

Yıl: 34

Sıra Sayı: 126



KURULUŞ: OCAK - 1975

YARGITAY DERGİSİ



Cilt : 34

EKİM 2008

Sayı : 4

Sahibi : Yargıtay adına **Hasan GERÇEKER** Yargıtay Başkanı
Yayın Müdürü : **Ersin DAMAR** Yargıtay Yayın İşleri Müdürü

Yayın Kurulu

Başkan

A. Vehbi AKSOY
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Üyesi

Üyeler

A. Nazım KAYNAK
Yargıtay 6. Hukuk Dairesi Üyesi

Sedat BAKICI
Yargıtay 11. Ceza Dairesi Üyesi

Sevgi SAKA
Yargıtay 7. Ceza Dairesi Üyesi

Ali EM
Yargıtay 18. Hukuk Dairesi Üyesi

Yönetim ve Yazışma Adresi

Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü
(Yargıtay Ek Binası, Vekâletler Cad.
No: 3) 06658-Bakanlıklar/ANKARA

Telefon

(0-312) 425 16 32 — 425 16 49

Faks

(0-312) 419 41 11

Abone Servisi

(0-312) 416 11 38

Kapak Tasarımı ve Sayfa Düzeni
Ersin DAMAR

Baskı

SÖZKESEN Matbaacılık Tic. Ltd. Şti.
(0-312) 395 2110

ISSN 1300 - 0209

Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğüne
Üç Ayda Bir yayımlanır.

- Dergide yayımlanan yazılar, Yazarların kişisel görüşlerini yansıtır. Sorumluluğu yazara aittir. Müdürlüğümüzü Bağlamaz.
- Dergiye gönderilen yazıların hiç bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir. Aksi halde telif (yazar) hakkı ödenmez.
- Yazıların yayınlanıp yayınlanmamasına Yayın Kurulu karar verir. Yayınlanmayan yazılar için gerekçe bildirme zorunluluğu yoktur.
- Yayımlanmayan yazılar istenildiğinde geri verilebilir. Ancak Posta ile göndermelerde gönderme gideri yazı sahibine aittir.
- Dergide yayımlanan yazılardan ancak kaynak göstermek suretiyle alıntı yapılabilir.
- Gerek görüldüğünde yazının özüne dokunmayan yazım ve tümce düzeltmeleri yapılabilir.
- Telif hakları 23 Ocak 2007 tarih ve 26412 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Kamu Kurum ve Kuruluşlarınınca Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik esaslarına göre ödenir.

Hiç bir yerde **temsilcimiz yoktur.**

Ödemeli olarak Dergi Gönderilmez.

Abone bedeli için Abone Servisimizi
(0 312 – 416 11 38) arayınız.

Abone Olmak İçin;

Abone bedeli; Yayın İşleri Müdürlüğümüzün **TC Ziraat Bankası Kızılay Şubesindeki 39009014-5001 nolu** banka hesabına veya **Posta Çekleri Merkezindeki 92932 nolu** posta çeki hesabına ya da bizzat **Müdürlüğümüz Veznesine** yatırılmalıdır. Abone İşlemleri için Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.

İÇİNDEKİLER

Sayfa

GENEL KONULAR

Hasan GERÇEKER

2008-2009 Adli Yılı Açılış

Konuşması..... 397-448

Av. Özdemir ÖZOK

2008-2009 Yargı Yılı Açılış

Konuşması..... 449-484

MEDENİ HUKUK

Ömer Uğur GENÇCAN

Vesayet Altındaki Kişilerin
Malvarlığının Defterinin

Tutulması..... 485-500

Mahmut KAMACI

Yabancıların Miras Yoluyla
Mülk Edinmeleri Hakkında
İnsan Hakları Avrupa Mah-
kemesi(AİHM)'nin İki Kararı
ve Bu Kararların

Değerlendirilmesi 501-526

BORÇLAR HUKUKU

Bahattin ARAS

Karayolları Trafik Kanununa
Göre İşletenin Kusur

Sorumluluğu..... 527-578

TİCARET HUKUKU

Yusuf BAŞLAR

Türk Ticaret Kanunu ve Türk
Ticaret Kanunu Tasarısı Bağlamında
Ticari İşletme, Tacir, Ticaret Unvanı
ve İşletme Adı Kavramları

Üzerinde Bir İnceleme 579-604

İÇİNDEKİLER

Sayfa

YARGITAY'DAN HABERLER

Ersin DAMAR

Yeni Seçilenler ve Emeklilik
Nedeniyle Yargıtay'dan

Ayrılanlar..... 605-620

BİBLİYOGRAFYA

Ersin DAMAR

2008 Yılı Yargıtay Dergisi

Bibliyografyası..... 621-628



2008-2009 ADLİ YIL AÇIŞ KONUŞMASI

Hasan GERÇEKER (*)

**Sayın Cumhurbaşkanım,
Değerli konuklar,
Değerli meslektaşlarım,
Yazılı ve görsel basının değerli mensupları,**

Sözlerime başlarken sizleri saygı ve sevgi ile selamlıyorum.

Devletimizin, Anayasa ile yetki, görev ve sorumlulukları belirlenmiş üç ana erki yasama, yürütme ve yargı arasındaki yoğun çatışmalarla geçen bir yıldan sonra, bu çatışmaların sona ermesi, Anayasamızın öngördüğü çizgide demokratik, laik, sosyal hukuk devletinin tüm ölçütleriyle yaşama geçmesi, bu güzel ülkemizde (bir yetkin sinema adamının dediği gibi bu güzel ve yalnız ülkede) tüm bireyler, kurumlar arasında, barış, kardeşlik, huzur, güven, karşılıklı sevgi ve saygının gerçekleşmesi, sorunların, çözümünde, karşıt görüşler ortaya konulurken hakarete, asılsız isnatlara, iftiraya varmayacak, gönüllerde onarılması mümkün olmayan yaralar açmayacak şekilde, demokrasinin gereği olan ve ona uygun bir tartışma ortamının oluşması dileğiyle 2008-2009 Adli Yılıni açarken, bu anlamlı günde bizlerle birlikte olarak, onur verdiğiniz için sizlere en içten duygularla şükranlarımı sunuyor, kendim ve Kurumum adına teşekkür ediyorum.

(*) *Yargıtay Birinci Başkanı.*

Geçen yıl yitirdiğimiz meslektaşlarımızı rahmetle anıyor, emeklilik ya da başka nedenlerle, aramızdan ayrılanlara da bundan sonraki yaşamlarında, mutluluk, sağlık ve esenlikler diliyor, Türk yargısına yaptıkları katkılardan dolayı, kendilerine şükranlarımı sunuyorum.

Öncelikle, güncel olması ve uzun süredir kamuoyunun çok yoğun bir şekilde gündeminde bulunması nedeniyle, hukukun üstünlüğü, hukuk devleti, yargı bağımsızlığı ve bunların diğer temel ilke ve kurumlarla olan ilişkilerinden söz etmek istiyorum.

Bilindiği gibi çağlar boyu insan toplulukları arasında süren çatışmalar, savaşlar, bilimsel ve teknolojik gelişmeler sonunda, en ilkel devlet yönetim biçimlerinden bu günlere gelinerek insan onuruna en yakışan en uygun olan, en üstün yönetim biçimi olan, demokratik hukuk devleti sistemi benimsenmiştir.

Bunun doğal sonucu olarak da egemenliğin kayıtsız şartsız millet iradesine bağlı olması ilkesi ile sıkı sıkıya ilişkili, mutlak gerçek olarak kabul edilen dinsel kurallar yerine akla dayalı kuralların geçerli bulunduğu laiklik ilkesi kabul edilmiş, “Anayasal devlet” kavramının temel ilkelerinden biri olarak da demokratik hukuk devletinin olmazsa olmaz koşullarından birisi olan güçler ayrılığı ilkesi geçerlilik kazanmıştır.

Aslında bu ayrılık kelimesinin gerçek anlamının ayrışma olarak değil, devlet düzeninin en iyi, en verimli, insan hak ve özgürlüklerine en uygun şekilde çalışmasını sağlamaya yönelik, görev ve yetkileri ile birbirlerini tamamlayan, birbirinden kopması, uzaklaşması söz konusu olmayan üç ana unsur, yasama, yürütme ve yargıyı belirleyen bir kavram olarak kabul edilmesi gerektiği açıktır.

T.C. Anayasası da temel ilkeler olarak bu hususları benimsemiştir.

Anayasamızın, diğer hükümleri gibi tüm kurum ve kişileri bağlayıcılığı yine anayasa ile kabul edilen başlangıç kısmında;

“Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir iş bölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve Kanunlarda

bulunduğu;

Hiçbir faaliyetin Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve Ülkesi ile birlikte bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya karıştırılmayacağı” çok açık bir biçimde hükme bağlanmıştır.

Yine Anayasamızın Devletin şekline, Cumhuriyetin niteliklerine, Devletin bütünlüğüne, resmi dili, bayrağı, millî marşı ve başkentine ilişkin 1, 2 ve 3. maddeleri ile bu maddelerin değiştirilemeyeceğine, değiştirilmesinin teklif dahi edilemeyeceğine ilişkin 4. maddesi, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, onun ilke ve değerlerini en sıkı bir biçimde güvence altına alan hükümleri içermektedir.

Anayasamızın 6. maddesinde, egemenliğin kayıtsız şartsız milletin olduğu, Türk milletinin bu egemenliği Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanacağı hükme bağlanmış, 7 ve 8 inci maddelerde yasama ve yürütme yetkisi düzenlendikten sonra 9 uncu maddede de yargı yetkisinin, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı öngörülmüştür.

Dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin herkesin kanun önünde eşitliği, Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü, temel hak ve özgürlükler kapsamında, kişi dokunulmazlığı, kişi özgürlüğü ve güvenliği, özel hayatın gizliliği ve korunması, din ve vicdan özgürlüğü, düşünce ve kanaat özgürlüğü, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü, basın özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, mülkiyet hakkı, hak arama özgürlüğü, yasal hakim güvencesi, suç ve cezalara ilişkin güvenceler;

Ailenin korunması, eğitim ve öğrenim hakkı, çalışma ve sözleşme özgürlüğü gibi sosyal ve ekonomik haklar;

Demokratik, laik, sosyal bir hukuk devleti olmanın doğal koşulu olarak Anayasamızın bundan sonraki (10-74) maddelerinde düzenlenmiş bulunmaktadır.

Burada güncel olması nedeniyle Anayasamızın 24. maddesinde yer alan din ve vicdan özgürlüğünden ve laiklik ilkesinden söz etmek istiyorum.

Bu madde ile herkesin dini inanç ve kanaat özgürlüğüne sahip olduğu, 14. maddede düzenlenen “temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmaması” hükmüne aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenlerin serbest olduğu, din ve ahlâk eğitiminin Devletin gözetimi altında yapılacağı hükme bağlanmıştır;

Maddenin son fıkrasında ise, kimsenin Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandıramayacağı, her ne sebeple olursa olsun dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemeyeceği ve kötüye kullanamayacağı öngörülmüştür.

Görüldüğü gibi Anayasamız bu hükümlerle laik devlet düzeninde dini inançların korunması, saygınlığının zedelenmemesi konusunda ne şekilde hareket edilmesi gerektiğini açıkça ortaya koymuş, kutsal din duygularının istismarını bu şekilde önleme yoluna gitmiştir.

Cumhuriyetin değiştirilmesi mümkün bulunmayan temel ilkelerinden birisi olarak Anayasamızın 2. maddesinde öngörülen laiklik ilkesi akılcılık felsefesinden doğmuştur.

Aslı Yunanca Laos kelimesi olup “halk” anlamına gelmektedir.

“Cumhuriyet Aydınlanması”, “Türkiye’nin sosyal, siyasi ve kültürel yapısını çağdaş boyutlara ulaştırmayı hedeflemiştir.

Amaç; doğmalardan uzak akılcı, bilime dayalı bir eğitim öğretim anlayışıyla, bireyin zihinsel ve psikolojik işlevlerinin özgürce olgunlaşması imkânlarını yaratmak, Türk Ulusunu çağdaş uygarlığın yapıcı, yaratıcı ve seçkin bir ortağı yapmaktır. Toplumun geri kalmışlığını eğitim yanlışlarına bağlayan Devletimizin kurucusu ulu önder Atatürk, yeni Türk Devletinin uygulamaya koyacağı eğitim sisteminin özelliklerini 16 Temmuz 1926’da şöyle belirlemiştir.

- Ulusal

- Çağdaş bilime dayalı
- Genel
- Eşitlikçi
- İşlevsel
- Laik

Laik bir devlette din, kişilerin özel yaşamı kapsamında vicdani bir inanç konusudur. Dinsel kurallar devlet ve kamusal kurumların çalışmalarına dayanak oluşturmaz. Devlet tüm dini inançlar karşısında tarafsızdır. Laiklik ile din ve vicdan hürriyeti kavramları bu noktada kesişirler.

“Seküler” bir toplumda, tanrıdan nakledildiği öne sürülen ve bu nedenle mutlak gerçek olarak kabul edilen kurallar yerine, akla dayalı ilkeler geçerlidir. Bu bakımdan “laik” ve “seküler” kavramları arasında yakın ilişki vardır.

Gerek laik, gerekse seküler toplumda, devlet dinler ve dini inançlar arasında bir tercih yapmadığından kişilerin din ve vicdan özgürlüğüne tam bir saygı gösterilmesi söz konusudur.

Çeşitli din ve mezhep inanışlarının bulunduğu ülkelerde, milli birliği, üniter devlet yapısını koruma konusunda laiklik çok önem taşımaktadır.

Ülkemizde de milli birliğin, tek millet, üniter devlet ilkesinin en önemli güvencesi Laik Cumhuriyet olmuştur.

Devletin bir dini inanca dayalı olmasının gerekli olduğu, din olmadan toplumun birliğini sağlayacak zorunlu ahlak kurallarının dolayısıyla da ahlaka dayanan hukukun da olamayacağı görüşüne karşı, bir toplumun bir arada yaşayabilmesini sağlayacak ahlak kuralları ile o kurallara dayanan hukuk kurallarının insanoğlu tarafından akıl yolu ile bulunabileceği öne sürülmüştür.

Laik devlet, kişilerin belirli ahlak kurallarına uymalarını isterken ve buna dayalı hukuku yaratırken bunların akıl yolu ile bulunabileceği esastan yola çıkar.

Hukuk düzenini dini kurallara değil aklın gereklerine dayandırır.

Laik devletin koyduğu kurallar dini inançlar ile bağdaşmıyor ise ne olacaktır.

Hıristiyanlıkta böyle bir sorun yoktur.

Musevilik ve İslamiyet'te ise böyle bir ikilem olduğu, akıl ile iman arasındaki bu ikilemin, İslami inancın yaygın olduğu toplumlarda ciddi sorunlar yarattığı söylenebilir.

Bu sorunları çözmek teoloji bilimine ilişkin bir iş olup, bu konuda şöyle bir değerlendirme öne sürülmektedir.

“Ayet ve hadisler, insan eşitliğini sağlamaya yönelik bir evrimin başlangıcı, ilk aşaması sayılırsa, zamanın şartlarına da uyulmasına cevaz bulunduğu göre, kurallar bu evrimin amacına uygun biçimde yorumlanabilir ve o zaman laikliğin İslam inancı ile çelişmesi zaten söz konusu olamaz.

Sayın Cumhurbaşkanım;

Açıkladığımız bu temel ilkelerden sonra, Anayasamızın üçüncü bölümünde (madde 138-160 da) yargı ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır.

138. maddede hakimlerin görevlerinde bağımsız olduğu, Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri;

Hiçbir organ, makam, mevki ve kişinin yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsije ve telkinde bulunamayacağı;

Görülmekte olan bir dava hakkında yasama meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili olarak soru sorulamayacağı, görüşme yapılamayacağı veya herhangi bir beyanda bulunulamayacağı;

Yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, mahkeme kararlarının hiçbir surette değiştirilemeyeceği ve yerine getiril-

mesinin geciktirilemeyeceği hükme bağlanmış,

139. maddede hakimlik ve savcılık teminatı,

140. maddede, hakimlik ve savcılık mesleğinin görev ve yetkileri ile bu meslekle ilgili diğer konular,

141. maddede duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olacağı,

142. maddede mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkilerinin, işleyişinin yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği,

144. maddede hakim ve savcılarının denetimi,

145. maddede askeri yargı hükme bağlanmış,

146–158. maddelerde yüksek mahkemeler olarak, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Uyuşmazlık Mahkemesi, sayılmış,

158 ve 160. maddelerde de yargı kuruluşları olarak Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ile Sayıştay düzenlenmiştir.

Görüldüğü gibi yargı bağımsızlığı ve bütün yargı kurumları bu düzenlemelerle anayasal teminat altına alınmış bulunmaktadır.

Kuvvetler Ayrılığı İlkesi

Sayın Cumhurbaşkanım;

Şimdi de Anayasamızın temel ilkelerinden birisi olan kuvvetler ayrılığı ilkesine değinmek istiyorum.

Dünyanın ilk yazılı anayasası sayılan Amerikan Anayasa'sının kurucuları, özellikle İngiltere'de John Locke ile gelişmeye başlamış olan sınırlı devlet kavramına bağlı olarak anayasal devlet kavramını dile getirerek, Montesquieu ve Locke'un temel hedefi olan bireysel özgürlüklere anayasal güvenceler sağlamak ilkesinden hareketle,

özgür olmayan toplumları özgür toplumlardan ayırt edebilmenin ölçüsü kabul edilen anayasal devleti kurumsallaştırma yolundaki arayışları sonucu gelişmiş bir teori olan ve modern anayasacılığın da temelini oluşturan kuvvetler ayrılığı ilkesini ortaya koymuşlardır.

Klasik demokrasinin, parlamenter sistemde çoğunluğun temsili ve çoğunluk tarafından seçilmiş bir hükümetin idaresi olarak tanımlandığı gözetildiğinde, ortaya çoğunluk demokrasi ile anayasal demokrasi kavramları arasındaki çatışma çıkmaktadır.

Anayasal demokrasi, çoğunluk (çoğunluğun temsilcileri) tarafından seçilmiş iktidarların karşısında azınlıkta kalanların haklarını anayasal güvence ile koruyan bir demokrasi sistemidir.

Anayasal demokrasilerde yasama gücü tarafından çıkarılmış olan yasaların yargısal kararlarla iptal edilmesi ya da yeniden yorumlanması yasama gücünün kısmen de olsa seçilmişlerden alınıp atanmışlara verilmesi demektir ki bu da yoğun tartışmalara neden olan konuların başında gelmektedir.

Anayasal demokrasi demek sınırlı devlet, yani siyasal iktidarın birey hak ve özgürlükleri lehine sınırlandırılması demektir.

Yasama, yürütme ve yargı erkinin birbirinden bağımsız olması, iktidarın anayasal çerçeve içinde kullanılması ve paylaşılması amacıyla olup, bu organların birbirlerine üstünlüğü anlamında değildir.

Her organ kendisine verilmiş olan yetki ve görevleri Anayasa, yasa ve hukukun üstünlüğü kurallarına uygun olarak kullanmak zorundadır.

Aksi yaklaşımlar, yasama organında çoğunluğa sahip bulunan ve aynı zamanda yürütme erkini de elinde bulunduran siyasal gücün, bir yandan yasaları yürürlüğe koyarak, diğer yandan ise devleti yöneterek toplum düzenini, örgütlü çıkar çevrelerinin hizmetinde bir totaliter sisteme, demokrasinin kendisiyle özdeşleştirilme noktasına kadar varan sınırsız bir iktidar anlayışına götürme tehlikesini oluşturmaktadır.

Bunun sonucu olarak da bireysel özgürlük ilkesinden uzaklaşarak, yargı ba-

ğımsızlığı, hukukun üstünlüğü ideallerinden de vazgeçmemiz gerekecektir.

Demokrasiyi, çoğunluğun herhangi bir konu üzerindeki iradesinin sınırsız olduğu bir yönetim biçimi olarak gören bir düşünceyi kabul etmek mümkün değildir.

Sivil toplum kuruluşları, otoriter ve totaliter rejimlerden farklı olarak siyasal demokrasinin gelişmesine ve yerleşmesine olanak sağlayan toplumsal zeminlerdir.

Örgütlenme özgürlüğü demokrasinin varlığı içinde gerekli olan bir unsur olup temeli düşünce özgürlüğüne dayanır.

Demokratik bir toplumda, devletin temel işlevi, bireylerin düşüncelerini hiçbir etken olmadan, engelleme bulunmadan, ifade edebilme, yayabilme, bu amaçla dernek kurabilme, toplantı ve gösteri yürüyüşü yapabilme, bilgi alıp verme, başkalarına bildirme gibi özgürlükleri kapsayan, ifade ve örgütlenme özgürlüğü ile diğer bütün temel hak ve özgürlükleri tanımakla sınırlı kalmayıp, önlerindeki engelleri kaldırmak ve böylece bunların kullanılmasını gelişmesini ve yaygınlaşmasını sağlamaktır.

Örgütlenme (dernek kurma) özgürlüğü, sadece Anayasanın 33. maddesi ile ulusal düzeyde değil, Anayasamızın 90. maddesinde yapılan değişiklikle iç hukukumuzun da bir normu haline gelen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 20. maddesi, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 22. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesi ile uluslararası düzeyde de koruma altına alınmış bulunmaktadır.

Yargı Bağımsızlığı

Sayın Cumhurbaşkanım;

Yine çok önemli bir ilke olarak Anayasamızda yer alan yargı bağımsızlığına değinmek istiyorum.

Anayasamızda kuvvetler ayrılığı ilkesinin doğal bir sonucu olarak kabul edilmiş bulunan “Yargı bağımsızlığı”, demokratik hukuk devleti olmanın vazgeçilmez koşullarından biridir.

1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, 1966 tarihli Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, yargı bağımsızlığını, adil ve aleni yargılanma hakkını güvence altına almış bulunan uluslararası sözleşmelerdir.

BM Genel Kurulunun 13.12.1985 tarih ve 40/146 sayılı kararı ile Yargı Bağımsızlığının Temel Prensipleri onaylanarak belirlenmiş, BM İnsan Hakları Komisyonunun 23.04.2003 tarihli oturumunda kabul edilen Bangalor Yargı Etiği İlkesi içerisinde yargı bağımsızlığı da düzenlenmiştir.

Avrupa Konseyi'nin 13.10.1994 tarih R (94)12 sayılı Bakanlar Komitesi kararı* ile de yargı bağımsızlığının temel ilkeleri belirlenmiş, tüm üye ülkelerin bu ilkele-

* **HÂKİMLERİN ROLÜ, ETKİNLİĞİ ve BAĞIMSIZLIĞI KONUSUNDA AVRUPA KOMİTESİ TAVSİYE KARARI [R(94)12]** (Bakanlar Komitesinin 13 Ekim 1994 tarihinde 518. toplantısında kabul edilmiştir.)

Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi Statüsünün 15.6 maddesinin hükümleri ışığı altında;

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (bundan sonra "Sözleşme" olarak anılacaktır) "herkes, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, adil ve açık bir yargılamayla görülmesini isteme hakkına sahiptir" ilkesini içeren 6. maddesine dayanarak,

Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun Kasım 1985 tarihinde aldığı "Yargının Bağımsızlığı Temel Kurallarından" yola çıkarak, Hâkimler ile yargısal yetkiler kullanan diğer kişilerin, insan hakları ve özgürlüklerin korunmasındaki asil rolünü dikkate alarak, Demokratik ülkelerde "Hukuk Devleti" ilkesini güçlü kılmak için hâkimlerin bağımsızlığını geliştirme arzusuyla,

Etkin ve adil bir hukuk sistemini gerçekleştirmek için hâkimlerin konumu ve yetkilerinin güçlü kılınması gerektiğinin farkında olarak,

Tüm insanların çıkarlarının korunmasını amaçlayan ve yargısal ödev ve yetkilerin bir toplama olan yargısal sorumluluğunun, gereği gibi icrasını sağlamanın gerekliliğinin bilinciyle,

Üye devlet hükümlerine; bireysel olarak hâkimlerin, genel olarak yargının rolünü geliştirici, bağımsızlık ve etkinliklerini güçlü kılcı gereken tüm tedbirlerin alınmasını ve özellikle aşağıdaki ilkelerin uygulanmasını tavsiye eder:

Tavsiye Kararının Kapsamı

1-Bu tavsiye kararı; anayasa hukuku, ceza ve özel hukuk, ticaret ve idare hukuku dahil yargısal fonksiyon icra eden tüm kişilerle uygulanabilir niteliktedir.

2-Bu tavsiye kararındaki ilkeler; hâkimlik kariyeri ve hâkimlerin maaşları gibi sadece meslekten hâkimlere uygulanacağı yazılış şekliyle açıkça anlaşılan hallerin dışında, yargısal fonksiyon icra eden diğer kişilerle, meslekten olmayan hâkimlere de uygulanır.

İLKE I- Hâkimlerin Bağımsızlığı Genel İlkeleri

1. Hâkimlerin bağımsızlığını korumak, geliştirmek ve saygı göstermek için gerekli tüm tedbirler alınmalıdır.

Özellikle aşağıdaki tedbirler alınmalıdır:

a) Hâkimlerin bağımsızlığı, Sözleşme ve anayasal ilkelerin ışığı altında özel hükümlerin; örneğin anayasalara veya diğer mevzuata konulması suretiyle ya da bu tavsiye kararının iç hukuka aktarılması suretiyle garanti altına alınmalıdır.

Her ülkenin yasal gelenekleri de gözönünde tutularak, her hüküm aşağıdaki ilkeleri içerebilir:

I-Hâkimlerin kararları kanunen sağlanan temyiz usulü dışında bir gözden geçirmeye konu olmamalıdır,

II-Hâkimlerin görev süreleri ve maaşları kanunla teminat altına alınmalıdır,

III-Mahkemelerin yetkisi konusunda, kanundaki tanımlamaya dayanarak sadece mahkemeler karar vermeli, başka hiçbir organ bu konuda yetkili olmamalıdır,

iv-Genel ve özel af gibi kararlar dışında, hükümet veya idare; yargı kararlarını, geçmişe etkili biçimde geçersiz kılacak şekilde karar alamamalıdır.

b) Yasama ve yürütme organı hâkimlerin bağımsızlığını sağlamalı ve hâkimlerin bağımsızlığını tehlikeye sokan hiçbir adım atılmamalıdır.

c) Hâkimlerin mesleki kariyerlerine ilişkin tüm kararlar objektif kriterlere dayanmalı, hâkimlerin seçimi ve kariyerleri; eğitimsel özelliklerini, dürüstlük, yetenek ve etkinliklerini de gözeten liyakat esasına göre olmalıdır.

Hâkimlerin seçimi ve kariyerleri konusunda karar veren merci hükümet ve idareden bağımsız olmalıdır. Bu merciin bağımsızlığını teminat altına almak için getirilecek kurallarla merciiin üyeleri yargı tarafından seçilmeli ve bu merci kendi usul kurallarını kendisi vaz'etmelidir.

Bununla birlikte, anayasa veya diğer yasa hükümlerinin ve geleneklerin müsaade etmesi nedeniyle hâkimlerin, hükümet tarafından atıldığı hâllerde; hâkimlerin atanma usullerinin şeffaflığını ve uygulamada bağımsızlığını sağlayıcı teminatlar sağlanmalı ve bu kararlar, yukarıda sözü edilen objektif kriterlerin dışında hiçbir nedenden etkilenmemelidir.

Aşağıdaki unsurlardan biri veya hepsi, bu teminatlara örnek olarak gösterilebilir:

I-Hükümete, uygulamada izleyeceği tavsiyeleri; özel bir bağımsız ve tam yetkili organ verebilir. Veya

II-(Hükümetin almış olduğu) Karara karşı, bağımsız bir organ önünde itiraz hakkı tanınabilir. Veya

III-Kararı alan merci, gereksiz ve uygunsuz etkilere karşı tedbir alabilir.

d) Hüküm verme süreci içerisinde hâkimler; bağımsız olmalı ve her türlü çevreden, her türlü nedenle doğrudan veya dolaylı olarak gelebilecek müdahalelerden, tehditlerden, baskılardan, teşviklerden, uygunsuz etkilere ve sınırlamalardan uzak biçimde hareket edebilmelidir. Hâkimleri bu şekilde etki altında bırakmayı amaçlayan kişilere karşı kanunla yaptırımlar öngörülmemelidir.

Hâkimler; vicdanlarına, maddi vakıyı yorumlamalarına ve kanunun açık hükümlerine göre, davalar hakkında tarafsız biçimde karar verme bakımından, sınırsız bir özgürlüğe sahip olmalıdırlar. Hâkimler, davalarının esası hakkında, yargı dışında hiç kimseye rapor vermek zorunda bırakılmamalıdırlar.

e) Davanın sonucuyla ilgili kişilerin veya davanın taraflarının istekleri davaların tevziini etkilememelidir. Bu tevzi işlemi; kur'a çekme veya alfabetik ya da benzer esasa dayalı otomatik bir dağıtım çerçevesinde yapılabilir.

f) Önemli bir menfaat veya ihtilafı gibi geçerli nedenler dışında, bir dava; o davaya bakan belirli bir yargıcın önünden alınmamalıdır. Davanın alınmasını gerektiren bu tür nedenler ve usuller kanunla öngörülmesi ve hükümet ya da idarenin çıkarlarından etkilenmemelidir. Bir davanın bir hâkimden alınması kararı, yargı bağımsızlığı yetkisi olan bir merci tarafından verilmelidir.

2. Hâkimler, ister atanmış veya ister seçilmiş olsun; zorunlu bir emeklilik yaşı veya eğer varsa belirli bir hizmet süresinin sonuna kadar devam edecek bir hâkimlik teminatından yararlanmalıdırlar.

İLKE II- Hâkimlerin Otoritesi

1. Devlet kurumları ve temsilcileri de dahil olmak üzere, herhangi bir dava ile ilgili olan tüm kişiler, hâkimin otoritesi altındadır.

2. Hâkimler otoritelerinin devamı, mahkemelerin onurunun korunması ve görevlerinin ifası için kullanmaya muktedir olacakları yeteri yetkilerle donatılmalıdır.

İLKE III- Uygun Çalışma Koşulları

1. Uygun çalışma koşulları hâkimlerin etkili çalışmasını temin edici olmalı ve özellikle aşağıdaki hususları kapsamalıdır:

a) Yeterli sayıda hâkim çalıştırılmalı ve bu kişilere gerek atanmaları öncesinde, gerek kariyerleri süresince mahkemeler ve mümkün olduğu takdirde diğer otorite ve kurumlar nezdinde pratik eğitim verilmesi gibi uygun eğitim imkânları sağlanmalıdır. Bu eğitim, hâkim için ücretsiz olmalı ve özellikle yeni mevzuat ve mahkeme kararlarını kapsamalıdır. Verilecek eğitim gerektiğinde, mahkemeler ve Avrupa kurumları veya diğer yabancı kurumlara yapılacak çalışma ziyaretlerini içermelidir.

b) Hâkimlerin statüsü ve maaşlarının, görev onuru ve yükledikleri sorumluluklara uygun olması sağlanmalıdır.

c) Etil hâkimlerin işe alınması ve işte kalıcılığın sağlanması için açık bir kariyer yapısı oluşturulmalıdır.

d) Hâkimlerin, gecikmeye neden olmaksızın ve etkin hareket edebilmeleri için özellikle, büro otomasyonu ve veri işleme imkânlarının sağlanması da dahil olmak üzere yeterli sayıda personel ve ekipman ile desteklenmeleri sağlanmalıdır.

e) Mahkemelerin aşın iş yükünün azaltılması ve önlenmesi için R(86)12 sayılı Tavsiye Kararı'na uygun suretle, adli olmayan görevlerin diğer kişilere verilmesi hususunda uygun önlemler alınmalıdır.

2. Ciddi tehditlere maruz kalan veya maruz kalma ihtimali olan hâkimlere polis koruması sağlanması veya mahkeme binalarının koruma görevlileriyle donatılması gibi önlemlere içerecek şekilde, hâkimlerin güvenliğini sağlayıcı tüm gerekli önlemler alınmalıdır.

re uymaları ve bu konuda gerekli tedbirleri almaları yönünde çağrı yapılmıştır.

Yargı bağımsızlığı;

Yargılamayı yapan makamın, hiçbir dış etken olmadan yasalarla belirlenmiş hukuk kuralları çerçevesinde özgür olarak karar verebilmesidir. Bunun için de elbette yargı organı da bağımsız olmalıdır.

Bu bağımsızlık bir ayrıcalık olmayıp, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile de temel ilke olarak kabul edilen adil yargılanma hakkının sağlanabilmesi için gerekli bir müessesedir.

İLKE IV- Birlikler

Hâkimler tek başlarına veya başka herhangi bir organ ile birlikte, bağımsızlıklarının ve çıkarlarının korunması amacı olan birlikler oluşturmada özgür olmalıdır.

İLKE V- Adil Sorumluluklar

1. Adli işlemlerin yürütülmesinde, hâkimler tüm kişilerin haklarının ve özgürlüklerinin korunması ile yükümlüdür.
2. Hâkimlere, hukukun doğru uygulanması, davaların hızlı, etkin ve adil sonuçlandırılmasının temini için adli sorumluluklarını kullanmalarını teminen yeterli yetki ve görevler verilmelidir.
3. Hâkimlerin, özellikle, aşağıda belirtilen sorumlulukları bulunmaktadır.
 - a) tüm davalarda herhangi bir dış etkiye maruz kalmaksızın bağımsız olarak hareket etme;
 - b) tarafların usule haklarının Sözleşme hükümleri uyarınca gözetilmesi ve tüm taraflara adil bir yargılama sunulmasının temini için, gerçeklerin değerlendirilmesi ve yasa hükümlerinin uygulanmasında davaları tarafsız bir şekilde yönetmek;
 - c) ancak geçerli sebepler bulunduğu takdirde davadan geri çekilme veya reddetmek. Geçerli sebepler, kanunda belirtilmeli ve ciddi sağlık sorunu, çıkar uyumsuzluğu veya adalet sağlanmasının gereği gibi sebeplere dayanmalıdır;
 - d) gerekli olduğu durumlarda, taraflara usule ilişkin işlemlerin tarafsız bir şekilde açıklanması;
 - e) uygun olduğu takdirde, tarafların dostane bir çözüme varmaları hususunda teşvik edilmesi;
 - g) görevlerinin etkin ve eksiksiz bir şekilde ifasının temini için gerekli eğitim programlarına katılma.

İLKE VI- Görevlerin Yerine Getirilmesi ve Disiplin Cezasını Gerektiren Suçlar

1. Hâkimlerin görevlerini etkin ve eksiksiz bir şekilde yerine getirmemesi veya disiplin cezasını gerektiren bir suçun varlığı halinde, adli bağımsızlığı zedelemeyecek şekilde tüm gerekli önlemler alınmalıdır. Her ülkenin geleneği, yasal hükümleri ve anayasal ilkelerine bağlı olarak bu önlemler aşağıda sayılan hususları kapsayabilir, örneğin:
 - a) hâkimden davanın geri alınması;
 - b) hâkime mahkemede başka bir adli görev verilmesi;
 - c) geçici bir süre için ücret indirimi gibi ekonomik cezalar uygulanması;
 - d) görevden uzaklaştırma.
2. Atanmış hâkimler, zorunlu emeklilik sürelerine kadar, geçerli nedenler olmaksızın sürekli olarak görevden alınamaz. Söz konusu geçerli nedenler, hâkimin belirli bir süre için seçilerek atandığı ülkelerde, kanunda açık ifadeler ile tanımlanmalı veya adli görevlerin ifasında yetersizlik, cezaî bir suç işlenmesi veya disiplin kurallarının ciddi ihlali gibi nedenlere dayanmalıdır.
3. Bu maddenin 1. ve 2. paragraflarında belirtilen önlemlerin alınması gerektiğinde, devletler, bir kanun hükmü ile; kendisi üst derecede adli bir organ olan veya kararları üst dereceli adli organ tarafından kontrol edilen ve mahkemelerin görevine girmedeği süreçte, herhangi bir disiplin cezası ve önlemi alma yetkisini haiz özel bir kurulması gereğini göz önüne almalıdır. İlgili kanun; hakkında şüphe bulunan hâkime, davanın uygun bir sürede sonuçlandırılması ve tüm iddialara cevap verme hakkının bulunması hususu gibi Sözleşmenin gerektirdiği tüm hususları kapsamalıdır.

Yargının toplumdaki saygınlığı kendisine duyulan güvene bağlı olup, yargıyı güvenilir kılan en önemli nitelik ise tarafsızlıktır.

Bağımsız olmayan bir yargının tarafsız olması ise düşünülemez.

Yargı bağımsızlığının sağlanmasındaki temel ilkeler şöyle sayılabilir:

- Yargıçlar sadece yasalara bağlı olarak karar verirler.
- Hiçbir kişi ya da kurumdan emir, talimat almazlar.
- Azledilemezler.
- Devlet, yargının görevini gerektiği gibi yerine getirmesi için gereken maddi ve fiziki olanakları sağlar.
- Yargıçların atanmaları ve diğer bütün hak, yetki ve sorumlulukları, yürütmeye bağlı olmayacak şekilde düzenlenir.
- Yargıçların bağımsızlığı, yine bağımsız bir yüksek kurul ile güvence altına alınır.

Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkeleri birbirlerini tamamlayan unsurlar olup, yargıcın dış etkenlere karşı olduğu kadar kendisine karşı da bağımsızlığını, tarafsızlığını korumasını gerektirir.

Herhangi bir dış etkenin yargılama sürecine müdahalesi gibi;

Yaşamdan beklentiler, endişeler, ekonomik ve sosyal etkenler, mesleki etkenler gibi yargıcın doğrudan kendi özel yaşam koşullarından kaynaklanan hususlar da tarafsızlığını etkileyebilir.

Yargıcın bu tür etkenlere karşı korunması da, meslek bilgi ve bilincinin güçlü olması, bunun için de sağlam bir eğitim ve değerlendirmeden geçmesi, beklentilerini karşılayacak, her bakımdan yaşamdan endişe duymamasını sağlayacak bir statüye sahip olması ve bunun yargıçlık güvencesi altına alınması ile mümkün olacaktır.

Yargıçlara yönelik meslek etiği standartlarını oluşturmak amacıyla Birleşmiş

Milletler tarafından 23 Nisan 2003 tarihinde “Bangalor Yargı Etiği İlkesi”^{*} kabul edilmiş olup ülkemizde de benimsenerek Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tara-

*** 2003/43 Sayılı Birleşmiş Milletler BANGALOR YARGI ETİĞİ İLKELERİ**

1) Bu ilkeler, Birleşmiş Milletler’in 2000 yılı Nisan ayında Viyana’da gerçekleştirilen ilk toplantısından sonra Şubat 2001 tarihinde Hindistan’ın Bangalor şehrinde gerçekleştirilen ikinci toplantıda, Yargısal Tutarlılığın Kuvvetlendirilmesi Hakkındaki Yargı Grubu tarafından taslak olarak kabul edilmiştir.

2) 25-26 2002 Kasım tarihlerinde Lahey Barış Sarayında yapılan Adalet Başkanları Yuvarlak Masa Toplantısında, Yargısal Tutarlılığın Kuvvetlendirilmesi Hakkındaki Yargı Grubu tarafından ilk taslak gözden geçirilmiş ve taslak üzerinde anlaşma sağlanmıştır.

3) Bangalor İlkeleri, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu’nun 23 Nisan 2003 tarihli oturumunda kabul edilmiştir.

4) Avrupa Konseyi’nin Avrupa Hakimleri Danışma Komitesi de bu ilkeleri, 13 Kasım 2000 tarihli oturumunda (İlkeler henüz BM tarafından onaylanmadan) Bakanlar Komitesi’ne bu konuda tavsiye kararı vaz’etmek üzere önermiştir.

ÖNSÖZ

Uluslararası İnsan Hakları Bildirgesi’nin, herkesin, hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde ve kendisine herhangi bir suç is-nâdında bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından tam bir eşitlikle, adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahip olduğunu temel bir prensip olarak tanıdığı olmasından,

Yâsi ve Medenî Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin, herkesin mahkemeler önünde eşit olduğuna, ve hakkındaki bir suç is-nâdının veya hak ve yükümlülükleri ilgili bir hukuki uyuşmazlığın karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak, sebepsiz gecikme olmaksızın, yargılanma hakkına sahip olduğunu garanti altına almış olmasından,

Bölgesel insan hakları belgelerinde, ulusal anayasalarda, yasalarda ve yazılı olmayan hukukta, ve hukuksal teâmul ve gelenek-lerde yukarıda anılan prensip ve hakların tanınmış olması ya da yansıtılmış olmasından,

Diğer tüm hakların, nihâî anlamda icra edilebilmesinin, yargıya ilişkin konuların tam ve doğru bir şekilde yönetimine bağlı olması keyfiyetinin; insan haklarının korunması açısından yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargıya vurgulama yaptığınından,

Aynı şekilde yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargının, meşruiyet ve hukuk devleti ilkesine riayet açısından, mahkemelerin görevle-rini yerine getirip getirmediği hususunda esaslı bir unsur olmasından,

Modern ve demokratik bir toplumda, yargının iç tutarlılığı ve manevî gücü ile yargı sistemine olan kamusal güvenin son derece önemli olmasından,

Bireysel ve kurumsal olarak, yargı sistemine olan güveni sürdürme ve artırma çabası ve kamusal bir güvence olarak, hâkimlerin hâkimlik makamına saygı göstermeleri ve onur duymalarının esas olmasından,

Yargı etiği ile ilgili yüksek standartları muhafaza etmeye ve iletmeye yönelik temel sorumluluğunun, her ülkede yine yargının üye-rinde olmasından,

Ve Yargının Bağımsızlığına Dair Birleşmiş Milletler Temel İlkelerinin yargının bağımsızlığını güvence altına almak ve iletirmek için dizayn edilmiş olması ve evvelemede bu ilkelerin devletlere yöneltilmiş olmasından,

DOLAYI,

Hâkimlere yönelik meslek ahlâkı standartlarını oluşturmak niyetiyle, **AŞAĞIDAKİ PRENSİPLER** tasarlanmıştır. Bu prensipler, hâkimlere rehberlik edecek ve yargı etiğini düzenleyecek bir çerçeveyi yargıya temin edecek şekilde öngörülmüştür. Yine bu prensipler, yasama ve yürütme mensupları ile avukatların ve kamuoyunun, yargıya daha iyi destek olmalarına ve onu daha iyi anlamalarına yardımcı olacak şekilde tasarlanmıştır. Bu prensipler, hâkimlerin; yargı mesleği standartlarını takviye üzere oluşturulan ve bizzat kendileri de bağımsız ve tarafsız olan uygun kurumlar karşısında, meslekî davranışlarından dolayı sorumlu olduklarını varsayar ve bu prensipler, hâkimleri bağlayıcı mevcut hukuk ve davranış kurallarını değiştirmeyi değil onları tamamlamak niyetiyle öngörülmüştür.

Denildikten sonra bu ilkeler ana başlıkları ile şu şekilde sayılarak açıklanmıştır.

Değer 1-Bağımsızlık

Değer 2-Tarafsızlık

Değer 3-Doğruluk ve Tutarlılık

Değer 4-Dürüstlük

Değer 5-Eşitlik

Değer 6-Ehliyet ve Liyakat

findan tüm teşkilata duyurulmuş bulunan bu ilkeler ana başlıkları ile şunlardır:

- Bağımsızlık
- Tarafsızlık
- Doğruluk ve Tutarlılık
- Dürüstlük
- Eşitlik
- Ehliyet ve Liyakat

Görüldüğü gibi yargıçların, adaleti istenilen düzeyde en iyi şekilde sağlayabilmeleri için bu çok önemli nitelikleri taşıyan kişiler olmaları gerekmektedir.

Sayın Cumhurbaşkanım;

Bütün bu tespit ve değerlendirmelerden sonra şunları söylemek istiyorum.

Elbette ki yasalarda da anayasalarda da her gün gelişip değişen zamanın gereklerine uygun olarak değişim zorunluluğu olabilir.

Ancak, bu değişikliklerin ileriye dönük, insan hak ve özgürlüklerini, demokrasiyi geliştirici, güçlendirici yönde olması, yargıya ilişkin olarak da yargı bağımsızlığını tam anlamıyla gerçekleştirecek nitelikte bulunması gerekir.

Devlet olarak katılma iradesini ortaya koyduğumuz ve bu yönde yoğun çaba gösterdiğimiz Avrupa Birliği (AB) normları da bunu gerektirmektedir.

Olağanüstü ortam ve koşullarda hazırlanıp kabul edilen 1982 Anayasası esas itibarıyla yukarıda açıklanan çağdaş hukuk ilkelerini de benimsemekte ise de bu güne kadar geçen dönem içerisinde birçok yönden tartışmaların odağında olmuş, bu tartışma ve eleştiriler nedeniyle de değiştirilmesi gereken bir anayasa olduğu yolunda kamuoyunda genel bir kabul oluşmuştur.

1982 Anayasası değişik zamanlarda özgürlükleri genişletmek, AB kriterlerine

uyum sağlamak yönünde çok sayıda değişikliğe uğramış ise de, bunlar da yeterli görülmemiştir.

Yeni bir anayasa hazırlanırken, toplumu doğrudan etkileyecek, bütün bireyleri ve kurumları bağlayacak yeni kurallar konulmak istenirken daha şeffaf davranılması, daha geniş kesimlerin katılımının sağlanması da gerekmektedir.

Ancak ne yazık ki, geçmiş günlerde gündeme getirilen gerek Anayasa değişikliği paketi gerekse Yargı Reformu Stratejisi Taslağı incelendiğinde içerikleri itibariyle, birçok yönü ile yargı bağımsızlığını daha da geriye götürecektir, yargıyı yasama ve yürütmenin daha çok etki alanına sokacak düzenlemeler bulunduğu görülecektir.

Örnek vermek gerekirse;

Anayasa taslağındaki;

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun bir kısım üyelerinin (5 asıl 1 yedek) yasama organı olan TBMM tarafından seçilmesi, Adalet Bakanı ve müsteşarının kurulda görev almaya devam etmesi, yine Anayasa Mahkemesinin bir kısım üyelerinin (8 üye) yasama organı olan TBMM tarafından seçilmesi ve görevlerinin süreye tabi olması (9 yıl) Yüce Divan'ın Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu üyeleri arasından seçilecek karma bir kurul olarak oluşturulması, Yargıtay ve Danıştay üyeliğinin asli görev niteliğinde bulunduğu göz ardı edilerek süreye tabi kılınması (9 yıl), yasama organı olan TBMM adına denetleme ve inceleme yetkisi taşıyan ve üyeleri TBMM tarafından seçilen Sayıştay'ın bu niteliği değiştirilmeden üyelerine gerçek anlamda yargıç bağımsızlığı ve güvencesi tanınmadan, yüksek mahkeme olarak sayılması,

Anayasanın başlangıç hükümlerinin Anayasa metnine dahil olmaktan çıkarılması, böylece başlangıç kısmında yer alan Cumhuriyetin temel ilkeleri ile sıkı sıkıya bağlı olan temel değerlerin korunmasının zayıflatılmış hatta kaldırılmış olması,

Hakim ve Savcılarının dernek kurma özgürlüğüne sınırlama getirme olanağının sağlanması,

Yargı Reformu Stratejisi taslağındaki;

Avrupa Birliğı (AB) ilerleme raporlarında açıklanan istek ve beklentilerle de örtüşmeyen görüşler olarak;

- Yargıç ve savcıların idari yönden Adalet Bakanlığına bağılı olmaya devam etmesi,
- Yargıç adaylığı mülakatlarında Adalet Bakanlığının etkinliğinin aynı şekilde sürmesi,
- Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun (HSYK) bina, bütçe, sekreteryaya sorununa çözüm getirilmemesi,
- Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun bağımsızlığını kurumsal yapısını güçlendirici düzenlemelerin yer almaması,
- Türkiye Adalet Akademisinin özerkleştirilmesi, Adalet Bakanlığının Adli Tıp Kurumu üzerindeki yetkisinin kaldırılması yönünde düzenlemeler bulunmaması gibi daha birçok husus sayılabilir.

Bu hususlar taslağın amacı olarak belirtilen yargı bağımsızlığının güçlendirilmesi ve tarafsızlığının geliştirilmesi düşüncesi ile de çelişmekte aksine bunları daha da zayıflatıcı bir nitelik taşımaktadır.

Yapılmak istenilen bu düzenlemelerle yürütme erkinin, yasama erkindeki etkinliğini de kullanarak, yargı erki üzerindeki etkinliğini arttıracığı muhakkaktır.

Tüm olumsuz koşullara rağmen, yargı görev ve yetkisini özveri ile yerine getiren yargıç ve Cumhuriyet savcılarının yaptıkları görevi takdirle karşılamak ve değerlendirmek suretiyle, özlenen yargı hizmetinin sunulmamasının nedenlerini isabetle saptamak ve diğer erklerin yetkileri kapsamında bulunan olanaklarla bu eksiklikleri gidermek gerekirken, karşılaşılan olumsuzlukların yegane sorumlusu yargı mensupları imiş gibi bir izlenim yaratacak düşünceler ortaya konulmuş olmasının da kabul edilebilirliğinin bulunmadığı çok açıktır.

Esasen bu değişiklikler gündeme getirilirken ilgili kurumların görüşlerinin ön-

celikle alınması ve bu görüşlere yeterince değer tanınması da gerekirdi.

Böyle yapılmadığı takdirde uygulamada yoğun sıkıntılar yaşanılmasının kaçınılmaz bir sonuç olarak ortaya çıkacağı muhakkaktır.

Nasıl ki, “adalet mülkün temelidir” özdeyişi ile ortaya konulduğu gibi, adaletin, kanun önünde eşitlik ilkesinin, devleti ayakta tutan en temel ilke olduğunu kabul ediyorsak, adaleti gerçekleştirecek olan ve bununla yükümlü bulunan yargının da o denli önemsenmesi, bu işlevini en iyi şekilde yerine getirmesi için de yargı bağımsızlığının yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek gerçek anlamda sağlanması gerekir.

Sayın Cumhurbaşkanım;

Tüm hukuk ve yargı kurumlarının temsilcileri tarafından geniş bir katılımı oluşturulan özel ihtisas komisyonunun hazırladığı 2007–2013 yıllarını kapsayan dokuzuncu kalkınma planının Adalet Hizmetleri Raporunda yargı sorunları, çok geniş bir biçimde incelenip irdelenerek bütün detayları ile ortaya konulmuş ve bunları gidecek çözüm önerileri gösterilmiştir.

Hukuk devleti ilkesinin tüm kurum ve kuralları ile yaşama geçirilememiş olması, yargılama sürecinin yavaş işlemesi, insan kaynaklarına ilişkin nicelik ve nitelik sorunlarının giderilememiş olması, fiziksel ve teknik altyapı gereksinimlerinin yeterince karşılanamaması, yargı hizmetinin etkili ve kaliteli bir biçimde sunulmasını engellemekte olup Türk yargı sistemi, yapısal, örgütsel, işlevsel, insan ve mali kaynakları bakımından çok ciddi ve çözümü kolay görülmeyen sorunlarla karşı karşıya bulunmaktadır.

Türk yargısının bu temel sorunlarının boyutu, Dünya ve Avrupa Birliği ülkelerindeki ulusal yargı sistemleri ile karşılaştırma yapıldığında çok daha açık ve gerçek bir biçimde ortaya çıkmaktadır.

Bu temel sorunların başlıcaları ana hatları ile şöyle sayılabilir:

- Yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi ilkeleri mevzuatta yeterince sağlana-

mamıştır (Ör. Anayasa md. 140/6 ve 159) (Yargının yönetimi ve denetiminin, Adalet Bakanlığına bağlı olarak düzenlenmesi gibi).

- Adalet Bakanı ve Müsteşarının Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanı ve doğal üyesi olması, hakim ve savcıların özlük işlerinin, soruşturmalarının adalet Bakanlığına bağlı Personel Genel Müdürlüğü ve Teftiş Kurulu tarafından gerçekleştirilmesi, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi ilkelerine aykırıdır.
- Kamu görevlilerinin bir bölümü hakkında yargısal dokunulmazlıkların tanınmış olması, toplumun adalet duygusunu zedelemektedir.
- Bazı kurulların (HSYK, YAŞ gibi) kararları aleyhine yargı merciine başvuru-lamaması hukuk devleti ve adil yargılama ilkeleri ile bağdaşmamaktadır.
- Sayıştay'ın TBMM adına merkezi yönetim bütçesi ile oluşturulan kamu kaynaklarının denetimini yapmasına rağmen, Anayasa'da yüksek yargı organı niteliğinde kabul görmemesi ve kararlarına karşı yargı yoluna gidilememesi de aynı şekilde hukuk devleti ve adil yargılanma ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.
- Hukuk eğitimi ve öğretimi mevcut durumu itibariyle, hukuk öğrencilerine metodolojik ve analitik düşünme yetisi için gerekli becerileri tam olarak sağlayacak bir düzeyde değildir.
- Sayısı 37'yi aşmış bulunan hukuk fakültelerinin büyük çoğunluğundaki teknik ve fiziksel donanım, akademik ve idari kadro yetersizliği, öğrenci kapasitesi bakımından çok ciddi nitelik ve nicelik sorunları yaratmaktadır.
- Hukuk fakültesi mezunu olmayan bu nedenle de yeterli hukuk nosyonu ve formasyonu almamış bulunan kişilerin idari yargı hakimliğine atanması, çağcıl adalet hizmeti ve yargı sistemlerinin temel niteliği ile bağdaşmamaktadır.
- Adalet hizmetlerini yürütmekle görevlendirilen adliye memuru adaylarının seçiminde, adalet yüksek okulları ile meslek liselerinden mezun olma koşulunun

aranmaması, kalite düşmesine yol açmaktadır.

- Mahkemelerimiz ve Yargıtay çok ağır iş yükü altında bulunmakta, adeta bu iş yükü altında ezilmektedir.
- Adli Tıp Kurumunun mali, idari ve bilimsel özerkliğinin bulunmaması, Adalet Bakanlığına bağlı olarak görev yapması, taşra örgütünün yeterli donanım ve örgütlenme biçimine kavuşturulamamış olması adli tıp hizmetlerinin verimli ve düzenli bir biçimde gerçekleşmesini güçleştirmektedir.
- Adalet hizmet birimlerine ve yargı organlarına merkezi yönetim bütçelerinden pay tahsis edilirken Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun ve yüksek yargı organlarının görüşleri alınmamaktadır. Adalet hizmetlerine ayrılan yetersiz mali kaynak, yargı bağımsızlığını zayıflattığı gibi, kaliteli adalet hizmeti sunumunda yaşanan sorunları da çözememektedir (son 5 yılda %1'in altında).
- Türkiye Adalet Akademisinin, akademik, mesleki ve bilimsel etkinliklerinin yürütülmesi, organizasyonu, finansmanı ve yönetiminde mevcut kurumsal yapısı ve işleyişi itibarıyla Bakanlığa bağlı bir birim olarak çalışması, onun akademik ve bilimsel geleceğinin siyasi güdüm altına alınmasına sebep oluşturabilecek bir durum oluşturmaktadır.
- Anayasamızdaki "Yüce Divan" kurumu ile ilgili mevcut düzenleme, yüce divanın oluşumu, yüce divanda yargılanması öngörülenler, sevk usulü, iddianamenin hazırlanması ile kararlarına karşı yeniden inceleme ve denetim yollarının bulunmaması gibi konular bakımından tartışmalara neden olmaktadır.
- Yargılama usulünü düzenleyen yasaların karmaşık düzenekleri ve özellikle maddi hukuka ilişkin bazı yasalarda usuli kurallara da yer verilmiş olması davaların uzamasına yol açtığı gibi mahkemelerde önemli usul hatalarına neden olmakta ve adil yargılama ilkesini olumsuz etkilemektedir.
- Bilirkişilik kurumunun iyi işlememesi de yargıda davaların uzamasına ve yargıya duyulan güvenin azalmasına neden olmaktadır.

- Çekişmesiz yargı işlerinin genellikle dava şeklinde mahkemelere yansıtılması, hukuk davalarında iş yükünün artmasına neden olmaktadır.
- Başta devlet olmak üzere kamu hukuku tüzel kişilerinin taraf olduğu uyuşmazlıkların çözümünde kamu avukatlığı kurumunun işleyiş şekli, özellikle taraf olunan tüm kararlara karşı yasa yollarına gidilmesi zorunluluğunun duyulması da iş yükünü çoğaltmaktadır. Ayrıca kamuda görevli hazine ve diğer kurum avukatlarının yasal statüleri ile yetki ve sorumluluk alanlarının, avukatlık mesleğinin doğasına uygun olmadığı gözlemlenmektedir.
- İcra mahkemelerinin yetkilerinin dar tutulması yargısal etkinliği azaltmakta ve hukuk davalarında sürekli artışa yol açmaktadır.
- İnfaz hakimliğine ilişkin mevzuat ile gerekli uzmanlık ve eğitim düzeyinin düşüklüğü, infaz sistemindeki yetersizlikler insan hakları ihlallerine neden olmaktadır.
- Adli yazışmalar ile usulsüz tebliğ işlemleri, özellikle yurtdışı tebligat işlemlerindeki olanaksızlıklar davaları uzatmaktadır.
- Ayrıca idari ve askeri yargı ile ilgili de birçok sorun bulunmaktadır.
- Özellikle, Askeri Mahkemelerin kuruluş ve kaldırılmasının Milli Savunma Bakanlığının yetkisinde bulunması askeri mahkemelerde meslekten hakimlerin yanında subay üyelere de yer verilmesi, hakimlerin rütbe esasına ve idari sicil sistemine göre çalıştırılması, asker olmayan (sivil) kişilerin askeri mahkemelerde yargılanabilmesi, Askeri Disiplin Mahkemelerinin yetki ve işleyişi, 353 sayılı Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 5271 sayılı Ceza Mahkemesi Kanunu'na paralel olmayan bazı hükümler içermesi; mahkemelerin bağımsızlığı, yasal hakim, adil yargılanma, yargı bağımsızlığı, hakim güvencesi, ceza yargılaması düzeninde birlik ilkelerine bunun sonucu olarak ta hukuk devleti ilkesine aykırı düşmektedir.
- Yargının üç ayağından biri olan savunmanın temsilciliğini yapan avukatlık mesleği ve hukuk sistemimiz içinde bulunan noterlik mesleği ile ilgili de bir-

çok sorun bulunmaktadır.

Yargı sisteminin düzenli ve verimli çalışmasını sağlamak için bu sorunların en kısa zamanda acilen mutlaka giderilmesi gerekmektedir.

Sayın Cumhurbaşkanım;

Ülkelerin kendilerine özgü siyasal, toplumsal, ekonomik ve kültürel yapılarına bağlı olarak, ulusal yargı sistemleri farklılık gösterebilir. Ancak, ana hedef, sosyal adalet ideali doğrultusunda, temel insan hak ve özgürlüklerini koruyup, yaratmak olarak kabul edilmelidir. Son yıllarda yaşanan çok hızlı sosyal, ekonomik ve kültürel değişimler sonucunda, tüm ülkelerde pek çok hukuk sorunu ortaya çıkmış ve ulusal yargı sistemleri ile mevcut koşullar gözetilerek uluslararası nitelik kazanan bu hukuksal sorunlara çözüm arayışı içine girilmiştir. Günümüzün küreselleşen dünyasında ulusal yargı sistemlerinin başarılı olması, uluslararası bir bakış açısına sahip olmayı, uluslararası dayanışmayı gerektirmekte olup, adil yargılanma ilkesi bu konuda ortak paydayı oluşturmaktadır.

Yargımızın, anayasal güvence altında bulunan, ayrı bir demokratik erk olması, mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıç güvencesi, her türlü hukuk ihlallerine karşı bütün yargı yollarının işletilmesini mümkün kılan bir yargısal mekanizmanın bulunması, yargıya ayrılan bütçe payının çok az olmasına rağmen başta hakim ve savcılar olmak üzere her alandaki tüm hukuk adamları ve yargı çalışanlarında genel olarak gözlemlenebilen meslek içi öz denetime dayalı özverili bir çalışma arzusunun bulunması, Türk yargı örgütü içerisinde yeni oluşturulmuş bulunan Türkiye Adalet Akademisi ile hukuk alanlarında uzmanlık programları ve yoğun mesleki yabancı dil eğitimi verilmesini amaçlayan müfredatların uygulanabileceği bir akademik ortamın yaratılma çabasına girilmesi, Avrupa Birliği ile yürütülen müzakereler sürecinde, AB müktesebatı ile Türk mevzuatı arasında uyumu sağlamaya yönelik mevzuat düzenleme çalışmaları yapılması gibi güçlü ve olumlu yönleri yanında, yukarıda sayılan sorunlardan başka zayıf ve olumsuz yönleri ile bunlara neden olabilecek hususlar da (tehditler) ana başlıkları ile şöyle sayılabilir;

- Adli iş yükünün ve özellikle dava dosyalarının sayısının sürekli artmasına bağlı olarak, yargılamada güvenli, hızlı ve isabetli çözümlere ulaşmayı engelleyen sorunların gittikçe yoğunlaşması,
- Ülkemizin sürekli artış gösteren yoğun nüfus oranı, diğer yandan, uzmanlık mahkemeleri ile bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçirilecek olması nedeniyle zaten mevcut olan gereken nitelik ve nicelikte yargıç ve savcı ile yardımcı adalet hizmetleri personeli temini sorununun çözüm güçlüğünün daha da artmış olması,
- Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun, geniş tabanlı temsil esasından uzak bir biçimde işleyen, dar kapsamlı yapısı,
- Yargı organları arasında, doğal yargı birliği ilkesine ters bir yapılanma ve örgütlenme sonucunda ortaya çıkan, çok başlılık, dağınıklık, bölünmüşlük ve ayrışmalar nedeniyle, tam bir birlik ve dayanışma düşüncesi temelinde, yargısal eşgüdüm ve koordinasyonun sağlanamamış olması,
- Adli hizmet binalarında teknik donanım dahil tüm araç ve gereçler ile fiziksel alt yapının yeterince karşılanamaması (özellikle yüksek mahkemeler Yargıtay-Danıştay)
- Yalnızca özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda bilirkişiye gidilmesi gerekirken dava dosyalarında hukuksal sorunların çözümü için dahi bilirkişilere başvurulması,
- Yargı, hukuk ve adalet hizmetleri alanında (hakim, savcı, avukat, noter) uzman hukukçu sayısının düşük düzeyde olması,
- Ceza ve tutukevlerinde tutuklu ve mahkûmların sayısının fazlalığından kaynaklanan sorunlar,
- Adliyelerdeki yardımcı adalet personeli ile ceza ve infaz kurumlarında görevli personelin mali ve özlük haklarının yetersiz olması,
- Yakalama, gözlem altına alınma, tutuklama ve yargılanma sürecinde, ülkemi-

zin insan hakları hukuku ve evrensel hukuk ilkeleri ile uyumunda hâlâ bazı uygulama sorunları yaşanması;

zayıf ve olumsuz yönler olup;

Bunlara neden olabilecek hususlar, yargıya karşı tehditler de ana başlıkları ile şöyle sayılabilir:

- Yasama ve yürütme organlarının bağımsız ve güvenli olması gereken yargı organını, hukuk devleti ilkesine aykırı olarak kendisine bağımlı bir birim olarak görme eğilimleri,
- Tarafsız yargı ile güvenceli adil yargılanma hakkını ilgilendiren tüm temel kuralların Anayasa'da yer almasına yönelik çalışmaların yapılamamış olması,
- Terör olaylarının küreselleşen dünyada ve ülkemizdeki boyutunun artması nedeniyle, devletlerin teröre karşı aldıkları yasal önlemlerde, bireylerin hukuksal güvenceleri ile temel hak ve özgürlüklerin ciddi ihlal riskleri ile karşı karşıya kalması,
- Yasaların yapım sürecinde, Anayasa'ya, evrensel hukuk kurallarına, yasama tekniğine özgü temel kurallara uyulmaması ve mevzuat kargaşasının yaşanması,
- Toplumda yargılama sürecinin işleyişindeki belirsizlik, davaların çok uzaması sorununa bağlı tıkanıklıklar karşısında, hukuk dışı alanlarda faal olan organize suç örgütleri gibi yasa dışı güçlere yönelme eğilimi,
- Tamamen yargıya bağlı ve çağdaş adli güvenlik hizmetleri standartlarında adalet hizmeti veren bir adli kolluk örgütünün kurulamamış olması,
- Çocuk suçluluğu ile mücadele bağlamında, özellikle, kimsesiz çocukların eğitim ve gelişimleri ile sosyal güvenliğini sağlayan ve onların yasal haklarının korunmasını sürekli denetleyen kurumsal yapının henüz etkin ve verimli bir biçimde gerçekleştirilememesi,
- Kimi zaman yargı organları ile ilgili yönetsel kuruluşlar ve çoğu kez de yargı

erki dışındaki unsurların siyasi saiklerle değişik yöntemler ve müdahale teknikleri uygulamaları sonucu yargının çok yönlü tehditler altında bırakılarak siyasallaştırılması çabaları ile karşı karşıya kalması,

Sayın Cumhurbaşkanım;

Avrupa Birliğine katılım sürecinde gerçekleşen görüşmeler çerçevesinde başlatılmış olan çalışmalar doğrultusunda, ulusal mevzuatımıza AB müktesebatı ve çağdaş hukuk düzenlerindeki normlar ile uluslararası alanda genel kabul gören teknik standartların kazandırılması;

Yargı organlarının demokratik bir güç haline getirilmesi temel amaç ve doğal yargı birliği anlayışı doğrultusunda bütün mahkemeleri tek bir yargı çatısı altında örgütleyen, olay ve denetim mahkemelerinde tam bağımsız ve tarafsız yargıç ve savcılar yargısal güvence altına alan tüm pozitif kuralların anayasal sistemimize dahil edilmesi;

Hukuk eğitimi ile adalet hizmetlerinde mesleki eğitimde AB ülkelerinde uygulanan eğitim-öğretim ve staj programlarının tamamının hem teorik hem de uygulama temelinde yaşama geçirilebilmesi ve;

Türk adalet ve yargı sisteminin mevcut durumuna özgü saptanan tüm sorunlarına gerçekçi çözümler bularak, mevcut zayıflıkların-olumsuzlukların giderilebilmesi için, sistemin güçlü-olumlu yönlerinden hareketle;

Türk yargısını oluşturan bütün birimler, yüksek mahkemeler, yerel-bölgesel mahkemeler, savcılıklar, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Adalet Bakanlığı, Türkiye Adalet Akademisi ile hukuk, adalet ve yargı dünyası ile ilgili diğer kamu birimleri olan Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Noterler Birliği, hukuk fakülteleri temsilcilerinin katılımı olacağı geniş tabanlı bir ortak platformda periyodik bilimsel tartışma toplantıları düzenlenmelidir.

Bu toplantılar sonunda ulaşılan çözüm yolları da yargı organının özgün çözüm

önerisi olarak yasama organına (TBMM) tevdi edilmelidir.

Bu suretle;

- Hukuk düzeninin demokratik, laik ve sosyal hukuk devleti ilkeleri temeline oturtulması;
- Hukuka bağlılık ve hukukun üstünlüğü düşüncesinin her kesimde yerleştirilmesi,
- İddia ve savunma güçleri arasında silahların eşitliği ilkesinin sağlanması,
- Usul ekonomisi ilkesinin gereklerinin tüm yargılama alanlarında gözetilmesi,
- Adil yargılanma hakkının önündeki bütün engellerin kaldırılması,
- Mahkeme kararlarında somut olaya uygun doyurucu gerekçelere yer verilmesi;

Gibi istenilen vizyona ulaşılabilmesi için gerekli stratejilerin oluşturulması sağlanmalıdır.

- Avrupa Birliği ilerleme raporlarında da belirtildiği gibi tam bağımsız yargı düzeninin sağlanması için, Türkiye'nin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükleri ve özellikle BM'in yargı bağımsızlığına ilişkin temel ilkeleri (20 ilke)* doğrultusunda yargıçların yargısal güvenceleri ile bağımsız ve tarafsız

* **BİRLEŞMİŞ MİLLETLER YARGI BAĞIMSIZLIĞININ TEMEL İLKELEERİ** (Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri (Doç. Dr. Şeref Ünal, Anayasa Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı, TBMM Yay. Ankara, 1994; sayfa: 150)

Birleşmiş Milletler 7. Suç Sorunları Kongresi, 28 Ağustos-6 Eylül 1985 tarihleri arasında Milano'da yaptığı toplantıda, "Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri" başlığı altında bir kurallar dizisi kabul etmiştir. Söz konusu kurallar, Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 13 Aralık 1985 tarih ve 40/146 sayılı kararıyla onaylanmış ve Genel Kurul, üye devletleri milli mevzuatları ve uygulamalarında bu kurallara uymaya ve Genel Sekreteri 5 yılda bir uygulama sonuçları hakkında rapor vermeye davet etmiştir.

Temel ilkeler, devletin yargı bağımsızlığını sağlamasını ve bunun için, öngörülen ilkelere anayasalarda veya kanunlarda yer verilmesini öngörmektedir. Adalet, herkesin yetkili, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede adil bir şekilde yargılanmasını gerektirir. Nitekim bu husus, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesininin 10., Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesininin 14. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesininin 6. maddelerinde de belirtilmiştir. Bağımsız bir yargı, adil yargılama hakkının vazgeçilmez bir teminatıdır.

Söz konusu Kongre bu konuda aşağıda tam çevirisi verilen kuralları kabul etmiştir.

Yargı bağımsızlığının temel ilkeleri

Birleşmiş Milletler Şartının, adaletin ancak insan hakları ve temel hürriyetlerin ayırım gözetmeden uygulanmasının teşvik edilmesi maksadı ile işbirliği yapılarak muhafaza edilebileceği görüşünü teyit ettiği göz önüne alınarak,

İnsan Hakları Evrensel Beyanamesinde, özellikle kanun önünde eşitlik, masumluk karnesi ve kişinin kanunla kurulmuş, yetkili, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede kamuya açık olarak adil bir şekilde yargılanma hakkına yer verildiğini tespit ederek,

Yargının her ülkede bu ilkelere uygun olarak teşkilatlanması ve bunların tam olarak gerçekleştirilmesi için bütün çabaların gösterilmesi gerektiğine inanarak,

Yargı görevinin ifasını düzenleyen kuralların, hâkimlerin bu ilkelere uygun davranmasını sağlama amacına yönelik olması gerektiğine işaret ederek,

Hâkimlerin, vatandaşların hayatı, hürriyeti, hak ve görevleri ve malları hakkında nihai karar verme görevi ile yükümlü oldukları düşünülerek,

Birleşmiş Milletler 6. Suç Sorunları Kongresinin 16 sayılı kararında, Suç Sorunları Komitesini, hâkim ve savcılarını bağımsızlığı, seçimi, mesleki eğitimi ve statüleri konusunda rehber kurallar hazırlamaya davet ettiğini not ederek,

İlk önce hâkimlerin yargı sistemindeki rolleri, seçimleri ve eğitimi konularına önem verilmesi gerektiğini düşünerek,

Üye devletlere yardımcı olmak amacıyla aşağıdaki temel ilkeleri kabul etmiştir. Bu ilkeler, özellikle profesyonel hâkimler düşünüler hazırlanmıştır. Ancak elverdikleri ölçüde meslekten olmayan hâkimler hakkında da uygulanabilir.

Yargı bağımsızlığı

Yargı bağımsızlığı, ülkenin anayasası veya kanunlarında yer verilme sureti ile Devlet tarafından teminat altına alınacaktır. Yargı bağımsızlığına riayet ve onu gözetmek, bütün resmi ve diğer kurumların görevidir.

Yargı, önündeki işler hakkında tarafsız, olayın özelliklerine ve hukuka uygun olarak hiçbir kısıtlamaya etki, baskı, tehdit ve her ne sebeple olursa olsun hiçbir taraftan müdahaleye maruz kalmadan karar verecektir.

Yargı, adli nitelikteki bütün konular hakkında yargı yetkisine ve karar verilme üzere kendisine sunulan bir davanın kanun çerçevesinde kendi yetkisine girip girmediği konusunda münhasır karar verme yetkisine sahip olacaktır.

Davaya yetkisiz veya uygunsuz olarak müdahale edilemeyecek ve adli kararlar yeniden gözden geçirilemeyecektir. Bu ilke, yetkili makamların kanunlara uygun olarak kararın gözden geçirilmesi için kanun yollarına başvurabilme hakkını etkilemez.

Herkes, yerleşmiş muhakeme usulü kurallarını uygulayan düzenli mahkemelere başvurma hakkına sahiptir. Düzenli mahkemelerin yargı yetkisine giren konularda bu yetki bertaraf edilerek başka mahkeme kurulamayacaktır.

Yargı bağımsızlığı ilkesi yargılamanın "adil bir şekilde yapılmasını ve tarafların haklarına riayet edilmesini gerektirir.

Yargının görevini amacına uygun bir şekilde yapabilmesi için uygun kaynakların sağlanması, her üye Devletin görevidir.

İfade ve dernek kurma hürriyeti

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesine uygun olarak, hakimler de diğer vatandaşlar gibi, düşünce ve ifade hürriyeti ve toplanma ve dernek kurma hürriyetine sahiptir. Ancak, bu hakların kullanılmasında hakimler daima görevlerinin fazilet ve tarafsızlığını ve yargı bağımsızlığını muhafaza edecek şekilde davranmak zorundadır.

Hakimler, menfaatlerini savunmak, mesleki eğitimlerini geliştirmek ve bağımsızlıklarını korumak amacı ile serbest bir şekilde dernek kurmak veya kurulmuş bir derneğe üye olmak hakkına sahip olacaklardır.

Yeterlilik, seçim ve eğitim

Hâkimlik mesleğine, yeterli hukuk eğitimi görmüş, yetenekli ve kişilikli bireyler seçilecektir. Seçim yönteminde, amaca aykırı düşüncelerin rol oynamasını engelleyecek tedbirler alınmalıdır. Hakimlerin seçiminde, bir kişiye karşı ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi veya diğer fikirler, millî veya sosyal menşee ve mal varlığı gibi düşüncelerle hiçbir ayırım yapılmayacak; ancak hâkim adayının ülke vatandaş olması şartı, ayrımcılık olarak nitelendirilmeyecektir.

Görev şartları ve süresi

Hâkimlerin görev süreleri, bağımsızlıkları, güvenlikleri, aylıkları, görev şartları, emeklilik yaşı ve aylıkları, amacına uygun bir şekilde kanunla teminat altına alınacaktır.

Seçilmiş veya atanmış olsun hâkimlerin zorunlu bir emeklilik yaşına veya sürelerinin dolmasına kadar görevde kalmaları teminat altına alınacaktır.

Hâkimlik sıfatının kazanılması, objektif esaslara, özellikle kişilik, yetenek ve tecrübeye dayanmalıdır.

Bir mahkeme içinde bakacakları davalar açısından hâkimler arasındaki iş bölümü yargının kendi iç işidir.

Meslek sırrı ve teminat

Yargı, kamuya kapalı olarak görülen davalar ve bu sırada edinilen gizli bilgiler bakımından meslek sırrı ile bağlı kalacak ve bunları açıklamaya zorlanmayacaktır.

Millî hukuk uyarınca, disiplin soruşturması, kanun yoluna başvurma veya Devlettten tazminat talep etme hakkı saklı kalmak üzere, hâkimler hakkında görevlerini ifa sırasında almış oldukları yanlış kararlar dolayısıyla maddî tazminat davası açılmamalıdır.

mahkemelerde adil yargılanma hakkının önündeki engellerin kaldırılması,

- Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yeniden yapılandırılması, Anayasamızın 159. maddesinin buna göre yeniden düzenlenmesi,
- Hakim ve savcı adaylarının seçimi ve mesleğe girişinde Adalet Bakanlığının etkinliğinin kaldırılması, bu yetkinin Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna verilmesi,
- Kurulun Adalet Bakanlığının yönetsel ve finansal desteği altında çalışmaktan çıkarılarak tamamen özerk bir yapıya kavuşturulması,
- Adalet ve yargı hizmetlerinin sunumunda kaliteyi arttıracak teknolojik olanakların sağlanması,
- Hukuk sistemimiz içinde bulunan avukatlık ve noterlik mesleği ile ilgili iyileştirici düzenlemelerin yapılması,
- Hukuksal sorunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkları adliyeye intikal etmeden tarafların kendi aralarında uzlaşma kültürü ile çözümlenmelerini sağlayacak, ombudsman, kamu denetçiliği, tahkim-hakemlik, arabuluculuk, uzlaştırma kurulları gibi mahkemelerin iş yükünün azaltılmasını sağlayacak alternatif uyuşmazlık çözümü ile ilgili kurumların geliştirilmesi yönünde iyileştirici düzenlemeler yapılması gerekmektedir.

Disiplin soruşturması, görevi durdurma ve göreve son verme

Bir hâkim hakkında adif veya mesleki yeteneği konusunda yapılan herhangi bir itham veya şikayet, uygun bir yöntemle, süratle ve adil bir şekilde çözümlenecektir. Hâkim kendisini savunma hakkına sahip olacaktır. Olayın incelenmesi, hâkim tarafından aksi talep edilmedikçe başlangıçta gizli tutulacaktır.

Hâkimler ancak ehliyetsizlik veya kendilerini görevlerini yapmaktan alıkoynabilecek davranışları sebebiyle geçici veya sürekli olarak görevden alınabilir.

Geçici olarak görevden alma veya göreve son vermeye ilişkin işlemler, kökleşmiş yargı ilkeleri çerçevesinde yapılacaktır.

Disiplin işlemleri veya geçici olarak görevden alma veya göreve son vermeye ilişkin kararlar hakkında, bağımsız yargı organlarında kanun yoluna başvurulabilir. Bu ilke, yüksek mahkemelerin kararları, yasama organının yüce divana sevk ve benzeri kararları hakkında uygulanmaz.

Sayın Cumhurbaşkanım;

AB müktesebatına uyum sürecinde 1999 yılında yapılan Helsinki zirvesinde Türkiye'ye tanınan tam üye adaylığı statüsünden bu yana yargı sistemi ve adalet hizmetleri alanında çok önemli adımlar da atılmıştır.

Türkiye Adalet Akademisi kurulmuş, hakim ve savcıların uluslararası hukuk ve insan hakları konusunda eğitimi ve bilgilendirilmesi konusunda çalışmalar yapılmış ve yapılan reformların uygulanmasında etkin role sahip olmaları sağlanmıştır.

Ceza kanunlarında, İnfaz ve Ceza Muhakemesi Kanunlarında, Tebligat Kanununda, Özel Hukuk mevzuatında, Anayasada, çok önemli köklü değişiklikler (özellikle Türkiye tarafından onaylanan, temel hak ve özgürlüklere ilişkin, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalar ile ulusal mevzuat arasında bir uyumsuzluk ortaya çıktığında, uluslararası antlaşmaların esas alınacağına ilişkin Anayasamızın 90. maddesinde yapılan değişiklik) yapılmış,

Kullanımı her geçen gün hızla yaygınlaşan internet ve gittikçe daha çok kullanılan elektronik ortamlarda iletişim ve güvenliğin sağlanması, bilişim teknolojileri olanaklarından daha fazla yararlanılması, adalet hizmetlerinin çabuklaştırılması amacıyla, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) başlatılmış, 5070 sayılı Elektronik İmza Yasası kabul edilmiş ise de sorunlar halen yoğun bir şekilde devam etmektedir.

Bölge Adliye Mahkemeleri (İstinaf) Yasası çıkarılmış ise de henüz fiilen çalışmaya başlamaları sağlanamamıştır.

Bağımsız, tarafsız ve etkin bir yargı sisteminin oluşturulması böylece hukukun üstünlüğünün korunması için, yargı üzerindeki dış etkilerin kaldırılması, yeterli mali kaynak ile eğitim olanağının sağlanması gerekmektedir.

Güçler ayrımı ilkesi doğrultusunda, yürütme ve idare organlarının siyasal ve yönetsel etkisinden uzak ve tam bağımsız bir biçimde yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılmasına ilişkin olarak Anayasada yeniden düzenlemeler yapılmalıdır.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yapısı, sayısal olarak yetersizliği, geniş takdir yetkisi, kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaması, teftiş kurulunun Adalet Bakanına bağlılığı, Kurulun sekreteryasının özel kalem teşkilatının bulunmaması gibi hususlar yargı bağımsızlığı konusundaki eleştiriler olarak gündeme gelmektedir. Hakim ve savcılarının idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlı olmalarına ilişkin Anayasanın 140/6 fıkrası, yargıç ve savcı adaylarının seçiminde bağımsız kurul yerine Adalet Bakanlığının etkin olması, mali özerkliğin bulunmaması da yargı bağımsızlığına aykırı olan hususlardır.

Özellikle, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun gerek oluşumu, gerek işleyişi, gerekse de idari ve mali özerkliği açılarından en üst düzeyde tam bağımsız bir yüksek yargı birimi olarak anayasal ve yasal temellerde mutlaka yeniden yapılandırılması gerekmektedir. Kurulun, Adalet Bakanlığının idari ve mali yapılanması dışına çıkarılarak tam bağımsız ve özerk bir yapıya dönüştürülmesi sağlanmalıdır.

Hakim ve savcı adaylarının seçimi, staj işlemleri ve atanmaları, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na devredilmelidir.

Mali, idari ve özellikle de akademik özerkliğe mutlaka sahip kılınması gerekli olan Türkiye Adalet Akademisi Başkanlığı, Adalet Bakanlığının bir birimi olmaktan çıkarılmalı, başta hakim, savcı, avukat ve noterleri seçip yetiştirmek olmak üzere, her düzeyde gerekli uzman hukukçuların meslek içi eğitimlerini sağlamak amacıyla, her yönüyle özerk bir üst düzey organ olarak yapılandırılmalıdır.

Adalet hizmetleri ve yargı alanında görev yapan yargıç, savcı, avukat, noterler ve diğer yardımcı adalet personelinin istenen nitelikte olmasını sağlayacak eğitim sisteminin geliştirilmesi, gerekli olanakların sağlanması, ayrıca özellikle çocuk ve aile mahkemeleri gibi uzmanlık mahkemelerindeki, adli tabip, psikiyatr, psikolog, sosyolog ve sosyal çalışmacı gibi uzman kadrolarına acilen atama işlemlerinin yapılması zorunluluğu vardır.

Adalet hizmetinde kalitenin sağlanabilmesi için yargı organlarında çalışan yargıç, savcı ve diğer personelin ödeneklerinin iyileştirilmesi gerekmektedir. Ne yazık ki, birinci sınıf ve birinci sınıfa ayrılmış hakim ve savcılarının dışındakilerin almış oldukla-

rı ücretler neredeyse yoksulluk sınırının altında çok düşük bir seviyede bulunmaktadır.

Yargı bağımsızlığının, tam bağımsızlığın en zorunlu koşulu olduğu, devletimizin kurucusu Mustafa Kemal Atatürk tarafından “Bir devletin kuruluşunda Anayasa’nın ilk koyduğu koşul adaletin bağımsızlığı olduğuna ve ulusun özgür sayılması buna bağlı olduğuna göre adalet gücü bağımsız olmayan bir ulusun devlet olarak bağımsızlığı söz konusu değildir” denilmek suretiyle 24.04.1920 tarihinde açık bir şekilde vurgulanmıştır.

Yargı bağımsızlığı Anayasamızın 9. maddesinde kurumsal, 138. maddesinde de kişisel olarak düzenlenmiştir. Böylece hem mahkemeler hem de yargıç bağımsız olacaktır.

Yargı bağımsızlığı, yargı organının kendi içinde de söz konusudur. Alt mahkemeler, üst mahkemelere karşı bağımsızdır. Her kademedeki mahkeme yasalarla belirlenmiş görev ve yetkileri dahilinde kendi vicdani kanılarına göre bağımsız olarak karar verecektir.

Yargı bağımsızlığının sağlanabilmesi, yargı organının tüm dış etkilere karşı korunması ile mümkün olabilir.

Bazı görevler vardır ki bunların karşılığı hiçbir şeyle ölçülemez, bunlar manevi değeri çok üstün, toplum için yaşamsal önem taşıyan görevlerdir.

İşte yargı da bu görevlerden birisidir.

Bir toplumda adalet yeterince sağlanamamış ise, bireylerin adalete güveni, saygısı azalmakta ise, o toplumda geleceğe umutla bakmak olası değildir.

Adaleti sağlayacak olan da yargıdır.

O halde yargının bu çok önemli, yaşamsal nitelikteki işlevini yeterince yerine getirebilmesi için gerekli maddi manevi olanaklar, fiziki koşullar mutlaka sağlanmalıdır.

Yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesinin tam olarak sağlanabilmesinin bir

koşulu da yargıda örgütlenme özgürlüğünün gerçek anlamda bulunmasıdır.

Bu konu ile ilgili olarak Türkiye Yargıçlar Savcılar Birliği ile Avrupalı Yargıçlar ve Savcılar Birliği tarafından 5-6 Temmuz 2008 tarihinde Ankara'da düzenlenen "Kuvvetler Ayrılığı ve Yargıda Örgütlenme Özgürlüğü" isimli sempozyumun sonuç bildirgesinde şu hususlara yer verilmiştir.

- Yargının özgürlük ve eşitliğin güvencesi olduğu,
- Yargı bağımsızlığı, insan hakları, hukukun üstünlüğü ve demokrasinin aynı doğrultuda oldukları,
- Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının demokrasinin gerçek temelini oluşturduğu,
- Demokrasinin sadece biçimsel yönünün yeterli olamayacağı, bir değerler sistemi ile birlikte yaşama geçirilmesi gerektiği ve bunun daha çok hukuk ve yargı tarafından gerçekleştirilebileceği,
- Yargı ve yargıç bağımsızlığının bölünmez bir bütün oluşturduğu,
- Yargının siyasallaşmasını engelleyecek önlemlerin alınması gerektiği,
- Çoğulculuk ilkesinin güçler ayrılığı ilkesini, özellikle yargıyı etkilememesi gerektiği,
- Uluslararası sözleşmelere göre yargıç ve savcıların dernek kurma özgürlüklerinin bulunduğu,
- Yargıç ve savcı derneklerinin, yargıç ve savcılarının özgür iradeleri ile kurulması ve yönetilmesi gerektiği,
- Yargının entelektüel özgürlüğü ve bağımsızlığının da güvence altına alınması gerektiği,

Anayasamız, erkler ayrılığı ve erklerin birbirlerine üstünlüğü bulunmadığı ilkesini benimsediğine göre;

Yargının da en az yasama ve yürütme ile aynı olanaklara sahip olması gerekir.

Bunların neler olduğu bellidir. Burada detaylı olarak saymak istemiyorum. Ancak şunu belirtmeliyim ki mevcut olanaklar açısından bir karşılaştırma yapıldığında ne yazık ki yargının bu konuda epey geride kaldığı çok açık bir biçimde ortaya çıkmaktadır.

Bu çileli mesleğe yıllarını vererek saçlarını bu uğurda ağartan, büyük bir özveri ile çalışarak geçirdikleri mesleki yaşamlarına son noktayı koyan, kendilerine çok görülmemesi gereken onursallık sıfatını verdiğimiz değerli emekli meslektaşlarımızın durumu daha da üzüntü vericidir.

Önceki yıllarda yapılan iyileştirmelerden yararlanamadıkları için fiilen çalışanlarla aralarındaki ücret uçurumu iyice açılmış durumdadır.

Konu zaten Anayasa Mahkemesinin de gündemindedir.

Bu hususta da mutlaka yasal düzenlemeler yapılmalı ve adaletli bir ücret dağılımı sağlanmalıdır.

Sayın Cumhurbaşkanım;

Konuşmamın bu bölümünde çok önemli ve yoğun sorunlar içinde bulunan, çok zor koşullar altında çalışan ve bu yıl 140. kuruluş yıldönümüne ulaşmış bulunan adli yargının öncü kurumu Yargıtay'dan söz etmek istiyorum.

6 Mart 1868 tarihinde "Divanı Ahkâmı Adliye" adıyla kurulan Yargıtay, 18.06.1879 tarihli Nizamı Mahkemeler Kuruluş Kanunu ile "Mahkeme-i Temyiz" adını almış, Türkiye Büyük Millet Meclisi hükümeti tarafından Sivas'ta "Muvakkat Temyiz Heyeti" olarak kurulan Yüksek Mahkeme daha sonra "Temyiz Mahkemesi" adı altında Eskişehir'e nakledilmiş, daha sonra da 10.06.1935 tarih ve 2769 sayılı Yasa uyarınca Ankara'da yapılan binasına taşınmış, 10.01.1945 tarihli 4695 sayılı Yasa ile de "YARGITAY" adını almıştır.

Anayasal bir kurum olarak Anayasamızın 154. maddesinde yer alan Yargıtay,

adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakmaktadır.

Yargıtay üyelerinin nitelikleri, seçimi, Yargıtay Birinci Başkanı, başkanvekilleri, daire başkanları, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının ve vekilinin ne şekilde seçileceği de bu madde kapsamında belirlenmiştir.

Yargıtay'la ilgili diğer hususlar da yine bu madde gereğince, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenmiş bulunmaktadır.

Öncelikle belirtmek isterim ki, yıllardır uygulanmakta olan mevcut Yargıtay Yasasının, günün koşullarına yeterince cevap verememesi ve Bölge Adliye Mahkemeleri Yasasının yürürlüğe girmesi ile bu yönde de yeni düzenlemeler yapılmasının gerekmesi nedeniyle, büyük çapta değişiklikleri kapsayan bir yasa değişikliği tasarısı TBMM'ne sevk edilmiş ise de geçen zaman içerisinde değişen koşullar ve Bölge Adliye Mahkemelerinin de çalışmaya başlatılamaması karşısında bu değişiklik tasarısı da yetersiz kaldığından yaptığımız temaslara sonucu hükümetin de olumlu görüşü ile yasalaşma süreci durdurulmuş olup günün koşullarına uygun, gelecekte de çok uzun yıllar gereksinimi karşılayacak yeni bir değişiklik tasarısı hazırlamak üzere, Yargıtay'da kurulan komisyon çalışmalarını halen sürdürmektedir.

Yargıtay bugün ne acıdır ki özellikle iş yükü yönünden akıl almaz bir sorun yumağı içerisinde bulunmaktadır.

Olumsuz fiziki koşullar, bina sorunu, personel yetersizliği, adalet hizmetinin istenilen düzeyde hızlı bir biçimde yerine getirilmesini engellemekte, çok sayıda dava dosyasında zamanaşımı nedeniyle düşme kararı verilmekte, hukuk davalarında hakkın teslimi çok uzun sürelerle uzamakta, bu da toplumun adalete olan saygı ve güven duygusunun zedelenmesine neden olmaktadır.

Bunların çareleri acilen bulunmalıdır.

Yargıtay'ın dünya standartlarına göre zaten çok olan daire sayısının geçici ola-

rak arttırılması, dairelerdeki beşer kişilik heyetler halinde çalışma zorunluluğu değiştirilerek, davaların niteliğine göre daha az heyetlerle çalışılabilmesinin sağlanması, üye sayısının çoğaltılması, temyiz koşulları yeniden düzenlenerek nispeten basit uyuşmazlıkların, nizasız kazaya ilişkin konuların gereksiz yere Yargıtay'a gelmesinin önlenmesi, personel kadrosunun yeterli sayıda arttırılması yolunda çalışmalar yapılmalıdır.

Burada rakamlarla başınızı ağrıtmak istemem ama iş yükünün ne denli ağır olduğunu bu vesile ile kamuoyunun bilgisine sunmak üzere bazı rakamları vermek istiyorum:*

2006 yılı itibariyle Hukuk ve Ceza Daireleri ile Yargıtay Cumhuriyet Başsav-

* 2006 Yılı İtibariyle

Yargıtay Ceza Daireleri	
Gelen + 2005'den devir	149.074 + 136.135 = 285.209
Çıkan	144.204
Devir	141.005
Yargıtay Hukuk Daireleri	
Gelen + 2005'den devir	325.641 + 69.421 = 395.062
Çıkan	318.355
Devir	76.707
Genel Toplam	
Gelen + 2005'den devir	474.715 + 205.556 = 680.271
Çıkan	462.559
Devir	217.712
Yargıtay C.Başsavcılığı	
Gelen + 2005'den devir	327.462 + 83.659 = 411.121
Çıkan	172.321
Devir	238.800

2007 Yılı İtibariyle

Yargıtay Ceza Daireleri	
Gelen + 2006'dan devir	182.773 + 141.005 = 323.738
Çıkan	129.420
Devir	194.318
Yargıtay Hukuk Daireleri	
Gelen + 2005'den devir	354.374 + 76.707 = 422.081
Çıkan	326.120
Devir	95.961
Genel Toplam	
Gelen + 2006'dan devir	528.107 + 217.704 = 745.811
Çıkan	455.539
Devir	290.272
Yargıtay C.Başsavcılığı	
Gelen + 2006'dan devir	292.860 + 238.800 = 531.660
Çıkan	181.771
Devir	349.889

cılığında bir önceki yıldan devir ve yeni gelenler olmak üzere bulunan toplam 1.091.392 dosyanın 462.559'u çıkarılmış 456.462'si ise 2007 yılına devredilmiştir. 2007 yılı itibari ile ise devir ve yeni gelen olarak bulunan toplam 1.277.429 dosyadan 455.540 adedi çıkarılmış, 650.158 dosya ise 2008 yılına devredilmiştir.

Bu rakamlar ve yıllık artış oranının büyüklüğü (%25) iş yükü sorununun ne denli ciddi boyutlarda olduğunu çok açık bir biçimde ortaya koymaktadır.

Yargıtay bugün üç hatta dört ayrı binada hizmet vermekte, dosyalar binalar arasında en ilkel koşullarda taşınmakta olup, dosyaları koyacak, hakimlerimizi ve kalem personelini oturtacak yer bulunmadığı gibi, Yargıtay üyelerimizin üstlendikleri görev ve sorumluluğa, görevin saygınlığına uygun çalışma ortamı da bulunmamaktadır. Mevcut binamız ve fiziki koşullar had safhada yetersiz durumdadır.

Bu konuda olumlu bir adım atılmış, Yargıtay'ın saygınlığına uygun ve yaptığı adalet hizmetini karşılayacak nitelikte yeni hizmet binasının yapımı için arsa tahsisi sağlanmış olup burada bu konuda katkısı bulunan tüm yetkililere teşekkür ediyorum. Hizmet binasının bir an önce gerçekleşmesi için de gereken çabayı göstereceklerine inanıyorum.

Sayın Cumhurbaşkanım;

Yıllardır dile getirdiğimiz ancak bir türlü çözümleyemediğimiz, protokol sorununu da bir kez daha huzurlarınızda dile getirmek istiyorum.

Ne yazık ki, bugün uygulanmakta olan Devlet protokolündeki, Yargıtay Daire Başkan ve üyelerinin yerleri, kuvvetler ayrılığı ilkesine, yargının konumu ve saygınlığına uygun olmayacak derecede çok aşağılarda bulunmaktadır.

Daha önce de bu sorunun çözülmesi için gerekli girişimler yapılmış, ancak bir sonuç alınamamıştır.

Devletimizin protokol düzenlemesi Dışişleri Bakanlığı Protokol Genel Müdürlüğü tarafından yapılarak Sayın Cumhurbaşkanının takdir ve tensiplerine sunulmakta-

dır.

Genelde, resmi ya da özel törenlerde uyulması gereken kurallar “protokol” olarak tanımlanmakta ise de, siyasi ve bürokratik hiyerarşide ilişkilerin yöntemini bu kavram ifade etmekte ve bu nedenle de salt kavram olarak kalmayıp, şeklin ötesinde adeta devletin yapısını belirleyecek, bir bakıma devletin düzeni ile hukuk ve demokrasi planını oluşturmaktadır.

Anayasal düzenlemede yasama, yürütme ve yargı üç temel erk olarak yer almaktadır. Bu nedenle yargı erkinin de devlet protokolü içinde yer alması kaçınılmazdır. Ancak bulunacağı yerin konum ve saygınlığı ile uyumlu olması gerekir.

Protokol listesindeki sıralamaya bu yönden bakıldığında ne yazık ki yargının yerinin hiç de konumuna uygun nitelik taşımadığı görülmektedir.

Bir kısım bürokratlar Yargıtay ve Danıştay üyeliği için aday aday oldukları halde protokol listesinde Yargıtay, Danıştay Daire Başkanı ve üyelerinin önünde yer almaktadır.

Yargıtay üyelerinden oluşan Birinci Başkanlık Kurulu önünde yemin ederek göreve başlayan üst kurul başkanları da yine aynı şekilde protokolda ön sıralarda bulunmaktadır.

Yine birçok idari kurul başkan ve üyeleri Yargıtay ve Danıştay Daire Başkan ve üyelerinin önünde yer almaktadır.

Yüksek mahkemeler arasındaki eşitlik ilkesine aykırı olarak, Anayasa Mahkemesi üyelerinin sırası Yargıtay Birinci Başkanvekillerinin üzerinde bulunmaktadır.

Yargıtay ve Danıştay Başkanları, Anayasa Mahkemesi Başkanından hemen sonra gelirken, aynı yüksek mahkemelerin daire başkan ve üyeleri Anayasa Mahkemesi üyelerinin çok gerisinde (Anayasa Mahkemesi Üyeleri 26, Yargıtay, Danıştay Daire Başkan ve üyeleri 57 ve 58. sırada) yer almaktadır.

Bu hususlar da gözetilerek protokol listesinin yeniden düzenlenmesi ve sıralamada yargıya anayasal konumuna uygun bir yer verilmesi vazgeçilmez isteklerimiz-

den birisidir.

Sayın Cumhurbaşkanım;

01.01.2005 tarihinde Yürürlüğe giren 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Yasası uyarınca 2010–2014 yıllarına ilişkin olarak Yargıtay'ın Stratejik planını hazırlamak üzere oluşturulan komisyon tarafından yapılan çalışmalar sonunda sorunlarımıza ve çözüm yollarına ilişkin çok önemli tespitler ortaya konulmuştur.

Bunları özetle başlıklar halinde sıralamak istiyorum.

Yargıtay'ın Temel Değerleri:

- Atatürk ilke ve devrimlerine bağlılık
- İnsan onuruna ve insan haklarına saygı
- Evrensel hukuk ilkelerine bağlılık
- Adalet
- Bağımsızlık
- Tarafsızlık
- Demokratik değerlere bağlılık
- Yönetimde katılımçılık
- Özgürlükçü yaklaşım
- Eşitlik ve hakkaniyet
- Güvenilirlik
- Saydamlık
- Etkinlik
- Erişebilirlik

- Tutarlılık
- Mesleki bilgi ve birikime değer vermek
- Kurum çalışanına saygı ve güven
- Yetkinlik
- Katılımcılık
- Gelişimcilik
- Kalite

olup;

Yargıtay'ın misyonu; (Kurumun varlık sebebi, ne yaptığı, nasıl yaptığı ve niçin yaptığının açıkça ortaya konulması);

Yukarıda sayılan temel değerlere bağlı olarak, adli uyuşmazlıkların adil, tarafsız, bağımsız ve güvenilir bir biçimde insan onuruna, hak ve özgürlüklerine uygun olarak, hukukun evrensel ilkeleri de gözetilerek, makul sürede, etkili, verimli yöntemlerle çözümlenmesi, ülkedeki hukuksal uygulamalarda birlik ve istikrar sağlamak amacıyla yargısal kararların denetlenmesi ve yönlendirilmesidir.

Yargıtay'ın vizyonu (Kurumun ideal geleceği, uzun vadede neler yapmak istediği) ise;

Adli yargı teşkilatının önderi olarak yargılama faaliyetinin, hukuk devleti gereklerine uygun gerçekleştirilmesini sağlayan, toplumun adalet beklentisine cevap verebilen, güvenilir, Türk hukukunun gelişimine de önderlik eden, demokratik hayatın gelişmesine katkısı bulunan, özgürlükçü bir yaklaşımla, hızlı, tarafsız, saydam ve adil yargılamada ulusal ve uluslararası tüm mahkemelere örnek ve öncü olan bir yüksek mahkeme olmaktır.

Yargıtay'ın kurum olarak güçlü yönleri;

- Adli yargıda son karar mercii olması (bir kısım davaları ilk derece olarak yar-

gılar)

- Uzun tarihsel alt yapıya sahip olması
- Kurumun bağımsız olması (politik etkilerin dışında kalması)
- Yargıtay Cumhuriyet Savcısının siyasi partiler üstünde denetim yetkisinin bulunması
- Yargıtay Cumhuriyet Savcısının Yüce Divanda iddia makamını temsil etmesi
- Yargı erki adına adli yıl açılışlarının kurumca düzenlenmesi
- Bir kısım mahkemelere üye seçmesi (Anayasa Mahkemesi, Uyuşmazlık Mahkemesi)
- Kurum mensuplarının insanüstü çaba göstererek çalışmaları
- Kurumun elektronik altyapı olanaklarının bulunması ve personelin de bunu benimsemiş olması
- Güçlü kurumsal kimlik ve kültürün oluşmuş bulunması
- Bir kısım kurullara üye göndermesi (YSK, Rekabet Kurumu)
- Kurumsal saygınlığa sahip olması
- Kurum çalışanlarının yaptıkları işin önemine inanması
- Kurumun Adalet Akademisinin yönetim ve eğitim kadrosunun oluşumunda yer alması
- HSYK'da kurumun ağırlığının olması
- Çalışanların kalıcı ve istikrarlı olması
- Kurumun yeterli güvenlik sistemine sahip olması
- Kurumda başarılı olanların yükselme olanağına sahip olması
- Çalışanların değişime açık olması

- Kurumun eğitim ve dinlenme tesislerinin bulunması
- Demokratik katılımın üst düzeyde olması

Yargıtay'ın kurum olarak zayıf yönleri;

- Değişime karşı direnç gösteren statükocu yapı nedeniyle teknolojik ve bilimsel gelişmeler konusunda gerekli çalışmaların yeterince yapılamaması
- Fiziki yapının yetersizliği
- Tetkik hakimleri ve Cumhuriyet savcılarının yapılan işin önemine uygun hukuksal statüye kavuşturulamamış olması
- İlk derece mahkemeleri ile içtihat paylaşımının yeterli seviyede olmaması nedeniyle fazla iş yüküne sebebiyet verilmesi
- Motivasyon artırıcı çalışma yöntemlerinin olmaması
- Meslek içi eğitime fazla önem verilmemesi
- İş kapasitesine uygun Yargıtay örgütlenmesinin olmaması
- Yargıtay çalışanı seçiminde, alımında ve dağıtımında iş gereklerinin gözetilememesi
- Yabancı dil bilen üye, hakim, Cumhuriyet savcısı ve personelin olmaması ve bu konuda yeterli çalışma yapılmaması, yurt dışında eğitim olanaklarının bulunmaması
- Yargıtay'da bilimsel kurul oluşturulmaması
- Personel hakkında yeterli ve gerekli cezalandırıcı ve ödüllendirici uygulama yapılmaması
- Daireler arasında görev uyumsuzluğundan kaynaklanan süre kaybını önleyecek gerekli mekanizmanın oluşturulamaması
- Yargıya ilişkin temel konularda düşünce oluşturup dokümantasyon işlemi yapacak birimin oluşturulmaması (AR-GE birimi)

- Fiziki koşulların rasyonel kullanılmaması
- Yargısal sorunların kişisel çabalarla çözümlenebileceği yolunda toplumdaki yaygın düşünce
- Yargıtay'da bulunan dosyaların güvenliğinin sağlanması için gerekli alt yapının oluşturulamaması
- Yeterli kurumsal arşiv ve kütüphane olanağının bulunmaması
- Çalışan personele asgari yaşam ve geçim standartlarına sahip olabilmeleri için gerekli olanakların sağlanamaması

Sorunlara neden olabilecek tehditler

- Yargıtay'ın kendi çalışma tarzına uygun ve gerekli donanıma sahip bir binaya kavuşturulmamış olması
- Yargıtay üyeliği seçiminde uyulması gereken objektif kriterlerin mevzuatla önceden belirlenmemesi
- Temyize gelen dosya sayısının azaltılması yönünde etkin tedbirlerin alınmaması veya bu konuda gecikmeler yaşanması (İstinaf mahkemeleri, alternatif çözüm yolları, vs.)
- Tetkik hakimi ve Yargıtay savcılarının yurt içi ve yurt dışında meslek içi eğitim almaları için gerekli maddi ve yasal alt yapının oluşturulamaması,
- Genel bütçeden Yargıtay'a ayrılan payın azlığı
- Personel maaşlarındaki azlıktan kaynaklanan motivasyon eksikliği
- Yargıtay Başkan ve üyeleri ile tetkik hakimi ve Yargıtay savcılarının mesleklerine katkıda bulunacak yabancı dil eğitimini almaları için gerekli maddi ve yasal alt yapının oluşturulamaması,
- Adli, siyasi ve sosyal nedenlerle, toplumda çeşitli kesimlerde yargı ve Yargıtay'la ilgili olarak olumsuz imaj yaratılması

- Siyasi, ekonomik ve hukuki alanlardaki istikrarsızlık
- Diğer ülke Yargıtayları ile üye, tetkik hakimi ve Yargıtay savcısı bazında ilişkilere girilmesi ve ortak çalışma yapılması konusunda gerekli maddi ve yasal altyapının oluşturulamaması
- Tetkik hakimlerinin mevcut statülerinin Yargıtay mevzuatında açıkça belirlenmemiş olması
- Yargıtay üye, tetkik hakimi ve Yargıtay savcılarının uygun olmayan çalışma koşullarında ve aşırı iş yükü altında çalışmalarını nedeniyle, kişisel gelişime yeterli zaman ve olanak bulamamaları
- Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Tasarısında hakimler aleyhinde açılan tazminat davalarının Adalet Bakanlığınca ilgili hakimın ceza kararı ile mahkumiyeti ortaya konmadığı takdirde dahi rücu edilebileceğine ilişkin düzenleme yer alması
- Özlük hakları açısından tetkik hakimi ve Yargıtay savcılarının Yargıtay bünyesine dahil edilmemesi
- Temyize gelen dosya sayısının aşırı fazla olması

Sorunları gidermek için fırsatlar

- Yargıtay Kanunu değişikliği
- AB uyum sürecinde yapılan mevzuat değişiklikleri
- Tüm yargı mensuplarının yurt dışı bilgi, görgü ve eğitim olanaklarının artırılması yönünde yapılan çalışmalar
- Yargıtay Kanunu değişikliği sırasında tetkik hakimleri ve Cumhuriyet savcılarının durumlarının gözden geçirilmesi
- İstinaf mahkemelerinin kurulma süreci
- Anayasa değişikliği çalışmaları

- Yargıtay'ın yeni yapılanmaya ve stratejik plan oluşturmaya zorunlu hale gelmesi
- Türkiye'deki demokratik hayatın ve demokrasi kültürünün gelişmesinin, demokratik, adil, tarafsız, hızlı, etkin ve verimli bir yargılama sürecini zorunlu kılması
- Toplumun yargıdan beklentilerinin artması
- Ekonomik ve sosyal hayatın gelişmesi ve uluslararası ilişkilerin artması nedeniyle yargıda hızlanmanın sağlanmasına yönelik beklentiler
- Yargıda hızlanmayı ve güvenilirliği sağlayacak yasal değişiklikler

Yargıtay'ın kurum olarak güçlü yönleri, zayıf yönleri, sorunlara neden olabilecek tehditler ve bunları giderecek fırsatlar bu şekilde detaylı olarak sayıldıktan sonra yapılacak çalışmaların amaçları da şu şekilde belirlenmiştir.

Amaçlar;

- Yargıya saygı ve güvenin artırılması
- Etkinlik ve verimliliğin artırılması için yüksek yargı mensuplarının çalışanlarının bilgi ve birikim düzeyinin yükseltilmesi, adaletin hızlı gerçekleşmesi için son teknolojilerin etkin bir biçimde kullanılması, kaliteli hizmet üretecek düzeyde yeterli ve nitelikli insan kaynağına sahip olunması
- Yargıtay'ın konumu ve fiziki gereksinimlerine uygun bina ile teknik alt yapının sağlanması, bu suretle çalışma ortamının verimliliğini arttıracak biçimde iyileştirilmesi
- Yönetime katılımı ve çalışanların motivasyonunu artıran çalışmalar yapılması
- Yargıtay mensupları, üyeler, tetkik hakimleri ve diğer çalışanlarının insan onuruna yakışır yaşam düzeyi gereksinimlerini karşılayacak motivasyonlarını arttıracak, mali, kültürel ve sosyal olanakların sağlanması
- Bölge Adliye Mahkemelerinin faaliyete geçme süresindeki belirsizlik ve eldeki

iş birikimi gözetilerek toplumun adalet beklentisine cevap verebilmesi için Yargıtay teşkilatının genişletilerek yeniden düzenlenmesi

- Medya ve halkla ilişkilerin etkin biçimde gerçekleştirilmesinin sağlanması
- İlk derece mahkemelerinin doğru ve isabetli karar vermelerinin sağlanması için gerekli önlemlerin alınması
- Ulusal ve uluslararası hukukun gelişimini sağlamak üzere Yargıtay kimliğine uygun gerekli düzenlemelerin yapılması
- Yargıtay'ın yargılama faaliyetlerini verimli olarak sürdürebilmesi için iş yükünü azaltacak tedbirler alınması, bu konuda gerekli düzenlemelerin yapılması
- Bilişim teknolojilerinin gelişmeler ve adalet teşkilatının gereksinimleri de gözetilerek güncellenmesi

olarak tespit edilmiş ve bu amaçları gerçekleştirmek için gerekli hedeflerin ne-ler olduğu da ayrıntılı bir biçimde gösterilmiş olup bu hedeflerin başlıcaları şunlardır:

- Yargıtay daire başkan ve üyelerinin devlet protokolünde yaptıkları işin değer ve önemine uygun konumda yer almaları için gerekli çalışmaların yapılması,
- Yargıtay üyeliği seçiminin Yargıtay Genel Kurulu tarafından gösterilecek adaylar arasından yapılması,
- Yargıtay kararlarına herkesin erişebilmesi için gerekli alt yapının oluşturulması,
- Yüksek yargı mensupları, tetkik hakimi ve Cumhuriyet Savcılarının yurtdışı mesleki kariyer ve yabancı dil eğitimlerinin yerli ve yabancı üniversiteler ve kuruluşlarla işbirliği yapılarak gerçekleştirilmesi,
- Gerek yurt içi gerekse yurtdışı olmak üzere doktora ve yüksek lisans eğitimlerinin teşvik edilmesi,
- Yabancı ülke yüksek mahkemeleri ile eğitim-işbirliği olanaklarının artırılması için uluslararası sempozyumlar düzenlenmesi, yurtdışı çalışma ziyaretlerinin

sağlanması,

- Mevzuat değişikliklerinin değerlendirilmesi ve uygulamada uyum sağlanması için seminerler düzenlenmesi,
- Yargılama faaliyetlerinde teknolojinin verimli olarak kullanılabilmesi için eğitim çalışmaları yapılması, eğitim, araştırma ve dokümantasyon bürosu kurulması,
- Bilimsel kurul oluşturulması,
- Kütüphanecilik, arşivleme ve teknik konularda uzman eleman istihdamının sağlanması, elektronik ortamda hizmet verebilecek kütüphane oluşturulması,
- Personelin meslek içi ve uzmanlık eğitimlerinin desteklenmesi,
- Yargılama faaliyetinden yararlananlar tarafından yapılan katkılardan Yargıtay personeline de pay ayrılması,
- Yargıya ilişkin bilimsel konularda araştırma, inceleme, dokümantasyon işlemi yapacak AR-GE Kurulu ve insan hakları bilgi merkezi oluşturulması,
- Hukuk ve ceza dairelerinin iş durumu gözetilerek daire sayısının artırılması,
- Gerekli altyapı ve fiziki olanakların sağlanabilmesi için hizmetin görülmesine elverişli Yargıtay binasının bir an önce yapılmasının sağlanması, olarak sayabiliriz.

Bilindiği gibi 07.10.2004 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun uyarınca iki yıl içinde kurulup faaliyete geçmesi öngörülen Bölge Adliye Mahkemelerinin dokuz bölgede kuruluşuna ilişkin karar 05.06.2007 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak ilan edildiği halde, altyapı ve eleman temini sağlanamadığı için bu güne kadar çalışmaya başlamaları gerçekleştirilememiş olup en iyi tahminle 2010 yılı başında faaliyete geçmesi öngörülmektedir.

Yargının hızlanması, Yargıtay'ın iş yükünün azaltılması ve içtihat mahkemesi olma niteliğindeki gerçek işlevine kavuşması yönünde kurulması beklenen bu adli mekanizmanın bu şekilde askıda kalması da, yasalarda özellikle ceza yasalarında yapılan köklü değişikliklerle birlikte sorunların katlanarak artmasına neden olmuştur.

Bugün şöyle bir baktığımızda, hakimiyle, savcısıyla, personeliyle yargı çok büyük bir özveri ile gece gündüz, mesai saati, tatil demeden çalışmakta ise de ne yazık ki mekan, araç ve personel yetersizliği nedeniyle inanılmaz boyutlara ulaşan iş yükünün giderilmesi, istenen ve özlenen doğru ve hızlı adaletin sağlanması mümkün olamamaktadır.

Yıllarca söylediğimiz, dile getirdiğimiz, Anayasamızın da gereği olan mali özerklik sağlanmadığı için, bütün gereksinimlerimizi yürütmeyi temsil eden hükümetlerden talep etmek durumundayız.

Elbette başka birçok kurumun, aynı şekilde gereksinimleri vardır, olacaktır da.

Ancak, yaptığımız görevin önemi, aciliyeti gözetilerek taleplerimize öncelik tanınması gerektiğine inanıyoruz.

Şunu da belirtmek isterim ki taleplerimize olumsuz yanıt verildiğini söyleyemeyiz. Ancak, bürokratik işlemler, engellemeler nedeniyle somut adımların atılması gecikmekte bu nedenle de sorunlar kartopu gibi büyümeye devam etmektedir.

Göreve başladıktan kısa bir süre sonra gerek Sayın Cumhurbaşkanı, Başbakan, Adalet Bakanı, gerekse hükümetin ve yasamanın ilgili diğer üyeleri ile temasa geçerek bu sorunlarımızı kendilerine ilettik. Elbette ki gereken hassasiyeti gösterdiler. Bazı adımlar da atıldı. Ancak bunlar yeterli olmadı.

Üzülerek söylemek isterim ki;

Bütçeden yargıya ayrılan pay hâlâ Cumhuriyet döneminin en düşük düzeylerinde, bu görevin konumuna hiç yakışmayacak miktardadır.

Avrupa Birliğine girmek istiyoruz, ancak görülüyor ki bizi içlerine almaya pek gönüllü değiller. Yapılan reformları yeterli bulmuyorlar, yenilerini istiyorlar.

Ne yazık ki, ben yalnız yargı için söylüyorum, bu yapı ile, sadece bugünün değil geçmiş yılların da birikimi sonucu büyük bir yoğunluğa ulaşmış bulunan bu ağır sorunlar ile AB standartlarını yakalamamız, o birliğe entegre olmamız elbette çok zordur.

Hukukun üstünlüğü, yargı bağımsızlığı gibi sorunların hiç de gündeme gelmediği bu ülkelerde yargıya bakış açısının da yargının konumunun da ülkemizden çok farklı olduğu gözlemlenen bir gerçektir.

Bütün bu sorunlarımızın giderilmesi için gerekli adımların en kısa zamanda atılacağına ilişkin beklentimi sizlerin huzurunda bir kez daha dile getirmek istiyorum.

Bu karamsar tabloya rağmen yine de hiçbir zaman bir umutsuzluk ortamı yaratmak istemiyorum.

Gerek bireyler gerek kurumlar olarak birbirimize inanarak, güvenerek, birbirimizi severek, saygı duyarak, hiçbir komplekse kapılmadan birlikte yapılacak çalışmalarla bu sorunların ergeç üstesinden gelineceğine inanıyorum.

Devlet adamlığı bilinciyle, duygusallıkları bir yana bırakarak, her şeyin toplum için insanımız için olduğu düşüncesiyle hareket edildiğinde çok güzel şeyler yapılabileceğine inanıyorum.

Şunu da belirtmek isterim ki;

Milli birlik ve beraberliğimizin güvencesi olan toplumsal değerlerimizi yok ederek, inkâr ederek değil, onları daha da zenginleştirerek, çağın gereklerine uygun hale dönüştürerek, birleştiricilik işlevi kazandırarak toplumda birlik ve beraberliği güveni sağlayabileceğimiz kuşkusuzdur.

Sayın Cumhurbaşkanı;

Bütün bu olumsuzluklara rağmen, tüm yargı mensupları büyük bir özveri ile adalet hizmetini en iyi şekilde yerine getirmeye çalışırken, yargının hiç de hak etmediği bir takım haksız eleştiri ve ithamlarla karşı karşıya kalması, hukukun üstünlüğü

ve yargı bağımsızlığını savunmanın dışında bir düşüncesi bulunmayan bizleri fazlasıyla üzmektedir.

Her zaman söylediğimiz gibi herkese toplumun her kesimine gerekli olan bu ilkelerin zedelenmesi, geriye itilmesi herkes için bütün toplum için zarara neden olacak hukuk devleti olgusunu da temelden sarsacaktır.

Yaşanan son olaylar, hukuk devleti ilkesinden uzaklaşmanın yarattığı boşluğun mafya türü çeteleşmelerle nasıl doldurulduğunu çok açık bir biçimde göstermiştir.

Devleti kurtarma düşüncesi ile olsa bile yanlış yanlışla düzeltme olgusunun topluma ne denli zarar verdiği de bu olaylarla açıkça ortaya çıkmıştır.

Kimin suçlu kimin suçsuz olduğunu tespit etmek ve suçlu görülenlere yasalının öngördüğü yaptırımları uygulamak yargıya ait bir görevdir.

Herkesin, hukuk devleti olmanın doğal sonucu olan bu kurala saygılı olması gerekir.

Dilerim ki, mümkün olan en kısa sürede, hukuki süreç içinde, yanlışlar doğrular birbirine karıştırılmadan, hukuk siyallaştırılmadan, yargılama tamamlanarak, gerçek ve doğru bir çözüme ulaşılır, gerçek suçlular cezalandırılır. Böylece hukuk devleti olmanın hukukun üstünlüğü ilkesinin anlamı bir kez daha ortaya konulmuş olur.

Burada şunu da belirtmek isterim ki; elbette herkes gibi, her kurum gibi, ne kadar sorunu olsa da yargı da eleştirilebilir. Yanlış görülen kararları tartışılabilir. Ancak, bu eleştiriler demokratik anlayış içerisinde, hakaret ve iftira boyutuna varmadan iyi niyetli ve yapıcı yönde olmalıdır.

Bu vesile ile kamuoyunda dördüncü kuvvet olarak tanımlanan yazılı, işitsel ve görsel basına da seslenmek istiyorum.

İnanıyorum ki değerli basın mensuplarının büyük çoğunluğu üzerlerine düşen görevi büyük bir sorumlulukla yanlış düşüncelere alet olmadan özveri ile çalışarak yerine getirmektedir. Basından beklenen de budur. Kurumlar ve bireyler arası iletişimi-

mi sağlamak, belirli konularda sağlıklı bir biçimde onları bilgilendirmek suretiyle toplumun gelişmesine, çağdaş ülkeler seviyesine ulaşmasına katkıda bulunmak, basınımızın temel görevidir.

Yukarıda da belirttiğim gibi yanlış görülen her şeye basın yolu ile de eleştiri getirilebilir.

Ancak ne yazık ki yazılı, işitsel ve görsel basınımızın az da olsa bir kısmı taraftandan gerek yargıya gerekse toplumun temel taşları olan başka kurumlara yönelik çok haksız, yersiz, iftiraya, suç isnadına varan Cumhuriyetin temel ilkelerine ve değerlerine aykırı nitelikte, Ceza Kanununda, Basın Kanununda açıkça suç sayılan, adil yargılamayı etkilemeye, hazırlık soruşturmasının gizliliğinin ve yayın yasağının ihlaline yönelik maksatlı yayınlar yapıldığı görülmektedir.

Gönül arzu eder ki, bu yanlış davranışlar en kısa sürede sona ersin, demokratik tartışma ortamında doğrular, yanlışlar gerçekçi bir biçimde ortaya konulsun, devletin, toplumun birliğimizin, bütünlüğümüzün güvencesi olan temel kurumlar, bireyler yıpratılmasın. En içten dileğimiz budur.

Yıllardır süren çabalara, kolluk güçlerinin, Türk Silahlı Kuvvetlerinin çok büyük bir özveri ve kahramanca, hayatları pahasına verdikleri mücadeleye rağmen tüm dünyada olduğu gibi yurdumuzda da bölücü ve irticai terör ne yazık ki sona erdirilememiştir.

Terör nedeniyle devletimizin uğradığı maddi ve manevi kayıp çok büyüktür.

Terörle mücadelenin güçlü bir biçimde yürütülmesi ve terörün bitirilebilmesi için gerekli olan devletin savunma mekanizmalarını, moral değerlerini zaafa uğratma çabalarına hiçbir şekilde pirim verilmemelidir.

Uluslararası terörün boyutları, ülkemizin bulunduğu coğrafyadaki jeopolitik konumu ve globalleşen dünyada hızla değişen dengeler, Karadeniz bölgesinde son yaşanan olaylar nedeniyle yeniden baş gösteren doğu-batı çekişmesi, gerek iç gerekse dış politikada ne kadar güçlü ve dikkatli olmamız gereğini bunun için de birlik ve beraberliğe ne kadar muhtaç olduğumuzu açıkça ortaya koymuş bulunmaktadır.

Sayın Cumhurbaşkanım;

Geleceğe olumlu bakabilmek için, geçmişimizi, geçmişte yaşadıklarımızı da çok iyi bilmemiz gerekmektedir.

Yüce Atatürk ve onun fedakâr silah arkadaşları öncülüğünde gerçekleştirilen ve binlerce vatan evladının canı pahasına kazanılan Milli Kurtuluş Savaşı sonunda yoktan var edilerek çağdaş ilkelere dayalı olarak kurulan Türkiye Cumhuriyeti'nin temellerinin her şeye rağmen çok sağlam olduğuna inanıyorum.

Bu temel ilkelere hepimiz sahip çıkmak, onları korumak, kollamak durumundayız. Dayanılan temeller çökerse bundan hepimizin zarar göreceğini söylemeye gerek yoktur.

Türkiye Cumhuriyeti'nin bütün kurumları, bu temel ilkeleri korumak ve sonuçta toplumun güvenini, refahını, mutluluğunu sağlamak için vardır.

Devlet olmanın temel felsefesi de budur.

Herkesin, bilhassa gençlerin, Polatlı'yı, Çanakkale'yi, Afyon'u, millet olarak kahramanlığımızın ve Kurtuluş Savaşımızın simgesi olan buraları ve diğer yerleri mutlaka görmeleri, o günleri, ülkenin her yöresinin insanları tarafından vatan için, ölüm pahasına, fedakârca verilen mücadeleyi benliklerinde hissetmeleri ve böylece Cumhuriyetin değerini daha iyi anlamaları gerekir.

Bu vesile ile bu günlere gelmemizi sağlayan, bu çağdaş ülkenin temellerini atan, Yüce Atatürk'ü, onun dava arkadaşlarını, bir kez daha saygı ve şükranla anmak istiyorum.

Hiçbir kişi ve kurum bu temel değerleri sarsacak, zedeleyecek davranış içerisinde bulunmamalıdır. Onların çizdiği yolda, gösterdikleri çağdaş ilkeler doğrultusunda ülkemizi daha ileriye daha iyiye, doğruya, güzele götürecek çağdaş medeniyetler seviyesine ulaştıracak çözümler aramalıyız.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli Konuklar,

Değerli Meslektaşlarım;

Her yönüyle aydınlık, Cumhuriyet ilkelerine gönülden bağlı, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olmanın koşullarını tam anlamı ile yerine getirmiş bir Türkiye'yi, tüm yargı mensuplarının, görev, yetki ve konumları ile uyumlu Avrupa Birliği ve çağdaş ülkeler standartlarında her türlü maddi-manevi olanağa sahip olarak yargılama görevini tam bir güven ortamı içerisinde, rahat ve huzurlu bir şekilde yerine getirdikleri günleri en kısa sürede görmek dileğiyle, sözlerimi burada bitirirken, bu anlamlı günümüzde bizlerle birlikte olmanızdan duyduğum mutluluğu bir kez daha yineleyerek sizlere en içten saygılarımı ve sevgilerimi sunuyorum.

Hasan GERÇEKER
Yargıtay Birinci Başkanı



2008-2009 YARGI YILI AÇILIŞ KONUŞMASI

Av. Özdemir ÖZOK (*)

Sayın Cumhurbaşkanım,

Yargımızın saygın üyeleri, değerli konuklar, yazılı ve görsel basınımızın seçkin temsilcileri “2008–2009 Adli Yıl Açılış Töreni”ni onurlandırmanızdan dolayı sizleri saygılarımla selamlıyorum.

6 Eylül 2001 yılından bu güne kadar, sizlere sekizinci kez seslenmenin onuru ve mutluluğu yanında tanımlanması güç, karmaşık duygular yaşamaktayım. Her yeni adli yıl açılışında yaptığımız onca tespit ve değerlendirmeye karşın “*hukukun üstünlüğü*”, “*hukuk devleti*”, “*yargı bağımsızlığı*” ve “*yargıç güvencesi*” gibi temel ilkele-
rin tanımı, önemi ve algılanması yanında, ortaya çıkan sorunlar yönünden bir önceki yılı aratmaktadır.

Bu konuşma ile ikinci dört yıllık seçim dönemim bitmiş olacaktır. Türkiye Barolar Birliği'nin demokratik yapısı içinde gelecek yıl sizlere hangi başkanın hitap edebileceğini bilmek mümkün değildir. Yeni başkanımız kim olursa olsun, Türkiye Barolar Birliği'nin kuruluşundan itibaren savunduğu “*hukukun üstünlüğü*”, “*hukuk devleti*”, “*laik demokratik cumhuriyet*”, “*insan hakları*” ilke ve ideallerinden asla uzaklaşmayacağını söyleyebilirim. Ben de bu köklü ve çağdaş yapının gereği olarak konuşmalarımın tümünde meslek ve yurt sorunları öncelikli olmak üzere “*demokrasi*”, “*insan hakları*”, “*hukukun üstünlüğü*”, “*hukuk devleti*”, “*yargı bağımsızlığı*” ve

(*) Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

“yargıç güvencesi” gibi ilke ve kavramlar konusunda içtenlikli görüş ve düşüncelerimi sizlere arz etmeye çalıştım.

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı’na adaylığımı koyduğum 13 Mayıs 2001 günlü Diyarbakır Olağan Genel Kurulu’nda, “*Çağdaş bir Türkiye özlemidir bizi yönlendiren, demokratik bir cumhuriyettir temel hedefimiz, Özgür yurttaş olma seçiminiz, insan hakları, hukukun üstünlüğü ve sivil toplumdur özümsemiştir, eşitlikçi, dürüst ve erdemli bir yönetimidir istediğimiz*” şeklindeki sözlerim meslektaşlarımıza, halkımıza ve kamuoyuna bir vaat ve hatta taahhüdü içermekteydi. Bu yılki konuşmamı hazırlarken daha önce yapmış olduğum yedi adli yıl açılış konuşması metinlerini ve basındaki yansımalarını gözden geçirdiğimde bir hukuk kurumu başkanı olarak, Türkiye Barolar Birliği adına hukukun ortak paydası sayılabilecek “*demokrasi*”, “*insan hakları*”, “*hukukun üstünlüğü*”, “*hukuk devleti*” ve “*laik cumhuriyet*” gibi ilke ve kavramlarla ilgili düşüncelerimizi her siyasal iktidar döneminde özgür ve demokratik bir biçimde seslendirmiş olduğumuzu tespit ettim.

6 Eylül 2001 günlü konuşmamda yargı ve cumhuriyetin temel ilkeleriyle ilgili dilek ve kaygılarımı şu şekilde dile getirmişim;

“...*hukuk devletinin en önemli unsurlarından biride kuşkusuz yargı bağımsızlığıdır. Yürütme ve yasama işlemlerinin hukuka uygunluğunu denetleyecek kurumlar, yürütme ve yasama organları karşısında tam bir bağımsızlığa sahip değillerse, yargıdan beklenen yararlar büyük ölçüde ortadan kalkar. Özellikle her ne şekilde olursa olsun, siyasal iktidarların etkisi altındaki bir yargının bağımsızlığından söz edilemez...*”

“...*çağdaş değerler üzerine kurulan genç cumhuriyetimizin ilke ve kazanımları birer birer yıpratılarak, içleri boşaltılarak işlemez hale getirilmiştir.*”

6 Eylül 2002 günlü adli yıl açılış konuşmasında yargıyla ilgili tespitlerimiz ise şu şekildedir;

“...*siyasetçisi, yargıcı, savcısı, avukatı ve yargıyla doğrudan ya da dolaylı ilgisi olan herkes, yargıdaki olumsuzluklardan yakınmakta; ancak, başta siyasal iktidar-*

lar olmak üzere, hiç kimse yargının yakınmalarına ve sorunlarına köklü çözümler üretememektedirler. Çünkü yürütme erkini elinde bulunduran siyasi iktidarlar hiçbir biçimde güçlü ve bağımsız bir yargı istememektedirler. Muhalefette yargı için söylenenler ve yapılan tespitler iktidara gelindiğinde kesinlikle unutulmaktadır...”

“...kişinin doğru ve güvenli yargılanma hakkı, anayasalar ve yasalarla güvence altına alınan ve uluslar arası bazı hukuk metinlerinde de özenle yer alan temel haklardandır. İç hukukumuzda Anayasamızın 36, 37, 138, 139 ve 141 maddelerinde şekillenen bu hak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde 'Adil Yargılanma Hakkı' olarak düzenlenmiştir. Bir insanlık onuru olan hak aramanın ülkemizdeki pratiği çok çetin ve zorlu geçmektedir...”

“...Türkiye Barolar Birliği ve barolar ülkemizde çağdaşlığı, insan haklarını, demokrasiyi, hukukun üstünlüğünü ve tüm bunların egemen olduğu laik hukuk devletini savunmakta ayrıca büyük önder Atatürk ve arkadaşlarının kurup bizlere emanet ettiği Cumhuriyet ve onun kazanımlarının korunmasında büyük duyarlılık göstermektedirler. Teokratik devlet özlemcilerine, ulusal ve üniter devlet karşılarına TBB geçit vermeyecektir. Eğer bizi bu nedenlerle taraf olarak nitelendiriliyorsa teşhis ve tespitleri doğrudur...”

8 Eylül 2003 günlü adli yıl açılışı sırasında bu döneme ilişkin tespitlerimiz şunlardır:

“...ilkesel ve kurumsal sorunlara çağa uygun, insan haklarının güvencesi olan 'adil yargılanma hakkı' alanında ciddi ve kapsamlı düzenlemeler düşünülmendiği, planlanmadığı ve yaşama geçirilemediği için Adalet Bakanları bile kamuoyunun gözleri önüne serilen acı gerçekler karşısında çözümsüzlükleri itiraf etmek durumunda kalmışlardır...”

“...siyasi partiler özgür, kendi hakkında karar verme yetisine sahip bireylerin etrafında toplanarak meydana getirdikleri örgütlerdir. Kişilerin bir siyasi partiye üye olması ve sonra ayrılması, onun yansızlığını ve bağımsızlığını etkilemez, kamu görevi sırasında çalışmalarına olumsuz etki yapmaz. Ancak yaşamda bireyler çok disiplinli derneklere, cemaatlere ve tarikatlara bağımlı olabilmektedirler. Bir tarikata bir ce-

maate girmek sıradan bir derneğe veya siyasi bir partiye üye olmakla aynı anlama gelmez. Burada bir kuruluşa üyelikle, bir fikre kendini adama arasında ciddi bir ayırım yapmamız gerekir. Bireyden önce var olan ve bireyi yok sayan tarikat ve cemaat mensuplarının ölesiye bağlı oldukları inancın gücüyle oturdukları kürsüler, buldukları makamlar ve koltuklarda nasıl demokrat olunur, nasıl tarafsız ve yansız olunur...”

“...Türkiye Cumhuriyeti’ni kuranlar, cumhuriyet fikrinin hedefinde demokrasi olduğunun bilincindeydiler. Ancak, demokratik sisteme geçilebilmesi için öncelikle laik, çoğulcu ve katılımcı bir toplumun varlığına ihtiyaç olduğunu da 1876’lara uzanan deneyimlerden öğrenmişlerdi. Çağdaş toplumu ön plana alan cumhuriyet, kamusal alanın karşısına özgür bireyi hazırlamak için okuma yazmayı yaygınlaştırmaya, kültürel gelişmeye büyük önem vermiştir. Bu konuda büyük emek sarf edilmiş, büyük atılımlar yapılmıştır. Bugün cumhuriyeti küçümseyenler, onun kazanımlarını eleştirilenler, onun üzerine bir karabasan gibi çökenler bu eğitim seferberliğinde yetişmiş olduklarını unutarak karşımıza çıkmaktadırlar. Ümmetten, kulluktan çağdaş ve özgür bireye geçişteki çetin süreci görmezden gelenlere söylenecek çok söz yok...”

“...iktidarı elinde bulunduran siyasi parti temsilcileri, iktidarın sonsuz ve sınırsız olanaklarını kendi dünya görüşleri ve yandaşları için kullanma eğilimlerinin yanı sıra, 80 yıllık birikimi olan demokratik laik parlamenter sistemimizin, yazılı ve yazılı olmayan kurum ve kurallarını yok sayan tutum ve davranışlar sergilemişlerdir. Yine cumhuriyetimizin özenle korunan değerlerini, kazanımlarını görmezden gelen, onları hafife alan, farklı ve değişik bir cumhuriyet anlayışlarının olduğunu ortaya koyan irade ve eylemler sergilemektedirler. Bu anlamda cumhuriyetin köklü ve etkin kurumlarıyla çatışmayı yenilik ve farklı bir politika olarak sunmaktadırlar...”

6 Eylül 2004 günlü adli yıl açılış konuşmasında yaptığımız tespitler ise;

“...Cumhuriyetin ulaşmak istediği ‘demokrasi’ ‘laiklik’ üzerine oturtulmuştur. Cumhuriyeti kuranlar amaçlarına ulaşmak için ‘skolastik’ düşünce anlayışının ege-men olduğu eğitim ve kültürün oluşturduğu geleneksel yapıyı kırmak suretiyle önce ‘özgür birey’ yaratmak istemişlerdir. Bunun için kişi özgürlüğünü sınırlayan ‘tekke ve

zaviyeleri' yasaklamışlar, en önemlisi 'özgür bireyi eğitim birliğiyle Cumhuriyet vatandaşlığına hazırlamaya çalışmışlardır..."

"...siyasetin gölgesinin yargı üzerine düşmemesi için, Adalet Bakanı ve bakanlık müsteşarının kuruldun mutlaka ayrılması, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na bağlı bir teftiş kurulunun oluşturulması; bunun doğal sonucu olarak adalet bakanlarının yargıç ve savcılar hakkında resen soruşturma başlatma yetkisinin kaldırılması, mesleğe giriş sınavının mutlaka bu kurul tarafından yapılmasının sağlanması ve hepsinden önemlisi özlük işlerinin tamamen Kurula bağlanması gereklidir..."

"...halk, kendi adına yargılama yapan yargıçtan, haksızlığa uğradığı an korkusuzca ve çekinmeden onun adaletine sığınmak yanında 'doğru ve güvenli' yargılama yapmasını beklemekte ve istemektedir..."

6 Eylül 2005 günlü adli yıl açılışında yaptığımız tespitler;

"...her adli açılışında ayrıntılarına kadar yinelediğimiz yargı sorunları başta olmak üzere, yaşanan ve her geçen gün giderek ağırlaşan yurt ve meslek sorunları, artık bir sistem ve siyaset sorunu olmaktan çok, devletimizin geleceğini doğrudan ilgilendiren 'rejim sorunu' haline dönüşmüştür..."

"...tek parti iktidarının yasama organındaki sayısal üstünlüğü yanında yönetimde de istikrar ve etkinliği yakalaması çok önemlidir. Bu ise, geniş kitlelere güven esasına dayalı yeni bir bürokratik anlayışı yerleştirmek ve dar kadroculuk anlayışından sıyrılarak liyakati öne çıkarmakla mümkün olabilir..."

6 Eylül 2006 günlü adli yıl açılışında yaptığımız tespitler;

"...kuşkusuz 'Türk aydınlanma' hareketinin 200 yıllık bir geçmişi ve birikimi vardır. Bu yönleriyle birilerinin söylediği gibi Türkiye Cumhuriyeti birkaç kişinin fantezisi olarak kurulan bir devlet olmayıp ulus olmak, uygar yurttaş olmak isteyen bir halkın özlemi, iradesi, kararlılığı ve kanıyla kurulmuştur. Tarihsel, kültürel ve sosyolojik bu gerçekler karşısında bir ulusun 'aydınlığa' ve 'çağdaşlığa' yönelik kararlı ve inançlı yürüyüşünü, etnik-mikro milliyetçiliğin ve Anadolu insanının doğasına aykırı yobaz dinciliğin ve toplumu Araplaştırma çabalarının engellemesine ola-

nak yoktur...”

“...Türk adalet ve yargı sistemi, yapısal, örgütsel, işlevsel, insan ve mali kaynakları bakımından çok ciddi ve çözümü kolay görünmeyen sorunlarla karşı, karşıya bulunmaktadır...”

“...TBB ve barolarımızın ‘zorunlu müdafî’ ve ‘mağdur haklarının korunması’ konularında hiçbir çekinceleri bulunmamaktadır. Aslında bunların daha geniş biçimde uygulanmasını istemektedirler. Ancak, bunun koşulu gereken maddi kaynakların sağlanması, avukatlara Anayasaya aykırı ‘angarya’ yaptırılmamalıdır...”

6 Eylül 2007 günlü adli yıl açılışında yaptığımız kimi tespitler;

“...2007 yılı ülkemiz siyasal tarihi için çok renkli ve anlamlı bir yıl olarak anımsanacaktır. Cumhurbaşkanlığı seçimiyle başlayan tartışmalar bir anlamda ‘anayasa’ krizine dönüşmüş, neyin doğru, neyin yanlış olduğunun pek önemli olmadığı bilimsel ve demokratik yaklaşımların ciddiye alınmadığı bir kamplaşma süreci yaşanmıştır...”

“...ulusumuzun hiç hak etmediği, bu karmaşanın, olumsuzlukların ve çirkin görüntülerin kaynağını defolu demokrasimizin nedeni olan 1982 Anayasasının anlayışı, yazımı, dili, mantığı ve ruhu oluşturmaktadır...”

2001 yılından bu yana adli yıl açılışlarında yaptığım konuşmalardan bazı tespitleri yeniden sizlerle paylaştım. Görüldüğü gibi her yeni yılda sorunlar azalmıyor aksine daha da artarak bir anlamda “sorunlar sarmalı” haline geliyor.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Özellikle 2007–2008 adli yılı yargımız için, hiç hak etmediği olumsuzlukların yaşandığı bir yıl olmuştur.

Yıllardır kurumsallaştırmaya çalıştığımız “parlamentar demokratik sistem” ve onun olmazsa olmaz koşulu olan “erkler ayrılığı” ilkesi, siyasal iktidarı elinde bulunduran egemen güçlerin bu ilkeye olumsuz, otoriter ve önyargılı yaklaşımları nedeniyle bir türlü işletilememektedir. Yasama ile yürütmenin birlikteliği bir başka anlatımla bu

erklerin tek elde toplanması “parlamentar demokratik sistemi” işlemez hale getirmekte ve siyasal iktidar temsilcilerinin “hukuk devleti” olgusuyla bağdaşmayan anti demokratik uygulamalarına neden olmaktadır. İşte bu noktada “hukuk devleti”nin olmazsa olmaz koşulu ve erkler ayrılığının önemli bir ögesi olan “bağımsız yargı” devreye girmekte yasama erkinin yapamadığı “denetim” görevini yerine getirmek suretiyle iktidarın sınırsız gücünün keyfiliğe dönüşmesini engellemektedir. Çünkü “yasama ve yürütmenin birlikteliği”, “hukuk devleti” ve “hukukun üstünlüğü” ilkesi bakımından ve ülke hukuk pratiği yönünden sağlıklı ve umut kırıcı gelişmelere neden olabilmektedir. Bir an için ülkemizde kural tanımaz, hukuk tanımaz, sadece parti çıkarı ve popülist politikalar peşinde koşan siyasal iktidarların var olabileceğini düşünelim. Bu iktidarın işlem ve tasarrufları karşısında yargı erki de olmasa, neler olabileceğini hiç düşündünüz mü?

“Erkler ayrılığı” ve “yargı bağımsızlığı”nın doğal sonucu olarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nın Anayasa’nın 69. maddesi ve Siyasi Partiler Kanunu’nun 101. maddesindeki görev, yetki ve sorumluluğunun yasal gereği olarak Adalet ve Kalkınma Partisi’nin kapatılması istemiyle Anayasa Mahkemesi’ne açtığı dava sonrası yaşananlar Türk yargı sistemimizin tarihinde ders alınması gereken önemli bir süreç olarak yerini almıştır. Bu süreçte yurt içinden ve yurt dışından yapılan haksız, dayanaksız ve hukuk dışı saldırılar nedeniyle yargı adına büyük olumsuzluklar yaşanmıştır. Türkiye Barolar Birliği olarak davanın açıldığı 14.3.2008 gününden itibaren Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nın açmış olduğu kapatma davasını, Anayasa’nın 68. ve 69. maddeleri, Siyasi Partiler Kanunu’nun 98–108. maddeleri, Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun’un 18 ve 33. maddeleri ile CMK m. 174. hükümleri yanı sıra, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları çerçevesinde değerlendirerek, Anayasa Mahkemesi’nin vereceği kararı beklemek gerektiğini ileri sürdük ve yargılamayı etkileyecek her türlü eylem ve söylemden özenle kaçındık. Tüm kesimlerin de bu özeni göstermesini, yargılamayı doğrudan ve dolaylı olarak etkileyecek girişimlerde bulunulmamasını ısrarla yineledik. Ancak maalesef hakkında kapatma davası açılan iktidar partisi yetkilileri başta olmak üzere, ona yandaş kimi dernek ve kuruluşlar, ulusal ve uluslar arası medya

kuruluşları, ABD ve AB'nin işgüzar diplomatları akıl almaz eylem ve söylemleriyle başta Cumhuriyet Başsavcılığı olmak üzere Anayasa Mahkemesi'ni hedef alan saldırı, tespit ve değerlendirmelerde bulunmuşlardır.

Avrupa Birliği yetkililerinden AKP'ye yönelik kapatma davasının Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmesi halinde “müzakerelerin durdurulabileceği” tehdidi gelmiştir. Yine aynı şekilde ABD yetkilileri kapatmanın getireceği olumsuzluklardan söz ederek AKP'nin kapatılmaması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. ABD büyük elçisi sıfatını taşıyan bir zat ise daha da ileri giderek gün ve saat vererek mahkemenin alacağı kararı, içeriği ile birlikte kamuoyuna duyurabilmiştir. İşin en hazin yanı tüm bu haksız, dayanaksız ve anlamsız saldırılar karşısında siyasal iktidar temsilcilerinden hiçbir tepki gelmemiş olmasıdır. En azından bir yetkili çıkarak “*Durun bakalım yaşananlar bizim iç hukukumuzu ilgilendiren konulardır, biz bunları kendi kuralları içinde çözeriz siz niye müdahale ediyorsunuz*” dememiştir, diyememiştir. Aksine iktidar partisinin bir kesimi tarafından bu müdahaleler desteklenmiş ve AKP lehine kullanılmaya çalışılmıştır.

Sayın Anayasa Mahkemesi Başkanı'nın kararın açıklanması sırasında kararla doğrudan ilgisi olmayan açıklamalarını uygun bulmadığımızı, bu konuda daha özenli davranılması gerektiği kanısını taşıyoruz. Gerekçeli karar açıklanmadan bir mahkeme başkanının kararın içeriği, gerekçeleri ve motivasyonu konusunda kamuoyunu ikna etmek isteyen “*toplumsal önder*” tavrı ile “*ombudsman*” benzeri açıklamalar yapmasını doğru bulmuyoruz. Çünkü bilindiği gibi bir mahkeme kararında varılmış sonuçlar, ancak gerekçelerin ışığında anlam kazanır. Her mahkeme kararı için doğru olan bu durum, Anayasa Mahkemesi kararları için öncelikle geçerlidir.

Bu bağlamda, hep dillendirdiğimiz ve hukuk çevrelerince sürekli gündeme getirilen Anayasa Mahkemesi kararlarının, kurulca oylama yapıp sonuç saptandıktan aylar, yıllar sonra gerekçeye bağlanması, son derece sakıncalı durumlar yaratmaktadır. Örneğin Anayasanın 10. ve 42. maddelerinde yapılan değişikliklerle ilgili başvuru sonuçlanmış, ancak gerekçeli karar henüz açıklanmamıştır. Oysa bu kararın gerekçelerinin, yakın ilgisi nedeniyle “*kapatma davası*” diye anılan davanın kararından önce

mutlaka açıklanması gerekirdi. Türkiye'deki bu uygulamalar mutlaka çağdaş hukuka uygun hale getirilmeli sık sık dillendirilen “*yargı reformu*” söylemlerinde bu konular öncelikle ele alınmalıdır. Bu toz duman arasında Anayasa Mahkemesi'nin onbir sayın üyesi kendilerince doğru olduğuna inandıkları kararlarını vermişlerdir.

Buna göre; bir üye davanın reddi, altı üye söz konusu partinin laiklik karşıtı eylemlerin odağı olduğu savı ile kapatılması, dört üye ise aynı gerekçe ile yani AKP'nin laiklik karşıtı eylemlerin odağı olduğu ama kapatılma yerine hazine yardımının yarısının kesilmesi yönünde oy kullanmışlardır.

Böylece; Anayasa Mahkemesi'nin bir üyesi dışında on üyesi “*iktidar partisi AKP'nin laiklik karşıtı eylemlerin odağı olduğu yönünde tespit ve değerlendirme*” yaparak hüküm tesis etmiştir. Bu sonuç karşısında başta Cumhuriyet Başsavcılığı Kurumu olmak üzere, Sayın Yargıtay Başsavcısı'nın kişiliğine yönelik saldırılar yanı sıra, Anayasa Mahkemesi ve onun sayın üyelerine yönelik acımasız ve seviyesiz saldırıları yapanlar acaba ne düşünmüşlerdir?

Biz bu aşamada da yine “*hukuk*”, “*hukukun üstünlüğü*”, “*yargı bağımsızlığı*”, “*yargıç güvencesi*” kavram ve ilkelerine bağlı kalarak, verilen kararı bu ilkeler doğrultusunda değerlendirerek herkesin bu karardan kendisine düşen dersi çıkarmasını öneriyoruz. Özellikle; Mahkemenin AKP'nin “*laiklik karşıtı eylemlerin odağı olduğu*” yönündeki hükmü bu partiye ve onun üyelerine yönelik “*kesin*” bir uyarı olması nedeniyle son derece önemlidir. Bu kararın hukuki yorum ve değerlendirilmesi bakımından iki önemli sonucu vardır. Bunlardan birisi siyasal iktidarı dolayısıyla yürütme erkini elinde bulunduran AKP'nin bundan böyle takip edeceği siyasal, sosyal ve hukuki politikalarıdır. AKP siyasi varlığını sürdürebilmek için bu karardaki gerekçeleri dikkate almak ve bundan böyle, karara esas olan eylem ve söylemlerden ve bunların benzerlerinden özenle kaçınmak durumundadır. Büyük olasılıkla AKP yetkilileri karara etkili olan yönetim kadrolarında ve Bakanlar Kurulu'nda gerekli değişiklikleri yapacaklardır. Bu konuda kamuoyunda büyük bir beklenti vardır. Bu hem iktidar partisinin Anayasa Mahkemesi kararından sonra içtenliğini göstermesi, hem de demokratik açılım bakımından toplumun beklentilerine yanıt verebilmesi açısından

önemlidir. Karardan sonra sayın Başbakan tarafından yapılan açıklamalar bu konuda olumlu yöne gidileceğinin işaretlerini vermektedir.

İkincisi, iktidar partisinin kurucu üyesi olan ve Cumhurbaşkanlığı kurumunu temsil eden Sayın Cumhurbaşkanı'nın eylem ve söylemleri karar gerekçesinde yer alırsa, Cumhurbaşkanlığı kurumu yeni tartışmaların odağı haline gelebilecektir. Anayasa'nın 103. maddesinde düzenlenmiş olan ant içme metninin içeriği Cumhurbaşkanlığı görev dönemi ile ilgili olmakla beraber bu göreve seçilmeden önce laik Cumhuriyet ilkesine aykırı eylemlerin Anayasa Mahkemesi'nce tespit edilmesi ve gerekçeye alınması halinde ciddi hukuksal sorunlar çıkacaktır. Bu gelişmeler nedeniyle; Cumhuriyet Başsavcılığı ve kamuoyu bu iki kurumu ve bu kurumları temsil eden kişileri demokrasi, özgürlükler ve hukuk devleti ile bunların omurgasını oluşturan ve Cumhuriyetimizin üzerinde yükseldiği temel ilkelerden olan "laiklik" ilkesi yönünden duyarlılıkla izleyecek ve gerekli uyarıları yapacaktır. Bu karardan sonra özellikle Sayın Cumhurbaşkanı'nın işlem ve tasarrufları daha da önem taşımaktadır. Çünkü büyük devlet adamı General De Gaulle Cumhurbaşkanlığı kurumunu "Tüm ulusun yaşama iradesinin ifadesi" olarak tanımlamış ve devamla Cumhurbaşkanı'nın statüsü ile ilgili olarak da "bu öyle bir yetkidir ki, ne sağa nede sola aittir, Devlet Başkanı Fransa'nın temsilcisidir, onun ebedi varlığını temsil eder, Parlamento ise sadece Fransızların çok yönlü particiliğini ve hizipçi eğilimlerini temsil eder" demek suretiyle hükümeti temsil eden siyasal iktidarla, devleti temsil eden Cumhurbaşkanlığı kurumunu arasındaki önemli farkı ortaya koymuştur. Bu ilke 1982 Anayasası'nın 101. maddesinde de "Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişkisi kesilir ve TBMM üyeliği sona erer" biçiminde ifade edilmiştir. Çünkü Cumhurbaşkanları belli bir siyasi partiyi, ya da belli bir siyasi görüşü değil, ülkelerinin anayasal düzenleri ve devletin devamlılığı yanında, yurttaşlarının tümünün çıkarları başta olmak üzere; uluslarının bütünlüğünü de korumak durumundadırlar.

Cumhuriyet tarihimizin en önemli kararı olan Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararı bütün bu özellikler göz önünde bulundurularak değerlendirilmeli ve iyi okunmalıdır. Bu siyasal iktidarın yargı kararlarına bakışının somutlaşması bakımında da son derece önemlidir. Aksi tutum ve davranışlar siyasal iktidarı elinde bulunduran

AKP yanı sıra, Cumhurbaşkanlığı kurumunu da yıpratır, ülkemizin siyasal istikrarı ve toplumsal barışı yönünden telafisi imkansız olumsuzluklara neden olur.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Türkiye'nin ve dünyanın geldiği bu süreçte çağdaş, katılımcı ve çoğulcu demokrasinin ulaştığı bu evrede, hala ülkemizde parti kapatma davası açılıyor olması, eksik defolu demokrasimizin bir sonucu olması yanında son derece üzüntü verici bir durumdur. Demokrasinin sorunları yine demokratik yöntemlerle giderilmeli ve bunu gerçekleştirecek demokratik yapının ülkemizde kurulması ve yaşatılması gereklidir. Dileğimiz, siyasi partilerin anayasal çerçeve dışına çıkmaya niyetlenmediği ve sorumluluklarının bilincinde ülke yönetimine talip olduğu ve bu nedenle de hiçbir parti hakkında yaptırımlara başvurma ihtiyacının duyulmadığı olgun, pekişmiş ve eksiksiz bir demokrasiye en kısa sürede ulaşmamızdır. Ama maalesef büyük bir seçmen topluluğu siyasal partiler tarafından istendiği gibi şekillendirilebilmektedirler. Bu acı ülke gerçeğini dile getirirken asla "halkı küçümseme" ve "seçkinci davranmak" gibi bir niyetimiz ve düşüncemiz yoktur. Bu halk bizim halkımız ve biz ona her zaman saygılıyız. Bizim derdimiz, eksiksiz demokrasinin önünü açmak için, seçim yasalarında ve siyasi partiler yasasında radikal değişiklikler yapmayıp, din bezirganlığı yapanlarla, bizim derdimiz siyaset bezirganlığı yapanlarla, bizim derdimiz akı kara, karayı ak göstermeye çalışan popülist politikacılarıdır. Yoksa özellikle çağdaş değerlerle, akılla, bilimle, gerçekçilikle, sosyal ve siyasal istikrarla tanışmasına engel olunmaya çalışılan masum, asil ve sabırlı halkımızla hiçbir alıp veremeyeceğimiz yoktur, asla da olamaz. Bizim hedefimiz halkı siyasi projelerinin malzemesi olmaktan başka bir noktada görmeyen, algılamayan çarpık siyaset anlayışları ve onların temsilcileridir. Çünkü böyle sorunlu bir anlayış ürünü olan siyasi iktidarların yargıya ve hukuka bakışı da sorunlu ve çarpık olmakta hiçbir biçimde yargının gücüne ve bağımsızlığına, millet adına hareket etme yetisine, içtenlikle inanmamakta bu erki hep ayak bağı ve sindirilmesi gereken bir hasım olarak görmektedir. Türkiye'nin temel sorunu bu çarpık anlayış ve onun ürünü olan zihniyettir. Acil olarak bu patolojik anlayışın ürünü olan zihniyet ve yaklaşım değişmeli, evrensel kurum ve kavramlar sadece araç değil, amaç olarak da benimsenmeli ve içselleştirilmelidir. Aksi vurdumduymaz yaklaşımlar,

sorunların kronikleşerek daha da içinden çıkılmaz hale gelmesine neden olacaktır.

Türkiye Cumhuriyeti'nde yıllardır bir arada yaşayan insanlar, artık Cumhuriyetin kazanımları ve onun sağladığı güven ortamında temel özgürlükleri edinme ve kullanma noktasında hiçbir endişe duymamalıdır. Bu konuda büyük görev, siyasi parti ve toplum liderlerine düşmektedir. Onların ortaya koyacağı demokratik tavır ve açılım toplumun tüm kesimlerini etkileyecektir. Çünkü; insan hak ve özgürlüklerinin güvencesi tam anlamıyla işleyen eksiksiz demokrasidir. Başka bir anlatımla insan hak ve özgürlüklerine sahip çıkmak onları savunmak, eksiksiz demokrasiyi savunmakla eş anlamlıdır. Tüm bu kavram ve ilkelerin güvencesi ise gerçek bir hukuk devletidir. Hukuk devletinin olmazsa, olmaz koşulu ise yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesidir. Anayasa Mahkemesi kararını ve tüm mahkeme kararlarını bu ilke ve kavramlar ışığında yorumlamak ve değerlendirmek gerekmektedir.

Sırası gelmişken AKP'ye karşı açılan kapatma davası dolayısıyla yargıya yönelik saldırılarda “*Venedik Komisyonu*”nun siyasal partilerle ilgili kararının saptırıldığı ve parti kapatmanın sadece şiddet kullanan örgütlerle sınırlı olduğu tezini ortaya atmak suretiyle kamuoyunun yanlış bilgilendirildiğini hatırlatmak isterim.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Yargı ile ilgili olarak yukarda ayrıntılı olarak anlattığım sorunları yakın zaman içinde kamuoyunda “*Ergenekon*” olarak adlandırılan dava dolayısıyla da yaşayacağımızı sanıyorum.

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından TCK'nın “*Hükümete Karşı Suç*” başlıklı 312. “*Türkiye Cumhuriyeti Hükümetine Karşı Silahlı İsyân*” başlıklı 313. ve “*Silahlı Örgüt*” kurulması ile ilgili 314. maddelerine göre başlatılan soruşturma iddianameye bağlanarak CMK 170. maddesi gereğince İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'ne sunulmuştur.

İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi, CMK 175. maddesine göre “*iddianamenin kabulü*”ne karar vermiş; böylece kamu davası açılarak kovuşturma evresi başlamıştır. Türkiye Barolar Birliği olarak kapatma davasında olduğu gibi burada da, hem savcılı-

ğın yetkili olduğu “*soruşturma evresi*”nde, hem de İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi’nin iddianameyi kabulüyle başlayan “*kovuşturma evresi*”nde her zamanki yaklaşımımızı sergiledik. Bu tutumumuz, şu ya da bu şekilde bir yere ait olduklarına inananlar ve objektifliğini yitirenler yönünden uygun bulunmadı ve eleştirildi. Önemli kurum temsilcilerinin savcılığına ve avukatlığına soyunduğu bu davada ölçü öylesine kaçırıldı ki, hukukun “*masumiyet ilkesi*”, “*lekelenmeme hakkı*” gibi temel ilkelerini savunmamız dahi eleştiri konusu yapıldı. Ancak, şunu hemen açıklamak durumundayım; hiçbir kişiye, kuruma ya da güç odağına çıkar ilişkisiyle bağlı olmayan büyük bir kesimden takdir, övgü ve moral desteği aldık.

Bizi her iki davaya ve açılan tüm davalara karşı objektif, tarafsız soğukkanlı, önyargısız ve eşit davranmaya mecbur kılan ulusal yasalar yanında evrensel hukuk ilke ve kuralları vardır. Anayasa’nın 138. maddesi başta olmak üzere, TCK’nın 277. ve 288. maddeleri yanında özellikle “*masumiyet ilkesi*”, “*lekelenmeme hakkı*” yanında “*adil yargılanma*” koşulları yargılamayı oluşturan soruşturma ve kovuşturma evrelerinde yargılamayı etkileyecek eylem, söylem ve davranışlardan kaçınmak gerektiğini öngörmektedir. Ama lütfen yakın zaman dilimi içinde bu konularda yazılı ve görsel yayın organlarında çıkan yazı ve yayınları bir anımsayın, Tanrı masum insanları bu kişilerden korusun.

Çağdaş ceza yargılamasının temel ilkelerinden olan “*masumiyet karinesi*”yle ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 6 Aralık 1988 günlü kararının 77. paragrafında “...gereğince görevlerini yerine getirirken bir mahkemenin mensupları diğer ilkelerin yanı sıra, sanığın itham edilen suçu işlediği varsayımı ile işe başlamamalıdır...” ilkesini kabul etmiştir. “*Masumiyet ilkesi*” yanında son dönemlerde ceza hukukunun koruma altına aldığı temel haklardan birisi olan “*lekelenmeme hakkı*” karşısında hala acımasızca sürdürülen karalama kampanyaları nasıl izah edilebilir. İnsanlara acı vermenin en aşağılık yöntemi, onların onurlarıyla oynamaktır. Bu haksız suçlamaları ve yargısız infazları yapanlar bir gün aynı duruma düşebilir ve kendileri bu ilke ve kavramların korumasından yararlanmak isteyebilirler. İşte o zaman bu ilkelerin evrenselliği, yüceliği, kutsallığı, hukuka uygunluğu yanı sıra insanlığın bu ilkeleri büyük bedeller ödeyerek elde ettiğini anımsayacak, savunacak ve anlayacak-

lardır. O nedenle bu evrensel kurum, ilke ve kavramları yıpratmak hiçbir kişi ya da kuruma yarar sağlamaz. Yapılan yargılama sonunda haklarında en ağır iddia ve isnatlar yöneltilen sanıkların beraat etme olasılıkları vardır. Bu gün kuralsız bir biçimde en ağır ithamlarla suçladıkları ve yargısız infaz yaptıkları iddianame sanıkları beraat ederlerse o yazıları yazanlar, bu yayınları yapanlar, acaba ne duruma düşeceklerini hiç düşündüler mi? Aynı şekilde Ergenekon davası aleyhine, özellikle soruşturmayı yapan savcılık kurumuna yönelik eleştiri yapanlar, yargılama sonunda şüpheliler mahkum olurlarsa ne diyebilecekler?

Kuşkusuz yargı organları da dokunulmaz değildir. Demokratik bir toplumda her kurum gibi yargı organı da kamuoyunun eleştirisine açık olmalıdır. Aksi durumda, yargıda yapılan hataların ortaya çıkması mümkün olamaz. Ancak bu yapılırken eleştiri boyutlarının aşılmasına ve yargıya özel hukuki düzenlemelere büyük özen gösterilmelidir. Aksi takdirde hukuk devleti ve demokrasi bundan büyük yara alır. Oysa insan haklarına dayalı demokratik, laik ve sosyal hukuk devletine gönülden bağlı olan yurttaşların yargıyla bir sorunu olmaması gerekir. Çünkü bağımsız yargı bu ilke ve kavramların savunucusu ve güvencesidir. Yargıya bu ilkeler karşısında tarafsız kal demek mümkün değildir. Çünkü bağımsız yargı ve güvenli yargıç sadece bu ilkelerin varlığıyla yaşam bulur. Bu nedenle hukuk devletinin güvencesi olan bağımsız yargı kendi varlık nedeni olan hukuk devletini korumak ve ondan yana taraf olmak durumundadır. Ülkemizde tüm eksikliklerine ve sorunlarına karşın bu görevi onurla yapan Türk yargısı adli kapitülasyonların kaldırdığından bu yana bu denli ağır dış baskı ve anayasal düzenine karşı bu denli iç baskı görmemiştir.

Ergenekon davası üzerinden yargıyla ilgili tartışma ve eleştiriler bunlarla da kalmayıp, gizli telefon dinlenmesi, gizli tanık, tanık koruma yasası, adil yargılanma hakkı ve makul süre gibi ilke ve kavramlarda gündeme gelmiştir.

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi; yaşanan teknolojik gelişmeler suça mücadele ve işlenen suçların aydınlatılmasında hukukun klasik yöntemlerle her zaman sonuç alamamasına neden olmaktadır. Yaşanan bu teknolojik gelişmeler, artan organize suçluluk, suç örgütlerinin uluslar arası alanda faaliyet gösteren

yapısı karşısında, kanun koyucular yeni koruma tedbirlerinin ve önleyici yeni tedbirlerin düzenlenmesi ihtiyacıyla karşı karşıya kalmışlardır. Bu ihtiyacın ortaya çıkardığı en önemli ve en yaygın uygulama tedbirlerinden birisi de uzaktan iletişimin denetlenmesidir. Türk hukukunda bu konuda ilk düzenleme 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nda "iletişimin dinlenmesi" başlığı altında yapılmış, daha sonra 1 Haziran 2007 günü yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK da "Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi" başlığı altında, 135. maddede "İletişimin Tespiti Dinlenmesi ve Kayda Alınması" biçiminde yeniden düzenlenmiştir. Ancak yasal düzenlemelere karşın, uygulama çok abartılmış ve ciddi yakınmalara neden olmuştur.

Gizli tanık ve Tanık Koruma Kanunu ise mevzuatımıza yeni girmiş kavramlardır. CMK'nın 58. maddesi ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında "gizli tanık"lıkla ilgili düzenlemeler getirilmiştir. Tanığın kimliğinin gizli tutulması ancak bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda mümkündür.

CMK'nın 58. maddesinde genel olarak düzenlenen "gizli-saklı tanık"la ilgili daha özel düzenlemeler 27.12.2007 gün ve 5726 sayılı "Tanık Koruma Kanunu" ile getirilmiştir. Bu kanunla; ceza muhakemesinde tanıklık görevi sebebiyle, kendilerinin veya bu kanunda belirtilen yakınlarının hayatı, beden bütünlüğü veya mal varlığı ağır ve ciddi tehlike içinde bulunan ve korunmaları zorunlu olan kişilerin korunması amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin esas ve usuller düzenlenmiştir.

"Adil yargılanma hakkı" ve "makul süre" yapılan bunca yasal ve hukuki düzenlemelerin temel amacı toplumsal düzeni bozanların, kamu adına adil bir biçimde yargılanmasını sağlamaktır. Kuşkusuz kamu adına bu yapılırken sanığın en temel hakları da güvence altında alınmalıdır. Bu bağlamda "adil yargılanma hakkı"nın oluşturan "adil yargılama", devletin temel görevlerinden adalet dağıtma görevinin özünü oluşturur. Ayrıca, bu hak ve görev uluslar arası sözleşmelerin de güvence altına aldığı temel bir insanlık hakkıdır. Yine bu belgeler cezayı gerektiren bir eylemin, belirli bir usul kapsamında değerlendirilerek sonuçlandırılması yanında, bu eylem için davanın başlaması, sona ermesi ve bunların makul bir süre içinde yapılmasını öngörmektedir.

Ergenekon davasıyla ilgili olarak son kez şu hususu hatırlatmak istiyorum. Aldığımız bilgilere göre İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi yargılamayı sanıkların çoğunluğunun bulunduğu Silivri Ceza ve Tutukevi'nde düzenlenen bir salonda yapacağı anlaşılmaktadır. Bu konuda AİHM'nin 14 Kasım 2000 gün ve 35115/97 sayılı kararında hüküm altına aldığı ilkelere uygun bir düzenleme yapılması gereklidir. Aksi takdirde yargılama AİHS yönünden hak ihlali iddiasıyla karşı karşıya kalacaktır. AİHM'nin anılan kararında şu tespitler çok önemlidir.

"...demokratik toplumların temel ilkelerinden birisinin garantisi olan adil yargılanma ilkesidir..."

"...bir duruşmanın açık ve aleniyetinden bahsetmek için söz konusu duruşmanın tarihi, saati yeri konusunda kamuoyuna bilgi verilmesi ve duruşmanın yapılacağı yerin kamunun kolayca ulaşabileceği bir yer olmalıdır..."

"...bir duruşmanın mahkeme salonu dışında, özellikle halkın kolayca ulaşamayacağı hapisane gibi bir yerde yapılması duruşmanın kamusal niteliğine engel teşkil etmektedir..."

"...Bu gibi durumlarda devlet gerekli tedbirleri almaya, kamunun ve medyanın duruşma tarihi, yeri ve saati konusunda bilgilendirilmesi sağlanmalı ve duruşmanın yapılacağı yere ulaşımında etkin ve iyi şekilde yerine getirilmesini temin etmelidir..."

Sayın Cumhurbaşkanı,

Tespit edilen ve yıllardır dillendirilen tüm bu sorunların çözümü ancak, biçimsel değil, kurumsal bir "yargı reformu" ile mümkündür. Yargı reformu ne önceki dönem Adalet Bakanı sayın Cemil Çiçek'in "...görev süremiz içinde yaptığımız düzenlemeler ve yasal değişikliklerle yargı reformunu gerçekleştirdik..." sözlerinde ifadesini bulduğu gibi basit ve kolay bir iştir, ne de Adalet Bakanımız sayın M. Ali Şahin'in sadece Adalet Bakanlığı bürokratlarının görüş ve düşünceleri ile hazırlanarak alelacele AB komiserlerine sunulan "Yargı Reformu Stratejik Planı"yla oluşabilecek bir süreçtir. "Yargı reformu" ülkenin hukuk alanındaki tüm dinamik güçlerinin seferber edileceği "hukukun üstünlüğü", "hukuk devleti" ve bunların olmazsa olmaz koşu-

lu olan “yargı bağımsızlığı” ve “yargıç güvencesi”nin “kuvvetler ayrılığı” ilkesine uygun bir biçimde yaşama geçirildiği köklü bir değişiklikle mümkün olabilir. Aksi davranışlar bugüne kadar olduğu gibi sadece kişisel tatmin ve zaman kaybindan başka bir şey değildir.

Yapılacak “yargı reformu”nda şu ilkeler mutlaka göz ardı edilmemelidir. Yargının özgürlük ve eşitliğin güvencisi olduğunu,

- Yargı bağımsızlığı, insan hakları, hukukun üstünlüğü ve eksiksiz demokrasinin aynı amaçlara yönelik olduğunu,

- Ayrıca yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının eksiksiz demokrasinin temelini oluşturduğunu,

- Eksiksiz demokrasinin sadece biçimsel yönünün yeterli olamayacağını, bir değerler sistemi ile birlikte yaşama geçirilmesi gerektiğini ve bunun hukukun üstünlüğü ve yargı bağımsızlığı ile gerçekleştirilebileceğini,

- Yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesinin bölünmez bir bütün olduğunu,

- Yargının siyasete tabi kılınmasını engelleyecek tüm önlemlerin alınmasını,

- Çoğulculuk ilkesi ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin hiçbir biçimde yargıyı etkileyecek güçte olmamasını,

- Uluslararası belgelerde güvence altına alınan yargıç ve savcılarının örgütlenmesinin önünün açılmasını,

Türkiye'nin AB sürecinde yeni yol haritasını gösteren “Ulusal Programı” bir fırsat kabul edilerek yargı alanında bugüne kadar dillendirilen eleştiri ve olumsuzluklar da dikkate alınmak suretiyle, tüm kurum ve kurallarıyla işleyen, insan haklarına dayalı, eksiksiz demokrasiyi amaç edinen, hukukun üstünlüğü ilkesini esas alan ve sivil toplumsal yapının oluşmasını sağlayacak gerçek bir “hukuk devleti”ne olan özlemimizi giderecek düzenleme ve değişikliklerin yapılması gereklidir. Yoksa hepsi son derece önemli olan “Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu objektiflik, tarafsızlık, şeffaflık ve hesap verebilirlik temelinde geniş tabanlı temsil esasına göre yeniden

yapılandırılacaktır”, “Bilirkişi müessesesi gözden geçirilecektir”, “Davaların, hızlı, basit ve en az giderle ve etkin bir biçimde görülmesini sağlamak amacıyla gerekli değişiklikler yapılacak”, “Savcılık ve savunma arasında ‘silahların eşitliği’ ilkesi açısından, Türk Hukuk sisteminin gelenek ve göreneklerine uygun şekilde gerekli görülebilecek tedbirler alınacak”, “Anayasa’daki yürütme ve yargı ayrılığı ile bağımsızlığı ilkesi temelinde suç kovuşturma ve soruşturmasında kolluk-savcılık görev, yetki ve sorumluluklarının AB ülkelerindeki en iyi uygulamalar doğrultusunda düzenlenmesi sürdürülecektir”, “Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay mensuplarına yönelik bilgilendirme faaliyetlerine devam edilecektir. Yargı mensupları için etik kurallar belirlenecek ‘kişisel verilerin korunması hakkında kanun’ çıkarılacaktır”, “Ceza infaz kurumlarının uluslar arası standartlara uygun hale getirilmesi yönündeki çalışmalara devam edilecek”, “Ceza Muhakemesi Kanununun insan haklarıyla uyumlu bir biçimde uygulanması titizlikle takip edilecektir”, “Tercüman talebinde bulunan herkese bu hak tanınacaktır”, “Nezarethanelerin uluslar arası standartlara uygun hale getirilmesi çalışmalarına devam edilecektir” denilmek suretiyle hukuk ve yargı ile ilgili düzenlemeler sıralanmıştır. Yukarıda da belirttiğim gibi bu sayılanlar kuşkusuz göz ardı edilebilecek düzenleme ve iyileştirmeler değildir, ancak sorunu temelden çözen yeni ve köklü bir yargı reformunun çok daha kapsamlı, çok daha katılımcı anlayışla yapılması zorunlu ve gereklidir. Aksi uygulamalar yarardan çok yeni sorunların yaşanmasına neden olmaktadır. Örneğin bizim başından beri karşı olduğumuz İstinaf-Bölge Adliye Mahkemeleri hala istenildiği gibi yaşama geçirilemedi, gerekli alt yapısı hazırlanmadığı için uygulaması sürekli ertelenmekte birçok insan yasanın kendisine tanıdığı yeni olanaklardan yararlanamadığı için mağdur olmaktadırlar. Aynı şekilde hem yargı kesimi hem hukukçu kesimi, hem de yurttaş yeterince bilgilendirilmediği ve gerekli hazırlıklar yapılmadan yürürlüğe konulduğu için yeni CMK ile yürürlüğe girmeden sayısızca değişikliğe uğrayan yeni TCK’yı uygulamaların da bu kadar zaman geçmiş olmasına karşın çok ciddi yakınmalar vardır. Yine aynı şekilde çok iddialı bir biçimde yargı hayatımıza giren UYAP uygulaması çok ciddi yakınma ve eleştirilere neden olmaktadır.

Aslında soruna “*erkler ayrılığı*.” ilkesi bağlamında yaklaşmayan, yargıyı siyasi

iktidara güdümlü ve bugün sıkça örneklerini yaşadığımız yürütmenin bir kolu olarak görme ve tasavvur etme eğilimlerinin geçerli olduğu bir süreçte insan haklarına bağlı, hukukun üstünlüğü ilkesine dayalı, tüm kurum ve kurallarıyla işleyen gerçek bir hukuk devleti amaçlı katılımcı, çoğulcu, köklü bir yargı reformunu gerçekleştirmek mümkün değildir.

Bu kanıya, hazırladığı çoğunlukçu demokrasi modelinin, yani çoğunluğun engelsiz iktidarı modelinin ilginç bir örneği olan ve iktidarla ilişkisinde inişler/çıkışlar yaşanan Özbudun taslağının yargı ile ilgili bölümünü incelediğimizde varıyoruz. Bu taslaktaki Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ile Anayasa Mahkemesi'nin yeniden yapılandırılması için önerilen modeller siyaset iktidarın yargı reformu ile ilgili yaklaşımları hakkında ipuçları vermektedir.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yapısı yargı içindeki birliği sarsacak biçimde, çoğunluğunu yükselme bekleyen, yüksek mahkemeye üye olmayı amaçlayan birinci sınıfa ayrılmış hakimlerden oluşturulmuştur. Ayrıca bunların beşini de TBMM nitelikli çoğunlukla ama gerçekte salt çoğunlukla seçecek ve görev süreleri dört yıl olacaktır.

HSYK'yı sabote etmek ve siyaset iktidara güdümlü hale getirmek için bundan daha güzel bir formül geliştirilemez. Böylece bu kurul özünü acımasız siyasi pazarlıkların oluşturduğu bir kurul olacaktır. Bir yandan beş üyeyi seçecek TBMM ve dolayısıyla siyaset iktidarla yükselme bekleyen hakimler arasında, diğer yandan birinci sınıfa ayrılmış hakimlerin yaşlıları ile gençleri arasında, sürüp gidebilecek pazarlıkların yaşandığı yeni bir dönem başlayacaktır.

Düşünülen taslakta Anayasa Mahkemesi de yeniden yapılandırılıyor. Ancak bizimde benimsediğimiz TBMM tarafından üye seçilmesi uygulaması farklı amaçlara hizmet edebilecek şekilde kaleme alınmıştır.

Yine "Ulusal Program Taslağı"nda savcılık ve savunma arasında "silahların eşitliği" ilkesi açısından, "Türk hukuk sisteminin gelenek ve göreneklerine uygun şekilde gerekli görülebilecek tedbirler alınacak" denilmektedir. Bunu anlamak mümkün değildir "silahların eşitliği"nin yerelliği yoktur. Ulusal üstü hukukun düzenlediği

bu alanda gelenek ya da görenek değil tamamen uluslar arası hukuk kurallarının düzenlediği bir kavramdır. Bu bakımdan yerele özgü “silahların eşitliği” ilkesi uygulanamaz. Burada temel hedefin yargılamada “soruşturma-kovuşturma-hüküm ve infaz dönemleri dahil olmak üzere” iddiayı ve savı temsil eden savcılık kurumunun sahip olduğu yasal olanakların tamamının savunma kurumunun da sahip olması gereklidir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Türkiye Barolar Birliği olarak mesleğimizin sorunlarını adli yıl açılış konuşmalarında yıllardır dile getirmekteyiz. Ancak, olması gereken iyileştirmeler her türlü söz ve taahhüde karşın beklentilerimiz doğrultusunda hala gerçekleşemedi. Demokrasimizin eksiklerini gideremediğimiz, gerçek hukuk devletini bir türlü oluşturup oturamadığımız için mesleki anlamda yaşadığımız sorunları pek yadırgamıyoruz. Demokrasimiz geliştikçe “adil yargılanma hakkı”, “adalete erişim hakkı” ve bu hakların ayrılmaz parçası olan “savunma hakkı” bilinci de kendiliğinden gelişecektir.

Türkiye Barolar Birliği yönetim kurulu olarak yargı bağımsızlığına, gerçek hukuk devletine ve eksiksiz demokrasiye inancımız doğrultusunda çabalarımızı sürdürürken yargı bağımsızlığının temel koşulu olarak gördüğümüz bağımsız savunmanın kurumlaşabilmesi için de elimizden gelen tüm gayreti gösteriyoruz. Bu konudaki görüş ve düşüncelerimizi her fırsatta hukuk kamuoyu başta olmak üzere bütün kesimlere aktarıyoruz. Yukardan beri arz ve izah ettiğim gibi ülkemizin güncel sorunları dikkate alındığında, bağımsız yargı, gerçek hukuk devleti ve eksiksiz demokrasiyi oluşturma yolundaki sorunlarımızın daha da ağırlaştığını belirtmekten üzgünüm.

Bunun doğal sonucu olarak tam bağımsız olamadığı için kurumlaşamayan yargının savunma ayağı altmışbeşbini aşkın avukat olarak, bağımsız savunmayı oluşturmamanın sıkıntılarını yıllardır en ağır bir biçimde yaşıyoruz.

Özelde mesleğimizin, genelde hukuk mesleğinin temel sorunu ülkemizde hukuk eğitiminin plansızlığı ve bu plansızlığın yol açtığı kalitesizlik ve kontrolsüz büyümedir.

Eğitim-öğretim faaliyetlerini sürdüren 32 hukuk fakültesinin son beş yıldaki

toplam mezun sayısı 22.123 dür. Her yıl ortalama 4.500–5000 lisans diploması sahibi gencimiz hukuk dünyasında iş olanakları aramakta ve en kolay ulaştığı meslek de avukatlık olduğu için her yıl hemen hemen bir önceki yılın mezunu kadar avukatlık ruhsatı vermekteyiz. Örneğin, 2007 yılında 4131 ruhsatname verdik, 2008 yılının ilk altı ayında ise 2171 ruhsatname verdik, sadece İstanbul Barosu'na bu süre içinde 633 yeni avukat kaydını yaptırmıştır.

Kaldırılan avukatlık sınavı sonucu, dünyada Arjantin ile birlikte avukatlık için hukuk fakültesi diplomasının tek başına yeterli olduğu iki ülkeden biri olma onurunu yaşıyoruz.

Hukuk eğitiminin kalitesine yönelik eleştiri ve önerilerimizi yıllardır dile getiriyor ve yeterli nicelik ve nitelikte öğretim elemanı olmadan açılan fakültelerin sorun kaynağı olduğunu ısrarla vurguluyoruz. Adalet Bakanlığı'nın açtığı her hakim ve savcı sınavı sonuçları haklılığımızı bir kez daha ortaya çıkarıyor. Ancak, siyasilere sorunun önemini anlatamadığımız, açılmasına karar verilen on yeni hukuk fakültesi ile görülüyor. O kadar ki Sayın Milli Eğitim Bakanı 06.08.2008 tarihinde yazılı soru önergesine verdiği yanıtta “...Ülkemizde hakim ve savcı sayısı toplam 9 bin civarındadır. Hukuk mezunlarının sayısı artmadığı veya yeterince artırılmadığı takdirde bu sayının toplam nüfusumuza oranı gelecek yıllarda daha da artacak demektir. Bunun gibi nüfus ve davalardaki artış hızı dikkate alındığında ülkemizdeki avukat sayısının da yeterli olduğu söylenemez...” demek suretiyle nitelikli ve kaliteli hukukçu yetiştirme sorunlarını görmezden gelerek popülist bir yaklaşım sergilemiştir. Oysa sıkıntımız hukuk diploması sahibi insanımızın sayısından çok eğitimlerinin yeterli olmasından kaynaklanıyor.

Şu an ülkemizde 44 hukuk fakültesi kurulmuş bulunmaktadır. Bu fakültelerden 32'si öğretim faaliyetlerini sürdürmekte 12 tanesi ise halen faaliyete geçmemiş bulunmaktadır. Bu 12 hukuk fakültesinin 8'i tüm karşı koyuşlarımıza karşın, Mayıs 2008'de kurulmuştur. Kurulmuş bulunan 44 hukuk fakültesine ek olarak üç devlet üniversitesinde, İnönü, Ondokuzmayıs ve Süleyman Demirel üniversitelerinde hukuk fakültesi kurulmasına YÖK izin vermiş, ancak bunların kurulması konusunda yasal

işlemler tamamlanmamıştır. Böylece toplam hukuk fakültesi sayısı 47 olmaktadır. Buna karşın Türkiye'deki hukuk fakültelerinde 218 profesör, 112 doçent ve 194 yardımcı doçent olmak üzere toplam 524 öğretim üyesi görev yapmaktadır. Ayrıca tüm hukuk fakültelerinde toplam 477 araştırma görevlisi vardır. Yeni kurulan hukuk fakülteleri de dikkate alındığında, akademik unvanı dikkate alınmadan fakülte başına 12 adet öğretim üyesi düşecektir.

Tüm bu somut gerçekler karşısında ülkede eğitimden sorumlu bir bakanın hukuk eğitimiyle ilgili yüzeysel yaklaşımını takdirlerinize sunuyorum. Bu anlayış karşısında neden gerçek bir hukuk devletine kavuşamadığımızı anlamak çok kolay olmaktadır. Çünkü gerçek bir hukuk devletinin güvencesi donanımlı, bilgili ve kaliteli hukukçulardır. Siz eğer çıkardığımız yasaları uygulayacak nitelikli hukukçular yetiştirmiyorsanız yaptığımız iş havanda su dövmektir. Bu nedenle gerçek köklü, kalıcı ve kapsamlı bir yargı reformuna öncelikle "hukuk eğitimi"nden başlamak zorunluluğu vardır.

Savunma mesleği mensupları olarak yaşadığımız sıkıntı ve sorunların yarattığı ortam sonucunda 2007 yılı içinde toplam 19 meslektaşımız saldırıya uğramış ve bu saldırıların ikisinde meslektaşlarımız yaşamlarını yitirmişlerdir. 2008 yılında ise bugüne kadar 13 meslektaşımız saldırıya uğramış, birisi yaşamını yitirmiştir. Son dokuz yılın toplamı ise 232 saldırı sonrası 14 meslektaşımız yaşamlarını yitirmiş, büyük bölümü saldırılardan yaralı kurtulmuştur.

Barolarımız ve Türkiye Barolar Birliği yasal görevlerini yerine getirmeye çalışırken savunma mesleği ve onun uygulayıcıları avukatlar olarak, birlikte yargı organını oluşturduğumuza inandığımız her düzeydeki yargıç ve savcı meslektaşlarımızın büyük kesiminden kurumlaşmış ve bağımsızlığını almış bir savunma organının oluşumunda gereken olumlu katkıyı ve desteği ne yazık ki görememekteyiz.

Avukatlık Kanunu'nda yasa maddesi ile belirlenen; baroların protokoldeki yeri, avukat kimliğinin resmi belge olması gibi düzenlemelerin fiilen uygulanamamasından CMK'da açıkça belirtilen avukatın vekaletname ibraz etmeden dosyayı inceleyebilme hakkının yönetmelikle geri alınmasına kadar bir çok konuda avukatın hak ve

yetkilerinin tanınmaması ne yazık ki yargı kararları ile gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır.

• Hala kimi kesimlerce yargılamayı tamamlayan bir unsur değil de karıştıran, geciktiren ve oyalayan bir yük olarak görülmekteyiz,

• İstenildiği kadar uluslar arası ve ulusal düzenlemeler ceza yargılamasında “silahların eşitliği” asıl kuraldır desin, bu yoldaki isteklerimiz hala fantezi olarak niteleniyor ve savcı ile yargıç, kafa kafaya vererek hüküm tesis ediyorlar.

• Kamu avukatlarının kamu personelinin en mağdurları arasındaki yerlerinde unutulmuşlukları hukuk devleti söylemleri yanı sıra sürüyor,

• Baro hakem kurullarını düzenleyen hükümlerin iptali ile ortaya çıkan çelişki ve boşluğun giderilmesi istemlerimiz dikkate alınmıyor,

• Birçok mesleğin stajında olduğu gibi avukat stajyerinin de staj süresince sosyal güvenlikten yararlanması isteğimiz ısrarla benimsenmiyor,

• Görevleri başında saldırıya uğrayan, öldürülen meslektaşlarımıza avukatlık yasasının ön gördüğü etkin ve özenli yasal işlemler çoğu kez uygulanmamaktadır,

• Son yapılan yasal düzenlemelerle “zorunlu avukatlık” tamamen angarya haline dönüşmüş ve esas amacından saptırılmıştır. En kısa sürede bu uygulamadan dönülerek uluslar arası standartlara uygun ve tamamen sanık haklarını öne çıkaran, savunma temsilcileri avukatların onuruna, konumuna ve işlevine uygun yeni düzenlemeler yapılmalıdır.

Bunlar sav, savunma ve hüküm üçlüsünün ayrılmaz bir bütün olduğu anlayışını henüz tam olarak yerleştiremediğimiz somut göstergesidir. Bizler yargının temel unsurları olarak bu eksiklikleri giderecek birlikteliği gösteremediğimiz sürece toplumun yargıya bakışı da bir o kadar eksik olmaktadır.

Avukatlık mesleğinin bütün sorunlarını sıralayıp vaktinizi almayacağım, yasa değişikliği gerektiren sorunlarımız olduğu gibi yasa değişikliğini gerektirmeyen idari işlem ve tasarruflarla giderilecek sorunlarımız da vardır.

Bunların tamamı her fırsatta yetkililere ve siyasi iktidarlara iletilmiştir. Son olarak 10 Ağustos 2006 günü 48 baro başkanı ve yönetim kurulu üyelerimizle birlikte Sayın Başbakan Dolmabahçe'deki ofisinde tüm bu sorunlar sunulmuştur. Sayın Başbakan, bu görüşmede, Başbakan yardımcısı, Maliye ve Adalet bakanlarıyla birlikte bizi dinlediler, gerekli duyarlılığı gösterdiler ve ilgililere gereken emirleri vererek sorunları çözeceklerini söylediler. Bu açık söze karşın sorunlarımızın önemli bir bölümü halen çözüm beklemektedir. Ancak, tüm bu beklentilerimizin kolay gerçekleşmeyeceğini “Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Strateji Taslağı”nda bir kez daha gördük ve işimizin ne denli zor olduğunu anladık. Çünkü bizlerden önce Avrupa Birliği temsilcilerine sunulan kırk sayfalık metinde savunma mesleği ve onun örgütleri barolar ve baroların temsilcileri avukatlar için ilgili tek bölüm, iki cümlelik dört satırdan oluşan bir paragrafta toplanmıştır. Bu paragrafta da sadece “Adalet Bakanlığı ile Barolar Birliği arasındaki ilişkinin yeniden düzenleneceği” belirtiliyor; oysa kendimizi her zaman “yargının kurucu unsuru olarak” gördüğümüz yargı bütünlüğü içinde tek sorunumuz Adalet Bakanlığı'yla olan ilişkilerimiz değildir. Çünkü Türkiye Barolar Birliği kurulduğu günden bu yana Adalet Bakanlığı vesayetini reddederek bağımsız savunmanın oluşmasını birinci sorun olarak görmüştür. Bu bağlamda Adalet Bakanlığıyla birlik ilişkileri zaten belirli saygı ve ölçü kurallarıyla yıllardır sürdürülmektedir. Bunun dışında ne gibi bir ilişki düşünülmektedir, bizce bilinmemektedir. Yukarıda da kısmen belirttiğim gibi savunmanın ve savunma mesleği temsilcileri avukatların ve onların örgütleri baroların çok ciddi bir dizi sorunları vardır. Bu sorunların çözülebilmesi ancak ortak bir anlayışta birleşmekle gerçekleştirilebilir. Bu ortak anlayış da “bağımsız savunma, bağımsız yargıda, bağımsız yargı, gerçek hukuk devletinde, gerek hukuk devleti ise eksiksiz demokraside mümkündür” biçiminde özetlenebilir.

Adalet bakanlarının büyük çoğunluğu meslek mensubu olmalarına ve sorunları en az bizim kadar bilmelerine karşın sorunların çözümlerinde yeterli performansı gösterememektedirler. Öyle ki, temel yasalardaki değişiklik taslak ve tasarılarında getirilen düzenlemelerde savunma mesleği ve onun temsilcileri avukatlar için yeni gelişmeler içermemektedir. Örneğin; Ticaret Kanunu Tasarısı'ndaki denetim düzenlemelerinde bu işin uzmanı olan avukatlara yer verilmemiştir. Hukuk Yargılama Ka-

nun Tasarısı'nın ilk taslağında çok sınırlı olarak düzenlenen avukatla temsil zorunluluğu tümüyle metinden çıkarılmış, yargılama sonunda karşı tarafa yükletilen avukatlık ücretinin avukata ait olduğuna ilişkin düzenleme yapılmamış, vekil ile takip edilmeyen davalarda dilekçe ücreti yargılama giderlerinden sayılarak arzuhalcilik kurumsallaştırılmaya çalışılmış ve yürürlükteki Avukatlık Kanunu ile çelişen "adli yardım" sistemi düzenlenmiştir. Tüm bu olumsuzluklara Türkiye Barolar Birliği olarak karşı koymaya çalıştık, bir kısmını engellememize karşın büyük çoğunluğu yasalaşmak için sıra beklemektedir. Kuşkusuz mücadelemiz aralıksız sürecektir.

Oysa hep dillendirdiğimiz gibi, savunmayı çöktürüp yargıyı ayakta tutmak mümkün değildir.

Herkesin bir gün mutlaka savunmaya ve onun temsilcisi avukata ihtiyacı olacağını yargı tarihi defalarca yinelemiştir.

Kaldı ki güçlü savunma güçlü yargı içinde mümkündür.

Yine bağımsız savunma ancak bağımsız yargı içinde yaşam olanağı bulur. Savunma çöker ve çözülürse yargıda çöker ve hukuk devleti hayal olur.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Toplumsal dokumuzu içten içe kemiren "yolsuzluk" ve "rüşvet" ile mücadele konusunda uluslararası standartların çok gerilerinde olduğumuz, ulusal ve uluslararası kuruluşlar tarafından düzenlenmiş belgelerde ifade edilmektedir. Bu son derece ürkütücü ve üzüntü verici bir durumdur. Devleti oluşturan yasama, yürütme ve yargı erki mensupları hakkında böylesi ciddi iddia ve tespitlerin giderilmesi için acil önlemler alınması gerekmektedir. Bu bağlamda ilk akla gelen devlet alım satımlarında ihalelerinde, yapım ve taahhüt işlerinde, armağan alımlarında, çok büyük ve dikkat çekici boyutlardaki kredi tahsislerinde "saydamlık" ve "gün ışığında yönetim" ilkelere uygulanmasıdır. Bunun yanı sıra milletvekilleri başta olmak üzere tüm kamu görevlilerinin halka hesap vermesinin yol ve yöntemlerini bulmak ve geliştirmek gerekmektedir. Bu bağlamda tarihsel süreç içinde büyük bedeller ödenerek elde edilen ve çağdaş parlamentoların temel güvencesi olarak kurumlaşan "dokunulmazlık" kav-

ramı TBMM uygulamasında kötüye kullanılmış ve sanki kimi zanlı milletvekilini koruyan bir “zırh” gibi algılanmıştır. Bugün yolsuzluk ve rüşvet konularında yargısal denetimin önündeki dokunulmazlık engelini sadece milletvekilleri ile sınırlı olmadığını, çeşitli bakanlıkların görevini yapmayan veya kötüye kullanan görevlileri hakkında soruşturma izni vermekte kışkanç ve taraflı davrandıklarını bir anlamda kamu görevlilerine dolaylı olarak “dokunulmazlık” sağladıklarını da gözlemlemekteyiz.

Anayasa’nın 130. maddesinin 6. fıkrasına göre, üniversitelerin rektörleri “*kannunun belirlediği usul ve esaslara göre*” Cumhurbaşkanınca seçilir ve atanırlar. Bu “*usul ve esaslar*” ise Anayasa’nın 7.11.1982 tarihinde kabulünden tam bir yıl önce 4.11.1981 gün ve 2457 sayı ile yürürlüğe girmiş olan Yüksek Öğretim Kanunu’nun 13. maddesinde düzenlenmiştir.

Bu yasal çerçeveler doğrultusunda atanmış olan rektörlerle ilgili Sayın Cumhurbaşkanı’nın seçimi yeni tartışmalara neden olmuştur. Biz Sayın Cumhurbaşkanı’nın rektörleri atama yetkisi konusunda hiçbir tereddüt taşımamaktayız. Ancak önceki Cumhurbaşkanları da yetki kullanımında objektif değillerdi gerekçesiyle yerel ve genel seçimlerde AKP listelerinden aday olanlarla, hızını alamayarak artık AKP ile özdeşleşmiş, “*Her şey Türkiye için, durmak yok, yola devam*” yazılı kutlama pastaları kesecek kadar gözü kara sayın hocaların seçilmesini doğrusu özerk ve özgür üniversitelerin geleceği bakımından hiç şık ve etik bulmuyoruz.

Siyasi iktidardan her yeni atama döneminde Sayın Cumhurbaşkanlarını tartışma odağı haline getiren bu sistemin değiştirilmesi ve yerine saydam, demokratik ve bilimin gerektirdiği özgürlük anlayışına uygun bir yöntemin getirilmesi suretiyle 12 Eylül hukukunun ürünü olan bu sorunun çözülmesini bekliyor ve diliyoruz.

Bu vesile ile 12 Eylül hukukunun kaynağı olan 1982 Anayasası mutlaka tümden değiştirilmeli; “*hukukun üstünlüğü*” ve “*hukuk devleti*” ilkelerini yaşama geçirecek “*eksiksiz demokrasi*”yi bütün öğeleriyle gerçekleştirecek yeni bir Anayasa toplumsal uzlaşmayla yapılmalıdır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Ülkemizin birliğini, ulusal yapısını, huzurunu, barışını, kardeşliğini hedef alan “terör” acımasız bir biçimde can almaya ve toplumsal dokuyu zedelemeye devam etmektedir.

Uluslararası desteğin azalmış görünmesine, kırsal kesimlerde yapılan operasyonlarda alınan göreceli olumlu sonuçlara karşın, yıllardır savunulan Türk dış politikasına aykırı bir biçimde Kuzey Irak’taki siyasal oluşumun sağladığı kolaylıklara eklenen diğer faktörler, terör eylemlerinin düzenli bir biçimde artmasına olanak sağlamaktadır. Kırsal kesimde sağlanan başarılar, büyük kentlerde başlayan ve tehlikeli bir biçimde tırmanan hain saldırılarla geri planda kalmakta toplum moral ve motivasyon yönünden olumsuz etkilenmektedir.

Terör belasının ülkenin ekonomik-mali-sosyal dengesi yanında, bunlardan daha önemlisi Cumhuriyetin yaratmaya çalıştığı ulusal bilince, üniter yapıya, hukuk anlayışına ve demokratik gelişime verdiği zarar çok daha önemlidir. Demokrasinin önünde büyük bir engel oluşturan “terör”le mücadelede ulusal bilinç yerine ümmet anlayışını ön plana çıkaran eylem ve söylemler bizi başka bir tehlikenin kucağına atabilir. PKK terörü ile mücadele edelim derken zaten hiçbir biçimde içselleştirilememiş olan ülkenin demokratik, laik, sosyal bir hukuk devleti olma yolundaki yürüyüşünü de zaafa uğratmamak gereklidir.

Demokrasiyi terörle mücadele önünde bir tehlike olarak algılamak, en azından terör kadar sakıncalıdır. Bu bağlamda ülkenin sosyal, siyasal, toplumsal değer ve yargıları yansız ve objektif bir biçimde gözden geçirilerek terörü koşulsuz dışlayan bir siyasi oluşumla birlikte hareket temel tercih olmak üzere, yapılabilecekler tartışmaya açılmalı ve ulusal uzlaşma sağlanan konularda çok ciddi adımlar atılmalıdır. Aksi takdirde gün be gün ülkenin tümünü mali ve ekonomik yönden etkileyen insan gücümüzü zayıflatan, en büyük zenginliğimiz olan gençlerimizi ömrünün baharında içimizden çekip alan, analarımızın yüreğini dağlayan hepsinden önemlisi eksiksiz demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti kurum ve kavramlarının önünde en büyük engel olan “eli kanlı terör”, verebileceğimizden çok fazlasını alıp

götürecektir. Bu konuda yaşamlarını, geleceklerini ve onurlarını ortaya koyan Türk Silahlı Kuvvetleri'nin başarılı müdahalelerinin sorunu çözmeye yeterli olmadığı; sorunun, her ciddi meselemizde olduğu gibi güçlü, tutarlı, kararlı ve toplumsal yapının ne istediğini bilen, çağcıl değerlerle bütünleşmiş, kendine öz güveni olan siyasal iktidarlarca çözülebileceği çok net bir biçimde anlaşılmıştır.

Terörü yok eden, huzur, güven ve toplumsal barışı hedefleyen, hukukun üstünlüğünün egemen olduğu “*hukuk devletinin*” temelini eksiksiz demokrasi oluşturur.

Bu gün, insanlık ve devletler tarafından çoğunlukla, çoğulcu ve katılımcı demokrasinin insanlığın ulaştığı en iyi siyasal rejim olduğu kabul edilmektedir; bu anlamda demokrasi henüz aşılamamıştır. Katılımcı, çoğulcu ve çağdaş demokrasi ile toplumu halkın çoğunluğunun yönetmesi ve erdemli insanların yönetime gelmesi amaçlanmaktadır. Kuşkusuz belirli bir süreçte demokrasinin şu ya da bu nedenle başarılı olamaması onu reddetmeyi, antidemokratik yol ve yöntemler aramayı gerektirmemelidir. Yapılması gereken demokrasiyi olabildiğince işletmek, geliştirmek ve mevcut eksiklerini gidermektir. İnsanlığın kültürel ve tarihsel birikiminin ürünü olan demokrasi ve açık yönetim kavramları da tartışılmaz ya da eleştirilmez değildir. Bu anlamda, eksiksiz ve tam demokrasiyi yakalamak için bu kavram ve kurumlar da tartışılabilir. Unutulmamalıdır ki demokrasi kavramının ikibinbeşyüz yıllık inişli-çıkışlı uzun bir geçmişi vardır. İnsanlık bu sihirli kavrama kavuşabilmek için çok büyük bedeller ödemiştir.

Özgürlüklerin güvencesi olan demokrasi kavramının yalın tanımı halkın çoğunluk tarafından yönetilmesidir. Demokrasi; hem bir yönetim biçimi ve hem de ekonomiden kültüre, teknolojiden enformasyona, bürokrasiden şirketlere, sivil toplum kuruluşlarından aileye, kamusal alandan özel alana kadar uzanan çok geniş bir alanı kapsayan, bütün bu alanları etkileyen, dönüştüren ve değiştiren bir yaşam biçimidir.

Uygulamalardan dolayı yaşanan sorunlar ve acı deneyimler nedeniyle günümüzde, demokrasi azınlık haklarına saygılı ve kısıtlanmış bir “*sınırlı çoğunluk yönetimi*” biçiminde tanımlanmaktadır. Çağdaş, çoğulcu ve katılımcı demokrasi, denge ve uzlaşma rejimidir. Bu nedenle, oligarşik azınlıklar kadar toplumsal çoğunlukların da

kendi düşünce ve eylemlerini zorla kabul ettirme eğiliminde bulunmaları çoğulcu ve katılımcı demokrasiyle bağdaşmaz tutum ve davranışlardır. Kuşkusuz eksiksiz ve tam demokrasi, güçlü ve diri bir uygar toplum ile yurttaşlık kültürünün egemen olduğu bilinçli topluluklarda var olma ve gelişme olanağı bulur. Tüm bu açıklamalardan demokrasinin, mutlakıyet, diktatörlük ve otokrasiyle uzaktan yakından ilgisi olmadığı gibi bu kurum ve kavramların çağrıştırdığı siyasal iklimde yaşama olanağı bulamadığını bir kez daha hatırlatmak isterim.

İnsanlığın ve çağdaş toplumların katılımcı, çoğulcu demokrasi yanında ulaştığı en önemli aşama insan hak ve özgürlüklerine dayanan, hukukun üstünlüğünün egemen olduğu, tüm kurum ve kurallarıyla işleyen gerçek bir “*hukuk devleti*”dir.

Hukuk devleti ilkesi, demokratik yöntemlerle yönetimi elde eden yöneticilerin de yönetilenler gibi kendilerini hukukla bağlı olmasını öngörür. Bunun doğal sonucu, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesi, devletin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine bağlı olmasını zorunlu kılmaktadır. Kuşkusuz bu denetimi yapacak olan yargının bağımsızlığında hukuk devletinin temel koşullarındandır. Bu nedenlerle hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü kurum, kavram ve ilkeleri çağdaş, katılımcı ve çoğulcu demokratik toplumun temel taşlarını oluştururlar.

Böylece eksiksiz demokrasinin gerçekleşebilmesi için yukarda sözünü ettiğimiz koşullar yanında hiçbir zaman vazgeçilmez ve demokrasinin yaşama şansı olan iki temel koşulu daha vardır. Bunlardan birincisi demokrasinin güvencesi olan örgütlü sivil toplum ve ikincisi demokrasinin can düşmanı “*zor-güç kullanımı*”nın hukuk içinde denetim altına alınmasıdır.

Sivil demokratik toplumun önemi ve önceliği konusunda konuşmamızın bütün bölümlerinde açıklamalar yaptık. Ancak, ikinci koşul hakkında ülkemiz açısından son günlerdeki tartışmalarda dikkate alındığında bazı tespit ve değerlendirmeler yapmak zorunluluğu doğmuştur.

Yönetimleri demokratik olsa da, olmasa da bütün devletler zor kullanma, güç kullanma tekeli elinde bulundurmaktadırlar. Bu bağımsız devlet olmanın temel koşullarındandır. Zor-güç kullanma araçları, ekonomik, toplumsal, psikolojik ve fi-

ziksel olmak üzere çeşitlendirilebilir.

“Mahalle baskısı” bu tür zor kullanma araçlarından birisi olarak ülkemiz gündeminde yer almaya başlamıştır. Buna sadece değinmekle yetineceğim, çünkü henüz tehlikenin boyutu kimi kesimler tarafından yeterince algılanamamaktadır.

Ancak, devletin zor kullanma araçlarından en önemlileri olan ordu ve iç güvenlik örgütleri, devletin tipik ve ayırt edici kapasitelerini göstermektedirler. Tarih boyunca, çeşitli devletlerde bu iki güç aktif bir biçimde siyasetin içinde olmuşlardır; bazen sivil önderler bunlardan demokratik olmayan bir rejimi yerleştirmek ve korumak amacıyla da yararlanmışlardır.

Bu kuvvetlerden ordu, devletin dış güvenliğini sağlamakla görevli zor kullanma yeteneği olan bir örgüttür. Ordular dış güvenlik görevlerini yaptıkları, bu göreve hazırlandıkları sürece bir sorun çıkmamaktadır. Ancak, ordular iç politika ve iç güvenlik sorunlarıyla ilgilenmeye başladıkları andan itibaren sivil demokratik süreç için sorun oluşturmaktadırlar.

İç güvenlik örgütleri, asıl olarak iç güvenlik sorunlarıyla görevli bulunmakta; genelde doğrudan siyasal iktidarların ve önderlerin emir ve komutası altında çalışmaktadırlar. Orduların devletin koruyucusu olarak; iç güvenlik örgütlerinin ise hükümetlerin koruyucusu olarak görev yaptıkları varsayılır.

Zorunlu olarak güç-zor kullanan bu örgütlerin demokrasi için tehlike oluşturmaması; sağlıklı bir demokratik süreç sonucunda ortaya çıkacak sivil iradenin kontrolü altında olmaları koşuluna bağlı bulunmaktadır. Başka bir anlatımla eksiksiz demokrasinin önündeki engellerin kaldırıldığı, insan haklarının en temel amaç olduğu, hukukun üstünlüğüne dayalı gerçek hukuk devletinin yaşama geçtiği gerçek bir hukuk devletinde bu tartışmalara yer yoktur. Bu bağlamda, Bakanlar Kurulu’nda benimsenen Avrupa Birliği 3. Ulusal Programı Taslağı, söz konusu sorunu güncelleştirmiştir.

Taslakta “TSK’nun iç güvenlikle ilgili konumunun” gözden geçirildiği belirtilmektedir. Bu konuda bir tartışma yoktur. Ordu harcamalarının Sayıştay denetimine tabi olması, harcamaların ulusal güvenlik dışında saydamlaşması, sivil yönetim ve

demokratikleşme adına olumlu gelişmelerdir. Ordunun iç siyasi olaylara karışması yukarıda da arz ettiğim gibi doğal olmayan sivil demokratik sürece aykırı bir durumdur. Bu konuda anayasal ve yasal düzenlemeler yapılması, yanında eylemli olarak “askeri profesyoneller ile sivil irade arasında toplumsal ve psikolojik boşluk” yaratılmaması siyasi sivil iradenin basireti ile ilgili bir konudur. “Askeri önderler korumakla yükümlü oldukları sistemin -devlet, ulus, toplum veya anayasal düzen olabilir- istikrarının, sağlığının veya varlığının demokratik olarak seçilmiş liderlik tarafından tehlikeye düşürüldüğüne inanıyorlarsa, sivil denetimi reddedebilirler”. Bu eksiksiz demokrasi ve gerçek hukuk devleti için son derece tehlikeli ve yıkıcı bir durumdur. Bunun yaşanmaması için demokrasi ve hukuk devleti uygulamanızı ciddi biçimde gözden geçirmeniz lazımdır. Yoksa demokrasiyi ve hukuku kendi geçici iktidarınız ve ikbaliniz için bir araç olarak gördüğünüz sürece bu olumsuzluklardan kurtulmaya olanak yoktur.

Taslakta “iç güvenlik hizmeti, sivil iradenin belirleyeceği politikalar doğrultusunda ve yine onun denetim ve gözetiminde hukukun üstünlüğü insan hak ve hürriyetleri çerçevesinde kolluk kuvvetlerinin profesyonel ve uzmanlaşmış birimleri tarafından yerine getirilecektir” denilmektedir.

Ordunun niteliği dolayısıyla, ülkenin “demokratik” geleceği konusunda ön planda tartışıldığı günümüzde, iç güvenlik örgütünün de durumunu gözden uzak tutmamak gerektiğini, iç güvenlik örgütünün bugünkü tekçi yapısıyla “demokrasi” için bir tehlike oluşturabileceğini görmezden gelemeyiz. İdari ve adli polis ayrımı yapılmadan bu ikisi arasında kesin çizgiler koymadan “demokratik” rejim için sorunsuz bir iç güvenlik örgütünden söz etmek çok zordur. Ergenekon davası nedeniyle Silahlı Kuvvetler hakkında pek çok söz ve eylem gündeme getirildiği halde, iç güvenlik örgütü ile ilgili pek az şeyin bilinmesi, iktidara “muhalif” her türlü düşünce ve eylemin örgütlü “silahla hükümet devirme” suçu olarak algılanması, zor kullanma gücü olan bu örgüte de eşit ve aynı mesafede durmak zorunluluğunu ve kolluk gücünün de demokrasinin “çoğulculuk” ilkesini ve “adil yargılanma hakkı” ile “temel hak ve özgürlükleri” özümsemesi üzerinde düşünmemiz gerektiğini ortaya koymuştur, kanımdayım. Bu bağlamda AİHM’nin pek çok kararında iç güvenlik örgütünün hukuk

dışı eylemlerinden dolayı devletin milyon avrolara mahkum olduğu unutulmamalıdır.

Son yıllarda iç güvenlik güçlerinin insan haklarına bağlılık ve hukuk devletine uygun çözümler yönünde çok ciddi çalışmalar yaptığını biliyoruz ancak bunların yeterli olmadığı yaşanan acı olaylar ve kimi polis uygulamalarıyla ortaya çıkmaktadır.

Söz konusu taslaktaki “iç güvenlik hizmeti, sivil iradenin belirleyeceği politikalar doğrultusunda” amacı ve “iç güvenlik yönetiminin koordinasyonu ve sivil iradenin iç güvenlikle ilgili görev, yetki ve sorumluluklarını etkin olarak yerine getirmesini güçleştiren mevzuat hükümleri ve uygulamaları değiştirilecektir” hedefini “hukuk devleti” ilkeleri doğrultusunda okumak gerekmektedir. Silahlı kuvvetler için düşünülen harcamaların denetimi sorununu bu örgüt için de etkin hale getirmek ve saydamlığını sağlamak amaçlanmalıdır.

Ordular kadar “demokratik” yapı üzerine etkili olabilecek zor-güç kullanma yetkisine sahip iç güvenlik örgütünün “antidemokratik”, “insan hak ve özgürlükleri” aleyhine ve “aykırı düşünce, ifade ve yasal koşullara uygun, şiddet içermeyen örgütlenme ve eylemler” üzerinde baskı için kullanmak, görülmemiş işitilmemiş şey değildir. Sivil iradeye Gestapo ve faşist İtalya polisi tek başlarına “antidemokratik” rejimlerin kurucusu ve kollayıcısı olabilmişler; ülkelerinin ordularını dahi etkisiz kılabilmişlerdir. Bizler için sivil iradenin denetiminde olsa bile sürekli “polis rejimi” içinde yaşamak katlanılabilecek bir yaşam biçimi olamaz.

Gelecekte yaşanabilecek sıkıntıları şimdiden engelleyecek “demokratik” bir iç güvenlik örgütlenmesi üzerinde tartışılması gerekmektedir. Sadece “siyasi iradenin iç güvenlikle ilgili görev, yetki ve sorumluluklarını etkin olarak yerine getirmesi” kadar “savcılık kurumunun etkinliği” ile HSYK için öngörülen ilkelerin “iç güvenlik birimlerinin yönetiminde” de sağlanması “objektiflik, tarafsızlık, şeffaflık ve hesap verebilirlik temelinde geniş tabanlı temsil esası” ilkelerinin uygulanması önem kazanmaktadır. Ülkemizde yıllardır kurulması İçişleri Bakanlığı ve iç güvenlik örgütleri tarafından kararlılıkla engellenen “adli kolluk”, demokratik iç güvenlik yönetimi açısından son derece önemlidir. Özellikle sivil siyasal iradenin etkinliğini ancak “bağımsız yargı” ile denetlemek mümkündür. Yargıyı bağımlı hale getirme projeleri üretilirken,

sivil iradenin denetim ve yönetimindeki iç güvenlik birimlerinin “demokrasi” için en az askeri güç kadar olumsuz etkileri olabileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Kuşkusuz tüm bu yapılanmalar kendi içinde demokratiği özümsemiş, insan hakları başta olmak üzere hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti ilke ve kavramlarını içselleştirmiş tutkularından soyutlanmış, kendine özgüveni olan siyasal iktidar temsilcileri tarafından gerçekleştirilebilir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

19 Mayıs, 23 Nisan, 30 Ağustos ve 29 Ekim tarihleri Cumhuriyetimizin, ulusumuzun ve egemenliğimizin anıtlaşmış günleridir. Özgürlüğümüzün ve bağımsızlığımızın müjdecisi olan bu günler halkımız tarafından bayram olarak coşkuyla kutlanır. Çünkü halkımız bilir ki mevsimler gibi ardı ardına gelen bu güzel günlerin arkasında koca bir İmparatorluğun tarihi, 1. Dünya Savaşı, Çanakkale, Sarıkamış faciası ve nihayet Türk Kurtuluş Savaşı dediğimiz bir destan yatmaktadır. Ulusal övünç ve onur kaynağımız olan Kurtuluş Savaşı ile yitirilmiş olan bağımsızlığımız yeniden kazanılmış ve devletin yönetim biçimi Cumhuriyet olarak belirlenmiştir.

85 yıla ulaşan Türkiye Cumhuriyeti kurulduğu günden bu yana çok çetin bir sınav vermektedir. Sınavın bu denli çetin oluşu kanımca onun kuruluş öyküsünde çok açık bir şekilde anlatılmaktadır. Bu öyküde iki konu dikkat çekmektedir. Bunlardan birincisi Cumhuriyeti kuran kuşak, onbir yıl süre ile iç ve dış her cephede savaşmak zorunda kalmış ve sırasıyla; Trablusgarb, Balkan, Birinci Dünya, Sakarya ve Dumlupınar savaşlarından başarıyla çıkmış ve yine kurdukları devletin başına gelebilecek her türlü felakete karşı durmaya çalışmış, büyük bir kararlılıkla; etnik parçalanma, din-mezhep çatışması, ayaklanma, işgal, emperyalizm sömürüsüne karşı yürekli bir duruş sergilemişlerdir. İkinci konu ise, bilgi yaşı biyolojik yaşından kat kat fazla olan bu kuşak kendi başlarına gelenlerin bir daha yaşanmaması için Türkiye Cumhuriyeti’ni akıl ve bilimin rehberliğinde çok sağlam çağdaş değerler ve temeller üzerine kurmuşlardır. Ancak bütün bu öngörülere karşın gözden kaçırılan tarihi, sosyal ve toplumsal bir gerçekte yüzyıllar boyu bu coğrafyada yaşayan kimi insan gruplarının dokularına işlemiş olan tutucu ve gerici zihniyetin öyle birkaç on yılda sökülüp atıla-

mayacağı gerçeğidir. Söz konusu zihniyet ve temsilcileri Cumhuriyetle birlikte tü-müyle yok olmamış, kendi kabuğuna çekilerek zaman zaman gerekli çıkışları yaparak varlığını ve etkinliğini korumuştur. Özellikle çok partili yaşama geçişle birlikte bazı siyasal çevrelerin güdümünde toplum içinde yeniden yaygınlaşmaya ve etkinleşmeye başlayan bu zihniyet temsilcileri kendi varlıklarının yok olma nedeni olarak gördükle-ri Cumhuriyet ve onun kazanımlarıyla amansız mücadele vermektedirler. İşin en aci yanı da demokrasiden, insan haklarından, hukukun üstünlüğünden ve çağcıl değerler-den nasibini almamış bu zihniyet temsilcilerinin mücadelesini aydınlarımızın belirli bir kesiminin bunları demokratlık, özgürlükçülük, çoğulculuğu benimsemek adına cesaretlendirmeleridir.

Kuşkusuz çağdaş, çoğulcu ve eksiksiz demokrasilerde her düşünce özgürce ifade edilebilir, edilmelidir de, ancak sırf bir devrimi dışlamak ve onun eşsiz liderini aklınca küçük düşürmek için söylenen sözlerin düşünce ve fikir özgürlüğüyle alakası yoktur. Örneğin genç bir kızımız televizyonda 70 milyonun gözleri önünde ulusumuzun varlık nedeni olan büyük önder Atatürk için “...ben Atatürk’ü sevmiyorum,” diyebilmektedir.

Burada üzerinde durulması gereken konu bu genç kızımızın Atatürk düşmanı olarak yetişmesine zemin hazırlayan koşullardır. Bu kızımızın fikir babası ve hocası yukarda sözünü ettiğim zihniyet ve onun temsilcileridir. Oysa Birleşmiş Milletler Teşkilatı tarafından sadece Türk ulusu için değil, tüm insanlık için bir onur simgesi olarak tanımlanan, ulusumuz için gerçek bir aydınlanma öncüsü, bağımsızlık, barış, özgürlük, mutluluk, hukuka saygı gibi evrensel değerleri kişiliğinde bütünleştirmiş yüce Atatürk XX. yüzyıldan XXI. yüzyıla manevi varlığını sürdüren tek liderdir. Bunun somut kanıtı olarak UNESCO, 152 ülke temsilcisinin oybirliğiyle onayladıkları belgede Atatürk şöyle tanımlanmıştır: “...Atatürk kimdir; Atatürk uluslar arası anlayış, işbirliği, barış yolunda çaba göstermiş üstün kişi, olağanüstü devrimler ger-çekleştirmiş bir devrimci, sömürgecilik ve yayılmacılığa karşı savaşan ilk önder, insan haklarına saygılı, dünya barışının öncüsü, bütün yaşamı boyunca insanlar ara-sında renk, dil, din, ırk ayrımı göstermeyen, eşi olmayan devlet adamı, Türkiye Cum-huriyeti’nin kurucusu...”

Dünya onu bu yönleriyle tanıyor yukarda sözünü ettiğim iflah olmaz zihniyetin beslediği ve yetiştirdiği genç bir kızımız da onun hakkında duygu ve düşüncelerini böyle ifade ediyor. Ve ekliyor “...ben Humeyni’yi seviyorum...”

Kuşkusuz herkes dilediği kişiyi sever ya da sevmez, ancak burada genç kızımızın sevdiğini söylediği kişi, Atatürk ilke ve devrimleriyle taban tabana zıt bir dünya görüşünün temsilcisidir. Kuşkusuz bu tercih çok ilginçtir. Nitekim Humeyni’den sonra şu anda o ülkeyi temsil eden kişi Atatürk’le ilgili olarak sırf genç kızımızın taşıdığı duyguları taşıdığından Anıtkabir’i ziyaret etmemek için Türkiye ziyaretini İstanbul’da gerçekleştirmiş, devletimizin üst düzey yöneticileri sıra sıra bu seçkin konuğu saraylarda ağırlamışlardır. Konuyla ilgili olarak Dışişleri Bakanı’na yöneltilen soruya, Bakan “...bunlar teferruatır...” demek suretiyle yanıt vermiştir. Oysa “*protokol*” uluslararası ilişkilerde bir “*teferruat*”, ayrıntı değil, diplomasinin temel enstrümanlarından biridir. Geçen yüzyıllarda “*protokol*” ve bir devlet nezdindeki diplomasi temsilcilerinin sırası sorunları o denli önem taşıyordu ki, bu nedenle devletler arasında çatışmalar yaşanabiliyordu. Bu denli olmasa bile günümüzde de “*protokol*” sorunu öneminden hiçbir şey yitirmemiştir.

Ancak, “*dini özgürlüklerini yeterince yaşayamadığını*” Avrupa Birliği yetkililerine şikayet eden bir Dışişleri Bakanı’nın başında bulunduğu; hukuk müşavirliği için açılan sınav sonunda kazanan adaylara, mülakatta, -Anayasa’nın 24. maddesinin 2. fıkrasındaki “*Kimse, ... dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz*” hükmüne açıkça aykırı bir biçimde- “*ahrete inanıyor musunuz*”, “*haftada kaç defa Kur’an okursunuz?*”, “*Peygamberin gökyüzüne çıktığına inanır mısınız?*” gibi sorular yöneltilen Dışişleri Bakanlığı’ndan başka ne beklenebilir?

Kendilerine özgüveni ve inancı olan devletler dış politikalarını diplomasilerini, diğer devletlerin istekleri doğrultusunda değil, kendi ulusal değerleri ve çıkarları doğrultusunda yürütürler. Konu diplomasi ve uluslar arası ilişkilerden açılmışken 10 Kasım 2007 günü bir otelde Suudi Arabistan Kralı’nın devlet ve hükümet başkanımız tarafından sıcak ve samimi ziyareti yanında, tüm dünya uluslarının ülkesinde soykırım yaptığını iddia ettikleri bir devlet başkanına yapılan sıcak kabuller zihinlerden silin-

meyecektir.

Oysa bu yapay gündemlerden çok daha önemli yurt ve ülke sorunları çözümler beklemektedir.

İşsizlik, terör, hayat pahalılığı, insan yaşamının hiçe sayılması, eğitim-öğretim, plansız kentleşme, sağlıklı bir çevrede yaşama, sosyal güvenlik, gelecek endişesi, gibi kişisel sorun ve beklentiler içinde olan halkımız ciddi bir gerilim yaşamaktadır. Tüm bu sorunları görmezden gelerek ülke gündemini verimsiz ve yapay konularla meşgul etmek hiç kimseye yarar sağlamaz. Ülkemiz bulunduğu coğrafyadan da kaynaklanan çok ciddi iç ve dış sorunlar sarmalıyla karşı karşıya bulunmaktadır. Bu sorunların çözümü iktidarıyla, muhalefetiyle, askeri ve sivil kesimiyle tüm yurttaşların ulusal bilinç, eksiksiz demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü ve gerçek hukuk devletini yaratma ve yaşatma arzu ve kararlılığıyla gerçekleştirilebilir. Aksi uygulamalar hepimizi gelecek nesillere karşı çok büyük sorumluluklarla karşı karşıya bırakır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Atatürk'ün "*en büyük eserim*" dediği Türkiye Cumhuriyeti, her yönüyle ileriye dönük, temelinde ulusal egemenlik, demokrasi ve tam bağımsızlık kavramları olan büyük bir toplumsal değişim, dönüşüm ve gelişim projesidir. Birilerinin bizleri bu projenin aydınlık yolundan ve çağdaş dünyanın değerlerinden ayırıp kendi karanlık dünyalarına sürüklemelerine asla izin vermeyeceğiz.

Beni dinlediğiniz için teşekkür eder, saygılar sunarım.



VESAYET ALTINDAKİ KİŞİLERİN MALVARLIĞININ DEFTERİNİN TUTULMASI

Ömer Uğur GENÇCAN (★)

ANLATIM DÜZENİ: I.GİRİŞ, II.KOŞULLARI, A-Geçici Olarak Defter Tutma, B-Adi Defter Tutma, 1-Görevli Mahkeme, 2-Görevlendirilen Kişiler, a.Vasi, b.Vesayet Makamı Temsilcisi, 3-Defter Tutma Yükümlülüğünün Ortadan Kalkması, 4-Defter Tutma Yükümlülüğünün Sonradan Doğması, 5-Defter Tutma Süresi, 6-Defter Tutma Şekli, 7-Vesayet Altındaki Kişinin Hazır Bulundurulması, a.Vesayet Altındaki Kişi, b.Üçüncü Kişiler, 8-Defterin İşlevi, 9-Defter Tutmama-nın Sonuçları, C-Resmi Defter Tutma, 1-Görevli Mahkeme, 2-İstek Bulunmalıdır, 3-Koşullar Gerektirmelidir, a.Aktif ve Pasif Bilinemiyorsa, b.Aktif ve Pasif Sakla-nıyorsa, c.Vesayet İşleri Zorunlu Kılıyorsa, 4-Resmi Defterin Bağlayıcılığı, a.Süresinde Yazılmayan Alacaklar, b.Kusur Olmadan Yazılmayan Alacaklar, c.Bildirime Rağmen Yazılmayan Alacaklar, 5-Defter Tutma Süresi

I. GİRİŞ

Haklarını bizzat koruyamayacak durumda olan kişilerin bu durumundan sadece kendileri değil sonuç olarak **toplum düzeni** de zarar görmektedir.⁽¹⁾

(★) Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Üyesi.

(1) VELİDEDEOĞLU, s. 487.

Vesayet böyle kişilerin şahıslarını ve mallarını korumaya yönelik bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır.⁽²⁾

Bilindiği üzere TMK. m. 438-469 hükmüyle vesayetin yürütülmesi (=İkinci Bölüm), m. 438-457 hükmüyle vasinin⁽³⁾ görevleri (=Birinci Ayırım), m. 438-444 hükmüyle vasinin göreve başlaması düzenleme konusu yapılmıştır.

Korumanın gerçekleştirilmesini sağlayan araçlardan biri de vesayet altındaki kişinin malvarlığının defterinin tutulmasıdır.

Toplum düzeni açısından çok önem verdiğimiz bu konu çalışmamızın çerçevesini oluşturmaktadır.

II. KOŞULLARI

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre vesayet altındaki kişinin malvarlığının defterinin tutulması üç şekilde gerçekleşebilir;

- Geçici olarak defter tutma,⁽⁴⁾
- Adi defter tutma,⁽⁵⁾
- Resmi defter tutma.⁽⁶⁾

A-GEÇİCİ DEFTER TUTMA

Vesayet makamı,⁽⁷⁾ vasinin atanmasından önce gerek gördüğü önlemleri⁽⁸⁾ kendiliğinden alır. Vesayet altındaki kişinin malvarlığının kapsamı zorunlu kılı-

(2) AKINTÜRK, s. 442, ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 1081.

(3) TMK. m. 423 hükmüne göre vasiliğe atanan kimse, vasilikten kaçınmış veya atanmasına itiraz edemiş olsa bile, yerine bir başkası atanıncaya kadar vasiye ait görevleri yerine getirmekle yükümlüdür.

(4) TMK m. 420.

(5) TMK m. 438 f. I.

(6) TMK m. 438 f. III.

(7) 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 397 f. II hükmüne göre vesayet makamı, sulh hukuk mahkemesidir.

yorsa vesayet makamı vasinin atanmasından önce de geçici önlem olarak bu malvarlığının **defterinin tutulmasına** karar verebilir.⁽⁹⁾

B-ADİ DEFTER TUTMA

Vasiliğe atanma kararı kesinleştikten sonra vasi ile vesayet makamının⁽¹⁰⁾ görevlendireceği bir kişi tarafından, vakit geçirilmeksizin, yönetilecek **malvarlığının defteri** tutulur.⁽¹¹⁾

Malvarlığının defterinin tutulabilmesi için, vasinin atanmasına ilişkin kararın **kesinleşmiş olması** öngörülmüştür.

Genel anlamda bir **envanter**⁽¹²⁾ **defteri** söz konusudur.⁽¹³⁾

Uygulamada genellikle defter **kural olarak** resmi bir şekle bağlı olmadan/adi şekilde tutulmaktadır.⁽¹⁴⁾

1-Görevli Mahkeme

Türk Medenî Kanununun Velâyet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük Kapsamında Tutulacak Defterler, Özel Kütük, Dosyalar, Tutanaklar ve Diğer Evrakın Düzenlenmesine Dair Yönetmelik⁽¹⁵⁾ m. 9 hükmü ile

(8) TMK. m. 420 hükmüyle geçici önlemler düzenleme konusu yapılmıştır.

(9) **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ** s. 621.

(10) Vesayet kurumu hakkında genel bilgi için bakınız; **GENÇCAN**, Ömer Uğur; "4721 Sayılı Türk Medenî Kanununa Göre Vesayet Kurumuna Genel Bakış", Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı:115, 15 Ağustos 2002, Sayfa: 5-10, **GENÇCAN**, Ömer Uğur; "Aile ve Neseb Hukuku ile İlgili Genel Bilgiler ve Yasal Durum", Almanya Adalet Bakanlığı ile Türkiye Adalet Bakanlığı tarafından düzenlenen Türk-Alman Yargıçlar Semineri'nde/Türkisch-Deutsche Richtertagung sunulan tebliğ, 09. Ekim 2001, Ausbildung-Und Erholungszentrum/ Antalya-Türkiye. Bakınız: Türk-Alman Yargıçlar Semineri DIE TURKISCH-DEUTSCHE RICHTERTAGUNG, Ankara Açık Cezaevi Matbaası, Ankara-2001, s. 60-74. Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını.

(11) Bakınız: ZGB. Art.398.

(12) Envanter olgusunun mal rejimlerine ilişkin genel hükümler arasında (TMK. m. 216) da yer aldığı görülmektedir. Bakınız: **GENÇCAN**, Ömer Uğur; Mal Rejimleri Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2007, Kısaltma: **GENÇCAN**-Mal Rejimleri, s. 168-173. s. 70-71.

(13) **TEKİNAY**, **Selahattin Sulhi**; Türk Aile Hukuku, İstanbul- 1984, s. 670.

(14) **ÖZTAN**, s. 680.

(15) Resmî Gazete: 23.9.2004- 25592. Bu Yönetmelik, 21/7/2003 tarihli ve 2003/5960 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe giren Türk Medenî Kanununun Velâyet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzüğün 57 nci maddesinin (a) bendi

vasi tarafından tutulacak defter düzenleme konusu yapılmıştır.

Buna göre vasiliğe atanma kararının kesinleşmesi üzerine, Türk Medenî Kanununun 438 inci maddesi uyarınca; vasi ile vesayet makamının görevlendireceği bir kişi tarafından, **hâkimin**⁽¹⁶⁾ belirleyeceği süre içinde ve talimatları doğrultusunda yönetilecek malvarlığının defteri tutulur.

Vasinin göreve başlaması sebebiyle tutulacak defter konusunda işlemler **vesayet makamı** tarafından yerine getirilir.

1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 397 f. II hükmüne göre vesayet makamı, sulh hukuk mahkemesiydi.

18 Ocak 2003 gün ve 24997 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 4. maddesi 1. fıkrası gereğince vesayet makamı görevi aile mahkemelerine (Aile mahkemeleri kurulmayan yerlerde ise Hakimler Savcılar Yüksek Kurulunun kararıyla aile mahkemesi görevi verilen o yerdeki asliye hukuk mahkemelerine) verilmişti.

20 Nisan 2004 gün ve 25439 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 5133 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun 2. ve 3. maddeleri gereğince **vesayet makamı** görevi yeniden **Sulh Hukuk Mahkemesine** verilmiştir.

Böylece vesayet makamı;

- **1.1.2002-18.1.2003** tarihleri arasında sulh hukuk mahkemesi,

uyarınca hazırlanmıştır. Bu Yönetmeliğin amacı, Türk Medenî Kanununun Velâyet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük uyarınca tutulacak defterler ile özel kütük, dosyalar, tutanaklar ve diğer evraka ilişkin hususları düzenlemektir.

(16) Vesayet makamı.

- 18.1.2003-20.4.2004 arasında aile mahkemesi (=yoksa Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen asliye hukuk mahkemesi),

- 20.4.2004 sonrasında yeniden sulh hukuk mahkemesi olmuştur.

2-Görevlendirilen Kişiler

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu defter tutma konusunda işlemin vasi ile birlikte⁽¹⁷⁾ vesayet makamının görevlendireceği bir kişi tarafından gerçekleştirilmesini düzenlemiştir.

a.Vasi

Vasiliğe atanma kararının kesinleşmesi üzerine vasi ile vesayet makamının görevlendireceği bir kişi tarafından yönetilecek malvarlığının defteri tutulur.

Vesayet altındaki kişi ayırt etme gücüne sahipse, olanak bulunduğu takdirde defter tutulurken hazır bulundurulur.⁽¹⁸⁾

Gerek vasi ve gerekse vesayet makamı değişikliklerinde⁽¹⁹⁾ zorunluluk bulunmadıkça⁽²⁰⁾ yeniden defter tutmak zorunlu değildir.⁽²¹⁾ Başka bir anlatımla eski vasinin ve vesayet makamının görevlendirdiği kişinin düzenlediği defterler geçerliliğini korur. Kuşku yok ki yeni vasi ile yeni vesayet makamının görevlendirdiği kişinin sonrası için defter düzenlemekle yükümlülükleri aynen devam eder.

b.Vesayet Makamı Temsilcisi

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre⁽²²⁾ yönetilecek malvar-

(17) ÖZTAN, s. 679.

(18) KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 348.

(19) Vesayet makamının izni olmadıkça vesayet altındaki kişi yerleşim yerini değiştiremez. Yerleşim yerinin değişmesi halinde yetki, yeni vesayet dairelerine geçer. Bu takdirde kısıtlama yeni yerleşim yerinde ilân olunur. (TMK m. 412)

(20) Önceki vasinin ve vesayet makamının görevlendirdiği kişinin düzenlediği defterlerin yok olması, bulunamaması, kaybolması vs.

(21) DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ s. 621, ÖZTAN, s. 680.

(22) TMK m. 438 f. I.

lığının defteri vasinin yanı sıra vesayet makamının görevlendireceği bir kişi tarafından tutulur.⁽²³⁾

Vesayet makamının görevlendireceği bu kişi vesayet makamının temsilcisi⁽²⁴⁾ konumundadır. Başka bir anlatımla vesayet makamının görevlendireceği bu kişi vesayet makamı adına defter tutma işlemine katılmaktadır.⁽²⁵⁾

3-Defter Tutma Yükümlülüğünün Ortadan Kalkması

Vesayet altındaki kişinin malvarlığı yoksa vasi atanmasından itibaren bir ay içinde durum vesayet makamına bildirilir. Bildirim yazılı olarak yapılır.

Vesayet altındaki kişinin idare edilecek bir malvarlığı yoksa defter tutulması da gerekmez.⁽²⁶⁾

Türk Medenî Kanununun Velâyet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzüğün⁽²⁷⁾ m. 16 hükmüne göre düzenlenen defter vesayet makamına verildikten sonra hâkim, vesayet altındaki kimsenin mallarını, gelirini ve ihtiyaçlarını takdir eder. Hâkim gerekiyorsa bu konuda bilirkişi incelemesi de yaptırabilir.

Hâkim malları ile gelirinin vesayet altındaki kimsenin ihtiyaçlarına yetip yetmeyeceği konusunda gerek kendi yapacağı inceleme sonunda gerek görerek almışsa bilirkişi raporunu inceleyerek karar verir.⁽²⁸⁾

Vesayet altındaki kişinin malının bulunmaması veya düzenlenecek deftere göre mevcut malları ile gelirinin ihtiyaçlarına yetmeyeceğine vesayet makamı

(23) AKINTÜRK, s. 499, ÖZTAN, s. 680.

(24) Bakınız: ZGB. Art.398. ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 1121, KÖPRÜLÜKANETİ, s. 347.

(25) DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ s. 623.

(26) ÖZTAN, s. 680, AKINTÜRK s. 499.

(27) 10.8.2003 gün ve 25195 sayılı Resmî Gazetede yayınlandı.

(28) Türk Medenî Kanununun Velâyet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük m. 18.

tarafından karar verilmesi hallerinde, vasinin defter tutma ve hesap verme yükümlülüğü yoktur.⁽²⁹⁾

Bu halde, vesayet altındaki kişinin malları **paraya çevrilirse**, durum Tüzüğün m. 16 hükmünde sözü edilen deftere vesayet makamı tarafından şerh olunur.

4-Defter Tutma Yükümlülüğünün Sonradan Doğması

Malı bulunmayan veya malları ve geliri ihtiyaçlarına yetmeyen vesayet altındaki kişinin bağışlama ve benzeri yollarla elde ettiği kazanımlar, kazanıldığı tarihten itibaren **bir ay içinde** deftere işlenmek üzere vasi tarafından vesayet makamına bildirilir.

Vasi bildirimdeki gecikmesinden sorumludur.⁽³⁰⁾

Vesayet altındaki kişinin sonradan meydana gelen kazanımlarıyla mal ve gelir sahibi olması nedeniyle mallarının ve gelirin ihtiyaçlarına yeter dereceye ulaşması hâlinde, vesayet makamı bir kararla defter tutmayan vasiye defter tutma ve gerekiyorsa hesap verme yükümlülüğünü, defter tutmakta olup hesap veremeyen vasiye de hesap verme yükümlülüğünü yükler.

5-Defter Tutma Süresi

Yönetilecek malvarlığının defteri vasi ile vesayet makamının görevlendireceği bir kişi tarafından **hâkimin belirleyeceği süre içinde** tutulur.⁽³¹⁾

Belirlenen süre içinde defterin düzenlenmesine engel bir durum varsa vesayet makamından ek süre istenebilir.⁽³²⁾ Vasinin ek süre istemi vesayet makamınca uygun görüldüğü takdirde yeterli ek süre verilir. Bu süre kesindir.

(29) Türk Medenî Kanununun Velâyet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük m. 19.

(30) AKINTÜRK, s. 499.

(31) Türk Medenî Kanununun Velâyet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük m. 16.

6-Defter Tutma Şekli

Bilindiği üzere “Türk Medenî Kanununun Velâyet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına Dair Tüzük”⁽³³⁾, 21.7.2003 tarihli 2003/5960 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan⁽³⁴⁾ Türk Medenî Kanununun Velâyet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzüğü⁽³⁵⁾ m. 58 hükmü ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Yeni Tüzük içerisinde **defter tutmanın şekli** konusunda ayrıntılı bilgi verilmiştir.

Vasi ile vesayet makamının görevlendireceği bir kişi tarafından, hâkimin belirleyeceği süre içinde ve talimatları doğrultusunda **yönetilecek malvarlığının defteri**⁽³⁶⁾ tutulur.⁽³⁷⁾

Defterde vesayet altındaki kişinin **aktif ve pasifleri**⁽³⁸⁾ ayrı ayrı yer almalıdır.⁽³⁹⁾ Aktif ve pasif kalemler içerisinde vesayet altındaki kişinin mevcut ve beklenen hakları da yer almalıdır.⁽⁴⁰⁾

Defter düzenlemede zorluklara uğrayan vasi talimat vermesi ve yardım etmesi için vesayet makamına başvurabileceği gibi; vesayet makamı da vasiye gerekli talimatı verir ve yardımı yapar.

(32) AKINTÜRK, s. 499.

(33) 24.7.1965 tarihli ve 6/5100 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan.

(34) 10.8.2003 gün ve 25195 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak.

(35) 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 593, 609 ve 620 nci maddelerine göre kararlaştırılan.

(36) Türk Medenî Kanununun Velâyet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzüğü m. 57 hükmüne göre bu Tüzük kapsamında tutulacak defterler, özel kütük, dosyalar, tutanaklar ve diğer evrakla ilişkin hususları düzenleyen yönetmelik, Adalet Bakanlığınca en geç bir yıl içerisinde çıkarılır.

(37) Türk Medenî Kanununun Velâyet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük m. 16.

(38) Dolayısıyla bu kavrama borçlar da girmektedir. VELİDEDEOĞLU, s. 519.

(39) ÖZTAN, s. 680, KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 348.

(40) DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ s. 621.

Vasi ile vesayet makamının temsilcisi tarafından deftere bir sıra numarası izleyerek vesayet altındaki kişinin mallarının;

- türü,
- adedi,
- tahmin edilen rayiç bedelleri,
- taşınmazların bulunduğu yerler,
- taşınmazların sınırları,
- taşınmazların alanları,
- taşınmazların özellikleri,
- taşınmazların tapu kayıtları,
- taşınmazların üzerindeki kısıtlamalara ilişkin aynî haklar belirtilerek yazılır.⁽⁴¹⁾

Vesayet makamınca belirlenen süre içinde tutulan defter **iki örnek olarak** vesayet makamına verilir.

Defter vesayet makamı tarafından incelenir. Defteri inceleyen vesayet makamı defterin usulüne uygun ve doğru olarak düzenlendiği kanısına vardığı takdirde defterin bir örneğini onaylayarak vasiye verir; diğer örneğini dosyasında saklar.

Vesayet makamı, defterde yazılan malların iyi tanımlanmadığını, değerlerinin takdirinde yanlışlık yapıldığını veya eksik yazıldığını saptarsa, bunları denetimi altında tamamlattırır veya düzelttirir.

(41) AKINTÜRK, s. 499.

Vesayet altındaki kimsenin malları mevcut değilse, vasi atanmasından itibaren **bir ay içinde** durumu vesayet makamına yazılı olarak bildirir.

7-Defter Tutmada Hazır Bulundurulacaklar

Olanak bulunduğu takdirde defter tutulurken ayırt etme gücüne sahipse vesayet altındaki kişi ile ilgili üçüncü kişiler hazır bulundurulur.

a. Vesayet Altındaki Kişi

Ayırt etme gücüne sahip olan vesayet altındaki kişi, defter tutulurken **olanak bulunduğu takdirde** hazır bulundurulacaktır.

Ayırt etme gücüne sahip olan vesayet altındaki kişi **ergin olmasa bile** olanak bulunduğu takdirde defter tutulurken hazır bulundurulmalıdır.⁽⁴²⁾

Ayırt etme gücüne sahip olan vesayet altındaki kişi ve her ilgili, vasiinin eylem ve işlemlerine karşı vesayet makamına **şikâyette** bulunabilir.⁽⁴³⁾ Olanak olduğu halde defter tutulurken hazır edilmeyen ayırt etme gücüne sahip olan vesayet altındaki kişi de vesayet makamına **şikâyette** bulunabilir.⁽⁴⁴⁾

b. Üçüncü Kişiler

Yönetilecek malvarlığının defteri tutulurken hukuki yararı bulunan **üçüncü kişilerin** de katılımı sağlanabilir.⁽⁴⁵⁾

Üçüncü kişilere vesayet altındaki kişinin avukatı, işvereni, bakıcısı, bankalar, yatırım şirketi temsilcileri vs. örneklenebilir.⁽⁴⁶⁾

(42) DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ s. 623.

(43) TMK m. 461 f. I. VELİDEDEOĞLU, s. 519.

(44) Vesayet makamının kararlarına karşı tebliğ gününden başlayarak on gün içinde denetim makamına itiraz edilebilir. TMK m. 461 f. II.

(45) DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ s. 623.

(46) DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ s. 623.

8-Defterin İşlevi

Vasi, vesayet altındaki kişinin malvarlığını iyi bir yönetici gibi özenle yönetmek zorundadır. Vasi, yönetimle ilgili **hesap tutmak** ve vesayet makamının belirlediği tarihlerde ve her hâlde yılda bir defa hesabı onun incelemesine sunmakla yükümlüdür.⁽⁴⁷⁾

Görevi sona eren vasi, yönetimle ilgili **son raporu ve kesin hesabı** vesayet makamına vermekle yükümlü olduğu gibi; malvarlığını vesayet altındaki kişiye, mirasçılara veya yeni vasiye teslim edilmek üzere hazır bulundurmak zorundadır.⁽⁴⁸⁾

Açıklanan görevleri yerine getirebilmek için vasi yönetimle ilgili **hesap tutmak** ve yönetimle ilgili **son raporu ve kesin hesabı** vesayet makamına verebilmek için **defter tutmak** zorundadır. Başka bir anlatımla hesap vermede tutulan bu defter esas alınır.⁽⁴⁹⁾

9-Defter Tutmamanın Sonuçları

Bilindiği üzere yönetilecek malvarlığının defteri **hâkimin belirleyeceği süre içinde** tutulur.⁽⁵⁰⁾ Vasinin **ek süre istemi** vesayet makamınca uygun görüldüğü takdirde yeterli ek süre verilir ve bu süre kesindir.

Vesayet makamı, defterde yazılan malların iyi tanımlanmadığını, değerlerinin takdirinde yanlışlık yapıldığını veya eksik yazıldığını saptarsa, bunları denetimi altında **tamamlattırır** veya **düzeltilir**.

(47) TMK m. 454.

(48) TMK m. 489.

(49) ÖZTAN, s. 679.

(50) Türk Medenî Kanununun Velâyet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük m. 16.

İşte belirlenen bu süreler içinde **defter tutulmaz** veya **tamamlanmaz** ya da **düzeltilmezse** vasi, Türk Medenî Kanununun m. 483 hükümlerine göre⁽⁵¹⁾ vesayet makamı tarafından **görevinden alınır**.⁽⁵²⁾

Vasinin görevden alınması görevini ağır surette savsaklaması hukuksal sebebine dayalı olarak gerçekleştirilir.⁽⁵³⁾

C-RESMÎ DEFTER TUTMA

Defter **kural olarak** resmi bir şekle bağlı olmadan/Adi şekilde tutulmakta ise de istisnaen vesayet altındaki kişinin malvarlığının **resmî defterinin** tutulmasına da karar verebilir.

Denetim makamı, koşullar gerektirdiği takdirde vasi ve vesayet makamının isteği üzerine vesayet altındaki kişinin malvarlığının **resmî defterinin** tutulmasına karar verebilir. Bu defter, mirastaki resmî defterin alacaklılara karşı doğurduğu sonuçları doğurur ve oradaki usul uyarınca tutulur.⁽⁵⁴⁾

Sözü edilen kişinin malvarlığı için tutulacak resmî defter TMK m. 619 hükmünde öngörülen defterle benzerlik göstermektedir.

Bu nedenle defterin tutulması, alacaklılara karşı hüküm ve sonuçları konularında TMK m. 619 ve devamı maddeleri hükmünde yollama yapılmıştır.⁽⁵⁵⁾

Denetim makamının işlevi sadece resmî defterin tutulması kararlaştırmaktan ibarettir.

(51) Vasi, görevini ağır surette savsaklar, yetkilerini kötüye kullanır veya güveni sarsıcı davranışlarda bulunursa vesayet makamı tarafından görevden alınır.

(52) AKINTÜRK, s. 499.

(53) ÖZTAN, s. 680, FEYZİOĞLU, s. 501.

(54) Türk Medenî Kanununun Velâyet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzüğü'nün m. 17.

(55) TMK m. 624-628 hükümleri TMK m. 438 hükmüne göre tutulan defterlerde uygulanmaz.

Başka bir anlatımla denetim makamı tarafından tutulması kararlaştırılan resmî defter **sulh mahkemesi tarafından** düzenlenerek bu deftere terekeye ait aktif ile pasifler takdir edilen değerleriyle yazılır.⁽⁵⁶⁾

1-Görevli Mahkeme

Koşullar gerektirdiği takdirde vasi ve vesayet makamının isteği üzerine vesayet altındaki kişinin malvarlığının resmî defterinin tutulmasına **denetim makamı tarafından** karar verilebilir.

Bilindiği üzere 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 397 f. II hükmüne göre vesayet makamı, sulh hukuk mahkemesi; denetim makamı, asliye hukuk mahkemesidir.

2-İstek Bulunmadır

Koşullar gerektirdiği takdirde denetim makamı tarafından vesayet altındaki kişinin malvarlığının resmî defterinin tutulmasına **vasi ve/ile vesayet makamının isteği üzerine** karar verilebilir.

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 438 f. III hükmünde **vasi ve vesayet makamının isteği üzerine** ifadesi yer almaktadır.

DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ ise 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 438 f. III hükmünde yer alan “ve” bağlacının “ve” şeklinde **yazıldığı halde** “veya” şeklinde **okunmasını** istemektedir.⁽⁵⁷⁾

Yasa Koyucunun “ve” bağlacının anlamını bilmediği ileri sürülemeyeceği gibi bugüne kadar herhangi bir değişikliğe de gitmediği düşünüldüğünde “ve” bağlacını bilerek ve isteyerek kullandığını düşünmekteyiz.

(56) TMK. m. 620 f. I

(57) **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ** s. 622.

3-Koşullar Gerektirmelidir

Vesayet altındaki kişinin malvarlığının resmî defterinin tutulmasına **koşullar gerektirdiği takdirde** karar verilebilir.

a.Aktif ve Pasif Bilinemiyorsa

Denetim makamı tarafından vesayet altındaki kişinin malvarlığının resmî defterinin tutulmasına malvarlığının aktif ve pasifinin **bilinememesi durumunda** karar verilebilir.

b.Aktif ve Pasif Saklanıyorsa

Vesayet altındaki kişinin malvarlığının resmî defterinin tutulmasına malvarlığının aktif ve pasifinin **saklanması durumunda** vasi ve vesayet makamının isteği üzerine karar verilebilir.

c.Vesayet İşleri Zorunlu Kılıyorsa

Vesayet altındaki kişinin malvarlığının resmî defterinin tutulmasına vesayet işlerinin **zorunlu kılması durumunda** da karar verilebilir.

4-Resmi Defterin Bağlayıcılığı

Denetim makamı tarafından koşullar gerektirdiği takdirde vasi ve vesayet makamının isteği üzerine vesayet altındaki kişinin malvarlığının tutulmasına karar verilen resmî defterinin içeriği vesayet daireleri, vasi ve vesayet altındaki kişi açısından bağlayıcıdır.⁽⁵⁸⁾

a.Süresinde Yazılmayan Alacaklar

Bilindiği üzere resmî defter, **mirastaki resmî deftere ilişkin usul uyarın-**

(58) DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ s. 623.

ca tutulur.⁽⁵⁹⁾ TMK m. 629 f. I hükmüne göre alacaklarını süresi içinde yazdırmayan alacaklılara karşı mirasçı, kendi kişisel mallarıyla sorumlu olmadığı gibi; terekeden kendisine geçen mallarla da sorumlu tutulamaz.

Bu sebeple vesayet altındaki kişi alacaklarını süresi içinde yazdırmayan alacaklılara karşı sorumlu değildir.

Resmî defter, **mirastaki resmî deftere ilişkin usul uyarınca** tutulacağı için⁽⁶⁰⁾ TMK m. 629 f. III hükmüne göre alacakları, tereke mallarıyla güvence altına alınmış olan alacaklılar deftere geçirilmemiş olsa bile bu haklarını güvenceden alabilirler kuralı uyarınca vesayet altındaki kişinin mallarıyla alacakları teminat altına alınan alacaklılar, alacaklarını bu teminattan alabilir.⁽⁶¹⁾

b.Kusur Olmadan Yazılmayan Alacaklar

Resmî defter, **mirastaki resmî deftere ilişkin usul uyarınca** tutulacağı için⁽⁶²⁾ TMK m. 629 f. II hükmüne göre alacaklının kusuru olmadan deftere yazdıramadığı alacakları için mirasçı, zenginleşmesi ölçüsünde sorumlu kalır kuralı dikkate alınmalıdır.

Bu sebeple vesayet altındaki kişi alacaklarını **kusuru olmadan yazdırmayan** alacaklılara karşı **zenginleşmesi ölçüsünde** sorumludur.⁽⁶³⁾

c.Bildirime Rağmen Yazılmayan Alacaklar

Resmî defter, **mirastaki resmî deftere ilişkin usul uyarınca** tutulacağı için⁽⁶⁴⁾ TMK m. 629 f. II hükmüne göre alacaklının kusuru olmadan bildirdiği

(59) TMK m. 438 f. III.

(60) TMK m. 438 f. III.

(61) VELİDEDEOĞLU, s. 519, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ s. 622.

(62) TMK m. 438 f. III.

(63) DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ s. 622.

(64) TMK m. 438 f. III.

hâlde deftere yazılmamış alacakları için mirasçı, zenginleşmesi ölçüsünde sorumlu kalır kuralına göre hareket edilmesi gerekmektedir.

Vesayet altındaki kişi alacaklarını **bildirime rağmen yazdırmayan**⁽⁶⁵⁾ alacaklılara karşı **zenginleşmesi ölçüsünde** sorumludur.⁽⁶⁶⁾

SONUÇ

Hukuk kuralları zamanında ve gecikmeden uygulandığında bir anlam ifade eder.

Vesayet altında bulunan insanlarımız da bizim insanlarımızdır. Korunmaya muhtaç duruma gelen bu insanların korunması bağlamında vesayet altındaki kişilerin malvarlığının defterinin tutulmasına yönelik olarak **vesayet organlarına** çok önemli görevler düşmektedir.

Bilinmelidir ki vesayet bu sebeple **kamu düzenini** ilgilendiren bir olgu sayılmaktadır.



(65) AKINTÜRK, s. 498.

(66) DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ s. 622.

YABANCILARIN MİRAS YOLUYLA MÜLK EDİNMELEİ HAKKINDA İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ (AİHM)'NİN İKİ KARARI VE BU KARARLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ; (APOSTOLİDİ VE DİĞERLERİ-TÜRKİYE BAŞVURUSU İLE NACARYAN VE DERYAN-TÜRKİYE BAŞVURULARI)

Mahmut KAMACI (★)

ANLATIM DÜZENİ: *I-GİRİŞ, 1-Apostolidi ve Diğerleri-Türkiye başvurusu, a)Bu davanın ulusal mahkemelerdeki seyri, b)İHAM.'in davayı değerlendirmesi ve ihlali tespit eden kararı, 2-Nacaryan ve Deryan-Türkiye başvurusu, a)Bu davanın ulusal mahkemelerdeki seyri, b)İHAM.'in davayı değerlendirmesi ve ihlal kararı, 3-Her iki ihlal kararının karşılaştırılması ve kararlardan çıkarılan sonuçlar, 4-İhlal kararlarının, ulusal mahkemelerin yorum ve uygulamasıyla bağdaşım bağdaşmadığı sorunu, 5-Kararların iç hukuktaki olası sonuçları, II-SONUÇ*

I-GİRİŞ

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (AİHM); Türkiye aleyhine yapılan iki ayrı başvuruda, yabancı uyruklu gerçek kişilerin kanuni miras yoluyla Türkiye'de taşınmaz mal edinmeleriyle ilgili iki farklı karar almıştır. Bu kararlardan ilki; 1998'de Türkiye Cumhuriyeti aleyhine yapılan (45628/99 başvuru no'lu)

(★) *Yargıtay İkinci Hukuk Dalresi Üyesi.*

Apostolidi ve Diğerleri-Türkiye kararıdır. Diğer de, 2002’de yine Türkiye Cumhuriyeti aleyhine yapılan (19558/02 ve 27904/02 başvuru no’lu) **Nacaryan ve Deryan-Türkiye kararıdır.** Nacaryan ve Deryan kararında AİHM., Ek 1 nolu Protokolün 1. maddesiyle koruma altına alınan “mal ve mülk dokunulmazlığı”yla ilgili önceki yerleşik içtihatlarından farklı bir yoruma ulaşmış, mülkiyet hakkının kapsamını genişletmiş, miras yoluyla mülk edinmeye ilişkin “meşru beklentiyi” de 1 no’lu Ek protokolün 1. maddesi kapsamında değerlendirmiş, meşru beklentinin karşılanmamasını, mülkiyet hakkının ihlali olarak kabul etmiştir. Aşağıda, her iki başvurunun, ulusal mahkemelerdeki seyri anlatıldıktan sonra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, bu başvurularla ilgili almış olduğu “ihlal” kararlarının dayandığı gerekçe, bu ihlal kararlarının iç hukukta doğuracağı olası sonuçlar ve ulusal mahkemelerin iç hukuku yorumlaması ve bu yorum ve uygulama şeklinin Sözleşme ile bağdaşıp bağdaşmadığı irdelenecektir.

1-Apostolidi ve Diğerleri-Türkiye başvurusu: (45628/99 nolu başvuru)

a)Bu davanın ulusal mahkemelerdeki seyri;

Yunan vatandaşı olan Ekaterini Apostolidi, Emilia Gusi, Despina Frangani, İordanis Apostolidis ve İordanis-Iordani Apostolidis; ulusal mahkemeler tarafından mirasçılık belgesinin iptal edilmiş olması nedeniyle AİHS.’nin Eki 1 no’lu Protokolün 1. maddesinin, Sözleşmenin 14. maddesinin ve 6. maddesinin ihlal edildiğini iddia ederek AİHM.’ne başvurmuşlardır.

Başvuranlar sırasıyla 1918, 1955, 1932, 1956 ve 1930 doğumlu olup Yunanistan’da ikamet etmektedirler. Başvuranlar, 4.8.1984 tarihinde vefat eden Türk vatandaşı Elenko Karasuluoğlu’nun yeğenleridir. Mirasbırakan Elenko, 16.5.1946’da vefat eden Vasil Karasuluoğlu ile evlenerek Türk vatandaşı olmuştur. Elenko, altsoyda mirasçı bırakmadan 1984’de vefat etmiştir. Elenko, vefat ettiği tarihte Beyoğlu’nda bulunan bir taşınmazın sahibidir. Şişli’de bulunan diğer taşınmaz ise, tapuda kocası Vasil adına kayıtlıdır.

Şişli Asliye Hukuk Mahkemesi, 30.9.1987 tarihinde, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün isteği üzerine, Şişli'de bulunan taşınmazın "Sultan Beyazıt Han Veli Hazretleri Vakfı" adına tapuya tesciline karar vermiştir. Şişli Asliye Hukuk Mahkemesi, tapu maliki Vasil'in mirasçı bırakmadan vefat ettiğini ve söz konusu taşınmazın 1981'den beri yargıyla tespit edilmiş bir idareci (kayıym) tarafından idare edildiğini, taşınmazın, malikinin mirasçı bırakmadan ölümüyle mahlülen vakfına döndüğünü tespit ederek bu kararı almıştır.

Verilen tescil kararı gereği, taşınmaz, 24.3.1988 tarihinde tapuda Vakıf adına tescil edilmiştir.

Başvuranlar, 30.11.1990 tarihinde, Elonko'nun yasal mirasçısı olduklarını belirterek veraset ilamı çıkarılması talebiyle İstanbul Sulh Hukuk Mahkemesine başvurmuşlardır.

Sulh Hukuk Mahkemesi, 4.12.1990 tarihinde; başvuruları murisin varisi olarak tayin etmiş ve veraset ilamı vermiştir. Başvuranlar, aldıkları bu veraset ilamıyla, Beyoğlu'nda bulunan muris Elenko'ya ait taşınmazı tapuda kendi adlarına intikalen tescil ettirmişlerdir.

Başvuranlar, 15.3.1991 tarihinde Şişli'deki taşınmazın devrini gerçekleştirmek amacıyla Vakıflar Genel Müdürlüğüne başvurmuşlar, isteklerine gerekçe olarak veraset ilamını göstermişlerdir. Vakıflar Genel Müdürlüğü, 27.3.1991 tarihinde Vasil ile başvuranlar arasındaki irs ilişkisinin ortaya konulmadığı gerekçeyle bu talebi reddetmiştir.

Teodos Asimidis, 10.4.1991 tarihinde, başvuranların almış olduğu veraset ilamının iptali istemiyle Sulh Hukuk Mahkemesine dava açmış, Teodos Asimidis, annesi ile muris Elenko arasında soy bağı bulunduğunu belirterek adının mirasçılar arasına eklenmesini talep etmiştir. Bu dava sırasında Teodos Asimidis, geride eşini ve oğlunu mirasçı bırakarak 9.10.1991 tarihinde vefat etmiştir. Teodos'un avukatı, Teodos Asimidis'in eşinden ve oğlundan almış olduğu vekaletname ile

davayı takip etmiş, müvekkillerinin Teodos'un mirasçısı olduklarına ilişkin v eraset ilamını da mahkemeye sunmuştur.

Sözü edilen ve Teodos tarafından açılan, ölümüyle bu kişinin mirasçılar ı tarafından takip edilen "mirasçılık belgesinin iptali" davasına Hazine, müdahil olmuştur.

Hazine, 15.12.1995 tarihinde başvuranların mirasçılık sıfatlarının iptali ve Hazine'nin tek yasal mirasçı olduğunun tespiti talebiyle Sulh Hukuk Mahkemesi- ne esas davayı açmıştır. Teodos'un açtığı dava ile Hazine'nin açmış olduğu dava 28.3.1996 tarihinde birleştirilmiştir.

Sonuçta; Sulh Hukuk Mahkemesi; 27.3.1997 tarihinde; başvuranların mi- rasçılık sıfatlarını iptal etmiş ve Hazine'yi, murisin ve Vasil'in tek yasal mirasçısı olarak belirlemiştir. Sulh Hukuk Mahkemesi; **"Yunanistan'la Türkiye arasında karşılıklılık esasının yerine gelmediğine ve Yunan uyruklu olan başvuranla- rın miras yoluyla Türkiye'de bulunan taşınmazı edinemeyeceklerine"** karar vermiştir.

Yargıtay, 21.5.1998 tarihinde kararı bozmuştur. Nüfus kayıtlarında Teodos'un Türk vatandaşı olduğunu kaydederek, yerel mahkemenin Teodos'un uyruğunu araştırması ve elde edeceği bulgular ışığında kararını tesis etmesi gerek- tiğine hükmetmiştir.

Sulh Hukuk Mahkemesi; bozmaya uymuş, 3.2.2000 tarihinde Teodos'un Türk vatandaşı olduğuna karar vermiş, eşi ile oğlunu murisin varisleri olarak belirlemiştir.

Yargıtay; 9.10.2000 tarihinde kararı tekrar bozmuş, Teodos'un eşinin Yu- nan vatandaşı olduğunu, mirasçı olarak atanamayacağını belirtmiştir.

Sulh Hukuk Mahkemesi; bozmaya uyarak; 29.3.2001 tarihinde Teodos'un oğlunu mirisin tek varisi olarak tespit etmiştir.

Yargıtay 3.7.2001 tarihinde kararı onamış, 18.10.2001 tarihinde de kararın düzeltilmesi talebini reddetmiştir.

Hazine, veraset ilamının iptaline ilişkin davaya paralel olarak 1996 tarihinde Beyoğlu'ndaki taşınmazla ilgili olarak, başvuranlar adına intikal suretiyle oluşturulan tapu kaydının iptali ve taşınmazın Hazine adına tapuya tescil edilmesi talebiyle Beyoğlu Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açmıştır. Asliye Hukuk Mahkemesi, karar için, başvuranların veraset ilamı ile ilgili davanın sonuçlanmasını bekleme kararı almıştır. Beyoğlu Asliye Hukuk Mahkemesi, 7.11.2006 tarihinde başvuranların mirasçılık sıfatlarının iptal edilmiş olması nedeniyle taşınmazın Teodos'un oğlu adına tapuya tesciline karar vermiştir. Bu dava halen ulusal mahkemelerde derdesttir.

b)İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin bu dava ile ilgili ihlal kararı;

Yukarıda isimleri belirtilen başvuranlar; 30.11.1998 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine başvurmuşlardır. Başvurularında; ulusal mahkemeler tarafından mirasçılık belgesinin iptal edilmesi nedeniyle, 1 nolu Ek Protokolün 1. maddesinin, Sözleşmenin 14. maddesinin ihlal edildiğini, ulusal mahkemelerdeki yargılamanın adil olmadığını ileri sürmüşler ve yargılama süresinden şikayetçi olmuşlardır.

AİHM, 4.10.2005 tarihinde, başvurunun “kabul edilebilir” olduğuna karar vermiştir. Davaya, Yunan hükümeti müdahil olarak katılmıştır.

AİHM; iç hukuku ve özellikle Tapu Kanununun 35. maddesini, olayın meydana geldiği tarihte yürürlükte olan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 633. maddesini, 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 22. maddesini, mirasçılık belgesinin işlevini, ayrıntılı olarak ele aldıktan ve kararında iç hukuk hükümlerine yer verdikten sonra ulusal mahkemelerin bu hükümleri yorum şeklini ve uygulamasını, değerlendirmiş; Hükümetin; iç hukuk yollarının tüketilmediği, dolayısıyla başvurunun “kabul edilemez” olduğu-

na ilişkin itirazını, “ kabul edilebilirlik aşamasında bu yönde bir itiraz bildirilmediği, bu ihmali haklı çıkaracak özel bir gerekçe de gösterilmediği, Hükümetin bu hakkının sukuta uğradığı” gerekçesiyle reddetmiş, başvurunun esasıyla ilgili olarak 27.3.2007 tarihinde aşağıdaki kararı almıştır.

Savunmacı Devlet (Türkiye) başvurunun esasıyla ilgili şu savunmayı yapmıştır;

“Hükümet; Ek 1 nolu Protokolün 1. maddesi uyarınca, başvuranların bir mülke sahip olmadıklarını, 1 nolu Ek Protokolün 1. maddesinde yer alan mülk kavramının; yalnızca güncel taşınmazlar için geçerli olduğunu, bu maddenin gelecekte bir taşınmazın mirasçısı olma ümidine güvence vermediğini, Şişli’deki taşınmaz üzerinde Vasil’in tam bir mülkiyet hakkının bulunmadığını, Vasil’in bu taşınmazın mutasarrıfı olduğunu, Ek 1 nolu Protokolün 1. maddesinde yer alan hükmün sağladığı güvenceden yararlanabilmek için, başvuranların sözü edilen taşınmazları yasal olarak edinmiş olmaları gerektiğini, karşılıklılık ilkesi gerçekleştiği müddetçe yabancı uyruklu gerçek kişilerin veraset yoluyla taşınmaz mal edinebileceklerini, esasen İHAM.’nin de, Devletlerin yabancı uyruklu kişilerin taşınmaz mal edinmelerine sınırlama getirme haklarının var olduğunu kabul ettiğini, başvuranların ve Yunan Hükümetinin Türk vatandaşlarının Yunanistan’da veraset yoluyla taşınmaz mal edinebildiklerini gösterir bir yargı kararı veya tapu kaydını kanıt olarak sunamadıklarını, Yunan vatandaşlarına getirilen kısıtlamaların karşılıklılık ilkesine Tapu Kanununun 35. maddesine ve 1926 tarihli Mukabelei Bilmisil Kanununa uygun ve yasal olduğunu...” savunmuştur.

Başvuranlar ise;

Hükümetin görüşlerine karşı çıkmışlar; “...1964 tarihli kararnamenin 1988’de yürürlükten kaldırıldığını öne sürerek mülkiyetten yoksun bırakmanın, olay tarihinde yürürlükte bulunan yasalara aykırı olduğunu, kaldı ki; sözü edilen kararnamenin uygulamada olduğu dönem süresince dahi, Yunan vatandaşlarına veraset ilamı veya tapuda tescil yoluyla taşınmaz malları miras yoluyla edinme

hakkı tanındığını, Türk vatandaşlarına Yunanistan'da getirilen kısıtlamaların "satın alma" yoluyla taşınmaz edinmeye ilişkin olduğunu, miras yoluyla taşınmaz edinmede Yunanistan'da hiçbir kısıtlama bulunmadığını...'' ileri sürmüşlerdir.

Yunan Hükümeti de;

Başvuranların, Ek 1 nolu Protokolün 1. maddesi çerçevesinde "taşınmaz maliki olma" sıfatlarının, en azından "meşru beklentilerinin", karşılıklılık koşulu-na bağlanmasının, insan haklarının korunmasına dair meselelerde uygulanamayacağı, kaldı ki, Türk vatandaşlarının veraset yoluyla Yunanistan'da taşınmaz mallara malik olabildiklerini, Yunan mevzuatında; Türk vatandaşlarının veraset yoluyla ülkenin herhangi bir bölgesinde taşınmaz mal edinmelerini yasaklayan hiçbir hüküm bulunmadığını, 1990 tarihli Modernleşme Yasasında öngörülen kısıtlamaların, ülkenin bir bölümünü teşkil eden sınır bölgelerine münhasır olduğunu, bu sınırlamaların da ulusal güvenliğin ve savunmanın sağlanmasına yönelik meşru çıkarlar nedeniyle hakkaniyete uygun düştüğünü, üstelik bu yasa ve sınırlamaların ölüme bağlı işlemlere değil, sağlar arası işlemlere ilişkin olduğunu'' ileri sürmüş, başvuranların mülkiyetine saygı gösterilmesi hakkına yönelik müdahalenin, Türk toprakları üzerinde Yunan vatandaşlarının taşınmaz mal edinmelerine getirilen kısıtlamanın 1988 tarihli Bakanlar Kurulu kararname ile kaldırılmasından sonra ulusal yasaya uygun olmadığı gibi, uluslararası hukukun genel ilkeleri ile de öngörülmediğini eklemiş, ulusal mahkemeler tarafından yapılan yorumun keyfi bir durum yarattığını, güvenlikten ve öngörülebilirlikten yoksun olduğunu da belirtmiştir.

AİHM.'in görüşü:

AİHM, Şişli'de bulunan taşınmaz konusunda; 1 nolu Protokolün 1. maddesi anlamında bir "mülkün" söz konusu olmadığını⁽¹⁾ kabul etmiştir.

(1) AİHM.; 1 nolu Protokolün 1. maddesinde yer alan mülk kavramının; Sözleşmeciler Devletlerin iç hukuklarındaki kesin nitelendirmelerden bağımsız, otonom bir özellik taşıdığını, bu maddenin; herkesin kendi mülküne riayet edilmesi hakkı ile sınırlı olduğunu ve

Beyoğlu'ndaki taşınmazlar ilgili olarak; Türk hukukuna göre, veraset ilamının, makamlar ya da üçüncü kişiler nezdinde mirasçılık sıfatını öne sürmek ve miras bırakılan mallara sahip olabilmek için gerekli olduğunu, başvuranların; ulusal mahkemelerden aldıkları veraset ilamıyla, muristen intikal eden taşınmazın sahibi olduklarını ve mülkü kendi üzerine geçirdiklerini, Beyoğlu'ndaki taşınmazın, 1 nolu Protokolün 1. maddesi anlamında, başvuranların "mülkü" olduğunu, **tapu kütüğünde dava konusu taşınmazın başvuranlar adına tescil edilmesine dayanak oluşturan veraset ilamının iptal edilmesinin, başvuranların mülkiyet hakkına müdahale oluşturduğunu** kabul etmiş; ulusal makamlar tarafından yapılan bu müdahalenin; 1 nolu Ek Protokolün 1. maddesi gereğince yasallık ilkesine uygun olup olmadığının yanıtını aramış ve şu sonuca ulaşmıştır; AİHM;

-AİHM., müdahalenin yasal dayanağının bulunmasının "yasallık" ilkesinin⁽²⁾ yerine getirilmesi bakımından yeterli olmadığını not etmektedir.

-İç hukuktaki mütakabiliyet ilkesinin, AİHS ile bağdaşıp bağdaşmadığını incelemenin değil, bu ilkenin, başvuranlara uygulanmasının "yasallık" ilkesine cevap verip vermediğinin araştırılması gerektiğini belirtmektedir.

-Ulusal mahkemenin; başvuranların veraset ilamını iptal etmek için dayanak olarak aldığı Adalet Bakanlığının bilgi yazısında; Yunanistan'da miras yoluyla bir taşınmazın edinilmesi konusunda Türk uyruklu vatandaşlar için bir kısıtlanmanın olduğunun ortaya konulmadığını, mirasın açıldığı tarihte Yunanistan'da yürürlükte olan 1938 tarihli yasanın, sadece komşu sınır bölgelerinde taşınmaz alınması ve satılmasına ilişkin genel bir yasaklamayı öngördüğünü, Türk vatandaşlarının miras yoluyla gayrimenkul edinmesinin farklı yollarla engellendiği yönünde bilgilere Adalet Bakanlığının bilgi notunda yer verilse de, bu bilgilerin

kişilerin kendi üzerlerindeki mevcut taşınmazları koruduğunu, veraset, vasiyet yoluyla ve/veya teberru yoluyla edinme hakkını güvence altına almadığını kabul etmekte, "mülk" kavramının mevcut malları kapsamasının yanı sıra alacaklar gibi öncelikli değerler uyarınca, başvuranın en azından "meşru beklenti" açısından bir mülkten etkili biçimde istifade etme hakkının öne sürülebildiği halleri de kapsamına aldığı belirtilmektedir. (Kopecky-Slovakya kararı)

(2) AİHM; yasallık ilkesini; iç hukukta yeterince ulaşılabilir, kesin ve öngörülebilir kuralların bulunması anlamına geldiğini kabul etmektedir. (Hentrich-Fransa kararı ve Lithgow ve diğerleri-Birleşik Krallık kararı)

somut hiçbir delile dayanmadığını,

Buna ek olarak Türkiye'nin; murisin ölüm tarihinde yürürlükte olan 1964 tarihli Bakanlar Kurulu kararnameyi 3 Şubat 1988 tarihinde yürürlükten kaldırdığını, 23 Mart 1988 tarihli ek kararname ile de, 1964 tarihli kararnamenin getirdiği kısıtlama nedeniyle tapu kütüğüne gayrimenkullerini tescil ettiremeyen mirasçılarının durumunun iyileştirilmesinin hedeflendiğini, ayrıca Tapu Kanununun 35. maddesinde sonradan; yabancı uyruklulara, karşılıklılık koşulu yerine getirilmese de miras hakkı tanıyan değişiklik yapıldığını, yapılan bu değişiklikle miras kalan mülkün tasfiye edildiğini ve mirasçının tazmin edildiğini..." belirttiikten sonra, Yunanistan'da Türk uyruklulara miras yoluyla taşınmaz edinmede karşılıklılık ilkesinin uygulandığının ortaya konulmadığı da göz önünde bulundurulduğunda, Tapu Kanununun 35. maddesinin uygulanmasının başvuranlar için, yeterince öngörülebilir, kesin ve ulaşılabilir olduğunun kabul edilemeyeceğini, dolayısıyla yapılan müdahalenin "yasallık" ilkesiyle bağdaşmadığını, başka bir ifade ile, **başvuranların mülkiyet hakkına ulusal makamlarca yapılan müdahalenin yasal olmadığını kabul etmiş**, 1 nolu Ek Protokolün 1. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

AIHM; 1 nolu Protokolün 1. maddesi hakkında varılan sonuçları göz önüne alarak, başvuranların yabancı uyruklu olmaları nedeniyle Sözleşmenin 14. maddesine aykırı olarak ayrımcılık mağduru olup olmadıklarını ayrıca incelemeye gerek bulunmadığına karar vermiş;

Yargılama süresinin uzamasına başvuranların tutumunun neden olduğunun kanıtlanmadığını, ulusal mahkemelerdeki yargılamanın "makul süreyi" aştığını, bu nedenle Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasının **ihlal edildiğini** tespit etmiştir.

AIHM, söz konusu kararında "...AIHS'nin 41. maddesinin uygulanması hususunun saklı tutulmasına, Türk Hükümeti ve başvuranların bu kararın tebliğinden itibaren altı ay içinde bu mesele hakkında görüşlerini yazılı olarak kendi-

sine bildirmeye ve bilhassa aralarında varacakları her türlü uzlaşmadan kendisini haberdar etmeye de davet etmiştir...”⁽³⁾

AİHM, yukarıdaki kararı oybirliğiyle almıştır.

2-Nacaryan ve Deryan-Türkiye Başvurusu: (19558/02 ve 27904/02 nolu başvuru)

Başvuranlar, AİHM.'ne yaptıkları başvuruda; Türk vatandaşı olan Serkis Arto Gövderelioğlu'nun ölümü üzerine Şişli Sulh Hukuk Mahkemesine açtıkları veraset davasında, mahkemenin, başvuranların taşınır mallar bakımından mirasçılık hakları bulunduğunu kabul etmekle birlikte, Türkiye ile Yunanistan arasında mütekabiliyet bulunmadığı gerekçesiyle taşınmaz mallar bakımından mirasçılık haklarının bulunmadığına karar vermesi nedeniyle AİHM.'ne Ek 1 nolu Protokolün 1. maddesinde yer alan “mülkiyet hakkının” ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

a) Davanın ulusal mahkemelerdeki seyri:

Başvuranlar Yeran-Janet Nacaryan ve Armen Deryan, 1945 ve 1948 doğumlu olup, Yunan vatandaşdırlar ve Yunanistan'da ikamet etmektedirler.

Muris Serkis Arto Gövderelioğlu, Türk vatandaşı olup 10.8.2000 tarihinde bekar ve geride mirasçı bırakmadan vefat etmiştir. Murisin Türkiye'de taşınır ve taşınmaz mallardan oluşan terekesi vardır.

Alis İçliyürek; 22.8.2000 tarihinde Şişli Sulh Hukuk Mahkemesine murisin mirasçısı olduğunu ileri sürerek, mirasçılık belgesi verilmesi talebiyle başvurmuştur.

Başvuranların babası Agop Gövdereliyan murisin varisleri arasında yer

(3) Türk Hükümeti; AİHM.'nin bu ihlal kararının gereklerini yerine getirmedeğinden (ihlal sonuçlarını ortadan kaldırmadığından); başvuranların talebi üzerine; AİHM.; 24.6.2008 tarihli kararıyla; "...T.C. Devletinin, üç ay içinde Beyoğlu'ndaki apartman dairesi üzerindeki hisselerini başvuranlar adına tapuya tescil ettirmesine, bu süre içinde, taşınmaz , tapuda başvuranlar adına tescil ettirmediği takdirde, başvuranlara 20.000 Euro maddi tazminat ve 5.000 Euro manevi tazminat ödemesine..." karar vermiştir. (45628/ 99 nolu başvuruya ilgili AİHM.'nin 24.6.2008 tarihli adli tatmin kararı.)

almak amacıyla Mahkemeye müracaat etmiş, Agop'un 9.12.2000 tarihinde ölümü üzerine başvuranlar bu davayı takip etmişlerdir.

Hazine'nin, murisin tek yasal mirasçısı olarak sayılması talebiyle 1.11.2000 tarihinde açtığı dava, bu davayla birleştirilmiştir.

Mahkeme; 15.1.2001 tarihinde; Adalet Bakanlığı (Uluslar arası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü)nden istediği bilgiye dayanarak; başvuranların murisin taşınır malları açısından mirasçısı olduklarına, Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar açısından "Yunanistan'la Türkiye arasında karşılıklılık bulunmadığı gerekçesiyle" başvuranların mirasçılık sıfatlarının bulunmadığına karar vermiş, Yargıtay, kararı onamış, başvuranlardan Armen Deryan'ın kararın düzeltilmesi talebini de reddetmiştir.

b) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin bu dava ile ilgili ihlal kararı:

Başvuranlar; ulusal yargı makamlarının, taşınmaz mallar için mirasçılık sıfatını kabul etmemesinin, 1 nolu Ek Protokolün 1. maddesinde yer alan mülkiyet hakkının ihlali olduğunu belirterek AİHM.'ne başvurmuşlardır.

AİHM; Hükümetin, Nacaryan'ın karar düzeltme yoluna başvurmamış olması nedeniyle iç hukuk yollarının tüketilmediğini ileri sürerek başvurunun kabul edilemez olduğu yönündeki itirazını reddetmiş "iç hukuktaki tashihi karar başvurusunun amacının, işlenen bir hata nedeniyle Yargıtay'ın davayı yeniden incelemesi olduğunu, Yargıtay'ın yeniden inceleme başvurusunda yeni delil unsurları aramaksızın davayı ikinci kez incelediğini, bir başvuru yoluna gidildiğinde, uygulamada aynı amaca yönelik başka bir başvuru yolunun kullanılmasının şart olmadığını" belirterek başvuruyu "kabul edilebilir" bulduktan sonra, başvurusunun esasını incelemiş ve aşağıdaki kararı almıştır.

Savunmacı Devlet;

Başvuranların 1 nolu Ek Protokolün 1. maddesi anlamında bir "mülke" sa-

hip olmadıklarını, bu maddenin yalnızca başvuranların kendi üzerlerinde var olan taşınmazlar için geçerli olduğunu, gelecekte bir taşınmazın varisi olma ümidini kapsamadığını, başvuranların söz konusu taşınmaza hiç bir zaman sahip olmadıklarını, dolayısıyla bu maddenin korumasından yararlanamayacaklarını, Tapu Kanununun 35. maddesi uyarınca kanuni ve fiili mütekaliflik koşulu gerçekleştiğinde yabancı uyruklu gerçek kişilerin veraset yoluyla taşınmaz mal edinebileceklerini, bu başvuruda, Yunan hukukunun ve olayların meydana geldiği dönemde Yunanistan'da yürürlükte bulunan uygulamanın Türk vatandaşlarının taşınmaz mal edinmelerine imkan tanımadığını, Yunanistan'daki 1990 tarihli Modernleşme Kanununun, Yunanistan topraklarının yaklaşık %55'i üzerinde Türk vatandaşlarının taşınmaz mal edinmelerini yasakladığını, başvuranların ve Yunan Hükümeti'nin, Türk vatandaşlarının Yunanistan'da veraset yoluyla taşınmaz mal edinebildiklerini gösteren bir yargı kararı veya tapu kaydını kanıt olarak sunmadıklarını savunmuştur.

Başvuranlar ise;

Türk Medeni Kanununun 575. ve 705. maddeleri gereği mirasın vefatıyla doğrudan taşınmaz malların maliki olduklarını, mirasçılık sıfatlarını tanımayan ulusal mahkemelerin, miras hakkından yararlanmalarını engellediğini, ulusal mahkemelerin bu yorumunun, olayların meydana geldiği dönemde Türkiye'de yürürlükte bulunan mevzuata da aykırı olduğunu, nitekim Adalet Bakanlığı'nın mahkemeye gönderdiği bilgi yazısında da, Türk vatandaşlarının Yunanistan'da veraset yoluyla mülkiyet edinmelerini engelleyen kısıtlamaların bulunmadığı görüşüne yer verildiğini, ileri sürmüşlerdir.

Yunan Hükümeti;

1 nolu Ek Protokolün 1. maddesi çerçevesinde, başvuranların "taşınmaz maliki olma" sıfatlarının, en azından "meşru beklentilerinin" olduğunu savunmuş; başvuranların mirasçılık sıfatının tanınmasını reddeden Türk mahkemelerinin kararının, mütekaliflik ilkesinin, insan haklarının korunmasına dair meselelerde

uygulanamayacağını, Yunan mevzuatında, Türk vatandaşlarının Yunanistan'ın her hangi bir bölgesinde veraset yoluyla taşınmaz mal mülkiyetine sahip olabilmelerini engelleyen ve yasaklayan hiçbir hüküm bulunmadığını, 1990 tarihli Kanunda öngörülen kısıtlamaların ulusal güvenlik ve savunmaya ilişkin meşru menfaatler dolayısıyla hakkaniyete uygun olduğunu, üstelik bu yasak ve kısıtlamaların ölüme bağlı işlemlere değil, sağlar arası işlemlere ilişkin olduğunu, Türk mahkemeleri tarafından Tapu Kanununun 35. maddesine getirilen yorum ve uygulamanın, yasallık ve öngörülebilirlikten uzak, keyfi bir durum yarattığını öne sürmüş; bu hususta; Yunanistan'da Türk vatandaşlarının veraset yoluyla taşınmaz mülkiyeti edindiklerine ilişkin olarak Rodop (Gümölcine) ve İskeçe Sulh Hukuk mahkemelerinden verilen **“Türk vatandaşlarının mirasçılıklarını kabul eden”** iki kararı somut örnek olarak sunmuştur.

AİHM.’in Görüşü:

AİHM; 1 nolu Ek Protokolün 1. maddesinde yer alan “mülk” kavramının, kişilerin kendi mevcut mallarını kapsadığı kadar, bir mülkiyet hakkından efektif istifade etme “meşru beklentisini” ileri sürmesine neden olacak, alacaklar da dahil olmak üzere mamelek değerlerini de kapsadığını, 1 nolu Ek Protokolün 1. maddesinin; mülkiyet hakkını, kanuni veraset, vasiyet veya teberru yoluyla kazanılmasını güvence altına almadığını, mevcut davada; murisin mallarının Türk hukuku uyarınca hiçbir zaman başvurulara intikal ettirilmediğini, bu itibarla başvuruların “mevcut mallara” sahip olmadıklarını; **ancak; başvuruların, taşınmazlarla ilgili olarak mirasçı sıfatları nedeniyle mülkiyet hakkından istifade etme bakımından “meşru bir beklentiye” sahip olduklarını, ulusal mahkemelerin, müteakabiliyet ilkesine atıfla taşınmazlara ilişkin olarak veraset ilamı vermeyi reddetmiş olmalarının, bu meşru beklentiyi karşılamadığından mülkiyet hakkına müdahale oluşturduğunu kabul etmiş; ulusal mahkemeler tarafından yapılan bu müdahalenin yasallık ilkesine uygun olup olmadığını irdelenmiş, müdahalenin “hukuki mesnedinin” bulunmasının, yasallık ilkesinin yerine gelmesi bakımından yeterli olmadığı, yasallığın; iç hukukta yeterince ulaşılabilir,**

kesin ve öngörülebilir kuralların bulunması anlamını taşıdığı, ulusal mahkemele-
rin iç hukuku uygulama şeklinin, yasallık ilkesine uygun düşmediği sonucuna
ulaşmış ve 1 nolu Ek Protokolün 1. maddesinin ihlal edildiğine oyçokluğuyla
karar vermiştir.

Yargıç Rıza Türmen karşı oyunda; “başvuranların hiçbir zaman veraset
ilamı almadıklarını, bu durumda; 1 nolu Ek Protokolün 1. maddesi kapsamına
giren bir mülkün başvuranlar açısından var olmadığını, başvuranların “meşru
beklentisine” dayanak oluşturabilecek bir yargı kararının da mevcut olmadığını,
“meşru beklentinin” bir yasa hükmü ya da yargı kararı gibi daha somut bir
unsura dayanması gerektiğini, ulusal mahkemeler tarafından verilen kararda,
başvuranların hangi nedenle (karşılıklılık koşulu gerçekleşmemiş olduğu için)
meşru beklentiye sahip olmadıklarının açıkça gösterildiğini, dolayısıyla, 1 nolu
Ek Protokolün 1. maddesinin ihlal edilmediğini, bu nedenlerle çoğunluğun kara-
rına katılmadığını belirtmiştir.

Yargıç Garlicki ise karşı oyunda; yargıç Rıza Türmen’in yorumuna katıl-
dığını belirtmiş ve ilave olarak; Türk Hukuk sistemindeki karşılıklılık ilkesinin
ulusal mahkemeler tarafından yorumlanış biçimini kabul etmemekle beraber,
bunun AİHM.’in yerleşik içtihadına istisna oluşturmak için yeterli olmadığını
belirtmektedir.

3-HER İKİ İHLAL KARARININ KARŞILAŞTIRILMASI;

AİHM; Apostolidi ve Diğerleri-Türkiye kararında; tapu kütüğünde dava
konusu taşınmazın başvuranlar adına tescil edilmesine dayanak oluşturan
veraset ilamının iptal edilmesinin, başvuranların mülkiyet hakkına müdahale
oluşturduğunu; Nacaryan ve Deryan kararında ise; başvuranların, taşınmaz-
larla ilgili olarak mirasçılık sıfatları nedeniyle mülkiyet hakkından istifade
etme bakımından “meşru bir beklentiye” sahip olduklarını, ulusal mahkeme-
lerin, müteakabiliyet ilkesine atıfla taşınmazlara ilişkin olarak veraset ilamı
vermeyi reddetmiş olmalarının, bu meşru beklentiği karşılamaması nedeni-

le mülkiyet hakkına müdahale oluşturduğunu kabul etmiştir. Her iki davada da; ulusal mahkemeler eliyle gerçekleşen , bu müdahalenin yasallık ilkesine uygun olmadığını, iç hukuktaki düzenlemenin ve Tapu Kanununun 35. maddesinin ulusal mahkemeler tarafından yorum ve uygulama şeklinin başvuranlar açısından yeterince ulaşılabilir, öngörülebilir ve kesin nitelikte kabul edilemeyeceği, dolayısıyla müdahalenin meşruiyet ilkesiyle bağdaşmadığı sonucuna varmıştır.

Bu kararlardan çıkan sonuç şudur;

1-Miras yoluyla intikal eden bir taşınmazın tapu kütüğünde yabancı uyruklu mirasçılar adına intikaline dayanak oluşturan veraset ilamının sonradan iptal edilmesi veya ulusal mahkemelerin müttekabiliyet ilkesine atfla yabancı uyruklu mirasçılara, taşınmazlara ilişkin olarak veraset ilamı vermeyi reddetmesi, 1 nolu Ek Protokolün 1. maddesinde yer alan **“mülkiyet hakkına” müdahaledir.**

2-AİHM; kamu makamları tarafından bir kişinin mülkiyet hakkının kısıtlanmasının veya mülkiyetten yoksun bırakılmasının, başka bir ifade ile hakka **müdahalenin, meşru (yasal) bir dayanağının olmasını aramaktadır.**

3-İç hukukta müdahalenin hukuki mesnedinin bulunması, AİHS. anlamında meşruiyet (yasallık) ilkesinin yerine geldiğini kabul için yeterli değildir. İç hukuk düzenlemesinin; yeterince ulaşılabilir, öngörülebilir ve kesin kurallar niteliğini taşıması ve 1 nolu Ek protokolün 1. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan genel sınırlama nedenlerine (...mal ve mülk dokunulmazlığı, ancak; kamu yararı sebebiyle, yasada öngörülen koşullara ve uluslar arası hukukun genel ilkelerine) uygun düşmesi gerekir.

4-Tapu Kanununun 35. maddesinin, ulusal mahkemelerce yorum ve uygulanması, Sözleşme anlamında “yasallık” ilkesini karşılamamaktadır. Çünkü; bu uygulama; başvuranlar için yeterince ulaşılabilir, öngörülebilir ve kesin nitelikte değildir. Yunan mevzuatında Türk vatandaşlarının veraset yoluyla taşınmaz mülkiyeti edinmeleri konusunda hiçbir engel ve sınırlama bulunmadığı bildirildiği

halde ve Türk mevzuatındaki 1964 tarihli Bakanlar Kurulu kararname 3 Şubat 1988'de kaldırılmış olmasına rağmen, üstelik, 23 Mart 1988 tarihli ek kararname ile de, 1964 tarihli kararnamenin getirdiği kısıtlama nedeniyle tapu siciline taşınmazlarını tescil ettirememiş mirasçıların, bu tescilleri yapturmalarına olanak tanınmış olduğu halde, ulusal mahkemelerin "mütekabiliyetin bulunmadığına" dayanarak başvurulara mirasçılık hakkı tanımaması, başvurular için yeterince öngörülebilir, ulaşılabilir ve kesin bir düzenleme niteliğinde görülmemiştir. Dolayısıyla **ulusal mahkemelerin bu uygulaması, yasalık ilkesiyle bağdaşmamaktadır.**

5-AİHM; her iki kararında da; ulusal mahkemelerin mütekabiliyet ilkesine atfla veraset ilamı vermeyi reddetmiş veya intikalin dayanağı veraset ilamının aynı ilkeye atfla iptal edilmiş olması nedeniyle; klasik nitelikteki uluslararası anlaşmalardan farklı olarak AİHS.'nin; sözleşmecî devletler arasında basit mütekabiliyet ilkesinin çok ötesine geçtiğini, mütekabiliyet esasına dayalı ikili taahhütler ötesinde; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, önsözünde ifade edildiği şekilde "ortak güvence"den faydalanan nesnel yükümlülükler doğurduğunu; Sözleşmecî Devletlerin, Sözleşmeyi akdetmek suretiyle, birbirlerine kendi ulusal çıkarlarının korunmasını sağlayan karşılıklı hak ve yükümlülükler getirmek yerine, Avrupa Konseyi'nin hedef ve ideallerini gerçekleştirmek ve siyasi gelenek, idealler, özgürlükler ve hukukun üstünlüğü gibi ortak değerleri korumak amacıyla Avrupa'nın özgür demokrasileri için ortak bir kamu düzeni yaratmak istediklerini anımsatmaktadır.

Bu anımsatmadan anlaşılan şudur; AİHM., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve eki protokollerinin kapsamındaki **hak ve özgürlüklerin etkin bir şekilde korunmasının, sözleşmecî Devletler arasındaki siyasal mütekabiliyet ilkesinden önce geldiğini** ilke olarak kabul etmektedir.

6-Her iki davada da AİHM.; Türk hukukunda mütekabiliyet ilkesinin uygulanış şeklinin AİHS. ile abstracto (soyut ve kuramsal olarak) bağdaşıp bağdaş-

madığını değil, uygulamanın başvuruları etkileme şeklinin AİHS.'ni ihlal edip etmediğini araştırmanın gerekli olduğunu belirtmektedir. Başka bir ifade ile uygulamayı esas almıştır.

7-AİHM; Nacaryan ve Deryan kararında; 1 nolu Ek Protokolün 1. maddesinde yer alan “mülkiyet hakkının” kapsamını genişletmiş; başvuruların, taşınmazlarla ilgili olarak mirasçılık sıfatları nedeniyle, mülkiyet hakkından istifade etme bakımından “meşru beklenti” içinde olduklarını, ulusal mahkemelerin mütebakiyet ilkesine atıfla taşınmazlar yönünden mirasçılık hakkını kabul etmemiş olması sebebiyle, başvuruların bu “meşru beklentisinin” karşılanmadığını belirterek, bu uygulamanın mülkiyet hakkına müdahale oluşturduğunu kabul etmiştir.

4-İHLAL KARARLARININ ULUSAL MAHKEMELERİN YORUM VE UYGULAMASIYLA BAĞDAŞIP BAĞDAŞMADIĞI SORUNU:

Yabancı gerçek kişilerin Türkiye’de kanuni miras yoluyla taşınmaz mülkiyeti edinmelerinin iç hukukta hangi koşullara ve sınırlamalara bağlandığı ve bu koşul ve yasal sınırlamaların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Eki 1 nolu Protokolün 1. maddesinde yer alan “mal ve mülk dokunulmazlığı” ile bağdaşip bağdaşmadığı konusu, bundan önce Yargıtay Dergisinin Ocak-Nisan 2008 sayısında yayınlanan makalemizde ayrıntılı olarak incelenmiştir.⁽⁴⁾

Mülkiyet ve miras hakları, ulusal hukukumuzda göre, temel haklardandır ve kural olarak herkes bu haklara sahiptir. Bu haklar, yurttaşlar için; ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla; yabancılar için ise, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir.(Anayasa m. 35, 16) İç (ulusal) hukukumuzda göre; miras, mirasbırakanın ölümüyle açılır. (TMK. m. 575/1) Mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereği kazanırlar. (TMK. m. 599/1) Ka-

(4) Bakınız: “Yabancı Uyruklu Gerçek Kişilerin Türkiye’de Kanuni Miras Yoluyla Taşınmaz Mal Edinmelerine Getirilen Koşul ve Sınırlamalar ile Bu Koşul ve Sınırlamaların İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (AİHS) ve Eki (1) nolu Protokole Aykırılığı Sorunu” başlıklı makale. (M.Kamacı) (Yargıtay Dergisi Cilt:34, Sayı 1-2 Ocak-Nisan/2008 sayfa: 41-96)

nunda öngörülen ayrıık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar, mirasbırakanın aynı haklarını, alacaklarını, diğeer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar. (TMK. 599/2) Mirasçılık ve mirasın geçişi, mirasbırakanın ölümü tarihinde yürürlükte olan hükümlere göre belirlenir. (4722 s. Yürürlük K. m. 17) Mirasçı olabilmek için mirasbırakanın ölümü anında mirasa ehil olarak sağ olmak şarttır. (TMK. m. 580/1) Mirasın açıldığı anda sağ olan mirasçı sonradan ölürse, onun miras hakkı kendi mirasçılarına geçer. (TMK. m. 580/2) Cenin, sağ doğmak koşuluyla mirasçı olur. (TMK. m. 582)

Her insan, medeni haklardan yararlanır. Hukuk düzeninin sınırları içinde haklardan yararlanmakta herkes eşittir. (TMK. m. 8)

Türk Medeni Kanununa göre, mirasa ehil olmayanlar dışındaki herkes mirasçı olabileceği gibi, vasiyet alacaklısı da olabilir. (TMK. m. 577/1)

Yine ulusal hukukumuzda göre; mirasçılık belgeleri (veraset ilanı), bunu alan şahsa tereke malları üzerinde zilyetlik imkanı verdiği gibi, aynı zamanda, bunlar üzerinde yapılacak muamele ve tasarruflarda, bu kimsenin tasarruf yetkisine sahip bulunduğunu üçüncü şahıslara karşı ispat etmeye yarayan ve bu gibi muamelelerin yapılmasını mümkün kılan ve bir şahsın mirasçı olduğunu gösteren ve ispat eden bir belgedir. Mirasbırakandan intikal eden hakları kullanabilmek için mirasçının, mirasçılık belgesini ibraz etmesi gerekir. Mirasçılık belgesi, mirasbırakandan intikal eden taşınmazların mirasçılar adına tescili için de gereklidir. Tapu Sicili Tüzüğü'nün 21. maddesine göre; resmi senet düzenlenmesini gerektirmeyen hallerde aynı hakların tescili için; istem, kanuni veya atanmış mirasçılar tarafından yapılırsa, hakim tarafından verilmiş veraset belgesi; istem, lehine mal vasiyet edilen tarafından yapılırsa hakim tarafından tescil için yazılan yazı ile birlikte tenfiz kararı ve vasiyetnamenin onaylı bir örneği aranır. (Tapu Sicili Tüzüğü m. 21)

Yukarıda açıklanan hükümler gereği; iç(ulusal) hukukumuzda; bir kişinin mirasçı olup olmadığı ve mirası kazanıp kazanmadığı ve de mirastaki payı; mirasbırakanın ölümü tarihinde yürürlükte olan hükümlere göre belirlenmektedir. Kanun, mirasa ehil olmayanlar dışındaki herkesin mirasçı olabileceğini öngördüğüne (TMK. m. 577/1) göre; “Yabancı” olmak, kural olarak mirasçı olmaya engel değildir. Ancak; miras, ölenin milli hukukuna tabidir. (5718 s. MÖHUK. m. 20/1) Türkiye’de bulunan taşınmazlar hakkında Türk Hukuku uygulanır. (5718 s. MÖHUK. m. 20/2) Mirasın açılmasına, iktisabına (kazanılmasına) terekenin bulunduğu ülke hukuku uygulanır. (5718 s. MÖHUK. m. 20/2) Ulusal hukukumuzda yer alan bu hükümler uyarınca; mirasbırakan Türk uyruklu ise ve ölüm tarihi itibarıyla mirasçıları arasında “yabancı uyruklu” olanlar varsa, yabancı uyruklu bu mirasçıların; Türkiye’de bulunan bir taşınmazı, miras yoluyla kazanabilmeleri için, Türk hukuku uygulanacaktır. **Türk hukuku, yabancı uyruklu gerçek kişilerin kanuni miras yoluyla taşınmaz edinmelerini, “karşılıklı olmak ve kanuni sınırlamalara uymak” koşuluna bağladığına (Tapu Kanunu m. 35) göre; yabancı uyruklu bir mirasçının Türkiye’de bulunan bir taşınmazı, kanuni miras yoluyla kazanabilmesinde aynı koşul ve sınırlamalar aranmaktadır.** Karşılıklılığın ve kanuni sınırlama bulunup bulunmadığının tespiti, mirasın açıldığı andaki duruma göre belirlenmektedir. Yabancı uyruklu mirasçının, uyuşmazlıkta bulunduğu Devlet ile Türkiye arasında, kanuni miras yoluyla taşınmaz iktisap etmede, ölüm tarihi itibarıyla mütekelilik (karşılıklılık) yoksa veya taşınmaz kanunen sınırlanan alanlar kapsamında ise; yabancı uyruklu mirasçının bu yolla taşınmaz mirası edinmesine imkan verilememektedir. Türk mahkemelerinden verilen mirasçılık belgelerinde de yabancı uyruklu mirasçının taşınmazlar yönünden mirasçılığı kabul edilememektedir.

Ulusal mahkemelerin yukarıda özetlenen uygulaması, ulusal hukuk düzenlemesi gereğidir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de; ulusal hukukta yer alan “yabancı gerçek kişilerin kanuni miras yoluyla taşınmaz mülkiyeti edinmelerini mütekelilik koşuluna” bağlayan yasal düzenlemenin (Tapu Kanunu m. 35), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile bağdaşır bağdaşmadığını incelememiştir.

AİHM.; bu husustaki “mülkiyet hakkına müdahale” teşkil eden iç hukuk düzenlemesinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi anlamında “yasallık” ilkesine uygun olmadığını, kişiler için, iç hukuk düzenlemesinin yeterince ulaşılabilir; öngörülebilir ve kesin kurallar niteliğinde bulunmadığını, bu sebeple hak ihlaline yol açıldığını kabul etmiştir. İç hukukta yer alan bir düzenlemenin, AİHS.’nin öngördüğü “yasallık ilkesi” ile örtüşüp örtüşmediği başka bir ifade ile uygun olup olmadığı; iç hukuk düzenlemesinin; kişiler için; a) yeterince açık ve kesin olması, b) veya düzenlemenin hukuki sonucunun ne olacağının öngörülebilir olması, c) kolaylıkla ulaşılabilir nitelikte olması gerekir. Bu ölçülere göre; yabancı gerçek kişilerin Türkiye’de kanuni miras yoluyla taşınmaz mülkiyeti edinmelerinin bağlandığı koşul ve sınırlamaların Sözleşme anlamında “yasallık” ilkesine uygun düştüğünü söyleme olanağı yoktur. Neden yoktur ? Çünkü; iç hukukun bu konudaki düzenlemesi; oldukça ayrıntılı, hukuki sonucunun ne olacağının hukukçularca dahi önceden öngörülebilmesi mümkün olmayacak şekilde karmaşık ve ilk bakışta kesinlik niteliği anlaşılamayacak derece “kesinlikten yoksun” kurallar niteliğindedir. Anayasamıza göre, Devletin temel niteliklerinden biri de “hukuk Devleti” niteliğidir. Hukuk devletinde hukuk güvenliğinin sağlanması, hukuk normlarının ve hukuki işlemlerin sonuçlarının öngörülebilir olmasına bağlıdır. Başka bir ifade ile Hukuk devletinde, devletin bütün işlemlerinde hukuka uyması yetmez, devlet; hukuk güvenliğini sağlamakla da yükümlüdür. Hukuk güvenliği ise, hukuk normlarının; kişiler için, hukuki sonuçları öngörülebilir, ulaşılabilir ve kesin nitelikte ve sınırlarının belirli olmasını zorunlu kılar. Yabancı gerçek kişilerin Türkiye’de kanuni miras yoluyla taşınmaz mülkiyeti edinmeleriyle ilgili iç hukuk düzenlemesinin bu nitelikte olduğunu söylemek mümkün bulunmamaktadır. Birde ulusal mahkemelerin, zaten karmaşık olan bu husustaki mevzuatı yorum ve uygulaması; sorunu, hukuki belirsizliğe ve güvensizliğe itmektedir. O nedenle, AİHM.’nin, ulusal mevzuatın, Sözleşme anlamında “yasallık” ilkesiyle örtüşmediği sonucuna ulaşması ve ulusal mahkemelerin yorum ve uygulamasının mülkiyet hakkına müdahale oluşturduğunu kabul etmesinde şaşılacak bir yön bulunmamaktadır.

5-KARARLARIN İÇ HUKUKTAKİ OLASI SONUÇLARI:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 46. maddesinde yer alan hükme göre; “yüksek sözleşmeci taraflar, taraf oldukları davalarda, mahkemenin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler. Mahkemenin kesinleşmiş kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesine gönderilir.”⁽⁵⁾ Bu hüküm gereği, **AİHM. kararları, taraflar bakımından uyulması zorunlu kararlardır.** Ancak; kararların bağlayıcılığı⁽⁶⁾, iç hukuk bakımından, herhangi bir ulusal mahkemenin kararı gibi bir etkiye sahip değildir. Başka bir ifade ile **AİHM. kararı, iç hukukta kendiliğinden sonuç doğurmaz ve doğrudan icra kabiliyeti olan kararlardan değildir.** AİHM. kararı, Sözleşmeye aykırılığı saptanan işlemi, ne iptal eder, ne değiştirir, ne de bozar.⁽⁷⁾ AİHM.’nin ihlali belirleyen kararına rağmen, ihlale konu o işlem, iç hukukta gene ayakta ve yürürlüktedir. **Ve icra edilebilir niteliktedir.** Bu karar gereğinin yerine getirilmesi yönünde gereken önlemleri almak, davalı Devlet’e (ve o’nun icra organı Hükümete) düşer. Bir davada, Sözleşmeye taraf olan Devletler, ihlali belirleyen bir kararın gereklerini yerine getirmek için kullanacakları yolları seçmekte ilke olarak özgürdürler. Bir kararın infazının yöntemi hakkında Devletlerin söz konusu takdir yetkisi AİHS.tarafından Sözleşmeye taraf olan Devletlerin birincil yükümlülüğü olan “insan haklarına saygı” (Söz. m. 1) yükümlülüğünün cüzü olan seçme hakkının bir ifadesidir.⁽⁸⁾ **İhlal kararının gereğinin yerine getirilmesi demek, her şeyden önce, maddi imkansızlıklar dışında, saptanan ihlalin ve bu ihlalden doğan sonuçların ortadan kaldırılıp silinmesi demektir.** Sözleşmedeki düzenlemeye göre, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, ihlal kararlarını yerine getirmekle değil, bunların ilgili Devlet tarafından yerine getirilmesini gö-

(5) Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyinin organlarından biridir. Karar alma, yürütme görev ve yetkisi ile donatılmıştır. Bakanlar Komitesinin yapısı, örgütlenmesi, görev ve yetkileri (Bk. AİHS. md. 54) Avrupa Konseyi Statüsü ile düzenlenmiştir. (Statü md. 13-21)

(6) “AİHM. Kararlarının Bağlayıcılığı ve İç Hukukta Uygulanması” hakkında bakınız; Doç. Dr. İbrahim Şahbaz’ın aynı adlı makalesi. (www.yargitaycb.gov.tr/metinler)

(7) Bkz. Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük ve Prof. Dr. A. Feyyaz Gölcüklü’nün “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması” 4. Baskı.

(8) Bkz. Apostolidi ve Diğerleri-Türkiye davası (45628/99 nolu) başvuruyla ilgili AİHM.’nin 24.6.2008 tarihli Adil Tatmin Kararı.

zetlemekle görevlidir.(Söz. m. 46/2). İhlal ile mahkum olan davalı Devlet, ihlali gidermek ve ortadan kaldırmak için ne yapması gerektiğini, ilgili kararın gerekçesini okuyarak kendisi bulacaktır. Sözleşmeye taraf olan Devletler, ihlali tespit eden bir kararın gereklerini yerine getirmek için kullanacakları yolları seçmekte özgürdürler. Sözleşme organlarının, Devletlere ne yapacakları konusunda talimat verme yetkisine sahip olmadıkları, Mahkemenin muhtelif kararlarında vurgulanmıştır. (bk. Brumarescu-Romanya kararı.)

Sözleşmenin 41. maddesi; "...Mahkemenin, işbu sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar vermesi halinde, ilgili taraf Devletin iç hukuku bu ihlali kısmen telafi edebiliyorsa, mahkemenin gerektiği takdirde zarar gören tarafın hakkaniyete uygun bir surette tazminine hükmedebileceğini..." belirtmektedir. Apostolidi ve Diğerleri-Türkiye davasında, AİHM, Ek 1 nolu Protokolün 1. maddesinin ve Sözleşmenin 6/1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Davalı Devlet, bu ihlal kararının gereklerini yerine getirmediği, başka bir ifade ile ihlale doğan sonucu ortadan kaldırmadığı için, AİHM, bu defa, Sözleşmenin 41. maddesinin kendisine tanıdığı yetkiyi kullanarak, 24.6.2008 tarihinde, Türk Devletini tazminata mahkum etmiştir.^{(9) (10)}

Hükümet, ihlal kararının sonuçlarını ortadan kaldırmak imkanına sahip ise, bu yolda işlem tesis edecektir. Şayet, ulusal hukuk, ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırma imkanı tanımıyorsa ya da bir kısmını ortadan kaldırıyorsa, bu takdirde AİHS.'nin 41. maddesi gereğince, ihlale maruz kalanların başvurusu üzerine AİHM., kendisine uygun gelen tazminatın mağdur tarafa ödenmesine hükmetme yetkisine sahiptir.

İhlal kararının içeriğinden ve gerekçesinden; ihlalin; somut olarak ulusal bir yasanın uygulanmasından mı doğduğu, iç hukuktaki bir düzenleme boşluğun-

(9) Bakınız: yukarıda 3 nolu dipnot.

(10) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ihlal kararlarının bağlayıcılığı ve iç hukukta doğrudan uygulanıp uygulanmayacağı konusu, Doç. Dr. İbrahim Şahbaz'ın "AİHM Kararlarının Bağlayıcılığı ve İç Hukukta Uygulanması" isimli makalesinde ayrıntılı olarak incelenmiştir. Sözü edilen makaleye "(www.yargitaycb.gov.tr/metinler)" adresinden ulaşılabilir.

dan (düzenleme bulunmamasından) mı? kaynaklandığı yada ulusal mahkemelerin kararından (ulusal mahkemelerin ulusal mevzuatı yorum ve uygulamasından) mı? kaynaklandığı anlaşılabilir.

Şayet; AİHM. kararının gerekçesinde yada hüküm fıkrasında; açıkça ulusal yasanın dava ile ilgili maddesinin Sözleşmeye aykırı olduğu belirtilmiş ise, başka bir ifade ile, AİHM, ihlalin ulusal mevzuattaki düzenlemeden doğduğunu açıklanmakta ise, bu halde, ihlal; somut olarak bir yasanın uygulanmasından doğmaktadır. Bu durumda; davalı Devlet, bu nitelikteki ihlal kararının gereğini, ulusal mevzuatını Sözleşmeye uygun duruma getirerek yerine getirmiş olacaktır. Bu yerine getirmenin, yasama organının ilgili yasayı değiştirmesiyle (Devletin yasama organı eliyle) gerçekleşeceği tabidir.

İhlal; eğer, ulusal mevzuattaki bir boşluktan doğuyorsa; başka bir ifade ile davalı Devlet, Sözleşmede ve eki Protokollerde tanınan hak ve özgürlüklerden bireyin yararlanmasını sağlamamış ve bu suretle pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemişse, bu yüzden ihlal oluşmuşsa, Devletin söz konusu mevzuat boşluğu- nu yasama erki eliyle doldurması gerekecektir.

İhlal; doğrudan mevzuatın kendisinden değil de, bir kanun hükmünün ya da ulusal mevzuatın ulusal mahkemelerce ve ulusal makamlarca yorumlanmasından ve uygulanmasından doğmuş ise, bu ihlalin davacı birey üzerinde yol açtığı sonuçların giderilmesi veya ortadan kaldırılmasıyla, ihlal kararının gereği yerine getirilmiş olacaktır. Bu da, ya ulusal mahkemelerin yorum değişikliğine (içtihat değiştirmesine) gitmesiyle gerçekleşir, veya hakkı ihlal edilen bireye Devletin tazminat ödemesiyle ihlal bir ölçüde telafi edilebilir. Yahut da, koşullarının varlığı halinde yargılamanın yenilenmesiyle (iadei muhakeme yoluyla) ihlalin yol açtığı sonuç ortadan kaldırılabilir.

Ulusal mahkemeler, ulusal mevzuatı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve eki Protokollerine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarında ortaya

Mahmut KAMACI

koyduğu ilkelere uygun olarak yorumlamak zorundadırlar⁽¹¹⁾.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 445. maddesinin birinci fıkrasına 23.1.2003 tarihli 4793 sayılı yasayla⁽¹²⁾ ilave edilen 11 nolu bende göre; "...Hükümün, İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesinin veya eki Protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması..." hali iç hukukumuzda yargılamanın yenilenmesi (iade' i muhakeme) sebebi kabul edilmiştir.^{(13),(14)}

(11) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Eki Protokoller; Anayasa'nın 90. maddesi gereğince ulusal hukukun bir parçasıdır. Anayasa'nın 90. maddesinin 6. fıkrasına göre "...Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmindedir. Bunlar hakkında Anayasaya ayrıklık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz..."

90. maddede 7.5.2004 tarihli 5170 sayılı Kanunla ilave edilen son fıkraya göre; "...Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır..." Anayasada yer alan bu hükümler gereği; Sözleşme ve eki Protokoller, iç hukukta kendiliğinden (doğrudan) uygulanır duruma gelmiştir. Ayrıca ulusal bir düzenleme yapılmasına gerek yoktur. Sözleşmenin 1. maddesinde de "...Yüksek Sözleşmeciler taraflar, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese, bu sözleşmenin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri herkese tanırlar..." denilmektedir. (Taraf Devletlerin İnsan haklarına saygı yükümlülüğü) Bu maddede yer alan "...tanırlar..." ifadesi, Devletin uluslararası kesin bir yükümlülüğünün ifadesidir. Sözleşme ve eki sayılan Protokol hükümlerinin, taraf Devletlerce (bütün organlarıyla yasama, yürütme ve yargı erklerinde) doğrudan uygulanacağını göstermektedir. Öte yandan; Anayasanın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri sayılırken "...Türkiye Cumhuriyeti'nin ...insan haklarına saygılı ...demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu..." belirtilmiştir. Burada konumuz açısından iki temel nitelik göze çarpmaktadır. Birincisi; Türkiye Cumhuriyeti'nin insan haklarına saygılı olma niteliği, ikincisi ise; hukuk devleti olma niteliğidir. Şu halde, Anayasamız, Cumhuriyetin değiştirilemez nitelikleri arasına "insan haklarına saygılı" da koymuştur. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan bu hüküm, 90. maddede 5170 sayılı yasayla ilave edilen son fıkraya birlikte ele alınıp değerlendirildiğinde; ulusal mahkemelerin, ulusal mevzuatı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve eki Protokollere uygun biçimde yorumlama gerekliliği ortaya çıkar. Başka bir ifade ile; ulusal mahkemeler, ulusal mevzuatı, AİHS'ne ve eki Protokollere uygun biçimde yorumlamak zorundadırlar. (Anayasa'nın 90. maddesine 7.5.2004 tarihli 5170 sayılı yasayla ilave edilen son fıkraya hükümünün, şimdiye değin; birkaç makale dışında gerek doktrinde gerekse yargısal içtihatlarda yeterince ve ayrıntılı biçimde (yol açacağı olması sonuçları irdeleyici şekilde) tartışıldığına rastlamadım. Yargıtay üyesi Hamdi Yaver Aktan'ın "Uluslararası Sözleşmelerin Yargıtay Ceza Dairelerince Uygulanması" başlıklı makalesinde, 90. maddede 5170 sayılı yasayla ilave edilen son fıkraya irdelenmiştir. Ayrıca aynı konuda bakınız: Mesut Gülmez'in "...Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmesinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması" adlı makalesi, Doç. Dr. İbrahim Şahbaz'ın "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Yargı Sistemindeki Yeri" başlıklı makalesi (TBBD sayı 54, sayfa, 177-216)

(12) 4793 sayılı yasa; 4 Şubat 2003 tarihli 25014 sayılı R.G.'de yayınlanmış, yayımı tarihinde de yürürlüğe girmiştir.

(13) 9.8.2002 tarihli 24841 sayılı R.G.'de yayınlanan 4771 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun" 6'ncı maddesiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa 445. maddeden sonra gelmek üzere aşağıdaki 445/A. maddesi ilave edilmiştir.

"...MADDE 445/A- Kesin olarak verilmiş veya kesinleşmiş olan bir kararın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki Protokollerin ihlali suretiyle verildiği saptandığında, ihlalin niteliği ve ağırlığı bakımından Sözleşmenin 41'inci maddesine göre hükmedilmiş olan tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğu anlaşılırsa; Adalet Bakanı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunan veya yasal temsilcisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde Yargıtay Birinci Başkanlığından muhakemenin iadesi isteminde bulunabilirler.

Bu istem, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca incelenir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince saptanan ihlalin sonuçları tazminatla giderilmiş veya istem süresi içinde yapılmamış ise reddine; aksi halde, doyanın davaya bakması için kararı veren mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmaksızın kesin olarak karar verir..."

B) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 448'inci maddesine son fıkraya olarak aşağıdaki hüküm eklenmiştir.

Şu halde; ihlal, bizzat mevzuattan değil, kanun hükmünün ulusal mahkemelerce yorumlanışından ve uygulanmasından doğmuş ise, bu nitelikteki ihlal kararları, iç hukukumuzda göre, yargılamanın yenilenmesi sebebidir. Ancak, bu değişikliği; 4793 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği (4.2.2003) tarihinden sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilen ihlal kararları için uygulamak gerekir.

SONUÇ:

Ulusal mahkemelerin; yabancı gerçek kişilerin Türkiye’de kanuni miras yoluyla taşınmaz mülkiyeti edinmelerini, mütekalıyet ilkesine atıfla, mirasçılık belgesi vermeyerek (bu yöndeki isteklerini reddederek) veya verilmiş mirasçılık belgesini, aynı sebeple iptal ederek engellemesi şeklindeki uygulaması devam ettiği sürece; talepleri reddedilen ilgililerin başvurusu üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türkiye aleyhine bundan sonra da muhtemelen ihlal kararları verecektir. Her ihlal kararından sonra da, bu ihlal kararlarının sonuçları Hükümetçe ortadan kaldırılmadıkça Sözleşmenin 41. maddesinin tanıdığı yetkiye dayanarak AİHM., muhtemelen mağdur olanlar yararına Türkiye aleyhine “adil tatmin” (tazminat) kararları verebilecektir. Mağdur olanların tatminine ilişkin her karar Devlet bütçesine ek yük getirecektir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda

445/A maddesi hükümleri saklıdır...”

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa, 4771 sayılı yasanın 6. maddesiyle ilave edilen bu hükmün, kanunun yayımı (R.G. 9.8.2002 tarih 24841 sayı) tarihinden bir yıl sonra yürürlüğe girmesi kanunda öngörülmüştü. (4771 s. K. m. 13) Ve değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanacağı hükmüne bağlanmıştı. (4771 s. K. geçici madde: 2)

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda 4771 sayılı yasayla yapılan bu değişikliktir ve 4771 sayılı yasanın geçici 2. maddesi, henüz yürürlüğe girmeden 23.1.2003 tarihli ve 4793 sayılı Kanunla kaldırılmıştır. (4793 sayılı Kanun, 4.2.2003 tarihli ve 25014 sayılı R.G.’de yayımlanmış, yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.)

- (14) 3.1.2003 tarihli 4793 sayılı “çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun’un 1. maddesiyle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 445’inci maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki 11’inci bent eklenmiştir.

“...11- Hükmün, İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki Protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması,...”

Aynı yasanın 2. maddesiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 447’inci maddesine aşağıdaki üçüncü fıkra eklenmiştir.

“...445’inci maddenin birinci fıkrasının 11’inci bendinde yazılı sebepten dolayı iadei muhakeme müddeti Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıldır...” (halen yürürlükte olan değişikliktir 4793 sayılı yasayla getirilen bu metindir).

4793 sayılı Yasayla yapılan değişiklik sonucu, ilgililerin; bu yasanın yürürlüğe girdiği 4.2.2003 tarihinden sonra verilen ihlal kararlarına dayanarak içerde, (ulusal mahkemelerden) yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunmaları imkan dahilindedir. Apostolidi ve Diğerleri Türkiye davası ile Nacaryan ve Deryan başvuruları sonucu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği yukarda ayrıntısıyla verilen ihlal kararlarının gerekçesinden, ihlalin; ulusal mahkemelerin bu husustaki ulusal mevzuatı, yorum tarzı ve uygulamasından kaynaklandığı sonucuna ulaşılmaktadır. Başka bir ifade ile sorun, uygulamadan ve ulusal mevzuatın yorumundan kaynaklanmaktadır. Ulusal mahkemelerin ulusal mevzuatı yorum tarzı, yasalılık ilkesini gerçekleştirici değildir. O halde, bu hususta yasama erkince yapılabilecek çok fazla bir Şey yoktur. Ulusal mahkemelerin iç hukuk düzenlemesini, Sözlēme hükümlerine uygun olarak yorumlaması, sorunu büyük ölçüde çözecektir. O nedenle; ulusal mahkemelerin, ulusal mevzuatı yorumlama ve uygulama Şeklini yeniden gözden geçirmelerinde zorunluluk bulunmaktadır.



KARAYOLLARI TRAFİK KANUNUNA GÖRE İŞLETENİN KUSUR SORUMLULUĞU

Bahattin ARAS (★)

ANLATIM DÜZENİ: GİRİŞ, I. KARAYOLLARI TRAFİK KANUNUNA GÖRE SORUMLULUĞUN HUKUKİ NİTELİĞİ, A. KARAYOLLARI TRAFİK KANUNUNDA BENİMSENEN SORUMLULUK SİSTEMLERİ, a. Tehlike Sorumluluğu, b. Olağan Sebep Sorumluluğu, c. Kusur Sorumluluğu, ç. Genel Hükümlere Göre Sorumluluk, B. KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU UYARINCA İŞLETEN KAVRAMI, a. İşleten Kavramı, b. İşleten Çeşitleri, aa. Gerçek İşleten, aaa. Motorlu Aracın Sahibi, bbb. Motorlu Aracın Mülkiyeti Muhafaza Kaydı İle Alıcısı, ccc. Aracın uzun Süreli Kiracısı, Ariyet ve Rehin Alan, ddd. Araç İşleten Diğer Kişiler, bb. Farazi İşleten, aaa. Motorlu Araçla İlgili Mesleki Faaliyette Bulunanlar, bbb. Yarış Düzenleyicileri, ccc. Motorlu Aracı Çalan veya Gasp Edenler, ddd. Devlet ve Diğer Kamu Tüzel Kişilerinin Sorumluluğu, c. Teşebbüs Sahibi, d. İşleten veya İşletenin Bağlı Olduğu Teşebbüs Sahibinin Eylemlerinden Sorumlu Olduğu Kişiler, aa. Sürücü, bb. Diğer Yardımcı Kişiler, C. KARAYOLLARI TRAFİK KANUNUNDA "İŞLETME" KAVRAMI, a. Genel Olarak, b. İşletme Kavramı, aa. Trafığe Çıkarma Görüşü, bb. Makine Tekniği Görüşü, cc. İşletme Tehlikesi Görüşü, c. Hareket Halindeki Araçlarda İşletme, d. Duran Araçlarda İşletme, D. İŞLETENİN SORUMLULUĞUNDA KUSURUN ROLÜ, a. Genel Olarak, b. Kusur Kavramı, c. Kusuru İspat Yükümlülüğü, d. Zarar Görenin Kusuru, e. Üçüncü Kişinin Kusuru, II. KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU UYARINCA İŞLETENİN KUSUR SORUMLULUĞU, A. GENEL OLARAK, B. İŞLETENİN

(★) Yusufeli Hakimi.

İŞLETME HALİNDE OLMAYAN ARACIN VERDİĞİ ZARARDAN DOĞAN SORUMLULUĞU, a. Genel Olarak, b. Sorumluluğun Hukuki Niteliği, c. Sorumluluğun Şartları, aa. İşletilme Halinde Olmayan Aracın Meydana Gelen Trafik Kazasında Bir Zarara Sebep Olması, bb. Kazaya, İşletenin Veya Yardımcılarının Kusurunun Veya Aracın Bozukluğunun Sebep Olması, aaa. Kazaya İşletenin Veya Yardımcılarının Kusuru Sebep Olması, bbb. Kazaya Araçtaki Bir Bozukluk Sebep Olması, cc. İspat Yük, dd. İliyet Bağının Bulunması, B. ARACIN ÇALINMASI VEYA GASP EDİLMESİ HALİNDE İŞLETENİN SORUMLULUĞU, a. Genel Olarak, b. Sorumluluğun Şartları, aa. Aracın Çalınması veya Gasp Edilmesi, bb. Aracın Çalınmasında veya Gasp Edilmesinde İşletenin Kusurunun Bulunması, C. BİRDEN ÇOK İŞLETENİN BİRBİRLERİNE VERDİKLERİ ZARARDAN DOĞAN SORUMLULUKLARI, a. Genel Olarak, b. Kusurun Etkisi, D. HATIR TAŞIMACILIĞINDA İŞLETENİN SORUMLULUĞU, a. Genel Olarak, b. Sorumluluğun Şartları, aa. Hatır İçin Taşıma veya Hatır için Vermenin Karşılıksız Olması, bb. Hatır için Taşıma veya Hatır için Vermenin İradi Olması, cc. Hatır için Taşınan veya Aracın Hatır için Verildiği Kişinin Yaralanması veya Ölmesi, SONUÇ

GİRİŞ

Gelişen dünyada, teknoloji ve sanayinin önlenemez yükselişi beraberinde pek çok kolaylığın yanında yeni zararları, yeni tehlikeleri ve en önemlisi de yeni sorumluluk esaslarını getirmiştir. Daha iyiyi, sorumluluk hukuku bakımından ise daha tatmin ve telafi ediciyi bulma çabası farklı eğilim ve kriterleri zorunlu kılmıştır. İşte bu bağlamda günlük hayatın vazgeçilmez parçası olan motorlu araçlar da tazminat hukukunun konusu haline gelmiş daha da önemlisi motorlu aracın meydana getirdiği zarara uygulanacak hükümler zaman içerisinde değişikliğe uğramıştır. Yapılan bütün çalışmalar karayollarında meydana gelen kazalar sebebiyle kişilerdeki mağduriyeti gidermenin yanı sıra mağduriyetten sorumlu olacak kişilerinde belirlenmesi amaçlanmıştır. Bu kapsamda motorlu araçların zarara yol açma eğilimli olması veya sebep oldukları kazaların nitelik veya nicelik yönün-

den ağır sonuçlar doğmasına rağmen, bu araçlarla faaliyette bulunulması hukuka uygundur. Bu yapılacak faaliyetler tamamen hukuka uygun olsa da, bu araçların işletilmesinden meydana gelecek zararlardan, zarar görenlerin korunması veya zarar meydana gelmişse de bunun tazmini gerekir. Çünkü zarar gören kişiler, genellikle, tehlike riski yüksek olan işletme ve faaliyetlere karşı, kendilerini koruma imkânları bulunmamaktadır. Bundan dolayı, tehlikeli faaliyetler ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması sorumluluk için yeterlidir. Dolayısıyla motorlu bir aracı işletenler, aracı işleteni ve araçla faaliyette bulunmaları nedeniyle sorumlu tutulmaktadırlar.

Türk hukukunda geçerli sorumluluk ilkesi olan ve Borçlar Kanununun 41. maddesinde düzenlenmiş olan kusur sorumluluğunda kusur, sorumluluğun kurucu unsuru olduğu için, sorumluluk, ancak kusur mevcut olduğu zaman söz konusu olmaktadır. Buna karşılık, kusur yoksa, sorumluluk da yoktur. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ise, motorlu araç işletenin sorumluluğunu düzenlerken, kusur ilkesi ve dolayısıyla kusur sorumluluğundan vazgeçerek, bunun yerine farklı bir sorumluluk ilkesi olan sebep sorumluluğu ilkesini getirmiştir. Kanun, "İşletenin sorumluluğu" başlığını taşıyan 85. maddesinde kural olarak sebep sorumluluğu ilkesi çerçevesinde, esas itibarıyla tehlike sorumluluğunu öngörmüştür. Bununla birlikte, Kanunda bazı hallerde tehlike sorumluluğunu tamamlayıcı olarak olağan sebep sorumluluğu ve kusur sorumluluğu ilkelerine de yer verilmiştir. Bu çalışmada halen yürürlükte olan 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununda işletenin kusur sorumluluğunun hukuki niteliği, şartları ile bu sorumluluğu kaldıran ve azaltan sebepler ele alınacaktır.

I. KARAYOLLARI TRAFİK KANUNUNA GÖRE SORUMLULUĞUN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. KARAYOLLARI TRAFİK KANUNUNDA BENİMSENEN SORUMLULUK SİSTEMLERİ

Karayolları Trafik Kanunu, motorlu araç işletilmesi nedeniyle doğan zararlardan araç işleten kişiyi ve teşebbüs sahibini sorumlu tutmaktadır. Burada işleten

ve teşebbüs sahibinin sorumluluğu ayrıntılı biçimde düzenlenmiş olup, karma bir sistem benimsenerek, zararın doğumuna neden olan trafik kazasının oluşumuna göre bazen tehlike, bazen olağan sebep sorumluluğu, bazen de kusur sorumluluğu esas alınmıştır.⁽¹⁾ Sorumluluk türleri şöyle sınıflandırılabilir.

a. Tehlike Sorumluluğu

Karayolları Trafik Kanununun 85/l. maddesinde gerek araç işleten gerekse işletenin bağlı olduğu teşebbüs sahibi bakımından “Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanması yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işletenin ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar.” demek suretiyle tehlike sorumluluğu kabul edilmiştir. Bunun doğal sonucu olarak araç işleten veya teşebbüs sahibi kusursuz olsalar dahi sürücü veya araç üzerinde bakım ve denetim yönünden her türlü özen ödevini yerine getirdiklerini ispat etseler de aracın işletilmesinden doğan zarardan sorumludurlar.⁽²⁾

İşletenin aynı zamanda kusurlu olması halinde olduğu gibi bazen işleten ve teşebbüs sahibinin şahsında birden çok sorumluluk sebebinin toplanması mümkündür.⁽³⁾ Sorumlulukların böyle çatışması halinde “Özel kural genel kuralı kaldırır” ilkesini benimseyen “teklik ilkesi” gereği; kusur sorumluluğuna göre daha özel bir sorumluluk hali olan tehlike sorumluluğu benimsenmeli ve işleten bu sorumluluğun hükümlerine tabi olmalıdır.⁽⁴⁾

b. Olağan Sebep Sorumluluğu

Karayolları Trafik Kanununun 85/3. maddesi uyarınca işletilme halinde

-
- (1) Bolatoğlu, Bolat: Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu (İşleten Kavramı ve Sorumluluğun Şartları), Ankara 1988, s. 18.
- (2) Eren, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2003, s. 659.
- (3) Gökcan, H. Tahsin/Kaymaz, Seydi: Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta, Rücu Davaları ve Trafik Suçları, Ankara, 1999, s. 180; 4. HD. 03.11.1987, 5594/8031.
- (4) Eren, s. 659.

olmayan bir motorlu aracın sebep olduğu trafik kazasında işletenin sorumlu tutulabilmesi için zarar görenin, kazanın oluşumunda işleten veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere ilişkin bir kusurun varlığını veya araçtaki bozukluğun kazaya sebep olduğunu ispat etmesi gerekmektedir. Burada işleten başka bir kişinin davranışından veya beklenmeyen halden doğan sebep sorumluluğu gereği sorumlu tutulmaktadır. Kanun burada üç ihtimale göre sorumluluğu belirlemiştir. Birinci ihtimal, işletilme halinde olmayan işletenin kusurlu bir davranışıyla başkasına zarar vermesi halidir. Burada kusur sorumluluğu esastır. İşleten kendi kusuruyla kazaya sebep olduysa artık sebep sorumluluğundan söz edilemez.⁽⁵⁾ İkinci ihtimal, işleteni eylemlerinden sorumlu olduğu kimselerin kusurlarıyla başkalarına verdikleri zarar; üçüncü ihtimal ise, araçtaki bir bozukluğun başkasına verdiği zarar halidir. İşte bu iki halde olağan sebep sorumluluğuna dayanılmıştır.

Bir diğer olağan sebep sorumluluğu hali ise Karayolları Trafik Kanununun 85/4. maddesinde yer alır. Buna göre, işleten ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, hakimın takdirine göre kendi aracının katıldığı bir kazadan sonra yapılan yardım çalışmalarından dolayı yardım edenin maruz kaldığı zarardan da sorumlu tutulabilir. Ancak bu durumda işletici teşebbüs sahibinin sorumlu kılınabilmesi için, kazadan kendisinin sorumlu olması veya yardımın doğrudan doğruya kendisine veya araçta bulunanlara yahut kazaya taraf olan üçüncü kişilere yapılması gerekmektedir. Bu maddede kanun bir trafik kazasının mağdurlarına yardım eli uzatan kişilerin bu yardımdan dolayı uğradıkları zararın kendi üzerlerinde bırakılmasını hak ve nesafet kurallarına aykırı bulduğundan, hakkaniyete dayanan bir sebep sorumluluğu öngörmüştür.

c. Kusur Sorumluluğu

Karayolları Trafik Kanunu 85/3. maddesinde bahsedildiği üzere işletme halinde olmayan aracın işleteninin kendi kusuru ile meydana gelen kazalardan doğan zarardan kusur ilkesine göre kendisi sorumludur. Yine işletme halinde olmayan araçtaki bozukluğun neden olduğu kazalarda bozukluk işletenin kusu-

(5) Bolatoğlu, s. 22.

rundan ileri geliyorsa işleten kusur ilkesine göre sorumlu olacaktır.⁽⁶⁾ Kusur sorumluluğunun geçerli olduğu bir diğer durum ise, Karayolları Trafik Kanununun 89/1. maddesine göre birden çok işletenin birbirlerine verdikleri zarardan doğan sorumluluk halidir.

Aracın çalınması veya gasp edilmesi halinde ispat yükü ters çevrilmiş bir kusur sorumluluğu söz konusudur. Bu durumda Karayolları Trafik Kanunu 107/2. maddesi uyarınca esas itibarıyla aracı çalan veya gasp eden işleten gibi sorumlu olsa da, zarar görenin korunması bakımından “kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin aracın çalınmasında veya gasp edilmesinde kusurlu olmadığını” ispat edemeyen işleten de sorumlu tutulacaktır. Burada işletenin kusurlu olduğu karine olup, ispat yükü genel kuralın aksine zarar görene değil, işletene düşmektedir. Şu da unutulmamalıdır ki, burada işletene karine olarak yüklenen kusur motorlu aracın çalınması veya gasp edilmesindeki kusurdur.⁽⁷⁾

c. Genel Hükümlere Göre Sorumluluk

Tehlike sorumluluğu, toplumsal yaşam için vazgeçilemeyen teknik gelişimin ürünü olan olgulara bağlanır. Bunun nedeni, bu olguların tehlikeleri önlenememekle birlikte, kamu yararı gereği faaliyetlerine verilen izni telafi etmektir. Bu temel nokta dikkate alınacak olursa, her zarar görenin tehlike sorumluluğuna dayanan tazminat talebinin kabulü gerekirdi. Oysa gerçek durum farklı olduğundan burada da bir sınırlandırma yapmak gerekmektedir. Bazen, kimi kişiler, tehlikelerini bilmelerine karşın bir sorumluluk olgusu çevresinde bulunabilirler. Bu kişiler, sorumluluk olgusunun tehlikesini denetim altında tutmakla, başkalarına zarar vermesini engellemekle görevli olabilir. Bunlara karşı sorumluluk sosyal güvenlik hukuku çerçevesinde değerlendirilir. Örneğin, Karayolları Trafik Kanununun 105/2. maddesi, yarışçılar veya onlarla birlikte aracın içinde bulunanların zararlarının tazmininin genel hükümlere tabi olduğunu düzenler.⁽⁸⁾

(6) Bolatoğlu, s. 24; Eren, s. 660.

(7) Bolatoğlu, s. 26-27.

(8) Erişgin, Nuri: Tehlike Bağı, AÜHFD, C.49, S.1-4, s.147.

Bazı durumlarda Karayolları Trafik Kanunu sorumluluk için genel hükümlere atıflar yapmıştır. İşletme halinde olan ve işletme halinde olmayan aracın verdiği zararlar dışı zararlar, Karayolları Trafik Kanununun 103. maddesindeki motorlu bisiklet sürücülerinin sorumluluğu, Karayolları Trafik Kanununun 90. maddesine göre manevi tazminat talepleri, Karayolları Trafik Kanunu 87. maddesine göre hatır taşımaları ile aracın hatır için kullandırılmasından kaynaklanan zararlar, motorlu aracın maliki ile işleteni arasındaki ilişkide araca gelen zararlar ile Karayolları Trafik Kanunu 87/2. maddesine göre zarar görenin beraberinde bulunan bagaj ve benzeri eşya dışında taşınan eşyanın uğradığı zararlarda işleten ve teşebbüs sahibinin sorumluluğu genel hükümlere tabi kılınmıştır.⁽⁹⁾

B. KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU UYARINCA İŞLETEN KAVRAMI

Karayolları Trafik Kanununa göre motorlu bir aracın işleteni ile araç işleticisinin bağlı bulunduğu teşebbüs sahibi bu aracın işletilmesinden kaynaklanan zarardan sorumludur. Şu durumda bu kavramların açıklanmasında yarar vardır.

a. İşleten Kavramı

Karayolları Trafik Kanunu 3. maddesine göre işleten, araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydı ile satışta alıcı sıfatı ile sicilde kayıtlı görünen veya aracın uzun süreli kiralama, ariyet veya rehin gibi hallerde kiracı, ariyet veya rehin alan kişidir. Ancak ilgili tarafından başka bir kişinin aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufta bulunduğu ispat edilirse o kimse de işleten sayılacaktır. Doktrinde bu tanımdan işleten sıfatının tayininde “şekli” ve “maddi” ölçülerin varlığı kabul edilmiştir. Şekli ölçüye göre motorlu aracın trafik sicilinde veya trafik belgesinde maliki gözükene ya da sigorta poliçesinde adı yazılı kişinin işleten; maddi ölçüye göre ise araç üzerindeki fiili hâkimiyet, araçtan ekonomik yararlanma, aracı kendi hesabına işletme, onun masraf ve rizikolarına katlanma ilişkisinin işletenin belirlenmesinde

(9) Kaya, Mine: Karayolları Trafik Kanununa Göre İşletime Halindeki Araçtan Kaynaklanan Sorumluluğun Hukuki Niteliği ve Şartları, AD, Yıl 95, Ekim 2003, S. 17, s. 284.

esas olduğu belirtilmektedir.⁽¹⁰⁾

Kanundaki tanımdan da anlaşılacağı üzere kural olarak aracın sicil kaydında malik görülen, aracı uzun süreli kiralayan, ariyet alan, rehin alan kişiler işleten sayılacaktır. Ancak maddenin devamından maddi ölçütün benimsendiği ve işleten sıfatının başkasına ait olduğunun ispatının mümkün olduğu sonucuna varılmaktadır. Doktrinde hakim olan görüş de maddi ölçü görüşü olup aracından sağlanan menfaat ve hakimiyet ilişkisine dayandığı için sorumluluk hukukunun ilkelere ve mantalitesine uygun olduğu ifade edilmektedir.⁽¹¹⁾ Buna göre, işleten, motorlu aracı kendi menfaat ve hesabına işleten, tehlike ve masraflarını üstlenen araç ile aracın işletilmesi için gerekli personel üzerinde fiilen ve doğrudan emir ve tasarruf gücüne sahip olan kişidir.⁽¹²⁾ Yargıtay'ın da verdiği kararlardan maddi ölçütü benimsediği anlaşılmaktadır.⁽¹³⁾ Şekli ölçü işleteni belirlemede büyük bir kolaylık sağlasa da, trafik sicillerinin iyi tutulmadığı, vergi mevzuatı açısından kayıt dışı araç alım satımlarının yüksek olduğu Türkiye'de şekli ölçünün her zaman gerçeği yansıtmayacağı açıktır. Bu nedenle maddi ölçünün benimsenerek en azından şekli ölçüye göre işleten görünen kimseye gerçek sorumluyu ispatlama hak ve yetkisi verilmesinde yarar vardır.⁽¹⁴⁾ Ayrıca, Maddi ölçü, menfaat ve hâkimiyet ilişkisine dayandığı için, sorumluluk hukuku açısından gerçekleri daha iyi yansıtmaktadır. Zira, bu suretle bir aracın verdiği zarardan, bu araçtan yararlanan ve onun üzerinde fiili hakimiyeti bulunan kimsenin sorumlu tutulması sağlanmış

- (10) Eren, s. 670; Gökcan/Kaymaz, s. 128; Tunç, Ramazan: 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Gerçek İşleten Kavramı; YD, C. 26, S. 1-2, s. 235; Havutçu, Ayşe/Gökyaayla, Emre: Uygulamada 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukuki Sorumluluk, Ankara 1999, s. 40; Tekinay, S. Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 529; Karahasan, M. Reşit: Sorumluluk Hukuku, Ankara 2003, s. 945
- (11) Eren, s. 671; Bolatoğlu, s. 61.; Kılıçoğlu, Ahmet.:Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Ankara 2001, s. 221; Özsunay, Ergün, Trafik Hukuku Bakımından Sorumlu Şahsın Tespitinde Maddi Sistem, İHFM, C. XXXV,1969, s. 553;Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 530.
- (12) Eren, s. 671; Bolatoğlu, s. 61; Gökcan/Kaymaz, s. 128.
- (13) "2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 85'inci maddesi hükmüne göre başka bir kişinin aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait üzere işlettiğini ve araç üzerinde fiili tasarrufu bulunduğunu ispat edemediği takdirde, kayda göre araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydı ile satışta alıcı sıfatı ile sicilde kayıtlı görünen veya aracın uzun süreli kiralama, ariyet veya rehni gibi hallerde kiracı, ariyet veya rehin alan işletendir. Aynı kanunun 85'inci maddesi hükmüne göre ise bir motorlu aracın işletilmesinden doğan zarardan o aracı işleteni sorumlu olur. O halde adına trafik kaydı olan kişi, mutlak olarak onun işleteni sayılmaz." Y. 4 HD. 15.1.2002, 2002/9426 E., 2002/343 K.
- (14) Eren, s. 672; Çeliktaş, Demet: 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununda İşletenin Hukuki Sorumluluğu, İzmir, 1987 s. 64; Altunkaya, Mehmet, Araç İşletenin Sorumluluğunda Kusurun Rolü, SÜHFD, C.7, S.1-2, Yıl, 1999, s. 179; Kaya, s. 293.

olmaktadır. Bu söylenenlere uygun olarak Türk hukukunda, KTK'nın 3. maddesine göre, maddi kriter görüşü kabul edilmiştir.⁽¹⁵⁾

b. İşleten Çeşitleri

Maddi ölçüye göre işleten sıfatı verilebilecek kişiler gerçek işletendir. Gerçek işleten çoğu zaman malik olabileceği gibi, bunun dışındaki bazı kimseler de olabilir. Ayrıca gerçek işleten olmadıkları halde sorumlu tutulan kimseler de vardır. İşleten çeşitleri şu şekilde açıklanabilir.

aa. Gerçek İşleten

Maddi ölçü görüşündeki nitelik ve unsurlara sahip her işleten, gerçek işletendir. Araçtan yararlanmaları veya araç üzerinde fiili tasarruf gücüne sahip olmaları nedeniyle gerçek işleten sıfatını taşıyabilecek kişiler, KTK'nın 3. maddesinde araç sahibi, aracı mülkiyeti muhafaza kaydıyla satın alan alıcı, aracın uzun süreli kiralanması, ariyet veya rehin alınması gibi hallerde kiracı, ariyet ve rehin alan kişiler şeklinde sayılmıştır.

aaa. Motorlu Aracın Sahibi

Gerçek işleten, hayat tecrübelerine göre, birçok olayda normal olarak trafik kazasına sebep olan aracın sahibidir. Ancak bu mutlak bir kural olmadığından bunun aksi de olabilir. Gerçekten, bazı hallerde araç sahibinin, işleten olmaması mümkündür. Bu bakımdan, işletme ilişkisiyle mülkiyet, zilyetlik ve vazüyetlik ilişkisi birbirinden farklıdır, işleten, genellikle aracın zilyedi olduğu halde, her zilyet işleteni olmayabilir. Örneğin, araç sahibi, aracını uzun süreli kiraya verdiği, ariyet ve rehnettiği hallerde de, malik olmasına rağmen, işleten sıfatını kaybeder.⁽¹⁶⁾

(15) Eren, Fikret: Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akid Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği Ve Unsurları, AÜHFĐ, C. XXXIX, 1982-87. S. 1-4, (KTK), s.177

(16) Eren, (KTK), s. 178; "...Dava, trafik kazasından kaynaklanan manevi tazminat istemine ilişkindir. Davacı, davalıya ait aracın çarpması sonucu yaralandığını belirterek davalının meydana gelen zarardan araç sahibi olarak sorumlu tutulmasını istemiştir. Yerel mahkemece davalının işleten sıfatının bulunmadığı gerekçesiyle davanın husumet yönünden reddine karar verilmiş, karar davacı tarafından temyiz edilmiştir. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesi gereğince bir motorlu aracın işletilme-

Kural olarak işleten motorlu aracın kayden sahibi olan kişidir. Karayolları Trafik Kanunu 3. maddesine göre araç sahibi, araç için adına yetkili idarece tescil belgesi verilmiş veya satış belgesi düzenlenmiş kişidir. Yine Karayolları Trafik Kanununa göre aracın mülkiyeti trafik tescil şubesine tescille değil, noter tarafından yapılan satış veya devir işlemi ile devralana geçer. Noterlerce yapılmayan her türlü satış veya devir geçersizdir. Çünkü burada satış ve devrin noterlerce yapılması ispat şartı değil geçerlilik şartıdır.⁽¹⁷⁾

bbb. Motorlu Aracın Mülkiyeti Muhafaza Kaydı İle Alıcısı

Motorlu aracı mülkiyeti muhafaza kaydı ile satın alan ve noterdeki mülkiyeti muhafaza sicilinde kayıtlı görünen kişi de gerçek işletendir. Mülkiyeti muhafaza kaydıyla satış akdi TMK'nın 764. maddesine göre resmi akdin devralanın yerleşim yeri noterliğinde özel siciline kaydedilmesiyle geçerli olur. Karayolları Trafik Kanununun 20/d maddesine göre, bu akitlerin düzenleme suretiyle noter

sinden doğan zarardan işleteni sorumludur. Aynı Yasa'nın 3. maddesinde ise işleten, araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görünen veya aracın uzun süreli kiralama, arıyet veya rehni gibi hallerde kiracı, arıyet veya rehni alan kişidir. Somut olayda, kazayı yapan 07 E 5686 plakalı aracın trafik kaydında davalıya ait olduğu anlaşılmaktadır. Davalı maliki olduğu bu aracı uzun süreli kiraya verdiğini, işleten sıfatının davalıda olmadığını savunmuş ve bu savunmasına dayanarak da adı yazılı belge sunmuştur. Karayolları Trafik Kanunu'nun 3. ve 19. maddelerine göre trafik kaydı "işleteni" kesin olarak gösteren bir belge değil ise de, işletenin kim olduğunu belirleyen güçlü bir kanıt niteliğindedir. Davalı trafikte kendi üzerine kayıtlı aracı uzun süreli kiraya verdiğini savunmuş ise de, bu savunmayı kanıtıma yönünde sunulan belgeler her zaman düzenlenmesi mümkün adı yazılı belgelerden olup, davalının işleten olmadığını kabulü için yeterli bulunmamaktadır. Bu durumda davalı işleten sıfatıyla sorumlu bulunduğundan hakkındaki davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup kararın bozulması gerekmiştir. 4.HD, 1.2.2007 , 2006/879 E., 2007/800 K. (YYK)"

- (17) Eren, s. 672-673, Gökcan /Kaymaz, s. 129; "...zarara sebebiyet veren olaya karşın araç, trafikte olay tarihinde davalı Yusuf adına kayıtlıdır. Davacı, bu kaydı esas alarak davasını işleten sıfatıyla ona yönelmiştir. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 3. ve 19. maddeleri hükümlerine göre trafik kaydı "işleteni" kesin olarak gösteren bir karine değilse de, onun kim olduğunu belirleyen güçlü bir kanıt niteliğindedir. Ancak trafik kaydına rağmen işletenliğin üçüncü kişi üzerinde bulunmasını engelleyen bir yasa hükmü yoktur. İşletenlik trafik kaydı adına olan kişiden mülkiyeti muhafaza kaydı ile satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya aracın uzun süre ile kiralama, arıyet veya rehni gibi hallerde kiracı arıyet veya rehni alan kişiye geçmiş olur. Bu bakımdan işletenliğin kayda rağmen başkasına geçmiş bulunduğu her zaman ispatlanabilir. Fakat bu konuda getirilecek delillerin üçüncü kişileri bağlayabilecek nitelikte ve güçte olması, özellikle zarara uğrayanların haklarını halele uğrattacak bir sonuç yaratmaması şarttır. Öte yandan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 299. maddesindeki esaslar birbirleriyle hiç bağlantısı bulunmayan, birbirine karşı tam anlamıyla üçüncü kişi durumunda bulunan kişiler hakkında uygulama alanı bulamaz. Çünkü haksız eylemden zarar gören kişi, üzerinde işletenlik niteliği bulunmayan kişinin hukuki halefi değildir. Ancak özellikle trafik olaylarına karşın araçların oluşturdukları zararların ödetilmesini imkânsız kılmak için olaydan sonra muvazaalı olarak eski tarihle düzenlenen sözleşmelerden bu sözleşmelerde üçüncü kişi durumunda bulunan mağdurların zarara uğramasını önlemek amacıyla bu gibi belgelerin oriana karşı hüküm ifade edebilmesi için sözü edilen maddede öngörülen koşulların kıyasen aranması hakkaniyete uygun düşmektedir. Nitekim Yargıtay'ın uzun yıllardan beri uygulaması bu doğrultudadır. Davaya konu olayda davalı Yusuf başka bir kişinin aracını kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işletenliğini ve araç üzerinde fiil tasarrufu bulunduğunu geçerli delillerle ispatlamış değildir. Bu yönün tanıkların sözleriyle doğrulanması yukarıda anılan ilke karşısında davalının hukukunu etkilemez. O halde davalı Yusuf'un da sorumluluğuna karar verilmek gerekirken onun yönünden davanın husumetten reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır... 4. HD, 26.06.2006/2005/9674 E., 2006/7724 K. (YYK)"

tarafından yapılması gereklidir.⁽¹⁸⁾

ccc. Aracın uzun Süreli Kiracısı, Ariyet ve Rehin Alan

Karayolları Trafik Kanunu, aracın uzun süreli kiracısını ve ariyet veya rehin alanını da gerçek işleyen saymıştır. Öğretiye göre, uzun süre kavramı, BK'nın 262. maddesi göz önünde tutularak üç günden fazla süreleri kapsar.⁽¹⁹⁾ Ancak, Yargıtay da kararlarında benimsediği üzere⁽²⁰⁾ süre, işleteni belirlemede tek başına kriter olarak alınmamalıdır. Bu sürenin üç gün ile sınırlandırılması yerine, araç üzerinde fiili hâkimiyet, ekonomik yarar ve aracın giderlerine katlanma unsurlarından yararlanılarak işleten tespit edilmelidir.⁽²¹⁾

ddd. Araç İşleten Diğer Kişiler

Araç sahibi dışındaki kişiler Karayolları Trafik Kanununda örnek olarak sayılmış olup, bunlar dışında da şartları taşıyan kişilerin işleten sayılması mümkündür. Örneğin motorlu aracı akitten veya yasadan doğan intifa hakkına dayanarak elinde bulunduran kimse veya iflas halinde araç üzerindeki zilyetlik ve tasarruf hakkı iflas masasını geçtiğinden iflas masası araç işleten diğer kişilere örnek gösterilebilir.⁽²²⁾

bb. Farazi İşleten

Karayolları Trafik Kanunu, gerçek işleten olmadıkları halde bazı kişileri farazi işleten saymış ve bunları da meydana gelen zarardan gerçek işleten gibi sorumlu tutmuştur. Burada bazı kimselerin "işleten yerine", "işleten gibi" sorumlulukları söz konusudur. Bunlar; motorlu araçla ilgili mesleki faaliyette bulunan teşebbüslerin sahipleri, yarış düzenleyicileri, devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, bir motorlu aracı çalan ve gasp edenlerdir.

(18) Kaya, s. 293

(19) Eren, s. 673

(20) Aşçıoğlu, Çetin: Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Davaları, Ankara, 1989, s. 15; 4. HD, 16.6.1988, 1951/6115; YKD. Ekim 1998 S. 10, s. 136

(21) Aşçıoğlu, s. 14; Kaya, s. 293

(22) Kılıçoğlu, s. 225

aaa. Motorlu Araçla İlgili Mesleki Faaliyette Bulunanlar

Karayolları Trafik Kanununun 104/1. maddesine göre motorlu araçla ilgili mesleki faaliyetlerde bulunan teşebbüslerin sahipleri, gözetim, onarım, bakım, alım, satım, araçta değişiklik yapılması amacıyla veya benzeri amaçla kendisine bırakılan bir motorlu aracın sebep olduğu zararlardan dolayı işleten gibi sorumlu tutulmaktadır. Bunlara boyacı, kaportacı, garaj, otopark ve galeri sahipleri örnek gösterilebilir. Motorlu aracı bir yerden bir yere teslim işiyle uğraşmakta mesleki faaliyetler arasındadır.⁽²³⁾ İşleten burada sıfatını kaybetmez, ancak bu sırada aracın sebep olduğu zarardan sorumlu tutulmamaktadır. Araçla ilgili mesleki faaliyette bulunanların sorumluluğunun nedeni, bu faaliyet sırasında araç üzerinde bu kişilerin fiili hâkimiyet sahibi olmalarıdır. Bu faaliyet sırasında aracın sevk ve idaresi, bakım ve gözetimi bu kişilere aittir.⁽²⁴⁾ Dolayısıyla araçla ilgili mesleki faaliyette bulunanların sorumlu tutulabilmeleri için, aracın gözetim, onarım, bakım, alım, satım, araçta değişiklik yapılması amacıyla veya benzeri amaçla kendilerine bırakılmış olması ve araç iade edilmeden kaza neticesinde zarara sebebiyet vermiş olması gerekir. Araçla ilgili mesleki faaliyette bulunanların sorumluluğu aracın zilyetliğinin fiilen kendilerine geçmesinden itibaren başlar ve yine aynı şekilde zilyetliğin fiilen devredilmesine kadar devam eder.⁽²⁵⁾ Yalnız kısa sürede yapılan bakım ve tamir işlerinde gerçek işletenin sorumluluğu devam etmektedir.⁽²⁶⁾

bbb. Yarış Düzenleyicileri

Karayolları Trafik Kanununun 105. maddesine göre yarış düzenleyicileri, yarışa katılanların veya onlara eşlik edenlerin araçları ile gösteride kullanılan diğer araçların sebep olacakları zarardan dolayı motorlu araç işletenin sorumluluğuna ilişkin hükümler uyarınca sorumludur. Buradaki yarış düzenleyicisinin so-

(23) Eren, s.675; Kılıçoğlu, (2918 SY), s. 12; Havutçu/Gökyayla, s.106

(24) Havutçu/Gökyayla, s.106; Kılıçoğlu, Mustafa: Sorumluluk Hukuku, C.1, Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara 2002,(SDS) s. 485.

(25) Kılıçoğlu, (2918 SY), s. 12; Tekinay/ Akman /Burcuoğlu/Altop, s. 534; Karahasan, s.950;Havutçu/ Gökyayla, s.106

(26) Nomer, Haluk N.: 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu,İBD, Ocak-Şubat-Mart 1992, s.57

rumlu olduğu zarar, yarışa katılan araçların sebep oldukları ve üçüncü kişilere verdikleri zararlardır.⁽²⁷⁾ Zira yarışçıların, onlarla birlikte araçta bulunanların ve araçlarının uğrayacağı zararlardan doğan sorumluluk genel hükümlere tabidir. Çünkü yarışa katılanlar, yarıştan kaynaklanabilecek zararı, riski kabullenmiş durumdadırlar.⁽²⁸⁾ Buradaki yarış, Karayolları Trafik Kanununun 105/5. maddesine göre ortalama hızı saatte en az elli kilometrenin üstünde olan veya ulaşılabilir hızla göre değerlendirme yapılması öngörülen motorlu araç veya bisiklet sporu gösterileridir.⁽²⁹⁾

ccc. Motorlu Aracı Çalan veya Gasp Edenler

Karayolları Trafik Kanununun 107. maddesine göre bir motorlu aracı çalan veya gasp eden kimse işleten gibi sorumlu tutulur. Aracın çalınmış veya gasp edilmiş olduğunu bilen veya gerekli özeni gösterse öğrenebilecek durumda olan aracın sürücüsü de onunla birlikte müteselsilen sorumludur. Bu maddenin aradığı “çalma ve gasp”; yabancı bir aracın yararlanma amacıyla hak sahibinin muhafaza ve hâkimiyet alanından onun iradesi dışında zorla veya hileyle alınmasını veya ele geçirilmesini ifade eder. Bu nedenle çalma ve gasp dışındaki izinsiz kullanımlar Karayolları Trafik Kanununun 107. maddesinin kapsamı dışındadır.⁽³⁰⁾ Maddede belirtilen gasp ve hırsızlığın sınırlandırıcı biçimde sayıldığı bunlar dışında dolandırıcılık, emniyeti suistimal gibi hallerin de madde kapsamına alınmayacağı belirtilmektedir.⁽³¹⁾

Aracın çalınmış veya gasp edilmiş olduğunu bilen sürücü de diğer sorumlularla birlikte sorumlu olacağından, ancak aracın çalınmış veya gasp edilmiş olduğunu bilmediğini veya gerekli araştırmayı yapmasına rağmen bilemeyeceğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Karayolları Trafik Kanununun 107. maddesinde işleten, çalınan veya gasp edilen aracın sebep olduğu sorumluluktan kur-

(27) Eren, s. 676; Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1995, s. 221; Bolatoğlu, s. 80

(28) Havutçu/ Gökyayla, s.106; Çeliktaş, s. 80

(29) Kaya, s.294

(30) Eren, s. 667; Havutçu/ Gökyayla, s.118

(31) Eren, (KTK), s.184;Aşçıoğlu, s. 66

tulmak için aracın çalınmasında veya gasp edilmesinde kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kimselerin bir kusuru bulunmadığını ispatlamalıdır. Aynı maddede aracın çalınmış veya gasp edilmiş olduğunu bilerek araca binen yolculara karşı sorumluluğun genel hükümlere tabi olacağı da belirtilmiştir.⁽³²⁾

ddd. Devlet ve Diğer Kamu Tüzel Kişilerinin Sorumluluğu

Karayolları Trafik Kanununun 106. maddesine göre, genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idareler, il özel idareleri, belediyeler ve kamu iktisadi teşebbüsleri ile kamu kuruluşlarına ait motorlu araçların sebep oldukları zararlardan dolayı bunları farazi işleten sayarak, Karayolları Trafik Kanunu 85/1 anlamında işleten gibi sorumlu tutmuştur. Yasal düzenleme uyarınca, devlete ve diğer kamu kuruluşlarına ait araçların sebep olduğu zararlardan dolayı kendilerinin sorumlu olması zorunludur. Zira kamu araçlarını kullananları işleten olarak kabul etmek mümkün değildir. Çünkü, aracın sürücüsü kanunda işleten olarak kabul edilen kişilerden değildir. Ayrıca aracın üzerinde fiili hâkimiyeti bulunmadığı gibi tehlikesi ve yararı kendisine ait olmak üzere aracı işlettiği de söylenemez.⁽³³⁾

c. Teşebbüs Sahibi

Bu kavram 4199 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucu mevzuatımıza girmiştir. Artık işletenin sorumlu olduğu durumlarda, işletenin bağlı olduğu teşebbüs sahibi de aynı hukuki esaslara dayanarak sorumlu olacaktır. Bunun sorum-

(32) Kılıçoğlu, (2918 SY), s.14; Havutçu/ Gökyayla, s.120

(33) Havutçu/Gökyayla, s. 116; "...dava trafik kazası sonucu desteğin ölüm nedeni ile maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece yargı yolu bakımından dava dilekçesinin reddine karar verilmiştir. Davacılar sağlık memuru olarak görev yapan desteklerinin davalı aracı ile sağlık ocaklarına aşı dağıtmak amacıyla görevli iken aracın kaza yapması sonucu vefat ettiğini belirterek tazminat istemişlerdir.2918 sayılı Kara Yolları Trafik kanununun 106. maddesinde "Genel ve katma bütçeli kuruluşlara, il özel idareleri ve belediyelere ve kamu iktisadi teşebbüslerine ve kamu kuruluşlarına ait motorlu araçların sebep oldukları zararlardan dolayı kanunun işletenin hukuki sorumluluğuna ilişkin hükümleri uygulanır." denilmektedir. Anılan yasanın 8. kısmının "İşletenin hukuki sorumluluğu başlıklı 1. bölümde yer alan 85-90. maddelerinde motorlu araçların trafik kurallarına ve gereklerine aykırı davranışları sonunda meydana gelen zararlar nedeni ile gerçek ve özel kişilerle kamu tüzel kişilerinin ayırım yapılmadan aynı sorumluluk kurallarına bağlı olmaları ön görülmüştür. Bu düzenleme itibarıyla yasa, kamu idare ve kurumlarına ait ve bu arada kamu hizmetine tahsis edilen motorlu araçların verdikleri zararlardan dolayı trafik olaylarından doğan zararların özelliği göz önünde tutularak kamu idare ve kurumlarının özel kişilerle eşit şartlarda aynı esaslara göre sorumlu tutulması gereğini ifade etmiştir. Yasanın anılan bu hükümleri karşısında kamu araçlarının verdikleri zararlardan dolayı İdare Kamu Hukuku kurallarına göre "işleten" sıfatıyla özel kurallara göre sorumlu tutulabilecektir. Bu durumda açılan davanın adı yargı yerinde görülmesi gerekmektedir. Yerel mahkemece açıklanan yasal düzenlemeler gözettimeksizin idari yargı yerinin görevli olduğu gerekçesi ile dava dilekçesinin yargı yolu bakımından reddedilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir... 4. HD, 25.10.2007, 2007/12471.E, 2007/12943.K (YYK)"

luluğu işletenle müteselsil bir sorumluluktur. Burada sorumluluk için motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi gerekecektir. Başka bir deyimle ilgili teşebbüs sahibi firmanın kestiği bilet ile ya da bilet kesme dahi bu firma unvanını taşıyan araç ile yolcu taşınması halinde bağlı olunan teşebbüs sahibi belirlenecektir.⁽³⁴⁾

d. İşleten veya İşletenin Bağlı Olduğu Teşebbüs Sahibinin Eylemlerinden Sorumlu Olduğu Kişiler

Karayolları Trafik Kanununun 85/5. maddesinde işleten ve araç işleticisi teşebbüs sahibinin aracın işletilmesine katılan yardımcılarının yani başkalarının davranış ve eylemlerinden sorumlu olacağı söylenmiştir.⁽³⁵⁾ Bu nedenle bunların kimler olduğunun belirlenmesi önem arz etmektedir. İşleten ve teşebbüs sahibinin eylemlerinden sorumlu olduğu kişiler; sürücü ve diğer yardımcı kişiler olarak ikiye ayrılır.

aa. Sürücü

Sürücünün tanımı Karayolları Trafik Kanunu md. 3'de yapılmıştır. Buna göre, karayolunda, motorlu ve motorsuz bir aracı veya taşıtı sevk ve idare eden kişi sürücüdür. Günlük hayatta aynı anlamda kullanılan şoför ise, karayolunda ticari olarak tescil edilmiş bir motorlu taşıtı süren kişi olarak belirlenmiştir. Buna göre sürücü kavramı her iki kavramı kapsayacak genişliktedir. İşletenin eylemlerinden sorumlu olduğu sürücü, onun açık veya kapalı rızası ile motorlu aracı süren “yetkili sürücü” olup; aracı hukuka aykırı olarak sahibinin rızası dışı ele geçiren “yetkisiz sürücü” aracı çalan veya gasp eden kişi sayılacağından artık işleten bunun eylemlerinden sorumlu olmayacaktır.⁽³⁶⁾

İşleten veya teşebbüs sahibinin eylemlerinden sorumlu olması için sürücünün, hizmet sözleşmesiyle çalıştırılan profesyonel sürücü olması gerekmeyip, rıza ile aracın kullanımına bırakıldığı aile üyeleri, öğrenci sürücüler, müstahdem gibi

(34) Gökcan/Kaymaz, s.134, Eren, s. 683-684.

(35) Eren, s. 680.

(36) Eren, (KTK), s.189; Bolatoğlu, s. 118

kişilerden biri olması da yeterlidir. Yine sorumluluk için aracın tahsis amacına uygun kullanılması da gerekmez.⁽³⁷⁾

bb. Diğer Yardımcı Kişiler

Araçta sürücü dışında, araç veya taşıma hizmetlerinde süreli veya süresiz çalışan kişiler ile iş makinelerinde sürücü dışı kişilerdir. İşletenin kendi ücretli yardımcı kişileri dışında ücretsiz olarak aracın işletilme ve kullanımında fiilen ve hukuken bir hizmet veya vekalet akdine göre yararlandığı kimseler de yardımcı-lardandır. Aracın işletilmesiyle ilgili olarak yapılmak kaydıyla işletenin tabiiyet ilişkisi içinde bir başka kimsenin hizmetinden yararlanmış olması yeterli olacaktır. Hatta aracın işletilmesine katılan yolcu dahi, yardımcı kişi sayılmalıdır.⁽³⁸⁾ Ancak duran bir aracın kapısının açılıp kapanması sırasında bir yolcunun elinin veya parmaklarının zarar görmesi halinde veya biletçilerin görevleriyle ilgili faaliyetlerden kaynaklanan zararlarda işleten sorumlu değildir. Çünkü, meydana gelen olay, aracın işletilmiş olmasından kaynaklanmamaktadır.⁽³⁹⁾

C. KARAYOLLARI TRAFİK KANUNUNDA “İŞLETME” KAVRAMI

a. Genel Olarak

Türk hukukunda motorlu araç işletenin sorumluluğu, Karayolları Trafik Kanununun 85. maddesinin 1, 3 ve 4. fıkralarında düzenlenmiştir. İşletenin sorumluluğu, kural olarak, motorlu aracın işletilmesine bağlanmıştır. KTK'nın 85/1. maddesi uyarınca, bir motorlu aracın işletilmesi bir zarara sebep olursa, aracın işleteni sorumlu olacaktır. Burada düzenlenen sorumluluk, bir tehlike sorumluluğudur¹. Tehlike sorumluluğu, kusursuz sorumluluğun ağırlaştırılmış bir türüdür. Motorlu aracın işletilmesi başkaları için ağır bir tehlike oluşturduğundan, işletenin sorumluluğu tehlike sorumluluğu olarak düzenlenmiştir. Burada sorumluluk doğuran temel olgu, aracın işletilmesidir. Dolayısıyla, zarar ile aracın işletilmesi

(37) Eren, s. 681; Kılıçoğlu, (2918 SY), s. 20; Aşçıoğlu, s. 33; Gökcan /Kaymaz, s. 135; Havutçu / Gökyayla, s. 49-50.

(38) Eren, s. 682-683; Aşçıoğlu, s.35; Bolatoğlu, s. 124; Havutçu/Gökyayla, s. 52

(39) Eren, s. 683; Aşçıoğlu, s. 35; Havutçu / Gökyayla, s. 52

arasında nedensellik bağının bulunması, sorumluluğun gerçekleşmesi için yeterlidir. İşletenin kusurlu olup olmaması; zararın, bir başkasının davranışından ya da umulmayan bir olaydan ileri gelmesi sorumluluğu etkilemez. İşletenin, araçtaki bir bozukluğa ya da yağmur, kar, sis gibi hava koşullarına dayanarak sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. İşletme kavramına bağlanan önemli bir sonuç da zararın paylaşılmasında görülmektedir. İşleten, katlanma ilkesi gereğince, kendi aracının yarattığı tehlikenin büyüklüğüne göre, zararın bir bölümüne katlanmak ya da verdiği zararın bir bölümünü gidermekle yükümlüdür.⁽⁴⁰⁾

b. İşletme Kavramı

Karayolları Trafik Kanununun kabul ettiği işletme kavramı; garaj işletmesi, akaryakıt işletmesi gibi ekonomik bir kavram değildir. Burada kastedilen işletme, teknik temele dayanan ve özellikle aracın hareketiyle ilgili mekanik bir kavramdır. Bu nedenle, işletme kavramının tam bir tanımını yapmak oldukça güçtür.⁽⁴¹⁾ Öğretide de işletme kavramını açıklayan üç görüş vardır.

aa. Trafiğe Çıkarma Görüşü

Öğretideki bu görüşe göre, trafiğe çıkarılan bir araç, karayolundan çekilip trafik dışında bir yere konulmadıkça işletiliyor sayılır.⁽⁴²⁾ Dolayısıyla, aracın hareket halinde olup olmaması, motorunun ya da diğer mekanik aksamının çalışıp çalışmaması önemli değildir. Alman hukukunda Trafiğe çıkarma görüşü geçerlidir. Alman Hukukunda işletme kavramının bu kadar geniş yorumlanmasının nedeni, Alman Karayolları Trafik Kanununda, KTK 85/3. maddesini karşılayacak bir düzenlemenin bulunmamasıdır. Bu görüşün Türk/İsviçre Hukuku bakımından kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü KTK'nın 85/3. maddesi, işletme kavramının aşırı genişletilmesini engeller. Trafikteki bir aracın neden olduğu her kaza, işletme kazası değildir. Örneğin, yol kıyısına bırakılmış bir aracın yol açtığı trafik

(40) Yılmaz, Hamdi: Karayolu Trafik Kanununda "İşletme" Kavramı, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 5, Temmuz 2005, s.211

(41) Yılmaz, s. 212.

(42) Bolatoğlu, s. 169

kazası bu üçüncü fıkraya kapsamına girer. Bununla birlikte, trafiğe çıkarma görüşünün benimsenmesi gerektiğini ileri sürenler de vardır.⁽⁴³⁾

bb. Makine Tekniği Görüşü

Makine tekniği görüşü, işletme kavramını, motorlu aracın bir makine olması özelliğini göz önünde bulundurarak açıklamaya çalışmaktadır. Bu görüşe göre, "işletme"den söz edebilmek için, motorlu aracın, onu özel bir tehlike kaynağı yapan motor, far gibi mekanik aksamının çalışması gerekir.⁽⁴⁴⁾ Dolayısıyla, motoru çalışmayan ya da farları yanmayan araç, işletme halinde değildir. İsviçre'de federal mahkeme önceleri makine tekniği görüşünü benimsenmesine karşın; bu görüş, motorlu aracın işletme tehlikesini yeterince belirleyememesi ve işletme kavramını dar yorumlaması nedeniyle eleştirilmiştir. Zira, motorlu aracı asıl tehlikeli yapan onun motoru değil, bu güçle hareket etmesidir. Örneğin, yol kıyısına bırakılmış bir araç, motoru çalışsa bile, motorlu araca özgü bir tehlike yaratması mümkün değildir. Bundan dolayı, yüzden oluşan kaza, işletme kazası değildir. Öte yandan, duran bir araç da hareket eden bir araç kadar tehlikeli olabilir ve işletme halinde sayılabilir. Bu sebeplerle, federal mahkeme daha sonraları, makine tekniği kavramını terk etmemekle birlikte, aracın işletiyor sayılabilmesi için, araca özgü bir tehlikenin bulunması gerektiğini kabul etti. Bir başka deyişle, makine tekniği kavramı zamanla değişikliğe uğramış ve aşağıda incelenecek işletme tehlikesi görüşüne uygun bir içeriğe bürünmüştür. Federal mahkemenin yerleşmiş kararlarına göre, zarara yol açan kaza, motorlu aracın mekanik aksamının kullanılması sonucu ortaya çıkan özel bir tehlikeden doğmuşsa, araç işletme halindedir.⁽⁴⁵⁾

cc. İşletme Tehlikesi Görüşü

Aracın işletilmesine ilişkin Türk hukukunda genellikle benimsenen işletme

(43) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.528; Kılıçoğlu, Ahmet: 2918 sayılı Yasaya Göre Motorlu Araç İşletenin Sorumluluğu, BATİDER, C.XII, S. 2-3, Haziran 1984, (2918 SY), s. 26; Çeiktaş, s. 44; Karahasan, s. 958.; Adal, Erhan: Trafik Kazalarında Akit Dışı Hukuki Sorumluluk, İstanbul 1963, s. 46

(44) Gürsoy, K. Tahir: İsviçre Hukukunda Trafik Kazalarından Doğan Hukuki Sorumluluğun Anahatları, Ankara 1974, s. 31; Adal, s. 44-45; Bolatoğlu, s. 167.

(45) Yılmaz, s. 213

tehlikesi görüşü, İsviçreli hukukçu Karl Oftinger tarafından ileri sürülmüştür. İşletme tehlikesi görüşünü savunanlara göre, işletme kavramının anlamını, yasanın kabul edilmesinde etken olan hukuk politikasından çıkarmak gerekir.⁽⁴⁶⁾ Motorlu araçların zarar verme tehlikesi büyüktür. Çünkü, motorlu araçlar özellikleri gereği çok sık kazaya neden olurlar. Yasada öngörülen tehlike sorumluluğunun dayanağı, motorlu araçların yarattığı kendine özgü bu tehlikedir. Buna motorlu aracın işletilmesine özgü tehlike, kısaca, işletme tehlikesi denilmektedir. Öyleyse, KTK 85/1. maddesindeki “işletme” kavramını, motorlu araca özgü tehlike ya da işletme tehlikesi olarak yorumlamak gerekir. İşletme tehlikesinin görüldüğü durumlarda, araç, işletme halindedir. KTK 85/1, işletme tehlikesinin gerçekleşmesi sonucu doğan kazalara uygulanır.⁽⁴⁷⁾

c. Hareket Halindeki Araçlarda İşletme

Burada işletilme, motorun çalışmasına ve aracın motor gücüyle hareket etmesine bağlıdır. Araç, çalışan motor gücünün etkisiyle hareket ederken, işletilme halinde bulunduğundan, bu sırada sebep olduğu trafik kazasından doğan sorumluluk, tipik tehlike sorumluluğunu oluşturur.⁽⁴⁸⁾ İşletme kazasının kabulünde Türk hukukunda bir hız sınırlaması yoktur. Hareket halindeki aracın işletenin arzusu ya da arıza nedeniyle motorun durmasına rağmen o an mevcut hızından ve yolun meyilinden dolayı bir müddet daha gitmesi sırasında da işletme hali devam eder.⁽⁴⁹⁾ Hareket halindeki bir araca bağlı bulunan römork veya başka bir araç tarafından çekilen arızalı bir araçtan bu çekme esnasında meydana gelen zararlardan, çeken aracın işletenin, sorumlu olacağı da muhakkaktır. Çünkü, motorlu aracın hareket halinde iken tekerlerinin taş veya diğer cisimleri çevreye fırlatması sonucu oluşan zararlar da işletme kazasını oluşturur.⁽⁵⁰⁾

Motorlu araca özgü tehlikeler, genellikle, aracın kendi motor gücüyle ha-

(46) Yılmaz, s. 213; Gürsoy: s. 30-31

(47) Gürsoy, s. 30; Eren, s.658; Tandoğan, Haluk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s.240

(48) Eren, s. 686.

(49) Eren, s. 685; Gökcan/ Kaymaz, s. 151.

(50) Kaya, s.298

rekete geçip hızlanmasından kaynaklanır. Hız, ağırlığının etkisiyle aracı yıkıcı bir güce dönüştürür. Artan hızla birlikte araç üzerindeki egemenlik azalacağından araç birdenbire durdurulması, yön değiştirmesi ve engellerden kaçınması zorlaşacaktır. Dolayısıyla, hızla giden araç kayabilir veya takla atabilir. Motorlu araçlarda; fren patlaması, lastik patlaması, rot çıkması gibi teknik arızalar birdenbire ortaya çıkabilir.⁽⁵¹⁾ Trafiğin yoğun ve hızlı olduğu yollarda, araçların birbirleriyle çarpışma olasılığı yüksektir. Özellikle öndeki aracın geçilmesi büyük tehlikeler yaratabilir. Ansızın duran araca arkadan gelen çarpabilir. Motorlu araçlar yavaş gitseler bile, beklenmedik biçimde yön değişikliği yaparak, yayalara ve diğer araçlara zarar verebilir. Araçtaki sarsıntı, taşınan eşyanın ya da ayaktaki yolcuların düşmesine neden olabilir. Birden ortaya çıkan motorlu araçlar; insanları korkutabilir, hayvanları ürkütebilir. Ayrıca, motor gürültüsü duymayı engelleyebilir, aracın ışıkları göz kamaştırabilir. Motosikletlerdeki denge yetersizliği, bu aracın kaymasına ya da devrilmesine yol açabilir.⁽⁵²⁾

Burada belirtilen türden tehlikenin gerçekleşmesi sonucu doğan zararlara aracın işletilmesi neden olduğu kabul edilmektedir. Buradaki, bu tehlikelerin hemen hemen hepsi, aracın motor gücüyle hareket etmesinden kaynaklanmaktadır. Motorlu aracı asıl tehlikeli yapan, onun, motorunun olması değil, motor gücüyle hareket etmesidir. Kendi motor gücüyle ileri ya da geri hareket eden bir araç, her zaman işletme tehlikesi yaratır.⁽⁵³⁾ Aracın hızının az ya da çok olması önemli değildir.⁽⁵⁴⁾ Ayrıca, motoru çalışmasa bile, önceden kazandığı hızın etkisiyle giden ya da kayan araç da işletme halindedir. İşletme kazalarının büyük bir çoğunluğu, hareket halindeki bir aracın bir şeye ya da insana çarpması, onları çığnemesi; aracın devrilmesi ya da takla atması biçiminde ortaya çıkar. Bu nedenle, genel olarak şu söylenebilir: KTK m. 85/1, ilke olarak, aracın motor gücüyle

(51) Tandoğan, s.240; Bolatoğlu, s.161; Yılmaz, s. 214

(52) Yılmaz, s.215

(53) Adal, s. 152; Eren, s. 660; Bolatoğlu: s. 175

(54) Eren, s.660; Yılmaz, s. 215

hareket ettiği ya da bu gücün araç üzerinde etkili olduğu durumlarda uygulanır.⁽⁵⁵⁾

İşletme tehlikesi, zarar verme olasılığının yalnızca motorlu araçlarda görülebilir olması demek değildir. Bir tehlike motorlu araçlarda daha çok ise, yine araca özgü bir tehlike söz konusudur. Örneğin, hareket halindeki bir motorlu araçtan kopan bir parçanın ya da düşen yükün yol açtığı zarar, aracın işletme tehlikesinden ileri gelmiştir.⁽⁵⁶⁾ Gerçi böyle bir tehlike, bir at arabasında da vardır. Ancak, bu tehlike, motorlu araçlarda önemli ölçüde yüksektir. Motorlu araçlarda, aracın hızı ve sarsıntısı nedeniyle, bir parçanın kopma ya da yükün çözülerek düşme olasılığı oldukça yüksektir. Buna karşılık, yol kıyısında duran bir kamyonun kütlesiyle oluşturduğu engel, motorlu araca özgü bir tehlike değildir. Örneğin, yol kıyısına bırakılmış araca, bir başka araç çarparsa, duran araç işletme halinde değildir. Duran aracın motorunun çalışması ya da ışıklarının yanması bu sonucu değiştirmez. Duran aracın ışıkları göz kamaştırarak bir kazaya neden olması durumunda, durum farklı değerlendirilebilir. Çünkü, herhangi bir motorsuz araç ya da bir başka hareketsiz nesne de orada bulunabilir ve aynı tehlikeyi yaratabilir.⁽⁵⁷⁾

İşletme tehlikesinin bulunup bulunmadığını araştırırken, kazanın içinde olduğu durumu bütünüyle göz önüne alıp değerlendirmek gerekir. Oluş biçimine göre, kaza, motorlu araç kullanımının yarattığı özel tehlike nedeniyle doğmuşsa, araç, işletme halindedir.⁽⁵⁸⁾ Boşta çalışan motorun yaptığı sarsıntıya bağlı olarak harekete geçen araç işletme halindedir. Trafikte, elle itilen ya da bir hayvan tarafından çekilen araç işletme halinde değildir.⁽⁵⁹⁾ Bir araç bir başka motorlu araç tarafından çekiliyorsa, bu iki araç bir bütün olarak değerlendirilir ve çeken aracın işletmeni, çekilen aracın neden olduğu zarardan da KTK'nın 102/1. maddesi uyarınca sorumlu olacaktır. Ancak buradaki sorumluluk genel hükümlere tabidir. Aynı durum, römorklar bakımından da geçerlidir. Çekilen araç ya da römork, çekim sıra-

(55) Eren, s. 660; Bolatoğlu, s. 159; Yılmaz, s.215

(56) Tandoğan, s. 242; Kılıçoğlu, (2918 SY)s. 27; Aşçıoğlu, s.. 38; Karahasan, s. 958

(57) Yılmaz, s. 216

(58) Kılıçoğlu, (2918 SY), s. 26;Tandoğan, s. 241; Gürsoy, s. 32; Eren, s. 659; Yılmaz, s. 216

(59) Adal, s.47; Tandoğan, s.240

sında, örneğin çeken araçtan ayrılarak bir zarara yol açarsa, çeken araç işletme halinde olduğundan, bu aracın işleteni KTK'nın 85/1. maddesine göre sorumlu tutulur. Çeken ve çekilen araç arasındaki bağlantı sona ermişse, örneğin römork yol kıyasına bırakılmışsa ya da çeken araç işletme halinde değilse, KTK'nın 85/1. maddesi uygulanmaz.⁽⁶⁰⁾

İşletme kavramı, aracın hareketine bağlı tüm durumları kapsadığından, gitmekte olan araçtan sürücünün kolunu dışarıya uzatması neticesinde bir yaya veya bisikletlinin yaralanması ya da aracın tekerinin yoldaki taşı fırlatması nedeniyle oluşan kaza, bir işletme kazasıdır. Araç hareket halinde iken aracın kapısının açılması neticesinde yayanın yaralanması, araçtan dışarıya taşan yükün zarar vermesi, araçtan kopan bir parçanın ya da yükün düşmesi neticesinde düşen parçaya arkadan gelen aracın çarpması, kar zincirlerinin kopması, aracın tekerlerinin yoldaki kirli suyu sıçratması, aracın içindeki ya da üstündeki yolcuların sarsıntı nedeniyle düşmesi, karbüratörün yanması, araçtaki sıcak suyun fışkırması veya yağın akması, araçtaki patlamalar, motordan sızan gazın zehirlenmesi, farların yanması, korna çalınması, motorun ya da mekanik aksamın gürültü yapması durumlarında da aracın işletme halinde olduğu kabul edilmektedir.⁽⁶¹⁾ Ancak, araçtan düşen parçanın uzunca bir süre yol üstünde kalarak bir zarara neden olması, bir işletme kazası değildir. Aynı şekilde, araçta taşınan yükten sızan suyun yolda donması yüzünden oluşan kaza, bir işletme kazası değildir.⁽⁶²⁾

d. Duran Araçlarda İşletme

Aracın işletilmesinden söz edebilmek için aracın sırf karayolu üzerinde bulunması işletilmesi için yeterli değildir. Zaten bu gibi durumlar Kanunun 85/3. maddesi kapsamında değerlendirilmelidir. Aracın işletme halinde olması veya olmaması ayrı ayrı düzenlenip farklı hukuki sonuçlar bağlandığından tehlike sorumluluğu için aracın işletilmesi gerekli olup bu unsur dar yorumlanmalıdır.⁽⁶³⁾

(60) Yılmaz, s.217

(61) Eren, s. 660; Gürsoy, s.38; Yılmaz, s. 217

(62) Yılmaz, s. 217

(63) Eren, s.689.

Dolayısıyla motor gücüyle hareket eden araçlar işletme halindedir. Ancak buradan, duran araçlar işletme halinde olamaz, sonucu çıkarılmamalıdır. Duran araçlar, ilke olarak, işletme halinde olmadığı kabul edilmekle birlikte, duran bir araç da işletme tehlikesi yaratabilir ve dolayısıyla işletme halinde sayılabilir. Aracın hareketinin doğrudan etkili olduğu hareketten hemen önceki ya da sonraki durumlar, işletme kavramı kapsamına girerler⁴¹. Örneğin, demiryolu geçidi üzerinde birdenbire duruveren ya da bir başka araçla çarpışmamak için kısa bir süre duraklayan araç işletme halindedir. Çünkü, bir aracın örneklerdeki biçimde durması, aracın hareketine bağlı bir durumdur ve bir bütün olarak değerlendirildiğinde motorlu araca özgü bir tehlikedir.⁽⁶⁴⁾

Bu doğrultuda İsviçre Federal Mahkemesi, bir tünel girişinde bozularak duran kamyonun hemen arkadan gelen aracın çarpmasıyla oluşan kazada, duran kamyonun işletme halinde olduğunu kabul etmiştir. Buna göre, duran aracın işletme halinde olduğuna örnek olarak⁽⁶⁵⁾ aracın, çarpmanın etkisiyle, diğer araçların yol şeridinde savrulması, harekete geçmek için motorun çalıştırılması, harekete geçmeden önce, ısıtmak ya da sıcak tutmak amacıyla motorun boşa çalıştırılması, harekete geçmeden hemen önce ya da durduktan hemen sonra karbüratörün yanması, araçtaki patlamalar ya da sıcak suyun fışkırması, farların yanması neticesinde karşıdan gelen araç sürücüsünün gözlerini kamaştırması, korna çalınması veya motorun gürültü yapması gösterilebilir.⁽⁶⁶⁾ Ancak, aradan uzun bir zaman geçmesi nedeniyle savrulan araç park etmiş sayılabilirse, işletme söz konusu değildir. Aynı şekilde, farlar, aracın hareketiyle ilgili olmayan bir amaçla, örneğin kaybolan bir nesneyi aramak için kullanılıyorsa veya araçta çalınan müziğin insanları korkutma etkisi yapması durumunda, işletmeden söz edilemez. Çünkü, müzik, aracın hareketiyle ilgili bir olgu değildir.⁽⁶⁷⁾

(64) Bolatoğlu, s.163;Yılmaz, s.217

(65) Bolatoğlu, s. 164

(66) Bolatoğlu, s. 175

(67) Yılmaz, s.218

Yol kıyısına bırakılmış aracın kütlesiyle engel oluşturması,⁽⁶⁸⁾ araca yakıt, su koyma, lastikleri değiştirme ya da şişirmesi, aracın onarılması, yıkanması, aracın yüklenmesi ya da boşaltılması, araca binilmesi, araçtan inilmesi ya da aracın üzerine çıkılması, duran aracın kapısının açılması ya da açık bırakılması, aracın kapısının kapanması, duran kamyonun, motoru çalışsa bile, kasa kapağının açılması ya da fırlaması, motoru çalışmayan aracın elle itilmesi, bir hayvan tarafından çekilmesi, aracın park yerinde durması⁽⁶⁹⁾, motoru çalışmayan motosikletin pedalla sürülmesi, park yerinde ya da uzun süreli durmalarda, motordan çıkan gazın zehirlenmesi, çeken ve çekilen araç hareket halinde değilken bir yayanın çekme halatına takılarak düşmesi, araçta taşınan eşyadan akan suyun yolda donması durumlarında KTK'nın 85/1 anlamında işletilme söz konusu değildir.⁽⁷⁰⁾

D. İŞLETENİN SORUMLULUĞUNDA KUSURUN ROLÜ

a.Genel Olarak

Türk sorumluluk hukukunda geçerli olan ilke, kusur sorumluluğu ilkesidir. Bu kapsamda BK'nın 41/1. maddesine göre, kusurlu ve hukuka aykırı bir davranışla başkasına zarar veren kimse, bu zararı tazmin etmek zorundadır. Kusur sorumluluğunda kusur, sorumluluğun kurucu unsuru olarak kabul edilmiştir.⁽⁷¹⁾ 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ise, motorlu araç işletenin sorumluluğunda kusur sorumluluğundan ayrılarak, bunun yerine tehlike sorumluluğu ilkesini benimsemiştir. Bununla birlikte kanun, tehlike sorumluluğunu tamamlayıcı olarak, olağan sebep sorumluluğu ve kusur sorumluluğuna da yer vermiştir. Nitekim Karayolları Trafik Kanunu 85. maddesine göre, aracın işletilmesinden doğan zararda tehlike sorumluluğu, işletilme halinde olmayan bir aracın ortaya çıkardığı zararda ise olağan sebep sorumluluğu veya kusur sorumluluğu söz konusu olur. Aynı şekilde kazadan sonra yapılan yardım faaliyetlerinden doğan zararlarda da,

(68) Burada aracın motorunun çalışması ya da ışıklarının yanması önemli değildir.

(69) Örneğin, park edilmiş aracın bir hayvanı ürkütmesi ya da bir başka aracın çarpması

(70) Yılmaz, s.218-219

(71) Eren, (KTK),s.162.

olağan sebep sorumluluğu kabul edilmiştir.⁽⁷²⁾

Birden çok işletenin birbirlerine verdikleri zararlardan doğan sorumlulukları da kusur sorumluluğu hükümlerine tabi tutulmuştur. Aynı şekilde trafik kazalarından doğan manevi tazminat talebi haksız fiil hükümlerine tabidir. Yani kaza sonunda meydana gelen ölüm ve vücut bütünlüğünden kaynaklanan manevi tazminat Borçlar Kanununun 47. maddesine göre talep edilmelidir.⁽⁷³⁾

İşletenin sorumluluğunda çağdaş eğilim tehlike sorumluluğu olmasına rağmen, sorumluluğun doğması için öngörülen şartlarla ilgili değişik düzenlemeler mevcuttur. Özellikle Almanya ve Avusturya hukuklarında aracın işletilmesi sırasında ortaya çıkan zararların tehlike sorumluluğuna tabi olduğu belirtilmiştir. Buna karşılık, İsviçre ve Türk hukuklarında aracın işletilmesinden doğan zararlar için tehlike sorumluluğunun söz konusu olacağı ifade edilmiştir. Bir başka deyişle, tehlike sorumluluğu yanında olağan sebep ve bazı hallerde de kusur sorumluluğu kabul edilmiştir.

b. Kusur Kavramı

Toplum içerisinde beraber yaşama mecburiyetini taşıyan fertlerin hukuk kurallarına uyma yükümlülüklerinin gereği olarak, makul ölçüler içerisinde hareket etmeyen şahısların davranışları kusur olarak nitelendirilmiş ve bu durum da sorumluluk hukukunun temelini oluşturmuştur.⁽⁷⁴⁾ Kusur konusu Borçlar Kanununun 41. maddesinde düzenlenmiş olmasına rağmen tanımı yapılmamıştır. Kusur kavramı konusunda öğreti de hakim olan görüş, hukuk düzeninin kınadığı bütün davranışların kusur olarak adlandırılmasıdır. Bu da göstermektedir ki, kusur her şeyden önce hukuka aykırı bir davranışın bulunmasını gerektirir. Yani her kusurlu davranış, daima hukuka aykırı bir davranış, hukuka aykırı bir fiildir. Ku-

(72) Eren, (KTK) s. 162; Bolat, s. 156; Tunç, Ramazan: Karayolları Trafik Kanunu'na Göre İşletenin Sorumluluğunun Hukukî Niteliği Ve İşletene Tanınan Genel Kurtuluş Kanıtı (I), YD., C. 17, Ekim 1991, S. 4, (1991), s. 526

(73) Tekinay/Akman/Burcuoğlu, s. 533; Oğuzman/Öz, s. 614; Eren, (KTK), s. 164.

(74) Eren, s. 69; Özsunay, Ergun: Türk Hukukunda İşletenin Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından Kusurun Etkisi ve Önemi. MHE., Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara, 21/22 Ekim 1977. İstanbul 1980, (Kusur), s. 69; Oğuzman/Öz, s. 504

surlu bir davranışın hukuka aykırı olmaması mümkün değildir.⁽⁷⁵⁾

Kusuru açıklayan teorileri kısaca ele alacak olursak subjektif teori, failin psikolojik ve moral şartlarına göre kusurlu olup olmadığını araştırır. Buna göre, kusuru işlemede kişinin davranışı değil, iradesi veya zihni yapısı temel faktördür. Birisine zarar veren kişinin, zararlı sonuç hakkında yeterli bilgiye önceden sahip olması, bundan kaçınmak için gerekli çabayı göstermesi gerekirken, bunları yapmaması halinde kusurlu olduğu sonucuna varılır.⁹ Objektif teori ise, zarar verenin şahsını değil, davranışını ele almaktadır. Bu teori objektif tipi ele alarak, zarar veren kişinin yaşadığı toplum içinde bulunan insanların aynı olaylarda aynı davranış içerisinde bulunması durumlarını açıklamaktadırlar. Zarar veren kişinin davranışı ile kıyaslama yapılması sonucunda ortaya çıkan farklılık, kusur olarak nitelenmektedir. Yani bu teoride kişinin şahsi durumu, becerileri, mesleki yeteneği ve fiziki gücü gibi unsurlar yerine, bir toplum içinde yaşayan aynı statüdeki insanların yeteneği, mesleki becerisi ve fiziki gücü göz önünde bulundurulur.⁽⁷⁶⁾

Kusunun belirlenmesinde subjektif bir ölçünün tercih edilmesi, her somut olayda hukuka aykırı bir davranışta bulunan kişinin, iradesinin, zekâ durumunun, yeteneğinin, bilgi ve becerilerinin araştırılması ve buna göre kusurunun tespit edilmesini gerektirecektir. Buna karşılık, objektif ölçüde kişinin şahsi hali değil, toplumun geneli göz önünde bulundurulacak bir değerlendirme yapılacaktır. İşte her olay için kişinin zekâ durumunun, iradesinin, yetenek ve becerisinin tespit edilebilmesinin imkânsızlığı nedeniyle objektifleştirilmiş bir kusur benimsenmiştir.⁽⁷⁷⁾

c. Kusuru İspat Yükümlülüğü

Haksız fiil sorumluluğunda kusuru ispat yükümlülüğü zarar görene düş-

(75) Özsunay, (Kusur), s. 69; Eren, s. 551; Tandoğan, s. 45; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu, s. 492; Oğuzman/Öz, s.504; Kaneti, Selim: Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara 21/22 Ekim 1977, İstanbul 1980, s. 40; Karahasan, s. 927; Tunç,(1991), s. 526; Akıncı, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi-Genel Hükümler, Konya .2000. s. 118; Altunkaya, s. 172

(76) Eren, s.551; Altunkaya, s. 173

(77) Altunkaya, s. 174; Özsunay,(Kusur),s. 75

mektedir. Dolayısıyla, zarara uğrayan zarar verenin kusurunu ispat etmek zorundadır. Ancak bazı istisnai hallerde zarar veren hakkında kusur karinesi vardır ve bu durumda ispat yükü ters döner. O zaman da zarar veren kusursuz olduğunu ispat etmek zorundadır. Yine BK'nın 54/2. maddesine göre geçici olarak temyiz kudretini kaybeden kişi bu durumda iken vermiş olduğu zararlardan dolayı sorumludur. Eğer kişi bu hale kendi isteği dışında düşmüş olduğunu ispat ederse sorumluluktan kurtulur. İşte kişinin bu kusur karinesinin aksini, yani kusursuz olduğunu ispat etmesi gerekir. Ayrıca zarar görenin davranışının, zarar verici olayın başlı başına nedeni olacak derecede ağır olduğu durumlarda ispat işletene aittir.⁽⁷⁸⁾ Aynı şekilde aracın çalınması veya gasp edilmesi halinde işleten, sorumluluktan kurtulabilmek için, önce aracın çalınmış ve gasp edilmiş olduğu, sonra da kendisinin ve eylemlerinden sorumlu oldukları kişilerin, aracın çalınmasında ve gasp edilmesinde kusursuz olduğunu ispat etmelidir.

d. Zarar Görenin Kusuru

Karayolları Trafik Kanunu anlamında zarar gören kavramından, bedensel bütünlüğü bozulan gerçek kişilerle, maddi şeye gelen bir zarara uğrayan gerçek ve tüzel kişiler anlaşılır. Yani zarar gören denilince, kural olarak, motorlu taşıtın işletilmesinde gizli bulunan tehlikeleri üstlenmeyen kişiler anlaşılmaktadır.⁽⁷⁹⁾ Zarar görenin kusuru, teknik anlamda kusur kavramından farklı olduğu kabul edilmektedir. Çünkü, teknik anlamda kusur kavramında birinin bir başkasına zarar verici davranışının nitelemesi söz konusu olduğu halde, zarar görenin kusurunda, zarar bir başka şahsa değil, zarar görenin kendisine verilmektedir. Genel olarak kusur kavramında olduğu gibi, zarar görenin kusurunda da objektifleştirilmiş bir kusur ölçüsü vardır. Yani tehlikenin doğacağını bilen veya bilmesi gereken bir kişi buna mani olmak için gerekli tedbirleri almamışsa, zarar görenin kusurundan söz edilir.⁽⁸⁰⁾

(78) Eren, s.563; Oğuzman/Öz, s. 508; Özsunay,(Kusur),s.104; Altunkaya, s. 177

(79) Özsunay, (Kusur), s. 104; Mesela yayalar, bisiklet kullananlar, motosiklet sürücüleri, taşıtta bulunan yolcular zarar görenlerdir.

(80) Eren, s. 564; Tekinay/Akman/Burcuoğlu, Altop, s. 540; Özsunay, (Kusur), s.102; Altunkaya, s. 177

e. Üçüncü Kişinin Kusuru

Üçüncü kişinin kusuru kavramı, aracın işleteni, araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, işletenin aracın işletilmesinde görevlendirdiği, eylemlerinden sorumlu olduğu ve zarar görenler dışında kalan kişileri kapsamaktadır. Genel olarak, aracın işletilmesinde herhangi bir görev üstlenmeyen kişiler yanında işletenin ailesini oluşturan fertler de üçüncü kişi sayılır. Aynı şekilde aracın çalınmış veya gasp edilmiş olması halinde de aracı çalan veya gasp eden kişi, işleten için üçüncü kişi durumundadır.⁽⁸¹⁾ Trafik sınavy yapan uzmanların, araçla para alınmaksızın hatır için taşınan yolcuların, park eden araçları gözeten kimselerin, araçtan izinsiz yararlananların üçüncü kişi sayılacağı ifade edilmiştir.⁽⁸²⁾ Üçüncü kişinin kusurunda da teknik kusura ilişkin kurallar uygulanır. Bu sebeple üçüncü kişinin kusuru kast şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, ihmal şeklinde de ortaya çıkabilir.⁽⁸³⁾

II. KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU UYARINCA İŞLETENİN KUSUR SORUMLULUĞU

A. GENEL OLARAK

Daha önce de belirtildiği üzere, araç işleteni tehlike sorumluluğunun doğal sonucu olarak kural olarak kusursuz sorumludur. Motorlu aracın işletilmesi neticesinde bir zarar meydana gelmiş ve zararı ile aracın işletilmiş olması arasında uygun illiyet bağının var olmasının yanında işleten sorumluluktan kurtulabilmek için kurtuluş kanıtı da getirememiş ise, işleten kusursuz da olsa meydana gelen zarardan sorumludur. Ancak Karayolları Trafik Kanunu bazı durumlarda işletenin sorumluluğunu hafifletmiştir. Bu kapsamda Karayolları Trafik Kanununun 85/3. maddesinde bahsedildiği üzere işletme halinde olmayan aracın işleteninin kendi kusuru ile meydana gelen kazalardan doğan zarardan kusur ilkesine göre sorumludur. Yine işletme halinde olmayan araçtaki bozukluğun neden olduğu kazalarda bozukluk işletenin kusurundan ileri geliyorsa işleten kusur ilkesine göre sorumlu

(81) Kılıçoğlu, (2918 SY),s. 41; Eren, s. 700

(82) Özsunay,(Kusur), s. 106

(83) Eren, s. 178

olacaktır.⁽⁸⁴⁾ Kusur sorumluluğunun geçerli olduğu bir diğer durum ise, Karayolları Trafik Kanununun 89/1. maddesine göre birden çok işletenin birbirlerine verdikleri zarardan doğan sorumluluk halidir.

Aracın çalınması veya gasp edilmesi halinde ispat yükü ters çevrilmiş bir kusur sorumluluğu söz konusudur. Bu durumda esas itibarıyla aracı çalan veya gasp eden işleten gibi sorumlu olsa da (Karayolları Trafik Kanunu md. 107/2) zarar görenin korunması bakımından “kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin aracın çalınmasında veya gasp edilmesinde kusurlu olmadığını” ispat edemeyen işleten de sorumlu tutulacaktır. Burada işletenin kusurlu olduğu karine olup, ispat yükü genel kuralın aksine zarar görene değil, işletene düşmektedir. Şu da unutulmamalıdır ki, burada işletene karine olarak yüklenen kusur motorlu aracın çalınması veya gasp edilmesindeki kusurdur.⁽⁸⁵⁾

B. İŞLETENİN İŞLETME HALİNDE OLMAYAN ARACIN VERDİĞİ ZARARDAN DOĞAN SORUMLULUĞU

a. Genel Olarak

Karayolları Trafik Kanununda, işletilme kavramı açısından, makine tekniği görüşü benimsendiğinden işletenin tehlike esasına göre sorumlu tutulabilmesi için, hareket halinde olan bir aracın zararın doğumuna sebep olması gerekmektedir. Bundan dolayı, işletilme halinde olmayan bir aracın, açacağı zararlardan işleten tehlike esasına göre sorumlu değildir. Kanun koyucu işletilme halinde olmayan araçların meydana getirecekleri zararlardan doğan sorumluluğu tehlike esasına dayandırmamakla beraber, bu zararların genel hükümlere tabi olmasının da önüne geçmiştir. Bu yönüyle işletilme halinde olmayan araçları yol açtıkları zararlardan sorumluluk, Karayolları Trafik Kanunu’nda yer alan ikinci sorumluluk halini oluşturmaktadır. Karayolları Trafik Kanunu işletilme halinde olmayan araçların sebep oldukları zararlardan doğan sorumluluğu, ayrı bir sorumluluk çeşidine bağlamıştır. KTK’nın 85/3. maddesindeki düzenlemeye göre, işletilme

(84) Bolatoğlu, s. 24; Eren, s. 660.

(85) Bolatoğlu, s. 26-27.

halinde olmayan bir motorlu aracın sebep olduğu trafik kazasından dolayı işletenin sorumlu tutulabilmesi için, zarar görenin, kazanın oluşumunda işleten veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere ilişkin bir kusurun varlığını veya araçtaki bozukluğun kazaya sebep olduğunu ispat etmesi gerekir.⁽⁸⁶⁾ KTK'daki bu düzenleme işletilme halinde olmayan araçların verdikleri zararlardan sorumluluğunun ayrıca düzenlenmesi, belirli ölçüde de olsa trafiğe çıkarma görüşünün de benimsendiği anlamına gelir. Çünkü, aracın sadece trafikte bulunması, sorumluluğunun doğması için yeterlidir.⁽⁸⁷⁾

Aracın işletilmesinden söz edebilmek için, işletme tehlikesinin bir trafik kazası içinde belirip, gerçekleşmesi gerekir. Bu nedenle, aracın sadece karayolu üzerinde bulunması, tehlike sorumluluğu için yeterli değildir. Esasen bu gibi hallerde meydana gelen kazalardan doğan zararlardan sorumluluk, KTK'nın 85/3 gereğince, tehlike sorumluluğuna göre değil, kusur sorumluluğuna göre düzenlenmiştir.⁽⁸⁸⁾

Park edilen araçlarla yolda durdurulan araçlar, ilke olarak işletilme halinde değildir. Mesela, bir yolculuk sırasında aracın yol kenarına çekilip durdurularak park edilmesi ve bu sırada bir lastiğinin değiştirilmesi halinde durum böyledir. Çünkü burada trafik yönünden bu aracın durumuyla motorsuz herhangi bir aracın, mesela bir at arabasının veya yola bırakılmış diğer bir şeyin durumu arasında bir fark yoktur. Bu sebeple, bu gibi hallerde meydana gelen zarar yönünden KTK'nın 85 /3. maddesi uygulanacaktır. Ancak, araç trafik akımı içinde park edilmiş veya durdurulmuşsa, hareket halinde olmasa bile, işletilme halindedir. Elle itilen veya bir hayvan tarafından çekilen araç işletilme halinde değildir. Yol kenarında dur-

(86) Havutcu/Gökyayla, s.75

(87) Eren, s.690

(88) Eren, (KTK), s.198; Alman hukukunda işleten, "Aracın işletilmesi esnasında" meydana gelen zararlardan tehlike ilkesine göre sorumludur. Ayrıca Alman hukukunda işletenin işletilme halinde olmayan bir aracın sebep olduğu trafik kazalarından doğan sorumluluğu, tehlike ve olağan sebep sorumluluğu gibi iki ayrı sorumluluk türüne tâbi tutulmamıştır. Alman hukukunda işletme hali, aracın hareket halinde bulunması şartına bağlanmamıştır. Meselâ söz konusu hukuk sisteminde hareket halinde olan bir aracın kısa bir süre için durması ve bu sırada kapısının açılması nedeniyle meydana gelen zarar, işletilme sırasında meydana gelen bir zarar olarak kabul edilmektedir. Keza, bu hukuk sisteminde karayolunda park eden veya motorundaki bir arıza ya da benzinin bitmesi nedeniyle yolda duran bir araç genel yolda trafiğe katılmak suretiyle, çevre için önemli ölçüde tehlike kaynağı oluşturmaktadır. Buna karşılık, bir park yerinde veya trafiği engellemeyecek bir yerde duran bir araç, işletilme halinde değildir (Eren, (KTK), s.198)

muş, park etmiş olmakla birlikte, park lambası yerine kısa veya uzun farları yanan bir araç, başka bir sürücünün gözlerini almakta veya kamaştırmaktaysa, işletilme halinde sayılmalıdır. Park edilmiş bir araç, frenlen kurtularak hareket etmişse, bunun işletilme halinde olup” olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, burada da mekanik bir aksam, yani fren söz konusu olduğu için, hareket, aracın işletilme halinde olduğunu gösterir. Buna karşılık, diğer görüş, bu halde aracı işletilme halinde saymamaktadır. Doktrinde ve özellikle Federal Mahkeme kararlarında, işletilmenin, ayrıca bilinçli bir davranışa dayanması şartı ileri sürülmektedir. Yol kenarında motoru çalışır durumda park edilen veya durdurulan araçlar da işletilme halinde sayılmamaktadır. Garajda bulunan bir aracın çalışırken eksozundan çıkan gazdan bir kimsenin zehirlenmesi veya araçtaki kişilerden birinin parmak veya elinin kapının hızla kapatılması sonucu ezilmesi hallerinde, araç işletilme halinde olmadığından, tehlike sorumluluğu söz konusu olmaz.⁽⁸⁹⁾

b. Sorumluluğun Hukuki Niteliği

İşletilme halinde olmayan aracın sebep olduğu zararlardan ötürü işletenin sorumlu tutulabilmesi için, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin bir kusurun yahut da araçtaki bir bozukluğun kazaya sebep olması gerekir. Karayolları Trafik Kanunu 85/3. maddesindeki düzenleme ile üç ayrı sorumluluk hali öngörmüştür. Bunlardan birincisi işletenin kendi fiillerinden doğan sorumluluğudur. Bu sorumluluk kusur esasına dayanmaktadır. İkinci sorumluluk hali ise, işletenin eylemlerinden sorumlu kişilerin kusurundan doğan sorumluluktur. İşletenin başkasının eylemlerinden doğan sorumluluğu, işletenin kusuruna dayanmamakla birlikte tehlike esasına da dayanmamaktadır. Çünkü, başka bir kişinin davranışından sorumluluk, tipik bir olağan sebep sorumluluğu halidir. Ancak, işletenin eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerden sorumlu tutulduğu bu hüküm Borçlar Kanununun 55. maddesindeki sorumluluk halinden özellikle iki yönden farklıdır. Bunlardan birincisi, işletenin, zararın meydana gelmesinde her türlü dikkat ve özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. İkinci önemli fark ise, işletenin, ancak eylemlerinden sorumlu olduğu kişinin kusuruyla

(89) Eren, (KTK), s.197

bir zarara yol açmasından dolayı sorumlu olmasıdır. Bu temel farklılıklar birlikte değerlendirildiğinde, KTK'nın 85/3. maddesindeki düzenlemenin, Borçlar Kanununun 55. maddesinden bir yönüyle daha ağır, diğer yönüyle de daha hafif bir sorumluluk olduğu ortaya çıkmaktadır. İşletenin, kurtuluş kanıtı getirememesi sorumluluğunun daha ağır, eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin sadece kusurundan sorumlu tutulması ise daha hafif yönünü oluşturmaktadır.⁽⁹⁰⁾

Karayolları Trafik Kanununun 85/3. maddesinin içerdiği üçüncü sorumluluk hali ise, işletenin araçtaki bozukluktan dolayı meydana gelen zarardan sorumlu olmasıdır. Araçtaki bozukluk bir umulmayan hal olduğuna göre, burada umulmadık halden sorumluluk söz konusudur. Umulmayan halden sorumluluk da bir olağan sebep sorumluluğudur. Ancak araçtaki bozukluğun işletenin kusuruna dayanmaması gerekir. Aksi halde bozukluk yerini kusura bırakır ve sorumluluk da olağan sebep sorumluluğuna değil, kusur esasına dayanır. Eğer araçtaki bozukluk, işletenin eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusuruna dayanıyorsa, bozukluk yine anlamını yitirerek yerine, işletenin eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusuru geçer.⁽⁹¹⁾

c. Sorumluluğun Şartları

aa. İşletilme Halinde Olmayan Aracın Meydana Gelen Trafik Kazasında Bir Zarara Sebep Olması

İşletenin, işletilme halinde olmayan bir aracın sebep olduğu zarardan sorumluluğu, aracın işletilmesinden doğan sorumluluk uygulanmadığı zaman söz konusu olduğundan niteliği itibariyle ikincil nitelikte bir sorumluluktur. Burada işletenin, işletilme halinde olmayan bir aracın sebep olduğu trafik kazası ve dolayısıyla bu kazadan doğan zarardan sorumluluğu söz konusudur. Mesela yol kenarında park edilmiş halde duran bir araca, başka bir aracın çarpması halinde, durum böyledir. Kanun koyucu, işletenin sorumluluğunu sadece işletme tehlikesiyle sınırlı tutmayarak, bunu, işletilme halinde olmayan, fakat trafiğe çıkarılmış bulu-

(90) Havutcu/Gökyayla, s. 75

(91) Eren, s. 660; Havutcu/Gökyayla, s. 75; Karahasan, s. 931

nan araçların sebep oldukları kazalara da uygulamıştır. Bu şekilde, işletilme halinde olmayan bir aracın işleteni, tehlike esasına göre sorumlu olmasa bile, ilke olarak kusur sorumluluğuna göre sorumlu tutulmuş ve BK. 41 veya 55. maddesinde düzenlenmiş olan sorumluluk hallerinden daha sert bir sorumlulukla karşı karşıya bırakılmıştır. KTK'nın 85/3. maddesine göre, işletilme halinde olmayan bir motorlu aracın sebep olduğu trafik kazasından dolayı işletenin sorumlu tutulabilmesi için, zarar görenin, kazanın oluşunda işleten veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere ilişkin bir kusurun varlığını veya araçtaki bozukluğun kazaya sebep olduğunu ispat etmesi gerekmektedir. Kanun koyucu, işletme kavramını makine tekniği görüşüne göre kabul ettiği için, bu fıkıyla kural olarak trafiğe çıkarma görüşü de belirli oranda uygulama alanı bulmuştur. Buradaki düzenleme uyarınca, kazanın sebebini oluşturmak şartıyla aracın sadece trafikte hazır bulunması, sorumluluğun doğması için yeterli görülmüştür.⁽⁹²⁾ Ancak öncelikle motorlu aracın işletilme halinde olmaması gerekir. Park edilen araçlarla, yolda durdurulan araçların işletilme halinde olmadığı kabul edilmektedir.⁽⁹³⁾ Ancak park edilen veya durdurulan araçların motorlarının da durdurulması şart değildir. Buna karşılık trafik akışı içinde zorunlu olarak duran araçlar işletilme halindedirler.⁽⁹⁴⁾

Sorumluluğun doğması için işletilme halinde olmayan motorlu aracın bir trafik kazasına sebep olması gerekmektedir. Yasal düzenlemede açıkça "trafik kazası" ifadesinin kullanılması, işletenin her türlü kazadan sorumlu olmayacağı anlamına gelmektedir. Trafik kazası, KTK'nın 3. maddesinde tanımlanmış olup buna göre trafik kazası, karayolunda üzerinde hareket halinde olan bir veya birden fazla aracın karıştığı ölüm, yaralanma ve zararlar sonuçlanmış olan olaydır. Dolayısıyla, işletilme halinde olmayan bir aracın trafik kazasına neden olmasında, işletilme halindeki başka bir aracın katılması ile kaza meydana gelebilir.⁽⁹⁵⁾ Bun-

(92) Eren, (KTK), s.199; Alman ve Avusturya hukukları, işletenin sorumluluğu yönünden İsviçre/Türk hukukunda olduğu gibi, aracın işletilmesi haliyle işletilmemesi hali arasında bir ayırım yapmamış, "işletme veya işletilme" kavramını geniş yorumlayarak her iki halde de işleteni, meydana gelen kazadan doğan zarardan tehlike esasına göre sorumlu tutmuştur. Zarar göreni koruma yönünden Alman ve Avusturya hukukunda Öngörülen sistemin daha isabetli olduğu görülmektedir. (Eren, (KTK), s.199)

(93) Eren, s. 690; Aşcıoğlu, s. 73; Çeliktas, s.51

(94) Çeliktas, s. 51; Aşcıoğlu, s. 73; Havutcu/ Gökyayla, s. 76

(95) Çeliktas, s. 51; Havutcu/Gökyayla, s. 76; Karahasan, s. 931

dan dolayı aracın bakımı veya muhafazasıyla ilgili olarak meydana gelen olaylar trafik kazası olarak kabul edilmemektedir. Mesela garajda veya tamirhanede bulunduğu sırada aracın patlaması ve garajın yanması, yükleme ya da boşaltma esnasında işçi veya yoldan geçenleri zarara uğramaları, trafik kazasından doğan zararlardan değildir. Benzin doldurulması veya lastiğinin değiştirilmesi esnasında meydana gelen kazalardan işleten sorumlu olmayabilir.⁽⁹⁶⁾ Aracın, park edildiği yerde diğer araçların görüş açısını kapatması sebebiyle kazaya sebep olması, park edilen aracın el freninin çekilmemesi yüzünden bir başka araca çarpması, çekilen motorlu aracın kendisini çeken araca doğru yuvarlanması gibi durumlarda ise trafik kazası söz konusudur. İşletilme halinde olmayan motorlu bir araca bağlanmış bir römorkun verdiği zarardan da işleten sorumludur.⁽⁹⁷⁾ Ayrıca karayolu veya karayolu sayılan yerlerin dışında işletilme halinde olmayan araçların sebep olduğu zararlar hakkında KTK'nın 85/3. maddesi uygulanmaz. Öğretide, hareket halinde olmayan bir aracın el freninin çekilmemesi yüzünden hareket ederek bir yayaya zarar vermesi halinde de Kanun'un 85/3. hükmü uygulanmayacağı çünkü meydana gelen olayın bir trafik kazası olmadığı dile getirilmektedir.⁽⁹⁸⁾ Ancak, karayolunda veya karayolu sayılan bir yerde park edilen bir aracın, el freninin bozuk olması nedeniyle hareket ederek bir kazaya sebep olması halinde trafik kazasının söz konusu olacağı da dile getirilmektedir.⁽⁹⁹⁾

bb. Kazaya, İşletenin Veya Yardımcılarının Kusurunun Veya Aracın Bozukluğunun Sebep Olması

Karayolları Trafik Kanunu işleteni, işletilme halinde olmayan bir aracın sebep olduğu her olaydan sorumlu tutmamış ve işletenin sorumlu tutulabilmesi için kazanın oluşumu bakımından birtakım sınırlamalar getirmiştir. Buna göre işletenin sorumlu tutulabilmesi için, kazanın, ya kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusurundan kaynaklanması veya araçtaki bozukluk yüzünden meydana gelmesi gerekir. Bu ihtimallerden biri mevcut değilse, işlete-

(96) Eren, s. 690; Aşcıoğlu, s. 74; Havutcu/Gökyayla, s. 76

(97) Eren, s. 690.

(98) Havutcu/ Gökyayla, s. 77

(99) Eren, (KTK), s. 200

nin KTK'nın 85/3. maddesine göre sorumlu tutulması mümkün değildir.⁽¹⁰⁰⁾ Yasal düzenlemeye bakıldığında, işletenin karine olarak sorumlu olmadığı anlaşılmaktadır. Öyleyse, işletenin, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusuru bulunmadığını veya araçtaki bir bozukluğun kazaya sebep olmadığını değil, zarar görenin bu hallerden birinin varlığı yüzünden kazanın meydana geldiğini ispat etmesi gerekir. İspat konusundaki bu yaklaşımın, teknoloji ve sorumluluk hukukundaki modern eğilimlere uymadığı, bu durumun işletene imtiyazlı bir durum sağladığı belirtilmektedir.⁽¹⁰¹⁾

aaa. Kazaya İşletenin Veya Yardımcılarının Kusuru Sebep Olması

Yasal düzenlemeye göre işletilme halinde olmayan aracın sebep olduğu kazada işletenin sorumlu olması için kazaya, işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusuru sebep olmalıdır. Kaza, işletenin kusurlu bir davranışı sonucu meydana gelmişse, burada işletenin kusur sorumluluğu söz konusu olur. İşletenin kazaya sebep olan davranışı, araçta sürücü veya yolcu sıfatıyla bulunduğu sırada kusurlu bir nitelik gösterebilir. İşletenin kusuru ile gerçekleşen kaza arasında illiyet bağı bulunmalıdır. İşletenin kusuru objektif kusur teorisine göre değerlendirileceğinden işletenin, mensup olduğu çevredeki makul ve dürüst işleten tipinin davranışından sapan her davranışı, kendisine kusur olarak yükletilir.⁽¹⁰²⁾

Kazaya, işletenin eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerden birinin kusuru da sebep olabilir. İşletenin eylemlerinden sorumlu olduğu kişiler arasında özellikle aracın sürücüsü, aracın işletilme ve kullanılması kendilerine bırakılan diğer kişiler ve işletenin aile üyeleri gelir. Kazaya, işletenin eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusuru neden olmuşsa, ortada olağan bir sebep sorumluluğu mevcuttur. Ancak, burada işletene, kurtuluş kanıtı getirme imkanı tanınmamıştır. Bu nedenle işleten, eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin seçiminde, onlara

(100) Havutcu/ Gökyayla, s. 77

(101) Eren, s. 693; Havutcu/ Gökyayla, s. 77

(102) Eren, (KTK), s. 201; Çelikleş, s. 52

emir ve talimat vermede ve nihayet onları denetlemede her türlü özeni göstermiş olduğunu ispat etse bile, sorumluluktan kurtulamaz. İşletenin eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurlarının belirlenmesinde de objektif kusur teorisi esas alınır.⁽¹⁰³⁾

bbb. Kazaya Araçtaki Bir Bozukluk Sebep Olması

İşleten işletilme halinde olmayan bir araçtaki bir bozukluğun, kazaya, sebep olması halinde de sorumludur. Motorlu bir araç, tahsis edildiği kullanma amacı göz önünde tutularak, işletme ve trafik güvenliği açısından tekniğin ulaştığı güncel duruma uygun bir biçimde üretilmemiş veya elverişli malzemeden yapılmamış, gerekli tarzda donatılmamış ya da bakılmamışsa, bozuktur. Donanım ve mekanik aksamı çalışmayan bir aracı da aynı şekilde bozuk saymak gerekir. Araçtaki bozukluktan, normal, yani güvenli ve tehlikesiz bir işletmeyi engelleyen bozukluk anlaşılmalıdır. Bozukluk, eksiklik ve aksaklığın sebebi, illiyet bağıını kesen mücbir sebep, zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusuru saklı kalmak şartıyla önemli değildir. Araçtaki aksaklığın sebebi, bilinmeyen bir bozukluğa dayanıp bir mücbir sebepten ya da işleten, sürücü, zarar gören veya üçüncü kişinin davranışı gibi bir insan davranışından kaynaklanmadığı takdirde, bu, umulmayan bir olay olup, işleten bundan sorumludur. Zira burada genellikle bu tür olayların önemli bir rol oynadığı bir işletme kazası söz konusudur. Bu bakımdan, araçtaki bozukluğun kusurlu veya kusursuz bir davranıştan ileri gelmesi arasında bir fark yoktur. Sürücü ve hizmetli gibi diğer yardımcı kişilerle aracı üreten veya tamir eden kişinin kusuru da işleteni KTK'nın 85/3. maddesine göre sorumluluktan kurtarmaz. Buna karşılık, aracı kasten bozan ve bu suretle bir kazanın gerçekleşmesine sebep olan üçüncü kişilerin kusurlu davranışı, işleteni üçüncü kişinin ağır kusuru nedeniyle sorumluluktan kurtarabilir. Ancak, üçüncü kişinin aracı bozan davranışı kusurlu değilse, işleten buna dayanamaz ve dolayısıyla sorumluluktan da kurtulamaz.⁽¹⁰⁴⁾

(103) Eren, (KTK), s.201; Çelikleş, s.52

(104) Eren, (KTK), s. 202; Çelikleş, s. 53

Araçlarda meydana gelen bozukluk kavramı geniş yorumlanmaktadır. Bu bakımdan imalattaki bozukluk ile onarımdaki eksiklik arasında fark bulunmamaktadır. Hatta römork veya çekilen bir aracın yanlış bağlanmasından sonra araç hareket halinde değilken meydana gelen kazada işleyen sorumlu olacaktır.⁽¹⁰⁵⁾ Lastiğin fırlaması, frenlerin tutmaması, araçtan yağ veya benzinin sızması, ışık tertibatının veya sileceklerin çalışmaması da bozukluğa örnek olarak gösterilebilir. Buna karşılık aracın buzlu yolda kayması veya farın kırılması bozukluk değil, motorlu araçlara özgü tipik bir tehlikedir.⁽¹⁰⁶⁾ Aracın trafiğe çıkmadan önce yetkili trafik zabıtası tarafından muayene edilmiş ve trafiğe çıkma vizesinin verilmiş olması, işleteni sorumluluktan kurtarmaz. Trafik muayenesi, trafik zabıtası yönünden önem taşır.⁽¹⁰⁷⁾

cc. İspat Yüğü

Daha öncede belirtildiği üzere, kanun koyucu, kazaya, işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusuruyla araçtaki bozukluğun sebep olduğunu, karine olarak kabul etmemiştir. İşleten, kusursuzluğu veya aracın bozuk olmadığını ispat zorunda değildir. Aksine, kanunda, kazaya, işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurunun veya araçtaki bozukluğun sebep olmadığına dair bir karine öngörülmüştür. Bu nedenle, kanunda kusur ve bozukluğun ispatı, zarar görene yükletilmiştir. Bu yönden de zarar görenin durumu ağırlaştırılarak, işletene, çağdaş teknoloji ve sorumluluk hukukundaki modern eğilimlere uymayan imtiyazlı bir durum sağlanmıştır.⁽¹⁰⁸⁾

İşletenin, işletilme halinde olmayan bir aracın sebep olduğu kazalardan sorumlu olması için kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru gerekirken, araçtaki bozukluğun kusurlu veya kusursuz bir davranıştan kaynaklanması önemli değildir. Bozukluğa kimin veya neyin sebep olduğu da, kural olarak, önem taşımamaktadır. Ayrıca işletenin değil de, eylemlerinden so-

(105) Eren, s. 693; Havutcu/Gökayla, s. 79; Aşcıoğlu, s. 75

(106) Bolatoğlu, s. 179

(107) Eren, (KTK), s. 203

(108) Eren, (KTK), s.203, Çeliktaş, s.53

rumlu tutulduğu kişilerin kusuru sebebiyle araçtaki bozukluk zararın doğumuna yol açarsa, işletenin eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusuru, 86. maddede belirtilen üçüncü kişilerin kusuru sayılmamaktadır. Dolayla işleten üçüncü kişinin kusuruna dayanarak sorumluluktan kurtulamaz. Eğer üçüncü kişi durumunda olanlar aracı kasten bozarak kazaya sebep olurlarsa, işletenin sorumluluğu ortadan kalkacaktır. Ancak üçüncü kişinin kusurunun bulunmaması işleteni sorumluluktan kurtarmaz. Söz gelimi aracın bakım ve onarımını yapan bir tamirci, aracı kasten bozarsa veya geceleri aracın park edildiği garajda herhangi birileri tarafından aracın aksamı değiştirilir veya çalınırsa ve bu olaylar yüzünden bir kaza meydana gelirse, işleten üçüncü kişilerin eylemlerinden sorumlu olmayacaktır. Buna karşılık aracın onarımı sırasında tamirci farkında olmadan bir bozukluğa yol açarsa; işleten bozukluğun sebep olacağı kazalardan sorumlu olacaktır. Ancak araçtaki bozukluğa sebep olan bizzat zarar görenin kendisi ise, bu kişinin kusuru, yerine göre KTK'nın 86/1 veya 86/2. maddeleri doğrultusunda dikkate alınır.⁽¹⁰⁹⁾

dd. İlliyet Bağının Bulunması

İşletilme halinde olmayan aracın verdiği zarardan işletenin sorumlu olması için, meydana gelen zarar ile kaza arasında illiyet bağının da bulunması gerekir. Zararın, işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurunun veya araçtaki bir bozukluktan kaynaklanması illiyet bağının varlığı için yeterlidir. Bu sayılanlar dışındaki bazı olaylar kazaya yol açarsa, illiyet bağı olmayacağı için işletenin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. İşletenin hareket halinde olmayan araçların yol açtığı kazalardan sorumlu tutulabilmesi için de uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir. İşletilme halindeki araçların sebep oldukları kazalardaki gibi uygun illiyet bağının varlığı, sorumluluğun doğumu için yeterlidir. Ancak işleten illiyet bağı kesen sebeplerden birinin varlığını ispatlarsa sorumluluktan kurtulur. Zarar görenin, işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin ya da araçtaki bozukluğun kazaya sebep olduğunu kesin olarak ispat etmesi şart

(109) Havutcu/Gökyayla, s. 79

değildir.⁽¹¹⁰⁾

Hayatın olağan akışına göre, zararın bu olaylardan kaynaklandığını anlaşıyor ve bu ispat edilebiliyorsa işleten sorumludur. Örneğin, aracın park edildiği yer eğimli ise ve araç yer çekimi kuvvetiyle harekete geçerek önündeki araca çarpmışsa, normal olarak kaza, işletenin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru ya da araçtaki bir bozukluk yüzünden meydana gelmiştir. Çünkü böyle bir durumda ya el freni çekilmemiştir veya çekilmesine rağmen el freni tutmamıştır. Eğer el freni çekilmediyse, işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusuru ya da çekilmesine rağmen kaza meydana gelmişse, bu takdirde de araçtaki bir bozukluk kazaya sebep olmuştur. Bununla birlikte, aracı veya araçtaki bir eşyayı çalmak isteyen bir hırsız, aracı açar ve freni boşa alırsa, bu durumda üçüncü kişinin kusuru söz konusu olacağından, işletenin sorumluluktan kurtulması mümkün olacaktır.⁽¹¹¹⁾

B. ARACIN ÇALINMASI VEYA GASP EDİLMESİ HALİNDE İŞLETENİN SORUMLULUĞU

a. Genel Olarak

KTk. m.107/1. maddesine göre, işleten, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerden birinin, aracın çalınmasında veya gasp edilmesinde kusurlu olmadığını ispat ederse, sorumlu tutulamaz. Burada işleten, aracın çalınmaması veya gasp edilmemesi için gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini, genel hayat tecrübelerine ve olayların normal akışına göre alınabilecek tedbirleri aldığını ve bu sebeple kendisinin ya da eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerden birinin kusurlu olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulacaktır.⁽¹¹²⁾ Burada işletenin sorumluluktan kurtuluşun sebebi, işletenin, motorlu aracı somut olarak işlemeye sokma veya trafiğe çıkarma konusunda tüm egemenliğini kaybettiğinden, işleteni zarardan sorumlu tutmanın hakkaniyete uygun düşmeyeceği düşüncesine dayan-

(110) Çelikleş, s. 51

(111) Çelikleş, s. 51; Havutcu/Gökyayla, s. 80; Aşcıoğlu, s. 76

(112) Bolatoğlu, s. 194; Kılıçoğlu, (2918 SK); s. 43; Aşcıoğlu, s. 65

maktadır.⁽¹¹³⁾

b. Sorumluluğun Şartları

aa. Aracın Çalınması veya Gasp Edilmesi

Motorlu aracı çalan veya gasp eden kişiler, araçtan izinsiz yararlanan kişilerdir. KTK'nın 107/1. maddesinde bu tür kişiler de farazi işleyen olarak nitelendirilmiş ve sorumlulukları ağırlaştırılmıştır. Bu maddeye göre, bir motorlu aracı çalan veya gasp eden kimse işleyen gibi sorumlu tutulacaktır. İzinsiz yararlanmada sadece aracı çalma veya gasp etme vardır. Bunlar dışındaki oluşan izinsiz yararlanmalar KTK'nın 107. maddesine tabi değildir.⁽¹¹⁴⁾

Çalma ve gasp edilme, yabancı bir aracın, gerçek işleteninin iradesi dışında zorla veya hileyle alınmış olmasını ifade eder. Hatta bazı durumlarda çalman veya gasp edilen aracın bir başkasının muhafaza veya hakimiyeti altında bulunmasına dahi gerek yoktur. Çalan veya gasp eden kişinin temyiz kudretine sahip olması da şart değildir. Aynı şekilde, failin aracı çalmakta zaruretinin bulunması dahi bu hareketin KTK'nın 107/1 maddesindeki sorumluluğu ortadan kaldırmaz. Aracı çalan veya gasp eden üçüncü kişi olabileceği gibi, işletenin çalıştırdığı bir kişi veya bir yakını da olabilir. Ancak aracın sürücüyü aile üyelerinden birine veya yardımcı kişilere işleyen tarafından verilmesi halinde, bunların aracı amaç veya kendilerine işleyen tarafından verilmiş bir görev dışı maksatla kullanmaları durumunda kural olarak çalma ve gaspten söz edilemez. Örneğin sürücü, işini bitirdikten sonra, araçla işletenin izni dışında, sırf kendi zevki veya işi için bir yere giderken veya bir kazaya sebep olmuşsa, işleyen burada sorumlu olacaktır.⁽¹¹⁵⁾

bb. Aracı Çalınmasında veya Gasp Edilmesinde İşletenin Kusurunun Bulunması

Aracın çalınması ve gasp edilmesi halinde, işleyen veya işleyen gibi sorum-

(113) Çeliktas, s. 96; Bolatoğlu, s. 195

(114) Eren, s. 677; Kılıçoğlu, (2918 SK), s.43; Altunkaya, s. 194; Çeliktas, s. 100

(115) Eren, s. 678; Çeliktas, s. 100; Oğuzman/Öz, s. 612; Altunkaya, s. 193

lu tutulan kişiler (KTK. m.104), aracı çalan ve gasp edenle birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır (KTK. m. 107/1.c.1). Ancak işleyen veya onun gibi sorumlu olan meslek sahipleri, aracın çalınmasında ve gasp edilmesinde kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusurunun bulunmadığını ispat ederse, aracı çalan ve gasp eden kişi işleyen gibi sorumlu olacağından bu durumda işleyen sorumlu olmayacaktır. İşleyen, sorumluluktan kurtulabilmek için, önce aracın çalınmış ve gasp edilmiş olduğu, sonra da kendisinin ve eylemlerinden sorumlu oldukları kişilerin, aracın çalınmasında ve gasp edilmesinde kusursuz olduğunu ispat etmelidir. Burada araç işletenin çalınma veya gasp edilme olayındaki kusuru karine olarak var kabul edildiğinden işleyen sorumluluktan kurtulmak için durumun gerektirdiği bütün tedbirleri aldığını ispatlamak zorundadır.⁽¹¹⁶⁾

Karayolları Trafik Kanunu 107/1. maddesindeki sorumluluk hükümleri uyarınca, işleyen aracın çalınmaması için gerekli dikkat ve özeni göstermelidir. Aracın gözetimi yönünden gerekli tedbirlerin alınması hususunda yeterli özenin gösterilmemiş olması halinde işleyen kusurlu sayılır. Yani işleyen, aracın kapı ve camlarını kapattığını, kontak anahtarını araç üzerinde veya kolayca elde edilebilecek başka bir yerde bırakmadığını, sürücü veya diğer yardımcıları seçmede gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur.⁽¹¹⁷⁾

C. BİRDEN ÇOK İŞLETENİN BİRBİRLERİNE VERDİKLERİ ZARARDAN DOĞAN SORUMLULUKLARI

a. Genel Olarak

Sorumluluk hukukunda birden çok kişinin sorumluluğu iki değişik şekilde ortaya çıkabilir. Bunlardan birincisi, iki ya da daha çok kişi, içlerinden en az birinin uğradığı zarardan sorumlu olabilirler ki bu sorumlulukların çatışmasıdır. Burada zarar gören, aynı zamanda zarara neden olanlardan biridir. İkinci durum ise, iki ya da daha çok kişinin bir üçüncü kişinin uğradığı zarardan sorumlu olması

(116) Tunç, Ramazan: Çalınan ve Gasp edilen Motorlu Araçların Sebep Oldukları Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluk, YD, C. 17, Ocak-Nisan 1991, S. 1-2, (Çalınan) s. 77; Eren, 678; Oğuzman/Öz, s. 612; Çeliktas, s. 99

(117) Bolatoğlu, s. 29; Tandoğan, s.30

halidir ki, bu da müteselsil sorumluluktur. Burada zarar gören ise, üçüncü kişidir. Sorumlulukların çatışması halinde, sözleşme dışı sorumluluk türlerinden olan kusur sorumluluğu olağan kusursuz sorumluluk ve tehlike sorumluluklarından biri, aynı tür veya başka sorumlulukla çatışabilir. Yani kusur sorumluluğu ile kusursuz sorumluluk çatışabileceği gibi, iki tehlike sorumluluğu da çatışabilir. Her halükarda zarar, sorumlu kişilere ilişkin nedenlerin, zararın doğmasındaki katkılarına göre paylaşılacaktır.⁽¹¹⁸⁾ Mesela, motorlu aracın bir bisikletliye çarpması halinde, motorlu aracı işleten, işletme tehlikesinden; bisikletli ise, kusurundan sorumlu olacaktır. Zarar işletme tehlikesi ve kusurun zararın oluşmasındaki katkısına göre paylaşılacaktır. Ek kusur ise, işletenin zarar payını artırır. Hâkim, sorumlulara ilişkin nedenlerin zararın oluşmasındaki katkılarını değerlendirerek, zararın paylaşılması konusunda hakkaniyete uygun karar verecektir.

b. Kusurun Etkisi

Birden çok işleten veya teşebbüs sahibinin birbirlerine verdikleri zararlardan dolayı sorumluluklarının paylaşılmasında kusur rol oynar. Bu hüküm, herkesin kendi ortaya çıkardığı zarara, zararın çıkmasında etken olduğu oranda zarara katlanması gerektiği ilkesinin bir sonucudur.⁽¹¹⁹⁾ KTK'nın 89/1. maddesine göre, birden çok motorlu aracın katıldığı bir kazada işletenlerden biri bedensel bir zarara uğrarsa, özel durumlar ve özellikle işletme tehlikeleri başka türlü paylaştırmayı haklı göstermedikçe, kazaya katılan araçların işletenleri ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahipleri kendilerine düşen kusur oranında, zararı gidermekle sorumludurlar. Bu hükmün uygulanması için, kazaya ve zarara birden çok işleten veya teşebbüs sahiplerine ait araçların sebep olması, ayrıca işleten ve teşebbüs sahiplerinin KTK'nın 85. maddesine göre sorumlu tutulabilmesi gerekir. İşletenin doğan zarardan dolayı sorumlu tutulması yeterli olup, ayrıca kendisinin de zarara uğraması gerekmemektedir. Dolayısıyla çeşitli işleten veya teşebbüs sahiplerinin araçlarının fiilen birbirleriyle çarpışması, maddi bir temasta bulunması şart olmadığından KTK'nın 85. maddesinde öngörülen şartla-

(118) Yılmaz, Hamdi: Karayolları Trafik Kanununa Göre Zararın Paylaşılması, Ankara 1995, (Zarar), s. 58

(119) Tandoğan, s. 225

rın oluşması yeterlidir.⁽¹²⁰⁾

Meydana gelen olayda işletenlerin hiçbirisinin kusuru yok ise, tehlikelerin eşitliği varsayımından hareket edilecektir. Bunun aksini iddia eden kişi araçlardan birinin daha fazla tehlike gösterdiğini ispat etmek zorundadır. Araçlardan hangisi daha fazla tehlike arz ediyorsa, sorumluluk da bu aracın işletenine daha fazla oranda atfedilir. Tehlike ve kusurun eşitliği, işletenlerin de zarara eşit olarak katlanmaları sonucunu ortaya çıkarır. İşletenlerden sadece birisi kusurlu ise, zararın tamamına da o işleten katlanacaktır.⁽¹²¹⁾ Aynı şekilde KTK'nın 89/2. maddesinde iki veya daha çok işleten ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahiplerinden birine ait bir şeyin zarara uğraması halinde, doğrudan doğruya kusur sorumluluğu söz konusu olur. Maddi şeye ilişkin zarar, işleten veya teşebbüs sahiplerinin kazaya katılan motorlu araçlarının yahut diğer şeylerinin hasara uğraması veya yok olması durumunda ortaya çıkabilir. İşletenin uğradığı eşya zararları nedeniyle diğer işletenlerin sorumlu tutulabilmesi için, zarar görenin, ya zarar veren işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin zararın doğmasında kusurunun bulunduğunu yahut temyiz kudretinden geçici olarak yoksun kaldığını veyahut da araçta bir bozukluk bulunduğunu ispat etmesi gerekir. Zarar gören bu üç şarttan birisini ispat ederek, zarar veren işleteni veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibini sorumlu tutabilir.⁽¹²²⁾ Dolayısıyla, KTK'nın 89. maddesinde kanun koyucu, kişiye ilişkin zarar ile maddi şeye ilişkin zarar arasında bir ayırım yapmıştır. Her iki durumda da işletenlerin kusurları esas alınmakla birlikte, kişiye ilişkin zararda ayrıca özel durumlar ve özellikle işletme tehlikelerinin göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiştir.⁽¹²³⁾

(120) Eren, 705; Kılıçoğlu, (2918 SK), s. 46; Yılmaz, s.304; Altunkaya, s. 189; Havutcu/Gökyayla, s. 211

(121) Çeliktaş, s. 116

(122) Eren, s. 707; Kılıçoğlu, (2918 SK), s. 47; Altunkaya, s. 191

(123) Eren, s. 705; Oğuzman/Öz, s. 615; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 533 ; Havutcu/Gökyayla, s. 212-213

D. HATIR TAŞIMACILIĞINDA İŞLETENİN SORUMLULUĞU

a. Genel Olarak

Karayolları Trafik Kanunu 87/1. maddesine göre, yaralanan veya ölen kişi, hatır için karşılıksız taşınmakta ise veya motorlu araç, yaralanan veya ölen kişiye hatır için karşılıksız verilmiş bulunuyorsa, işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi genel hükümlere göre sorumlu olacaktır. Burada işletenin sorumluluğu tehlike sorumluluğundan ayrılmakta ve işletene daha hafif bir sorumluluk getirilmektedir. Hatır taşıması veya hatır için vermenin bir kurtuluş ya da sorumluluğun azaltılması sebebi olarak kabul edilmesinin nedeni, iyilik yapma düşüncesiyle hareket eden işleten veya teşebbüs sahibini tehlike esasına göre sorumlu tutmanın hakkaniyete uygun düşmeyeceğidir.⁽¹²⁴⁾ Diğer bir sebep ise, taşıma veya vermede işleten veya teşebbüs sahibi için herhangi bir maddi veya manevi çıkarın olmadığı bir durumda, araca binen veya aracı alan kişinin baştan tehlikeyi kabul etmesidir.⁽¹²⁵⁾

Burada işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, yaralanan veya öleni ya aracında bir karşılık almaksızın hatır için taşıdığı ya da onlara aracını karşılık almaksızın kullanmak üzere hatır için verdiği sırada bir zarar meydana gelmektedir. Taşıyanın taşımada önemli bir yararının olmaması, hatır ilişkisinin serbest irade ile kurulması, bu taşımanın taşıyanın yararına olması şartlarını taşıyan karşılıksız ve iyilik mahiyetindeki taşımalar hatır taşımasıdır.⁽¹²⁶⁾ Yine bu mahiyetteki kullandırmalar da hatır kullandırması sayılır. Hatır için taşımada veya hatır için kullanmak üzere birisine vermede önemli olan bunun karşılık almaksızın yapılmış olmasıdır. Yani araç sahibinin ya hiçbir karşılık almaması ya da almış olduğu miktarın önemsiz olması gerekmektedir.⁽¹²⁷⁾ Buna karşılık, birden fazla aracın bir trafik kazasına neden olduğu hallerde, işletenin diğer araçta taşınan yolculara karşı sorumluluğu her halükarda tehlike sorumluluğu-

(124) Adal, s. 114; Havutcu/Gökyayla, s. 85

(125) Yılmaz,(Zarar), s.48; Çeliktaş, s.104; Havutcu/Gökyayla, s. 85

(126) İyimaya, Ahmet: Hatır Taşımacılığı, YD. 1989, C.15, S.1-4, s.749.

(127) Eren, s. 702; Kılıçoğlu, (2918 SK)s. 43; Çeliktaş, s. 105

dur.⁽¹²⁸⁾

Hatır taşımacılığında, kazanın mutlaka taşıma sırasında meydana gelmesi şart değildir. Bundan yararlananın araca binmesi veya inmesi anında da kazanın oluşması KTK 87/1. maddesinin uygulanmasını engellemez. Aynı şekilde hatır için taşımaya işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu bir kişi tarafından izin verilmesi arasında da fark bulunmamaktadır.⁽¹²⁹⁾ İşleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi kusursuzluğunu, hatır için taşıma sonrasında doğan zararda, hatır için taşıdığı kişiler de dahil, üçüncü kişinin kusuru bulunduğunu ispatlayarak ortaya koyabilir. Aynı şekilde aracın hatır için karşılıksız kullanılması da, araçta bir bozukluk bulunmadığını ya da bozukluk bulunmasına rağmen, karşılıksız kullanan kişiyi bu konuda uyardığını ispat ederek işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi sorumluluktan kurtulabilir.⁽¹³⁰⁾

Hatır taşımacılığında zarar görenin uğradığı zarar, kişiye ilişkin olabileceği gibi, maddi şeye ilişkin de olabilir. Zararın doğumunda zarar görenin şahsi kusuru söz konusu ise, tazminattan indirim yapılır. Buna karşılık zararın doğumunda, işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin ek kusuru varsa tazminattan indirim yapılamaz. Hatır taşımacılığında işletenin sorumluluğunun genel hükümlere göre tayini, hatır işinin özelliği göz önünde tutularak hâkim tarafından yapılır. Bu durumda hâkim, işletenin sorumluluğunu tamamen kaldırabileceği gibi, kısmi bir tazminata da hükmedebilir. Öğretide hatır taşımacılığının bir def'i olduğu ileri sürülmesine karşın,⁽¹³¹⁾ Yargıtay bunun bir itiraz olup, resen nazara alınması gerektiğini kabul etmektedir.⁽¹³²⁾ Hatır taşımacılığında kaynaklanan sorumluluk ve bunun indirim nedeni olması Borçlar Kanunu 43 ve 44. maddelerine tabi indirim nedenlerinden olduğundan diğer indirim nedenlerini hâkim nasıl resen, hakkaniyet kuralını da dikkate alarak kendiliğinden değerlendi-

(128) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 533

(129) Çeliktaş, s. 106

(130) Kılıçoğlu, (2918 SK), s. 43

(131) Eren, s. 704; Adal, s. 114; Yılmaz,(Zarar), s. 48;Çeliktaş, s. 104

(132) Y.19 HD. 21.11.1994, 3439-11294; YHGK, 17.5.1974, 703/543.

rebiliyorsa, bunu da kendiliğinden değerlendirebilmeli, tarafın ileri sürmesini beklememelidir.

KTK. 87/2. maddesine göre, hatır taşımacılığı veya hatır için karşılıksız araç kullandırmadaki esas, zarar görenin beraberinde bulunan bagaj ve benzeri eşya dışında araçta taşınan eşyanın uğradığı zararlardaki sorumlulukta da aynen kabul etmiştir. Buna göre, araç işletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin, araçla taşınan eşyaların uğradığı zararlardan sorumluluğu da Borçlar Kanununun sorumlulukla ilgili genel hükümlerine tabidir.⁽¹³³⁾

b. Sorumluluğun Şartları

aa. Hatır İçin Taşıma veya Hatır İçin Vermenin Karşılıksız Olması

Sorumluluğun azaltılabilmesi veya kaldırılabilmesi için KTK'nın. 87/1. maddesine göre, öncelikle, hatır için taşımanın veya hatır için vermenin karşılıksız olması gerekir. İşleten veya teşebbüs sahibinin aracında taşıdığı veya aracını verdiği kişiden bunun karşılığında bir şey almamış olması veya alsa bile bunun önemsiz olması gerekir.⁽¹³⁴⁾ Sırf iyilik yapma, yardım etme veya nezaket düşüncesiyle hareket edilmelidir. Araca alınan veya aracın verildiği kişinin hatır için taşıma veya hatır için verilme sonucunda bir menfaati olmalıdır. Mesela, bir arkadaşı okula bırakma, hastaneye götürme veya birisinin arabayı kullanması için verme hallerinde iyilik yapma veya nezaket düşüncesiyle hareket edilmiştir. Ancak binen yolcunun veya arabanın verildiği kişinin benzin veya benzeri masrafları karşılaması ve işleten veya teşebbüs sahibinin taşıma veya verme karşılığında maddi veya manevi bir menfaat edinmesi hallerinde hatır için taşıma veya vermeden söz edilemeyeceği kabul edilmektedir.⁽¹³⁵⁾ Mesela, bir politikacının manevi menfaat kazanma amacıyla taşınmasında hatır taşıması yoktur. Ayrıca taşıma veya aracı verme işleten ya da sürücünün yararına ise, doğrudan doğruya karşılık alınmamış olsa bile, hatır için yararlanmadan söz edilemez. Aynı şekilde, işvere-

(133) Eren, s. 703; Kılıçoğlu, (2918 SK), s. 43; Altunkaya, s. 195

(134) Eren, s. 702; Yılmaz, (Zarar), s. 46; Adal, s. 115; Tandoğan, s. 219; Havutcu/Gökyayla, s. 86; Aşcıoğlu, s. 71; Çeliktas, s. 105

(135) Havutcu/Gökyayla, s. 86; Yılmaz, (Zarar), s. 46

nin işçilerini işyerine götürmesi, satın alınmak istenen aracın denemesi ve taşıma firmasının yük boşaltacak işçileri araçta birlikte götürmesi halleri hatır taşıması değildir.⁽¹³⁶⁾ Dolayısıyla araç işletenin veya teşebbüs sahibinin taşıma veya verme karşılığında bir menfaat elde etmesi durumunda tazminattan indirim yapılmaz.

bb. Hatır için Taşıma veya Hatır için Vermenin İradî Olması

Hatır için taşıma veya vermenin işleten veya sürücü bakımından iradî olması gerekir. Başkasının aracına zorla binme veya bindirilme hallerinde iradililik olmadığı için, hatır taşımasından söz edilemez.⁽¹³⁷⁾ Aynı şekilde hatır için taşıma-ya işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu bir kişi tarafından izin verilmesi arasında da fark bulunmamaktadır.⁽¹³⁸⁾

cc. Hatır için Taşınan veya Aracın Hatır için Verildiği Kişinin Yaralanması veya Ölmesi

Hatır için taşıma veya verme sonucunda sorumluluk için bir zarar meydana gelmelidir. KTK'nın 87/1. maddesine göre bu zarar, hatır için taşınan veya araç verilen kimsenin yaralanması veya ölmesi şeklinde ortaya çıkmalıdır. Dolayısıyla işleten veya bağlı olduğu teşebbüs sahibinin KTK'nın 87/1. maddesine göre sorumlu tutulabilmesi için, aracında taşıdığı veya aracını verdiği kişinin yaralanması veya ölmesi şeklinde bir cismani zarar meydana gelmelidir. İşleten veya teşebbüs sahibi, hatır için taşınan veya hatır için aracın kendisine verildiği kişinin uğradığı maddi şeye ilişkin zararlardan sorumlu değildir.

(136) Yılmaz, s. 47

(137) Havutcu/Gökyayla, s. 86; Aşcıoğlu, s. 71

(138) Çeliktaş, s. 106

SONUÇ

Gelişen dünyanın vazgeçilmez bir parçası haline gelen motorlu araçlar yararları kadar, artan araç sayısı ile birlikte⁽¹³⁹⁾ bunların artan tehlikeliliği ile de kabul edilmesi gereken unsurlardandır. Motorlu araçların sebep oldukları zararlardan sorumluluk da, salt kusur sistemi, temel unsur olarak kusuru esasa alırken, kusur karinesi sisteminde de kusurun esas olduğu ancak burada ispat külfetinin ters çevrildiğini görülmektedir. Kusursuz sorumluluk hallerini benimseyen sistemlerde ise sorumluluğun temelini ya özen yükümlüğünün ihlali ya da tehlike unsuru oluşturmaktadır. 2918 sayılı mevcut Karayolları Trafik Kanunu ile mehzar kanunda olduğu gibi tehlike sorumluluğu ile diğer sistemlerin birlikte benimsendiği görülmektedir. Karayolları Trafik Kanununda kusur, kusur karinesi, olağan sebep sorumluluğu ve tehlike sorumluluğuna dayanan karma bir sistem mevcuttur.

Sorumluluk hukukunun temelini oluşturan kusur, özellikle kusur sorumluluğunun kurucu unsurudur. Ayrıca tazminat miktarının belirlenmesinde de kusur önemli rol oynamaktadır. Sebep sorumluluğunda ise kusur, sorumluluğun kurucu şartlarından birisi değildir. Ancak zarar veren kişinin kusurlu olması, fiilin sonucu yönünden önemli rol oynamaktadır. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, motorlu araç işletenin sorumluluğunda öncelikle tehlike sorumluluğunu kabul etmiştir. Ancak bunun yanında olağan sebep veya kusur sorumluluğunun da söz konusu olabileceğini düzenlemiştir. Aracın işletilmesinde işletenin sorumluluğu tehlike sorumluluğudur. Buna karşılık, işletilme halinde olmayan bir motorlu aracın sebep olduğu bir trafik kazasında işletenin sorumluluğu olağan sebep sorumluluğudur. Ancak kazanın oluşumunda işletenin kusuru söz konusu ise kusur sorumluluğu ortaya çıkar. Kusurun rol oynadığı bir başka durum, işletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluktan kurtulabilmesidir. Buna göre, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusuru

(139) 2007 Ocak-Eylül ayında 638 410 adet taşıtın trafiğe kaydı yapılmış, 51 428 taşıtın ise trafikten kaydı silinmiştir. Böylece trafikteki toplam artan araç sayısı 586 982 olmuştur. Eylül ayı sonu itibarıyla trafiğe kayıtlı toplam 12 814 375 adet taşıtın % 49.7'sini otomobil, % 15.4'ünü motosiklet, % 14.3'ünü kamyonet, % 10.3'ünü traktör, % 5.7'sini kamyon, % 2.9'unu minibus, % 1.4'ünü otobüs, % 0.3'ünü ise özel amaçlı taşıtlar oluşturmaktadır. (www.die.gov.tr)

bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın, kazanın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat etmesi sorumluluktan kurtulmasını sağlar. Aynı şekilde zarar görenin kusuru, işletenin ödemesi gereken tazminatta indirim yapılması sonucunu da doğurur. Üçüncü kişiye verilen zararda, birden fazla kişinin sorumlu olması halinde, zararın paylaşılması bakımından da kusur önem taşımaktadır. Yine birden çok işleten veya teşebbüs sahibinin birbirlerine verdikleri zarardan sorumluluklarında da kusur rol oynar.

KAYNAKÇA

- Adal, Erhan:** Trafik Kazalarında Akit Dışı Hukuki Sorumluluk, İstanbul 1963
- Akıncı, Şahin:** Borçlar Hukuku Bilgisi-Genel Hükümler, Konya 2000
- Altunkaya, Mehmet;** Araç işletenin Sorumluluğunda Kusurun Rolü, SÜHFD, C. 7, S. 1-2, Yıl, 1999
- Aşçıoğlu, Çetin:** Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Davaları, Ankara 1989
- Bolatoğlu, Bolat:** Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu (İşleten Kavramı ve Sorumluluğun Şartları), Ankara 1988
- Çeliksaş, Demet:** 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununda İşletenin Hukuki Sorumluluğu, İzmir, 1987
- Eren, Fikret:** Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akid Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği Ve Unsurları, AÜHFD, C. XXXIX, 1982-87. S. 1-4, (KTK)
- Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2003
- Erişgin, Nuri:** Tehlike Bağı, AÜHFD, C. 49, S. 1-4
- Gökcan, H.Tahsin/Kaymaz, Seydi:** Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta, Rücu Davaları ve Trafik Suçları, Ankara, 1999
- Gürsoy, K. Tahir:** İsviçre Hukukunda Trafik Kazalarından Doğan Hukuki Sorumluluğun Anahatları, Ankara 1974
- Havutçu, Ayşe/Gökyayla, Emre:** Uygulamada 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukuki Sorumluluk, Ankara 1999
- Kaneti, Selim:** Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara 21/22 Ekim 1977, İstanbul 1980
- Karahasan, M. Reşit:** Sorumluluk Hukuku, Ankara 2003

Kaya, Mine: Karayolları Trafik Kanununa Göre İşletilme Halindeki Araçtan Kaynaklanan Sorumluluğun Hukuki Niteliği ve Şartları, AD, Yıl 95, Ekim 2003, S. 17

Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Ankara 2001

Kılıçoğlu, Ahmet: 2918 Sayılı Yasaya Göre Motorlu Araç İşletenin Sorumluluğu, BATİDER, C.XII, S. 2-3, Haziran 1984,(2918 SY)

Kılıçoğlu, Mustafa: Sorumluluk Hukuku, C. 1, Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara 2002, (SDS)

Nomer, Haluk N.: 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu, İBD, Ocak-Şubat-Mart 1992,

Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1995

Özsunay, Ergun: Türk Hukukunda İşletenin Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından Kusurun Etkisi ve Önemi. MHE., Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu, Ankara ,21/22 Ekim 1977. İstanbul 1980, (Kusur)

Özsunay, Ergün: Trafik Hukuku Bakımından Sorumlu Şahsın Tespitinde Maddi Sistem, İHFM, C. XXXV, 1969

Tandoğan, Haluk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981

Tekinay, S. Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Alttop, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993

Tunç, Ramazan: 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Gerçek İşleten Kavramı; YD. C. 26, S. 1/2

Tunç, Ramazan: Karayolları Trafik Kanunu'na Göre İşletenin Sorumluluğunun Hukukî Niteliği Ve İşletene Tanınan Genel Kurtuluş Kanıtı (I), YD, C. 17, Ekim 1991, S. 4, (1991)

Tunç, Ramazan: Çalınan ve Gasp edilen Motorlu Araçların Sebep Oldukları Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluk, YD, C. 17, Ocak-Nisan 1991, S.1-2,

(Çalınan)

Yılmaz, Hamdi: Karayolu Trafik Kanununda “İşletme” Kavramı, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 5, Temmuz 2005

Yılmaz, Hamdi: Karayolları Trafik Kanununa Göre Zararın Paylaştırılması, Ankara 1995, (Zarar)



TÜRK TİCARET KANUNU VE TÜRK TİCARET KANUNU TASARISI BAĞLAMINDA TİCARİ İŞLETME, TACİR, TİCARET UNVANI VE İŞLETME ADI KAVRAMLARI ÜZERİNDE BİR İNCELEME

Yusuf BAŞLAR (★)

ANLATIM DÜZENİ: GİRİŞ, I-TÜRK TİCARET KANUNUNDA TİCARİ İŞLETME, 1-Genel Olarak, 2-TİCARİ İŞLETMENİN TANIMI VE UNSURLARI, A-Ticari İşletmenin Tanımı, B-Ticari İşletmenin Unsurları, a-Gelir Sağlamayı Hedef Tutma, b-Devamlılık, c-Bağımsızlık, d-Esnaflık Faaliyeti Sınırını Aşmak, C-TTK'YA GÖRE TİCARİ İŞLETME TÜRLERİ, II-TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDA TİCARİ İŞLETME, III- TÜRK TİCARET KANUNUNDA TACİR, 1-Genel Olarak, 2-Gerçek Kişi Tacirler, A-Tacirin Tanımı, B-Tacir Sifatının Şartları, a-Ticari İşletmenin Mevcut Olması, b-Ticari İşletmenin İşletilmesi, c-İşletme Faaliyetinin Kendi Adına (Kısmen de Olsa) Olması, C-Özel Durumlar, D-Ticaret Yapması Yasaklanmış Kişilerin Tacir Sıfatı, 3-TÜZEL KİŞİ TACİRLER, A-Tacir Sifatının Genel Olarak İktisabı, B-Tacir Sayılan Tüzel Kişiler, a-Ticaret Şirketleri, b-Ticari İşletme İşleten Dernekler, c-Kamu Tüzel Kişileri Tarafından Kurulan Teşekkül ve Müesseseler, d-Donatma İştiraki, IV-TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDA TACİR, V-TÜRK TİCARET KANUNUNDA TİCARET UNVANI VE İŞLETME ADI, 1-TİCARET UNVANI, A-Genel Olarak, B-Ticaret Unvanının Oluşturulması, C-İşletme Adı, VI-TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDA TİCARET UNVANI VE İŞLETME ADI, GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

(★) Yusufeli Cumhuriyet Savcısı.

GİRİŞ

Türk Ticaret Kanunu'nun hazırlanmasında, esas itibariyle ticaret hukukunun önemli kurumları ticari işletme kavramı ile bağlantı kurularak düzenlenmiş, bu bağlamda ticaret hukukunun önemli kavramlarından olan tacir, ticaret unvanı ve işletme adı da hep ticari işletme ile bağlantılı olarak tanımlanmıştır.

AB uyum yasaları çerçevesinde yaklaşık 7 yıllık bir çalışmanın sonucunda 2005 yılı Mart ayında kamuoyuna açıklanan ve kamu kurum ve kuruluşlarının görüşüne sunulan Türk Ticaret Kanunu Tasarısı 1534 maddeden oluşmaktadır. Bizde çalışmamızda 50 seneyi aşkın bir zamandan beri ticaret yaşantımıza yön veren ve şimdilerde yerini tasarı halindeki Yeni Türk Ticaret Kanunu'na bırakması muhtemel bulunan yürürlükteki Türk Ticaret Kanunundaki ticari işletme, tacir, ticaret unvanı ve işletme adı kavramlarını yürürlükteki halleri ve tasarıda öngörülen hükümleri bağlamında karşılaştırmalı olarak inceledik ve getirilmesi tasarlanan yeniliklere perde aralamaya çalıştık.

I- TÜRK TİCARET KANUNUNDA TİCARİ İŞLETME

1- Genel Olarak

Ticari işletme kavramı Türk Hukukuna, Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesine müteakip girmemiş olup bu kavram daha önce de Türk hukukunda bilinmekteydi. Bununla beraber, Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesiyle ticari işletme kavramı daha teferruathı bir şekilde düzenlenmiş ve Türk Ticaret Kanunu'nun temelini teşkil etmiştir⁽¹⁾. Bu itibarla, ticari işletme kavramının sarıh bir şekilde tayini muhtelif yönlerden önem taşımaktadır.

Türk Ticaret Kanununun 1. maddesinin II. fıkrasına göre ticari işletme öncelikle ticari işlere tatbik olunur. Yani hükümlerin tatbik sırasını tespit bakımından işin ticari mahiyette olup olmadığını tayin etmek zarureti vardır. Ayrıca TTK

(1) BOZER, Ali, Ticari İşletme Üzerinde Türk ve İsviçre Hukuku Bakımından Mukayeseli Bir İnceleme, BATİDER, Yıl: 1962, Cilt: I, Sayı: 3, s. 363

m. 3'de "bu kanunda tanzim olunan hususlarla bir ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer bir müesseseyi ilgilendiren bütün muamele, fiil ve işler ticari işlerden" olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda ticari işin tayininde, onun Türk Ticaret Kanununda tanzim edilmiş olduğu veya ticari işletmeyle ilgisi esas alınmıştır. Aynı şekilde ticari hükmün tayininde de bu kıstaslardan hareket edilmiştir. Hal böyle olunca, ticari işletme kavramının tespitindeki önem kendiliğinden anlaşılmaktadır⁽²⁾.

Yukarıda da belirtildiği üzere TTK'da ticaret hukukunun önemli kavram ve kurumları ticari işletme⁽³⁾ esası üzerine oturtulmuştur. Buna göre ticari iş ve ticari hüküm kavramları ticari işletme kavramına dayanılarak düzenlenmiştir. TTK'da davaların ticari sayılabilmesi için ticari işletmeyi ilgilendirmesi aranmıştır. Keza gerçek ve tüzel kişi tacirler için tacir sıfatı ticari işletmeye bağlanmıştır. Kollektif ve komandit şirketler ancak ticari işletme işletmek amacı ile kurulabileceği belirtilmiştir. Bunların yanında ticari işletme bir bütün olarak bir takım hukuki işlemlere (ticari işletmenin devri ve rehni gibi) konu olarak da hak ve borçların kaynağını oluşturmaktadır.

2- TİCARİ İŞLETMENİN TANIMI VE UNSURLARI

A- Ticari İşletmenin Tanımı

Yukarıda belirtilenler hususlar göz önüne alındığında ticari işletme kavramı ticaret hukukunun ana mefhumunu oluşturmakta bu sebeple de ticari işletmenin hukuki bir tarifine ihtiyaç duyulmaktadır⁽⁴⁾. Bununla beraber TTK'da bu yönde sarih bir tarif bulunmamakta bu durum da öğretilere eleştirilere sebep olmakta-

(2) BOZER, s. 363-364

(3) BOZER'e göre işletme terimi ile ifade edilen kavram gerçekte teşebbüs kavramı ile karşılanmalıdır. s. 363; Öğretilere başka bir görüşe göre ise; teşebbüs iktisadi-hukuki, işletme ise teknik-iktisadi bir kavramdır. Bu nedenle teşebbüs içinde birden fazla işletme bulunabilir. Bkz. KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku Dersleri, Cilt I, Ticari İşletme, Ankara, 1968, s. 156

(4) ARSLANLI, Halil, Kara Ticaret Hukuku Umumi Prensipleri, İstanbul, 1960, s. 16

dır⁽⁵⁾.

Türk Ticaret Kanunu ticari işletmeyi açıkça tarif etmemesinin yanı sıra ticari işletme mefhumuna dair muameleleri saymıştır. Buna göre; TTK'nın m. 11 de "ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer ticari müesseseler ticari işletme sayılır" denilmekle yetinilmiştir. Keza TTK m. 12/1'de bunlardan biri olan "ticarethaneler" on iki bent halinde sayılmış, TTK m.12/2'de diğer bir ticari işletme türü olan fabrika tanımlanmış, TTK m.13'de de ticarethane dışındaki diğer bazı müesseselerin ticari işletme olarak kabul edileceği açıklanmıştır. TTK m. 17 ise ticari işletme sayılmayacak işletmeler "esnaf işletmeleri" menfi olarak ifade edilmiş ancak tüm bunlara rağmen ticari işletmenin tanımı yapılmamıştır. Yukarıda belirtilenler hiç şüphe yok ki ticari işletmenin ayırıcı niteliklerini belirten bir tanım sayılamazlar⁽⁶⁾.

Buna karşılık TTK m. 28'e dayanılarak çıkarılmış olan Ticaret Sicili Tüzüğünde ticari işletmeyi -menfi şekilde- tanımlayan bir hükme yer verilmiştir⁽⁷⁾. Tüzüğün, İsviçre Ticaret Tüzüğü'nün⁽⁸⁾ 52/3 maddesi hükmünden yararlanılarak hazırlanan 14/2 maddesine göre "Bir gelir sağlamayı hedef tutmayan veya devamlı olmayan faaliyetlerle TTK m. 17'de tarif edilen esnaf faaliyetleri sınırını aşmayan faaliyetler ticari işletme sayılmaz". Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere gelir sağlamak amacıyla devamlı şekilde faaliyet gösteren bir işletmenin ticari işletme sayılması, işletme içinde yürütülen faaliyetin esnaf faaliyeti düzeyini aşması ile

(5) Ticari işletme teriminin Türk Ticaret Hukukunda ana mefhum olarak kabul edilmesi karşısında, ticari işletmenin kanunda sarahaten tarifinin yapılması gerektiği hususundaki görüş için bkz. EREM, Turgut S., Ticaret Hukuku Prensipleri, Cilt I, Ticari İşletme, İstanbul, 1962, s. 67; POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 1998, s. 31; Aksi görüş için bkz. TOKSAL, Baki, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Cilt I, Ankara, 1986, s. 131; Yazara göre, ticari işletme için pozitif kaynaklı bir tarifin yapılmaması gerçekte faydalıdır. Bu suretle, kavramın her toplumsal yer ve devre için aynı canlılıkta kalması imkânı elde tutulur. Kavram teknik ve toplumsal değişimlerle eskimez ve tazeliğini muhafaza eder. Tariften ziyade bir "tanımlama metodu"yla yetinilmesi, ekonomik oluşum halindeki Türkiye için daha uygundur.

(6) BİRSEL, Mahmut Tevfik, Ticari İşletme Hukuku, Cilt I, İzmir, 1970, s. 67.

(7) Ticari işletme tanımının tüzüğe bırakılması hususunda öğretilde yapılan eleştiriler için bkz. POROY/YASAMAN, s. 32; İMREGÜN, Oğuz, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul, 1987, s. 10; Yazara göre, ticaret hukukumuzun esasını teşkil ettiği açıkça beyan edilen "ticari işletme" kavramının açık ve seçik olarak kanunda tanımlanmamış olması büyük bir eksikliktir. Ayrıca, kanun hükümlerini aşacak nitelikte bir temel hükmün tüzükte yer alması da yasa yapma tekniği açısından büyük ölçüde sakıncalıdır.

(8) Ticari işletme teriminin tanımı İsviçre Borçlar Kanununda da sarahaten yapılmamıştır.

mümkündür⁽⁹⁾. Bir ticari işletmenin varlığı için işletmenin çapının veya faaliyet yoğunluğunun belli bir sınırı aşması gerekir ki; bu sınır “esnaf işletmesi”dir. Büyüklüğü ve sürümü esnaf işletmesi sınırını aşamayan bir işletme, ticari işletme sayılamaz.

B- Ticari İşletmenin Unsurları

a- Gelir Sağlamayı Hedef Tutma

Türk, İsviçre ve Alman Hukukuna göre, bir işletmenin ticari nitelik kazanabilmesi için aranan ilk şart, o işletmenin bir ticari metot ve organizasyon dâhilinde iktisadi faaliyette bulunuyor olmasıdır. Gelir sağlamayı hedef tutmayan yani iktisadi menfaat teminine yönelik olmayan müesseseler ticari işletme sayılmazlar⁽¹⁰⁾.

İktisadi faaliyet, yapılan işletmecilik faaliyetiyle gelir sağlamanın hedef edinilmiş olmasıdır. Ancak amacın gerçekleştirilmesi şart değildir⁽¹¹⁾. Bu husus, TST 14/II maddesinde açıkça ifade edilmiştir⁽¹²⁾.

b- Devamlılık

Bir iktisadi işletmenin ticari işletme olarak değerlendirilebilmesi için sürekli gelir sağlamayı amaçlayarak faaliyette bulunması gerekir. Bu bağlamda gelir sağlamaya yönelik aktivite, arızı değil devamlı olmalıdır⁽¹³⁾. TST m. 14/2’de sözü edilen devamlılık unsuru⁽¹⁴⁾, (ticari) işletme içinde yürütülen faaliyetle ilgilidir. Buna göre devamlılık unsuru, tek sefere mahsus, tesadüfî nitelikteki faaliyetlerin,

(9) ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 1997, s. 18.

(10) www.hukuki.net (indirme tarihi:10.04.2008)

(11) TEKİL, Fahman, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 1990, s. 110

(12) KARAHAN, Sami, Ticari İşletme Hukuku, Konya, 1997, s. 19; Bundan dolayıdır ki, hayri, sportif, kültürel ve bedii maksatlarla icra edilen faaliyetler iktisadi faaliyet sayılmaz.

(13) TEKİL, s. 110

(14) ARSLANLI, TST m. 14/II yi göz ardı ederek bu unsuru TTK m. 12’de ki uğraşmak teriminden çıkarmaktadır. Yazara göre uğraşmak terimi devamlılığı zımnen içermektedir. Bkz. ARSLANLI, s. 19-20

hacmi ne kadar büyük olursa olsun, bir ticari işletmeyi meydana getirmeyeceğini göstermektedir.

c- Bağımsızlık

İsviçre Ticaret Sicil Tüzüğünde zikredilen, fakat Türk ve Alman mevzuatlarında açıkça zikredilmeyen bağımsızlık unsurunun bir işletmenin ticari nitelik kazanabilmesi için gerekli olduğu hususu her üç hukuk düzeninde de kabul edilmiştir⁽¹⁵⁾. Bu bağlamda bağımsız çalışmadıkları için ticari vekil ve ticari mümessil gibi kimseler tacir olamazlar. Bilindiği üzere tacir tanımında ticari işletmeyi kısmen da olsa kendi adına işletmek unsuru vardır⁽¹⁶⁾.

d- Esnaf Faaliyeti Sınırını Aşmak

Bu şart TTK m. 13, m. 14, m. 17, m. 1463, TST m.14/2, m. 15 ve 86/10313 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesinden kaynaklanmaktadır. Hangi işletmenin esnaf işletmesi sayılacağı TTK m. 17 ve m. 1463 ile düzenlenmiştir. TTK m.17'ye göre "esnafın iktisadi faaliyeti nakdi sermayeden çok bedeni çalışmaya dayanmalı ve kazancı ancak geçimini sağlayacak derecede az olmalıdır". 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu da bu doğrultuda bir düzenleme getirmiştir⁽¹⁷⁾.

TTK m. 1463 Bakanlar Kuruluna esnaf sınırını belirlemek için kararname çıkarma yetkisi vermiş, Bakanlar Kurulu da 25.01.1986 gün ve 86/10313 sayılı kararnameyi yürürlüğe koymuştur.

Sonuç olarak belirtmek gerekirse, bir işletme Bakanlar Kurulu Kararnamesinde belirtilen sınırı aştığı ölçüde ticari işletme olarak kabul edilecektir. Bu ba-

(15) POROY, Reha, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 1984, s. 36; KARAYALÇIN, s. 160; KARAHAN, s. 22; Yazara göre her ne kadar mevzuatımızda açıkça zikredilmemiş olsa da 5590 sayılı Ticaret Sanayi Odaları ve Borsaları Kanunu m. 9/3'ün mefhumu muhalefeden ticari işletmenin bağımsız nitelik taşımasının gerekli olduğu şartı kolaylıkla çikartılabilir.

(16) TEKİL, s. 110.

(17) Bkz. 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu m. 3/a.

kımdan TTK m.11/1 uyarınca ticari işletmenin varlığından söz edebilmek için iki koşul söz konusu olmaktadır:

1-Koşul: Ticarethane, fabrika, veya ticari şekilde işletilen diğer müesseselerden olmak,

2-Koşul: Bakanlar Kurulu Kararnamesinde belirtilen esnaf işletmesi sınırlarını aşmak⁽¹⁸⁾.

C- TTK'YA GÖRE TİCARİ İŞLETME TÜRLERİ

TTK m.11/1'de, ticarethane, fabrika veya ticari şekilde işletilen diğer müesseselerin, ticari işletme sayılacağı hükme bağlandıktan sonra ticari işletmenin tanımı ve unsurları üzerinde durulmadan, doğrudan ticari işletmenin türlerinden söz edilmiştir.

TTK m.12'de hangi tür işlerle uğraşan müesseselerin, ticarethane sayılacağı gösterilmişse de uygulama ve öğretilerde bu durum mutlak manada anlaşılmakta, TTK m.12 de sayılan faaliyetlerden biriyle uğraşan bir kimsenin faaliyetinin esnaf düzeyini aşmadığı müddetçe işletmesinin ticari işletme niteliği olmadığına kanıtlanabileceği kabul edilmektedir⁽¹⁹⁾.

TTK m.12/I de ticarethane sayılan haller tadadi şekilde sayılmış, keza, TTK m.11/I de ticari işletme olarak kabul edilen fabrika da bu işletmenin işletilmesinden ibaret olan fabrikacılık terimiyle TTK m.12/son da tanımını bulmuştur. Bununla beraber, her ne kadar kural olarak fabrikacılık, esnaf faaliyeti sınırını aşar ise de somut olayda ki özellikler, üretim faaliyetinin, esnaf işletmesi boyutunda kalıp kalmadığının da araştırmasını gerekli kılabilir⁽²⁰⁾.

(18) BAŞTUĞ, İrfan/ERDEM, H. Ercüment, Ticari İşletme Hukuku (Ders Notları), Ankara, 1993, s. 21.

(19) Yargıtay 11. H.D. 03.02.1975 T. 1975/563 E. 1975/700 K. sayılı kararı. Ayrıca bkz. ARKAN, s. 23-24.

(20) ARKAN, s. 29

TTK m. 12 ye göre ticarethane veya fabrika olarak nitelendirilmeyen diğer müesseselerin yerine göre ticari müessese sayılabileceği TTK m.13 de kabul edilmiştir. Ancak, TTK m.13 öğretilerde çeşitli bakımdan eleştiriye maruz kalmış, işletmenin önem ve hacminin, işletmeye, ticari ve sınıfl bir işletme şekil ve niteliğini verip vermediğinin neye göre saptanacağı hususu sorgulanmıştır⁽²¹⁾.

Öğretilerde bir görüşe göre⁽²²⁾; TTK m. 1463/II ye dayanarak kabul edilen 1986 sayılı Kararnameden sonra TTK'nın 12 ve 13. maddelerinde yer alan hükümlerin pratik bir önemi kalmamıştır. İşletme ister TTK m. 12, ister TTK m. 13 de gösterilen alanlarda çalışsın, önemli olan yürütülen faaliyetin kapsamının esnaf düzeyini aşp aşmadığıdır. Bu husus ise 1986 tarihli Kararnamedeki ilkelere göre belirlenmektedir.

II- TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDA TİCARİ İŞLETME

Yukarıda da belirtildiği üzere yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu ticaret hukukunun ana unsuru olan ticari işletme kavramını tanımlamamış, bunun menfi tanımını Ticaret Sicil Tüzüğüne bırakmıştır. TST tanımında -bağımsızlık unsuru dışında- İsviçre Ticaret Sicil Tüzüğü'nü esas almıştır. Türk Hukuk öğretisi ise, çoğunluk itibarıyla, kanunda ticari işletme tanımı yapılmaksızın sadece ticari işletme türlerinin neler olduğunun belirtilmesi hususunu eleştirmiş ve ticari işletmenin unsurlarını açıklayarak bir tarif yolunu benimsemiştir.

1956 yılından beri yürürlükte olan Türk Ticaret Kanunu yerini şu sıralar tasarı halinde olan yeni kanuna bırakmaya hazırlanırken, acaba tasarı hükümleri, elli yıldan beri tenkite tabi tutulan yürürlükteki kanun hükümlerine yapılan eleştirileri karşılayabilmekte midir? Kanaatimizce ticari işletme ile alakalı eleştiriler yönünden bu soruya "evet" cevabı vermek gerekmektedir.

(21) Bkz. ARKAN, s. 29

(22) ARKAN, s. 30

Türk Ticaret Kanunu Tasarı ticari işletme ile alakalı çok net ve kısa bir yol izleyerek bu hususu tek maddede ele alarak halletme yolunu benimsemiştir. Bu konuda yürürlükteki kanuna yapılan en büyük eleştiri olan ticari işletmenin kanuni tanımının yapılmaması durumunu ortadan kaldırarak TST'den daha kapsamlı⁽²³⁾ bir tanım yapılmıştır. Tasarı hükmünün verdiği tanıma göre “ ticari işletme, esnaf faaliyeti için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan, devamlı ve bağımsız şekilde icra edilen faaliyetlerin yürütüldüğü işletmedir”. Görüldüğü üzere yukarıda da ticari işletmenin unsurları olarak belirttiğimiz gelir sağlama, devamlılık, bağımsızlık ve esnaf faaliyetleri sınırını aşma unsurlarının tamamı tasarıdaki tanımda yer almaktadır.

Diğer taraftan öğretilde dile getirilen, TTK'nın 12 ve 13 üncü maddelerinin yani, ticari işletme kabul edilen veya öyle sayılan müesseselerin 1986 tarihli kararname karşısında pratik önemlerinin kalmadığı hususundaki eleştiri doğrultusunda bu maddelerdeki hükümlere tasarı metninde yer verilmediği görülmektedir. Kanaatimizce de ticari işletmenin bir tanımının yapılmasından sonra hangi müesseselerin ticari işletme sayılacağına ayrıca belirtilmemesi yerinde olmuştur.

TTK m. 1463/2'de Bakanlar Kurulu'na verilen esnaf işletmeleri sınırını belirleme yetkisi tasarinın 11/2 maddesinde tekrar ele alınmış, bu anlamda çok fazla bir farklılığa gidilmemiştir. Yine ticari işletme ile esnaf işletmeleri arasındaki sınır, Bakanlar Kurulunun çıkaracağı kararname ile belirlenebilecektir.

Yürürlükteki TTK'da işletmenin devri ile alakalı bir hüküm olmadığından mesele BK m. 179 hükmünce belirlenmektedir. Buna göre; BK m. 179 anlamında devirden söz edebilmek için, işletmenin pasif ve aktif mal varlığı unsurlarının devredilmiş olması gerekir. Ticari işletmenin devri bir devir sözleşmesiyle yapılır. Bu sözleşme TTK da özel bir hükme bağlanmamıştır. BK açısından ise (ticari) işletmenin devri için tek bir sözleşmenin yapılması yeterlidir. Bu sözleşme kural olarak bir şekilde bağlanmamıştır (BK m. 11/1). Ancak ticari işletme içinde, devri

(23) TST'de belirtilmeyen bağımsızlık unsuruna da değinilmiştir.

kanunen özel bir şekle bağlanmış unsurlar var ise, bunların devri için bu özel şekle uyulması gerekir⁽²⁴⁾.

Bu hususta TTKT ticari işletmenin bütün halinde devredilebileceği hükmüne yer vermiştir. Tasarı hükmüne göre “Duran malvarlığı, işletme değeri (peştemaliye), kiracılık hakkı, ticaret unvanı ile diğer fikri mülkiyet hakları ve sürekli olarak işletmeye tahsis olunan unsurlar aksi öngörülmedikçe devir sözleşmesine dâhil sayılır⁽²⁵⁾”.

Ticari işletmenin devri sonucunda, kural olarak, işletmeye daimi şekilde tahsis olunan tüm unsurların devralana geçeceği kabul edilmiştir. TTK m. 11/II de ticari işletmeye dâhil olan unsurlar tadat edilmiştir. Ancak taraflar devir sözleşmesine hüküm koymak suretiyle, münferit bazı unsurları devir kapsamı dışında tutabilir.

Tasarı metnine baktığımızda TTK m.11/3’de tadadi şekilde sayılanlar işletmenin unsurları şeklinde değil de aksi öngörülmedikçe işletmenin kapsamına girecek olan şeylerdir. Kanaatimizce bu sayma ile öğretide kiracılık hakkı ile ilgili tartışmaya da nokta konmuş olmaktadır⁽²⁶⁾.

Son olarak tasarı metninde devir sözleşmesinin yazılı olacağı kuralı öngörülmüştür. Yukarıda da belirtildiği üzere Borçlar Kanunu hükümlerince hazırlanan devir sözleşmesinde yazılı şekil şartı aranmamaktaydı.

III- TÜRK TİCARET KANUNUNDA TACİR

1- Genel Olarak

Ticaret Kanunumuz Tacir kavramından hareket etmek suretiyle ticaret hukukunu düzenlemiş olmayıp temel kavram olarak ticari işletmeyi almıştır. Bunun-

(24) ARKAN, s. 40; Örneğin ticari işletme içinde taşınmaz varsa, bunun devri için resmi senet düzenlenmesi gerekir. (TMK m. 706)

(25) Bkz. TTKT. m. 11/III

(26) Tartışmanın içeriği için bkz. ARKAN, s. 42

la birlikte bir çok konu tacir kavramı etrafında düğümlendiğinden Türk Ticaret Kanunu tacir kavramına da geniş yer vermiş ve ayrıntılı düzenlemeler getirmiştir.

Gerçek kişi tacirler açısından ticari işletmenin kısmen dahi olsa işletilmesi esası benimsenirken (TTK m. 14/1) tüzel kişi tacirler açısından durum biraz farklıdır. Tüzel kişi tacirler içinde “ticaret şirketleri” ticari işletme işletip işletmediklerine bakılmaksızın yasa gereği tacir sayılırken; dernekler, gayelerine varmak için bir ticari işletme işlettikleri takdirde ve kamu tüzel kişileri tarafından kurulan teşekkül ve müesseseler ise diğer bazı şartlarla birlikte ticari şekilde işletildikleri takdirde tacir olarak kabul edilmişlerdir (TTK. m. 18)⁽²⁷⁾.

2- Gerçek Kişi Tacirler

A- Tacirin Tarifi

Türk Ticaret Kanunu gerçek kişi taciri şöyle tarif eder; “Bir ticari işletmeyi, kısmen dahi olsa, kendi adına işleten kimseye tacir denir⁽²⁸⁾”. Bu hükme göre bir gerçek kişilerin tacir olabilmesi için bazı şartların mevcut olması lazım gelir.

B- Tacir Sifatının Şartları

a- Ticari İşletmenin Mevcut Olması

Tacir sıfatının kazanılabilmesi için gerekli olan ilk koşul, bir ticari işletmenin mevcudiyetidir. İstisnai olarak bazı hallerde bir ticari işletme mevcut olmasa bile ticari işletme açmışçasına işlemlerde bulunan kişi iyiniyetli üçüncü şahıslara karşı tacir gibi sorumlu olur. Gerçekten de TTK m. 14/3 de “Bir ticari işletme açmış gibi.....muamelelerde bulunan kimse hüsnüniyet sahibi üçüncü kişilere karşı tacir gibi mes’ul olur” hükmüne yer vermiştir. Bu hükmün “ticaret hayatında vaki suistimalleri önlemek maksadıyla” konulduğu anlaşılmaktadır⁽²⁹⁾. TTK m.

(27) BAŞTUĞ-ERDEM, s. 70

(28) TTK m. 14/1

(29) EREM, s. 91.

14/3 uygulamasında sadece tacir gibi mes'ul olma durumu hâsıl olur, yoksa tacir sıfatı doğmaz⁽³⁰⁾.

b- Ticari İşletmenin İşletilmesi

Tacir sıfatının ikinci şartı ise ticari işletmenin işletmeye açılmış olmasıdır. Kanun bu hususta da bir istisna kabul etmiştir (TTK m. 14/2). Buna göre, henüz fiilen müşterilerle temasa geçmemiş bir işletmenin kurulup açıldığı çeşitli ilan vasıtaları ile halka bildirilmiş veya işletme, ticaret siciline kaydettirilmiş ise, diğer unsurlar olmak şartıyla tacir sıfatı alınabilir. Poroy "Kanun bu hususta 'tacir sayılır' terimini kullanmış olmakla beraber, tacir ile ilgili bütün hükümlere tabi olduktan sonra tacir olmakla sayılmak arasında fark gözetmenin faydası yoktur." Demektedir⁽³¹⁾.

c- İşletme Faaliyetinin Kendi Adına (Kısmen de Olsa) Olması

Tacir sıfatının kazanılması için aranan üçüncü ve son unsur, işletme faaliyetlerinin kendi adına gerçekleştiriliyor olmasıdır. İşletmenin tamamının kendi adına işletiliyor olması gerekli değildir. İşletme bir yandan kendi adına işletiliyor iken, diğer yandan ortak sıfatını haiz kişiler adına da işletiliyor olabilir. Kanun koyucu bu iradesini yanlış anlamalara da sebebiyet verebilecek 'kısmen dahi olsa kendi adına işleten kimse' diyerek açıkça ortaya koymuştur (TTK m. 14/1)⁽³²⁾.

C- Özel Durumlar

TTK m. 14'de tacir olabilme şartları böylece belirlendikten sonra TTK m. 15'de de tacirlik sıfatındaki özel durumlar belirlenmiştir. Buna göre küçük ve kısıtlı hakları kullanma ehliyetine sahip olmadıkları için, ticari işletmeye sahip oldukları takdirde, bu işletmenin bunlar adına veli veya vasileri tarafından işletil-

(30) POROY, s. 91; Aksi görüş için Bkz. ARSLANLI, s. 44, BİRSEL, s. 114; Yazar, TTK m. 14/3'ü dış görünüş nazariyesine dayanmaktadır.

(31) POROY, s. 93-94

(32) "Kısmen dahi olsa" ibaresi öğretilerde yazarlar tarafından eleştirilmiş ve maksadı ifade etmekte yetersiz olduğu ifade edilmiştir. Bkz. İMREGÜN, s. 30-31; POROY, s. 94.

mesi gerekir. Bu şartla tacir sıfatını alırlar. Kanuni mümessil bulunmadan bir anlamda izinsiz şekilde ticari işletme işleten küçük ve kısıtlıların tacir sayılmaları mümkün değildir⁽³³⁾. Zira bunların yapmış oldukları işlemler kendilerini bağlamaz. Ancak bununla beraber kanuni mümessil de ceza hükümleri bakımından tacir gibi mes'ul olur (TTK m. 15). Bundan anlaşılıyor ki, TTK'nın küçük ve kısıtlılara tanıdığı tacir sıfatı istisnai ve sınırlıdır. Küçük ve kısıtlı tacir sıfatını kazandığı halde, tacirlere ait mükellefiyet ve mesuliyetlerin bir kısmından muaf tutulmuştur.

D- Ticaret Yapması Yasaklanmış Kişilerin Tacir Sıfatı

TTK m. 16'da düzenlenen konu bir kimsenin veya resmi makamın iznine bağlı olan işlerde, bu izin alınmasa dahi ticari işletmenin işletilmesi halinde, tacir sıfatının kazanılacağıdır.

Gerçekten de m. 16/I uyarınca kişisel durumu, yaptığı işlerin niteliği veya meslek ve görevleri itibariyle kanuni veya kazai bir yasağa aykırı olarak veya başka bir kimsenin iznine, resmi bir makamın ruhsatına gerek olup da, bu izin ya da ruhsatı almadan ticari işletme işleten kişi de tacir sayılır.

Bütün bu hallerde, yasağa rağmen bir ticari işletme işletilirse -mani dışında diğer şartların varlığı halinde- kişi tacir sıfatını alır, fakat bu hareketin doğurduğu hukuki, inzibati veya cezai sorumluluk saklıdır (TTK m. 16/II).

Öğretide TTK m. 16'da, TTK m.14/3'den farklı biçimde tacir gibi mes'ul olmaktan değil, TTK m. 14/2'deki gibi tacir sayılmadan söz edilmesi karşısında, bu kişilerin tacir olmanın sağladığı haklardan da yararlanabileceklerini kabul etmek gerektiği belirtilmiştir⁽³⁴⁾. Buna karşın, kanunun bu sistemi, bazı kişilerin, unsur eksikliğinden faydalanarak tacir sıfatını ve bu sıfatın getirdiği sorumlulukları haksız olarak bertaraf etmelerini önlemek gayesiyle kabul edildiğini dile geti-

(33) KARAHAN, s. 74; Ayrıca bkz. ARSLANLI, s. 46; EREM, s. 174; ARKAN, s. 109

(34) ARKAN, s. 111.

ren Poroy “Kanundan veya kanunun verdiği bir yetkinin kullanılmasından doğan bir yasağa rağmen bir faaliyetin icra edilince, icra edenin sorumluluğuna gitmenin tabii olduğunu, fakat, bu sorumluluğu sağlamak gayesiyle, hem nimet hem de külfet taşıyan bir sıfatın gerçekleştiğini kabul etmek ve böylece o kişiyi nimetlerden de faydalandırmak sakat bir görüş olduğunu, bu yüzden tacir sıfatı verileceğine tacir gibi sorumlu olacaklarının kabul edilmesi gerektiğini” belirtmektedir⁽³⁵⁾.

3- TÜZEL KİŞİ TACİRLER

A- Tacir Sıfatının Genel Olarak İktisabı

Tüzel kişinin tacir sıfatını düzenleyen TTK m. 18, ticaret şirketlerini şekil bakımından tacir saymış, diğer tüzel kişilerde ise gerçek kişilere benzer olarak bir ticari işletme işletmek veya “ticari şekilde işletilmek” gibi munzam şartlar aramıştır. Bu sebeple, ticaret şirketinin hukuka uygun olarak teşekkül etmeleri ve son bulmaları tacir sıfatının da başlangıcı ve sona ermesi demektir. Diğer tüzel kişiler ise, kendi açılarından aranan şartlar tahakkuk ettiği takdirde tacir sıfatını iktisap ederler ve bu sıfatı gerekli şartların ortadan kalkması ile kaybederler. Bu sonuncu hallerde, iyiniyet sahibi üçüncü kişilere karşı tacir sıfatının son bulduğunun ileri sürülmesi aynen gerçek kişi tacirlerde olduğu gibidir.

Arkan “TTK m. 18/1 deki hükme dayanarak, sadece bu maddede sayılan tüzel kişilerin tacir sıfatını taşıyacaklarını iddia etmek, isabetli olmaz. Gerçek ve tüzel kişilerin hangi koşullar altında tacir sıfatını kazanacaklarını gösteren temel hüküm (ticari işletmenin belli bir kişi adına işletilmesi), TTK m. 14/2 de yer almaktadır. Bu durum karşısında, TTK m. 18/1’in hangi tüzel kişilerin tacir sayılacaklarını göstermek amacıyla değil, TTK m. 14/1’deki genel hükme istisna teşkil eden bazı hususları düzenlemek üzere kabul edildiğini söyleyebiliriz.” demekte-

(35) POROY, s. 98

dir⁽³⁶⁾.

Bütün bu söylenenlerden sonra, TTK m. 18/1 de gösterilmemekle birlikte ekonomik hayatta önemli bir yeri bulunan ticari işletme işleten vakıfları da, TTK m.14/1 ışığı altında tacir saymak gerekir⁽³⁷⁾.

B- Tacir Sayılan Tüzel Kişiler

a- Ticaret Şirketleri

Ticaret şirketleri tacirdir. Dolayısıyla, Ticaret Kanununda ticaret şirketi olarak düzenlenmiş, kollektif, adi ve paylı komandit, anonim ve limited şirketler tacir sıfatını haizdir (TTK m. 18). Öğretide bir görüşe göre, önceden TTK 485-502 maddeleri arasında düzenlenmiş olan Kooperatifler, Ticaret Kanunundan çıkarılıp ayrı bir kanunla düzenlenmiş olduklarından artık ticaret şirketi ve dolayısıyla tacir sayılmazlar⁽³⁸⁾. Bu görüşe karşı olarak ise, ortakların menfaatlerini, karşılıklı yardım ve kefalet yoluyla sağlayıp koruma yönündeki faaliyeti de kooperatifi, şirkete yaklaştırdığına, ticari şirketleri sayan bu arada kooperatifleri de ticaret şirketi olarak kabul eden TTK m. 136'nın, Kooperatifler Kanunu ile değiştirilmemiş olduğuna işaret edilerek, kooperatiflerin hâlâ ticaret şirketi niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür⁽³⁹⁾. Dolayısıyla ticari şirket olan kooperatifler de - kimilerine göre ticari işletme işletmek şartıyla⁽⁴⁰⁾ - tacir sıfatına haizdir.

Ticaret şirketleri, tüzel kişilik kazandıkları andan itibaren tacir sıfatına da haiz olurlar. Ticaret şirketleri, ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazandıklarından tescil tarihlerinden itibaren tacir sıfatını da kazanmış olurlar.

(36) ARKAN, s. 112-113

(37) ARKAN, s. 113

(38) KARAHAN, 76; Ayrıca bkz. İMREGÜN, s. 33.

(39) ARKAN, s. 115, Benzer düşünce için bkz. POROY, s. 100, SAKA, Zafer, Ticaret Hukuku, Ticari İşletme, İstanbul, 1998, s. 105

(40) SAKA, s. 105; Yazara göre; Kooperatifler, Kooperatifler Kanununda "oluşum" (teşekkül) biçimiyle adlandırılmıştır (m. 1). Ancak özellikle, gerek kooperatifleri de ticaret ortaklıkları arasında gösteren yürürlükteki TTK düzenlemesi ve gerekse Kooperatifler Kanunu'nun bu kanunda karşıt açıklama olmayan konularda TTK'daki anonim ortaklıklara ilişkin kuralların uygulanacağını öngörmesiyle, ticari işletme işleten kooperatifleri tacir saymayı sürdürmek uygun olacaktır (Koop. K. m. 98, TTK. m. 1/2, 18/1, 136, TMK. 1/1)

b- Ticari İşletme İşleten Dernekler

Kural olarak dernekler iktisadi bir amaç için kurulamazlar. Böyle bir amaç için kurulduklarında şirketler hakkındaki hükümlere tabi olurlar. Bununla birlikte dernek, gayesine varmak için bir sanat icra edebilir. Bir başka deyişle ticari işletme işletebilir. İşte gayesine varmak için ticari işletme işleten derneklere gerçek kişilere benzer şekilde tacir sıfatını kazanırlar. Gayesine ulaşmak için ticari işletme işleten dernekler işletmelerini ticaret siciline kaydettirmekle mükelleftirler.

Diğer taraftan her ne kadar Ticaret Sicil Tüzüğü de “gayesine varmak için ticari bir işletme işleten derneklere ait işletmelerin tescil...” edileceğini hükme bağladığı (TST m. 12), bu bağlamda, sicile kaydedilecek olan müessesenin derneğin kendisi olmayıp dernek tarafından gayesine varmak için işletilen ticari işletme olduğu, bu sebeple de tacir sayılacak olanın, derneğin kendisi olmayıp derneğin işlettiği ticari işletme olması gerektiği düşünülebilirse de kanunun açık hükmü karşısında derneğin kendisini tacir kabul etmek gerektiği kanaatindeyiz.

Kanunda bu hükmün bir istisnasına da rastlanmaktadır. Buna göre, “umumi menfaate hadim cemiyetler⁽⁴¹⁾” ticari işletmeyi ister doğrudan doğruya, ister amme hukuku hükümlerine göre idare edilen ve işletilen bir hükmi şahıs eliyle işletsinler, kendileri tacir sayılmazlar (TTK m. 18/2).

Tüm bunlardan sonra yukarıda da belirtildiği üzere kanunda yer almakla birlikte ideal gayesini gerçekleştirmek için ticari işletme işleten vakıfların da tacir sayılması gerekmektedir.

c- Kamu Tüzel Kişileri Tarafından Kurulan Teşekkül ve Müesseseler

Devlet, vilayet ve belediye gibi kamu tüzel kişileri tarafından kurulan teşekkül ve müesseseler de tacir sayılırlar. Ancak bunun için iki şarttan birinin⁽⁴²⁾ gerçekleşmesi, yani bu işletmelerin kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk

(41) Kanunun aynı maddenin birinci fıkrasında ‘dernek’, ikinci fıkrasında ise ‘cemiyet’ terimini kullanması dikkat çekicidir.

(42) POROY’a göre ‘veya’ yerine ‘ve’ edatının konulması ve her iki şartın birlikte aranması doğru olurdu. Bkz. s. 101

hükümleri dairesinde idare edilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere kurulmuş olmaları gereklidir (TTK m. 18/1).

d- Donatma İştiraki

Donatma iştiraki, birden ziyade şahsın müşterek mülkiyet şeklinde sahip oldukları bir gemiyi, aralarında yapmış oldukları akit gereğince, cümlesi nam ve hesabına deniz ticaretinde kullanılması halinde mevcuttur (TTK m. 951).

Donatma iştirakinin tüzel kişiliği yoktur. Buna rağmen TTK m. 19'da tacirlere ilişkin hükümlerin donatma iştiraki hakkında da uygulanması öngörülmüştür. Böylece donatma iştiraki bir tüzel kişi gibi işlem görmektedir.

IV- TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDA TACİR

Yürürlükteki Ticaret Kanunu gibi tasarı halindeki kanun metni de ticaret hukukumuzu düzenlerken ticari işletme kavramını esas almış olmakla birlikte tacir kavramına geniş yer vermiş ve ayrıntılı olarak düzenlemiştir.

Keza, gerçek kişi tacirlerin ve tüzel kişi tacirlerin düzenlenişi yönüyle de yürürlükteki kanun ile tasarı halindeki kanun arasında bir ayniyetin varlığı dikkat çekmektedir. Bu bağlamda gerçek kişi tacirler açısından ticari işletmenin işletilmesi aranırken, yukarıda da belirtildiği üzere, öğretice maksadı ifade etmekte yetersiz olmakla eleştirilen 'kısmen dahi olsa' ibaresine yer verilmiştir. Tüzel kişi tacir için de ticari şirketlerin ticari işletme işletip işletmediğine bakılmaksızın tacir sayılması, derneklerin gayelerine varmak için bir ticari işletme işlettikleri takdirde ve kamu tüzel kişileri tarafından kurulan teşekkül ve müesseselerin diğer bazı şartlarla birlikte ticari şekilde işletildikleri takdirde tacir olarak kabul edilecekleri olgularında, ifadelerin sadeliğinin ötesinde, bir yenilik dikkati çekmemektedir.

Tasarı metni yine yukarıda belirtildiği üzere tacir sıfatında aradığı "ticari işletmenin mevcut olması" şartını aradıktan sonra yürürlükteki kanundaki istisna-

ya yer vermiş ve m. 12/3’de “bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister bir şirket veya ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimsenin, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olacağı” hükmüne yer vermiştir.

Yukarıda tacir olmada ikinci şart olarak incelediğimiz ticari işletmenin işletilmesine yer verildikten sonra yine bir istisna niteliğinde olan, “tacir gibi sayılma”dan bahsetmiştir.

TTKT m. 13’de yürürlükteki TTK’nın sadeleşmiş halini görmekteyiz. Bu bağlamda küçük ve kısıtlılar haklarını kullanmak ehliyetini haiz olmadığından ticari işletmeleri veli ve vasileri tarafından işletilir. Bu durumda veliler ve vasiler tacir kabul edilmeyip tacir sıfatı temsil edilene ait olmaktadır. Bununla beraber kanuni temsilci ceza hükümleri bakımından tacir gibi sorumlu kabul edilmiştir.

TTKT m. 14 yine bir sadeleştirme çabasının ötesine geçememiş olup kişisel durumları sebebiyle izin ve ruhsat almaları gerekirken bunları yapmaksızın ticari işletme işletenler tacir sayılmış, fakat bu hareketin doğurduğu hukuki, inzi-bati ve cezai sorumluluk saklı tutulmuştur.

TTKT m. 16’da tüzel kişilerin tacirlik unsuru ele alınmıştır. Ticari şirketlerin tacirlik vasfı aynen kaleme alınırken yürürlükteki halinde olduğu gibi derneklerin işlettikleri ticari işletmeler tacir olarak sayılmamış derneklerin kendilerinin tacir olacakları hükme bağlanmıştır. Son olarak Donatma İştiraki hakkında da bir yeniliğe gidilmeyerek bunlara da tacirlere ilişkin hükümlerin uygulanacağı TTKT m. 17’de belirtilmiştir.

Tüm bu belirtilenlerden sonra yakın zamanda yürürlüğe girmesi muhtemel olan TTKT ile yürürlükteki TTK’nın tacir kavramını düzenleyen hükümlerini karşılaştırdığımızda -ticari işletme kavramındakinin aksine- fazlaca bir yenilik görülmemektedir. Bu bağlamda belirlenmesi gereken husus tasarı hükümlerinin yürürlükteki yasa hükümlerinin dil olarak sadeleşmesinden ibaret olduğudur.

Bununla beraber varlığı üzerinde durulması gerek iki değişikliğe de dikkat çekmek gerekmektedir. Buna göre; bunlardan ilki; amacına ulaşmak için bir işletme işleten vakıfların da artık tacir sayılacakları ile TTK'nın 18 inci maddesinin ilk fıkrasında 'dernek' ibaresi kullanıldıktan sonra ikinci fıkrada aynı teşekkül için 'cemiyet' ibaresinin kullanılmasıyla meydana gelen kavramsal düzensizliğin her iki fıkrada da 'dernek' demek suretiyle giderilmesidir.

Diğer taraftan, tasarıda tacir olmanın hükümlerinin düzenlendiği 18 inci maddede çok önemli olduğunu düşündüğümüz bir farklılığı ayrıca belirtmekte fayda mülahaza etmekteyiz. Buna göre yürürlükteki kanunun 20 nci maddesine göre 'tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmek veya mukaveleyi fesih yahut ondan rücu maksadıyla yapılacak ihbar veya ihtarların muteber olması için noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü bir mektupla yahut telgrafla yapılması şarttır' hükmü yer almaktaydı. Kanunda tahdidi olarak sayılmış olan bu şekil şartlarının geçerlilik şartı mı yoksa ispat şartı mı olduğu öğretilerde ciddi şekilde tartışılmış hatta Yargıtay'ın çelişkili kararlarına da temel teşkil etmiştir⁽⁴³⁾. Öğretilerdeki ağırlıklı görüş ise maddedeki "muteber olması için" ibaresinden dolayı buradaki şekil şartının ispat şartı olmayıp geçerlilik şartı olduğu yönündeydi.

Aynı konuyu düzenleyen tasarı m.18/3 de ise 'muteber olması için' ibaresine yer verilmemiştir. Hal böyle olunca geçerlilik şartı olduğu iddiasında ileri sürülen en önemli dayanak noktası da ortadan kalkmış bulunmaktadır. Kanaatimizce şekil şartının geçerlilik şartı olduğu noktasındaki en kuvvetli dayanağa tasarıda yer verilmemesi, belirtilen ihbar ve ihtar şekillerinin geçerlilik şartı olmayıp ispat şartı olduğu iradesinden kaynaklanmaktadır. Diğer taraftan aynı maddede tahdidi olarak sayılan bu şekil şartlarına güvenli elektronik imza da eklenmiştir (m. 18/4).

(43) Ancak Yargıtay Genel Kurulunun 12.03.1997 tarihli kararında maddede belirtilen ihbar ve ihtar şekillerinin geçerlilik şartı olmayıp ispat şartı olduğu belirtilmiştir. Bkz. Yargıtay HGK'nun 12.03.1997 tarih, 1996/11951 E., 1997/178 K. sayılı kararı

V- TÜRK TİCARET KANUNUNDA TİCARET UNVANI VE İŞLETME ADI

1- TİCARET UNVANI

A- Genel Olarak

Ticari işletmenin unsurları olarak TTK m. 11/2'de sayılan ve müşterilerin işletmeye bağlanmalarını sağlamak suretiyle iktisadi değer taşıyan kavramlar arasında ticaret unvanı ve işletme adı da vardır.

Mevzuatımızda ticaret unvanı mefhumunun açık bir tarifi yoktur. Fakat bazı hükümlerin tetkiki suretiyle bu tarifi yapmak mümkündür. Ticaret unvanı, tacirin, ticari işletmesine ilişkin işlemleri yaparken ve bu işlemlerle ilgili senet ve diğer evrakı imzalarken kullandığı isimdir. Ticaret unvanı gerçek veya tüzel kişiyi, ticari işletmenin sahibi olarak belirtir. Ticaret unvanı ayrıca taciri tanıtmaya ve ayrıca onu diğer tacirlerden ayırt etmeye yarar. Ticaret unvanını sadece tacirler kullanabilir; tacir olamayan kişi (esnaf) ticaret unvanı kullanamaz⁽⁴⁴⁾.

B- Ticaret Unvanının Oluşturulması

Ticaret unvanı iki unsurdan oluşur. Bunlar, çekirdek ve ektir. Ticaret unvanının asli unsurunu çekirdek oluşturur. Ek kullanılması kural olarak zorunlu değildir. Ancak, bir unvanda ek kullanılmışsa ticaret unvanı eki de kapsayacak şekilde bir bütün oluşturur ve bu şekilde korunur⁽⁴⁵⁾.

Çekirdek, kanun tarafından her nevi unvan için öngörülmüş şekilde olur. Gerçek kişi tacir ve kolektif ve komandit şirketlerde şahıs ismi esastır. Anonim, Limited, Kooperatif şirketlerde ve tüzel kişi tacirlerde faaliyet konusu esas alınır⁽⁴⁶⁾.

(44) ARKAN, s. 239

(45) ARKAN, s. 240.

(46) POROY, s. 214.

Gerçek kişi tacirlerde ticaret unvanının çekirdek kısmı kişinin kısaltılmadan yazılacak ad ve soyadından oluşur (TTK m. 43/1). Ticaret unvanına TTK m. 48 çerçevesinde ek yapılabilir veya yerine göre bir ek kullanma zorunluluğu söz konusu olabilir. Buna göre aynı sicil dairesinde evvelce tescil edilmiş unvanlardan açıkça ayırt edilecek eklerin konması, benzerlik olması halinde gerekir. Tüzel kişi unvanlarında bu kural Türkiye'nin bütün sicil daireleri bakımından uygulanır. Gerçek kişilerin unvanları memleket çapında ancak haksız rekabet hükümleri ile korunur.

Adi şirketlerin unvanı Ticaret Kanunu ile Borçlar Kanununda düzenlenmemiştir. TTK 20 ve 41 inci maddelerinde tacirlere yüklenen unvan kullanma zorunluluğundan dolayı tacir sıfatını haiz olmamakla birlikte, donatma iştirakine kıyasen adi şirketlerin de unvan kullanmalarının gerekli olduğu belirtilmektedir⁽⁴⁷⁾.

Öğretide bir görüşe göre adi şirket unvanlarında ortaklardan en az birinin ad ve soyadı ile şirketi gösteren ibareye yer verilmelidir. Unvanda birden fazla ortağın adına da yer verilebilmesi mümkündür⁽⁴⁸⁾. Buna karşın diğer bir görüşe göre ise, ayrı tacir sayılan ortakların (TTK m. 14/1) her biri kendi ad ve soyadından oluşan bir ticaret unvanı olarak sicile tescil ettirmek zorundadırlar. Ancak tacir sayılan ortak ad ve soyadından oluşan ticaret unvanına "ortakları" kelimesi de ekleyebilir⁽⁴⁹⁾.

TTK m. 44/1-2 de kolektif ve komandit şirket için unvan öngörülmüştür. Buna göre kolektif şirketin unvanı ortaklardan en az birinin ad ve soyadı şirketin türünün belirtilmesi ile oluşur. Bu tüzel kişinin unvanının çekirdeğidir. Adi ve

(47) KARAHAN, s. 131; Aynı görüş için bkz. POROY, s. 215; ARKAN, s. 241; BİRSEL, s. 145; Aksi görüşte olan Yargıtay ise, adi şirketin unvanı olamayacağını ileri sürmektedir. (Yargıtay 13. H.D. 30.09.1976 tarih, 1976/1762 E, 1976/6242 K sayılı kararı.). Bu yönde ayrıca bkz. BAŞTUĞ-ERDEM, s. 103, Yazarlara göre; adi şirketlerin ticaret unvanı olarak kullandıkları isim "ticaret unvanı" olmayıp "işletme adı"dır.

(48) TEKİL, s. 163; Yazara göre TST m. 18/3 de belirtilen "Türk Ticaret Kanununun hükümlerine uygun bir şirket mevcut olmadıkça bir işletmenin unvanına birden fazla hakiki şahsın adı veya soyadı konulamaz." hükmü TTK karşısında bir hüküm ifade etmemektedir.

(49) ARKAN, s. 241

sermayesi paylara bölünmüş⁽⁵⁰⁾ komandit şirketin unvanı (sınırsız sorumlu) komandit ortaklardan en az birinin ad ve soyadı ile şirketin türünü gösteren bir ibareden oluşur. Bu şirketlerin ticaret unvanlarında (sınırlı sorumlu) komanditer ortakların ad ve soyadlarının bulunması yasaktır.

Anonim şirket unvanı işletme mevzuu gösterilmek ve “anonim şirket” kelimeleri ihtiva edilmek şartıyla serbestçe seçilebilir. TTK, anonim şirketlerde hakiki bir şahsın (pay sahiplerinden veya hariçten) isminin unvanına dâhil edilebileceğini ifade etmektedir. Ancak bu takdirde, şirket nev’ini ibarelerin rumuzla veya kısaltılmış olarak yazılmalarına cevaz verilmemektedir (TTK m. 45/2).

Limited, anonim ve kooperatif şirketlerin ticaret unvanının çekirdek kısmı, işletme konusuyla şirketin türünü gösteren kelimelerden oluşur. Limited şirketlerde şirket tarafından tanzim edilecek mektup ve vesikalarda, şirketin unvanıyla birlikte esas sermaye miktarının da gösterilmesi gerekir (TTK m. 544/2). Limited, anonim ve kooperatif şirketlerin ticaret unvanında yer alan ve şirketin türünü gösteren ibare, unvanda bir gerçek kişinin ad ve soyadı ek olarak yer almadığı takdirde, kısaltılarak yazılabilir.

Gayesine varmak için ticari işletme işleten dernek ve vakıflar ile ticari işletme işleten diğer tüzel kişilerin ticaret unvanı adlarının aynıdır (TTK m. 46/1, TST m. 20/1). Tüzel kişiliği bulunan, bulunmayan, il ve belediye gibi kamu tüzel kişileri tarafından işletilen ve tüzel kişiliği bulunmayan ticari işletmelerin ticaret unvanları ise, kendilerini işleten tüzel kişinin adı ile işletme konusunu gösteren sözlerden teşekkül eder.

C- İşletme Adı

Ticaret unvanının aksine, işletme sahibini göstermeyi amaçlamayan, sadece işletmeyi tanıtmak ve benzerlerinden ayırt etmek için kullanılan bir addır.

(50) EREM'e göre; Kanunun "hisseli komandit" tabiri yerine bu uzun ve muğlak ibareyi tercih etmesi gariptir. Bkz. EREM, s. 175, dn. 9

Ticaret unvanını sadece tacirler kullanabilirken, işletme adı esnaflar tarafından da kullanılabilir (TTK. m. 17/2). İşletme adı TTK m. 55 ile TST m. 23 tarafından düzenlenmiş ve ticaret unvanına ilişkin hükümlere yollamada bulunmak suretiyle ortaya konulmuştur.

Gerek tacir ve gerekse esnaflar tarafından işletme adı kullanılması zorunlu değildir. İşletme adı kullanılmaya karar verilmesi halinde işletme sahibi işletme adını dilediği gibi oluşturmakta serbesttir. Diğer taraftan, tescil ile ilgili hususlar hakkında TTK m. 40 ve TTK m. 53 hükümleri işletme adı içinde uygulama alanı bulur (TTK m. 55).

VI- TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDA TİCARET UNVANI VE İŞLETME ADI

Yürürlükteki kanunda olduğu gibi tasarı metninde de ticaret unvanı kavramının açık bir tarifi yapılmamıştır. TTKT m. 39/1’de ticaret unvanının kullanma zorunluluğundan bahsedilmiş, aynı maddenin ikinci fıkrasının son cümlesinde yürürlükteki kanunda yer verilmeyen bir hükme yer verilmiştir. Buna göre; “tacirin kullandığı işletmeyle ilgili belgelerin, sicil numarası, ticaret unvanı, merkezi, tacir sermaye şirketi ise sermaye miktarı ve ayrıca web sitesi adresi ve numarasının gösterilmesi” öngörülmüştür.

Ticaret unvanı, tasarı hükümlerinde de, çekirdek ve ek olmak üzere iki unsurdan oluşturulmuş ve fakat TTK m. 43/2 deki ek kullanma zorunluluğu ile ilgili önemli bir değişikliğe gidilmiştir. Yukarıda da belirtildiği üzere daha önce ticaret unvanına aynı sicil dairesinde daha evvel tescil edilmiş olan unvanlardan açıkça ayırt etmeye yarayacak ilavelerin yapılması mecburiydi. Sicil dairelerinin farklı olması durumunda ise haksız rekabet hükümlerine dayanılarak ülke çapında hak arama yoluna gidilebiliyordu. Meselenin tüzel kişi tacirlere bakan yönü ise daha farklıydı. Buna göre ise; unvanların Türkiye’nin herhangi bir sicil dairesinde daha önce tescil edilmiş olan bir unvandan ayırt edilebilmesi için ek almak zorunluydu. Yani koruma gerçek kişi tacirlerde olduğu gibi aynı sicil bölgesiyle değil, tüm

ülke geneline şamildi.

TTK m. 43/2’de belirtilen hükmün tasarıda aynı konuyu düzenleyen 41 inci maddesinde yer almaması, TTK da müşterek hükümler başlığı ile düzenlenen 47 nci maddesinin karşılığı olan ve ortak hükümler başlığı ile kendini gösteren TTKT m. 45’de, TTK m. 47/1 deki atıf hükmüne yer verilmemesi ve nihayet TTK m. 47/2 deki “bir hükmi şahsın ticaret unvanına” ibaresinin TTKT m. 45/1 de “bir ticaret unvanına” şeklinde değiştirilmesi göstermektedir ki daha önce var olan gerçek kişi unvanlar aleyhine var olan farklılık ortadan kaldırılarak artık Türkiye’nin herhangi bir sicil dairesinde daha önce tescil edilmiş bulunan diğer bir unvandan ayırt edilmesi için gerekli olduğu takdirde -gerek gerçek kişi tacirlerin ticaret unvanına, gerekse tüzel kişi tacirlerin ticaret unvanına -ek yapılması gerekecektir.

Diğer taraftan TTKT’de yürürlükteki kanuna paralel olarak adi şirketlerin unvan kullanmaları ile ilgili düzenleme yapılmamıştır.

TTK m. 44’ün karşılığı olarak düzenlenmiş olan TTKT m. 42’de küçük bir fark dışında kollektif şirketler ile adi veya sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin unvanını benzer şekilde düzenlemiştir. Bahse konu bu küçük fark ise yürürlükteki kanunda adi ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin ticaret unvanlarında (sınırlı sorumlu) komanditer ortakların ad ve soyadlarının bulunması yasakken tasarıda bu yasağın kapsamı biraz daha genişletilerek komanditer ortakların ticaret unvanında bulunması yasaklanmıştır.

Bunların dışında bir iki küçük değişikliğe de değinmek gerekirse; ticaret unvanının devri ile alakalı olarak, “devir halinde devralanın unvanı aynen kullanma hakkına sahip olduğundan” m. 51 hükmüyle “Türk Patent Enstitüsü”ne de ihbar yükümlülüğünün getirildiğinden bahsetmemiz gerekir.

GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

1956 tarihli Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu Tasarısı arasında ticari işletme, tacir, ticaret unvanı ve işletme adı kavramlarına münhasır olarak yapmış olduğumuz çalışmamızın neticesinde, yarım asırlık zaman zarfında Türk ticaret hayatına yön veren TTK'da, değişen ve gelişen ticaret hayatı ve dil unsuru karşısında ciddi bir ifade sadeleştirmesine ve içerik değişimine gidildiği görülmektedir.

Tasarıdaki değişiklik ve yeniliklerde öğretinin uzun zamandan beri yaptığı eleştiri ve önerilerini dikkate alındığı bununla beraber, zaman zaman tüm eleştirilere rağmen konu ve anlam bütünlüğü yönüyle yürürlükteki kanun maddelerinin -dil sadeleştirilmesi dışında- aynen düzenlendiği de yadsınamaz bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ticari işletme konusunun incelenmesinde görüldüğü üzere, bu konuda, tasarıda öğretilerdeki eleştirilerin bir çoğu karşılanmış, ticari işletmenin tarifini de kapsayan tek bir madde ile meselenin bu şekilde halledilmesi yolu benimsenmiştir.

Tacir kavramını incelerken de gördüğümüz üzere, bu konuda fazlaca bir değişikliğe gidilmeye gerek görülmemişse de, vakıfların da tacir sayılacağı hükmü gibi zaten öğretilerde kabul edilen bir hüküm getirilmiş, bunun yanı sıra tacirlerin yaptığı bazı ihtar ve ihbarlara ait şekil şartlarının geçerlilik şartı mı, ispat şartı mı olduğu konusundaki tartışmada buradaki şekil şartlarının ispat şartı olduğu görüşünü güçlendirecek bir düzenleme yolunu seçtiği görülmüştür. Bununla beraber bu şekil şartlarına teknolojik gelişmelerin de etkisiyle güvenli elektronik imza da eklenmiştir.

Ticaret unvanı ve işletme adı kavramlarında ise gerçek kişi tacir ve tüzel kişi tacirlere ait ticaret unvanlarının korunmasına dair farklılığın kaldırılarak iltibasa mahal verecek benzerlik hallerinde tüm Türkiye sicil çevresinde ek alma zorunluluğu hükme bağlanmıştır.

KAYNAKÇA

ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 1997

ARSLANLI, Halil, Kara Ticaret Hukuku Umumi Prensipleri, İstanbul, 1960

BAŞTUĞ, İrfan/ERDEM, H. Ercüment, Ticari İşletme Hukuku (Ders Notları), Ankara, 1993

BİRSEL, Mahmut Tevfik, Ticari işletme Hukuku, Cilt I, İzmir, 1970

BOZER, Ali, Ticari İşletme Üzerinde Türk ve İsviçre Hukuku Bakımından Mukayeseli Bir İnceleme, BATİDER, Yıl: 1962, Cilt: I, Sayı: 3, s. 363-372

EREM, Turgut S., Ticaret Hukuku Prensipleri, Cilt I, Ticari İşletme, İstanbul, 1962

İMREGÜN, Oğuz, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul, 1987

KARAHAN, Sami, Ticari İşletme Hukuku, Konya, 1997

KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku Dersleri, Cilt I, Ticari İşletme, Ankara, 1968

POROY, Reha, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 1984

POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 1998

SAKA, Zafer, Ticaret Hukuku, Ticari İşletme, İstanbul, 1998

TEKİL, Fahiman, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 1990

TOKSAL, Baki, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Cilt I, Ankara, 1986

www.hukuki.net

YENİ SEÇİLENLER, EMEKLİLİK NEDENİYLE YARGITAY'DAN AYRILANLAR, VEFAT NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

Ersin DAMAR (★)

❖ YENİ SEÇİLENLER (1)

Fazlı KADI

20.02.1946 tarihinde Maçka'da doğmuştur. Samsun Ondokuz Mayıs Lisesini bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1971 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Eskişehir'de yedek subay olarak yapmıştır.

İstanbul hakim adayı olarak mesleğe başlayan Kadı; sırasıyla Kozan Hakim Yardımcılığı, Lice, Pazaryeri, Saray, Kartal ve İstanbul Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

14.08.1998 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Fazlı Kadı, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca 15.09.2008 tarihinde Yargıtay Onikinci Hukuk Dairesi Başkanlığı'na seçilmiş olup halen bu görevini sürdürmektedir.

Fransızca bilen Kadı, evli ve üç çocuk babasıdır.

(★) *Yargıtay Yayın İşleri Müdürü*

(1) Sıralama kıdeme göre yapılmıştır.

Ali Seçkin TOGAY

03.05.1954 tarihinde Beyşehir'de doğmuştur. Ankara Kurtuluş Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1975 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Ankara'da yedek subay olarak yapmıştır.

Ankara hakim adayı olarak mesleğe başlayan Togay sırasıyla İspir, Boğazlıyan, Elbistan, Van, Kırıkkale Hakimliği ve Adalet Başmüfettişliği görevlerinde bulunmuştur.

13.07.2008 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Ali Seçkin Togay, halen Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

İngilizce bilen Togay, evli ve iki çocuk babasıdır.

Yusuf Ziya AKSOY

25.08.1954 tarihinde İstanbul'da doğmuştur. İzmir Eşrefpaşa Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1975 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Şenkaya'da yedek subay olarak yapmıştır.

İzmir hakim adayı olarak mesleğe başlayan Aksoy; sırasıyla İspir, Çal, Yenipazar, Salihli Hakimliği, Erzincan Devlet Güvenlik Mahkemesi Başkanlığı ve İzmir Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

13.07.2008 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Yusuf Ziya Aksoy, halen Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

İngilizce bilen Aksoy, evli ve iki çocuk babasıdır.

Nurcan TANLIK

Mustafa Kemal Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1975 yılında mezun olmuştur.

Ankara hakim adayı olarak mesleğe başlayan Tanlık; sırasıyla Ankara, Iğdır Hakimliği ve Yargıtay Tetkik Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

13.07.2008 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Nurcan Tanlık, halen Yargıtay Onikinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

İngilizce bilen Tanlık, çalıştığı Onikinci Hukuk Dairesinin görev alanına giren konularda, çeşitli kamu kuruluşlarında 'Eğitimci' olarak görev yapmıştır.

Tülün TOPRAK

18.05.1949 tarihinde Avanos'ta doğmuştur. Ankara Kız Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1972 yılında mezun olmuştur.

Bir süre avukatlık yaptıktan sonra mesleğe başlayan Toprak; sırasıyla Keleş, Çerkeş, Karabük Hakimliği, Yargıtay Tetkik Hakimliği ve Ankara Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

13.07.2008 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Tülün Toprak, halen Yargıtay Altıncı Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

İngilizce bilmektedir.

İlmettin KÖKLÜ

14.02.1955 tarihinde İskenderun'da doğmuştur. İskenderun Lisesini bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1977 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Karamürsel'de yedek subay olarak yapmıştır.

İskenderun hakim adayı olarak mesleğe başlayan Köklü; sırasıyla Çıldır, Orta, Göksun Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Gerze, Osmaniye Cumhuriyet Savcılığı, Elazığ, Bilecik, Çorum ve Çanakkale Cumhuriyet Başsavcılığı görevlerinde bulunmuştur.

13.07.2008 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen İlmettin Köklü, halen Yargıtay İkinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

İngilizce bilen Köklü, evli ve iki çocuk babasıdır.

Mustafa KAYA

15.02.1954 tarihinde Kastamonu-Araç'ta doğmuştur. Karabük Demir Çelik Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1978 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Erzincan'da kısa dönem olarak yapmıştır.

Ankara hakim adayı olarak mesleğe başlayan Kaya; sırasıyla Şemdinli, Arsin, Çaycuma ve Elazığ Hakimliği ile Yargıtay Tetkik Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

13.07.2008 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Mustafa Kaya, halen Yargıtay Dokuzuncu Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

Mustafa Kaya'nın, "Çek Suçları" adlı eseri, çok sayıda yayımlanmış mesleki inceleme yazıları ve makaleleri bulunmaktadır. Evli ve iki çocuk babasıdır.

Ömer Hicri TUNA

19.06.1955 tarihinde Alaşehir'de doğmuştur. İzmir Eşrefpaşa Lisesini bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1978 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Sincanlı'da yedek subay olarak yapmıştır.

İzmir hakim adayı olarak mesleğe başlayan Tuna; sırasıyla Susuz, Halfeti ve Banaz Cumhuriyet Savcılığı, Kuyucak Hakimliği, Adıyaman Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı, Denizli ve İzmir Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

13.07.2008 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Ömer Hicri Tuna, halen Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

İngilizce bilen Tuna, evli ve iki çocuk babasıdır.

Sadi GÜVEN

24.06.1955 tarihinde Balıkesir- Dursunbey’de doğmuştur. Dursunbey Lisesini bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1978 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Tokat’ta kısa dönem olarak yapmıştır.

İstanbul hakim adayı olarak mesleğe başlayan Güven; sırasıyla Narman, İslahiye Sorgu Hakimliği, İslahiye, Malkara, Fethiye ve Ankara Hakimliği, Ankara Ticaret Mahkemesi Başkanlığı ile Adalet Bakanlığı Müsteşar Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

13.07.2008 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Sadi Güven, halen Yargıtay Onyedinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

Evli ve bir çocuk babasıdır.

Fadime AKBABA

14.03.1957 tarihinde Aydın’da doğmuştur. Aydın Lisesini bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1978 yılında mezun olmuştur.

Aydın hakim adayı olarak mesleğe başlayan Akbaba; sırasıyla Ağrı Cumhuriyet Savcılığı, Elmalı, Tire ve İzmir Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

13.07.2008 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Fadime Akbaba, halen Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

İngilizce bilen Akbaba, evli ve iki çocuk annesidir.

Mustafa ŞAHİN

01.01.1954 tarihinde İslahiye’de doğmuştur. İslahiye Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1978 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Ankara’da yedek subay olarak yapmıştır.

Gaziantep hakim adayı olarak mesleğe başlayan Şahin; sırasıyla İliç Hakim Yardımcılığı, Çermik, Banaz, Çanakkale Hakimliği, Kırşehir Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı, Adana Devlet Güvenlik Mahkemesi Başkanlığı ve Antalya Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

13.07.2008 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Mustafa Şahin, halen Yargıtay Birinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

Evli ve iki çocuk babasıdır.

Emine Güler ELVERİCİ

15.07.1956 tarihinde Ankara'da doğmuştur. Ankara Kız Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1978 yılında mezun olmuştur.

Altındağ hakim adayı olarak mesleğe başlayan Elverici; sırasıyla Kozluk, Osmancık ve Akhisar Hakimliği ile Yargıtay Tetkik Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

13.07.2008 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Emine Güler Elverici, halen Yargıtay Onyedinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

Evli ve iki çocuk annesidir.

Mehmet KURT

02.10.1954 tarihinde Sındırgı'da doğmuştur. Balıkesir Lisesini bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1980 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Antalya'da kısa dönem olarak yapmıştır.

İstanbul hakim adayı olarak mesleğe başlayan Kurt; sırasıyla Adana, Silopi Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Andırın Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı ve Savcılığı, Boğazlıyan Cumhuriyet Başsavcılığı, Adalet Müfettişliği, Adalet Başmüfettişliği ve Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdür Yardımcılığı görevlerinde bulun-

muştur.

13.07.2008 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Mehmet Kurt, halen Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

Evli ve bir çocuk babasıdır.

Salih KOCALAR

1957 yılında Tavas'ta doğmuştur. Gökçeada Atatürk Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1979 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Artvin'de yedek subay olarak yapmıştır.

Çanakkale hakim adayı olarak mesleğe başlayan Kocalar; sırasıyla Boyabat, Ardahan Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Dinar Cumhuriyet Savcılığı, Hak-kari Cumhuriyet Başsavcılığı ve Adalet Müfettişliği ile Yargıtay Cumhuriyet Savcılığı görevlerinde bulunmuştur.

13.07.2008 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Salih Kocalar, halen Yargıtay Yedinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

Salih Kocalar'ın, "Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Yargı Yetkisindeki Trafik Suçları" adlı yayınlanmış bir eseri ve bir çok makalesi bulunmaktadır. Evli ve bir çocuk babasıdır.

Uğur SAYIN

1961 yılında Kırşehir'de doğmuştur. Kırıkkale Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1982 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Ankara'da yedek subay olarak yapmıştır.

Ankara hakim adayı olarak mesleğe başlayan Sayın; sırasıyla Akşehir, Derik, Gülnar, Bünyan Hakimliği, Yargıtay Tetkik Hakimliği, Silifke Hukuk Hakim-

liği ve Ankara Asliye Ticaret Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

13.07.2008 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Uğur Sayın, halen Yargıtay Onbeşinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

İngilizce bilen Sayın, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Özel Hukuk dalında “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şartsız Mükellefiyet” konusunda master yapmıştır. Evli ve iki çocuk babasıdır.

Bülent ERENSEVİ

23.03.1960 tarihinde Eskişehir’de doğmuştur. Eskişehir Atatürk Lisesini bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1981 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Ankara’da yedek subay olarak yapmıştır.

Bartın hakim adayı olarak mesleğe başlayan Erensevi; sırasıyla Bartın ve Gölköy Hakimliği, Hınıs Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı, Adalet Müfettişliği, Ankara Cumhuriyet Savcılığı ve Ankara Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

13.07.2008 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Bülent Erensevi, halen Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

İngilizce bilen Erensevi, evli ve iki çocuk babasıdır.

Rıza ŞAHİN

1956 yılında Amasya’da doğmuştur. Amasya Lisesini bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1982 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Sivas’ta kısa dönem olarak yapmıştır.

İstanbul hakim adayı olarak mesleğe başlayan Şahin; sırasıyla Eskişehir, Çüngüş, Çermik, Ortaköy(Çorum) Hakimliği, Tavşanlı, Niğde, Gaziantep Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı, İstanbul Hakimliği ve Bakırköy Ağır Ceza Mahke-

mesi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

13.07.2008 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Rıza Şahin, halen Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

İngilizce bilen Şahin, evli ve iki çocuk babasıdır.

Rahmi ÜNAL

11.03.1955 tarihinde Ardahan'da doğmuştur. Keçiören Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1982 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini İstanbul'da yedek subay olarak yapmıştır.

Ankara hakim adayı olarak mesleğe başlayan Ünal; sırasıyla Ordu Hakimliği, Bitlis Ağır Ceza Mahkemesi Üyeliği ve Niksar Hakimliği ile Yargıtay Tetkik Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

13.07.2008 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Rahmi Ünal, halen Yargıtay Onüçüncü Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

Fransızca bilen Ünal, evli ve iki çocuk babasıdır.

Fatih ARKAN

27.07.1962 tarihinde Tarsus'ta doğmuştur. Tarsus Cengiz Topel Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1983 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Kayseri'de yedek subay olarak yapmıştır.

Tarsus hakim adayı olarak mesleğe başlayan Arkan; sırasıyla Vezirköprü, Şiran ve Dazkırı Cumhuriyet Savcılığı ile Yargıtay Tetkik Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

13.07.2008 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Fatih Arkan, halen Yargıtay Onuncu Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

İngilizce bilen Arkan, evli ve bir çocuk babasıdır.

Halim AŞANER

09.01.1962 tarihinde Eskişehir’de doğmuştur. İstanbul Küçükyaalı Lisesini bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1983 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Elazığ’da yedek subay olarak yapmıştır.

Kartal hakim adayı olarak mesleğe başlayan Aşaner; sırasıyla Olur Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Tunceli Cumhuriyet Savcılığı, Develi ve Marmaris Hakimliği ile Yargıtay Tetkik Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

13.07.2008 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Halim Aşaner, halen Yargıtay Dokuzuncu Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

İngilizce bilen Aşaner’in “Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları” adlı ortak eseri vardır. Evli ve iki çocuk babasıdır.

Yaşar Zülfü ARSLAN

12.04.1962 tarihinde Elazığ’da doğmuştur. Ziya Gökalp Lisesini bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1984 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Hatay’da yedek subay olarak yapmıştır.

Ankara hakim adayı olarak mesleğe başlayan Arslan; sırasıyla Çanakkale ve Erfelek Hakimliği ile Yargıtay Tetkik Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

13.07.2008 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Yaşar Zülfü Arslan, halen Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

Evlidir.

Mehmet Umur TARHAN

13.05.1958 tarihinde Ankara'da doğmuştur. Cumhuriyet Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1984 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Ankara'da yedek subay olarak yapmıştır.

Ankara hakim adayı olarak mesleğe başlayan Tarhan; sırasıyla Harmancık, Tortum, İslahiye, Sandıklı, Ankara Hakimliği ve Ankara Ticaret Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

13.07.2008 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Mehmet Umur Tarhan, halen Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

İngilizce bilen Tarhan, evli ve iki çocuk babasıdır.

Timur GÜRSOY

10.06.1962 tarihinde Bulancak' ta doğmuştur. Ankara Bahçelievler Dene-me Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1985 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Tekirdağ'da yedek subay olarak yapmıştır.

Ankara hakim adayı olarak mesleğe başlayan Gürsoy; sırasıyla Kütahya ve Oğuzeli Hakimliği ile Yargıtay Tetkik Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

13.07.2008 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Timur Gürsoy, halen Yargıtay Onbeşinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

İngilizce bilen Gürsoy, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk alanında master yapmıştır. Cezai Şartın Tenkisi adlı tezi ve yayımlanmış makalesi vardır. Evli ve bir çocuk babasıdır.

❖ EMEKLİLİK NEDENİYLE YARGITAY'DAN AYRILANLAR

Mustafa OSKAY

22.08.1943 tarihinde Karaman'da doğmuştur. Ankara Gazi Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1964 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Elazığ'da yedek subay olarak yapmıştır.

Ankara hâkim adayı olarak mesleğe başlayan Oskay; sırasıyla Araban, Sincanlı, Ağrı, Karacabey Hâkimliği, Müfettiş Hâkimlik ve Ankara Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

23.11.1989 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Mustafa Oskay, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca 27.10.2004 tarihinde Yargıtay Onikinci Hukuk Dairesi Başkanlığına seçilmiş olup bu görevini sürdürmekte iken yaş sınırı nedeniyle 22.08.2008 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

Mustafa Oskay'ın yayımlanmış mesleki inceleme yazıları ve makaleleri vardır.

Neşe Can SEBER

1943 yılında Eskişehir'de doğmuştur. Ankara Kız Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1967 yılında mezun olmuştur.

Mesleğe Yargıtay'da Raportör olarak başlayan Seber; sırasıyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Yardımcılığı, Yargıtay Tetkik Hâkimliği, Erzurum Hâkimliği, Yargıtay Tetkik Hâkimliği, Askeri Yargıtay Tetkik Hâkimliği, Ankara Ağır Ceza Mahkemesi Üyeliği ve Adalet Bakanlığı Yüksek Müşavirliği görevlerinde bulunmuştur.

26.05.1997 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Neşe Can Seber, Yargıtay Dokuzuncu Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmekte iken yaş sınırı nede-

niyle 01.09.2008 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

Ömer Raci İMAMOĞLU

21.09.1943 tarihinde Trabzon'da doğmuştur. Trabzon Lisesini bitirmiş Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1966 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Aşkale'de yedek subay olarak yapmıştır.

Ankara hakim adayı olarak mesleğe başlayan İmamoğlu; sırasıyla Çayıralan, Kelkit, Perşembe, Giresun, Samsun, Altındağ ve Ankara Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

26.05.1997 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Ömer Raci İmamoğlu, Yargıtay İkinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmekte iken yaş sınırı nedeniyle 21.09.2008 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

Halit ÖZSOY

03.02.1943 tarihinde Elazığ-Palu'da doğmuştur. Elazığ Lisesini bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1981 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Tatvan'da er öğretmen olarak yapmıştır.

Ankara hâkim adayı olarak mesleğe başlayan Özsoy; sırasıyla Ünye, Posof ve Sarız Cumhuriyet Savcılığı görevlerinde bulunmuştur.

Halit Özsoy, Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi Tetkik Hâkimliği görevini sürdürmekte iken yaş sınırı nedeniyle 03.02.2008 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

Yılmaz ŞİŞMAN

01.01.1957 tarihinde Çerkezköy'de doğmuştur. Edirne İmam Hatip Lisesini bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1984 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Gökçeada'da yedek subay olarak yapmıştır.

Tekirdağ hâkim adayı olarak mesleğe başlayan Şişman; sırasıyla Akhisar ve Kağızman Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

Yılmaz Şişman, Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi Tetkik Hâkimliği görevini sürdürmekte iken kendi isteği ile 22.02.2008 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

İngilizce bilen Şişman, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi Uzmanlık Programı ile Avrupa Birliği ve Uluslararası İlişkiler Temel Eğitiminden sertifika almıştır. Yayımlanmış makalesi bulunmaktadır.

Halil İbrahim SARP

01.03.1960 tarihinde Avanos'ta doğmuştur. Ankara Yıldırım Beyazıt Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1982 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Ankara'da yedek subay olarak yapmıştır.

Ankara hâkim adayı olarak mesleğe başlayan Sarp; sırasıyla Özalp, Gürpınar ve Bünyan Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

Halil İbrahim Sarp, Yargıtay Onyedinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliği görevini sürdürmekte iken kendi isteği ile 16.05.2008 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

Şerafettin ÖZCAN

1960 yılında Kozan'da doğmuştur. Kozan Lisesini bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1981 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Gelibolu'da yedek subay olarak yapmıştır.

Kozan hâkim adayı olarak mesleğe başlayan Özcan; sırasıyla Diyarbakır, Gercüş, Karapınar ve Beyşehir Cumhuriyet Savcılığı görevlerinde bulunmuştur.

Şerafettin Özcan, Yargıtay Birinci Ceza Dairesi Tetkik Hâkimliği görevini sürdürmekte iken kendi isteği ile 02.09.2008 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

Şerafettin Özcan'ın, "Kasten Adam Öldürme Suçları" adlı eseri vardır.

Meral AYDOĞ

01.09.1957 tarihinde Pınarbaşı'nda doğmuştur. Kahramanmaraş İlköğretmen Lisesini bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1981 yılında mezun olmuştur.

Ankara hâkim adayı olarak mesleğe başlayan Aydoğ; sırasıyla Salihli, Beytüşşebap Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Türkoğlu Hâkimliği ve Yargıtay Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

Meral Aydoğ, Yargıtay Cumhuriyet Savcısı olarak görevini sürdürmekte iken kendi isteği ile 18.02.2008 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

Rana OĞUZ

24.05.1953 tarihinde Erzurum'da doğmuştur. Ankara Özel Yükseliş Koleji'ni bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1976 yılında mezun olmuştur.

Ankara hâkim adayı olarak mesleğe başlayan Oğuz; sırasıyla Erbaa, Bepazarı Hâkimliği ve Yargıtay Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

Rana Oğuz, Yargıtay Cumhuriyet Savcısı olarak görevini sürdürmekte iken kendi isteği ile 09.04.2008 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

İngilizce bilen Oğuz'un Gazete ve dergilerde yayımlanmış çok sayıda makale ve şiirleri bulunmaktadır.

Ayla SONGÖR

1959 yılında Ankara'da doğmuştur. Anamur Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1981 yılında mezun olmuştur.

Ankara hâkim adayı olarak mesleğe başlayan Songör; sırasıyla Erzincan, Zile Hâkimliği ve Yargıtay Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

Ayla Songör, Yargıtay Cumhuriyet Savcısı olarak görevini sürdürmekte iken kendi isteği ile 01.09.2008 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

❖ VEFAT NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

Musa TÜRKAY

01.08.1952 tarihinde Ankara'da doğmuştur. Ankara Cumhuriyet Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1976 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Lüleburgaz'da yedek subay olarak yapmıştır.

Ankara hâkim adayı olarak mesleğe başlayan Türkay; sırasıyla İslâhiye, Darende, Borçka, Sungurlu, Isparta ve Ankara Cumhuriyet Savcılığı görevlerinde bulunmuştur.

Musa Türkay, Yargıtay Cumhuriyet Savcısı olarak görevini sürdürmekte iken 22.11.2007 tarihinde vefat etmiştir.



BİBLİYOGRAFYA

2008 YILI YARGITAY DERGİSİ BİBLİYOGRAFYASI

Ersin DAMAR (*)

❖ *Konulara Göre*

I- GENEL KONULAR

GERÇEKER, Hasan - “2008-2009 Adli Yıl Açış Konuşması”;
Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 4, Sayfa : 397-448

ÖZOK, Av. Özdemir - “2008-2009 Yargı Yılı Açılış Konuşması”;
Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 4, Sayfa : 449-484

A- BİBLİYOGRAFYA

DAMAR, Ersin - “2008 yılı Yargıtay Dergisi Bibliyografyası”;
Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 4, Sayfa : 621-628

B- YARGITAY’DAN HABERLER

DAMAR, Ersin - “Yeni Seçilenler, Yeniden Seçilenler, Emeklilik Nedeniyle Yargıtay’dan Ayrılanlar”;
Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 1-2, Sayfa : 203-218

(*) Yargıtay Yayın İşleri Müdürü

DAMAR, Ersin - *“Yeni Seçilenler, Yeniden Seçilenler, Emeklilik Nedeniyle Yargıtay’dan Ayrılanlar”*;

Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 3, Sayfa : 387-392

DAMAR, Ersin - *“Yeni Seçilenler, Emeklilik Nedeniyle Yargıtay’dan Ayrılanlar”, Vefat Nedeniyle Aramızdan Ayrılanlar*;

Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 4, Sayfa : 605-620

IV- BORÇLAR HUKUKU

ARAS, Bahattin- *“Karayolları Trafik KanununaGöre İşletenin Kusur Sorumluluğu”*;

Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 4, Sayfa : 527-578

II- CEZA HUKUKU

ALTUN, Rıdvan - *“Ölüm ile Biten Yaralamalarda Olayla Ölüm Arasında İlliyet Bağının Tespiti”*;

Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 1-2, Sayfa : 171-326

ASLAN, Dr. M. Yasin - *“Terörle Mücadelede Kolluk ve Silah Kullanma Yetkileri”*;

Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 1-2, Sayfa : 185-202

III- CEZA USUL HUKUKU

UĞUR, Hüsamettin - *“Suça Süruklenen Çocuklar Hakkında Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”*;

Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 3, Sayfa : 351-386

V- MEDENİ HUKUK

BOYACI, Av. Ender Kamil - *“Paylı Mülkün (Müşterek Mülkün) Devamlı Bir Maksada Tahsisi (47321 sayılı Medeni Kanun, m. 698) (İsviçre Medeni Kanunu, m. 650)”*;

Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 3, Sayfa : 333-350

GENÇCAN, Ömer Uğur - “*Vesayet Altındaki Kişilerin Malvarlığının Defterinin Tutulması*”;

Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 4, Sayfa : 485-500

KAMACI, Mahmut - “*Yabancı Uyruklu Gerçek Kişilerin Türkiye’de Kanuni Miras Yoluyla Taşınmaz Mal Edinmelerine Getirilen Koşul Ve Sınırlamaların, İnsan Hakları Ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (AİHS) ve Eki 1 Nolu Protokole Aykırılığı Sorunu*”;

Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 1-2, Sayfa : 41-96

KAMACI, Mahmut - “*Yabancıların Miras Yoluyla Mülk Edinmeleri Hakkında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (AİHM)’nin İki Kararı ve Bu Kararların Değerlendirilmesi; (Apostolide ve Diğerleri-Türkiye Başvurusu ile Nacaryan ve Deryan-Türkiye Başvuruları)*”;

Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 4, Sayfa : 501-526

ULUÇ, Yusuf - “*Kazandırıcı Zamanasımı Zilyetliğine Dayanarak Taşınmaz edinme ve Koşulları (TMK m. 713/1-2)*”;

Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 1-2, Sayfa : 5-40

VI- ÖZEL HUKUK

ASLANKÖYLÜ, Resul - “*Onuncu Hukuk Dairesi’nin Kurumun 26. maddeden Doğan Rücu Hakkının Bağımsız Hakka Dayandığına İlişkin Son Görüşününün Değerlendirilmesi*”;

Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 3, Sayfa : 223-284

DURSUN, Hasan - “*Kamulaştırmada İdare Adına Tescil Çıkması*”;

Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 1-2, Sayfa : 133-142

GÖKPINAR, Mahmut - “*İletişim Hukukumuzda Cevap ve Düzeltme Hakkı*”;

Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 3, Sayfa : 285-332

KILIÇOĞLU, Dr. Mustafa;
ŞENOCAK, Doç. Dr. Kemal - “*İş Güvencesinde Tahmin İlkesi (Prognoseprinzip)*”;
Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 1-2, Sayfa : 97-110

YAVUZ, Levent - “*Elektronik Ortamda Umuma Arz Edilen Eserlerde Sayısal Haklar Yönetimi (Teknik Koruma Önlemleri ve Hak Yönetim Bilgileri)*”;
Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 1-2, Sayfa : 111-132

VII- TİCARET HUKUKU

BAŞLAR, Yusuf - “*Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Bağlamında Ticari İşletme, Tacir, Ticaret Unvanı ve İşletme Adı Kavramları Üzerinde Bir İnceleme*”;
Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 4, Sayfa : 579-604

VIII- USUL HUKUKU

DÜNDAR, Hamit - “*Hukuk Davalarında Sürelerin Başlamasıyla İlgili Hukuk Genel Kurulu Kararı Üzerine Bir İnceleme*”;
Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 1-2, Sayfa : 143-170

❖ *Yazar Soyadına Göre*

- A -

ALTUN, Rıdvan : Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 1-2,
Sayfa : 171-184

ARAS, Bahattin : Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 4,
Sayfa : 527-578

ASLAN, Dr. M. Yasin : Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 1-2,
Sayfa : 185-202

ASLAN, Resul : Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 3,
Sayfa : 223-284

- B -

BAŞLAR, Yusuf : Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 4,
Sayfa : 579-604

BOYACI, Av. Ender Kâmil : Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 3,
Sayfa : 333-350

- D -

- DAMAR, Ersin** : Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 1-2,
Sayfa : 203-218
- DAMAR, Ersin** : Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 3,
Sayfa : 387-392
- DAMAR, Ersin** : Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 4,
Sayfa : 605-620
- DAMAR, Ersin** : Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 4,
Sayfa : 621-628
- DURSUN, Hasan** : Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 1-2,
Sayfa : 133-142
- DÜNDAR, Hamit** : Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 1-2,
Sayfa : 143-170

- G -

- GENÇCAN, Ömer Uğur** : Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 4,
Sayfa : 485-500
- GERÇEKER, Hasan** : Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 4,
Sayfa : 397-448
- GÖKPINAR, Mahmut** : Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 3,
Sayfa : 285-332

- K -

KAMACI, Mahmut : Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 1-2,
Sayfa : 41-96

KAMACI, Mahmut : Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 4,
Sayfa : 501-526

KILIÇOĞLU, Dr. Mustafa : Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 1-2,
Sayfa : 97-110

- Ö -

ÖZOK, Av. Özdemir : Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 4,
Sayfa : 449-484

- Ş -

ŞENOCAK, Doç. Dr. Kemal : Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 1-2,
Sayfa : 97-110

- U -

UĞUR, Hüsamettin : Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 3,
Sayfa : 351-386

ULUÇ, Yusuf : Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 1-2,
Sayfa : 5-40

- Y -

YAVUZ, Levent

: Cilt : 34, Yıl : 2008, Sayı : 1-2,
Sayfa : 111-132

