarını açamazlar.

bc- Davalılar

Haksız rekabet davaları, haksız rekabetin oluş şekline göre çeşitli kişilere yöneltilir.

- Her şey önceden doğrudan doğruya haksız rekabeti yapan "fail" hakkında açılabilir.

- Bundan başka eğer haksız rekabet fiili bir müstahdem veya işçi tarafından vazifesinin yerine getirilmesi sırasında işlenmişse, müstahdem veya işçi yanında istihdam edene karşı tesbit, men ve ref'i davaları açılabilir. Bu davalarda istihdam eden BK. 55. maddede belirtilen kurtuluş beyyinesinden yararlanamaz. Buna karşılık tazminat davalarında BK. 55. madde hükümlerine göre hareket edilir.

- Haksız rekabet fiilinin basınla işlenmesi halinde tesbit men ve ref'i davaları açılabilir yazı sahibi veya ilan veren aleyhine açılır. Ancak yazı veya ilan, ilgilinin haberi olmaksızın ya da rızalarına aykırı olarak yayınlanmışsa; yazı sahibi veya ilanın kim olduğunun açıklanmasından ya da diğer nedenlerden ötürü yazı sahibi veya ilan verenin ortaya çıkarılması, aleyhlerinde bir Türk mahkemesinde dava açılması mümkün olmazsa; bu davalar; yazı işleri müdürü, ilan sözkonusu ise ilan servisi şefi, yayımcı ve matbaacının kusurları yoksa bunlar aleyhine tesbit, men ve ref'i davaları, ancak kanundaki sıra gözetilerek açılabilir. Ancak yazı işleri müdürü, ilan şefi

veya matbaacının kusuru varsa dava, sıraya bakılmaksızın kusurlu olan aleyhine açılır. Bunlar aleyhine açılacak tazminat davaları BK. hükümlerine tabidir (TTK. 60).

- İki durumda üçüncü kişiler aleyhine dava açılması kabul edilmiştir. Birincisi- mad. 57/3son kısmında yer alan durumdur. Buna göre; 3. kişiler hakkında onların durumları hakkında yanlış veya yanıltıcı beyanlarda bulunarak rakiplerine nazaran onları üstün duruma getirmek haksız rekabettir. Bu durumda bu beyanlarda bulunanlar yanında 3. kişiler hakkında da haksız rekabet davası açılabilir. Aldatıcı reklamı yapan reklam ajansıdır. Ancak ona reklamı yapmasını emreden, reklam veren ve reklamı yapan kişidir. Reklam ajansı aldatıcı reklamı yapması nedeniyle fail durumundadır. Reklam veren ise üçüncü kişi durumundadır. Burada istihdam eden ilişkisi varsa TTK.mad. 59/1'e göre reklam veren aleyhinede haksız rekabet davaları açılabilecektir. Eğer koşulları varsa tazminat davası da açılabilir. TTK.mad. 57/5'e göre iltibasa yol açan malları durumu bilerek yada bilmiyerek satışa arz etmek veya şahsi ihtiyaçtan başka ne sebeple olursa olsun elinde bulundurmamak bir haksız rekabet halidir. Haksız rekabet davası burada iltibasa yol açan malları elinde bulunduran üçüncü kişi aleyhine açılacaktır (53).

bd- İspat Yükü

Tüketicilerin aldatıcı reklamlara karşı açacakları haksız rekabet davalarında ispat yükünün dağılımı nasıl olacaktır? MK. mad. 6' ya göre herkes iddiasını ispat etmek zorundadır. Bu durumda bir reklamın aldatıcı olduğunu iddia eden tüketicinin bu reklamın aldatıcı olduğunu ispat etmesi gerekecektir. Ancak tüketicinin bir reklamın aldatıcı olduğunu kanıtlayabilmesi için elinde ne reklamlarla ilgili herhangi bir belge ne de bu reklamın özelliklerini gösterebilecek teknik bilgi vardır. Bir reklamın gerçeği yansıttığını ve yanıltıcı olmadığını ispat edecek deliller ve teknik bilgi reklam yapan kişinin elindedir. Reklam yapan için bu hususların kanıtlanması çok daha kolaydır(54).

Burumda ispat yükünün tüketici üzerinde bırakılması daha başyangiçta tüketicinin davayı kaybetmesi anlamına gelecektir.

Avrupa Toplulukları Konseyini Aldatıcı Reklamlarla İlgili Direktifi'nin 6. maddesine göre "üye devletler 4. maddede düzenlenen hukuk davalarında veya idari incelemelerde mahkemeleri ve idari makamları aşağıdaki hususlarda yetkilendirirler;

(53) GÖLE Celal, age , s. 194

MİMAROĞLU S. Kemal, age , s. 410

ASLAN İ. Yılmaz,age ,s 275

(54) GÖLE Celal , age ,s.204

a- Reklam yapanın ve davadaki diğer tarafın meşru menfaatleri dikkate alındığında gerekli görülüyorsa veya böyle bir gereklilik olayın şartlarına göre ortaya çıkmışsa reklam yapana reklamdaki iddiaların doğruluğunu kanıtlamasının istenmesi;

b- A'ya göre gerekli delillerin verilmemesi veya verilen delillerin mahkemece veya idari makamca uygun kabul edilmemesi halinde iddiaların yanlış yanlış kabul edilmesi ."

Görüldüğü gibi Topluluk Hukunda açıkça ispat yükü reklam yapanın üzerinde bırakılabilecektir. Yargıca bu konuda geniş bir takdir yetkisi tanınmış bulunmaktadır . Aynı şekilde Türk hukuku açısından bakıldığında , reklamın aldatıcı olduğunun kanıtlanmasının tüketici için imkansız olduğu hallerde, reklamın aldatıcı olmadığı reklam veren tarafından kanıtlanmasının istenebilmesi gerekir. Adil çözüm tarzı budur. Aksi halde kanunda yazılmış olan hakların fiilen kullanılmaması gibi bir durum ortaya çıkacaktır(55).

be- Ceza Davaları

TTK.64. maddesinde haksız rekabet fiiline bazı cezai yaptırımlar uygulanacağı düzenlenmiştir. Buna göre ;

- mad.57 / 1,2,4,5,6,8,9.'da yazılı haksız rekabet fiillerinden birini kasden işleyenler;

-Kendi icap ve tekliflerinin rakiplerinkine tercih edilmesi için şahsi durumu, emtiası , iş mahsulleri , ticari faaliyeti ve işleri hakkında kasden yanlış veya yanıltıcı malumat verenler

-Müstahdemleri , vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri , istihdam edenin veya müvekkillerinin imalat veya ticaret ifşa etmelerini veya ele geçirmelerini temin için iffal edenler,

- istihdam edenler veya müvekkillerinden , işçilerinin veya müstahdemlerinin ve yahut vekillerinin , işlerini gördükleri sırada cezayı müstelzim olan bir haksız rekabet fiilini işlediklerini öğrenip de bu fiili men etmeyen veya gerçeğe aykırı beyanları düzeltmeyenler,

58. madde gereğince hukuk davası açmaya hakkı olanlardan birinin şikayeti üzerine ceza mahkemesince bir aydan bir yıla kadar hapis ve beşyüz liradan on bin liraya kadar ağır para cezası ile veya her ikisiyle birlikte cezalandırılırlar.

Görüldüğü gibi 64. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen cezai yaptırımlar şikayete bağlı suç niteliğindedir. Aldatıcı reklamların kendi teklif ve icaplarının kabulü ga-

yesi ile yapıldığı hallerde , tüketicilerin ve tüketici örgütlerinin aldatıcı reklam yapan hakkında hakkında şikayette bulunmaları mümkündür.

Haksız rekabetin men'i hakkındaki kesinleşmiş ilama rağmen haksız rekabet fiiline aynen veya tali değişikliklerle devam eden kimse altı aydan aşağı olmamak üzere hapis ve beşbin liradan on bin liraya kadar ağır para cezasına mahkum edilir ve suç resen takip olunur.64. maddenin son fıkrasında yer alan bu haksız rekabet bu haksız rekabet suçunun takibi şikayete bağlı değildir.

IV-REKLAMLARA İLİŞKİN İLKELERİN YER ALDIĞI MEVZUATLAR

A-TİCARİ REKLAM VE İLANLARA İLİŞKİN İLKELER VE UYGULAMA ESASLARINA DAİR TEBLİĞ (TRKGM-95/142-143)

Reklam Kurulu Yönetmeliğinin m. 8/3'de şöyle bir ifade yer almaktadır; Kurulca Kanununun 16. maddesine göre belirlenen ilkeler, Bakanlıkça çıkarılacak tebliğlerle duyurulur. Buna istinaden, Reklam kurulunun bu konuda belirlediği ilkeler 21-12-1995 gün ve 22500 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan TRKGM-95/142-143 sayılı "Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Tebliğ" ile duyurulmuştur.

Reklam verenler, reklamcılar ve mecra kuruluşları veya araçları Kanunu'un 16. maddesi ile bu Tebliğ'de belirtilen ilkelere uymakla yükümlüdür (m. 17).

Reklamcılar yada reklam ajansları, ilkelere uygun reklam hazırlayarak reklam verenin yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlayacak biçimde çalışmak ve bu konuda onu uyarmak zorundadır. Reklam veren, ürün/hizmetleri konusunda reklamcıya doğru ve gerçeklere uygun bilgi ve belge vermek zorundadır (m. 17/2).

1-Temel İlkeler

M.4'de sayılan ve reklamlarda esas alınacak temel ilkeler şunlardır;

a-Reklamlar, yasalara, genel ahlaka uygun, doğru, dürüst ve gerçekçi olmak zorundadır.

b-Her reklam ekonomik ve toplumsal zorumluluk bilinci içinde iş hayatında ve kamuoyunda kabul gören dürüst rekabet ilkelerine uygun olmak zorundadır.

c-Reklamlar güvenlik kurallarının gözetilmediği ve insan güvenliği açısından tehlike oluşturabilecek uygulama ve durumlarla ilgili hiçbir sunum yada tanımlama içeremez.

d-Biçimi ve yayınlandığı mecra ne olursa olsun, bir reklamın "reklam" olduğu açıkça anlaşılmalıdır. Bir reklam haber ve yorum ögeleri içeren bir mecrada yayınlandığında, "reklam" olduğu kolaylıkla algılanacak biçimde belirtiler. Örülü reklam yapılamaz.

e-Reklamlar ortalama reklam izleyicisinin algılama düzeyi ile reklamın tüketici üzerindeki olası etkisi gözönünde bulundurularak hazırlanır.

f-Bu ilkeler, tüketicinin korunması çerçevesindeki yasal ve ahlaki davranış esasları olarak uygulanır.

a-Ahlaka Uygunluk (m.5)

Burada reklamların, genel ahlak kurallarına aykırı ifade ya da görüntüler içere-meyeceği, cinselliğin istismarı ile pornografi içeren ifade ve görüntüleri taşıyamaya-cağı, korku ve batıl inançlara yer verilemeyeceği, toplumun acıma duygularını istis-mar edecek şekilde, hasta bebek, çocuk, yaşlı ve özürliülerle ilgili ifadeler yada gö-rüntüler kullanılmayacağı, belirtilmektedir.

b-Doğruluk ve Dürüstlük (m.6)

Reklamların, tüketicinin güvenini kötüye kullanacak yada onun tecrübe ve ek-sikliklerini istismar edici biçimde olamayacağı; din, dil, ırk, mezhep ve cinsiyete da-yalı ayrımcılık üzerine kurulamayacağı, şiddet hareketlerine yol açıcı, destekleyici ve özendirici unsurları içermeyeceği; kira yoluyla satış, taksitle veya diğer tüketici sa-tış koşullarını içeren reklamlar, malın peşin fiatı, teminat, ödeme takvimi, faiz oranı vs. konusunda yanlış anlamaya yer verecek şekilde biçimde sunulamayacağı, bu konuda belirlenmiş esaslardan birkaçıdır.

c-Reklam Çeşitleri

M. 7'de, satış özendirici reklamlara ve bu konudaki uyulması gereken ilkelere, m. 8'de doğrudan satış reklamları, m. 9'da karşılaştırmalı reklamlara ve karşılaştı-rmanın yanıltıcı olmaması, dürüst rekabet ilkelerine uygun ve doğrulanabilir gerçek-lere dayanması gerektiği hususlarına, m. 10'da tanıklı reklamlara ve bu konudaki il-kelere yer verilmiştir.

d-Kötüleme (m.11)

Bu maddeyle reklamların hiçbir firmayı, hiç bir endüstriyel yada ticari faaliye-ti/mesleği, hiçbir ürünü, aşağılayarak yada alay konusu ederek kötüleyemeyeceği belirtilmiştir.

e-Ticari itibardan haksız Yararlanma (m.12)

Reklamlarda; bir başka firma, şirket yada kurumun adı amblemi vs. özgün ku-rumsal kimlik unsurlarının tüketicinin aldanmasına yolaçacak şekilde kullanılmaya-cağı; bir kişinin adının veya bir başka şirket yada ürüne ait ticari ünvan, simgenin ya-

da bir reklam kampanyası ile sağlanmış bulunan itibardan, tüketiciyi yanıltıcı biçimde yararlanamayacağı belirtilmiştir.

f-m.13'de reklamların, başka reklamları taklit edemeyeceği,

g-m.14'de reklamların kamu sağlığını bozucu nitelikte olamayacağı kural altına alınmıştır.

h-Çocuklara Yönelik Reklamlar (m.15)

Bu maddede çocuklara yönelik reklamlarda; çocukların, saflıklarının bilgi eksikliği ve tecrübesizliğinin istismar edilemeyeceği; bir ürüne sahip olmanın yada bir ürünü kullanmanın çocuğa yaşattığı diğer çocuklara göre fiziksel, sosyal ve psikolojik avantaj sağlayacağını, ürüne sahip olmamasının ise aksi yönde bir etki yaratacağını ileri sürerek toplumsal değerlerinin sarsamayacağını; çocukların taklit edebileceği şiddet unsurlarını taşıyamayacağını; reklamı yapılan ürünün fiyatının her aile bütçesine uygun olduğuna dair ifade içermeyeceği; ürünün kullanımının gerektirdiği beceriyi olması gerekenden az gösteremeyeceği belirtilen önemli ilkelere sadece birkaçıdır.

ı-Çevreye İlişkin Reklamlar (m.16)

Reklamların tüketicilerin çevre konusundaki duyarlılığını yada bu alandaki olası bilgi eksikliğini istismar edici biçimde yapılamayacağı esas olarak belirlenmiştir.

B-RADYO VE TELEVİZYON KURULUŞLARI REKLAM YAYIN İLKELERİ HAKKINDA YÖNETMELİK

Burada belirlenen ilkelerin yukarıda bahsettiğimiz ilkelerle bir paralellik arzettiğini öncelikle belirtmeliyiz. Biz burada mümkün olduğunca Tebliğ'de bahsedilmeyen ve fakat bu yönetmelikte yer alan ilkelere yer vereceğiz.

1-Genel ilkeler (m.5)

-Reklamlarda doğru, temiz, güzel ve anlaşılabilir bir Türkçenin kullanılması esastır. Argo kelimelerle veya yabancı bir dilde reklam mesajı verilemez.

-Bir ürün veya hizmetin tüketimine yönelik reklamlarda, siyasi propanganda amacı güdülemez. Türk ve yabancı devlet büyükleri, dini kişiler ve dini konular reklam malzemesi yapılamaz.

-Önceden izin alınmadan hiç kimsenin özel veya sosyal hayatı yada özel mülkü reklam konusu yapılamaz.

2-Karşılaştırmalı Reklamlar (m.6)

Karşılaştırılacak ürün veya hizmetin adı zikredilmeden;

-karşılaştırılan ürün veya hizmetlerin aynı nitelikte olması

-karşılaştırılan ürün veya hizmetlerin aynı istek ve ihtiyaca cevap vermesi

-karşılaştırmanın ürün veya hizmetin önemli ve temel unsurlarında yapılması, kanıtlanabilir gerçeklere dayanması

-karşılaştırmanın haksız rekabet yaratmaması, şeklinde ilkeler belirlenmiş olup bu yukarıda zikredilen Tebliğ'le tamamen paralel bir düzenleme içermektedir.

3-Reklamlarda Satış Fiyatının Açıklanması (M. 7)

Reklamlarda satış fiyatının açıklanabilmesi için;

-ürün veya hizmetin satış fiyatının, tüketiciye olan gerçek maliyetinin gösterilmesi

-reklam yapıldığı tarihteki satış fiyatı ile eşdeğer olması

-yardımcı parçalar gerekli ise bunun belirtilerek satış fiyatının açıklanması

-ürün veya hizmetlerin satış fiyatlarında indirim yapıldığı belirtiliyor ise, indirimli satış fiyatı ile bunun uygulanma süresinin belirtilmesi, gereklidir.

4- m.8'de "satışları özendirici reklamlar" ve 9'da "doğrudan satış reklamları" tebliğ'le aynı paralelde düzenlenmiş bulunmaktadır.

5-Çocuklara Yönelik Reklamlar (m 10)

bu madde de "15 yaş ve daha küçük yaştaki kişilere yönelik ve bu kişilerin tüketebileceği ürün ve hizmetleri kapsayan reklamlar"ın çocuklara yönelik reklamlar olduğuna dair bir tanım yapılmıştır. Ayrıca;

-Programlar, reklam sözcüğü hem görsel hem de gerekli hallerde işitsel olarak açıkça ifade edilerek kesilebilir.

-Altyazı, çerçeve ve doğrudan satış reklamları tekniği kullanılamaz.

-Otoriteyi ve sorumluluk duygusunu ortadan kaldıracı ana-babanın yargılarını ve zevklerinin küçük düşürücü imajlar yaratılamaz, gibi önemli ilkelere yer verilmiştir.

6-Gizli Reklam (m.11)

Yayınlarda gizli reklam yapılamaz. Programlarda açıkça reklam olduğu belirtilmedikçe ürün veya hizmetler reklam amacını taşıyan şekilde sunulamaz.

7-Program desteklenmesi (m.12)

Tanım; yayına konu olan programların veya bu programlarda kullanılan görsel ve işitsel eserlerin üretimi dışında faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişilerin, kendi isimlerini ve markalarını tanıtmak ve itibalarını geliştirmek amacıyla doğrudan veya dolaylı olarak bir programın finansmanına aynı, nakdi veya sair sùretlerle katılmalarını ifade eder.

Yayınlanan programa tamamen veya kısmen mali destek sağlandığı takdirde, bu husus ilgili programın başında ve/veya sonunda, destek verenlerin kimliği görsel ve/veya işitsel unsurlarla uygun biçimde belirtilir. Desteklenen programlarda, bu programların tanıtım duyurularında destek verene veya 3. kişilere ait ürün ve hizmetlerine yer verilemez atıfta bulunulamaz. Bunların reklamlarından alıntı yapılamaz.

Haber programları, kamuoyunun gündeminde bulunan konuları işleyen ve haber verme, ilgililerin görüşlerini alma, tartışmaya açma gibi siyasi, ekonomik, sosyal ve mali konularla ilgili açık oturum, haber, magazin ve benzeri aktüalitesi olan güncel programlar ve dini yayınlar mali desteğe konu olamazlar. Ancak hava durumu, spor gibi bölümler belirtilen programlardan ayrı olarak verilmeleri şartıyla program desteklenmesinden yararlanabilirler.

Siyasi partiler ve seçimle işbaşına gelenler programları destekleyemezler.

Reklamı yasaklanan ürün ve hizmetleri üretenlerle, bunların satışı ile iştigal edenler program desteklenmesinde bulunamazlar.

Kuruluşların, programda hizmetinden yada ürününden karşılıksız olarak yararlandığı gerçek veya tüzel kişilerin adlarına, program sonunda televizyonda yazıyla, radyoda sözle en fazla 5 sn. yer vererek onları onurlandırması reklam sayılmaz.

8-Reklam yasaklanan Ürün ve Hizmetler (m.13)

Alkol ve alkollü içkiler, tütün ürünleri; Sağlık Bakanlığınca reçete ile satışına izin verilen ilaçlar ve tedaviler; tedavi ve rehabilitasyon kuruluşlarının verdiği hizmetler; falcı medyum vs.'nin verdiği hizmetler; kumar ve benzeri yerleri işletenlerin verdiği hizmetler; eş bulma hizmetleri; kanunla reklamı yasaklanan ürün ve hizmetler.

C-AVRUPA SINIR ÖTESİ TELEVİZYON SÖZLEŞMESİ'NDE REKLAMLARLA İLGİLİ İLKELER

Türk hukukunda reklamlarla ilgili düzenlemelerde değinilmemiş önemli birçok hususa bu sözleşmede yer verildiğini görmekteyiz. Bunları şu şekilde özetleyebiliriz:

1-Genel İlkeler (m.11)

-Çocuklara yönelik ve içinde çocukların kullanıldığı reklamlarda onların yararlarına zarar verecek unsurlar bulunmayacak ve çocukların özel duyguları gözönünde tutulacaktır.

-Reklamcı, programların içeriğine hiçbir şekilde müdahalede bulunamaz.

2-Süre (m.12)

-Reklamlar günlük yayı süresinin %15'ini geçemez. Ancak, ürünlerin doğrudan alımı, satımı, kiralanması veya hizmet amacıyla yapılan reklam türlerinde (tele-pazarlama), bu oran spot reklamların %15'ini aşmamak şartı ile %20'ye çıkabilir.

-Bir saatlik yayın içerisinde spot reklamlara ayrılan süre %20'yi aşamaz.

-Ürünlerin doğrudan alımı, satımı, kiralanması veya hizmet arzı amacıyla yapılan reklam türlerinin yayını günde bir saati geçemez.

3-Biçim ve Sunuş (m.13)

-Reklamlar görüntü ve ses olarak, program hizmetinin diğer unsurlarından ayrı ve kolaylıkla ayırt edilebilecek biçimde düzenlenir ve ilke olarak, bloklar halinde yayınlanır.

-Haber ve haber programları düzenli olarak sunan kişilerin görüntü ve seslerine reklamlarda yer verilmez.

4-Reklamların Yerleştirilmesi (m.14)

-Reklamlar programların arasına yerleştirilecektir. Bu maddenin 2. ve 5. paragraflarına uygun olması şartı ile programın bütünlüğü, değeri ve hak sahiplerinin hakları zedelenmeyecek biçimde bir program içine de reklam yerleştirilebilir.

-Yalnızca birbirinden bağımsız bölümleri olan programlara veya spor programlarına ve benzer yapıda aralar içeren olay ve gösterilen devre veya bölüm aralarına reklam yerleştirilebilir.

-Konulu filmlerin veya televizyon filmlerinin süreleri 45 dk. dan fazla olması halinde, her 45 dk. lık bölüm için, bir kez olmak üzere, bir reklam kesintisi yapılabilir. İki veya daha fazla 45'er dakikalık bölümlerden en az 20 dk. dan uzun süreli bölüm için bir ek reklam kesintisine daha izin verilebilir.

-2. paragrafta sözü edilen programlar dışındaki programlara yerleştirilmiş reklam aralıkları arasında en az 20 dk. süre bulunmalıdır.

-Hiçbir dini tören yayınına reklam alınamaz. 30 dk. dan kısa süreli haber programları, belgeseller, çocuk programları ve dini programlarda reklam yayınlanmaz.

5-Belirli Bir Ülkeye Yöneltilen Reklamlar (m. 16)

-İleten taraf ülke dışında başka bir taraf ülkedeki seyircilere özellikle ve belli bir frekansla yöneltilmiş reklamlar, sözkonusu taraf ülkede yürürlükte olan televizyon reklam kurallarına aykırı olamaz (56).

D-REKLAMDA ULUSLARARASI AHLAK YASASI

Milletlararası Ticaret Odasınınca 1973 yılında hazırlanan uluslararası ahlak yasası gerçek anlamda bir yasa değildir. Her türlü mal ve hizmet reklamı için geçerli olduğu belirtilen, bu yasa, esas itibariyle reklamcılık alanında kendi kendine denetim mekanizmasının işlerlik kazanabilmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Bunun için de reklamlarla ilgili bütün kişilerin (reklam verenler, reklam ajansları, reklam yayınlayanlar) uymaları gereken ticari ahlak ve dürüst davranış kurallarına bu yasadaki yer verilmiştir.

"Reklamda Uluslararası Ahlak Yasası" iki ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde reklamlarla ilgili temel ilkeler öngörülmüştür. İkinci bölüm ise, garanti belgeleri, taksitle satış; tıbbi tedaviler; posta usulü ile satış; alkollü içkiler ve tehlikeli mamüller gibi belirli bir kısım ticari faaliyetlerin ve mal ve hizmetlerin reklamına ilişkin özel hükümleri kapsamaktadır.

Doğru dürüst ve yanıltıcı olmayan reklamlardan ne anlaşıldığı esas itibariyle I. bölümde, temel ilkeler başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre reklamlarda reklamı yapılan malın niteliği (yapısı, bileşime, üretim yöntemi ve tarihi, amaca uygunluğu, kullanım alanları ve olanakları, miktarı, ticari yada coğrafi menşei gibi) fiatı, onarımı bakımı ve garanti koşulları konusunda eksik bilgi verilmemeli; muğlak yada abartıcı iddialar ileri sürülmemeli; tüketicileri yanıltması muhtemel söz ve beyanlar, resim yada görüntüler bulunmamalıdır (m.4/1). Ayrıca yasanın 4/II. fıkrası uyarınca reklamlarda bilimsel terimler, istatistikler ve araştırma sonuçları, yanlış ve yersiz ola-

rak kullanılmamalıdır. 6. madde ise mal ve hizmetler ile ilgili olarak tanıkların ve uzmanların beyanları ile ilgilidir. Bu maddeye göre, tanıklığına başvuru alan kişilerin ya da uzmanların sözleri ve tecrübeleriyle ilişkisiz gerçek dışı beyanlara reklamlarda yer verilmemesi ve bunlara atıfta bulunulmaması gerekir. Bu hususlar yanında Ahlak Yasası, reklamların doğru ve dürüst olması konusunda, mukayeseli reklamlara da değinmekte ve bunlarda yer alan mukayesenin doğrulanabilir gerçeklere dayanması ve dürüstlikle seçilmesi gerektiğini kabul etmektedir. (m.6)

Yasa, reklamların doğru, dürüst ve adaba uygun olmalarının sağlanabilmesi için, yukarıda belirtilen kurallar yanında diğer bazı kurallara da yer vermiştir. Bunlar daha ziyade reklamlar yoluyla bir kişinin ticari itibarının veya iş mahsullerinin kötülenmesinin engellemeye çalışan kurullardır (m. 7.8.9) (57).

SONUÇ

Günümüzde insanların tüketime yönelik eylem ve davranışları bilimsel yöntemlerle incelenip, tüketime yöneltici etkenleri körüklemek, tüketimden caydırıcı etkenleri de ortadan kaldırmak için akla hayale gelmeyen yöntemler yaratılmakta, bu alanda yetenekli ve becerikli elemanlar yetiştirilmekte, bu yöntem ve elemanlar pazarlama faaliyetlerinde yoğun biçimde kullanılmaktadır. Tüketicilerin psikolojik zaaflarından yararlanarak kazanç sağlama amacına yönelik olan bu gibi davranışlar, çoğu zaman insaf sınırlarını, dürüstlük kuralının gereklerini, genel ahlakın öğütlerini hiçe sayacak derecede acımasız olabilmektedir.

Bu yöntemler içerisinde tüketicileri önemli boyutlarda zarara yada ağır borç yükü altına sokmaya yönelik olanı, reklamlar yoluyla yapılanıdır. Özellikle sözlü yada görüntülü basın olarak anılan radyo, televizyon ve benzeri araçlarla yapılan reklamlar bu alanda inanılmayacak boyutta etkili olmaktadır.

Bu şekilde etkili reklamlarla, tüketiciler aldatılmakta, bilgi ve deneyim eksiklikleri istismar edilmekte, hasta, yaşlı ve çocuk gibi zayıf kişiler istismar edilmekte tüketicinin can ve mal güvenliği ve kamu sağlığı tehlikeye düşürülmekte, şiddet hareketleri özendirilmekte ve genel ahlaka dürüstlük kuralına aykırı reklamlar yapılarak gerek topluma gerek tüketicilere zarar verilmekte idi.

Tüketici Kanunu ve Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Tebliğ çıkarılmakla bu konudaki önemli bir eksiklik giderilmiştir. Zira bu gibi zararlı etkiler doğurucu reklamlara karşı her zaman genel hükümleri uygulamak mümkün olamıyordu.

(57) GÖLE, Celal, "Türk Hukukunda Reklamların Ön Denetimi Sorunu A.Ü.S.B.F. Dergisi, Aralık-Ocak, 1985, c. XI, no; 1-4

Tüketici Kanununun ve Tebliğin ticari reklamlara ilişkin ilkeleri belirleyip bunu denetleyen bir reklam kurulu oluşturması oldukça yerinde bir hükümdür.

Temennimiz, teorik olarak öngörülen ve henüz çok yeni sayılan bu hükümlerin uygulamasının eniyi şekilde yapılması ve uygulama ile fark edilen bir takım eksikli ve aksamaların, çağdaş tüketici hukukunu uygulama yolunda çalışmalar yapan ülkelerin bu konuda getirdiği hükümler ve anlaşmalar, direktifler dikkate alınarak giderilmesidir.

—oOo—

KAYNAKLAR

- ADAK, Agah : "Türk Hukuku Açısından Haksız Rekabet Müessesesi ve Reklam Yolu İle Haksız Rekabet" Adana İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi, 1975, s.4
- ARKAN, Sabih : "Ticari İşletme Hukuku" Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 1993
- ASLAN, İ. Yılmaz : "Tüketici Hukuku ve İlgili Mevzuat", Bursa, 1996
- ÇEÇEN, Anıl : "Düşünce Hukuku", Ankara, 1995
- GÖLE, Celal : "Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara, 1983
- GÖLE, Celal : "AET ve Tüketicinin Korunması" S.BF.D., 1979, no: 14
- GÖLE, Celal : "Türk Hukukunda Reklamın Ön Denetimi Sorunu" AÜSBFD., 1985, no: 1-4
- GÜRZUMAR, Aydanur : "Türkiye, İsviçre ve Avrupa Topluluğu Ülkelerinde Reklamcılık Alanında Tüketicinin Korunması Amacıyla Uyulması Gereken Hukuk Kuralları" Ankara Barosu Dergisi, 1991
- ARAYALÇIN, Yaşar : "Ticaret Hukuku I. Giriş Ticari İşletme Ankara, 1968
- KURTULUŞ, K. : "Reklam Harcamaları", İstanbul, 1989
- MİMAROĞLU, S.Kemal : "Ticaret Hukuku I. cilt İşletme Hukuku Ankara, 1978, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını
- MOROĞLU, Erdoğan : "Karşılaştırmalı Reklamlar ve Yargıtay Kararları "Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 11-13-14 Mayıs, 1994, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını
- ÖCAL, Akar : "Reklam ve Haksız Rekabet "Eskişehir İ.T.İ.A. Dergisi, c. VI, s. 2, 1970
- POROY, Reha : "Ticari İşletme Hukuku", İstanbul, 1991
- Yargıtay Kararları Dergisi, Ankara
- YAVUZ, Levent : "Tüketicinin Aldatıcı Reklamlardan Korunması"

1998 YILI YARGITAY DERGİSİ
BİBLİYOGRAFYASI

H. Bayram USLU (*)

Konulara Göre ()**

I – GENEL KONULAR

UYGUN, Mehmet; **28.11.1997 Günü Çırağan Sarayı'nda İktisadi Kalkınma Vakfı'nın Panelinde Yaptığı Konuşma** XXIV (1-2), 1998, 5-8.

ÇALIŞKAN, Bilal-ROUVEZ, Sophie; **Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Kararlarında Karşılaştırmalı Hukuk-Topluluk Hukuku İlişkisi** XXIV (1-2), 1998, 9-20.

UYGUN, Mehmet; **25.12.1997 Günü Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Yaptığı Konuşma** XXIV (3), 1998, 229-236.

UYGUN, Mehmet; **1998-1999 Adalet Yılına Açış Konuşması**. XXIV (4), 1998, 437-447

AKSOYLU, Bekir; **Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının Düşündürdükleri** XXIV (4), 1998, 490-494

ÖZGEN, Eralp; **1998-1999 Adalet Yılına Açılışında Yaptığı Konuşma** XXIV (4), 1998, 448-457

ÖZTÜRK, Pınar; **Franchise Sözleşmesi** XXIV (4), 1998, 458-489

1 – FEDARAL MAHKEME İÇTİHATLARI

DAYINLARLI, Doç.Dr. Kemal; **Haksız Fiil Faili İle Bir Eser Sahibinin Müteselsil Sorumluluğu** XXIV (1-2), 1998, 213-223.

2 – AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ÜNAL, Doç.Dr. Şeref; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Aydın-Türkiye Davasına İlişkin 25 Eylül 1997 Tarihli Kararı** XXIV (1-2), 1998, 208-212.

3 – BİBLİYOGRAFYA

USLU, H. Bayram; **1998 Yılı Yargıtay Dergisi Bibliyografyası** XXIV (4), 1998, 685-690

4 – YARGITAY'DAN HABERLER

USLU, H. Bayram; **Yeni Seçilenler, Emekliler ve Vefat Nedeniyle Aramızdan Ayrılanlar**. XXIV (4), 1998, 691-701

(*) Yargıtay Yayın Müdürü

(**) Sıralamada, Dergi Sayısı Esas Alınmıştır.

II – ANAYASA HUKUKU

SELÇUK, Doç. Dr. Sami; **Yargı Bağımsızlığı** XXIV (3), 1998, 237-248.

GENÇCAN, Ömer Uğur; **Jandarma Devlet Yerine Sosyal Devlet** XXIV (3), 1998, 249-257.

GENÇCAN, Ömer Uğur; **Türkiye’de Anayasa Tartışmaları** XXIV (4), 1998, 495-507

III – DEVLETLER HUKUKU

BEREKET, Zuhâl; **Türk Hukuku Açısından Vatandaşın İade Edilmezliği Kuralı** XXIV (1-2), 1998, 21-41.

KAMACI, Mahmut; **Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Nafaka ve Bu Konudaki Türkiye’nin Katıldığı Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri** XXIV (4), 1998, 508-539

IV – KAMU HUKUKU

NOMER, Prof.Dr.Ergin; **Yetki Anlaşmaları ve Türk Uygulaması** XXIV (3), 1998, 258-265.

ÇOLAK, Dr. Haluk; **Kamu Davasına Müdahale (Katılma)** XXIV (4), 1998, 540-558

V – USUL HUKUKU

GÖKCAN, Hasan Tahsin; **Bir İnsan Hakkı İhlali Olarak Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuka Aykırı (Haksız) Yargılama Kavramı** XXIV (1-2), 1998, 42-72.

KAYMAZ, Seydi; **Yasak Sorgu Yöntemi Olarak Aldatma** XXIV (1-2), 1998, 73-83.

ŞENGEL, Berkant; **Delil Sözleşmesi** XXIV (3), 1998, 266-284.

VI – MEDENİ HUKUK

ER, Refik; **Bankalar Açısından Araç Rehninin Menkul Rehni İçindeki Hukuki Durumu** XXIV (3), 1998, 285-292.

ATEŞ, Mustafa; **Medeni Kanunda Yapılan Son Değişiklikler Işığında Yoksulluk Nafakası** XXIV (3) (4), 1998, 293-310; 559-574

VII – MEDENİ USUL HUKUKU

AŞIKCI, Mehmet; **Mer’aya İlişkin Uyuşmazlıklarda Yabancı Köyden Tanık Dinlenmesi Üzerine Düşünceler** XXIV (4), 1998 575-585

VIII – CEZA HUKUKU

TURHAN, Yrd. Doç. Dr. Faruk; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Suçluların İadesinde Ölüm Cezası ve Avrupa İnsan Hakları Divanının Soering Kararı XXIV (1-2), 1998, 84–106.**

KOCALAR, Salih; **Yargı Yetkisine Giren Trafik Suçlularının Vergi Usul Kanununa Göre Belirlenen Yeniden Değerlendirme Oranına Göre 1998 Yılı Ceza Tutarları XXIV (3), 1998, 311–318.**

AYCAN, Yrd. Doç. Dr. Nihat; **Suçluların Psikososyal Dünyalarına Koğuş Duvar Yazılarından Bakış XXIV (3), 1998, 319–333.**

DURŞUN, Hasan; **Bilgisayar İle İlgili Suçlar XXIV (3), 1998, 334-339.**

KAYA, Mustafa; **Uyuşturucu Madde Suçlarında Muhbirin Dinlenmesi, Davaya Müdahale ve Suçta Kullanılan Eşyanın Müsaderesi XXIV (4), 1998, 586-604**

GOKCAN, Hasan Tahsin; **Nitelikli ve Basit Tehdit Suçu (TCK.191/1, son) XXIV (4), 1998, 605-622**

KAYMAZ, Seydi; **Türk Ceza Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Öntasarısı Hükümleri Işığında Konut ve İşyeri Dokunulmazlığını Bozma Suçu XXIV (4), 1998, 623-644**

IX – BORÇLAR HUKUKU

ÖZTÜRK, Gülay; **Satış Vaadi Sözleşmesinden Doğan Borç İlişkisi XXIV (1-2), 1998, 107–129.**

KARTAL, Dr. Bilal; **Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Kusursuz Sorumluluk XXIV (3), 1998, 340-355.**

KAMBER, Kemal; **Arsa Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu XXIV (3), 1998, 356-368.**

X – İŞ HUKUKU

ÇELİK, Çelik Ahmet; **Geçici İşgöremezlik Zararları ve Tedavi Giderleri XXIV (1-2), 1998, 130-160.**

XI – SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

BOZKURT, H. Argun; **Sanatçıların Sosyal Güvenlik Hukuku XXIV (1-2), 1998, 161–183.**

XII – TİCARET HUKUKU

BATTAL, Yrd. Doç. Dr. Ahmet; **Bir Alan Araştırması Işığında Sermaye Şirket-**

AÇIKLAMA: XXIV (Dergi Cilt Sayısı); 1-2, 3, 4 (Dergi Sayısı); 1998 (Dergi yayın yılı); 293-310 (Yazının yayımlandığı dergi sayfa numaraları).

lerinin Sorumluluğu Konusundaki Hukuki Bilgi Eksikliğinin Olumsuz Sonuçları ve Perdenin Kaldırılması Teorisi Yardımıyla Giderilmesi XXIV (4), 1998, 645-662

XIII – KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

BUZ, Yrd.Doç.Dr. Vedat; Karşılaştırmalı Hukukta Munzam Zararın İspatı XXIV (3), 1998, 369-410.

XIV – TÜKETİCİ HUKUKU

ÖZKAN, Özgül; Tüketici Hukuku Bakımından Ticari Reklamlar ve Tabi Olduğu Hükümler XXIV (3) (4), 1998, 411–431; 663-684

Yazar Soyadlarına Göre (*)

— A —

- AKSOYLU, Bekir : XXIV (4) 1998, 490-494
 ATEŞ, Mustafa : XXIV (3-4) 1998, 293, 310; 559-574
 AYCAN, Yrd.Doç.Dr. Nihat : XXIV (3) 1998, 319-333 ,

— B —

- BATTAL, Yrd.Doç.Dr. Ahmet : XXIV (4) 1998, 645-662
 BEREKET, Zuhai : XXIV (1-2) 1998, 21.-41
 BOZKURT, H.Argun : XXIV (1-2) 1998, 161-183
 BUZ, Yrd.Doç.Dr. Vedat : XXIV (3) 1998, 369-410

— Ç —

- ÇALIŞKAN, Bilal : XXIV (1-2) 1998, 9-20
 ÇELİK, Çelik Ahmet : XXIV (1-2) 1998, 130-160
 ÇOLAK, Dr. Haluk : XXIV (4) 1998, 540-558

— D —

- DAYINLARLI, Doç.Dr. Kemal : XXIV (1-2) 1998, 213-223
 DURSUN, Hasan : XXIV (3) 1998, 334-339

— E —

- ER, Refik : XXIV (3-4) 1998, 285-292

— G —

- GENÇCAN, Ömer Uğur : XXIV (3-4) 1998, 249-257; 495-507
 GÖKCAN, Hasan Tahsin : XXIV (1-2-4) 1998, 42-72; 605-622

— K —

- KAMACI, Mahmut : XXIV (4) 1998, 508-539
 KAMBER, Kemal : XXIV (3) 1998, 356-368
 KARTAL, Dr. Bilal : XXIV (3) 1998, 340-355
 KAŞIKÇI, Mehmet : XXIV (4) 1998, 575-585
 KAYA, Mustafa : XXIV (4) 1998, 586-604
 KAYMAZ, Seydi : XXIV (1-2, 4) 1998, 73-83; 623-644
 KOCALAR, Salih : XXIV (3) 1998, 311-318

— N —

- NOMER, Prof.Dr.Ergin : XXIV (3) 1998, 258-265

- Ö -
- ÖZKAN, Özgül : XXIV (3-4) 1998, 411-431; 663-684
 ÖZGEN, Eralp : XXIV (4) 1998, 448-457
 ÖZTÜRK, Gülay : XXIV (1-2) 1998, 107-129
 ÖZTÜRK, Pınar : XXIV (4) 1998, 458-489
- S -
- SELÇUK, Doç, Dr. Sami : XXIV (3) 1998, 237-248
- Ş -
- ŞENGEL, Berkant : XXIV (3) 1998, 266-284
- T -
- TURHAN, Yrd.Doç.Dr. Faruk : XXIV (1-2) 1998,84-106
- U -
- UYGUN, Mehmet : XXIV (1-2) 1998, 5-8
 UYGUN, Mehmet : XXIV (3) 1998, 229-236
 UYGUN, Mehmet : XXIV (4) 1998, 437-447
 USLU, H. Bayram : XXIV (4) 1998, 685-690
 USLU, H. Bayram : XXIV (4) 1998, 691-701
- Ü -
- ÜNAL, Doç. Dr. Şeref : XXIV (1-2) 1998, 208-212

**YENİ SEÇİLENLER
EMEKLİLİK VE VEFAT NEDENİYLE
ARAMIZDAN AYRILANLAR**

Derleyen:
H.Bayram USLU (*)

YENİ SEÇİLENLER

• **Dr. Bilal KARTAL**

1941 yılında Adıyaman'da doğmuştur. Kahramanmaraş Lisesini bitirmiş ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1967 yılında mezun olduktan sonra, İstanbul Hakim Adayı olarak mesleğe başlayan KARTAL, sırasıyla; Çınar Hakim Yardımcılığı, Mesudiye Hakimliği, Suşehri Hukuk Hâkimliği ile Yargıtay Tetkik Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

Fransızca bilen, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde master ve "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi" konusunda doktora yapmış olan, yayınlanmış çeşitli mesleki ve sosyal içerikli makaleleri bulunan ve 1987 yılında Yargıtay Üyeliğine seçilen Bilal KARTAL, 1998 yılında da Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca Dördüncü Hukuk Dairesi Başkanlığına seçilmiştir.

• **İşıl ULAŞ**

14.3.1940 tarihinde Karacabey'de doğmuştur. İstanbul Pertevniyal Lisesini bitirmiş ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1963 yılında mezun olduktan sonra, İstanbul Hakim Adayı olarak mesleğe başlayan ULAŞ, sırasıyla: Hınıs ve Çayıralan Hukuk Hakimliği, İskilip Hakimliği ile Yargıtay Tetkik Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

"Uygulamalı Sigorta Hukuku", "Uygulamalı Can Sigortası Hukuku" adlı yayınlanmış eserleri olan ve 19.7.1984 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen İşıl ULAŞ, 21.9.1998 tarihinde de Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca Onbirinci Hukuk Dairesi Başkanlığına seçilmiştir.

• **Mehmet Birsin TÜZİNAL**

9.3.1940 tarihinde Gediz'de doğmuştur. Eskişehir Lisesini bitirmiş ve Ankara

(*) Yargıtay Yayın Müdürü.

Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1961 yılında mezun olduktan sonra, Eskişehir Hakim Adayı olarak mesleğe başlayan TÜZİNAL, sırasıyla; Çınar, Birecik, Geyve ve Kastamonu Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

İngilizce bilen ve 19.7.1984 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Mehmet Birsin TÜZİNAL, 21.9.1998 tarihinde de Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca Üçüncü Ceza Dairesi Başkanlığına seçilmiştir.

• Haydar MALKOÇ

5.3.1940 tarihinde Trabzon Yomra'da doğmuştur. Trabzon Lisesini bitirmiş ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1967 yılında mezun olduktan sonra, İstanbul Hakim Adayı olarak mesleğe başlayan MALKOÇ, sırasıyla: Arguvan, Torul ve Rize Hakimliği ile Yargıtay Tetkik Hakimliği, Adalet Bakanlığı Hakim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezi Başkanlığı, Adalet Bakanlığı Yüksek Müşavirliği ve yeniden Adalet Bakanlığı Hakim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

İngilizce bilen ve 14.4.1998 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Haydar MALKOÇ, halen Üçüncü Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

• Uğur İBRAHİMHAKKIOĞLU

2.7.1944 tarihinde İstanbul'da doğmuştur. İstanbul Haydarpaşa Lisesini bitirmiş ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1965 yılında mezun olduktan sonra, İstanbul Hakim Adayı olarak mesleğe başlayan İBRAHİMHAKKIOĞLU, sırasıyla; Mazıdağı ve Muş Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Pasinler ve Terme Cumhuriyet Savcılığı, Uşak Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı ve Cumhuriyet Savcılığı ile Kastamonu, Yozgat, Eskişehir ve Mersin Cumhuriyet Başsavcılığı, Adalet Bakanlığı Müsteşarlığı görevlerinde bulunmuştur.

İngilizce bilen, "Adalet Mesleğinde Uygulanan Mevzuat", "Adalet Reformu ve Adli Mevzuat", "Eskişehir'de Adli Yargı", "Kütüphanemden Nükteler" adlı eserleri ile çeşitli dergilerde yayınlanmış mesleki makaleleri bulunan ve 14.4.1998 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Uğur İBRAHİMHAKKIOĞLU, halen Üçüncü Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

• Cengiz ERDOĞAN

16.10.1943 tarihinde Hopa'da doğmuştur. İzmit Lisesini bitirmiş ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1967 yılında mezun olduktan sonra, Ankara Hakim Adayı olarak mesleğe başlayan ERDOĞAN, sırasıyla; Pervari Hakim

Yardımcılığı ile Pervari, Ardeşen ve Kula Hakimliği, Yargıtay Tetkik Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

Fransızca bilen 14.4.1998 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Cengiz ERDOĞAN, halen Birinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

• **M. Zafer ERDOĞAN**

1945 yılında Erzurum'da doğmuştur. İzmir Namık Kemal Lisesini bitirmiş ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1970 yılında mezun olduktan sonra, Balıkesir Hakim Adayı olarak mesleğe başlayan ERDOĞAN, sırasıyla: Sarıkaya ve Balya Cumhuriyet Savcılığı, Bingöl Cumhuriyet Başsavcılığı, Adalet Bakanlığı Tetkik Hakimliği, Adalet Bakanlığı Ceza Tevkifevleri Genel Müdür Yardımcılığı, Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdür Yardımcılığı ile Yargıtay Cumhuriyet Savcılığı görevlerinde bulunmuştur.

Fransızca bilen ve 14.4.1998 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen M. Zafer ERDOĞAN, halen Onuncu Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

• **Abdurrahman YALÇINKAYA**

10.3.1950 tarihinde Şanlıurfa'da doğmuştur. Ankara Yıldırım Beyazıt Lisesini bitirmiş ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1973 yılında mezun olduktan sonra, Ankara Hakim Adayı olarak mesleğe başlayan YALÇINKAYA, sırasıyla; Acıpayam Sorgu ve Tapulama Hakimliği, Bulanık Hakimliği, Gürün Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı, Silifke Ceza Hakimliği ile Yargıtay Tetkik Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

İngilizce bilen, 14.4.1998 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Abdurrahman YALÇINKAYA, halen Yedinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

• **Dr. Mustafa KILIÇOĞLU**

3.9.1954 tarihinde Hopa'da doğmuştur. Samsun 19 Mayıs Lisesini bitirmiş ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1978 yılında mezun olduktan sonra, Samsun Hakim Adayı olarak mesleğe başlayan KILIÇOĞLU, sırasıyla; Sinop, Şavşat ve Mesudiye Hakimliği ile Yargıtay Tetkik Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

İngilizce bilen, "Kollektif İş Uyuşmazlıklarının Yargısal Çözümü", "kira Tahliye Tespit ve Alacak Davaları", "Tahliye-Kira Tespiti ve Uyarılma Davaları", "Şufa", "Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemi", "Cismani Zarar Hallerinde Tazminat Hesaplaması", "İşveren Kavramı ve Hukukî Sorunları" adlı yayınlanmış eserleri bulu-

nan, master ve doktora yapan, 14.4.1998 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Mustafa KILIÇOĞLU, halen Dördüncü Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

• **Yücel TEZEL**

20.4.1940 tarihinde Elbistan'da doğmuştur. İstanbul Haydarpaşa Lisesini bitirmiş ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1962 yılında mezun olduktan sonra, İstanbul Hakim Adayı olarak mesleğe başlayan TEZEL, sırasıyla; Arguvan, Demirci, Susurluk ve Aydın Cumhuriyet Savcılığı, İzmir Cumhuriyet Başsavcı vekilliği ile Samsun Cumhuriyet Başsavcılığı görevlerinde bulunmuştur.

14.4.1998 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Yücel TEZEL, halen Beşinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

• **Mehmet Emin BİLGEN**

6.10.1939 tarihinde Konya-Hadim'de doğmuştur. Konya lisesini bitirmiş ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1962 yılında mezun olduktan sonra, Konya Hakim Adayı olarak mesleğe başlayan BİLGEN, sırasıyla; Diyardin Hakimliği, Tefenni ve Elmalı Hukuk Hakimliği ile İzmir Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

14.4.1998 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Mehmet Emin BİLGEN, halen Dördüncü Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

• **Sami KOÇAK**

10.3.1942 tarihinde Ordu'da doğmuştur. Ordu Lisesini bitirmiş ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1969 yılında mezun olduktan sonra, Ankara Hakim Adayı olarak mesleğe başlayan KOÇAK, sırasıyla; Narman Hakimliği, Yıldızeli Ceza Hakimliği, Espiye ve Lapseki Hakimliği, Ankara İcra Tetkik Mercii Hakimliği, Ankara Ticaret Mahkemesi, Üyeliği ile Ankara İş Mahkemesi Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

Fransızca bilen, 14.4.1998 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Sami KOÇAK, halen Onuncu Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

• **Fazlı KADI**

20.2.1946 tarihinde Trabzon'da doğmuştur. Samsun 19 Mayıs Lisesini bitirmiş ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1971 yılında mezun olduktan sonra, İstanbul Hakim Adayı olarak mesleğe başlayan KADI, sırasıyla; Kozan Hakim Yardımcılığı, Lice, Bilecik, Pazaryeri, Saray ve Kartal Hakimliği ile İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

14.4.1998 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Fazlı KADI, halen Yirminci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

• **Erdoğan KABAKCI**

14.9.1952 tarihinde Çankırı'da doğmuştur. Trabzon Lisesini bitirmiş ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1977 yılında mezun olduktan sonra, Ankara Hakim Adayı olarak mesleğe başlayan KABAKCI, sırasıyla; Araban Sorgu Hakimliği, Akçadağ Hakimliği, Sandıklı Ceza Hakimliği, Seferihisar, Sarıyer ve İzmir Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

Fransızca bilen, 14.4.1998 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Erdoğan KABAKCI, halen Yedinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

• **Yusuf ULUÇ**

29.11.1949 tarihinde Elazığ'da doğmuştur. İstanbul Pendik Lisesini bitirmiş ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1975 yılında mezun olduktan sonra, kadıköy Hakim Adayı olarak mesleğe başlayan ULUÇ, sırasıyla; Boğazlıyan Hakim Yardımcılığı, Tatvan, Sarigöl, Havza ve Gebze Hakimliği ile Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

Almanca bilen, 14.4.1998 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Yusuf ULUÇ, halen Sekizinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

• **S. Necip DEDA**

26.7.1933 tarihinde Çal'da doğmuştur. İzmir Namık Kemal Lisesini bitirmiş ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1958 yılında mezun olduktan sonra, Ankara Hakim Adayı olarak mesleğe başlayan DEDA, sırasıyla; Van ve Niğde Cumhuriyet Savcılığı ile Yargıtay Cumhuriyet Savcılığı görevlerinde bulunmuştur.

İngilizce bilen, "Ceza Hükümlerini Taşıyan Hususi Kanun ve Nizamnameler", "Kaçakçılık Kanunu Açıklaması ve İlgili Yasalar", "Açıklamalı, Gerekçeli Kaçakçılık ve Gümrük Mevzuatı", "Gıda Mevzuatı", "Orman Hukuku", "Orman Kanunu ve Tatbikatı" adlı eserleri ile Yargıtay ve Adalet dergilerinde çeşitli makaleleri yayınlanan, 21.6.1983 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen S. Necip DEDA, 4.6.1991 tarihinde de Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca Üçüncü Ceza Dairesi Başkanlığına seçilmiş ve bu görevini sürdürürken 26.7.1998 tarihinde yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

• Gönen ERİŞ

1934 yılında Kırklareli'nde doğmuştur. Zonguldak Mehmet Çelikel Lisesini bitirmiş ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1960 yılında mezun olduktan sonra, Ankara Hakim Adayı olarak mesleğe başlayan ERİŞ, sırasıyla; Ardeşen, Çayeli, Kırşehir ve Ankara Hakimliği ile Ankara Ticaret Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

"Türk Ticaret Kanunu I, II, III", "Ticari İşletme ve Şirketler", "Kıymetli Evrak ve Taşıma", "Deniz Ticaret ve Sigorta", "İflas ve Konkordato Hukuku", "Çek Hukuku", "Kooperatifler Kanunu ve Vergilendirme", "Hacizden Doğan İstihkak Davaları", "Anonim Şirketler Hukuku", "Uygulamalı Çek Hukuku", "Uygulamalı Kara Taşıma Hukuku", "Uygulamalı Kooperatifler Hukuku" adlı eserleri ve mesleki konularda çeşitli makaleleri yayınlanan, Şirketler Hukuku dalında master yapan ve 1983 yılında Yargıtay Üyeliğine seçilen Gönen ERİŞ, 1995 yılında da Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca Onbirinci Hukuk Dairesi Başkanlığına seçilmiş ve bu görevini sürdürürken 16.7.1998 tarihinde kendi isteğiyle emekliye ayrılmıştır.

• Muammer ELÇİN

1.10.1933 tarihinde Muğla'da doğmuştur. Aydın lisesini bitirmiş ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1957 yılında mezun olduktan sonra, Muğla Hakim Adayı olarak mesleğe başlayan ELÇİN, sırasıyla; Akçakale Hakim Yardımcılığı, Gülnar Hukuk Hakimliği, Dinar Hakimliği, Alanya Hukuk Hakimliği ve İzmir Asliye Hukuk Mahkemesi Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

1982 yılında Yargıtay Üyeliğine seçilen ve 1985-1986 yıllarında Yüksek Seçim Kurulu Üyeliği ile 1987-1989 yıllarında Yüksek Seçim Kurulu Başkanlığı da yapan Muammer ELÇİN Altıncı Hukuk Dairesi Üyeliği görevinden, yasal yaş sınırı nedeniyle 1.10.1998 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

• Turgut Yılmaz DARENDELİOĞLU

3.8.1933 tarihinde Iğaz'da doğmuştur. Kastamonu Abdurrahman Paşa Lisesini bitirmiş ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1958 yılında mezun olduktan sonra, Ankara Hakim Adayı olarak mesleğe başlayan DARENDELİOĞLU, sırasıyla; Iğdır Hakim Yardımcılığı ile Çerkeş ve Yozgat Hakimliği, Y.H.K. Müfettiş Hakimliği, Adalet Bakanlığı Özlük İşleri Genel Müdürlüğü Başmüşavirliği ve Özlük İşleri Genel Müdürlüğü görevlerinde bulunmuştur.

Fransızca bilen, 3.7.1983 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen ve Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu Üyeliği de yapan Turgut Yılmaz DARENDELİOĞLU,

Onuncu Hukuk Dairesi Üyeliği görevinden, yasal yaş sınırı nedeniyle 3.8.1998 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

• **Rüştü SÖNMEZ**

3.6.1937 tarihinde Ermenek'te doğmuştur. Konya Lisesini bitirmiş ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1961 yılında mezun olduktan sonra, Ermenek Hakim Adayı olarak mesleğe başlayan SÖNMEZ, sırasıyla; Aşkale, Şereflikoçhisar ve Ankara Cumhuriyet Savcılığı, Adalet Müfettişliği ile Yargıtay Cumhuriyet Savcılığı görevlerinde bulunmuştur.

22.6.1983 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen ve Sekizinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürürken, Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından belirlenen adaylar arasından, Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa Mahkemesi Üyeliğine seçilen Rüştü SÖNMEZ, 28.5.1998 tarihinde Yargıtay Üyeliği görevinden ayrılmıştır.

• **Tahsin TÜRKÇAPAR**

10.9.1933 tarihinde Kahramanmaraş'da doğmuştur. Kahramanmaraş Lisesini bitirmiş ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1960 yılında mezun olduktan sonra, Kahramanmaraş Hakim Adayı olarak mesleğe başlayan TÜRKÇAPAR, sırasıyla; Akkuş ve Göksun Cumhuriyet Savcılığı, Pertek, Kozan, Osmaniye ve Hatay Hakimliği ile Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

Çeşitli dergilerde yayınlanmış mesleki yazıları bulunan ve 23.6.1987 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Tahsin TÜRKÇAPAR, Birinci Hukuk Dairesi Üyeliği görevinden, yasal yaş sınırı nedeniyle 10.9.1998 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

• **Kutman ÖGE**

10.6.1944 tarihinde Elazığ-Baskil'de doğmuştur. Elazığ Lisesini bitirmiş ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1967 yılında mezun olduktan sonra, Ankara Hakim Adayı olarak mesleğe başlayan ÖGE, sırasıyla; Genç, Ergani ve Dikili Hakimliği ile İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi Yedek Üyeliği görevlerinde bulunmuştur.

6.12.1988 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Kutman ÖGE, Onbeşinci Hukuk Dairesi Üyeliği görevinden, kendi isteğiyle 19.3.1998 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

• İrfan KILINÇ

6.5.1933 tarihinde Bor'da doğmuştur. Niğde Lisesini bitirmiş ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1960 yılında mezun olduktan sonra, Niğde Hakim Adayı olarak mesleğe başlayan KILINÇ, sırasıyla; Uludere Hakim Yardımcılığı ile Erciş Hakimliği, Ilgın Ceza Hakimliği, Emirdağ, Zonguldak ve Ankara Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

23.11.1989 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen İrfan KILINÇ, Birinci Ceza dairesi Üyeliği görevinden, yasal yaş sınırı nedeniyle 6.5.1998 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

• Ali Rıza ÇOŞKUNTÜRK

1933 yılında Giresun'da doğmuştur. İstanbul Haydarpaşa Lisesini bitirmiş ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1957 yılında mezun olduktan sonra, Ankara Hakim Adayı olarak mesleğe başlayan ÇOŞKUNTÜRK, sırasıyla; Ardahan Cumhuriyet Savcılığı, Uşak ve Samsun Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı ile Yargıtay Cumhuriyet Savcılığı görevlerinde bulunmuştur.

15.8.1991 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Ali Rıza ÇOŞKUNTÜRK, Üçüncü Ceza Dairesi Üyeliği görevinden, yasal yaş sınırı nedeniyle 26.3.1998 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

• Teoman METEOĞLU

5.10.1933 tarihinde Konya'da doğmuştur. Konya Erkek (Atatürk) Lisesini bitirmiş ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1960 yılında mezun olduktan sonra, Konya Hakim Adayı olarak mesleğe başlayan METEOĞLU, sırasıyla; Çayeli, Karapınar, Maden, Sarayönü, Ceyhan, Gaziantep ve Sivas Cumhuriyet Savcılığı ile Kayseri, Konya, Balıkesir ve Mersin Cumhuriyet Başsavcılığı görevlerinde bulunmuştur.

Almanca bilen ve 1991 yılında Yargıtay Üyeliğine seçilen Teoman METEOĞLU, Altıncı Ceza Dairesi Üyeliği görevinden, yasal yaş sınırı nedeniyle 5.10.1998 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

• Nail SUCU

1933 yılında Amasya'da doğmuştur. Yozgat Lisesini bitirmiş ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1958 yılında mezun olduktan sonra, Ankara Hakim Adayı olarak mesleğe başlayan SUCU, sırasıyla; Beşiri ve Suluova Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı ile Orta (Çankırı) Hakim Yardımcılığı, Turhal Hakimliği ve Yargıtay Tetkik Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

İngilizce bilen, kıymetli evrak konusunda master yapan ve 15.8.1991 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Nail SUCU, Ondokuzuncu Hukuk Dairesi Üyeliği görevinden, yasal yaş sınırı nedeniyle 1.7.1998 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

• **Erol ERTEKİN**

14.4.1946 tarihinde Ankara'da doğmuştur. Ankara Gazi Lisesini bitirmiş ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1969 yılında mezun olduktan sonra, Ankara Hakim Adayı olarak mesleğe başlayan ERTEKİN, sırasıyla; Suruç Hakimliği ve Yargıtay Tetkik Hakimliği ile Ankara Ticaret Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

Ticaret Hukuku dalında master yapan, "Uygulamada Ticari Senetler Hukuku", "İcra ve İflas Hukukunda İstihkak Davaları", "Tasarrufun İptali Davaları", "Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenzifi-Tanınması" adlı yayınlanmış eserleri bulunan ve 15.8.1991 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Erol ERTEKİN, Onbeşinci Hukuk Dairesi Üyeliği görevinden, kendi isteğiyle 1.10.1998 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

• **İlter ERDEMİR**

18.6.1933 tarihinde Bornova'da doğmuştur. İstanbul Haydarpaşa Lisesini bitirmiş ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1962 yılında mezun olduktan sonra, İstanbul Hakim Adayı olarak mesleğe başlayan ERDEMİR, sırasıyla; İspir ve Çatalzeytin Hakimliği, Korkuteli, Mustafakemalpaşa ve Üsküdar Hukuk Hakimliği ile Beyoğlu Ticaret Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

İngilizce bilen, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi" adlı yayınlanmış eseri bulunan ve 15.8.1991 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen İlter ERDEMİR Ondokuzuncu Hukuk Dairesi Üyeliği görevinden, yasal yaş sınırı nedeniyle 18.6.1998 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

• **Osman KÖSEBALABAN**

1933 yılında Darende'de doğmuştur. Ankara Atatürk Lisesini bitirmiş ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1959 yılında mezun olduktan sonra, Ankara Hakim Adayı olarak mesleğe başlayan KÖSEBALABAN, sırasıyla; Van ve Kayseri Cumhuriyet Savcılığı ile Yargıtay Cumhuriyet Savcılığı görevlerinde bulunmuştur.

25.9.1992 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Osman KÖSEBALABAN Yedinci Ceza dairesi Üyeliği görevinden, sayal yaş sınırı nedeniyle 1.7.1998 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

• **Coşkun ŞENGÜLER**

22.7.1944 tarihinde Elazığ'da doğmuştur. Erzincan Askeri Lisesini bitirmiş ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1967 yılında mezun olduktan sonra, Elazığ Hakim Adayı olarak mesleğe başlayan ŞENGÜLER, sırasıyla; Türkoğlu ve Inebolu Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı ile Karasu Hukuk Hakimliği, Gebze Ceza Hakimliği, Fatih Hakimliği, Üsküdar Hukuk Hakimliği, Üsküdar Adli Yargı Adalet Komisyonu Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

İngilizce bilen, 28.5.1996 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Coşkun SENGÜLER Yirminci Hukuk Dairesi Üyeliği görevinden, kendi isteğiyle 16.2.1998 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

• **Adnan BAŞKIR**

25.7.1944 tarihinde Kahramanmaraş'da doğmuştur. Kahramanmaraş Lisesini bitirmiş ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1968 yılında mezun olduktan sonra, İstanbul Hakim Adayı olarak mesleğe başlayan BAŞKIR, sırasıyla; Hakkari Hukuk Hakimliği, Reyhanlı Hakimliği, Gelibolu ve İstanbul Hukuk Hakimliği ile İstanbul Adalet Komisyonu Başkanlığı ve İstanbul Ticaret Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

İngilizce bilen, 28.5.1996 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Adnan BAŞKIR Ondokuzuncu Hukuk Dairesi Üyeliği görevinden, kendi isteğiyle 16.2.1998 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

VEFAT NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

• **M. Cahit KESKİN**

1933 yılında Yalvaç'ta doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1955 yılında bitirdikten sonra, Ankara Hakim adayı olarak 1957'de mesleğe başlayan KESKİN, sırasıyla; Bingöl Hâkim Yardımcılığı ve Gölpaazarı Hâkimliği ile Ankara Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

25.1.1979 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen ve 1983-1987 yılları arasında Yüksek Seçim Kurulu Üyeliği ile Başkanlığı da yapan M.Cahit KESKİN, Dördüncü Hukuk Dairesi Üyesi iken, Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından 31.5.1994 günü aynı Dairenin Başkanlığına seçilmiş ve bu görevini sürdürdüğü sırada 11.4.1998 tarihinde vefat etmiştir.

Yeni seçilen; KARTAL, ULAŞ, TÜZÜNAL, MALKOÇ, İBRAHİMHAKKIOĞLU, ERDOĞAN, Z. ERDOĞAN, YALÇINKAYA, KILIÇOĞLU, TEZEL, BILGEN, KOÇAK, KADI ve KABAKÇI ile ULUÇ'a yeni görevlerinde başarılar dileriz.

Emeklilik nedeniyle aramızdan ayrılan; DEDA, ERİŞ, ELÇİN, DARENDERELİ-OĞLU, SÖNMEZ, TÜRKÇAPAR, ÖGE, KILINÇ, COŞKUNTÜRK, METEOĞLU, SUCU, ERTEKİN, ERDEMİR, KÖSEBALABAN ve ŞENGÜLER ile BAŞKIR'a yaşamları boyu sağlık ve mutluluklar diler, onurlu hizmetlerinden dolayı teşekkürü bir borç biliriz.

Ayrıca, görevini sürdürdüğü sırada vefat eden KESKİN'e de Allah'tan rahmet dileriz.

—oOo—



