

T.C.
YARGITAY
KURULUŞU



KURULUŞ: OCAK - 1975, YIL: 26, SIRA SAYI: 100

100. SAYI

YARGITAY DERGİSİ



CİLT: 26

OCAK-NİSAN - 2000

SAYI: 1-2

Sahibi : Yargıtay Adına, Birinci Başkan **Sami SELÇUK**
Yayın Müdürü : Yargıtay Yayın İşleri Müdürü **H. Bayram USLU**

YAYIN KURULU

Başkan : **Hakkı DİNÇ** (2. Hukuk Dairesi Üyesi)
Üyeler : **Dr. E. Işıl KOÇHİSARLIOĞLU** (10. Ceza Dairesi Üyesi)
Halil KILIÇ (8. Hukuk Dairesi Üyesi)
Nazım KAYNAK (6. Hukuk Dairesi Üyesi)
Kudret Yalçın BAL (4. Ceza Dairesi Üyesi)

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

- Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü'nce **üç ayda bir kez yayımlanır.**
 - **Yönetim ve yazışma adresi:** Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü (Yargıtay Ek Binası, Vekaletler Caddesi, No: 3) 06658 Ankara.
 - **Telefon:** (0-312) 425 16 49; 425 16 32
 - **Abone servisi:** (0-312) 417 44 60/3505, 3506
 - **Faks:** (0-312) 419 41 11
 - **Santral:** (Ek Bina): (0-312) 417 44 60 (20 hat); 417 51 10 (5 hat)
 - %1 oranındaki katma değer vergisi içinde, **2000 yılı Yargıtay Dergisi abone bedeli 5.000.000.- liradır.**
 - Dergi bedeli **Ziraat Bankası Kızılay Şubesi'ndeki 216826** sayılı veya **Posta Çekleri Merkezi'ndeki 92932 numaralı** hesaplarımızdan birine aktarılarak yada **PTT. kanalıyla** gönderilerek veya **Müdürlüğümüz Veznesine** yatırılarak abone olunur.
 - Abone işleri için Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.
 - Yıllık abone olmaları koşuluyla, **Hâkim ve Cumhuriyet Savcıları ile Hukuk Fakültesi Öğrencilerine %30 indirim uygulanır.**
 - **Ödemeli gönderilmez, temsilcimiz yoktur.**
 - Dış kapak: **Ertekin KAYA**
 - İç kapak ve grafikler: **Faruk AFŞAR**
-

İÇİNDEKİLER

T.C.
YARGITAY
KİTAPLIĞI

Sayfa

1- GENEL KONULAR

- a) Dr. Aydın ÖZKUL Yeşile Koşan Türkiye'de Yargıtay Ormanları5-9
- b) Ömer Uğur GENÇCAN Üçüncü Bin Yıl/Milenyumda Hukuk Biliminin Yeni Enformasyon Toplumu 10-18
- c) C. Murat BAYKAL Factoring Sözleşmesi 19-47

2- MEDENİ HUKUK

- a) Nedim TURHAN Evlat Edinme48-67

3- USUL HUKUKU

- a) Mustafa T. YÜCEL İstinaf Sorunu 68-83

4- CEZA HUKUKU

- a) Dr. Ali Rıza ÇINAR Ceza Yargılamasında Müdafinin Görevlendirilmesi84-123
- b) Halil YILMAZ Sarhoşluk ve Saldırgan Sarhoşluk Suçu 124-133
- c) İlhan ÜZÜLMEZ Suçta İhtiyat 134-154

5- BORÇLAR HUKUKU

- a) Turabi TURAL Tazminat Üzerine 155-189

6- İŞ HUKUKU

- a) Dr. Ekrem SERİM Türk İş Hukukunda Zorunlu Tahkim 190-200
- b) Yrd. Doç. Dr. Hülya AKINTÜRK TÜRKMEN Türk İstihdam Piyasasının Mevcut Durumu ve Yeniden Yapılandırılma İhtiyacı201-233

7- ÖZEL HUKUK

a) Ramazan TUNÇ

2918 Sayılı Karayolları Trafik
Kanununa Göre Gerçek İşleten

Kavramı234-246

8- TİCARET HUKUKU

a) Savaş BOZBEL

Alman Ticaret Kanunu

Reformu247-260

YEŞİLE KOŞAN TÜRKİYE'DE YARGITAY ORMANLARI

Dr. Aydın ÖZKUL (*)

İç Anadolu Bölgemizde yer alan Eskişehir, 1960'lı yılların sonunda Ülkemizin genel düzeyinin oldukça üzerinde, mamur ve hareketli bir il görünümünde. Başarılı sonuçlar alan bir futbol takımına da sahip: Eskişehirsporla. Böylece, Eskişehir'in sesi yalnız yurttan değil yurt dışında da duyulmakta, sık sık kendisinden söz edilmekte. İşte Eskişehir'in bu şaşaalı günlerinde büyük bir coşku ve heyecanla hakimlik mesleğine başlıyor ve böyle bir ilde görev yapacağım için sevinçten adeta uçuyorum. Meslek hayatıma başladıktan kısa bir süre sonra, bir hırsızlık olayı nedeni ile merkeze bağlı Uludere köyünde keşif yapmam gerekiyordu. İlk kez Eskişehir merkezi dışında bir beldesini görme imkanı bulacağım için merak içindeydim. Aramız bir dere kenarını takip ederek düz araziden sırtını tepelere dayamış olan köye doğru ilerlerken gördüğüm manzara karşısında hayretler içinde kaldığımı, bu gün gibi hatırlıyorum. Bir köy için düşünülemez kadar geniş, düz bir arazi, yer yer sararmaya yüz tutmuş buğday tarlaları... Kıvrıla kıvrıla köy yönünden Eskişehir'e doğru akan dere kenarlarında, söğüt ya da kavak cinsinden bir ağacı görebilmek için dahi dikkatle bakmak gerekiyor. Köyün evleri arasında görünen seyrek meyve ve kavak ağaçları dışında o muazzam arazide ve dağların sırtlarında bir tek yeşile rastlamak mümkün değil.

Keşif tamamlandıktan sonra Cumhuriyet Savcısı ile bilirkişi olarak götürdüğümüz Komiser arkadaşına, yanımızda bulunan muhtarla görüşerek köy hakkında konuşmak istediğimi söyledim. İlkokulun elli metre karşısındaki hafif meyilli bir yere oturduktan sonra, konumu ve görünümü bu kadar güzel olan bir köyün topraklarının niçin boş bırakıldığını sordum. Rahmetli muhtar; köylü hayvancılıkla geçindiği için dağlarda büyük ve küçükbaş hayvanların otlatıldığını, düzlüklerde de görüldüğü gibi buğday, arpa gibi ürünlerin ekilip biçildiğini söyledi. Bunlarla yetinilemezdi. Köy gerçekten ağaca susamış olup bizlere adeta, "Ne olur beni böyle çiplak ve terk edilmiş şekilde bırakmayın!" diyordu.

(*) Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi Başkanı

Muhtardan, köyün topraklarını da beraberinde götüren dere kenarlarına kavak dikilmesine müsaade edilmesi sözünü aldım önce. Toprak nemli ve arazi müsait olduğu için fazla bir koruma gerektirmeyecek ve masrafa da yol açmayacaktı. Yeter ki, fidanlar temin edilip getiriliverilsindi. Sonra da köyün belki 250 - 300 metre ötesindeki yamaçlara çam fidanı dikilmesi konusunda anlaşmaya vardık. Bu yamaçların öncelikle dikenli tellerle çevrilerek koruma altına alınması ve kar mevsimi başlamadan çukurların açılması gerekiyordu. Köylü çukurları hazırlarsa, önümüzde aşılamayacak engel kalmayacaktı. Karşılıklı mutabakata varıldıktan sonra, görevim dışında kalan boş zamanlarımda dikenli tel temini ve bunun taşınması sorununu çözebilmek için çareler ararken aklıma Şeker Fabrikası geliverdi. Komiser arkadaşla Fabrika Müdürünü ziyaret ederek yardımlarını rica edince, bize fabrika arazisinde bulunan hurda tel ve dikenleri alabileceğimizi, bu desteğin bir vatan görevi olduğunu söyleyince kendimi adeta yıllarca doktora öğrenimim sırasında bulunduğum İsviçre'de hissettim. Demek ki, benim Ülkemde de zamanı gelince kırtasiyeciliği bir kenara bırakıveren, yurduna hizmete kendini adayan kamu yöneticileri mevcuttmuş!

Malzemenin taşınması için de Mühimmat Deposu Komutanını ziyaret ettik. Bize bu davranışımızdan dolayı teşekkür etmekle kalmayıp bir araç tahsis edebileceğini söyleyince, ne kadar sevindiğimizi izah etmekte güçlük çekiyorum. Bütün bunlardan sonra, Eskişehir Orman Bölge Müdürlüğünden onbin kavak ve 3100 çam fidanı temin ederek bunları belirlenen yerlere 1970 yılı Şubat ayında dikmeyi başardık. Köy halkının da üzerine düşen görevi planlanan biçimde gerçekleştirmiş olması, dikim işinin zamanında yapılmasını sağlamış oluyordu.

Müteakip yıllarda da, köyün muhtelif yerlerinde kavaklık ve çamlıklar kuruldu. Gerçekleştirilen bu hizmetler Eskişehir'de il çapında yankı buldu. Cumhuriyet'in 50. kuruluş yıldönümü etkinlikleri çerçevesinde Uludere pilot köy seçilerek 600 dönümlük arazi üzerinde toplu meyve fidanlığı tesisi kararlaştırıldı; böylece çalışmamızın ikinci safhasında onbin meyve fidanı dikildi. Hizmetin bundan sonraki aşamasını da, İl Jandarma Komutanlığı ve Emniyet Müdürlüğünün 1974 yılından itibaren ayrı ayrı çamlıklar kurması oluşturdu.

Ülkemizde başlatılan güzel teşebbüslerin zaman zaman sonlarının getirilemediği bilinen bir gerçek. Böyle olumsuz bir tabloyla karşılaşmamak için, ağaçların sulanması ve korunması konularında köylüyle diyalog sürdürülmüş ve çalışmalar takip edilmişti. Nitekim bu yıl 30 yaşlarına basan ağaçların beldeye kazandırdığı maddi ve manevi zenginlik, bir süre önce köylünün düzenlediği bir şenlikle kamunun hizmetine sunulmuştur.

Eskişehir Uludere örneği, yargı çevresinde de yankı bulmuş ve benzeri hizmetlerin yurdumuzun öteki yerlerinde de gerçekleştirilebileceği görüşü, hakim ve savcı arkadaşlarımız tarafından paylaşılmıştı. 1990 yılı Ağustos ayında tatilimin bir bölümünü geçirmek için memleketim Konya - Hadim'de bulunduğum günlerde, yaşı seksenin üzerinde olan bir komşumuz, ilçe merkezine 8-9 km mesafede bulunan "Kavaklar" mevkiinde kendi imkanlarıyla yaptırdığı çeşmeleri göstermek istediğini söyleyince, biraz da hava almak amacıyla eşim ve babamla birlikte ona katıldık. 1700 metre yükseklikteki bu vadinin her yerinden sular kaynakıldığı halde birkaç yüzyıl öncesi tamamen kavaklık olduğu anlaşılan bölgede yaşanmış bir-iki kavaktan başka bir ağaç kalmamıştı. İkinci vakti olmasına rağmen güneşten yanmış, gölgesinde kalabileceğimiz bir ağaç bulmakta zorlanmıştık. Burada bir şeyler yapabilmek için kendi kendime düşünmeye başladım ve cebimden beş bin lira çıkararak babamdan ve eşimden de beşer bin lira istedim ve böylece yeni bir kamparya başlattım. Ankara'ya döndüğümde Yargıtay'daki arkadaşlarımdan bu amaçla destek sağlayarak Hadim'de kurulacak orman için fon oluşturmaya çalıştım. Ziraat mühendisi olan İlçe Belediye Başkanının ağaca duyarlı olduğunu biliyordum. Konuyu kendisine açınca, büyük bir memnuniyetle bizi destekleyeceğini söyledi. Artık iş fidanları bulmaya kalmıştı. Bunun için Orman Bakanlığı Ağaçlandırma ve Erezyon Kontrolü Genel Müdürlüğüne giderek Genel Müdür Yardımcısı Sayın Necati Uyar'la görüştüğümde, bana aynen "Siz bize bir metre yaklaşırsanız biz de size on metre yaklaşıyoruz" diyerek, bir kamu görevlisinden beklenebilecek en olumlu cevabı verdi. Bu girişim ve gelişmeler sonucunda 1991 yılı Nisan ayının ilk haftasında Hadim - Kavaklarda çam, sedir, kavak, ceviz, akasya, iğde, söğüt, kiraz, dut, ardıç gibi onbeş türden 25.000 ağaç dikilmesi sağlandı ve fidanlığa Hadim Belediyesince "Yargıtay Botanik Bahçesi" adı verildi. Yargıtay Başkan ve Üyeleriyle Tetkik Hakimlerinden temin edilen 4.305.000 TL. gibi cüz'i bir katkı ile sadece botanik bahçesi kurulmuş olmayıp, Sayın Necati Uyar'la yapılan görüşmeler sonunda ilgili kamu kuruluşlarının plan ve programları çerçevesinde 1992 yılında Hadim'de bahçe sahiplerine 135.000 adet ceviz fidanı parasız verilerek diktirilmesi de gerçekleştirildi. Bunun ardından, 1993 yılında Belediye Başkanlığının teşebbüsleri ve gayretleri sonucu 20.000 kiraz fidanı da halka dağıtıldı. Bu faaliyetler sonucudur ki, bugün Hadim'de kirazcılık konusunda büyük bir başarı sağlanarak ilçeye 5-6 km mesafede olup kuru otların toplanmasından başka bir işe yaramayan Karabük mıntıkasının tamamı kiraz bahçeleri ile donatıldı.

Bu çalışmalar sonucunda Hadim'de hatıra ormanları kurulması geleneği de sağlandı ve böylece ünlü hukukçulardan ikisi adına üç ve ayrıca bir başka hemşehrimiz için de bir adet olmak üzere dört hatıra ormanı kuruldu.

Yargıtay mensuplarından toplanan birer fidanlık paralarla önemli işlerin yapıldığının ilgili çevrelerce gözlenmesiyledir ki, daha başka yurt köşelerinde hatıra ormanları kurulması birbirini izlemiştir. Bu çerçevede olmak üzere 1991 yılında Hadim'de görevli iken Botanik Bahçesi kurulmasına bizzat iştirak etmiş olan hakim arkadaşımızın Malazgirt'e atanmasından sonra, Yargıtay ağaç fonunun desteği ve Ağaçlandırma ve Erezyon Kontrolü Genel Müdürlüğünün katkıları ile 1993 yılından itibaren Malazgirt'te "Yargıtay Ormanı" adı altında üç hatıra ormanı kurulması sağlanmıştır.

1993 yılında Yargıtay'ın kuruluşunun 125. yıldönümü anısına Sincan'da Kepir mevkiinde Orman Bakanlığı ve Yargıtay mensuplarının iştirakiyle çam, sedir, akasya, akçaağaç vs. türlerden olmak üzere 12.000 fidandan oluşan bir hatıra ormanı kurulması gerçekleştirilmiştir. Ayrıca 1992 yılında Çayyolu Köyünde, 1998 yılında Yargıtay'ın kuruluşunun 130. yıldönümü etkinlikleri arasında Aydın Köy'de ve 1999 yılında da Gökçeyurt Köyünde "Yargıtay Hatıra Ormanları" kurulmuştur.

Yargıtay ormanlarının yurt sathına yayılması üzerine Yargıtay başkan ve üyelerinden pek çoğu kendi memleketlerinde de bu tür eserlerin gerçekleştirilmesi temenni ve isteklerinde bulunmuş, böylece Malatya - Darende, Erzincan - Kemaliye, Isparta - Senirkent, Ağrı - Taşlıçay, Niğde ve Erzurum'da Yargıtay hatıra ormanları kurulmuştur. 2000 yılı içinde de Denizli - Acıpayam; Kayseri - Develi'de benzer etkinliklerin yapılması planlanmıştır.

Bu tatlı heyecanın seline kapıldıktan sonra hizmet zincirine yenilerini eklemek için gerekçe bulmakta zorlanılmıyor. Nitekim Cumhuriyetimizin kuruluşundan sonra Yargıtay'ın ilk kez Eskişehir'de görev yapmış olması dikkate alınarak, Ankara'dan Eskişehir'e girişte Kanlıpınar köyündeki DSİ göleti etrafında oluşturulan ormanlık alanda 1994 yılında "Yargıtay Ormanı"; ünlü hukukçu Prof. Dr. Kemal Oğuzman adına Galatasaray Üniversitesi Rektörlüğü, İstanbul Barosu Başkanlığı ve Yargıtay Başkanlığının ortaklaşa girişimleriyle İstanbul Silivri'de "Kemal Oğuzman Hatıra Ormanı" oluşturulması bunun en güzel örnekleridir.

Yargıtay 9, 10 ve 21. Hukuk Daireleri Başkan ve üyelerinin Zonguldak'ta yaptıkları mesleki gezileri sırasında, taşkömürü maden ocaklarında 500 metre derinlikte büyük bir özveri ile çalışan maden işçilerimizin anısına Yargıtay İş Daireleri olarak bir hatıra ormanı kurulması görüşü benimsenerek 1998 yılı sonunda bu da gerçekleştirilmiştir. Önümüzdeki yıllarda da bu meş'alenin sönmeden elden ele taşınacağı inancındayım.

Yargıtay Hatıra Ormanları'nın hikayesini bu kadar detaylı anlatmaktaki amacım her insanda varolduğuna inandığım doğa sevgisi harekete geçirildiğinde nelerin gerçekleştirilebildiğini; küçük maddi katkıların birikimi ile ne büyük işler başarılabilirdiğini örnelemekti. Temennim, bu çalışmanın toplumun her kesimine mal olması ve güzel yurdumuzun en yakın gelecekte layık olduğu yeşilliğe ve güzelliğe kavuşmasıdır.

— oOo —

ÜÇÜNCÜ BİN YIL / MİLENYUMDA HUKUK BİLİMİNİN YENİ KONUSU ENFORMASYON TOPLUMU

Ömer Uğur GENÇCAN (*)

ANLATIM DÜZENİ: Giriş. Birinci Bölüm: Kavram. 1- Enformasyon Toplumu Kavramına Bakış. 1- Tanım. 2- Enformasyon Toplumu Kavramına Yüklenen Anlamlar. İkinci Bölüm: Teknolojik İndirgemecilik. 2- Toplum Teknoloji İlişkisi. 1- Genel Olarak. 2- Tanımın Tanıtılması. Üçüncü Bölüm. Enformasyon Toplumu Sorularının Sorulması. 3- Enformasyon Toplumu Özel-likleri. 1- Oluşum. 2- Enformasyon Toplumu - Sanayi Toplumu Karşılaştırması. Sonuç.

GİRİŞ

Üçüncü bin yıl / milenyuma girerken diyalektik bakışın kaçınılmaz sonucu olarak her şeyin geçici bir gerçek olduğunu düşündüğümüzde değişmeden hiçbir şeyin kaçamayacağı/kurtulamayacağı temelinde toplum düzeninin de bundan nasibini alacağı doğaldır.

Medeni hukuk öğretisinde **toplum düzeni** olarak adlandırılan kavram toplumsal gerçeklikte karşımıza farklı biçimlerde çıkmaktadır. "İnsanlar doğuştan toplumdurlar; toplu yaşamaktan başka bir yaşam biçimi bilmezler" diyen VE-LİDEDEOĞLU ekler: "Bu toplu yaşamışın kendine göre bir çok yararları olmakla birlikte bir çok sakıncaları da vardır."

Günümüzde belirtmekte devam eden bir **yeni toplum** karşındayız: **Enformasyon Toplumu**. Hukuk adamı yeni topluma göre milenyumda kendisini biçimlendirmek zorundadır. O halde hukuk adamı enformasyon toplumunu tanımak/bilmek zorundadır. "Nedir milenyumun toplumu?" İşte bu çalışmamızda bu soruya yanıt getirmeye çaba sarf edeceğiz.

Konumuzu üç bölüm altında inceleyeceğiz. Birinci bölüm kavrama ilişkin olup önce bu topluma yapılan tanım gayretlerini açıkladıktan sonra bu kavrama yüklenmekte olan anlamları gözden geçireceğiz.

(*) Yargıtay 2. HD. Tetkik Hakimi.

İkinci bölümde ise toplum düzeninin adlandırılmasında teknolojinin yerini belirleyeceğiz. Belirleme işlemini yapılmakta olan tartışmaları da göz önünde bulundurarak gerçekleştireceğiz.

Son bölümde enformasyon toplumunu sorgulayacağız. Sorgulamayı oluşum vetiresinde bir adım ilerisinde olduğu sanayi toplumu ile karşılaştırmasını yaparak çalışmamızı tamamlayacağız.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAM

1- Enformasyon Toplumu Kavramına Bakış

I- Tanım

Üçüncü bin yılın ilk basamağı içerisinde bulunmaktayız. Günümüzde köklü bir değişim ve dönüşüm süreci bütün toplumları etkilemektedir. Yaşamakta olduğumuz bu vetirenin adlandırılması halen sorun oluşturmaya devam etmektedir. Bu konuda pek çok çabaya tanık olagelmekteyiz.

Bu gayretlerin sonucu **medenileşme - sonrası toplum, post-ekonomi toplumu, aktif toplum, post modern toplum, hizmet sınıfı toplumu, burjuvazi-sonrası toplum, teknokratik toplum, kişisel hizmet toplumu, nedred-sonrası toplum, istikrarsızlık çağı toplumu, bilgi toplumu, sanayi ötesi toplum ve enformasyon toplumu** olmak üzere bir adlandırma tipisi oluşmuştur.

Biz bu adlandırma tipisi içerisinde enformasyon toplumunu yeğliyoruz. O halde nedir enformasyon toplumu? Bu konuda herkesin kabul edebileceği bir kavramsal çerçevemiz üzümlere söylemek isterim ki yoktur. Hatta daha da ilerisi/ilginci ortak bir terminoloji/terimler dizgesi dahi bulunmamaktadır. Eski deyimle/eskilerin deyimiyile **efradını cami, ağyarını mani** bir tanıma henüz ulaşılammıştır.

İster hayvanlar arasında olsun ister insanlar arasında olsun herhangi bir toplumsal olarak örgütlenmenin ön koşullarından birisi **iletişim**dir. Bu açıdan bakıldığında bütün insan toplumları enformasyon toplumu olmuşlardır denilebilir.

Amerikalı bir araştırmacı kullanılmakta olan **iletişim** tanımlarını tasnif etmeye kalkışmış. Tanım sayısı yüz sayısının geçince bu işten vazgeçmiştir. Eğer **enformasyon** kavramına yüklenen anlamları tasnife kalkışmış olsaydı aynısı başına gelecekti.

Bir ara enformasyon toplumu yerine **bilgi toplumu** deyimini kullanılmış ise bu yanlıştan kısa sürede dönülmüştür. Nedir bu yanlış?

Her şeyden önce bilgi, **ilk algılama**, **vetire** ya da bu algılama ve vetirenin son somut kullanılabilir fiili midir? Bilgi ancak **kullanma** noktasında vardır. Kullanma öncesi ise **malumat**, **biliş** ve **enformasyon** vetiresidir. Biz bu vetirede aldığımız enformasyonları fiilen kullandığımızda **bilgiyi** yansıtmış oluyoruz.

Bu açıklamalar sonucunda artık şunu söyleyebilecek durumdayız: **BİLGİ, İŞ-LENMİŞ ENFORMASYONDUR.**

Bilgi aynı zamanda epistemolojik ve etkin olarak **toplum** kavramı ile bir araya gelemez. Bu nedenle **bilgi toplumu** yerine **enformasyon toplumundan** söz etmek daha **doğru/isabetli** ve yerinde olacaktır.

II- Enformasyon Toplumu Kavramına Yüklenen Anlamlar

Enformasyon toplumu kavramının çıkış noktası sanayi toplumudur. Bu ölçek esas alındığında enformasyon sanayi toplumunun bir adım ilerisi olduğu söylenebilecektir.

Enformasyon toplumu kavramına **geçiş dönemi** kavramı anlamını yüklemek aslında daha yerinde olacaktır. XXI. yüzyılın ilk onlu yıllarında toplumlar kendi değerleriyle yeni bir oluşuma giderek sosyoloji literatürü bu toplum yapısını anlatan **par excellence** bir kavrama sahip olacaktır.

Bu noktadan şu sonucu çıkartabiliriz: Enformasyon toplumu deyimi XXI. yüzyıl toplumunun almakta olduğu ve alacağı şekil göz önünde bulundurularak kullanılmaktadır.

Enformasyon toplumu ile ifade edilmek istenen belirli ve hedef tutulmuş aktüel/bugünlerin/şimdilerin bir toplum yapısı kesinlikle yoktur. Başka bir anlatımla enformasyon toplumu kavramıyla belirli bir toplum yapısı dışında kastedilen bir aktüel ülke yoktur. Çünkü bu kavram ile **XXI. yüzyıl toplumu** hedeflenmektedir. Dolayısıyla bugün sanayi toplumu diye adlandırdığımız toplumlar da dahil olmak üzere tüm toplumların/ülkelerin gerçekleştirebilecekleri bir yapının ifadesi olarak enformasyon toplumu kullanılmakta/kabul edilmekte/düşünülmektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

TEKNOLOJİK İNDİRGEMECİLİK

2- Toplum - Teknoloji İlişkisi

I- Genel Olarak

Toplumların, ulaşılmış oldukları teknolojik seviyeler ölçüt alınarak adlandırılması/anılması isabetli midir. Bir toplumu enformasyon toplumu ya da sanayi

toplumu olarak kabullenebilmek için o toplumun teknolojik seviyesinin bu ölçütte/ tanımlamada mutlak etkisi nedir? Başka bir anlatımla teknoloji ile sosyal değişme arasındaki ilişki hangi boyutlarda/kapsamda olarak kurulmaktadır/oluşmaktadır.

Teknoloji sosyal değişmenin **başlatıcısı** mıdır? Yoksa acaba teknoloji, toplumsal yapının bir **sonucu** mudur? Her iki görüşün / düşüncesinin / anlayışın kendilerine göre iç tutarlılığı bulunduğunu peşinen söyleyerek bu ayrımı inceleyeceğiz/açıklayacağız/göstereceğiz.

II- Tanımın Tartışılması

Teknolojinin toplumsal ve kültürel çerçeveye bağımlı olduğu söylenmektedir. Ancak bu demek değildir ki teknoloji hangi toplumsal kalıba dökersen/koyarsan onun biçimini hemen alıverecektir. O kalıbı hiç de almayacaktır, çünkü unutulmamalıdır ki teknoloji **amorf** bir değişken değildir. Doğaldır ki teknolojinin kendisine özgü bir **egemenlik sahası** vardır.

Teknoloji ile sosyal değişme arasında mekanik bir ilişki kurulması olanaksızdır. Teknoloji ile sosyal değişme arasında teknolojinin egemenlik sahası nedeniyle elbette yadsınamaz bir ilişki vardır/olacaktır. Ancak bu husus teknolojinin sosyal değişmede mutlak bir rol aldığı/oynadığı/belirleyici olduğu anlamına gelmemektedir.

Sosyal değişmeler, temel belirleyicidir. Anthony Smith, "emperyalizm, teknolojik bir **itmenin** mi yoksa bir **çekmenin** mi ürünüdür?" diyerek konuya gerekli olan açıklığı da getirmektedir.

İşte bu yüzden teknoloji tarihi ile toplumsal tarih arasında bir **matematik denklem** kurulması olanaksızdır. Çünkü her zaman için kurulacak olan bu matematik denklemini alt-üst edebilecek nitelikte olmak üzere aykırı değişkenlerin oluşması/oluşacağı olanaklıdır/beklenmelidir.

Tekniğin, insan faktörünün bir ürünü olduğu hiçbir zaman gözden ırak tutulmamalıdır. Teknik bu anlatımla aynı zamanda **belirli bir kültürün** doğal sayılması gereken bir sonucudur. İşte bu nedenlerle tekniği yaratan kültürü göz önüne almadan teknolojiyi **bağımsız** olarak düşünmek ve bunun sonucunda da evrimde **temel belirleyici** faktör olarak ele almak hem eksik hem de yanlış bir tutum olacaktır.

Teknoloji, daha ileri ve gelişmiş bir seviyeye ulaşmak için sadece bir **araçtır**. Açıklanan nedenlerle **teknolojik determinizmden** kaçınmak gerektiği belirtilmektedir. Doğaldır ki teknolojinin intaç ettiği bir yeni olgu olamaz. Teknoloji, düşünce tarihinde ve belirli bir kültürel atmosferde zaten **var olan** bir eğilime uygulanmaktadır.

Bu görüşlerin yanı sıra toplumların sanayileşmelerini tamamladıkları ölçü çerçevesinde olmak üzere birbirlerine benzeyecekleri ileri sürülmektedir. Aynı cümleden olarak ekonomik yönden geri ülkelerin sanayileşmesi durumunda ekonomik yönden gelişmiş ülkelere benzeyeceği de aynı gerekçelerle öngörülmektedir.

Bu husus şöyle açıklanmaktadır: Sanayileşme, eski bir toplumu yeni bir topluma dönüştürmekte ve onlara belirli karakteristikleri kazandırmaktadır. Eninde ve sonunda da sanayileşmenin -teknolojinin- mantığı kendini kabul ettirecek ve sanayi toplumu en uç noktalara kadar kendini gösterecektir. O kadar ki tatil ve dinsel bayram günleri bile sanayi toplumunun gerektirdiği değişme ve yeni düzenlemelerden kendini kurtaramayacaktır/nasibini alacaktır.

Sonuç olarak her sanayi toplumu arada ne kadar farklılıklar olursa olsun diğer bir sanayi toplumuna eni-sonu/önü-arkası benzeme durumunda kalacaktır. Bunun yanı sıra bir sanayi toplumunun bir **sanayi-öncesi topluma** benzemesi bu yüzden daha az bir olasılık olarak kalacaktır.

Bu benzeşmeyi örneklemek gerekirse: Sanayi toplumu her şeyden önce metropoliten sahalarda olmak üzere merkezlenmiş, banliyöleri ve bağlı uydu cemaatleri olan bir **şehir toplumdur**. Her ne kadar sanayi - öncesi toplumlarda da ticari ve dinsel merkezler olarak çok sayıda şehirlerin ortaya çıktığı görülmekte ise de şehir hayatının toplumun her tarafına nüfuz etmesi durumu sadece ve sadece sanayi toplumlarında görülmektedir.

İngiltere bu savı açık bir biçimde doğrulamaktadır. Bilindiği üzere 1780 - 1830 arasında **İngiliz sanayi devrimi** gerçekleşmiştir. 1780 yılında Londra dışında nüfusu elli binin üzerinde sadece üç şehir bulunurken 1830 yılında bu sayı on dördü bulmuştur.

Burada şu noktaya dikkat çekmek gerekmektedir. Sanayiin dayanmış olduğu bilim ve teknoloji uluslar arası bir dille konuşmaktadır. Dikkat edilirse sanayileşmiş ülkelerin şehir merkezlerinin bile ne kadar birbirlerine benzer duruma gelmiş buldukları rahatlıkla görülebilecek noktadır.

Görüldüğü üzere her iki görüşünde kendilerine "evet haklısın" dedirtirecek üstün yanları bulunmaktadır. Bu konuda tercih yapabilme olanağı henüz bulunmamaktadır. Ancak her şeye rağmen bizim şu saptamayı yapmamız olanaklıdır. Sanayi toplumları geleneksel sosyal yapılarının bazı unsurlarını bugüne kadar korumaktadırlar. Buradan da şu sonuca ulaşabilmemiz olanaklıdır. Değişme ve gelişme **tedrici/aşamalı** ve **nispidir/görelidir**.

Şu konum açık ve seçik ifade edilebilir ki: Sosyal yapı ve davranışlar, kendilerini biçimlendirmekte olan koşullar ortadan kalktıktan sonra dahi uzun süre devam etmektedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ENFORMASYON TOPLUMUNUN SORGULANMASI

3. Enformasyon Toplumunun Özellikleri

I- Oluşum

Dikkat edildiğinde enformasyon toplumu tartışmalarının İkinci Dünya Savaşı sonrası yaygınlaşan sanayi toplumu tartışmalarının yeni teknolojik gelişmelere uyarlanmış bir biçimi olarak sürdürüleegelmekte olduğu rahatlıkla gözlemlenebilecek durumdadır.

Sanayi toplumlarının enformasyon toplumuna dönüşmekte olduğunu savunmakta olanlar bu dönüşüm için iki ayrı **doğum tarihi** önermektedirler. 1956 yılını savunanlar: Çünkü, Amerikan tarihinde ilk kez 1956 yılında **beyaz yakalılar**ın (hizmet sektörü) sayısı **mavi yakalılar**ın (imalat/yapım sektörü) sayısını geçmiş bulunmaktadır. 1957 yılını savunanlar: Çünkü, Sovyetler Birliği (eski) ilk uyduyu uzaya gönderdiler. O halde doğum tarihi 1957'dir.

Gerçek olan şu ki: James Watt'in buharlı motoru keşfi sonucunda **sanayi devrimi** başlayarak sanayi toplumu oluşmuş ise aynı cümleden olmak üzere William Shockley'in transistörü keşfi sonucunda **enformasyon devrimi** başlayarak enformasyon toplumu oluşmuştur.

Sanayi toplumunda itici rol oynayan teknoloji olan buhar makinesi nasıl ki maddi üretimin hacmini ve niteliğini değiştirmiş ise aynı şekilde olmak üzere enformasyon toplumunda itici rol oynayan teknoloji olan bilgisayar teknolojisi ise insanoğlunun düşünsel gücünü artırmış bulunmaktadır.

II- Enformasyon Toplumu - Sanayi Toplumu Karşılaştırması

Enformasyon toplumunun, sanayi toplumunun bir adım ilerisi olan XXI. yüzyıl **toplumu** olduğunu açıklamıştık. O halde bir adım gerisi nedir? Bu çerçevede yapacağımız açıklama ile enformasyon toplumuna biraz daha açıklık getirmiş olacağız.

Hangisidir sanayi toplumu? Günümüz dünyasında sanayi toplumunu hangi ülkeler temsil etmektedir?

Öncelikle sanayi toplumu teorisinin temel bileşenlerini kısaca açıkladıktan sonra bu bileşenleri temel alarak temsilci ülkeleri bildireceğiz. Bileşenler konusunda Anthony Giddens'in yardımına başvuracağız. Bu bileşenleri şöyle sıralayabiliriz:

- Geleneksel tarım toplumundan makineleşmiş sanayi toplumuna geçmiş olmak.
- Tüm çatışmalara rağmen ilerlemeci bir hareket.
- Sınıf çatışmalarının yeni düzeninin doğum sancısı olan geçici bir olayı olması.
- Liberal demokrasinin yükselişi.
- Ortak bir toplum tipini sağlayacak olan aynı temel birlik.
- Az gelişmiş ülkeler yönünden: Sanayileşmiş ülkelerin toplumsal yapı tarzının benimsenmesi.

Konumuza doğa bilimlerinin nesnellik savı ile yaklaşmanın olanaksızlığı çinkesi ile kaldığımız yerden devam ediyoruz. Ülkeler arasındaki ekonomik gelişme farkları ayırımının zorluğu ve karmaşıklığına rağmen şunları söyleyebileceğimizi sanıyorum: ABD, Kanada, Japonya, İskandinav ülkeleri, İsviçre, Fransa, Almanya ve Benelux ülkeleri kişi başına 4000 - 20.000 dolar değişen ulusal gelirleri ile ikibinli yıllarda **ileri sanayi toplumları** olacaklardır.

Bunlara **belirgin ve tam ileri sanayi toplumu** (Visibly Post-Industrial) da denilmektedir. **İleri sanayi öncesi sanayi toplumları** (Early Post Industrial) arasında da İngiltere, Rusya, İtalya, Avusturya, İsrail, Avustralya gibi ülkeler yer almaktadır (Bell D.: The Coming of Post Industrial Society).

Bu saptamalarımızdan sonra enformasyon toplumu - sanayi toplumu ayırımında iki niteleme ile karşılaşıyoruz:

- İleri aşama
- Yeni oluşum

İleri aşama nitelemesini savunanlar iki toplum arasında nitelik değil **derece farkı** vardır savındadırlar. Buna karşılık diğer nitelemeyi savunanlar ise iki toplum arasında nitelikçe farklı **yeni toplumsal oluşum** söz konusudur savındadırlar.

Teknolojik indirgemecilik konusundaki tavrımızı bu bağlamda da sürdürmek zorundayız. İç tutarlılıkları açık seçik gözükken ayırında yansız kalacağız. Bu konuda bir **KARŞILAŞTIRMA TABLOSU** ile bu bölümü tamamlayacağız.

SANAYİ TOPLUMU

- Fabrika
- Maddi değer üretimi
- Değişim ekonomisi
- İktisadi teşebbüsler
- Maddi sermaye
- Merkezi iktidar
- Parlamenter/halk demokrasisi
- Sorun: İşsizlik, savaş, diktatörlük

- Kitlesel tüketim toplumu
- Rönesans ruhu

ENFORMASYON TOPLUMU

- Bilgisayar merkezi
- Enformatik değer üretimi
- Synergetic ekonomi
- Cemaatlar
- Bilgi - enformasyon
- Çok merkezli iktidar
- Katılımcı demokrasi
- Sorun: Gelecek korkusu, terör, özel hayatın gizliliğine tecavüz
- Kitlesel bilgi üretimi toplumu
- Global tutum

SONUÇ

Köklü bir değişim/dönüşüm vetiresinin bir yeni toplum düzeni yarattığı çerçevesinin ise bilinemezler ve kuşkularla dolu olduğu bir XXI. yüzyıl toplumuna hızla sürüklenmekteyiz.

Geçiş kavramları ile tutunabildiğimiz ve anlamaya ve anlatabilmeye çalıştığımız bu oluşuma sanıyorum rastlayabildiğim en güzel adlandırmayı Yoneji Masuda yapabildiği: **COMPUTOPIA**. Yani utopia ve computer.

Teknolojinin sadece çevremizi denetlemede değil, bütün toplumsal ilişkilerimizi ve dünyaya bakış tarzımızı temelden dönüştürmede anahtar rol oynadığı daha 1960'lı yıllarda Daniel Bell tarafından işaret edilmiş, gelişmeler de onu haklı çıkarmış ve çıkarmaya da devam etmektedir.

Teknolojinin insanlığı mutlaka güzele ulaştıracağını ümit etmekten başka elimden/elimizden bir şey gelemeyeceğine ilişkin korkumu ifade ederek sözlerimi tamamlamak istiyorum.

KAYNAKÇA

- AVCI, Nabi : Enformatik Cehalet, Ankara, 1990. Türkiye Günlüğü Dergisi, Nisan - 1989.
- BENDIX, Reinhard : "Sanayileşme, Modernleşme ve Kalkınma", İhsan Sezai, Sosyoloji Yazıları, İstanbul, 1991.
- BOTTOMORE, T.B. : Toplum Bilim, (Çev. Ünsal Oskay), Ankara, 1977.
- ERKAL, Mustafa E. : Sosyoloji (Toplum Bilimi), İstanbul, 1991.
- KEANE, John : Medya ve Demokrasi, (Çev. Haluk Şahin), İstanbul, 1992.
- KERR, C., DUNLOP, J.T., : "Sanayileşme mantığı", İhsan Sezai, Sosyoloji Yazıları, HARBİSON, F., MYERS, C.A. : İstanbul, 1991.
- PLOMAN, Edward : "İletişim Devrimi Üzerine", (Çev. Nabi Avcı), İlim ve Sanat Dergisi, Mayıs - 1985.
- SANAY, Eyyüp : Genel Sosyoloji Dersleri, Ankara, 1991.
- SEZAL, İhsan : "Enformasyon Toplumu ve Demokrasi", Sadettin Elibol, Sosyoloji Konuşmaları, Ankara 1991.
- VELİDEDEOĞLU, H.V. : Medeni Hukuk, İstanbul, 1969.

FACTORİNG SÖZLEŞMESİ

C. Murat BAYKAL (*)

ANLATIM DÜZENİ: I- Genel Olarak. II- Tarihi Gelişim. III- Kavram Ve Tanımlar. IV- Factoring Sözleşmesinin Unsurları. V- Factoring Sözleşmesinin Şekli. VI- Factoring İşleminin Türleri. VII- Factoring İşleminin Fonksiyonları (İşlevleri). VIII- Factoring Prosedürünün İşleyişi. IX- Factoring Sözleşmesinin Hukuki Niteliği. X- Factoring Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler. XI- Factoring Sözleşmesinin Hükümleri. XII- Factoring Sözleşmesinin Sona Ermesi. Sonuç.

I- Genel Olarak

Üretilen mal ve hizmetlerin piyasada her zaman peşin para ile alıcı bulması mümkün olmadığından, belirli bir maliyeti bulunan mal ve hizmetlerin karlılıklarının üretici ve satıcılara dönmesi genellikle uzun bir vadede gerçekleşebilmekte, üretimini artırmak, daha geniş bir alıcı kitlesine ulaşmak isteyen satıcılar da çoğu kez alıcılara kredi bulmak, onlara finans kolaylıkları sağlamak zorunda kalmaktadırlar(1).

Satıcıları bu finansman yükünden kurtarmak ve satım nedeniyle üstlenmek zorunda kaldıkları riskleri ortadan kaldırmak amacıyla değişik finansman yöntemleri geliştirilmiştir. Giderek önem kazanan bu yöntemlerden biri de "factoring"dir. Factoring işlemi, müşteri/satıcının, alıcı/borçluya sattığı malların veya sunduğu hizmetlerin karşılığını oluşturan bedeli, ödeme karşılığında *factoring şirketi/factor" adı verilen finans kurumuna temlik ederek, faiz, komisyon ve masraflar çıkarıldıktan sonra kendisine ödenen bu meblağ üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği ve böylece borcun vadesini beklemezsizin nakit ihtiyacını karşıladığı bir finansman yöntemi olarak ortaya çıkmaktadır.

Factoring işleminde factor, vadeli satış yapan bir müşteri/satıcının mal tesliminden veya hizmet ediminden kaynaklanan alacağını -kural olarak fatura değerinin %80-90'ını- fatura ya da benzeri belgelerin ibrazı karşılığında peşin ödeme

(*) Ankara Barosu Avukatlarından.

(1) Özakman, Factoring, s. 7.

yapmak suretiyle satın almaktadır. Böylece müşteri/satıcı, alacakları vadeye bağlanmış olmasına karşılık, alıcı/borçlunun ödemede bulunmasını beklemeksizin alacağına derhal kavuşmakta ve bu suretle işletmesinin faaliyetine devamlılık kazandırmaktadır(2).

Factoring sözleşmesi, özellikle uluslararası ticarete, satışların emin bir şekilde yapılması ve bundan doğan ticari alacakların tahsili amacıyla akdedilen bir sözleşmedir(3). Uygulamada factor'a devredilen alacaklar, genellikle müşterinin factoring sözleşmesinin akdedilmesinden itibaren ve sözleşme süresi içinde doğacak müstakbel alacaklarıdır. Bu itibarla, sözleşmede bir sınırlama getirilmediği sürece, müşterinin doğacak tüm alacakları devredilmiş sayılır(4). Kanunen ve sözleşme gereği temlik mümkün bulunmayan alacaklar factoring sözleşmesinin kapsamı dışındadır(5).

Factoring, daha çok kısa vadeli veya vadesiz borçlar için söz konusu olmaktadır(6). Vade Türkiye'de 90 gün süre ile sınırlıdır. Bunun nedeni, Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkında 32 Sayılı Karar hükümleri uyarınca ihracat bedellerinin bu süre içinde yurda getirilerek bir bankaya veya özel finans kuruluşuna satılması zorunluluğudur(7). Kredi istihbaratı konusundaki alt yapıyı oluşturmuş olmaları, yaygın şube bankacılığı ve işletmelere verdikleri kredilerin geri dönmesinde bir kontrol mekanizması oluşturabilecekleri düşüncesi ile bankaların bu tür faaliyetlere yönelmeleri düşünülebilir(8). ancak factoring'i çoğu kez banka dışındaki mali kurumlar yapmaktadır. Zira, factoring'e bağlı hizmetler bir bankanın yüklenmek istemeyeceği türden külfetlerdir. Bununla beraber bankalar, factoring işlemlerini kurdukları ayrı ortaklıklarla yürütmektedirler(9).

(2) *Kocaman, Arif, Factoring Uygulaması, s. 128.*

(3) *Çeker, s. 126. Factoring sözleşmesinin konusunu tüketim malları, kısa vadeli yatırım malları ve hizmet edimleri oluşturmaktadır (Kocaman, Arif, Alacak Devri, s. 27).*

(4) *Özakman, Factoring'in Esasları, s. 16.*

(5) *Özakman, Factoring, s. 22.*

(6) *Tekinalp, s. 365.*

(7) *Ertürk, s. 15; Ateş, s. 141-142.*

(8) *Bozkurt, s. 15; Özakman, Factoring, s. 6-7.*

(9) *Tekinalp, s. 365. Factor ve banka, işletme finansmanı yaklaşımı açısından temelde ayrılırlar. Bir banka, alacakları satın aldığı anda ödenmeme riskini firmaya yansıtır. Ancak factoring'de bu risk factor'un üzerindedir. Banka ödeme açısından müşteri ve kredi değerliliğini incelerken, factor olaya borçlunun ödeme gücü açısından bakar. Factor riski geniş bir borçlu ve ürün yelpazesine dağıtır, kredi limitini borçlunun bakarak saptar, bunun için de borçlular hakkında yeterli ve geçerli bilgi sahibi olması gerekir. Factor tarafından sağlanan hizmetler çok yönlü bir paket niteliğinde olmasına karşılık, ticari bir bankanın finansman sağlamak ve kredi ile ilgili bilgi toplamakla sınırlıdır (Bakır, s. 18).*

II- Tarihi Gelişim

Factoring işleminin kökeninde, "factor"ların satış komisyoncusu veya acenta olarak yaptıkları faaliyet yer almaktadır. Bu anlamda ilk factor'ların faaliyetleri Eski Babil'e kadar uzanmaktadır(10). Yine eski Roma'da factor'lar ülke ekonomisinde önemli rol oynamışlar, Fenikeliler koloni acentaları görünümünde teşkilatlar kurarak tacir ve alıcılara çeşitli hizmetler sunmuşlardır(11). 17. yüzyılda kurulan *factoring house*'lar da bu anlamda kuruluşlardır(12).

18. yüzyılın başlarında Doğu Hindistan Ortaklığı'nın kurulmasından sonra, tüm önemli ticari işletmeler, İngiliz kolonilerinde ve bu arada Kuzey Amerika'da acentalar bulundurmaya başlamışlar, bu acentalar İngiltere'deki ana şirketi buldukları yerde temsil etmeyi üstlenmişlerdir(13). Kuzey Amerika'daki factor'lar, Amerika'nın bağımsızlığını kazanmasından sonra da aynı işlevlerini sürdürmüşler, özellikle tekstil alanındaki faaliyetleri ile Avrupa'lı tekstil fabrikatörlerinin ürünlerinin Amerikan iç pazarında satışını gerçekleştirmişlerdir(14).

Avrupa tekstilinin Amerika Kıtası'na ithalinde "satış komisyoncusu/satış acentası" olarak faaliyet gösteren Amerika'lı factorlar, 1890 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde kabul edilen McKinley Gümrük Kanunu'nun Avrupa tekstilinin ithalini engellemesi üzerine ülke içi factoring'e yönelmişlerdir. Factor'lar böylelikle artık sadece malın depolanması ve satışını sağlamakla yetinmeyerek, fabrikatörlerin alacaklarını satın almaya ve satın aldıkları alacakları için kredi riskini üstlenmeye başlamışlardır(15). Belli bir garanti ve ödeme yükümlülüğünü ilk defa üstlenen bu Amerikalı kuruluşlara *delcredere factors* adı verilmiştir(16). Bu durum "emtia/acentası factoring'i"nden bugünkü modern "finansman factoring'i"ne geçiş anlamına gelmektedir(17). Amerikan factoring şirketleri 60'lı yıllardan itibaren uygulamayı Avrupa'ya da taşımışlardır. Bu gelişim 70'li yıllarda önce Japonya'da, daha sonra diğer Doğu Asya ülkelerinde factoring uygulamasına geçilmesiyle sürmüştür; factoring işlemi, 1988 yılından itibaren ülkemizde de gündeme gelmiştir(18).

(10) Kocaman, Arif, Factoring İşlemi, s. 50.

(11) Özakman, Factoring, s. 5

(12) Ertürk, s. 15-16.

(13) Kocaman, Arif, Factoring, s. 6.

(14) Kocaman, Arif, Factoring, s. 6.

(15) Kocaman, Arif, Factoring, s. 6.

(16) Özakman, Factoring, s. 5

(17) Kocaman, Arif, Factoring İşlemi, s. 53; Ertürk, s. 16. ABD'de aşamalı olarak finansman işleminin üstlenilmesinin yasal dayanağı 1889 tarihli "Factors Act"tır (Kocaman, Arif, Factoring, s. 6-7).

(18) Kocaman, Arif, Factoring: s. 1; Factoring uygulaması, s. 127, 129; Factoring'in Hukuki Niteliği, s. 79; Çeker, s. 111.

III. Kavram ve Tanımlar

Factoring işlemi, müşterinin işletmesinin ekonomik faaliyetleri sebebiyle doğmuş ve/veya doğacak alacaklarının fer'i (yan) haklar ile birlikte factor'a önceden ve toptan temlikini konu alan üçlü bir ilişkidir(19). Bu üçlü ilişkide, alacakları devralan ve karşılığını peşin olarak ödeyen finans kurumu "factoring şirketi/factor"; mal veya hizmet üretimi ile uğraşan işletme "müşteri/satıcı"; müşterinin mal veya hizmet arzından kaynaklanan ve devredilip karşılığı peşin olarak ödenen alacağın yönelmiş olduğu üçüncü kişi ise "borçlu/alıcı" olarak adlandırılmaktadır(20).

"Factor" terimi, "bir şey yapmak, icra etmek" anlamına gelen Latince "*facere*" fiilinden türemiştir(21) ve "bir başkası hesabına hareket eden ya da faaliyette bulunan kişi"yi ifade etmektedir. Ticari ve hukuki anlamda factor, "mal satımı ve hizmet arzı ile uğraşan işletmelerin bu satışları dolayısıyla doğmuş ya da doğacak alacaklarını temellük ederek tahsilini üstlenen, bu alacaklara karşılık peşin ödemelerde bulunarak finansal kolaylıklar sağlayan, aynı zamanda mali, ticari ve idari konularda işletmeye verdiği hizmetler karşılığı ücrete hak kazanan kişi ya da kuruluş" olarak tanımlanmaktadır(22). Factor tarafından yürütülen faaliyete "factoring", taraflar arasında yukarıda sayılan hususları içeren sözleşmeye de "factoring sözleşmesi" adı verilmektedir(23).

Bu kavramın ekonomik yaşamlarında her zaman önemli bir yere sahip olduğu Anglo-Saksonlar factor'u acenta veya satış komisyoncusu olarak telakki etmekte ve factoring'i "bir acenta veya komisyoncunun meslekleri çerçevesinde yaptıkları iş" olarak tanımlamaktadırlar. Bu tanım tarihi gelişim içinde bir anlam ifade edebilirse de, bu günkü modern factoring'in çok yönlü işlevlerini ifadeden uzaktır(24). Literatürde factoring işlemi daha çok işlevlerinden hareketle tanımlanmaya çalışılmakta, ancak hukukçular arasında bu konuda bir tanım birliğine ulaşılamamaktadır(25).

(19) Özakman, Factoring'in Esasları, s. 16; Özsunay, s. 32.

(20) Kocaman, Arif, Factoring Uygulaması, s. 127.

(21) Kocaman, Arif, Factoring, s. 16.

(22) 30.09.1983 tarih ve 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında KHK'nın, 27.06.1994 tarih ve 545 sayılı KHK ile değişik 3/c maddesinde factoring şirketleri, "mal ve hizmet satışlarından doğmuş veya doğacak alacakları temellük ederek tahsilini üstlenen, bu alacaklara karşılık ödemelerde bulunarak finansman sağlayan şirketler" olarak tanımlanmıştır (RG. 27.06.1994-21973 mük.).

(23) Özakman, Factoring, s. 13.

(24) Kocaman, Arif, Factoring, s. 16; Ertürk, s. 15.

(25) Söz konusu tanımlar için bkz. Kocaman, Arif, Factoring, s. 17-21; Kocaman, Ç. Berna, s. 8 vd.

Türk hukukunda "factoring" terimine karşılık olarak "genel alacak tahsili sözleşmesi"(26), "alacak satın alınması ve takibi işlemi"(27), "genel alacak devir ve satımı işlemi"(28) terimlerinin kullanıldığı görülmektedir. Ancak "factoring" terimi bugün hukuk dilimize yerleşmiş ortak bir terimdir ve yaygın biçimde kullanılmaktadır.

Bugünkü anlamıyla modern factoring, factor tarafından, müşterinin üçüncü şahıs borçlu karşısındaki emtia tesliminden veya işgörme ediminden ileri gelen ve fatura ya da benzeri belgelerle tevsik olunan ticari alacakları karşılığının, alacağın tahsili zamanından önce peşin olarak ödenmesini ve alacağın tahsil edilememesinin riski ile borçlunun muhasebesinin tutulması, ihtar ve ihbar, takip ve tahsil işlemlerinin üstlenilmesi gibi birden çok işgörme ediminin bir arada gerçekleştirilmesini konu alan komple bir hukuki işlemdir(29). Şu halde factoring sözleşmesini, "bir mal veya hizmet üreticisinin (müşterinin), borçlularındaki alacaklarını factor adı verilen factoring şirketine önceden ve toptan temlik etmesi, bu temlik karşılığında da factor'un, söz konusu alacakları takip ve tahsil etmesi, bu alacakların belirli bir kısmını müşteriye peşin olarak ödemesi, borçluların ödememe riskini üstlenmesi, bu işgörme ve risk yüklenme karşılığında belirli bir ücret alması esasına dayalı sözleşme" şeklinde tanımlamak mümkündür(30).

IV. Factoring Sözleşmesinin Unsurları

A) Devredilen alacakların tahsili amacıyla hizmet yürütülmesi (işgörme unsuru)

Müşteri tarafından factor'a devredilen alacakların tahsiline yönelik hizmetlerin yürütülmesi, factoring sözleşmesinin zorunlu unsurudur(31). Buna göre, alacağı devralan factor, alacağın tahsiline ilişkin tüm işlemleri yaparak, borçluya ihtar ve ihbarlarda bulunur(32).

(26) *Akyol*, Borçlar Hukuku, s. 11.

(27) *Tekinalp*, s. 365.

(28) *Kocaman*, Arif, Factoring'in Hukuki Niteliği, s. 81.

(29) *Ateş*, s. 133; *Çeker*, s. 111; *Özakman*, Factoring, s. 4; *Kocaman*, Arif, Factoring, s.21. *Çeker*, factoring'i "mal satımı veya hizmet arzı ile uğraşan işletmelerin, bu faaliyetleri sonucunda sahip oldukları alacaklarının, finansman temini amacıyla bir banka veya factoring şirketi ile imzalanan sözleşme çerçevesinde toptan temlik" olarak tanımlanmaktadır (*Çeker*, s. 112).

(30) Factoring işleminde alacağın temlik karşılığı ödeme yapılması, factoring'in bir "kredi" olarak değerlendirilebilip değerlendirilemeyeceği sorununun gündeme getirmektedir. Bu konudaki görüşler için bkz. *Kuntalp*, Factoring, s. 28-29; *Arkan*, s. 12 vd.; *Kocaman*, Arif, 545 sayılı KHK, s. 36-37; *Factoring'in Hukuki Niteliği*, s. 87-92; *Arslan*, s. 73-74.

(31) *Özakman*, Factoring'in Esasları, s. 17.

(32) *Çeker*, s. 114.

Factor'un bu yöndeki yükümlülükleri satım işleminin gerçekleştirilmesinden önce başlar. Zira, müşteri satım sözleşmesini yapmadan önce factor'a başvurduğunda, factor alıcı hakkında gerekli araştırmaları yaparak işlemin yapılıp yapılmayacağı hususunda müşteriye bilgi vermekte ve müşteri de factor'dan aldığı bu bilgilerin ışığında satım işlemini gerçekleştirerek alacağın tahsilini factor'a bırakmaktadır(33).

B) Factor'a ödeme yapılması

Factor, satım işleminin yapılması için, üçüncü şahıs borçlu hakkında bilgi toplanması; fizibilite raporu hazırlanması; alacağın takibi ve tahsili; ön ödeme yapılması; ödememe riskinin üstlenilmesi vb. hizmetleri karşılığında iskonto faizi (finansman faizi), factoring harcı (komisyon) ve ödememe (delkredere) harcına hak kazanır. Bu çerçevede müşteri, factoring hizmetleri sırasında ortaya çıkan bu masrafları factor'a ödemekle yükümlüdür(34).

C) Peşin (ön) ödeme unsuru

Sözleşme yapılırken ve özellikle alacaklar temlik edilirken, alacak tutarının büyük bir kısmı -kural olarak %80-90'ı- factor tarafından müşteriye peşin olarak ödenmektedir ki, buna "peşin (ön) ödeme unsuru" denilmektedir.

D) Alacakların tahsil edilememesi riski

Alacakların tahsil edilememesi riski, bir unsur olarak factor'un üzerindedir. Burada bir bakıma hasar factor'a geçmektedir.

E) Tarafların anlaşması

Factor ile müşteri arasında bir hukuki ilişkinin kurulabilmesi için tarafların factoring işlemi hususunda anlaşmaları gerekir. Factoring sözleşmesi yazılı şekle tabi olduğundan, bu anlaşma factor'un önceden hazırlanmış olduğu matbu (basılı) formun müşteri tarafından imzalanması ve bu talebin factor tarafından kabulü ile meydana gelir. Buna göre, matbu sözleşme formunun imzalanarak factor'a verilmesi "icap", bu talebin uygun bulunduğu factor tarafından bildirilmesi ise "kabul" niteliği taşır(35).

(33) Çeker, s. 114.

(34) Çeker, s. 115.

(35) Çeker, s. 115.

V. Factoring Sözleşmesinin Şekli

Factoring işlemi, kural olarak, kapsama dahil bulunan müşteri alacaklarının önceden ve toptan temlikini içerdiği ve alacağın temlikli BK. m. 163 f. 1 uyarınca yazılı şekle tabi olduğundan, factoring sözleşmesinin de yazılı şekilde yapılması gerekir(36). Yazılı şekil geçerlilik şartıdır(37). Burada söz konusu olan şekil, adi yazılı şekildir; sadece müşterinin irade beyanının kanuni şekil içinde gerçekleşmesi yeterlidir (BK. m. 13)(38). Taraflar isterlerse sözleşmeyi resmi şekle de tabi kılabilirler. Bu takdirde iradi resmi şekil söz konusu olur. Şekil şartı üçüncü kişileri ve özellikle borçluyu temlikten haberdar etme amacı güder(39).

VI. Factoring İşleminin Türleri

A) Gerçek (tam factoring (*non-recourse factoring, old-line factoring*)-

Gerçek olmayan (eksik) factoring (*recourse factoring*)

Factoring sözleşmesi, factor'un ödememe riskini üstlenip üstlenmemesine göre ikiye ayrılmaktadır. Factor borçlunun ödememe riskini üstleniyorsa "gerçek (tam) factoring"den, aksi takdirde "gerçek olmayan (eksik) factoring"den söz edilmektedir(40).

Gerçek (tam) factoring'in finansman, işgörme ve teminat işlevlerini birarada bulundurur. Burada factor, müşterinin mal ve hizmet sunumunun bedelini -kural olarak fatura değerinin %80-90'ını- peşin olarak ödemekte, böylece müşteri, borçlunun borcunu ödememesi riskinden kurtulmaktadır. Factor, alacağın tahsil edilememesi durumunda müşteriye rücu hakkını haiz değildir(41). Ancak hemen belirtelim ki, factor alacağın tahsil edilememesi riskini üzerine almakla beraber, müşterinin, borçlu ile arasındaki ilişkiden kaynaklanan ödememe sebeplerinden ve alacağın hiç mevcut olmaması veya geçersiz olmasından sorumluluğu devam etmektedir (BK. m. 169 f. 1)(42).

(36) Özakman, Factoring, s. 68; Özsunay, s. 32.

(37) Ertürk, s. 22-23; Çeker, s. 115 dn. 15.

(38) Eren, s. 1221; Aral, s. 103.

(39) Eren, s. 1221; Aral, s. 103.

(40) Kocaman, Arif, Factoring Uygulaması, s. 127; Ateş, s. 136.

(41) Uygulamada factor'lar, borçlunun kasden veya aczi sebebiyle ödemede bulunmaması sonucu ortaya çıkan zararlarını alacağa bağlı ipotek, kefalet veya ticari işletme rehni gibi teminatlardan karşılamakta ve risklerini sigorta ettirmektedirler (Akyol, Borçlar Hukuku, s. 16; Özakman, Factoring, s. 32).

(42) Kocaman, Arif, Factoring, s. 33; Özsunay, s. 32; Çeker, s. 116; Eren, s. 1226; Oğuzman/Öz, s. 909; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 260. Böylece müşteri, borçlusu tarafından alacağın varlığına ilişkin olarak ileri sürülebilecek itirazlardan da sorumlu olmaktadır. Yani, mala ilişkin risk müşterinin üzerinde kalmaktadır (Kocaman, Arif, Alacak Devri, s. 13).

Gerçek (tam) factorin'de factor, ödememe riski yanında borçlunun muhasebesinin tutulması; ödemelerin kontrolü; ihtar ve tahsil işlemleri; gerektiğinde alacakların dava yoluyla takibi vb. "işgörme" edimlerini de üstlenir. Factor, yaptığı peşin ödeme karşılığında iskonto faizi (finansman faizi); işgörme edimleri karşılığında factoring harcı (komisyon); ödememe riskinin üstlenilmesi karşılığında ise ödememe (delkredere) harcı talep eder(43).

Gerçek (tam) factoring, kural olarak "açık (*undisclosed*)" biçimde yapılmaktadır. Yani üçüncü şahıs borçluya alacağın factor'a temlik edilmiş olduğu ve ancak factor'a ödemede bulunarak borcundan kurtulabileceği bildirilmektedir.

Buna karşılık, gerçek olmayan (eksik) factoring'de, factor yine toptan temlik yolu ile alacakları devralmakla birlikte, burada teminat işlevi eksiktir, yani factor, borçlunun borcunu ödememe riskini üstlenmemekte, söz konusu risk müşterinin üzerinde kalmaktadır(44). Bir başka deyişle, factor, alacağın tahsil edilememesi halinde müşteriye rücu hakkına sahiptir(45). Gerçek olmayan (eksik) factoring "açık *undisclosed*") veya "örtülü/gizli (*confidential*)" biçimde gerçekleştirilebilir.

B) Yurt içi factoring (*domestic factoring*) -

Yurt dışı (uluslararası) factoring (*international factoring*)

Factoring sözleşmesi, factoring hizmetlerinin yürütüldüğü yere göre "yurt içi factoring (*domestic factoring*)", yurt dışı (uluslararası) factoring (*international factoring*)" olarak ikiye ayrılmaktadır. Yurt içi factoring işleminde, müşteri ve factor'un yanısıra, borçlu da aynı ülke sınırları içinde ticari faaliyetlerde bulunan kişi veya kuruluşlardır. Buna karşılık yurt dışı (uluslararası) factoring işleminde, sisteme katılan kişilerin farklı ülkelerde bulunması durumu söz konusudur(46). Yurt dışı (uluslararası) factoring de kendi içinde satın alınan alacağın "ihracattan (*export factoring*)" veya "ithalattan *import factoring*)" kaynaklanmasına göre ikiye ayrılmaktadır(47). Yurt içi factoring uygulamasında üç taraf bulunduğu halde, yurt dışı (uluslararası) factoring işleminde dört taraf vardır: İhracatçı/müşteri, yerel factor, ithalatçı/borçlu, muhabir factor (48).

(43) Kocaman, Arif, Factoring Uygulaması, s. 128.

(44) Kocaman, Arif, Factoring İşlemi, s. 54, 56-57.

(45) Özakman, Factoring, s. 32; Kocaman, Arif, Factoring, s. 43; Factoring'in Hukuki Niteliği, s. 85; Çeker, s. 116.

(46) Çeker, s. 116-117.

(47) Kocaman, Arif, Factoring Uygulaması, s. 128; Özakman, Factoring, s. 36.

(48) Kocaman, Arif, Factoring İşlemi, s. 57; Çeker, s. 113.

C) Peşin (ön) ödemeli factoring *advance factoring*)-Vadeli factoring (*maturity factoring*)

Peşin (ön) ödemeli factoring *advance factoring*), finansman işlevini içeren, yani alacak devredildiği anda ödemenin yapıldığı factoring türüdür. Burada factor, müşteriye alacaklarının karşılığında ödeme yapmakta, dolayısıyla komisyon ile birlikte faiz de talep etmektedir(49). Buna karşılık, vadeli factoring (*maturity factoring*) ancak vadede (muacceliyet anında) ödeme yapılması esasına dayanmakta(50) ve müşteri factor'a sadece devredilen alacak tutarının belirli bir yüzdesi oranında komisyon ödemektedir(51).

D) Açık factoring (*undisclosed factoring*) -Örtülü/gizli factoring (*confidential factoring*)

Gerçek (tam) factoring'de olduğu gibi gerçek olmayan (eksik) factoring'de de söz konusu olabilen "açık" işlem tarzında, üçüncü şahıs borçluya alacağın factor'a devredildiği yazılı bir ihbarla bildirilmektedir. Böylece borçlunun temlikten habersiz olarak yanlışlıkla eski alacaklısı müşteriye ödemede bulunması önlenmek istenmektedir. Bu durumda üçüncü şahıs borçlu, ancak factor'a ödemede bulunarak borcundan kurtulabilir. Buna karşılık, kural olarak sadece gerçek olmayan factoring'de uygulanabilen "örtülü/gizli factoring"de, alacağın müşteri tarafından factor'a devredildiğinin açıklanmasından kaçınılmaktadır. Burada factor, yeni alacaklı olarak belirmediği için ne borçluya kendi adına ihtarda bulunabilir, ne de alacağı bizzat tahsil edebilir. Bu nedenle, üçüncü şahıs borçlu ancak müşteriye ödemede bulunmakla borcundan kurtulabilmektedir(52).

E) Diğerleri

Factoring'in yukarıda belirtilenler dışında, "agenta factoring'i (*agency factoring*)"; "toptan factoring (*bulk factoring*)"; "kısmi factoring (*facultative factoring*)" gibi başka türleri de bulunmaktadır. Acenta factoring'inde müşteri, factor'un işgörmeye işlevinin bir kısmını üstlenmekte, özellikle borcun tahsilatını acenta olarak kendisi yapmakta, ancak belirli aralıklarla veya talebi halinde factor'a borçlu (veya borçlular) ve hesapları ile ilgili tüm bilgi ve kayıtları vermektedir(53). Burada factor, fatura üzerine düşülen bir kayıtlarla borçluya (alıcıya), factoring sözleşmesi yapıldığını, sözleşme uyarınca ödemelerin acentaya yapılması gerektiğini bildirmekte; müşteri

(49) Ercan, s. 13.

(50) Kocaman, Arif, Factoring İşlemi, s. 57; Özakman, Factoring, s. 35.

(51) Ercan, s. 12.

(52) Kocaman, Arif, Factoring İşlemi, s. 57; Alacak Devri, s. 16; Özakman, Factoring, s. 33-34.

(53) Özakman, Factoring, s. 35.

de, tahsilatı yaptıktan sonra, alacak tutarını factor'un banka hesabına aktarmakla yükümlü bulunmaktadır(54). Uluslararası finans dilinde *bulk factoring* olarak tanımlanan türde ise factor, müşterisine sadece finansman hizmeti sunmaktadır. Borçların yönetimi (işgörme fonksiyonu) ve ödenmeme riski (teminat fonksiyonu) sözleşme kapsamına dahil değildir. Burada, factor'a ödemede bulunmaları için borçlu veya borçlulara bildirimde bulunulmaktadır(55).

VII. Factoring İşleminin Fonksiyonları (İşlevleri)

Factoring işleminin "finansman (kredi) fonksiyonu", "işgörme (hizmet) fonksiyonu" ve "teminat fonksiyonu" olmak üzere başlıca üç fonksiyonundan söz edilmektedir. Factor'un, alacaklarını temlik eden müşteriye bu alacakların tahsil edilmesini beklemeksizin ödeme yapması "finansman (kredi)"; borçlu hakkında istihbarat yapması, ticari defterlerini tutması, gerekli ihtar ve ihbarları gerçekleştirmesi, tahsil işlemlerini üstlenmesi, maliyet hesaplarını vb. işlemleri yapması "işgörme (hizmet)"; alacağın tahsil edilememesi riskini üstlenmesi de "teminat" fonksiyonunu meydana getirir(56).

A) Finansman (kredi) fonksiyonu

Factoring yoluyla müşteri alacaklarının finansmanının sağlanmasında genellikle uygulanan "peşin (ön) ödeme" yönteminde, alacakların karşılığı, alacağın doğumunu fatura suretlerini veya malın gönderildiğine dair belgeleri ibraz suretiyle ispatlaması üzerine, borçluya tanınan "kredi limiti" çerçevesinde factor tarafından müşteriye ödenmekte ve böylece müşteri lehine bir peşin ödeme etkisi yaratılmaktadır(57). Müşteri henüz muaccel olmamış, hatta doğmamış alacakları factor'a temlik ederek bu alacakların karşılığını -kural olarak %80-90'ını- factor'dan derhal alarak işletmesinin nakit sorununu çözmektedir(58).

(54) *Emek*, s. 87; *Erdemol*, s. 14.

(55) *Emek*, s. 88; *Erdemol*, s. 14.

(56) *Kocaman*, Arif, *Factoring İşlemi*, s. 54 vd.; *Factoring'in Hukuki Niteliği*, s. 82 vd.; *Özakman*, *Factoring*, s. 28-29.

(57) *Kocaman*, Arif, *Factoring İşlemi*, s. 54; *Factoring'in Hukuki Niteliği*, s. 82.

(58) Factoring işleminin fayda ve sakıncaları şunlardır:

A- Faydaları:

- 1- İşletmelere finansman kolaylığı sağlaması,
- 2- Bankaların kredi işlemlerine nazaran daha kolay ve daha az masraflı olması,
- 3- Alacağın ödenmemesi riskinin factor tarafından üstlenilmiş olması,
- 4- Factor'un yerine getireceği hizmetler dolayısıyla zaman ve emekten, organizasyon, piyasa araştırması, personel örgütlenmesi ve bunlara ilişkin masraflardan tasarruf edilmesi.

B- Sakıncaları:

- 1- Küçük ve orta ölçekli işletmelerin dış ticaret açısından factor'larla iş yapabilmesi için belli bir üretim ve satış hacmine sahip olmalarının aranması, talebin az olduğu konularda factor'larla işbirliği yapmanın güçlenmesi,
- 2- Karşılığında uzmanlaşmış kuruluşları alacaklı sıfatı altında görmek istemeyen alıcıların, factor'larla çalışan firmalarla iş ilişkisine girmekte isteksiz davranmaları. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Özakman*, *Factoring*, s. 7-12; *Kocaman*, Arif, *Factoring*, s. 22-24; *Toroslu*, s. 33-35.

Müşterinin "tasarruf hesabı"nda alıkonulan bakiye %10-20'lik kısım ise, borçlunun borcunu ödememesi, ayıp ihbarı, malın iade edilmesi, kabulden kaçınma, bedelin tenzili vb. risklere karşılık borcun tahsili veya muacceliyet zamanına kadar alıkonulmakta ve tahsil veya muacceliyetten sonra, factor'a ödenecek finansman faizi, factoring harcı (komisyon) ve ödememe (delkrede) harcı düşülerek, müşteriye geri ödenmektedir(59).

Finansman fonksiyonu, factoring'in zorunlu unsuru değildir(60).

B) İşgörme (hizmet) fonksiyonu(61)

Factoring işleminde factor, borçlu hakkında istihbarat yapılması (ödeme gücünün araştırılması vb.); borçlunun yönetimi (ticari defterlerinin tutulması vb.); gerekli ihtar ve ihbarların yapılması; tahsil işleminin üstlenilmesi; finansal ve işletme politikasına ilişkin danışmanlık (reklam tekniği, pazar politikası, yatırım politikası, gerektiğinde ihracat danışmanlığı vb.); muhasebeye ve işletme istatistiklerine ilişkin işlerin üstlenilmesi; maliyet hesaplarının yapılması; özellikle dış ticarete emtiaya ilişkin depolama, ayrıştırma, taşıma, sigorta, gümrükleme vb. işlemlerin denetimi gibi birçok işgörme (hizmet) edimini üstlenmektedir(62).

Bu hizmetlerin factor tarafından üstlenilmesi müşteri için önemli mali avantajlar sağlar. Bu suretle müşteri, bir yandan bu hizmetlerin yürütülmesinde gerekli olacak büro ve personel giderlerinden tasarruf edecek, diğer yandan da kredi ve tahsil problemleri ile uğraşmaktan kurtulacaktır. Bu durum, firmaların sırf alacakların takibi için yapacakları harcamaları daha verimli alanlara kaydırmalarına olanak yaratmaktadır(63). Müşteri, bu hizmetlerin üstlenilmesi karşılığında factor'a, cironun (fatura değerinin) %0.5'i ile 2.5'i arasında değişen bir "factoring harcı (komisyon)" öder(64).

İşgörme fonksiyonu, factoring sözleşmesinin zorunlu unsurudur(65).

(59) Kocaman, Arif, Factoring İşlemi, s. 54-55; Factoring'in Hukuki Niteliği, s. 82-83.

(60) Özakman, Factoring'in Esasları, s. 17.

(61) Buna "alacakların yönetimi fonksiyonu"da denilmektedir (Kocaman, Arif, Alacak Devri, s. 12; Emen, Factoring, s. 74).

(62) Kocaman, Arif, Factoring İşlemi, s. 55; Özakman, Factoring, s. 28-29.

(63) Kocaman, Arif, Alacak Devri, s. 13; Arslan, s. 73, Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocaman, Ç. Berna, s. 73 vd.

(64) Kocaman, Arif, Factoring İşlemi, s. 55.

(65) Özakman, Factoring'in Esasları, s. 17.

C) Teminat fonksiyonu(66)

Gerçek factoring'de factor, devraldığı alacakların borçlu tarafından ödenmemesinin riskini üstlenmekte, yani söz konusu alacakların ödenmemesi durumunda müşteriye rücu hakkından vazgeçmektedir. Bu durum, factor'un üçüncü şahıs borçlunun ödeme gücü hakkında yeterli bilgi sahibi olmasını gerektirir(67).

Ödememe riskinin üstlenilmesi durumunda factor, alacağın "ekonomik değeri"nden sorumlu olmakta; buna karşılık alacağın "varlığı"ndan, yani mevcut bulunmamasından sorumluluk müşterinin üzerinde kalmaya devam etmektedir(68).

Factor, ödememe riskini üstlendiği durumlarda, cironun (fatura değerinin) %0.2'si ile 0.4'ü arasında değişen bir ödememe harcı (delkredere harcı) talep eder(69). Uygulamada, factor'un üstlendiği riski azaltabilmek ya da tamamen kaldırabilmek amacı ile factoring sözleşmesinde factor lehine çeşitli teminat hükümlerine yer verildiği görülmektedir. Müşteri tarafından temlik olunan alacakların factor tarafından belli bir limit çerçevesinde ödenmesine; tahsil edilen miktarın belli bir oranının müşteriye verilmeyerek alıkonulmasına; müşteriye vaki olabilecek rücu hakkının teminatını teşkil etmek üzere menkul rehni, gayrimenkul rehni (ipotek) gibi aynî, kefalet gibi şahsi teminatların alınmasına ilişkin hükümler bunlardandır(70).

Teminat fonksiyonu da finansman fonksiyonu gibi sözleşmenin zorunlu unsuru değildir(71).

VIII. Factoring Prosedürünün İşleyişi

A) Yurt içi factoring (*domestic factoring*)(72)

Factoring işlemi, müşteri/satıcının factoring hizmetinden yararlanmak için factoring şirketine başvurması ile başlar(73). Müşteri başvurusunda, hesaplarının son durumu, düzenli alıcılarının isim ve adreslerini, bunların çalıştığı bankaları, alıcılara yaptığı ortalama satış tutarlarını vb. bilgileri factor'a verir(74). Factor, müşterinin gücünü, kârlılığını, factoring hizmetine uygun bir iş alanında faaliyet sürdürüp sürdürmediğini, piyasa ve banka ilişkilerini değerlendirir(75); bu çerçevede müşteriye yapacağı hizmetleri, alacağı komisyonu belirler ve sözleşme imzalar.

(66) Buna "delkredere fonksiyonu"da denilmektedir (Kocaman, Arif, Factoring, s. 32).

(67) Kocaman, Arif, Factoring İşlemi, s. 56; Factoring'in Hukuki Niteliği, s. 83.

(68) Kocaman, Arif, Factoring, s. 33; Özsunay, s. 33; bkz. aşağıya. "Temlik olunan alacakları tekeffül borcu".

(69) Kocaman, Arif, Factoring İşlemi, s. 56. Bu oran, borçlunun ödeme gücüne ve toplam gücüne ve toplam miktar içinde şüpheli alacakların payına göre değişmektedir (Kocaman, Ç. Berna, s. 29).

(70) Özakman, Factoring, s. 80.

(71) Özakman, Factoring'in Esasları, s. 18.

(72) Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocaman, Ç. Berna, s. 53 vd.

(73) Tarakçı, s. 50.

(74) Esen, s. 20.

(75) Arslan, s. 76.

Alacak hakkının satışı konusunda factor ile anlaşılan müşteri, üçüncü şahıs borçlunun (alıcının) kendisine yaptığı sözleşme teklifini factor'a sunar ve onay ister. Bunun üzerine factor, üçüncü şahıs borçlunun (alıcının) ödeme gücünü araştırır; bu araştırma sonucunda ona, bir "kredi limiti" tanır(76) ve borçluya (veya borçlulara) tanınan limit çerçevesinde alacakların karşılığını peşin olarak ödemeye hazır olduğunu müşteriye bildirir. Factor'un onayından sonra müşteri, üçüncü şahıs borçlu (alıcı) ile sözleşme akdeder; talep ettiği malları ona gönderir ve düzenlediği faturanın üzerine ödemenin factor'a yapılması kaydını yazarak, bir nüshayı borçluya (alıcıya), diğer nüshayı ise factor'a verir(77).

Factor, satış tutarının sözleşmede öngörülen orandaki kısmını müşteri adına açacağı "tasarruf hesabı"na peşin olarak öder ve alacağın vadesi geldiğinde, fatura bedelinin tahsili için gerekli işlemleri yapar. Alacağın tahsilinden sonra factor, yaptığı masraflar, faizler ve sunmuş olduğu hizmetin karşılığı olarak belirli bir oranda komisyonu kesmek suretiyle bakiye kısmı müşterinin "tasarruf hesabı"na alacak kaydeder(78).

Factor, müşterinin (satıcının) sözleşme konusu emtiayı borçluya (alıcıya) teslim etmesi anına kadar factoring sözleşmesinden dönebilir. Genellikle factor, alacakların önceden toptan temlikli suretiyle müşterinin borçlu karşısındaki tüm "belirlenebilir" alacaklarını temellük etmekte ve bu alacakları ancak emtianın tesliminden sonra satın almaktadır. Factor, uygun görmediği şüpheli alacakları satın almayı reddedebilir(79).

B) Yurt dışı (uluslararası) factoring (*international factoring*)

İthalatçı/borçluya mal satmak isteyen ihracatçı/müşteri, kendi ülkesindeki bir factor'a (yerel factor) satışlarının tutar ve yapısı hakkında bilgi veren bir form ile müracaat eder. İthalatçı/borçlunun isminin de belirtildiği bu forma, ayrıca, müşterinin son mali durum tabloları, düzenli alıcıların isim ve adresleri ile ortalama fatura tutarları eklenir. Yerel factor, gerek tahsilatın gerçekleştirilebilmesini, gerekse teminat fonksiyonunu icra edebilmek amacıyla borçlunun ülkesindeki bir başka factor (muhabir factor) ile işbirliği yapmak ihtiyacını hissetmektedir(80). Yerel factor, muhabir factor aracılığı ile ithalatçı/borçlu hakkında bilgi toplar, ona bir "kredi limiti" tanır ve incelemesi sonucu müşteriye, alacakların tümünü veya bir bölümünü ilke olarak satın alabileceğini bildirir. Bunun üzerine ihracatçı/müşteri malları ithalatçı/borçluya

(76) Uygulamada, ileride ortaya çıkabilecek yeni durumlara göre, factor önceden belirlediği bu limiti artırma ya da azaltma yetkisini saklı tutmaktadır (Özakman, Factoring, s. 26).

(77) Kocaman, Arif, Factoring İşlemi, s. 58; Çeker, s. 113; Tarakçı, s. 50; Erdemol, s. 8.

(78) Kocaman, Arif, Factoring, s. 28; Factoring İşlemi, s. 58; Çeker, s. 113.

(79) Kocaman, Arif, Factoring İşlemi, s. 58; Alacak Devri, s. 33.

(80) Özakman, Factoring, s. 36.

gönderir ve düzenleyeceği faturanın üzerine alacağın factor'a devredildiği ve ödemenin muhabir factor'a yapılması gerektiği kaydını düşer. Alacağın vadesi geldiğinde muhabir factor, yaptığı tahsilattan kendi komisyonunu düşerek kalan tutarı yerel façtor'a gönderir; o da bu bedeli sözleşme hükümleri çerçevesinde ihracatçı/müşterinin "tasarruf hesabı"na alacak kaydeder(81). Bu noktada, yurt içi ve yurt dışı factoring arasındaki farklılık ortaya çıkmaktadır. Yurt içi factoring'de, belgeleri inceleyen factor'un borçluların ödeme gücüne kanaat getirmesi halinde alacakların tümünü veya bir bölümünü satın almasına karşılık, yurt dışı (uluslararası) factoring'de son sözü ithalatçı/borçlunun ülkesindeki muhabir factor söylemektedir. Muhabir factor'un, borçlunun ödememe riskini tamamen veya kısmen belli alacaklar için üstlenmesi mümkündür(82). Muhabir factor, tahsilat ve hesaplar için yerel factor'a, o da ihracatçı/müşteriye karşı sorumludur(83). Yurt dışı (uluslararası) factoring'de yerel factor, teminat fonksiyonu sebebiyle doğabilecek risklerini işbirliği yaptığı factor'a yansıtılabilmekte(84); muhabirinin garanti vermediği alacakları satın almamakta; ticari risk ithalatçı/borçlunun ülkesindeki muhabir factor tarafından üstlenilmektedir(85).

IX. Factoring Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Uygulamada factoring işlemi için, factoring şirketleri tarafından önceden hazırlanmış "formüller (standart) sözleşmeler" kullanılmakta; factoring işlemine ilişkin münferit maddeleri ve işlemin işleyişini içeren bu sözleşmeler "genel işlem şartları" ile tamamlanmaktadır. Bu sözleşmeye "factoring çerçeve sözleşmesi", "factoring toplu/genel sözleşmesi" veya "ön sözleşme" denilmektedir(86).

Yukarıda yer verilen tanımından da anlaşılacağı üzere, factoring sözleşmesi her iki taraf için de bir borç ve alacak doğurmaktadır. Sözleşmenin taraflarından "factor"un, müşterinin borçlularının muhasebesini tutmak, gerektiğinde onlara ihtar ve ihbarda bulunmak, alacakları takip, tahsil ve gerektiğinde dava etmek, borçluların ödememe risklerini üstlenmek ve alacağın belirli bir tutarını -kural olarak %80-90'ını- peşin ödemek gibi borçlarına karşılık, "müşteri"nin de, alacak tutarının belirli bir kısmından vazgeçmek şeklinde bir karşı edim borcu ile factor'un işgörmesi ve risk üstlenmesi karşılığında ücret-komisyon ödeme borcu bulunmaktadır. Bu niteliği ile factoring sözleşmesi, alacağın temliki olarak, bir hakka doğrudan etkide bulunan, hakkı kısıtlayan, sona erdiren bir sözleşmedir ve tam iki tarafa borç yükleyen bir tasarruf sözleşmesidir.

(81) *Tarakçı*, s. 51; *Toroslu*, s. 19; *Tuncer*, *Factoring*, s. 18.

(82) *Kocaman*, Arif, *Alacak Devri*, s. 18.

(83) *Erdemol*, s. 48.

(84) *Özakman*, *Factoring*, s. 36.

(85) *Ersan*, s. 32.

(86) *Kocaman*, Arif, *Factoring*, s. 88-89; *Factoring'in Hukuki Niteliği*, s. 85.

Hangi alacakların factor'a devredileceğini, peşin ödemenin yapılış tarzı ve miktarını, sözleşmenin süresi ile tarafların birbirlerine karşı hak ve yükümlülüklerini belirleyen(87) factoring sözleşmesinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Hâkim görüş, factoring sözleşmesinin sürekli bir borç ilişkisi doğuran, satım, karz (ödünç), işgörme, alacağın temliki edimlerini içeren karma muhtevalı, tam iki tarafa borç yükleyen, isimsiz (atipik) bir sözleşme olduğunu savunmaktadır(88).

Sözleşmenin içeriği gözden geçirildiğinde, factor'un müşterinin borçlularının muhasebesini tutması, gerektiğinde onlara ihtar ve ihbarda bulunması, alacakları takip, tahsil ve gerektiğinde dava etmesi, borçluların ödememe risklerini üstlenmesi gibi "taahhüt işlemi (borçlandırıcı işlem)"ne ait unsurlar yanında, müşterinin mevcut ve gelecekteki tüm alacaklarını factor'a önceden toptan temlik etmesi, factor'un alacağın belirli bir tutarını -kural olarak %80-90'ını- peşin ödemesi gibi "tasarruf işlemi (ifa işlemi)"ne ait unsurların da yer aldığı görülmektedir(89). Bu itibarla, factoring işleminin hukuki niteliğini tespitite, factoring sözleşmelerinin "taahhüt işlemi (borçlandırıcı işlem)" kısmı ile "tasarruf işlemi (ifa işlemi)" kısmının ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir. Bu inceleme yapılırken de, esas itibarıyla "gerçek (tam) factoring - gerçek olmayan factoring" ayırımı esas alınmaktadır.

Hâkim görüşe göre, ifa işlemine temel teşkil eden taahhüt işlemi (borçlandırıcı işlem), bir "karma muhtevalı sözleşme" niteliğindedir(90). Bu karma muhtevalı sözleşmenin çekirdek kısmını, gerçek factoring'de "satış işlemi (alacak satımı)", gerçek olmayan factoring'de ise "ödünç işlemi" oluşturmaktadır(91). Ancak her iki durumda da "işgörme" unsuru sözleşmenin vazgeçilmez bir parçasıdır(92).

Factoring çerçeve sözleşmesinin tasarruf işlemi (ifa işlemi) kısmı ise, kural olarak "önceden toptan temlik" yoluyla gerçekleştirilmektedir(93). "Toptan temlik"te, müş-

(87) Özakman, Factoring, s. 15; Arslan, s. 73.

(88) Ertürk, s. 28; Ateş, s. 139; Çeker, s. 114. Bu konudaki görüşler için bkz. Özakman, Factoring, s. 38 vd; Factoring'in Esasları, s. 20.

(89) Kocaman, Arif, Factoring, s. 89; Factoring'in Hukuki Niteliği, s. 85.

(90) "Karma muhtevalı sözleşmeler", kanunun düzenlediği çeşitli sözleşme türlerine ait unsurların, kanunun öngörmediği tarzda biraraya gelmesiyle kurulan sözleşmelerdir. Kavram için bkz. Kuntalp, Akit, s. 61 vd.; Tandoğan, s. 69 vd.

(91) Kocaman, Arif, Factoring İşlemi, s. 58-59; Factoring'in Hukuki Niteliği, s. 89; Özakman, Factoring, s. 43-48; Tekinalp, s. 366; Ateş, s. 139-140. Bununla beraber, gerçek olmayan factoring bakımından hâkim görüş içinde de farklılıklar bulunmaktadır. Söz konusu görüşler için bkz. Kocaman, Arif, Factoring, s. 56 vd.

(92) Kocaman, Arif, Factoring İşlemi, s. 58-59.

(93) Bununla beraber, müşterinin sadece gelecekteki alacakları temlik edeceği ve bunun için temellük edene münferiden belirli alacakların listesini vermekle "yükümlü" olacağı kararlaştırılarak da factoring temlikli gerçekleştirilebilmektedir. Ancak, sadece tüm alacakların devrine dair bir "yükümlülük", tasarruf etkisini içermediği ve dolayısıyla alacağın sahibi olarak kalmakta devam eden müşterinin, aynı alacak üzerinde başka suretle tasarrufta bulunmasını önleyemediği için "manto temlik" denilen bu yol pek tercih edilmemektedir (Kocaman, Arif, Factoring, s. 121; Factoring'in Hukuki Niteliği, s. 90-91; Kocaman, Ç. Berna, s. 46).

erinin borçlu karşısındaki -mal tesliminden veya hizmet ediminden ileri gelen- tüm doğmuş ve/veya doğacak alacakları factor'a önceden toplu olarak temlik edilmektedir. Bu çerçevede, "önceden toptan temlik" gelecekteki alacaklara, yani henüz muaccel olmamış veya doğmamış alacaklara ilişkin olduğu takdirde, bunun etkili olması için temlik edilen alacakların "doğum anında belirlenebilir olması" yeterlidir(94).

X. Factoring Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler

Factoring sözleşmesinin niteliğine ilişkin yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında, gerçek factoring'de, "satım" unsuru yönünden Borçlar Kanunu'nun satım sözleşmesine ilişkin 182 vd. maddeleri ile alacağın temlikine ilişkin 169 uncu maddesinin 1 ve 2 nci fıkraları hükümlerinin uygulanacağı söylenebilecektir. "işgörme" unsuru bakımından ise Borçlar Kanunu'nun vekâlet sözleşmesine dair 386 vd. maddeleri uygulanacaktır(95). Gerçek olmayan factoring'de ise, sözleşmenin "ödünç" unsuru bakımından Borçlar Kanunu'nun karz (ödünç) sözleşmesine ilişkin 306 vd. maddeleri; "işgörme" unsuru bakımından da, gerçek factoring'de olduğu gibi BK. m. 386. vd. hükümleri uygulama alanı bulacaktır(96).

(94) Kocaman, Arif, Factoring'in Hukuki Niteliği, s. 91-92; Aral, s. 109. Aksi kararlaştırılmayan durumlarda, factoring sözleşmesi kurulduğu andan itibaren doğan ve geçerliliği süresince doğacak alacakları kapsayacaktır. Sözleşme hükümlerinin taraflarca belirlenen ileri bir tarihte yürürlüğe gireceğinin kararlaştırılması da mümkündür. Müşterinin henüz mevcut olmayan, ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bütün alacaklarının hangi anda temlik edildiği; factor'un bu alacaklar üzerinde ne zamandan itibaren tasarruf edebileceği, önceden ve toptan temlikin ahlâka aykırılık oluşturup oluşturmadığı hususu doktrinde tartışmalara yol açmıştır. Bir görüş, factoring sözleşmesinin müstakbel alacakların devrine yönelik bir çerçeve anlaşma olduğunu; bununla müşterinin doğacak alacaklarını factor'a ayrı ayrı temlik, factor'un da temellük etme borcu altına girdiğini; bir şahsın bütün alacaklarını, peşinen ve toptan, henüz doğmadan önce temlikine cevaz verilemeyeceğini; böyle bir temlikin kişinin ekonomik özgürlüğünün sınırlandırılması anlamını taşıdığını ve müşterinin alacak hakkını tehlikeye düşürmesi nedeniyle ahlâka aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmektedir. Doktrinde hakim olan bir diğer görüş ise tahsil kabiliyeti bulunan alacakları temlikten kaçınarak factor'un müşteri tarafından açıkça zarara uğratılmasına neden olacağı; özellikle kısa vadeli alacakların temlikinin yargı yolu ile gerçekleştirilmesinin masraflı ve zaman alıcı olması nedeniyle pratik sayılamayacağı; müşteri tarafından bildirilmedikçe factor'un alacağın varlığını dahi bilemeyeceği ve bu çözüm tarzının menfaatler dengesini factor aleyhine bozacağı gerekçeleriyle bu görüşü reddetmektedir. Öte yandan, devir anında henüz mevcut olmayan müstakbel bir alacağın temlikinin mümkün ve geçerli olduğu; alacağın temlikli tasarrufu bir işlem olduğu ve devir anında müstakbel alacak üzerinde tasarruf yetkisi bulunmamasına rağmen temlikin gerçekleştirilebildiği; muhtemel alacağın sadece doğumunun ve konusunun tespitinin temlik için yeterli olduğu gibi kriterler göz önüne alındığında, önceden ve toptan temlikin müşterinin ekonomik özgürlüğünü sınırlandırdığı ve ahlâka aykırı olduğu iddialarının da kabul edilemez olduğu, bu görüş tarafların ifade edilmektedir (Özakman, Factoring, s. 16-17. Ayrıca bkz. Aral, s. 121-127). Sözleşmede yer alan hükümlerden birinin herhangi bir sebeple geçersiz bulunması halinde sözleşmenin akibetinin ne olacağı hususunun da ayrıca incelenmesi gerekir. Borçlar Kanunu sistemindeki temel prensip, bütal hüküm dışında kararlaştırılan diğer hükümlerin butlandan etkilenmeyecekleri ve geçerli olarak uygulanacakları olmakla beraber, bütal olan hüküm mevcut olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağını anlaşılabildiği hallerde, sözleşme geçersiz sayılacaktır. Sözleşmenin tamamının geçersiz bulunduğunu ispat yükü bunu iddia eden tarafa aittir (Özakman, Factoring, s. 69-70).

(95) Özakman, Factoring, s. 53; Tekinalp, s. 366; Akyol, Borçlar Hukuku, s. 13; Kocaman, Arif, Factoring, s. 112; Ateş, s. 139-140.

(96) Ateş, s. 140; Çeker, s. 118; Tekinalp, s. 366; Arslan, s. 74-75.

Türk hukukunda, factoring işlemine uygulanacak hükümlerin tesbitinde, bazı hukukçular "kıyas" görüşünü, bazıları da "birleştirme" görüşünü savunmaktadırlar. Özakman "kıyas" görüşünü(97) savunmakta ve karma muhtevalı bir sözleşme olan factoring sözleşmelerinde, gerek factor, gerekse müşterinin yükümlülüklerine uygulanacak hükmün kıyas yoluyla tesbit edilmesi ve tipik sözleşmelere ilişkin hükümlerden kıyasen yararlanılamaması halinde hâkimin MK. m. 1 hükmündeki sırayı izleyerek sözleşmeye uygulanabilecek bir hüküm öngörmesi gerektiğini ifade etmektedir(98). Yazara göre, karma muhtevalı sözleşmeler kanunda düzenlenmemiş olduklarından, bu sözleşmelere herhangi bir kanun hükmü doğrudan doğruya değil, ancak "kıyasen" uygulanabilir. Bundan dolayı da hâkim, karma muhtevalı sözleşmenin amacı ile tarafların karşılıklı menfaatlerinin adil bir şekilde bağdaştırılmasını göz önünde tutarak sözleşmenin unsurlarının ait olduğu tiplere dair hükümleri "kıyasen" sözleşmeye uygulamalı, gerekirse bir tipe ait çözüm yolunu tercih edebilmeli veya sözleşme tiplerini bir tarafa bırakarak borçlar hukukunun genel esaslarına başvurmalı; yine de çözüme ulaşamıyorsa MK. m. 1 uyarınca önce örf ve âdete, sonra da kendisi kanun koyucu olsaydı o olaya nasıl bir çözüm getirecek idiyse ona göre kararını vermelidir(99).

Kocaman ise, factoring sözleşmesine uygulanacak hükümlerin "birleştirme" görüşüne(100) göre tespit edileceğini, ancak factoring'in niteliğiyle bağdaşmayan hükümlerin uygulanmasından kaçınılması gerektiğini, bunun yerine hâkimin MK. m. 1'deki imkândan yararlanarak hukuk yaratması fikrini savunmaktadır(101). Bu görüş, Yargıtay tarafından da benimsenmiş olmakla birlikte(102), karma muhtevalı sözleşmeyi oluşturan unsurlar ayrı ve bağımsız bir nitelik taşımadıkları için, karma muhtevalı sözleşmenin bu unsurların basit bir toplamından ibaret olmayıp bir sentezi olduğu, çeşitli unsurların ait oldukları tiplere ilişkin hükümlerin birbirinden farklı ve hatta birbiriyle çelişme halinde olabileceği ileri sürülerek eleştirilmiştir(103).

(97) Bkz. Kuntalp, Akit, s. 126, 138-143; Tandoğan, s. 75.

(98) Özakman, Factoring, s. 62. Aynı görüşte Ateş, s. 139; Ertürk, s. 22.

(99) Özakman, Factoring, s. 62; Ateş, s. 138.

(100) Bkz. Kuntalp, Akit, s. 124-125, 131-138; Tandoğan, s. 74.

(101) Kocaman, Arif, Factoring, s. 130.

(102) HGK. 09.06.1982, E. 1979/15-1613, K. 1982/82-565 (YKD. 1982, C. VIII, Sa. 10, s. 1382-1394); 15. HD. 25.12.1975, E. 1975/4714, K. 1975/5159 (YKD. 1976, C.II, Sa. 3, s. 368-372.).

(103) Ateş, s. 138.

XI. Factoring Sözleşmesinin Hükümleri

A) Müşteri/satıcı ile factor arasındaki ilişki

1) Müşteri/satıcının yükümlülükleri:

a) Alacağın temlik

Factoring sözleşmesinde, müşteri/satıcı, alacak hakkını kaybederken, factor bu hakkı "devren" kazanmaktadır(104). Alacağın factor'a devri bir temlikname çerçevesinde, alacakları temsil eden ve asılları borçluya gönderilen faturaların suretlerinin factor'a tevdi edilmesi veya borçlulara gönderilmek üzere asıllarının factor'a verilmesi ile gerçekleşir(105). Sözleşmede önceden ve toptan temlikin kararlaştırıldığı hallerde, müşterinin alacakları doğduğu anda, geciktirici şarta bağlı olarak doğrudan factor'a intikal etmiş ve böylelikle factor alacaklı sıfatını kazanmış olduğundan (geciktirici şarta bağlı doğrudan geçiş teorisi), artık müşterinin factoring sözleşmesinde belirlenen alacakları temlik borcundan söz edilemeyecektir(106). Müşterinin temlik borcunu sözleşmeye uygun bir şekilde ifası ise, faturalar ve borçlu listesini imzalayarak factor'a göndermesi ve factor'un usulüne uygun kabul beyanı ile gerçekleşir(107). Ancak tarafların, sözleşmede, irade özgürlüğü ilkesi çerçevesinde, hem bir alacağın doğduktan sonra temlik edileceğini kararlaştırmaları mümkündür(108). Bu halde müşteri, alacağı factor'a devir borcu altındadır.

b) Alacağı bağlı fer'i (yan) hakların factor'a devri

Alacakların factor tarafından temellük edilmesi, alacak ile birlikte ona bağlı yan hakların da factor'a geçişi anlamını taşımaktadır. İster akdi, ister kanuni olsun, faizler kural olarak temlik tarihinden itibaren factor lehine işlemeye başlayacak(109); tesis edilmiş bulunan rehin ve kefalet gibi aynı ve şahsi teminat hakları ile kanuni ipotek hakkı, hapis hakkı, mülkiyeti saklı tutma hakkı, tazminat ve cezai şart alacağı gibi yan haklar da temlik tarihinden itibaren factor'a geçecektir(110). Buna karşılık, temlik edenin (müşterinin) şahsına bağlı yan haklar temlik edilene (factor'a) geçmez.

(104) Eren, s. 1137; Kocaman, Arif, Üçlü İlişkiler, s. 102-103.

(105) Erdemol, s. 7.

(106) Özakman, Factoring, s. 71.

(107) Ertürk, s. 23.

(108) Özakman, Factoring, s. 68.

(109) Özakman, Factoring, s. 74-75; Özsunay, s. 32; Eren, s. 1228.

(110) Eren, s. 1228.

c) Temlik olunan alacakları tekeffül

Doktrinde, factoring türlerinin hepsinde, müşterinin temlik edilen alacağın "varlığı"ndan (mevcut bulunmamasından) sorumlu olduğu ifade edilmektedir. Müşterinin tekeffülü, üçüncü şahıs borçlunun aralarındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan itiraz ve def'iler sebebiyle, alacağı kararlaştırılan tarihte ödememesi ihtimalini içerdiği gibi, alacak ve alacağa bağlı haklar üzerinde üçüncü kişilerin herhangi bir hakkının bulunması halini de kapsamaktadır. Gerçek olmayan factoring'de, müşterinin tekeffül borcu üçüncü şahıs borçlunun aczi hallerini de kapsamakta, bu gibi hallerde borçluya bir süre tanınarak bu süre içinde borç ödenmemiş ise factor'un müşteriye rücu hakkının doğacağı kararlaştırılmakta; borçlunun aczinin ispatı ile factor, bu yolda gerekli işlemleri yerine getirme yükümünden de kurtulmaktadır(111).

d) Faiz, masraf ve komisyon ödeme

Müşterinin, factor'un işletmesi ile ilgili olarak yürüttüğü işlemler, yaptığı masraf ve ödemeler ile teminat işlevinin üstlenildiği hallerde bu rizikonun karşılığını teşkil etmek üzere masraf ve komisyon ödeme yükümlülüğü yanında, alacaklarının bedelini henüz vadesi gelmeden tahsil ettiğinden, ödeme tarihi ile vade tarihi (alacağın tahsili tarihi) arasındaki süre için mutat banka cari hesap faizi oranında faiz ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır(112).

e) Bilgi verme

Müşterinin, işletmesinin mali durumu, maliye ve sosyal güvenlik kuruluşları ile ilişkileri, taraf olduğu uyuşmazlıklar, borçlarının listesi vb. konularda talep ettiği bilgileri tam ve doğru olarak factor'a verme borcu bulunmaktadır(113).

2) Factor'un yükümlülükleri:

a) Alacakları temellük etme

Factor'un alacakları temellük etme yükümlülüğü, factoring sözleşmesinin borçlandırıcı bir işlemde ibaret bulunduğu hallerde söz konusu olmaktadır(114). Taraflar sözleşmede, irade özgürlüğü ilkesi çerçevesinde, her bir alacağın doğduktan sonra factor'a temlik şartını öngörebilirler. Bu durumda, her alacak önce müşterinin hakimiyet alanında doğacak, sonra factor'a devredilecektir. Bu halde, müşterinin

(111) Özakman, Factoring, s. 81; Kocaman, Arif, Factoring, s. 33; Özsunay, s. 32; Çeker, s. 116.

(112) Özakman, Factoring, s. 82; Kocaman, Arif, Alacak Devri, s. 5; Kocaman, Ç. Berna, s. 78.

(113) Özakman, Factoring, s. 83.

(114) Özakman, Factoring, s. 83.

alacakları temlik borcuna karşılık, factor'un da temellük etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Factor alacağı temellükten kaçındığı takdirde, müşterinin bu yüzden uğradığı zararları tazminle yükümlü olur(115).

b) Peşin ödemede bulunma

Factor'un temel yükümlülüklerinden birisi, müşteriye, factoring sözleşmesinde belirlenen limitler içerisinde peşin ödeme yapmaktır. Bu nakit akışı ile finansman (kredi) fonksiyonu icra edilmektedir. Ödemenin toptan veya belirli tarihlerde taksitler halinde, nakden veya müşterinin serbestçe tasarruf edebileceği bir hesaba yatırma suretiyle gerçekleştirilmesi mümkündür. Ödemeler, genellikle faturanın gönderilmesinden veya factor'un onayından itibaren 30-90 gün arasındaki vadelerde muaccel olmaktadır(116).

c) Faiz ödeme

Factoring sözleşmesinde, kural olarak factor'un faiz ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak sözleşmenin uygulanması sırasında, tahsil edilen alacaklar factor'un müşteriye yaptığı ödeme miktarını karşıladığı gibi müşteri lehine bir hesap bakiyesi verebilir(117). Bu bakiyeyi iade edecek olan factor, bu miktarı elinde tuttuğu süre için sözleşmede kararlaştırılan oranda faiz ödemekle yükümlü olacaktır.

d) Factoring hizmetlerini özenle yürütme

Factor, işgörme edimi çerçevesinde yüklenmiş olduğu, defterlerin günü gününe tutulması; gönderilen belgelerin derhal işlenmesi; borçlunun borcunu zamanında ödemesini sağlayacak tedbirlerin alınması; gerekli ihtar ve ihbarların zamanında usulüne uygun olarak yapılması; yapılan tüm giderlerin ve işlemlerin belgelenmesi gibi hizmetleri yerine getirirken, işin gerektirdiği "objektif" özeni göstermek ile yükümlüdür. Factor'un "objektif" özen borcuna, uygun olduğu ölçüde Borçlar Kanunu'nun vekalet sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanır(118).

B) Factor ile alıcı/borçlu arasındaki ilişki:

a) Def'i ve itirazları factor'a karşı ileri sürebilme hakkı

Borçlu, factoring sözleşmesinin tarafı değildir. O, müşteri ile yaptığı satım veya hizmet sözleşmesinin tarafıdır. Ancak, factor'a devredilen alacağın borçlusu olarak factoring prosedürünün işleyişinde etkin bir rolü bulunmaktadır. Borçlu, alacağın

(115) Özakman, Factoring, s. 84.

(116) Özakman, Factoring, s. 84.

(117) Özakman, Factoring, s. 85.

(118) Özakman, Factoring, s. 85-86.

devredildiğinin kendisine bildirilmesinden sonra artık ödemelerini factor'a yapacaktır. Temlikin borçlunun durumunu ağırlaştırmaması kuralına uygun olarak (119), BK. m. 167 f.1 hükmü gereğince borçlu, gerek müşteri ile arasındaki hukuki işlemde kaynaklanan, gerekse müşterinin edimi sebebi ile sahip bulunduğu bütün def'i ve itirazları (satılanın ayıplı olduğu, müşterinin kendi edimini ifa etmediği vb.) factor karşı ileri sürme hakkına sahiptir(120). Factor, borçlunun bu yöndeki bir itirazı ile karşılaştığı takdirde, alacağın tahsil edilememesi sebebiyle müşteriye rücu hakkına sahiptir (BK. m. 169)(121).

Müşteri ile borçlu arasındaki sözleşmede, alacağın temlik yasağının konulmuş olması (BK. m. 162 f.2) halinde, borçlunun factor'a itirazda bulunması mümkündür. Factoring sözleşmesinin yapılmasından önce doğmuş alacaklar bakımından temlik yasağı konulmuş ise, borçlu, BK. m. 162 f.2 gereğince, alacağın temlik yasağını factor'a karşı ileri sürebilecektir. Buna karşılık, -factoring sözleşmesinde alacağın toptan ve önceden temlik öngörülmüş olduğundan- sözleşmenin kurulmasından sonra doğan alacaklar açısından borçlunun herhangi bir itirazı sözkonusu olamaz. Keza, temlik yasağını içermeyen bir sözleşmeye güvenerek alacağı temellük eden factor'a karşı borçlu, temlik yasağı def'ini ileri sürmeyecektir(122). Buna karşılık, factoring sözleşmesinin yapılmasından önce doğmuş alacaklar ile factoring sözleşmesinde toptan temlikin öngörülmediği hallerde, borçlu, BK. m. 162 f.2 gereğince, alacağın temlik yasağını factor'a karşı da ileri sürebilecektir(123).

b) Takas hakkı

Borçlu, müşteriden olan ve temlik öğrendiği tarihte vadesi henüz gelmemiş durumdaki alacağını, bu alacak temlik edilen alacaktan sonra muaccel olmamak kaydıyla müşteriye olan borcu ile takas edebilecek ve takas beyanını factor'a yöneltebilecektir (BK. m. 167 f.2). Borçlu, müşteriden olan alacaklarının yanı sıra factor'dan olan alacağını da borcu ile takas etme imkânına sahiptir (BK. m. 118)(124).

(119) Oğuzman/Öz, s. 905.

(120) Özakman, Factoring, s. 86-87; Çeker, s. 119.

(121) Çeker, s. 119. Uygulamada müşteriler, factor'un rücu hakkını engellemek amacıyla borçluları ile yaptıkları sözleşmelerde borçlunun def'i haklarından feragat ettiğine dair hükümlere yer vermektedirler. Bu gibi kayıtların genel işlem şartları arasında yer alması veya böyle bir kaydın sözleşmede kararlaştırılması halinde bu feragatin borçlunun ekonomik kişilik haklarına tecavüz teşkil ettiği ve bu sebeple sözleşmede yer alan bu kaydın geçersiz bulunduğu (BK. m. 20 f.2); böyle bir kayıt hilenin dahi ileri sürülmesine engel oluşturabileceğinden aynı zamanda ahlâka da aykırı olduğu kabul edilmektedir (Özakman, Factoring, s. 87).

(122) Eren, s. 1226.

(123) Çeker, s. 119-120.

(124) Özakman, Factoring, s. 87; Çeker, s. 119.

C) MÜŞTERİ/SATICI İLE ALICI/BORÇLU ARASINDAKİ İLİŞKİ:

a) Temlikin borçluya ihbarı

Factoring sözleşmesinin kurulmasından sonra müşteri ile borçlu arasındaki borç ilişkisi sona ermekle birlikte, aralarında daha önce kararlaştırılmış olan malın teslimine ilişkin şartlar, özellikle alacağın vadesine ilişkin anlaşma geçerliliğini korur(125). Müşteri, vadede kendisine ödemede bulunmasını önlemek bakımından, borçluyu gecikmeksizin temlikten haberdar etmelidir(126). Temlikten haberdar edilmeyen borçlunun, iyiniyetle müşteriye yapacağı ödemeler kendisini borçtan kurtarır (BK. m. 165)(127). Bu durumda factor, yapılan ödemenin kendisine iadesini veya uğradığı zararın tazminini müşteriden talep eder(128). Uygulamada genellikle, temlik işleminin ihbarını factor gerçekleştirmekte ya da alacak senetlerine (faturalara) kayıt konularak factor'a ödemede bulunulması gerektiği bildirilmektedir.

b) Alacağın ifasını talep ve dava hakkı

Müşteri, yaptığı sözleşme çerçevesinde alacak hakkını factor'a devrettiği için borçludan bunun factor'a ifasını talep ve dava edemez(129), borçlu ile takas yapamaz, borçluyu ibra edemez, onunla sulh olamaz, ona makbuz veremez, dava etmişse davadan feragat edemez(130). Tüm bu haklar ve özellikle ihtar, ihbar veya dava yoluna başvurmak suretiyle borcun ödenmesini talep hakkı, yeni alacaklı sıfatıyla factor'a aittir.

XII. Factoring Sözleşmesinin Sona Ermesi

A) Sözleşmenin Kendiliğinden Sona Ermesi

1) İfa süresinin bitmesi

Taraflar sözleşmesinin süresi için belli bir takvim birimi kullanabilecekleri gibi, bitme anını bir tarih olarak kararlaştırabilirler veya borç ilişkisinin sona ermesini ileride meydana gelmesi kesin bir olaya bağlayabilirler. Bu son halde sürenin bitme anı bozucu şarta bağlanmış olmaktadır. Bu şekilde kararlaştırılan sürenin geçmesi ile birlikte factoring sözleşmesi de kendiliğinden sona erer(131).

(125) Kocaman, Ç. Berna, s. 21.

(126) Arslan, s. 74; Özsunay, s. 34.

(127) Özakman, Factoring, s. 87; Özsunay, s. 32; Aral, s. 128; Arslan, s. 74.

(128) Çeker, s. 119; Aral, s. 129; Oğuzman/Öz, s. 900.

(129) Eren, s. 1137; Kocaman, Arif, Üçlü İlişkiler, s. 103.

(130) Akyol, İfayı Talep Yetkisi, s. 86.

(131) Özakman, Factoring, s. 88-89; Özsunay, s. 36.

2) Sonraki kusursuz imkânsızlık

Taraflardan birinin edimini yerine getirmesinin kendisine yüklenemeyen sebeplerle mümkün olmaması, bir başka deyişle, maddi veya hukuki imkânsızlığın süreklilik arz edecek şekilde ortaya çıkmasıyla factoring sözleşmesi kendiliğinden sona erer (BK. m. 117). İmkânsızlığın geçici olması ise hukuki işlemi etkilemeyecek, factoring sözleşmesinin bu sebeple sona ermesini gerektirmeyecektir(132).

3) Tüzel kişiliğin sona ermesi

Factor veya müşterinin tüzel kişiliklerinin ortadan kalkması, sözleşmenin tarafının ortadan kalkması sonucunu doğuracağından, sözleşmeyi sona erdirir(133).

4) Müşteri veya factor'un iflâsı(134).

Factoring sözleşmesi, müşteri veya factor'un iflâsı halinde, aksi taraflarca kararlaştırılmadığı veya işin mahiyetinden anlaşılmadığı takdirde kendiliğinden sona erer (BK. m. 397 f.1)(135).

Uygulamada müşterinin iflâsı halinde ortaya çıkan sorun, factor tarafından önceden ve toptan temlik suretiyle iktisap edilen alacakların akıbetinin ne olacağıdır. Bu halde, iflasın açıldığı ana kadar doğmuş ve devredilmiş alacakların factor tarafından iktisap edildiği tartışmasız bulunmakla birlikte, iflâsın açılmasından sonra doğan müstakbel alacaklar bakımından önceden ve toptan temlikin hüküm taşımayacağı ve bu alacakların müşterinin iflâs masasına gireceği kabul edilmektedir(136).

Factor'un iflâsı halinde bunun sözleşmeye etkisini ise, ikili bir ayırım yaparak incelemek gerekmektedir. Factor, alacağı müşteriden devralarak karşılığını ödemiş, ancak henüz borçludan borcu tahsil etmeden iflâs etmişse, alacak factor'un iflâs masasına girer ve iflâs idaresi vadesi geldiğinde borçludan alacağın ödenmesini talep eder. Bu halde müşterinin alacağı masadan çıkarma hakkı yoktur(137).

Buna karşılık, factor henüz devraldığı alacağın karşılığını ödemediği iflâs etmişse, bu durumda alacağın sadece tahsil için factor'da bulunduğu ve bunun sonucu olarak müşterinin karşılığı ödenmemiş alacağı masadan çıkarma hakkına

(132) Özakman, Factoring, s. 89.

(133) Özakman, Factoring, s. 89.

(134) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Aral, s. 131-136; Tercan, s. 434-448.

(135) Özakman, Factoring, s. 89-90; Akyol, Borçlar Hukuku, s. 16-17; Tercan, s. 437-443.

(136) Özakman, Factoring, s. 90; Aral, s. 132-133.

(137) Tercan, s. 439.

sahip olduğu kabul edilmektedir. Bu takdirde iflâs idaresi alacağı müşteriye geri devredecektir. Ancak iflâs idaresi, factor tarafından ödenmesi gereken meblağı müşteriye ödeyerek (İİK. m. 198 f.1) alacağı ona devretmekten kurtulabilir. Burada ayrıca İİK. m. 189 da uygulama alanı bulabilir(138).

B) Sözleşmenin Hukuki İşleme Sona Ermesi

1) Tarafların anlaşması ile sona erme

Tarafların, diğer bütün sözleşmelerde olduğu gibi karşılıklı anlaşma yolu ile factoring sözleşmesini sona erdirmeleri mümkündür. Taraflar yalnızca tali nitelikteki edimlerin sona ermesini kararlaştırabilecekleri gibi temel borç ilişkisini bütünüyle de sona erdirebilirler(139).

2) Fesih

Factoring sözleşmesi ister belirli ister belirsiz bir süre için akd olunmuş olsun taraflardan birinin fesih beyanında bulunması ve bu beyanın karşı tarafa ulaşması (olağan fesih) ile sona erdirilebilecektir. Bu halde fesih ileriye etkili olarak hüküm doğurmaktadır(140).

Taraflardan birinin iflası dışında aciz haline düşmesi, akdin ihlâli veya başka sebeplerin varlığı sebebiyle tarafların sözleşmeye devam etmelerinin beklenemeyeceği durumlarda, sözleşmenin "olağanüstü feshi" olanağı da bulunmaktadır. Bir olgunun haklı sebep teşkil ederek olağanüstü feshi sebep olabilmesi için bunun "objektif" olarak borç ilişkisinin devamını çekilmez hale getirmesi aranacaktır(141).

Sözleşmenin feshi halinde, müşteri, factor'a karşı sözleşmeden doğan yükümlülüklerini derhal yerine getirmeye; bu mümkün olmadığı takdirde factor'a yeterli teminat göstermeye mecburdur. Factor da, bütün alacakları müşteriye iade ve devretmeye yetkilidir. Alacağın geriye devredilmesi, alacağın factor'a temlikine ilişkin şekle tabidir(142).

(138) *Tercan*, s. 439.

(139) *Özakman*, *Factoring*, s. 91.

(140) *Özakman*, *Factoring*, s. 92.

(141) *Özakman*, *Factoring*, s. 93-94.

(142) *Özsunay*, s. 37.

SONUÇ:

Factoring sözleşmesi, özellikle uluslararası ticarete, daha çok kısa vadeli veya vadesiz borçların tahsili amacıyla yapılan ve geniş uygulama alanı bulunan bir sözleşmedir. Factoring sözleşmesinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalı olmakla beraber, Türk hukukunda hâkim görüş, factoring'in BK. m. 162 vd.de hükme bağlanan "alacağın temliki"ne ait unsurları bünyesinde barındırdığı; factor ile müşteri/satıcı arasındaki ilişkinin esasını "alacağın temliki"nin oluşturduğu ve "alacağın temliki"ne ilişkin hükümlerin factoring sözleşmesine kıyasen uygulanacağı yönündedir. Nitekim, Türk hukukunda "factoring" sözcüğüne karşılık olarak "genel alacak devir ve satımı işlemi" teriminin kullanıldığı görülmektedir. Şu halde, factoring'in alacağın temlikinin özel bir çeşidi olduğu kabul edilebilecektir.

Factoring sözleşmesi, Türk hukukunda isimsiz bir sözleşme olup, herhangi bir kanunda düzenlenmemiştir. İşlemler 1994 yılına kadar Borçlar Kanunu'nun alacağın temlikine ilişkin hükümleri ile Ticaret Kanunu'nun genel hükümleri çerçevesinde yürütülmüş, 30.09.1983 tarih ve 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin bazı maddelerini değiştiren 27.06.1994 tarih ve 545 sayılı KHK(143). ile hukukumuzda ilk defa "factoring şirketi" tanımını girmiş ve bu konuda bazı düzenlemeler getirilmiştir(144). Aynı yıl Factoring Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır(145). Bu Yönetmelik, factoring sektörünün ülkemizdeki hukuki altyapısını oluşturmanın ilk adımlarından birisi olarak büyük önem taşımaktadır(146). Ancak halen, özellikle kambiyo, bankacılık ve vergi mevzuatı açısından birtakım yasal boşluklar bulunmaktadır(147).

— oOo —

(143) RG. 27.06.1994 - 21973 mük.

(144) *Emen*, Sorunlar, s. 4. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Kocaman*, Arif, 545 sayılı KHK., s. 33-38; *Arkan*, s. 8 vd.; *Tarakçı*, s. 51 vd.

(145) RG. 21.12.1994 - 22148 (06.06.1997, 20.03.1998, 19.04.1999 tarih ve 23011, 23292, 23671 sayılı RG'de değişiklikleri mevcuttur).

(146) *Emen*, Sorunlar, s. 4; *Ateş*, s. 142-143.

(147) Bkz. *Emen*, Türkiye'de Factoring, s. 24-27; *Tuncer*, Vergi Sorunları, s. 33-38.

KISALTMALAR

Ank	: Ankara
aşa	: aşağıda
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
bkz	: bakınız
C	: Cilt
dn	: dipnot
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
E	: Esas
f	: fıkra
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İİK	: İcra ve İflâs Kanunu
İst	: İstanbul
İzmBD	: İzmir Barosu Dergisi
K	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
m	: madde
MK	: Medeni Kanun
mük	: mükerrer
RG	: Resmi Gazete
s	: sayfa
Sa	: Sayı
vb	: ve benzeri
vd	: ve devamı
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

BİBLİYOGRAFYA

- AKYOL, Şener** : Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi, İst. 1981 (İfayı Talep Yetkisi).
- AKYOL, Şener** : Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), I. Fasikül, İst. 1984 (Borçlar Hukuku).
- ARAL, Fahrettin** : Topyekün Temlik, AÜHF Dergisi, 1991 - 1992, C. XLII, Sa. 1-4 (Ayrı bası), s. 93-140.
- ARKAN, Sabih** : Ödünç Para Verme İşlerine İlişkin Düzenlemede Yapılan Değişiklikler, Batider 1994, C. XVII, Sa. 4, s. 3-23.
- ARSLAN, C. Murat** : Factoring Uygulaması ve Hukuki Boyutu, Vergi Dünyası, Ocak 1996, Sa. 173, s. 70-82.
- ATEŞ, Mustafa** : Factoring Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler, Yargıtay Dergisi, 1996, C. XXII, Sa. 1-2, s. 133-144.
- BAKIR, Pınar** : Factoring (Alacak Hakkının Satılması) Uygulaması, Para ve Sermaye Piyasası Dergisi, Mayıs 1985, C. VII, Sa.75, s. 16-19.
- BOZKURT, Ünal** : Factoring Yeni Bir Finansman Türü Olabilir mi? Para ve Sermaye Piyasası Dergisi, Mayıs 1985, C. VII, Sa. 75, s. 13-15.
- ÇEKER, Mustafa** : Uluslararası Factoring Sözleşmeleri ve Karşılaşılan Bazı Hukuki Sorunlar, Batider 1994, C. XVII, Sa. 4, s. 111-127.
- EMEK, Uğur** : Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Yeni Finansman Yöntemlerinin Uygulanabilirliği - Finansal Kiralama, Factoring-, DPT Uzmanlık Tezi, Ank. 1994.
- EMEN, İsmail** : Factoring, (tebliğ), Mali Dünyamızın Yeni Kavramları: Factoring, Leasing, Forfaiting, Futures ve Options, (Sempozyum), İstanbul Mülkiyeliler Vakfı, İst. 1992, s. 73-81 (Factoring).
- EMEN, İsmail** : Türkiye'de Factoring'in Genel Esasları, (tebliğ), Türkiye'de Factoring-Esaslar ve Uygulama III, (Seminer), İktisadi Araştırmalar Vakfı/Factoring Derneği, İst. 1996, s. 21-27 (Türkiye'de Factoring).
- EMEN, İsmail** : Türkiye'de Factoring ve Sorunları, Factoring (Dünya Gazetesi Eki), 15.10.1998 (Sorunlar).

- ERCAN, M. Kâmil** : Alternatif Bir Finansman Tekniği Olarak Factoring ve Türkiye İçin Önemi, Uygulamalı Mevzuat Dergisi, Sa. 16, s. 11-16.
- ERDEMOL, Halûk** : Factoring ve Forfaiting, İst. 1992.
- EREN, Fikret** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İst. 1999.
- ERSAN, İhsan** : Uluslararası Factoring ve Türkiye, Para ve Sermaye Piyasası Dergisi, Haziran 1986, C. VIII, S. 88, s. 30-33.
- ERTÜRK, Yusuf Ziya** : Factoring Sözleşmesi ve Hukuki Niteliği, İzmBD. 1998, C. LXIII, Sa. 2, s. 14-29.
- ESEN, Aydın** : Factoring ve Türk Mevzuatı Karşısında Durumu, Para ve Sermaye Piyasası Dergisi, Mayıs 1985, C. VII, Sa. 75, s. 20-22.
- KOCAMAN, Arif** : Factoring İşlemi, Anlamı ve Dünya Factoring Uygulamasına Bir Bakış, AÜSBF Dergisi, 1991, C.XLVI, Sa. 3-4, s. 127-130 (Factoring Uygulaması).
- KOCAMAN, Arif** : Teoride ve Uygulamada "Factoring" İşlemi, Batider 1991, C. XVI, Sa. 1, s. 49-60 (Factoring İşlemi).
- KOCAMAN, Arif** : Factoring İşleminin Hukuki Niteliği, Ank. 1992 (Factoring).
- KOCAMAN, Arif** : Factoring'in Hukuki Niteliği, Batider 1993, C. XVII, Sa.2, s. 79-93 (Factoring'in Hukuki Niteliği).
- KOCAMAN, Arif** : 545 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile "Factoring" Konusunda Getirilen Düzenlemeler, Batider 1994, C. XVII, Sa. 4, s. 33-38 (545 sayılı KHK).
- KOCAMAN, Arif** : Factoring (Genel Alacak Devir ve Satımı İşlemi), Türkiye Bankalar Birliği Yayını, Ank. 1994 (alacak Devri).
- KOCAMAN, Arif** : Alacığın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu, Ank. 1992 (Üçlü İlişkiler).
- KOCAMAN, Ç. Berna** : Finansal Açıdan Factoring, Ank. 1992.
- KUNTALP, Erden** : Karışık Muhtevalı Akit, Ank. 1971 (Akit).
- KUNTALP, Erden** : Bankalar Kanunu Açısından Factoring İşlemi, Bankacılar, 1991, Sa. 5, s. 28-29 (Factoring).
- OĞUZMAN, M. Kemal**
- /ÖZ, M. Turgut** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İst. 1995.

- ÖZAKMAN, Cumhur** : Factoring Sözleşmeleri, İst. 1989 (Factoring).
- ÖZAKMAN, Cumhur** : Factoring'in Teorik Esasları ve Dünya Uygulaması, (tebliğ), Factoring ve Türkiye'deki Uygulaması, (Seminer), İktisadi Araştırmalar Vakfı, İst. 1991, s. 15-21 (Factoring'in Esasları).
- ÖZSUNAY, Ergun** : Türkiye'de Factoring Uygulaması, (tebliğ), Factoring ve Türkiye'deki Uygulaması, (Seminer), İktisadi Araştırmalar Vakfı, İst. 1991, s. 31-48.
- TANDOĞAN, Halûk** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, İst. 1990.
- TARAKÇI, Hızır** : Factoring, Vergi Dünyası, Ağustos 1994, Sa. 156, s. 48-55.
- TEKİNALP, Ünal** : Banka Hukukunun Esasları, İst. 1988.
- TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/**
- ALTOP, Atillâ** : Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İst. 1993.
- TERCAN, Erdal** : İflâsın Factoring Sözleşmesine Etkisi, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ank. 1998, s. 431-448.
- TUNCER, Selahattin** : Dünya'da ve Türkiye'de Factoring, (tebliğ), Factoring ve Türkiye'deki Uygulaması II, (Seminer), İktisadi Araştırmalar Vakfı, İst. 1991, s. 15-27 (Factoring).
- TUNCER, Selahattin** : Factoring ve Vergi Sorunları, (tebliğ), Türkiye'de Factoring-Esaslar ve Uygulama III, (Seminer), İktisadi Araştırmalar Vakfı/Factoring Derneği, İst. 1996, s. 21-27 (Türkiye'de Factoring).
- TOROSLU, M. Vefa** : Factoring İşlemleri ve Muhasebesi, İst. 1999.

EVLAT EDİNME

Nedim TURHAN (*)

ANLATIM DÜZENİ: 1- Genel Bilgiler. 2- Yaş Farkı Yönünden: Medeni Kanun 253. 3- Evlatlık Yönünden Asli Koşulları. Evlat Edinmede Şekil Koşulu (MK. Md. 256) Hakimın Verdiği İzin Kararının Niteliği. Ülkeler Arası Evlat Edinme. Evlat Edinmenin Sonuçları. Evlatlık Sözleşmesinin Sona Ermesi. A- Geçersizlik. B- Evlatlık İlişkinin Sona Ermesi (Tarafların İradesiyle). Evlatlık Edinmenin Haklı Nedenlere Dayalı Olarak Sözleşmeyi Bozması. Cumhuriyet Savcısının Dava Açması. Evlat Edinmede Yabancılık Unsuru. Evlatlık İlişkinin Sona Ermesinin Sonuçları.

1- GENEL BİLGİLER:

Evlat edinme düzgün soy oluşmasının kaynaklarından biridir. Evlat edinme ile oluşan soy bağı kan hısımlığı olmayıp yapay bağıdır.

Türk İslam Hukukunda evlad edinmeye yer verilmemiş, bu ilişki kuran ile yasaklanmıştır(1).

Evlat edinme ülkeler arasında oluşan harplerle çok miktarda çocuğun kimsesiz kalmasına bir çare olarak düşünülmüştür. Bir diğer neden, çocuksuz ailelerin çocuk sahibi olabilmeye duyularını giderme, çocuğuda sıcak bir aile ortamına alma amacı taşımaktadır.

Evlat edinme, azda olsa bir kısım mirascıları mirastan yoksun bırakma amacıyla yapılmakta ise de, yarattığı yararlar yanında ayrıcalık taşıyan bu durum büyük ölçüde bir sakınca yaratmamaktadır. Özellikle evlilik dışı doğan çocukların evlat edinilerek düzgün soylu olmalarını sağlamakla toplumdaki büyük bir yaraya merhem olabilmesi bakımından da önem taşımaktadır.

(*) İkinci Hukuk Dairesi Üyesi

(1) Prof. Dr. Aytekin, M. Ataay - Medeni Hukukta Evlat Edinme. 1957. Sh. 21. İslam hukuku evlat edinmeyi yasaklamıştır.

Dayanak: Kur'an Azhap Suresi Ayet 4-5. Prof. Dr. Öztürk, Y. Nuri. Kuran'ın Temel Buyrukları. Sh. 138-139. "Kuran'ın evlatlığı yasakladığına ilişkin hakim görüşüne karşı çıkmak Azhap Suresi 4-5. ayetlerinden böyle bir sonuç çıkarmanın zorlama, korunmaya muhtaç çocuklara karşı getirilen bir haksızlıktır." görüşüne yer vererek İslamın evlatlığı yasaklamadığını karşı görüş olarak ileri sürmüştür. İslamın, çocuklara yetim ve kimsesizlere verdiği değer dikkate alındığında karşı görüşün daha uygun bir yazım olduğu görülmektedir. Ataay'ın tesbitlerine göre; Evlatlık müessesesine Uygun Türklerinde de rastlanılmaktadır,

Bu günün ortamında; muhtaç ana - babasız veya doğal ana - baba yanında sağlıklı yetişme olanağı bulamayan çocukların korumaya alınması düşünsel ve fiziksel yönden gelişmelerinin sağlanması bakımından evlat edinme olgusu sosyal ahlaki ve toplumsal sorun oluşturabilecek bir ortamı ortadan kaldırma olanağı sağladığından önemli bir işlevi yerine getirebilmektedir.

Çocuğun yetişmesi, kendisi, ailesi ve milleti için yararlı olabilecek davranışları kazanması, huzurlu, uyumlu eğitilmiş bir ortamda yetişmesiyle olasıdır. Bu ortamlardan yoksun olan çocuklar için evlat edinme olgusu böyle bir ortam sağlayacaktır.

Günümüz koşullarında evlat edinme de toplumsal amaç ön plandadır. Daha önce evlat edinmeyi red eden sistemler dahi, artık bu olguyu amacına uygun olmak üzere yasal düzenlemelerle benimsemiş durumdadır.

2- Yürürlükteki yasalarımıza göre evlat edinmenin koşulları;

A) Evlat Edinmenin Esaslı Koşulları:

1- Evlat Edinen Yönünden;

a) Yaş : Evlat edinecek kimse en az otuzbeş yaşında olmalıdır (MK. 253). Öğretide tartışmalı olmakla beraber uygulamada otuzbeş yaşında olmayı, otuzbeş yaşını bitirmiş olmak olarak yorumlanmıştır.

(2. HD. 7.2.1950 gün ve 654 E. 971 K. ve 29.3.1996 gün 2324 E. 3296 K. S.)

Medeni Kanunun kabulünde evlat edinme yaşı 40 olarak benimsenmiş, 1983 gün 2846 sayılı yasa ile evlat edinme yaşı 35 olarak değiştirilmiştir.

b) Düzgün Alt Soyu'nun Olmaması: Evlat edinecek kimsenin düzgün soylu alt soyunun bulunmaması koşulu çocuğu, torunu, torununun çocuğunun bulunmasını kapsar. Medeni Kanunun çocuk sahibi olmayan kimselere çocuk özlemini giderme düşüncesine dayalı olarak kurallarını koymuştur. Kara Avrupası bu görüşten ayrılmış, toplumsal yarar ilkesine dayalı olmak üzere düzgün soylu çocukları bulunanlarada bu olanağı tanımak üzere yeni düzenlemeler yapmıştır. (İsviçre - Almanya)

Düzgün soylu çocuğu olmayan kimse akrabalarının evlilik dışı doğmuş çocuğunu, evlat edinebilir. Bunun bir ayrıcası evlat edinen boşadığı eşini evlat edinemez (2. HD. 27.3.1984 gün 2804 - 2942 S. Kararı). Bu kararın gerekçesinde karı - koca gibi yaşamış kimseler arasında ana - baba - evlat ilişkisinin kuşku ile karşılanacağına ilişkin görüşlere yer verilmiştir.

Birden fazla evlat edinme: Birden fazla evlat edinmeyi yasaklayan yasal bir kural bulunmamaktadır. Bir kimse aynı anda veya değişik zamanlarda birden fazla kişiyi evlat edinebilir.

Sonradan Düzgün Soylu Alt Soyun'un Bulunduğunun Anlaşılması

Evlat edinenin, evlat edindikten sonra düzgün soylu alt soyunun bulunduğu anlaşılması veya evlilik içinde sonradan çocuk sahibi olması daha önce oluşan evlatlık ilişkisini etkilemez (MK. 2. maddesiyle öngörülen iyi niyet ve kazanılmış hak kuralı gereği)(2).

Cenin Varlığı: Evlatlık sözleşmesinin yapılması sırasında cenin (Ana rahminde oluşan döl) var olması halinde evlat edinebilme durumu öğretide tartışmalıdır.

Cenin sağ doğması, evlat edinmeye engeldir. O halde cenin doğmasının beklenmesi gerekir (Soyman/Elbir Türk Medeni Hukuku Sh. 166 - Ataay, Evlat Edinme 1957 sh. 68). Buna karşılık ceninin varlığı evlat edinmeyi etkilemez tezini savunan düşünce de öğretide ağırlıklıdır (Tekinay Türk Aile Hukuk sh. 411 - Arsebük - Medeni Hukuk sh. 506 Feyzioğlu - Aile Hukuk sh. 472 2. HD. 13.12.1979, 7244 - 0146 Y.K.D. 1980 S.2 sh. 206).

Kişisel olarak aşağıdaki nedenlerle birinci görüşe katılıyorum.

a) Medeni Kanunun Kişinin hukukunu düzenlerken ceninin haklarını ön planda tutmuştur.

aa) Medeni Kanunun 524 - 535 maddeleri gereği çocuk sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan itibaren miras hakkına sahiptir.

Aynı yasanın 584. md. mirasçılar arasında cenin varsa, mirasın paylaştırılması, ceninin doğumuna kadar ertelenir.

ab) Aile hukuku yönünden tanınan haklar doğrultusunda ceninin doğumundan önce de babalık davası açılabilen, cenin haklarını korumak üzere ona kayyım atanmaktadır (MK. 296 - 298).

Mallarının yönetimi için keza kayyım atanabilir (MK. 377/3).

(2) Bu konuda değişik görüşler vardır. Olumlu görüşler, 2. HD. 8.10.1959 gün 5005/4578 : 28.5.1959 gün 2683/2922 - Yazıcı - Atasay - Velidedeoğlu - Berki Ansebik - Tandoğan - Gönensay - Feyzioğlu. Karşı görüş: HGK. 27.3.1987/2 - 473/257)

Not Görüş: Düzgün soyun bulunması, evlatlık için ana koşuldur. Buna rağmen ilişki bozulmuş ise iptal nedeni olur. Düzgün soy sonradan af yasaları ile kurulmuş ise kazanılmış hak bu durumlarda söz konusudur. Bu nedenle HGK kararı yasal amaca uygundur (Bak sahife 15'teki açıklamaya).

Velayetin nez'i var olan çocuklar yanında cenini ve henüz cenin durumuna gelmemiş ileride doğacak çocukları içinde geçerlidir.

ac) Ceza yasası 468-472 md. cenine karşı işlenen suçları Medeni Kanunun tümlüğüne karşı işlenmiş suç olarak nitelemiştir.

ae) Ceninin ödense isteme hakkı (MK. 45/11-47) cenin ana-babasını öldüren kişiden sağ doğması koşulu ile, ödense isteme hakkına sahiptir.

Cenin yararına Borçlar Kanununun 111. maddesi gereği sözleşme yapma olanağı tanınmıştır (Y. 12. HD. 3.2.1959 - 3273 - 1565).

Görüldüğü gibi, ceninin hakları ileride kişilik kazanacağı düşüncesiyle koruma altına alınmıştır. Bu koruma yasal mirasçılara karşı gerçekleşmiştir.

Bu konuda yasal düzenleme bulunmadığından yorumun yasal amaca uygun olması gerekir. Cenin yasal mirasçılara karşı korunduğundan yapay mirasçıya karşı da korunmalıdır. Bu yorum yasal amaca uygundur. O halde evlat edinme işleminin cenin doğumuna ertelenmesi gerektiğine ilişkin görüş mevcut hukuka daha uygundur.

Medeni Kanunun yeniden düzenlenmesinde (Tasarı İsviçre ve Alman Medeni Kanununda yapılan değişikliklerde, düzgün soylu çocuğun bulunması evlat edinme engeli olarak kabul edilmemiş ki.) aynı ilkeyi benimseyen 1998 MK. tasarısı kanunlaşırca tabiki yukarıdaki düşüncelerin değeri kalmayacaktır.

2- Yaş farkı yönünden: Medeni Kanun 253

Evlat edinen ile evlatlık arasında 18 yıl yaş farkı bulunması gerekir (Değişiklikle İsviçre'de bu fark 16'ya indirilmiştir).

Evlat edinme geçmişte evlat edinenin aile sürekliliğini sağlamaya yönelik amaç taşıırken bu gün, korunmaya gereksinimi olan çocukların bir aile ortamına kavuşması bu ortamda ruhsal ve fikirsel olarak gelişmesini sağlama amacı ön plana alınmıştır.

Çocuğun gelişmesini sağlayacak en uygun ortam aile ortamıdır. Bu ortam sağlıklıdır güvenlidir.

Türkiye'nin henüz katılmadığı 24.4.1967 tarihli küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin Avrupa Sözleşmesi çocuğun güvenliğini ana ilke olarak benimsemiştir.

Evlat edinmede her şeyden önce çocuğun sürekli ve uyumlu bir yuvaya kavuşturulması amaç edinilmiştir (Md. 8/1).

1967 Avrupa sözleşmesi evlat edinenin 21 yaşından küçük 35 yaşından büyük olmamasını öngörmektedir (Md. 7). Bu kural sadece evlilik dışı doğan çocuklar için uygulanmaz (Md. 7/2).

Almanya yaş sınırını 25 olarak belirlemiş (BGB1743). İsviçre değişiklikle beş yıllık evliliği şart koşmuş yaş sınırlandırmamış (MK. 264). Ancak evli olmayan bir kişi için evlat edinme yaşını 35 olarak belirlemiştir.

Avrupa sözleşmesi evlatlık için yaş sınırı koymamıştır. Fransa küçüğün yaş sınırını 15 (Fr. MK. 345). İtalya 8, Yunanistan 18 olarak belirlemiştir.

Mevcut yasal düzenlememizde evlat edinenin 35 yaşını bitirmiş olması öngörülmüştür (2. HD. 29.3.1996 gün 2324-3296 S; 7.2.1980 gün 654-971 S.K.). Evlatlık için yaş sınırı getirilmemiş, ancak evlat edinen ile evlatlık arasında 18 yaş farkının bulunması öngörülmüştür.

B) Eşin Onayı: Evlat edinen evli ise evlat edinebilmesi için evlat edinmeye eşinin onay vermesi veya birlikte evlat edinmeleri zorunluluğu vardır (MK. 255).

Bir kişinin birden çok kişi tarafından evlat edinebilmesi için evlat edineceklerin karı - koca olması halinde olasıdır.

1972 tarihinde İsviçre Medeni Kanunun da yapılan değişiklikle evli olan bir kişinin evlat edindiği kimseyi eşininde evlat edinmesini zorunlu kılmış (ZGB 264) yasa belirli koşullarla bu kurala istisnalarda tanımıştır (ZGB 264).

Medeni Kanunun 14.11.1990 gün, 3678 sayılı yasa ile 255. maddede yapılan değişiklik ile eşin onayının alınması koşulu yumuşatmış, aşağıdaki hallerde eşin onayını zorunlu kılmamıştır.

Eş devamlı olarak temyiz gücünden yoksun ise; Bu durumda, eşin yasal temsilcisinin dinlenmesiyle yetinir.

Yasanın eşe tanıdığı bu hak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarındandır. Kişiye bağlı hakların yasal temsilci tarafından kullanılması mümkün değildir. Bu kuralın aksi kısıtlının yararı ile kamu düzenini birlikte var olması halinde mümkündür. Örnek: Karısı zina eden kısıtlı adına vasinin boşanma davası açabilmesi gibi. O halde onay koşulu olanaksızlaştığına göre karı-kocanın evlat edinmesinden değil, karı veya kocanın evlat edinmesi söz konusudur.

3- Evlatlık yönünden asli koşulları:

a) Ana-Baba'nın onayı: Ana - baba veya hakim onayı alınmadıkça kısıtlı ile küçükler mümeyyiz bile olsalar evlatlığa alınamazlar.

Yasa ana - babanın birlikte onayını aramaktadır. Babaya veya anaya üstünlük tanınmamıştır. Ana - babanın onayı bazı gereksinmelerin zorlaması ile kesin bir kural olmaktan çıkarılmıştır. Ana - babanın izin hakkı veli veya vasilik ilişkisinden bağımsızdır. Şu kadarki kendisinden velayet nez edilmiş ana - baba için bu kural tartışılabilir (2. HD. 13.7.1993 gün 6640 - 7342 S. Kararı).

Ana - baba daha önce evlatlığa onay vermiş, ancak Evlatlık alanın eşinin yaşının elverişli olmaması nedeniyle sadece koca tarafından gerçekleşen evlatlık işleminin sonradan karının yaşının elvermesi halinde, Ana - babanın iznine yine gerek vardır (Bu karara muhalif kalan üye gerek yok demiş, 2. HD. 13.12.1999 - 11747 - 12139 S. K.). 3678 sayılı yasa ile değişik Medeni Kanunun 254/a göre; Kim olduğu veya nerede bulunduğu uzun süreler beri bilinmeyen yada sürekli temyiz gücünden yoksun bulunan ana veya babanın onayı aranmaz. Velayetin kaldırılmasını gerektirecek ölçüde çocuğu ile ilgisiz olan ana - baba içinde aynı kural uygulanır.

Görüldüğü gibi yasa hak ehliyetine sahip olmakla beraber, mümeyyiz olmayan küçükler için ana - babanın onayını zorunlu kılmış eylem (fiil) ehliyetine sahip olanlar için onay gerekli bulunmamıştır.

Ana - babanın onayda anlaşamamaları veya ana - babanın yararı ile çocuğun yararının çatışması halinde onay verecek bir mercinin bulunması gerekir.

Evlilik dışı doğan çocuğu ana - baba velayeten temsil edemez. Ancak hakim: tanıma - babalık hükmü yoksa anaya, aksi halde ana - babadan birine velayet verilebilir. Ana - babanın onay hakkı bu işlemle başlar. Kişisel görüşüm ise, Medeni Kanun çocuğu doğuran kadın ana'dır hükmü ile (Medeni Kanunun 290) temsil hakkını anaya velayet verilmeden önce de tanımıştır. Medeni Kanunun 254. maddesi de bu hakkı anaya tanımıştır. Bu hak Medeni Kanunun 290. maddesinden kaynaklanmaktadır. Zira ana doğumla analık haklarına sahip olabilmektedir.

Ana - baba ölmüş ise çocuk vesayet altına alınacaktır. Bu durumda onay mercii vasideir.

Ana-babanın yararları çocuğun yararıyla çatışmaktadır. Bu durumda çocuğa kayyım atanır. Onay mercii kayyımdır.

b) Hakimın Onayı (MK. 254): Burada hakimın onayından amaç veyaset daireleri ve makamları olmalıdır. Zira hakimın onayı olmadan, evlatlık sözleşmesi yapılamaz. O halde hakimın onayını vasi ile vesayet makamları olarak anlamak gerekir. Evlatlığa izin verme Sulh mahkemesine aittir. Evlatlığa verilmeyi onaylama yetkisi ise vesayet mahkemelerine / makamlarına aittir.

Medeni Kanunu 406/1. maddesinde öngörülen Asliye Mahkemesinin onayı kısıtlı Sezgin (Mümeyyiz) kısıtlılar için söz konusudur (2. HD. 15.6.1994 gün 5182/5982). Sezgin olmayanlar evlat edinilemezler. Vasi de bunlar için onay veremez. Evlat edinme kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Onu ancak hak sahibi kullanabilir. Fiil ehliyeti olmayan kişi bu hakkı kullanamaz. Yasa ana - babadan söz etmiş velayet hakkının varlığı veya yokluğu hali için özel bir düzenleme yapmamıştır.

Kanımca velayet kendisinde olmayan ana-babanında onayı gereklidir. Yalnız velayet hakkını kullanan ebeveynin onayı yeterli olmamalıdır. Aksi halde velayet kendisine verilmemiş olan ana veya babanın yeniden velayeti isteme, çocuğu ile kişisel ilişki kurma hakkı elinden alınmış olur.

Yukarıda sözü geçen Avrupa sözleşmesi evlat edinme ile düzgün soyun sağladığı yasal hakları öngörmüş sözleşmenin bozulması gibi bir işleme yer bırakmamış, evlat edinene sadece mirastan iskat edebilme hakkı tanınmıştır. Evlatlığın doğal ana - babasına bağımlılığı sadece evlenme yasağı yönündedir. Diğer tüm yükümlülükler, haklar yönünden doğal ailesiyle olan ilişkilerini sona erdirmekte tüm haklar yönünden yeni ailesine bağımlı kılınmıştır.

Bunun sonucu olarak evlat edinilen kişi evlat edinen ana-babadan doğmuş gibi hak ve yükümlülükler kazanır. Doğal ana - baba ile olan hısımlık ilişkisi sona erer. Dolayısıyla doğal ana - babanın mirasçısı olamaz.

Evlatlığın yararı: Evlat edinmede esaslı amaç, evlatlığın güvenliğinin sağlanması günün hukuk anlayışına hakim olmuştur. Güvenlik çocuğun fiziki, sosyal, ruhsal sağlığını ve eğitimini kapsar.

Evlat edinecek kimsenin koşulları çocuğun güvenliğini sağlayacak düzende ise hakim evlatlığa izin vermelidir.

Medeni Kanunun 256. maddesi 3678 sayılı yasa değişikliğinden önce evlat edinecek kişinin evlatlığı görüp gözetmesinin bilinebilir açıklığa kavuşmasını dolayısıyla çocuğun yararına uygunluğunu öngörmekte idi. Medeni Kanunun kaldırılan bu hükmü geriye yönelik bir düşünce oluşturmuştur. İleriye yönelik hukuk sistemleri yararı esaslı öge olarak kabul etmektedirler.

Medeni Kanunun 256 değişik hükmü hakime evlatlığın evlat edinen yanında güvence içinde yaşamını sürdürebilme olanağını araştırma yükümlülüğü getirmiş olmasına karşın değiştirilen metin bu yönü açıkça ifade etmekten yoksundur.

Kaynak İsviçre Medeni Kanunun 1972 yılında yapılan değişiklik ile, düzgün soylu çocuk sahibi olmama koşulu kaldırılmış, düzgün soylu alt soyu bulunanlarda evlat edinme olanağı tanımakla beraber evlatlıkla öz çocukları arasında ayırım yapılmayacak şekilde ana - baba evlat ilişkisi kurulmasının olası olmasını evlat edinme için zorunlu kılmıştır. Bunun dışında evlat edinen ile evlatlık arasında en az 2 yıllık bakıp gözetme, eğitimi ile ilgilenme koşulunun da gerçekleştirilmiş olmasını öngörmektedir.

Evlat Edinmede Şekil Koşulu: (MK. md. 256)

a) İzin: Evlat edinme hakimın iznine tabidir. Hakim izin vermemiş ise, evlatlık sözleşmesi yapılamaz. Hakim izin vermeden önce evlat edinmenin asli koşullarının

bulunup bulunmadığını araştırır. Yukarıda sayılan asli koşullar dışında evlatlık olarak verilmesinde çocuğun yararı olup olmadığının araştırılması gerekir. Hakim bu araştırmaları doğrudan yapar.

Buradaki izin ile Medeni Kanununun 254. maddesindeki onayı ayrı ayrı şeylerdir. Medeni Kanununun 254. maddesiyle öngörülen onayı evlat edinmenin asli şartlarından. Vasinin onayı yeterli değildir. Vesayet makamları (Asliye - Sulh hakimlerinin) onayı uygun bulmalıdır. Bu onay sadece izin ise şekil koşullarındandır. Bu izin sadece kısıtlılar için değil kısıtlı olmayanlar içinde söz konusudur.

Hakim evlat edinme de tarafların göstereceği nedeni haklı bulmalıdır. Aksi halde izin vermemelidir. Gösterilen nedenin haklılığı yukarıda açıklandığı gibi çocuğun yararına olma keyfiyettir.

Evlat Edinmede Danışık (Muvazaa):

Evlat edinme bir kısım mirasçıları mirastan yoksun bırakma amacıyla yapılabilir. Bu durumda sözleşmenin danışıklı olduğundan söz edilerek iptali istenebilir mi? Evlat edinmenin içinde mirasçıların miras haklarının zedelenmesi yasa gereği vardır. Bu itibarla evlatlık ilişkisinin danışıklı olduğundan söz edilerek iptali istenemez.

Hakim evlat edinenin, mesleğini, geliri, sosyal yaşantısını, bilgi düzeyini, alışkanlıklarını dikkate alarak, izin kararı vermelidir. Örneğin kumar, içki, beyaz zehir, beyaz kadın alışkanlığı olan birinin evlat edinme isteği çocuğun yararı ile bağdaşmayacağından, evlat edinilmesine izin verilemez.

Hakimin Verdiği İzin Kararının Niteliği:

Evlatlığa izin kararı, idari nitelikte bir karardır. Başka bir anlatımla, idari işlemdir (HGK. 28.12.1968 gün 830-849 S. K.). İzin kararının zaman aşımına uğraması söz konusu değildir (HGK. 28.12.1968 gün 1966/2-830-849 S. Kararı ve HGK. 26.12.1965 gün 147-79 S. K.). Medeni Kanunda sözleşmenin nerede yapılacağına ilişkin hüküm bulunmamaktadır.

Resmi Senet : Evlat edinme Medeni Hukuk sözleşmesidir. Geçerli olması için resmi şekilde yapılması gerekir. O halde evlatlık sözleşmesi doğrudan noterce yapılacaktır (MK. 256 - Noter Yasası md. 89). Evlat edinme sözleşmesinin, taraflarca imzalanması gerekir. Zira sözleşmenin olması için taraf iradelerinin aynı konu etrafında birleşmesi zorunludur. Reşit olanların bizzat, küçük ve kısıtlıların yasal temsilcilerinin sözleşmeyi imzalaması yeterlidir. İradelerin noter önünde birleşmesi sırasında ayrıca tanık bulundurma zorunluluğu yoktur (HGK. 24.4.1968 gün 2/583/278).

Medeni Kanunda tanık bulundurma zorunluluğu bulunmamaktadır. Medeni Kanun, Noter Kanununa göre Özel Kanundur. Özel Kanundaki hükümlere göre işlem yapılır (2. HD. 24.11.1980 gün 7187-8357 S. Kararı).

Resmi senet evlatlık ilişkisinin doğması için geçerlilik koşuludur. Evlatlık sözleşmesi vekaleten yapılmış ise, vekilin özel vekaletnamesinin varlığı zorunludur. Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması özel vekaletle olasıdır.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı hukuki işlemlerin başkası tarafından yapılmasına, yürürlükteki hukuk genelde elvermemekle beraber, ayırım gücüne sahip olmayan kısıtlının yararı ve kamu düzeni gerekiyorsa bu hakkın vekaleten kullanılmasına yer verilmektedir.

Örnek: Eşi zina yapan kısıtlının vasisine boşanma davası açma hakkı tanınması gibi (2. HD. 24.6.1993 - 5968/6507 S. K.).

Küçüklerin evlat edinilmesini içeren Avrupa Sözleşmesi bu konuda sosyal hizmet verecek kurumların kurulmasını, uzman yetiştirilmesini öngörmektedir. Anlaşma Evlat edinmenin bir anket sonucu gerçekleştirileceğini hükme bağlamakta (Md. 9) anketin konusunu aşağıdaki şekilde belirlemektedir.

Evlat edinmenin kişiliği, egliri, sosyal, ekonomik durumu, aile hayatı, toplumla olan uyumu, çocuğu eğitme yeteneği, evlat edinmedeki amacı, çocukla arasındaki karşılıklı uyum, çocukla ilgilenme süreci, çocuğun sağlık durumu, geçmişteki eylemleri, çocuğun olaya karşı olan ilgisi, her iki tarafın din anlayışı hakkında iç hukuka göre belirlenecek bir kurum tarafından incelettilmesi, anket sonucuna göre evlatlığa izin verilmesi ön görülmektedir.

Kara Avrupasında bu konuları kapsayacak şekilde sosyal hizmet birimleri kurulmuş ve personel eğitilmiştir.

Türkiye'de bulunan çocuk Esirgeme Kurumuna Kurumdaki çocuklarla sınırlı olmak üzere görev verilmiştir. Evlatlık almak isteyenlerin kuruma başvurmaları, kurum elemanlarının yapacağı araştırma sonucuna göre hakimin çocuğu evlatlığa verilmesine izin vermesi konusunu değerlendirmesi düşünülebilir.

Ne varki Çocuk Esirgeme Kurumunun kendisinin ve elemanlarının bu konuda yetişmiş veya yetiştirilmiş oldukları kuşkuludur.

Eğitimli olmayan bu elemanların raporları yanıltıcı olabilir. Kanımca hakim Avrupa sözleşmesinin belirlediği şekilde doğrudan inceleme, araştırma yapmalıdır.

Ülkeler Arası Evlat Edinme:

Günümüzde özellikle gelişmiş ülkelerde az gelişmiş ülkelere evlat edinme işlemi çoğalma göstermiştir. Bunun istismar edilmesi ve para karşılığı yapılması da

çocuk haklarının zedeler duruma getirmiştir. İşte bu sakıncaları ortadan kaldırmak amacıyla Milletlerarası çocuk hakları sözleşmesi kabul edilmiştir (Türkiye bu sözleşmenin tarafıdır. 9.2.1994 gün 1994/6423 S. Y. ile onaylanmıştır.).

Bu sözleşme ile evlat edinmeye yetkili merciin karar verebileceğini, kendi ülkesinde elverişli koşullarda bakılması olanağının bulunmaması, kendi ülkesindeki koşullara eş değer koşulların bulunması gibi sınırlandırılmalar getirmiştir.

Doğum Kütüğüne Tescil : Evlat edinme işlemi tamamlanınca ilişki doğum kütüğüne geçirilir. Doğum kütüğüne geçirilme istemi kazai değil idari bir işlemdir. Kütüğe kayıt sözleşmenin geçerliliği veya evlat edinme ilişkisinin doğumu için geçerli bir öge değildir. Sadece ilişkinin aleniyete dökülmesini sağlayan idari bir işlemdir (2. HD. 26.1.1981 gün 1/9-340 S. K.; 10.11.1980 gün 7398-7814 S. K.).

Kütüğe ana-baba olarak evlat edinenlerin adı yazılır. Evlatlığa veren aile ile evlatlığa alan aile arasında her tür bağ kurulur. Bir başka anlatımla evlatlığın hangi kütükten geldiği ana,baba adı yeni kütükte gösterilir. Ayrıca her iki kütüğe resmi senedin tarihi, numarası, nerede, hangi noterlikçe düzenlendiği yazılır.

Evlatlığa ait bu kayıtlar gizlidir. Evlatlık Sezgin (Reşit) olup istemedikçe açıklanamaz.

Evlatlık soy adını aldığı evlat edinenlerin soy adı yerine sezgin olduktan sonra doğal ana - babasının soy adını alma hakkı saklıdır (MK. 16.6.1993 gün 2846 Kanunla değişik 257 md.).

Evlat Edinmenin Sonuçları:

A) Kişisel Sonuçlar:

1- Soyadı : Medeni Kanununun 257. maddesi gereği evlatlık evlat edinenin soy adını alır. Bu evlatlık için hem hak hem görevdir.

Yukarıda açıklandığı gibi belirtilen kural Sezgin olmayan küçükler içindir. Sözleşme sırasında Sezgin olanlar dilerlerse evlat edinenin soy adını alır, dilerse soy adını korur. Sezgin olmayanlarında Sezgin olduktan sonraki seçimlik hakları saklıdır.

Evlatlık evli, çocukları varsa onlarda evlatlıkla birlikte seçimlerini evlat edinenin soyadı yönünde kullanılmış ise, evlat edinenin soyadını alırlar.

Evlatlık evli bir kadınsa kocasının soy adını taşımaya devam eder. Boşanmışsa evlat edinenin soyadını alabilirler.

Bekar kadın evlenince kocasının soy adını alır. Evlenmeden önce evlat edinmiş ise evlatlığın soy adının değişmesine gerek yoktur.

Evlat edinilen kadın sonradan evlenmiş ise kocasının soy adını alır (MK. md. 153).

1- Evlat edinen bekar kadın sonradan evlenmiş ve kocanın soy adını almışsa, evlatlığında ona tabi olarak soy adının değişip değişmeyeceği öğretide tartışmalıdır.

2- VATANDAŞLIK: Kural olarak evlatlık, vatandaşlığını korur. Evlatlık sözleşmesi vatandaşlığı doğrudan etkilemez. Medeni Kanunda bu konuya değinen açık bir hüküm bulunmamaktadır. 1998 tarihli Medeni Kanunun ön tasarısında da bu konuda özel bir hükme yer verilmemiştir. Vatandaşlık yasası (md. 3) göre ise, evlat edinme evlatlığın vatandaşlığını etkilemez.

Ana kuralın ayrıcalıkları:

- Evlat edinen küçük ve vatansızsa;
- Ana - babası belli değilse;
- Ana - babası bulunamıyorsa;

Bu hallerde bir Türk tarafından evlat edinilen kişi evlat edinenin vatandaşlığına tabi olarak Türk vatandaşı olur.

1967 tarihli Avrupa sözleşmesi, evlatlığın doğal ana - babası ve ailesiyle tüm ilişki ve bağlarının sona ereceğini kabul etmiş evlatlığın bütün haklar ve yükümlülükleriyle yeni ailenin doğal çocuklarıyla aynı düzeye getirilmiş olduğundan bu sözleşmeyi kabul eden ülkelerde evlatlık onu evlatlık edinenin vatandaşlığına geçer.

3- HISİMLİK : Medeni Kanunun yürürlükteki hükümleri uyarınca evlatlık sözleşmesiyle evlat edinen ile evlatlık arasında düzgün soy ilişkisi oluşur. Bu ilişki sadece evlat ile evlat edinen arasındadır. Evlatlığın evlat edinenin, evlat edinene evlatlığın kan ve yapay hısımları arasında bir bağ oluşmaz.

Evlat edinen ile evlatlık arasındaki hısımlık bağı evlatlığın alt soyunada geçer. Medeni Kanunun 447. maddesi bu ilişkiyi "Evlatlık ve fûru'u evlat edinen kimseye nesebi sahih fûru'u gibi mirascı olur" şeklinde ifade etmiştir.

Evlat edinene evlatlığının mirasçısı olma hakkı, evlatlığa ve evlatlığın alt soyuna evlat edinene miras bırakanlarına mirasçı olma hakkı tanınmamıştır. Sözü geçen Avrupa sözleşmesi belirtilen ilkelerin aksini kabul etmiş, evlatlıkla evlat edinen arasında tam evlatlığın oluşacağını vurgulamakla evlat ile evlatlığın birbirlerine ve hısımlarına karşı karşılıklı olarak hısımlığın doğduğunu kabul etmektedir. Kara Avrupası, bu sözleşme nedeniyle Medeni Kanundaki yeni düzenlemelerinde, Hısımlık ve mirasçılık yönünden bu ilkeleri kabul etmiş bulunmaktadırlar (26 B 1972

değişikliği md. 267). 1998 tarihli Medeni Kanunun ön tasarısı evlatla - evlatlık arasındaki farkı kaldırdığından evlatlık ve alt soyu evlat edinenin üst soyuna, evlat edinende evlatlık ve alt soyuna mirascı olabilmektedir. Bu yasanın yasalaşması halinde gerçekleşecektir.

Yürürlükteki Medeni Kanunun hükümlerine göre sonradan doğan evlat edinenin çocuğu ile evlatlık arasında, birden fazla evlatlık arasında kardeşlik bağı kurulmuş olmaz. Evlatlık ile doğal ana - baba ve onların hısımlarıyla evlatlığın ve alt soyunun doğal ana - baba - kardeşler ile evlatlık ve evlatlığın alt soyu arasındaki doğal hısımlık devam eder.

1967 tarihli Avrupa sözleşmesi, halen yürürlükte olan Medeni Kanunun hükümlerinin aksine doğal ana baba ve onların alt soyu ile evlatlık ve evlatlığın alt soyu arasındaki hısımlığın sona ereceğini kabul etmiştir.

4- KİŞİSEL İLİŞKİ : Evlatlık sözleşmesiyle, velayet hakkı evlat edinene geçer. Doğal ana - babanın velayet hakları sona erer.

Doğal ana - baba - büyükana - babalar dilerse hakim, evlatlıkla aralarında kişisel ilişki kurabilir.

Evlat edinenin velayet hakkı süreklidir. Ölümle kendiliğinden sona ermez (Y.İ.B.K. 10.11.1954 gün 17/24 - RG. 27.2.1955 - Y.İ.B.K. 18.11.1959 gün 12/29-2 HD. 15.9.1970 gün 5623/5295).

Yargıtay uygulamasında kişisel ilişki velayet hakkından ayrı düşünülmüş, hısımlık bağı çerçevesinde değerlendirilmiştir. Bu gerekçelerle, büyük ana - babaya torunla ilişki kurabilme hakkı tanınmıştır (İç. Bir. 18.11.1959 12/29 sayılı kararı).

5- EVLAT EDİNERİN İLE EVLATLIĞIN EVLENMESİ: Yasak olmakla beraber, evlenmesinde, olabileceği düşünülerek evlenme halinde evlilik fesh edilmez. Evlatlık ilişkisi kendiliğinden kalkar (MK. md. 92/3 ve 121. md.). Bu ilişki hısımlık ilişkisinde sona erdirir. 1998 tarihli Medeni Kanunun ön tasarısı evlat edinene evlatlığı veya bunlardan biri ile diğerinin alt soyu ve eşi arasında evlenmeyi evlenme yasağı içine almıştır (1998 Medeni Kanunun Ön Tasarısı md. 129/111).

6- BAKIM GÖZETİM - NAFKA : Evlat edinen evlatlığın bakım - gözetiminden sorumludur. Gerekirse nafaka vermekte yükümlüdür (MK. 161, 135). Evlatlıkta Medeni Kanunun 315. maddesi gereği evlat edinene gerekiyorsa nafaka vermek zorundadır. Nafaka yükümlülüğü evlatlık ile evlat edinen arasında geçerlidir. Onların hısımlarına karşı nafaka sorumlulukları oluşmaz. Evlat edinene evlatlık için nafaka sorumluluğu ilk derece sorumluluğudur. Evlat edinen evlatlığın, evlatlık için evlat edinenin aczi gerçekleşmedikçe, kendi usul - furu ve kardeşlerine başvuramazlar.

1967 tarihli Avrupa sözleşmesinde, evlat edinenle evlatlık arasında düzgün soy bağının gerektirdiği hısımlık durumu ön görüldüğünden evlat ile evlat edinenin usul ve furu hısımlığı düzgün soy ilişkisi gibi oluşmaktadır. Başka bir anlatımla evlatlık, evlat edinen ana - babadan doğmuş bir çocuğun statüsünü kazanır.

7- MURASÇILIK : Evlatlık sözleşmesi ile, evlatlık ve evlatlığın alt soyu evlat edinenin mirasçısı olur (MK. 257/1). Buradaki mirasçılık düzgün soylu alt soy mirasçılığı gibidir (MK. 447/1). Buna karşılık evlat edinen ve evlat edinenin hısımları evlatlık ve evlatlığın alt ve üst soyuna mirasçı olmaz (MK. 447/2). Bu kural Medeni Kanunun 1998 ön tasarısıyla da benimsenmiştir (1998 MK. Ön Tasarısı md. 500). Bu hüküm ön tasarının evlatlık müessesesi hakkındaki genel espiri ile bağdaşmamaktadır.

Çifte Mirasçılık;

Evlatlık, evlat edinenin mirasçısı olduğu gibi, doğal ana - babasının ve hısımlarının da mirasçısı olma hakkını korur. Öğretide buna çifte mirasçılık denilmektedir (Bak. MK. Ö. T. md. 500).

Mevcut Hukuka Göre :

Evlatlık sadece evlat edinenin mirasçısıdır. Evlat edinenin hısımlarına mirasçı olmaz (MK. 257/1). Medeni Kanunun evlatlığın mirasçılığı ile ilgili kuralları emir edici kurallar olmayıp, tamamlayıcı kurallardır. Taraflar sözleşme ile yasal kuralın aksini kabul edebilirler.

Mirasçılık Hakkında Feragat:

Yasal kuralın aksi, evlat edinme sözleşmesinden önce yapılmış resmi senetle kararlaştırılabilir. Belirtilen resmi senetle evlatlık, mirasçı olma hakkından feragat edebilir. Evlatlık ile evlat edinenin bu şekilde anlaşmaları halinde evlatlık evlat edinenin mirasçısı olmaz. 1998 tarihli Medeni Kanunun Ön Tasarısı ile mirastan feragat Medeni Kanunun 545 (mirası ret etmekle) ve sonraki maddesiyle öngörülen yasal kurallara göre yapılırsa geçerli olunur.

8- EVLATLIK SÖZLEŞMESİNDEN ÖNCE YAPILACAK RESMİ SENETLE DEĞİŞTİRİLEBİLEN KURALLAR : Yukarıda da açıklandığı gibi evlatlığın evlat edinenin mirasçısı olmayacağı resmi sözleşme ile kabul edilebileceği gibi, evlat edinenin evlatlığın malları üzerinde idare ve sınırlamalarla kullanılabileceği kabul edilebilir.

Tarafların iradesine bağımlı olmayan değiştirilemeyen kurallar:

Evlatlık sözleşmesiyle doğan kişisel sonuçlu oluşumlar değiştirilemez.

Bunlar, evlatlık küçük ise evlat edinenin soyadını alır kuralı değiştirilemez. Ev-

latlık 18 yaşını bitirdikten sonra doğal ana - babasının soy adını alabilir. Bu hak evlatlığa reşit olduktan sonra yasal olarak tanınmış bir haktır.

Evlatlık veya evlat edinenin birbirlerine karşı nafaka yükümlülüğü sözleşme ile kaldırılamaz.

EVLATLIK SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

A- GEÇERSİZLİK :

1- Evlatlık sözleşmesinin yokluk ifade etmesi;

a) Sözleşme şekil koşullarına uyulmadan yapılmış ise, (Genel Kural)

b) Hakimin izni alınmamış ise,

c) Taraflardan biri sözleşme sırasında Medeni haklarını kullanma ehliyetine sahip değilse sözleşme yapılmamış hükmündedir. GENEL KURUL BÖYLE OLMAKLA BERABER UYGULAMADA, yokluk ifade etmesine rağmen geçerlilik tanınan durumlarda yer verilmektedir. Uygulamadaki ana düşünce Medeni Kanunun 2. maddesiyle öngörülen iyi niyet kuralıdır. Taraflar iyi niyetle uzun süre evlatlık ilişkisini devam ettirmiş ve ettirmekte iseler veya taraflarından biri bu koşullar sürürken ölmüş ise sözleşmenin bozulmasını veya yok sayılmasını iyi niyet kurallarıyla bağdaştırılmamaktadır.

Bu Konudaki Yargı Kararları:

Hukuk Genel Kurulu 2.10.1974 gün ve 1971/2-810-1043 sayılı kararında "Evlatlık sözleşmesi (şeklen eksik olmakla) resmi şekilde yapılmamış isede taraflar evlat edinenin ölümüne kadar sözleşmenin gereklerini sözleşmenin geçerli olduğu düşüncesiyle yerine getirmişlerdir. Davacılar evlat edinenin ölümünden sonra iptal davası açtıklarına göre bu davranışları hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup korunmaya değer görülemez." Hukuk Genel Kurulu 16.12.1964 gün 336/725; 4.11.1964 gün 953/640 sayılı kararlarında aynı niteliktedir. 336 E. sayılı kararda evlatlık sözleşmesi Sulh Hakimi tarafından düzenlenmiş, 953 sayılı kararda ise sözleşmede noterin imzası bulunmamaktadır. Yukarıdaki açıklama doğrultusunda şeklen eksik olmasına rağmen, evlatlık ilişkisinin bozulmasıyla müsaade edilmemiştir.

2- Evlatlık Sözleşmesinin Butlanı :

Butlan asli koşullardaki eksikliklerin varlığı halinde söz konusudur.

Asli Şartlar :

a) Evlat edinenin 35 yaşından küçük olmaması evlatlıkla aralarında 18 yaş farkı bulunması,

b) Evlat edinenin düzgün soylu alt soyunun bulunmaması, evlat edinenin nüfus kütüğüne tescil edilmemiş düzgün soylu alt soyunun bulunması da iptal nedenidir. Yeter ki alt soyun varlığının sözleşmeden önce olduğu kanıtlanabilsin. Sözleşmeden sonra edinilen düzgün soylu çocuk, evlatlık sözleşmesinin bozulmasını gerektirmez.

c) Evlatlık mümeyyiz ise evlatlığa alınmasına onay vermesi, evli ise eşin onay vermesi,

d) Boşadığı eşini evlatlık alması (MK. 121 - 253).

e) Özel vekaletname olmadan yapılmış ise (2. HD. 7.7.1993 4762-7077 S. K.).

Sözleşme belirtilen koşullardan birinden yoksun ise butlan söz konusu olur.

Sözleşmenin yapılması sırasında var olupta butlana karar verilmeden önce yukarıda belirtilen ve eksik olan koşullar sonradan tamamlanmış ise iyi niyet kuralları gözetilerek butlana karar verilemez.

Butlan davasının açılması belirli bir süre ile sınırlı değildir.

Yargıtayın yokluk için belirlediği, iyi niyetle şeklen eksik sözleşmeye uyma hali butlan içinde geçerlidir. Taraflar sözleşmeyi geçerli za.ı ederek ve iyi niyetle uzun süre uyumuşlarsa, butlana karar verilmez.

3- İptal : Asli ve şekli koşullar dışında kalan bazı nedenlerin bulunmasında iptali gerektirebilir. **Bunlar;** Evlatlık sözleşmesine onay vermesi gereken kişilerin (Ana - baba - vasi - vesayet Dairesi) onayının alınmamış olması sözleşmenin yapılmasında iradeyi bozan nedenlerin (hata - hile - tehdid) birinin bulunması.

Belirtilen nedenlerden birinin bulunması halinde sözleşmenin iptali istenebilir. Yokluk ve Butlanın birlikte söz konusu olması halinde dava, ilgilisi ilgisinin ilerideki mirasçıları ve C. Savcısı tarafından açılabilir.

İptal davası ise sadece: kendisi ile ilgili eksiklik bulunan veya iradesi bozulmuş olan taraf açabilir. Bir başka anlatımla burada dava hakkı evlat edinene ile evlatlığa tanınmıştır.

B- EVLATLIK İLİŞKİSİNİN SONA ERMESİ : (TARAFLARIN İRADESİYLE)

1- Tarafların karşılıklı iradesi ile : Taraflar yasada belirtilen evlat edinme sözleşmesinin yapılmasına ilişkin kurallara uyarak sözleşmeyi sona erdirebilir. Bunun için hakim izin vermesi, ilişkinin bozulduğuna dair sözleşme düzenlenmesi, evlatlığa onay vermesi gerekenlerin onayının alınması gerekir.

2- Hakim Kararı ile sona ermesi:

a) Kabul ile : Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 12.9.1996 gün 7608 - 8478 sayılı kararı ile, evlatlık sözleşmesinin bozulması isteği ile açılan davanın karşı tarafça kabul edilmesi halini evlatlık ilişkisinin sona erdireceğini kabul etmiştir. Yüksek daire bu kararında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 95. maddesine dayanmıştır.

b) Amaca uygunluk; Amacı aşan veya amaca uygun olmayan evlatlık sözleşmesinin de istek üzerine bozulabileceği Yargıtayca kabul edilmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2.3.1994 gün 1993/2-893-124 sayılı kararında ölümcül bir hastalık içinde bulunan 86 yaşındaki kadının noterin hastahaneye getirilerek 65 yaşındaki bir başka kadını evlat edinmesini amaca uygun bulmayarak evlatlık sözleşmesinin bozulması gereğine değinmiştir.

Kararın gerekçesinde "Evlatlık sözleşmesinin temelinde evlat sahibi olmayanların evlat özlemini gidermesi, (HGK. 15.6.1965 gün 1117-4625 sayılı kararı) diğer yönden kimsesiz çocuğun bir aile ortamı içinde şefkatle sevgiyle büyütülüp topluma kazandırılması amacı bulunmaktadır" düşüncesine yer vermiştir.

Belirtilen hususlar yasal nedenler dışında yargı uygulamasıyla kabul edilen sona erdirme nedenleridir.

3- Yasadan kaynaklanan sona erdirme nedenleri;

a) Evlat edinenin isteği doğrultusunda ilişkinin sona erdirilmesi,

Medeni Kanunun 258. maddesi aynı yasanın 457. maddesine yollama yaparak mirastan iskat nedenlerinin varlığı halinde ilişki hakim hükmü ile sona erdirilir. Yasal olarak evlat edinenin bunun dışında evlatlık sözleşmesinin bozma hakkı bulunmamaktadır.

Mirastan iskat nedenleri (MK. 457).

Evlatlığın, evlat edinen veya yakınlarına karşı ağır bir cürüm işlemesi;

Evlat edinene veya ailesine karşı yasal yükümlülüklerini yerine getirmede kusurlu olması.

Belirtilen hallerin varlığı halinde yasa evlat edinene ilişkiyi sona erdirme hakkını tanımıştır.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, cürümün evlat edinenin yakınları aleyhine işlenmesidir. Yakın kelimesi mirasçılık bağına kapsadığı gibi, evlat edinenin yakın ilişki içinde bulunduğu değer verdiği çevresinide kapsar. Yasal görevin yerine getirilmemesi ise evlat edinen ve ailesi fertlerine karşı yerine getirilmemiş olması ile sınırlı tutulmuştur.

Yargıtay uygulamalarında, evlat edinene ve ailesi fertlerine karşı yerine ge-

tirilmeyen veya ihmal edilen yasal görevleri geniş bir çerçeve içinde değerlendirilmektedir. Aşağıda verilecek örneklerde de görüleceği gibi, iskat nedeni olmamakla beraber sözleşme gereği ilişkiyi devam ettirme olanaksızlaşmış veya çekilmez hal almış ve bu durum haklı bir neden olarak değerlendirilebiliyorsa evlat edinene sözleşmeyi bozma hakkı tanınmaktadır.

Evlatlık edinenin haklı nedenlere dayalı olarak sözleşmeyi bozması:

Örnek: Evlatlığın, uzun süre evlat edinen ile görüşmemesi, düğününe davet etmemesi, davetiyeye doğal ana - babasının ismi ile bastırıp davetilere göndermesini ileri derecede kusur kabul edilerek ilişkinin bozulması gereğine değinilmiştir (Y. 2. HD. 5.6.1997 gün 5081-6506 S. K.).

Evlatlığın, açılan iş yerini çıkarları doğrultusunda kullanarak iflasa, bundan yarattığı kaynakla kendi adına iş yeri açmayı kumar oynadığı, borçlarını ödemediği gerekçe gösterilerek evlat edinene ilişkiyi bozma hakkı tanınmıştır (2. HD. 3.6.1998 gün 4428 - 6340 S. K.).

Evlatlık ile doğal babasının işbirliği içinde evlat edinenin mal varlığına müdahalede bulunmalarını tabii semereleri kendi yararlarına toplamasını, evlat edinenin dövülmesine (doğal baba tarafından) seyirci kalması da evlat edinene karşı yasal yükümlülüklerin yerine getirilmemesi olarak değerlendirilmiş, evlat edinene sözleşmeyi bozma hakkı tanınmıştır (HGK. 18.10.1995 gün 2/628-807 S. Kararı).

Küçük yaşta evlatlığa alınan çocuğun sonradan gerizekalı olduğunun ve gerek evlat edinene, gerekse çevresine karşı saldırganlığının tesbit edilmesi (2. HD. 25.6.1997 gün 6350 - 7830 S. Kararı) sözleşmesinin bozulma nedeni sayılmıştır. 2. Hukuk Dairesi bu kararı ile Borçlar Yasasının 24/4. ve 117. maddesi ile Medeni Kanununun 258. maddesi arasında ilişki kurmuş, sözleşmede ifa imkansızlığında butlan nedeni saymıştır.

Evlat edinme için verilen vekaletnamenin sahteliğinin anlaşılması halinde, sözleşmenin bozulması istenebilir hale gelir (2. HD. 24.3.1993 gün 2377-3617).

Okuma yazma bilmeyen evlat edinenin verdiği vekaletnamede şekil eksikliği varsa (Noterlik Yasasının 87. maddesine uygun düzenlenmemiş ise) bu vekaletnameye göre yapılan evlatlık sözleşmesi hukuki sonuç doğurmaz (2. HD. 14.4.1995 gün 3663-4622 S. K.).

Butlan nedeni olmayan şekil eksiklikleri: Şekil eksikliğine rağmen sözleşmeye uyulmuş gereği uzunca süre yerine getirilmiş ise; aşağıdaki haller, sözleşmenin bozulmasını gerektirmeyeceği kararlılık kazanan yargı esasları ile kabul görmüştür.

- a) Sözleşme noter yerine Sulh hakimliğince yapılmışsa,
 b) Hakimin izni alınmadan evlatlık sözleşmesi yapılmış olması, butlan nedeni olarak kabul edilmemektedir. Burada Medeni Kanununun 2. maddesinde öngörülen iyi niyet kuralı esas alınmaktadır (HGK. 16.12.1964 gün 336/725 SK.)

Evlatlık sözleşmesinin tarafları,

a) Yukarıda belirtilen nitelikleri bulunmak koşuluyla, evlat edinecek kişi (kişiler) ile evlatlık olacak kişidir.

b) Bunlardan biri kısıtlı veya küçük ise yasal temsilcileri (ana - baba - vasi).

Tarafı vasi temsil ediyorsa vesayet dairelerinin onayıda gerekir (MK. 406/1 md.)

c) Sözleşme vekaleten yapılıyorsa özel vekaletnamenin bulunması gerekir.

Evlatlık sözleşmesinin bozulması davasının tarafları;

1- Yokluk ve Butlanın tesbiti:

a) Genel kural olarak evlat edinen ile evlatlık davanın taraflarıdır.

b) Yokluk ve butlan hallerinin bulunması halinde, sonucundan yarar sahibi olabilecekler yokluğun tesbiti ve işlemin butlanına karar verilmesini isteyebilirler.

c) Bu durumda davanın evlat edinen ile evlatlığa veya yasal temsilcilerine yöneltilmesi gerekir.

Cumhuriyet Savcısının dava açması:

Evlatlık ilişkisinin kurulmasında ve bozulmasında Cumhuriyet Savcılığına genelde görev verilmemiştir.

Ancak yukarıda belirtilen yokluk ve Butlan hallerinin bulunmasında ilgililer gibi Cumhuriyet Savcısının da dava açma yetkisi vardır. Cumhuriyet Savcısının bu yetkisi kamu düzeninin korunmasıyla olan sorumluluğundan kaynaklanmaktadır.

Evlatlık sözleşmesinin bozulması, kaldırılması ancak sağlığında evlat edinene karşı açılabilir. Onun ölümünden sonra (halefiyet) ardalık yolu ile mirasçılara karşı açılmaz (2. HD. 8.6.1987 gün 3994 - 5009 S; 22.1.1993 gün 2639 - 2591 S. Kararı).

Evlatlık işlemi kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğundan Sezgin (Mümeyyiz) kısıtlılarla küçükler bizzat dava açabilir (MK. md. 16).

Evlat Edinmede Yabancılik Unsuru:

2675 (MÖHUK) md. 18. Evlat edinme ehliyeti ve koşulları bakımından tarafların her birinin evlat edinme anındaki milli hukuku uygulanır.

Evli kişinin veya kişilerin evlat edinmesi; Evlat edinen evli ise, eşinin onayı eşlerden her birinin milli hukuku gözetilerek belirlenir. Eşin milli hukuku (kocasının karısının) evlat edinmesinde onay aramıyorsa bu onayın verilmemiş olması sözleşmeyi geçersiz kılmaz (2675/III).

Ehliyet: Evlat edinenin evlat edinme, evlatlığın evlat edinilme ehliyeti kendi milli hukuklarına göre tayin edilir.

Evlat edinmede esasa ilişkin koşullar:

Tarafların milli hukuku uygulanır. Burada dikkat edilmesi gereken husus taraflar ayrı ülke vatandaşı ise her birinin milli hukuku birlikte uygulanma alanı kazanır. Evlat edinme için aranan yasal koşullar (düzgün soylu çocuğu veya çocuğu olmamak, yaş sınırı - yaş farkı) konuları evlat edinenin, evlat almak için aranan yasal koşullar (evlat edinilecek kişinin onayı - ana - babanın izni - vesayet makamının muvafakatı vs.) evlatlığa alınacak kişinin milli hukukuna tabidir.

Kuralların birlikte uygulanması halinde her iki milli hukukun aradığı yasal koşulların varlığı aranacaktır.

Evlat edinmede şekil usul işlemleri (2675 S. Y. md. 2).

Evlat edinme işleminde şekil: Hakimin tabi olduğu bir başka anlatımla şekil ve usul sorunu evlatlık sözleşmesinin yapıldığı yer (Lex fori) hukukuna tabidir.

Evlat edinmenin hükümleri; Evlatlık sözleşmesi ile oluşan evlatlık ilişkisinde isim, ikametgah, hısımlık ilişkisi (Evlat edinenle - evlatlık arasında) evlenme yasağı, velayet, nafaka, sözleşmenin hükümsüzlüğü ilişkinin sona ermesi gibi konular, evlat edinenin milli hukukuna tabidir.

Karı - koca birlikte evlat edinmişlerse ve ayrı ayrı ülke vatandaşlığında iseler; ortak ikametgah, ortak ikametgah yoksa, ortak mutad meskenleri, bu da yoksa Türk Hukuku uygulanır.

Yabancı Unsurlu Davalarda Taraf ve Dava Ehliyeti:

Maddi hukuk ile usul hukukunun iç içe girdiği durumlarda, konu ile en fazla bağlantı durumunda olan hukuk uygulanır (Bak. Çeliker Milletlerarası Özel Hukuk 1987 2. Baskı Sh. 206). Taraf ve dava ehliyeti yargılama için gerekli koşullardan olduğundan usul hukuku hükümlerine tabi olup, hakimin milli hukukuna göre değerlendirilir.

Yabancı Unsurlu Davalarda Yetki: Genel olarak Hakimin milli hukukuna tabidir. Kesin olmayan yetki kurallarının değiştirilmesi tarafların karşılıklı anlaşmaları ile olasıdır. Kesin yetki kuralı değiştirilemez.

Evlalık İlişkinin Sona Ermesinin Sonuçları:

Nedeni ne olursa olsun evlatlık ilişkisi sona ermekle;

a) Geleceğe ait olmak üzere kurulan tüm ilişkiler kazanılan tüm haklar kalkar (MK. 258/2).

Örneğin: Velayet hakkı son bulur. Evlatlık eski soy adını alır. Aradaki evlenme yasağı kalkar.

Sona erme hükmü kesindir. Sonradan yapılacak bir sözleşme ile yeniden evlatlık ilişkisi kurulamaz.

Evlatlığın velayeti kendiliğinden doğal ana - babaya geçmez. Hakimin yeniden velayet düzenlemesi yapması ve çocuğa vasi ataması gerekir (Y. İçt. Bir. Kar. 10.11.1954 gün 17/24 Sayılı Kararı).

İlişkinin kalkmasının sonuçları geçmişe etkili değildir.

Karşılıklı olarak verilen nafakalar, bakım giderleri, bağışlar (koşulları yoksa) geri istenemez.

Maddi - manevi ödence istenemez (2. HD. 4.3.1980 1717-1910 S. Kararı).

İSTİNAF SORUNU

Mustafa Tören YÜCEL (*)

ANLATIM DÜZENİ: 1- Giriş. 2- Realist Yaklaşım. 3- Temyiz Sistemi - Hukuk Bölümü: De Facto Analizi. 3.1- Hukuk Genel Kurulu. 3.2- Hukuk Daireleri. 4- Rehber İlke ve Amaçlar. 4.1- Hukuk Usulünün Geliştirilmesi. 4.2- Mahkemelerdeki Aşırı İş Yükünün Azaltılması. 5-Sonuç.

1- GİRİŞ

Kanun yollarından biri olan **istinaf** (ikinci derece temyiz), bir son kararın hukuki veya maddi sebeplerle kaldırılarak yeniden bir son karar verilmesi için açılan dava üzerine yapılan yargılamadır. Üçüncü derece mahkeme ise, ikinci derece mahkeme üzerinde denetim yapan mahkemedir. İkinci veya üçüncü derece temyiz hakkının tanınması sonuçta davayı sonlandıracak kararın alınmasında bir gecikme olacağı anlamına gelmektedir. Kuşkusuz, hakların teslim edilmesi için mahkemeye başvuran davacı, etkisiz usullerin neden olduğu gereksiz gecikmeler/davalının zekice başvurduğu geciktirme taktik ve manevralarıyla karşı karşıya bırakılmayarak; makul sürede sonuç alabilmelidir.

Ülkemizde, 5 Haziran 1879 tarihinde yürürlüğe giren **Mehakimi Nizamiye Teşkilatı Kanun'u Muvakkat** ile istinaf adıyla kurulan ikinci derece mahkemeler, 7 Nisan 1924 tarih ve 469 sayılı **Mehakimi Şer'iyenin İlgasına ve Mehakimin Teşkilatına ait Ahkamı Muaddil Kanun** ile kaldırılmıştır. Bu mahkemelerin çalışmalarına, adaletin süratle dağıtımına engel oldukları ve istenilen yararı sağlamadıkları gerekçesiyle son verilmiştir. Sözü edilen Muvakkat kanunla, istinaf görevi ağır ceza ve asliye mahkemelerine verilmişti. İlk bakışta oldukça pragmatik gözükken bu yaklaşım istinaf kurulan yerlerde artan iş yükü karşısında yeterli hakim olmayışı nedeniyle umulanı verememiştir. Gerçekte, iş yükünü azaltma/önleme çareleri getirilerek ve/ya hakim açığı kapatılarak anılan düzenleme korusaydı kanun yolları adına önemli bir gelişme kaydedilebilirdi. Nitekim 1977 yılında Yüksek Hakimler Kurulu'nca hazırlanan Üst Mahkemeler Kanun Tasarısı

(*) Adalet Bakanlığı Adli Sicil İstatistik Genel Müdürü

gerekçesinde; istinafı kaldıran kanun hükmü, aslında sosyolojik temelden yoksun, tümüyle yapay bir kurumun kaldırılmasını değil yaşayamadığını ortaya koymaktadır. Bu bağlamda hukuk sosyolojisi bakımından bir tespiti yapmakta yarar görülmektedir: Ülkemizde bir kurumun işlevi için gereken koşullar oluşturulmadan/oluşturulması için zaman süreci içinde gereken yapılmadan kurumun varlığına yasal olarak son verilmekte ve arkasından kurumun önemi ve yeniden yaşama geçirilmesi dile getirilmektedir(1): Üst mahkemeler, ilk tahkikat hakimliği ile Yüksek Hakimler Kurulu bu konudaki en güzel örnekleri oluşturmaktadır - **Gecekondulu teorisi**. Nitekim, nostaljik bir özlemle en son hazırlanan üst mahkemeler kanun tasarısında (kadük) 21 ilde üst mahkeme kurulması planlanmış; Plan ve Bütçe Komisyonunda bu sayı 23'e çıkarılmıştı. Anılan tasarının üst mahkemelerin 23 ilde insan kaynakları/mekan sorununda(2) çözümleyerek(!) yasalaştırılması halinde sağlıklı bir model getirmeyeceğine inanılmaktadır.

Yargılamanın ikinci kez tekrarı üzerine, yargılama süresi bakımından 1998 yılında, yılı içinde karar verilen davalardan açılış yıllarına göre dağılımına ilişkin verilerle (tablo 1) ve özellikle 1986 - 1998 yıllarındaki yargılama süresine ilişkin verilere (tablo 2) bakılarak (Fransa'da 1994 yılında istinaf'ta geçen 411 gün; Almanya'da geçen 183-195 gün paralelinde) sürenin ikiye katlanabileceği ve bu durumda Türk Hukuk Yargılama sisteminde makul sürenin nasıl sağlanabileceği önemli bir sorun olarak karşımıza çıkacaktır(3).

-
- (1) Bk. Adalet Bakanlığı. **Demokratikleşme ve Yargı Reformu**, Cilt 2, Ank., 1994, ss. 302-303, 325; F. Yenisey. **Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu**, İst., 1979; F. Erem. "Üst Mahkemeler Kanun Tasarısı" **Ankara Baro Dergisi**, 1994/3 s. 371-388; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Eki 7 Nolu Protokol Madde 2'de**, mahkumiyet hükmüne karşı kanun yolu olarak yalnızca bir üst derece mahkeme öngörülmektedir.
 - (2) H. S. Türk. TBMM. Plan ve Bütçe Komisyonu'nda 2000 Yılı Adalet Bakanlığı Bütçesi Sunuş Konuşması: "..... standart kadro durumu dikkate alındığında 2180 yeni mahkeme kurulması ve bu mahkemelere toplam 4068 hakim ve Cumhuriyet savcısı atanması gerektiği ortaya çıkmıştır." İvedi gereksinme duyulan adliye yazı işleri müdürü ve zabıt katibi sayısı ise 10248'dir. Ayrıca bk. M.T. Yücel. **Türkiye'de Yargının Etkinliği**. Ank., 1999, s. 10.
 - (3) B. Kuru. "Bugünkü Yapısı İçinde Yargıtay'ın İş Yükünü Azaltma Çareleri" **Yargıtay Dergisi** 1989/1-4, s. 40.

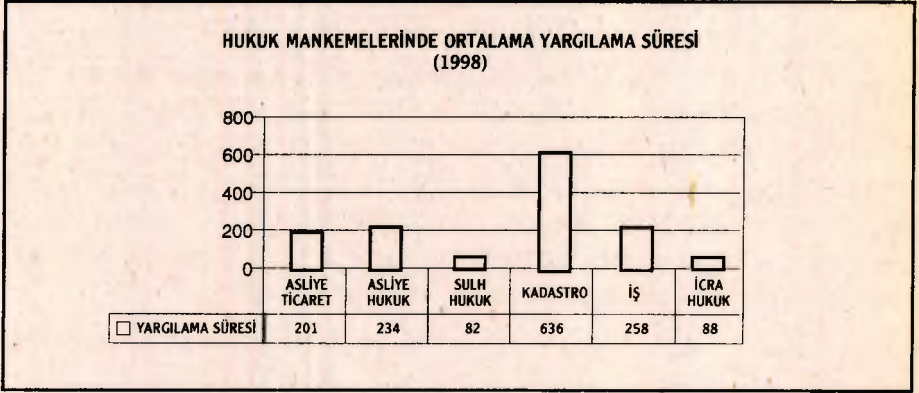
Tablo 1

HUKUK MAHKEMELERİNDE KARARA BAĞLANAN DAVALARIN AÇILIŞ YILLARI (1/11998 - 31/12/1998)								
Mahkeme Türü	1998 YILINDA ÇIKAN DAVALARIN AÇILIŞ YILLARI						Davacı Sayısı	Davalı Sayısı
	1994 ve Öncesi	1995	1996	1997	1998	Toplam		
Asliye Ticaret	743	1407	3035	13913	34046	53144	55820	52842
%	1.4	2.6	5.7	26.2	64.1	100.0		
Asliye Hukuk	9963	11777	28692	135686	271522	457640	549413	592305
%	2.2	2.6	6.3	29.6	59.3	100.0		
Sulh Hukuk	1036	1282	8102	64209	375430	450059	489762	329121
%	0.2	0.3	1.8	14.3	83.4	100.0		
Kadastro	7425	2397	4366	8117	10884	33189	60473	91748
%	22.4	7.2	13.2	24.5	32.8	100.0		
İş	1511	1998	5181	20557	35274	64521	67417	74924
%	2.3	3.1	8.0	31.9	54.7	100.0		
İcra Hukuk	91	209	1062	17813	74619	93794	98454	101814
%	0.1	0.2	1.1	19.0	79.6	100.0		
TÜRKİYE	20769	19070	50438	260295	801775	1152347	1321339	1242754
%	1.8	1.7	4.4	22.6	69.6	100.0		

Tablo 2

HUKUK MAHKEMELERİNDE ORTALAMA YARGILAMA SÜRESİ (GÜN) (1986 - 1998)													
Mahkeme Türü	YILLAR												
	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998
Asliye Ticaret	252	210	119	225	234	233	229	210	224	289	342	301	201
Asliye Hukuk	291	285	265	285	293	276	253	256	258	255	262	250	234
Sulh Hukuk	149	147	133	124	109	110	91	78	70	63	74	81	82
Kadastro	905	996	616	727	734	654	745	754	628	661	679	676	636
İş	285	263	272	216	238	233	291	318	248	232	279	261	258
İcra Hukuk	117	118	111	117	113	101	100	98	90	97	70	88	88

Not: Yargılama süresi, davanın ilk derece mahkemesine gelişi ile karar verilmesi arasında geçen süresidir.



Tablo 3

Öte yandan çağın gerektirdiği hızlı tempoyu (**prompt justice**) yakalamak için sistemi daha da yavaşlatarak halkı yargıya yabancılaştırıp mevcut iş yükünü sıfırlamanın hedef olup olmadığı da sorgulanmalıdır(4). Öncelikle, hukuk güvenliği ve güvenilirliğini korumak ve kollamak için mahkemeler ile adli denetim yetkisini kullanan mahkemeler (istinaf/temyiz), önüne gelen davaları, adil yargılama hakkına saygınlık içinde ve makul sürede sonuçlandırmalıdır. Konuya hukuk sosyolojisi değerleriyle yaklaşıldığında ise, ortaya çıkan tablo da farklı değildir: Usul hukuku, bir bakıma, biçimden ibaret gözüküyorsa da, biçimin özgürlüğün ikiz kardeşi olarak keyfiliğe set çektiği unutulmamalıdır (Jhering). Usul hukukuna özgü soyut irdelemeler ve entellektüel oluşumlar bir yana bırakıldığında ise, gerçekte bu hukukun, kamu düzenini sağlamak amacıyla yargı gücüne verilmiş **işlevsel sosyal araç** olduğu unutulmamalıdır. Mevcut araçlar adli denetim işlevini yeterince görüyorsa, sırf başka ülkelere benzemek uğruna yapay oluşumlar yaratmaya gerek var mıdır? Diğer bir anlatımla, çok azı ile verimli bir sonuç elde edilebilecekken fazlasını istemek boş bir çaba değil midir? (**Occam Usturası**). Hukukçular ve akademisyenler çabalarını artık adaletin etkin bir şekilde gerçekleşmesi ve adalete susamış insanların/kamu vicdanının tatmin edilmesi ça-

(4) M.T. Yücel. *Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi* Ank., 1999 s. 47; "TBB Başkanı F. Erem'in Görüşleri" *Ank. Barosu Derg.*, 1977 (4), Yıl 34, s. 667.

relerine yöneltmelidirler. Bu bağlamda, ilk önce yıllardır Yargıtay'da süregelen "aidiyet nedeniyle ilgili daireye gönderme" (1998 yılında çıkan kararların %10.9) sorunu çözüme kavuşturulmalıdır. Bu derece basit bir soruna çözüm beklerken yeni sorunlar yaratmak mantığını anlamak kolay değildir. İstinaf öncesi geliştirilerek önem verilmesi gereken hususlardan biri, kararların olgu ve kanıtların etraflıca değerlendirilerek hukukun açık bir dille ifade edilmesini içeren bir gerekçeye bağlanmasıdır. Bu ilke-kalitenin yakalanması, mahkeme ve kararlarına karşı gerekli saygının celbi ve korunmasına yaptığı katkı yanında taraflara temyiz başvurusu için yapacakları çalışmada da yardımcı olacaktır. Açık ve doyurucu gerekçeler karşısında; temyiz eden, temyizi davanın bazı yönleriyle sınırlayarak temyiz sürecinin hızlandırılmasına katkıda bulunabilecektir.

Bu çerçevede etkin bir yargılanma için, sade, makul, sürede yürütülen, halka sıcak, bağımsız bir yargı gibi parametrik unsurların baz alınması ve anılan hususlarda gereken çalışmalar yapılarak bu konudaki her türlü sınırlamanın kaldırılması sağlanmalıdır. Şurası bilinmelidir ki, şimdilerde istenilen "yargılama formu"dur(5). Olayın matematiksel boyutu algılanmadan reçete olarak batı örneklerine yapılan referanslar kolaycı yaklaşım olarak telakki edilmelidir. Ülkemizde hukuk sosyolojisine özgü araştırma sonuçları olmaksızın yapılacak düzenlemelerin işlevsel etkinliğinin olamayacağı da bilinmelidir(6).

Anılan bağlamda gerçekte sorun üst derece mahkemenin istinaf/temyiz adını taşımasından ziyade adli denetim hakkının etkin bir şekilde nasıl kullanılacağına saklı bulunmaktadır. Türkiye kendine özgü bir temyiz yolu sistemi geliştirmiş bulunmaktadır. Nitekim, Yargıtay, HMUK. 428/5 maddesine (maddi meselenin takdirinde hata edilmiş olması şeklindeki bozma sebebine) dayanarak, delillerin takdirinin doğru yapılmış olup olmadığını inceleyerek istinaf mahkemesi işlevini kısmen görmekte; temyiz yolunu takiben gidilebilen "karar düzeltme" kanun yolu ile de Yargıtay dairesinin **çifte işlevine** tanık olunmaktadır.

(5) M. Özyörük, "Hukuk Reformu Filan Derken..." *Tercüman* (7/11/1992).

(6) P. Gilles, "Hukuk Devleti için Hukuksal Olgular Araştırması" *Hukuk Devleti* (Hukuk Felsefi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları: 4) İst., 1998 s. 217-241; M.T. Yücel, a.g.e., *Yıllar itibarıyla Yargıtay'ın görünümü*

Yıl	Daire Sayısı	Toplam İş	Çıkan İş	Verimlilik (%)
1949	12	129.334	113.980	88
1964	18	181.401	161.621	89
1997	32	375.129	342.422 (*)	91

(*) aidiyeti nedeniyle ilgili daireye gönderilenler çıkarılmıştır.

Türk temyiz sisteminde yer alan Yargıtay daire kararlarına karşı ilk derece mahkemenin direnme kararı verme (ısrar) yetkisi ise, ekseri yargılama sistemleri örneğın Almanya ve İsviçre'de bulunmadığından mahkemeler yüksek yargı mercilerince verilen bozma kararlarına uymak zorunda kalmaktadırlar. 1996 yılında bozma kararlarına karşı direnme oranının % 2.2'ye yükselmesi paralelinde Fransız orijinli bu tedbir, hukukumuzda yerleşik içtihatların oluşmasında, birinci derece mahkemelerin rol ve işlevini belgelemek açısından önemli bir parametre olmaktadır.

Öte yandan, istinaf mahkemeleri kurulmasıyla, Yargıtay'ın içtihat mahkemesi işlevini yerine getirebileceği uzun yıllar refleks düşünce olarak dile getirilmiştir. Bu olgu ise, Yargıtayın, mekanik bir mahkeme olarak işlev görerek şimdiye dek hiç içtihat çıkarmadığı şeklinde bir yaklaşımı ortaya koyacaktır ki, bu yaklaşımın gerçekte uzaktan yakından bir ilişkisi yoktur. Anılan husustaki en çarpıcı kanıt, 1998 yılı itibarıyla üç cilt (252 adet) "ceza" ve altı cilt (470 adet) "hukuk" olmak üzere toplam dokuz cilt (722) olarak basılan **İçtihadı Birleştirme Kararlarıdır**.

2. Realist Yaklaşım

Endüstride toplam kalite/şok yönetim modeline karşın hata payını sıfıra indirgeyecek kusursuz bir üretim sistemi oluşturulamadığı gerçeği karşısında adalet istatistikleriyle belgelediğimiz üzere, insan unsurunun egemen olduğu yargılama süreci ve kanun yolları sisteminde de, yanılıgsız bir hizmet vermek olası değildir. Nitekim, mevcut kanun yolları (denetim, kendi kendini denetim), karar verme sürecindeki yanılıgı riskine karşın vazedilmiş bulunmaktadır. İşte hata payını en aza indirgemeyi amaçlayan adli denetim sistemi açısından ülkemizde yeterli güvencenin varlığına kimsenin kuşkusunu olmamalıdır. Öteyandan, Türk temyiz sistemi üç dereceli kanun yolları benzeri bir oluşuma da sahip bulunmaktadır. Öğretideki yaygın görüşün aksine, Yargıtay'ın, daire bazında istinaf benzeri (**HUMK. m. 428, 438/7**), Hukuk Genel Kurulu olarak da gerçek bir temyiz işlevi gördüğü belirtilebilir. Bu bağlamda, adli denetim hakkının yeterince sağlanabildiği gözardı edilerek istinaf mahkemeleri yapısının Türkiye'de oluşturulması hiç de rasyonel bir girişim olmayacak; yargıyı uzun yıllar tıkanma evresine getirecektir. Nitekim, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine (Ek) 7 Nolu Protokolün 2. maddesinde** "Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkum bulunan her şahıs bu mahkumiyet kararın yahut ceza hükmünü daha üst derece bir mahkemeye incelemek hakkına sahiptir." normuyla ceza işlerinde istinaf ve temyiz hakları yerine yalnızca temyiz hakkıyla yetinilmiştir. Öteyandan, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin **Hukuki**

ve Ticari Davalarda Temyiz Sistemleri ve Usulleri İşlevinin Geliştirilmesi hakkındaki (95) 5 sayılı Tavsiye Kararında, "İkinci derece mahkeme üzerinde denetim işlevini görmek üzere kurulu **üçüncü derece mahkeme var olduğunda,**" ibaresine yer verilmek suretiyle üç dereceli bir temyiz sistemi olmazsa olmaz bir gereklilik olarak görülmemiştir. Bazı yazarlarca belirtildiğinin(7) aksine insan haklarını içeren bir belgede istinafın bir insan hakkı olarak yer aldığını söylemek mümkün değildir(8). Hiç kuşkusuz, "adaletin hakim vicdanındaki teminatı üst mahkeme korkusu değil, haksızlık etmek korkusudur" (F. Erem). Keza J. Frank'ın dediği gibi, halkta ilk derece mahkemelerinin temyiz mahkemelerinden daha önemli olduğu bilinci yer etmelidir. Gerçekte, yargılama sürecinin fizyonomisi, hukuk usulü normlarından ziyade onu uygulayanların tutum ve davranışlarıyla şekillenmektedir. İşte bir iş için ortalama bekleme süresi ve verimlilik oranı bakımından genelde olumlu bir ivme yakalamış bulunan (yakın bir gelecekte bilgisayarlaştırılacak yargılama sistemindeki elektronik dava nakli ile yapay zekanın sağlayacağı olanaklarla ivmesi gittikçe artacak) Yargıtay'ın profilini sergilemek üzere iş akışının istatistiki değerlendirilmesine aşağıda yer verilmiştir.

3. Temyiz Sistemi - Hukuk Bölümü: De Facto Analizi

Yargılama sürecinin kanun yolu evresine bakıldığında; ilk derece mahkemelerde karara bağlanan işler için, diğer ülkelere oranla, yüksek oranda kanun yoluna başvurulduğu(9); yıllar itibariyle bu oranın fazlaca değişmediği ve etkisini Yargıtay Hukuk Daireleri ile Hukuk Genel Kurulu iş yükünde gösterdiği gözlenmiştir. Bu durumu belgelemek üzere son dokuz yıla ait (1990 - 1998) verilere aşağıdaki tabloda yer verilmiştir.

(7) S. Selçuk. Adli Yıl Açış Konuşması (1999 - 2000) 6 Eylül 1999 Ayır bası s. 55.

(8) N. Kunter, F. Yenisey. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 1998 İst., s. 1032.

(9) "Adliye mahkemelerince verilen bütün kararların Yargıtayca incelenmesini istemek, bir anlamda ilk derece hakimlerine güvensizliğin ifadesi kabul edilebilir, bu güvensizliğin ise hiç bir haklı nedeni olamaz" (20/01/1986 tarih ve 1985/23, 1986/2 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı, T.C. Resmi Gazete sayı 19080).

Tablo 4

Yıl	(A) Hukuk Mahke. Karar Sayısı	Değişim	(B) Hukuk Dairelerine Gelen	Değişim	B/A %
1990	781751	100	244929	100	31.3
1991	779582	100	262953	107	33.7
1992	771905	99	287270	117	37.2
1993	763345	98	262600	107	34.4
1994	824746	105	258354	105	31.3
1995	807577	103	281459	115	34.9
1996	771214	98	227520	93	29.5
1997	778950	100	267139	109	34.3
1998	829098	106	260143	106	31.4

(A) tablosundaki ilk derece mahkemeleri karar sayısında, "hasımsız davalara" ilişkin kararlar hariç tutulmuştur.

Yukardaki tablonun belgelediği üzere temyiz oranı diğer ülkelere oranla (Almanya'da 1997 yılı için % 8.1) yüksek olup, son dokuz yılın ortalaması %33'ü bulmaktadır.

3.1 Hukuk Genel Kurulu

1998 yılında Hukuk Genel Kurulunda 919 dosyanın % 98.4'ü karara bağlanırken; her dosya için ortalama bekleme süresi 43 güne inmiş ve çıkan işlerin %15'inde onama kararı verilirken %60.4'ünde bozma kararı verilmiştir. Yalnızca onama ve bozma kararları toplamı açısından bakıldığında ise, bozma oranın %80'e yükseldiği görülmüştür. Hukuk Genel Kurulunda bir davanın ortalama bekleme süresi 1983 yılında 527 gün gibi oldukça yüksek iken, 1991'de 55 güne inerek olumlu bir gelişme sağlanmış; takibeden yıllarda (1994, 1996 yılları ayrık) azalma eğilimine tanık olunmuştur. Bu azalma trendi Hukuk Genel Kurulu performansında kayda değer bir gelişmedir.

Hukuk Genel Kurulunca verilen kararların oransal dağılımı, iş akışı ve değişimi ile ortalama bekleme süresinin yıllara (1983 - 1998) göre dağılımı aşağıda verilmiştir.

Tablo 5

Karar Türleri

Yıl	Onama	Bozma	Diğer	Çıkan İş Sayısı	Değişim	M
1983	13.9	67.8	18.3	1.427	100	527
1984	15.1	66.6	18.3	1.139	80	490
1985	16.8	60.1	23.1	1.188	83	377
1986	15.5	56.4	28.1	1.189	83	249
1987	14.9	61.1	24.0	1.106	78	126
1988	15.8	52.1	32.1	1.067	75	61
1989	22.8	44.6	32.6	697	49	58
1990	17.0	56.0	27.0	671	47	61
1991	19.1	55.8	25.1	674	47	55
1992	17.5	61.0	21.5	783	55	70
1993	11.5	72.8	15.7	882	62	72
1994	16.1	58.5	25.4	905	63	107
1995	12.9	64.6	22.5	1.166	82	76
1996	12.2	62.3	25.5	875	61	101
1997	15.7	55.8	28.5	1.102	77	82
1998	12.8	51.5	35.7	919	64	43

3.2 Hukuk Daireleri

1998 Yılında Yargıtay Hukuk Dairelerinde toplam 244.107 davanın %92.6'si karara bağlanırken; ortalama bekleme süresi 52 güne inmiştir. Ne var ki, 1998 yılında çıkan iş sayısı toplamındaki 29.089 işin, "aidiyeti cihetiyle ilgili daireye gönderilen" kararlardan olması (bir dosyanın bazen 3-4 daireyi dolaşması) karşısında Dairelerin anılan dosyalar için kırtasiyecilik ötesinde bir işlevinin olmadığı unutulmamalıdır. Kuşkusuz, adalet kırtasiyeciliği, adaletin kendisi değildir (F. Erem). Israrlı girişimlerin sonucu M. Utku'nun Yargıtay Başkanlığı sırasında /Mart 1994) çıkarılan ve sonraki yıllar güncelleştirilmeyen **Hukuk Daireleri Görev Klavuzu**'na karşın 1995-1998 yıllarında çıkan işlerdeki "aidiyet" oranı ortalamasının %11.3 olması oldukça düşündürücüdür.

Tablo 6
İlgili Daireye Gönderilen İş Oranı

Yıl	%
1986	10.8
1987	20.0
1988	10.2
1989	10.3
1990	11.5
1991	10.5
1992	19.1
1993	11.9
1994	10.3
1995	10.0
1996	10.5
1997	11.7
1998	11.9

Bu tablo, soruna kalıcı bir çözüm getirilemediğini gösterdiğinden **Görev Kılavuzu**'nun her yıl güncelleştirilmesi gereği yanında Danıştay örneğinde olduğu gibi Yargıtay Başkanlar Kuruluna bağlı bir "**ayırma birimi**"nin oluşturulması da gerekmektedir. Öte yandan, Yargıtay'da her Daireye gelen iş sayısını reel olarak saptamak üzere "aidiyet nedeniyle her daireye gelen iş" sayısına ait veri kaydı da tutulmalıdır.

1998 yılında Dairelerdeki iş yükü dağılımı açısından, 5.660 dosya ile 16. Hukuk Dairesi en az iş yüküne sahipken, 5. Hukuk Dairesi 22.138 dosya ile en fazla iş yüküne sahiptir. Ortalama bekleme süresi açısından çoğu Hukuk Daireleri ortalamadan olumlu yönde sapma (21-49 günlük ortalama süreler) gösterirken, 4, 8, 11 ve 19. Hukuk Daireleri olumsuz sapma (108-133 gün) göstermektedirler. Genelde, Yargıtay Hukuk Dairelerinde hızlı bir tempo yakalandığı "gelecek yıla devreden iş" sayısında belirgin bir azalma görülmesiyle de kanıtlanmaktadır. Nitekim, son onüç yıllık sürede "... devreden iş" sayısında %76'lık bir azalma görülmüştür. Bu zaman dilimine (1986 - 1998) ait değişim tablosuna aşağıda yer verilmiştir.

Tablo 7

Yıl	(A) Toplam İş	(B) Devreden İş	B/A (%)
1986	100	100	28.0
1987	123	132	30.0
1988	130	133	28.6
1989	134	147	30.6
1990	146	156	29.9
1991	157	177	31.6
1992	173	166	26.8
1993	159	117	20.6
1994	144	60	11.7
1995	138	40	8.1
1996	120	34	8.0
1997	114	32	7.8
1998	111	24	6.2

Yargıtay Hukuk Dairelerinde 1998 yılında çıkan işlerden %54.4'ünde onama kararı verilirken %17.2'sinde bozma kararı verilmiştir. Yalnızca onama ve bozma açısından bakıldığında, bozma oranının %24.2'ye yükseldiği görülmektedir. Bu saptama, ilk derece mahkeme kararlarındaki isabeti sorgularken; Hukuk Genel Kurulu kararlarındaki onamalar da Daire kararlarındaki isabeti sorgulamaktadır. İşte her iki evredeki karar isabet derecesini sergilemek üzere yedi yılı (1990 - 1998) kapsayan veri serileri ile oranlarına aşağıdaki tabloda yer verilmiştir:

Tablo 8

Yıl	(A) Bozma	(B) %	(C) Genel Kurula Yeni Gelen	(D) C/A %	(E) Genel Kurul	(F) %	(G) E/A %
1990	39140	21.7	653	1.6	114	23.3	0.2
1991	37040	19.9	670	1.8	129	25.5	0.3
1992	48602	24.4	789	1.6	137	22.3	0.2
1993	51230	23.9	977	1.9	104	13.9	0.2
1994	53689	24.1	896	1.6	146	21.6	0.2
1995	66139	30.5	1114	1.6	150	16.6	0.2
1996	45377	24.1	1002	2.2	107	16.6	0.2
1997	40783	23.3	882	2.2	173	22.0	0.4
1998	42038	24.2	885	2.1	118	19.9	0.3

İlk derece mahkemelerindeki yanılma payı = (B) - (G)
Yargıtay Hukuk Dairelerindeki yanılma payı = (G)

Bu tabloya göre, dokuz yıllık sürede ilk derece mahkemelerindeki yanılma payı ortalamasının %24; hukuk dairelerinde ise % 0.2 olduğu görülmektedir. Bu saptamanın daha gerçekçi olması için "karar düzeltme"ye ilişkin verilerin de göz önüne alınması gerekmektedir. Bu amaçla, seçilmiş altı Hukuk Dairesi'ne ait 1995 yılı karar düzeltme verileri değerlendirilerek aşağıdaki tabloda sergilenmiştir. Kuşkusuz, bu tablodaki % 7.4'lük "kabul" oranı, karar düzeltme sonuçlarının da, kararlardaki yanılma payı tespitinde göz önüne alınması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Tablo 9

Daire	Gelen	Onama	Bozma	Düzelterek Onama	Kısmi Red Onama/Bozma	Red	İade	Kısmi Onama Kısmi Bozma	x
2.	1811	43	70	-	4	1644	43	4	3
5.	1987	126	98	56	-	1687	20	-	-
6.	1066	14	26	1	3	1011	10	1	-
7.	1411	25	53	-	7	1265	59	-	2
8.	1373	16	69	-	1	1265	22	-	-
16.	1390	6	30	2	1	1348	3	-	-
Toplam	9038	230	346	59	16	8220	157	5	5
	%	2.5	3.8	0.6	0.1	90.9	1.1	0.06	0.06

x= yeniden duruşmaya alınma kararı

1983 yılında genel olarak ortalama bekleme süresi 82 gün iken, bu süre 1993 yılında 151 güne çıkarken Dairelere sağlanan tetkik hakimleri ile 1994 yılında 100 güne, 1998 yılında da 52 güne inmiş bulunmaktadır. Ondört yıllık sürede verilen karar sayısında (son beş yılın ortalaması) %85'lik bir artışa paralel olarak bir davanın ortalama görülme süresindeki azalma Yargıtay'ın etkinliği belgelemek açısından olumlu bir göstergedir.

Tablo 10

HUKUK DAİRELERİ

Yıllar	Karar Türleri			Çıkan İş Sayısı	Değişim	M
	Onama	Bozma	Diğer			
1983	53.8	19.7	26.5	155.266	100	82
1984	54.5	19.4	26.1	155.768	101	44
1985	55.8	19.2	25.0	163.615	105	70
1986	54.9	18.9	24.5	166.807	107	108
1987	52.1	15.2	32.7	200.426	129	129
1988	59.5	16.1	24.4	215.856	139	144
1989	58.8	16.4	21.2	216.614	140	149
1990	58.7	16.5	25.8	238.703	154	147
1991	59.4	14.8	25.8	249.382	161	153
1992	50.7	16.5	32.8	294.550	190	192
1993	55.1	17.4	27.5	294.233	190	151
1994	56.6	18.1	25.3	295.905	190	100
1995	51.2	22.5	26.3	294.367	189	63
1996	55.8	17.6	26.6	258.427	166	56
1997	55.2	16.6	28.23	246.281	159	56
1998	54.4	17.2	28.4	244.107	157	52

M = Bekleme süresi (gün)

1983 = 100

Kanun yolları konusunda yapılacak en akıllı iş, adli denetim hakkı bakımından uzun deneyimlerle sosyo - juridik bir olgu olarak beliren Türk temyiz sisteminin olumlu yanlarını vurgulamak ve yeni tedbirler geliştirmek üzere, çoğu sistemimizde yer etmiş, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin **Hukuki ve Ticari Davalarda Temyiz Sistemleri ve Usulleri İşlevinin Geliştirilmesi hakkındaki** (95) 5 sayılı Tavsiye Kararı metnindeki örnekler ışığında kanun yollarına ilişkin profil çalışma ve değerlendirilmesini yapmak üzere bir proje grubu oluşturmaktır (10). Unutulmamalıdır ki, "iyi aletler temin etmek imkansız olduğunda, yapılacak

(10) Üst Mahkemeler kurulması gereği hakkındaki normatif yaklaşım için bk. S. Selçuk. "Konumu Açısından Yargıtay ve Üst (İstinaf) Mahkemeler Sorunu" **Yargıtay Dergisi**, C.2, S.4 (Ekim 1976) ss. 33-51; T. Alp. "İl Üst Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Bir Öneri" **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1992/1, Y. 49, ss. 26-39. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin R(95)4 sayılı **Hukuki ve Ticari Davalarda Temyiz Sistemleri ve Usullerini Geliştirme hakkındaki Tavsiye Kararı**.

en iyi şey, eldekilerin kusurlarını anlamaktır" (J. S. Mill)(11). Bu doğrultuda yol gösterici ve aydınlatıcı nitelikte rehber ilkelere aşağıda değinmekte yarar görülmüştür.

4. Rehber İlke ve Amaçlar

Bu kısımda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin adaletin işlevini geliştirmek / mahkemelerdeki aşırı iş yükünü önlemek ve azaltmak üzere göz önüne alınabilecek hukuk usulü ilkeleri ile amaçlarını içeren iki tavsiye kararına, R(84)5 ve R(86)12, özet olarak değinilecektir.

4.1. Hukuk Usulünün Geliştirilmesi

Hukuk usulü kurallarının etkili bir adalet dağıtılması sürecinde bir engel oluşturmasını önlemek ve davacıları, istismarcı veya geciktirici taktiklere karşı korumak üzere basitleştirilmiş ve daha hızlı usuller sağlanması gerekli görülmektedir. Bu doğrultuda R(84)5 sayılı **Tavsiye Kararında**, hukuk usulünü geliştirici nitelikteki tedbirlere ışık tutan aşağıdaki dokuz ilkeye yer verilmiştir.

- Davanın basit yöntemlerle açılması;
- Duruşma sayısını azaltılması ve yargılamanın hızlandırılması;
- Usullerin kötüye kullanılmasına karşı yaptırımlar ön görülmesi;
- Hakimlerin dava yönetimi, delillerin istenilmesi ve ikamesinde aktif rol alması;
- Münhasıran yazılı veya sözlü yargılamaya yer verilmesi;
- İddia ve kanıtların mümkün olan en erken evrede sunulması
- Kararların elverdiğince hemen verilmesi;
- Belli davalara (örneğin müstacel davalar, ihtilafsız hak veya alacaklar, ufak müddeabihler ile aile hukuku davalarına) özgü uzlaşmayı kolaylaştırıcı özel hükümler vazedilmesi;
- Temyizin sınırlandırılması.

(11) Hukuk ve ceza dairelerini içerecek şekilde Yargıtay'ın (1949 - 1997) dönemindeki iş yükü profili irdelendiğinde toplam iş yükü artış oranına yaklaşık oranda daire sayısı arttığı ve verimlilik oranında yaklaşık aynı değeri koruduğu görülmektedir:

Yıl	Daire	Değişim	Toplam İş	Değişim	Çıkan İş	Değişim	Verimlilik (%)
1949	12	100	129.334	100	113.980	100	88
1964	18	150	181.401	140	161.621	142	89
1997	32	267	375.129	290	342.422	300	91

4.2. Mahkemelerdeki Aşırı İş Yükünün Azaltılması

Makul sürede yargılanma bir hak olarak normatif hukuk sistemlerinde yer almış olmasına karşın makul süreyi aşan yargılamalara da hemen her ülkede tanık olunmaktadır. Kuşkusuz, mahkemelere yıllık gelen iş yükü artışı, ekseri davaların gittikçe giriftleşmesi ve mahkemelerdeki aşırı iş yükü gecikmeye neden olmaktadır. Bu sakıncalı durumu gidermeğe yönelik tedbirleri içeren R(86) 12 sayılı **Tavsiye Kararı**nda ise, şu amaçlara yer verilmiştir.

- İhtilafların dostane çözümünü teşvik edici nitelikte tedbirlere yer verilmesi;
- Hakimlerin üzerindeki adli olmayan görevlerin azaltılması;
- Bazı ihtilaflara, özellikle ufak müddeabihlere ilişkin olanlara, adli sistem dışında oluşturulacak kurumlara bakılması;
- İlk derece mahkemelerdeki davalardan uygun görülenler için tek hakim görevlendirilmesi;
- Adli sigortanın olası etkisinin değerlendirilmesi.

Yukardaki tedbirler bağlamında ilk derece mahkemeleri iş yükü artışının önlenmesi / azaltılması için öngörülecek çözümlene siyaset modeli şu sosyo-juridik süzgeçlerden oluşturulmalıdır:

1. Uyuşmazlığın taraflarca,
2. Mahkeme dışında - eşraf, avukat ve diğer kurumlarca,
3. Mahkeme öncesinde - uzlaşma/tahkimle,
4. Mahkemede çözümlene

Kesin hükümlerle de sonuçlansa her dava, ardında bir şeyler bıraktığından uzlaştırıcı ve davaları önleyici avukatlık sisteminin kurulması önerilmektedir (F. Erem). İşte, oluşturulacak bu süzgeçlemeler sonrası mahkemeye gelecek (aile hukuku alanındaki uyuşmazlıklar dışında kalan) iş sayısının tüm uyuşmazlıkların %1'inden fazla olmaması arzulanmaktadır.

İş yükünün azaltılması ve yargının etkinliğinde içtihatlardaki insicamında oldukça önemli bir işlev gördüğü aşikardır. İchtihat etme gerçeği (olaylar üzerine değil, kavram tanımı üzerinde olacağı) yakalanarak (S. Selçuk) hukuk tüketicilerinin verilecek kararları doğru tahmin edebilmeleri sağlanmalıdır(12).

(12) N. Güreli. "Hukukumuz Hakkımız Adliyemiz" Milliyet (8.2.1992) Dizi.

5. Sonuç

Hiç kuşkusuz, sanat ve bilim olarak "yönetim", adalet çarkının işleyişi için en temel öge olduğundan, yargıya sorumlu yönetim anlayışı egemen olmalı; yönetim kavramına işlerlik kazandırılmalıdır(13). Bu doğrultuda, yönetimin görevi, yargıda görevli personele ihtiyaçlar ve fırsatların değişmesi ölçüsünde gelişme imkanı sağlamak olmalıdır. Bu gereksinme, her işletme gibi yargının da öğrenen ve öğreten bir kurum olması anlamına geldiğinden, her seviyedeki personel için hizmet öncesi ve hizmet-içi eğitim düzenlenmelidir(14).

Bu çerçevede ise, ivedilikle yapılması gereken, evrensel gerçeği yakalama ve etkinliğe elverişli koşullarda hizmet etmek için özellikle hukukun çeşitli kaynaklarına / bilgi bankalarına başvuru ile adalet yönetimini hızlandırma için adli makamlara teknolojik destek sağlanmasıdır(15).

Sonuç olarak, istinaf sorunu, tekrar kabul edilebilir mi, edilmez mi şeklinde bir imkan işi olmak(16) ötesinde mevcut sistemin ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı şeklinde ortaya konulduğunda, yukarıda belirtilen tedbirler ve özellikle Yargıtay'a gelen iş sayısının yeterince sınırlandırılması halinde **de facto** adli denetimin yeterli olabileceği merkezindedir(17).

— oOo —

- (13) Mahkemede toplam kalite uygulama örneği için bk. M. Ergün. "Adalet Hizmetinin İnsan Hakları Boyutu" *Adalet Dergisi* Ekim 1999 Sayı 1, s. 105-107.
- (14) H. S. Türk, TBMM. Plan ve Bütçe Komisyonu'nda 2000 Yılı Adalet Bakanlığı Bütçesi Sunuş Konuşması: Eğitimden geçen personel sayısı oranı hakim ve savcı sınıfında yılda %5 ve yargı personeline ise %2'yi bulmaktadır (Fransa'da her hakimin kariyeri boyunca her yıl bir haftalık bir eğitimden geçmesi gereklidir - Yazarın notudur).
- (15) Bk. Council of Europe. **Present state and future development of legal data processing systems in European countries** (5-7 Oct. 1992, Ankara - Turkey), Strasbourg 1992. M.T. YÜCEL, "İçtihat Bilgi Sistemi Oluşturulması Modeli Üzerine Düşünceler" *Adalet Dergisi* Y. 81 (Ocak - Şubat 1990) ss. 157 - 170.
- (16) TBB görüşü için bk. *Yargıtay Dergisi* 1985/4 s. 4: "Ülkemiz bugünkü şartlar içinde üst mahkemelerin kurulmasına hiçbir bakımdan hazır değildir."
- (17)

Ülke	(a)		(b)		(c)	
	İlk derece	İstinaf	%	Temyiz	%	b+c/a
Almanya	3.446.516	273.878	7.9	7.839	2.8	8.1
Avusturya	4.000.000	260.000	6.5	4.700	1.8	6.6
Fransa	3.474.163	229.593	6.6	24.295	11	7.3
Türkiye	1.769.300			336.875		16

CEZA YARGILAMASINDA MÜDAFİİN GÖREVLENDİRİLMESİ

Dr. Ali Rıza ÇINAR (*)

ANLATIM DÜZENİ: I- Giriş. 1- Savunma Hakkı. 2- Savunma Görevi. 3- Müdafî Kavramı. II- Müdafîin Yardımından Yararlanma Hakkı. III- Müdafîin Görevlendirilmesi. 1- Müdafîin Seçilmesi. A- Müdafîin Sanık Tarafından Seçilmesi. B- Müdafîin Yasal Temsilci Tarafından Seçilmesi. 2- Müdafîin Atanması. A- Baronun Müdafîi Atanması. a- Müdafîin Atanmasını Yapmaya Yetkili Baro. b- Baroca Atanan Müdafîin Konumu. c- Zorunlu Müdafîilik. B- Müdafîin Mahkemece Atanması. IV- Müdafî Sayısı. V- Bir Müdafîinin Birden Çok Sanığı Savunması. VI- Müdafîin Görevi Kabul Etmemesi. VII- Müdafîin Görevinin Sona Ermesi. 1- Soruşturmanın Bitmesiyle Sona Erme. 2- İstek Üzerine Sona Erme. 3- Kendiliğinden Sona Erme.

I- GİRİŞ

Ceza Yargılaması, iddia (savcılıkça yapılan), savunma (sanık ve müdafîi tarafından yapılan) ve yargılama (yargıcın yaptığı) faaliyetlerinin bütününden oluşmaktadır(1). İnceleme konumuzu oluşturan "Ceza Yargılamasında Müdafîin Görevlendirilmesi", savunma faaliyetiyle ilgilidir. Savunma faaliyeti ise, savunma hakkı ve savunma görevi ile ilgili olduğu için, bu kavramlar üzerinde duracağız.

1- Savunma Hakkı

Savunma hakkı, Anayasanın kişilere tanıdığı vazgeçilmez nitelikteki temel haklardan biridir. Anayasamızın 36. maddesine göre; "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde dâvacı veya dâvalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir". Savunma hakkı, Anayasamızda "Hak arama

(*) Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

(1) Bkz. KUNTER, N.,-YENİSEY, F., Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, İstanbul 1998, n.5, s.14; YURTCAN, E., Ceza Yargılaması Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1994, s.1,2; TOSUN, Ö., Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, c. I, 4. Bası, İstanbul 1984, s.4; CENTEL, N.B., Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, İstanbul 1964, s.1.

özgürlüğü” kavramı içinde temel hak olarak düzenlenmiştir(2). Savunma hakkı, insan haklarındandır. Bu nedenle uluslararası temel belgelerde de yer almıştır(3). Gerçekten, insan hakları deyince, savunma hakkının da içinde bulunduğu hak ve özgürlükler akla gelmektedir(4)

2- Savunma Görevi

Savunma faaliyetini yürütene göre; bireysel savunma ve toplumsal savunma olmak üzere iki çeşit savunma vardır. Savunma, sanık tarafından bizzat veya temsilcisi aracılığı ile yapılıyorsa bu tür savunma bireysel savunmadır(5). Bireysel savunmaya, maddi(6) veya ferdi(7) savunma diyenler de vardır. Kamu yararına kabul edilmiş toplumsal savunma ise, sanığın kamu adına başka bir kimse tarafından savunulmasıdır.

Görülüyor ki, toplumsal savunmada, bireysel savunmayı yapanlardan başka bir kişi sanığı savunmaktadır. Bu toplumsal savunmayı yapan hukuk tekniğini bilen kimseye ise “müdafî” adı verilmektedir(8). Ceza yargılamasında savunma söz konusu olduğunda; öncelikle toplumsal savunma, bir diğer söyleyişle sanığın bir müdafî ile kendisini savunması akla gelmektedir. Toplumsal savunmaya, şekli savunma(9), kamusal(10) veya teknik savunma(11) diyenler de vardır.

- (2) EREM, F., Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Şerh), Ankara 1996, s.301; ŞAHBAZ, İ., Anayasa’da Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği, Ankara 1994, s.89; DOĞAN, Y.H., Hazırlık Soruşturmasında Savunma, İstanbul 1994, s.57.
- (3) İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde (m.10); “Herkes, haklarının, vecibelerinin veya kendisine karşı cezai mahiyette herhangi bir isnadın tesbitinde, tam bir eşitlikle (eşitlikte), davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından adil bir şekilde (nasafetle) ve açık olarak görülmesi hakkına sahiptir.” denilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde de şöyle denilmektedir (m.6/3): “Her sanık en azından şu haklara sahiptir:
- a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;
- b) Savunma hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;
- c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir müdafîin yardımından yararlanmak ve eğer müdafî tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemesizden yardımından yararlanabilmek;
- d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;
- e) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemesizden yararlanmak”
- (4) ÇELENK, H., “Savunma Hakkı ve Ceza Yargılamasında Savunmanın Sorunları”, ABD, 1990/2, s.218.
- (5) TOSUN, Ö., Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, c.II, İstanbul 1976, s.312; DONAY, S., İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul 1982, s.152
- (6) EREM, Ceza Muhakemeleri..., s.307; CENTEL, s.3
- (7) KUNTER/YENİSEY, n.248, s.424
- (8) TOSUN, Türk Suç Muhakemesi..., c.II, s.313; KUNTER/YENİSEY, n.248, s.424
- (9) CENTEL, s.4; DOĞAN, s.61
- (10) TOSUN, Türk Suç Muhakemesi..., c.II, s.313
- (11) EREM, Ceza Muhakemeleri..., s.307

Anayasada yer alan savunma hakkı (m.36), hem bireysel savunmayı, hem de toplumsal savunmayı kapsamaktadır. Bu kural, ceza yargılamasının tüm aşamaları için geçerlidir(12).

3- Müdafî Kavramı

Müdafî, ceza yargılamasında sanığa yardım eden, daha doğrusu savunan kimsedir. Müdafî, özellikle hukuk kurullarını bilen kişi olarak sanığın yardımcısı durumundadır. Bu yardımı, eylem (fiil) ve hukuk bakımından olmaktadır(13).

Yukarıda, savunmayı bireysel ve toplumsal olarak ikiye ayırmıştık. Müdafî, toplumsal savunma görevini yüklenen kişidir. Sanık, bireysel savunmasını ise kendisi, yakınları ya da temsilcileri aracılığıyla yapmaktadır(14). Toplumsal savunma ile bireysel savunma birbirinden tamamıyla ayrıdır. Bu nedenle müdafî, savunmasında sanığın savunması ile bağlı değildir. Sanık, müdafîini belli şekilde savunma yapmaya zorlayamaz. Müdafî, tam bir hareket özgürlüğüne sahiptir(15). Genellikle müdafîin, sanığın vekili olduğu, aralarında bir vekalet ilişkisi bulunduğu kabul edilir. Bu nedenle müdafîye "vekil", sanığa ise, "müvekkil" denmesine alışılmıştır. Özellikle ceza yargılamasında savcı ve yargıçlar, sanıkları savunan avukatlar için "sanık vekili" kavramını kullanmaktadırlar(16).

Hukuk yargılamasında avukat, vekili olduğu kişi adına hareket etmektedir; onun talimatı ile bağlıdır. Ceza yargılamasında ise, yukarıda açıkladığımız gibi müdafî, sanıktan talimat almaz ve sanıktan fazla yetkileri de vardır(17). Bu nedenle, sanığın vekili olamaz. Çünkü, vekilin yetkileri asilden fazla değildir. Müdafîin yetkileri ise, sanıktan daha fazladır. Müdafîin, sanıktan vekâletname almak suretiyle kendisini mahkemede temsil ettiği ileri sürülmektedir. Bu düşünce de yanlıştır. Vekâletname, vekille müvekkil arasındaki ilişkiyi kuran belgeye verilen addır. Oysa, bu belgeyi alan bir avukat, bunu bir ceza mahkemesine verdiğiğinde, sanığı savunuyorsa, onun adı müdafîidir; katılanın (müdahilin) haklarını savunuyorsa vekildir. Aynı avukat, bir hukuk mahkemesine bu vekaletnameyi sunarsa, bu durumda da o kişinin vekili olur. Kaldı ki, baro tarafından bir avukat, sanığı savunmak üzere atanmışsa, vekaletname olmasa bile, yine de müdafîidir

(12) EREM, Ceza Muhakemeleri..., s.307

(13) TOSUN, Türk Suç Muhakemesi..., c.I, s.587

(14) YURTCAN, Ceza Yargılaması..., s.160

(15) EREM, Ceza Muhakemeleri..., s.307

(16) YURTCAN, E., "Ceza Yargılamasında Müdafî Kimdir, Vekil Kimdir?", İBD, 1999/1, s.73

(17) Örneğin, Yargıtay da duruşma yapılan durumlarda tutuklu sanık bulundurulamaz ama müdafî bulunur (CYY.nın 318/son maddesi). Müdafîin sanıktan fazla olan yetkileri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. TOSUN, Türk Suç Muhakemesi., c.I, s.616

(CYY. m.138). Ceza Yargılama Yasamıza görede, sanığı savunmak için, ister sanık veya temsilcisi tarafından seçilmiş; isterse baro tarafından atanmış avukat müdafidir. Öğretide, haklı olarak şahsi davayla ilgili Ceza Yargılama Yasasının 348. maddesinin başlığında ve 361. maddesinin de metninde, şahsi davacının avukatı için "müdafii" denmesi eleştirilmiştir(18).

Türk hukukunda, müdafî olabılme hakkı ve yetkisi herkese tanınmamıştır. Ceza Yargılama Yasasının 137. maddesine göre müdafî, avukatlık ya da dava vekilliği yapmaya yasal yetkisi olan kişilerden seçilebilmektedir(19).

II- MÜDAFİİN YARDIMINDAN YARARLANMA HAKKI

Savunma hakkı, Anayasanın sanığa tanıdığı temel haklardandır. Sanığın bu hakka sahip olması, ceza yargılamasında kendini yeterince savunmasına yetmeyebilir. Çünkü (daha öncede açıkladığımız gibi), ceza yargılaması; iddia, savunma ve yargılama faaliyetlerinden oluşmaktadır. İddia makamında savcı, yargılama makamında ise, yargıç bulunmaktadır. Yargıç ve savcı, belli bir hukuk öğrenimi yaptıkları ve bilgilerini staj gibi bir mesleki eğitimle pekiştirdikleri için, hukuki konularda deneyimli ve uzman kişilerdir(20). Sanıkların çoğunluğu ise, hukuki konularda bilgi sahibi olmadıklarından, haklarını nasıl kullanacaklarını ve kendilerini nasıl savunacaklarını bilmemektedirler. Ceza yargılamasında, tez ve karşı tez arasında denge kurma yönünden, iddia makamı ile savunma makamı arasındaki mücadele, eşit araçlarla yapılmalıdır(21). Bunun için de, ceza yargılamasında sanığın kendi kendini savunması yerine, müdafie başvurması gerekmektedir. Kaldı ki, sanık, hukukçu olsa bile, kendi kendini gereği gibi savunamayabilir. Çünkü, sanıklık sıfatının yarattığı ruhsal durum, buna engel olacaktır(22).

Bu durum; sorunlara, düşünerek ve her olasılığı hesaplayarak ölçülü yaklaşan hukuki konularda deneyim ve bilgiye sahip olan müdafîin, ceza yargılamasında sanığa yardımcı olmasının önemini açıkça ortaya çıkarmaktadır (23). Suçtan devletin zarar görmesi, kamusal iddia görevinin nedenini açıklamaktadır. Sanığın, kamu görevi yapan bir müdafî tarafından savunulması ise,

(18) Bkz. YURTCAN, Ceza Yargılamasında Müdafî., s.74; CENTEL, s.2

(19) Müdafî olabilmenin koşulları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. KUNTER/YENİSEY, n.252, s.432, 433; YURTCAN, Ceza Yargılaması..., s.160-162; CENTEL, s.71-88

(20) ÖZTÜRK, B., Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 3.Bası, Ankara 1995, s.258-260

(21) EREM, Ceza Muhakemeleri Usulü..., s.310

(22) ŞAHBAZ, s.89

(23) DEMİRBAŞ, T., Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir 1996, s.113.

suçtan devletin de sorumlu sayılmasındandır(24). Bu nedenle devletin amacı ile ceza yargılamasının amacı maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu bağlamda amaç, işlenmiş olan suça herhangi bir suçlu bulmak değil, gerçek suçluyu bulup cezalandırmaktır. Ancak bu da, savunma hakkı ve bu hakla doğrudan doğruya ilgili bulunan müdafiiin yardımından (soruşturmanın her aşamasında) yararlanmak hakkına, gerekli saygının gösterilmesiyle olur(25).

Anayasamız, hak arama özgürlüğünü 36. maddesinde düzenlemiştir. Bu düzenlemede, sanığın kendini savunma hakkı ile ceza yargılamasında bir müdafiiiden yararlanma hakkını da güvence altına almıştır. Alman Anayasasının 103. maddesinde de benzer düzenleme bulunmaktadır.

Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/3-c maddesinde de sanığın kendi kendini savunması veya bir müdafiiin yardımından yararlanması açıkça güvence altına alınmıştır(26).

Demokratik hukuk devleti anlayışı yönünden en önemlisi, Ceza Yargılama Yasasında kişilere, soruşturmanın her aşamasında müdafiiin yardımından yararlanmak hakkının tam olarak tanınmasıdır. Nitekim, 3842 sayılı Yasayla değişik Ceza Yargılama Yasasının 135. maddesinde; genel olarak zabıta memur ve amirleri ile cumhuriyet savcısı tarafından ifade almada ve yargıç tarafından sorguya çekmede ifadesi alınan veya sorguya çekilene "müdafii tayin hakkının bulunduğu, müdafii tayin edecek durumda değilse baro tarafından tayin edilecek bir müdafii talep edebileceği ve onun hukuki yardımından yararlanabileceği... bildirilir." denilmektedir. Aynı yasayla değişik Ceza Yargılama Yasasının 136. maddesinde ise, yakalanan kişinin veya sanığın soruşturmanın her hal ve derecesinde müdafiiin yardımından faydalanabileceği (f.1); zabıtada yapılan soruşturma da dahil, soruşturmanın her safhasında müdafiiin, yakalanan kişi veya sanıkla görüşmesi, ifade alma ve sorgu süresince yanında olması ve hukuki yardımda bulunması hakkının engellenemeyeceği ve kısıtlanamayacağı (f.3) düzenlenmiştir. Görülüyor ki, Yasamızda, soruşturmanın her aşamasında müdafiiin yardımda bulunabilmesi hem kişiler için hem de müdafii için bir hak olarak kabul edilmiş, bu hakkın sınırlanamayacağı da hükme bağlanmıştır.

(24) KUNTER/YENİSEY, n.129, s.229, 230

(25) TOROSLU, N., "Ceza Muhakemesinde Yapılan Son Değişiklikler", İnsan Hakları Yılığ, Ankara 1992, s.19

(26) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesinin 3. Fıkrasının (c) bendine göre; Her sanık, "Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek" hakkına sahiptir.

3842 sayılı Yasayla yapılan değişiklikten sonra Yasamızın kaynak Alman Yasasından daha ileriye gittiği öğretide haklı olarak ileri sürülmektedir(27). Gerçekten Alman Ceza Yargılama Yasasında (§.163a; §.168c) sanığın kolluk tarafından dinlenmesinde müdafinin hazır bulunması, düzenlenmemiştir(28).

III- MÜDAFİN GÖREVLENDİRİLMESİ

Yasada yapılan son düzenlemelerle, kişilere, soruşturmanın her aşamasında müdafinin yardımından yararlanma olanağı tanınmıştır. Bu nedenle, bir kimsenin müdafii olarak görevlendirilmesi de, soruşturmanın her aşamasında (safhasında, hal ve derecesinde) mümkündür.

Müdafinin görevlendirilmesi, seçim ya da atama (tayin) yoluyla olmak üzere iki şekilde olmaktadır. Müdafinin seçimle görevlendirilmesi, sanık ya da yasal temsilcinin seçimi ile gerçekleşir.

Müdafinin atamayla (tayinle) görevlendirilmesi ise, baro veya mahkeme tarafından yapılmaktadır.

1- Müdafinin Seçilmesi

A- Müdafinin Sanık Tarafından Seçilmesi

Ceza Yargılama Yasasının 136/1. maddesi, yakalanan kişi ya da sanığın, soruşturmanın her hal ve derecesinde bir ya da birden çok müdafinin yardımından yararlanabileceğini öngörmüştür. Böylece soruşturmanın her aşamasında müdafinin yardımda bulunabilmesi hem "yakalanan kişi ya da sanık" yönünden, hem de "müdafii" yönünden bir hak olarak kabul edilmiştir(29). Müdafii seçme yetkisi, kural olarak yakalanan ve sanığa tanınan bir haktır(30). Yakalanan kişi ya da sanığın müdafinin yardımından yararlanma hakkını kullanması isteğe bağlıdır, mecbur değildir(31). Yani, müdafii seçip seçmemekte serbesttirler. Sanık, yasanın

(27) DEMİRBAŞ, s.14

(28) ROXIN, C., Strafverfahrensrecht, 24 Auflage, München 1995, s.37, n.2

(29) TOROSLU, s.21; EREM, F., "İnsan Hakları ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Değişikliği", YD., 1993/1-2, s.49

(30) 2. CD., 6.10.1993, 8783/10493: "... Bilirkişi raporunun geldiği son oturumda avukat tutacağını söyleyen sanığa bu imkan tanınmadan savunma hakkını kısıtlar biçimde hüküm tesisi, bozmayı gerektirmiştir."

(31) ESER, A., Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu (Çev: Nur CENTEL), YD., 1990/3, s.330.

aradığı koşullara sahip bulunan kişilerden dilediğini müdafii seçmekte özgürdür (32). Ancak, sanık velayet veya vesayet altında ise, müdafii seçme yetkisini kendisi kullanamaz; bu yetki, yasal temsilcisine aittir. Yasal temsilcinin müdafii seçimini daha sonra inceleyeceğiz.

Yasada, yakalanan kişi ya da sanığın, müdafiiini, soruşturmanın yapıldığı yer barosundan değil de başka bir yer barosundan seçmesi durumunda ne yapılacağı düzenlenmemiştir. Bu durum, özellikle sanığın gözaltında bulunduğu zamanlarda önem kazanmaktadır. Gözaltı durumunda soruşturmanın uzamaması için sanığın iradesine aykırı olarak o yer barosundan bir müdafii tayin edilecek ya da sanığın başka yer barosundan müdafii seçmesi, "hakkın kötüye kullanılması" kabul edilip; sanık, müdafiiin yardımından yararlandırılmayacaktır. Ancak, her iki çözüm şekli de sanığın, müdafii seçim hakkı ile çelişmektedir(33).

Ceza Yargılama Yasasının 135. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendine göre, ifade almada ve yargıç tarafından sorguya çekilmede, sanığa müdafii seçebileceğinin bildirilmesi zorunludur. Aynı zamanda, seçilen müdafiiin vekâletname aranmaksızın ifade veya sorguda hazır bulunabileceği de Yasada öngörülmektedir. Böylece seçilen müdafiiin seçildiğini vekâletname ile kanıtlaması şart değildir. Sanığın, mahkemeyi herhangi bir şekilde bilgilendirmesi yeterlidir (34). Ancak sanık gaip ise vekâletname gösterilmesi gerekir (CYY. m.273). Ayrıca, hazır bulunmayan sanığı temsil edecek müdafiiin de bu durumu kanıtlamak için vekâletname göstermesi zorunludur(35).

- (32) Almanya'da (StPO.138) Alman mahkemesinde avukatlık yapma yetkisi bulunan avukatlar ile Alman yüksek okullarında hukuk dalında öğretim üyeliği yapanlar müdafii olarak seçilebilirler. Mahkemenin onayı bulunması koşuluyla bunların dışındaki kişilerin de müdafii olma olanağı vardır. Ancak, zorunlu müdafiliğin öngörülmesi olduğu durumlarda avukat ya da hukuk öğretim üyesi olmayan kişi, yalnız avukat veya hukukçu öğretim üyesinin eşliğinde müdafilik yapabilmektedir (bkz. İÇEL, K., / YENİSEY, F., Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, 4.Bası, İstanbul 1994, s.1290). Bizim sistemimize göre, avukat ve dava vekillerinden başka müdafii olarak seçilebilecek kişiler bakımından AsMUK. m.86/2'de hüküm bulunmaktadır. Buna göre, askeri mahkemenin bulunduğu yerde avukatlık veya dava vekilliği yapmaya yetkili kimse yoksa, askeri yargıç ve savcı ile yardımcıların dışında, hukuk fakültesini bitirmiş subaylar, bunlar da yoksa, diğer subaylar da müdafii olabilmektedir. Bu düzenleme, öğretilde, haklı olarak eleştirilmiştir (Bkz. ayrıntılı bilgi için KOCA, M., Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 1998, s.225, 226, dip not.458).
- (33) HAFIZOĞULLARI, Z., "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine", AÜHFD, c.43, 1993/1-4, s.42; DEMİRBAŞ, s.116
- (34) İBK., 20.10.1975, 7/9: "... Sanıkla birlikte duruşmaya gelen ve hakim huzurunda müdafii olarak kabul edildiği sanık tarafından bildirilen vekâletnamesiz müdafiiin hükmü temyiz etmesi halinde, dosyada sanığın açık bir muhalefeti bulunmuyorsa CMUK.nun 290. maddesine göre bu temyiz geçerlidir."
- (35) KUNTER/YENİSEY, n.131, s.232

Ceza Yargılama Yasasının 136/1. maddesinde, 3842 sayılı Yasayla değişiklik yapılmadan önce, Yasada yalnızca sanığın müdafii seçiminden söz edilmekteydi. Bu hüküm nedeniyle, kimin sanık olduğu ve sanıklık sıfatının ne zaman başladığı konusunda tartışmalar bulunmaktaydı(36). Yasadaki değişiklikte “yakalanan kişi veya sanığın” müdafii seçimi kabul edildi. Ayrıca zabıtada yapılan soruşturma da dahil, soruşturmanın her safhasında müdafiiin yardımından yararlanma hakkı hükme bağlanmış oldu. Böylece müdafii seçimi ile ilgili bu hüküm soruşturmanın başından başlayarak sanığa etkili bir savunma olanağı getirmiştir(37).

Yasada yapılan değişiklikte “yakalanan kişi”, “sanık” ayrımının yapılmasının yerinde olmadığı öğretide haklı olarak ileri sürülmektedir. Bilindiği gibi, suçüstü halinde (CYY. m.127), yakalama da kişiyi sanık durumuna soktuğu için böyle bir ayırım anlamsızdır. Yasada “yakalanan kimse”, “sanık” ayrımı yerine, “şüpheli”, “sanık” ayrımı daha yerinde olurdu. Böylece, suçsuzluğuna inandığı için polise veya savcılığa gelen ve bir müdafii tutabilecek durumda olmayan şüpheliler de, ücretsiz olarak müdafiiin yardımından yararlanabilirlerdi(38).

Sanığın müdafiiini kendisinin seçmesi, kuşkusuz güven ilkesinin en yüksek düzeyde gerçekleşmesini sağladığı gibi, savunma özgürlüğü bakımından da önemli bir durumdur(39). Sanık, bu müdafii her zaman azledebilir. Aynı zamanda müdafii de görevi bırakabilir. Müdafiiin sanık tarafından seçilmesinde herhangi bir makamın onayı gerekmemektedir(40). Ancak, yürürlükten kalkmış bulunan 22.5.1930 gün ve 1631 sayılı Askeri Yargılama Yasasının 206/4.maddesi, bazı suçlardan sanık olanların, yalnızca adli amirin uygun göreceği bir avukat veya dava vekilini müdafii olarak seçebileceklerini öngörmekteydi. Bu suçlar ise, “sah-tekarlık, hırsızlık, emniyeti suistimal, yağma, tahrip ve askeri sırlar ile devlet güvenliğini ilgilendiren eylemler”dir(41). Söz konusu bu hükmü, Anayasa Mah-

(36) TANER, T., Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1955, s.118; KUNTER/YENİSEY, n.242., s.398-411; KANTAR, B., Ceza Muhakemeleri Usulü, Ankara 1957, s.162, dip not.7; TOSUN, Türk Suç Muhakemeleri..., c.I, s.625,626; YURTCAN, Ceza Yargılaması..., s.136-138; DONAY, s.28; CENTEL, s.91-94; ŞAHBAZ, s.92.

(37) ÇINAR, A.R., “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 3842 sayılı Yasayla Değiştirilen 135. Maddesinin Ceza Yargılama Sistemimize Getirdiği Yenilikler”, YD., 1997/3, s.268

(38) ÖZTÜRK, s.261

(39) ESER, s.331

(40) CENTEL, s.93; CGK., 20.4.1992, 7-86/105: “... Ceza Usul Hukukunda sanık veya davaya katılan, müdafii seçip seçmemekte serbesttir. Vekil tayin edildiğinin mahkemeye usulüne uygun şekilde bildirilmesi yeterlidir. Mahkemece, seçilen vekilin vekâletnamesinin kabulüne karar verilmesi zorunlu değildir...”

(41) Bkz. ERMAN, S., Askeri Ceza Hukuku, İstanbul 1983, s.428-429; CENTEL, s.93

kemesi; sanığın, mesleki bilgisine ve kişiliğine güvendiği avukat veya dava vekili tarafından savunulmak istemesinin doğal hakkı olduğunu, adli amirin onayına şart koşulmasının, savunma hakkının özgürce kullanılmasını engellediğini, bu sınırlamada 1961 Anayasasının 11. maddesinde öngörülen kamu yararını ve milli güvenliği ilgilendiren bir neden bulunmadığını belirterek iptal etmiştir(42).

Avukatlık Yasasının 172/1. maddesinde, sanığın, ilk seçtiği müdafii izni olmaksızın başka bir müdafii seçemeyeceği öngörülmüştür. Bu hükümden, müdafii seçmenin onaya bağlı olması anlamı çıkarılamaz(43). Çünkü sanık her zaman ilk seçtiği müdafii azletme olanağına sahiptir. Ayrıca, Avukatlık Yasasının 172/3. maddesine göre, muvafakat etmeyen müdafii görevi kendiliğinden sona ermektedir.

B- Müdafii Yasal Temsilci Tarafından Seçilmesi

Yakalanan kişi ya da sanığın, yasal temsilcisi varsa o da müdafii seçebilmektedir (CYY. m.136/1). Oysa, 3842 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten önce, yalnızca, "sanığın ve yasal temsilcisinin müdafii seçme hakkı" düzenlenmişti. Belirtilen değişiklikle bu ifade, "yakalanan kişi veya sanık" haline dönüştürülerek, müdafii seçme hakkı (kendisi ve yasal temsilcisinin), "yakalanan kişi..." için de getirildi.

Müdafii seçme hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Bu nedenle sanığın, reşit olmasa dahi müdafii seçme hakkı bulunmaktadır(44). Reşit olmayan sanığın müdafii seçebilmesi için temyiz kudretine sahip bulunması gerekir. Ancak, sanık velayet ya da vesayet altında ise, yasal temsilcisinin de sanığa müdafii seçme hakkı vardır. Yasal temsilci, müdafii seçerken sanığın isteği ile bağlı değildir. Yasal temsilci istediği kişiyi müdafii seçebilir(45). Sanık da ayrıca yasal temsilciden bağımsız olarak müdafii seçebilir. Ancak, yasal temsilcisi bulunan sanık, sözleşme yaparak ücret ödeme yükümlülüğüne giremeyeceği için bu duruma çok az rastlanır. Bu durumda her iki tarafın seçtiği müdafiler de görev yaparlar. Yasal temsilciler, Medeni Yasamıza göre, veli (m.268), vasi ve kayıymdır (m.353). Sanığın yasal temsilcisine, müdafii seçme dışında, sanığın savunması için bazı haklar daha tanınmıştır. Ceza Yargılama Yasası, sanığın yasal temsilcisinin duruşmada sanıkla birlikte bulunmasını kabul etmiştir (m.145/2). Bunlar

(42) AyMK, 26.6.1963, 197/166 (CENTEL, s.94)

(43) CENTEL, s.94

(44) ÖZGEN, E., Ceza ve Ceza Muhakeme Hukuku Bilgisi, Eskişehir 1988, s.159

(45) CENTEL, s.95, ÖZGEN, s.259

dilirse, mahkemece dinlenir. Ayrıca yasal temsilcinin; yasa yoluna başvurmak (m.291), yargılamanın yenilenmesini istemek (m.333), karşılıklı dava açmak (m.357/1, 344/II) gibi yetkileri de bulunmaktadır.

Yasaya göre sanık evli olduğunda, eşi duruşmada hazır bulunmak ve ona yardım etmek yetkisine sahiptir. Dilerse, mahkeme onu da dinlemek zorundadır (CYY.m145/1). Sanığın eşi yasa yoluna da kendiliğinden başvurabilir (m.291). Ceza Yargılama Yasasında 3842 sayılı Yasayla değişiklik yapılmadan önce, sanık kariya; koca, duruşmada müşavirlik ederek yardımcı olabiliyordu; ancak sanık, koca ise, karının duruşmada müşavir olarak ona yardımcı olma yetkisi bulunmuyordu. Yani, Yasada kadın-erkek eşitliğine aykırı bir düzenleme bulunmaktaydı (m.145/1). Yeni düzenleme ile eşlerin karşılıklı olarak birbirlerinin duruşmalarında müşavir sıfatıyla bulunmaları ve dilerlerse dinlenmeleri hükmü getirilmiştir (m.145/1). Kadın-erkek ayrımı böylece kaldırılarak, eşitlik sağlanmıştır(46).

Yasal temsilcinin seçtiği müdafinin görevine sanık son veremez. Ancak yasal temsilciliğin ortadan kalkması durumunda, (örneğin, artık sanık reşit olmuşsa) o zaman müdafinin görevine son verebilir(47). Yasal temsilcinin seçtiği müdafinin görevi, sanık tarafından azledilmedikçe devam eder(48).

2- Müdafinin Atanması

Müdafinin atamayla görevlendirilmesi, daha önce de açıkladığımız gibi iki şekilde yapılmaktadır. Buda, baro ya da mahkemece yapılan atama ile gerçekleşmektedir.

(46) EREM, İnsan Hakları ve Ceza Muhakemeleri..., s.53; ŞAHBAZ, s.93

(47) KUNTER/YENİSEY, n.131, s.232; CENTEL, s.96

(48) CGK., 21.1.1974, 490/26: "... Hükmün temyizi tarihinde onsekiz yaşını ikmal eden sanık Y.S. ve Y.S.'nin temyiz isteğini kapsayan yazılı talepleri bulunmamasına, vekillerini de bu iki sanığın babalarının evvelce velayeten tayin ettiğinin ve temyiz tarihinde de temsil yetkisinin olmadığına anlaşılmasına göre, bu iki sanığa izafetle vekilin verdiği temyiz dilekçesinin reddine karar verilmesi gerektiği yolundaki azınlıkta kalan görüşe rağmen; sanıklardan Y.S. ve Y.S.'nin direnme hükmünü temyiz tarihinde, onsekiz yaşını bitirdikleri, müdafilerine vekaletnameyi kendileri vermeyip babalarının velayeten verdikleri kendilerinin de yazılı bir temyiz talepleri olmadığı anlaşılıyorsa da CMUK'nun 136. Maddesinde müdafii gösterebilen sanıkları ayrıca vekaletname ibrazına icbar eden bir hükmün bulunmamasına, aynı Yasanın 290 ncı maddesinde müdafilerin maznunun açık arzusuna muhalif olmamak şartıyla kanun yollarına müracat eyleyebileceklerini kabul etmiş olmasına, sanıkların, reşit oldukları tarihten önce ve sonra müdafilerini azlettiklerine dair sarih ve zımmi bir irade beyanına rastlanmamasına ve statülerinin (müdahil)lerle aynı durumda olarak düşünölemeyeceğine göre, koşulunu yerine getiren müdafinin adı geçen sanıklar adına temyiz incelemesi isteğinin ihtiva eden dilekçe vermesinde usule aykırı bir yön bulunmadığından..." (MALKOÇ, İ./GÜLER, M., Uygulamada Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, c.I, Ankara 1998, s.554, 555)

A- Baronun Müdafî Ataması

3842 sayılı Yasayla CYY.nın 138. maddesi, başlığı ile birlikte değiştirilmiştir. Söz konusu maddenin başlığı önceden "Mahkemece Müdafî Tayini" şeklinde iken; şimdi, "Baronun Müdafî Tayini" biçiminde düzenlenmiştir. Böylece, değişiklikle ceza yargılamasının temel bir ilkesi olan mahkemenin müdafî ataması terk edilerek, yerine baroca müdafî atama yöntemi getirildi.

Ceza Yargılama Yasasının 138. maddesinde yapılan değişiklikle, yakalanan kişi ya da sanığın müdafî seçilebilecek durumda olmadığını beyan etmesi ve talepte bulunması halinde, baro tarafından kendisine bir müdafî tayin edileceği hükme bağlanmıştır. Yasa, müdafî atanmasını iki koşula bağlamıştır. Bunlar; sanığın, müdafî seçebileceği durumda olmadığını bildirmesi ve kendisine bir müdafî atanmasını istemesidir. Bunun için, yakalanan kişinin ya da sanığın, gerçekte müdafî seçebileceği durumda olup olmadığını yani mali durumunun araştırılmasına gerek yoktur. Bu nedenle, mali durumu yerinde olsun veya olmasın, yakalanan kişi ya da sanığın müdafî seçebileceği durumda olmadığını bildirmesi ve bu konuda bir istekte bulunması, baro tarafından kendisine müdafî atanması için yeterli görülmüştür(49).

Bu nedenle, soruşturmanın her hal ve derecesinde yani hem hazırlık soruşturmasında hem de son soruşturmada, yakalanan kişi ya da sanığın bildirim esas alınmalı ve isteği halinde baro tarafından kendisine bir müdafî atanmalı. Yakalanan kişinin veya sanığın mali durumunun yeterli olup olmadığını araştırılması, müdafî atanması sırasında değil, yargılamanın bitmesinden sonra yapılmalıdır(50).

Kaldı ki, kolluk tarafından yapılan soruşturmanın kısıtlılığı ve polis tarafından yakalanan sanığın kural olarak gözaltı süresinin 24 saat içerisinde sona erdiği gözetildiğinde, sanığın mali durumunun araştırılması durumunda bu hükmün hazırlık soruşturmasında uygulanması olanaksız olur. Bu nedenle yakalanan kişi ya da sanığın bildirim yeterli olduğu ortaya çıkmaktadır(51).

Adalet ve İçişleri Bakanlıklarınca çıkarılan, Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 19. maddesinde de, kişinin müdafî isteğinin kolluk

(49) TOROSLU, s.20; DEMİRBAŞ, s.120; KOCA, 229.

(50) KOCA, s.229.

(51) DEMİRBAŞ, s.120.

kuvveti tarafından derhal baroya bildirileceği öngörülmüştür(52). Yakalanan kişi ya da sanığın müdafii tayin edebilecek durumda olup olmadığının araştırılması gerekli olsaydı, bu, yönetmelikte açıklanırdı. Ayrıca, baro tarafından atanan müdafie, görevin ifasından doğan giderler hariç, avukatlık ücret tarifesinden ayrık olarak ücret ödenir. Ceza Yargılama Yasasının 146. maddesine göre, ileride yargılama giderleri ile mahkum olan sanıklardan müdafie ödenen ücreti ödeyebilecek durumda olanlara, Türkiye Barolar Birliğinin rücu hakkı bulunmaktadır. Yasada, Barolar Birliğine, müdafie ödenen ücret için rücu hakkı ancak "yargılama giderleri ile mahkum olan sanıklardan (...) ödeyebilecek durumda olanlar" için tanınmıştır. Görülüyor ki, önce sanığın yargılama giderleri ile mahkum olması gerekiyor. Yargılama giderleri ile mahkum olmayan sanıklara karşı rücu hakkı kullanılamıyor. Yargılama giderlerine sanığın mahkum olması için ise, yargılamanın sonuçlanması gerekmektedir. Bu nedenle, sanığın mali durumu hakkında araştırmanın yargılama sonunda yapılacağı açıktır.

Ayrıca, sanığın isteği halinde, kendisine adli yardım (müzaheret) sistemi işletilerek, parasız müdafii atanabilir. Bu atama, Avukatlık Yasasının 176. maddesi ile Hukuk Yargılama Yasasının 465-472. maddelerine göre yapılmaktadır. Bu konuda mahkemeye başvurulacağı gibi baroya da başvurulabilir. Buradaki mahkeme, asıl ceza davasına bakan mahkemedir. Temyiz mahkemesindeki duruşmalarda, müdafii tayini için daireye başvurulamaz.

Sanığın mali olanaklardan yoksun bulunması nedeniyle kendisine bir müdafii atanması durumunda, müdafii ücreti, sanık mahkum olsa da ona yükletilmemelidir. Aksi halde sanık kendisine bu yolla müdafii atanmasını istemekten kaçınabilir(53). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının (c) bendindeki ücretsiz adli yardım, mutlak değildir. Sanığa bu yardım, ancak avukat ücreti ödeme olanağına sahip bulunmadığı durumda savunmasız kalmasını önlemek için yapılacaktır. Alman sisteminde olduğu gibi, mali durum nedeniyle değil de, adalet hizmeti yararına sanığa re'sen müdafii atanması durumunda, müdafii ücretinin hükümlüden devletçe geri istenmesi, yargılamanın adil yapılması niteliğine gölge düşürmemek koşuluyla,

(52) Bkz. 1.10.1998 tarihli ve 23480 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin, 19. Maddesi konuyu şu şekilde düzenlemektedir: "Yakalanan kişi veya şüphelinin kendisi müdafii tayin edebileceği gibi varsa kanuni temsilcisi de müdafii seçebilir. Devlet Güvenlik Mahkemelerinin görev alanına giren suçlar hariç kişinin kendisi müdafii tayin edebilecek durumda değilse, isteği halinde baro tarafından kendisine müdafii tayin edilir. Bu durumdaki kişinin müdafii talebi kolluk kuvveti tarafından derhal baroya bildirilir."

(53) KUNTER/YENİSEY, n.131, s.233

sözleşmenin 6. maddesine aykırı değildir. Benzeri sistemlerde, adli yardım yoluyla ödenen müdafî ücretinin sanıktan geri alınması konusunda, sanığın müdafî atama sırasındaki değil, hükümlülük kararından sonraki mali durumu gözetilmelidir(54). Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi (Divanı), müdafîin yardımından yararlanma hakkının bütün yasa yolları da dahil ceza yargılamasının bütün aşamalarını kapsadığını kararlarında açıkça belirtmişlerdir(55).

Yine Ceza Yargılama Yasasının 138. maddesinde, 3842 sayılı Yasayla yapılan değişiklikle yakalanan kişinin ya da sanığın onsekiz yaşını bitirmemiş yahut sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olması ve bir müdafî de bulunmaması halinde, isteği aranmaksızın kendisine müdafî atanacağı hükme bağlanmıştır. Böylece, bu kişiler için de müdafî atanması, eskisinden farklı olarak, mahkeme yerine, baroca yapılacaktır. Değiştirilen maddede, onsekiz değil, onbeş yaşını bitirmemiş olanlar söz konusu idi ve "atanabilir" denmekteydi. Yeni düzenlemede ise, onbeş yaşından küçüklerle değil onsekiz yaşından küçüklerle, müdafî atanabilir değil, "müdafî atanır" denilmiştir. "Sağır veya dilsiz olanlar" kavramı değiştirilen maddeden aynen yeni hükme alınmıştır. Ceza Yasamızda; ceza ehliyetine ilişkin sağır veya dilsizler değil, sağır-dilsizler söz konusu edilmektedir (m.57, 58). Yani, ceza ehliyeti yönünden Ceza Yasamızda; yalnız sağırılık, yalnız dilsizlik yeterli görülmemiştir. Ancak, hem sağır hem de dilsiz olanlar hakkında ceza ehliyetine ilişkin durumlar gözetilmektedir(56).

Ayrıca değişiklikten önceki metinde "kendini müdafaa edemeyecek derecede cismi veya dimağı malûliyeti bulunursa" söz konusuydu. Bunun yerine, "kendisini savunamayacak derecede malul olmak" şeklindeki yeni düzenleme daha geniştir. Buna göre, "Cismi ve dimağı malûliyet" dışında olup da kendisini savunamayacak durumda olanlar için de müdafî ataması söz konusudur. Ayrıca değişikliğe göre, "yakalanan kişi veya sanığın onsekiz yaşını bitirmemiş veya sağır veya dilsiz veya kendini savunamayacak kadar malul olması ve müdafîinin bulunmaması durumunda, kendilerine isteği aranmaksızın müdafî tayin edilebilir" denmiyor, "tayin edilir" denmektedir. Böylece bu durumdaki yakalanan kişi ya da sanıklar bakımından zorunlu müdafîlik esası getirilmiştir. Bundan dolayı yeni düzenleme, savunma hakkı yönünden ileri bir adımdır(57).

(54) Bkz. Div.K. Croissant/Almanya, 25.9.1992, A 237-b, s.34 ve son, S.33 ve son (GÖLCÜKLÜ, F./GÖZÜBÜYÜK, A.Ş., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 1994, s.240, 241).

(55) Bu konudaki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Divanı) ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Komisyonunun kararları için Bkz. ÜNAL, Ş., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara 1995, s.179.

(56) EREM, İnsan Hakları ve Ceza Muhakemeleri..., s.51.

(57) TOROSLU, s. 21.

Yukarıdaki açıklamaları özetleyecek olursak, Ceza Yargılama Yasasının 138. Maddesindeki değişikliğe göre yakalanan kişi ya da sanığın;

- Onsekiz yaşını bitirmemiş veya sağır veya dilsiz veya kendini savunamayacak kadar malul olması ve müdafinin de bulunmaması durumunda isteği aranmaksızın,

- Onsekiz yaşını bitirmiş ve belirtilen özürleri bulunmamakla birlikte, müdafii seçebilecek durumda olmadığını bildirenin de isteği halinde,

Kendilerine baro tarafından müdafii tayini zorunlu tutulmuştur.

Görülüyor ki, bu düzenleme ile iki durumda da mahkemelerin müdafii ataması yerine, bu görev barolara verilmiştir. Ayrıca değişiklikle, müdafii atama yetkisi mahkemeden alınıp barolara verilirken, baronun müdafii atamakla yükümlü olduğu da düzenlenmiştir. Yakalanan kişi veya sanığa müdafii atama yetkisinin mahkemeden alınıp, baroya verilmesi yerinde bir düzenlemedir(58). Çünkü bu düzenleme ile yargılama makamının, toplumsal savunma makamında bulunan müdafii atanmasına karışması önlenmiştir. Böylece, atanan müdafii, yargılama makamına karşı bağımsızlığı sağlanmıştır.

Ceza Yargılama Yasasında yapılan söz konusu değişiklikle, yakalanan kişi ile sanığa, soruşturmanın her aşamasında müdafii yardımından yararlanma olanağı getirilmiştir (m. 136). Sanığın, müdafii yardımından yararlanma hakkını kullanabilmesi için de düzenleme yapılmıştır.

Ceza Yargılama Yasasının 135. maddesinin 3. bendinde, ifadesi alınan ya da sorguya çekilene "müdafii tayin hakkının bulunduğu, müdafii tayin edecek durumda değilse baro tarafından tayin edilecek bir müdafii talep edebileceği bildirilir" şeklinde, müdafii yardımından yararlanma hakkının öğretilmesi hükme bağlanmıştır. Ayrıca Adalet ve İçişleri Bakanlıklarınca çıkarılan yönetmelikte bu hakkın uygulamada nasıl kullanılacağı açıklanmıştır(59).

(58) EREM, İnsan Hakları ve Ceza Muhakemeleri..., s.51; TOROSLU, s.21; ŞAHBAZ, s.93

(59) Bkz. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 22. Maddesinin (d) ve (e) bendinde bu konu şu şekilde düzenlenmektedir: "d) Müdafii tayin hakkının bulunduğu, müdafii tayin edilecek durumda değilse baro tarafından kendisine müdafii tayin edilebileceği, arzu ederse müdafiiin soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla ifade alırken yanında bulunabileceği, bunun için vekalet vermesinin gerekmediği bildirilir. e) Talep ederse, bir müdafii görevlendirilmesi için baroya haber verilir. Müdafiiin gelmesi için makul bir süre beklenir, müdafii gelmezse bu husus tutanağa kaydedilerek ifade alma işlemine başlanır."

Yargıtayımız da, ifade verene veya sorguya çekilene müdafî tayin hakkının öğretilmemesini, bozma nedeni yapmaktadır(60).

Müdafîin, baronun atamasıyla görevlendirilmesi durumunda "atanmış müdafî" söz konusudur. Atanmış müdafîin, mutlaka kötü bir savunucu olduğunu iddia etmek mümkün değildir. Ancak, seçilmiş müdafîe oranla, atanmış müdafîi yünden sanığın bazı dezavantajları bulunduğu gerçektir(61). Örneğin, sanığın kendi iradesiyle seçmediği, bundan dolayı hiç tanımadığı bir avukata savunma ile ilgili bildiklerinin tümünü anlatması zor olacaktır. Ancak, baroca müdafîin atanması, sanığın bizzat ya da yasal temsilcisi aracılığıyla müdafîi seçimini engellemiyor. Sanığın, sonradan müdafîi seçimi durumunda, baro tarafından atanan müdafîin görevi sona ermektedir (CYY. m.136).

Baronun müdafîi atadığı durumlarda sanıkların kural olarak bu atama işlemine karşı çıkmaları söz konusu değildir(62). Ancak, atanan müdafîin görevini yapmaması ya da başka haklı nedenlerin bulunduğu sanık tarafından ileri sürülmesi durumunda, baro, bu durumu değerlendirerek müdafîin değiştirilmesini sağlamalıdır.

Baronun müdafîi atama yükümlülüğü, yalnız Ceza Yargılama Yasasına göre ceza yargılaması organları tarafından ifade alma ya da sorgulamada geçerli değildir. Aynı zamanda işlediği görev suçu nedeniyle "Memurin Muhâkematı Hakkında Kanun" hükümleri uyarınca hakkında hazırlık soruşturması yapılan memurun da, müdafîin yardımından yararlanma hakkı vardır(63). Bu nedenle, bir soruşturmacı tarafından sanık sıfatıyla ifadesi alınan bir memura, soruşturmacı tarafından ifadesi alınmadan önce Ceza Yargılama Yasasınının 135. maddesinde

(60) 2.CD., 25.3.1997, 2654/3766 (yayımlanmamıştır); 4.CD., 25.4.1996, 3219/3625: "Sanığın, iddianame okunmadan ve yasal hakları anımsatılmadan sorgusu yapılması ve bu çerçevede alınan savunmaya dayanılması suretiyle CYY.nın 135, 236 ve 254. maddelerine uyulmaması" (YAŞAR, O., Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Ankara 1998, c.I, s.616); CGK., 6.6.1994, 6-148/167: "...sorgusunun yapıldığı (...) oturumda onsekiz yaşını tamamlamış bulunan sanığa müdafîi tayin hakkının bulunduğu ve müdafîi tayin edebilecek durumda değilse istediği takdirde kendisine baro tarafından müdafîi atanabileceği hususu hatırlatılmayarak, Yargılama Yasasınının 135. maddesinin 3. bendinde düzenlenen buyurucu kurala aykırı davranılmıştır.

Bu itibarla, usul aykırılığı nedeniyle C. Başsavcılığı itirazının kabulüyle, Özel Daire Onama kararı kaldırılarak sair yönleri incelenmeyen hükmün bozulmasına karar verilmelidir (Oybirliğiyle)."

(61) ESER, s.332; DEMİRBAŞ, s.117

(62) YURTCAN, Ceza Yargılaması, s.170; ŞAHBAZ, s.94

(63) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİRBAŞ, s.117; KOCA, s.229.

yazılı hakları öğretilir. Sanık memurun, müdafii seçebilecek durumda olmadığını bildirecek istekte bulunması halinde de, Ceza Yargılama Yasasının 138. maddesi uyarınca, baroca kendisine bir müdafii atanması gerekir(64).

a- Müdafiiin Atamasını Yapmaya Yetkili Baro

Baronun müdafii atamakla yükümlü bulunduğu durumlarda, müdafii, soruşturmanın veya yargılamanın yapıldığı yer barosunca atama ile görevlendirilecektir(65). Ceza Yargılama Yasamızın 140. maddesinde; "Müdafii, soruşturmanın veya yargılamanın yapıldığı yer barosunca tayin edilir" şeklinde, açıkça düzenlenmiştir. Böylece, atanacak müdafiiinin hangi yer barosu tarafından görevlendirileceği sorunu da Yasada çözümlenmiştir.

Müdafiiin soruşturmanın ya da yargılamanın yapıldığı yer barosunca tayin edileceğine ilişkin Ceza Yargılama Yasasının 140. maddesindeki bu hüküm, kamu düzeni ile ilgili ve buyurucu niteliktedir. Bu nedenle, sanığa, baroca atanması gereken müdafiiin mahkemece re'sen atanması durumunda, Yasaya aykırılık oluşturduğu için bozma nedeni yapılmalıdır. Fakat, Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda, sanığa yargılamanın yapıldığı yer barosu yerine, mahkemece re'sen müdafii atanmasının, biçime uygun olmadığı belirtilmesine karşın, "sanığın savunmasında bir eksiklik, yetersizlik bulunmadığı", "savunma hakkının yeterince kullanıldığı", "bu müdafiiin sanığın savunmasını herhangi bir zaafa düşmeden yeterli ve gerekli bir biçimde sürdürüp hükmü yasal süresinde temyiz ettiği" gerekçeleri nedeniyle hükmü bozmayarak onamıştır(66). Yüce Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararının yerinde olmadığı görüşündeyiz. Çünkü, Yasada açıkça belirtildiği gibi, müdafiiin atanması yetkisi mahkemede değil, soruşturmanın veya yargılamanın yapıldığı yer barosundadır. Bu nedenle, bu konuda müdafii atama yetkisi bulunmayan yargılama makamı müdafii atadığı için işlem hukuka aykırıdır. Bu hukuka aykırı şekilde yapılan işlemin hukuksal sonuç doğurması kabul edilemeyeceği için, savunmada bir eksiklik bulunup bulunmadığının araştırılmasına dahi girilemez. Kamu düzeni ile ilgili bulunan em-

(64) İzmir Bölge İdare Mahkemesi, 23.11.1994, 220/248: "... Soruşturma dosyasının incelenmesinden soruşturma sırasında sanığın savunması alınırken 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 3842 sayılı Kanunla değişik 135. maddesinde öngörülen hususlara uyulmadığı, bu hükmle getirilen hakların sanığa kullanılmadığı ve söylenmediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle sanık hakkında verilen ve usul ve yasaya uygun bulunmayan İlçe İdare Kurulu kararının bozulmasına, sanığın CMUK. m. 135 maddesine uygun biçimde yeniden savunmasının alınması, ek fezleke düzenlenmesi ve İlçe İdare Kurulunca yeni bir karar verilmesi..." (İzBD, 1995/4, s.160)

(65) YURTCAN, Ceza Yargılaması..., s.169; DEMİRBAŞ, s.116; ÖZTÜRK, s.261, 262

(66) CGK., 2.12.1997, 2-292/283

redici nitelikteki bu yargılama yasasına aykırılığın, açıkça bir bozma nedeni oluşturduğu kanısındayız. Nitekim, Yüksek Yargıtay Ceza Genel Kurulu başka bir kararında; baroca atanan müdafii kusuru sonucu duruşmaya ara verildiğinde, hakkında tertip olunacak disiplin cezalarından başka bu ertelemeyen doğan masrafların Ceza Yargılama Yasasının 141. maddesi uyarınca kendisine yüklenmesi için, "müdafii yasada belirtilen biçimde ve yetkili makamca atanması gerektiğini" açıkça vurgulamıştır(67).

Yargıtayımızın bu doğrultuda kararları bulunmaktadır. Bir kararında; "zorunlu müdafii soruşturmanın veya yargılamanın yapıldığı yer barosunca atanabileceği gözetilmeden, mahkemece re'sen atanarak 3842 sayılı Yasa ile değişik Ceza Yargılama Yasasının 140. maddesine uyulmaması"nı yasaya aykırı bularak bu nedenle hükmün bozulmasına karar vermiştir(68). Yine başka bir kararında, Ceza Yargılama Yasasının 140. maddesindeki amir hükmü uyarınca, müdafii soruşturmanın veya yargılamanın yapıldığı yer barosunca atanacağı gözetilmeden mahkemece re'sen müdafii atanarak yargılamaya devam edilmesini yasaya aykırı bularak hükmü bozmuştur(69). Benzer nitelikte başka bir kararda Yargıtay, yerinde olarak, O yer barosunca atanması gereken müdafii mahkemece de, ne suretle atandığının belli olmamasını yasaya aykırı bir durum olarak nitelemiştir(70).

b- Baroca Atanan Müdafii Konumu

Ceza Yargılama Yasasının 138. maddesi uyarınca, yakalanan kişi ya da sanığa baroca görevlendirilen avukat, "zorunlu müdafii" konumundadır(71).

Bu müdafii, ceza davası için atanmış olup yetki ve görevleri kamu davası ile sınırlıdır. Sanığın genel vekili olmayıp müdafiidir. Bu nedenle ceza davasından ayrı ve bağımsız nitelikte olan, müdahale yoluyla açılan davada sanığı temsil etme yetkisi bulunmadığı gibi, sanık adına da dava açamaz(72). Çünkü, Ceza Yargılama Yasasının 138. maddesinde sayılan durumlarda, baro tarafından atanan avukat ile sanık arasında bir vekalet ilişkisi bulunmamaktadır. Avukat, baro tarafından, yalnızca bu davada sanığı savunmak için müdafii olarak atanmıştır. Sanık ile müdafii arasında, istedikleri zaman karşılıklı olarak feshedebilecekleri bir vekalet sözleşmesi bulunmamaktadır. Müdafilik ilişkisi de atandığı ceza davası

(67) CGK., 19.12.1995, 6-344/376

(68) 4.CD., 30.9.1997, 6431/6606

(69) 5.CD., 25.5.1995, 757/1565 (YKD., 1996/12, s.1941)

(70) 5.CD., 20.2.1997, 276/572 (YKD., 1998/5, s.769)

(71) EREM, Ceza Muhakemeleri Usulü..., s.46-50

(72) CGK., 25.4.1994, 1-91/116 (UYGUN, M., Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Ankara 1997, n.20, s. 22-25.).

sonuçlanıncaya kadar devam edecektir, davanın sonuçlanması ile sona erecektir. Vekalet sözleşmesinde olduğu gibi, fesh edilinceye kadar geçerli ve devam eden bir ilişki bulunmamaktadır. Bu nedenle tutuklu kalan sanığın beraati durumunda, müdafii 466 sayılı Yasaya göre tazminat davası açmaya yetkisi de yoktur. Bu da, "zorunlu müdafilik" ile "vekalet" kurumları birbirinden farklı oldukları için, sonuçlarının da farklı olmasından kaynaklanmaktadır. Bu açıklamalarımız Yüksek Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında da vurgulanmıştır(73). Ayrıca bu kararda, Yargıtayımız; baronun atadığı ve ücreti hazine tarafından karşılanan müdafii katkısıyla beraat ettiği veya katılanın istediği manevi ödencenin (tazminatın) bir kısmı reddolunduğu takdirde, sanığa, manevi ödencenin reddedilen bölümü üzerinden nisbi vekalet ücreti hükmolunmayacağını belirtmiştir.

Kararın yerinde olduğu kanısındayız. Gerçekten baronun atadığı müdafiiyle savunulan sanığa, katılanın istediği manevi ödencenin reddolunan bölümü üzerinden nisbi vekalet ücreti verilmesi adalet ve hakkaniyete uygun olamayacağı açıktır(74). Çünkü baronun atadığı ve gideri hazine tarafından karşılanan müdafie, sanık vekalet ücreti ödemediği için, karşı taraftan vekalet ücreti alması nedensiz zenginleşmeye yol açacaktır.

Yüce Yargıtay yerinde olarak baro tarafından atanan sanık müdafiiine, ücreti vekalet takdir edilmesini de Ceza Yargılama Yasasınının 146. maddesine aykırılık olarak kabul etmektedir(75).

Bu konuda üzerinde durulması gereken başka bir nokta ise, baroca atanan müdafilere vekaletname verilip verilmeyeceğidir. Ceza Yargılama Yasamız, "yakalanan veya tutuklu bulunan kişi"nin vekaletname aranmaksızın müdafii ile görüşebileceğini öngörmektedir (m. 144). Barolar tarafından müdafii atamalarında, bu müdafilere daha sonra sanık ya da yakalanan kişi tarafından vekaletname verilmesine gerek olmadığı kanısındayız(76). Çünkü, baronun yaptığı atama işlemi ile müdafilik görevi tamamlanmaktadır. Ayrıca bir de vekaletname verilmesine gerek yoktur.

c- Zorunlu Müdafilik

Ceza Yargılama Yasamızın 138. maddesinde 3842 sayılı Yasayla yapılan değişiklikle, "zorunlu müdafilik" sistemi tam olarak kabul edilmemiştir. Haklı ola-

(73) CGK., 11.10.1993, 5-223/242 (UYGUN, n.555, s.584-586.)

(74) YAŞAR, c. I, s.655

(75) 6.CD., 31.3.1997, 3434/3257 (YAŞAR, c.I, s.699).

(76) YURTCAN, Ceza Yargılaması., s.170; ŞAHBAZ, s.95

rak öğretide, kısmen kabul edildiği ileri sürülmektedir(77). Gerçekten yeni düzenleme ikili bir ayırım yapmaktadır. Buna göre, sanık bir müdafii seçebilecek durumda olmadığını bildirir ve isteği de olursa baro tarafından kendisine müdafii atanması zorunludur. Görülüyor ki isteğe bağlı bir sistem getirilmiştir(78).

Uygulamada, sanığın, Ceza Yargılama Yasasının 135. Maddesinde öngörülen biçimde ifadesi alınırken ya da sorgusu yapılırken, müdafii seçme ve müdafii atamasıyla ilgili hakları bildirilmektedir. Bu sırada sanık müdafii istediğini, fakat seçecek durumda olmadığını söylediği takdirde, ifadeyi alan (kolluk veya cumhuriyet savcısı) ya da sorguyu yapan (yargıç) durumu baroya bildirmektedir. Baro tarafından bu durumda müdafii atanması zorunludur. Burada yine isteğe bağlı müdafilik söz konusudur(79).

Yalnız, Yasanın sanığa, müdafii yardımından yararlanma hakkının bildirilmesini düzenleyen hükmünde "soruşturmayı geciktirmemek kaydı ile" müdafinin sorguda hazır bulunabileceği belirtilmektedir (CYY.m.135/3). Bu hüküm, sorguda müdafii bulunması hakkını düzenleyen maddenin (CYY.m.136) uygulama olanağını kısıtlamaktadır. Soruşturmanın geciktirilmiş sayılıp sayılmayacağını takdir hakkı soruşturmayı kim yapıyorsa, yani kolluk yapıyorsa ona aittir. Bu durumda müdafiiiden yararlanma hakkının kısıtlanabileceği, haklı olarak ileri sürülmektedir(80).

Konuyla ilgili olarak çıkarılan yönetmelikte de yine soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla ve vekaletname aranmaksızın, yakalanan kişi istediğinde ancak bir müdafinin ifadede hazır bulunabileceği belirtilmiştir(81). Soruşturmayı geciktirmemek kavramına herhangi bir açıklık getirilmemiştir.

Görülüyor ki Ceza Yargılama sistemimiz açısından toplumsal savunma, kural olarak sanığın isteğine bağlıdır ve zorunlu değildir. Sanık, müdafii istemediği sürece ifade alma müdafisiz gerçekleşecektir. Sanığın müdafii istemesi durumunda ise ona, baro tarafından bir müdafii atanması zorunludur.

Ceza Yargılama Yasamızdaki yeni düzenleme ile, istisnai bir durum için zorunlu müdafilik öngörülmüştür (m.138). Yakalanan kişi ya da sanık onsekiz yaşını

(77) ÖZTÜRK, s.261

(78) CGK. 6.6.1994, 6-148/167: (KOCA, s.226, 227, dip not 461).

(79) KOCA, s.226; YAŞAR, c.I, s.655

(80) ŞAHİN, C., Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994, s.125,126

(81) Bkz. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği, m.20/20 (1 Ekim 1998 tarih ve 23480 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.).

bitirmemiş veya dilsiz veya sağır veya kendini savunamayacak derecede sakat ve müdafii de yoksa, kendisine baroca müdafii atanması zorunludur. O halde yalnız bu ayırık durum için zorunlu müdafilik söz konusudur(82).

Yargıtayımız da, CYY.nın 138. maddesinin ikinci cümlesinde yazılı kişiler için "zorunlu müdafilik" sistemini kabul etmektedir. Yüce Yargıtay, onsekiz yaşını bitirmemiş olan sanığa isteği aranmaksızın müdafii atanmasının zorunlu olduğunu, müdafii atanmadan yargılamaya devam edilemeyeceğini, atanan müdafinin görevinin yargılama sona erinceye kadar devam edeceğini, müdafii bulunmadığı duruşmada hüküm kurulmasının, savunma hakkının kısıtlanması anlamına geldiğini, vermiş olduğu kararlarda açıkça belirtmiştir(83). Yüksek mahkeme ayrıca, sağır ya da dilsizler(84) ile kendisini savunamayacak derecede bedensel ve zi-

(82) ÖZTÜRK, s.261; DEMİRBAŞ, s.118, 119; KOCA, s.227; MALKOÇ/GÜLER., c.I, s.558

(83) CGK., 27.12.1993, s.329/347: "...buyurucu nitelikteki bu hüküm gereğince 18 yaşını bitirmemiş olan sanığa talebi aranmaksızın müdafii tayin edilmesi zorunludur..." (SAVAŞ, V., / MOLLAMAHMUTOĞLU, S., Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu, c.I, Ankara 1995, s.832) Aynı yönde, CGK., 6.12.1993, 284/308; 2.CD., 2.6.1999, 4379/7708: "...3842 sayılı Kanunla değişik CMUK.nun 138. maddesi ile düzenlenen zorunlu müdafilik sistemi 18 yaşını bitirmemiş olan sanıkların kendilerini savunamayacakları gerekçesine dayandığından (...) suç tarihinde ve halen 18 yaşını bitirmediği anlaşılan sanığın müdafinin (...) yokluğunda karar verilmek suretiyle savunma hakkının kısıtlanması"; Aynı yönde 4.CD., 8.3.1999, 1406/2237; 8.CD., 3.7.1997, 9493/10998: CMUK.nun 138. maddesi uyarınca 18 yaşından küçük olan sanığa zorunlu müdafii tayini gerektiği ve müdafinin talimatla sorgusunun yapıldığı duruşmaya katılımı sağlanmadan yargılamanın sonuçlandırılıp mahkumiyet hükmü kurulması suretiyle savunma hakkının kısıtlanması, bozmayı gerektirmiştir" (MALKOÇ/GÜLER, c.I, s.566); 2.CD., 15.9.1997, 13347/11344: "CMUK.'un 138. maddesine göre atanan müdafinin görevinin yargılama sona erinceye kadar devam edeceği gözönüne alınmadan halen 18 yaşını tamamlamayan sanığın müdafinin bulunmadığı duruşmada hüküm kurulmak suretiyle savunma hakkının kısıtlanması" (YAŞAR, c.I, s.664); 8.CD., 17.3.1997, 2709/3684: "18 yaşından küçük olan sanığın yargılamanın her aşamasında müdafii tarafından temsil olunacağı CMUK'nun 3842 sayılı Yasa ile değişik 138. Maddesi hükmü gereği olduğu gözetilmeden yargılamanın müdafisiz devamla yazılı biçimde hüküm kurulması, Bozmayı gerektirmiş," (MALKOÇ/GÜLER, c.I, s.566); Benzer kararlar, 5.CD, 16.5.1997, 2319/2264 (YKD., 1997/12, s.195,196); 5.CD., 27.3.1997, 882/1155; 10.CD., 4.3.1997, 2561/2731 (YAŞAR, c.I, s.673).

(84) 2.CD., 7.12.1998, 11144/14743: "...3842 sayılı yasa ile değişen CMUK.nun 138. maddesinde düzenlenen mecburi müdafilik sistemi sağır veya dilsiz veya kendilerini savunamayacak derecede malul olanların kendilerini savunamayacakları gerekçesine dayandığından, anılan yasa maddesi gereğince (...) sağır ve dilsiz olan sanığa müdafii tayin edilmesi gerektiği nazara alınmadan müdafinin yokluğunda karar verilmek suretiyle savunma hakkının kısıtlanması."; Aynı yönde, 2.CD., 12.6.1997, 5378/8677.

hinsel yönden özürlü olanlara da(85) istek aranmaksızın müdafii atanmasının zorunlu olduğunu kararlarında açıklamıştır. Yargıtay'a göre; sağır ve dilsiz sanığa, Ceza Yargılama Yasasının 138. maddesi uyarınca atanan müdafii görevi, yalnız sanığın savunmasının alınmasıyla sınırlı değildir(86).

Yüce Ceza Genel Kurulunun katılmadığımız bir kararına konu olay ise şöyledir; olay mahkemesince hüküm tarihinde onsekiz yaşını bitirmemiş olan sanığın hükümlülüğüne, baro tarafından atanan müdafiiin yokluğunda karar verilmiştir. Hükmün, sanık müdafii tarafından temyizi üzerine, dosyayı inceleyen Yargıtay 2. Ceza Dairesince 8.12.1997 gün ve 16798/16692 sayı ile, hükmün onanmasına karar verilmiştir. Bu karara karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, itiraz yoluna başvurmuştur. Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise; sanığın hükümden sonra onsekiz yaşını bitirdiğinden, bu nedenle geriye dönülerek zorunlu müdafii atanması olanağının ortadan kalktığını, sanığın savunmasının yapılmasında bir "zafiyete" düşülmediğini, savunma hakkının yeterince kullanıldığı gibi nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının reddine, 1. müzakerede yasal çoğunluk sağlanamadığından, 2. müzakerede oyçokluğu (onbir karşı oya rağmen onüç oyla) ile karar vermiştir(87). Bilindiği gibi, Yasamızda yapılan değişiklikle, onsekiz yaşını bitirmemiş olan sanıkların kendilerini savunamayacakları düşünülerek, bunlar için zorunlu müdafilik sistemi getirilmiştir (m.138). Zorunlu müdafilik ise, sanığın isteğine bağlı olmaksızın müdafisiz hiç bir yargılama işleminin yapılmaması demektir(88). Olayda, suç ve hüküm tarihinde onsekiz yaşını bitirmeyen sanığın hükümlülüğüne, müdafiiin yokluğunda karar verilerek savunma

(85) 4.CD., 9.3.1999, 363/2469: "Akıl hastası olan sanığa CYY.nın 138. maddesi uyarınca zorunlu müdafii atanması gerektiğinin gözetilmemesi"; 2.CD., 9.7.1997, 7914/10512: "Ceza ehliyetinin bulunmadığı anlaşılın sanığa CMUK.nun 138. maddesi uyarınca müdafii tayini gerektiğinin gözetilmemesi, bozmayı gerektirmiştir." (MALKOÇ/GÜLER, c.I, s.566); 2.CD., 18.6.1997, 5628/9049: "... Ceza ehliyeti tam olmayan ve TCK.nun 47.maddesinden istifade eden sanığa CMUK.nun 138. maddesi gereğince zorunlu müdafii tayin edilmesi gerektiği gözetilmeden hüküm tesisi suretiyle savunma hakkının kısıtlanması..."; 4.CD., 6.5.1997, 3331/3573 "... TCY.nun 46. maddesinden yararlanacak biçimde akıl hastası olan sanığın (kendisinin seçtiği) müdafiiin yokluğunda hüküm kurulmak suretiyle savunmanın sınırlanması..."; Aynı yönde, 4.CD., 13.3.1996, 1113/2192; 5.CD., 1.3.1996, 197/529; 4.CD., 18.1.1996, 8275/575: "... Akıl hastası olan sanığa CYY.nın 138. maddesi uyarınca müdafii atanması zorunluluğunun gözetilmemesi..." (YAŞAR, c.I, s.666); Aynı yönde, 10.CD., 14.11.1995, 10075/10639 (MALKOÇ/GÜLER, c.I, s.570); 1.CD., 29.11.1994, 4186/417 (SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, c.I, s.843); 6.CD., 13.3.1995, 2678/2649: "...kendisini savunamayacak derecede malul olan sanığa CMUK.nun 138. maddesi uyarınca talebi aranmaksızın müdafii tayin gerektiğinin gözetilmemesi." (YAŞAR, c.I, s.670); Aynı yönde, 6.CD., 7.4.1994, 2793/3060 (SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, c.I, s.844)

(86) 4.CD., 17.12.1997, 10883/11314 (YKD., 1998/4, s.604, 605).

(87) CGK., 10.3.1998, 2-14/74 (Yayımlanmamıştır).

(88) DEMİRBAŞ, s.118

hakkı kısıtlanmıştır. Yargıtayımızın yerleşik görüşünün de bu doğrultuda olduğu kararlardan açıkça anlaşılmaktadır(89). Hükmün, sanık müdafii tarafından temyiz edilmesi, daha önce müdafisiz yapılan yargılama işlemini müdafii ile yapılmış hale getirmez. Çünkü, zorunlu müdafii kuralına göre yargılamanın her aşamasında müdafii bulunması gerekmektedir. Özellikle Cumhuriyet Savcısının esas hakkındaki düşüncesini bildirdiği, önemli işlemlerin yapıldığı karar oturumunda, onsekiz yaşını bitirmeyen sanığa atanan zorunlu müdafii bulunmaması, savunma hakkını kısıtladığı gibi, yasanın buyurucu kuralına da aykırılık oluşturmaktadır (90). Sanığın inceleme sırasında onsekiz yaşını bitirmiş olması da hükmün savunma hakkının kısıtlanarak verilmiş olduğu gerçeğini değiştirmez. Sanığın halen onsekiz yaşını bitirmiş olması, sınırlanan savunma hakkının hüküm (olay) mahkemesince giderilmesine engel değildir. Hükmün bozulması halinde, sanığın kendisinin müdafii seçmesi ya da savunma yapabilecek olgunluk yaşında bulunması nedeniyle kendi savunmasını yapması mümkündür(91). Kaldı ki, zorunlu müdafilik durumlarında, müdafii bütün yargılama süresince duruşmalarda yer alması zorunludur. Bu, CYY.nın 138. maddesi ile düzenlenen “zorunlu müdafiliğin” bir ilkesidir. Söz konusu Yüce Ceza Genel Kurulunun çoğunluk görüşüne katılmayan üyelerin ileri sürdükleri gibi, savunmanın hangi ölçüde yeterli olduğuna ilişkin yapılacak değerlendirme ile bu ilkedен vazgeçmek mümkün değildir. Çünkü, onsekiz yaşını bitirmemiş olan sanık için baroca atanmış olan “zorunlu müdafii” duruşmada bulunması gereken zorunlu kişilerdendir(92). Yasa gereği duruşmada bulunması zorunluluğu olan kişilerin yokluğunda duruşma yapılması, mutlak temyiz nedenidir (CYY.m.308/b.5) Ceza Yargılama Yasasının 141. maddesine göre zorunlu müdafilik durumlarında, müdafii bulunmaksızın duruşma yapılmayacaktır(93). Alman Ceza Yargılama Yasasında da aynı nitelikte hüküm bulunmaktadır (StPO.145). Olayda, duruşmada bulunması zorunlu suçlulardan olan “zorunlu müdafii” yokluğu nedenine dayanarak temyiz yasa yoluna başvurulmuştur. Bu nedenlerle, Yüce Ceza Genel Kurulunun, söz konusu itirazın reddine dair oyçokluğu ile verdiği kararın yerinde olmadığı kanısındayız.

(89) 4.CD., 8.3.1999, 1406/2237; 4.CD., 4.11.1997, 8917/9388: “... Hüküm tarihinde 18 yaşını bitirmemiş sanıkların müdafiiyelerinin yokluğunda karar verilerek savunma hakkının sınırlanması”; Aynı yönde, 5.CD., 27.3.1997, 882/1155; 2.CD., 15.1.1997, 14059/181

(90) 8.CD., 3.7.1995, 8119/10542 (YAŞAR, s.672)

(91) 5.CD., 16.5.1997, 2319/2264, (YKD., 1997/12, s.1915, 1916)

(92) KESKİN, S., Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, İstanbul 1997, s.132-135

(93) CGK., 28.5.1996, 8-74/116 (YAŞAR, s.678-680); 4.CD., 28.4.1998, 3469/4200 (YKD., 1998/11, s.1714-1715); 1.CD., 25.2.1997, 3927/367 (YAŞAR, s. 680, 681).

Ceza Yargılamasında ülkemizde zorunlu müdafii sistemi kabul edilmemiştir. Şimdiye kadar yaptığımız açıklamalarda da belirttiğimiz gibi, zorunlu müdafilik sistemi sınırlı olarak kabul edilmiştir. Yakalanan kişi ya da sanığın; onsekiz yaşını bitirmemiş veya sağır veya dilsiz veya kendini savunamayacak kadar malul olması ve müdafinin de bulunmaması durumunda, istek aranmaksızın; onsekiz yaşını bitirmiş ve belirtilen özürleri bulunmamakla birlikte, müdafii seçebilecek durumda olmadığını bildirenlere ise, istekleri halinde, kendilerine baro tarafından müdafii atanması zorunludur (CYY.m.138). Zorunlu müdafiliğin söz konusu olduğu bir başka durum ise, sanığın şuurun incelenmesi için müdafisi olmaması durumunda, mahkemece kendisine bir müdafii atanması durumudur (CYY.m.74). Mahkemece re'sen sanığa, müdafii atama durumunu daha sonra inceleyeceğiz.

Yukarıda, savunmaya özgü ilkeler üzerinde dururken, savunmanın yargılamada vazgeçilmezliğine değinmiştik. Vazgeçilmez olan bu savunmayı, hem hukuksal hem de fiili yönden en iyi yapabilecek müdafidir. Bu nedenle "müdafisiz sanık olmaz" ilkesi, ceza yargılamasında çok önemlidir. Çağdaş yargılama hukuku, müdafii bulunmayan bir kimseye "sanık" denilmesine dahi karşı çıkmaktadır(94). Biz, müdafii "toplumsal savunma" makamını doldurduğunu daha önce söylemiştik. Bu bağlamda müdafii kamu adına savunma yaptığını da açıklamıştık. Bundan dolayı da "zorunlu müdafilik" sisteminden yanayız(95). Çünkü, haksız hükmü önlemek yönünden müdafii görevi, sonuçta toplum yararındır. Tam ve kusursuz bir ceza yargılaması ise savunma olmadan gerçekleştirilemez (96). Bu savunmayı da en iyi şekilde müdafii yapabildiğinden, "zorunlu müdafilik" kabul edilmelidir. Ayrıca, yargılamanın başından itibaren iddia makamının karşısında bir toplumsal savunma makamının bulunmasını; hukuk devleti, dürüst yargılama ve silahların eşitliği ilkeleri de zorunlu kılmaktadır(97). Bu nedenle, isteğe bağlı olmaksızın müdafii olmayan sanığa, devlet, kovuşturmanın başından itibaren müdafii atamalıdır. Daha doğrusu ceza yargılamasında, "zorunlu müdafilik sistemi" kabul edilmelidir(98). Erem, özellikle ağır cezayı gerektiren suçlarla ilgili yargılamada, hangi nedenle olursa olsun sanığın müdafii bulunmamasının ceza adaletine aykırı olacağını ileri sürerek; sanığın geliri yoksa adli yardımdan, geliri var da herhangi bir nedenle müdafii tutmamış ise, ücreti kendisinden alınmak

(94) EREM, Ceza Muhakemeleri Usulü..., s.328

(95) Aynı görüş için bkz. KUNTER/YENİSEY, n.131, s.234

(96) CENTEL, s.4; KOCA, s.228

(97) KOCA, s.228

(98) ERMAN, S., "Sentez Raporu", Prof.Dr.Nurullah KUNTER'e Armağan, İstanbul 1998, s.82; EREM, Ceza Muhakemeleri Usulü... s.328; KUNTER/YENİSEY, n.131, s.234; KOCA, s.228

suretiyle bu konunun çözülebileceğini açıklamaktadır(99). Ceza Yargılama Yasasının 138. maddesinde öngörülen “zorunlu müdafilik”, önceki düzenlemeye göre daha ilerdedir. Ancak bu “zorunlu müdafilik”, her sanığın kesinlikle müdafii bulunması sistemine doğru genişletilmeli, kısa dönemde ise, özellikle ölüm ve ağır cezayı gerektiren suçların sanıkları için zorunlu müdafilik koşulsuz kabul edilmelidir(100). Nitekim daha önce ülkemizde uygulanıp, 1929 yılında yürürlükten kaldırılan 1274 tarihli “Usulü Muhakematı Cezaiye Kanunu”, ağır cezalı suçlarda zorunlu müdafilik sistemini kabul etmişti.

Kaynak Alman Yasasında (StPO.140) (1985 yılında yapılan değişiklikle), şu sekiz halde zorunlu müdafilik öngörülmüştür:

- 1- Eyalet mahkemesi ilk mahkeme olarak davaya bakıyorsa,
- 2- Atılı suç cürümse,
- 3- Bir mesleğin yerine getirilmesinin yasaklanması söz konusu olabiliyorsa (StPO.132a),
- 4- Şüpheli, sağır ya da dilsizse,
- 5- Şüpheli, yargıç kararı ile en az 3 ay bir kurumda bulunmaktaysa ve duruşmanın başlamasından en az iki hafta önce serbest bırakılmıyacaksa,
- 6- Sanık, gözlem altına alınacaksa,
- 7- Koruma yargılaması yapılacaksa (StPO.132),
- 8- Sanığın müdafii, bir kararla yasaklanmışsa.

İtalyan Ceza Yargılama Yasasına göre ise, cezası hafif olan kabahatler dışındaki suçların davalarında, her sanığın kesinlikle bir müdafii bulunması gerekmektedir. Müdafii bulunmadan yapılan işlemler hükümsüz sayılmaktadır. İtalyan Yargıtay'ı, sanığın kendisi avukat olsa dahi, yine işlemlerin hükümsüz olacağını kararında açıklamıştır. Müdafii olmayan sanığa re'sen müdafii atanacağı, sanık adli müzaharetten yararlanamıyorsa, avukatın ücretinin sanıktan alınacağı kabul edilmektedir(101).

3842 sayılı Yasa, Ceza Yargılama Yasasında değişiklik yaparak savunma hakkı bakımından önemli yenilikler getirmiştir. Bunları bir defa daha şöyle özet-

(99) EREM, Ceza Muhakemeleri Usulü, s.328

(100) CENTEL, s.6; KOCA, s.228

(101) İtalyan CYY.nın 125.maddesi; İtalyan Yargıtay Kararı: 15.3.1960 (EREM, Ceza Muhakemeleri Usulü..., s.327'den naklen)

leyelim: Yakalan kişi veya sanığa, ifade alma ve sorguya çekilmeye müdafii seçimi hakkının bulunduğu, müdafii seçebilecek durumda değilse, baro tarafından atanabilecek bir müdafii talep edebileceğinin bildirilmesi (CYY.m.135/3) ve ayrıca zorunlu müdafilik (CYY.m.138). Ancak, 3842 sayılı Yasa, bu değişiklikleri getirirken Devlet Güvenlik Mahkemelerinin görev alanına giren suçlarla ilgili soruşturma ve yargılamada, bu konularda eski hükümlerin uygulanacağını öngörmüştür. Yasa ile getirilen bu düzenleme kabul edilemez niteliktedir. Çünkü söz konusu Yasanın amacı; kişi özgürlüklerini ve savunma haklarını, çağdaş anlayışlara ve uluslararası sözleşmelere göre güvence altına alarak, aynı zamanda haksız ve insan haklarına aykırı uygulamaları önlemektir. Amaç bu olunca, söz konusu hükümlerin bazı suç sanıklarına uygulanmamasının haklı bir açıklamasını yapmak olanaksızdır(102). Savunma hakkı, bireyin vazgeçilmez nitelikteki anayasal temel haklarından biridir. Bu nedenle bireye, müdafii yardımından yararlanma hakkını, yargılandığı mahkemenin çeşidine göre az veya çok tanımanın, hukuk devletinde yeri olmadığı öğretide haklı olarak ileri sürülmüştür. Ayrıca, bu düzenlemenin yasa yapma tekniğine de aykırı olduğu ve bir hükmün, hem değiştirildiği hem de değiştirilmediğinin birlikte düşünülmesiyle belirtilmiştir(103). Özellikle CYY.nın 138. maddesinde öngörülen "zorunlu müdafilik" sisteminin Devlet Güvenlik Mahkemesindeki yargılamalarda uygulanmamasının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin (c) bendine aykırı olduğu kanısındayız. Nitekim, Yargıtayımız bir kararında, bu konuda ulusal hukuk kuralı ile sözleşme kuralının çatıştığını açıkça belirtmiş ve sözleşme hükmü uyarınca; sanığın müdafii yoksa (müdafii tayini için ekonomik durumu uygun değilse ve adaletin selameti gerektiriyorsa), isteği halinde kendisine bir müdafii atanmasının zorunlu olduğunu açıklamıştır(104). Yüksek Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Ceza Yargılama Yasasının 138. maddesinde öngörülen hallerde, zorunlu müdafilik sisteminin Devlet Güvenlik Mahkemelerinde uygulanamayacağına dair oyçokluğu ile

(102) ÇINAR, s.277

(103) Hafizoğulları, s.46; KESKİN, s.162, 185; DEMİRBAŞ, s.307; ÇINAR, s.277

(104) 10.CD., 24.12.1996, 13975/14546

vermiş olduğu kararda, karşıoy kullanan Kurul Başkanı KABAN, sözleşmenin ilgili hükmü uyarınca, sanığın bu mahkemedeki yargılamada da ücretsiz olarak müdafiiin yardımından yararlandırılması gerektiğini haklı olarak ileri sürmüştür(105).

Biz; müdafiiin, kamu adına savunma yaptığını ve toplumsal savunma makamını işgal ettiğini söylemiştik. Tam ve kusursuz bir ceza yargılaması, toplumsal savunma olmadan gerçekleşemez. Çünkü, haksız hükmü önlemek yönünden müdafiiin görevi önemlidir. Bu görevin yerine getirilmesi toplum yararınaadır. Kaldı ki, Devlet Güvenlik Mahkemesinin görevine giren suçların ağır cezalı suçlar olduğu, davaların karmaşıklığı da gözetildiğinde, toplumsal savunma görevini yerine getiren müdafiiin, bu mahkemelerdeki yargılamada bulunması daha bir önem arzeder.

Yüce Yargıtayımızın, sanığın müdafii yardımından yararlandırılması konusuna önem verdiğini, kararlarında açıkça görmekteyiz. Bir kararında, "sanık; yargılamanın bitirileceği ihtarıyla son sözü sorulduğunda; vekil tutmak istediğini belirttiğine göre, kendisine makul bir süre tanınması gerekir" diyerek istek halinde müdafii yardımından yararlandırılması gerektiğini açıkça vurgulamıştır(106). Ayrıca, kişinin istemine karşı müdafii hakkından yoksun bırakılması durumunda, elde edilen anlatım kanıtı hukuka aykırı bir kanıttır. Bu nedenle CYY.nın 254/2. mad-

(105) CGK., 11.11.1997, 10-169/233 sayılı Kararda Kurul Başkanı Mater KABAN: (Toplum halinde yaşayabilen insanlar, en dar sosyal topluluk olan aileden başlamak üzere "Devlet" denilen sosyal ve siyasal düzene ulaşmışlardır. Ancak "Devlet" günümüzde insan topluluklarının en gelişmiş şekli olmakla beraber, sosyal dayanışmanın son bulduğu sınır değildir. Nitekim çeşitli Devlet topluluklarına bağlı kişiler arasında sürekli ve çok çeşitli alanlara yayılan bir ilişkiler ağı mevcuttur. Maddi ve kültürel değişimlerin zorunluğu yanında çeşitli insan topluluklarını yekdiğerine yaklaştıran diğer bir önemli faktör de kamu düzeni ve barış içinde yaşama gerekliliğidir. Bu belirlemeler, bugün Devletleri aşan milletlerarası bir toplumun ve bunun kaçınılmaz bir sonucu da yine milletlerarası bir hukuk düzenininin varlığını ortaya koymaktadır. Şimdi milletlerarası bin normla milli bir norm arasında çatışma mevcutsa, hangisine üstünlük tanınacaktır. Öğretideki genel kanı, Devletler varlıklarını evrensel toplum içinde yitirmediklerine göre, bunların kendi hukuk düzenleri de evrensel hukuk düzeni içinde eriyip kaybolmaz. Ancak bu hukuk düzenlerinin biri öteki evrensel hukuk düzenine uygun değilse zorunlu olarak buna intibak etmelidir.

Türkiye Cumhuriyeti Büyük Millet Meclisince de onanıp, Anayasanın 90. maddesi uyarınca milli bir norm haline gelen İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşmenin 6. maddesinin (c) bendi "kendi kendini savunmak ya da kendi seçeceği bir savunucu ya da eğer bir savunucu atanması için parasal olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin esenliği gerektiriyorsa mahkeme tarafından atanacak bir avukatın ücretsiz yardımından yararlanmak" hakkına sahiptir hükmünü taşımaktadır. Somut olayda, yukarıdaki açıklamalarımızın ışığında uygulanması gereken bu hüküm uyarınca sanık, bir avukatın ücretsiz yardımından yararlandırılmadığı için direnmeye ilişkin hükmün bu nedenle bozulması gerekmektedir" diyerek; karşıoy kullanmıştır (MALKOÇ/GÜLER, s.560-562).

(106) 8.CD., 5.10.1993, 8604/9662 (YKD., 1995/11, s.1750).

desi uyarınca hükme esas alınamaz(107). Bundan dolayı, baronun istek üzerine veya zorunlu müdafilik gereği ataması gereken müdafiyi görevlendirmemesi ya da görevlendirilen avukatın karakola, savcılığa veya mahkemeye gitmemesi durumunda; sanığın, hazırlık soruşturmasında savcı ya da kolluk tarafından ifadesinin alınmaması(108), yargıç tarafından sorgusunun yapılmaması, mahkemece de yargılama yapılıp yapılmaması gerekir. Bu durumlarda Ceza Yargılama Yasasının 141. maddesi uyarınca, mahkeme başkanı derhal başka bir müdafii atamakla yükümlü kılınmıştır. Hazırlık soruşturmasında ise, yasada buna benzer hüküm yoktur. Ancak bu hükmü, kıyasen hazırlık soruşturmasına da uygulayabiliriz(109). Bu durumda baro tarafından atanan müdafii, ifade vermede hazır bulunmazsa ya da görevini yapmaktan kaçınırsa, ifade alan organlar, yeni bir müdafii atanmasını barodan istemelidirler.

Ayrıca, baro başkanı Ceza Yargılama Yasasının 138. maddesinin açık hükmü karşısında, ataması gereken müdafiyi görevlendirmese ya da görevlendirilmesine karşın görevlendirilen avukat görevini yerine getirmese, memuriyet görevini savsamak (TCY.m.230) ya da görevi kötüye kullanmak (TCY.m.240) hükümleri uyarınca cezalandırılabilirler (Av.K.m.62).

B- Müdafiiin Mahkemece Atanması

Müdafiiin mahkeme tarafından atanması, Ceza Yargılama Yasasının 74/2 ve 141. maddeleri uyarınca olmak üzere iki durumda söz konusudur.

Ceza Yargılama Yasasının 74/2. maddesine göre, sanığın şuurunun incelenmesi için bir kurumda gözlem altına alınmasına karar verilirken; müdafii bulunmayan sanığa, mahkemenin yardım için kendiliğinden bir müdafii ataması öngörülmüştür.

Yasaya göre, hazırlık soruşturmasında sulh yargıcı, son soruşturmada mahkeme, sanığın resmi bir kurumda, 3 haftayı geçmemek üzere gözlem altına alınmasını kararlaştırabilir. Gözlem altına alınmakla kişinin özgürlüğü sınırlandırılmaktadır(110). Konunun öneminden dolayı Yasa, gözlem kararı alınmadan önce müdafiiin dinlenmesi zorunluluğunu öngörmektedir. Ayrıca, müdafii bulunmayan sanığa re'sen müdafii atanacağı da hüküm altına alınmıştır. Bu atamayı da, hazırlık soruşturmasında Sulh Ceza Yargıcının, son soruşturmada ise;

(107) ÖZGEN, E., İşkencenin Önlenmesi ve Hukuk Devleti, İnsan Hakları Derneği Ankara Şubesi Yayınları (ayrı basım), Ankara 1993, s.14; KOCA, s.232

(108) DEMİRBAŞ, s.120; KOCA, s.231.

(109) KOCA, s.231

(110) YAŞAR, s.389

tek yargıçlı mahkemede bu yargıç'ın, toplu mahkemelerde de (Ağır Ceza Mahkemesi-Çocuk Mahkemesi-Devlet Güvenlik Mahkemesi) mahkeme başkanının yapması gerektiği kanısındayız.

Müdafiin, bu durumda da baro tarafından görevlendirilmesi gerektiği öğretide ileri sürülmektedir(111). Bizce bu görüş yerinde değildir. Yasada, müdafiin baroca atanacağı durumlar açıkça belirtilmiştir. Söz konusu bu maddede ise, "sanığın müdafii yoksa, yardım için re'sen kendisine bir müdafi tayin edilir" denmektedir (CYY.m.74/2). Görülüyor ki, baroca atanmayı yasa öngörseydi açıkça belirtirdi; re'sen denildiğine göre, burada müdafiin mahkeme tarafından atanacağı açıkça anlaşılmaktadır.

Yargıtaya göre de; gözlem altında tutulmasına karar verilen sanık hakkında karar öncesi kendisine re'sen müdafi atanıp, onun da görüşü alındıktan sonra, resmi bir kurumda gözlem altına alınarak, akli durumunda TCY.nın 46 ve 47. maddesine uyan bir bozukluk olup olmadığı belirlenmesi gerekir. Gözlem altında tutulmasına karar verilen sanık hakkında, karar öncesi re'sen müdafii atanmaması ve müdafiin dinlenmemesi suretiyle gözlem altına alınma kararı verilmesi, CYY.nın 74. maddesine aykırılık oluşturmaktadır(112).

Müdafiin mahkeme tarafından atanması, bir de Ceza Yargılama Yasasının 141. maddesinde öngörülen koşulların varlığı durumunda söz konusudur. Ceza Yargılama Yasasının 138. maddesi uyarınca baro tarafından; sanığın isteği üzerine ya da zorunlu müdafilik gereği olarak atanan müdafiin, savunma görevini yönteminde yerine getirmesi gerekir. Görevin yerine getirilip getirilmediğinin denetimini de mahkeme yargıcı yapar. Müdafi, duruşmada hazır bulunmaz, yargılama sona ermeden çekilir ya da görevini yapmaktan kaçınırsa, mahkeme başkanı derhal başka bir müdafi atar (CYY.m.141). Madde metninde, "başka bir müdafi tayin edebilir" kavramına yer verildiği için, bundan müdafi atamasının (tayininin) takdire bırakıldığı anlamını çıkarmamak gerekiyor. Ceza Yargılama Yasasının 138. maddesi uyarınca istek durumunda ya da zorunlu müdafiin atanması gereken durumlarda bir müdafiin görevlendirilmesi zorunlu olduğu için, 141. maddedeki "tayin edilir" ifadesini zorunluluk olarak anlamak gerekir(113). Aksi halde,

(111) KOCA, s.227

(112) 1.CD., 27.6.1997, 1830/2583 (YAŞAR, s.397); 1.CD., 4.12.1995, 3356/3538 (YAŞAR, s.400)

(113) KOCA, s.231.

zorunlu müdafii atanması gereken durumda yargılama, müdafii olmadan sürdürülecektir ki, bu açıkça yasaya aykırı bir durum oluşturur. Yargıtayımızın da bu görüşte olduğu kararlarından açıkça anlaşılmaktadır(114).

Yüce Yargıtay da, sanığa atanan zorunlu müdafii hazır bulunmadığı zaman, CYY.nın 141. maddesindeki değerlendirme yapılmadan duruşma yapılarak hüküm kurulmasını savunma hakkının kısıtlanması olarak değerlendirmektedir (115). Ayrıca, veli ya da vasinin onsekiz yaşından küçük sanığa seçtiği müdafinin görevini yerine getirmemesi durumunda da, kıyas yoluyla mahkeme Yasanın 141. maddesi gereğince küçük sanığa yeni bir müdafii atamalıdır(116). Nitekim, Yargıtayımız, CYY.nın 138. maddesine göre, barodan görevlendirilen müdafii yönünden mahkeme başkanına verilen denetim görevinin, veli ya da vasinin sanık için seçtiği müdafiiyi de kıyas yoluyla kapsayacağını yerinde olarak bir kararında açıkça belirtmiştir(117).

Atamayı, davaya bakmakta olan mahkeme toplu mahkeme ise başkanı, tek yargıçlı mahkeme ise mahkeme yargıcı yapar.

Mahkeme; müdafii olarak, o yerdeki avukat veya dava vekillerinden birini atayabilir.

(114) 2.CD., 30.9.1999, 11708-12138: "... 18 yaşını bitirmediği anlaşılın sanığın müdafinin duruşmalarda hazır bulunmasının temini, bunun mümkün olmaması halinde kendisine yeni bir müdafii tayin edilmesi gerekirken yokluğunda karar verilmek suretiyle savunma hakkının kısıtlanması..."; 4.CD., 14.10.1997: "...Ergin olmayan sanığa atanan zorunlu müdafii, C. Savcısının esas hakkındaki görüşünü açıkladığı ve hükmün bildirildiği oturumda hazır bulundurulup savunma olanağı verilmeden yokluğunda karar verilmesi..."

(115) CGK., 28.5.1996, 8-74/116: "...Yasa koyucu; kendilerini yeterince, hukuken gerekli ve güvenli biçimde savunamayacakları görüşüyle, 18 yaşından küçüklere, sağır veya dilsizlere ya da kendilerini savunamayacak derecede malul olanlara zorunlu müdafii atanması gerektiğini benimserken; onların savunmalarının sağlıklı bir biçimde gerçekleşmesi ve korunmaları gerektiği anlayışından hareket etmiştir. Artık, evrensel hukuk ilkeleri ve ülkemizin imzalayarak kabul ettiği İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin de benimsediği üzere; yargılamada sanığın en önemli hakkı savunma hakkıdır. Bu hak hiçbir kısıtlamaya tabi tutulmadan ferdî savunmayı sağlayacak biçimde korunmalıdır. Müdafii atanması ile sorun çözümlenmiş sayılmaz. Atanan müdafii görevini yapmazsa, yapmağa zorlanmalı veya CYUY.nın 141. maddesi uyarınca yerine yenisi atanmalı ve böylece savunma gerekli ve yeterli ölçüde yapılarak; küçük, sağır veya dilsiz ya da kendisini savunamayacak derecede malul olanlar; usul hukukunun öngördüğü tüm güvenilirlik sağlanarak korunmalıdır..." (MALKOÇ/GÜLER, s.576-578) Aynı nitelikte, 4.CD., 28.4.1998, 3469/4200 (YKD., 1998/11 s.1714,1715)

(116) DEMİRBAŞ, s.107

(117) 1.CD., 16.3.1995, 415/676: "... CYY.nın kuralları arasında kıyas geçerlidir. Bu nedenledir ki; yasanın 138. maddesine göre barodan görevlendirilen müdafii yönünden mahkeme başkanına tevdi edilen denetim görevinin, veli ya da vasisi tarafından sanığa tutulan müdafiiyi de kapsayacağı "kıyas" yoluyla kabul edilmiş ve 141. Madde, bunlar hakkında da uygulanmalıdır..." (SAVAŞ-MOLLAMAHMUTOĞLU, s.840 vd.)

Atamada, sanığın isteğini de mahkeme isterse gözönünde bulundurabilir.

Yasada açıklık bulunmadığı için; mahkemenin atadığı müdafii, sanığın reddetmesi olanaksızdır. Ancak, müdafiiin seçilmesine, itiraz veya temyiz yoluyla karşı çıkma olanağı bulunmaktadır (CYY.m.297). Ayrıca sanık, atanan müdafiiin görevini gereği gibi yapamayacağını gösteren nedenler ileri sürerek (örneğin katılana yakınlığı gibi) mahkemededen başka bir müdafiiin atanmasını isteyebilir.

Mahkemenin atadığı müdafiiin ücreti, tarifesine göre devlet hazinesinden ödenir(118). Sanık hakkında hükümlülük kararı verilirse, bu müdafiiin ücreti de yargılama giderleriyle birlikte sanığa yükletilir. Yasada, 1992 yılında yapılan değişiklikle, ücretin baro tarafından ödeneceği öngörülmüştür (CYY.m.146). Yasanın 146. Maddesinde ise, baro tarafından atanan müdafiiin ücretinin ne şekilde ödeneceği ve ayrıca Türkiye Barolar Birliğinin yargılama giderleri ile mahkum olan sanıklardan müdafie ödenen ücreti ödeyebilecek durumda olanlarına rücu hakkı düzenlenmektedir. Bu hükümde; mahkemece re'sen müdafiiin görevlendirilmesi durumunda, müdafiiin ücretinin ne şekilde ödeneceğine, sanıktan bu ücretin geri alınıp alınmayacağına ilişkin bir düzenleme olmadığı görülmektedir. Ancak, öğretide söz konusu hükmün, mahkemece görevlendirilen müdafiiin ücretinin ödenmesinde ve sanıktan geri alınmasında da uygulanacağı kabul edilmektedir(119). Bizce, mahkemenin atadığı müdafiiin ücretini devlet ödemeli ve sonra sanıktan geri almamalıdır. Çünkü, daha önce de açıkladığımız gibi müdafii, kamu adına savunma yapmaktadır. Aynı zamanda, savunma hakkının kullanılmasının sağlanması, hukuk devletinde devletin temel görevlerindedir. Bundan dolayı, mahkemenin re'sen atadığı müdafiiin ücretinin sanığa yükletilmemesi gerekir(120). Nitekim kaynak Alman Yasasında, mahkemenin atadığı müdafiiin ücretini düzenleyen hüküm kaldırılmıştır (StPO.150). Bizdeki hükmün de, öğretide haklı olarak "müdafii ile müdafaanın kamusalılığı esnasından hareketle" kaldırılması gerektiği belirtilmektedir(121).

(118) KUNTER/YENİSEY, n.131, s.235; CENTEL, s.98

(119) KUNTER/YENİSEY, n.131, s.235; DEMİRBAŞ, s.137-139

(120) DONAY, S., "Kamu Özgürlüklerinin Korunmasında Avukatın Rolü", İHFM, c.43, sy.1-4, 1977, s.399; CENTEL, s.98

(121) KUNTER/YENİSEY, n.131, s.235, Dış Not:47

IV- MÜDAFİ SAYISI

Yasamızda, yakalanan kişi ya da sanığa, soruşturmanın her aşamasında bir ya da birden fazla müdafiiin yardımından yararlanma hakkı tanınmıştır (CYY.m.136/1). Yasada, yakalanan kişinin ya da sanığın yasal temsilcisi varsa bunun bir müdafii seçebileceğinden söz edilmiştir. Burada bir sözcüğü, müdafii sayısını belirtmek için kullanılmamıştır. Yasal temsilcinin de yakalanan kişi ya da sanığa müdafii seçebileceği belirtilmek istenmiştir(122). Bu nedenle, yasal temsilcinin, yakalanan kişi ya da sanığa ancak bir müdafii seçebileceğini düşünmek doğru değildir.

Yasamızda, 3842 sayılı Yasayla 1992 yılında değişiklik yapılmadan önce, en çok kaç müdafiiin seçilebileceği belirtilmemiştir (CYY.m.136). Söz konusu değişiklikte, kolluk görevlileri tarafından yapılacak ifade alma işlemlerinde, ancak bir müdafiiin hazır bulunabileceği kabul edildi (CYY. m.136/2). Cumhuriyet savcılığı işlemlerinde ise, müdafii sayısı üç olarak sınırlandı (CYY. m.136/2). Son soruşturma aşamasında ise Yasa, müdafii sayısı yönünden bir sınırlama getirmemiştir. Yalnız Terörle Mücadele Yasasının 10. Maddesinde; "Bu Kanunun uygulamasında; a) Sanık ve müdahil en fazla üç avukat tarafından temsil edilir." şeklinde bir hüküm bulunuyordu. Öğretide, savunma hakkını kısıtladığı ileri sürülen(123) bu hüküm, Anayasa Mahkemesinin E.1991/18, K.1992/20 sayılı 13.3.1992 tarihli kararıyla(124), eşitlik ilkesine ve savunma hakkına aykırı düşüğü gerekçesiyle haklı olarak iptal edilmiştir(125).

Ceza Yargılama Yasamızın 120. maddesine göre, birden fazla müdafii aynı zamanda duruşmaya katılabileceği gibi, işi aralarında sırayla da paylaşabilirler. Yasamızda, son soruşturma aşamasında, müdafii sayısını sınırlandıran bir hükmün bulunmadığını açıklamıştık. Ancak, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Yasasının 85. maddesiyle savaş durumu için "müdafiilerin sayısı sınırlanabilir" biçiminde mutlak olmayan bir kural konulmuş; Sıkıyönetim Yasasında bu kurala yollama yapılmıştır. Burada, en çok kaç müdafiiin aynı anda görev yapabileceği belirtilmeyip, bunun takdiri yargıca bırakılmıştır. Öğretide bu hüküm, haklı olarak eleştirilmekte ve sayı, yasayla belirlenmediği için yargıçların

(122) KUNTER/YENİSEY, n.132, s.235; Ayrıca 3842 sayılı Yasayla CYY.nın 136. maddesinde değişiklik yapılmadan önce, aynı yasanın 136. maddesindeki benzer şekilde yer alan hükmün yorumu için bkz. CENTEL, s.101

(123) Öğretide, bu konudaki eleştiriler için bkz. KESKİN, s.161, Dip Not:546

(124) Bkz. RG:27.1.1993

(125) Anayasa Mahkemesinin bu maddenin iptali konusundaki ayrıntılı gerekçesi için bkz. KESKİN, s.161,162.

bu yetkiyi kötüye kullanabilecekleri ileri sürülmektedir. Özellikle, iş bölümü yapılarak hazırlanmış bir savunmayı zayıf düşürmek amacıyla, yargıçların, tam duruşmaya başlandığında, bazı müdafilerin görev yapmalarına engel olmak için müdafii sayısını yasa hükümlerine dayanarak sınırlama yoluna gittikleri belirtilmektedir(126). Ayrıca öğretide, yargılamanın uzamaması ve duruşmaların ciddiyetinin sağlanması bakımından, müdafii sayısının sınırlanarak üst sınırın yasada gösterilmesi gerektiği ve üç müdafii de yeterli olduğu savunulmaktadır (127). Nitekim kaynak Alman Yasasına göre de, 1975'den beri müdafii sayısı üçten fazla olamıyor (StPO.137/1).

Baronun müdafii atayacağı durumlarda, birden çok müdafii atamasının mümkün olup olmadığı konusunda yasada açıklık yoktur. Çünkü, Yasamızın 138. maddesinde baronun müdafii atayacağı öngörülmüş, sayı belirtilmemiştir. Mahkemenin re'sen müdafii atamasını öngören hükümlerde de müdafii sayısını sınırlayan hükümler bulunmadığı kanısındayız (CYY.m.74/II ve141). Bu nedenle, kollukta ve Cumhuriyet Savcılığında yapılan işlemler sırasında, sanık ya da yasal temsilcisinin seçtiği müdafii sayısındaki sınırlama, baro ya da mahkemece müdafii atamasında da geçerlidir. Son soruşturma aşamasında ise, müdafii ister, sanık ya da yasal temsilci tarafından seçilmiş olsun, ister baro veya mahkemece atanmış olsun, sayısında bir sınırlama bulunmamaktadır. Son soruşturma aşamasında baro ya da mahkeme, sanığa bir yada birden çok müdafii atayabilir.

Müdafii birden fazla olması durumunda, bildirimlerin birine yapılması yeterlidir. Ancak birden fazla müdafiiye bildirim (tebliğ) yapılmışsa, ilk bildirim tarihi esas alınacaktır (Tebliğat Yasası m.11/1). Tebliğat Yasasındaki bu durum, birden fazla bildirimlere ve bildirim yapılan müdafiiilerden hangisine önce yapıldığının saptanmasında araştırmaya neden olduğu için, öğretide haklı olarak eleştirilmektedir(128).

V- BİR MÜDAFİNİN BİRDEN ÇOK SANIĞI SAVUNMASI

Yasada, bir müdafii, birden fazla sanığın savunmasını üstlenmesi mümkündür (CYY.m.142). Ancak, ortak savunulan sanıkların çıkarları birbirine uygun olmalıdır. Daha doğrusu, birden çok sanığın çıkarları çatışmıyorsa; aynı müdafii, sanıkların tümünün müdafiliğini yapabilir.

(126) TOSUN, c.I, s.603; KUNTER/YENİSEY, n.132, s.236

(127) Bkz. KUNTER/YENİSEY, n.132, s.236; TOSUN, c.I, s.603; YURTCAN, s.170; CENTEL,s.102, 103

(128) KUNTER/YENİSEY, n.132, s.236, Dip Not: 50

Yasa koyucu, maddenin bu şekil düzenlemesinde, barolar tarafından Ceza Yargılama Yasasının 138. maddesi uyarınca atanan bir müdafii, çıkarları birbirleriyle çatışmadığı sürece, birden çok sanık ya da yakalanan kişiyi savunmasını uygun görmektedir(129). Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü de, bir olay nedeniyle bildirdiği görüşünde, söz konusu olan Yasanın 142. maddesini aynı şekilde yorumlamıştır(130).

Bu hüküm, yalnızca baronun seçtiği müdafiler için değil, yakalanan kişi ya da sanığın bizzat ya da yasal temsilcilerinin seçtiği müdafiler ile müdafii mahkemece re'sen atanması durumunda da uygulanmalıdır(131). Yasanın yeni metninde bu konuda bir açıklık yoktur. Ancak, madde gerekçesinde ve Yasada, açıkladığımız durumu engelleyen bir kural da bulunmamaktadır. Kaldı ki, yakalanan kişi ya da sanıkların bir müdafii ile savunulması, hem yargılamada egemen olan "basitlik, çabukluk ve ekonomik olmak" ilkeleriyle bağdaşmakta; hem de Anayasanın 141. maddesinin son fıkrasında belirtilen; "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir." hükmüne uygun düşmektedir. Ancak, bu durumdaki sanıkların ya da yakalanan kişilerin çıkarları çatışma halinde ise savunmalarının değişik müdafiler tarafından yapılması gerekecektir. Sözelimi, sanıklar suçu birbirlerinin üzerine atıyorlar ya da sanıklardan biri; suçu işlediğini kabul etmekle birlikte, diğer sanığın kendisini suç işlemeye yönelttiğini bu nedenle suça katıldığını ve suçu birlikte işlediklerini savunmasına karşın diğer sanık suçu inkar ediyorsa, çıkarlar çatıştığından, müdafilerin de değişik kişiler olması gerekir. Ayrıca, aynı işte çıkarı çatışan bir tarafa avukatlık yapmış ya da görüş vermiş kimse, diğer tarafın müdafiliğini yapamaz (Av.K.38/b). Örneğin şahsi davacının veya katılanın vekilliği ile müdafilik bağdaşmaz(132).

Birden çok sanığın savunmasını alan müdafii, çıkar çatışması ya da bağdaşmazlığın bulunup bulunmadığını, öncelikle kendi "mesleki vicdan"ına göre takdir etmesi gerekir. Bu durumun saptanmasında yalnızca müdafii yetkili değildir. Mahkemece de, istek üzerine ya da re'sen, sanıkların çıkarları arasında çatışma bulunup bulunmadığına karar verilebilir. Yalnız, mahkeme çıkar çatışması bulunduğunu kabul ederse, müdafii hangi sanık için tercih edildiğini de kararında

(129) YURTCAN, s.171

(130) CİGM., 3.2.32.1996-20216 gün ve sayılı görüşü: "... Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 142. maddesinde "Yakalanan kişi veya sanıklar birden fazla ise ve menfaatleri de birbirine uygun ise, müdafii seçemeyenlerin savunması bir müdafie verilebilir." Denilmekte ve 138. madde kapsamına girenlere menfaatleri birbirine uygun ise bir müdafii tayini öngörülmektedir."

(131) EREM, s.331; YURTCAN, s.171; YAŞAR, s.687

(132) KUNTER/YENİSEY, n.253,, s.433, Dip Not: 445.

açıklamalıdır. Bu arada müdafii, sanıkların sırlarını öğrenmiş olabilir. Bu durum, "meslek sırları" açısından sakıncalar yaratacaktır. Böyle bir durumda, müdafiiin bütün sanıkların müdafiliğinden çekilmesinin yerinde olacağı, öğretide haklı olarak ileri sürülmüştür(133). Mahkemenin, sanıkların birbirleriyle çıkarlarının çatışıp çatışmadığına dair vermiş olduğu kararlarına karşı, üçüncü kişileri de ilgilendirdiği için itiraz mümkündür (CYY.m.298/2)(134).

Ceza İşleri Genel Müdürlüğü ise, sanıkların aralarında çıkar çatışmasının bulunup bulunmadığının belirlenmesi ve çıkarlarının uygun olduğunun takdirinin mahkemeye ait olup, baronun görevinin mahkemenin istemi doğrultusunda müdafii atamak olduğunu bir görüşünde açıkça belirtmiştir(135).

Yargıtayımız da, "Birbirlerine karşı fiili livata suçunu işledikleri iddia olunarak sanıklar hakkında açılan davanın yargılaması sırasında, aralarında çıkar çekişmesi bulunan üç sanığa 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 38/b maddesi hükmüne aykırı olarak aynı müdafiiin atanması savunma hakkını kısıtlar." demektedir(136). Yargıtay'ın bu konuda benzer başka kararları da bulunmaktadır(137).

Kaynak Alman Yasasında ise, birden fazla sanığın aynı müdafiiyle savunulması, sanıkların savunma çıkarlarının çatışmasına ve müdafiiin çelişkiye düşmesine neden olduğu gerekçesiyle yasaklanmıştır (StPO.138/b). Ortak savunmanın bu amaçla yasaklanması ile, sanıklar arasındaki gizli çıkar çatışmalarının baştan itibaren önlenildiği ve birlikte savunulan sanıklar arasında haber taşınmasının da engellendiği, öğretide ileri sürülmektedir(138).

(133) EREM, s.332,333'de ayrıca yasadaki "menfaatlerde uygunluk" yerine "savunmada bağdaşmazlık" denilmesini önermektedir; Bkz. aynı görüş için, YAŞAR, c.I, s.688

(134) 1.CD., 18.5.1977, 517/1148 (EREM, s.333, Dip Not: 5)

(135) CİGM., 3.232.1996-20216 (YAŞAR, c.I, s.688,689)

(136) 5.CD., 29.9.1997, 2677/3194

(137) 2.CD., 30.9.1999, 11766/12068: "... Aralarında menfaat çatışması bulunan sanıkların aynı vekil ile temsil edilemeyeceklerinin gözetilmemesi"; 11.CD., 19.6.1997, 3028/3333: "... sanık Y.K.'ın aşamalarda diğer sanıklarla birlikte hareket ederek suç işlediklerini ifade etmesine ve temyiz kapsamına göre, sanıklar arasında menfaat çatışması bulunduğu gözetilerek tümünün savunmasının aynı müdafii tarafından yapılamayacağına düşünülmemesi suretiyle CMUK.nun 142. maddesine aykırı davranılması..." (YAŞAR, c.I, s.689); 4.CD., 2.10.1995, 5209/6109: "... Onsekiz yaşından küçük olan yakının sanık O.B. ile sanık F.Ö.'a atanan zorunlu müdafiiin katıldığı 26.7.1994 tarihli oturumda savunmalarının alındığı, ancak Orhan ve Ferhat'ın taraf olmaları ve aralarında çıkar çatışması nedeniyle gerekli hukuki yardımın sağlanmış sayılamayacağı, daha sonra sanık Ferhat'ın seçtiği müdafiiin de katılımı ile sorgusunun yenilenmediği, bu nedenle CYY.nun 138. maddesinde öngörülen zorunlu müdafiiilik hükmünün yerine getirilmiş kabul edilemeyeceği gözetilmeden hüküm kurulması..." (MALKOÇ/GÜLER, c.I, s.579)

(138) ESER, s.333,334.

VI- MÜDAFİİN GÖREVİ KABUL ETMEMESİ

Müdafî, görevini yaparken özgür olmalıdır. Özgür olmayan bir savunma, şeklen savunma olup gerçek savunma değildir(139). Müdafî görevini yaparken kendisine karşı da özgür olmalıdır. Bu nedenle, müdafî kendisine önerilen her işi kabul etmek zorunda değildir. Müdafîin görevini özgürce yapabilmesi için, Avukatlık Yasasına bazı kurallar konmuştur. Nitekim, müdafîye, önerilen bir işi neden göstermeksizin red hakkı tanınmıştır (Av.K.37/1). Ayrıca, müdafî kendisine yapılan öneriyi haksız görüp yahut sonradan haksız olduğu kanısına varırsa işi red etmek zorundadır (Av.K.38/a). Bu kurallar; müdafîi özgür kılmak içindir. Böylece kendi düşüncesine aykırı ve istemediği konuda bir savunma yapmağa zorlanmamış olur. Bunu, "sanığın suçlu olduğunu anlayınca savunmasını kabul etmemek" şeklinde anlamamak gerek. Suçlunun da yasanın gösterdiği cezadan daha fazlasına çarptırılmaması ve yargılama sırasında haklarının korunması için savunmaya gereksinimi vardır. Müdafîin bu bağlamda yaptığı savunma toplumun da yararındadır.

Müdafîin baroca atanmasında, atama yetkisi baro başkanına aittir (Av.K.42/1)(140). Baro başkanı ya da adli yardım bürosu tarafından görevlendirilen müdafî, haklı bir özrü ya da kaçınılmaz bir nedeni bulunmadığı sürece görevden kaçamaz. Baroca atanan müdafîye, ücretinin, Yasanın 146/1. maddesi uyarınca ödeneceği öngörüldüğüne göre, ücret nedeniyle iş red edilemez(141). Müdafîin görevden kaçınmasını gerektiren neden ya da haklı özrünün bulunup bulunmadığına ise, müdafîi görevlendiren makam karar verir (Av.K.41/II).

Mahkemenin atadığı müdafî ise, kural olarak savunma görevini kabul etmek zorundadır. Fakat, işinin çok olması ya da başka önemli nedenlerle, görevin kendisinden alınmasını isteyebilir. Müdafîin, ayrıca, atamanın yasaya aykırı olması durumunda, itirazda bulunma hakkı da bulunmaktadır (CYY.m.297/II)

VII- MÜDAFİİN GÖREVİNİN SONA ERMESİ

Müdafî ister seçimle, isterse atama ile görevlendirilsin, üç şekilde görevi sona ermektedir. Bunlar ise; "soruşturmanın bitmesiyle", "istek üzerine" ve "kendiliğinden" sona ermedir.

(139) KUNTER/YENİSEY, n.254, s.434

(140) Aynı düşünce için bkz. ŞAHBAZ, s.94

(141) EREM, s.313: "... İngiltere'de, işin güçlüğü ve gerektirdiği emekle orantılı ücret verildiği takdirde avukat işi almağa mecburdur..."

1- Soruşturmanın Bitmesiyle Sona Erme

Müdafiin görevi, soruşturmanın bitmesiyle sona erer. Müdafiin seçimle ya da atamayla görevlendirilmesinde, soruşturmanın bitmesiyle görevinin sona ermesi, görevin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Çünkü yasa, sanığın, soruşturmanın her aşamasında müdafiin yardımından yararlanabileceğini öngörmüştür (CYY.m.136). Soruşturma nedeniyle müdafiin yardımına gereksinimi olan sanığın, soruşturma sona ermişse bu gereksinimi de ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle yasamızda yalnızca, soruşturma aşamasında sanığın, müdafiin yardımından yararlanmasını öngörmüştür. Soruşturma ise, davaya son veren kararın kesinleşmesiyle sona erer. Davayı sonuçlandıran kararlar, Ceza Yargılama Yasasının 253/2. maddesinde sayılmıştır. Bunlar, sanığın beraatine ya da hükümlülüğüne, davanın reddine ya da düşmesine ilişkin kararlardır. Soruşturmanın ya da yargılamanın durmasına dair kararlar ise, soruşturmayı sona erdirmez (m.253/4).

Hazırlık soruşturmasında ise, takipsizlik kararı (m.164) verilip kesinleşmesiyle de soruşturma sona erer.

2- İstek Üzerine Sona Erme

Sanık, istediği zaman kendi seçtiği müdafiin görevine son verebilir. Ancak yasal temsilcinin seçtiği müdafii, sanık azledemez. Yasal temsilcilik sıfatı kalmamışsa, örneğin küçük olan sanık reşit olmuşsa, bu durumda sanık, yasal temsilci tarafından kendisi için seçilmiş olan müdafiin görevine son verebilir. Yasal temsilcinin seçtiği müdafiin görevi, sanığın reşit olması ile derhal sona ermez, görevden azledilmedikçe devam eder(142).

Yasal temsilci de, yasal temsilcilik görevi devam ettiği sürece, istediği zaman seçtiği müdafiin görevine son verebilir.

Baro ya da mahkemenin atadığı müdafiin görevine ise, sanık (ya da yasal temsilcisi) son veremez. Ancak, baro ya da mahkeme müdafi atadıktan sonra, sanık da (ya da yasal temsilcisi) bir müdafi seçerse ve seçilen müdafi de kabul ederse, baro ya da mahkemece atanan müdafiin görevi sona erer (CYY.m.139). Baroca ya da mahkemece atanan müdafi; duruşmada hazır bulunmaz ya da vaksiz olarak duruşmadan çekilir ya da görevini yerine getirmekten kaçınırsa, başkan, başka bir müdafi atayabilir (CYY.m.141/1).

Saniğin (ya da yasal temsilcisinin) seçtiği müdafii de, istediği zaman bu görevden çekilebilir. Görevden çekilen bu müdafii, durumu saniğe bildirdikten itibaren 15 gün süreyle göreve devam etmek zorundadır (Av.K.m.41/1). Baronun ya da mahkemenin atadığı müdafii ise, kendiliğinden görevden çekilemez. Ancak bu yoldaki isteğini müdafii atayan baro ya da mahkeme kabul ederse görevi sona erer(143).

3- Kendiliğinden Sona Erme

Sanık ya da müdafiiin ölmesi ya da müdafiiin mesleğini yapmaktan vazgeçmesi durumlarında ise, doğal olarak müdafiiin görevi de kendiliğinden sona erer.

Başka müdafilerle birlikte çalışmayı kabul etmeyen (saniğin ya da temsilcinin seçtiği) ilk müdafiiin görevi, kendiliğinden sona erer (Av.K.m.172). Avukatlık mesleği ile bağdaşmayan bir iş yapmaya başlayan müdafiiin görevi de kendiliğinden sona erer (Av.K.m.11, 12, 171/2).

Ayrıca; meslekten çıkarılma, işten geçici ve zorunlu yasaklanma, iş yapamaz duruma gelmeyle de müdafiiin görevi kendiliğinden sona erer (Av.K.m.42). Yargıtayımız bir kararında, yaralandığı için savunma görevini yapma olanağını yitiren müdafiiin bu durumunun, savunmalarını yaptığı sanıklara bildirilmeyerek duruşmaya devam edilmesinin, savunma hakkını kısıtladığını ileri sürmüştür(144). Daha önce de belirttiğimiz gibi, baro ya da mahkemece atanan müdafiiin görevi, saniğin (ya da temsilcisinin) bir müdafii seçmesi ve bunun da görevi kabul etmesiyle kendiliğinden sona erer (CYY.m.139).

Davanın başka mahkemeye nakledilmesi ya da bağlantı nedeniyle başka davayla birleştirilerek diğer mahkemeye gönderilmesi (CYY.m.12, 14) durumlarında ise, ilk mahkemenin atadığı müdafiiin görevi kendiliğinden sona ermez(145). Ancak, sonraki mahkeme, kendiliğinden veya istek üzerine başka bir müdafii seçerek önceki müdafiiin görevine son verebilir. Baroca atanan müdafiiin görevi ise, dava nakli durumunda; (soruşturmanın yapıldığı yer barosunca müdafiiin görevlendirilmesi gerektiğinden) davanın nakledildiği yer barosunca yeni müdafii atandığı zaman, sona ereceği kanısındayız.

— oOo —

(143) CENTEL, s.106

(144) CGK., 11.2.1980, 16/31 (YAŞAR, c.I, s.645

(145) CENTEL, s.107

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AsMUK	: Askeri Mahkemeleri Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Av.K	: Avukatlık Kanunu
AyMK	: Anayasa Mahkemesi Kararı
Bkz	: Bakınız
c	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Kanunu
CYY	: Ceza Yargılama Yasası
f	: Fıkra
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kurulu
İHFM	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İzBD	: İzmir Barosu Dergisi
m	: Madde
n	: No
RG	: Resmi Gazete
s	: Sayfa
StPO	: (Strafprossesordnung) Alman Ceza Yargılama Yasası
sy	: Sayı
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TCY	: Türk Ceza Yasası
vd	: Ve devamı
YD	: Yargıtay Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararlar Dergisi

KAYNAKÇA

- CENTEL, Nur Başar** : Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, İstanbul 1984
- ÇELENK, Halit** : "Savunma Hakkı ve Ceza Yargılamasında Savunmanın Sorunları", Ankara Barosu Dergisi, 1990/2, s.218-223
- ÇINAR, Ali Rıza** : "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 3842 Sayılı Yasayla Değiştirilen 135. Maddesinin Ceza Yargılama Sistemimize Getirdiği Yenilikler", Yargıtay Dergisi, 1997/3, s.261-279
- DEMİRBAŞ, Timur** : Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir 1996
- DOĞAN, Y.Hakkı** : Hazırlık Soruşturmasında Savunma, İstanbul 1994
- DONAY, Süheyl** : "Kamu Özgürlüklerinin Korunmasında Avukatın Rolü", İHFM, C.43, 1977/1-4, s.393-414
- DONAY, Süheyl** : İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul 1982
- EREM, Faruk** : "İnsan Hakları ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Değişikliği", Yargıtay Dergisi, 1993/1-2, s.35-55
- EREM, Faruk** : Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (şerh), Ankara 1996
- ERMAN, Sahir** : "Sentez Raporu", Prof.Dr.Nurullah KUNTER'e Armağan, İstanbul 1988, s.75-83
- ERMAN, Sahir** : Askeri Ceza Hukuku, İstanbul 1983
- ESER, Albin** : "Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu" (çev: Nur CENTEL), Yargıtay Dergisi, 1990/3, s.313-338
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz** : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 1994
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref** : "Ceza Muhakemesi Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.43, 1993/1-4, s.35-47
- HAFIZOĞULLARI, Zeki** : "Ceza Muhakemesi Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.43, 1993/1-4, s.35-47
- İÇEL, Kayıhan/** : Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, 4.Bası, İstanbul 1994
- YENİSEY, Feridun** : Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, 4.Bası, İstanbul 1994
- KANTAR, Baha** : Ceza Muhakemeleri Usulü, Ankara 1957

- KESKİN, Serap** : Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, İstanbul 1997
- KOCA, Mahmut** : Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 1998
- KUNTER, Nurullah** : Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, İstanbul 1998
- YENİSEY, Feridun** : Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, İstanbul 1998
- MALKOÇ, İsmail** : Uygulamada Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, C.I, Ankara 1998
- GÜLER, Mahmut** : Uygulamada Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, C.I, Ankara 1998
- ÖZGEN, Eralp** : "İşkencenin Önlenmesi ve Hukuk Devleti", İnsan Hakları Derneği Ankara Şubesi Yayınları, Ayrı Basım, Ankara 1993.
- ÖZGEN, Eralp** : Ceza ve Ceza Muhakeme Hukuku Bilgisi, Eskişehir 1988,
- ÖZTÜRK, Bahri** : Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 3.Bası, Ankara 1995.
- ROXIN, Claus** : Strafverfahrensrecht, 24 Auflage, München 1995
- SAVAŞ, Vural** : Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu, C.I, Ankara 1995
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık** : Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu, C.I, Ankara 1995
- ŞAHBAZ, İbrahim** : Anayasa'da Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği, Ankara 1994
- ŞAHİN, Cumhur** : Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994
- TANER, Tahir** : Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1955
- TOROSLU, Nevzat** : "Ceza Muhakemesinde Yapılan Son Değişiklikler", İnsan Hakları Yıllığı, Ankara 1992, s.13-24
- TOSUN, Öztekin** : Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C.I, Genel Kısım, 4. Bası, İstanbul 1984
- TOSUN, Öztekin** : Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C.II, Muhakemenin Yürüyüşü, 2.Bası, İstanbul 1976
- UYGUN, Mehmet** : Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Ankara 1997
- ÜNAL, Şeref** : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara 1995
- YAŞAR, Osman** : Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, C.I, Ankara 1998
- YURTCAN, Erdener** : "Ceza Yargılamasında Müdafî Kimdir, Vekil Kimdir?", İstanbul Barosu Dergisi, 1999/1, s.73-74
- YURTCAN, Erdener** : Ceza Yargılaması Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1994.

SARHOŞLUK VE SALDIRGAN SARHOŞLUK SUÇU

Halil YILMAZ (*)

ANLATIM DÜZENİ: A- Giriş. I- Sarhoşluk Suçlarının T.C.Y.da Düzenleniş Şekli. II- Sarhoşlukla İlgili Diğer Yasal Düzenlemeler. B- Sarhoşluk I. a- Tıbbi Anlamda. b- Hukuki Anlamda. II- Sarhoşluk Veren Maddeler ve Etkileri. III- Sarhoşluğun Tesbiti. IV- Sarhoşluk Suçlarında Umumilik. V- Sarhoşluk Suçlarında Aşıkartlık. VI- Sarhoşluk Suçlarında Halkın Rahatını Bozmak veya Rezalet Çıkarmak. C- Saldırgan Sarhoşluk I- Hukuki Konu. II- Maddi Konu - Saldırganlık. a- Başkasına Tecaviiz. b- Umumun İstirahatını Bozmak. c- Suçun Sarhoşlukla İşlenmesi. III- Manevi Unsur. IV- Sarhoşluk ve Haksız Tahrik. V- Suçun Takibi. VI- Suçun Cezası. D- Sonuç.

A- GİRİŞ

Alkol ve uyuşturucu maddeler ruh ve beden sağlığı üzerinde yaptıkları tahribat nedeniyle tıp biliminin araştırma konusuna girmektedir. Bahsi geçen maddelere bağımlı olanların, bağımlılıklarının sebeplerine dair kişisel ve toplumsal gerekçeleri olabilir. Kişinin kendine göre haklılık sebepleri olarak ileri sürülen gerekçeler ve netice toplumsal bakımdan sorun haline geldiğinde, kişinin haklılığı olarak ileri sürdüğü sebeplerin haklılığı ortadan kalkar. Bu durum hukukun ilgi alanına girer ve hukuk kurallarının müdahalesi başlar.

Kişinin sırf alkol alıyor olması ayrıık durumlar bir yana hukuksal düzenlemenin dışında kalan bir eylemdir. Ancak, alkol alıp sarhoş olan, bu sarhoşluğunu saldırgan ve zarar verici duruma getiren kişi cezai sonuçlar doğuran eylemi gerçekleştirmiş olur. Cezai sonuçlar doğuran saldırgan sarhoşluk suçu, Yargıtay kararları ışığında incelenmeye çalışılmıştır.

I- Sarhoşluk Suçlarının T.C.Y.da Düzenleniş Şekli

Bir tehlike suçu olan ve düzeni bozup insanı küçük düşürdüğü için alkolizmi önlemek amacıyla yasa koyucu tarafından benimsenen sarhoşluk suçları(1),

(*) Haymana Hakimi

(1) YCGK.nun 11.11.1991 T. 1991/9-271, 1991/299 sayılı kararı YKD. 1992/2 s. 279.

T.C.Y.nın kabahatler bölümünde 571., 572., 573., 574. ve 575. maddelerinde 'Sarhoşluk' başlığı altında ayrı bir fasıl olarak düzenlenmiştir. Sayılan maddelerden 571. ve 572. maddelerde 6123 sayılı, 573. maddede ise 4055 sayılı yasa ile değişiklikler yapılarak düzenleme bugünkü şekle getirilmiştir.

Değişikliği yapan 6123 sayılı yasanın gerekçesine ilişkin 22.2.1953 tarih ve 32 karar sayılı adalet komisyonu raporunda; "TCK.nun 571. ve 572. maddeleri, sarhoşluğa ait olup bu maddelerle alakalı her iki teklif mezc edilip tetkik edilerek bu maddelerin cezaları artırılmak sureti ile teklifler tādilen kabul edilmiş bulunmaktadır" denmiştir.

II- Sarhoşlukla İlgili Diğer Yasal Düzenlemeler

Suç boyutuna ulaşmamakla birlikte, sorun olarak kabul edilmesi nedeniyle sarhoşluğa değişik yasal düzenlemelerde yer verilmesi gereği duyulmuştur. Bundan dolayı, 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun 48. maddesi, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'un 79. ve 170. maddesi, 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun'un 58. maddesi, 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 130. maddesi, 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un 1. maddesi, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 77. maddesi ve Fuhuşla Mücadele Tüzüğü'nün 83. maddesi konuyla ilgili hükümler getirmiştir.

B- SARHOŞLUK

Sarhoşluğun hukuki ve tıbbi olmak üzere iki boyutu vardır. Sorun olarak toplumda meydana getirdiği tahribat bir başka boyutu oluşturur.

I.a- Tıbbi Anlamda

Sarhoşluk, "alkollü veya uyuşturucu bir maddenin alınmasından doğan ve sinirlerde depresyon veya kısmi felçler yaratan bir durum"(2) olarak tanımlanmaktadır. Ağız yoluyla alınan alkolde, asıl vücuda zararlı olan ve sarhoşluk yapan madde etil alkoldür. Bu maddenin içilen içkilerde bulunma oranı farklıdır. Örneğin, yaklaşık olarak birada %3-7, şarapta %12-18, cin, likör, rakıda %45-50 ve votka ile viskide %65-70 oranında bulunur(3).

(2) ALACAKAPTAN Uğur, Sarhoşluk Halinde İşlenen Suçlarda Cezai Mesuliyet, AÜHF Yayınları, 1961 Ankara, s. 7.

(3) ÖZYAZICI Alpaslan, "Vücuda Dost Olmayan Madde: Alkol", Bilim ve Teknik Dergisi, s. 240, s. 30.

Süratle kana karışan bu madde, sinir hücre zarları içinede girerek hücre zarının sıvımsı bir hal almasına neden olur. Bu durum proteinlerin normal durumunu bozar. Böylece dışarıdan gelen uyarılar yolunu bulmakta, bulursa geri dönmekte güçlük çeker. Hatta bazı uyarılar beyne ulaşamaz. İşte reflekslerin zayıflaması, acının hissedilmemesi, ayakta duramama bu nedenle ortaya çıkar. Eğer uyarılar yerine ulaşamıyorsa, duygular kaybolur ve sarhoşluk başlar(4).

Sarhoşlukta, alkol zehirlenmesi (intoksikasyon) sebebiyle içenlerin davranışlarında değişme olmakta, fizyolojik ve metabolik reaksiyonlarda bozukluk meydana gelmekte, sinir sistemi üzerindeki etkisiyle psikolojik anormallikler ortaya çıkmaktadır. Yine sarhoş olan kişinin duygu, düşünce, idrak yetenekleri değişmekte, koordinasyon ve motor fonksiyonlarında bozukluklar görülmektedir. Bütün bu etkiler trafik kazaları, intiharlar, adam öldürme, saldırgan tutum ve davranışlara sebep olmaktadır(5).

b- Hukuki Anlamda

Sarhoşluğun hukuki olarak bir anlam ifade edebilmesi için hukuki bir sonuç doğurması gerekir. Başlı başına sarhoş olmanın, hukuken bir eyleme sebebiyet vermiyor ise, bir anlamıda yoktur. O halde, hukuksal olarak sarhoşluk, hukuksal sonuçlar doğuran bir sarhoşluktur. Bu ise bir eylemle olur. Eylem, fiziksel yada ifadedeli olabilir. Ceza hukuku bakımından yapılan eyleme cezai sonuç bağlanmış ise eylem suçtur. Hukuki anlamda sarhoşluk, sarhoşluğun verdiği etki ile bir eylemde bulunulması, bu eyleme yasanın cezai yaptırım bağlamasıdır. Hukuki yönden, sarhoşluğa sebebiyet veren madde önemli değildir. Bu bakımdan, sarhoşluk veren maddenin yalnızca ağız yoluyla alınan madde olması da şart değildir. Sarhoşluk etkisini doğuran madde, sonuç olarak sarhoşluğa sebebiyet veriyorsa, vücuda ne şekilde alındığının sarhoşluk neticesi açısından bir önemi yoktur. T.C.Y.sı sarhoşlukta, neticeyi dikkate almıştır. Bu netice, sarhoş olmandır. Kişinin sarhoş olarak nitelenebilmesidir. Sarhoş olmanın yöntemi (irade dışı alınma hariç) sarhoşlukla işlenen suçlarda dikkate alınmamıştır. Zira yöntem ayırımına girildiği takdirde uygulama, fevkalade zorluklarla karşılaşacaktır.

(4) ÖÇÜN Sabahattin - U MAY Aysun, "Alkol", Bilim ve Teknik Dergisi, Sayı 225, s. 10.

(5) GÖKHUN İsmail Hakkı - DURAK İlker, "Alkolün Yol Açtığı Fizyolojik ve Psikolojik Bozukluklar", Bilim ve Teknik Dergisi, Sayı: 258, s. 41.

II- Sarhoşluk Veren Maddeler Ve Etkileri

- a. Alkol; etil alkol, başta maya olmak üzere bazı mikroorganizmalar tarafından şekerin fermentasyonu sonucu oluşur(6).
- b. Morfin; kişide ağrıya aldırma, iyilik hali hissetme, korku ve paniğin kalkmasıyla zihin fonksiyonlarında bulanıklık, sersemlik ve uyuklama etkilerini doğuran madde(7),
- c. Eroin; morfinin doğurduğu etkilerin aynısını daha şiddetli olarak doğuran madde(8),
- d. Esrar; kişinin mizacının bozulması, mesafe algılamasında bozukluk, panik, çırpınma ve etrafa saldırganlık doğuran madde(9),
- e. Kokain; algı yanılgıları ve sanrıları ile suça eğilimi artırıcı etkiler meydana getiren maddedir(10).

Bu maddeler (alkol hariç) deri altı, kas içi, damar yoluyla(11), enfiye şeklinde çekilerek(12), ufak parçaları sigaraya sarılarak, nargileye konularak, hap şeklinde (13) ve burna çekilmek suretiyle alınmakta ve aşırı bağımlılık doğurmaktadır.

Sarhoşluk hali, alkolün dışında yukarıda sayılan maddelerle gerçekleşebileceği gibi bunların dışında başka maddelerle de yasanın anladığı anlamda sarhoşluğun gerçekleşmesi mümkündür.

"Sarhoşluk suçu, alkolden başka keyif verici hap almak suretiyle de oluşur"(14).

III- Sarhoşluğun Tesbiti

Sarhoşluğun çoklukla alkolden kaynaklanması nedeniyle sarhoşluk durumunun (alkol açısından) tesbiti önemlidir. Bundan dolayı, sarhoşluğun derecesi ve etkisinin tesbiti, suçun işlendiği an bakımından önemi haizdir. Alınmakla 15-20 dakika içinde kana geçen alkolün bir kısmı doğrudan akciğer, böbrek ve deri yoluyla vücuttan atılır. Bu atılma sırasında içki kullanan kişinin nefesi alkol kokar, sık sık idrara çıkma ihtiyacı hisseder ve kişide görme, davranış ve uyku bozuklukları yapar(15). Bu ne-

(6) ÖZÇELİK Filiz, "Alkol Fermentasyonu", Bilim ve Teknik Dergisi, sayı 313, s. 897

(7) AYDINALP Kemal, "Gençliğin Ruhunu Kemiren Uyuşturucular", Bilim Teknik Dergisi, Sayı: 242, s. 21.

(8) a.k., s. 22.

(9) a.k., s. 23.

(10) a.k., s. 25.

(11) a.k., s. 21.

(12) a.k., s. 22.

(13) a.k., s. 22.

(14) Y. 2. CD.nin 8.4.1981 T. 1398/1636 sayılı kararı. KAYMAZ Seydi - GÖKCAN Hasan Tahsin, Uygulamada Sulh Ceza Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara 1998, s. 582.

(15) ÖZYAZICI, s. 30.

denle kanda, idrarda, tükürükte, terde, nefeste ve zehirlenme arazlarında(16) sarhoşluk tesbit edilebileceği gibi kişinin dengesiz hareketleri, konuşma, görünüş bakış, duruş, yürüyüş, şeklinden de tesbit edilebilir. Bu tesbitlerin hukuki yönden doktor raporu, tanık veya diğer delillerle desteklenmesi gerekir(17). Ancak doktor raporu sarhoşluğun tesbiti için şart değildir. Tanıkla isbatıda mümkündür. Memleketimizde, alkollü kişilerin alkollü olduklarının tesbiti için doktora gidinceye kadar aradan zaman geçmekte, yakalandığı veya suçu işlediği zaman hafif alkollü olan kişinin alkol aldığı tesbit edilememektedir. Çoğunlukla yeterli donanımdan yoksun, büyük yerleşim merkezlerine uzak yer ve sağlık merkezlerinde ağız koklanarak, yürüyüş ve davranışlara bakılarak alkol alınıp alınmadığına karar verilmekte, bu da yanıltıcı olabilmektedir. Zira ağızda alkol kokusuna benzer kokular verdiği iddia edilen ilaçlar olduğu söylenmektedir. Bu nedenle, sarhoşluğun tesbitinde olaya el koyan güvenlik kuvvetlerinin de tutanaklarında alkollü kişinin davranışlarına ilişkin gözlemleri ile alkol alındığına ilişkin emareleri yazmalarında yarar vardır. Sarhoşluğun tesbitinde en sağlıklı yol ise tıp ve tekniğin sağladığı olanakların en kısa zamanda uygulanmasıdır. Bu uygulama ile tıp ve tekniğin hukukça izin verilen başka yöntemleriyle de ispat edilebilir.

Sarhoşluğun oluşması kişinin yaş, cins, fiziğine bağlıdır ve herkes için sınır kabul edilen bir rakam belirlenememekle birlikte, sarhoşluğun tesbitinde Amerika'da genelde kan alkol düzeyinin %0.10 gr., İskandinav ülkelerinde %0.05 gr., Orta ve Batı Avrupa ülkelerinde %0.08 gr. düzeyine ulaşması olarak kabul edilmektedir(18).

IV- Sarhoşluk Suçlarında Umumilik

T.C.Y.nın 571. maddesi, "umumi veya umumun girebileceği yerler" ifadesine yer vermiştir. Yasadaki ifade açıktır. Kamuya ait olan, herkesin girip çıkabileceği, girip çıkma için herhangi bir engel ve koşul öne sürülmediği açık alan ve yapılar, bu anlamda umumi yerlerdir. Bu yerler işlevsel ve tahsisleri itibari ile genele açık olan yerlerdir. Sadece belli meslek grubuna mensup kişilerin, belli üye, davetli... vb. kişilerin girebileceği, özellik arzeden yerler ile tamamen özele ait yerler, umumi yerler değildir. Kişilere tahsis edilmiş yerlerin umumilik özelliği yoktur. Umumilik konusunun tesbit ve çözümü, bu bilgilerin yanısıra, her somut olaya göre yapılacak değerlendirme ile anlaşılabilir. Bu nedenle mahkemenin suç yerinin umuma mahsus

(16) AKINCI Yılmaz/ATAKAN Tahsin, Kabahat Fiilleri ve Usul Hükümleri, Mim Yayınları, İstanbul 1966, s. 240

(17) a.k., s. 240

(18) EGE Rıdvan, "Alkol ve Kazalar", Bilim ve Teknik Dergisi, Sayı: 266, s. 45

yer olup olmadığını tesbit için keşif yapmasında yarar vardır. Bu anlamda yol, köprü, meydan, park, cadde, sokak, durak, geçit yerleri kamuya ait yerlerdir ve umumdur. Bunun yanında lokanta, kahvehane, sinema salonu, hastane, işhanlarının genel yerleri de herkese hizmet veren, bu nedenle herkesin girebileceği ve girmesi muhtemel yerlerdir(19).

Yargıtayın kararlarından çıkan sonuca göre de; taksi veya özel otonun içi(20), mesai saati dışında emlakçı dükkanı(21), kendi evinin penceresi(22), evin merdiven boşluğu(23), şehir kulübü(24), apartman sahanlığı(25), balkon(26), camcı dükkanının içinde saat 01.30(27), komşunun evi(28), öğretmen evi lokali(29), düğün salonu(30), samanlık(31) örnek olmak üzere umuma açık olmayan yerler olarak sayılabilir.

"Kaydı olmayanların girmemesi o yerin umumilik vasfını kaldırmaz"(32).

V- Sarhoşluk Suçlarında Aşıkılık

Sarhoşluk durumu aşık, başka bir söyleyişle açık olmalıdır. Açıklık, her normal kişinin bu sarhoşluğu anlayabilmesi durumudur. Bu ise sarhoşluğun belli edilmesidir. Belli edilme durumu Yargıtayın bir kararında da belirtildiği gibi, "sarhoşluk eyleminin görünüşte değil, gerçek olması kan ve alkol muayenesi gibi özel bir kanıta gerek olmaksızın herkesce anlaşılabilir derecede belirgin bulunması..."(33)dır.

Sarhoşluk açık değilse, failin cezalandırılmasında kamu yararı yoktur.

(19) "Suçun herkesin gelip geçtiği yol üzerinde işlendiği belli olmasına ve böyle bir yerde işlenen sarhoşluk suçunda herkese açık yerde işleme ögesinin bulunacağıda doğal bulunmasına göre; bu hususu araştırmak için gereksiz olarak yapılan keşif giderinin sanığa yükletilmesi yasaya aykırıdır" (4. CD.nin 16.4.1996, 1996/2425-3490 sayılı kararı).

(20) 2. CD.nin 9.2.1998, 16435/973 sayılı kararı (KAYMAZ/GÖKCAN, s. 578).

(21) 2. CD.nin 25.12.1997, 15525/18030 sayılı kararı (a.k., s. 578).

(22) 2. CD.nin 28.4.1999, 984/5418 sayılı kararı. EROL Haydar, İctihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 1999, s. 1269, Ayrıca evinin içi (4. CD.nin 16.3.1998, 1998/1646-2262 sayılı kararı).

(23) 2. CD.nin 28.4.1993, 4537/5287 sayılı kararı (KAYMAZ/GÖKCAN, s. 581).

(24) 2. CD.nin 26.5.1993, 5888/6529 sayılı kararı.

(25) YCGK.nun 21.12.1970, 1969/4-426, 1970/41-8 sayılı kararı (KAYMAZ/GÖKCAN, s. 590).

(26) YCGK.nun 30.9.1963, 64/63 sayılı kararı.

(27) 2. CD.nin 27.10.1997, 3426/3672 sayılı kararı. Ayrıca kendine ait araç ve başkasına ait dokuma atölyesi (4. CD.nin 28.9.1995, 1995/4902-6125 sayılı kararı) genele açık olmayan yerlerdir.

(28) 2. CD.nin 18.9.1996, 5984/6781 sayılı kararı.

(29) 2. CD.nin 17.1.1996, 803/203 sayılı kararı.

(30) 2. CD.nin 30.11.1969, 12862/1454 sayılı kararı.

(31) YCGK.nun 11.11.1991, 9-271/299 sayılı kararı (YKD. 1992/2, s. 279).

(32) 4. CD.nin 8.3.1946, 2596/2886 sayılı kararı.

(33) 4. CD.nin 13.11.1991, 5855/6981 sayılı kararı (KAYMAZ/GÖKCAN, s. 575).

VI- Sarhoşluk Suçlarında Halkın Rahatını Bozma veya Rezalet Çıkarmak

Sarhoşluğu belli olan kimselerin, sarhoşluk durumu rezalet çıkaracak veya halkın rahatını bozacak seviyede olmalıdır. Suçun oluşumu için her iki neticenin de gerçekleşmesi şart değildir. Yasanın ifadesinden, bu sonuçlardan birinin gerçekleşmesinin yeterli olduğu anlaşılmaktadır. Halkın rahatını bozma yada rezalet çıkarma eyleminin belirlenmesinde, her somut olayın özelliklerinin yanısıra, genelin ortalama görüş ve anlayışı da gözönüne alınarak değerlendirme yapılmalıdır.

Yasada ifade edilen rezalet çıkarma veya halkın rahatını bozma durumunun, netice olarak gerçekleşmesi gereklidir. Gerçekleşme olasılığı, önleyici tedbirlerin alınmasını gerektirir ise de, suç olarak nitelermeyi gerektirmez.

Buna göre Yargıtay, "herkesin gelip geçtiği yol üzerinde ve yolda sızmış olma"(34)yı halkın rahatını bozma olarak görmüştür. Keza diğer kararlarında da, umuma açık mahal olan mesire yerinde aldığı alkölün tesiri ile tabanca ile ateş etmeyi(35), kendini jilette yaralamayı(36), alkölün etkisiyle aracın kornasını uzun süre çalmayı(37), umumun geçtiği caddede edep dışı hareket etmeyi(38) halkın rahatını bozan ve rezalet çıkaran eylemler olarak nitelendirmiştir.

C- SALDIRGAN SARHOŞLUK

I- Hukuki Konu

Suç sayılan eylemin gerçekleşmesi ile bazı hak, yarar veya çıkarlar ihlal edilip, bunlara zarar verilmektedir. Dolayısıyla eylemin zarar verdiği hak, yarar veya çıkar suçun hukuki konusunu oluşturmaktadır. Saldırgan sarhoşluk suçunda eylem kişilere yönelik olsa bile, zarar gören toplumsal yarar olmaktadır. Sarhoşluğun verdiği etkisiyle yapılan saldırganlık eylemi, kamuda var olan düzenlilik ortamını bozduğundan, bu suçun hukuki konusu kamu düzeninin ihlalidir. "Saldırgan sarhoşluk eyleminin kişilere karşı değil, genel ahlak düzenine yönelik suç"(39) olduğuna ilişkin Yargıtay kararında bunu doğrulamaktadır.

(34) 2. CD.nin 19.3.1954, 5025/4263 sayılı kararı (AKINCI/ATAKAN, s. 241).

(35) 2. CD.nin 21.4.1993, 4056/5076 sayılı kararı (KAYMAZ/GÖKCAN, s. 581).

(36) 2. CD.nin 29.12.1992, 12863/13719 sayılı kararı (KAYMAZ/GÖKCAN, s. 581).

(37) 2. CD.nin 3.12.1992, 11895/12191 sayılı kararı (a.k., s. 582).

(38) 2. CD.nin 8.9.1992, 7484/7997 sayılı kararı (a.k., s. 582).

(39) Y. 4. CD.nin 16.6.1992 T. 3583/4321 sayılı kararı (YKD. 1993/6 s. 938).

II- Maddi Konu - Saldırganlık

Sarığın sarhoş olmasının yanısıra aşağıda belirtilen ve saldırganlık olarak nitelenen eylemleri gerçekleştirmesi gerekir. Sarığın sarhoşluk hali, TCY.nın 571. maddesi kapsamına ve tanımına girecek sarhoşluk olmalıdır.

a- Başkasına Tecavüz

Yasa 'başkasına' dediğine göre, kişiye yönelik bir eylem sözkonusudur. Bu kişi gerçek yada tüzel kişi olabilir(40). Bu kişi saldırgan dışında bir kişidir.

Tecavüz olarak adlandırılan eylem, başkasının sağlığına, özgürlüğüne veya sahip olduğu haklarını kullanmasına engel olan, onu inciten eylemdir. Böyle bir eylem, saldırgan sarhoşluk suçunun yanında etkili eylem, hakaret, ızzar, meskun mahalde silah atma... gibi başka bir suçuda oluşturabilir(41).

b- Umumun İstirahatını Bozmak

Sarığın gerçekleştirdiği eylem, başkasına tecavüz özelliğine sahip olmasının yanısıra, kamunun genel ve alışlagelmiş düzenine bir müdahaleyi de içermelidir. aslında, bütün suçların kamu düzenini bozduğu söylenebilir. Kamunun düzeninin bozulması, eylemin gerçekleştiği toplumsal çevre ile o toplumun eğitim ve kültürel durumuna göre de değişir. Hangi eylemlerin umumun istirahatını bozduğunun tesbiti, o somut eylemin özelliklerinin yanısıra, uygulamada yargı kararlarının ortaya çıkardığı istikrarlı gelişiminden de anlaşılabilir(42).

(40) Y. 9. CD.nin 7.4.1981 T. 1282/1369 sayılı kararı (YKD. 1981/8. s. 1075).

(41) Örneğin; "Sarığın girdiği bahçe umumun giremeyeceği mesken veya müstemilatından ise sahibinin isteğinin aksine oraya girmekle saldırgan sarhoşluk suçu tamamlanmış olur. Sarığın sarhoş bir halde küfrettiği yer herkesin girebileceği yerlerden ise yine saldırgan sarhoşluk suçu tamamlanmıştır" (2. CD.nin 27.5.1982 T. 3688/3618, YKD. 1982/9, s. 1333), "Sarhoş olduğu anlaşılan ve geç vakit sokakta yüksek sesle konuşan ve kendisini ikaz eden polis memuruna ana avrat söven sarığın suçu mütecaviz sarhoşluk suçunu oluşturacağından eylemi TCK.nun 572. maddesine uygundur" (YCGK.nun 2.10.1967 T. 316/271 sayılı kararı). "T.C. Yasasının 571. maddede öngörülen biçimde sarhoş olan sarığın, görevli Jandarma Komutanına sövdüğü oluş ve kabulden anlaşılmasına göre, sarhoşluk suçunun saldırgan hale dönüştüğü" (4. CD.nin 9.3.1999 T. 1999/1222-2448 sayılı kararı).

(42) Örneğin; "Meskun yerde alkolün etkisiyle silah atan sarığın eylemi, (başkasına tecavüz) niteliğinde olmayıp (halkın rahatını bozacak) davranış olduğundan TCK.nun 571. maddesine uyan suçu oluşturur." (2. CD.nin 9.2.1996 T. 1996/966-1255, YKD. 1996/9, s. 1485), "Çeşme başında içki içmekten ibaret eylemin şartları oluştuğu takdirde TCK.nun 571 veya 547. maddelerindeki suçu oluşturabileceği" (2. CD.nin 5.4.1990 T. 1990/3188-3734, Kararlar Dergisi 1990/3, s. 24).

c- Suçun Sarhoşlukla İşlenmesi

Yukarıda a ve b başlıkları altında açıklanan eylemlerin sanığın sarhoşluğunun etkisi ile gerçekleştirilmesi gerekir. Sarhoşluğun etkisi olmadan gerçekleştirilen eylemler, bu suç dışında başka bir suç oluşturabilir. T.C.Y.nın 571. maddesi anlamında sarhoşluk, sarhoşluğun umumi veya umumun girebileceği yerlerde halkın rahatını bozacak veya rezalet çıkaracak surette ve aşikar biçimde olması ile gerçekleşir. Sarhoşluk böyle bir sonucu doğurmuyorsa, sadece alkol almak veya sarhoş olmak suçun oluşumu için yeterli değildir(43).

III- Manevi Unsur

Sarhoşluk suçu, suçu işleyenin iradesi ve kasten gerçekleştirdiği eylemi ile meydana gelir. Sarhoş olan kişinin, sarhoşluğun verdiği etkiden dolayı iradesi ile hareket edemeyeceği düşünülebilir. Kaldı ki, alkol alanlar genellikle, suç işlemek için değil, alkol almış olmak için veya bir kısım sorunlarından uzaklaşmış olmak için alkol alırlar. Suç işlemek için alkol alanlar yok denecek kadar azdır. Sarhoş iken suç işleyenlerin iradeleri yerinde olmayabilir. Bu durumda olanların suç anında kasten hareket ettiklerinin isbatına kalkılırsa, bu isbat faaliyeti sonuçsuz kalmaya mahkum olacaktır. Bu sonuçsuzluk karşısında, sarhoş olmaya götüren davranışlardaki kastın varlığını arama durumu ortaya çıkacaktır. Yani, kişinin sarhoşluk neticesine yol açan eylemlerinin kasıtlı olup olmadığını araştırmak gerekecektir ki, bunun dışında da sağlıklı bir yol görünmemektedir.

"Sanığın (alkollü idim hatırlamıyorum) şeklindeki savunmasında iddia ile tanık hazırlık soruşturmasındaki anlatıma rağmen alkollü olarak sebepsiz yere müştekiyi darp eden sanığın mahkumiyeti yerine beraatine karar verilmesi"(44).

IV- Sarhoşluk ve Haksız Tahrik

Bir kabahat olan saldırgan sarhoşluk suçu ile haksız tahrik birarada bulunmaz.

"Kabahat türünden olan müteceviz sarhoşluk suçunda TCK.nun 51. maddesinin uygulanamayacağıının düşünülmemesi"(45).

"Sarhoşluk suçunda TCK.nun 51. maddesinin uygulanmayacağıının gözetilmemesi, bozmayı gerektirmiştir"(46).

(43) Örneğin; "Sanığın mağduru haksız davranışı sonucu yaraladığının kabulü karşısında, T. Ceza Yasası 571. madde çerçevesinde sarhoş bulunduğu sırada suçu işleyip işlemediği saptanmadan, saldırgan sarhoşluk suçundan cezalandırılması yasaya aykırıdır" (Y. 4. CD.nin 10.6.1997, 1997/5156-5045).

(44) Y. 2. CD.nin 29.4.1999 T. 1324/5592 sayılı kararı (Erol, s. 1269).

(45) Y. 2. CD.nin 9.6.1999 T. 4972/8122 sayılı kararı (a.k., s. 1266).

(46) Y. 2. CD.nin 16.1.1999 T. 14220/213 sayılı kararı (Erol, s. 1272).

Yukarıda iki örneği sunulan kararında ve genel uygulaması bu yönde olan Yargıtayın bir kararında karşı oy olarak;

"T.C. Yasasının 572. maddesiyle ilgili hükümde 51. madde uygulanmalıdır. Yerleşik görüş yerinde değildir"(47) şeklinde görüş bildirilmiştir.

V- Suçun Takibi

Saldırgan sarhoşluk suçu, kamuya yönelik bir suçtur ve suçtan zarar görenlerin şikayetinin olup olmasına bakılmaksızın resen takibi gereken suçlardandır.

VI- Suçun Cezası

Saldırgan sarhoşluk suçunda yasa, seçeneksiz olarak hürriyeti bağlayıcı ceza öngörmüştür. Cezanın alt sınırı iki ay hafif hapis üst sınırı ise iki yıl hafif hapistir. Verilen hürriyeti bağlayıcı cezanın para cezasına çevrilmesi mümkün ise de, sanığın belirlenen cezası için önödeme çıkarmak mümkün değildir.

D- SONUÇ

Ceza hukukunun hafif suçları olarak nitelenebilen kabahatler arasında düzenlenen sarhoşlukla ilgili suçlara, uygulamada sıkça rastlanmaktadır. Her dakika değişime uğrayan ve sonunda kaybolan bir görüntü veren sarhoşluk gerçekleşmediği zaman, trafik polisinden başka, alkol almak ne hakimi, ne hekimi, ne savcıyı, ne de herhangi bir vatandaşı ilgilendirmez. Normal koşullarda kişinin alkol almasını engelleyici hukuksal bir düzenleme de yoktur.

Toplumsal düzeni bozan sarhoşluk ve bunun etkisi altında gerçekleşen suçlar için kovuşturma ve yargılama uzun bir süreçte gerçekleşmekte ve mahkemeler meşgul edilmektedir. Buna karşılık verilen cezaların suçun ve sebeplerinin ortadan kaldırılması bakımından etkin bir caydırıcılığının olduğu da söylenemez. Oysa idari cezalar bu tür suçların önlenmesi bakımından daha etkindir. Mevzuatta da benzer eylemler için zabıtaya kapatma, yakalama, etkisiz hale getirme, para cezası uygulama gibi yetkiler tanınmıştır. İdarenin uyguladığı bu yaptırımlar, mahkemelerce verilen cezalara göre daha caydırıcı olmaktadır. Bu nedenle, TCY.da düzenlenen ve sarhoşluğa bağlanan bir kısım suçların suç olmaktan çıkarılarak idari yaptırımlara bağlanmasında yarar olduğu kanaatindeyiz.

— oOo —

(47) Y. 4. CD.nin 22.1.1997 T. 1996/9367, 1997/270 sayılı karara karşı.

SUÇTA İTİYAT

İlhan ÜZÜLMEZ (*)

ANLATIM DÜZENİ: A- Tanımı ve Hukuki Niteliği. 1- Tanımı. 2- Hukuki Niteliği. B- Benzer Kurumlardan Farklılıkları. 1- Tehlikeli Hal ve İtiyat. 2- Müteselsil Suç - İtiyadi Suç. 3- Suçta İtiyat - Suçta Tekerrür. C- Hukukumuzda Suçta İtiyat. 1-Basit İtiyadi Suç. 2- Nitelikli İtiyadi Suç. D- TCK. 1997 Tasarısında İtiyadi Suç. Sonuç.

A- Tanımı ve Hukukî Niteliği

1- Tanımı

İtiyat, huy, alışkanlık veya âdet edinme anlamlarına gelmektedir(1). Hukukî terim olarak ise, suç ve suçluların niteliği olarak kullanılabilir. İtiyat, suç açısından ele alındığında itiyadi suç, suçlular söz konusu olduğunda ise itiyadi suçlu kavramları ortaya çıkmaktadır. Şu halde itiyadi suç ve itiyadi suçlu tanımlarının ayrı ayrı yapılması gerekmektedir.

İtiyadi suç, failin suçu işlerken aynı hareketi tekrar etmesi ve bunun bir itiyat haline gelmesi durumunda ortaya çıkan suç olarak tanımlanabilir(2). Diğer ifadeyle itiyadi suçlar, aynı cins hareketlerin itiyadın varlığını gösterecek şekilde tekrarlanmasıyla meydana gelen suçlardır(3). Görüldüğü gibi kanun koyucu, itiyadi suçlarda neticenin meydana gelebilmesi için "aynı hareketin" belli sayıda tekrarlanmasını ve bunun itiyat derecesine varmış olmasını aramıştır(4). Bu tür suçlara basit itiyadi suçlar denilmektedir; zira suçun basit şeklinin meydana gelebilmesi için itiyat aranmaktadır(5).

(*) Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Araştırma Görevlisi

(1) Meydan Larousse Büyük Lügat ve Ansiklopedi, C. VI, İstanbul 1976, s. 610; Örnekleriyle Türkçe Sözlük, C. II, MEB. Yayınları, Ankara 1995, s. 1449

(2) Meydan Larousse Büyük Lügat ve Ansiklopedi, C. VI, İstanbul 1976, s. 610.

(3) Mehmet Emin Artuk, *Ceza Hukuku El Kitabı*, İn: "Suç Genel Teorisi", 1. Bası, İstanbul 1989, s. 196.

(4) Bahri Öztürk - Mustafa R. Erdem - Veli Özer Özbek, *Öztürk Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 4. Bası, Ankara 1998, s. 143.

(5) Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. I, 11. Bası, İstanbul 1994, s. 376.

İtiyadi suçlu ise; "toplum için tehlikeli olduğunu kabul ettirmeye yetecek sayı ve ağırlıkta suç işleyen kimse" şeklinde tanımlanabildiği gibi; "sosyal ve adli geçmişi ile şahsiyetin incelenmesi neticesinde yeni bir takım suçlar işlemek ihtimalinin varlığını ve binnetice tehlikeli halde bulunduğunu ortaya koyan kimse"(6) olarak da tarif edilebilir. İtiyadın bu şekline nitelikli itiyadi suç da denilmektedir(7).

2- Hukukî Niteliği

Kanunlar, suçları cürüm, cünha ve kabahat gibi çeşitli ayrımlara tabi tutarlar. Nitekim Kanunumuz da suçları cürüm ve kabahat olarak ikiye ayırmıştır (TCK. m. 11). Ancak, ceza hukuku teorisinde suçlar, kanunî ayırımın yanı sıra hareketin sayısı, neticenin beliriş biçimi ve suçların hedefi veya amacına bakılarak da gruplandırılmaktadır. İşte bu ayrımlardan biri olarak suçun hareket sayısına ve işleniş biçimine göre basit suç - itiyadi suç ayrımı yapılmıştır(8). Bu ayırmada basit suçlar; bir defa işlenmesi ile tamamlanarak cezayı gerektiren eylemlerdir. İtiyadi suçlar ise yalnız bir kez işlenmesi cezayı gerektirmeyen, suçun oluşabilmesi için eylemin birkaç defa işlenmesi şart olan suçlardır(9). Şu halde itiyadi suç tipi ile kanun koyucu, bazı yararların bir kez ihlalini korumaya değer bulmamakta, ancak aynı hareketlerin tekrarlanmasını ve aynı yararın, itiyadın oluştuğunu kabul ettirecek şekilde ihlal edilmesini aramaktadır(10).

İtiyadi suçlar, dış görünüşleriyle, birden çok hareketli suçlara, aynı tür hareketlerin tekrarlanması sonucunda meydana gelmeleri bakımından benzetilmektedirler. Ancak bunları birbirinden ayıran husus, itiyadi suçta hareketlerin, itiyadın varlığını gösterecek biçim ve sayıda tekrarlanmalarının gerekli oluşudur(11).

Suçta itiyadın ağır şekli olan itiyadi suçlulukta ise; daha çok suçlu kişilik dikkate alınmakta, onun suç işlemeye olan yatkınlığı ve alışkanlığı değerlendirilmektedir. Bu değerlendirmede itiyadi suçlu olarak nitelendirilen kişinin işlemiş olduğu suçlar (objektif şart) ve yaşayış tarzı, suç işleme eğilimi ve olasılığı (sübjektif şart) göz önüne alınmaktadır(12). İtiyadi suçluluğun belirlenmesinden sonra ise, bu kişilerin yeni işledikleri suçların cezaları genellikle ağırlaştırılmakta veya cezaya ek olarak bir emniyet tedbirine hükmedilmektedir.

(6) Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. III, 11. Bası, İstanbul 1994, s. 122.

(7) Dönmezer - Erman, C. I, s. 376.

(8) Tahir Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 3. Bası, İstanbul 1953, s. 92, 100.

(9) Taner, s. 100.

(10) Vidal-Magnol, *Ceza Hukuku*, Çev: Şinasi Z. Devrin, Ankara 1946. s. 96.

(11) Uğur Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, Ankara 1970, s. 42.

(12) Dönmezer - Erman, C. III. s. 126.

İtiyadi suçluluk, pozitivist okulun suçtan çok suçluyu ön plana alan genel suç teorisiyle birlikte önem kazanmıştır(13). Hakikaten pozitivist okulun düşüncesine göre; itiyadi suçlu kendine özgü biyolojik ve psikolojik bir fizyonomiye sahip, anormal, tehlike hali yoğun bir suçludur(14). Gerçi ilk zamanlarda tekerrür ve suçta itiyat birbirine karıştırılmışsa da(15) yüzyılımızın başından itibaren bu iki kurum ayırt edilmiş ve suç işleme itiyadı gösteren failler hakkında uygulanacak yaptırım ve emniyet tedbirleri belirlenmeye başlanmıştır(16).

Bu noktada, itiyadi suç ile itiyadi suçlu kavramlarının üst bir kavram olan "suçta itiyat"da birleşmekle birlikte; aslında birbirlerinden farklı oldukları ortaya çıkmaktadır(17). Gerçekten, itiyadi suçta "itiyat" kavramı o suçun unsurlarından biridir. Bu unsur yoksa işlenen eylemler suç oluşturmaz(18). Diğer ifade ile itiyadi suçlarda, diğer suçlarda olduğu gibi tek eylem cezalandırılmamakta, birbirinden ayrı ve bağımsız fiiller topluluğu cezalandırılmaktadır. Yani tek bir eylemi suç saymayan kanun koyucu, ancak bu eylemin tekrarlanmasını suç saymaktadır(19). Hemen belirtelim ki, bir suçun itiyadi suç olup olmadığını anlamak için onun tanımına bakmak gerekmektedir(20).

B- Benzer Kurumlardan Farklılıkları

1- Tehlikeli Hal ve İtiyat

Tehlikeli hal pozitivist okulun ceza hukuku bilimine kazandırdığı bir kavramdır. Ayrıca pozitivistlerin yaptırımı suçlunun kişiliğine uydurmada kullandıkları başlıca ölçülerden de biridir. Tehlikeli hal, bir kimsenin ister doğuştan, ister çevreden gelen etkiler dolayısıyla ceza kanununa aykırı eylemler işlemek hususundaki eğilimi olarak tanımlanmaktadır. Bu eğilimi göz önünde tutan kanunlar, tehlikeli halde buldukları kabul edilen suçlu grupları (mükerrer, itiyadi, profesyonel ve eğilimli) oluşturmuşlardır. Bu gruplardan birine giren suçlular için cezanın ağırlaştırılması veya ceza çeşidinin değişmesi yahut da ceza yanında emniyet tedbiri uygulanması öngörülmüştür(21).

(13) Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. II-III, 2. Bası, İstanbul 1992, s. 675.

(14) Dönmezer - Erman, C. III, s. 121.

(15) Erem - Danışman - Artuk, s. 650

(16) Önder, s. 675.

(17) Faruk Erem - Ahmet Danışman - Mehmet Emin Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara 1997, s. 650.

(18) Erem - Danışman - Artuk, s. 652.

(19) Erem - Danışman - Artuk, s. 652.

(20) Taner, s. 101.

(21) Sulhi Dönmezer, *Tehlikeli Hal*, İÜHFM. C. X, Sayı 1-2, s. 179-189; Dönmezer - Erman, C. III, s. 119.

Görüldüğü gibi itiyadi suçlu, tehlikeli halde bulunan suçlu grubuna girmektedir. Şu halde suç işlemeyi alışkanlık haline getirme, yani itiyadi suçluluk tehlikeli halde bulunmadan başka bir şey değildir. Esasen itiyadi suçluluk, tehlikeli hali oluşturan halkalardan birisidir.

2- Müteselsil Suç - İtiyadi Suç

Müteselsil suç, aynı suç işleme kararının icrasıyla kanunun aynı hükmünün birden fazla ihlalidir (TCK. m. 80). Aynı suçu işleme hususundaki karar birliğini dikkate alan kanun koyucu, eylemleri tek eylem gibi cezalandırmış, ancak cezada bir artırımı kabul etmiştir. Müteselsil suç, itiyadi suça aynı eylemin birkaç defa işlenmesi açısından benzemekle birlikte, aralarında farklar vardır. Şöyle ki(22): a) İtiyadi suçta eylemin bir defa işlenmesi suç teşkil etmemektedir. Halbuki müteselsil suçlarda aynı suç işleme kararına dayanarak işlenen eylemlerden her biri başlı başına bir suçtur. b) Manevi unsur açısından da fark vardır: İtiyadi suçta, suçu oluşturan toplam eylemlerden her biri için ayrı niyet bulunduğu halde, müteselsil suçta ise fiillerin hepsi için devam eden aynı suç işleme kararı dediğimiz kast vardır.

3- Suçta İtiyat - Suçta Tekerrür

Tekerrür, işlemiş olduğu bir suçtan dolayı kesin surette mahkum olduktan sonra belli süreler içinde yeni bir suçun işlenmesidir. Bu durumdaki kişinin içinde bulunduğu duruma ise mükerrirlik denir. Sonuçta ise yeni suçun cezası artırılmaktadır (TCK. m. 81). Suçta itiyatta da bir çok suç işlemek söz konusu olduğundan bu iki kurum birbirine benzemektedir. Bu yüzden pozitivist okul, itiyadi suçlu ve mükerrir suçlunun aynı anlama geldiğini kabul etmektedir(23). Pozitivistler itiyat ile tekerrürü aynı anlamda kabul etseler de bu iki kurum farklılık göstermektedir. Aşağıda, suçta itiyat ve tekerrür, daha sistematik olması bakımından itiyadi suçlu -mükerrir suçlu ve suçta itiyat- suçta tekerrür şeklinde ayrıma tâbi tutularak karşılaştırılacaktır.

a) İtiyadi suçlu - Mükerrir suçlu: Mükerrirlik, işlemiş olduğu suçtan kesin şekilde mahkûm olduktan sonra yeni bir suç işleyen kişinin içinde bulunduğu durumdur. Mükerrir suçlu bir çok suçlar işleyebilir ve hepsinden kesin surette mahkum edilmiş olabilir; fakat suç işleme itiyadını elde etmedikçe itiyadi suçlu sayılmaz. Yani mükerrir her defasında rastlantısal olarak suç işleyen kimse olabilir(24). Böyle bir durumda suç işleme eğilimi ve ihtimali bulunan bir kişi bulunmadığından, itiyadi suçluluk da söz konusu olamayacaktır.

(22) Taner, s. 102.

(23) Dönmezer - Erman, C. III, s. 123.

(24) Dönmezer - Erman, C. III, s. 123.

Ayrıca mükerrirlik için mahkûmiyete ihtiyaç vardır; ancak itiyattan doğan tehlikelilik mahkûmiyeti gerektirmez. Mahkûmiyet olabilir; ancak mahkûmiyet olmadan da itiyat denilen ruhî halet bulunabilir(25). Şu halde tekerrür, itiyadın varlığını gösteren bir işaret ve belirtidir; fakat itiyadın bulunduğunu kabule tek başına yeterli değildir(26).

b) Suçta itiyat - Suçta Tekerrür: İtiyadı suçta, suçun oluşabilmesi için aynı eylemin birkaç kez tekrarlanmasının gerektiğini yukarıda belirtmiştik. Tekerrürde de tekrarlanan, yeni olan bir şey vardır; fakat bu, aynı eylem olabileceği gibi (özel tekerrür TCK. m. 81/II, m. 85), farklı eylemlerde olabilir (genel tekerrür TCK. m. 81/I). İtiyatta da aynı hareketlerin tekrarlanmasına bağlı bir suç söz konusudur. Ancak kanun tekrar eden hareketleri bir bütün halinde suç sayıp cezalandırmaktadır. Oysa tekerrürde failin ilk hareketi esasen suçtur ve bundan mahkûm olmuştur. İkinci suçunda fail, esasen ilk eylemi suç olduğu ve bundan mahkûm olduğundan mükerrirdir. Kısacası mükerrirlik ikinci suçun kurucu unsurlarından biri değil; sadece failin ikinci suçunun cezasını ağırlaştırıcı bir şahsî niteliklidir. Fail mükerrir olmasa da işlenen eylem suçtur.

Ayrıca, tekerrürde ikinci suç, birinci mahkûmiyet veya bu mahkûmiyetin gereği olan cezanın infazından başlayarak belirli süreler içinde işlenmiş olmalıdır. Kanunumuza göre bu süreler beş ve on yıllık iki süreden oluşmaktadır (TCK. m. 81). İtiyadı suçta ise suçun meydana gelebilmesi için aynı olan ve tekrarlanan eylemler arasında ne kadarlık bir sürenin bulunacağına ilişkin düzenleme yoktur. Bu süreyi yargıç her somut olayda ayrıca takdir edecektir(27).

C- Hukukumuzda Suçta İtiyat

Hukukumuzda suçta itiyatla ilgili genel bir düzenleme yoktur. Ancak, basit itiyadı suçta ilişkin bazı özel kanunlarda; nitelikli itiyadı suçta ilişkin olarak ise, Ceza Kanunumuzun 572/III, 567/III ve 512/II maddeleriyle, 1705 numaralı "Ticarette Tağşişin Men'i ve İhracatın Murakebesi ve Korunması Hakkındaki Kanun"un 7. madde hükümleri bulunmaktadır. Yani itiyadın, suçun maddiyatına ilişkin kurucu bir unsur olduğu hale örneklik yapacak bir suç tipi Ceza kanunumuzda yoktur. Buna karşın, itiyadın bazı suçların ağırlaştırıcı nedeni olarak kabul edildiği hale bazı suç tiplerinde rastlanmaktadır. Hemen belirtelim ki; aslında bu suçlar tek hareketle işlendiklerinden basit suçlardır ve itiyat bu suçlarda basit şeklin cezasını ağırlaştırıcı bir nitelik taşımaktadır.

(25) Nurullah Kunter, *Sarhoşlukta İtiyat*, İÜHF. C. XIII, S. 3, 1947, s. 1607.

(26) Dönmezer - Erman, C. III, s. 123.

(27) Çetin Özek, *Suçta İtiyat - Tekerrür - Sarhoşluk*, İHF. C. XXVIII, 1962 Ayrı Bası, s. 252.

Özel kanunlar dışında itiyadi suç tipine ilişkin örnek bulamadığımız yürürlükteki ceza mevzuatımızın aksine 1274 tarihli Ceza Kanunumuzda birkaç eylem itiyadi suç olarak kabul edilmişti. Bu kanunda düzenlenen gençleri fuhşa teşvik etmek (m. 201), kumar oynatmak (m. 242) ve yakın akraba arası hırsızlık suçları (m. 216) itiyadi suçlardandı(28). Yürürlükteki Ceza kanunumuzda kumar oynatmak (m. 567) basit suçlardandır. İtiyat bu suçta cezayı ağırlaştırıcı bir nedendir (m. 567/III). Aynı şekilde, gençleri fuhşa teşvik (m. 435) ve akraba arası hırsızlık da (m. 524) basit suçlardandır(29).

1- Basit İtiyadi Suç

Basit itiyadi suçları, yalnız bir defa işlenmesi cezayı gerektirmeyen, suçun oluşması için eylemin birkaç defa işlenmesi şart olan suçlar şeklinde tanımlamıştık. Bu tür suçlara sadece itiyadi suçlar da diyebiliriz. Zira "nitelikli itiyadi suç" olarak belirtilen suçlarda esasen itiyadi suçluluk ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiştir. İtiyadi suçluluğun ağırlaştırıcı neden sayıldığı bu hallerde icra edilen ilk hareket suçun basit şeklini oluşturmakta ve hareketlerin tekrarlanması gerekmemektedir. Suçun basit şeklinin tekrar tekrar işlenerek alışkanlık haline getirilmesi ise, ceza siyaseti gereği ağırlatıcı neden olarak düzenlenmiştir. İşte bu nedenle basit itiyadi suçta sadece itiyadi suç; nitelikli itiyadi suçta ise itiyadi suçluluk veya nitelikli suçta itiyat demek daha yerinde olacaktır.

Basit itiyadi suçta ilişkin başka bir husus da şudur: Bilindiği üzere itiyadi suçta suç oluşuncaya kadar yapılan hareketler suç oluşturmamaktadır. Yine suçun oluşumu için temel alınacak bir önceki mahkumiyet de bulunmamaktadır. Şu halde itiyadi suçun teşekkül edip etmediğine kim, nasıl karar verecek sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu mesele, ya önceki hareketlerin sayısı ve şartları gösterilerek kanun tarafından ya da olaya bakacak yargıcın takdirine bırakılarak çözümlenir. Yani son noktada olaya vaziyet eden yargıç, hareketlerin itiyat oluşturacak ölçüde olup olmadığını takdir edecektir(30). Aşağıda detaylı bir şekilde incelenecek olan 3018 numaralı Kanunun 9/II hükmü birinci duruma, 2279 sayılı Kanunun düzenlemesi ise ikinci hale örnektir.

İtiyadi suç, itiyadi meydana getirecek sayıda hareketin yapılması ile oluşacağından suç da bu sayıyı meydana getiren son hareketin yapıldığı yer ve zamanda işlenmiş sayılır. Şu halde, son hareketin yapıldığı zamanda yürürlükte olan kanun uygulanır, zamanaşımı aynı andan itibaren işlemeye başlar(31).

(28) Taner, s. 101; Dönmezer-Erman, C. I, s. 375 dnp. 25; Maddeler için bkz: Ahmet Gökçen, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri**, İstanbul 1989, s. 151, 155, 160.

(29) Taner, s. 101.

(30) Özek, s. 252.

(31) Dönmezer - Erman, C. I, s. 376; Vidal - Magnol, s. 96.

Hukukumuzda itiyadi suçla ilişkin iki örnek vardır: a) Bunlardan ilki, 3018 nolu "Ticarette Tağışışın Men'i ve İhracatın Murakebesi ve Korunması Hakkındaki 1705 Numaralı Kanuna Ek Kanun"da bulunmaktadır. İç ve dış ticaret ile uğraşacak olan tüccarların uymaları gereken kuralları belirleyen 1705 sayılı "Ticarette Tağışışın Men'i ve İhracatın Mürakebesi ve Korunması Hakkındaki Kanun'a ek bir takım düzenlemeler getiren bu kanun, bunlara muhalefet eden ruhsatname sahiplerini 8, 9, 11 ve 14. maddelere göre cezalandırmaktadır. Bunlardan 9. madde itiyadi suçla ilişkindir. Madde, "8. maddede yazılı kabahatleri işlemeyi yahut dahil veya hariçteki taahhütlerini fena niyetle yerine getirmemeyi itiyat etmiş olan tacirler hakkında 1705 numaralı kanunun ceza hükümleri tatbik olunur. Ruhsatname müddeti içinde yu- karıdaki fıkrada yazılı kabahatlerin üç defa işlenmesi veya taahhütlerin aynı müddet içinde üç defa yerine getirilmemesi itiyat sayılır" şeklindedir.

Görüldüğü gibi kanun ile, 8. maddede yazılı kabahatleri işleyen veya içerideki ya da dışarıdaki yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüccarlar cezalandırılmaktadır. Ancak suçun oluşabilmesi için 9. maddenin II. fıkrasındaki şartlar içinde itiyadın oluşması gerekmektedir. Söz konusu ikinci fıkra, ticaret erbabı için verilen ruhsatname süresi içinde suç sayılan hareketlerin üç defa işlenmesini veya verilen sözlerin yine aynı süre içinde yerine getirilmemesini, itiyadi suçun oluşumu için öngörmüş bulunmaktadır. Şu halde yasaklanan eylemlerin bir veya iki kez ihlali suçla oluşturulamakta, ancak aynı eylemin üçüncü kez tekrarlanması halinde suç varlık bulmaktadır(32).

b) İkinci örnek Ödünç para verme işleri hakkındaki kanununun öngördüğü tefecilik suçuydu. Hemen belirtelim ki, bu kanunun tümü 30.09.1983 gün ve 90 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 16. Maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlüğü sırasında 2279 sayılı "Ödünç Para Verme İşleri Hakkındaki Kanun" faizle uğraşacak gerçek ve tüzel kişilerin uymaları gereken kuralları içermekteydi. Buna göre öncelikli kural, faiz işleriyle meşgul olabilmek için izin alınması (m.1) ve yine bu konuda belirtilen faiz oranlarına riayet edilmesiydi (m. 7). Kısacası kanunun öngördüğü şartlara aykırı olarak ödünç para verme işi ile meşgul olunması yasaklanmış, yasağa aykırı hareket tefecilik olarak nitelendirilmiş (m. 14) ve yaptırımını madde 17'de öngörölmüştü.

(32) "Suçlunun taayyün eden fiili 3018 sayılı kanunun 9 uncu maddesine muhalefet etmekten ibaret olmasına ve bu madde hükmünce itiyat hali suçun unsurunu teşkil eylesine göre mezkur maddenin matufunaleyhi olan 1705 numaralı kanunun 6. maddesi ile ceza tayini lazım geldiği ve suçun unsurunun cezanın teşdidine sebep tutulmasına kanunî cevaz bulunmadığı teemmül olunmadan hadisede tatbik kabiliyeti olmayan mezkur 7. maddesi ile ceza hükmolunması yolsuzdur." (T. 3. C.D. 17.07.1941, E. 5871, K. 6367; Kemal Bora - Baha Sossal - Payende Bora - Mukadder Soysal - Semiha Köksel - Fahreddin Örcün - Adil Galatalı, **Ceza Hükümlerini Havi Tam Metinli Hususî Kanunlar**, C. III, Ankara 1956, s. 868).

Görüldüğü gibi kanunla izinsiz ödünç para verme işini sürekli uğraş haline getirenler (meşgul olanlar) cezalandırılmıştır. Her ne kadar ilgili 14. maddede itiyat ibaresi kullanılmamışsa da, kanunun 1. maddesinde geçen "meşgul olan" ibaresi devamlılığı ve tekrarı kapsadığından, kanunun yasakladığı eylemin itiyadi suç olduğu kabul edilmiştir(33). Hemen belirtelim ki, 2279 numaralı kanunda 19.07.1960 tarihli ve 18 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce tefecilik suçunu düzenleyen 14. madde **izinsiz ödünç para verme işini itiyat haline getirenlerin** cezalandırılacağı hükmünü içermekteydi(34). Değişikle itiyat haline getirme ibaresi maddeden çıkarılmıştır. Ancak bu değişiklik tefecilik suçunun itiyadi suç olma vasfını etkilememiştir. Zira 2279 sayılı Kanunun 1. maddesinde geçen meşgul olma kavramının devamlılığı ve tekrarı gerektirdiği, bunun da itiyat edinme anlamına geldiği kabul edilmiştir(35).

Basit itiyadi suç konusuna son vermeden önce TCK.nun 478. maddesi hükmüne değinmek gerekmektedir. İtalyan mahkemeleri, 478. maddedeki aile fertlerine karşı fena muamele suçunu itiyadi suç olarak kabul etmişlerdir. Mahkemeye göre, sözü geçen suçun oluşması için mağdurun ruhen veya bedenen bir takım işkencelere sistematik surette tâbi tutmak amacına yönelmiş mahsus hareketlerin tekrarı gerekmektedir(36). Hukukumuzda bu görüş birkaç yazar dışında(37) fazlaca kabul görmemiştir.

2- Nitelikli İtiyadi Suç

a- Genel Olarak

Basit itiyadi suçların aksine nitelikli itiyadi suçta, itiyat, suça vücut veren bir unsur olmayıp, suçun basit şeklini ağırlaştırıcı nitelik taşımaktadır. Mevzuatımızda itiyadi suçun bu türüne ilişkin birkaç örnek bulmak mümkündür. Bunlar: TCK. m. 572/II, 512/II, 567/III ve 1705 sayılı "Ticarette Tağşişin Men'i ve İhracatın Mura-kebesi ve Korunması Hakkındaki Kanun"un 7. maddesidir.

(33) Dönmezer - Erman, C. I, s. 375.

(34) "2279 sayılı Kanunun 14. Maddesinde yazılı "itiyat" hali en az üç kişiye faizle izinsiz para vermekle tahakkuk eder." (T. 3. C. D. 12.11.1953, E. 8583, K. 11449; Kemal Bora - Baha Soysal - Payende Bora - Mukadder Soysal - Semiha Köksel - Fahreddin Örcün - Adil Galatalı, s. 451).

(35) Dönmezer-Erman, C. I, s. 375; "2279 sayılı kanunun 1. maddesine göre hükümetten izin almadan ödünç para vermeyi itiyat edinen kimsenin hareketi, sözü edilen kanunun 17. maddesine uyar, bu gibi şahısların aynı kanunun 9. maddesinde yazılı faiz haddini aşmamış veya 15. maddeyi ihlal etmemiş bulunmaları mahkûmiyetlerine mani değildir." (T. 3. C. D. 30.12.1955, E. 23987, K. 23988; Kemal Bora - Baha Soysal - Payende Bora, Mukadder Sosysal - Semiha Köksel - Fahreddin Örcün - Adil Galatalı. s. 453)

(36) Zikreden Dönmezer - Erman, s. 376.

(37) Nurullah Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi (Hareket - Netice - Sebebiyet Alâkası)**, İstanbul 1954, s. 18; Özek, s. 251.

İtiyadî suçluluğun cezaya etkili bir neden olarak kabul edildiği maddelere bakıldığında; ilk dikkat çeken hususun diğer maddelerin aksine TCK. m. 572/III'te itiyadın objektif şartlarının düzenlendiği görülmektedir. Gerçekten 572/II'de "Sarhoşluğu itiyat derecesine vardiıranlar altı aydan aşağı olmamak üzere hafif hapse mahkûm olurlar", III. fıkrada ise, "İki defa mahkûm olduktan sonra aynı fiili tekrar işleyenler o fiili itiyat edilmiş sayılır" denilmektedir(38). İtiyadî şiddet sebebi sayan ve fakat objektif şartlarını göstermeyen maddeler ile 572/III hükmü nasıl yorumlanacak veya bağdaştırılacaktır? Diğer ifadeyle, itiyadın objektif şartlarını gösteren 572/III hükmü sarhoşluk suçuna ilişkin olduğundan, mesela kumarda, suçtan elde edilen eşyayı satın almak veya saklamak yahut satmak suçunda itiyadın varlığını belirlemek için aynı ölçünün kullanılıp kullanılmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır(39). Bu sorunun çözümüne yönelik değişik görüşler ortaya çıkmıştır.

İlk görüş, bir kabahat olan kumar oynatma suçunda, yine bir kabahat olan sarhoşlukta itiyadın düzenlendiği hükmün dikkate alınması gerektiği yönündedir. Buna karşın, bir cürüm olan cürüm eşyasını satın almak veya saklamak yahut satmak suçunda itiyadın meydana gelebilmesi için daha önce mahkûmiyetin gerçekleşmiş olmasını aramamaktadırlar(40). Başka bir görüş(41) 572. maddede belirtilen objektif şartın yalnız bu madde için geçerli olduğu, diğer maddeler bakımından söz konusu olmadığı şeklindedir. Bu yazarlara göre; objektif şartların bu suçlar bakımından aranması her ne kadar failin lehine olsa da(42); diğer maddelerde itiyat hakkında kanunî bir tanım bulunmadığından, yargıç itiyadın varlığı için üçüncü mahkûmiyeti beklemek zorunda olmadığı gibi, yalnız üçüncü mahkûmiyetin bulunmasını da itiyat için yeterli görmeyebilir. Zira kanun sarhoşluk halinde üçüncü mahkûmiyeti itiyat için yeterli saymış, diğer suçlarda yargıcı bu hususu takdirde serbest bırakmıştır(43). Diğer bir ifadeyle failde, psikolojik bir durum olan itiyadî oluşturacak kadar yinelenmiş hareketlerin bulunup bulunmadığına bakarak yargıç itiyadî kabul veya ret edecektir(44). Bu sonuca göre, sarhoşlukta sadece objektif şartla yetinme zorunluluğu bulunduğu halde; diğer nitelikli suçta itiyad hallerinde ayrıca sübjektif şartın da gerçekleşmesi gerekmektedir(45).

(38) Bu fıkranın tarihi gelişimi hakkında bkz. Kunter, Sarhoşlukta İtiyat, 1605 - 1606.

(39) Dönmezer - Erman, C. III, s. 124.

(40) Önder, s. 678.

(41) Dönmezer - Erman, C. III, s. 124; Önder, s. 678; Faruk Erem, Türk Ceza Hukuku, Hususi Hükümler, C. II, Ankara 1962, s. 1145.

(42) Önder, s. 678.

(43) Dönmezer - Erman, C. III, s. 124.

(44) Erem, C. II, s. 1145.

(45) Dönmezer - Erman, C. III, s. 124.

Son görüş ise(46), TCK. m. 572/III'te gösterilen objektif şartın bütün nitelikli itiyadı suçlar için geçerli olduğu yönündedir. Zira bu görüşte olanlar, fıkradaki itiyat tanımının genel nitelik taşıdığını, bu nedenle itiyadı şart koşan bütün hallerde uygulanabilir olduğunu kabul etmektedirler. Yargıtay da bu son görüşten yana gibi görünmektedir. Her ne kadar TCK. m. 512/II'deki ağırlaştırıcı hale ilişkin herhangi bir Yargıtay kararına rastlayamamışsak da; TCK. 567/II. madde ile ilgili verilmiş olan bir kararda, TCK. m. 572/III'teki objektif şart aranmaktadır(47).

Hemen şunu belirtelim ki, TCK. 567. maddenin düzenleniş biçimi birinci görüşü destekler niteliktedir. Kumar suçunu cezalandıran 567. maddenin ilk fıkrasında "Her kim, umuma mahsus veya umuma açık yerlerde kumar oynatır veya oynatmak için yer gösterirse cezasına ve tekerrürü halindecezasına mahkûm olur", denilmektedir. Görüldüğü gibi, kanun koyucu suçun ilk kez işlenmesi halindeki cezayı belirledikten sonra, suçun tekerrür etmesi halindeki cezayı ayrıca göstermiştir. Diğer ifadeyle suçun tekerrürü halinde cezanın tayini genel hükümlere (TCK. m. 81-88) göre değil, bu özel hükme göre yapılacaktır. Hemen ardından gelen III. fıkranın "bu fiilleri itiyat edinmiş bulunduğu takdirde yukarıdaki fıkralarda yazılı cezalar bir misli artırılarak hükmolunur" ifadesiyle, yalnızca tekerrürden sonra işlenen yeni suçun itiyadı oluşturacağı gibi bir izlenim verilmiştir. Ancak bu görüntüye rağmen, tekerrürden sonra işlenen üçüncü fiilin itiyadı oluşturacağı yönünde kesinlik taşımayan bu hükme dayanarak, eylemin alışkanlık (itiyat) haline getirildiğini söylemek zordur. İtiyadın oluşup oluşmadığını yine olayı çözümleyecek olan yargıcın takdir etmesi yerinde olacaktır(48).

Yargıtay'ın görüşünün TCK. 572/III. fıkradaki hükmün genel nitelik taşıdığı yolunda olduğunu yukarıda söylemiştik. Yargıtay bu sonuca, itiyadın tekerrürün özel bir çeşidi olduğundan hareketle varmaktadır(49). Tabii ki, itiyadı, tekerrürün bir

(46) Taner, s. 101; Özek, s. 248;

(47) "Sanık, TCK.nun 567. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesindeki tekerrür hali oluştuktan sonra aynı suçu işlemiş olmasına göre, itiyat sebebi ile verilecek cezanın ikinci cümledeki ceza esas alınmak suretiyle hesaplanması gerekir." (2. CD. 23.09.1987 E. 1987/7086, K. 1987/7614, Kayıhan İçel - Feridun Yenisey, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları**, 4. Bası, İstanbul 1994, s. 913).

(48) Dönmezer - Erman, C. III, s. 124.

(49) "TCK.nun 572. maddesinin ikinci fıkrasında gösterilen ve bir nevi hususi tekerrür hali olan itiyat hükümlerinin tatbiki için...." (YCGK. 11.05.1959, E. 2/29, K. 29; Şefik Güner, **Türk Ceza Kanunu ve İlgili Yargıtay İçtihatları**, Ankara 1976, s. 391).

çeşidi olarak kabul edince; tekerrürün uygulanma şartlarını devreye sokma zorunluluğu kendiliğinden ortaya çıkacaktır(50). Ayrıca, eğer itiyat bir özel tekerrür hali ise bu iki kurumun aynı olayda uygulaması da gerekecektir ki, Yargıtay da verdiği kararlarla bu sonuca varmıştır(51).

Yine bu kabul ile, itiyada esas alınan önceki mahkûmiyetler arasında tekerrürde geçerli olan beş yıllık sürelerin geçmemesi gerektiği gibi; ikinci mahkûmiyetle itiyadı oluşturacak eylem arasında da bu sürenin aşılmaması gerekir(52). Bunlara ek olarak önceki mahkûmiyetlerin gereği olan cezaların da infazı gerekecektir. Gerçi bu hususta Yargıtay'ın aksi görüşleri var ise de(53), daha yeni tarihli kararlarında infaz şartını aramaktadır(54).

İtiyat tekerrürün bir çeşidi olarak kabul edilirse, önceki mahkûmiyetlerin hukuki varlıklarını sürdürüp sürdürmedikleri de önemli hale gelmektedir. Yani bu mahkûmiyetler, gerek aflu gerekse 647 sayılı kanunun 7. maddesiyle adli siciliden silinmemiş olmalıdır(55). Bu noktadan sonra Yargıtay'ın vardığı bu sonucun doğru olup olmadığını inceleyebiliriz.

- (50) "Afla eski mahkûmiyetlerin kanunî neticelerinin ve bu arada tekerrür ve itiyada esas olmak kabiliyetinin kalkmış olduğu gözetilmeden adı sarhoşluk faili olan maznuna 572/2. madde ile ceza tayini yolsuzdur." (Y. 4. C.D. 10.10.1950, E. 9987, K. 10716; Cemal Köseoğlu, **Haşiyeli Türk Ceza Kanunu**, 8. Baskı, İstanbul 1955, s. 723); "1- İtiyada esas alınan kabahat nevinden her iki mahkûmiyetin de, üzerlerinden bir yıldan fazla zaman geçtiği için 647 sayılı yasanın 7. maddesi uyarınca esasen vaki olmamış sayılacağından itiyada esas alınamazlar. 2- Tekerrüre esas alınan önceki mahkûmiyetin suç tarihinden önceki ve yasada belirtilen zaman dilimi içerisinde infaz edilmesi gerekir. 3- Vaki olmamış sayılması gereken ertelenmiş cezanın aynen infazına karar verilemez." (YCGK. 13.02.1989, E. 1989/4-515, K. 1989/45; İçel-Yenisey, s. 916).
- (51) "Sarhoşluk itiyadının kuvvetli bir tekerrür olduğu ve 572. maddenin ikinci fıkrası tatbik edildiği halde cezanın ayrıca 81/2. madde ile artırılması bozmayı gerektirmiştir." (Y. 4. C.D. 29.01.1952, 9.03.1954, E. 1062, 2834, K. 928, 2619, Teb. 4/405, 2/989 Nolu ilamlarından; Köseoğlu, s. 724); "Kabul bakımından hususi tekerrürü ihtiva eden 572. maddenin ikinci fıkrası tatbik edildiğine göre cezanın ayrıca 81. madde ile artırılması yolsuzdur." (Y. 4. C.D. 7.03.1957, E. 12761, K. 3436; Güner, s. 392); Kunter de Yargıtay'ın bu görüşüne katılmaktadır. Kunter, Sarhoşlukta İtiyat, s. 1606.
- (52) "TCK.nun 572. maddesinin ikinci fıkrasında gösterilen ve bir nevi hususi tekerrür hali olan itiyat hükümlerinin tatbik edilebilmesi için son sarhoşluk suçunun işlenme tarihi ile itiyada esas olacak evvelki iki sarhoşluk mahkûmiyetlerinin kat'ileşme tarihleri arasında 81. maddedeki müddetlerin yani 5 senenin geçmemiş olması icap eder." (YCGK. 11.05.1959, E. 2/29, K. 29; Güner, s. 391); "Sarhoşlukta ilk cezasını yerine getirilmesinden itibaren son suçun işlendiği tarihe kadar 5 yıldan fazla bir süre geçtiğinden, ilk suç alışkanlığa (itiyada) esas alınmaz." (4. C.D. 30.01.1987, E. 1986/11514, K. 1987/808; İçel-Yenisey, s. 916).
- (53) "İtiyadın tekevünü için kesinleşmiş iki sarhoşluk mahkûmiyeti kafi olup, bu mahkûmiyetlerin ayrıca infaz edilmesi şart değildir." (Y. 2. C. D. 5.04.1951, E. 3944, K. 3826 ve 4. C. D. 9.04.1952, E. 3134, K. 3696, Teb. 5/1628 nolu ve Ceza U. H. nin 11.02.1952 ve E. İtiraz: 33, 48, K. 22, 34, İtirazname: 952/7, 22 nolu ilamlarından; Köseoğlu, s. 723).
- (54) "Sarhoşlukta ilk cezasını yerine getirilmesinden itibaren son suçun işlendiği tarihe kadar 5 yıldan fazla bir süre geçtiğinden, ilk suç alışkanlığa (itiyada) esas alınmaz." (4. C. D. 30.01.1987, E. 1986/11514, K. 1987/808; İçel - Yenisey, s. 916).
- (55) "Kanunî neticeler arasında tekerrüre esas olmak ve dolayısıyla ağırca bir tekerrür şeklinden başka bir şey olmayan itiyadın husulüne hizmet etmek kabiliyetinin dahi kalktığı gözetilmeden aften önceki sarhoşluk mahkûmiyetlerine dayanılarak sarhoşluktan maddenin itiyada müteallik fıkrasının tatbiki bozmayı gerektirmiştir. (Y. 4. C. D. 30.11.1950, E. 10685, K. 11508, Teb. 6/4360 nolu ilamından; Köseoğlu, s. 723); "Sanık sarhoşluk suçunu öteki cezanın infazından bir yıl geçtikten sonra işlediğine göre, adli sicildeki hükümlülük kaydının silinmesi ve oluşmamış kabul edilmesi gerekir. Sarhoşluk nedeniyle TCK.nun 572. maddesinin 2. bendi yerine 1. bendi uygulanmalıdır." (Y. 4. C. D. 13.02.1989, E. 1989/4-515, K. 1989/45; İçel - Yenisey, s. 916).

Bu sorunun cevabı, itiyadın tekerrürün bir çeşidi olup olmadığına bağlı olarak değişecektir. Kanımızca itiyat, tekerrürün bir çeşidi değildir. Bir an için itiyadı tekerrürün ileri bir safhası, bir çeşidi olarak kabul etsek dahi, bu özel tekerrür değildir; olsa olsa ağırlaşmış özel tekerrürdür (TCK. m. 85)(56). Çünkü, kanunun aynı hükümün üçüncü kez ihlali söz konusudur. TCK. m. 81/II'de düzenlenmiş bulunan, aynı suçtan ikinci kez mahkûm olma hali özel tekerrür olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi itiyadı özel tekerrür olarak kabul etmemiz mümkün değildir. Ağırlaşmış özel tekerrür de olamaz: Zira genel hükümler arasında ağırlaşmış özel tekerrürü düzenleyen ayrı bir madde bulunmakta ve bu maddede itiyadın kabul edildiği hallerin ağırlaşmış özel tekerrür olduğunu belirten veya itiyadın uygulandığı yerde bu tekerrür çeşidinin uygulanmayacağına dair özel bir düzenleme de bulunmamaktadır. Şu halde kanun koyucu daha etkin bir mücadele için nitelikli itiyadi suç olarak öngörülen suçların alışkanlık haline getirilmesini daha ağır cezalandırmıştır.

Ayrıca itiyat, tekerrürün bir çeşidi olmayınca iki kurum bir olayda birleşebilecektir. Bu durumda birleşme halinde nasıl hareket edileceği sorunu ortaya çıkmaktadır: Erem, böyle hallerde tekerrürün, itiyatta mevcut sayılacağını ve sadece daha fazla cezayı artıran sebebe göre cezanın ağırlaştırılacağını söylerken (57); Özek, itiyat sebebiyle cezanın ağırlaştırılmasının tekerrür hükümlerinin uygulanmasına engel olmadığını, yani üçüncü fiilin işlenmesi halinde şartları bulunuyorsa yargıç itiyat sebebiyle cezayı arttırdıktan sonra, yine şartları mevcutsa vereceği bu cezayı tekrarlanmış özel tekerrür sebebiyle de TCK. 85. maddeye göre arttıracığını ifade etmektedir(58).

İtiyat ile tekerrür arasındaki bir diğer fark da şudur: Tekerrürde ceza artırımını bir oran dahilinde yapılmaktadır (örneğin 1/6 kadar gibi TCK. 81/I). İtiyatta ise cezanın asgarî haddini suçun basit şekline göre artırmakla yetinilmiştir. Eğer itiyat tekerrürün bir çeşidi olsaydı artırım oranları belli bir nispet dairesinde yapılırdı. Bu da gösteriyor ki, itiyat tekerrürün bir çeşidi değildir(59).

İtiyadın tekerrürün bir çeşidi olmadığı sonucuyla birlikte, önceki mahkûmiyetler arasında Yargıtay tarafından aranan beş yıllık tekerrür süresinin de uygulanma imkanı kalmamaktadır. Peki itiyadi suçlarda önceki mahkûmiyetler arasında hiçbir süre aranmayacak mıdır? Ne kadar süre geçerse geçsin itiyadi suçun olduğu mu kabul edilecektir? Bu hususta, Yargıtay'ın kanaatinin aksine olarak, genel olarak

(56) Özek, s. 250).

(57) Erem, C. II, s. 1145.

(58) Özek, s. 251.

(59) Özek, s. 248 - 249.

zamanaşımı müddetleri kabul edilmektedir. Diğer ifadeyle, itiyadi suçu meydana getiren çeşitli hareketler arasında zamanaşımı sürelerinden fazla bir sürenin bulunmaması gerekir. Yoksa, bu süreden önce yapılan hareketler itiyadi suç bakımından hesaba katılmaz(60).

Uygulanacak zamanaşımı ise, TCK. m. 572/II bakımından ceza zamanaşımıdır; esasen üçüncü fiilden dava açıldığı için dava zamanaşımından söz etmek mümkün değildir. Diğer suçlarda ise bu süre dava zamanaşımı süresidir; yani TCK. 512/II, 567/III ve 1705 sayılı kanunda öngörülen itiyadi suçlarda dava zamanaşımı süresi uygulanmalıdır. Sürelerin itiyadi sarhoşlukta ilk eyleme ait mahkûmiyetin kesinleşmesinden; diğer suçlarda ise ilk suçun işlenmesinden itibaren başlaması gerekir. Hemen belirtelim ki, 572/III'te belirtilmiş olan itiyadi suç tanımını genel tanım kabul edenlere göre bütün nitelikli itiyadi suçlarda ceza zamanaşımı uygulanacaktır(61).

Sonuç olarak, 572/III'te yapılmış olan itiyadi suç tanımının genel bir tanım olmadığı neticesine varmış bulunuyoruz. Buna göre itiyadî sarhoşlukta, diğer itiyadî suçlardan farklı olan, önceki eylemler hakkında kesinleşmiş iki mahkûmiyet hükmünün bulunmasından sonra işlenen üçüncü eylemle birlikte itiyadın var olduğunun kanunen kabul edilmesidir. Kanun koyucu diğer itiyadi suçların aksine, burada itiyadın oluşup oluşmadığı konusunda yargıca takdir hakkı bırakmamış, üçüncü eylemle birlikte itiyadın oluştuğunu kabul etmiştir. Yalnız burada, itiyadi oluşturan son eylemin ilk mahkûmiyete ait ceza zamanaşımı süresi içinde işlenmiş olmasına dikkat edilmesi gerekmektedir. Diğer itiyadi suçlarda ise yargıç itiyadın oluşup oluşmadığı hakkında karar verirken, bunlar hakkında daha önce verilmiş bir mahkûmiyeti araştırmayıp, sadece eylemin alışkanlık haline getirilip getirilmediğini takdir edecektir. Diğer ifadeyle yargıç, failde psikolojik bir hal olan itiyada delâlet edecek derecede tekrarlanmış fiillerin bulunup bulunmadığına bakarak itiyadi kabul veya ret edecektir(62). Var olan önceki mahkûmiyetler ise, itiyadın oluşup oluşmadığı konusunda yargıca bir ip ucu verebilir. Yine, her ne kadar itiyat için aynı fiilin en az üç kez ihlal edilmiş olmasının gerektiği kabul edilmekteyse de; yargıç üç ihlalin varlığını itiyat için yeterli görebileceği gibi, yeterli de görmeyebilir. Ayrıca bir kimse hakkında evvelce itiyadın kabul edilmiş olması, bu mahkûmiyetinden sonra işlediği diğer suçlarda da mutlaka itiyadın kabul edileceği anlamına gelmez. Zira iki mahkûmiyet arasında fail, bu çeşit faaliyetlerden uzak kalmış olabilir(63). Bu noktadan sonra nitelikli ihtiyadi suçlar daha ayrıntılı bir şekilde incelenebilir.

(60) Dönmezer - Erman, s. C. I, s. 376.

(61) Özek, s. 251.

(62) Erem, C. II, s. 1145.

(63) Erem, C. II, s. 1145

b- Nitelikli İtiyadi Suçlar

aa- İtiyadi Sarhoşluk (TCK. m. 572/II): TCK. m. 571'de sadece sarhoşluk; 572/II'de kamunun istirahatını kaldıracak şekilde müteceviz sarhoşluk (mevsuf sarhoşluk); 572/II'de sarhoşluğun itiyat haline getirilmesi cezalandırılmıştır. İtiyat 572/III'te "iki defa mahkûm olduktan sonra aynı fiili tekrar işleyenler o fiili itiyat etmiş sayılır" şeklinde tarif edilmiştir. TCK.nun üçüncü kitabının üçüncü babının ikinci faslında düzenlenmiş olan sarhoşluk suçunun genel kapsamına baktığımızda; 571. maddede düzenlenen sarhoşluk suçunun yanında; yine bu maddede gösterilen biçimde sarhoş olmakla birlikte başkasına tecavüz edilmesinin, âdeta ağırlaştırıcı bir neden olarak kabul edildiğini ve yaptırımın ağırlaştırılmasını sonuçladığını görüyoruz. Bu noktada müteceviz sarhoşluk halinde, söz konusu tecavüzkâr hareketlerin başka bir suçu oluşturması durumunda, bu hareketlerin başka bir suçu oluşturmasınının 572. maddenin uygulanmasına engel olmayacağını belirtmek gerekir(64). Daha sonra 572/II ile sarhoşluğun alışkanlık haline getirilmesi cezalandırılmaktadır. İtiyadi sarhoşluğu cezalandıran hükmün uygulanma şartları şunlardır:

Bir kere fail daha önce iki kez sarhoşluk suçunda mahkûm olacak ve mahkûmiyet hükümleri kesinleşecektir. Hemen belirtelim bu mahkûmiyetlerin mevsuf sarhoşluktan olması şart değildir. Yani mahkûmiyetlerin her ikisi 571. veya 572. maddelerden olabileceği gibi; biri 571. maddeden diğeri 572. maddeden de olabilir. Her iki maddeden bulunan birer mahkûmiyet kararının itiyadi sarhoşlukta dikkate alınacağına 02.04.1947 tarihli İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunda oy çokluğu ile karar verilmiştir(65).

İkinci şart, failin sarhoşluk suçlarından kesinleşen iki mahkûmiyetten sonra üçüncü defa sarhoşluk suçunu işlemesi ve bu eylemin ilk mahkûmiyetin ceza zamanasını süresi içinde işlemiş olmasıdır. Bilindiği gibi Yargıtay itiyadi tekerrürün bir çeşidi kabul etmekte ve bu nedenle de ilk mahkûmiyetten sonra beş yıllık tekerrür süresinin geçmemiş olmasını aramaktadır.

bb- İtiyadi Kumar Oynatma (TCK. m. 567/III): İtiyadi kumar oynatma, kumar oynatma suçunun ağırlaştırıcı bir nedeni olarak TCK.nun 567. maddesinin III. fıkrası birinci bendinde düzenlenmiştir. Maddenin III. fıkrasında "fail bu fiilleri itiyat edinmiş bulunduğu takdirde yukarıdaki fıkralarda yazılı cezalar bir misli artırılarak

(64) Sulhi Dönmezer, *Ceza Kanununun 572. Maddesinin Tatbiki*, İÜHF.M., C. XV, 1949, S. III, s. 416 - 417; Sulhi Dönmezer, *İtiyadi Sarhoşluk Halinde 572. Maddenin Tatbiki*, İÜHF.M., C. X, 1944, S. I-II, s. 417 - 419.

(65) Kunter, *Sarhoşlukta İtiyat*, s. 1601 - 1603.

hükmolunur" denmektedir. Maddede "*yukarıdaki fıkralarda yazılı cezalar*" ifadesi geçmektedir ki; bununla kastedilen maddenin I. fıkrası olsa gerektir; zira II. fıkra, kumar oynanan yerde bulunan ve suçun işlenmesinde kullanılan eşyaların müsaderesine ilişkin bir hükümdür. Söz konusu birinci fıkranın ilk cümlesi "Her kim, umuma mahsus veya umuma açık yerlerde kumar oynatır veya oynatmak için yer gösterirse bir aydan altı aya kadar hafif hapis ve onbeşbin liradan otuzbin liraya kadar hafif para cezasına mahkûm olur" şeklindedir. Kumar oynatma suçunun tekrar etmesi halinin cezasını gösteren ikinci cümlede ise "ve tekrerrü halinde iki aydan bir seneye kadar hafif hapis ve otuzbin liradan altmışbin liraya kadar hafif para cezasına mahkûm olur" denilmektedir.

İtiyadı sarhoşluktan farklı olarak bu maddede itiyadın tanımı yapılmamıştır; yani itiyadın oluşup oluşmadığını yargıç takdir edecektir. Hemen belirtelim ki, bu maddede itiyadın tanımının yapılmamış olmasının bir anlamı vardır. Şöyle ki; eğer bu maddede itiyadın tanımı yapılmış olsaydı; üçüncü fıkrada geçen "*yukarıdaki cezalar bir misli artırılır*" ifadesindeki, "*yukarıdaki cezalar*" tabirinin sadece "*yukarıdaki ceza*" şeklinde olması gerekirdi. Aynı durum 572/III'teki tanımı genel nitelikte kabul etme halinde de geçerlidir. Zira, 567. maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesinde ilk kez kumar oynatma suçunu işleyenlerin cezası öngörülmüş, ikinci cümlede ise kumar oynatma suçunun tekrerrü halindeki ceza, genel hükümlere bırakılmayarak bizzat maddede gösterilmiştir. Daha sonra ise suçun alışkanlık haline getirilmesi üçüncü fıkra ile yaptırıma bağlanmıştır.

Şimdi, birinci fıkranın ikinci cümlesinin uygulanabilmesi için daha önce aynı suçtan bir defa mahkûm olmayı gerektirmektedir. Bundan sonra aynı suçun bir kez daha işlenmesi itiyadı kumar oynatma suçunu oluşturacak ve tekrerrü halindeki cezanın bir misli verilmeyle yetinilecektir. Oysa, 567. maddede itiyat tanımlanmayarak, bu suçu işlemeyi itiyat haline getirmiş ve fakat daha önce bir şekilde mahkûm olmamış kişilerin daha etkin bir biçimde cezalandırılmaları yolu açılmıştır. Bu durumda yargıç itiyadın oluştuğuna karar verebilecek ve birinci fıkradaki cezanın bir misline hükmedecektir. Eğer, fail mükerrir hale geldikten sonra yeni suçlar işler ve itiyadı suçlu durumuna düşerse, işte o zaman birinci fıkra ikinci cümledeki ceza bir misli artırılarak verilecektir(66). Görüldüğü gibi, 567. maddenin üçüncü fıkrasındaki "*yukarıdaki cezalar*" tabirinin bir anlamı vardır ki, bu da 572/III'teki itiyat tanımının genel bir tanım olmadığıdır.

(66) Özek aksi kanıdadır. Bkz: Çetin Özek, *Türk Ceza Kanununda Kumar Suçu*, İÜHF.M., 1963 C. XXIX, S. 1-2, s. 148 - 150.

Sonuç olarak, itiyadi kumar oynatma suçunda, itiyadın oluşabilmesi için Yar-
gıtay'ın kanaatinin(67) aksine daha önce iki kez mahkûm olmuş olmak şartı yoktur.
Suçun, itiyadın oluştuğunu kabule yetecek sayıda (en az üç kez) işlenmiş olması
yargıcın araştırması ve takdiriyle itiyat olarak kabul edilebilir. Bu durumda faille 567.
maddenin birinci cümlesindeki ceza bir misli artırılarak verilir. İtiyadi suçlu du-
rumundaki fail, aynı zamanda daha önce bu suçtan iki kez mahkûm olmuş bir ki-
şiye, 567. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi ve üçüncü fıkrası gereği onun
cezası daha fazla artırılacaktır.

cc- Cürüm Eşyasını Satın Almak ve Saklamak Suçunda İtiyat (TCK. m. 512/II): TCK.nun 512. maddesinde "bir cürümden hasıl olan para veya sair eşyayı kabul etmek", "saklamak", "satın almak", "her ne suretle olursa olsun kabul etmek, saklamak ve satmak hususlarında tavassut etmek" eylemleri cezalandırılmaktadır. İkinci fıkrada ise "eğer fail bu fiili itiyat etmiş takımından ise" cezasının artırılması öngörülmüştür. Kumar oynatma suçunda olduğu gibi, burada da itiyadın tanımı yapılmamış, bu hususu takdir etmek yargıcın takdirine bırakılmıştır.

Ceza artırımı öngören fıkrada, "eğer fail bu fiili itiyat etmiş takımından ise bir seneden aşağı olmamak üzere muvakkat sürgün cezasıyla beraber on sekiz bin li-
radan doksan bin liraya kadar ağır para cezasına mahkûm edilir" denilmektedir. Ancak, 647 sayılı kanunla sürgün cezasının kaldırılmış olduğu(68) göz önüne alındığında ne şekilde hareket edilmesi gerektiği boşlukta kalmaktadır. Önder bu fıkraı, "512. maddenin son fıkrası failin fiili itiyat etmiş takımından olması halinde cezanın bir seneden aşağı olmayacağını belirtmekte ayrıca sürgün cezasının da verileceği gösterilmektedir" şeklinde yorumlamaktadır(69).

**dd- 1705 Sayılı Ticarete Tağşişin Men'i ve İhracatın Murakebesi ve Ko-
runması Hakkında Kanunun 7. Maddesindeki Suç:** Kanun iç ve dış ticareti ko-
rumak ve ticaret mallarındaki değer oynamalarının, yani değerliler ile değersizlerle
karıştırmanın ve hilelerin önüne geçmek için hükümete önlem alma yetkisi ver-
mektedir (m. 1-2). Bu önlem ve kararlara aykırılığın yaptırımını ise 6. maddede
hükme bağlanmıştır. Maddede suçun basit şekli cezalandırılmış ve tekerrürü ha-
linde verilecek ceza ayrıca da gösterilmiştir.

(67) "Sanık, TCK.nun 567. Maddesinin 1. Fıkrasının ikinci cümlesindeki tekerrür hali oluşuktan sonra aynı suçu işlemiş olmasına göre, itiyat sebebiyle verilecek cezanın ikinci cümledeki ceza esas alınmak suretiyle hesaplanması gerekir." (2. C. D. 23.09.2987; E. 1987/7086, K. 1987/7614; İçel - Yenisey, s. 913).

(68) Sulhi Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 15. Bası, İstanbul 1998, s. 455.

(69) Ayhan Önder, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994, s. 450.

Hemen ardından kanununun 7. maddesiyle, bu kanuna göre ilgili bakanlıkça alınan tedbir ve kararlara aykırı hareket etmeyi itiyat haline getirenlerin 6. maddede gösterilen para ve hapis cezalarının azamisi ile cezalandırılacağı, mallarının zaptına ve kendilerinin iki seneye kadar ticaretten yasaklanmalarına dahi hükmedilebileceği öngörülmüştür.

D- TCK. 1997 Tasarısında İtiyadi Suç

TCK. 1997 tasarısının birinci kitabının üçüncü kısım üçüncü bölümünde özel tehlike halleri ve tekerrür başlığı altında itiyadi, meslekî, örgütlenmiş suçlular ve tekerrürle ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Tasarı yürürlükteki kanunun aksine itiyadi suçla ilgili genel bir hüküm ihtiva etmektedir. İtiyadi suçlu başlığını taşıyan 43. madde "Aynı nev'iden olmak kaydıyla, bir yıl içinde ve farklı zamanlarda ikiden fazla taksirli olmayan suç işleyen kişi itiyadi suçludur. İtiyadi suçlu hakkında denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına da hükmolunur." şeklindedir.

Görüldüğü gibi maddenin itiyadi suçlu tanımı, kriminolojik tanıma paralel olup "hep aynı nev'iden suç işleyen kişileri ifade etmektedir"(70). Buna göre; aynı nev'iden ikiden fazla kasti veya taksirli suçları bir yıl içinde işleyen kişi itiyadi suçlu kabul edilmekte; farklı zamanlarda işlenmiş ikiden fazla aynı nev'iden suçlar söz konusuysa, ancak bu suçlar kasti bir suç ise kişi itiyadi suçlu sayılmaktadır. Bir kişi aynı nev'iden ve ikiden fazla taksirli suçu bir yıl içinde işlerse itiyadi suçlu olmakta; bir yıllık süre aşılırsa itiyadi suçlu sayılmamaktadır. Ancak şartları varsa bunlar hakkında tekerrür hükümleri uygulanabilecektir.

Ayrıca itiyadi suçlu hakkında, ceza ile birlikte 95. maddenin A fıkrasının 2 nolu bendine ve 98. maddenin 4 nolu bendine göre denetimli serbestlik güvenlik tedbirine başvurulabilecektir(71).

Yürürlükteki kanunda itiyadın ağırlaştırıcı sebep sayıldığı suçlara ilişkin tasarıların düzenlemelerine baktığımızda; kumar oynatma ve oynatmak için yer gösterme suçunun (TCK. m. 567-568-569) 300. maddede; sarhoşluk suçunun (TCK. m. 571-572-573) 298. maddede düzenlendiği görülmektedir. Her iki maddede de bu suçları işlevi alışkanlık haline getirenlerin cezalarının artırılacağına ilişkin hükümler korunmuştur (m. 300/II, 298/III). Farklı olarak her iki maddede de itiyattan ne anlaşılması gerektiği (IV. fıkralar) ayrıca belirtilmiştir. Bilindiği gibi TCK.nda sadece m. 572/III'te itiyadın tanımı yapılmış ve bu hükmün genel nitelikte olup olmadığı tartışmalara neden olmuştur. Tasarının getirmiş olduğu düzenleme, bu şekliyle tartışmalara yol açmayacak niteliktedir.

(70) Sulhi Dönmezer - Feridun Yenisey, *Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler*, İstanbul 1998, s. 472.

(71) Dönmezer - Yenisey, s. 472.

TCK.nun 512. maddesinde düzenlenmiş bulunan "Eşyayı Cürmiyeyi Satın Almak ve Saklamak" suçu, tasarının 221. maddesinde "Yataklık" başlığı ile yer almaktadır. 512. maddenin II. fıkrasında yer alan suçun itiyat edinilmesine ilişkin ağırlaştırıcı sebebin tasarıda da korunduğunu görüyoruz (m. 221/II). Ancak, artırımı oranında değişiklik getiren tasarı, kumar ve sarhoşluk suçlarının aksine yataklık suçunda itiyattan ne anlaşılması gerektiğini belirtmemiş, bu hususu genel hükümlere bırakmıştır.

SONUÇ

Bilindiği üzere, bütün hukuk düzenleri suçluları belli gruplara ayırmışlardır. Bu ayırmalardan biri, suçluların tehlikelilik haline göre yapılan itiyadi, mesleki, örgütlenmiş ve mükerrir suçlular ayırımıdır. Suçluları bu şekilde ayırmalara tâbi tutmak, gerek suçluların ıslahı gerekse toplumun korunması bakımından yerindedir. Hukukumuzda da tehlikeli suçlularla ilgili çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlardan biri yukarıdan beri incelemeye çalıştığımız itiyadi suçla ilgili düzenlemelerdir. Hemen belirtelim ki, mevzuatımızın itiyadi suçla ilgili düzenlemelerinin bir bütünlük göstermediği, tartışmalara ve çelişiklere neden olabilecek şekilde karmaşık olduğu görülmektedir.

Bir kere, bir suçun işlenmesinin itiyat haline getirilmesinin ağırlaştırıcı neden sayıldığı suçların sadece birinde itiyadın tanımının yapıp (TCK. m. 572/III), diğerlerinde herhangi bir düzenlemenin getirilmemiş olması (TCK. m. 567/III, 512/II) başlı başına bir çelişkidir. Hangi şartlarda suçun itiyat haline getirilmiş sayılacağına ilişkin genel bir hükmün bulunmaması konuyu daha da içinden çıkılmaz hale getirmektedir. Sonuçta bu eksiklik itiyadi suçla benzerlik gösteren başka bir ceza hukuku kurumuna (tekerrür) başvurularak kıyasen giderilmektedir. Bu ise, psikolojik bir hal olan itiyadın, doğrudan doğruya itiyat ile ilgili olmayan şartlara bağlanmasını sonuçlamakta, böylelikle itiyadın uygulanması zorlaşmaktadır. Ayrıca bu durumda iki kurumun bir arada uygulanıp uygulanamayacağı sorunu da ortaya çıkmaktadır. Halbuki, itiyadın şartları açık bir şekilde ya genel hükümlerde ya da itiyadın ağırlaştırıcı neden olduğu suçlarda gösterilseydi böyle bir sorunla karşılaşılmazdı. Bu nedenle öncelikle, itiyadi suç ve suçlularla ilgili bir genel düzenlemenin yapılması yerinde olacaktır.

Yine cürüm eşyasını satın almak ve saklamak suçunun itiyat haline getirilmesini cezalandıran TCK.nun 512/II. fıkrasında, bu suçluların bir seneden aşağı olmamak üzere geçici sürgün cezasıyla cezalandırılacağı öngörülmüştür. Ancak, 647 sayılı kanunla sürgün cezası kaldırıldığı göz önüne alındığında söz konusu hükmün uygulama imkanının kalmadığı görülmektedir. Bu sonuca göre, sürgün cezasının maddeden çıkarılarak, yerine belli bir oran içinde ceza artırımı getirilmesi uygun olacaktır.

Hemen belirtelim ki, itiyadı suç ve suçlular hakkında TCK. 1997 Tasarısında getirilen düzenlemeler yerindedir. Zira genel bir hükümle itiyadı suçlu tanımlanmış (m. 43); yine itiyadın ağırlaştırıcı neden olarak kabul edildiği hallerde, eğer genel tanımın dışında farklılıklar öngörölmüşse (m. 298/IV, 300/IV), bunlar açıkça maddelerde belirtilmiştir.

— oOo —

KAYNAKÇA

- Alacakaptan Uğur,
Artuk Mehmet Emin,
Bora Kemal - Soysal Baha
Bora Payende - Soysal Mukadder
Köksel Semiha - Örcün Fahreddin
Galatalı Adil,
Dönmezer Sulhi,
Dönmezer Sulhi,
Dönmezer Sulhi,
Dönmezer Sulhi,
Dönmezer Sulhi - Erman Sahir,
Dönmezer Sulhi - Erman Sahir,
Dönmezer Sulhi - Yenisey Feridun,
Erem Faruk,
Erem Faruk - Danışman Ahmet
Artuk Mehmet Emin
Gökcen Ahmet,
Güner Şefik,
İçel Kayıhan - Yenisey Feridun,
Köseoğlu Cemal,
Kunter Nurullah,
- Suçun Unsurları**, Ankara 1970
Ceza Hukuku El Kitabı, İn: "Suç Genel Teorisi", 1. Bası. İstanbul 1989.
Ceza Hükümlerini Havi Tam Metinli Hususi Kanunlar, Cilt (C.) III, Ankara 1956.
Tehlikeli Hal, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM) C. X, S. I-II.
İtiyadî Sarhoşluk Halinde 572. Maddenin Tatbiki, İÜHFİM., C. X, 1944, S. 1-II.
Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 15. Bası, İstanbul 1998
Ceza Kanununun 572. Maddesinin Tatbiki, İÜHFİM., CXV, 1949, s. III.
Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I, 11. Bası, İstanbul 1994.
Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. III, 11. Bası, İstanbul 1994.
Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler, İstanbul 1998.
Türk Ceza Hukuku, Hususi Hükümler, C. II, Ankara 1962.
Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 1997.
Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul 1989.
Türk Ceza Kanunu ve İlgili Yargıtay İçtihatları, Ankara 1976.
Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, 4. Bası, İstanbul 1994
Haşiyeli Türk Ceza Kanunu, 8. Baskı, İstanbul 1955
Sarhoşlukta İtiyat, İÜHFİM. C. XIII, S.3, 1947.

Kunter Nurullah,

Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi (Hareket-Netice - Sebebiyet Alâkası), İstanbul 1954 Meydan Larousse Büyük Lügat ve Ansiklopedi, C. VI, İstanbul 1976.

Önder Ayhan,

Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, 2. Bası, İstanbul 1992

Önder Ayhan,

Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994, Örnekleriyle Türkçe Sözlük, C. II, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları (MEB), Ankara 1995.

Özek Çetin,

Suçta İtiyat - Tekerrür - Sarhoşluk, İHFM. C. XXVIII, 1962 Ayrı Bası.

Özek Çetin,

Türk Ceza Kanununda Kumar Suçu, İHFM., 1963, C. XXIX, S. 1-2

Öztürk Bahri - Erdem Mustafa R.
Özbek Veli Özer

Öztürk Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 4. Bası, Ankara 1998.

Taner Tahir,

Ceza Hukuku Umumi Kısım, Kısım, 3. Bası, İstanbul 1953

Vidal - Maknol,

Ceza Hukuku, Çeviren: Şinasi Z. Devrim, Ankara 1946.

TAZMİNAT ÜZERİNE

Turabi TURAL (*)

ANLATIM DÜZENİ: 1- Tarihi Gelişimi ile Tazminat Kavramı. 2- Çağımızda Cana Verilen Zararların Giderimi. "Tazminatın" Hesaplanması (Zarar ve Tazminatın Belirlenmesi). 1- Zarar Hesabı. A- Gerçekleşen Dönem Zararı. B- Gelecek (İskontolu) Dönem Zararları. 1- Artışlı Gelirlerin Bulunması. 2- Peşin Değer Hesabı (İskonto İşlemi). a- Basit Faizle Peşin Değer Bulma. b- Bileşik Faizle Peşin Değer Bulma. c- Ortalama Gelir Esaslı Yöntem Peşin Değer Bulma. C- Başkaca Zarar Kalemleri İçin Hesap. a- Yardımcı Kişi (veya Bakım) Tazminatı. b- Emekli İkramiyesi - Kıdem Tazminatı. Sonuç.

1- Tarihi gelişimi ile tazminat kavramı

Bilinen insanlık tarihi boyunca iki temel toplumsal kural "birlikte yaşamanın" temelini oluşturur; kişilerin canının ve malının korunması. Hatta insanlık arasında bilinen iki kavga da bu. Habil'in Kabil'i öldürmesine neden bir elmanın paylaşılması değil mi?

Anadolu uygarlıkları içinde, can ve malın korunması amaçlı olarak yapılmış olan Hammurabi Kanunları, en eski toplumsal düzenleme. "On emir" olarak bilinen ve Musevilikte temel yaşam disturunu oluşturan bu kurallar on iki Hammurabi Kanunu'ndan on tanesi. Bu kurallardan "göze göz, dişe diş" kuralı cana zararın düzenlendiği ilk yazılı hukuk kuralıdır. Fail, "cana verilen zarar"dan her zaman "kişisel" olarak sorumludur.

"İlahi" bir nitelik kazansa da "şahsi ölç" zamanla kullanılmaz hale gelir.

Roma Hukuku'nda, can zararlarının gideriminin, tazminat içeren ceza davaları ile sağlanmaya çalışıldığı görülür. "Cana verilen" zararlarda "şahsi ölç" ilkesi temeldir. Ancak kişiler, anlaşarak (practum) şahsi ölç yerine bir miktar para belirleyebilirlerse, ceza davası ortadan kalkar.

İslam öncesi Arap Toplumu'nda, kan dökmenin karşılığı olarak ödenen bir bedel vardır, "diyet".

(*) Avukat

İslam Hukuku'nda da "kisas" kurumunu görürüz. "Kasti" fiiller ile beden bütünlüğünün bozulması yada öldürme halinde "kisas" esastır. Ancak "kisas'ın fiilen mümkün olamayacağı" ve kan bağı gibi sınırlı hallerde "diyet" söz konusu olur. Beden bütünlüğünü bozucu fiillerin "kastın aşılması veya taksirle işlenmeleri halinde ise asıl ceza diyettir." "... bu suçlara öngörülen kisas ve diyet gibi cezalar öncelikle mağdurun maddi ve manevi zararını tamir ve telafi amacına yöneliktir."

Hafif "ihmal" durumunda ise "kisas" mutlak değildir; artık "diyet"ten söz edilir. **"Diyet" bir "can borcu"**dur; kisas olanaksız ise ölenin akrabalarına yada yaralananana, temelde "mal olarak" verilen bir "bedel"dir. "Diyet'i kamile" yada "diyet'i mugallaza" (ağırlaştırılmış diyet) türleri olan bu giderim biçimi, şeriat kuralları ile yönetilen Müslüman ülkelerde halen uygulanmaktadır.

İslam Hukuku'nda yaralama halleri ayrıntılı kurallar biçiminde düzenlenmiştir. ***Bedeni bütünlüğü bozulan kişi "köle varsayılır". Kişi, yaralanmadan önce köle olarak köle pazarında kaç akça (yada dinar) edecek idiyse ve arazlı hali ile kaç akçe ediyor ise, ikisi arasındaki köle değer farkı "diyet" olarak ödenir. Kadının diyeti erkeğin yarısı kadardır. Erkeğin bilinen "kural" diyeti ise 100 adet deve'dir. Kadınlar ile çocuklar diyet ödemez.***

Hadislere göre Hz. Muhammed, "Yemen Necran'ında tatbik edilmek üzere Amr b. Hazm'a verdiği talimat niteliğindeki mektubunda;

(Kim öldürmeyi gerektirecek bir suçu olmadığı halde bir insanı haksız yere öldürürse, maktülün varislerinin affetmesi durumu hariç cezası kısıstır. Adam öldürmeye 100 deveden ibaret olan tam diyet gerekir. Burunun tamamen yok edilmesine tam diyet gerekir. Dile tam diyet gerekir. Dudaklara, testislere, penise, bel kemiğine tam diyet gerekir. İki göze tam, birine yarım diyet gerekir. Her el ve ayak için tam diyetin yarısı gerekir. Me'mume ve caife şeklindeki yaralar için 1/3 diyet gerekir. Münakıla için 15, el ve ayak parmaklarının her birisi için 10, dişler için 5 deve gerekir. Müdiha için 5 deve gerekir. Öldürdüğü kadına karşılık erkek kısasen öldürülür. Diyeti altından ödeyenler için diyet 1000 (bin) dinardır." demişlerdir.

(Dr. Şamil Dağcı, İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller adlı eserinin 177. sayfasında, hadisi , aktardığı çok sayıda kaynağı göstermek suretiyle incelenmiş. Parantez içine alma ise bize ait.)

Başka hadislerden aktarımlar olduğu belirtili diğer bazı alıntılarımız da "İslam Fikihî El-Hidaye Tercemesi 4. Cilt" adlı eserden.

"Kadının diyeti erkeğin diyetinin yarısıdır." (sh. 288)

"Gayr-ı Müslimin diyeti Müslüman diyetinin yarısı kadardır." (sh. 289)

"İşitme, görme, koklama ve tatma hislerinin gitmesi halinde de tam diyet vardır." (sh. 291).

"Üç mafsallı parmakların her mafsalı için parmak diyetinin üçte biri, iki mafsallı parmakların her mafsalı için de parmak diyetinin yarısı gerekir." (sh. 294).

"Baba, oğlunu bilerek öldürürse diyet, üç sene zarfında kendi malından ödenir." (sh. 305)

"Çocuk ve delinin kasıtlı cinayeti, hatalı cinayet olup diyeti akrabaya lazım gelir. Diyeti beşyüz dirhemden fazla olan tüm cinayetlerde durum böyledir. Bunak da deli gibidir." (sh. 305).

"Cenin'in diyeti, değeri beşyüz dirhem olan iyi bir köle veya cariye dir. (sh. 306)

"Cenin için lazım gelen diyet kendisinden miras kalır." (sh. 307).

"(Eğer kişi yola ateş közü bırakır ve köz şeyi yakarsa zamim olur.) Çünkü bununla haksızlık yapmıştır. (Eğer közü rüzgar başka yere savurduktan sonra o şeyi yakarsa ateşi koyan zamim olmaz.) Çünkü rüzgar bu kimsenin yaptığını hükümsüz kılmıştır. (sh. 311)

"(Eğer ve sahibi, yola çıkıntı veya gölgelik çıkarmaları için amele tutar ve işler bitmeden bu çıkıntı veya gölgelik düşerek birini öldürürse işçiler zamim olur.) Çünkü ölüme yol açan kendi fiilleridir.

"(Şayet düşme, işin bitmesinden sonra meydana gelirse zamimle istihsanen ev sahibine aittir.)" (sh. 312)

"Bir kimsenin koyduğu taşı, başkası yerinden kaydırır ve birinin ölümüne yol açarsa zamimlik kaydırana aittir.)" (sh. 313)

"(Eğer bir kimse , yıkılan duvarın üstünde bulunan ve duvarın düşmesiyle düşen, duvar sahibine ait bir testiyle ölürse diyeti kendine ait olur.) Çünkü testiye kaldırmak sahibinin görevidir. Testi başkasının ise duvar sahibi zamim olmaz.)" (sh. 319)

"(Öldürülmüş bir kimsenin bulunduğu köy veya mahalle halkından elli kişi yemin ettikten sonra, ölünün yakınlarına yemin verilmeden köy veya mahalle halkına diyet vermeleri hükmedilir.)" (sh. 331)

"(Eğer bir kimsenin evinde öldürülmüş bir kimse bulunursa, kasame yalnız o kimseye ait olur.) (Diyeti ise akilesi ödemek zorundadır.) (sh. 336)

"(Eğer adam öldüren kimse asker olup adı maaş defterinde kayıtlı ise, akilesi kendisi gibi adı maaş defterinde kayıtlı bulunanlardır ve diyet üç yıla kadar onlara verilen maaşlardan kesilir.)"

2. Çağımızda Cana Verilen Zararların Giderimi

Çağdaş hukukta bedensel zararların gideriminin ulaştığı nitelik farklı. Kişinin bedensel (psişik ve fiziki) bütünlüğü her şeyden değerli görülür. Onun korunarak geliştirilmesi için toplumsal işbölümü zorunlu kılınır. Kısas kurumu tamamen ortadan kalkmıştır. Cezalar ise "özgürlükten yoksun bırakma" cezasına dönüşmüş ve cezalandırma yetkisi de "kamu"ya geçmiştir. Devletin, bütün organları ile temel görevi de fiziki ve psişik yapısı ile "insan"ı korumak ve geliştirmektir.

Bu nedenle de bu çağın adı artık "insan hakları", diğer bir anlatımla da "kişi hakları" çağıdır.

Bedeni bütünlüğü, kasıtlı veya kusurlu eylemler ile bozulan insanın, failin bedeni bütünlüğünü bozmaya hakkı yoktur.

Beden, insan için sadece fiziki olarak iş üreten, "enerjiji işe dönüştürme aracı" değildir. İşin gerektirdiği enerjinin yüzbinde birini dahi harcamadan; kimi hallerde sadece "seslenme" ile enerji ve iş üretir. İnsan bedeni; çağdaş bilim ve teknolojinin ulaştığı bu düzeyde artık fiziksel (hayvani) bütünlüğün ötesinde bir nitelik kazanmıştır. "Dil"i bile insan için sadece konuşma aracı değil, enerji ve iş üretme aracıdır.

Ancak Türk Hukuku bu gelişmeyi yakalayabilmiş değil. Hatta son yıllarda "eskiye" yönelen eğilimlerin ağır bastığı görüldü. Bedeni bütünlüğün tamamen yada kısmen bozulduğu (ölüm-yaralama) hallerinde kişilerin zararlarının, "fiziksel bütünlükteki fiziki-hayvani eksilme" ile denkleştirilmesi anlayışına yoğun bir yöneliş var.

"Tazminat" konusunda yapılan iki önemli toplantıda bu eğilim çarpıcı bir biçimde dile getirildi ve yargı kararlarında da haylice yankı buldu. Sempozyum'a Prof. Dr. Tahir Çağa tarafından sunulan ve bir süredir onun tarafından savunulduğunu bildiğim, kendileri ile, birlikte Prof. Dr. A. M. Gökçen ve Prof. Dr. T. Güran'ın hazırladıkları görünen tebliğe göre;

"Borçlar Kanunumuzun 45. maddesine göre ölüm halinde (...) tazminat talep eden davacı (...) yoksun kalacağı iradın tazminini talep etmektedir. (...) Bu, cismanî zarara maruz kalanın çalışma gücünü kayıp derecesi ile gelir durumuna, ölüm halinde ... bundan yoksun kalana yardım için ayrılacak miktara bağlıdır."

Nitekim tebliğde, başkaca bölümlerde.

"Zarar bir irat kaybindan ibaret olduğu cihetle..."

... "henüz vadesi gelmemiş bir iradın peşin değeri"...

... "taktir ve tayin olunan iradın (tazminatın)..."

anlatımları sıkça yer aldı. Önerilen hesap yöntemlerinde de her şey "irad" ve "faiz" kavramları ile bunların denkliği üzerine.

Nitekim bu görüşe bağlı olarak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi "faize başlangıçta tarihi" konusundaki görüşünü değiştirirken yaptığı değerlendirmede bunu;

"İşleyecek süre içinde tecriden gerçekleşecek gelirden mahrum kalınması itibarıyla belirli aralıklarla oluşmaktadır"

"içtihad"ında bulundu.

İnsan vücuduna yüklenen tek işlev vardır: **"İrat getirme"**. Onda bir bozulma olduğunda "irad" düşecektir. **Tazmin ettirilecek şey de "zayı olacak irad"dır. Bir babanın ölümü halinde de yoksun kalınan şey "bundan yoksun kalana yardım için ayrılabilir miktardır."** Böylece **babanın ölüsü** çocukları için **"ekmek teknesi"** olarak görülmeye başlanmıştır.

Bu düşünce ile dile getirilenler tamamen yanlış mı? Hayır. Tamamına yakın kısmı doğru. Doğru ama, yanlış yere oturtulmaya çalışılan; halk deyişi ile "minarenin tepesinde bulgur dövmeye çalışmaya" benzeyen doğrular. Giderim hükmü kurulabilmesi için gerekli "değer biçme" (hesap) unsurlarının yanlış yere oturtulduğu doğrular.

Borçlar Yasası'ndaki düzenleme ile ulaşılan çağdaş hukukta, kişinin beden bütünlüğünün bozulması veya sona erdirilmesi hallerinde giderilmek istenen zarar "gelir kaybı" değil. "Gelecekte desteğin gelirinden yoksun kalınacağı" ya da "daha fazla efor harcanarak gelir elde edileceği" anlayışları da yetersiz ve çarpıtcı.

Çünkü tazmin ettirilen şey, **rant kaybı değil;**

"Can bedeli - organ bedeli" ya da "kan bedeli".

"Göz'e göz, diş'e diş" yada "kisas" kuralları toplumsal gelişmeye bağlı olarak **"insanileştirilmiş"**; yiten can yada giden kan yerine "hak sahibi" görülenlere "bedellerinin" ödettirilmesi yolu seçilmiştir.

Bunlar benim sübjektif değerlendirmem değil. Aşağıda objektif hukuk normları ile de bunu açıklayacağım. Ancak kişinin işgücünü yitirmesi, gelir elde edilmesinde daha fazla efor harcamasını gerektireceği, desteğin gelirinden yoksun kalınacağı tespitleri de doğru. Bunlar "can bedeli" yada "kan bedeli" olarak verilmesine karar verilecek paranın **"hesaplanması için"** gerekli ve önemli unsurlar.

İnsan vücudunun en önemli özelliği, yaşamın sürdürülmesi için gerekli çabayı göstererek "irad" elde edebilmesi. Ama bu işlev, bir inşaat işçisi gibi kol gücü, bir mimar gibi tasarım gücü, bir bilgisayar mühendisi gibi beyinsel faaliyet, yada banker - borsacı gibi para alım satım yoğunluklu işleyle yerine getirilir.

İşte vücudun belirli organlarının belirli işlerdeki işlevsel yoğunluğu nedeni ile dir ki S.S. Sağlık İşlemleri Tüzüğü'ne göre aynı organın, (örneğin bir parmağın) kaybı farklı oranlarda işgücü kaybı miktarı gerektirir. **"Bir devlet başkanının gözü yaladadaki çobanın gözünden insani değer (...) bakımından asla farklı değildir"** anlayışı, mevcut bu **"normatif düzenleme"** bakımından kabul edilemez bir anlayıştır.

Gerçekten de bütün unsurları ile insanlar "fizik" olarak "eşittirler", olmalıydılar. Ancak dünyanın bilinenden beri süregelen toplumsal yaşam düzeni içerisinde insanlar hiçbir zaman birbirlerine eşit olamamışlardır. Yaşama olanakları, babalarından taşıdıkları kültürel genler, onları farklı kılmıştır hep. "İnsanlığın özlem ve çabası" bu toplumsal eşitsizliği giderme, en azından bütün insanların eşit olanaklardan yararlanabilme koşullarına kavuşmalarını sağlama yönünde olmuştur. İşte **"eşitsizlik"** temelinde kurulu bulunan "normatif" düzenlemeler de bu dengeyi koruyucu nitelikte olmuştur.

Ülkemizde, beden bütünlüğünün bozulması (maluliyet) derecesini belirlemede temel normatif düzenlemesi Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü. Buna göre el, kol yada ayak, vücut derisi, burun, saç ve yüz estetiğini de farklı iş ve meslek grupları bakımından farklı oranlarda maluliyet tespitini gerektiren hükümler taşır.

Hatta bu eşitsizlik erkek - kadın ayırımında ayrıca vardır.

İnsanların eşit olması, "insan olan" her bireyin özlemi. Hele hele insanlar **"insan olma nedeni ile sahip oldukları yaşama haklarını"** bile kullanamıyor, birileri **"cennette imişçesine"** beslenebiliyorken birileri de **"açlıktan ölebiliyor"** ise nerede "insanların eşitliği"?

Hukuk sistemimiz de böyle; **eşitsizler arasındaki koruyucu**. Hiç bir davada, hele hele kişilik haklarına saldırı hallerin de " tarafların ekonomik ve sosyal durumları" kolluk kuvvetlerine araştırılmadan hüküm kuruluyor mu? Yada aynı sözle hakarete uğramış **bir çoban ile bir devlet başkanı'na** aynı miktarda tazminat verildiği görüldü mü?

İşte "eşit gruplar" bakımından beden bütünlüğü bozulması derecelerini belirlemede kullandığımız **anılı tüzük de, zararlandırıcı olay ile yiten yada arızalanan organ nedeniyle işgücü yoksunluğu derecesi veya maluliyet de-**

recesini; "daha fazla efor gerektireceği" için öngörmüyor. Yada, en azından bu maluliyet dereceleri aynı işi yapabilmek için belirlenecek oranda "işgücünden yoksun kalmayı gerektiren" ölçütler değil.

Uygulamada karşılaştığımız anlatımları ile **yüzde esaslı büyük maluliyet'ler** gerektiren birçok hal ise **fazla efor'u hiç gerektirmez**. Örnekler mi?

Aşağıdaki arazların gerektirdiği maluliyet derecelerine bakalım.

(38 - 39 yaşlarındaki düz işçi için)

Maluliyet Açıklaması	Arıza Sıra No	Meslek		Maluliyet	
		Ağırlık Ölç.	Grubu	Simgesi	Yüzdesi
1- BURUNUN TAM KAYBI	5	40	4	A	44
2- BİR BÖBREĞİN KAYBI	4	25	1	A	29
3- KULAK MEMESİ (SAYVANI) KAYBI					
A) Teki	3	5	1	A	9
B) Çifti	4	10	1	A	14
4- SAÇLI DERİNİN %50'DEN FAZLA İYİLEŞMEYEN YANIĞI	1	7	1	D	17
5- TESTİS VE PENİS YOKLUĞU	12	64	1	A	98
	12	64	1	K	98
	12	64	(24,25,26,61)	N	88
6- TESTİS YOKLUĞU					
A) İkisi	11	41	1	A	45
B) Biri	11	1	1	A	5
7- OVERLERİN YOKLUĞU					
A) İkisi	11	41	1	A	45
B) Biri	11	1	1	A	3

Not: (Bu tablo, Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü'ndeki Maluliyet belirleme ilkelerine ve eki tablolardan yararlanılarak hazırlandı. Ancak SSK. Sağlık Dairesi Başkanlığı'ndaki uzmanlara incelenilerek "uygun olduğu" görüşleri alınan bir tablo.)

Örnekler çarpıcı değil mi? Köylü çocuğuyum ben; öküzümüzü daha verimli çalıştırmak için "testislerini kırdırdık". Bilebildiğim kadar ile "testislerin olmaması", en azından "hayvani - fiziki" çalışma gücünü azaltmaz. Enerjisini cinsellikte kullanmayan kişi "daha az efor" harcayarak iş yapar.

Oysa o organların bir "insan" için önemli olmaları ölçüsünde maluliyet derecelerinin saptandığını görürüz. Penis ve testisleri erkek; overlerin kadın için **insan olarak önemlerinin büyüklüğünü** saymaya kalkışmak yanlış olmaz mı?

O zaman, örneğin "burnunu" yitiren bir kişiye, yada yukarıda örneklediğim gibi olaylarda, neden bunca maluliyet derecesi belirleriz? Neden onlara beden bütünlüklerinin böylesine bozulduğu hallerde, örneğin iki testisini yada burnunu yitirmiş ise "%45 daha fazla efor harcayarak gelir elde edecektir" diye tazminat verdiririz?

Beden bütünlüğü bozulan "insan"a; yiten organı yada beden parçasını yerine koyamadığımız içindir ki bu yokluğu parayla tatmin etmeye uğraşırız. Tazminat (giderim) olarak kendisine ödettiğimiz şey, onun "**yiten canının bedeli**"dir. Bu, biraz da insanlık kültürünün gelişmesinin bir doğal sonucudur.

Ödettirilen **tazminatın "fail" bakımından bir "ceza" niteliği** de vardır. Cezalandırma "kişisel hak" olduğu için, "tazminat" adlı "para cezası" da bedeni bütünlüğü bozulana tatmin edici olacaktır. Nitekim bu "tatmin" niteliğinden dolayı değil midir ki Amerika'daki yargıçlar, "trafik kazası sonucu ölümüne neden olunan küçüğün fotoğraflarının beş yıl süre ile cüzdanda taşınması" veya "mağdurun heykelinin dikildiği bir bahçenin üç yıl süre ile sulanması" gibi tazmin (ceza) hükümleri kurduklarını, basında sıkça okur olduk.

Bütün ilahi dinler, beden bütünlüğü bozulan insana, onun bedeni bütünlüğünü bozanın, bedeni bütünlüğünü bozma hakkını (kisas) verir. Gelişen insanlık kültürüne "fiziki insana" verdiği önem ile onun bedeni bütünlüğünü "her koşulda" korumayı gözetmekte.

Kendi bedeni bütünlüğünü bozanın, bedeni bütünlüğünü bozma hakkı, "insana" bir şey kazandırmayacaktır. Dinler ile kendisine tanınan bu hak, "toplumsal uzlaşma" kurallarıyla çağdaşlaştırılarak, "para-mal isteme" hakkı olarak değiştirilmiştir.

Eski kuralı uygulayan "kamu tarafından" cezalandırılır da.

Bu değişim de "çağdaş" biçimde olmuştur. Çağ, bir yandan da "eşitsiz"; çok parası olanın, "fazla irat elde edenin" daha güçlü olduğu bir çağdır. O zaman her insanını vücut bütünlüğü, vücudunun her bir parçası, "elde etmekte olduğu irad" ölçüsünde değerlidir. (Bu benim değil, sistemin mantığı) Bedensel bütünlük ba-

kımından bir fabrikatörün parmağı, asgari ücretli bir işçinin parmağından; fabrikatörün gelirinin asgari ücrete göre fazlalığı oranında daha değerli olmakta.

Hepsi de insan olmalarına, bedenlerini gelir elde etmede kullanmalarına karşın aynı işi yapan işçilerin aynı parmakları dahi ücretlerindeki orana göre daha az yada çok değerdedir. İşte bu nedenledir ki aynı organlarını yitiren kişilerin "maluliyet dereceleri" yaptıkları işe göre de farklıdır.

Değil ki eşitlik, denklik bile izafidir. Yitiren beden yada parçası, o beden tam iken elde edilen gelire göre kuruşlandırılır.

Belki "benzetme" tamamen uyumlu olmayacak ama bunun gibi bir "değer belirleme" biçimi de kamulaştırma davalarımızda görülür. Kamulaştırılan "yer" tarım arazisi ise ondan elde edilen ürünlere göre "net yıllık geliri" belirlenir önce. Belirlenen bu miktar "binde üç-beş-yedi" gibi oranlardaki kapitilizasyon faizi oranları esas alınarak (net gelir belirlenen orana bölünüp) "yerin değeri" bulunur. O yer, "kişinin iradesi olmadan" (kamu adına da olsa) elinden alınmıştır. Onun için bu yer "ziyan" olduğundan "değeri" ödenir. Öyle ise öncelikle kabul edilmesi gereken şey şudur.

Tazminat olarak ödettiğimiz şey, onu yitiren insanın **yitir ve yerine konulamayan beden parçasının 'ederi'**dir. Kişinin elde etmekte olduğu **'gelir' bu 'ederi'** saptar iken kullandığımız hesap unsurlarımızdan sadece biridir.

Kazalının zararlandırıcı olaydan sonra da aynı geliri elde etmeye devam etmesini "maluliyeti oranında daha fazla efor harcayarak bu geliri elde edeceği" nitelmesi, "tazminat" takdiri için yetersiz. Bu sadece sonucun bir bölümünü içeren bir değerlendirme. Tazminat hesabına dayanak olmaması gereken bir ölçüt. Çünkü bu tür tazminatın niteliği; (eskiden "cismani zarar tazminatı" yada "beden bütünlüğü bozulması zararı" olarak da adlandırılırdı.) **Bedeni kayıp** karşılığı olduğudur. Zararlandırıcı olay sonucu bozulan beden bütünlüğü ile yitirilen şey, güç kaynağı kaybı, bedensel gücü işe çevirmede etken organlardan biri olabilir. Fakat "zayı olan" bu organ, işgücü kaybına neden olmayabilir de.

Beden bütünlüğü bozulan kişinin zararını, bedeni bütünlüğünün bozulduğu ölçüde "gelir kaybı" ile denkleştirmemek gerekir. Böylesi zarar kavramı çok dar; zararın bir parçası, asıl zararı "tespit ve tayin etme" unsurlarından sadece biridir gelir kaybı.

Bu hallerde "haksız fiilen doğrudan yöneldiği nesne bedendir." **"Beden tamliğinde yapılan tahribat" doğrudan zararı oluşturur.** Bu tahribatın beden sahibi veya kişi için oluşturduğu olumsuz sonuçlar ise **dolaylı zararı**ı".

(Tekinay Borçlar Hukuku sh. 759 - 762)

Örneğin bir iş kazasında gözünün biri kör olan işçinin zararı (yok olan, işlev yapmaktan yoksun kalan) bir organıdır. Zayi olan şey gözüdür. Ama gözü yiten beden için doğacak olumsuz sonuçlardan biri de "gelir kaybı" olur. Hukuk Genel Kurulu'nun tamamen katılmadığı bir kararındaki niteleme ile kazalı, "eski gelirini elde etse bile onu **daha fazla efor harcama**" suretiyle elde edecektir. İşte bu gelir kaybı, Tekinay hocamızın tanımlaması ile kazalının "dolaylı zararı"dır. Esas, temel zararı ise; göz kaybıdır. Fiziki ve sosyal gerçekleşmede, ölüm ile insan bedeninin hiçbir şeye yaramayacak hale gelerek ziyan olması" yanında "o insan bedeninin doğal işlev olarak elde ettiği gelir"den pay (yardım) alan kişilerin bu yardımlarını artık alamaması da bir fiziki ve ekonomik gerçek olarak ortaya çıkar.

Ama "destek verenin" verdiği destek, sadece gelirinden ayırdığı pay değildir. Örneğin bir kadının eşi sadece ona para getiren bir kaynak değildir. Yaşamını bağladığı kişi, aile bütünlüğünün bir yarısı, en küçük birimin dışı karşı temsilcisi; birleştirici, koruyucu yönlendiricidir. Anadolu'nun kültürel deyişi ile "gölgesine sığınılan ulu çınar, açkurtlardan korur kale burcu"dur koca.

Nitekim hiçbir aile eşi ölen kızın yalnız yaşamasını kabul edemez; ya eve alır yada annesi onun yuvasına taşınır.

Yitirilen eş kadın ise "yarattığı boşluk" daha büyük olur. "Yuvayı yuva yapan", yoktur artık. Bağnaz Arap kültürünün etkisi ile komşuları bile "dul" komşuyu "güvenilmez" görmeye başlar. Arkadaşları evine "bir çay içmeye" dahi gitmez olur.

Evlât bakımından da ana ve babanın yitirilmesi "yaşamında doldurulmayacak bir boşluk" yaratır. "Üvey"ini edinse dahi "yetimdir" o artık. Kız ise anasız babasız büyüyen "gelin" edinilmek istenmez, oğlan ise kız verilmek istenmez.

Bundan da öte yitirdikleri "karın, kışın fırtınaların gazabını" atlatmış, "feleğin çarkından" geçmiş çınarlardır. Arkadaş ve dost çevreleri, yaşam deneyimleri, toplumsal yapıda üstlendikleri işlev, **kazandıkları saygınlık yavrulara en büyük destektir**. İş yaşamına geçtiğinde sağ olan bir yargıcın, doktorun, mühendisin, tüccarın, esnafın yada bir fabrikatörün çocuğunun iş ve meslek edinmede karşılaşılabileceği kolaylık, başarı ve diğer olanaklar, baba öldüğünde "ekonomik ve sosyal gelecekte" de bir kaybı oluşturur.

İşte **bedenin ölümü ile ziyan olan da bu destektir**. Bu nedenle de desteği sadece **"desteğin gelirinden alınabilecek pay"** olarak değerlendirmek onun kaybının en önemli kısmını göz ardı etmek olur.

Gelir ve ondan ayrılacak pay, sadece yiten canın, onu yitiren insanlar için değerini hesaplamada unsurlardan biridir. Giderilecek şey; ödettirilecek tazminat,

"Ölüm olayı meydana gelmesiyle hak sahibi ne durumda bulunacak idiyse o durumun gerçekleşmesini sağlamaktır."

Nitekim Borçlar Kanunu'muzun haksız fiillerden doğan sonuçları düzenleyen 41 maddesi; "diğer bir kimseye zarar ika eden şahıs o zararı tazminine mecburdur" hükmünü içermekte. Keza "haksız rekabet"e ilişkin 48. madde ile ise "zarar"ın giderileceği hükme bağlanmıştır. Bu hallerde "**mala verilen zarar**" vardır. Ancak "insanın fiziki ve psişik" bütünlüğünü yönelen eylemler hakkındaki düzenlemeyi içeren 45-46 ve 49 maddeler ile ise "tazmin" edilecek şeyin "**zarar ve ziyan**" olduğu vurgulanmıştır. Zarar, genel anlamda;

"Mal varlığında meydana gelen azalmayı ifade eder" yada "mal varlığının zarar verici olaydan sonraki durumu ile bu olay meydana gelmemiş olsa idi mevcut olacak durum arasında para ile değerlendirilebilecek fark"tır.

(Y. 4. HD. 3.12.1982 gün 7190 Esas 11367 Karar s. karar ve karşı oydan)

Bütün Hukuk kitaplarında da buna eşdeğer tanımlamalar görürüz. Oysa "insan kişiliğine" yönelen haksız fiillerin varlığında artık bu kavram aşılır; insanın bedeni, "mal" yada meta değildir. Kişilik hakları da öyle. Beden insanın "mal varlığı edinmesinde" temel unsurdur.

Onun içinde BK. 45-46 ve 49. maddelerinde; "özel hal" olarak, ona yönelmiş haksız fiillerin varlığında ilgililer;

a) "İyileşme veya tedavi için yapılan bütün masrafların, defin masraflarının"

b) "Çalışma gücünü tamamen yada kısmen yitirilmesinden ve ileride ekonomik bakımdan karşılaşacağı yoksunluktan doğan **zararını**,

c) **Ziyanını**, (BK. mad. 45-46)

ç) Adam öldüğü taktirde onun yardımını aldıkları halde ondan yoksun kalacak kimseler bu zararlarını ve **ziyanlarını**, isteyebilirler. (BK. 46)

Bu maddelerdeki düzenlemeler gibi tazmin ettireceğimiz zarar yalnızca dolaylı zarar olan "gelir kaybı" değildir. Ama kazalının geliri ve gelir kaybı, bu doğrudan zararı olan "organ kaybını" gidermemiz için "tazminatı taktir" unsurlarımızdan sadece biridir. Kanımca hukukumuzda "tazminat davaları"nın hukuka uygun bir biçimde sonuçlandırılması için temel olarak bu kavramlarda anlayış birliği, temel koşuldur. Halkımızın "camiinin minaresinde bulgur dövmeye kalkışmak" misali gibi hesap unsurlarından birini, "elde edilecek iradın sermayeleştirilmesi" gibi ta-

nımlamalar ile "iradı" **"yiten beden parçasının yerine koymaya kalkışmak"** doğru olmaz; ürkütür. Sonuçları da geriye dönüştür; "DİYET"e dönüşü getiricidir.

Geçmişin Arabistan'ında "ticaret kervanlarına katılarak - irat getiren deve"nin yerine "sermaye olarak yatırılıp taksit taksit olarak ödenerek elde kalan bakiyenin faiz geliri getireceği faizlerinin sermayeye eklenerek belirlenen sürede belirlenen geliri sağlayarak bitecek para" konmamalı.

Öyle ise uğranılan zarar sonucu beden bütünlüğünün bozulması hallerinde; kişinin bedeni bütünlüğünün bozulmuş haliyle de eski gelirini aynı miktarda alması, almaya devam etmesi olgusu, tartışılmaz gerçek olsa bile, bu gözetilmeden, zararlandırıcı olayın yarattığı bedeni kayıp nedeniyle, beden kaybının giderimi düşünülmelidir. Bu da gerek pozitif bir hukuk normuna dayanması, gerek ise "gücün" somuta dönüşümü olarak "işgücü kaybı" olmakla bunun değerlendirilmesi hesapta gözetilerek tazmin hükmü kurulmalıdır. Bu anlamda da kazalının kazadan sonraki hayatında, kazadan önceki gelirini elde edebilmesi için **"daha fazla efor harcamak gerektiği"** saptamasının önemi de yoktur.

Yukarıda **"geriye dönüşü, diyet'e dönüşü getirici"** olarak nitelediğim eğilim, en çarpıcı yansımasını Danıştay 10. Dairesi'nin bir kararında buldu. Dört sayfaya ulaşan karardan dikkat çekici (belki de çarpıcı) alıntılar şöyle:

"Dava (...) geçirdiği iş kazası sağ kolunu (kaybetmesi ile) %52 oranında sakat kaldığından bahisle uğradığı (....) maddi ve (....) manevi (....) zararın yasal faizi ile tazmini istemiyle açılmıştır. (....)

İdare Mahkemesi'nce davacının yaptığı görevin bünyesinde risk taşıması ve olayın meydana gelmesinde davacının ağır kusurunun bulunmaması (...) nedeniyle maddi tazminata hükmedilmiştir. (....)

Davaya konu olayda ise, davacının sağ kolunun sakat kalması nedeni ile uğradığı zararın tespiti için yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda, davacının olay sonrası aynı işyerinde çalışmaya devam ettiği ve maaşında herhangi bir kesinti ve azalmanın olmadığı belirtilmiştir. Ayrıca dava dosyasının incelenmesinden uğranılan sakatlık nedeniyle davacının sakatlık indiriminden yararlandığı tespit edilmiştir.

Bu durumda yukarıda belirtilen ve ortadan kesin oluşmuş gerçek bir zarar bulunmadığı hususu dikkate alınmadan (...) maddi tazminat isteminin (....) kabulü yolunda verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır."

Danıştay 10. Dairesi 9.12.1998 gün ve 1997/6231 E. 1998/6547 K.

Eh! her şey rant değil mi? Sağ kolu kesik de , eksik de davacı" olsa da "maaşı" almakta. Üstelik 2. derece maluliyet nedeni ile sakatlık indiriminden yararlanmakla geliri artmıştır da. Bir erkek olarak yatağında eşine sarılacağı sağ kola ne gerek var ki, sol kolu ona yetmez mi?

Baba olarak çocuğunu bağrına basacağı bir sağ kol ne işine yarayacak ki?

İnsani gereksinimlerini karşılamak, örneğin "uçkur" yada "kemerini" çözecek ikinci bir kola ihtiyaç niye ki? Neden buna gereksinim veya bir eksilik duya?

Sağ kolun yaşamdaki diğer yaşamsal fonksiyonlarını saymaya sayfalar yetmez.

Ama "rant" anlayışının ulaştığı böylesine sonuç düşündürücü; "diyet"ten daha geri değil mi?

Bu yansımalar, daha etkisiz, daha az hissedilebilir sonuçlu olarak adli yargı alanında da var. Kazalı çalışarak ileride emekli olabilecek ise ona yaşlılık dönemi zarar hesabı yapmayız. Yukarıdaki olay gibi bir olayda, fiili çalışma döneminde kazalının zararının varlığını, işlevsiz kalan ya da yok olan organın "yokluğunun sonuçlarını" kabul eder iken "yaşlılık" yada "emeklilik" döneminde ise bu işlevsizlik ve yokluk halinin sonuçlarını ortadan kalkmış kabul ederiz.

Hatta sigortalı iş kazası geçindikten sonra emekli olmuş ise, örneğin;

"Hal böyle olunca sigortalının, işyerinde 20 yıl daha çalışacağından hareketle zarar hesabı yapılmasının gerçeği yansıtmadığı açıktır. (...)

İş kazasına maruz kalan işçinin (...) emekli olduğu tarihe kadar işyeri koşulları gözönünde tutularak aldığı ücret, (...) emekli olduğu tarihten sonrası için çalışma yaşının sonuna kadar asgari ücretten hesap yapılarak zararı belirlemek" gerektiği içtihatı da yukarıdaki anlayış ölçüsünde acımasız bir içtihat değilse de "rant" anlayışına kayış değil mi?

Kanıımızca yaşlılık döneminde, çalışmayan kazalının harcayacağı bir efor olmayacağı için bunun fazlasının da olmayacağı anlayışı ile bu dönem için tazminat hesabı yapılmaması gerektiği anlayışı kabul edilemez. Yitirilen şey yaşlılık döneminde de yitiktir; geri gelemez o artık.

Zarar "**can zararı**"dır. Öyle ise ülkemiz "tazminat davaları"ndaki uygulamaya yerleşmekte olan "sadece gelir zararı" yada "kazanç kaybı"nın tazminin eğilimi bırakılarak öncelikle uğranılan temel zarar olan can zararının giderilmesi yolları bulunmalıdır.

Kaldı ki, bedeni bütünlüğe yönelik haksız fiillerde tazminat, "İlahi Dinlerin" ta-

nıdığı "Şahsi Cezalandırma" (Kıyas) hakkı yerine konulmuş, para ile tatmin "yaptırım"ıdır. (Parasal da olsa cezai müeyyidedir.) Tarihi gelişimini açıklamaya çalıştığım gibi; kendi bedeni bütünlüğünü bozanın bedeni bütünlüğünü bozma hakkı, (kıyas) "insana" bir şey kazandırmayacağı için, "Dinleri"nce insana tanınan bu hak, "toplumsal uzlaşma" kurallarıyla çağdaşlaştırılarak "para-mal-isteme" hakkı olarak değiştirilmiştir. Eski kuralı uygulayan "kamu tarafından" cezalandırılmaktadır da.

Böylece "tazminatın" bir de cezalandırma niteliği vardır. Ancak bu cezalandırma, "özgürlükten" yoksun kılma niteliğinden uzaklaşan bir cezalandırmadır. Cana zarar veren kişiyi, canına zarar verdiği kişi lehine mal varlığından (bir ölçü ile) yoksun bırakma niteliğinde bir cezalandırmadır. Ancak "tazminat" uygulamalarımız ile cana verilen zararların gideriminin bu niteliği adeta tamamen ortadan kaldırılmış bulunmaktadır. Bu gün için yapılan hesaplarla 30 yaşında bir işçi için sigorta gelirinin peşin değeri düşülünce kalan para miktarı, Ankara Keçiören'de bir daire parası dahi edemez bir para olmakta. Bu bile çok görülüp "hakkaniyet indirimi" yapılması istenerek kararların bozulduğu da az olmadı, olmamakta.

Eh "can böylesine ucuz" olunca da işyerlerinde işçi sağlığı ve iş güvenliğinin sağlanması için onmilyarlarca masraflar neden yapıla ki! Yine ülkemizde "trafik canavarı"nda geçen her ayda 25 can almaya devam eder.

Tazminatların böylesine "küçültülmesi"de; "Kazaları önleyici ve kazaya uğrayanları tatmin edici" özelliğinden "soyulması"ni getirici. Bu yapılmamalı. Kimi yargı kararlarımızda, yüksek çıkan tazminatları kazalılar yönünden "haksız kazanç kaynağı", işverenler yönünde ise "ekonomik yıkım getirici" olarak görülmekte. Çünkü kazalı, 'hele hele işveren kamu kesiminden ise) aynı ücret ve sosyal haklar ile çalışmasını sürdürmektedir. Gelirlerinde bir azalma olmamıştır. Örneğin %40 maluliyeti halinde kendisine bağlanan sigorta geliri bir ekstra gelir gibi sayılmakta ve hüküm altına alınan tazminat miktarları da "servet" kadar, diğer bir anlatımla bunun banka mevduat faizinin dahi, kazalının "sülalesini abad edici" olduğu söylenmektedir.

Nitekim yukarıda özetlediğimiz Danıştay 10. Dairesi'nin kararında da davacının sakatlık indiriminden yararlanması adeta "kolunu kaybetmenin karı" olarak değerlendirilmemiş mi?

Öncelikle "insana" değer vermek gerekir. İnsan emeği, üretimin temel unsuru, sermaye ise çoğu kez bütünlüleri. Emeğiyle bir işletmede üretimde bulunan kişinin, ürettiği mal yada hizmet, işletme sahibinin olur. İşçi ürettiği bu artı değerden sadece bir bölümünü "ücret" olarak alır. "Emek" harcayarak üretimi sağlayabilmesi, diğer bir anlatımda "işletme sahibi" ile paylaşabileceği bir "ürün" ortaya çıkabilmesi için ise ***"insan bedeni"nin "sağlığı" şarttır.*** "İşverenin" temel edimi ücret değil, işçinin

beden bütünlüğünü korumaktır. Daha fazla artı değer elde edebilmek için işçinin beden bütünlüğü "riske" atılmamalıdır. Daha çok, yada olağan üretimin artı değerinden büyük pay alarak "nimetinden" faydalanan işveren, "kulfetine de" katlanmalıdır.

Üretim yapılırken iş kazaları da olacaktır. Ancak bunların en aza indirgenmesi, olduğunda ise işçinin bedeni bütünlüğünün bozulmaması yada en az derecede bozulması için gerekli önlemlerin alınması yükümü, işverene aittir. Basiretli olarak faaliyetini sürdüremeyen tacir, nasıl iflas ederek tüm malvarlığını yitirebiliyorsa, işçinin beden bütünlüğünü koruma için gerekli önlemleri almayan, alamayan işveren de işletmesinin tüm varlığının elinden çıkmasına yol açsa bile bedeni bütünlüğünü yitiren işçisine bunun bedelini ödemeli. Bu sonuçta **ulusal ekonomi açısından bir kayıp olmaz; sadece üretim aracının maliki (sahibi) değişir.**

Bu biçimde batıklığın önlemi, işçinin tazminatlarını ödememek yada az ödemek değildir. "risk sigortaları" ile muhtemel iş kazaları sonucu iflas haline düşülmesine önlem alınabilir. Bugün de işyerlerinde olabilecek iş kazaları riskini azaltmak için özel sigortalama yapan işverenler az da değildir.

Nitekim Avrupa ülkelerinde bu şekilde "risk sigortaları" yolu ile hem tasarruf, hem sermaye birikimi suretiyle üretim artışı sağlanmaktadır.

"TAZMİNATIN" HESAPLANMASI

(Zarar ve Tazminatın belirlenmesi)

Türk Hukuk Sistemi içinde, zararlandırıcı olayın sonuçlarının giderimi; "zararlandırıcı olay meydana gelmeseydi hak sahibi ne durumda bulunacak idiye o durumun gerçekleşmesini sağlamak" olarak özetlenen "fark teorisi" ile açıklanmakta. Bunun getirdiği temel sonuç da "zararın" hesaplanmasıdır.

Zararın belirlenmesi ve buna bağlı olarak "tazminatın takdiri" yetkisi Borçlar Kanunu'nun 43. Maddesi ile yalnızca yargıca tanınan bir hak ve sorumluluk. Ama yargımızda bu kurala pek uyulduğu söylenemez. Hatta Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Emekli Üyesi Sn. Çetin Aşçıoğlu'nun buna ilişkin adeta "bıkırtıcı" karşı oylarına rağmen, bunu uygulamaya fazlaca geçirmediğini görürüz. Herhalde "bilemez" sayıldığı içindir ki yargıcın kendisi tarafından basit zarar hesapları yapılarak kurulan hükümlerin bozulduğu da olur. Her şey "bilirkişiye" yaptırılacaktır. Öylesine ki "zarar" ve "zararın netleştirilmesi" işi bilirkişiye yaptırıldığı gibi "evlenme şansı", "hakkaniyet indirimi", "kaçınılmazlık indirimi" gibi indirimler de bilirkişiye yaptırılarak sonuçta "hükmedilecek tazminat miktarı'nın dahi bu raporlarda tespit ettirilip bulunan sonuçlar "karara geçirilerek" yargılama sonuçlandırılır.

Teknik bilgi ve deneyim gerektirici işlemler olarak bilirkişi tarafından yapılmak gereken bu işler, hesap unsurları verilmeden, taktir edilmek gereken hesap unsurları dahi taktir edilmeden, "tazminat taktiri" işinin tamamı bilirkişiye bırakılır.

1- Zarar Hesabı

Zarar hesaplamasında iki farklı çıkış noktasından, iki ayrı ayırıma gidildiği görülür. Kazalının gelirlerinin iskonto edilip edilmemesinin esas alındığı ayırım; "gerçekleşen dönem" ve "gelecek (iskontolu) dönem" ayırımınıdır.

Diğer bir ayırım ise, özellikle "düzenli artan aritmetik dizi" oluşturabilmesi bakımından "fiili çalışma dönemi" ve "yaşlılık" dönemi ayırımlarının yapıldığı haldir.

İlk ayırımın yapılmasında temel etken, "bilinen var iken varsayıma gidilmemesi". Bilinen olan döneme; hesap yada hüküm tarihine kadar "gerçekleşen döneme" zararların "gerçekleştikleri" gibi toplanarak bulunur. Hesap veya hüküm tarihinden sonraki döneme ait "bilinmeyen" zararların ise, bazı ilkelerle "varsayılarak" belirlenirler. Bu da "hüküm" yada "hesap" tarihinden sonraki döneme ait zararların "peşin ödeme" değerlerinin bulunması zorunluluğunu getirir.

Nitekim bu döneme ait zararlar, "gelecek dönem" zararı olarak adlandırıldığı gibi "iskontolu dönem" zararları olarak da adlandırılır. Bu nedenle de "gelecek dönem" zararları çoğu kez "fiili çalışma" ve "yaşlılık dönemi" zararları olarak ayrıca alt ayırıma tabii tutularak hesaplanır.

Gerçekleşen dönem, zararlandırıcı olay ile zarar hesabının yapıldığı tarih (ki bu tarih, tazmin hükmünün kurulmasına en yakın olan dönem sonu olarak gözetilir) arasındaki süredir.

Gelecek dönem ise, başlangıcının, (yine hüküm tarihine en yakın tarih olmakla) hesap tarihi olduğu dönemdir. Kazalının bu dönem gelirlerini "elde edeceği" varsayımı ile hesap yapılır. Dönemin temel özelliği "zarar hesabının varsayımlara dayalı" yapılmasıdır. "Varsayılan"; "beklenen ömür" süresi içinde kazalının elde edeceği "varsayılan" gelirlerinin peşin değerlerinin bulunması suretiyle zarar hesabının yapıldığı dönemdir.

A- Gerçekleşen Dönem Zararı

Bu dönem hesaplamasının yapılmasında belirgin hesap unsuru "ücret"tir.

Çağımız, bir yandan da eşitsizliklerin dengede tutulmaya çalışıldığı bir düzen getirmekte. Köle sahibi ile kölenin bedenleri nasıl aynı değerde değil idiydiseler ve kutsal kitaplarda nasıl bu eşitsizlik "vahyedildi" idiyse, bu, yeni düzen "kapitalizmde" daha da belirginleşiyordu. Aynı sınıftan kişiler arasında bile "uçurumlar" ve bu sonuçla da her kişinin bedeni, "kazanç elde ettiği ölçüde değerli" olmaktadır.

İşte bu "denge" içinde can kaybı bedelini ödettirmede, onun, bütünlüğü bozulmadan önce elde ettiği gelir birinci temel unsur olmaktadır.

Söz konusu kişi "işçi" ise bu gelirin adı "ücrettir" artık. İş yaşamındaki ücret ile buradaki ücret kavramı biraz farklıdır. Tazminat hesabında gözetilecek ücret, işçiye ödenen günlük veya aylık çıplak ücrete ek olarak sağlanan, parayla ölçülmesi mümkün bütün ekonomik faydaları kapsar. Diğer bir anlamda, işverence sağlanan *para ve para ile ölçülebilen bütün hak ve menfaatlerin "giydirilmiş"* olduğu gelirdir.

Hesaptaki ölçüt "gelir" in belirlenmesinde, yukarıdaki kalemlerden dolayı "bir yıl" ölçüğünde elde edilen miktarı bulunarak yıllık gelire yansıtılması gerekecektir.

Temel zarar "can zararı"dır. Tazmin edilmek gereken zarar da bu olmalıdır. O can ise "olay anı" ile yitiktir. Keza faize başlangıç ve zamanaşımı başlangıç tarihi de "olay" tarihidir. Öyle ise zarar başlangıç tarihi de olay tarihi olmalıdır. Keza, kazalı, raporlu olduğu dönemde "ücretini" alamamakta, sadece SSK. tarafından kendisine ödenen "geçici işgöremezlik ödeneği" ile yetinmek durumundadır.

Bütün bunlar da zararın hesabında başlangıç tarihinin "olay tarihi" olmasını gerektiren pozitif normlardır. Yargıtay'ın görüşü de böyle;

"Davacının zararlandırıcı olaya maruz kaldığı tarih olay tarihi olduğunu ve bu tarihten itibaren zararı oluştuğuna göre maddi zarar hesabına ve faize maluliyet oranının saptanma tarihinin esas alınması usul ve yasaya aykırıdır."

(Yargıtay 21. Hukuk Dairesi E. 1997/8624 K. 1998/70 T. 20.1.1998).

Bu dönemde gerçekleşen gelir farklılıklarının gözetileceği de muhakkaktır. Yani olay tarihinden rapor tarihine kadar geçen süre içinde gerçekleşen ücret artışları var ise bunlar aynen hesaba alınıp toplanarak gerçekleşen dönem zararı yapılacaktır.

Olay tarihinde bilinen gelirin, rapor tarihine kadar artışları bilinmiyor ise asgari ücretin arttığı tarihlerde kazalının gelirlerinin de artacağı varsayımı ile hesaplama yapılır. Yerleşen uygulamaya göre, bilinen geliri, asgari ücretten ne kadar fazla (asgari ücretin kaç katı) ise, asgari ücretin artış tarihlerinde, kazalının da aynı oranlarda artmış (artmış asgari ücretin, belirlenen katı kadar fazla) bir gelire iş bulabileceği kabul edilerek hesap yapılmaktadır.

B- Gelecek (İskontolu) Dönem Zararları

Bu dönem, zararlarının "varsayımsal" olarak hesaplandığı dönemdir. Bu varsayımlar da şöyle sıralanabilir.

a) Kazalı PMF. yaşama tablosundaki muhtemel yaşama sürelerine göre ya-

şayacaktır. (Ölmezse idi yaşayacaktı). "Muhtemel ömür" ("bakiye ömür" veya "beklenen ömür") süresi olay tarihine göre saptanmaktadır. (Yargıtay uygulamasında bu yerleşti.)

b) İşlemden birim zaman "yıl"dır.

c) Kazalının gelirlerinin yılda %10 artış (kıdem artışı) göstereceği varsayılır.

d) Yıllık %10 artışı gelirler, yıllık %10 faizle iskonto edilerek elde edilecek gelirlerinin "peşin değerleri" bulunur.

e) Kazalı, beklenen ömür süresinin bir dönemini "çalışarak", diğer bir dönemini ise "emekli" olarak sürdürecektir. Emeklilik dönemi, yaşlılık dönemi yada "iş görebilirlik çağı" genelde 60 yaşa kadar olan dönemdir. Ancak bu dönem, iş ve mesleğe göre, iş yada mesleğin "görülebilmesi"ne göre 60 yaşından önce "yeraltı maden işlerinde 50 yaş" yada 60 yaşından sonra da (yargıç avukat için 65 yaş gibi) olabilir. Hatta bir ses sanatçısı, bale sanatçısı, futbolcu veya diğer bir çok iş veya mesleğin iş görebilirlik çağı, mesleğin yürütülmesi anlamında daha kısa olacaktır. Bu hallerde de kazalının belirli bir yaşa dek kendi mesleğini, ondan sonra ise bir başka iş yaparak "iş görebilir" olacağını, hatta emekli olarak "emeklilik geliri" ile birlikte 60 yaşına kadar, en azından asgari ücret kadar bir gelir de elde edebileceği, 60 yaşından sonra ise yalnızca yaşlılık geliri elde edebileceğinin kabulü gerekir.

Yalnız, iskontolu dönem hesaplarının yapılmasında gelirin yıl ölçeğinde belirlenerek hesaba alınmasında yarar var. Çünkü bazı hallerde kazalının geliri aylar itibarıyla farklılık gösterebileceği gibi bazen de o meslekle sadece yılın bir bölümünde gelir elde edilip diğer bölümünde bir başka miktarda gelir elde edilebilir. Örneğin pamuk toplama, çırçırılama işçisinin bu işte çalışabileceği süre yılın 7 ayını geçmeyebilir. Kişi yılın diğer süresinde ise daha farklı bir ücretle iş bulacaktır. Bu nedenle hesapta yıl toplamı üzerinden bulunacak (yıllık) gelirin baz alınması gerekir. Keza kazalının gelirinin "artma" tarihi iş kazası yada "rapor" (hesap) tarihi olabilir. İşte bir günlük "bilinen" bir artış dahi var ise bu artışa göre kazalının "yıllık geliri" bulunarak iskontolu dönem ilk geliri bilinen gelir üzerinden olmalıdır. Ayrıca iskonto ve artış işlemleri de "yıl" zaman ölçeğinde gerçekleştirileceğinden gelir yıl üzerinden hesaplanması zorunludur.

Baz (ilk yıl) gelirleri farklı olacağı için "çalışma dönemi" ve "yaşlılık dönemi" hesaplarının ayrı ayrı yapılması da bu ilkenin bir sonucudur.

1- Artışlı Gelirlerin Bulunması

Kazalının, rapor tarihinde bilinen en son gelirinin fiili çalışma dönemince her yıl %10 artacağı hesapta gözetilen bir başka varsayımdır. Böylece kazalının "ge-

lecekteki" dönem boyunca yılda %10 kadar artmış gelir elde edeceği kabul edilerek, "beklenen ömür süresince elde edebileceği gelir" hesaplanır. Uygulamada bu iş "hesaplanıp yayımlanmış" bazı katsayıların (faktörel değerlerin) bilinen gelirle çarpımı sureti ile sağlanır.

Yöntemde kullanılan simgeler (K), (a) veya (x) olmaktadır. Çoğunlukla (K) simgesi kullanıldığından biz de bunu esas alarak açıklamaya çalışacağız.

$K =$ bilinen gelir + artış oranı (yüzde on)dır.

K^n ise (n yıl sayısıdır) artışı geliri miktarını veren faktörel değer formülüdür. Artışlı yıl gelirleri "düzenli artan bir sayı dizisi" oluştururlar.

Bu aritmetiksel işlem, kaçınıcı yıl artışı geliri bulunacak ise, **bilinen gelirin, yıl sayısı kadar 1.1 ile çarpılması** demektir. Son bilinen son miktarı 379 birim olan bir gelirin 6. yıl artışı geliri

$$379 * (1.1)^1 * (1.1)^2 * (1.1)^3 * (1.1)^4 * (1.1)^5 * (1.1)^6 = 671.4$$

Uygulamada kullanılan katsayılar (faktörel değerler) bazı tablolarda, baz gelir (1) olarak kabul edilmek suretiyle elde edilmiş katsayılardır.

Prof. Tahir Çağa Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumunda (Sh. 26) dile getirdikleri gibi işlemleri sağlıklı kavramak için şu ikili ayırımı önemle gözetmek gerekir.

a) İşlemde kullanılan **gerçek değerler**

b) **faktörel değerler.**

Örneğin (a) miktarındaki paranın yılda %10 oranlı artış ile ulaşacak değerini $a + 10a/100 =$ baliğ değeri formülü verecektir. Kaç yıl için baliğ değeri bulunacak ise işlemi tekrarlamak bizi sonucu götürecektir. Ancak her bulunan baliğ değeri, bir sonraki baliğ değeri için kapital oluşturacaktır. Örneğin 5 yıl için baliğ değeri hesabında;

$$a + 10a / 100 = A1$$

$$a1 + 10a1/100 = A2$$

$$a2 + 10a2/100 = A3$$

$$a3 + 10a3/100 = A4$$

$$a4 + 10a4/100 = A5$$

Gelir artış işlemlerinin yapılmasında, öncelikle "**faktörel değer**" üzerinden hesap

yapılır. Bu faktörel değer, hesap sonucu kapital ile çarpıldığında **"gerçek baliğ değerler"** bulunur. Faktörel değerler ise ($a = 1$) bazı üzerinden bulunan değerlerdir.

Bu işlem için "artış oranı" simge olarak "i" veya "t" ile gösterildiğinde yıllara göre faktörel değer yöntemleri şöyle olur.

$(1+i)$ veya $(1+t)$ * Kapital = (n=1) baliğ değeri

$(1+i)^n$ veya $(1+t)$ * Kapital = (n=2) baliğ değeri

$(1+i)^n$ veya $(1+t)$ * Kapital = (n=3) baliğ değeri

$(1+i)^n$ veya $(1+t)$ * Kapital = (n=4) baliğ değeri

$(1+i)^n$ veya $(1+t)$ * Kapital = (n=5) baliğ değeri

$(1+i)^n$ veya $(1+t)$ * Kapital = (n=6) baliğ değeri

2- Peşin Değer Hesabı (İskonto İşlemi)

Bu işlemin farklı tanımlamaları görülür. Bir dönemin Yargıtay Kararlarında da;

"Kazalıda, belirlenen zarar süresince belirlenen geliri sağlayacak gelir kaynağı" olarak tanımlandı.

Tahir Çağa Hoca'nın tanımlamasına göre de "peşin değer";

"Sermaye olarak yatırılıp taksit taksit olarak ödenerek elde kalan bakiyenin faiz geliri getireceği, faizlerinin sermayeye eklenerek belirlenen sürede belirlenen geliri sağlayarak bitecek para"dır.

Tahir Çağa Hoca'nın ve anılı Yargıtay Kararlarında ifadesini bulan bu tanım "Mali İktisat" yada "Finans Aritmetiği" bilim disiplini terimi olarak "Rantın Peşin değeri"dir. Nitekim Prof. Dr. Necati İşcil, "Ticaret Aritmetiği - Mali Cebir" adlı eserinde **Rant'**ı;

"Bir kapitalin, belli faiz oranı üzerinden, belirli tarihlerde belirli miktarlarda getirdiği gelir" olarak tanımlarlar.

Oysa bildiğim kadar ile kazalının "zararlarını" bulmak üzere onun gelecekte elde edeceği gelirleri "iskonto" ederiz. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve diğer Yargıtay Daireleri kararlarında da bu işlemin hukuki niteliği böyle.

"Bilindiği gibi iskonto, vadesi gelmemiş bir borcun vadesinden önce ödenmiş olması halinde, alınan paranın vadeye kadar değerlendirme olanağı bulunduğu, borcun, haksız iktisaba imkan vermeyecek oranda indirilmesidir."

(Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 1995/9-628 K. 1995/694 T. 28.06.1995)

(Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 1995/9-679 K. 1995/898 T. 01.11.1995)

Literatürde de iskonto işleminde peşin değer;

"Belli bir tarihten sonraki bir tarihte ödenecek bir paradan faizinin ayrılarak ileri tarihteki alacaktan ele geçen paranın bulunması" olarak tanımlanır.

(Prof. Necati İşçil. Ticaret Aritmetiği - Mali Cebir)

Öyle ise hukukumuzdaki bu "ikircilik" önemli bir sorun olarak görülmektedir. Çünkü **"rantın peşin değeri"** ile **"iskontolu peşin değer"** iki farklı kavram olarak iki farklı hesabı getiren ve iki farklı parasal değer doğurucu kavramlardır.

Peşin değer hesaplama işlemi 1994 yılı başına dek, tüm kolları ile adli mahkemelerde "ortalama gelir" esaslı yöntem; ortalama gelir * $(K^n - 1) / K^n$ * $(K - 1)$ formülü ile hesaplanırdı. Sonuncusu 1993 yılı sonunda yapılan bir dizi sempozyumdan sonra Yargıtay 9. Hukuk Dairesi görüş değiştirerek iskonto işleminin ortalama gelir esaslı yöntemle yapılmamasını "içtihat" etti. Bu yöntemin yerine de yine Tahir Çağa Hoca'nın,

"%10 artış ile %10 iskonto birbirini ifna eder" olarak ifade ettikleri $(1/K^n)$ yöntemi yerleşiverdi. Çünkü Daire, gelecek dönem (iskontolu dönem) gelirlerinin her yıl için ayrı ayrı arttırılarak ayrı ayrı iskonto edebilen başkaca bir yöntem Yargıçların bilgisine sunulmuş değildi. Oysa $(1/K^n)$ formülünde (K^n) olarak ifadesini bulan çarpan, "gelir artış" işleminin tam tamına tersi bir işlem olarak "kıdem artışı"nın yok eden bir yöntem; **bileşik faiz** esaslı **"rantın peşin değerini bulma"** yöntemidir.

İskonto yöntemlerini incelemeye geçmeden, uygulamada (her üç iskonto yönteminde de) "ifna"yı aşan miktarda kesintilerle de peşin değer hesapları görüldüğünden bunlara da dikkat çekmek isterim. Bu da peşin değer hesabında faizin "kredi değeri" üzerinden hesaplanmasının bir sonucu, bir "dış iskonto" işlemi. Uygulayıcıları, (1) faktörel değeri üzerinden (1.) yıl gelirinin (1.0) olacağını bundan %10 kesinti yapılması halinde geriye (0.90) peşin değer kalacağını söylemektedirler.

Oysa 1. yılın geliri, 1 yıllık %10 oranlı faizi ile (1.10) olmaktadır. Böylece iskonto edilecek para (anapara + faiz) bu olmaktadır. Zaten bunun için de gerek "gelir artış" ve gerek ise "iskonto" işlemlerinde $K=1.1$ (1+artış oranı (i) veya iskonto oranı (t)) alınmaktadır. Zaten aksine kabul de artış veya iskonto işleminin gerçekleşmesine imkan vermez. Çünkü (1) sayısının milyar adet ^ (üssü) da yine (1) -bir- olur. Zaten

bütün sayıların (1.) üssü de sayının kendisi olur. Bunun için de 1.10'un 1. üssü (kuvveti) de 1,10'dur.

Bu biçimde işlemi yapanlar aslında (belki de farkına varmadan) 1. yıl gelirini (1.0) değil, $1.0 / 1.10 = 0.90$ olarak almaktadırlar. Yani "bankacılık deyimi" ile kredi değeri üzerinden (peşin değer üzerinden değil) iskonto yapmaktadırlar.

Örneğin (C) bankasından yıllık %10 oranı ile borç aldığınız 10.000.000 Liranın bir yıllık faizi 1.000.000 liradır. Aldığınız 10.000.000 Lirayı yıl sonunda 1.000.000 Lira faizi ile birlikte 11.000.000 lira olarak ödeyebileceğimiz gibi (C) bankası size krediyi verir iken içinden 1 yıllık faizi olan 1.000.000 lirayı keserek size 9.000.000 lira ödese ve sizde yıl sonunda götürüp 9.000.000 lirayı geri verirsiniz iki halde de 1.000.000 lira faiz ödemiş olursunuz. Ancak elinize geçen para (peşin değer) ilk halde 10.000.000 Lira ve %10'u 1.000.000 Lira iken ikinci halde, 9.000.000 liranın %10'u ise 900.000 liradır. Her iki halde de 1.000.000 Lira faiz ödenmesine rağmen "antisipe faiz" uygulaması ile faiz oranı %10 dan %11'e çıkmıştır. Bu ikinci işlem ile yapılan iskonto, "**dış iskonto**" olur.

Prof. Dr. Necati İşçil tarafından "**adaletsiz borçluyu gerektiğinden fazla faiz ödemek zorunda bırakan**" bir yöntem olarak nitelendiren bu yöntem halk deyişi ile "**tefeci faizi**" uygulaması gibidir.

Yine Prof. Necati İşçil'in anlatımı ile **iskonto, faiz işleminden başka bir şey olmadığına ve yararlanılan kapital ise peşin değerden ibaret bulunduğuna göre faiz tutarının peşin değer üzerinden hesaplanması gerekir. Dış iskonto mantık ve adalet yönü zayıf bir metottur.**"

İşte yazımızın bu bölümünden sonra da iskonto yöntemleri üzerinde dururken her üç yöntemde de iç veya dış iskonto yapılabileceğine dikkatinizi çekeriz.

a) Basit Faizle Peşin Değer Bulma

İskonto çarpanları (Faktörel değerleri) ise "faiz formülleri" ile bulunur. İskonto edilecek değer olarak elimizdeki **artışlı yıl gelirdir. Yani artışlı yıl geliri faiz + anapara'yı içermektedir.** $K^n = A + (A * n * t)$ dir. (A=anapara, n=yıl ve t=faiz oranı) İskonto edeceğimiz artışlı yıl geliri, "mali iktisat" yada "bankacılık" terimi olarak "kredi değeri"dir.

Bir yıllık süre için $K = A + t$ olur. Yıl sayısı, arttıkça, faiz miktarı, faiz oranının yıl sayısı ile çarpımı kadar artar. Faiz oranı (A)nın cinsinden ve oransal (yüzde veya onda) olacağından $K = A + (n * A/100)$ olur. % 10 oranlı faiz üzerinden, A=1 olduğunda ise $K = (1 + (1 * 10/100))$ olur. İşte en sade ve anlaşılır biçimi ile bu faiz formülünden hareket ederek artışlı yıl gelirinden faizi indirerek peşin değeri bulabiliriz.

Faiz formülü;

Anapara * zaman * faiz oranı = Faiz

$$A * n * t = \text{Faiz}$$

$$A + (A * n * t) = K^n \text{ (Artışlı Yıl geliri = kredi değeri)}$$

Eşitliğin sağ tarafını (A) parantezine aldığımızda bu formül:

$$(A (1 + (1 * n * t))) = K^n \text{ biçimini alır.}$$

Peşin değer olan (A)'yı bulmak için bu eşitliğin iki tarafını $(1 + (1 * n * t))$ ye bölersek formülümüz:

$$A * (1 + (1 * n * t)) / (1 + (1 * n * t)) = K^n / (1 + (1 * n * t)) \text{ olur. Sadeleştirirsek}$$

$$A \text{ (Peşin değer)} = K^n / (1 + (1 * n * t)) \text{ olur. Sadeleştirirsek}$$

$$A \text{ (Peşin değer)} = K^n / (1 + (1 * n * t)) \text{ son halini alır.}$$

Peşin değer hesabını bir bölme işlemi ile değil, bir çarpma işlemi ile yapmak istediğimizde formülün sol tarafını (K^n) parantezine almak yeterlidir. Sonuç;

$$K^n * \{1 / (1 + (1 * n * t))\} = \text{Peşin değer} \text{ biçimini alır. Artışlı gelir ile çarpım için ise;}$$

$$1 / (1 + (1 * n * t)) \text{ formülü istediğimiz çarpanı verecektir.}$$

Örneğin 6. yıl gelirini iskonto için $(1 / (1 + (0, 10 * 6))) = 0,62500$ çarpanını verecektir.

Örnekler ile açıklamamızı sürdürmek istiyoruz. İskonto edilmek suretiyle peşin değeri bulunacak gelir 6 (altı) yıl sonra elde edilecek bir gelir ve miktarı da 386.417.110 Lira olsun.

Anılı para 6 yıllık faizi ile birlikte bu miktara ulaşan bir paradır. Anaparasını (1) olarak kabul edersek yıllık %10 faizden $(1 * 0.10 * 6)$ 0,60 kadarı da faiz ile birlikte bir toplamdır. Böylece Anaparanın 1.60 katına ulaşmış olduğundan 1.60'a böldüğümüzde ana parasını (peşin değerini) elde etmiş oluruz. $386.417.110 / 1.60 = 241.510.694$ TL. peşin değeridir. Artışlı yıl gelirinin 144.906.416 lirası da faiz olarak kesilmiştir.

Sağlamasını yaptığımızda 241.510.694 Liranın %10 oranlı 6 yıllık faiz miktarının da $(241.510.694 * 0.10 * 6 =) 144.906.416$. Lira olduğu görülecektir.

Böylece basit faiz esaslı bir metotla iskonto sağlayarak peşin değer bulma için artışlı yıl gelirlerinin 1.10 - 1.20 - 1.30 - 1.40 - 1.60 2.00 - 2.10 gibi düzenli iskonto edilecek yıl sayısı ile düzenli artan bir ondalık sayı dizisi ile bölümü sonucu açıkça ve anlaşılır bir biçimde verecektir.

Alışıldığı gibi "artışlı yıl gelirinin bir çarpan ile çarpımı" suretiyle peşin değer hesabı yapılmak isteniyor ise bu kez "artışlı yıl geliri" yerine 1 (bir) sayısının konularak bölüm işlemi gerçekleştirildiğinde de bir çarpan dizisi elde edilecektir. Bu kez "artışlı yıl geliri"nin bu çarpan ile çarpımı iskontolu peşin değeri verecektir.

Yararlanma kolaylığı bakımından bu değerler, artışlı yıl gelirleri ile birlikte değerlendirilmeye sunuldu. Bu aşamada sadece 10 yıllık bir süre için artışlı yıl gelir artış çarpanları ile bölme ve çarpma suretiyle sonuç veren iskonto çarpanları aşağıdaki gibidir.

Yıl (n)	Artışlı Yıl Geliri	İskonto Bölmeni	İskonto Çarpanı	İskontolu Sonuç	Kesilen Faiz
1	1.10000000	1.10	0.909091	1.00000000	0.10000000
2	1.21000000	1.20	0.833333	1.00833333	0.20166667
3	1.33100000	1.30	0.769230	1.02384615	0.30715385
4	1.46410000	1.40	0.714285	1.04578571	0.41831429
5	1.61051000	1.50	0.666667	1.07367333	0.53683667
6	1.77156100	1.60	0.625000	1.10722563	0.66433538
7	1.94871710	1.70	0.588235	1.14630418	0.80241292
8	2.14358881	1.80	0.555555	1.19088267	0.95270614
9	2.35794769	1.90	0.526315	1.24102510	1.11692259
10	2.59374246	2.00	0.500000	1.29687123	1.29687123

b) Bileşik Faizle Peşin Değer Bulma

Yukarıda açıkladığımız gibi artışlı yıl geliri (1) esaslı K^n çarpanının, (faktörel değerinin) "bilinen gelir" ile çarpımı suretiyle elde edilir. Bu yöntemde peşin değer bulma (ki buna iskonto diyemiyorum) işlemi, gelir artış işlemindeki "üs alma" işleminin tamamen "işlemsel tersi" olmaktadır. Yani artış çarpanını bulurken yaptığımız yıl sayısı kadar 1.1 ile çarpım işlemi bu kez kaçınıcı artışlı yıl gelirinin peşin değeri bulunacak ise (1.) yıla kadar 1.1'e bölünmesi ise sonuç alınacaktır. K^n bu kez $1/K^n$ (veya K^{-n}) olmaktadır.

Artışlı gelir ve peşin değer iskonto formüllerini yan yana yazdığımızda göreceğimiz tablo şu olur.

$$(a) \text{ Bilinen gelir} * K^n = \text{Artışlı yıl geliri}$$

$$(b) \text{ Artışlı yıl geliri} / K^n = \text{Peşin Değer.}$$

Dikkat edilirse yukarıdaki (a) eşitliğinde, K^n , "bilinen gelir" ile **çarpım** halindedir. (b) eşitliğinde ise K^n faktörel değeri "eşitliğin aynı tarafına **bölüm** halinde" geçmiştir. Yani "işlemsel ters işlev" yüklenmiştir. Yukarıdaki (a) ve (b) eşitlikleri birlikte değerlendirdiğimizde **Bilinen gelir = peşin değer** sonucu ortaya çıkmakta ve Tahir Çağa'nın deyışı gibi "**ifna**" olmaktadır. Zaten herhangi bir sayıyı örneğin 14 kez aynı sayı ile çarpıp 14 kez aynı sayıya bölmek sonuçta "herhangi" sayıyı elde etmemizden öte bir sonuç vermeyecektir. Örneğin "herhangi" sayımız (85) olsun.

$$85 * 1.1 = 1. \text{ yıl artışlı geliri}$$

$$85 * 1.1 * 1.1 = 2. \text{ yıl artışlı geliri}$$

$$85 * 1.1 * 1.1 * 1.1 = 3. \text{ yıl artışlı geliri}$$

$$85 * 1.1 * 1.1 * 1.1 * 1.1 = 4. \text{ yıl artışlı geliri}$$

Peşin Değer Bulma İşlemi

$$85 * 1.1 / 1.1 = 1. \text{ yıl peşin değeri} = 85$$

$$85 * 1.1 * 1.1 / 1.1 / 1.1 = 2. \text{ yıl peşin değeri} = 85$$

$$85 * 1.1 * 1.1 * 1.1 / 1.1 / 1.1 / 1.1 = 3. \text{ yıl peşin değeri} = 85$$

$$85 * 1.1 * 1.1 * 1.1 * 1.1 / 1.1 / 1.1 / 1.1 / 1.1 = 4. \text{ yıl peşin değeri} = 85$$

Bu yöntemi "%10 artış ile %10 iskonto birbirini ifna eder" olarak tanımlayarak sunan ve bugün için uygulamada kabul edilmesinde özel ağırlığı olan sayının Tahir Çağa'nın getirdikleri sonuç çözüm de "hesap olarak" yanlış olmayan bir çözümdür. Derler ki;

"Dolayısıyla özetle de olsa zarar hesabında... hüküm tarihindeki net gelire... her yıl %10 zam yapılması ve sonra... %10 iskontoya tabi tutularak peşin değerinin hesabı... boşuna uğraştır. Bu, hüküm tarihindeki net gelir kaybının, iradın bu tarihten sonraki devamı süresini oluşturan seneler sayısı ile çarpımından ibarettir. "

(Prof. Tahir Çağa sempozyum 1993 sh. 29)

Nitekim 10 yıllık bir sürede 100.000.000 TL. gelirin artış çarpanlı ve peşin değer bölümlü sonucu şöyle bir tablo oluşturur.

Yıl (n)	Artışlı Çarpanı	Artış Yıl Geliri	Peşin Değer Bölünü	Peşin Değerli Sonuç	Kesilen Faiz
1	1.1	110.000.000	1.10	100.000.000	10.000.000
2	1.21	121.000.000	1.21	100.000.000	21.000.000
3	1.331	133.100.000	1.331	100.000.000	33.100.000
4	1.4641	146.410.000	1.4641	100.000.000	46.410.000
5	1.61051	161.051.000	1.61051	100.000.000	61.051.000
6	1.77156	177.156.100	1.77156	100.000.000	77.156.100
7	1.94871	194.871.710	1.94871	100.000.000	94.871.710
8	2.14358	214.358.881	2.14358	100.000.000	14.358.881
9	2.35794	235.794.769	2.35794	100.000.000	35.794.769
10	2.59374	259.374.246	2.59374	100.000.000	59.374.246

Sayın Tahir Çağa'nın bu anlatımı, sayısal olarak tamamen doğru. Aritmetik işlemlerinin yapılmasında, özellikle toplama ve çıkarma işlemleri yapılırken "aynı cinsten olma" mecburiyeti gözetilmez ise tartışmasız bir doğru; formül de kendilerini doğrulamakta. Oysa %10 artış kıdem artışı, %10 iskonto ise faiz indirimi. Kıdem artışının önceki yıl gelirine göre olacağı muhakkak. Ancak faiz kesintisinin bileşik faiz esaslı olarak yapmanıza "buyurucu" yasal kuralları engel.

Zaten Çağa Hoca da bu biçimde bulunan peşin değeri;

"Sermaye olarak yatırılıp taksit taksit olarak ödenerek elde kalan bakiyenin faiz geliri getireceği, faizlerinin sermayeye eklenerek belirlenen sürede belirlenen geliri sağlayarak bitecek para" kaynağı olduğunu vurgulamakta.

c) Ortalama Gelir Esaslı Yöntem Peşin Değer Bulma

Bu yöntem, birkaç yıl öncesine kadar ülkemizdeki tüm tazminat hesaplarında kullanılan hesap yöntemi idi. 1994 yılı başlarında Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin uygun görmemeye başlamasından sonra iş kazası sonuçlu tazminat davalarından kullanılmaz oldu.

Yöntemde zarar hesabı "dönemler" (çalışma-yaşlılık dönemi gibi) itibarıyla yapılır.

Dönem toplam geliri de $(K^n - 1) / (K - 1)$ formülü ile bulunur. Hesaplanan artışı dönem geliri ise bu dönemi oluşturan yıl sayısına bölünerek "ortalama yıllık gelir" elde edilir. Bulunan bu ortalama gelir ise, $((K^n - 1) / K^n (K - 1))$ formülünün verdiği dönem çarpanı (faktörel değeri) ile çarpılarak "dönem gelirinin peşin değeri" bulunur.

Yöntemin açık anlatımlarla yazılımı şöyle:

Dönem toplam geliri / dönem yıl sayısı	= ortalama gelir.
$((K^n - 1) / (K - 1)) / n$	= ortalama gelir.
Ortalama gelir * dönemi iskonto çarpanı	= dönem peşin değeri
$[(K^n - 1) / (K - 1) / n] * [(K^n - 1) / (K^n * (K - 1))]$	= dönem peşin değeri

Bu yöntem de iskonto işlemi $1/K^n$ formülüne benzer bir biçimde yapılmaktadır. Ancak peşin değeri bulunacak döneme ait $1/K^n$ çarpanlarının toplamı dönem ortalama yıllık geliri ile çarpılmaktadır. $1/K^n$ yönteminde her artışlı yıl geliri o yıla ait iskonto çarpanı ile çarpılmakta iken gelir çarpım unsuru "dönem ortalama yıllık geliri", böylece bulunan peşin değer ise "hesap dönemine" ait peşin değer olmaktadır.

Bu güne kadar bu yöntemle yapılan peşin değer hesaplarında ve incelediğim yayınlarda, bu yöntem ile hesap dönemini içeren yıllar gelirlerinin peşin değerinin ayrı ayrı hesaplandığını görmedim. İncelediğim yayımlarda da böylesi bir hesabın yapılabildiğine ilişkin bir bilgi yada işleme rastlamadım.

Ancak 9. Hukuk Dairesi'nin "tazminatları kırıcı" hesap biçimlemesi ile birlikte bu hesaplarının bu yöntemle göre yapıldığı iki ayrı bilirkişi hesap raporundaki 5 kata varan hesap farklılığı, beni bu hesapları öğrenmeye yöneltti. İnsan eseri olan "makinanın insandan daha" yanlışsız" sonuçlar verme özelliği, beni bu işi "makinalaştırmayı"; tazminat hesaplarını bir bilgisayar programına yaptırmaya götürdü. Alanının en iyilerinden Ali Özen Akyürek adındaki program yazılım uzmanı ile iki yılı aşkın bir müşterek çalışmamız oldu. Hesabı, hukuki ve aritmetik ilkeleri ile yapabilmeyi öğrenmek zoraki olmuştu. Aynı zamanda iyi bir aritmetikçi olan Bilgisayar yazılımcısı, ortalama esaslı yöntem ile de "her yıl artışlı gelirini ayrı ayrı iskonto edebilmeyi" becerdi. İşte bu yöntem ile her yıl gelirini ayrı ayrı iskonto edebilme ile ilgili açıklamaların temel becerisi ona ait.

Bu yöntem, iskonto işlemini, belirli yıl sayısından oluşan "dönem"ler için yapabilmektedir. Örneğin, 5 yıllık 9 yıllık 17 yıllık 30 yıllık gibi.

Dönemi oluşturan yılların, ayrı ayrı artışlı yıl gelirleri $1/K^n$ yöntemindeki gibi, yani K^n çarpanı ile hesaplanmaktadır. Biz de bu artışlı yıl gelirlerini böyle hesapladık.

Sayıları ne kadar çok olursa olsun, düzenli artan aritmetik dizilerde her artış dizisinin birden çok ortalamasının ortalaması yine müşterek ortalamayı verecektir. Bu kural düzenli azalan aritmetik diziler için de geçerli. Örneğin 1-10 arası sayıların ortalaması $(55/10=)$ 5.5 olur. 1-5 arasındaki sayıların ortalaması 3 ve 6-10 arasındaki sayıların ortalaması ise 8 olup 8 ile 3 sayılarının ortalaması da yine 5.5 eder.

Uygulamada "dönem ortalama geliri" ile "dönem iskonto çarpanları toplamı" çarpılarak peşin değer hesabı yapılmaktadır. Bizde işlemi aynı biçimde yaptık. Ancak "dış iskonto" biçiminde bir iskonto olmaması için dönem gelirini K^n sü-tunundaki artışlı yıl gelirlerinin toplamını alarak (yada dönem toplam gelirini veren formülü K ile çarparak) bulduk.

Örneğin 10 yıllık bir dönemin peşin değeri, her yıl için ayrı ayrı bulacağız.

$[(K^n-1) / (K-1)]n$ formülü ile bulduğumuz dönem ortalama gelirini $[(K^n-1) / (K^n * (K-1))]/n$ formülü ile bulduğumuz dönem toplam iskonto çarpanı ile çarparak 10 yıllık süreye ait toplam peşin değeri buluruz. Bundan sonra bu işlemleri sırası ile 9-8-7 olmak üzere 1 yıla kadar tekrar edersek şu faktörel değerleri elde ederiz.

Yıl (n)	DÖNEM Toplam Geliri $\{K^n * K^{n-1} / (K-1)\}$	DÖNEM Ortalama Geliri $\{K^n * (K^n-1) / (K-1)\} / n$	DÖNEM İskonto Çarpanı $K^n * (K^n-1) / K^n * (K-1)$	DÖNEM Peşin Değeri $\{K^n * (K^n-1) / (K-1)\} * (K(K^n-1) / K^n(K-1)) / n$
10	17.53117	1.75312	6.144567	10.77214
9	14.93742	1.65971	6.144567	9.55833
8	12.57948	1.57243	5.334926	8.38882
7	10.43589	1.49084	4.868419	7.25804
6	8.48717	1.41453	4.355261	6.16064
5	6.71561	1.34312	3.790787	5.09149
4	5.10510	1.27628	3.169865	4.04562
3	3.64100	1.21367	2.486852	3.01821
2	2.31000	1.15500	1.735537	2.00455
1	1.10000	1.10000	0.909091	1.00000

Bu işlemlerden sonra, daha çok olan yılın peşin değerinden daha az olan yıl için bulduğumuz peşin değeri çıkardığımızda aradaki fark büyük (fazla) yılın peşin değeri olur.

Yıl (n)	DÖNEM Peşin Değeri $\{(K^n-1)/(K-1)*[(K^n-1)/K^n*(K-1)]/n\}$	DÖNEM Peşin Değeri $\{(K^n-1)/((K^n-1)/K^n*(K-1))/n\}$	ORTALAMA Yıllık İskontolu Gelir
10	10.77214	9.55833	1.21381
9	9.55833	8.38882	1.16951
8	8.38882	7.25804	1.13078
7	7.25804	6.16064	1.09740
6	6.16064	5.09149	1.06915
5	5.09149	4.04562	1.04587
4	4.04562	3.01821	1.02741
3	3.01821	2.00455	1.01366
2	2.00455	1.00000	1.00455
1	1.00000	0.00000	1.00000

Toplam 10 yıllık Peşin değer = 10.77214

Bu yöntem ile her yıl gelirinin ayrı ayrı peşin değerinin bulunabilmesi böylece mümkündür. Biz bu çalışmayı ileri götürerek her yıl gelirinin ayrı ayrı peşin değerinin bulunması için "çarpan"lardan oluşan bir tablo da geliştirdik. İşlemin devamını da yukarıdaki açıklamamız gibi bulduğumuz peşin değerler ile artışı yıl gelirlerinin karşılaştırmasını yapmak ile sağladık; "peşin değer" olarak bulduğumuz rakamın "artışlı yıl geliri"ne bölümü ise "iskonto çarpanını" (faktörel değerini) oluşturan sayılar dizinini verir.

50 yıllık süre için peşin değer çarpanları ile birlikte yararlanmanıza sunuldu.

Ancak yaşlılık yada küçük çocuğun bakım ve yetiştirme sürelerinin olduğu hallerde bu devrelere ait artışı gelirleri ve bulunacak dönem peşin değerlerinin ayrıca iskonto edilmesi hallerinin ek bazı aritmetik işlemler gerektireceğini hatırlatmakta yarar görürüm.

Örneğin yaşlılık döneminin "ilk yaşlılık geliri"nin bulunarak, bunun yaşlılık dönemi için artışları sağlanıp "dönemin peşin değeri" bulunduktan sonra bunun yeniden iskonto edilmesi gereklidir.

C- Başkaca Zarar Kalemleri İçin Hesap

a- Yardımcı kişi (veya bakım) tazminatı

"Yardımcı kişi tazminatı", "bakıcı ücreti", sürekli bakıma muhtaçlık tazminatı"

adı verilen bu hesap kalemi, aslında bir "zarar" kalemidir. Bu zararın nitelik ve içeriğinin incelenip normatif dayaklarının tartışıldığı bir yargı kararına rastlamadım. Doktrin yazılarında da bu hususa detaylı değinmeler görmedim. Bu kavramın hukukumuza geçişi, 506 sayılı yasanın 20/4. maddesinde, 23.10.1969 gün ve 1186 sayılı yasa ile oldu. Maddeye göre;

2- ".. sürekli yada zaman zaman hastahanedeki kalmayı gerektiren tedavisi olanaksız akıl hastalıkları"

3- "iki gözde 100/100 görme kaybı";

4- "iki elin kaybı"

5- "bir kolun omuzdan, bir bacağın kalçadan kaybı"

6- "iki bacağın kaybı (diz altı veya üstünden);"

7- "Tedavisi olanaksız bir hastalıktan ileri gelen beslenme bozuklukları ve kaşeksiler."

"Sigortalının **başka birinin yardımına muhtaç** durumda sayılacağı haller" olarak sayılmış.

Bu haller irdelendiğinde, kazalı sigortalının **yaşamsal faaliyetlerini sürdürebilmesi için bakım gerekme** halinin ölçüt alındığı görülmektedir. Yani kazalı, kazadan önceki gelirini elde etme olanağına kavuşmuş olsa bile, enaz ölçekteki **hayati gereksinimlerini bir başkasının yardım ve bakımı olmadan karşılayamaz haldedir.**

İşte 506 sayılı yasanın 20/4. maddesi, sigortalıya yaşamına bunca desteği (bakım ve korunma desteğini) sağlamak amacı ile ona bağlanan gelirin %50 olarak artırılarak bağlanmasını hükme bağlamamıştı... (5440 sayılı yasa ile bu oran değişerek gelir bağlama oranının %70 olması olarak değişti.)

Ama bu ölçekte artmış bir gelirin, eski anlatım ile sigortalının "hayatını idame ettirebilmesi" için gerekli bakım ve gözetim desteğini sağlayabilecek miktarda olup olmadığını tartışmak ve eleştirmek gerekir. Toplumsal gerçekleşmede, çalıştırılanın "asgari" bir miktardan az ücretle çalıştırılması yasaklanmıştır. Keza SSK. geliri bağlandığında, sigortalının gelirlerine göre bulunan göstergenin katsayı ile çarpımın sağlayacağı gelir "taban sigorta geliri" sağlayacak ölçekte olmadığında SSK. ona, "taban aylık" kadar bir gelir bağlama zorunluluğunda (Md. 96-97) bırakılmış. Sigortalının "hayatını idame" ettirmek üzere "taban aylık"ın %50'si kadar bir ödeme yaparak (ki bu her zaman asgari ücretten az olur.) kendisine yardım edecek bir "kimse" bulabilmesi olanaksızlığını; örneğin iki eli olmayan birini düşünün.

Öyle ise kazalı, bedeni bütünlüğünü yitirmekle birlikte ayrıca yaşamını sürdürebilmek bakımından bir yardımcı kişiye gereksinim duyuyor veya duyacak ise, bu nedenle de bir zararı var demektir. Bu "bakımı" eşinin, oğlunun veya kızının yapması ile bunun 3. kişiye yaptırılması arasında temelde bir fark yoktur. Nasıl ki sadece ev işi yapan ve başkaca bir gelir getirmeyen bir ev kadının ölümünde, onun beşikteki bebeği ile 18 yaşındaki oğlu ile 45 yaşındaki kocasının da destek kaybı - destek zararı- olduğunu, bu zararı "**bakım ve gözetimden yoksun kalma**" zararı olarak niteleyerek hesaplara dahil ediyorsak iş kazası sonucu "yaşamın sürdürülebilmesi için gerekli bakım "ihtiyacı kazalının ailesi tarafından karşılanırsa dahi bu zararıdır. Çünkü bu "bakım", onların "sağ-sağlam" olduğu zaman ona sağladıkları bakım ve gözetim desteğinden "tamamen fazla" olan bir bakım ve gözetimdir.

Destek tazminatı isteği hallerindeki "bakım ve gözetim ihtiyacı" kavramı ile karıştırılmaması bakımından bu "yardımcı kişi tazminatı" yada "3. kişi desteği zararı" olarak isimlendirilerek kullanılması yararlı olacaktır.

Böylesine zararın hesabı için gerekli unsur ise yardımcı kişiye ödeneceği varsayılan ücret yada 3. kişi tarafından sağlanan desteğin kuruşlandırılmasıdır.

Bu, kalem nedeni ile zarar hesabı uygulamada her bilirkişi tarafından ayrı ayrı yapılmaktadır. Gördüğüm örnekler şöyle;

- a) kazalının hesaplanan zararının 1/3 ü,
- b) kazalının hesaplanan zararının 1/2'si, (% 50'si)
- c) asgari ücretin net miktarı,
- d) asgari ücretin brüt miktarı kadar bir miktarının zarar hesapları toplamına alınması.

Kanımcı kazalının yaşamını sürdürmesi hangi niteliklere sahip bir kişinin yardımına bağlı görülüyor ise zarar bazı buna göre saptanmalıdır. Örneğin yaşamını sürdürebilmesi bir hemşirenin gözetiminde mümkün olabilecek kazalı için bir hemşireye ödenmek gereken para zarar miktarı olarak hesaplanmalıdır.

Hatta tamamen yatalak olan bir kişinin veya "deli" birinin bakım ve gözetiminin sürekli olması gerektiğinde ise bu zarar kalemi bir değil, iki veya üç vardiya çalışması, veya hastahanedeki yatma masrafı olarak hesaplanmalıdır.

Ancak, yaşamın sürdürülmesi aile bireylerinin "özel" nitelikteki destekleri yada vasıfsız bir kişinin yardımı ile sürdürülebilir ise (ki bu en az yardımdır) bu zarar, asgari ücretin **brüt miktarı** üzerinden hesaplanmalıdır. Çünkü kazalıya yaşamını

sürdürmede yardımcı olacak kişiye, sigorta yapacağı ve ödeyeceği ücretler nedeni ile gelir vergisi kesintisi yaparak ilgili kuruma yatıracağını kabul etmek "hukuki" olmanın zorunlu sonucudur.

SSK. Bağ-Kur gibi sosyal güvenlik kurumları tarafından tamamen ve kısmen karşılanmamış yada karşılanmayacak başkaca bakım ve tedavi giderleri var ise olaya göre bunlar da hesaplanarak tazminata eklenmelidir.

b- Emekli İkramesi - Kıdem Tazminatı

Uygulamada fazlaca hesabı yapılmadığını gördüğümüz bir zarar kalemi var; kıdem tazminatı yada emekli ikramiyesi. Oysa 60 yaşına dek çalışacak kazalı işçi ise kıdem tazminatı, memur ise emekli ikramiyesi alarak emekli olacaktır.

Bedeni bütünlüğün bozulduğu hallerde, kişinin diğer gelirleri nedeni ile zarar hesabı yaparız. Bunun bedeni bütünlüğün bozulması ölçüsündeki (maluliyet derecesindeki) kısmının kazalıya tazminat olarak verilmesi gerektiği hukukumuzda tartışmasız. Buna, kimi yargı kararlarımızda ve hukuk literatürümüzde gösterilen gerekçe şu; denir ki,

"Kazalı, kaza geçirmeden önceki gelirlerini, bedeni bütünlüğünün bozulması (maluliyeti) ölçüsünde daha fazla efor harcamak suretiyle elde edebilecektir." Nitekim buna bazen efor tazminatı da denir. Bunun bir "can zararının giderimi" olduğu eleştirim ile bu değerlendirmeye katılmamakla birlikte, ister "can zararının" tazmini olsun ister ise "efor tazminatı" olsun, her iki halde de kıdem tazminatı yada emekli ikramiyesinin elde edildiği zamanda, elde edilebilmesinde de bu can eksikliği ve fazla efor harcamaya gereği vardır. Kazalı kişi bu gelirini maluliyeti oranında daha fazla efor harcamak suretiyle elde edebiliyor ise; belli bir süre çalışması sonucu olarak hak kazanacağı kıdem tazminatı veya emeklilik ikramiyesini de elde edebilmek için de aynı fazla eforu harcamış olacaktır. Yine malulen emekli olma yada ölüm halinde de, ya hiç alamama yada eksik alabilme söz konusu olacağından, bu nedenle de, zarar hesabı yapılmalıdır. Bunların da aynı ölçütlerle %10 artırım ile hesaplanıp peşin değere dönüştürülerek kapitalize edilmesi yoluna gidilmeli, bu sebeple elde edilen miktarlar var ise indirilmelidir.

Sonuç

Bu yazı bir avukatın bilgi dağarcığının yenilenmesi ve yinelenmesinin bir ürünü. Akademisyen olmadığım için bir akademisyen tarzında kaleme alınış için özel bir çabam olmadı, hatta bundan kaçındım.

Yayının özelliği dikkate alınarak "tazminat"ın belirlenmesinin sadece

"zarar"unsuru irdelendi. "Yarar hesabı" ile "İndirimler ve denkleştirme" olanak olur ise ancak bir başka yazımızda olası olabilecektir.

Amacım "başlıca doğru" olduğu yargılamamızın bir kesimine kabul ettirilen kimi aritmetik işlemlerin doğru olmadığını, amacı ve sonuçları itibarıyla ülkemizdeki tazminat uygulamalarını çağdaş biçimlerinden uzaklaştıran nitelikte bulduklarını vurgulamak. Bu gelişmenin varacağı sonuç, yazımda andığım Danıştay 10. Dairesi'nin kararından daha aydınlık olmayacak.

Üstelik bu tür davalarda ortaya çıkan sonuçlar da korkutucu ölçüde farklı. Bir kişi **işçi olarak** iş kazası geçirdiğinde 50 yıllık süre için zararı 1.000.000 TL. olarak hesaplanacakken aynı kişi bir tren veya otobüs **yoicusu olarak** veya **kendi aracı** ile trafik kazası geçirdiğinde 50 yıllık zarar süresi için zararı 5.000.000 TL. olacaktır. İş kazası geçirilirken aynı cana daha az paha biçilmesi "ürettiği" için mi?

Bu çarpıcı farklılığı gidermek, hukukçu olarak temel sorumluluğumuz değil mi?

Üç Yöntemle Peşin Değer Çarpanları ve Peşin Değerler

GELİR ARTIŞI ve İSKONTO ÇARPANLARI ile İSKONTOLU SONUÇLARI								
Yıl	Artış Oranı (i)		İskonto Oranı (j)		Ortalama Gelir		Bileşik Faiz	
	0.10	100.000.000	0.10	Başlı Faiz	İsk. Çarpanı	İsk. Sonuç	İsk. Çarpanı	İsk. Sonuç
Yıl	Artış Çarpanı	Artış Gelir (K^n)	İsk. Çarpanı	İsk. Sonuç	İsk. Çarpanı	İsk. Sonuç	İsk. Çarpanı	İsk. Sonuç
1	1.10000000	110.000.000	0.90909091	100.000.000	0.90909091	100.000.000	0.90909091	100.000.000
2	1.21000000	121.000.000	0.83333333	100.833.333	0.83020200	100.454.442	0.82644628	100.000.000
3	1.33100000	133.100.000	0.76923077	102.384.615	0.76158100	101.366.431	0.75131480	100.000.000
4	1.46610000	146.410.000	0.71428571	104.578.571	0.70173600	102.741.168	0.68301346	100.000.000
5	1.61051000	161.051.000	0.66666667	107.367.333	0.64940200	104.586.842	0.62092132	100.000.000
6	1.77156100	177.156.100	0.62500000	110.722.563	0.60350800	106.915.124	0.56447393	100.000.000
7	1.94871710	194.871.710	0.58823529	114.630.418	0.56313900	109.739.960	0.51315812	100.000.000
8	2.14358881	214.358.881	0.55555556	119.088.267	0.52751900	113.078.383	0.46650738	100.000.000
9	2.35794769	235.794.769	0.52631579	124.102.510	0.49598600	116.950.904	0.42409762	100.000.000
10	2.59374246	259.374.246	0.50000000	129.687.123	0.46797700	121.381.182	0.38554329	100.000.000
11	2.85311671	285.311.671	0.47619048	135.862.700	0.44301100	126.396.209	0.35049390	100.000.000
12	3.13842838	313.842.838	0.45454545	142.555.835	0.42067900	132.027.091	0.31863082	100.000.000
13	3.45227121	345.227.121	0.43478261	150.098.748	0.40062900	138.307.996	0.28966438	100.000.000
14	3.79749834	379.749.834	0.41666667	158.229.097	0.38256200	145.277.856	0.26333125	100.000.000
15	4.17724817	417.724.817	0.40000000	167.089.927	0.36622100	152.979.600	0.23939205	100.000.000
16	4.59497299	459.497.299	0.38461538	176.729.730	0.35138600	161.460.918	0.21762914	100.000.000
17	5.05447028	505.447.028	0.37037037	187.202.603	0.33786900	170.774.882	0.19784467	100.000.000
18	5.55991731	555.991.731	0.35714286	198.568.475	0.32550800	180.979.756	0.17985879	100.000.000
19	6.11590904	611.590.904	0.34482759	210.893.415	0.31416200	192.138.622	0.16350799	100.000.000
20	6.72749995	672.749.995	0.33333333	224.249.998	0.30371100	204.321.574	0.14864363	100.000.000
21	7.40024994	740.024.994	0.32258065	238.717.740	0.29405200	217.605.830	0.13513057	100.000.000
22	8.14027494	814.027.494	0.31250000	254.383.592	0.28509500	232.075.168	0.12284597	100.000.000
23	8.95430243	895.430.243	0.30303030	271.342.498	0.27676300	247.821.960	0.11167816	100.000.000
24	9.84973268	984.973.268	0.29411765	289.698.020	0.26898700	264.945.004	0.10152560	100.000.000
25	10.83470594	1.083.470.594	0.28571429	309.563.027	0.26170900	283.554.006	0.09229600	100.000.000
26	11.91817654	1.191.817.654	0.27777778	331.060.459	0.25487900	303.769.292	0.08390545	100.000.000
27	13.10999419	1.310.999.419	0.27027027	354.324.167	0.24845200	325.720.428	0.07627768	100.000.000
28	14.42099361	1.442.099.361	0.26315789	379.499.832	0.24238800	349.547.580	0.06934335	100.000.000
29	15.86309297	1.586.309.297	0.25641026	406.745.974	0.23665500	375.408.027	0.06303941	100.000.000
30	17.44940227	1.744.940.227	0.25000000	436.235.057	0.23122200	403.468.569	0.05730855	100.000.000
31	19.19434250	1.919.434.250	0.24390244	468.154.695	0.22608200	431.911.145	0.05209868	100.000.000
32	21.11377675	2.111.377.675	0.23809524	502.708.970	0.22115300	466.937.605	0.04736244	100.000.000
33	23.22515442	2.322.515.442	0.23255814	540.119.870	0.21647300	502.761.885	0.04305676	100.000.000
34	25.54766986	2.554.766.986	0.22727273	580.628.860	0.21200500	541.623.375	0.03914251	100.000.000
35	28.10243685	2.810.243.685	0.22222222	624.498.597	0.20773300	585.780.351	0.03558410	100.000.000
36	30.91268053	3.091.268.053	0.21739130	672.014.794	0.20364100	629.508.918	0.03234918	100.000.000
37	34.00394859	3.400.394.859	0.21276596	723.488.268	0.19971700	679.116.660	0.02940835	100.000.000
38	37.40434344	3.740.434.344	0.20833333	779.257.155	0.19594900	732.934.369	0.02673486	100.000.000
39	41.14477779	4.114.477.779	0.20408163	839.689.343	0.19232700	791.325.168	0.02430442	100.000.000
40	45.25925557	4.525.925.557	0.20000000	905.185.111	0.18884100	854.680.308	0.02209493	100.000.000
41	49.78518112	4.978.518.112	0.19607843	976.180.022	0.18548300	923.430.475	0.02008630	100.000.000
42	54.76369924	5.476.369.924	0.19230769	1.053.148.062	0.18224500	998.041.037	0.01826027	100.000.000
43	60.24006916	6.024.006.916	0.18867925	1.136.605.079	0.17912000	1.079.020.119	0.01660025	100.000.000
44	66.26407608	6.626.407.608	0.18518519	1.227.112.520	0.17610200	1.166.923.633	0.01509113	100.000.000
45	72.89048369	7.289.048.369	0.18181818	1.325.281.522	0.17318400	1.262.346.553	0.01371921	100.000.000
46	80.17953205	8.017.953.205	0.17857143	1.431.777.358	0.17036100	1.365.946.526	0.01247201	100.000.000
47	88.19748526	8.819.748.526	0.17543860	1.547.324.303	0.16762900	1.478.445.628	0.01133819	100.000.000
48	97.01723378	9.701.723.378	0.17241379	1.672.710.927	0.16498200	1.600.609.726	0.01030745	100.000.000
49	106.71895716	10.671.895.716	0.16949153	1.808.795.884	0.16241700	1.733.297.287	0.00937041	100.000.000
50	117.39085288	11.739.085.288	0.16666667	1.956.514.215	0.15992900	1.877.420.171	0.00851855	100.000.000
		128.029.938.168		26.907.741.185		25.387.855.540		5.000.000.000
	K^n	K^n/Bilinen Ücret	1/(1+n%)	K^n*(1/(1+n%))			1/K^n	K^n/(1/K^n)

GELİR ARTIŞI VE İKİ AYRI YÖNTEMLE İSKONTO ÇARPANLARI ve İSKONTOLU SONUÇLAR

Artış Oranı		İskonto Oranı		Baz Yıllık Gelir		
0.05		0.05		100.000.000		
		Basit Faiz	Bileşik Faiz	Artışı Yıllık	Basit Faiz	Bileşik Faiz
Artış Çarpanı	Yıl	İskonto Çarpanı	İskonto Çarpanı	Gelir	İskontolu Sonuç	Peşin Değer
1.0500000	1	0.95238095	0.95238095	105.000.000	100.000.000	100.000.000
1.1025000	2	0.90909091	0.90702948	110.250.000	100.227.273	100.000.000
1.1576250	3	0.86956522	0.86383760	115.762.500	100.663.043	100.000.000
1.2155063	4	0.83333333	0.82270247	121.550.625	101.292.188	100.000.000
1.2762816	5	0.80000000	0.78352617	127.628.156	102.102.525	100.000.000
1.3400956	6	0.76923077	0.74621540	134.009.564	103.084.280	100.000.000
1.4071004	7	0.74074074	0.71068133	140.710.042	104.229.661	100.000.000
1.4774554	8	0.71428571	0.67683936	147.745.544	105.532.532	100.000.000
1.5513282	9	0.68965517	0.64460892	155.132.822	106.988.153	100.000.000
1.6288946	10	0.66666667	0.61391325	162.889.463	108.592.975	100.000.000
1.7103394	11	0.64516129	0.58467929	171.033.936	110.344.475	100.000.000
1.7958563	12	0.62500000	0.55683742	179.585.633	112.241.020	100.000.000
1.8856491	13	0.60606061	0.53032135	188.564.914	114.281.766	100.000.000
1.9799316	14	0.58823529	0.50506795	197.993.160	116.466.565	100.000.000
2.0789282	15	0.57142857	0.48101710	207.892.818	118.795.896	100.000.000
2.1828746	16	0.55555556	0.45811152	218.287.459	121.270.810	100.000.000
2.2920183	17	0.54054054	0.43629669	229.201.832	123.892.882	100.000.000
2.4066192	18	0.52631579	0.41552065	240.661.923	126.664.170	100.000.000
2.5269502	19	0.51282051	0.39573396	252.695.020	129.587.190	100.000.000
2.6532977	20	0.50000000	0.37688948	265.329.771	132.664.885	100.000.000
2.7859626	21	0.48780488	0.35894236	278.596.259	135.900.814	100.000.000
2.9252607	22	0.47619048	0.34184987	292.526.072	139.298.130	100.000.000
3.0715238	23	0.46511628	0.32557131	307.152.376	142.861.570	100.000.000
3.2250999	24	0.45454545	0.31006791	322.509.994	146.595.452	100.000.000
3.3863549	25	0.44444444	0.29530277	338.635.494	150.504.664	100.000.000
3.5556727	26	0.43478261	0.28124073	355.567.269	154.594.465	100.000.000
3.7334563	27	0.42553191	0.26784832	373.345.632	158.870.482	100.000.000
3.9201291	28	0.41666667	0.25509364	392.012.914	163.338.714	100.000.000
4.1161356	29	0.40816327	0.24294632	411.613.560	168.005.535	100.000.000
4.3219424	30	0.40000000	0.23137745	432.194.238	172.877.695	100.000.000
4.4380395	31	0.39215686	0.22035947	453.803.949	177.962.333	100.000.000
4.7649415	32	0.38461538	0.20986617	476.494.147	183.266.980	100.000.000
5.0031885	33	0.37735849	0.19987254	500.318.854	188.799.568	100.000.000
5.2533480	34	0.37037037	0.19035480	525.334.797	194.568.443	100.000.000
5.5160154	35	0.36363636	0.18129029	551.601.537	200.582.377	100.000.000
5.7918161	36	0.35714286	0.17265741	579.181.614	206.850.576	100.000.000
6.0814069	37	0.35087719	0.16443563	608.140.694	213.382.700	100.000.000
6.3854773	38	0.34482759	0.15660536	638.547.729	220.188.872	100.000.000
6.7047512	39	0.33898305	0.14914797	670.475.115	227.279.700	100.000.000
7.0399887	40	0.33333333	0.14204568	703.998.871	234.666.290	100.000.000
7.3919881	41	0.32786885	0.13528160	739.198.815	242.360.267	100.000.000
7.7615876	42	0.32258065	0.12883962	776.158.756	250.373.792	100.000.000
8.1496669	43	0.31746032	0.12270440	814.966.693	258.719.585	100.000.000
8.5571503	44	0.31250000	0.11686133	855.715.028	267.410.946	100.000.000
8.9850078	45	0.30769231	0.11129651	898.500.779	276.461.778	100.000.000
9.4342582	46	0.30303030	0.10599668	943.425.818	285.886.612	100.000.000
9.9059711	47	0.29850746	0.10094921	990.597.109	295.700.630	100.000.000
10.4012696	48	0.29411765	0.09614211	1.040.126.965	305.919.695	100.000.000
10.9213331	49	0.28995507	0.09156391	1.092.133.313	316.560.381	100.000.000
11.4673998	50	0.28571429	0.08720373	1.146.739.979	327.639.994	100.000.000

TÜRK İŞ HUKUKUNDA ZORUNLU TAHKİM

Dr. Ekrem SERİM (*)

ANLATIM DÜZENİ: Giriş. Zorunlu Tahkim. A- Zorunlu Tahkime Başvurma Halleri. B- Yüksek Hakem Kurulu'na Başvuru. C- Yüksek Hakem Kurulunun Kuruluş ve İşleyişi. 1- Genel Olarak. 2- Kuruluşu. 3- İdari Teşkilat. 4- Kuruluşun İşleyişi. 5- Kararların Niteliği. D- Yüksek Hakem Kurulunun Özel Hakem Olarak Görev Yetkileri. Sonuç.

GİRİŞ

Ülkemizde, çalışma hayatına çok önem verilmiş ve bu konudaki mevzuat çok ayrıntılı düzenlenmiştir. Gerçekten başta Anayasa olmak üzere çeşitli yasalar çıkarılmıştır.

Anayasa'mızın 53. maddesinde, işçi ve işverenlere, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarıyla çalışma koşullarını geliştirmek amacıyla toplu İş Sözleşmesi yapma hakkı tanınmıştır.

Taraflara TİS hakkını tanıyan Anayasamız, TİS'lerinin nasıl yapılacağını öngörmüştür (m. 53/2). Endüstri ilişkilerinde barışçı metodunu kabul eden Anayasa, devlete işçi ve işveren ilişkilerinde kolaylaştırıcı ve koruyucu önlemler alması konusunda görev vermiştir (m. 49/son). Anayasa'ya göre çıkarılan 2822 Toplu Sözleşme Grev ve Lokavt yasasının 2/1. maddesinde, hizmet aktinin yapılması, içeriği, sona ermesi ile ilgili konuları düzenlemek üzere işçi sendikasıyla işveren sendikası ve sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan bir sözleşme olarak vurgulanmıştır. Aynı yasanın 2. maddesinde TİS'nin tarafları açıkça belirtilmiş olup, bunlar işçi sendikasıyla işveren sendikası veya sendikaya üye olmayan işverendir.

Bu yasanın 2. maddesi ve 2821 sayılı Sendikalar yasasının 3. maddesi birlikte incelemek gerekir. Gerçekten bir işkolundaki işyerlerinde çalışan işçiler tarafından kurulmuş işçi sendikalarıyla işverenlerce kurulmuş işveren Sendikaları ehliyetlidir. Şu hususu da belirtmek gerekir ki, işverenlerin sözleşme yapmaya ehil olması için kesin olarak işveren sendikası üyesi olması gerekmez. Ancak işveren sendikaya üye ise üyesi bulunduğu sendika TİS'i yapmaya yetkilidir.

(*) Yargıtay 9. HD. Üyesi.

Bir işçi sendikasının işyerinde çoğunluğa sahip olması yetmez; ayrıca kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde onunu üye olarak elde etmiş olması gerekir.

İşveren Sendikası, üyesi işverenlere ait işyerlerini, sendika üyesi olmayan bir işveren ise kendi işyeri ve işyerleri için TİS'ni yapmaya yetkilidir (2822 m. 12).

TİS'ni yapabilmek için yetki belgesini almak gerekir (2822 m. 16). Bu belge Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından başvuru tarihinden itibaren eldeki belgelere dayanılarak yapılan inceleme sonunda altı işgünü içinde verilir.

Bakanlıkça verilen yetkiye karşı oluşan itirazlar aynı yasanın 15. maddesi uyarınca yetkili mahkemece incelenip karara bağlanır. Bakanlık ilgili sendikaya, itiraz süresinin bitimini izleyen, itiraz yapılmışsa mahkeme kararının tebliğ tarihinden sonraki altı işgünü içinde bir yetki belgesi verir (2822 m. 16).

Yetki belgesini alan sendika aynı işkolunda bir veya birden çok işyerlerini kapsayacak şekilde ve yasal koşulların bulunması halinde işletme TİS'i yapabilir (2822 m. 3).

Bir sendikanın TİS yapma yetkisinin tesbitinden sonra "toplular görüşme çağrısı aşaması" başlar. İşçi sendikası veya işveren sendikası veyahut sendika üyesi olmayan işveren, yetki belgesi veya tespit yapısını aldığı tarihten itibaren onbeş gün içinde karşı tarafı toplular görüşmeye çağrı yapmak ve çağrı gününü derhal görevli makama bildirmek zorundadır (2822 m. 17/2). Toplular görüşme çağrısından bulunan taraf, çağrıya toplular görüşmede öne süreceği tüm önerilerini eklemek zorundadır.

Çağrının karşı tarafa tebliğ edildiği tarihten itibaren altı işgünü içinde toplular görüşmenin yer, gün ve saatini taraflarını aralarında anlaşarak görevli makama bildirmeleri gerekir (2822 19/1). Eğer bu hususta uyuşmazlarsa, taraflardan birinin üç gün içinde başvurması üzerine, görevli makam, toplular görüşmenin yer, gün ve saatini altı işgünü içinde belirleyerek taraflara bildirir (2822 m. 19/2). Çağrı tarihinden itibaren otuz gün içinde çağrıyı yapan taraf gelmez ve toplular görüşmeye başlamazsa, çağrıyı yapan tarafın yetkisi kendiliğinden düşer (2822 m. 19/3). Toplular görüşme çağrısını yapmayan taraf, toplular görüşme için yer, gün ve saat belirlenmiş olduğu halde toplantıya gelmez veya görüşmeler başladıktan sonra taraflardan biri müzakerelere devam etmezse uyuşmazlık başlamış olur (2822 m. 21).

Yapılan toplular görüşme çağrısı üzerine, TİS yapmak amacıyla tarafların bir araya gelerek görüşmelerine "toplular görüşme" denir(1). Görüşmeler sonunda, ortaya

(1) Çelik N. İş Hukuku Dersleri, 1984, s. 375.

konulan önerilerin tümü üzerinde taraflar anlaşılırsa, sözleşme en az beş nüsha halinde düzenlenir ve tarafların temsilcilerince imzalanır. Böylece TİS ortaya çıkmış olur.

Toplu İş görüşmesinin ikamete uğraması yani anlaşmanın sağlanamaması halinde arabulucak kurumu ortaya çıkar. Bu husus barışçı bir yoldur. Bununla ilgili olarak 2822 sayılı yasada karma bir sistem kabul edilmiştir. Gerçekten yasa, barışçı çözüm yolu olarak kabul edilmiştir. Gerçekten yasa, barışçı çözüm yolu olarak arabuluculuk ve tahkim kurumlarını öngörmüştür. Örneğin, bir veya birden çok iş yerinde veya bir işletmede, bu yerlere ilişkin 21. maddesindeki uyuşmazlığın çözülmeyeceğini 23. madde uyarınca belirtilen tutanağın bildiriminden itibaren altı işgünü geçmeden grev kararı alınamaz (2822 m. 27/1). Böylece, yasada uyuşmazlıktan sonra arabuluculuk çalışmaları zorunlu bir aşama olarak düzene bağlanmıştır. Bir grevin yasal olabilmesi için tarafları uzlaşmaya yönelik arabuluculuk girişiminin yasal prosedüre uygun olarak yapılmış ve sonuçta başarısız kalmış olması gerekir.

Yasanın barışçı çözüm yolu olarak düzenlediği arabuluculuk, zorunlu hakemlik, özel hakemlik gibi kurumlar ile grev ve lokavt arasındaki ilinti belirlenirse özel hakemlik dışında (2822 m. 58) arabuluculuğa başvurmadan ve başarısız kaldığının tespiti yapılmadan diğerlerine geçmek ve kullanmak olanaklı değildir. Tahkim konusunu incelemeyen önce arabuluculuk türleri üzerinde kısaca durulacaktır. 2822 sayılı yasa, yasal arabuluculuk kurumunu oluşturmuştur. Bu yasa, arabuluculuğu toplu görüşmeler devam ederken arabulucuğu kurala bağlamıştır.

Toplu görüşmenin başladığı günden itibaren otuz gün geçtiği halde anlaşma sağlanamamışsa taraflardan her biri ilgili yasanın 59. maddesine göre düzenlenen listeden bir arabulucunun katılmasını isteyebilir. Arabulucu tarafları anlaştıramamışsa, uyuşmazlığın çözümü için resmi arabulucu atanmaz. Arabulucunun düzenlediği tutanak resmi arabulucu tutanağı mahiyetindedir (2822 m. 21).

2822 sayılı yasanın 21/1. maddesine göre, arabulucu atanmamış ve görüşmenin başladığı günden itibaren altmış gün geçmesine rağmen anlaşma sağlanamamışsa, görevli makam başvuru üzerine ve re'sen altı işgünü içinde aynı yasanın 15. maddesinde belirlenen mahkemeye başvurmak suretiyle resmi listeden bir arabulucunun tayinini ister.

1. ZORUNLU TAHKİM

İrade özerkliği prensibinin tahkim olduğu özel hukuk alanında kural özel (isteğe

bağlı) tahkimdir. Çünkü taraflar aralarındaki uyuşmazlığın seçecekleri kişi ya da kişiler tarafından çözümlenmesi konusunda anlaşılırlar. Oysa zorunlu tahkime tarafların arzu ve iradelerine bakılmaksızın bir yasa hükmü gereğince gidilir. Zorunlu tahkim sözkonusu olduğunda grev ve lokavta başvurma yolu kapanmış demektir. Bu durum serbest toplu pazarlıkla bağdaşmaz. Ancak bazı durum, zaman ve yerlerde grev ve lokavta başvurmak kamu yararı, genel sağlık, ulusal güvenlik ve asayişin korunması bakımından sakıncalı olabilir. O zaman zorunlu tahkim kaçınılmaz hale gelir. Bu istisnai durumların mümkün olduğunca dar tutulması doğru olur. Özel hakem (toplu çıkar uyuşmazlığı bir kenarda tutulacak olursa) bir hak uyuşmazlığını yürürlükteki kurallara göre çözümlenmeye çalışır. Yani yargısal fonksiyon ifa eder. Oysa toplu çıkar uyuşmazlıklarında zorunlu tahkim yoluyla uyuşmazlık çözümlenirken hakem ya da hakemler yeni kurallar koymuş, yeni bir düzen yaratmış olurlar. Bu bir tür yasama fonksiyonudur.

2822 sayılı Yasa toplu iş uyuşmazlıklarında zorunlu tahkim faaliyetini yürütecek tek organ olarak YHK'nu görevlendirmiştir. 275 sayılı kanun döneminde mevcut olan il hakem kurulları kaldırılmış ve tüm yetki YHK'nda toplanmıştır. 275 sayılı döneminde toplu hak uyuşmazlıklarında zorunlu tahkime gidilip gidilemeyeceği tartışma konusu olmuştu. 1982 Anayasası toplu hak uyuşmazlığında grev yolunu kapayınca 2822 sayılı yasa bu görüşe uygun bir düzenleme getirmiş ve zorunlu tahkimi ancak toplu çıkar uyuşmazlıkları için tanımıştır.

Gerçekten 2822 sayılı yasanın md. 27, 32, 34, 52 ve 55 YHK'na başvurmayı hep toplu çıkar uyuşmazlıkları açısından düzenlemişlerdir. Belirtelim ki, uyuşmazlığın her safhasında tarafların aralarında anlaşarak özel hakem olarak YHK'nu seçebilecekleri yolundaki hüküm (md. 58/son) zorunlu tahkimle ilgili bir hüküm olmayıp isteğe bağlı (özel) tahkimde uyuşmazlığı çözecek makama aittir.

A. Zorunlu Tahkime Başvurma Halleri

2822 sayılı yasanın 29. maddesinde sayılan işlerle, 30. maddede belirlenen işyerlerinde grev ve lokavt yapmak kesinlikle yasaktır. Bu işlerde ve işyerlerinde kesin bir grev ve lokavt yasağı bulunduğundan toplu iş uyuşmazlığı halinde taraflardan her biri YHK'na başvurabilir (md. 52).

Grev ve lokavtın geçici bir süre yasaklandığı, Savaş halinde genel ve kısmi seferberlik sürecinde grev ve lokavt yapılamaz. Yangın, su baskını, toprak veya çığ kayması veya depremlerin neden olduğu ve genel hayatı felce uğratan felaket hallerinde Bakanlık Kurulu ve hallerin vuku bulunduğu yerlerle sınırlı olmak ve bu hallerin devamı süresince yürürlükte kalmak üzere gerekli gördüğü işyerleri veya iş-kollarında grev ve lokavtı yasaklayabilir (md. 31). Diğer bir deyişle geçici olarak bir

grev ve lokavt yapma yasağı vardır. Bu durumlarda geçici olarak grev ve lokavt yapma yasağı bulunduğu görülmektedir. Kanun, taraflardan her birinin yasağın altı ayı doldurmasından itibaren altı işgünü içinde YHK.na başvurabileceğini öngörmüştür (md. 32). YHK.na başvuru için altı işgününün geçirilmesinin yani taraflardan hiçbirinin bu sürede YHK.na başvurmamasının yaptırımı, yetki belgesinin hükümsüz kalmasıdır (md. 27/2)(2). Geçici grev ve lokavt yasaklarında da YHK.na başvurmadan önce arabulucu safhasının geçirilmesi ve 23. maddede öngörülen tutanağın alınması gerekmektedir. Yani tarafların anlaşma ihtimalini sonuna kadar denemeleri bu durumda da aranmıştır. Geçici grev ve lokavt yasağının altı ayı doldurmasından itibaren altı işgünü içinde başvuru şartı, altı ay dolmadan önceki bir tarihte 23. maddesindeki tutanağın (arabulucu tutanağının) taraflarca alınması halinde uygulanabilir. Eğer geçici yasakta altı ay geçtiği halde taraflar toplu görüşme veya arabuluculuk safhasını henüz bitirmemişlerse altı işgünlük sürenin altı aylık sürenin değil 23. maddesindeki tutanağın alındığı tarihten itibaren başladığı kabul edilmelidir(4). Şayet uyuşmazlıkta altı ay dolmadan geçici yasak sona ermişse md. 37/2'ye göre grev veya lokavt kararı uygulamaya konur.

Karar verilmiş veya başlanmış olan kanuni bir grev veya lokavt genel sağlığı veya ulusal güvenliği bozucu nitelikte ise Bakanlar Kurulu bu uyuşmazlıkta grev ve lokavtı bir kararname ile 60 gün süre ile erteleyebilir (md. 33). Erteleme kararnamesinin yürürlüğe girmesi üzerine Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı bizzat veya listeden seçeceği bir resmi arabulucu yardımı ile uyuşmazlığın çözümü için erteleme süresince tüm çabasını harcar. Erteleme süresi içinde taraflar anlaşarak uyuşmazlığı özel hakeme götürebilirler. Ertelemenin sona erdiği tarihe kadar taraflar arasında yine de anlaşma olmamışsa bakan uyuşmazlığın çözümü için YHK.na başvurur (md. 34). Görülüyor ki bu halde bir defa grev veya lokavtı erteleme kararı alınacak olursa artık taraflar bir şekilde ya anlaşacaklar ya da YHK.nun kararını bekleyeceklerdir. Yoksa artık grev ve lokavta başvuramazlar. Bu husus siyasi irade ile grev hakkını grev yasağına dönüştürdüğünden serbest toplu pazarlık ilkesiyle bağdaşmadığından eleştiriye açık kalmaktadır.

Grev oylaması sonucunda grevin reddedilmesi halinde yani Sendikanın grev kararı üzerine işyerinde çalışan işçilerin en az 1/4'ünün talebiyle işyerinde grev kararı üzerine işyerinde çalışan işçilerin en az sonucu işyerinde çalışan işçilerin salt çoğunluğu greve hayır oyu vermişlerse o işyerinde grev uygulanamaz (md. 35).

(2) Tuncay C. Arabuluculuk s. 84.

(3) Oğuzman K. İşçi - İşveren İlişkileri C. 1, 3. Basi, s. 43.

(4) Reisoğlu s. Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi s. 294 - 295.

Yasa koyucu bu kararın kesinleşmesinden itibaren 15 gün içinde işçi sendikasının işveren tarafıyla anlaşmaya varmasını veya uyuşmazlığı YHK.na götürmesini şart koşmuştur. Bu süre içinde YHK.na başvuru yapılmazsa yetki belgesinin hükmü kalmaz (md. 36). Görülüyor ki bu halde YHK.na başvurma hakkı sadece uyuşmazlıkta taraf olan işçi sendikasına tanınmıştır.

3218 sayılı Serbest Bölgeler K. geç. 1. maddesine göre serbest bölgenin faaliyete geçmesinden itibaren on yıl süre ile 2822 sayılı kanunun grev ve lokavt ile arabuluculuk hükümleri uygulanmaz. Bu süre içinde çıkacak toplu çıkar uyuşmazlıkları YHK.na başvurulacağı kanunda gösterilmemiştir. Arabuluculuk safhasına da gidilmeyeceğine göre altmış günlük toplu görüşme süresi sonunda uyuşmazlık tutanağının tutulmasından itibaren altı işgünü içinde YHK.na başvurulabileceği savunulabilir.

Başladığı yolculuğu yurt içindeki varış yerlerinde bitirmemiş deniz, hava ve kara ulaştırma araçlarında grev ve lokavt yapılamaz (md. 31/son). Aslında burada görülen işler içir grev ve lokavt kararı alınabilir, fakat bu karar yolculuk bitinceye kadar uygulanamaz. Dolayısıyla ortada grev ve lokavt kararı alınmasını engelleyen bir durum değil, kararın uygulanmasını gerektiren bir durum söz konusudur. Nitekim grev kararı alınıp karşı tarafa tebliğ edilmiş olmak şartıyla grevin uygulanacağı tarihte araç yolculukta ise grevin başlama tarihi yolculuğun bitmesine kadar ertelenmiş olur. Bu nedenle işin niteliği gereği ve yolculuğun kısa süreceği ihtimali karşısında bu durumda YHK.na gitme zorunluğu yoktur kanısındayız.

Bunun gibi toplu çıkar uyuşmazlığında taraflar özel hakeme başvurma hususunda sözleşme yapmışlarsa artık bundan sonra grev ve lokavt yapılamıyacağı gibi zorunlu tahkime de gidilemez (md. 58/2).

Zorunlu hakeme gitmenin ikinci şartı arabulucunun toplu iş uyuşmazlığının çözümünde başarısız kalmış olmasıdır. Zorunlu tahkimde de arabuluculuk faaliyetine başvurulması gerektiği TİSGLK md. 23 ve 32. maddelerin birlikte incelenmesinden çıkan bir sonuçtur(5).

B. Yüksek Hakem Kuruluna Başvuru

2822 sayılı K. YHK.nun zorunlu tahkim sözkonusu olan hallerde uyuşmazlığa kendiliğinden el koymasını kabul etmemiştir. Bunun için taraflardan birinin süresi içinde başvurması aranmıştır (md. 52). Nitekim, grev ve lokavtın yasak olduğu işler ile

(5) Tunçomağ, İş Hukuku, s. 473.

işyerlerindeki uyuşmazlıklarda taraflardan biri uyuşmazlığı belirten tutanağın (md. 23) alınmasından ve geçici yasaklarda yasağın altı ayı doldurmasından itibaren altı işgünü içinde (md. 32) YHK.na başvurmak zorundadır. Aksi halde yetki belgesinin hükmü kalmaz (md. 27/2). Grev oylamasının sonucu greve hayır çıkarsa işçi sendikası 15 gün içinde ya işverenle anlaşma yolunu deneyecek ya da YHK.na başvuracaktır. Aksi halde yetki belgesinin hükmü kalmaz (md. 36/3). Bakanlar Kurulunun grev veya lokavtı ertelemesi halinde erteleme süresi içinde Çalışma Bakanının veya seçeceği resmi arabulucunun çabalarına rağmen taraflar arasında anlaşma sağlanamıyorsa Çalışma Bakanı uyuşmazlığın çözümü için YHK.na başvurur (md. 34/son). Çalışma Bakanı'nın başvurusu için bir süre konulmamıştır.

€. Yüksek Hakem Kurulunun Kuruluş ve İşleyişi

1. Genel Olarak

2822 sayılı TİSGLK zorunlu tahkimi yürütmekle görevli organ olarak sadece YHK.nu tanıdığı; 275 sayılı yasa döneminde bu görevi ifa etmiş olan il hakem kurullarını kaldırmıştır. YHK. esasen 1982 AY'na da girmiş, görevleri başvuru şartları esasları belirtilerek anayasal bir kuruluş niteliği kazanmıştır. AY.nın 54. maddesine göre "Grev ve lokavtin yasaklandığı hallerde veya ertelendiği durumlarda erteleme sonunda, uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulunca çözülür. Uyuşmazlığın her safhasında taraflar da anlaşarak Yüksek Hakem Kuruluna başvurulabilir. Yüksek Hakem Kurulunun kararları kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir. Yüksek Hakem Kurulunun kuruluş ve görevleri kanunla düzenlenir" (AY md. 54/5, 6). AY.nın bu hükmüne uygun olarak YHK. 2822 SK.nun 52-57. maddelerinde düzenlenmiş bulunmaktadır.

2. Kuruluşu

TİSGLK.nun 53. maddesine göre YHK. başkanı dahil dokuz üyeden oluşur. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Başkanı YHK.nın da başkanıdır. Kurulda başkan dışında Bakanlar Kurulunca bakanlıklar bünyesinde dışında işçi veya işveren kuruluşları ile hiç bir şekilde bağlantısı olmayan ve siyasi parti organlarında görevli bulunmayan, ekonomi, işletme, sosyal politika veya iş hukuku konularında bilgi ve tecrübe sahibi olanlar arasından seçilecek bir üye, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürü, kendisine mensup işçi sayısı en yüksek işçi konfederasyonu tarafından seçilmiş iki üye, en çok işveren mensubuna sahip işveren konfederasyonu tarafından biri kamu işverenleri arasından olmak üzere seçilmiş iki üye bulunur.

YHK.na işçi ve işverenler adına seçilecek üyelere aranacak nitelikler Yasanın

56. maddesinde sayılmıştır. Bunlar Türk vatandaşı, okur-yazar olmak, medeni ve siyasi hakları kullanma ehliyetinden yoksun ve maddede sayılan suçlardan mahkum ve siyasi parti organlarında görevli olmama gibi şartlardır.

Seçimle gelen üyeler iki yıl için seçilirler, yeniden seçilmeleri mümkündür. Seçimle gelen her bir üye için aynı şekilde ikişer de yedek üye seçilir. Kurul başkanlığının yedek başkanları Yargıtay Hukuk Daireleri Genel Kurulunca hukuk daireleri başkanları arasından seçilir. Bu maddede söz konusu edilen seçici kurullar üye tam sayılarının salt çoğunluğu ile toplanır. Birinci toplantıda toplantı nisabı sağlanamadığı takdirde ikinci toplantıda katılanlarla seçim yapılır. Seçilebilmek için hazırlanan üyelerin salt çoğunluğunun oyun şarttır (md. 53).

3. İdari Teşkilat

YHK. resmi ve sürekli bir kuruluştur. Ankara'da toplanır. Bağımsız bir teşkilata sahiptir. Bu çerçevede içinde yazışma ve uzmanlık hizmetlerini yürütmek üzere YHK. başkanlığına bağlı bir genel sekreterliği vardır. Genel Sekreter başkanının teklifi üzerine genel usullere göre atanır. Ayrıca Başbakanlıkça YHK.na yeteri kadar raportör ve uzman atanır. Anak işçi ve işveren sendika ve konfederasyonlarında çalışmakta olanlar raportör ve uzman olarak görevlendirilemezler (md. 57). YHK.nun çalışma usul ve tarzıyla hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin esaslar ile kurul üyelerine, uzman ve raportörlere ödenecek tazminat ve ücretler 1996 ve 1997'de değişikliğe uğramış olan 1989 tarihli Hakeme ve Resmi Arabulucuya Başvurma Tüzüğünde belirtilmiştir (TİSGLK. md. 65).

4. Kuruluşun İşleyişi

Kurula yapılan başvuru önce kurul başkanı veya genel sekreter tarafından ön incelemesi yapılmak üzere uzman ve raportörlere havale edilir (Tüzük md. 8). Uzman ve raportörler başvuruları ehliyet, yetki ve süre yönünden inceleyerek üç iş günü içinde rapor halinde kurula sunulmak üzere genel sekretere verirler (Tüzük md. 11). Kurulca yapılan ilk inceleme sonunda başvurunun esastan incelenmesine karar verilirse uzman ve raportörler başvuruyu mevzuata uygun olup olmadığı yönünden başka işletmenin ve ülkenin içinde bulunduğu ekonomik durum, geçinde endeksleri, fiilen ödemekte olan ücretler vs. açıdan da inceleyerek bir rapor halinde kurula sunarlar (Tüzük, 12). Kurul başkanı başvuruların alındığı günden başlayarak 6 işgünü içinde kurulu toplantıya çağırır (Tüzük, 10). Gündemi genel sekreter hazırlar, başkana sunar. Kurul, üyelerinin tamamının katılımıyla toplanır. Ancak başkan dışında üyelerden ikisinin katılmaması toplantıya engel olmaz. Özürlü ya da izinli olan başka ve üyelerin yerini yedek başka ve üyeler alır. Kararlar oy çokluğu ile verilir.

Oyların eşitliği halinde başkanın bulunduğu taraf çoğunluğu sağlamış sayılır. Kurul uyuşmazlığı evrak üzerinde inceler (TİSGLK md. 54/2). Görüşmeler gizli yapılır (Tüzük, 10). Kurul en geç iki ay içinde kesin kararını verir (Tüzük, 13).

5. Kararların Niteliği

YHK. kararları kesindir (TİSGLK md. 55). Karara karşı temyiz yolu yoktur. YHK. kararı TİS hükmündedir, yani bir TİS'nin etkilerini meydana getirir (md. 55). YHK.nın kararı yeni bir TİS yapılması sonucunu doğuracağı ilişkin olabileceği gibi mevcut TİS'nin bazı değişikliklerle yeniden yürürlüğe sokulması şeklinde olabilir. Tarafların YHK.nu özel hakem olarak seçmişlerse bu defa karar mahkeme kararına benzer, YHK.nun bir görevi de bir TİS'nin Bakanlar Kurulunca temsilinden önce bu konu hakkında mütalaa vermektir (2822 m. 11). Nihayet YHK.nca yapılan TİS'nin yorumu için yorum davacı açılabilir (2822 m. 60).

YHK. yeniden yürürlüğe koyduğu TİS'lerinde, sözleşme süresi içinde değişiklik yapamaz. Ancak sözleşmedeki maddi hatalar düzeltebilir.

YHK.nun kararını verdikten sonra TİS maddelerinin yorumla yetkisi bulunmamaktadır(6). Taraflar arasında bağitlanan diğer sözleşmelerde olduğu gibi, burada da, taraflar TİS'nin yorumunda uyuşmazlığa düşerlerse yorum mahkemelerce yapılacaktır. Gerçekten 2822 sayılı yasanın 60. maddesinde, "yorum davası" öngörülmüştür. Anılan yasa maddesine göre, düzenlenmiş ve uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin yorumundan doğan uyuşmazlıkta, sözleşmenin taraflarından her birinin yetkili iş mahkemesinde, yorum davası açılabilir.

D- Yüksek Hakem Kurulunun Özel Hakem Olarak Görev ve Yetkileri

2822 sayılı yasada YHK.nun taraflarca özel hakem olarak seçilebileceği açıkça belirtilmiştir. 2822 sayılı yasanın 58. maddesine göre, taraflar anlaşarak toplu hak veya menfaat uyuşmazlıklarının her aşamasında özel hakeme başvurabilir. Aynı maddenin son paragrafında, uyuşmazlığın herhangi bir aşamasında taraflar anlaşarak özel hakem olarak YHK.nun seçilmesi kabul edilmiştir.

Menfaat uyuşmazlıklarında tarafların aralarında anlaşarak özel hakem seçmeleri halinde, o andan itibaren arabuluculuk grev ve lokavt, kanuni hakemlik hükümleri uygulanmaz" (2822, m. 58/II).

Bu hüküm grev ve lokavt yasalarının bulunduğu hallerde de uygulanacak, tarafların özel hakeme başvurmayı kabul etmeleri halinde YHK.nun toplu sözleşme yapma yetkisi son bulacaktır. YHK. dışında özel hakem hakem seçilmesi halinde

(6) Tunçomağ, a.g.e. s. 145, Reisoğlu, a.g.e. s. 96.

uygulanacak hükümler Tüzüğün 18-20. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre özel hakem otuz gün içinde karar verme zorundadır. Uyuşmazlığın YHK.na intikalinden sonra da tarafların aralarında anlaşarak özel hakeme gitmeleri mümkün bulunmaktadır. Menfaat uyuşmazlıklarında YHK. özel hakem olarak seçilebilir.

Grev ve lokavt yasağı olan hallerde YHK.nun ayrıca özel hakem olarak da seçilmesi halinde kanuni hakemden farklı olarak örneğin 60 günlük sürenin geçmesi, resmi arabulucunun atanması gibi yöntemler uygulanmayacak, YHK. derhal karar verebilecektir.

Menfaat uyuşmazlıklarında özel hakem kararları toplu iş sözleşmesi niteliğindedir. Belirtelim ki YHK.nun kanuni hakem veya özel hakem olarak hareket etmesi, toplu iş sözleşmesini bağıtlarken kararlarında göz önünde tutacağı hususlar yönünden bir farklılık yaratmayacaktır.

Yasalarda hak uyuşmazlıklarında YHK.na kanuni hakemlik görevi verilmemiştir. Buna karşılık YHK.nun hak uyuşmazlıklarında özel hakem olarak atanabileceğini 2822 sayılı Yasa açıkça kabul etmiştir. YHK.nun diğer özel hakem olarak atananlardan farklı olarak bu görevi reddetmesi de mümkün değildir.

Hak uyuşmazlıklarında özel hakem kararları genel hükümlere tabi olacaktır (Madde 58/II). Diğer bir deyişle burada HUMK.nun tahkimle ilgili 516 - 536. maddeleri uygulanacak ve özel hakem olarak YHK. ilk toplantısından itibaren altı ay içinde karar verecek (HUMK. 529) karar taraflarca temyiz edilebilir (HUMK. 529). Hakem kararı kesinyeşince kesin bir mahkeme kararı niteliğinde icra olunur.

SONUÇ:

Zorunlu tahkim prosedürü, 1960'lı yıllardan beri toplu pazarlık sistemini düzenleyen yasalarda yer almıştır. Yukarıda açıklandığı gibi, YHK., bu görevi büyük bir liyakatla sürdürmektedir. Gerçekten verilen kararların içeriği incelendiği zaman anılan Kurulun, Türk İş Hukukuna değerli katkılarda bulunduğu kolaylıkla anlaşılır.

BİBLİYOGRAFYA

- Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, 1984,
Oğuzman Kemal, İşçi - İşveren İlişkileri C.1, 3. Bası 1984.
Reisoğlu Safa, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi
Tuncay Can, Arabuluculuk
Tunçomağ Kenan, İş Hukuku, 1980.

TÜRK İSTİHDAM PİYASASININ MEVCUT DURUMU VE YENİDEN YAPILANDIRILMA İHTİYACI(*)

Yrd. Doç. Dr. Hülya A. TÜRKMEN (**)

ANLATIM DÜZENİ: Giriş. I- Türk İstihdam Piyasasının Mevcut Durumu. A- Türk İstihdam Piyasasını Düzenleyen Pozitif Hukuk Kuralları. I- Uluslararası Hukuk Kuralları Çerçevesinde Mevcut Durum. II- Ulusal Hukuk Boyutunda İstihdam Piyasasını Düzenleyen Kurallar. 1- Anayasal Düzeyde. 2- Yasal Düzeyde. B- Karşılaştırmalı Hukukda İstihdam Piyasalarının Düzenlenişi. I- Almanya. II- İsviçre. III- İsveç. IV- İngiltere. V- Hollanda. 2- Mevcut Yasal Çerçeve Karşısında Günümüzdeki Durum. A- Reform Çabaları. B- Uygulamadaki Durum. 3- Türk İstihdam Politikasının Yeniden Yapılandırılması Hakkında Öneriler. I- Düzenlenmiş Birlikte Faaliyet Sistemini Kabul Zorunluluğu. 1- Yasal Düzenlemenin Türkiye'nin Uluslararası Yükümlülüklerine Etkisi. 2- Yasal Düzenlemede Geniş Anlamda İş Aracılığı Esas Alınmalıdır. 3- Yurt Dışı İş Aracılığı Ayrıca Ele Alınmalıdır. 4- Özel İstihdam Kuruluşu Olarak Faaliyete Başlayabilmenin Koşulları Belirlenmelidir. 6- Özel İstihdam Kuruluşlarının Denetimini Düzenleyen Kurallara Yer Verilmelidir. 7- Kamu İstihdam Kurumu İle Özel İstihdam Kuruluşları Arasındaki İlişkiler Düzene Bağlanmalıdır. II- Mevcut Mevzuata Düzenleme Yapılması Zorunluluğu. Sonuç.

GİRİŞ

"İş ve işçi bulmaya aracılık" başta olmak üzere işgücü pazarında sürdürülen faaliyetler, sanayileşmenin başladığı günden bu yana önemini korumaktadır. Karmaşık bir yapıya sahip bu pazarda, işsizlik sorunun giderek yaygınlaşması ve yapılaşması, özellikle iş aracılığı konusundaki tartışmaları güncelleştirmiş bulunmaktadır. 20. yüzyılın başında o yıllara özgü koşulların etkisiyle iş aracılığında

(*) VIII. Beş Yıllık Kalkınma Planı hazırlık çalışmaları çerçevesinde 13.8.1999 tarih ve 1999/7 sayılı Başbakanlık Genelgesi uyarınca oluşturulan İşgücü Piyasası (İstihdamın Yapısı, İşgücü Piyasasının Düzenlenmesi, İşsizlikle Mücadele, Çalışma Hayatı, Yurt Dışı İşçi Sorunları) Özel İhtisas Komisyonu içerisinde kurulan alt komisyona sunulan rapor.

(**) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

zorunlu olarak kabul edilen devlet tekeli ilkesi, istihdam piyasalarında yaşanan değişiklikler nedeniyle, bu sistemi benimseyen ülkelerin hemen hemen tamamında sorgulanmış; pek çoğunda da kaldırılmış bulunmaktadır.

Türkiye, istihdam piyasasında kural olarak yalnızca devletin faaliyet gösterebileceğini benimseyen ender ülkelerden biridir. Bugün ülkemizde, tekel hakkıyla donatılmış bulunan İİBK, başta iş aracılığı olmak üzere işgücü yetiştirme ve meslekî rehabilitasyon, meslek danışmanlığı gibi diğer piyasa hizmetlerini de sunmaktadır. 4447 sayılı Sosyal Güvenlik Reform Kanunu ile Kuruma çok önemli yeni görevler daha yüklenmiş bulunmaktadır. Bu çerçevede, işsizlik sigortasının uygulamaya başlanmasıyla birlikte Kurumun iş yükü çok daha fazlaşacaktır. Oysa, istihdam piyasasına kapsamlı hizmet sunmak zorunda olan Kurum, bugünkü mevcut yapısıyla pazar katılımcılarını memnun edebilmekten bir hayli uzaktır. Özellikle işe yerleştirme konusunda Kuruma bir tekel hakkının tanınmış olmasının da uygulamada yaşanan olumsuzlukları ortadan kaldırma konusunda fazlaca işlevsel olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir. Öte yandan, seksenli yılların başından itibaren bir çok ülkede yaygın şekilde eleştirilen "kamu istihdam kurumları tekeli", özellikle son on yıldır ülkemizde de tartışılmakta; artık bu sistemden vazgeçilerek İİBK'nun yeniden yapılandırılması gereği üzerinde ısrarla durulmaktadır. İlgili mevzuatta değişiklik yapılması için sürdürülen çalışmaların en kısa zamanda sonuçlandırılması, özellikle piyasa katılımcıları açısından büyük önem taşımaktadır.

Ş1. TÜRK İSTİHDAM PİYASASININ MEVCUT DURUMU

A. Türk İstihdam Piyasasını Düzenleyen Pozitif Hukuk Kuralları

I. Uluslararası Hukuk Kuralları Çerçevesinde Mevcut Durum

Türkiye'de istihdam piyasasının işleyişi ve bu bağlamda da özellikle iş ve işçi bulmaya aracılık faaliyetlerinin düzenlenmesi, uluslararası hukuk kurallarıyla getirilen çerçeve doğrultusunda iç hukukta yer alan hükümlerle yapılmaktadır. Söz konusu piyasanın işleyişini sağlayan mevcut bu düzenlemelerin, gerek uluslararası hukuk alanında yaşanan değişimler gerekse ülkemizde var olan güncel sorunlar çerçevesinde yeniden gözden geçirilmesi zorunlu bulunmaktadır.

1932 yılında Milletler Cemiyeti'ne üye olan ülkemiz, Versay Barış Antlaşmasınının 137. maddesi gereğince, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün doğal üyesi haline gelmiştir. Bu tarihten sonra, özellikle 1946 yılından itibaren, iş ve işçi bulmaya aracılık faaliyetini düzenleyen UÇÖ Sözleşmelerinin önemli bir kısmı onaylanarak iç hukuka dahil edilmiştir. Dolayısıyla, bu konudaki uluslararası normları belirleyen sözleşmelerin Türk Hukukuna etkisi büyüktür.

UÇÖ, istihdam piyasası ilişkilerini düzenleyebilmek ve bu alanda yürütülen faaliyetler sonucunda çalışanların sömürülmesine engel olabilmek amacıyla, 1919 yılından bu yana birçok uluslararası sözleşmeyi kabul etmiş bulunmaktadır(1). Türkiye, bugüne kadar toplam 39 adet UÇÖ Sözleşmesini usulüne göre onaylayarak iç hukukuna dahil etmiştir(2). Bu durum beraberinde, uluslararası hukuk ulusal hukuk ilişkisinin değerlendirilmesi ve uluslararası hukuk kurallarının iç hukukta sahip olduğu norm değeri ile doğrudan doğruya uygulanabilme sorunlarının çözümüne yönelik ilkelerin belirlenmesi gereğini de beraberinde getirmektedir. Uluslararası hukuk kurallarının ulusal hukuk sistemi içerisindeki hiyerarşik konumunu genellikle anayasalar belirler. Oysa ülkemizde, Federal Almanya Anayasası'nda yer alan(3) ve uluslararası hukuku iç hukuk düzeninin ayrılmaz bir parçası haline getiren hükme benzer bir düzenleme, ne 1961 ne de 1982 Anayasası'nda yer almaktadır. Buna karşın, 1961 Anayasası'nın 65. maddesinde yer alan hüküm, herhangi bir değişikliğe uğratılmaksızın 1982 Anayasası'na alınmış bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre, "... Usulüne göre yürürlüğe konulmuş antlaşmalar kanun hükmündedir..." (m.90/son). Uluslararası antlaşma ya da sözleşmenin "usulüne göre yürürlüğe konulmuş sayılması" için hangi koşulların yerine getirileceği ise yine Anayasanın 90. maddesinde gösterilmiş bulunmaktadır(4). Anayasada yer alan bu düzenleme, UÇÖ Sözleşmelerinin, ulusal hukuk düzeninde sahip oldukları norm değeri ile doğrudan doğruya uygulanabilme yetenekleri konusunda da büyük bir öneme sahip bulunmaktadır.

-
- (1) Kronolojik olarak bu sözleşmelerden bazıları şunlardır. İşsizlik Hakkında 2 Numaralı Sözleşme; Gemi Adamlarının Aracılığı Hakkındaki 9 Numaralı Sözleşme; Ücretli İş Bulma Büroları Hakkında 34 Numaralı Sözleşme Projesi; İş ve İşçi Bulma Servisi Kurulması Hakkında 88 Numaralı Sözleşme; Ücretli İş Bulma Büroları Hakkında 96 Numaralı Sözleşme; Göçmen İşçiler Hakkında 97 Numaralı Sözleşme ile 143 Numaralı Sözleşme; İş ve Meslek Bakımından Ayırım Hakkında 111 Numaralı Sözleşme; İstihdam Politikasıyla İlgili 122 Numaralı Sözleşme; Kamu İstihdam Kurumunun Rolü, Görevleri ve Kuruluşu Hakkındaki 150 Numaralı Sözleşme; Özel İş ve İşçi Bulma Kuruluşları Hakkında 181 Numaralı Sözleşme.
- (2) Ülkemiz tarafından onaylanan bazı UÇÖ Sözleşmeleri şunlardır: 34, 88, 2, 96 (1949 Tadili) Numaralı Sözleşmeler; 111 ve 122 Sayılı Sözleşmeler.
- (3) 23 Mayıs 1949 tarihli Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası'nın 25. maddesine göre; "uluslararası hukukun genel kuralları federal hukukun ayrılmaz parçasıdır. Bunlar yasalardan üstündür ve federal topraklarda oturanlar için doğrudan doğruya haklar ve ödevler yaratır". Ayrıca bkz. 1958 tarihli Fransız Anayasası m. 55.
- (4) Türk Hukukunda uluslararası hukuk ve iç hukuk arasındaki ilişkinin belirlenmesi konusunda savunulan görüşler için ayrıca ve ayrıntılı olarak bkz. *Triepel*, İÜHFİM s.6 vd.; *Bilsel*, s. 70 vd.; *Seviş*, s. 19 vd.; *Çelik*, I. Cilt, s. 67 vd.; *Pazarıcı*, s. 18 vd.; *Güzel*, s. 17 vd.; *Toluner*, s. 403 vd.; *Sosyal*, s. 14; *Akıllıoğlu*, s. 157, s. 157; *Sur*, s.50 vd.; *Gülmez*, s. 248 vd.; *Arsel*, s. 328 vd.; *Sözer*, Çimento İşveren, s. 7; *Sözer*, EBSO, s. 22; *Sözer*, İşveren, s. 4; *Üçışık*, s. 56-57.

İstihdam piyasası ilişkilerini düzenleme amacı çerçevesinde UÇÖ tarafından kabul edilen 2, 34, 88, 111 ve 122 Numaralı Sözleşmelerin, TBMM'ce onaylanarak "kanun hükmünü" kazanmasından sonra, uygulamaya yönelik önemli bir problemle karşılaşılmamıştır. Zira bu sözleşmeler henüz onaylanmadan önce, iç hukukta uygun yasal düzenlemeler yapılmıştır. Ancak, Ücretli İş Bulma Büroları Hakkında 96 Numaralı Sözleşmeyi 8.8.1951 tarihinde 5835 sayılı yasa ile kabul eden Türkiye, Sözleşmenin 2. maddesi(5) ile getirilen ve üye ülkelere, iç hukuklarında uygulayacakları iş aracılığı sistemi konusunda seçim hakkı sunan düzenlemeden yararlanarak, anılan sözleşmenin iş ve işçi bulmaya aracılık faaliyeti alanında herhangi bir devlet tekeli öngörmeyen ve kamu istihdam kurumları yanında özel istihdam kuruluşlarına da yer veren ve II. Bölüm hükümlerine nazaran oldukça esnek hükümler içeren III. Bölümünü onaylamıştır. Onay yasası ile TBMM ayrıca, Çalışma Bakanlığı'nı, gerekli gördüğü takdirde III. Bölüm hükümlerinin uygulanmasından vazgeçerek, bunun yerine daha katı hükümler içeren II. Bölüm hükümlerini benimseyebilme konusunda yetkilendirmiştir (5835 s. K. m.3; 96 No'lu Sözleşme m.2/2). Ancak onaylayarak iç hukukumuza dahil ettiğimiz ve uygulama konusunda uluslararası sorumluluk altında bulunduğumuz bu UÇÖ Sözleşmesine rağmen, konuya ilişkin olarak yürürlükte bulunan mevzuat, iş aracılığında devlet tekeline sıkı sıkıya bağlı olan hükümler içermektedir. Bunun sonucunda da, onaylanan UÇÖ Sözleşmesi hükümleri ile yürürlükteki ulusal mevzuat hükümleri arasında bir uyumsuzluk, bir çatışma söz konusudur(6).

Bu uyumsuzluğun giderilmesi konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. İleri sürülen görüşlerden ilki, 96 Numaralı Sözleşmenin onaylanan bölümünde yer alan hükümler karşısında, başta 1475 sayılı İş Kanunu olmak üzere konuyla ilgili yasaklayıcı mevzuat hükümlerinin geçersiz olduğunu savunmaktadır(7). Bu görüş kabul edildiğinde, günümüzde çeşitli adlar altında faaliyet gösteren özel istihdam kuruluşlarını yasa dışı olarak nitelendirebilmek

(5) Söz konusu madde, bu sözleşmeyi onaylayan her üye ülkeye iş aracılığı sistemi hakkında bir seçim hakkı sunmaktadır. Buna göre üye ülkeler, iş aracılığında devlet tekelinin benimsendiği sistemi veya kamu ve özel istihdam kuruluşlarının yan yana faaliyeti temeline dayanan düzenlenmiş birlikte faaliyet sistemini seçme hakkına sahip kılınmışlardır. Sözleşme, hangi sistemin benimsendiğinin onama belgesinde belirtilmesi gerektiğini de düzenlemekte; başlangıçta III. Bölüm hükümlerini kabul eden üye ülkelere de, daha sonra II. Bölüm hükümlerini kabul edebilme imkânı vermektedir. Ancak bu durumun tersi mümkün değildir.

(6) *Dereli*, İİBK Semineri, s. 62.

(7) *Sözer*, EBSO, s. 22; *Sözer*, Çimento İşveren, s. 7; *Sözer*, İşveren, s. 4. Aynı doğrultuda bkz. *Gülmez*, Memurlar, s. 249-250; *Üçışık*, s. 56-57. Ayrıca bkz. *Yarg. 4. HD.*, 11.7.1994 tarih ve E. 1993/8212, K. 1994/6585, YKD, Ocak 1995, s. 24-25.

mümkün olmayacaktır. Çünkü, uluslararası sözleşme hükümleriyle çatışan ulusal yasa hükümleri geçersiz olacak; özel istihdam hizmeti sunmak isteyen kişi veya kuruluşlar, doğrudan doğruya 96 Numaralı Sözleşmenin III. Bölüm hükümlerinden istifade ederek, faaliyetlerini yasal bir çerçeve içerisinde sürdürebileceklerdir. Doktrinde çoğunlukla savunulan diğer görüş ise, onaylanan UÇÖ sözleşmelerinin Türk Hukukunda doğrudan doğruya uygulanamayacağını ileri sürmektedir(8). Yargıtay'ın tutumu da, doktrinde savunulan baskın görüşle uyum içinde bulunmaktadır. Yargıtay, UÇÖ sözleşmelerinin kişilere doğrudan doğruya kullanabilecekleri sübjektif haklar vermediğini; aksine, üye ülkelere gerekli düzenlemeleri yapma konusunda bir ödev yüklediğini kabul etmektedir. Sonuç olarak, anılan sözleşmelerin Türk Hukukunda uygulanabilmesi için buna imkân veren yasal bir düzenlemenin gerekli olduğunu belirtmektedir(9). Kanaatimizce de, usulüne göre onaylanarak iç hukuka dahil edilen UÇÖ sözleşmeleri, kişilere, doğrudan doğruya kullanabilecekleri sübjektif bir hak vermez. Aksine, sözleşme hükümlerine uygun yasal düzenlemelerin yapılması konusunda yasakoyucuya bir yükümlülük yükler.

İşte bu çerçevede, 96 Numaralı UÇÖ Sözleşmesi hükümleri de iç hukukta kendiliğinden uygulanamazlar. Çünkü anılan sözleşme, bir "program-hüküm" özelliği taşımaktadır. Bu sözleşme ile, bunu onaylayan üye devletlerin, belirli bir iş aracılığı ve bu bağlamda istihdam politikası geliştirmeleri amaçlanmaktadır. Bu amaç doğrultusunda da, sözleşme ile getirilen hükümlerde ayrıntılı düzenlemeler yer almamaktadır. Aksine, sözleşmede sadece genel ilkelerin belirtilmesi yoluna gidilmiştir. YHGK'nun da isabetli olarak belirttiği gibi, kişi veya kuruluşlar, program-hüküm niteliğindeki bir sözleşmeye dayanarak doğrudan doğruya kullanabilecekleri sübjektif bir hak iddiasında bulunamazlar. 96 Numaralı Sözleşme ile Türk kanunkoyucusuna, istihdam hizmetlerinin düzenlenmesi konusunda birlikte faaliyet sisteminin benimsenmesi ve bu doğrultuda yasal çerçevesinin belirlenmesi yükümlülüğü yüklenmektedir. Dolayısıyla, kâr elde etmek amacıyla yasal olarak özel iş aracılığı yapmak isteyen kişi veya kuruluşların, kanunkoyucunun bu konuda yürürlükte bulunan kuralları serbestleştirmesini ve böylece istihdam piyasasını yeniden yapılandırmasını beklemeleri zorunludur.

- (8) *Eyrenci/Taşkent*, s. 23 vd.; *Tuncay*, Çimento İşveren, s. 11-12; *Güzel*, s. 22; *Şahlanan*, ILO Normları, s. 58-60; *Taşkent*, ILO Normları, s. 60-62; *Evin*, ILO Normları, s. 62-63. Ayrıca bkz. ve karşılaştırınız *Şahlanan*, Sendikalar Hukuku, s. 12; *Tuncay*, ILO Normları, s. 80 vd. özellikle s. 83.
- (9) *Yarg. 4. HD.*, 13.12.1994 tarih ve E. 1994/5865, K. 1994/11183, YKD, Nisan 1995, s. 553-555; *YHGK*, 24.5.1995 tarih ve E. 1995/4-367, K. 1995/550, YKD, Temmuz 1995, s. 1013-1027; *Yarg. 21. HD.*; 18.10.1996 tarih ve E. 1996/72261, K. 1996/5790, YKD, Nisan 1997, s. 582-585.

II. Ulusal Hukuk Boyutunda İstihdam Piyasasını Düzenleyen Kurallar

1. Anayasal Düzeyde

1961 Anayasasında olduğu gibi 1982 Anayasasına göre de Türkiye Cumhuriyeti Devleti, bir "sosyal devlet" tir (Any.m.2). Bu ilkenin içeriğini doldurabilmek için de Anayasamızda, "sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler" başlığını taşıyan hükümler kabul edilmiştir. Anayasanın 48. ve 49. maddelerinin konumuz bakımından ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Any.m.48'de yer alan hüküm, kişilere istedikleri alanda çalışma, istedikleri kişiyi çalıştırma özgürlüğü tanımaktadır. Bu özgürlüğün bir tezahürü olarak, kişiler, kâr elde etmek amacıyla özel iş aracılığı faaliyetini bir meslek olarak seçmeye hakları olduğunu iddia edebileceklerdir. Oysa, ülkemizde mevcut yasal düzenlemeler ile istihdam piyasasında hizmet sunma işlevi sadece kamu istihdam kuruluşlarına bırakılmış bulunmaktadır. Bu durum karşısında, Anayasanın 48. maddesinde yer alan çalışma ve sözleşme özgürlüğünün niteliğinin belirlenmesi önem kazanmaktadır. Anılan maddede düzenlenen haklar, devletin olumlu edimini gerektiren haklardır(10). Bu nedenle, bunların salt Anayasada yer almış olması kişilere yargı yolu ile talep edilebilecek sübjektif kamu hakkı vermez. Bu konuda bir talep ve dava hakkı, ancak yasama organının kanunî bir düzenlemesinden doğabilir. Zira, Anayasanın bu hükmü, bir program hüküm niteliğindedir(11).

Diğer taraftan, konuya ilişkin mevzuat hükümleriyle, özel istihdam hizmetleri alanında çalışabilme konusunda, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olması ile özel teşebbüsler kurma serbestisine sınırlandırma getirilmiş bulunmaktadır. Söz konusu sınırlandırmanın hukukî temeli öncelikle Any. m.48 f.2 hükmünde yer almaktadır. Ayrıca, Any.m.49'da yer alan hüküm de böyle bir sınırlandırmaya neden teşkil etmektedir. Bu bağlamda devlete, çalışma hakkının kullanılmasını garanti altına alınabilmesi için, "işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak için gerekli tedbirleri almak" konusunda bir ödev yüklenmektedir. İşsizliği önlemek için alınacak tedbirler bağlamında, istihdam hizmetlerinin de düşünülmesi zorunludur. Çalışma hakkının kullanılabilmesi, kişinin yeteneklerine uygun bir işi bulmasını zorunlu hale getirir. Bu nedenle, iş bulma ve işe yerleştirme hizmetleri, kâr elde etme gayesi ile hareket eden özel kişi ve kuruluşlara bırakılmak istenmemiştir. Özellikle, yüzyılımızın başlarından iti-

(10) Tanör, s. 14; Özbudun, s. 111-112. Ayrıca bkz. ve karşılaştırmız. Tunaya, s. 207-208; Soysal, Anayasanın Anlamı, s. 233.

(11) Anayasanın 65. maddesinde yer alan hüküm de bu görüşü desteklenmektedir. Ayrıca bkz. Özbudun, s. 112-113.

baren iş bulma ve işe yerleştirmenin bir kamu hizmeti olduğu ve bu alanda kamu istihdam kuruluşları lehine bir tekel hakkı tesis edilmesi gerektiğine dair dünya çapında yaygınlaşan düşünce, kuşkusuz ülkemizi de etkilemiştir. Ancak kanımızca, Anayasa m.49 f.2'de yer alan hükümden, istihdam hizmetleri alanında devletin bir tekel hakkına sahip olması gereği zorunlu olarak çıkarılamaz(12). Çünkü bu fıkra hükmüne göre devlet, "işsizliği önlemek için gerekli tedbirleri " almak zorundadır. Ancak alınması gerekli olan tedbirlerin, iş aracılığında katı tekelci sistemin benimsenmesini içerdiği kolaylıkla söylenemez. Kanımızca söz konusu hükümde, bu fıkradan hareket eden kanunkoyucuya, "gerekli tedbirlerin" neler olduğunu günümüz şartlarına göre belirleyebilme serbestisi tanınmış bulunmaktadır. Bu çerçevede kanunkoyucu, "işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak için", günün koşullarını değerlendirmeli ve ancak ondan sonra istihdam politikasını belirleyici tasarruflarda bulunabilmeli; eğer gerekiyorsa, kamu ve özel istihdam kuruluşlarının birlikte faaliyeti temeline dayanan sistemi benimseyebilmelidir. Zira buna engel olacak açık bir Anayasa hükmü bulunmamaktadır. Ayrıca, iş aracılığında tekelci sistemin benimsenmemesi, bu faaliyetin bir kamu hizmeti olarak devlet tarafından sunulmasına da bir engel teşkil etmemektedir.

2. Yasal Düzeyde

a) 1475 sayılı İş Kanununda Yer Alan Düzenlemeler

Anayasanın konuya ilişkin bu hükümleri dışında, istihdam piyasasını düzenleyen diğer önemli düzenlemeler, 1475 sayılı İş Kanunu'nda yer almaktadır (13). İş Kanunu'na göre; "İşçilerin elverişli oldukları işlere yerleşmelerine ve çeşitli işler için elverişli işçiler bulunmasına aracılık etme hususlarının düzenlenmesi,

(12) Aksi yönde bkz. *Tuncay*, İHD, s. 326; *Tuncay*, Çimento İşveren, s. 8. Yazara göre, Anayasanın 49. maddesinde yer alan hükümden, "Devletin bu konuda (işsizliği önlemek ve işçilere iş bulunması konusunda) bir monopol hakkına sahip olduğu sonucu çıkıyor. Bu mantığa uygun olarak 1475 sayılı İş Kanunumuz buna paralel düzenlemeler yapmıştır".

(13) 1475 sayılı İş Kanununda yer alan bu düzenlemelerden başka Borçlar Kanunu m. 404-409 arasında düzenlenen tellallık (simsarlık) sözleşmesine ilişkin olan hükümler de iş aracılığı konusunda geçerlidir. Özellikle aracılık tellallı olarak çalışan kişilerin, iş sözleşmesinin kurulmasına aracılık etmeleri de mümkündür. Bu imkânın yasal temelini BK. m. 409'da yer alan düzenleme oluşturmaktadır. Anılan maddeye göre; "Hizmet mukavelesi ve gayrimenkul satış imkânını hazırlamak veya bunlardan birinin icrasına tavassut etmek için fahiş bir ücret şart edilmişse borçlunun talebi üzerine bu ücret hakim tarafından adilâne bir surette tenkis edilebilir". Madde bu haliyle, fahiş aracılık ücretinin uygun bir miktara indirilmesi yanı sıra iş aracılığı konusunda özel kişi ve kuruluşlara faaliyet serbestisi tanımaktadır. Ancak, burada önemli bir sorunla karşılaşılmaktadır. İş mevzuatımızda yer alan ve özel kişi ve özel iş aracılığını yasaklayan hükümler karşısında, BK. m. 409 hükmünün uygulanabilme yeteneğinin bulunup bulunmadığının ayrıca belirlenmesi zorunludur. Doktrinde baskın olarak kabul edilen görüşe ve Yargıtay'a göre, İş Kanunu Borçlar Kanunu karşısında özel bir kanun mahiyetindedir. İş Kanununun altıncı bölümünde düzenlenen iş ve işçi bulmaya aracılık faaliyetine ilişkin hükümler (m. 83-87) karşısında da, genel bir kanun olan BK. m. 409 hükmünün uygulanabilme yeteneği bulunmamaktadır. Aksi yönde bkz. *Akyığıt*, Çimento İşveren, s. 4 dn. 4.

kamu görevi olarak devletçe yapılır" (m.83/1). Söz konusu kamu görevi, kamu istihdam kurumlarının aracılık hizmetlerinde geçerli olan evrensel ilkeler doğrultusunda, 4837 sayılı Kanunla kurulmuş bulunan İş ve İşçi Bulma Kurumu tarafından ücretsiz olarak yerine getirilmektedir (İşK.m.83/2; m.84/1). İş arayana iş ve işçi arayana işçi bulmak ve onlar arasında bir iş sözleşmesinin kurulmasına aracılık etmenin bir kamu görevi olarak kabul edilerek devlete bırakılması sonucunda, özel kişi veya kuruluşların bu konuda, kazanç amacıyla olsun veya olmasın faaliyet göstermeleri, çalışmaları veya büro açmaları yasaklanmış bulunmaktadır (İşK.m.85/1). Bu yasağın sonucu olarak günümüzde, özel kişi veya kuruluşların bu alandaki çalışması gibi yardım amacıyla kurulan derneklerin, işçi veya işveren kuruluşlarının veya kamu yararına çalışan kuruluşların iş ve işçi bulma amaçlı faaliyetleri yasal sayılmayacaktır. Ancak, İşK.m.85/1'de öngörülen bu yasağın mutlak olmadığı unutulmamalıdır. Zira kanunkoyucu, istisnaî bazı hallerde özel kişi veya kuruluşlar tarafından iş aracılığı yapılabilmesine, belli şartların varlığı halinde izin vermiş bulunmaktadır. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 47. maddesinin (b) bendinde düzenlenen istisnaî durum dışında, İşK.m.85 hükmüyle, tarımda ücretli iş aracılığı ile bir işverenin yurt dışındaki işinde çalıştırmak üzere işçi temin etmesi mümkün kılınmıştır.

Yükseköğretim Kurumlarının Mezunlarına İş Bulmada Yardımcı Olması:

2547 sayılı Kanunun 47/b maddesine göre; "Yükseköğretim kurumları, özel ve kamu kuruluşları ile işbirliği yaparak mezunlarına iş bulmada yardımcı olurlar". Bu hüküm çerçevesinde hareket eden yükseköğretim kurumlarının bu faaliyeti, özellikle mezunlarına iş sözleşmesine dayalı olarak çalışabilecekleri bir iş bulmaları halinde iş aracılığı teşkil eder. Ancak burada önemle üzerinde durulması gereken bazı unsurlar mevcuttur. Yükseköğretim kurumları, sadece mezun durumda olan eski öğrencilerinin iş bulmalarına yardımcı olabilirler. O halde halen öğrenci statüsünde olan kişiler için böyle bir yardım yapılması mümkün değildir. Ayrıca, mezunların çalışma ilişkilerinin bir iş sözleşmesine dayanması zorunludur. Çünkü hukukumuzda, iş ve işçi bulmaya aracılık faaliyeti, sadece hizmet sözleşmesi temeline dayanan çalışmalar için söz konusu olabilir. Dolayısıyla, mezunların çalışma ilişkisinin iş sözleşmesinden başka bir sözleşmeye dayandığı durumlarda veya atama tasarrufunun söz konusu olduğu hallerde, yükseköğretim kurumunun bu alandaki yardımı iş aracılığı faaliyeti olarak değerlendirilemez. Diğer taraftan ilgili yükseköğretim kurumunun, söz konusu aracılık faaliyeti için İİBK'dan izin alma zorunluluğu olmadığı gibi Kurumun denetimi altında da bulunmaz.

Tarım İşlerinde Özel İş Aracılığı: İşK.m.85/2'de yer alan düzenlemeye göre; "Tarım işlerinde ücretli iş ve işçi bulma aracılığına, İş ve İşçi Bulma Kurumu izin verebilir". Bu yasal çerçevede, tarım sektöründe iş aracılığı yapmak isteyen kişi veya kuruluşlar, İİBK'dan izin almak koşuluyla faaliyette bulunabileceklerdir. Kurum iznine sahip olan özel araçların, bu alandaki faaliyetlerini bir ücret mukabilinde yapmaları mümkün olsa da (İşK.m.85/2), tarım işçilerinden ücret alınması yasaklanmış bulunmaktadır (Tarımda İş ve İşçi Bulma Aracılığı Hakkında Tüzük m.2/3). Kanunkoyucunun özel istihdam hizmetlerine getirdiği genel sınırlandırmaların kapsamına tarım sektörünü almamasının sebepleri arasında, ülkemizde var olan mevcut alışkanlıklar kadar bu sektörde İİBK'nun yetersiz kalması da bulunmaktadır(14).

Bir İşverenin Kendi İşinde Çalıştırmak Amacıyla Yurt Dışına İşçi Gö-türmesi: 29.7.1983 tarih ve 2869 sayılı Kanun ile İşK.m.85/1'de öngörülen genel aracılık yasağına bir istisna daha getirilmiş bulunmaktadır. Buna göre; "İş ve İşçi Bulma Kurumundan izin almak ve Kurumca her zaman denetlenmek kaydıyla bir işverenin yurt dışında kendi iş ve faaliyetlerinde çalıştıracığı işçileri temin etmesi mümkündür. Şu kadar ki; bu işlere karşılık bu kimselerden hangi isim altında olursa olsun menfaat sağlanmış yasaktır. İş ve İşçi Bulma Kurumunun verilen izni geri alma yetkisi saklıdır" (İşK.m.85/3-4). Anılan çerçevede İİBK'dan alınacak bir izin ile kullanılabilir bu imkân, sadece "işveren"e tanınmış bulunmaktadır. Bu nedenle, İşK.m.85/3'deki imkândan yararlanmak isteyen kişinin, genel anlamda işveren niteliğini taşıması zorunludur. Ayrıca bu işverenin, yurt dışında kendisine ait bir işin sahibi olması, yurt dışında faaliyet göstermesi ve bu işte çalıştırmak üzere işçi temin etmesi zorunludur. Bu özellikleri taşıyan ve Kurum iznine sahip olan kişi, yurt dışındaki işi için ihtiyaç hissettiği işgücünü bizzat ülkemizde temin ederek yurt dışına götürebilecektir. Ancak söz konusu işverenlerin, yurt dışında çalıştırmak üzere istihdam ettikleri kişilerden, hangi isim altında olursa olsun menfaat sağlamaları yasaklanmış bulunmaktadır (İşK.m.85/3 cümle 2; Yurt Dışında İşe Yerleştirme Hizmeti Hakkında Yönetmelik m.22/2). Fakat doktrinde menfaat kavramı dışında kalan konularda, seyahat ücreti ve pasaport masrafları gibi zorunlu giderleri karşılamak için, para alınabileceği kabul edilmektedir(15). Kanaatimizce, zorunlu giderleri tespit etme ve bunları denetim altında tutabilme imkânı, ülkemizin içinde bulunduğu şartlar göz önüne alındığında, pek de müm-

(14) Saymen, s. 259 dn. 4; Çenberci, s. 1147; Törüner, İstihdam Dergisi, s. 13.

(15) Çenberci, Şerh - 1986, s. 1148.

kün olmadığından; bu yolla işçilerin kolaylıkla zarara uğratılabileceği unutulmamalıdır. Bizce, denetim güçlüğü ve kötüye kullanma riski nedeniyle, bu konudaki yasal düzenlemelerin katı bir şekilde uygulanması gereklidir.

Yukarıda belirtilen istisnaî durumlar dışında, iş aracılığı konusunda özel kişi ve kuruluşlara genel yasak getiren İşK.m.85/1'de yer alan bu düzenlemenin ihlâli halinde söz konusu olacak yaptırımlar da İşK.m.105'de(16) ayrıca gösterilmiş bulunmaktadır. Anılan maddeye göre, İşK.m.85 hükmüne aykırı hareket eden kişi ya da kuruluşların bu işle ilgili bütün büroları kapatılacak; bu tür özel istihdam kuruluşlarını yönetmekle suçlu bulunan kişiler hakkında da, kanunların öngördüğü diğer cezaların yanı sıra, bir yıldan az olmamak üzere hapis ve altmış bin liradan az olmamak üzere para cezasına hükmolunacaktır. Eğer söz konusu özel istihdam kuruluşu, yurt dışına işçi göndermek amacıyla faaliyette bulunmuş ise, böyle bir durumda hapis cezasının alt sınırı üç yıla, para cezasının alt sınırı da üçyüz bin liraya yükseltilmektedir (İşK.m.105/2). İş aracılığı yasağının ihlâlinde tekerrürün söz konusu olduğu durumlarda ise, öngörülen hapis ve para cezaları iki katına kadar arttırılır.

İşK.m.105'de yer alan bu hüküm ile iş ve işçi bulmaya aracılık faaliyetinde kabul edilen devlet tekeli ilkesinin sonucu olan aracılık yasağına aykırı davranış, suç haline getirilmiş bulunmaktadır. Bu suçun maddî unsuru, gerçek ya da tüzel kişilerin işçilere iş ve işlere işçi bulmak için faaliyet göstermesi, çalışması ya da büro açmasıdır (İşK.m.85/1)(17). Suçun manevî unsurunu da "kasıt" oluşturmaktadır. Buna göre fail, kanunen yasaklanmış bulunan iş ve işçi bulmaya aracılık faaliyetini bilerek ve isteyerek yapmalıdır. Maddenin ikinci fıkrasında ise, yurt dışına işçi gönderme amacıyla yapılan ve İşK.m.85/3 dışında kalan faaliyetler cezalandırılmış bulunmaktadır. Bu suçun maddî unsuru, Türkiye'den herhangi bir ülkeye işçi göndermek için faaliyette bulunmaktır. Maddî unsurun gerçekleşmiş sayılabilmesi için, kişilere yurt dışında iş temin etmek için girişimlerde bulunulması yeterlidir. Yurt dışına gönderileceği vaadiyle kişilerden sadece para alındığı, buna karşın bu kişilere yurt dışında iş temin etmek için herhangi bir girişimde bulunulmadığı durumlarda, İşK.m.105/2'de düzenlenen suç oluşmaz. Böyle durumlarda, TCK.m.503'de düzenlenen dolandırıcılık suçu söz konusu olur(18). Anılan suçun da manevî unsuru kasıttır.

- (16) İş K. m. 105 hükmü, 2869 sayılı Kanunun 32. maddesi ile değişikliğe uğratılmış bulunmaktadır.
 (17) Suçun maddî unsuru hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Bıyıklı*, Cilt VI, s. 448 vd.; *Tuncay*, İHD, s. 329 vd.; *Sözer*, Çimento İşveren, s. 4; *Akyığıt*, İHD, s. 584 vd.
 (18) *Bıyıklı*, Cilt VI, s. 454-456 ve orada belirtilen Yargıtay kararları; *Tuncay*, İHD, s. 329. Ayrıca bkz. *Yarg. 9. CD.*, 4.5.1967 t., E. 325, K. 234 için *Eşmelioğlu*, s. 898-899.

Bütün bu açıklamalar değerlendirildiğinde, ülkemizde istihdam piyasası hizmetlerinin katı bir tekelci sistemin kuralları çerçevesinde düzenlendiği sonucuna ulaşılmaktadır. İlk kez 3008 sayılı İş Kanunu ile 1936 yılında kabul edilen bu sistem, 96 No'lu UÇÖ Sözleşmesi'nin III. Bölüm hükümlerinin kabul edilmesinden sonra da varlığını sürdürmüştür. Sözleşmenin özel istihdam kuruluşlarının bir düzene bağlanmasını öngören hükümlerini onaylayarak iç hukukumuzda dahil etmiş olmamıza rağmen; bugün, Sözleşmenin II. Bölümünde yer alan hükümlerini de aşan kanunî bir çerçeveye sahip bulunmaktayız.

b) 4837 sayılı İş ve İşçi Bulma Kurumunun Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunda Yer Alan Düzenlemeler

3008 sayılı İş Kanununun 63. maddesi ile kamu istihdam kurumu olarak oluşturulması öngörülen İş ve İşçi Bulma Kurumu, 21.1.1946 tarihinde kabul edilen 4837 sayılı Kanun ile kurulmuştur. Geçirdiği bir takım değişikliklere rağmen günümüzde halâ geçerli olan bu kanunun 1. maddesi, İİBK'nun 3008 sayılı Kanununun 63, 64 ve 69. maddeleri hükümlerine göre kurulduğunu belirtmektedir. Maddede atıf yapılan 3008 sayılı İş Kanunu bugün yürürlükte bulunmamaktadır. Ancak, anılan maddelerde yer alan hükümler zorunlu bir takım değişiklikler yapıldıktan sonra, önce 931 sayılı İş Kanununun 83, 84 ve 86. maddelerine; daha sonra da 1475 sayılı İş Kanununun 83, 84 ve 86. maddelerine aktarılmış bulunmaktadır. Böylece, 4837 sayılı Kanunun 1. maddesinde atıfta bulunulan maddelerin yerini, 1475 sayılı İş Kanunu almış bulunmaktadır(19).

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na bağlı, tüzel kişiliğe sahip, malî ve idarî bakımdan özerk (4837 s.K.m.1/2), denetleme bakımından ise 3460 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu'nun denetimine tabî (4837 s.K.m.1/3) bir devlet kurumu olan İİBK'nun yerine getirmekle yükümlü olduğu ödevler, asıl olarak İşK.m.84 ve 4837 sayılı Kanunun 1/1. maddesinde gösterilmektedir. İİBK'nun, herhangi bir ücret talep etmeden(20) yerine getirmekle yükümlü olduğu görevler şunlardır:

- Her çeşit ekonomik işletmelerle serbest sanat niteliğinde olan öbür işler için bilgi toplamak;

(19) *Yarg. 9. HD.*, 4.5.1967 t., E. 4311, K. 3778 sayılı karar için bkz. Çenberci, Şerh-1968, s. 374 dn. 5; Çenberci, Şerh-1986, s. 1146.

(20) Ancak, 8.5.1985 gün ve 3199 sayılı Kanunun 1. maddesi ile, işverenlerden bu hizmetlerle ilgili masrafların alınması mümkün hale getirilmiştir. Ayrıca bkz. İş ve İşçi Bulma Kurumu Genel Müdürlüğü Masraf Karşılıklarının Tespiti ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, 11.10.1987 t. ve 19601 s. R.G.

- İşçi isteme ve iş aramanın düzene bağlanması yolunda gerekli çalışmaları yapmak;
- İşçi ücretlerinin iniş çıkışlarını izleyip, geçim şartlarındaki yükseklikle karşılaştırarak sosyal sıkıntıların önüne geçmek için bütün yurttan yahut bir bölgede veya belediye çevresinde alınması gereken tedbirleri tespit ve bunların uygulanmasına yardım etmek;
- Çeşitli iş kollarındaki işverenlerle işçileri gösteren cetvelleri yayımlamak;
- Mesleğe yöneltmek;
- İşçilerin meslekî eğitimlerinin yükselmesi ve usta (kalifiye) işçi yetiştirilmesi için gerekli olan tedbirler üzerinde çalışmak;
- Hizmet akitlerinin yapılmasına aracılık etmek.

Ancak İİBK'nun görevleri sadece bu sayılanlardan ibaret değildir. Bu madde dışında, gerek İş Kanununda gerekse diğer kanunlarda(21) yer alan hükümler ile de Kuruma bir takım görevler verilmiş bulunmaktadır. Bunun dışında, İşK.m.86 hükmü ile, işverenlerin işçi isteklerini, iş arayanların da kendilerini kuruma kaydettirmeleri ve "işçi karneleri" almaları gereği düzenlenmektedir.

Kuruma yüklenen bütün bu ödevler dışında, 25.8.1999 tarih ve 4447 sayılı Kanun(22) (Sosyal Güvenlik Reform Kanunu) ile İİBK'na önemli bir takım görevler de verilmiş bulunmaktadır. 4447 sayılı Kanunun "İşsizlik Sigortası" başlığını taşıyan VII. Bölümünde yer alan düzenlemeler, bu kanunun uygulanmasına ilişkin en önemli görevlerin İİBK tarafından yerine getirilmesini öngörmektedir. Bu çerçevede ilk olarak, işsizlik sigortası primlerinin toplanması dışında kalan diğer her türlü hizmet ve işlemlerin yapılmasından, İİBK'nun görevli, yetkili ve sorumlu olduğu belirtilmektedir (4447 s.K.m.46/4 c.1). Bu doğrultuda, Kurum bünyesinde "İşsizlik Sigortası Fonuna aktarılan işçi, işveren ve devlet katkılarının Fon Yönetim Kurulu kararları çerçevesinde değerlendirilmesine ilişkin işlemleri yürütmek,

(21) Örneğin, Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 21; Terörle Mücadele Kanunu Ek m. 1; Sosyal Güvenlik Reform Kanunu, Bölüm VII.

(22) Sosyal Sigortalar Kanunu, Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu, Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu, Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu, Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu ile İş Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi ve Bu Kanunlara Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesi, İşsizlik Sigortası Kurulması, Çalışanların Tasarrufa Teşvik Edilmesi ve Bu Tasarrufların Değerlendirilmesine Dair Kanunun İki Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması ile Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun için bkz. 8.9.1999 t. ve 23810 s. R.G.

primlerin kişi bazında kaydını tutmak, işsizlik ödeneği ödenmesine ilişkin her türlü işlemleri yapmak, hastalık ve analık sigortası primlerinin Sosyal Sigortalar Kurumuna yatırılmasını sağlamak, işsizlere yönelik meslekî eğitim tedbirleri ile ilgili işlemleri yapmak ve bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak Kanunla verilen diğer görevleri yerine getirmek üzere İşsizlik Sigortası Daire Başkanlığı kurulmuştur" (4447s.K.m.46/4 c.2).

Bu Kanunda belirtilen esas ve usuller çerçevesinde, İİBK tarafından sigortalı işsizlere yapılacak ödeme ve sağlanacak hizmetler de ayrıca tasrih edilmiş bulunmaktadır. Getirilen bu düzenlemeye göre Kurum, sigortalı işsizlere, "işsizlik ödeneği" ile "hastalık ve analık sigortası primleri" ödemek; "yeni bir iş bulma" ve "meslek geliştirme, edindirme ve yetiştirme eğitimi" hizmeti sunmak zorundadır (4447 s.K.m.48/6-a,b,c,d). Ayrıca Kurum, sigortalı işsize yeni iş bulma hizmeti sunarken bazı kriterlere uygun hareket etmek zorunda bırakılmıştır. Buna göre, Kurumun, sigortalı işsize çalışabileceği herhangi bir işi değil ve fakat "mesleklerine uygun ve son yaptıkları işin ücret ve çalışma koşullarına yakın bir iş" bulunması konusunda çalışması gereklidir (4447 s.K.m.48/7 c.1). Söz konusu nitelikte bir iş bulunmadığı takdirde ise Kurum, anılan sigortalı işsizlere, meslek geliştirme, edindirme ve yetiştirme eğitimi vermekle yükümlü tutulmaktadır (4447 s.K.m.48/7 c.2).

Sonuç olarak, İş ve İşçi Bulma Servisi Kurulması Hakkında 88 Numaralı UÇÖ Sözleşmesinde yer alan uluslararası ilkeler doğrultusunda, iç hukuk mevzuatımız ile İİBK'na çok önemli ödevler yüklenmiş bulunmaktadır. Bu ödevlerde hakim olan düşünce ise, gerektiği takdirde, ilgili diğer kamu teşekkülleri ile işbirliği yapılarak, tam çalışmanın sağlanmasına ve sürdürülmesine, müstahsil kaynakların geliştirilmesine ve bunlardan yararlanılmasına yönelik millî programın ayrılmaz bir parçası olarak, istihdam piyasasını olabildiği kadar iyi bir şekilde teşkilâtlandırmayı gerçekleştirmektir(23).

B. Karşılaştırmalı Hukukta İstihdam Piyasalarının Düzenlenişi

I. Almanya

88 Numaralı UÇÖ Sözleşmesini 22.6.1954 tarihinde onaylayarak(24) iç hukukuna dahil eden Federal Almanya Cumhuriyeti'nde, istihdam piyasasında ihtiyaç hissedilen pek çok hizmetin yerine getirilmesi, 1 Mayıs 1952'de kurulan(25) ve merkezi Nürnberg'de (§189 Abs.1 AFG; §369 Abs.1 SGB-III) bulunan Federal İş Bulma Kurumu'na (Bundesanstalt für Arbeit) kanunen (§3 Abs.1 AFG; §370 SGB-III) bir görev olarak verilmiştir.

(23) Bu konudaki açık hüküm, 88 No'lu UÇÖ Sözleşmesi m. 1/2'de yer almaktadır.

(24) ILO Report VI, Appendix V, s. 89.

(25) Bir Federal İş Bulma ve İşsizlik Sigortası Kurumunun Kurulmasına İlişkin Kanun için bkz. BGBL. 1952 I, s. 123 vd.

Alman kamu istihdam kurumu olan Federal İş Bulma Kurumu'nun organizasyon şekli ile esas görevlerini belirleyen temel kaynak olan Çalışmayı Teşvik Kanunu'nun (AFG) yürürlükte bulunduğu dönemde, iş ve işçi bulmaya aracılık konusunda ılımlı tekeli sistem geçerli bulunmaktaydı. Almanya'da 88 ve 96 Numaralı UÇÖ Sözleşmeleri doğrultusunda benimsenen iş aracılığında devlet tekeli ilkesi, 1990'lı yılların başından itibaren güçlenen liberal akımın etkisiyle ortaya çıkan yeniden yapılandırma tartışmaları ve özellikle Avrupa Adalet Divanı'nın 23.4.1991 tarihinde verdiği karar(26) üzerine yeniden gözden geçirilmiştir. Bu gözden geçirme çalışmaları sırasında da Divan'ın yüklediği yükümlülüğü yerine getirebilmek için Almanya, ilk aşamada, 96 No'lu UÇÖ Sözleşmesi'nden(27) ayrılmıştır(28). Federal Hükümetin Sözleşme'den ayrılma gerekçesinde temel aldığı düşünce, bir yandan özel iş aracılarının faaliyetine izin verilmemesinin piyasa gereklerine aykırı olduğu(29) kanaati, diğer yandan da AB Hukuku ile uyum sağlanabilmesi düşüncesidir.

96 No'lu Sözleşmeden ayrılmanın dışında ikinci adım, "Tasarruf-İstikrar ve Büyüme-Gelişme Programının Uygulanmasına İlişkin İlk Kanun"un (1.SKWPG) 21.12.1993 tarihinde(30) çıkarılması ile atılmıştır. Bu Kanun ile, iş aracılığı faaliyetine ilişkin olarak AFG'de serbestleştirmeye gidilmiştir. İstihdam piyasasını düzenleyen kuralların yeniden belirlenmesi yolunda bir başka adım da, "İstihdamı Teşvik Kanunu 1994" ve "Kaçak Çalışmayla Mücadele Kanununun ve Diğer Kanunların Değiştirilmesine Dair Kanun"(31) ile atılmıştır. Bütün bu değişiklikler sonucunda Almanya'da ılımlı tekeli sistemden, düzenlenmiş birlikte faaliyet sis-

(26) *Ei GH*, Urt. v. 23.4.1991, Rs. C-41/90, NZA 1991/11, s. 447. Avrupa Adalet Divanına göre, iş aracı faaliyeti, AB Anlaşması hükümlerine tâbi ve serbest dolaşım imkânına sahip bir hizmettir. E ilayısıyla, Alman Federal İş Bulma Kurumunun aracılık tekeli, Topluluk Hukuku ile bağdaşmamakta ve özellikle de Topluluk Rekabet Hukukunu ihlâl etmektedir. Sonuç olarak bu kararıyla Avrupa Adalet Divanı, Alman kanunkoyucusuna, aracılık tekeli kaldırma ve bu alanda kamu ve özel istihdam kurumlarının yan yana faaliyetinin geçerli olduğu sistemi benimseme yükümlülüğünü yüklemiştir. Divan, İtalya için de benzer gerekçelerle aynı sonuca ulaşmıştır. Aralık 1997'de verilen bu kararda da, işe yerleştirme konusunda İtalya'da var olan devlet tekeli Topluluk Hukukuna aykırı bulunmuş; bu yolla, Topluluk Antlaşmasının rekabete ilişkin 86. maddesinin ihlâl edildiği sonucuna varılmıştır. İtalya hakkında Divan kararı için bkz. *Gündoğan*, N.: İşe Yerleştirme Sistemi İçinde Özel İstihdam Bürolarının Yeri ve Önemi, Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, s. 559-561.

(27) Almanya, 96 No'lu UÇÖ Sözleşmesi m.2'de öngörülen seçim hakkını II. Bölüm hükümlerinden yana kullanarak, kamu istihdam kuruluşlarına tekel hakkı tanıyan bir düzenlemeye gitmişti. Bkz. BGBl. 1954 II, s. 456.

(28) ILO Report VI, Appendix IV, s. 88 ve ayrıca bkz. RdA, 1992/6, s. 389-390. Anılan Sözleşmeden ayrılma tarihi 10.7.1992'dir.

(29) Gerekçe için ayrıca bkz. RdA, 1992/6, s. 390.

(30) Bkz. BGBl. 1993 I, s. 2353 - 2368.

(31) Bkz. BGBl. 1994 I, s. 1792.

temine geçilmiştir. Buna göre, iş aracılığında devlet tekeli kesin olarak kaldırılmıştır. Kâr amaçlı olup olmadıklarına bakılmaksızın, bütün özel istihdam kuruluşlarına, herhangi bir coğrafi veya meslekî sınırlandırma getirilmeksizin izin verilmiştir (§4 ve §23 AFG; §§35,291 SGB-III). Ancak, böyle bir faaliyet için her şeyden önce Federal İş Bulma Kurumu'ndan izin alınması gerekmektedir (§23 Abs.1-4 AFG; §294 Abs.1 SGB-III, §1 AVermV). İzin verilebilmesi, başvuruda bulunan kişinin belli koşullara sahip bulunmasına bağlı tutulmaktadır (§23 Abs.3 AFG; §293 Abs.1 SGB-III). Bu koşullar ise, özel istihdam hizmeti sunmak isteyen kişinin anılan iş için "uygunluk" ve "güvenilirlik" özelliklerini taşıması ve ayrıca, "uygun bir iş çevresi" ile bu iş için ayırdığı "münasip bir mal varlığı"nın bulunmasıdır (§23 Abs.3 S.1 AFG; §293 Abs.1 SGB-III)(32).

İstihdam piyasasının yeniden organizasyonuna ilişkin olarak kapsamlı son değişiklik, 27 Mart 1997 tarihinde Alman Federal Meclisi'nde kabul edilen Reform Kanunu(33) ile yapılmış bulunmaktadır. Söz konusu Reform Kanunu, 1.1.1998 tarihinden itibaren Çalışmayı Teşvik Kanunu'nu yürürlükten kaldırmış ve bu kanunu "Sozialgesetzbuch-III" (Sosyal Kanun-III) olarak Sosyal Kanunların içerisine dahil etmiştir (Art.1 AFRG). SGB-III ile, Federal İş Bulma Kurumu, kamu istihdam kurumu olarak muhafaza edilmekle birlikte, yapısında ve çalışma usullerinde önemli değişiklikler yapılmıştır(34).

SGB-III hükümleri çerçevesinde Federal İş Bulma Kurumu, bu kanunda belirtilen bütün görevler, Federal Hükümet tarafından verilecek görevler ve eyalet istihdam programları çerçevesinde ortaya çıkacak görevlerin yerine getirilmesiyle yükümlüdür (§370 SGB-III). Bütün bu görevlerin yerine getirilme usulleri de ayrıca belirtilmektedir (§371 SGB-III). 1998 yılının ilk günü yürürlüğe giren bu hukukî düzenlemeler ile, Federal İş Bulma Kurumu, hizmet götürdüğü kişileri esas alan yeni bir yapılanma ve çalışma şekline kavuşturulmuştur.

II. İsviçre

88 Numaralı UÇÖ Sözleşmesini 1951 yılında onaylayarak iç hukukuna dahil eden İsviçre'de(35) kamu istihdam hizmetlerinin sunulması, ülkenin yapısından kaynaklanan bazı özelliklere sahip bulunmaktadır. Bu ülkede ihtiyacı hissedilen kamu istihdam hizmetlerinin yerine getirilmesi, ağırlıklı olarak Konfederasyon'u oluşturan Kantonların yetkisi içinde bulunmaktadır. "İş Aracılığı ve Personel Ödücü Hakkındaki Federal Kanun"(36) , kantonal ve yerel İş Dairelerinin bu

(32) *Niesel*, s. 90; BT-Drucks 12/5502, s. 27.

(33) *Arbeitsförderungs-Reformgesetz* için bkz. BGBl 1997 I, s. 594.

(34) *Niesel*, NZA 11/97, s. 580 vd.

(35) *Rehbinder*, Kommentar, s. 148.

(36) Anılan Kanun ve açıklaması için ayrıntılı olarak bkz. *Rehbinder*, Kommentar, s. 21 vd.

alandaki görev ve yetkilerin belirleyen temel yasal düzenlemedir. Ayrıca bu kanunla, federal bir yapıya sahip olan ve istihdam piyasasında sınırlı bir görev üstlenen "Endüstri, Sanat ve İş İçin Federal Daire" (BIGA)(37) de oluşturulmuş bulunmaktadır.

İş Aracılığı ve Personel Ödücü Hakkındaki Federal Kanun, kamu istihdam kurumlarının yerine getirmekle yükümlü olduğu ödevleri de belirtmektedir. Buna göre, anılan kuruluşlar, dar anlamda iş aracılığı hizmeti yanı sıra, meslek değişikliği ve eğitimi ile danışmanlığı, istihdam piyasasının gözlenmesi, işsizlik sigortası alanlarında önlemler alınması ve ayrıca, istihdam piyasasında ortaya çıkabilecek çalışma ve gelir ihlalleri ile mücadeleye yönelik çalışmalarda bulunmak zorundadırlar. İşsizlerin kaydı ve kontrolü gibi sınırlı alanlarda yerel iş daireleri faaliyet gösterirler. İstihdam piyasasına yönelik diğer kapsamlı hizmetler de kantonal iş daireleri ve büyük şehirlerde bulunan iş daireleri tarafından yerine getirilir(38). Çeşitli kantonlarda bulunan iş daireleri arasındaki koordinasyonun sağlanması görevi ise BIGA'ya verilmiş bulunmaktadır (Art.31 Abs.2 AVG). Bu kurum, aynı zamanda bir denetim makamı olma özelliğini de taşımaktadır (Art. 31 Abs.1 AVG). BIGA ayrıca, İsviçre'den yabancı bir ülkeye veya yabancı bir ülkeden İsviçre'ye yapılmak istenen iş aracılığı faaliyetlerinin yürütümü ve iş ödücü faaliyetlerinin yapılabilmesi için ilgili firmaya izin vermeye de yetkilidir (Art.2 Abs.3, Art.12 Abs.2 ve Art.31 Abs.3 AVG). Kamu istihdam kurumu çalışanlarının meslek içi eğitimi ve gelişimi konularında kurslar açılması da, söz konusu federal kurumun görevleri arasındadır (Art.31 Abs.4 AVG).

Diğer taraftan, bu ülkede kamu istihdam hizmetlerinin fiilen yürütümü için gereken bütün işler, kantonal iş daireleri tarafından yapılır. Piyasa katılımcılarının ihtiyaç hissettikleri resmî iş aracılığı, bu daireler tarafından, ücretsiz ve tarafsız bir şekilde ve ayrıca bireysel özellikleri de dikkate alarak icra edilir. İstihdamı imkânsız veya çok güç olan iş arayanlar için uygun bir meslekî eğitim imkânı sağlamak amacıyla kurslar açarlar (Art.28 Abs.1-2 AVG). İşsizlik Sigortası Kanunu doğrultusunda da, işsizlik sigortası ödemelerinin yapılması ve işsizlere geçici de olsa çalışma imkânının sağlanmasıyla yükümlüdürler. İstihdam piyasasının kantonal düzeyde gözlenmesi de, kantonal iş daireleri tarafından yerine getirilir.

(37) Bkz. *Rehbinder*, Kommentar, s. 142-144.

(38) *Walwei*, Arb.u.Sozialpolitik 7-8/92, s. 48-49.

İsviçre'de istihdam hizmetleri, sadece kamu istihdam kurumları eliyle sunulmaz. Çünkü, diğer Kara Avrupası ülkelerinden farklı olarak İsviçre'de öteden beri, kamu ve özel istihdam kurumlarının yan yana faaliyet gösterdiği düalist bir anlayış geçerlidir. Söz konusu anlayışa dayanan sistem, 1880' li yıllara kadar uzanan bir geçmişe sahip bulunmaktadır(39). Günümüz İsviçre'sinde, özel istihdam hizmeti alanında çalışmak ve bunu, meslek edinilmiş şekilde yapmak isteyen herkes, kantonal iş dairelerinden "izin" almak zorundadır (Art.2 Abs.1 AVG; Art.2ve Art.3 AVV).

III. İsveç

İş ve İşçi Bulma Servisi Kurulması Hakkında 88 numaralı UÇÖ Sözleşmesi'ni 25.11.1949 yılında onaylayarak iç hukukuna dahil eden İsveç'te(40), istihdam hizmetlerinin kamu kurumları eli ile sunulması anlayışı, bu yüzyılın başına kadar uzanmaktadır. Almanya ve İsviçre'deki uygulamadan farklı olarak İsveç'te, değişik kamu istihdam hizmetlerinin sunulması için ayrı kamu kurumları oluşturulmuş bulunmaktadır. Anılan çerçevede, özellikle 1902 yılından itibaren bir kamu hizmeti olarak kabul edilen(41) iş aracılığı hizmeti, bu amaçla faaliyet gösteren İsveç İş Bulma Kurumu'nun, ülkenin tamamına yayılmış iş aracılığı büroları eliyle sunulmaktadır(42). İş aracılığı kuruluşları, çalışmalarını özel kişi ve meslek grupları için özel aracılık hizmeti verilmesi şeklinde sürdürmektedir.

Meslek eğitimi ve gelişimi, meslekî rehabilitasyon ve iş arayanlara danışmanlık hizmeti verilmesi gibi, iş aracılığı dışında kalan diğer kamu hizmetleri, bir başka kamu kurumu tarafından sunulmaktadır(43). İşsizlik sigortası ile ilgili ödemeleri yapmak ve gerekli olan önlemleri almak da farklı bir kamu kurumunun görev alanına girmektedir(44).

İsveç'te, seksenli yılların ortalarında, istihdam hizmetlerinin sunulması ve bu bağlamda kamu istihdam kurumları mevzuatı yeniden yapılandırılmıştır(45). Ancak, liberalleşmeye yönelik olarak bu ülkede süregelen tartışmalar sonucunda, 1993 yılında iş aracılığında devlet tekeli uygulamasına son verilmiş ve bu alanda, kamu ve özel istihdam kurumlarının yan yana faaliyeti temeline dayanan birlikte faaliyet sistemine geçilmiştir(46).

(39) *Wäber*, s. 25 vd.; *Rehbinder*, Kommentar, s. 2 vd.

(40) ILO Report VI, Appendix V, s. 89.

(41) *Walwei*, MittAB 2/94, s. 95; *Walwei*, MittAB 1/96, s. 55.

(42) *Walwei*, Arb.u.Sozialpolitik, 7-8/92, s. 47-48.

(43) *Walwei*, Arb.u.Sozialpolitik, 7-8/92, s. 48.

(44) *Walwei*, Arb.u.Sozialpolitik, 7-8/92, s. 54; *Walwei*, MittAB 1/96, s. 55.

(45) *Walwei*, Arb.u.Sozialpolitik, 7-8/92, s. 48.

(46) *Walwei*, MittAB 1/96, s. 57-58.

IV. İngiltere

İstihdam hizmetlerinde kontrollü de olsa bir müdahaleyi ekonomik anlayışı gereği uygun görmeyen İngiltere, 96 Numaralı UÇÖ Sözleşmesini onaylamamıştır. İş ve İşçi Bulma Servisi Kurulması Hakkındaki 88 Numaralı Sözleşmeyi ise 10.8.1949 yılında onaylamıştır(47).

İngiltere'de çok eski bir geçmişe sahip olan kamu istihdam kurumları, 1970'li yılların başından itibaren bir dizi organizasyon değişikliğine maruz kalmıştır. Bu doğrultuda kabul edilen kanun ile, aktif bir istihdam piyasası politikası uygulanması, iş arayanların meslekî eğitimi ve işe yerleştirilmesi konularında faaliyette bulunmak üzere yeni bir kamu istihdam kuruluşu (Manpower Services Commission –MSC-) oluşturulmuştur. MSC, işsizliğe karşı koruyucu önlemlerle ilgilenen kurumdan farklı ödevler üstlenmiştir(48). Daha sonra 1982 sonbaharında yapılan değişiklik ile de işsizlik sigortası ve iş aracılığı hizmetleri birbirinden ayrılmıştır(49). Fakat bu uygulamaya seksenli yılların bitiminde son verilmiştir(50). 1990'lı yılların başında, kamu istihdam kurumlarının organizasyonunda yeni değişiklikler yapılmıştır. Bunun sonucunda da, "Job Centre" adı verilen ve istihdam piyasası politikası, işe yerleştirme, işsizlik sigortası ve meslekî danışmanlık gibi alanlardaki faaliyetleri tek elden yürütecek bir kamu istihdam kuruluşu oluşturulmuştur(51). İngiltere'de, kamu istihdam kurumlarını tamamlayıcı çok geniş bir özel istihdam hizmetleri sektörü vardır. Özel istihdam kuruluşlarının yasal çerçevesi "Employment Agencies Act" ile çizilmiştir.

V. Hollanda

Hollanda, 88 Numaralı UÇÖ Sözleşmesini 7.3.1950'de onaylamış; 96 Numaralı UÇÖ Sözleşmesini ise ancak 13.2.1992 yılında iç hukukuna dahil etmiştir(52). Ancak buna rağmen, 1991 yılının ilk gününe kadar, kamu istihdam hizmetlerinin sunulmasında devlet tekeline kabul eden ülkeler arasında yer almıştır.

(47) ILO Report VI, Appendix V, s. 89.

(48) *Walwei*, MittAB 4/91, s. 638; *Hepple*, s. 2.

(49) *Walwei*, MittAB 4/91, s. 638; *Walwei*, Arb.u.Sozialpolitik, 7-8/92, s. 45; *Walwei*, MittAB 1/96, s. 56.

(50) *Walwei*, MittAB 1/96, s. 56.

(51) *Walwei*, MittAB 4/91, s. 638; *Walwei*, Arb.u.Sozialpolitik, 7-8/92, s. 45.

(52) ILO Report VI, Appendix V, s. 88-89.

Dolayısıyla, bu ülkedeki istihdam hizmetleri, 1991 yılına kadar olan dönemde, tekel hakkı ile donatılmış kamu kurumları eliyle yapılmıştır. Bu durum, 1.1.1991 tarihinde yürürlüğe giren yasa değişikliğine kadar devam etmiştir. Ancak söz konusu tarihten itibaren, iş aracılığında devlet tekeli ilkesi kaldırılarak özel istihdam kuruluşlarına da faaliyet serbestisi tanınmıştır(53). Bu yasa değişikliği ile ayrıca, mevcut kamu istihdam kurumu yeniden organize edilmiş; diğer OECD ülkelerinde olmayan özel bir statüye sahip kılınmıştır. Hollanda Kamu İstihdam Dairesi, merkezî hükümetin, işveren grupları ve sendikaların temsil edildiği üçlü bir karar yapısına dayalı yarı kamusal bir kurum haline getirilmiştir(54).

Bir çok Avrupa ülkesinin(55) aksine Hollanda Kamu İstihdam Kurumu, işsizlik sigortası ve işsizlik yardımı ödemelerini yapmaz. Bu ödemelerin yapılması, endüstri sigorta kurumları ve belediyeler tarafından üstlenilmiş bulunmaktadır. Anılan konularda kamu istihdam kurumunun herhangi bir sorumluluğu mevcut değildir(56). Diğer taraftan, Kurum, önemli bir özellik olarak "START" (57) adı verilen bir kuruluşa da sahip bulunmaktadır. START, hükümet tarafından idare edilen ve işsizlere yönelik geçici bir iş bulma bürosu olarak çalışan bir kurumdur. Bu programın amacı, emek piyasasında imkânları sınırlı kayıtlı işsizlere gelecekte devamlı bir iş bulabilmeleri maksadıyla, geçici bir iş sağlamaya çalışmaktır(58). Hedeflenen bu programın yürütümü istihdam büroları eliyle olmaktadır. Söz konusu bürolar, üç aydan fazla işsiz kalanlara, en az on sekiz yaşında olup da okulu terk etmiş ve işsiz olarak kaydedilmiş bulunanlara, kırk beş yaşından büyük ya da malûl olanlara geçici iş temin etmek için çalışırlar. Ayrıca START, eğitim kurumları ile işbirliği yaparak, geçici işçiler için eğitim imkânı sunmaktadır(59).

(53) *Benus*, Özel İstihdam Servisleri, s. 15; *Benus*, ABT Ortaklığı, s. 5; *Walwei*, MittAB 1/96, s. 57 Tabelle 2 ve s. 58.

(54) *Benus*, Özel İstihdam Servisleri, s. 15; *Benus*, ABT Ortaklığı, s. 5.

(55) Örn. Almanya, Avusturya, Bulgaristan, İsviçre, İspanya, İngiltere, İzlanda, Lüksemburg, Norveç ve Çek Cumhuriyeti'nde, işsizlik sigortasına ilişkin ödemeler ile diğer kamu istihdam hizmetleri aynı kurum tarafından yapılmaktadır. Bkz. ve karşılaştırmız *Walwei*, Arb.u.Sozialpolitik 5-6/94, s. 54 Tabelle 1; *Walwei*, MittAB 1/96, s. 55 Tabelle 1.

(56) *Benus*, Özel İstihdam Servisleri, s. 15; *Benus*, ABT Ortaklığı, s. 5.

(57) "Geçici İstihdam Acentesi" olan START, 1977 yılında oluşturulmuştur. Bkz. *Dereli*, İİBK Hizmet Etkinleştirme Semineri B, s. 26-27.

(58) *Dereli*, İİBK Hizmet Etkinleştirme Semineri B, s. 26-27; *Benus*, ABT Ortaklığı, s. 7.

(59) *Dereli*, İİBK Hizmet Etkinleştirme Semineri B, s. 27; *Benus*, ABT Ortaklığı, s. 7.

Ş2. MEVCUT YASAL ÇERÇEVE KARŞISINDA GÜNÜMÜZDEKİ DURUM**A. Reform Çabaları**

İİBK, kuruluşundan bu yana geçen zaman dilimi içerisinde, gerek Türkiye'de gerekse dünyada meydana gelen hızlı değişim ve gelişimlere uyum sağlayamamıştır. Bu uyumsuzluğun en önemli nedeni, Kurumun hukukî yapısının değiştirilememiş olmasıdır. İstihdam piyasasının ülke çapında ve plânlı bir biçimde düzenlenmesini gerçekleştirecek çağdaş ve dinamik bir yapıya kavuşturulamamıştır. Böylece, Kurumun ülkemizdeki gelişmesi, mevcut ihtiyaçların çok gerisinde kalmış; zaman zaman yapılan değişiklikler ile de istenilen etkinlik sağlanamamıştır. UÇÖ tarafından kabul edilen sözleşmelere uygun bir şekilde teşkilât yapısını, hukukî statüsünü ve personel rejimini geliştiremeyen Kurum, sadece iş ve işçi bulma hizmetlerini düzenleyen, bu konudaki bir takım formaliteleri yerine getiren bir kuruluş görünümünden öteye geçememiştir(60).

Oysa günümüzde, gelişmiş bir çok ülkede hizmet veren kamu istihdam kurumları, işe yerleştirme; iş ve meslek danışmanlığı (mesleğe yöneltme); istihdam piyasasındaki gelişmeleri izleme; iş kurmaya destek ve yardım sağlama; yerel iş kurma ve yaşatma imkânlarını geliştirme; işsizlik sigortası uygulamaları yapma ve benzeri alanlarda faaliyette bulunmaktadır. Ülke çapında etkili ve aktif istihdam politikaları uygulayan bu kurumlar, ülkelerindeki istihdamın geliştirilmesi ve işsizliğin sınırlandırılması konularında önemli görevler yüklenmektedirler. Ülkemizde kamu istihdam hizmeti sunan İş ve İşçi Bulma Kurumunun yasal görev ve yetkileri incelendiğinde, batı ülkelerindeki benzer kurumlardan çok büyük farklılıklar taşımadığı kolaylıkla tespit edilmektedir. Ancak, yürütülen hizmetlerin etkinliği ve yaygınlığı açısından bir karşılaştırma yapıldığında, İİBK'nun büyük ölçüde modernize edilmeye ve çağdaş bir yapıya kavuşturulmaya ihtiyacı olduğu sonucu açıkça ortaya çıkmaktadır.

İİBK'nun yapısını yenilemek ve Kurumu çalışmalarında etkin hale getirebilmek amacıyla özellikle 1980'li yılların sonlarından bu yana çeşitli girişimlerde bulunulmuştur. Bu girişimlerle bir yandan Kurumun hukukî alt yapısının tamamlanması amaçlanmakta; diğer yandan da teknik alt yapısının oluşturulabilmesine çalışılmaktadır. Bu çerçevede Kurum bünyesinde önemli birçok

(60) Ayrıntılı olarak bkz. İİBK. II. İstihdam Haftası Tebliği - 1992, s. 319 vd.; Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü'nün Kuruluş ve Görevleri Hakkında Şubat 1996 tarihli Kanun Tasarısı ve 21 Ocak 1998 tarihli Kanun Tasarı Taslağı'nın gerekçeleri.

proje üzerinde çalışılmaktadır(61). İİBK'nun yeniden yapılandırılmasına ilişkin çalışmalar sadece teknik düzeyde sürdürülmektedir. Kurumun günün değişen ekonomik ve sosyal şartlarıyla uyumlu olacak ve çalışma hayatı ile istihdam piyasasındaki yeni istekleri karşılayabilecek hukukî bir yapıya kavuşturulabilmesi amacıyla 1990'lı yılların başından itibaren birçok reform yasa tasarısı hazırlanmış bulunmaktadır. Söz konusu tasarıların tamamı, 21.1.1946 tarih ve 4837 sayılı İş ve İşçi Bulma Kurumu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile bunu değiştiren kanunları yürürlükten kaldırmaya yöneliktir. Kurum tarafından hazırlanarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na sunulan reform yasa tasarıları veya tasarı taslaklarında öngörülen değişikliklerin belli başlıları şunlardır:

- Türkiye'de kamu istihdam hizmeti sunan Kurumun adı değiştirilerek "Türkiye İş Kurumu" (İK ya da İş-Kur) adıyla anılacaktır.

- Kurumun hukukî yapısı değiştirilecektir. "İş-Kur", Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na bağlı, özel hukuk hükümlerine tâbi, tüzel kişiliğe sahip, idarî ve malî bakımdan özerk ve özel bütçeli bir kamu kuruluşu olarak düşünülmektedir.

- Anılan yasa tasarıları veya tasarı taslakları ile, istihdam piyasasında Kurum lehine var olan tekel hakkından vazgeçilerek kamu ve özel istihdam kuruluşlarının yan yana faaliyeti temeline dayanan birlikte faaliyet sistemi kabul edilmektedir. Böyle bir kabul sonucunda da, İİBK'na, özel kişi veya kuruluşların istihdam piyasası içerisinde çalışmaya başlayabilmesi ve bunu sürdürebilmesi aşamasında yerine getirmesi gereken yeni bir takım görevler verilmektedir.

- Kurumun örgüt yapısı ve personel rejimi tamamen değiştirilecektir. Kurum organlarının oluşumunda işçilerin, işverenlerin ve devletin çeşitli düzeylerde etkin katılımının sağlanabileceği bir yapılanmaya gidilecektir.

- Yerine getirmek zorunda olduğu piyasa hizmetlerini daha etkin bir şekilde yapabilmesi amacıyla, Kurumun gelir kaynakları arttırılacaktır.

Bütün bu yeniden yapılandırma çabalarıyla, Kurumun istihdamı geliştirme ve işsizlikle mücadele için yetkin bir konuma getirilebilmesi için, gerekli yasal düzenlemelerin yapılması amaçlanmaktadır.

(61) Bu projelerden bazıları şunlardır: İİBK'nun Modernizasyonu Projesi; Bilgisayar Ağı Oluşturma Projesi; 060 İş Danışma Servisi Projesi; Özürlüler İçin Meslekî Rehabilitasyon Projesi; Turizm İnsan Gücü Kazandırma Projesi; İstihdam ve Eğitim Projesi.

B. Uygulamadaki Durum

Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından Kasım 1999 tarihinde yayınlanan "Nisan 1999 Hane Halkı İşgücü Anketi Sonuçları" na göre, Türkiye'de toplam nüfus, 1 milyon 34 binlik bir artış göstererek 64 milyon 409 bin kişiye ulaşmıştır(62). Bu artışın 582 bin kişi gibi önemli bir kısmı, kentsel kesimdeki nüfus artışından kaynaklanmaktadır. Aynı dönemde, çalışabilir çağıdaki on iki veya daha yukarı yaştaki nüfus, 48 milyon 839 bin kişi; çalışabilir toplam işgücü 23 milyon 779 bin olarak tahmin edilmiştir. Yine bu dönemdeki toplam istihdam, 22 milyon 49 bin kişi iken, eksik istihdamın işgücü içindeki oranı %6.9 olarak tahmin edilmiştir.

Nisan 1999 HHİA sonuçlarına göre, işsiz sayısı 1 milyon 730 bin (%7.3) dir. Bir önceki yılın aynı döneminde elde edilen sonuçlarla kıyaslandığında işsiz sayısında bir artışın söz konusu olduğu görülmektedir(63). Ancak, kentsel yerlerdeki kadın işsizliği %16.4 gibi yüksek bir oran olarak tahmin edilmiştir. Eğitimli genç nüfustaki işsizlik oranında ise bir azalma tespit edilmiştir. Türkiye'de eğitimli nüfusun işsizlik oranı %30.4'den %27.5'e düşmüştür.

DİE'nin Nisan 1999 sonuçlarına göre ülkemizde 1 milyon 730 bin kişi işsizdir ve iş aramaktadır. İİBK kayıtlarına göre ise, Ekim 1999 verileri dahilinde toplam 465 bin 991 kişi iş isteği ile Kuruma başvurmuştur. Bunlardan 25 bin 71'i de, anılan ay içinde işe yerleştirilmiş bulunmaktadır(64).

Uygulamada ortaya çıkan mevcut verilerin tamamı incelendiğinde, DİE verilerine göre işsiz olanların çok az bir kısmı, iş bulabilmek için İİBK'na başvurmaktadır. Geriye kalan işsizler ise, yeterli hizmet sunulamadığı veya sadece vasıfsız işsizlerin Kuruma başvurduğu düşüncesi gibi sebeplerle Kurumun aracılık hizmetlerinden yararlanmak istememekte; çalışabilecekleri işleri, bizzat kendileri arayarak, yakın çevrelerinin yardımlarından yararlanarak veya çeşitli adlar altında yasa dışı faaliyet gösteren özel istihdam kurumlarına başvurarak bulmaya çalışmaktadırlar. Kısaca, Kuruma yapılan iş başvuruları mevcuda göre son derece azdır. Aynı şekilde, Kuruma kayıtlı açık işsizlerin tamamı da herhangi bir işe yerleştirilememektedir(65).

(62) DİE, HHİA Sonuçları, Nisan 1999, Ankara Kasım 1999, s. 17.

(63) Zira, Nisan 1998'de %6.4 olan bu oran Nisan 1999'da %7.3'e yükselmiştir. Bkz. DİE, HHİA Sonuçları, Ekim 1997, Ankara Temmuz 1998, s. 17.

(64) İİBK'nun istatistikî verileri için İİBK Genel Müdürlüğü Aylık İstatistik Bülteni - Ekim 1999. Geçmiş yıllar için ayrıca bkz. ve karşılaştırınız <http://www.iibk.gov.tr>.

(65) 1998 yılı içinde Kurum, 465 bin 235 açık işsizden sadece 218 bin 354'ünü işe yerleştirebilmiştir.

Sonuç olarak, iki binden az personele sahip olan İİBK, bugünkü mevcut yapısı ile istihdam piyasası ihtiyaçlarına yeteri kadar cevap verememektedir. Bu nedenle de günümüzde, yasal engellere rağmen beyin avcılığı, istihdam danışmanlığı veya Au-Pair hizmeti sunan bir çok özel istihdam kuruluşu fiilen çalışmalarında bulunmaktadır.

Ş3. TÜRK İSTİHDAM PİYASASININ YENİDEN YAPILANDIRILMASI HAKKINDA ÖNERİLER

1. Düzenlenmiş Birlikte Faaliyet Sistemini Kabul Zorunluluğu

Ülkemizde istihdam hizmetlerinin sunulması konusunda benimsenen katı tekelci sisteme rağmen, İİBK ne nicel ne de nitel anlamda istihdam piyasasının tamamına hizmet verebilmektedir. 1930'lı yılların piyasa şartları çerçevesinde şekillenmiş bir tekel düzenlemesi, yetmiş yıl sonrasının ihtiyaçlarına cevap verebilmekten çok uzaktadır. Bu durum, söz konusu alanda yeni bir sistem arayışını da beraberinde getirmektedir. İstihdam piyasasında yaratacağı belirsizlikler bunu uygulayan ülkelerde ortaya çıkan olumsuz örnekler nedeniyle, tam serbesti sisteminin(66) ülkemiz bakımından önerilmesi mümkün görülmemektedir. Ancak işgücü pazarında, kamu istihdam kurumlarının yanı sıra, bu alanda özel kişi ve kuruluşlara da faaliyet serbestisi tanıyan yasal bir düzenlemeye gidilmesi gerekmektedir. İlike olarak düzenlenmiş birlikte faaliyet sistemini esas alması gereken bu yeni yasal düzenlemelerin, bir yandan özel istihdam kurumlarının kuruluşu, faaliyeti ve müşterileri ile olan ilişkilerinin; diğer yandan da, bu kurumların kamu istihdam kurumları ile olan ilişkisinin niteliğini belirleyecek nitelikte olması zorunludur. Bu konudaki önerilerimiz aşağıda belirtilmektedir.

1. Yasal Düzenlemenin Türkiye'nin Uluslararası Yükümlülüklerine Etkisi

Ülkemiz, 96 Numaralı UÇÖ Sözleşmesinin ücretli iş bulma bürolarının nizama bağlanmasını öngören III. Bölüm hükümlerini onayladığı için, yapılacak yasal düzenlemeler nedeniyle herhangi bir UÇÖ belgesinin feshine gerek kalmaksızın, istihdam piyasası hizmetleri ve bu hizmetleri sunan kuruluşların yeniden düzenlenmesi mümkündür. Anılan çerçevede, başta İşK.m.83-86 ve 105 olmak üzere konuyla ilgili bütün mevzuat hükümlerinin değiştirilmesi kolaylıkla yapılabilir. Değiştirilen ve yürürlükten kaldırılan hükümler yerine, kamu ve özel istihdam kuruluşlarının yan yana çalışması temeline dayanan düzenlenmiş birlikte faaliyet sisteminin kuralları getirilebilir.

(66) Bu sistemin temelini, istihdam hizmetlerinin tamamının yalnızca özel istihdam kurumları eliyle sunulması oluşturur. Tam bir meslekî özgürlük içerisinde faaliyet gösteren bu tarz kuruluşların dışında, herhangi bir kamu istihdam kuruluşu da bulunmaz.

Ancak söz konusu yasal düzenlemelerin yapılması sırasında sadece, günümüz koşullarında artık güncelliğini yitirmiş bulunan 96 Numaralı UÇÖ Sözleşmesinin III. Bölüm hükümlerinin değil; aksine daha esnek ama ortaya çıkabilecek suistimallere karşı iş arayanları daha çok koruyan ve 19.7.1997 tarihinde Cenevre'de yapılan Uluslararası Çalışma Konferansının 85. Oturumunda kabul edilen 181 sayılı UÇÖ Sözleşmesi hükümleri de dikkate alınmalıdır.

2. Yasal Düzenlemede Geniş Anlamda İş Aracılığı Esas Alınmalıdır

Yapılacak yasal düzenleme ile sadece "iş arayana iş ve işçi arayana işçi bulmak ve bunlar arasında bir iş sözleşmesinin kurulmasına aracılık etmek" şeklinde ifade edilen dar anlamda iş aracılığını öngören hükümler(67) getirilmemeli; aksine, geniş anlamda iş aracılığını ifade eden bir düzenleme yapılmalıdır. Zira, iş aracılığının "iş arayanlarla işverenler arasında bir çalışma ilişkisi kurulmasına yönelik her türlü faaliyet" şeklinde tanımlanması halinde, özel istihdam kuruluşları için kesin bir sınıflandırma yapma zorunluluğu da ortadan kalkar.

Her ülkenin kendine özgü ulusal koşulları, farklı türlerde özel istihdam kuruluşlarının ortaya çıkmasına neden olur. Örneğin, VI. UÇÖ Raporunda belirlenen kuruluş türlerinden bazıları henüz ülkemizde mevcut bulunmamaktadır. Ancak bu durum, istihdam piyasasında yeni ihtiyaçların ortaya çıkması halinde, bugün bulunmayan özel istihdam kuruluşlarının ortaya çıkmasına engel değildir. Dolayısıyla, günümüzde yapılacak bir yasal düzenleme ile özel istihdam kuruluşlarının sınıflandırılması ve her biri için geçerli olacak kuralların ayrı ayrı belirlenmesi, pek de isabetli olmayan bir çözüm şekli olarak görünmektedir. Çünkü böyle bir durumda, ilerleyen dönemlerde yasanın yapılması sırasında öngörülmeyen güçlüklerle karşılaşılması kuvvetle muhtemeldir. Bu nedenle kanımızca, yapılacak yeni yasada "ücret talep eden özel istihdam kuruluşları" tanımlamasının kullanılması isabetli olacaktır.

3. Yurt Dışı İş Aracılığı Ayrıca Ele Alınmalıdır

Yurt dışına iş aracılığının taşıdığı yüksek risk nedeniyle, yapılacak yeni yasal düzenlemede, 96 Numaralı Sözleşmenin III. Bölümünde yer alan 10/d hükmünün dikkate alınması zorunludur. Söz konusu maddeye göre, ancak yetkili ma-

(67) Ülkemizde İş. K. m. 83/1 ile İsviçre'de AVG Art.2 Abs.1 ve Art.24 Abs.1'de yer alan düzenlemeler, dar anlamda iş aracılığı temeline dayanmaktadır. §13 Abs.1 AFG'de bulunan hüküm ile benzer bir düzenlemenin var olduğu Almanya'da ise, 1.1.1998'de yürürlüğe giren ve AFG yerine kaim olan yeni yasa ile bu anlayış terkedilmiştir. §35 Abs.1 S.2 SGB-III hükmüne göre iş aracılığı, iş arayanlarla işverenler arasında sadece bir iş ilişkisi kurulmasına değil, aksine bir çalışma ilişkisi kurulmasına yönelik her türlü faaliyeti kapsamına almaktadır.

kamlardan izin alınarak ve mevzuat ile belirlenmiş şartlara riayet edilerek yurt dışı aracılığı yapılabilir. O halde bu çerçevede, yurt dışına işçi göndermenin düzenlenmesi konusunda ulusal organlara yetki verilmektedir. Ülkemizde kamu istihdam hizmeti veren İİBK'nun, yurt dışına işçi gönderme konusunda 1960'lı yıllara kadar uzanan oldukça geniş bir deneyimi bulunması ve bu alanın işçi sömürüsü açısından çok hassas olması nedeniyle, kanaatimizce, Kurumun bu konudaki tekel hakkının korunması yerinde olacaktır.

4. Özel İstihdam Kuruluşu Olarak Faaliyete Başlayabilmenin ve Sürdürebilmenin Koşulları Belirlenmelidir

İstihdam piyasası katılımcılarının özel istihdam kuruluşları ile zarara uğrama tehlikesini mümkün olduğunca azaltabilmek amacıyla, 96 Numaralı UÇÖ Sözleşmesi izin sistemini kabul etmiş bulunmaktadır. Bu sözleşmeyi değiştiren 181 Sayılı UÇÖ Sözleşmesi ile de, özel istihdam kuruluşların çalışmasına yönelik şartların, ulusal hukuk tarafından belirleneceği; ulusal hukukta özel bir düzenleme bulunmadığı takdirde ise ruhsat (izin-lisans) veya sertifika sistemi uyarınca gerekli kuralların getirileceği hükme bağlanmış bulunmaktadır (m.3/2).

Ülkemizde yapılacak yeni yasal düzenlemeler ile, özel istihdam kuruluşlarına izin alma zorunluluğu getirilmelidir. Ayrıca, iznin koşulları, izni verecek makam, iznin geri alınması veya iptâlini gerektiren haller de ayrıca düzenlenmek zorundadır. Bu aşamada, piyasaya giriş için getirilen şartların, ilgili kişi veya kuruluşların teşhisi, denetimi ve piyasa katılımcılarının sorumsuz kişi veya kuruluşlarca zarara uğratılması riskini azaltma işlevini yerine getirmesine; ancak, özel istihdam kuruluşlarının piyasaya girişlerini aşırı derecede güçleştirmemesine dikkat edilmesi zorunludur.

Anılan çerçevede, özel kişi veya kuruluşların istihdam piyasasına girişi, İİBK'dan (verilmesi düşünülen yeni adıyla İş-Kur) alınacak bir izin şartına bağlanmalı; izni verip vermeme konusunda da Kuruma bir takdir hakkı tanınmalıdır. Çünkü Kurum yılların verdiği deneyimle, piyasaya girmek isteyen özel istihdam kuruluşlarının öznel koşullarını en iyi değerlendirebilecek olan kamu kuruluşudur.

İznin verilmesi için gerekli olan şartların da yasal düzenlemeyle ayrıca ve açıkça belirlenmesi gerekmektedir. Bu konuda çözüme bağlanması gereken ilk sorun, özel istihdam hizmetlerini sunmak isteyenlerin hangi hukukî kişiliğe sahip olmaları gereğidir. Kanımızca bu konunun, tüzel kişiliğe sahip olma şartı ile sınırlandırılmaması gerekir. İzin için aranan şartlara sahip olmak kaydıyla, tüzel

kişiler gibi gerçek kişiler de istihdam piyasasında faaliyet gösterebilmelidir. Burada önemli olan bir diğer nokta, faaliyetin başlangıcı ve devamı sırasında gerekli olan bütün denetimlerin hakkıyla ve titizlikle yapılmasıdır(68).

Diğer taraftan, izin için gerekli olan asgarî şartlara da yasada mutlaka yer verilmelidir. Bu şartlar arasında, başvuruda bulunanın uygun niteliklere sahip olması; itibarının zedelenmemiş olması, yani iyi bir isme sahip olması; uygun bir işyeri ile uygun bir mal varlığına sahip olması bulunmalıdır. Başvuruda bulunanın lise mezuniyeti gibi asgarî bir eğitim düzeyine sahip olması; on sekiz yaş gibi belli bir yaş sınırını aşmış olması ve istihdam piyasasına sunacağı hizmet ile bağdaşmayan başka bir alanda çalışmaması şartlarına da sahip bulunması halinde, uygun niteliklere sahip olduğu kabul edilebilir. Başvuruda bulunan, kamu haklarından mahrum edilmemiş ve özellikle yüz kızartıcı suçlardan dolayı hüküm giymemiş ise, iyi bir isme sahip olma koşulunu yerine getirmiş sayılabilir. Uygun bir iş çevresine sahip olma şartı, başvuruda bulunan kişinin yapmak istediği faaliyete uygun bir işyeri donanımının bulunması halinde gerçekleşmiş kabul edilebilir. İzin verilebilmesi için gerekli olan bir diğer şart, belli bir miktar nakit varlığının mevcudiyetidir. Söz konusu asgarî şartlar yasada bu şekilde belirtildikten sonra, ayrıntılar, tüzük ve yönetmelikler eliyle düzenlenmelidir.

Kurum, izin için gerekli olan şartların mevcudiyetine kanaat getirdiğinde, başvuruda bulunana bir izin belgesi vermelidir. Bu belgenin geçerlilik süresi, 96 Numaralı UÇÖ Sözleşmesinin 10/c maddesinden hareketle bir yıl olarak öngörülebilir. Kanaatimizce, bir yıllık süre çok kısadır. Bu nedenle, doktrinde de ileri sürülen(69) iki yıllık sürenin kabul edilmesinde yarar vardır. Çünkü bu süre, ortalama bir faaliyet zamanını belirleyici olup, ne çok kısa ne de çok uzundur. Ayrıca verilen bu iznin yenilenmesi de mümkün olmalıdır. Ancak, iznin devam süresi içinde ortaya çıkacak olumsuzluklara dayanarak, Kurum tarafından iznin geri alınması veya iptâli her zaman mümkün olmalıdır. İzinin geri alınma ve iptâl sebeplerinin de ayrıca yasal düzenleme ile belirtilmesi zorunludur.

Söz konusu faaliyete başlayabilmek için gerekli olan şartlardan başka, özel istihdam kurumlarının çalışmalarını sürdürürken uymak zorunda olduğu kuralların çerçevesinin de yeni yasayla çizilmesi gereklidir. Bu doğrultuda öncelikle, özel araçlar ile müşterileri arasında yapılacak sözleşmelerin geçerliliği, yazılı yapılma

(68) Aynı doğrultuda bkz. *Dereli*, İİBK Semineri, s. 79. Özel istihdam kuruluşlarının yalnızca anonim şirket olarak örgütlenmesi gerektiği yolundaki görüş için bkz. *Tuncay*, İİBK Semineri, s. 101; *Tuncay*, Çimento İşveren, s. 12.

(69) Bkz. *Tuncay*, Çimento İşveren, s. 12.

şartına bağlanmalıdır. Ayrıca, sözleşmenin zorunlu içeriği ile sözleşmede yer verilemeyecek hususların belirlenmesi de gereklidir. Diğer taraftan, aracılık ücretinin miktarı ile borçlusunun kim olduğu da açıklığa kavuşturulmalıdır. Düzenlenmiş birlikte faaliyet sistemini benimseyen pek çok ülkede, ilke olarak "işveren" aracılık ücretinin borçlusu olarak kabul edilmektedir. Ayrıca 181 Sayılı UÇÖ Sözleşmesinde de, aracılık ücretinin çalışanlardan alınması açıkça yasaklanmaktadır (m. 7/1). Ülkemizde yapılacak yeni yasal düzenlemede de bu hususun hükme bağlanması zorunludur. Ancak, üst düzey yöneticilerin aracılığı gibi istisnai durumlarda ayrı düzenlemeye yer verilmesi de mümkün olsa gerektir.

6. Özel İstihdam Kuruluşlarının Denetimini Düzenleyen Kurallara Yer Verilmelidir

Gerekli şartları yerine getirerek istidam piyasasına giren özel istihdam kuruluşlarının, yasalara uygun bir şekilde çalışıp çalışmadıklarının denetlenmesi de zorunludur. Buradaki amaç, yasalara uygun olarak çalışan özel istihdam kuruluşlarının arasına karışabilecek sorumsuz kişi ve kuruluşların piyasadan ayıklanması ve böylece de, hem iş arayanların korunmasının sağlanması hem de özel istihdam kuruluşlarının inanılabilirliğinin zarar görmemesidir. Yoksa, anılan kuruluşların bürokratik işlemlerde boğulması amaçlanmamalıdır. Özel istihdam kuruluşlarının denetiminin gereği gibi yapılabilmesi, bilgi verme yükümlülüğünün kabulünü de zorunlu hale getirmektedir.

Yapılacak yasal düzenlemede, denetim yetkisinin kime veya hangi kuruma ait olacağına da belirlenmesi gerekmektedir. Devlet tarafından yapılacak denetim, etkinlik bakımından tartışmasız en iyisidir. Ancak burada da, denetimin hangi devlet kurumu tarafından yapılacağına belirlenmesi zorunluluğu gündeme gelmektedir. Bu denetimin, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından mı, İİBK tarafından mı yoksa işçi ve işveren kuruluşlarının da yer aldığı bağımsız bir devlet kurumu tarafından mı yapılması gerektiği tartışma konusudur. Kanaatimizce, sadece özel istihdam kuruluşlarının denetimi için bağımsız bir devlet kurumu oluşturulması gereksizdir(70). Çünkü bu yol hem çok masraflı hem de çok zaman alıcı olabilir. Denetleme görevinin İİBK'na verilmesi; doğabilecek eleştirileri önceden bertaraf edebilmek için ise, Kurumun zorunlu organları arasına "Denetleme Kurulu" nun(71) da ilave edilmesi uygun olacaktır.

(70) Aksi yönde bkz. TİSK İnceleme Yayınları 16, s. 28; İşveren, Nisan 1996, s. 10.

(71) Özel İstihdam kuruluşlarına faaliyet izni yönetim kurulu tarafından verilirken; denetim, Kurulun başka bir organı tarafından yapılacağı için, "izni veren makam denetimde de yetkili olduğu" yolunda bir eleştiri, dayanaktan yoksun olacaktır.

7. Kamu İstihdam Kurumu İle Özel İstihdam Kuruluşları Arasındaki İlişkiler Düzene Bağlanmalıdır

Kamu ve özel istihdam kuruluşları, piyasanın farklı kesimlerine hitap eden hizmetleri ile birbirlerini tamamlayan bir ilişki içerisinde bulunurlar. Kesin bir ayırım yapılamasa da, vasıflı işgücü daha çok özel istihdam kuruluşlarına başvururken, vasıfsız işgücü kamu istihdam kurumunun hizmetlerinden faydalanmak istemektedir. Dolayısıyla, söz konusu kurumlar arasındaki ilişkinin sadece rekabet esasına dayandığını savunmak isabetli değildir. Yapılacak yasal düzenlemede, kamu ve özel istihdam kurumları arasında bir rekabet ilişkisinin bulunmadığı; aksine, bu iki kurumun birbirini tamamladığı açıkça belirtilerek, işbirliği yapmaları gereken alanların tespit edilmesi yararlı olacaktır.

II. Mevcut Mevzuatta Düzenleme Yapılması Zorunluluğu

İstihdam piyasasında kamu ve özel istihdam kuruluşlarının yan yana faaliyeti temeline dayanan düzenlenmiş birlikte faaliyet sisteminin kabul edilmesi, ilgili mevzuatta da bazı değişikliklerin yapılmasını kaçınılmaz hale getirilecektir. Bu çerçevede öncelikle, 1475 s. İşK.m.83-86 ve m.105 hükümlerinin değiştirilmesi ve İİBK lehine var olan tekel hakkının kaldırılması zorunludur. Ancak bu değişiklikleri yaparken, fazla ayrıntılı düzenlemelere gidilmemesi ; ayrıntıların İş-Kur Yasasına bırakılması ve bu doğrultuda çıkarılacak tüzüklere yapılacak atıflarla yetinilmesi daha uygun olacaktır. İş Kanununun altıncı bölümünde yer alan bu hükümler değiştirilirken İşK.m.25'de yer alan, sakat ve eski hükümlülerin çalıştırılmasına dair zorunluluğun ise korunması gerekmektedir. Böylece işverenler, çalıştırmak zorunda oldukları sakat ve eski hükümlüleri yine kural olarak İş-Kur aracılığıyla sağlamaya devam etmelidirler. Bunun gibi, İşK.m. 24/son hükmünün(72) de korunması yerinde olacaktır. Çünkü söz konusu düzenlemenin amacı, topluca işten çıkarılan işçilerin işe yerleştirilebilmelerini sağlayabilmektir.

İş Kanunundan başka 4837 sayılı Kanunun yerine yeni bir yasanın kabul edilmesi gereklidir. Ancak bu yasada, özel istihdam kuruluşlarının oluşumu, faaliyete başlayabilmesi ve sürdürülebilmesinin temel ilkeleri, sahip oldukları yükümlülükler gibi önemli konuların açıkça belirlenmesi gerekmektedir. Oysa hazırlanan İş-Kur yasa tasarılarında, özel istihdam kuruluşlarına yönelik olarak tek bir maddeye yer verilmiş; bu konudaki bütün önemli sorunların, çıkarılması öngörülen tüzük ile düzenleneceği hükme bağlanmıştır(73). Halbuki tüzükler, ka-

(72) İş K. m. 24/son'a göre; "İşlerine son verilen işçilerin sayısı 10 veya daha fazla olduğu takdirde işveren, yeni bir işe yerleştirilebilmeleri için, bunların isimlerini ve niteliklerini çıkarma tarihinden en az bir ay önce ilgili İş ve İşçi Bulma Kurumu örgütüne bildirmek zorundadır.

(73) Hatta 21 Ocak 1998 tarihli İş-Kur Yasa Tasarı Taslağında, özel istihdam kuruluşları için tek bir madde dahi yer almamaktadır.

nunların uygulanma şekillerini göstermek veya emrettiği işleri belirlemek üzere çıkarılırlar; yoksa kanun yerine geçemezler. O halde yasalaşacak metinde, özel istihdam kuruluşlarına dair bütün önemli konuların genel çerçevesiyle düzenlenmiş olması şarttır.

Anılan bu kanunlarda yapılması gereken değişiklikten başka ayrıca, 4046 Özelleştirme Uygulamaları Hakkındaki Kanunun 21. maddesinde yer alan hükmün de değiştirilmesi gerekmektedir. Yapılacak değişiklikle, özelleştirme nedeniyle işten çıkarılmış olan kimselerin, hem kamu istihdam kurumlarının hem de özel istihdam kurumlarının işe yerleştirme hizmetlerinden yararlanabilmeleri sağlanmalıdır. Nihayet 4837 sayılı Kanunun yerine yeni bir kanunun kabul edilmesiyle, Kurumun yapısı da değiştirilerek çağdaş bir kamu istihdam kuruluşu için gereken ilk ve en önemli adım atılmış olacaktır. Bundan sonraki aşamada ise, ilgili mevzuatta değişiklikler yapılması gündeme gelecektir. Bu doğrultuda öncelikle, "İşverenlerin İşçi İsteklerini İş ve İşçi Bulma Kurumuna Bildirmeleri Hakkında Tüzük", "İş ve İşçi Bulma Kurumu Mahallî Danışma Komisyonları Hakkında Tüzük" gibi mevcut bazı düzenlemelerin yürürlükten kaldırılması gerekecektir.

SONUÇ

Sanayi toplumundan bilgi toplumuna geçiş sürecinin yaşandığı günümüz dünyasında ortaya çıkan gelişmeler, geleneksel istihdam piyasalarında hızlı bir değişim sürecinin başlamasına yol açmış bulunmaktadır. Yüksek vasıf gerektiren yüksek ücretli işler, orta ve düşük vasıf gerektiren yüksek ücretli işler ve düşük vasıf gerektiren düşük ücretli işler şeklinde üç kategori işin(74) var olduğu geleneksel istihdam piyasasının yapısı, bilgi ve hizmet sektörünün sanayi sektörünün yerine geçmesiyle değişikliğe uğramıştır. Bugünün istihdam piyasasını ortalama vasıflı işgücüne değil; aksine, bilgi ve hizmet sektörünün aradığı yüksek veya özel vasıflı işgücüne ihtiyaç duymaktadır. Oysa çalışmasının önemli bir bölümünü düşük vasıflı ve problemlili iş arayanları işe yerleştirilmesi temeline oturtmuş olan kamu istihdam kuruluşları, piyasanın bu değişimine ayak uydurmakta zorlanmışlardır. Bunun sonucunda, istihdam piyasası katılımcılarının ve özellikle de işverenlerin, kamu istihdam hizmetlerine olan talebi ve bu bağlamda da anılan kurumların toplam piyasa hizmetleri içindeki payı önemli ölçüde azalmıştır. Ortaya çıkan bu gelişmeler, pek çok ülkede, kamu istihdam kurumlarının bir reforma tabi

(74) Kurtulmuş, s. 96.

tutulması zorunluluğunu da beraberinde getirmiştir(75). Bu reform çalışmalarıyla, bir yandan kamu istihdam kurumlarının bozulan imajının düzeltilmesi, diğer yandan da katılımcıların piyasadaki durumlarının iyileştirilmesi amaçlanmaktadır. Anılan çalışmalara paralel olarak ayrıca, özel istihdam hizmetleri alanındaki kısıtlamalar ve yasaklar da kaldırılmaktadır. Ülkemizin bugün içinde bulunduğu şartlar da farklı bir yaklaşımın benimsenmesini engeller vaziyettedir. Dolayısıyla, Türk istihdam piyasasının ihtiyaç hissettiği reformların bir an önce yapılması zorunludur.

Türk istihdam piyasasının bugün içinde bulunduğu fiili durum, gerek yasal gerekse kurumsal alanda bir yeniden yapılanma zorunluluğunu şiddetle hissettirmektedir. İİBK, kendisine yüklenen görevlerin tamamını eksiksiz yerine getirebilecek bir organizasyona sahip olamadığı için, ülkemizde, çok değişik adlar altında faaliyet gösteren özel istihdam kuruluşları bulunmaktadır. Söz konusu kuruluşlar, mevcut yasaklara rağmen yasa dışı bir şekilde çalışmaktadırlar. Dolayısıyla zaman geçirmeden, uygulamada var olan ve gittikçe yaygınlaşan bu oluşumun yasal çerçevesinin çizilmesi zorunludur. Ayrıca, kamu istihdam kurumlarının tekel hakkıyla ilgili olarak Avrupa Adalet Divanı'nın yerleşik içtihadının, Avrupa Birliği'ne uyum çalışmaları esnasında mutlaka göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bütün bu nedenlerden dolayı, yapılması düşünülen ve alt yapısı önemli ölçüde hazır olan yeniden yapılanma çalışmalarının, zaman geçirilmeksizin bir sonuca ulaştırılması gerektiği kanaatindeyiz.

— oOo —

(75) Reform uygulamaları Hollanda, İsveç, Avusturya, Almanya gibi bir çok ülkede tamamlanmış bulunmaktadır. *Walwei*, *MittAB* 1/96, s. 54 vd.

KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu, Tekin** : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz, AÜSBFD C.XLIV, Temmuz-Aralık, 1989, s.155.
- Akyiğit, Ercan** : İş Aracılığı Üzerine Bazı Düşünceler, İHD, C.II, 1992, s.578.
- Akyiğit, Ercan** : İş Aracılığında Son Gelişmeler (Almanya Örneği), Çimento İşveren, C.10,S.3, Mayıs 1996, s.3.
- Arsel, İlhan** : Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1959.
- Benus, Jacob** : Özel İstihdam Kurumları, ABT Ortaklığı, Şubat 1994.
- Benus, Jacob** : Özel İstihdam Servisleri –Almanya, Belçika, İngiltere, Hollanda İnceleme Gezileri-, Mayıs 1994.
- Bıyıklı, Hasan** : İşletmelerde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, İnsangücü Yönetimi-Sosyal Ceza Hukuku, C.6 1.Kitap Sosyal Ceza Hukuku ve Çalışma Aleyhine Suçlar,1985.
- Bilsel, Cemil** : Devletler Hukuku (Giriş), 2.Bası, İstanbul 1940.
- Çelik, Edip F.** : Milletlerarası Hukuk, 1.Cilt, Yenilenmiş Dördüncü Baskı, İstanbul 1980.
- Çenberci, Mustafa** : İş Kanunu Şerhi, Ankara 1968.
- Çenberci, Mustafa** : İş Hukuku Şerhi, Ankara 1986.
- Dereli, Toker** : Karşılaştırmalı Açından Emek Piyasalarında Modern İstihdam Kurumlarının Rolü ve İşlevleri, İİBK Hizmet Etkinleştirme Semineri B, Yayın No:261, Ankara 1991.
- Dereli, Toker** : Türkiye'de Çalışma Yaşamında Özel İstihdam Bürolarının Yeri ve İşlevi Ne Olmalıdır? İİBK Semineri, İstanbul 1994, s.60.
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş** : ILO 158 Sayılı Sözleşmenin Kabulü İle İş Güvencesi Konusundaki Gelişmeler ve Toplu İş Sözleşmesine Konulabilecek Hükümler, İstanbul 1994.
- Gülmez, Mesut** : Memurlar ve Sendikal Haklar (Türkiye'de ve Dünya'da), Ankara 1990.
- Gülmez, Mesut** : Türkiye'de Çalışma İlişkileri (1936 Öncesi), TODAİE Yayını, Ankara 1983.

- Güzel, Ali** : ILO Normlarının İş Hukuka Etkisi ve Türk İş Hukukunun Gelişmesine Katkısı, ILO Normları ve Türk İş Hukuku Ankara 1997, s.3.
- Hepple, Bob** : Private Employment Services In The United Kingdom, Clare Collage Cambridge CB2, ITL,s.1.
- Kurtulmuş, Numan** : Ekonomik Yeniden Yapılanma ve Hizmet Sektörlerindeki Gelişmeler, Mercek Nisan 1997, s.92.
- Niesel, Klaus** : Die wichtigsten Änderungen des Arbeitsförderungsrechts durch das Arbeitsförderungs-Reformgesetz (AFRG), NZA 11/1997, s.580.
- Özbudun, Ergun** : Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara 1995.
- Pazarıcı, Hüseyin** : Uluslararası Hukuk Dersleri, I.Kitap, Gözden Geçirilmiş 6.Baskı, Ankara 1997.
- Rehbinder, Manfred** : Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG) Kommentar, Zürich 1992.
- Saymen, Ferit Hakkı** : Türk İş Hukuku, İstanbul 1975.
- Seviğ, Muammer Raşit** : Devletler Umumi Hukuku, Yeniden Gözden Geçirilmiş 2.Baskı, İstanbul 1958.
- Soyсал, Mümtaz** : 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 10.Bası, İstanbul 1993.
- Soyсал, Mümtaz** : Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler, Anayasa Yargısı-2; Ankara 1986, s.7.
- Sur, Melda** : İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları, Avrupa Konseyi Çerçevesinde Kabul Edilen Kaynaklar, İzmir 1995.
- Sözer, Ali Nazım** : 96 Sayılı Sözleşmenin 3.Bölümü Özel İstihdam Bürolarına Meşruluk Tanıyor, İşveren Nisan 1996, s.3.
- Sözer, Ali Nazım** : Çalışma Mevzuatının Güncel Sorunları, EBSO Çalışma Grupları Yayınları Seri:3, Ağustos 1995.
- Sözer, Ali Nazım** : Türkiye'de İş Aracılığı Faaliyetleri, Çimento İşveren, C.8 S.6, Kasım 1994, s.3.
- Tanör, Bülent** : Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, İstanbul 1978.
- Toluner, Sevin** : Milletlerarası Hukuk ve İş Hukuk Arasındaki İlişkiler, İstanbul 1973.

- Tunaya, T.Z.** : Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku,, 4. Bası, İstanbul 1980.
- Tuncay, Can** : Bir Seminerin Ardından: Özel İstihdam Büroları, Çimento İşveren, Ocak 1995, s.3.
- Tuncay, Can** : 87 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Türkiye'nin Uyumu, ILO Normları ve Türk İş Hukuku, Ankara 1997, s.73.
- Tuncay, Can** : Özel Faaliyet Olarak İş ve İşçi Bulma Hakkında Düşünceler, İHD, C.I 1991, s.325.
- Üçışık, Fehmi** : İş ve İşçi Bulma Kurumu'nun Ödevleri, Sosyal Siyaset Konferansları, 35.-36. Kitaplar, İ.Ü. Yayın No: 3409, İstanbul 1986, s.223.
- Walwei, Ulrich** : Monopol oder Koexistenz: Arbeitsvermittlung in der Bundesrepublik Deutschland und Grossbritannien, MittAB 4/91,s.635.
- Walwei, Ulrich** : Arbeitsvermittlung im euroäischen Vergleich, Arb.u. Sozialpolitik 7-8/92, s.43.
- Walwei, Ulrich** : Reform der Arbeitsvermittlung in OECD-Ländern: Modernisierung öffentlicher Dienste und Zulassung privater Anbieter, MittAB 2/94, s.94.
- Walwei, Ulrich** : Die Arbeitsvermittlung als öffentliche Aufgabe und privatwirtschaftliche Dienstleistung, MittAB 1/96, s.54.
- Weber, Christoph** : Das ausgespaltene Arbeitsverhältnis, Diss., Berlin1992.

2918 SAYILI KARAYOLLARI TRAFİK KANUNUNA GÖRE GERÇEK İŞLETEN KAVRAMI

Ramazan TUNÇ (*)

ANLATIM DÜZENİ: 1- Giriş. 2- İşletenin Tayinine İlişkin Sistemler. A- Şekli Sistem. 1- Genel Olarak. II- Noter Satış Senedinin Önemi. B- Maddi Sistem. I- Genel Olarak. II- Unsurları a- Araç Üzerindeki Tasarruf Yetkisi. b- Araçtan Ekonomik Bakımdan Yarar Sağlama ve Tehlikesi Kendisine Ait Olarak İşletme. c- Giderlerin Üstlenilmesi. 3- 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununda Kabul Edilen Gerçek İşleten Kavramı A- Genel Olarak. B- Motorlu Araç Sahibi. C- Motorlu Aracı Mülkiyeti Muhafaza Kaydıyla Satın Alanlar. D- Motorlu Aracın Kiracısı Ariyet Alanı Ya da Rehin Alanı I- Genel Olarak II- Kira ve Ariyet İlişkinin Kanıtlanması. III- Uzun Süre Kavramı. E- Araç Sahibi Aracı Mülkiyeti Muhafaza Kaydıyla Satın Alan Veya Aracı Uzun Süreli Kiralayan Ariyet Ya da Rehin Alan Dışındaki İşleten. 4- Sonuç.

1- GİRİŞ

Günümüzde motorlu araçların neden oldukları zararların büyük boyutlara ulaşması, sorumluluğun niteliği ve sorumlu kişinin tayini yönünden modern hukuk sistemlerinde ayrı bir düzenleme gereğini doğurmuştur.

Bu zorunluluktan dolayı ülkemizde ilk düzenleme 11.5.1953 tarihinde 6085 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ile yapılmış, bu kanunun 50. maddesinde sorumlu kişi olarak "araç kullanan" gösterilmiş, 1961 yılında 232 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle ise sorumlu kişinin "araç sahibi" olduğu hükme bağlanmıştır.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre sorumluluğun niteliği daha önceki bir yazımızda inceleme konusu yapılmıştı(1). Bu incelememizde ise, KTK.nun 85. maddesinde sorumlu kişi olarak gösterilen "işleten" kavramını açıklığa kavuşturmaya çalışacağız.

KTK.nun 85. maddesinde "Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın işleteni bu zarardan sorumlu olur" hükmü getirilmiştir.

(*) Yargıtay 3. HD. Tetkik Hakimi.

(1) Ramazan TUNÇ : Karayolları Trafik Kanununa göre İşletenin Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve İşletene Tanınan Genel Kurtuluş Kanıtı, YD. C. 17, sa. 4. s. 525-539, YD. C. 18, sa. 1-2, s. 169-187.

KTK.nun 3. maddesinde işletenin tanımı "Araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görünen veya aracın uzun süreli kiralama, ariyet veya rehni 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 tasarrufu bulunduğu ispat edilirse, bu kimse işleten sayılır" şeklinde yapılmıştır. Anılan maddede tanımlanan gerçek işleten kavramı bu incelemenin konusunu oluşturmaktadır.

2- İŞLETENİN TAYİNİNE İLİŞKİN SİSTEMLER:

A- ŞEKLİ SİSTEM:

I- Genel Olarak:

Şekli sisteme göre işleten, satışa esas olan tescil belgesinde aracın fenni muayene ve trafiğe çıkmasının temelini oluşturan trafik belgesinde, sigorta poliçesi ile vergi kaydında adı yazılı olan kimsedir(2).

Bu sistemde sorumlu kişinin tayini bakımından "kişi" ile araç arasındaki fiili ilişkiye önem verilmemekte, sadece kanun uyarınca kaydı gereken hususlarda, bu kayıt trafik sicilinde ve diğer yerlerde kimin adına yapılmışsa, o kimse işleten olarak kabul edilmektedir(3).

Şekli sistemin başlıca faydası, bir trafik kazasında sorumlu kişinin kim olduğunun en kısa zamanda ve an güvenilir bir şekilde tesbit edilebilmesidir(4).

Baselstadt Hukuk Mahkemesinin bir kararında, maddi anlamda işletenin kim olduğunun belirli olmadığı, özellikle çeşitli kişilerin gerçek işleten olup olmadığının tartışma konusu yapıldığı durumlarda işleten kavramını şekli kavramlara göre tayin etmenin yerinde olacağı kabul edilmiştir(5).

Ancak, şekli sisteme esas alınan belge ve kayıtlardan çoğu kez gerçek işletenin tayin ve tesbiti tam olarak mümkün olmayabilir. Zira, sicildeki kayda rağmen mülkiyet üçüncü bir kişiye ait olabilir. Bir kimse sicilde ve tescil belgesinde malik gözükmesine rağmen, aracın mülkiyetini, satış, bağışlama veya başka bir yolla üçüncü bir kişiye devretmiş olabilir(6).

Bazen aracın belge ve kayıtlarında görünen kişiden başka bir kimse tarafından işletilmesi de mümkündür(7).

(2) BOLATOĞLU: s. 55, KARAHASAN: s. 794, ADAL: s. 80, ÖZSUNAY: s. 88.

(3) BOLATOĞLU: s. 55, ÖZSUNAY: s. 89, ADAL: s. 80.

(4) BOLATOĞLU: s. 55, ÖZSUNAY: s. 88, ÇELİKTAŞ: s. 59.

(5) BASELSTADT ZİVILGERICHT'nin 15.12.1954 tarihli kararı, Özsunay: s. 89'dan naklen.

(6) EREN: b, 248.

(7) BOLATOĞLU: s. 55.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında(8) trafik şubeleri tarafından tutulan taşıt sicilinde kayıtlı bulunmak araç sahipliği sıfatının ispatı için bir delil teşkil ederse de, mutlaka kayıt malikinin gerçek işletici olduğunu göstermeyeceğine karar vermiştir.

II- Noter Satış Senedinin Önemi:

KTK. 20/a maddesine göre, araç sahipleri, tescili zorunlu ve ilk tescili yapılacak olan araçların satın alma ya da gümrükten çekme gününden başlayarak üç ay içinde yazılı olarak tescil kuruluşuna başvurmak zorundadır. Anılan yasanın 20/d maddesine göre de, tescil edilmiş araçların, her çeşit satışı ve devirleri araç sahibi adına düzenlenmiş tescil belgesi esas alınarak noterlikçe düzenleme biçiminde yapılır. Noterçe yapılmayan her çeşit satış ve devirler geçersizdir.

Tescil edilmiş motorlu araçların satış işlemlerinin noterçe yapılması ve işlemlerin derhal trafik siciline işlenmesi, öncelikle zarar görenleri koruma amacına dayanır(9).

Motorlu aracın satışının geçerli olabilmesi için noterlikçe yapılmış olması doktrinde kabul edilmekle(10) beraber, KTK.nun 20/d maddesindeki "noterlikçe yapılmayan her çeşit satış ve devir geçersizdir" hükmünü düzenleyici bir hüküm niteliğinde kabul eden ve Medeni Kanunu'nun menkul mülkiyetiyle ilgili hükümlerini kaldıracı nitelikte saymayan yazar da vardır(11).

Yargıtayın istikrar bulmuş kararlarında da noterçe yapılmayan satış sözleşmelerinin geçerli olmadığı kabul edilmektedir(12).

Motorlu aracın mülkiyeti, noter tarafından resmi şekle bağlı satış ve devir sözleşmesinin yapılması ve aracın zilyetliğinin nakli ile karşı tarafa geçmektedir. Ayrıca trafik siciline devir işleminin yapılması şart değildir. Bu nedenle, bir davada trafik kaydına dayanılarak kendisine husumet yöneltilen kişi, kazaya neden olan araç olay tarihinden önce başkasına satarak zilyetliğini devrettiğini kanıtlarsa davanın husumet yönünden reddi gerekir. Trafik siciline kayıt, bir geçerlilik şartı değildir. Burada tescil kurucu değil, bildiricidir(13).

(8) YHGK. 8.2.1984 ta. 1981/1117-1984/687 sa. AŞÇIOĞLU: s. 9'dan naklen.

(9) AŞÇIOĞLU: s. 11.

(10) BOLATOĞLU: s. 56, KARAHASAN: s. 797, EREN: s. 250, KILIÇOĞLU: s. 6.

(11) ÇELİKTAŞ: s. 60.

(12) 15. HD. 20.10.1992 ta. 1992/4337-4852 SA. YKD. C. 19, SA. 4, S. 564;

15. HD. 19.3.1992 ta. 1992/745-1410 sa. YKD. C. 18, sa. 9, s. 1397;

19. HD. 26.3.1992 ta. 1992/1166-937 sa. YKD. C. 18, sa. 6, s. 920;

19. HD. 2.4.1993 ta. 1992/8679-1993/2410 sa. YKD. C. 19, sa. 11, s. 1702.

13. HD. 25.5.1992 ta. 1992/3983-4898 sa. YKD. C. 18, sa. 8, s. 1232.

(13) BOLATOĞLU: s. 57.

3. HD. 4.11.1999 ta. 10926/11249 sa.

KTk. md. 20/d'de öngörülen resmi şekil şartı, aracın mülkiyeti ile ilgili olup, işleten sıfatının kazanılmasıyla ilgili değildir(14). Ancak araç sahibinin, aracını noter dışında düzenlenmiş bir belge ile üçüncü şahsa sattığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulması olanağı yok gibidir(15).

Yargıtay bir kararında noter vasıtasıyla yapılmayan harici satışa dayanılarak sorumluluktan kurtulanamayacağına karar vermiştir(16).

B- MADDİ SİSTEM

I- Genel Olarak:

Bu sistemde sorumlu kişi olarak işletenin belirlenmesinde, maddi bir kıstasa başvurulmaktadır. Araç üzerinde fiili hakimiyet kuran ve aracı yararı, masrafları ve rizikosu kendisine ait olmak üzere kullanılan kişi işleten sayılmaktadır.

Araç üzerindeki hakimiyet, sürücünün sahip olduğu gibi, aracı geçici olarak kullanma iktidarı şeklinde anlaşılmalıdır(17). 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 20/d maddesi gereğince ancak trafikte kayıtlı motorlu araçların noterde satışı zorunlu olup, henüz kayıt ve tescil edilmemiş olan araçların adi bir belge ile satışı ve mülkiyetin nakli mümkündür(17a). İşletenin belirlenmesinde, özellikle araç üzerindeki fiili ve iktisadi hakimiyet ilişkisi göz önüne alınmalıdır(18). İşleten, araç sahibi olabileceği gibi, sicilde araç sahibi olarak kayıtlı olmayan bir kişi de olabilir(19).

KTk. md. 3'e göre, araç üçüncü kişilere mülkiyeti muhafaza kaydıyla satılmış, uzun süreli olarak kiralanmış, ariyet olarak verilmiş veya rehnedilmişse, sorumlu kişi aracın sicilde kayıtlı olduğu kişi değil, kiracı, ariyet veya rehin olan kişidir.

Taşıt üzerindeki fiili hakimiyeti esas alan bu sistemdeki asli unsurlar, tasarruf yetkisi ve yarardır. Şekli sisteme göre, işleten sayılan şahsın sorumlu olması, bir çok hallerde, araç ile fiili ilişkisinin kesilmesini rağmen sorumluluğu devam edeceğinden adil olmayan sonuçlar ortaya çıkabilmektedir(20).

(14) BOLATOĞLU: s. 57.

(15) AŞÇIOĞLU: s. 11.

(16) 11. HD. 6.12.1993 ta. 1720/8119 Sa. KARAHASAN: s. 1099'dan naklen.

(17) TANDOĞAN: s. 199.

(17a)13. HD. 25.5.1992 ta. 3983/4898 sa. YKD. c.18. sa. 8, s. 1232.

(18) ÖZSUNAY: s. 90.

(19) BOLATOĞLU: s. 59.

(20) ADAL: s. 80.

Bir kişinin araç işleteni olup olmadığını tayinde, trafik sicilindeki kayıt ve tescil, trafik belgesi, sigorta poliçesi bir ölçü olmaktan çıkmıştır. Ancak bundan, trafik sicilinin hiç bir hukuki değeri olmadığı sonucu da çıkarılmamalıdır(21).

II- Unsurları:

a- Araç Üzerindeki Tasarruf Yetkisi:

Araç üzerindeki tasarruf yetkisi, bir araç üzerindeki belirli bir sefer bakımından ve belirli bir andaki hakimiyeti değil, aracın ne zaman trafiğe çıkarılıp çekileceği aracın kimin tarafından, nasıl ve ne şekilde kullanılacağı, donanım, bakım ve gözetimin nasıl ve ne şekilde yapılacağı konularında karar verme yetkisini ifade eder(22). Böylece bir aracın sakat olan maliki, onu sevkedemeyecek durumda olsa dahi "işleten" sıfatını taşır.

İşletenin araç üzerindeki tasarruf yetkisinin her an tüm olarak mevcut olması zorunlu değildir. Aracın kısa süreli olarak bir kira sözleşmesi yada ariyet sözleşmesi uyarınca bir başka kişiye bırakılmış olması halinde, tasarruf yetkisi geçici olarak kalkmış olmasına rağmen işleten sıfatı yine devam eder(23).

b- Araçtan Ekonomik Bakımdan Yarar Sağlama ve Tehlikesi Kendisine Ait Olarak İşletme:

İşleten, aracın trafiğe çıkarılmasında sürekli bir yarara sahip olan kimsedir(24). Aracın işletilmesinden sağlanacak yarar maddi olabileceği gibi manevi de olabilir(25).

Araçtan sağlanan çıkarları tayin ederken, aracın belirli ve tek bir seferine ilişkin çıkar gözönüne alınmamalıdır. Örneğin, aracın hatır için bir kimseye bırakılması halinde, aracın yapacağı seferden dolayı işletenin belli bir yararı söz konusu olmasa bile, aracın genel olarak trafiğe çıkarılmasına izin vermesi sebebiyle onun yine bir yararının bulunduğu kabul edilir(26).

Federal Mahkeme bir kararında, aracın işleten hesabına ve tehlikesi işletene ait olmak üzere işletilip kullanılmasını tayin ederken, bu kavramla "belirli ve tecrit edilmiş bir çıkarın değil, fakat tahsis edildiği gayeye göre aracın genel kullanılmasından doğacak yararın" anlaşılması gerektiğini belirtmiştir(27).

(21) BOLATOĞLU: s. 60.

(22) ÖZSUNAY: s. 94, Gürsoy: s. 19, ADAL: s. 81, ÇELİKTAŞ: s. 67, DESCHENAUXTERCIER: s. 119, TANDOĞAN: s. 119.

(23) ÖZSUNAY: s. 94, ADAL: s. 81, BOLATOĞLU: s. 62.

(24) TANDOĞAN: s. 119, BOLATOĞLU: s. 62, EREN: s. 248.

(25) ÖZSUNAY: s. 93, EREN: s. 248, ADAL: s. 81.

(26) ÖZSUNAY: s. 93, EREN: s. 247.

(27) EGE 70 II 180. ÖZSUNAY: s. 93'den naklen.

c- Giderlerin Üstlenilmesi:

Aracın giderleri, donanım, bakım, gözetim ve işletilmesi giderleri gibi giderlerdir. Benzin ve yağ giderleri, aracın şoförüne ödenen ücret "işletme giderleri" içinde yer alır. Aracın bir garaja bırakılması halinde, garaj kirası da "gözetim gideri" içinde sayılır. Yıkama, yağlama ve onarım giderleri ise aracın bakım giderleridir(28).

3- 2918 SAYILI KARAYOLLARI TRAFİK KANUNUNDA KABUL EDİLEN GERÇEK İŞLETEN KAVRAMI:

A- Genel Olarak:

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun işletenin tayininde maddi sistemi esas aldığı doktrinde kabul edilmiştir(29).

KTK. md.3'de işleten "Araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya aracın uzun süreli kiralama, ariyet veya rehni 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 tasarrufda bulunduğu ispat edilirse, bu kimse işleten sayılır" şeklinde tanımlanmıştır.

B- MOTORLU ARAÇ SAHİBİ:

KTK. md. 20/a'da ilk defa tescil edilecek araçlar hakkında araç sahiplerinin, satın alma tarihinden itibaren üç ay içinde başvuruda bulunmak zorunda oldukları, md. 20/d'de tescil edilmiş araçların her çeşit satış ve devir işlemlerinin noterce yapılacağı, bu şekilde yapılmayan her türlü satış ve devir işlemlerinin geçersiz olacağı, noterlerin düzenledikleri bu işlemleri en geç takip eden iş günü içinde ilgili tescil kuruluşlarına bildirmekle yükümlü oldukları hükmü getirilmiştir.

Aracın mülkiyetinin başkasına devrinde, sorumluluk açısından devir alanın işleten sayılıp sayılmayacağıının tesbitinde, yeni malikin hangi andan itibaren araç üzerinde fiili hakimiyet kurduğu önem taşımaktadır(30).

Kural olarak, resmi trafik sicilinde adına motorlu araç kayıtlı olan kişi "araç sahibi"dir(31). KTK. md. 3'de araç sahibi "Araç için adına yetkili idarece tescil belgesi verilmiş veya sahiplik veya satış belgesi düzenlenmiş kişidir" olarak tanımlanmıştır.

(28) ÖZSUNAY: s. 94.

(29) AŞÇIOĞLU: s. 9, KARAHASAN: S. 794, BOLATOĞLU: s. 59, KILIÇOĞLU: s. 7, ÇELİKTAŞ: s. 66.

(30) ÖZSUNAY: s. 99, BOLATOĞLU: s. 65.

(31) AŞÇIOĞLU: s. 10.

"İşleten" ile "araç sahibi" sıfatları genelde aynı kişide bir arada bulunursa da, bunların her zaman birlikte bulunmaları zorunlu değildir. Araç üzerindeki tasarruf yetkisi ve kullanma hakkının çoğu zaman doğrudan doğruya araç sahibinde olduğu görülmektedir(32).

Bundan dolayı, araç üzerindeki mülkiyet hakkı, işleteni tayin hususunda bir karinedir(33). Ancak bu adi bir karine olup aksi her zaman ispatlanabilir. Adına tescil, sahiplik ve satış belgesi düzenlenen bir kişi gerçek işleten olmayabilir(34).

Araç üzerine haciz konulması işleten sıfatının sona ermesi için yeterli değildir (35). Ancak, aracın icra kanalıyla satılması halinde, aracın mülkiyeti, satış işleminin kesinleşmesiyle birlikte alıcıya geçeceğinden(36), yeni malik -aracın sahibinin işleten sayılması karinesine göre- "işleten" sıfatını alır. İcra memurlarının, noterler gibi satışı bildirme ve işletme yetki ve görevlerinin bulunmaması nedeniyle uygulamada sorunlar çıkabilir(37).

Kural olarak, trafik sicilindeki kayda göre mülkiyet durumu saptanır ise de, adına sicil kaydı bulunan kişi aracı noter senediyle sattığını ve zilyetliğini naklettiğini ancak henüz yeni malik adına tescil yapılmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulur(38). Yargıtayın istikrar bulmuş kararları da bu yöndedir(39).

Yargıtay eski tarihli kararlarında(40) adi şekilde yapılan harici satış sözleşmesi ile aracı satan kişinin sorumluluktan kurtulamayacağına, satış sözleşmesinin HUMK.nun 299. maddesinde anılan şekilde ispatlanması gerektiğine karar vermiştir. Yargıtayın satış sözleşmesinin noter senediyle yapılmamış olması nedeniyle aracı harici senetle satan kişinin sorumlu olacağına ilişkin kararı olmasına rağmen(41), harici satışın savunulması halinde bu hususun araştırılması gerektiği şeklindeki kararları da vardır(42).

(32) ÖZSUNAY: s. 98, BOLATOĞLU: s. 64.

(33) ÖZSUNAY: s. 98.

(34) BOLATOĞLU: s. 65, AŞÇIOĞLU: s. 11.

(35) ÖZSUNAY: s. 103.

(36) İİK. md. 86.

(37) AŞÇIOĞLU: s. 11.

(38) KARAHASAN: s. 798.

(39) 3. HD. 4.11.1999 ta. 10926/11249 sa., 19. HD. 2.4.1993 ta. 1992/8679, 1993/241050. 3. HD. 9.3.1992 ta. 1991/6155, 1992/4917 sa. YKD. C: 18, sa: 6, s. 860.

(40) HD. 28.1.1974 ta. 1114/984 sa. 25.1.1979 ta. 13269/790 sa. 12.12.1977 ta. 12142/11183 sa. KARAHASAN: s. 759'dan naklen, 4. HD. 21.12.1977 ta. 6010/12206 sa. AŞÇIOĞLU: s. 11'den naklen.

(41) 11. HD. 6.12.1993 ta. 1720/8119 sa. KARAHASAN: s. 1098'den naklen.

(42) 19. HD. 30.4.1993 ta. 7088/3366 sa. YKD. C. 20, sa. 1, s. 100. 11. HD. 6.5.1996 ta. 2696/2983 sa.

C- MOTORLU ARACI MÜLKİYETİ MUHAFAZA KAYDIYLA SATIN ALANLAR:

Mülkiyeti muhafaza kaydıyla satımın amacı, satıcının satış bedeli tahsil edilinceye kadar devrettiği malın, alıcının alacakları tarafından haczine mani olmak, yani satıcı yararına teminat teşkil etmektir(43).

Satıcının hakkı, aracı mülkiyeti muhafaza kaydıyla satın alan kimsenin satış bedelini ödememesi halinde, akdi feshederek aracı geri almak veya aracın üçüncü kişiler tarafından alıcının borcundan dolayı haciz edilmesi üzerine araç üzerinde mülkiyet iddiasında bulunabilmektir. Hakkı bundan ibaret olan malikin, aracın mülkiyeti muhafaza kaydıyla satın alan tarafından kullanılması sırasında başkasına verilen zarardan sorumlu tutulması hakkaniyete uygun görülmemektedir(44).

Bir motorlu aracın mülkiyeti muhafaza kaydıyla satılmış olmasında işleten, sicilinde malik olarak gözüken değil onu bu koşullarda satın alan kişidir(45).

Mülkiyeti muhafaza kaydıyla satış yapıldıktan sonra araç teslim edilmiş, ancak trafik siciline henüz şerh konulmadan önce aracın kaza yapması halinde sorumluluk, araçla "iktisadi ilişki"si olan alıcıya aittir(46).

Bu gibi satışlarda, satış sözleşmesinin "alıcının ikametgahında yapılmaması" veya noterdeki sicile işlenmemiş olması gibi herhangi bir şekil noksanlığının bulunması, satın alanın işleten sıfatına etkili olmaz(47).

Tarafların açığa çıkan iradeleri ve sözleşmeyi benimseyip uygulamaları tahvil teorisine göre satış sözleşmesinin adi taksitli satış olarak kabulünü gerektirdiğinden(48) alıcı işleten olarak sorumludur(49).

Mülkiyeti muhafaza kaydıyla satılan bir araç üzerindeki tasarruf yetkisi, ekonomik yararlanma hakkı, aracın masraf ve tehlikesine katılma, teslim ile birlikte alıcıya geçeceğinden sorumlu kişi olarak da aracı satın alan kişi kabul edilmiştir. Yargıtay kararları da bu yöndedir(50).

(43) AKYAZAN: s. 156.

(44) AKYAZAN: s. 156.

(45) AŞÇIOĞLU: s. 12, BOLATOĞLU: s. 70, EREN: s. 250.

(46) BOLATOĞLU: s. 70.

(47) KARAHASAN: s. 800, BOLATOĞLU: s. 71, AŞÇIOĞLU: s. 12.

(48) HGK. 15.11.1969 ta. 7991/821 sa. AŞÇIOĞLU: s. 13'den naklen.

(49) AŞÇIOĞLU: s. 13, BOLATOĞLU: s. 71, EREN: s. 251.

(50) 3. HD. 9.3.1992 ta. 6155/4917 sa. KARAHASAN: s. 1105'den naklen, 13. HD. 26.4.1976 ta. 5802/3379 sa. YKD. yıl, 1976, sa. 9, s. 1333 vd.

Mülkiyeti muhafaza sözleşmesiyle satın alıp da ilgili sicilde alıcı olarak görünen kişinin işleten sayılması yalnızca bir karine oluşturur. O halde, aracın işletilmesinden yarar sağlayan, aracın giderlerine katlanan, araç üzerinde fiili tasarrufta bulunan kişinin, sicilde kayıtlı olandan bir başkasının olduğu kanıtlanabilir(51)

D- MOTORLU ARACIN KİRACISI ARİYET ALANI YA DA REHİN ALANI:

I- Genel Olarak:

Motorlu aracın uzun süreli olarak kiraya verilmesi halinde işleten, aracın sahibi değil kiracıdır. Bu durum KTK.nunda araç sahibi dışında gerçek işletenlerin de bulunabileceği hususunun kabul edilmiş olmasının doğal bir sonucudur.

Kira ve ariyet, bir şeyin kullanma veya şeyden yararlanma hakkının devri borcunu içeren sözleşmelerdir. Ariyet sözleşmesini kira sözleşmesinden ayıran en önemli husus, ariyet sözleşmesinin ücretsiz olmasıdır. Kiralayan kiraladığı şeyi sözleşme süresince kullanmaya elverişli olarak bulundurmakla yükümlü ise de, ariyet verenin böyle bir yükümlülüğü yoktur.

II- Kira ve Ariyet İlişkisinin Kanıtlanması:

Kira ve ariyet sözleşmelerinin, belli bir sicile kaydı zorunluluğu bulunmaması uygulamada kötü niyetli girişimlerin kaynağı olabilecektir. Özellikle gerçek işleten olan araç malikinin "aracın üçüncü kişiye uzun süreli kiraya veya ariyet olarak verildiği" şeklinde savunmalar olabilecektir(52). Zarar görenin, bu hususta bilgisinin bulunmaması halinde dava araç sahibi aleyhine açılacaktır. Dava sırasında bu şekilde bir savunmanın olması halinde konu tartışılacaktır(53). Buradaki savunmanın da HUMK.nun 299. maddesine göre kanıtlanması gerektiği savunulmaktadır(54).

III- Uzun Süre Kavramı:

İşleteni tanımlayan KTK.nun 3. maddesinde uzun süreden bahsedilmiş ise de, uzun süreden ne anlaşılması gerektiği hususunda bir açıklık bulunmamaktadır.

Doktrinde, aracın belirli bir yolculuk için verilmesi durumu kiraya veya ariyet alanın işleten sayılması için yeterli görülmemektedir(55). Onun işleten sayılabilmesi için, aracın kendisine uzunca bir süre için verilmiş ve bakım ödevinin de kendisine yükletilmiş olması gerektiği savunulmuştur(56).

(51) KARAHASAN: s. 800, BOLATOĞLU: s. 71.

(52) AŞÇIOĞLU: Sorunlar, s. 193.

(53) AÇÇIOĞLU: s. 13.

(54) AŞÇIOĞLU: Sorunlar, s. 193.

(55) ÖZSUNAY: s. 103.

(56) DERSCHENAUX-TERCIER: s. 120.

Ayrıca süre yönünden, BK.nun belli olmayan süreli taşınır kiralalarında "feshi ihbar süresine ilişkin hükümlerin" ölçü alınabileceği kabul edilmiştir. BK.nun 262/3. maddesi belli olmayan süreli taşınır kiralalarında, kiralaayan üç günlük feshi ihbar süresine uymak koşuluyla kira sözleşmesine son verebilir. Bu düzenlemeden hareketle üç gün veya daha uzun süreli kira sözleşmeleriyle, belli olmayan süreli kira sözleşmeleri, Karayolları Trafik Kanunu anlamında uzun süreli sayılabilir(57).

Yargıtay 4. HD. 16.6.1988 tarihli kararında, doktrinde kabul edilen bu görüşü benimsememiştir(58). Anılan kararda motorlu araçların kiralanmasında, uzun süre kavramının belirli bir gün sayısı ile sınırlamanın zarar görenleri korumak için getirilmiş olan tehlike sorumluluğunun amacına ters düşeceği, zarar görenler, ekonomik açıdan güçsüz olabilecek kimselerle veya dava ve icra sırasında tebligat- infaz işlemlerinde zorlanması, hatta yapılamaması gibi durumlarla karşı karşıya bırakılmaması için, doktrinde kabul edilen üç günlük süreye itibar edilemeyeceğine karar verilmiştir.

Yargıtay 19. HD. 2.6.1992 tarihli kararında 8 günlük süreyi uzun süreli olarak kabul etmemiştir(59).

Yargıtay 4. HD. 2.6.1992 tarihli kararında (60) Finansal Kiralama Kanunu hükümlerine göre, 4 yıl için kiralanana araçta, araç malikinin aracı kendi hesabına ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufu bulunduğu ispat edilmediği için işleten sıfatını taşımadığına karar vermiştir.

Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı gibi, yasada anılan "uzun süre" kavramı üzerinde doktrindeki görüşler ile Yargıtay uygulaması arasında farklılıklar vardır.

Kanımızca, Yargıtay 4. HD.nin 16.6.1988 tarihli kararın gerekçesinde de kabul edildiği gibi, kanundaki "uzun süre" kavramını belirli bir gün sayısı ile sınırlandırmamak, yabancı turistlerin ülkemizde araç kiralamaalarının da yaygın bir uygulama olduğu gözden uzak tutulmadan, zarar görenleri ekonomik açıdan güçsüz kişilerle veya dava ve icra sırasında tebligat-infaz gibi işlemlerin zorlukla yapılması ya da yapılmaması gibi durumlarla karşı karşıya bırakmamak için Yargıtay kararlarında kabul edilen uygulama yerinde olacaktır.

(57) AŞÇIOĞLU: s. 14 - KILIÇOĞLU: s. 10, KARAHASAN: s. 801, EREN: s. 251, BOLATOĞLU: s. 73.

(58) 4. HD. 16.6.1988 ta. 1950/6115 sa. YKD. C.14, sa.10, s. 1361.

(59) 19. HD. 14.10.1993 ta. 1992/1047 - 1993/6545 sa. YKD. C. 20, sa. 4, s. 622.

(60) 4. HD. 2.6.1992 ta. 3276/7309 sa. KARAHASAN: s. 1104'den naklen.

E- ARAÇ SAHİBİ ARACI MÜLKİYETİ MUHAFAZA KAYDIYLA SATIN ALAN VEYA ARACI UZUN SÜRELİ KİRALAYAN ARİYET YA DA REHİN ALAN DIŞINDAKİ İŞLETEN:

KTk.nun işleteni tanımlayan 3. maddesinin son cümlesinde, adeta işletenin maddi sisteme göre tesbit edilmesi için gereken koşullar sayılmış ve bu koşulların "ilgili" tarafından kanıtlanması halinde bu kişinin işleten sayılacağı hükme bağlanmıştır.

Tanımda anılan "ilgili" kelimesinden kendisine tazminat talebi yöneltilen kişinin mi, zarar görenlerin mi, yoksa her iki tarafında anlaşılması mı gerektiği yönünde kanunda açıklık bulunmamaktadır.

Sayın Karahasan(61) burada zarar görenin her türlü kanıtla, maddi sistem çerçevesinde işleten niteliğinin, trafik sicilinde araç sahibi olarak tescilli kişide değil de, başka bir kimsede olduğunu kanıtlayabileceğini savunmaktadır.

Yargıtay 11. HD. 6.5.1996 tarihli kararınca, "Davalı savunmasında, hasara neden olan aracın, kazada ölen sürücü C.....'e satıldığını ileri sürmüş ve mahkemece bu savunma üzerinde durulmamıştır. Her ne kadar 2918 sayılı Yasaya göre noterden satış yapılmayan araçların mülkiyeti alıcıya geçmez ise de, aracın satılarak zilyetliğinin devri durumunda işleten sıfatının değişeceği kuşkusuzdur. Başka bir deyişle, aracın zilyetliğini devir alıp uzun süreli kullanılması halinde, işletenin bu alıcının olduğunun kabulü gerekir. Mahkemece, açıklanan bu ilkeler gözönüne alınmaksızın, yazılı biçimde karar tesisi doğru görülmemiştir" gerekçesiyle aracın haricen satışına ilişkin savunmanın araştırılması gerektiğine karar vermiştir(62).

Anılan bozma kararına karşı yerel mahkemenin direnme kararını inceleyen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 24.9.1997 tarihli kararı ile(63) "... davalının işletenliği kabul ettiği, buna yargılama aşamasında somut bir şekilde karşı koymadığı kaldı ki ispat yolunda da bir girişim de belirlenmediğinden davalının araç sahibi dolayısıyla işleten olduğunun kabulü gerekir" gerekçesiyle direnme kararı onanmıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun direnme kararını onama gerekçesi "harici satışın gerçekleştiğinin kanıtlanmamış" olmasıdır.

Kanımızca burada araç malikine, harici satışın varlığını adi yazılı belge ile ispatlama hakkının verilmesi, 2918 sayılı Yasanın genel ilkesi olan "zarar gören üçüncü kişileri koruma" amacına ters düşeceğinden kabul edilmemelidir.

(61) KARAHASAN: s. 798.

(62) 11. HD. 6.5.1996 ta. 96/2696-2983 sa.

(63) YKD. C. 24, SA. 8, S. 1125.

Ancak zarar gören üçüncü kişiye, araç kayıt malikinden başka birisinin aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufta bulunduğu hususunda ispat hakkı tanınmalıdır. Böylelikle, gerçekte iş-leten olup da sorumluluktan kurtulmak amacıyla mal varlığı az veya hiç olmayan kişiler adına aracı kaydettiren kötüniyetli işletenlere karşı, zarar gören kişiler ko-runmuş olur.

SONUÇ

6085 sayılı eski Karayolları Trafik Kanunu'nun değişiklikten önceki 50. mad-desinde sorumlu kişi olarak "araç kullanan" değişiklikten sonra ise, "araç sahibi" gösterilmiş ve araç sahibini kim olduğu hususu açıklanmamıştı. Doktrinde sorumlu kişi olarak "tutucu, işletici, işleten, vaziülyet" kavramları kullanılmaktaydı.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununda ise, sorumlu kişinin işleten olduğu kabul edilmiş ve 3. maddede işletenin tanımı yapılmıştır. Bu tanımdan da an-laşıldığı gibi sorumlu kişi olarak işletenin belirlenmesinde "maddi sistem" kabul edilmiştir. Bu sistemde, araç üzerinde fiili hakimiyet kuran ve aracı yararı, masrafı ve rizikosu kendisine ait olmak üzere kullanan kişi işleten sayılmaktadır.

İşletenin belirlenmesinde araç üzerindeki fiili hakimiyet önem taşımaktadır.

6085 sayılı Yasada sorumlu kişi olarak kabul edilen "araç kullanan" ve "araç sahibi" kavramlarına göre, 2918 sayılı Yasada benimsenin "işleten" kavramı önemli bir değişikliktir. Ayrıca maddi sistem kabul edilerek, işletenin tanımının yapılmış olması da olumlu bir düzenlemedir. Ancak gerçekte işleten olduğu halde, so-rumluluktan kurtulmak amacıyla, muvazaalı şekilde yapılan işlemlere itibar edil-memeli, en azından işleteni sorumluluktan kurtarma amacını taşıyan işlemlere itibar edilmemeli, en azından işleteni sorumluluktan kurtarma amacını taşıyan bu şe-kildeki bir iddianın resmi belge ile kanıtlanmasını aramanın yerinde olacağı ka-naatindeyiz.

BİBLİYOGRAFYA(*)

- ADAL, Erhan : Trafik Kazalarında Akit - Dışı Hukuki Sorumluluk, İstanbul 1963.
- AKYAZAN, Sıtkı : Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukuki Sorumluluk, BA-TİDER C. 5 (1969), sâ. 2, s. 149-178.
- AŞÇIOĞLU, Çetin : Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Davaları, Ankara 1989 (Kısaltılmışı: AŞÇIOĞLU).
- AŞÇIOĞLU, Çetin : 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun Getirdiği Sorunlar, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VI'dan ayrı bası, Ankara 1989 (Kısaltılmışı: AŞÇIOĞLU, Sorunlar).
- BOLATOĞLU, Bolat : Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu (İşleten Kavramı ve Sorumluluğun Şartları), Ankara 1988.
- ÇELİKTAŞ, Demet : 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda İşletenin Hukuki Sorumluluğu, İzmir 1987.
- DESCHENAUX-TERCIER : Sorumluluk Hukuku, S. Salim Özdemir Çevirisi, Ankara 1983.
- EREN, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, Ankara 1991.
- GÜRSOY, Kemal Tahir : İsviçre Hukukunda Trafik Kazalarından Doğan Hukuki Sorumluluğun Anahatları, Ankara 1974.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit : Sorumluluk Hukuku, Ankara 1995.
- KILIÇOĞLU, Ahmet : 2918 Sayılı Yasaya Göre Motorlu Araç İşletenin Sorumluluğu, BATİDER, C. XII (1984) sa. 2-3, s. 1-52.
- ÖZSUNAY, Ergun : Trafik Hukukunda Zarar Giderimi Sorumlusu Olarak "İşleten" (Araç Sahibi) Kavramına İlişkin Bazı Sorunlar, BA-TİDER, C. VI (1971) sa. 1, s. 83-110.
- TANDOĞAN, Haluk : İsviçre Hukukunda Motorlu Taşıt Aracı İşletenin Sorumluluğunun Niteliği, Şartları - Birden Fazla İşletenin Sorumluluğu ve Türk Hukuku İçin Öneriler, Trafik Sigortası V. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, 25-28 Nisan 1973, Bildiriler, Tartışmalar, Ankara 1975.

(*) Bir eseri bulunan yazarlara atıfta bulunurken yalnız yazarın soyadı kullanılmış, birden çok eseri veya makalesi bulunan yazarlara atıfta bulunurken ise kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

ALMAN TİCARET KANUNU REFORMU

Savaş BOZBEL (*)

ANLATIM DÜZENİ: A- Giriş. B- Eski Sistem. I- Tacir Kavramı. II- Ticaret Ünvanı. C- Yeni Düzenlemenin Getirdiği Sistem. I- Muss ve Sollkaufmann Kavramlarının Birleştirilmesi. II- Sicile Tescil Edilmiş Küçük İşletmeler ve Diğer Tacirler. III- Şirketler Bakımından Tacir Sıfatının Kazanılması. D- Tacir Sıfatının Kazanılmasında Ticari İşletme Esası. I- İşletme Kavramı. II- İşletmenin (Unternehmen) Nitelik veya Hacmine Göre Ticari Şekilde İşletilmeyi Gerekli Kılma. E- Ticaret Ünvanında Yapılan Değişiklikler. I- Ticaret Ünvanının Vasfı. II- Ticaret Ünvanının Şekli. F- Sonuç.

A- GİRİŞ

12 Mayıs 1997 tarihinde Federal Hükümetin kabul ettiği "Ticaret Hukuku Reform Kanun Tasarısı"(1) 26 Haziran 1998 tarihinde Federal Resmi Gazetede yayınlanarak(2) kanunlaşmış ve -bazı hükümleri hariç- 1 Temmuz 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir(3). Kanun özellikle ticari işletme ve buna bağlı olarak tâcir ile ticaret ünvanı alanında reform niteliğinde yenilikler getirmiştir(4).

(*) **Regensburg Üniversitesi Ticaret Hukuku Doktora Öğrencisi.**

(1) Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Kaufmanns - und Firmenrechts und zur Aenderung anderer handels - und gesellschaftlicher Vorschriften (Handelsrechtsreformgesetz - HRefG), bkz. ZIP 1997, s. 942 (Teil I) ve s. 997 (Teil II).

(2) BGBI. I 1998, 1474.

(3) Bkz. HRefG md. 29.

(4) Hem Komisyon Tasarısında (Bkz. ZIP 1996, 1401 vd., 1445 vd. ve 1485) hem de Hükümet Tasarısında ticaret sicilinin Sanayi ve Ticaret Odaları marifetiyle tutulması hususu hüsnü kabul görmemiştir.

B- ESKİ SİSTEM

I. Tâcir Kavramı

Geçtiğimiz 1997 senesinde yüzüncü senesini kutlayan bir asırlık ticaret kanunundaki tâcir anlayışının(5) zamana uymadığı ve reforme edilip modern iktisadi hayatın ihtiyaçlarına cevap verecek şekilde yeniden ele alınması gerektiği uzun yıllardan bu yana dile getirilmekte idi(6).

Alman hukukundaki tâcir anlayışı TTK'daki sisteme benzemekle beraber bazı noktalarda farklılıklar göstermektedir. HGB'de (Alman Ticaret Kanunu) tâcir esnaf ayrımı bulunmamakla beraber, "tam tâcir" (Vollkaufmann), "küçük tâcir" (Minderkaufmann) ayrımı yer almaktadır. § 4 HGB'deki "küçük tâcir" (Minderkaufmann) tanımı bizdeki "esnaf" kavramına çok yakındır. Tam tâcir de kendi arasında ayrıma tâbidir. Ticârî bir işletme işletmesi hasebiyle § 1 HGB'ye göre zorunlu olarak tâcir sayılanlar (Musskaufmann), ticârî işletme işletmemekle beraber el sanatını veya sair teşebbüsünü ticari kapsama yayararak yürüten ve bu yüzden § 2 HGB'ye göre kanunen tâcir sayılan kişiler (Sollkaufmann), zirâat veya orman işletmesi sahibi olup belirli şartlarla ve isterse işletmesini ticaret siciline kaydettirerek § 3 HGB'ye göre tâcir konumuna geçebilecek olanlar (Kannkaufmann) adıyla anılmakta idi(7).

1. Kanun İcabi Tacir Sifatının Kazanılması (Musskaufmann § 1 HGB)

§ 1 HGB II Nr. 1 - 9 bent arasında sayılan işlerden birisini yapan - genellikle mal alım satımı ile uğraşanlardı - kanun icabı ticaret siciline tescil edilip edilmediğine bakılmaksızın tâcir sayılıyordu.

2 Küçük Tâcir (Minderkaufmann § 4 HGB)

Küçük tâcirin işletmesi de § 1 II HGB'de 9 bent halinde sayılan işletmelerden olmasına karşın bu işletme nitelik ve hacmine göre ticari şekilde işletilmeyi(8)

(5) 1897 tarihli Alman Ticaret (HGB) subjektif sistemi benimsemiştir, yani ticaret kanununun uygulama alanı ve konusunu tespit etmek için "tacir"i esas almıştır, 1926 tarihli ETK, ticari işlemleri esas alan objektif sistem ile tâcir'i esas alan subjektif sistemin karşımı olan bir sistemi, yani karma sistemi kabul etmişken, 1956 tarihli TTK'nın ise ticari işletme esasını getirdiği, ancak bunun büyük bir yenilik getirmediği, sadece tacir yerine ticari işletmeyi koyduğu belirtilmektedir. Bkz. İmregün, Oğuz; Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 9. Bası, İstanbul 1991, s. 6 vd. Almanya'da bu konudaki tartışma için bkz. Schmidt, Karsten; Vom Recht des Handelsstands zum Recht der Unternehmen, DB 1994, 515.

(6) Schmidt, Karsten; Handelsrecht 4. Aufl. 1994, § 91 m.w. N.; ders., DB 1994 s. 1515.

(7) Barlas, Nami; Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 1998, s. 136 dpn.

(8) Bu tabirin Almanca karşılığı: "Nach Art und Umfang einen in kaufmaennischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert."

gerekli kılmıyordu, mes. gazete ve kitap bâyileri, büfe işletenler, kasap gibi kimseler bu tâcir sınıfındandı. Ancak işletmesinin nitelik ve hacmine göre ticari bir müessese mevcutsa, o zaman bu kimseler "Tam Tâcir" (Vollkaufleute) olarak adlandırılıyordu. Küçük tâcirlere HGB'nin bazı hükümleri uygulanmıyordu, mes. bunlar ticaret ünvanı kullanamaz ve ticari mümessil atayamazlardı.

3. İşletmesinin Nitelik ve Hacmine Göre Tâcir Sıfatını Kazananlar (Sollkaufleute § 2 HGB)

Bu tâcirler tarafından işletilen müesseseler her ne kadar § 1 HGB'ye göre ticari işletme sayılmasalar da nitelik ve iş hacimlerine göre ticari bir işletmeyi gerekli kılıyorsa, o zaman işletme sahibi tescille mükellef. Yani tâcir sıfatını kazanması için tescil ettirmek şarttı, tescilin burada inşâi bir fonksiyonu vardı. Tescil yaptırmamışsa ona HGB'nin hükümleri uygulanmazdı.

4. Zirai ve Orman Müessesesi İşleten Tâcirler (Kannkaufmann § 3 HGB)

Bir orman veya ziraat işletmesi, ticari şekilde işletilen bir müesseseyi gerekli kıldığı takdirde ve bir de Ticaret Siciline tescil yapılmışsa, ticari işletme sayıldığından işletme sahibi de tâcir sayılıyordu. Sollkaufmann gibi yalnız bu tâcir işletmesini tescil ile mükellef değildi.

5. Şekli Tacirler (Formkaufleute § 6 HGB)

§ 6 HGB'nin eski düzenlemesine göre ticaret kanunu sicile tescil edilebilen şirketler açısından bütün hükümleriyle uygulanırdı. Bu hüküm uygulanırken Şahıs Şirketleri ve Sermaye Şirketleri arasında bir ayırım yapılmaktaydı.

a) Şahıs şirketleri

Bir kolektif veya komandit(9) şirket ancak bir tam tâcir işletmesi işletiyorsa ticaret şirketi, dolayısıyla da tâcir sayılıyordu(10). İşletilen müessese ya § 1 II'deki sayılan işletmelerden birisi veya § 2 HGB'ye göre tescil ile ticari işletme sayılan işletmelerden birisi olmalı idi. Şirket "küçük tâcir" (Minderkaufmann) bazında ise, yani şirketin işletme konusu ticari bir işletmeyi gerekli kılmıyorsa, bu şirket kolektif veya komandit şirket değil ve fakat "Adi Ortaklık" (BGB - Gesellschaft) idi. Böyle bir şirketin tescil edilmesi ise caiz değil idi.

(9) Almanya'da Türk sisteminden farklı olarak bu şirketlerin tüzel kişilikleri yoktur.

(10) Bkz. Brox, Hans; Handelsrecht und Wertpapierrecht, 12. Aufl., 1995, RDNr. 83.

b) Sermaye şirketleri

Şahıs şirketlerinden farklı olarak sermaye şirketleri, şirketin konusunun ticari işletmeyi gerektirmesine bakılmaksızın kanun gereği tâcir sayılıyorlardı.

6. Farazi Tâcir

Bir ticaret ünvanı ticaret siciline tescil edilmiş ise, § 5 HGB'ye göre tescile istinad eden kişilere karşı, bu işletmenin ticari bir işletme olmadığı veya sadece esnaf işletmesi olduğu ileri sürülemezdi. Bu hükümle hukuki görünüşe olan güvenin zedelenmemesi için bir tâcir faraziyesi kanun tarafından kabul edilmiştir.

II. Ticaret Ünvanı

1. Genel Olarak Eski Sistemin Eksiklikleri

1897 tarihli HGB'nin yürürlüğe girmesinden bu yana ticaret ünvanı (die Firma) hakkındaki hükümler büyük oranda bir değişikliğe uğramamışlardı. Bir asrı aşan bu hükümlerin artık günümüz ekonomik ihtiyaçlarına cevap vermekten uzak olduğu uzun süreden bu yana ifade edilmekte idi. Ticaret ünvanının teşkilinde aranan sıkı şartlar, kullanılması için zorunlu bir takım eklerin öngörülmesi, bununla alakalı hükümleri çağdışı hale getirdiği gibi hukuki güvenliği de zedeliyordu.

2. Ticaret Ünvanının Şekli

Reform kanunundan önceki hukuki mevzuata göre ünvanın seçilip kullanılması bir çok yönden kısıtlamalara tâbi idi. Tâcirler, şahıs şirketleri ve sermaye şirketleri açısından farklı düzenlemeler getirilmiş idi(11). Anonim şirketlerin ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin ticaret ünvanlarında şirketin "işletme konusu" mutlaka yer almalı idi. Limited şirkette ise ünvanda şirketin ya işletme konusu veya ortaklardan birisinin isminin yer alması zorunlu idi. Şahıs şirketlerinde de durum aynı idi; şahsi olarak mesul şeriklerden birisinin adı ünvanda yer almalıydı. Diğer tâcirlerde de keza - birtakım ilaveler hariç tutulursa - ticaret ünvanının tâcirin ad ve soyadından oluşması zorunlu idi. Bu düzenlemeler karşısında şirketin işletme konusunu ticaret ünvanlarına alamayan tâcir (Einzelkaufmann) ve şahıs şirketleri reklam ve ifade gücünü daha güçlü ifade edebilmek için ticaret ünvanlarına değişik ve dolambaçlı yollardan ilavelerde bulunuyorlardı. Bu katı hükümler ticaret ünvanının devri, intikali hallerinde(12) biraz yumuşatılmış idi fakat şüphesiz yeterli değildi.

(11) Bkz. §§ 17 HGB, § 4 GmbHG, § 4, 279 AktG.

(12) Bkz. § 21, 22, 24 HGB.

3. İltibas Yasağı (Irreführungsverbot § 18 II HGB)

Bu maddenin eski haline göre ticaret ünvanına "bir şirket olduğu veya işletmenin nitelik veya hacmi veya işletme sahibinin iş ilişkileri hakkında yanlış intiba uyandırmaya elverişli ilaveler"(13) yapılamazdı. Doktrinde "İltibas Yasağı" (Irreführungsverbot) olarak adlandırılmış olan bu müessese "ticaret ünvanının gerçekliği" prensibinin bir parçası olarak görülmüştür(14). Kanunda sadece ilaveler açısından öngörülmüş olan bu düzenleme mahkeme içtihatlarıyla uygulama alanı genişletilerek adeta haksız rekabet kanunu 3. maddesindeki (§ 3 UWG) hükmün öngördüğü gibi "hukuki olarak ilgili ticari çevrenin küçümsenmeyecek bir kısmı" üzerinde gerçek olmayan bir intiba uyandırması haline de teşmil edilmişti. Bu yasağın kontrolü ise tabii ki sicil mahkemeleri tarafından gerçekleştiriliyor, bu da mahkemelerin kararlarında her olaya göre değişik bir sonuca varmalarına neden oluyordu. Bu madde hükmü adeta kasuistik bir hal almıştı.

C. Yeni Düzenlemenin Getirdiği Sistem

I. Muss - ve Sollkaufmann Kavramlarının Birleştirilmesi

HGB § 1 II'deki yeni düzenlemede "Muss - ve Sollkaufmann" kavramları ortak bir unsur altında toplanmıştır. Buna göre "Ticari veya sınai faaliyette bulunan her türlü işletme (Gewerbebetrieb) ticari işletme (Handelsgewerbe) sayılır, meğer ki işletme (Unternehmen) nitelik veya hacmine göre ticari şekilde işletilmeyi (Geschaeftsbetrieb) gerekli kılmazın" (§ 1 II HGB)(15).

-
- (13) § 18 II HGB: "Der Firma darf keinen Zusatz beigefügt werden, der ein Gesellschaftsverhältnis andeutet oder sonst geeignet ist, eine Täuschung über die Art oder den Umfang des Geschaefts oder die Verhältnisse des Geschaeftsinhabers herbeizuführen. Zusaetze, die zur Unterscheidung der Person oder des Geschaefts dienen, sind gestattet."
- (14) Schmidt, K.; age. § 12 III 1a; BGHZ 53, 65, 66.
- (15) Hükmün Almanca metni: "Handelsgewerbe ist jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, dass das Unternehmen nanch Art oder Umfang einen in kaufmaennischer Weise eingerichteten Geschaeftsbetrieb nicht erfordert." Bkz. BGB1. 26.06.1998 s. 1474 Art. 3. Metnin Almancasından da anlaşılacağı gibi üç değişik kavram (Gewerbebetrieb, Unternehmen ve Geschaeftsbetrieb) fıkra metninde yer almaktadır. Kavram kargaşası yaratan bu durum metnin tercümesinde de güçlüklerle ve kargaşaya yol açmaktadır. TTK. 11. md. vd. ile İsv. Ticaret Sicili Nizamnamesi 52. ve 53. maddelerine bakılacak olursa Handelsgewerbe ticarethane karşılığı olarak kullanılmışken, aynı kavram (Handelsgewerbe) Alman Hukukunda Ticari İşletme karşılığı olarak kullanılmaktadır. Bizdeki ticari işletme manasında bir üst kavramı İsviçre Tic. Sic. Nizam. kullanmamıştır. Bazı yazarlar ise ticari işletme karşılığı kaufmaennisches Unternehmen tabirini kullanmaktadırlar. Bkz. Hirsch/Tekinalp, Das türkische Aktien - und GmbH - Recht, 2. Aufl. 1993, s. 364. Biz burada Gewerbebetrieb ve Unternehmen kavramlarını işletme tabiri ile ifade etmeyi daha uygun bulduk. Bkz. Aşağıda D I, II.

§§ 1 II, 29 HGB'ye göre tâcirler için tescil mecburiyeti muhafaza edilmişse de buradaki tescil artık inşâi değil, izhari niteliktedir. Çünkü kanun nazarında işletmenin nitelik veya hacmi ticari şekilde işletilmeyi gerekli kılıyorsa böyle bir işletme artık "ticari işletme"dir, bu noktada tescil yapılıp yapılmaması artık önem arz etmemektedir. Bunun yanında işletme sahibinin menkul veya gayrimenkul mal ticareti ile uğraşmasının da bir önemi yoktur.

Bu noktada önemli bir hususa daha dikkat çekmek yerinde olur. Kanuna göre artık tâcir vasfının kazanılması tescile bağlı değil ve fakat işletmenin büyüklüğüne bağlı olduğundan, bir davada işletmenin ticari işletme olup olmadığı meselesinde ispat külfeti kime düşecektir. Ticari alanda dışardan bunun ispatı zor olduğundan, "ticari işletme" işletmediğini, işletmesinin nitelik veya iş hacmine göre böyle işletilmeyi gerekli kılmadığını ispat edecek olan, bunu iddia eden, yani tâcir olmadığını iddia edendir. § 1 II HGB'nin kaleme alınış şekline göre bu anlaşılmaktadır. Kanun, işletme küçük bile olsa her işletmenin ticari işletme olduğu karinesini getirdikten sonra meğer ki (es sei denn, dass) ifadesini kullanmıştır.

Reform kanununun 3. Maddesinin 3. nolu bendine göre de artık "Küçük Tâcir" (Minderkaufmann) tarihe karışmıştır. Bundan sonra küçük işletme sahibi olanlar, tâcir olmadıkları iddiasında iseler işletmenin § 1 II HGB'deki sınırı aşmadığını ispatlamaları gerekir.

II. Sicile Tescil Edilmiş Küçük İşletmeler ve Diğer Tâcirler

Yukarıda belirtildiği üzere küçük tâcir kavramı (eski düzenlemedeki § 4 HGB) kaldırılmıştır. Reform kanununa göre, bu küçük işletme sahiplerine, işletmelerini tescil ettirmek suretiyle tâcir sıfatını kazanma imkanı getirilmiştir(16). Bu halde tescil inşaidir. Tescil yapılmışsa artık HGB'nin bütün hükümleri bunlara da uygulanacaktır. İlerde pişman olan işletme sahibi bu tescili ileriye yönelik olarak terkin ettirebilir(17), ancak bu arada § 1 II HGB'deki şartlar gerçekleşmiş ve işletmesi ticari şekilde işletilen bir müesseseyi gerekli kılıyorsa terkin talebinde bulunamaz. § 2 HGB'nin yeniden kaleme alınmasıyla sicil mahkemeleri tescil talebinde bulunan işletmenin gerçekten ticari bir işletme olup olmadığını araştırmak külfetinden kurtarılmıştır. Bu da tabii ki tescil işlemlerinin hızlanması demektir.

(16) Art. 3 Nr. 2 HRefG

(17) § 2 II c. 3 HGB.

Zirai ve Orman İşletmelerinin tescili açısından yeni düzenlemeler bu konuda fazla bir değişiklik öngörmemekte, § 3 II HGB'ye göre eskiden olduğu gibi ziraat veya orman işletmecisi, işletmesinin tescili ile tâcir olup olmamakta serbesttir. Tescil yapıldıktan sonra bunun terkinin, ancak ticaret ünvanının tescili baştan itibaren geçersizse veya işletmenin kapatılması, ticari işletme hacmini kaybetmesi sebebiyle ticaret ünvanı geçersiz hale gelmişse yapılabilir.

§ 5 HGB'deki farazi tâciri düzenleyen hüküm sadece kaleme alınış şekli itibariyle ufak bir değişikliğe uğramış, muhteva olarak muhafaza edilmiştir. Doktrinde bu hükmün kaldırılması gerektiğini, yeni düzenlemeler karşısında bunun fazlalık olduğunu belirten yazarlar da mevcuttur(18).

III. Şirketler Bakımından Tâcir Sınıfının Kazanılması

Önceki düzenlemeye göre bir kolektif veya komandit şirket, bir şahıs şirketi işletmesinin nitelik ve hacmi(19) ticari şekilde işletilen bir müesseseyi gerekli kılıyorsa tâcir sıfatı kazanılabiliyordu(20). Bu şartlar gerçekleşmemişse, kurulan şirket adi ortaklık niteliğini alıyordu, ve sicile kolektif veya komandit şirket olarak tescili yapılamıyordu(21). Reformdan sonra ise artık bir kolektif veya komandit şirket, işletme ticari işletme olmasa bile kurulabilmekte ve sicile tescili yapılabilmektedir. Burada tescil inşâi niteliktedir.

D. Tâcir Sınıfının Kazanılmasında Ticari İşletme Esası

Ticaret kanunu reformunda "Tâcir" ve "Ticari İşletme" kavramlarının muhafaza edilmesi karşısında bunun günümüz ihtiyaçlarına cevap vermediği ve bu kavramların "işletme" (Unternehmen) veya "İşletme Sahibi" (Unternehmer) ile doldurulması gerektiği mülahazasıyla büyük eleştiriler almıştır. Fakat kanun koyucu kamu alanındaki, vergilendirmede ve diğer alanlarda büyük karışıklıklara meydan vereceği için bu görüşe itibar etmemiştir. Aynı şekilde kanun ismi de "Ticaret Kanunu" (Handelsgesetzbuch) -günümüzde ticaret hizmet sektörünün çok gerisinde kalmasına rağmen- muhafaza edilmiştir(22). Kanun koyucu yine de re-

(18) Schmidt, K.; age. § 10 III 2a Fn. 5.; ayrıca bkz. BGHZ 32, 307, 314.

(19) Yeni düzenlemede bu "veya" şeklindedir.

(20) Şahıs şirketleri - sermaye şirketlerinde olduğu gibi - kanun icabı değil, ancak duruma göre §§§ 1-3 HGB'ye göre Muss - Soll - oder Kannkaufmann olabiliyorlardı; bkz. Brox, Hans; age. Rdnr. 83 ve 84.

(21) Bizdeki sistemin aksine Alman Hukukunda Kollektif ve Komandit şirketin tüzel kişiliği yoktur, fakat mahkeme içtihatlarıyla adeta tüzel kişilik seviyesine çıkarılmışlardır. Bkz. Brox, Hans; age. Rdnr. 82.

(22) 1897 tarihli kanun, o zamanın anlayışına uygun olarak ağırlıklı olarak mal alım satımı üzerine bina edilmişti.

form kanununda "ticari işletme" kavramını yeniden tanımlayarak bir nevi bu görüşlere de değer verdiğini göstermiştir. Artık her ticari veya sınai işletme ticari işletme sayılacaktı, meğer ki işletme nitelik ve hacmine göre ticari şekilde işletilmeyi gerekli kılasın. Maddenin yeni tanımına bakıldığında birkaç kavram bir arada bulunmaktadır. Bunun için bu kavramların tanımlanması gerekir.

I. İşletme Kavramı (Gewerbebegriff)

HGB'de yapılan reformdan sonra da işletme kavramı tanımlanmadığı gibi diğer kanunlarda da (Gelir Vergisi Kanunu - § 15 II EstG, İşletme Nizammesi - § 6 GewO) tanım bulmak çok zordur. Mesela İşletme Nizammesine göre Eczacılar Kanununa tabi olan eczacılar ticaret kanununa göre tâcir sayılmaktadır. İşletme kavramı içtihatlarla ve doktrinde açıklanmaya çalışılmıştır. Hakim görüşe göre işletme (Gewerbe), serbest meslek erbabı hariç olmak üzere, aleni, daimi surette, kâr sağlamayı gaye edinen, bağımsız olarak yapılan yasak olmayan her türlü faaliyette bulunan müesseseyi ifade eder(23).

Yapılan faaliyet aleni olmalı, dışardan tanınabilmeli, üçüncü kişiler tarafından farkedilebilmelidir. İçten geçirilen düşünce ve niyetler bu nedenle aleniyeti temin etmez. Mesela HGB §§ 230 ff. düzenlenen gizli ortaklıkta (Stille Gesellschaft) aleniyet unsuru gerçekleşmediğinden ortaklar arasında bir işletmenin varlığından da söz edilemez.

Yapılan faaliyet daimi olmalıdır, süreli olmamalıdır. Burada önemli olan niyettir, bu niyetin gerçekleşip gerçekleşmediği önemli değildir. Ayrıca faaliyet yasaklanmamış olmalıdır, yani kanuna veya ahlâka aykırı olmamalıdır. Faaliyetten kâr elde etme gayesi olmalıdır, gerçekten kâr edilip edilmediği bu noktada önem arzetmez. Bağımsız bir faaliyet sözkonusu olmalıdır. Faaliyetin bağımsız olup olmadığını tesbit açısından HGB'deki acenteyi tanımlayan § 84 I c. 2'den faydalanılması teklif edilmektedir. Bu hükme göre "esas itibariyle serbest şekilde faaliyetini ve çalışma saatlerini kendisi tanzim ve tayin edebilen kişi bağımsızdır" (24). Bütün bu vasıfların yanında bir de serbest meslek sahibi olmaması gerekmektedir. Bazı serbest meslek sahipleri kanunen tanzim edilmişlerdir. Buna göre Avukatlar, Noterler, Vergi ve Mali danışmanları, Doktor ve Diş Hekimleri

(23) Brox, age. Rdnr. 20.

(24) § 84 HGB: "Selbstaendig ist, wer im wesentlichen frei seine Taetigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann."

kanun gereği serbest meslek erbabından sayılırlar. Teamül gereği ayrıca diğer serbest meslek erbabları, yazar, heykeltıraş, mütercim, öğretmen, mimar vb. de serbest meslek erbabından sayılırlar(25).

II. İşletmenin (Unternehmen) Nitelik veya Hacmine Göre Ticari Şekilde İşletilmeyi Gerekli Kılma

§ 1 II HGB'de yeni unsur işletmenin (Unternehmen) nitelik veya(26) hacmine göre ticari şekilde işletilme gerekliliği tâcir ve tâcir olmayanlar arasındaki biricik ayırmadır. Bu nitelik üzerinde durulması yerinde olacaktır.

İşletme (Unternehmen), hem yapısal ve iktisadi hem de personel ve araçları bakımından bağlantılı bir birimi, bütünü ifade eder. İşletmeye, işletme sahibinin ve işçilerin faaliyetleri, sinai ve mülki haklar, alacaklar, marka ve patent hakları ve tabii ki borçlar dahildir(27). Müessese kavramı münferid hukuk alanlarında değişik anlamlarda kullanılmıştır. Ticaret kanununda işletme (buraki anlamı itibariyle Unternehmen) tacir kavramının tesbitinde ticari işletme yanında (§ 1 HGB) ve ticari muamelede (mes. §§ 22 HGB) kullanılmıştır. §§ 22, 25 HGB'ye göre işletme bir bütün halinde satılabilir ve renhedilebilir(28).

Ticari şekilde işletilmeyi gerekli kılma (in kaufmaenischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb) unsuru her şeyden önce düzenli bir idareyi şart kılar. Akla hemen gelen muhasebe, envanter kayıtlarının tutulması, bilançonun düzenlenmesi, işletme yazışmalarının muhafaza edilmesi vb. Bu tür müessese ve düzenlemeler, işletmenin nitelik veya hacmine göre gerekli olmalıdır. Bunların gerçekte varlığı değil, işletmenin bunları gerekli kılması nazara alınır(29).

İşletmenin niteliği (Art) ile kastedilen, işletmenin yapısıdır, mesela üretim ve hizmetlerin çeşitliliği, kambiyo işlemlerinde bulunma, aktif veya pasiv olarak taşıma işlemlerinde bulunma, ülke sınırlarını aşan faaliyetler vb. bu cümledendir.

(25) Buna karşın eczacı ve dış teknisyenleri serbest meslek erbabından değildirler.

(26) § 2 HGB'nin eski haline göre "nitelik ve hacim" unsurlarının her ikisinin de aynı anda gerçekleşmesi aranıyordu.

(27) Buradaki ifadelerle adeta TTK'nın 11. maddesindeki ticari işletme anlatılmaktadır, ama yukarıda da belirttiğim gibi Alman Hukukunda tâcir sıfatının kazanılmasını sağlayan ticari işletme Unternehmen kelimesi ile değil, Handelsgewerbe ile ifade edilmektedir.

(28) Brox, age, Rdnr. 154.

(29) Brox, age. Rdnr. 55.

İşletmenin hacmi (Umfang) ile kastedilen ise, cirosu, sermayesi, yatırımları, istihdam edilen insan sayısı, tesislerin büyüklüğü, sayısı ve yapısıdır. Her iki unsurda (Nitelik veya Hacim), gerçekten ticari şekilde işletilmenin varlığı (Muhasebe, Bilanço) aranmaz, sadece bu iki niteliğin bunları gerektirmesi yeterlidir.

Doktrinde bazı yazarlar tarafından hukuki güvenlik açısından kanunda, kesin bir bilanço miktarı veya belirli bir cironun aşılması hali, işçi sayısı gibi bazı kriterler ticari işletmenin varlığının tespiti için teklif edilmişse de kanun koyucu, ticari hayattaki hızlı gelişmeler karşısında bu tür sınırlamaların kısa sürede kanun hükümlerinin değiştirilmesini zorunlu kılacağı gerekçesiyle bu tür tekliflere itibar etmemiştir(30).

E. Ticaret Ünvanında Yapılan Değişiklikler

I. Ticaret Ünvanının Vasfı

Ticaret ünvanının şekli hususunda büyük bir serbestiyet getirilmiştir. § 18 I HGB'teki düzenlemeye göre "Ticaret ünvanı tâciri belirtmeye uygun ve ayırtedici özelliğe sahip olmalıdır." II. fıkrada ise: "Ticaret ünvanı ticari ilişkiler hakkında, ilgili ticarî çevre açısından esaslı addedilen yanıltıcı olmaya elverişli ifadeler ihtiva edemez. Tescil mahkemeleri tarafından yanıltıcı olmaya elverişlilik ancak bunun bariz olması halinde nazara alınabilir"(31).

Bu hükme göre şahıs tâcirler (Einzelkaufmann) şahsi ticaret ünvanları yanında uğraş alanlarını gösteren bir ünvanı ve hatta hayali bir ünvan dahi kullanabileceklerdir. Hukuki açıdan nev'i gösteren bir ilave yapılması - şahıs ve sermaye şirketlerinin aksine, zorunlu değildir. Ticaret ünvanının yanıltıcı olmaya elverişli olup olmadığının tescil esnasında kontrolü yeni düzenlemede - § 3 UWG vasıtasıyla tescilden sonra yapılacak kontrolün yetersizliği de nazara alınarak - muhafaza edilmiştir. Ancak önceki düzenlemede olduğu gibi sadece ilavelerle ilgili genel bir iltibas yasağı değil, bütün bir ticaret ünvanı için geçerli olan bir iltibas yasağı getirilmiştir. Paragrafın ikinci fıkrasındaki düzenleme ile ticaret ünvanının şeklinin iki yönden sınırlama getirilmiştir.

(30) İsviçre Ticaret Sicili Niz. 54. md. 'ye göre 53. maddede sayılan, yıllık safi kazançları 100.000 İsviçre Frangına ulaşmayan işletmeler tescilden muaf tutulmuşlardır.

(31) § 18 HGB: "(1) Die Firma muss zur Kennzeichnung des Kaufmanns geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen. (2) Die Firma darf keine Angaben enthalten, die geeignet sind, über geschaeftliche Verhaeltnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, irrezuführen. Im Verfahren vor dem Registergericht wird die Eignung zur Irreführung nur berücksichtigt, wenn sie ersichtlich ist. "Bkz. BGS1 I 1475.

1. *Maddi hukuk açısından:* Ticari ilişkiler hakkında "ilgili ticari çevre tarafından esaslı addedilen" yanıtıcı olmaya elverişli ifadeler ticaret ünvanında yer alamaz. Bu şekilde bir düzenlemeye gidilmekle § 18 II HGB ve § 3 UWG'deki, "kıstaslar" birbirinden açıkca ayrılmıştır(32). § 3 UWG anlamında bir yanıtıcı olmaya elverişliliğin mevcudiyeti için "ilgili ticari çevrenin küçümsenmeyecek bir kesimi üzerinde, bu ifadelerin gerçeği yansıtmayan intibalar uyandırması" gerekli ve yeterli idi. İlgili ticari çevrenin %10'u tarafından iltibasa elverişliliğin kabul edilmesi hâkim kanaate göre yeterli addediliyordu.

2. *İkincisi usul hukuku yönünden:* Sicil mahkemelerinin kontrol etme yükümlülükleri tescil sürecini hızlandırmak ve mahkemelerin yükünü azaltmak amacıyla sınırlandırılmıştır. Önceki düzenlemeye göre tescil mahkemesi re'sen § 12 FGG'ye göre iltibasa elverişliliği anketler yaptırarak veya ticaret odalarından bilirkişiler tayin etmek marifetiyle tespit etmekle mükellefti(33). Yeni düzenleme sayesinde artık tescil mahkemeleri böyle bir külfetten kurtuldukları gibi yanıtıcı beyanları içeren ticaret ünvanlarının tescilinin reddedilmesi ancak bu elverişliliğin "bâriz" olması halinde mümkün olabilecektir. Hangi durumların "bâriz" olduğu hususunun açıklığa kavuşturulması için ise mahkeme içtihatlarını beklemek gerekiyor. Öte yandan bu düzenleme § 37 I HGB ve § 142 FGG'ye göre yürütülen davalarda da geçerli olacaktır(34).

II. Ticaret Ünvanının Şekli

1. Gerçek Kişi Tâcirlerin ve Şahıs Şirketlerinin Ticaret Ünvanı

§ 19 HGB'nin yeni düzenlemesine göre(35): "(1) Ticaret ünvanı, §§ 21, 22, 24 veya diğer kanunî hükümlere istinaden devralınmış olsa bile,

(32) ZIP 1996, 1448.

(33) Bülow / Arzt; Neues Handelsrecht, JuS 1998, 680, 683 ve oradaki 33 no'lu dipnot.

(34) Fakat § 37 II HGB ve § 3 UWG'ye göre açılan müdahalenin men'i davalarında (Unterlassungsklage) geçerli olmayacaktır.

(35) § 19 HGB: "(1) Die Firma muss, auch wenn sie nanch den §§ 21, 22, 24 oder nach anderen gesetzlichen Vorschriften fortgeführt wird, enthalten:

1. bei Einzelkaufleuten die Bezeichnung "eingetragener Kaufmann", eingetragene Kauffrau" oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung; insbesondere "e.K", "e. Kfm." Oder" e. Kfr.";

2. bei einer offenen Handelsgesellschaft die Bezeichnung "offene Handelsgesellschaft" oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung;

3. bei einer Kommanditgesellschaft die Bezeichnung "Kommanditgesellschaft" oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung.

(2) Wenn in einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft keine natürliche Person persönlich haftet, muss die Firma, auch wenn sie nach den §§ 21, 22, 24 oder nach anderen gesetzlichen Vorschriften fortgeführt wird, welche die Haftungsbeschränkung kennzeichnet."

1. Gerçek kişi tâcirlerde "Kayıtlı Tâcir" veya bu ibarenin genel anlaşılır bir kısaltması olan özellikle "K.T.", ibaresini;
2. Kollektif bir şirkette "Kollektif Şirket" veya bu ibarenin genel anlaşılır bir kısaltmasını;
3. Komandit şirkette "Komandit şirket" veya bu ibarenin genel anlaşılır bir kısaltmasını ihtiva etmelidir.

(2) Bir kollektif veya komandit şirkette gerçek bir kişi şahsi sorunlu olmadığı takdirde, ticaret ünvanı §§ 21, 22, 24 HGB veya diğer kanunî hükümlere istinaden devralınmış olsa bile, sorumluluğun sınırlı olduğunu gösterir bir ibareyi ihtiva etmesi gerekir"(36).

Bu § 19 I HGB hükmü ile gerçek kişi tâcirler için de bu vasıflarına dikkat çeken bir ilave kullanma mecburiyeti getirilmektedir. Bu şekilde gerçek kişi tâcirlerin ticaret ünvanları ile bir ticaret ünvanı kullanma hakkına sahip olmayan küçük işletme sahiplerinin kullandıkları "işletme adları"nın (Geschaefts - veya Etablissementsbezeichnungen) kolayca tefrik edilmesi amacı güdülmüştür(37). Diğer yönden ise tâcir olmayan kişiler için geçerli olan bir ticaret ünvanı veya onu çağrıştıran bir ibare kullanma yasağı, bunlara her türlü ibareyi -herhangi bir hukukî şekil veya tâcir ilavesi içermedikleri sürece- işletme adı olarak kullanabilme imkanı verilmesiyle yumuşatılmıştır.

"Kayıtlı Tâcir" için teklif edilen "K.T." kısaltması(38) kanundaki "özellikle" ifadesinden de anlaşılacağı üzere örnek babında verilmiştir, yoksa zorunlu olarak öngörülmemiştir, anlaşılır bir kısaltma olması yeterlidir.

§ 19 II HGB'nin hukuki macerası ise oldukça eskiye dayanmaktadır. Kuruluşundaki meşruiyetini Alman İmparatorluk Mahkemesinin bir içtihadında(39) bulan "GmbH & Co. KG veya GmbH & Co. OHG" şeklindeki yapılanmalar zamanla yaygınlaşınca bir takım hukukî düzenlemeler yapılması zorunluluğu doğmuştu (40). Bu tür yapılanmaların ticaret ünvanları için alacaklıları korumak amacıyla getirilen § 19 V HGB'deki düzenleme de bir takım tartışmaları beraberinde ge-

(36) Bu hüküm özellikle "GmbH & Co. KG veya GmbH & Co. OHG" şeklindeki yapılanmalar için öngörülmüştür. § 161 HGB hükmüne göre, (Komandite ortakların hakiki şahıs olması lazımdır., hükmi şahısların ancak "komanditer" ortak olabileceğini öngören TTK 243 III hükmünün aksine) tüzel kişiler de komandite -sınırsız sorumlu ortak- olabildiğinden sorumluluğun şirkette belli olmasını öngören bu hüküm va'z edilmişti. Bu kuruluş sisteminde komandit veya kollektif şirkette sınırsız sorumlu ortak bir limited şirket olmaktadır.

(37) Bkz. ZIP 1997, 950.

(38) Kanunun orijinal metnine göre bu kısaltmalar "e.K.", "e.Kfm." veya "e. Kfr." şeklindedir.

(39) RGZ 105, 101.

(40) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Hüffer, Uwe; Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. s. 329 vd.

tirmişti. Eski düzenlemeye göre" Gerçek bir kişi şahsi sorumlu ortak değilse, o takdirde ticaret ünvanı §§ 21, 22, 24 veya diğer kanunî hükümlere istinaden devralınmış olsa bile, sorumluluğun sınırlı olduğunu gösterir bir ibareyi ihtiva etmesi gerekir. Şahsî sorumlu ortaklarından birisinin bir gerçek kişi olduğu başka bir kollektif veya komandit şirket şahsî sorumlu ortaklardan ise bu hüküm uygulanmaz (41)" idi. Bu hükmün birinci cümlesi, bir komandit veya kollektif şirkete sınırsız sorumlu ortağın bir limited şirket olduğu durumları kapsıyordu. İkinci cümledeki istisna hükmü ise, bu komandit şirkette sınırsız sorumlu ortak olan limited şirkete, şahsen sorumlu ortaklarından birisinin bir gerçek kişi olduğu bir komandit veya kollektif şirketin ortak olması halini kapsıyordu. Bu istisna hükmünün "çok katlı" (mehrstöckige) "GmbH & Co. KG" tipindeki yapılanmada üçüncü "katta" bulunan bir gerçek kişi şahsi sorumlu ise uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıydı. Bu hükmü dar yorumlayan bir alt mahkeme(42) uygulanmayacağını savunurken, Bavyera Eyalet Mahkemesi aksi görüşü savunmuştu(43). § 19 HGB'nin yeniden kaleme alınmasıyla bu tartışmada Eyalet Mahkemesinin içtihadı yönünde "bir gerçek kişi şahsi sorumlu ortak olmadığı takdirde" ifadesiyle çok katlı şirketleri de kapsayacak hale getirilmiştir. Basamaklarından hiçbirinde bir gerçek kişinin şahsi sorumlu ortak olarak yer almadığı bütün yapılanmalarda sorumluluğun sınırlandırılmasını gösteren ibare ticaret ünvanında yer almak zorundadır.

Ayrıca § 37'den sonra HGB'ye eklenen § 37a maddesiyle "belirli bir alıcıya yöneltilmiş bütün ticarî yazışmalarında"(44) tâcire, ticaret ünvanı, ticaret merkezi , ticaret sicil yeri ve numarasını kullanma zorunluluğu getirilmiştir.

2. Sermaye Şirketlerinin Ticaret Ünvanı

§ 4 AktG'in yeni düzenlemesine göre anonim şirketin ticaret ünvanı "Ticaret kanununun § 22 veya diğer kanunî hükümlere istinaden devralınmış olsa bile, "anonim şirket" ibaresini veya bu ibarenin genel olarak anlaşılabilir bir kısaltmasını

(41) § 19 V HGB eski hali şu şekilde idi: "(5) Ist kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person, so muss die Firma, auch wenn sie nach den §§ 21, 22, 24 oder anderen gesetzlichen Vorschriften fortgeführt wird, eine Bezeichnung enthalten, welche die Haftungsbeschränkung kennzeichnet. Dies gilt nicht, wenn zu den persönlich haftenden Gesellschaftern eine andere offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft gehört, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist."

(42) Bu karar için bkz. ZIP 1988, 1194.

(43) ZIP 1994, 1694.

(44) Kanunun metninde yer alan "Ticarî Mektup" (Geschäftsbrief) ifadesi çok geniş yorumlanarak, fatura ve makbuzlar, telgraf, faks ve e-posta da tanım içerisine dahil edildiğinden "ticarî mektup" ifadesini "ticarî yazışma" diye tercüme etmeyi daha uygun bulduk.

ihtiva etmelidir"(45). Değişiklikten önceki mevzuata göre, kaideten bir anonim şirketin ticaret ünvanında "işletme konusu" bulunmak zorunda idi. Yenilik olarak şirketin kısaltmasının - doktrin ve uygulamada kabul edildiği gibi "A.Ş." şeklinde - ünvanında yer alması şirketin nev'ini belirtmesi açısından yeterli görülmüş ayrıca ticaret ünvanından şirketin "işletme konusu"nun anlaşılması mecburiyetinden (Entlehnungsgebot) vazgeçilmiştir.

Aynı hükümler limited şirketin ünvanı açısından da geçerlidir. § 4 GmbHG'ya göre şirketin ticaret ünvanı, "ticaret kanununun § 22 veya diğer kanunî hükümlere istinaden devralınmış olsa bile, "limite şirket" ibaresini veya bu ibarenin genel olarak anlaşılabilir bir kısaltmasını ihtiva etmelidir"(46). Bu hüküm sayesinde kişi ve maddi (Personen - und Sachfirmen)(47) ile hayalî ticaret ünvanları limited şirketler açısından da mümkün hale gelmiştir.

3. Diğer Değişiklikler

Değişiklikten önceki § 1 II Nr. 7 HGB'ye göre veya § 4 I HGB'deki şartların gerçekleşmesi halinde tâcir sayılan acente (Handelsvertreter), tâcir kavramının yeniden tanımlanması neticesinde ancak işletmesi, nitelik veya hacmine göre ticarî şekilde işletilmeyi gerekli kılması halinde, tâcir sayılacağından § 84 HGB'ye yeni bir fıkra eklenmiştir. "Bu kısımdaki hükümler, acentenin işletmesi nitelik veya hacmine göre ticarî şekilde işletilmeyi gerekli kılmasa dahi uygulanır"(48). Aynı fıkra § 93 'HGB'ye ticaret işleri tellalı açısından üçüncü fıkra, § 383 HGB'ye komisyoncu açısından 2. fıkra olarak eklenmiştir.

F. Sonuç

Sonuç olarak, Alman Ticaret Kanununda yapılan değişiklikler, genelde olumlu karşılanmasına rağmen eleştirilen yanları da olmuştur. Çağımızın sınır tanımayan iktisadi gelişmeleri karşısında TTK'nın da hükümlerinin yetersiz kaldığını, dolayısıyla köklü bir değişiklik yapılması gerektiğini belirtmek yerinde olur. Özellikle tâcir kavramı, ticaret ünvanının yeniden ele alınıp, esaslı ve çağımızın gereklerine uygun hale getirilmesi gerekmektedir. Umarız Türk kanun koyucusu bu konuda elini çabuk tutar, gerekli değişiklikleri en kısa zamanda gerçekleştirir.

— oOo —

- (45) § 4 AktG "Die Firma der Aktiengesellschaft muss, auch wenn sie nach § 22 des Handelsgesetzbuchs oder nach anderen gesetzlichen Vorschriften fortgeführt wird, die Bezeichnung "Aktiengesellschaft" oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung enthalten". HRefG Art. 8, BGB1 I, s. 1478.
- (46) § 4 GmbHG "Die Firma der Gesellschaft muss, auch wenn sie nach § 22 des Handelsgesetzbuchs oder nach anderen gesetzlichen Vorschriften fortgeführt wird, die Bezeichnung "Gesellschaft mit beschränkter Haftung" oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung enthalten."
- (47) Bu kavramlar ve örnekler için bkz. Brox, Hans; age. Rdnr. 140.
- (48) § 84 "(4) Die Vorschriften dieses Abschnittes finden auch Adwendung, wenn das Unternehmen des Handelsvertreters nach Art oder Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert."

YARGITAY YAYINLARI

- **İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU ŞERHİ**
(İkinci Bölüm - Çeşitli Sözleşme İlişkileri - Madde: 184-551)
Dr. Herman BECKER
Çeviren : Dr. A. Suat DURA 3.240.000.-TL
- **BORÇLAR HUKUKUNUN UMUMİ KISMI**
Andreas von TUHR
Çeviren : Av. Cevat EDEGE 3.240.000.-TL
- **UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ KARARLARI (Hukuk - Ceza)**
İsmet KÖKER - İlhan DİNÇ 2.160.000.-TL
- **YARGITAY BİRİNCİ BAŞKANLARININ ADALET YILI**
AÇIŞ KONUŞMALARI (1943 - 1993) 1.620.000.-TL
- **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ KILAVUZU (I)**
(Yıl: 1975 - 1981) 2.160.000.-TL
- **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ KILAVUZU (II)**
(Yıl: 1982 - 1986) 2.160.000.-TL
- **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ KILAVUZU (III)**
(YIL: 1987 - 1991)..... 2.160.000.-TL
- **YARGITAY İÇTİHADI BİRLEŞTİRME KARARLARI**
HUKUK BÖLÜMÜ CİLT: 6..... 3.240.000.-TL
- **125. YILINDA YARGITAY (1968 - 1993)**
ALBÜM 1.620.000.-TL
- **130. YILINDA YARGITAY (1994 - 1998)**
ALBÜM 6.210.000.-TL
- **YARGITAY İÇTİHADI BİRLEŞTİRME KARAR ÖZETLERİ**
(Hukuk - Ceza) 1926 - 1998
Derleyen : H. Bayram USLU 3.240.000.-TL
- **ATATÜRK VE HUKUK..... 3.240.000.-TL**

• **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ**

Cilt : 18, Yıl: 1992, Sayı: 1-12.....	6.060.000.-TL
Cilt : 19, Yıl: 1993, Sayı: 1-12.....	6.060.000.-TL
Cilt : 20, Yıl: 1994, Sayı: 1-12.....	6.060.000.-TL
Cilt : 22, Yıl: 1996, Sayı: 3-12 (1-2 Tükendi).....	5.050.000.-TL
Cilt : 23, Yıl: 1997, Sayı: 1-12.....	6.060.000.-TL
Cilt : 24, Yıl: 1998, Sayı: 1-12.....	6.060.000.-TL
Cilt : 25, Yıl: 1999, Sayı: 1-12.....	9.696.000.-TL
Cilt : 26, Yıl: 2000, Sayı: 1-12.....	15.000.000.-TL

• **YARGITAY DERGİSİ**

Cilt : 18, Yıl: 1992, Sayı: 1-4.....	3.030.000.-TL
Cilt : 19, Yıl: 1993, Sayı: 1-4.....	3.030.000.-TL
Cilt : 20, Yıl: 1994, Sayı: 1-4.....	3.030.000.-TL
Cilt : 21, Yıl: 1995, Sayı: 1-4.....	3.030.000.-TL
Cilt : 22, Yıl: 1996, Sayı: 1-4.....	3.030.000.-TL
Cilt : 23, Yıl: 1997, Sayı: 1-4.....	3.030.000.-TL
Cilt : 24, Yıl: 1998, Sayı: 1-4.....	3.030.000.-TL
Cilt : 25, Yıl: 1999, Sayı: 1-4.....	3.232.000.-TL
Cilt : 26, Yıl: 2000, Sayı: 1-4.....	5.000.000.-TL

- 1- Yayın bedellerine %1 ve %8 oranındaki Katma Değer Vergisi dahildir.
- 2- Süreli yayınlarla, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Hukuk Bölümü Cilt: 6 ve Yargıtay Birinci Başkanlarının Adalet Yılı Açış Konuşmaları (1943 - 1993) ile İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi adlı kitaplarda, Hâkim ve C. Savcıları ile Hukuk Fakültesi Öğrencilerine %20; 1999, 2000 yılı Yargıtay Kararları Dergisi ve Yargıtay Dergisi ile Yargıtay İçtihadı Birleştirme Karar Özetleri (Hukuk - Ceza) 1926 - 1998, Atatürk ve Hukuk adlı yayınlarda %30 indirim uygulanır.
- 3- Süreli yayınlarda indirim uygulaması, yıllık abone olma koşuluna bağlıdır.
- 4- Ödemeli gönderilmez. **Hiçbir yerde temsilcimiz yoktur.**

HESAP NUMARALARIMIZ:

- 1- T.C. Ziraat Bankası Kızılay Şubesi, 216826 - ANKARA
- 2- Posta Çekleri Merkezi, 92932

YAZIŞMA ADRESİMİZ

Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü (Yargıtay Ek Binası) Vekaletler Caddesi, No: 3
06658 Bakanlıklar - ANKARA

Haberleşme İçin Telefon : (0.312) 425 16 32 - 425 16 49

Abone Servisi : (0.312) 417 44 60 / 3505, 3506

Faks: (0.312) 419 41 11

NOT: Yeni Fiyat Listesi 31.01.2000 tarihinden itibaren uygulanacaktır.

