



KURULUŞ : OCAK - 1975, YIL : 27, SIRA SAYI : 103

YARGITAY DERGİSİ



CİLT : 27

OCAK-NİSAN 2001

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* (6. 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 ödemez).
 - 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, **2001 yılı Yargıtay Dergisi abone bedeli 8.000.000.- liradır.**
 - Dergi bedeli **Ziraat Bankası Kızılay Şubesi'ndeki 216826** sayılı veya **Posta Çekleri Merkezi'ndeki 92932 numaralı** hesaplarımızdan birine aktararak ya da **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.**
 - İç kapak ve grafikler: **Faruk AFŞAR**
-

İÇİNDEKİLER

1- GENEL KONULAR

Sayfa

- a) Doç. Dr. Sami SELÇUK Temyiz Yolu Denetimi ve Sınırları 5-46
- b) M. Şükrü ÖZDEMİR Karar Eleştirisi 47-62

2- BORÇLAR HUKUKU

- a) Nihat YAVUZ Doğrudan Doğruya Temsil /
Nam-ı Müstear / Dolayısıyla Temsil /
İnançlı İşlem / Tarafta Muvazaa /
Nam-ı Müstear ile Muvazaa İlişkisi /
İspat Rejimi (ve) Kanuna Karşı Hile
Kavramları ile Bunlara İlişkin
Yargıtay Uygulaması 63-100

3- CEZA HUKUKU

- a) Muhittin MIHÇAK Türk Ceza Kanunu - Madde 312 ... 101-114
- b) Dr. İbrahim ŞAHBAZ Cezanın Ertelenmesinde İçtima
Sorunu 115-136
- c) Hakan HAKERİ Zincirleme-Pratimsel Oyunlar
Düzenleme Suçu 137-172

4- İCRA HUKUKU

- a) Talih UYAR Kambyo Senetlerine İlişkin Haciz
Yoluyla Takiplerde Borca İtiraz
Sebeplerinin İncelenmesi
(İly. Mad. 169/a) 173-224

Sayfa**5- DEVLETLER HUKUKU**

a) Nedim TURHAN

Devletler Özel Hukukunda Kamu

Düzeni 225-238

6- ULUSLARARASI HUKUK

a) Ali Oğuz ŞAHİN

Türk Hukukunda Suçluların

Geri Verilmesi 239-272

7- BİLİŞİM HUKUKU

a) Savaş BOZBEL

İnternet Üzerinden Yapılan

Hukuki İşlemler273-304

TEMYİZ YOLU DENETİMİ VE SINIRLARI

Sami SELÇUK (*)

"Bizi içeriden özgürleştirebilecek ve nesnelere algılama yeteneğimizde bir sicil değişikliğine yol açabilecek biricik araç, hâlâ eleştirel düşünce ve onun en sağır doğrulara acımadan saldıran keskin yüzüdür. Uygarlığımız ve onun temeli olan paradigmanın doğası üzerine düşünülmezse hep belirsiz söylemlerle yetineceğiz demektir."

Daryush SHAYEGAN (Yaralı Bilinç)

"En yanlış düşünceler, en çok vazgeçemediğimiz düşüncelerdir."

NIETZSCHE

"Bilgisini artıran, acılarını artırır."

HİNT ATASÖZÜ

"Zamanından önce gerçeği ortaya atanlar, alışılan yoldan çıkmakla suçlanmayı göze alabilenlerdir."

Pierre Theilhard de CHARDIN

ANLATIM DÜZENİ: I) Hukuk uygulamasında bunalım, A) Varşova'da uyarıcı bir toplantı ve rapor, B) Türkiye'de gerçeği açıklama ödevi, II) Yargıtayın niteliği ve varlık nedeni, A) Yargıtay (Courde cassation) ve Yüksek Mahkeme (Cour suprême) ayırımı, B) Ayırımın sonuçları, C) Ülkemizdeki karmaşa, III) Yargıtayın tekliği ilkesi, A) Tekliğin nedeni: hukuksal yorumda birlik, B) Yargıtayın tekliği ilkesinin örselemesi ve kaçınılmaz/olumsuz sonuçları, IV) Yargıtay denetiminin kapsamı, A) Yargıtayın olayları asla değerlendirememesi ve bu konuda asla hüküm kuramaması il-

(*) Yargıtay Birinci Başkanı

kesi, a) Olaya ilişkin kanı yargılaması, b) Hukuki tanı (teşhis, adlandırma) yargılaması, B) Temyiz yoluna başvurunun sonucu: davayı aktarıcı etkinin (effet dévolutif) salt olaya konulan hukuki tanıyla sınırlı olması ilkesi, V) Yargıtayın işlevlerine göre denetimi ve bunun özet olarak açıklanması, A) Normatif işlevi sağlayan bozma nedenleri, a) Hukuk kuralını bilmemek, b) Hukuk kuralını bilmemenin dışında kalan durumlar ve nedenler, B) Gerekçede disiplin işlevini sağlayan bozma nedenleri, a) Yasal dayanaktan yoksunluk, b) Gerekçe kusurları, VI) Yargıtayın olaya ilişkin kanı yargısı kurmasının tehlikeleri, A) Yargılama boyutuna yansıyan tehlikeler, a) Duruşma evresi anlamsızlaşır, hiçleşir, b) Gereksizlik ya da görünüşte gerekçe, gizli adelettir. B) Yargıtay boyutuna yansıyan tehlikeler, a) İlk mahkemede sonuç alamayanlar, Yargıtayda sonuç almaya çalışırlar, b) Yargıtaya başvuru artar, c) Temyiz yolu kişi yararına işler, d) Yargıtay öz görevlerini yerine getiremez, C) Hukuk boyutuna yansıyan tehlikeler, a) Kesin hükme saygı azalar, b) İçtihat kavramı yozlaşır, c) Örnek karşıoy, VII) Sonuç ve çağrı.

I) Hukuk uygulamasında bunalım:

A) Varşova'da uyarıcı bir toplantı ve rapor:

11-13 Ekim 2000 tarihinde Varşova'da Avrupa Konseyinin 41 üye devletin yüksek mahkeme başyargıçları ya da yargıtaylarının başkanları toplanmışlar, ülke düzeyinde yasaların tekbiçimli yorumunu güvenceye bağlayan yüksek yargı organlarının işlevlerini tartışmışlardır.

Yasa karşısında eşitlik ile hukukta yerleşikliği, tekdüzelliği ve güvenliği sağlayan tekbiçimli yorum yetkisi, yargıç bağımsızlığı ve erkler ayrılığı ilkele-ri açısından enine boyuna irdelenmiştir.

Bu tartışmalar sırasında, duruşma yapan ilk mahkeme yargıcının; kanıtları tartışma ve eylemin kanıtlanıp kanıtlanmadığı (sübut) konusundaki yetkisinin tartışmasız olduğu ve yüksek yargı organlarınca ilk mahkemenin elinden bu yetkinin alınarak ve onun yerine geçilerek asla karar verilemeyeceği sık sık dile getirilmiş, bu konuda esasen hiçbir başyargıç ya da başkanın itirazı olmamıştır.

Oturumun son günü yetkin bir genel rapor sunan emekli Profesör Roger PERROT da, raporunun iki yerinde buna değinmiştir (s. 3 ve 10).

Yıllardır karşıolarımda dile getirdiğim bir konuda, elbette Türk Yargıtayının, hukuk ve ceza davalarında ilk mahkemenin yerine geçerek kanıtları değerlendirdiğini, kanıtlama sorununu (sübut) çözdüğünü her Türk hukukçusu elbette bilmektedir.

Varşova'da sustum.

B) Türkiye'de gerçeği açıklama ödevi:

Ama Türkiye'de susma hakkım yoktur.

Bu yüzden, mesleğinin eylemli aşamasını noktalamaya duran bir hukukçu olarak, bütün meslektaşlarıma bu konuya eğilmelerini salık vererek, eski bir yazımı yeniden ele almak ve daha geniş olarak yayımlamak gereğini duyuyorum.

Aslında Türkiye bir yargılama sendromu yaşamaktadır. Evet, biz de büyük devletler kurmuş bir ulusuz. Latince'deki "justitia fundamentum regnorum", Arapça'daki "el adl-ü essas-ül mülk" karşılığı "adalet mülkün temelidir" özdeyişini benimsemişiz. Ama, bu ülkü bizim için bugün de düş. Üstelik, bizdeki yalnızca adalet bunalımı değil, hem adalet ve hem de yargı bunalımı. Hukuka karşı direnenlerin sayısı, ondan hak umanlar azaldıkça, ters orantılı olarak artıyor. Buna karşın, adalete işi düşmemiş aile yok gibidir. İnsanlarımız adeta "yargısallaşıyor". Sanki her dört kişiden beşi de yargıdan yakınıyor.

Türkiye Cumhuriyeti 1929 yılında –ki ondan önce de bir ceza yargılaması yasası vardır, Osmanlı döneminde Fransız Ceza Yargılaması Yasası uygulanmıştı- Almanya'dan aldığı bir yasayı uygulamaya başladı. Ayrıca, İsviçre'den aldığı Hukuk Yargılama Yasasını yürürlüğe koydu.

Her iki Yasa yürürlüğe girdiklerinde, o dönemin yargıçlarının elinde bir malzeme yoktu. Yasaların ve yasalardaki yepyeni kavramların yorumunda güçlükler vardı. Bu insanlar, devrimin yerleştirilmesi için canla başla çalıştılar. Ama malzemeleri eksikti. Bu nedenle de kimi yanlışlar yaptılar. Bu yanlışlar bugün bize bir miras yoluyla geldi. Türkiye bu yanlışları aşamıyor. Belki de bu sendromun nedenlerinden birisi budur.

Diyelim şu : Türkiye'de insan ve yasa, hatta yasa maddesince sorun var. Hukukun, hukuk bunalımından daha büyük olduğu sürgit unutulduğundan, getirilen yapay, yüzeysel ve geçici çözümler, sorunları çözmek şöyle dursun, bunalımı daha da artırmıştır.

Yargı bunalımının dolaşık ve doğuluca çilesini iplik iplik çözmek için, bu sendromun başlıca semptomlarını biliyoruz. "Gereği düşünülülerle" uzatmalı duruşmalar ; bu uzatmalı duruşmalarda, ilkeleri belli diyalektiğe boş vermeler; "tutanaklar okundu" yargılama saptırmalarıyla (détournement de procédure) hukuku, hukuka aykırılığın sıvası yapan girişimler ; dünyanın her yanında tartışma dendiği halde, olması gerekeni değil, gerçeği iyi yansıttığı için bildiğimce "dur" kökünden türetilen "duruşma" kavramı ve duruşmanın görünüşü; duruşma boyunca değişen yargıçtan yargıca tutanaklarla aktarılan kanı yargıları; duruşma bilincinin yok edilmesi ; denetim yargılaması aşamasındaki yetkisel sınır ihlalleri ; tarafların gittikçe seyirci durumuna düşürüldüğü için yargılanmış şeye (chose jugée : kesin hüküm) saygısının yitmesi ; olay içtihatlarıyla gittikçe saymacalaşan (kazuistikleşen) yasalar ; bilimselleşecek yerde, bilimi kendimize benzetme çabaları ; herkese ayın cezayı veren, insan boyutundan yoksun adalet şeyleşmesi (réification) ve daha birçok dert.

Ölmeden on yıl önce, 78 yaşında yazdığı (1980) bir yazıda ünlü cezaci Marc Ancel, "1989 Zanardelli Yasası, Türk uygulamasında önemli yozlaşmalara uğradı" diyorsa, başımızı ellerimiz arasına alıp uzun uzun düşünmeliyiz. Kızmak yok ; düşünmek var. Eğer bir ülke Ceza Yasasını İtalya'dan alır, ama Fransız ceza hukukuna göre onu yorumlar ve uygularsa elbette büyük yanlışlıklar yapılır. Türkiye Batıdan yasalar almış ; ama yasaların kavramlarını yaratan hukuk bilimini bir yana itmiş, henüz yeterli bir kavramlar ve terimler sözlüğü yaratamamıştır.

Yasalar aynı bile olsa her ülkede hukuk başka gelişir avutmacalarıyla kimse kendini aldatmasın. Hukuk, bir bilimdir. Kavramlar ve terimler dünyasında üretilir ve tüketilir. Aynı hukuk sistemini değişik ülkelerde başka başka geliştirdiği doğrudur. Ama eksik bir doğrudur. Aynı gelişmek başkadır, sistemi başkalaştırmak başkadır. Bu ikincisi eylemli (de facto) bir durumdur, anarşidir. Hukuk bunu reddeder. Başkalığın sınırları bilim açısından bellidir. Gerçekten hukuk bilimi, kurallar ve kavramlar disiplini içinde kimileyin birden çok çözüme ulaşır. Sistemi ayın ülkeler, başa başka çözümleri benimseyebilirler.

Bu bir. Kimileyin de, hukukun (yasanın) kendisi buna izin verir. Sözgelimi, hukuk yerel gelenek ve görenekleri, durum ve koşulları kaynak yapar. Bunlar değişik olduğunda, değişik sonuçlara ulaşılması doğaldır. Bu iki. Eğer aynı yasa, bunların ışında, iki ülkede ayrı ayrı uygulanıyorsa, bunlardan biri kesin-kes yanlıştır. O yüzden, bu ölçütlerin dışına çıkan bir hukuk çokluğu, hastalık belirtisidir. Bu olgu, "ulusal hukuk" kandırmacasıyla açıklanamaz, hoş görülemez. Tutarlı bütünlük demek olan (hukuk) sistemde çatlak var demektir (Carbonnier).

Bu sendromu yoğun bakıma almamız. Agnostik boyun büküklüğüyle, boşunluk duygusuna kapılamayız. Yapılacak iş bellidir. Bilimsel araştırmalara dayanan ciddi yaklaşımlarla çözümler geliştirmek. Bu olanaklıdır. Esasen "olanaksız" Türkçe değildir.

Ben buna, Yargıtay sorunsalıyla başlamak istiyorum. Bunu yaparken ileride daha geniş boyutlu incelemelere temel olacak düşüncelere şimdilik özelden değinmekle yetineceğim.

II) Yargıtayın niteliği ve varlık nedeni:

A) Yargıtay (Cour de cassation) ve Yüksek Mahkeme (Cour suprême) ayırımı:

Konuya geçmeden önce, Yargıtay nedir ve hangi amacı gerçekleştirmek için kurulmuştur sorularını yanıtlamak istiyorum.

Hemen belirteyim ki, birçok ülkede olduğu gibi Türk Yargıtayı da, hukuk tekniği ve terimi anlamında bir Yüksek Mahkeme değildir. Denetim yargılaması yapan bir organın yüksek mahkeme olabilmesi için, gerektiğinde istinaf yetkisini kullanabilmesi, bir başka deyişle ilk (olay) mahkeme gibi kanıtlarla yüzyüze gelerek tarafların etkin biçimde katıldığı tartışmalı ve herkese açık bir duruşma, bilimsel deyişle öğrenme yargılaması (cognizione, cognitio causae) yapabilme; bu nedenle de maddi olayları ve kanıtları değerlendirerek davanın esasına karar verebilme yetkilerini ve de çoğu kez görüldüğü gibi, Anayasa yargılaması ve yönetsel yargılama yetkilerini de taşıması gerekir. Amerika, Louisiana, Kaliforniya, Kanada, İngiltere, Hollanda, Japonya, Romanya, Fildişi Kıyısı gibi ülkelerde durum budur.

Oysa Almanya, Fransa, İtalya, İspanya, İsviçre gibi birçok Avrupa ve bunlardan esinlenen Latin Amerika ve birçok Afrika ülkeleriyle Türkiye'de

yargısal hiyerarşinin başında "bozma mahkemesi" (Cour de cassation, corte di cassazione) anlamında bir denetim organı vardır. Biz buna anlam açısından yetersiz bir terimle, Yargıtay diyoruz. Yargıtaylarda (bozma mahkemelelerinde), ilk mahkemedeği gibi duruşma (öğrenme yargılaması) yapılmadığı, kanıtlarla yüzyüze gelinmediği için denetim organı, ilk mahkemenin yerine geçerek kanıt değerlendirmesi yapamaz. Yeniden duruşma yaparak yollama yargılamasıyla esaslı çözmek üzere hükmü bozmakla yetinmek ve dava dosyasını olay (ilk ya da varsa istinaf) mahkemesine göndermek zorundadır. Birçok ülkede ve bizde (Anayasamızda) Yargıtaya yüksek mahkeme denmesinin nedeni, yargı hiyerarşisinin en yüksek/yüce noktasında bulunduğunu belirtmek içindir; teknik anlamda değildir (Perrot, Colbert, Picca)(1).

Bunu şöyle bir şema üzerinde gösterebiliriz :

Yüksek Mahkeme (Cour suprême; Suprême Court)	Bozma Mahkemesi (Cour de cassation)
1. Tektir. Yargılama birliği ilkesine uyulmuştur.	1. Yargıtayın yanı sıra, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay vardır. Yargılama birliği ilkesi çiğnenmiştir. (Türkiye de altı tane)
2. Anayasa yargısı, adli ve idari yargı yetkileri vardır.	2. Yalnızca adli yargı yetkisi vardır.
3. İstinaf yetkisi vardır, duruşma yapabilir. İstinaf yetkisini kullanmadığı takdirde davanın esasını çözer ve yollama yargılaması yapmaz. Bu yetkiyi kullanmadığı takdirde, hükmü yalnızca hukuk açısından inceler.	3. İstinaf yetkisi yoktur, duruşma yapamaz. Bu yüzden, davanın değil, hükmün yargıcidir. Yollama yargılaması yapar, esasa ilk mahkeme karar verir.

(1) Esasen yüksek mahkeme sisteminin benimsenmediği ülkemizde, bu anlamda, Anayasa Mahkemesi dahil, yüksek mahkeme yoktur. Zira, bir ülkede birden çok yüksek mahkeme olamaz. Anayasamızda kullanılan "yüksek mahkeme" terimini de, yargılama hiyerarşisinin doruğunda bulunan "yüksek dereceli mahkeme" olarak anlamak gerekir. Belki doğrusu, "yüce mahkeme" terimini yeğlemektedir.

B) Ayırımın sonuçları:

Anglo Sakson hukukundan esinlenen ülkelerde tek bir yüksek mahkeme bulunmasının ve yargı birliği ilkesinin gerçekleştirilmesinin çok önemli sonuçları vardır.

İlk mahkemeler önlerine gelen bir davada, bir yasanın anayasaya, bir yönetmeliğin yasaya aykırı olduğu kanısına ulaşırlarsa, bunları uygulamadan geri çekebilirler. Çünkü, yargılama birliği nedeniyle, yüksek mahkeme sorunu kesin çözüme bağlayacaktır. Bu yüzden, yüksek mahkeme sistemini benimseyen ülkelerde, yargı erki son derece güçlüdür ve her konuya devletle bireyi hukuk karşısında eşit kılan "hukukun üstünlüğü ilkesi" temelinde yaklaşılır(2).

Buna karşılık, Kara Avrupası hukukundan esinlenen ülkelerde, dorukta birden çok yüksek yargı organı vardır. Yargı birliği ilkesi çiğnenmiştir.

Bunun en önemli sonucu, adli olsun, idari olsun, ilk mahkemeler, uygulanacak bir yasanın anayasaya ya da yönetmeliğin yasaya aykırılığı söz konusu olursa, bu mahkemelerin tek yapacakları şey, yetkili yargı organına, yani Anayasa Mahkemesi ya da idari yargı organına bu konuda bir karar vermek üzere aykırılık savını iletmek ve sonucu beklemektir. Yani, konuyu kendiliklerinden çözemezler, bekletici sorun yaparlar. Bu yüzden bu ülkelerde, devletle birey hukukun önünde eşit düzeyde olmadıklarından, devleti hukukun içine çekme kavgası sürgit yaşanır ve "hukuk devleti ilkesi" temelinde sorunlara yaklaşılır. Bunun doğal sonucu olarak yargı erki yeterince güçlü kılınamamıştır.

C) Ülkemizdeki karmaşa:

Sözü kaldığım yerden sürdüreceğim olursam, eğer bir ülkede bir denetim organı, duruşma yapmadığı için sadece yollama yargılamasını gerektiren bozma mahkemesi işlevini yerine getirmek zorunda olmasına karşın, dosya tutanaklarına göre kanıtları değerlendirerek maddi olayları çözüme bağlıyor-

(2) Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü kavramları birbirinden ayrı yerlerde doğmuşlardır ve sonuçları da başka başkadır (SELÇUK, Sami, Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne, Ankara 1998, s.539-542).

sa; o artık ne istinaftır, ne de Yargıtaydır (bozma mahkemesidir). Çünkü, duruşma yapmadığı için istinaf değildir. Öte yandan, maddi olayları incelendiği için de Yargıtay değildir. Dünyada da bir benzeri yoktur. Böyle bir organın, istinaf ve temyiz yolu yetkilerini bir arada kullandığını söylemek ise, her iki yolu birbirine karıştırmaktır. Çünkü bu anlayış, Yargıtay kurumunun yalnızca tarihsel ortaya çıkışına, evrimine ve var olma nedenine, amacına, özüne, dogmatik yapılaşma sürecine ve işleyişine ters düşmekle kalmaz; eşyanın doğasından kaynaklanan determinist sonuçlar doğurarak, birçok temel kurum ve süzme kavramların yıkımına da yol açar.

Bizimki gibi, en eski bozma mahkemesi, bildiğim kadarıyla, bugün 210 yaşındaki Fransız Yargıtaydır. 1789 devriminin ürünüdür. 1789 devriminin ürünüdür. Halkın iradesini temsil eden yasamanın çıkardığı yasaların, yargıçlarca ülke çapında birörnek uygulanmalarını sağlamak amacıyla kurulmuştur (özellikle Robespierre, Charroun, Pirieur, Condorcet, Barnave, Le Chapelier, Maury, Combon'un meclis konuşmalarına bakınız). Bu tarihsel ortaya çıkış, var olma ve evrim, bütün ülke Yargıtayları açısından da doğrudur ve bugün de sürmektedir.

III) Yargıtayın tekliği ilkesi:

A) Tekliğin nedeni hukuksal yorumda birlik:

İster yüksek mahkeme, isterse bozma mahkemesi olsun, hukuk metinlerinde geçen kavramların, normların birörnek tanım ve yorumlarını sağlayan mahkeme her ülkede tektir. Oysa olay yargılaması da yapan ilk (ve varsa üst) mahkemeler bütün dünyada birden çoktur.

Gerçekten, hukuksal metinlerin tanımları, yorumları her ülkede tektir. Bu teklik bilimsel gelişme sürecinde değişerek sürer. Sözgelimi hırsızlık, haksız eylem, evliliğin öğeleri ve tanımları böyledir. Hukuksal metinlerde ve kavramlarda bu tek olabilirlik, içtihat terimleriyle anlatılır. Hukukta güvenlik ve süreklilik tanım ve kavramlardadır. Bu da içtihatla kotarılır. O yüzden, bu tekliği sağlayan Yargıtay da her ülkede tektir. Demek, Yargıtay tek olduğu için içtihatla birlik istenmiyor ; içtihatla birlik istendiği için Yargıtay tek oluyor. Bu nedenle tekliği bozan her tutumdan (daire, kurul, bölüm çokluğu) olabildiğince kaçınmak gerekir. Esasen temyiz yolu, taraflara hak, adalet dağıtmak için değil, adalet dağıtan olay mahkemelerinde birörnek hukuka uygun kararı ger-

çekleştirmek içindir; kişilerden çok hukukta güvenlik ve dolayısıyla toplum yararı içindir.

Buna karşılık, olaylar; bir durum (hastalık, düşme), bir etkinlik (söz, jest), bir ruhsal sergileyiş (irade bildirimi, kasıt), bir davranışın ürünü (yazı) olabilirler. Aynı türden olsa ve aynı sanıkça işlense bile, sözgelimi duvar delerek hırsızlık, adam öldürmeye kalkışma gibi olaylar, oluşturdukları zaman, yer, kullanılan araçlar vb. onlarca, yüzlerce başkaları ve etkenler nedeniyle bire bir çakışmak şöyle dursun, birbirlerine asla benzemezler. Bu yüzden her birinin kanıtları ve koşulları başkadır, birbirlerine asla emsal olamazlar. Tek olabilirlik şansları yoktur. Bu olaylar, duruşma (doğrusu tartışma : débat, dibattito) denilen laboratuvardaki verilere göre oluşan kanı yargısıyla saptanırlar. Bu saptamayı yapabilmek için hukukçu olmaya gerek yoktur. Yalnızca saptanılan olaya hukuki tanı (teşhis) koyabilmek için hukuk bilgisi gereklidir. Bu kanı, elbet her olaya göre değişecektir. O nedenle her ülkede olay (ilk-istinaf) mahkemeleri birden çoktur ; olayla ilgili saptama sorunları ne içtihat, ne de emsal olabilirler.

Görülüyor ki, olaylar birbirine benzemediği için içtihadta konu olamıyorlar; o yüzden de olay mahkemeleri birden çoktur.

B) Yargıtayın tekliği ilkesinin örselenmesi ve kaçınılmaz/olumsuz sonuçları:

Bu yüzden "yargıtayın tekliği ilkesini" örseleyecek her türlü işlem ve girişimden özenle kaçınmak gerekir.

Bunlardan birincisi, daire ve üye sayısının çokluğuudur. İtalyan, Fransız, Alman, Belçika vb. ülkelerindeki daire ve üye sayısı, Türk Yargıtayına gelen iş sayısı gözetildiğinde, gerçekten bu sayı çok az ve fakat oransal açıdan fazladır. Ancak, karşılaştırılmalı hukukta, sayılar önemsizdir ve karşılaştırmada gözetilmezler. Karşılaştırılması gereken, vazgeçilmez koordinatları içinde sistemlerdir. Anılan ülkelerdeki Yargıtayların denetim yetkisini yürütürken, hem kullanılan yöntem ve hem de çizilen kapsam, büsbütün ayrıdır ; Türk Yargıtayı ile hiçbir benzerlik sergilememektedir. Bırakınız bizimki gibi bir çırpıda beş daire kurulmasını –ki dünya rekoru bizdedir- iş davaları için yeni bir dai-

re kurulmasının yargıtayın teklifi bozup bozmayacağı Fransa'oda yıllarca tartışılmıştır. Burada önemli olan şudur : UŞ hukukunun, medeni hukukla, ticaret, icra ve iflas ya da ceza hukukuyla hemen hemen hiçbir ilgisi yoktur. Buna karşın, teklik ilkesinin örselenmemesi için Fransa'da bu konuda aşırı bir duyarlılık gösterilmiştir. Oysa Türkiye'de özdeş işlere bakan dairelerin iş yükünü azaltmak ve işbölümünü çoğaltmak için yeni daireler hemen hemen hiç tartışılmadan kurulabilmiştir. Bu konuda duyarlı davranmak ve bu örneklerden ders almak şöyle dursun, gelişmiş ülkelerde de bunlara rastlanıldığı ve üstelik oralarda üst (istinaf) mahkemelerinin bulunmasına karşın bu yola gidildiği belirtilerek, bu yanlış yöntem adeta özendirilmiştir. Bu hoş görülemez. Çünkü, ilkin, bu tutum, ilkenin üzerine titremek değil, tersine Yargıtay kavramı konusunda gösterilen bir duyarsızlıktır, kayıtsızlıktır. İkincisi de, istinaf yolu ile temyiz yolunu birbirine karıştırmaktır. Bu bağışlanmaz bir yanlıdır. Buna ileride kısaca değineceğim.

Bizde bu görüşler savunulurken Fransa'da 6 Ocak 1989 ve 7 Ocak 1991 açık konuşmalarında Fransız Yargıtay Başkanı Pierre Drai, daire, bölüm ve üye sayısının artmasının; Yargıtayı içtihat mahkemesi olmaktan çıkaracağını; bu türden salt mekanik ve matematik çözüm anlayışının Yargıtay içinde küçük yargıtaylar yaratarak, Yargıtayın teklifi ilkesini bozacağını vurgulamıştır. Başkan Drai'ye göre, Yargıtayın gücü ve saygınlığı, hukuk uygulamasında, hukukta sağladığı birlikte ölçülür. Daire, bölüm ve üye sayısının artması bunu kesinkes sarsacaktır; yok edecektir.

Daha sonra gelen gelen Yargıtay başkanları da, Fransa'da açış konuşmalarında aynı kaygıyı dile getirmişlerdir.

Daire ve üye sayısı koşutunda bir başka konu da iş sayısının artmasıdır. Batı Yargıtayları arasında işi en çok olanın yaklaşık on katı olan Türk Yargıtayının, bu koşullarda özgörevini yerine getirdiği ileri sürmek, gerçeği gizlemektir. Böyle bir mahkemedene dosya incelemeye, ne de gerekçeli karar yazmaya zaman bulunamaz. Anayasa ve yargılama yasaları, kararların ve hatta karşı görüşlerin gerekçeli olmalarını buyurmuştur. Gerekçe kamu düzeyiyle ilgilidir. O yüzden ilk mahkeme gerekçesine yollama yapılması gerekçe değildir.

Fransız örneğini sürdürürsek durum şudur: Fransız Yargıtayına gelen iş sayısı bizim yirmide birimiz kadardır. Buna karşın aynı konuşmalarda hem Fransız Yargıtay Başkanı Pierre Drai, hem de Başsavcı Pierre Bezio, buna tezeldenbir çözüm bulunmasını istiyorlar. Çünkü bu çözüm bulunmazsa, Yargıtay içtihat mahkemesi özgörevini yitirecek (Tunc) ve Yargıtay eski Başkanlarından ve (Adalet) Bakanlarından Arpaillange'ın dediği gibi, Yargıtayı yalnızca bir ilk mahkemeye değil, dahası bir suçüstü ilk mahkemesine dönüştürecektir. Buna kimsenin hakkı yoktur. Böyle diyor, Drai. Bezio ise daha ileri giderek, Yargıtay mensuplarını buna boyun eğmemeye çağırıyor. Bir de şunu söyleyeyim: Drai'nin bu konuda önerdiği çözüm, bir kesim davaların temyize gelmesini asla önlemek değildir. Çünkü Drai'ye göre, iş akımını kesmek için kimi davalara temyiz yolunu kapamak, davalar ve hukuk kurumları arasında seçkinci bir seçim (tercih) (un choix élististe) ve eşitsizlik yaratacaktır. Bu da demokrasiyi örseleyeceği gibi, kimi hukuk yorumlarında bir örnek içtihat yaratılmasını da önleyecektir.

Böyle bir anlayışla ve Yargıtay başkanı, üye ve yargıçlarının özverili ve çalışkan olmalarıyla, daire, üye ve iş çokluğu sorunlarının yarattığı sakıncalar asla aşılamaz. Bu, sistemle kişileri birbirine karıştıran bir yaklaşımdır.

Eğer, yargıçların güçleri, olanaklarının son sınırına dayanmışsa, sağlık pahasına çalışılıyorsa, bu esasen sağlıksızlıktır. Hukukta kimseden kahramanlık istenemez.

Dahası her kahramanlıkta bir kayıp vardır.

IV) Yargıtay denetiminin kapsamı:

A) Yargıtayın olayları asla değerlendirememesi ve bu konuda asla hüküm kuramaması ilkesi:

Yukarıda, olay kavramına, bunların neler olabileceklerine değinmiş ; olayların kanıtlanması ve var olup olmadıklarının saptanılması (sübut) için, yargılamada en önemli aşamayı oluşturan, duruşma (tartışma) evresinin yaratıldığını belirtmiştim.

Bunu bir şema üzerinde göstermek istiyorum.

HÜKÜM (décision : jugement) (Tasım (syllogisme, kıyas) işlemi)

A- OLAY (VICDANI KANI) YARGILAMASI B- (küçük önerme)	A- HUKUKİ TANI YARGILAMASI (büyük önerme ve sonuç)
Etkileşim ve geçişim (osmose)	
Kanı (gerçeklik) yargısı (jugement de réalité) oluşur.(Conviction (İngilizce/Fransızca),(=convictio) (Latince)(3), convizione, convincimento (İtalyanca), convencimien-to, convic'on (İspanyolca), Überführung (Almanca).	Hukuki tanı (normatif = değer) yargısı (jugement de valeur) oluşur. (Sentence: sententia, sentenza, sentenc'a, Gerichtsspruch) (sol kesimdeki yabancı dil sırasına göre).
- Özneler : İddia-savunma-karar makamları var (üç makam).	- Özneler : Yalnızca karar makamı var (tek makam).
- Yöntem:Ontolojik gözlemlere dayanan öğrenme yargılaması (cognizione) var ve zorunlu.	- Yöntem : Öğrenme yargılaması hiç yok ve de zorunlu değil.
- İlkeler: a. Açıklık, b. Sözlülük, c.Yüzyüzelik/doğrudanlık, ç.Yoğunluk (kişi, yer, zaman). Gerçeklik yargısı için kurulan bu diyalektik nedeniyle de bu ilkelere uyulması zorunlu.	- İlkeler : a. Gizlilik, b. Yazılılık, c.Yokluk. Diyalektik yok ya da duruşma (murafaa) varsa düşük yoğunlukta.
- Yetki : Yalnızca olay yargısı yapan mahkemenindir.	- Yetki : Hukuki tanı yargısı yapabilen her mahkemenindir.
- Kararın niteliği, uzmanlık istemediğinden hukuksal değildir (compétence extrajudiciare).	- Kararın niteliği, uzmanlık ister, hukuksaldır (compétence intrajudiciare).
- Yasal dayanak : C. Yargılama Yasası, m.254, Hukuk Yargılama Yasası, md.240, 388/3.	- Yasal dayanak : C. Yargılama Yasası, m.307, Hukuk Yargılama Yasası, md. 388/3, 428,
Ortak ilke : Tantum iudicatum, quantum conclusum. (Yargılandığın oranda sonuç çıkar)	

İLK/İSNAF MAHKEMELERİ (I) (4) YARGITAY (BOZMA MAHKEMESİ) (5)

- (3) Convictio sözcüğü, Latince "cum vincere" (birlikte yenmek) sözcüklerinin kaynaşmasından oluşmuştur. Olayın meydana gelip gelmediği; meydana gelmişse fail ya da davalı/davacı tarafından işlenip işlenmediği konusundaki kuşku; diyalektik ilkelere göre yapılan öğrenme yargılaması (cognizione) yöntemiyle yenilecektir. Taraflar bu yargılamaya etkin biçimde katıldıkları için kuşkunun yenilmesiyle oluşan yargı herkesi bağlar; herkes ona saygılıdır (kesin hüküm otoritesi).

Bu şema dikkatle incelendiğinde şu sonuçlara kolaylıkla ulaşılabilecektir:

Her hükümde bir tasım (syllogisme) işlemi vardır. Tıpkı şuna benzer: Her insan (canlı) ölümlüdür (büyük önerme); Atatürk de insandır (küçük önerme); öyleyse o da ölümlüdür (sonuç). Hukuksal tasımda küçük önerme, var olup olmadığı kanıtlarla saptanacak olan olaydır. Büyük önerme ise, bu olaya uyan yazılı hukuk kuralıdır. Olaya uygun hukuk kuralı bulununca, olayın hukuk karşısında ne olduğu belirlenecek, yani hukuki tanı konulacak ve oradan da sonuca/hükme (yaptırım vb.) ulaşılabilecektir.

a) Olaya ilişkin kanı yargılaması:

Bu durumda ilk işlem, küçük önerme dediğimiz olayın kanıtlanması olacaktır. Olayın kanıtlanması için hukukun bulduğu yöntem, duruşma (tartışma) denilen, olayın benzerinin kanıtlarla, keşif gibi uygulamalarla yeniden yaşandığı aşamadır. Bu aşama, yargılamanın en önemli evresidir. Çünkü, geçmişte yaşandığı ileri sürülen olayın gerçek olmadığı ortaya çıkarsa, daha sonraki aşamalara geçmeye gerek kalmayacaktır. Bu yüzden, duruşma aşamasına, kararı verecek olan yargıçların yanı sıra taraflar, hukukta davacı ve davalı, cezada savcı, katılan ve sanık da etkin biçimde katılmalıdır. Duruşma herkesin gözü önünde yapılır ; açıktır. Eğer, kanıtlama işlemi kapalı duruşmalarda yapılırsa, esasen o rejimin ve yargılamanın adları değişir. Açıklık da yetmez. Duruşmada, kanı yargısını oluşturacak makamlar, kanıt kaynaklarıyla (tanıklar, belgeler, bilirkişiler vb.) yüzyüze gelirler, doğrudan doğruya ilişki kurarlar. Bu kaynakların sergiledikleri durumlar, açık duruşmada yüksek sesle (sözlülük) tartışılır. Bu tartışmayı izleyen ve olayın varlığı, yokluğu, var ise onun kim tarafından gerçekleştirildiği konularında kanı yargısına varacak yargıçlar; tutanıklara göre değil, böyle yapılan bir duruşmadaki izlenimlere göre kanı oluştururlar. Tersî durumda yargılamanın ilkeleri bir yana itilmiş; terlemeyen, kekelemeyen, cansız tutanıklara göre karar verilmiş olur. Bu nedenle, duruşmaya katılmamış yargıçların kanı oluşturması, yoğunluk ilkesi gere-

-
- (4) İlk mahkeme olay yargılamasını yaptığı için önce kanı yargısını; sonra da bu kanıya göre hukuk yargısını kurar.
- (5) Yargıtay (bozma mahkemesi), olay yargılaması yapmadığı ve bu olanak elinde olmadığı için kanı yargısı oluşturamaz; ilk mahkemenin kanı yargısının sadece gerekçesini inceler. Ancak, ilk mahkemeyle özdeş olanaklara sahip olduğu için hukuki tanı yargısı kurabilir. Buna ileride değineceğim.

ğince yasaktır ; bu yüzden de duruşma yapanla hüküm kuran yargıçlar aynıdır, asla değiştirilemezler (Ceza Yargılama Yasası m.381, Hukuk Yargılama Yasası m.383).

Görülüyor ki, yargılama, her zaman, doğru ya da yalan olmak üzere iki yanlı ve kolektif bir kuşkuyla başlamaktadır. İddia ve savunmaya dayanan, en azından iki olasılıklı bir kuşkuyu sergileyen bu duruma, mantıkta "diyalog ilkesi" denilmektedir. Tarafların seyirci değil, etkin biçimde katıldıkları duruşmada, duruşmanın vazgeçilmez ilkeleri (açıklık, doğrudanlık, yüzyüzelik, sözlülük, yoğunluk) seferber edilerek, yargıçlarca, olay hakkındaki kanı yargısı oluşturulacaktır. Bu yapay bir olgu değil; insanlığın dahice bulduğu bir kolokyumdur. Zira, olay/vicdani kanı yargısı tutanaklarla yargıçtan yargıca ciro edilebilen bir yargı değil, ilkelere göre yapılan duruşmalarda oluşan bir yargıdır. Bu ilkelere uyularak ulaşılan bir "**olay kanı yargısı**" elbette yalnızca yargıcın (yargıçların) değil, yargılamaya katılanların da katkısıyla oluşan bir yargıdır ; ortak bir yapıttır. Kuşku ortaklaşa yenilmiştir. Yenilen, iddia ya da savunmadan biri değil; başlangıçtaki ortak kuşkudur. O yüzden ulaşılan yapıt da ortaktır; bir tür çoklu birliktir (unitas multiplex). Böyle olduğu, yani herkesin bu ortak yapıtta payı bulunduğu içindir ki, taraflar ona saygı duyarlar. Kesin hüküm otoritesi ve bağlayıcılığı bu ortaklaşalıktan kaynaklanır. Eğer taraflar seyirci durumuna düşer, bu yapıtta payları bulunmazsa, kesin hüküm otoritesi maddi gücünü ve meşruluğunu yitirir, yalnızca biçimsel gücüyle başbaşa alır. Bu yüzden de böyle bir hükme kimse saygı duymaz. Bir başka deyişle, duruşma, onsuз olmaz ilkelere göre yapılmaz, yalnızca duruşmayı yapan yargıçlarca hüküm kurulmazsa; o hükme kimse inanmaz(6).

Bu nedenlerledir ki, olayla ilgili kanı yargısını oluşturacak yargı organları, dünyanın her yerinde yalnızca duruşma yapan mahkemelerdir. Eğer, kanıtlarla yüzyüze gelerek açık duruşma yapmışlarsa, elbette Yargıtay yargıçları da buna yetkilidirler. Tersı durumda ise yetkili değildirler. Çünkü, olayla ilgili kanı yargısı yapabilmek için gerekli olanak ve gereç ellerinde yoktur. Üstelik, bir olayın gerçek olup olmadığını kanıtları değerlendirerek saptamak

(6) Kesin hüküm karşılığı olarak Fransızca ve İtalyanca'da "yargılanmış şey/olay:chose jugée, cosa giudicata" denilmesi, kanımca daha yerindedir.

için, hukuk öğrenimine de gerek yoktur. Herkes bunu yapabilir. Jürilerin haklılık nedeni de bu gerçeğe dayanır. Hukuk öğrenimi ve uzmanlığı, olaya hukuka göre tanı koymada zorunludur. Bunun içinse duruşma yapmaya gerek yoktur. Olay bir kez kanıtlanınca, kapalı odasına çekilen yargıç bu tanıyı koyabilecektir.

Böylece yargılamanın ikinci aşamasına, yani şemanın sağ kesimine gelmiş oluyoruz.

b) Hukuki tanı (teşhis, adlandırma) yargılaması:

Bu yargı için elbette duruşma yapılması gerekmez. Olay (lar) kanıtlanmamışsa sonuç bellidir. Olay (lar) kanıtlanmışsa, yargıç odasına çekilecek, bu olayın yazılı hukukta nasıl değerlendirildiğine bakacaktır. Kanıtlanan olay, hırsızlıktır, dolandırıcılıktır, sahteciliktir, evlilik, boşanmadır vb. diye bir tanı konulacaktır. Olayın hukuki adını (nomen juris) koymak için, artık tarafların hazır bulunmasına gerek yoktur. Yargıç yasalarla başbaşadır. Açık, doğrudan, yoğun, yüzyüze, sözlü duruşma da gereksizdir. Yargıç diyalektiği, olay ve hukuk arasında kuracaktır. Duruşmayı yapan ya da yapmayan her yargıç buna yetkilidir. Ancak, bu hukuki tanıyı koyabilmek için hukukta uzman olmak zorunludur.

Şemanın sağ tarafında yer alan hukuki tanı yargılamasında bu olgu somut olarak görünmektedir. Demek, bu şemada duruşmada hazır olan yargıçla (olay yargıcı) olmayan yargıç (yargıtay yargıcı) gibi olanaklar ve gerekçeler açısından eşit düzeydedirler. O yüzden, hukuki tanı yargısına ulaşma konusunda her ikisi de tam yetkilidirler.

B) Temyiz yoluna başvurma sonucunda davayı aktarıcı etkinin (effet dévolutif) salt olaya konulan hukuki tanıyla sınırlı olması ilkesi:

Temyiz yoluna başvurma sonucunda davayı aktarıcı etkisi (effet dévolutif) yalnızca olaya konulan hukuki tanıyla sınırlıdır. Yargıtay, bu tanıyı bütünüyle inceler ve ilk (olay) mahkemenin yerine geçerek başka bir tanıya ulaşabilir. Ancak, olay kesimi Yargıtaya gelmez, gelemmez.

Özetle, Yargıtay yargıcı, davanın (esasın) değil, kurulan hükmün yargıcıdır. Matematik kesinlikte bir sonuçtur bu. O nedenle de denmiştir ki:

- Yargıtay, yasanın yorumunu **her zaman** denetler.

- Yargıtay, olayların kanıtlanması yargısını **asla** kuramaz.

- Yargıtay, olayların nitelendirilmesini **kimi zaman** denetler. Sözgelimi, eylemin adam öldürmeye kalkışma mı, yoksa yaralama mı olduğuna, kasıt failin iç dünyasını ilgilendiren bir olay sorunu olduğundan, Yargıtay değil, duruşma yapan yargı organı karar verir (7).

Şimdi şu sorulacaktır: Yargıtay olay yargılamasına hiç mi karışamayacaktır? Elbette karışacaktır. Ancak bu yalnızca bir denetleme olacaktır, asla ilk mahkemenin yerine geçerek, eylemin varlığı/yokluğu, sözgelimi bir tanığın yalancılığı/içtenliği, kanıtların inandırıcılığı/kesinliği gibi yargılarda bulunamayacaktır. Çünkü, bu yargıları oluşturacak gereçlerden ve olanaklardan Yargıtay yargıcı yoksundur.

Olay yargılamasını denetlemenin boyutları, sınırları ise bellidir.

Yargıtay, ilkin, maddi olayların Yargılama Yasasına uygun biçimde saptanıp saptanmadığını inceleyecektir. Buna aykırılık (vitium in procedendo) söz konusu ise, karar elbette bozulacaktır.

İkinci olarak, hükmün yargıcı olan yargıtay yargıcı, bu hükmün gerekçesini de inceleyecektir. Maddi olayların gerekçede yeterince yansıtılıp yansıtılmadığını ve yansıtılan maddi olaylara ilişkin kanıtların tartışılıp tartışılmadığını, bu tartışma yapılırken, doğa, mantık, deneyim ve hukuk kurallarına uyulup uyulmadığını inceleyecektir. Eğer, gerekçede eksiklik, çelişki, yetersizlik varsa, hüküm yine bozulacaktır. Böylece Yargıtayın, normatif, yargıçları eğitici görevi ve gerekçelerde disiplini sağlayıcı işlevi ortaya çıkmaktadır. Ancak, Yargıtay, gerekçe denetimi bahanesiyle hiçbir suretle, olay kanısı yargısı yaparak kesin sonuçlara ulaşamayacak ; hükmü gerekçe kusuru nedeniyle bozduktan sonra, yeniden duruşma yaparak hüküm kurması için ilk mahkemeye geri yollayacaktır.

Bu süreci ikinci bir şema üzerinde göstermek istiyorum :

(7) Jobar Bacheller/Xavier Bachelier, Technique de cassation, Paris 1991, s.38.

Olay	- Yargıtay : derece değil : hukuki denetim/bozma mahkemesi
Hukuk	
↑ ↓	
Olay	- Üst (istinaf) mahkeme : İkinci derece
Hukuk	(Eğer üst mahkeme varsa)
↑ ↓	
Olay	- İlk mahkeme : Birinci derece
Hukuk	

Bu şemada, olay yargılamasını Yargıtayın incelemeyeceği, yalnızca gerekçe yoluyla bir denetimin yapılacağı gözetilerek, bu aşamadaki inceleme çizgilerle belirtilmiştir.

Bu şema çarpıcı bir biçimde göstermektedir ki, Yargıtay yalnızca hüküm yargıcısıdır, asla davanın yargıcısı değildir ve olamaz da.

Bu dünyanın her yerinde böyledir. Yargıtayın, yargıtaylığını ve saygınlığını korumak için bu temel kurallara gelişmiş/gelişmemiş her ülkede büyük özen gösterilmektedir. O yüzden 1930 İtalyan Ceza Yargılama Yasasında "gerekçe eksikliğini ya da çelişkisini" bozma nedeni sayan madde bendi (m.475/3), duruşmada saptanacak ve değerlendirilecek olayla ilgili sorunlara Yargıtayın el atmasını kolaylaştıracak bir Truva atı gibi gösterilmiştir. Bugün dahi Cordero gibi bunu olay yargılaması sayan ünlü hukukçular vardır. Ancak, İtalyan Yargıtayının duyarlılığı sayesinde bu sakınca gerçekleşmemiştir. Bu yüzden 24.10.1989'da yürürlüğe giren 1988 İtalyan Ceza Yargılama Yasası, Amerikan sistemini büyük ölçüde benimsediği halde, bu hüküm yerine "gerekçede eksiklik ve belirgin mantıksızlık" deyişini benimsemiştir (m.606/e)(8).

(8) Christiani, Manuela del nuovo processo penale, 1989, 448.

Bu konuda öncülük Fransız Yargıtayınıdır. Aynı nedenlerle olayları gerekçe yoluyla Yargıtayın denetlemesi, önceleri yargıcin olayları saptamadaki kanı özgürlüğünü sınırlıyor, duruşma yapmadığı halde "kapağı örtülü dosyayı karara bağlıyor", yetkisini kötüye kullanıyor diye eleştirilmiş(9), Yargıtay başkanlarından Bellet böyle bir denetime karşı çıkmıştır. Ancak Fransız Yargıtayı yalnızca olay denetimi yapmış, ama olaylarla ilgili saptamalarda asla bulunmamıştır. Bugün de bulunmamaktadır. Özetle bu denetimin alanı saydamdır. Kül rengi değildir.

Fransa'daki bu gelişme, ikinci dünya savaşından sonra, Fransa kadar olmasa bile, Belçika, İsviçre, Almanya ve İsveç'te (ki yüksek mahkeme vardır) de görüldü(10). 1974'te ilk kez Gerhard Fezer, sistemli bir incelemeyle Almanya'daki gelişmeye parmak bastı, "genişletilmiş temyiz yetkisi" terimini(11) ortaya attı ve Alman Yargıtayının salt hukuki inceleme yetkisini aşmayı meşrulaştırmak mı istediğini sorguladı. Kleinknecht/Meyer Şerhinin 37. basısında(12), Fezer'in bu terimi eleştirilmiş, Löwe/Rosenberg'in Hanack tarafından hazırlanan şerhlerinin 24. basısında(13), deneyim kuralına aykırılığın da gerekçe denetimi kapsamına girdiği belirtilmiştir. 1991'de Freiburg'da uzun uzun görüştüğüm Prof.Dr. Jescheck de, Alman Yargıtayının olayları ve kanıtları asla değerlendirmedini ve bu konuda kanı yargısı oluşturmadığını, ancak gerekçe denetimi yaptığını ve Fransız Yargıtayına bütünüyle yaklaştığını söyledi. Albin Eser, Gropp, Yargıtay 4. Ceza Dairesi Başkanı Jähnke de bunu doğruladılar. Jähnke ayrıca, Fezer'in kendilerini uyardığını da açık yürekle belirtti.

Yargılama yasalarımıza göre, Türk Yargıtayı için de durum aynıdır.

(9) Pageaud, ileten Boré, n.3852.

(10) Boré, n.3846 ; Habscheid, s.90.

(11) Yargı yılı (1988) açış konuşmasında, "Yargıtaya genişletilmiş bir temyiz yolunun açılarak" maddi olayı en geniş biçimde inceleme olanağının sağlanması istenilmiştir. Maddi olayı değerlendirdiği ileri sürülen bir organın, yetkisinin genişletilmesinden değil, olsa olsa daraltılmasından söz edilmek gerekmez mi ?

(12) 1987, m.337.

(13) 1988.

Doğrusu da budur. Duruşma yapmayan Yargıtay, hiçbir ülkede olayları hükme bağlamaz, bağlayamaz. Yalnızca gerekçe denetimi yapar. Denetim başka şeydir ; ilk mahkemenin yerine geçerek olay hakkında hüküm kurmak büsbütün başka şeydir.

Diyeceğim özetle şudur : salt hukukta eşitlik, içtihatla birönekliği; içtihatla bir örneklik, Yargıtayda tekliği doğurmuştur, gerektirmiştir. Gerçekten bir örneklik, aynı olayın sonsuza dek çeşitlenen türlerinde bile görülemez ; yalnızca hukuki kavram ve yorumlarda sağlanabilir. O yüzden olayı öğrenme (cognizione) yargılaması yapan olay (ilk/istinaf) mahkemeleri her ülkede çoktur. Olay yargılaması (duruşma) yapmayan ve bu nedenle de tek olup içtihatla birliği sağlayan Yargıtayın ise, olayı denetleme yetkisi, gerekçeyle sınırlı, kesinleyip çözmesi yasaktır.

Nasıl belli ortamda saf suyun yüz derecede kaynaması önlenemezse, neden-sonuç (zorunluluk) ilişkisi içinde matematik kesinlikle eşyanın doğasından çıkan bu sonuçlar da değiştirilemez. "Bize özgü" ya da "biz bize benzeriz" yollu sığ/yüzeysel bahanelerle bilime karşı çıkılmaz. Bilim kumar oynamaz, buna izin de vermez. Buna kalkışılırsa bedeli ağır ödenir.

Dünyada bu bedeli ödemeyi göze alan tek ülke yoktur. Yalnız bizimki gibi bozma mahkemesi (yargıtay) sistemini benimseyenler değil ; istinaf, yani duruşmayla olay yargılaması yapabilen yüksek mahkeme sistemini benimseyen ülkelerde bile bu kurallara kesinkes uyulmaktadır. Örneğin, Kanada Yüksek Mahkemesi, Kuruluş Yasasına göre, ceza ve hukukta tam istinaf yetkisine sahiptir (m.34,52). Dokuz yargıçtan oluşur. Bunlardan Yargıç C.D. Gonthier, mahkemenin bu yetkisini hemen hemen hiç kullanmadığını, duruşma yapmadığı için de kanıt değerlendirmesine girerek olaya ilişkin hüküm kurmadığını, Yüksek Mahkemeyi ziyaretim sırasında, kesin bir dille bana açıklamıştır. Hollanda, İngiltere, Kaliforniya, Romanya, Louisiana, Japonya, Fildişi Kıyısı(14) gibi ülkelerdeki yüksek mahkemelerde de durum budur.

(14) Bu konuda yetkin bir örnek olan Fransa'daki durumu bilmek isteyen meslektaşlarıma şu incelemeye başvurularını salık verebilirim : Sami SELÇUK, Les voies de recours en France, AÜSiyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi C.XLV, 1-4 (Ocak/Aralık 1990), 119-184.

Bozma mahkemelerinde (yargıtay) ise her zaman böyledir. Sözgelimi Avrupa ülkeleri Almanya, Fransa, Belçika, İsviçre, İspanya, Rusya, Polonya, İtalya, Latin Amerika Ülkeleri Venezüella, Uruguay, Kolombiya, Peru, Meksika, Guatemala, Dominik, Şili, Afrika Ülkeleri Fas, Kongo, Kamerun, Zaire gibi.

Yer darlığından, yararlandığım ya da dört ülkede görüştüğüm yazarların ve yargıçların yalnızca sayılarıyla yetindim, adlarını veremedim, 28 ülke ve iki yüze yakın kaynak. Bunları ilerideki incelememde ayrı ayrı belirteceğim.

Bütün bu ülkelerde, tüm kaynaklar derler (ve yargıçlar uygulatlar) ki, Yargıtayın, kavramın tam anlamıyla Yargıtay olabilmesi ve kalabilmesi için, on-suz olmaz (sine qua non) en az koşul, incelemesini hukuk alanı içinde yapmak, kanıt değerlendirmesine asla girmemek ve olaya ilişkin hüküm kurmaktır. Üye, daire, iş sayıları, yani biçimler az çok değişebiliyor. Ama bu temel ilke hiç mi hiç değişmiyor. Ona ödünsüz uyuluyor. Çünkü Yargıtayların, ülke boyutunda hukukta birlik ve sürekliliği gerçekleştiren normatif ve gerekçelerle tutarlılığı sağlayan disiplin özgörevlerini (misyon) yapabilmeleri bu ilkeden sapmamaya bağlıdır. O yüzden kimki, duruşma yapmayanyargıtayın kanıtları değerlendirdiğini ve istinaf/temyiz işlevlerini birlikte yerine getirdiğini söyler; yalnızca hukuka, bilime, mantığa, eşyanın doğasına, dünyaya ters düşmekle kalmaz; bir olmazın, yeryüzünde örneği görülmemeyen bir sistemsiz yapılanmanın getireceği tehlikeleri de savunmuş olur(15).

(15) Kimi meslektaşlarımız, bu konuda gerekçe incelemesinin yetersiz kalacağını, kendi deyişleriyle "ilk mahkemelerin kararlarına saygı göstermenin" onları denetimsiz ve başıboş bırakacağını, bunun da keyifliğe yol açabileceğini ileri sürmektedir.

Bu görüş yerinde değildir. Gerçekten, bir görüşe saygılı olmak demek, ona uymak ya da teslim olmak yahut da kimi tartışmalarda görüldüğü gibi, incelik gereği, "saygılıym" diye geçiştirmek değildir. Bunlar, görünüşte ya da sözde saygılıdır. Batılıca değil, doğuluca bir yöntemdir. O yüzden, bir görüşe gerçekte ve özde saygılı olmak demek, o görüşü derinlemesine incelemeye, eleştirmeye, üzerinde durup değerlendirmeye değer bulmak demektir. Böyle yapıldığı takdirde ulaşılabilecek sonuç, ilk mahkeme kararlarını gerekçe açısından değerlendirmenin, kanıt değerlendirmesi yaparak onun yerine geçerek karar vermektense daha geniş bir denetim ve karar bozulduğu takdirde de daha zengin olanaklar sağladığı açıkça görülür. Nitekim, dünyadaki ve bizdeki denetimler de bunu göstermektedir. Sözgelimi, dinlenen tanıklardan A ve B sanığın suç işlediğini, C ise işlemediğini söylemiş, yerel mahkeme gerekçe göstermeden A ve B'nin anlatımlarına göre hüküm kurmuşsa ; kanıt değerlendirmesi yaparak ve ilk mahkemenin yerine

geçerek karar verme anlayışının burada takınacağı tutum şudur: Eğer kanıt değerlendirmesinde A ve B'nin anlatımlarını daha inandırıcı buluyorsa, çelişkiye karşın, dava ekonomisi nedeniyle zaman yitirmemek için kararı onamak. Eğer, kanıt değerlendirmesinde, C'nin anlatımlarını daha inandırıcı buluyorsa, buna göre karar verilmesi için hükmü bozmak. Oysa, kanıt değerlendirmesi yapmayan, bunu duruşma yapan organa bırakarak gerekçe açısından hükmü denetleyen anlayışın burada takınacağı tutum ise şudur: A ve B ile C'nin anlatımları arasındaki çelişki giderilmemişse, ilkin Ceza Yargılama Yasasının hükmüne (m.54/2) uyulmadığından karar bozulacaktır. Çelişki giderilmek istenilmiş ve fakat giderilmemişse, hangi anlatımın hangi neden(ler)le üstün tutulduğu açıklanmadığı için, gerekçe kusurundan hüküm bozulacaktır. Böyle bir bozma karşısında, ilk mahkemenin, soruşturmalarda ve gerekçelerde daha ciddi ve duyarlı olacağı açıktır. Bu tutum ise, denetim yargılaması yapan organın, ilk mahkeme kararını bir görüş (mütalaa, opinion, opinione) olarak değerlendirmeye değer bularak saygı göstermesinin çarpıcı bir örneğidir ve "ilk mahkeme kararına saygı göstermenin" gerçek anlamı da budur. Bu yüzden de, 4.Ceza Dairesi : "temyiz davasının esastan reddiyle onama" kararlarında gerekçeye yönelik denetlemesini genellikle şu biçimde açıklamaktadır: "... Sanığa yükletilen bıçakla yaralama ve saldırgan sarhoşluk eylemleriyle ulaşılan çözümü haklı kılıcı zorunlu öğelerinin ve bu eylemlerin sanık tarafından işlendiğinin Yasaya uygun olarak yürütülen duruşma sonucu saptandığı, bütün kanıtlarla aşamalarda ileri sürülen iddia ve savunmaların temyiz denetimini sağlayacak biçimde ve eksiksiz sergilendiği, özleri değiştirilmeksizin tartışıldığı, vicdani kanımın kesin, tutarlı ve çelişmeyen verilere dayandırıldığı, eylemlerin doğru olarak nitelendirildiği ve Yasada öngörülen suç tiplerine uyduğu, cezaların yasal bağlamda uygulandığı anlaşıldığından, sanık Ü.Y. müdafinin ileri sürdüğü nedenler yerinde görülmemiş olmakla, tebliğnameye uygun olarak, TEMYİZ DAVASININ ESASTAN REDDİYLE HÜKÜMLERİNİN ONANMASINA" Y.4.C.D., 20.11.19991-6217/7065...". Bu yoğun özetlemede, gerekçe denetiminde çok şeyin arandığı, kimileyin bir sözcüğün anlatığının tersi yapıldığında kararın bozulacağı açıklanmaktadır. Sözelimi "eksiklik", "çelişki" varsa, kararın gerekçe kusuru nedeniyle kesinkes bozulacağı iletisi, ilk mahkemeye ulaştırılmaktadır.

Hukuk, her zaman bir nedene dayanır. O yüzden gerekçesiz karara asla göz yumulamaz. Göstermelik, görünüşte gerekçe de gerekçe değildir. Sözelimi, yıllarca ilk mahkemeler, temel cezanın üzerinde bir cezayı öngörürken şu sözcüklerle yetinmişlerdir. "takteren" ya da "takteren ve teşdiden". Bu ise, gerçekte değil, görünüşte bir gerekçeydi. Ancak, kimi durumlarda da Yargıtay suçun işlenişinde bir özellik olmadığı gerekçesiyle hükmü bozuyordu. Kimi kararları onamak, kimilerini de bu tür açıklanması zor bir gerekçeyle bozmak elbette eşitlik ilkesine ters düşüyordu. 4. Ceza Dairesi, Türk Ceza Yasasının 29. maddesinde 21.11.1990 tarih ve 3670 sayılı yasayla yapılan değişiklikten önce, ilk mahkemelerin "takteren", "takteren ve teşdiden" sözcüklerine dayanan görüşlerini, görünüşte "saygılıyım" diyerek değerlendirme dışı bırakmadı. Değerlendirerek saygı gösterdi ve bu tür gerekçeye dayanan tüm kararları, bu saygıya dayanan değerlendirme sonucunda gerekçe açısından yetersiz bularak, ayırım gözetmeksizin, şu gerekçeyle bozdu: "korunan hukuki (ve varsa maddi) konunun önem ve değeri, suçtan doğan zarar ya da tehlikenin nitelik ve niceliği, eylemin hukuka aykırılık boyutu, işleniş biçimi, yer ve zamanı, kullanılan araçlar gibi nesnel; sanığın suça iten güdü, amaç, irade ve kusurluluktaki yoğunluk, suç işleme becerisi, sanığın kişiliği, geçmiş ve yaşamı, eylem anındaki, öncesindeki ve sonrasındaki davranışları, ailesel, ekonomik ve toplumsal ilişkileri ve konumu gibi öznel ölçütler gözetilmeden, temel cezanın, sanığın kişiliğini ve eylemini dışlayan "takteren" sözcüğüyle ve yetersiz gerekçeyle alt sınırın üzerinde ceza verilmesi yasaya aykırın.."

"Yargıtay, davanın değil, hükmün yargıcıdır" ilkesinin önemli bir sonucu da şudur : bir iddia (olay, işlem, eylem, suç) nedeniyle açılan dava hakkında hüküm kurulmamışsa, Yargıtayın inceleme yapacağı konu da yok demektir. Sözelimi, cezada konut dokunulmazlığını bozma ve sarkıntılık suçlarından ya da hukukta taşınmazı boşaltma ve kiraya artırma nedenlerinden iki dava açılmış ve fakat yargıç bunlardan yalnız biri hakkında hüküm kurmuş, öbürü hakkında hüküm kurmayı unutmuşsa, bundan zarar gören (katılan, savcı, davacı) kararı "hüküm kurulmaması" gerekçesiyle temyiz etmişse ; hüküm bozulamaz. Çünkü, her dava ve hakkında kurulan her hüküm, öbür dava ve hüküm karşısında bağımsızdır. Bir başka dava sonuçlanmadı diye, sonuçlanan davanın kararı bozulamaz. Hüküm kurulmayan dava aleyhine temyiz gidilmişse, Yargıtay, temyiz incelemesine konu hüküm bulunmadığından "karar vermeye yer olmadığına" (non-lieu à statuer) ilişkin bir karar vermekle yetinmek zorundadır. Bu ilgilileri uyarıya yeterlidir. Bizde ise, "Yargıtay davanın değil, hükmün yargıcıdır" ve "hükümlerin bağımsızlıkları" ilkeleri gözetilmediğinden, açılan dava hakkında hüküm kurulmadığı gerekçesiyle öbür hükümlerin de bozulduğu gözlenmektedir. Bu elbette doğru değildir(16).

Dikkat edilirse, 4. Ceza Dairesinin yol gösterici nitelikte verdiği değerlendirme örnekleri, değişen maddede öngörülen örneklerden fazladır ve değişiklikten sonra da bu bozma gerekçesi bilinçle sürdürülmüştür (örneğin, Y.4.C.D., 19.11.1991-5836/6996; 24.12.1991-7319/8223; 21.1.1992-7658/260). Böylece ilk mahkemelere şu ileti verilmek istendi : Gerekçesiz karar olamaz. Temel cezanın üzerinde ceza verilmesinin gerekçesi ise sonsuz gözlem ve nedenlere dayanabilir. Yeter ki, bunlar dosyadaki verilerle gelişsin. Çelişirse karar elbette bozulacak, çelişmezse, onlarcası, yüzlercesi, binlercesi arasından denetim organının istediği gerekçelerden biri gösterilmedi diye bozulamayacaktır.

- (16) Yargıtay 4. Ceza Dairesi, açılan davalardan biri hakkında hüküm kurulmadığı takdirde, buna yönelik temyizde şöyle karar vermektedir : "Sanık hakkında yaralama suçundan açılan ve henüz sonuçlanmamış bulunan kamu davası hakkında zamanaşımı içinde hüküm kurulabileceği ve yasa yoluna konu bir hüküm de bulunmadığı anlaşıldığından, temyiz davası isteği hakkında bir "KARAR VERMEYE YER OLMADIĞINA ve dosyanın incelenmeksizin karar mahkemesine GERİ GÖNDERİLMESİNE" (Y.4.C.D., 24.9.1991, 4336-5167, 19.12.1991, 7050-8124). Geri gönderme kararına üzerine, dava sürdüğünden, elbette yargılama da sürecek ve bir karar verilecektir. Yerel mahkeme davadan elini çekmiş olamaz.

Hukukta konu yahut da cezada sanık ya da suç çokluğu nedenleriyle birden çok dava açılmış ve hepsi hakkında hükmün kurulmuşsa ve hepsi temyiz edilmişse, bunlar birbirlerinden bağımsız olarak denetleneceklerdir. Bu yüzden de bozma ya da onama kararları ayrı ayrı olacaktır. Hepsi hukuka uygunsuz, tekil değil, çoğul anlatım kullanılacak ve "temyiz davalarının esastan reddiyle hükümlerin onanmalarına" karar verilecektir.

V) Yargıtayın işlevlerine göre denetimi ve bunun özet olarak açıklanması:

Yargıtayın işlevlerini ve yukarıdaki bilgileri gözeterek yapabileceği bozmaları aşağıdaki biçimde özetlemek olanaklıdır.

A) Normatif işlevi sağlayan bozma nedenleri:

a)Hukuk kuralını bilmemek (méconnaissance d'une règle de droit):

1)Yargılama yasasının hükümlerine uymamak (vitium procedendi).

2)Hukuk kuralını hiç uygulamamak (vitium iudicando).

3)Hukuk kuralını yanlış algılayıp, yanlış uygulamak (vitium iudicando).

4)Yetki aşımına (excès de pouvoir, eccesso del potere) düşmek. Örneğin, uygulanan yasayı kararda eleştirmek ya da taraflar hakkında incitici değer yargılarında bulunmak gibi.

Bu sonuncusu, yargıtayın disiplin işleviyle de ilgilidir.

b) Hukuk kuralını bilmemenin dışında kalan durumlar ve nedenler:

1)Özü/niteliği başkalaştırma/değiştirme (dénaturation): Olayın, davanın temel verilerinin anlamını değişik ve özüne ters düşen biçimde algılamak. Takdir hakkı, elbette böyle bir algılamaya izin veremez.

2)Bağdaşmaz kararlar verme (contradiction de jugements).

3)Hukuksal dayanaktan yoksunluk (la perte de fondement juridique): Kararın dayanağını oluşturan yasama ya da yürütme işleminin kalkması ya hut da bir belgenin sahteliğinin saptanmış olması gibi.

B) Gerekçede disiplin işlevini sağlayan bozma nedenleri:

Gerekçelerde disiplini, tutarlılığı sağlamak, yargıtayın gerekçe denetimini çok dikkatli yapmasıyla olanaklıdır.

Gerekçe, yargısal etkinliğin sürecini ve sonuçlarını yansıtan eksikliklerden ve fazlalıklardan arınmış bir yapıt olmalı, herkesi doyurmalıdır.

Yargı kararı, bir teorem değil, gelişen bir buluştur(17).

Yargının demokratik denetimi gerekçe yoluyla sağlanır. Gerekçe, tartışmacı demokrasinin güvencesi, eşsiz bir fetihtir.

Kurulan hükmü beslemeyen bir gerekçe yetersizdir.

Ancak yargıtay, gerekçe denetimini yaparken yollama yargısının olayı/kanıtları değerlendirme ölçütlerini ve yetkisini dondurmamaya özen göstermelidir. Bu bilinçle davranılmazsa, yollama yargılaması/duruşması, göstermelik bir törene dönüşür.

a)Yasal dayanaktan yoksunluk (le défaut (le manque) de base légale):

Mahkeme bir yasayı çiğnememiştir. Ancak söylemleri (énonciation) öyledir ki, yargıtay, çözümün hukuk kurallarına uygun olup olmadığını denetleyemez durumdadır. Sözgelimi, hangi hükmün hangi olayla ilgili olduğu anlaşılammaktadır. Bir başka deyişle temyiz olunan kararın nedenceleri (motifleri) davada söz konusu yasanın uygulanması haklı kılan öğelerini bilmeye ve öğrenmeye olanak vermemekte, desteklemeler yetersiz kalmaktadır.

b) Gerekçe kusurları (vices de motivation):

1)Uyuşmazlıkla ilgili veriler, öğeler, taraf itirazları yeterince sergilenmemiştir. (non exposé des données du litige et/ou des moyens des parties): Yargılamada, her istek bir davadır ve bir kararı gerektirir (tot capita, tot sententia).

2)Gerekçe yokluğu (le défaut de motifs (ou défaut de rationalité de motivation), la mancanza di motivazione):

Yargıtay denetimi için gerekçe tam olmalıdır. Ancak, yönetsel yargı işlemleri, mutlak takdir yetkisi (pouvoir discrétionnaire) gibi hiç gerekçe istemeyenler ya da bir başka hükmün sonucu olan örtülü/zımmi gerekçe (motif

(17) Mimin, 337.

implicite) ayrıktır. Bu konuda ölçüt şu olmalıdır: Kararın alınıyazısını etkileyen her vargiya (conclusion) yargıç yanıt vermek zorundadır.

Gerekçeler davaya uygulanabilir olmadıkları takdirde de yok sayılır (Le défaut de rappel des parties)(18).

3) Gerekçe yetersizliği (insuffisance de motifs, la motivazione insufficiente): Yanıtlar belirsizdir. Gerekçe hüküm fıkrasına yetmemekte, onu beslememektedir.

4) Gerekçe kapalıdır/açık değildir. Savı kanıtsama (pétition de principe) yöntemi ya da genel afaki/anonim deyişler kullanılmıştır. Olaylar yeterince betimlenmemiştir. Denetim olanaksızlaştırılmıştır (simple affirmation ou motif d'ordre général).

5) Kuşku verici gerekçe (motif dubitatif): Duraksamalar sergilenmiş, kabulle ret arasında bocalanmış, "öyle geliyor ki..." gibi kuşkulu anlatımlara yer verilmiş, mahkemenin de doyumuzluğunu gösteren kuşkulu önerilere (proposition dubitative) yaslanılmış, çözümün sağlamlığı gölgelenmiştir.

Ancak bunlar, fazladan nedenceler (motif surabondant), yani öbür nedence(ler) in yetmesi durumunda ya da sonuca etkisiz nedence (motif inopérant) ya da maddi yanılıyla ilgili olsa da sonuca etkisiz ise bozma nedeni yapılmamalıdır.

Seçenekli önermeler (ihmal ya da tedbirsizlik gibi) de böyledir. Yeter ki, bunlar "ve" bağlacıyla bağlanmış olsunlar.

6) Varsayıma dayalı gerekçe (motif hypothétique): Kuşkulu gerekçeden farklıdır. Ulaşılan hukuki çıkarım/sonuç (déduction juridique) belirsiz değildir. Ancak karar, kanıtlanmamış bir olayın varsayımına ya da tahminine dayanır.

Ancak, bir önceki kuşku verici gerekçe gibi, fazladan ve etkisiz nedenceler söz konusu ise, hüküm bozulmamalıdır.

7) Çelişik gerekçeler (motifs contradictoires) ve türleri:

(18) Ayrıca "çelişki" bölümüne bakınız.

a) Çelişki, gerekçe (motif) kesiminde: İki nedence birbiriyle bağdaşmaz. Ancak her çelişki bozma nedeni olmamalıdır. Sözelimi, usavurma kusuru (fikrî çelişki) bozmayı gerektirmez. Bozma için çelişkinin olaylara ilişkin (maddi çelişki) olması gerekir. Olaylardan çıkan hukuki sonuç çelişkisi bozma için yeterli değildir. Ayrıca bu çelişki fazladan (surabondant) ya da etkisiz (inopérant) olmamalıdır.

b) Çelişki, gerekçe (motif) ile hüküm fıkrası (dispositif) arasında ise hüküm mutlaka bozulmalıdır.

c) Çelişki, hüküm fıkrasının (dispositif) ögeleri (chef) arasında ise hüküm yine bozulmalıdır.

Çelişik nedenceler birbirlerini karşılıklı olarak yok ettiklerinde, hüküm gerekçeden yoksun kalır. Bu nedenle bozulması gerekir. (Les motifs contradictoires se détruisent réciproquement, donc, il ne reste plus rien. –La contradiction entre les motifs et/ou le dispositif équivaut au défaut (à l'absence) de motifs).

8) Alıntılanan gerekçe (motifs pris d'une autre décision): Bir başka karardan alıntılanan gerekçe de bozma nedenidir. Çünkü her yargı kararı kendi kendine yetmelidir (Toute décision de justice doit se suffire à elle-même). Bu başka kararın, daha önce ya da birlikte (müterafik: concomitant) olması önemli değildir.

Şu ek bilgiyle bu konuya son verebiliriz.

Gereksiz/fazladan nedenceden (motif surabondant) amaç şudur: Başka nedenceler zorunlu olarak aynı sonuca ulaştıkları takdirde, kuşkulu, varsayımı ve çelişik bir gerekçe gereksizleşir ve bozma nedeni olmaz.

Etkisiz nedenceden (motif inopérant) amaç ise şudur: Salt düzeltilemlerle (réctification), maddi yanılıyla ilgili, temyize başvuran yararına ya da çözümde sonuca etkisiz yahut da yerine bir başka nedencenin geçebileceği nedencedir (motif substitué).

Yerine geçilebilen nedence (motif substitué) ise ayrıktır ve şu koşulları taşır:

a) Eleştirilen ile yerine geçilen ve geçen nedence salt hukuki olmalıdır. Yargıtay olaya ilişkin nedencede ilk mahkemenin yerine asla geçemez.

b) Yerine geçilen gerekçe, yargıcın özgürce saptayıp özgürce değerlendirdiği eylemlere dayanan hukuki nedencedir. Olaylara ilişkin gerekçe her tür kusurdan/yanılgıdan uzak olmalıdır. Bu koşulla salt hukuki nedence, ilk mahkeme nedencesinin yerine geçebilir.

c) Bu nedencenin ortaya çıkardığı karar da salt hukuki olmalıdır.

VI) Yargıtayın olaya ilişkin kanı yargısı kurmasının tehlikeleri:

A) Yargılama boyutuna yansıyan tehlikeler:

a) Duruşma evresi anlamsızlaşır, hiçleşir:

Daha önce söylediğim gibi, yargılamanın en önemli bölümü duruşmadır; duruşmasız yargılama, yargılama değildir; o artık başka bir şeydir. Tüm kurallar, görkemli tartışmalar, vazgeçilmez vektör ilkelerin hep birlikte oluşturmak için seferber edildikleri kanı yargısı yadsınır, yok edilir. Onun yerine tez/antitezin temsilcisi tarafların bulunmadığı kapalı odalarda, sözlülük, yüz-yüzelik, doğrudanlık, açıklık, yoğunluk ilkelerini yıkma pahasına, cansız tutanaklardan sezgi gücüyle çıkarılan tutanak bağımlısı yargılar geçer. Bozmadan sonra yapılan duruşmalı yollama yargılaması da gereksizleşir. Gerek duruşma, gerek yollama yargılaması, tümü de davayı uzatan avare kasnak gibi gereksiz/anlamsız birer aşama olup çıkarlar. Öyle ya denetim organı açık duruşma sonunda çözülecek olaya ilişkin sorunları duruşmasız da çözecekse, açık duruşma yapıp insanları tedirgin etmeye, onca yorgunluğa neden gerek duymuştur? Bir yargıcın soruşturmayı yapması, kanıtları toplaması, kanısın içeren bir özetle (fezleke) dosyayı yargıtaya göndermesi daha iyi olmaz mı?

Duruşmasız olaya ilişkin kanı yargısı oluşturmanın sakıncaları saymakla bitmez:

1) Bir kere daha kötü araçlara, olanaklara sahip olanın ya da olmayanın yargısı, duruşma laboratuvarında daha yetkin araçlar ve olanaklarla donatılanın yargısının yerine geçer. Hastasını doğrudan muayene eden hekimin tanısı, telefonla aldığı bilgiye göre sonuçlar çıkaran hekimin tanısına kurban edil-

miştir. Kılıcın atomu yenmesi gibi, kapalı dosya tutanakları, açık yargılamanın gerçek kanıtlarını ve izlenimlerini yenmiştir. "Yargıladığın oranda daha sonuç çıkar: tanıtım judicatum, quantum conclusum" hukuk/mantık kuralı dışlanmış, çiğnenmiştir.

2) Adli yanılğı olasılığı artar. Çünkü olay kanı yargısı, adı üstünde, ancak kanı oluşturan kanıtlarla doğrudan ilişki kurularak oluşturulursa, sağlıklı olabilir. Kovanı dışında bal arası nasıl sıradan/niteliksiz bir arıysa, duruşma dışında oluşturulan olay yargısı da, kusurlarla yüklü bir yargıdır.

3) Kendi olay/kanı yargılarının değersizleştiğini gören ilk derece (olay) yargıçları ciddi duruşma yapmazlar. Yargılama yöntemi saptırmalarına (détournement de procédure), boşvericiliğe sık sık başvurulur. Tarafları, tanıkları özenle dinleyecek yerde, bizim icadımız "gereği düşünüldü"lerle bol oturumlu tartışmasız duruşmalarda "eski anlatımımı yinelerim"li "eski tutanaklar okundu"lu tutanaklarla yetinirler. Yargıçlar, insanlarla (taraflar, tanıklar) ve olayla diyalektik kuracak yerde, tutanak, yazman ve daktiloyla boğuşurlar. Çoğu olay sorunlarının çözümünü, yargıtaya bırakırlar, kolaycılığa kaçarlar. Her yargı kararı gerekçesinde sorunları tek tek yanıtlayıp çözen, mantıki ve hukuki bütünlük sergileyen bir yapıt olmak zorundadır(19). Değil mi ki, olaya ilişkin kanı yargısı kapalı dosya tutanaklarına göre oluşturuluyor, öyleyse "dosya içeriğine göre"li gerekçeler niye yetmesin? Yasalar istedikleri kadar "kanıtların tartışılmasından, ret ve üstün tutma nedenlerinden" (Hukuk Yargılama Yasası m.388/3), "hükmün gerekçesinden" ve "gerekçesizliğin" kesin bozma nedeni olduğundan (Anayasa, md.141/3, Ceza Yargılama Yasası md.32, 268, 308/7) söz etsinler, "iddiaya, dosya içeriğine göre"li kusurları peçeleyen(20) görünüşte gerekçeler, açık vermemek kaygısıyla, bir kurtarıcı gibi yeğlenirler. Duruşma bilinci, gerekçeli karar bilinci oluşmaz. Olan da yok olur.

Duruşmaya katılmamış bir yargıcın tutanaklara göre olaya ilişkin karar vermesinin kesin butlan nedeni sayıldığı bir dünyada, görünüşte duruşmanın

(19) İtalyan Yargıtayı, 20.12.1989

(20) Boré, n.1379

(dibattimento apparente) da ötesinde bir duruşma yapmamışların yargısı el-bette haydi haydi (a fortiori) geçersiz olur.

4) Gereksizliğin doğurduğu bir sakınca da, Yargıtayın eğitici (pedagojik) ve disiplin övgörevlerini yerine getirememesi nedeniyle, yargıçların gerekçe gereçlerine, hukuk yapıtlarına başvurmamasıdır. Bu onların yetişmesini önler.

b) Gereksizlik ya da görünüşte gerekçe, gizli adalettir:

Adalete başvuranların adil yargılanma haklarını hile-i şer'iyeyyle yıkan bir gizli adalettir. Bu nedenle anayasalarda kararların gerekçeli olması buyrulmuştur (md.141/3). Gerekçeli karar 1789 Fransız Devriminin adalet yolunda eşsiz bir fethidir(21). Görünüşte duruşmanın, görünüşte gerekçenin (daha doğrusu gereksizliğin) ve Yargıtay bile olsa kapalı odalarda gizli olay yargısı oluşturmanın, bu üç etkenin birleşmesiyle ulaşılabilecek noktanın ne olduğunu bilmek istiyorsanız, şu iki kaynağa başvurun yeter: Picca- Colbert, La Cour de cassation, 1986, s.35 ve 2.4.1941 tarihli içtihatları birleştirmede Fahrettin Beyin konuşması).

B) Yargıtay boyutuna yansıyan tehlikeler:

a) İlk (olay) mahkemede sonuç alamayanlar, Yargıtayda olay yargısını kendi yararlarına çevirmeye çalışırlar. Nelerin tartışıldığı bilinmediğinden, gizli oturum yargıları, sonuçta yargıtayın saygınlığını örseler.

b)Yargıtaya başvuru artar: İşçi çoğalan ve bundan bunalan yargıtay, anayasaya karşın, temyiz edilen sorunları bir bir karşılayan gerekçeler yerine, zaman darlığı nedeniyle, toptancı ve ilk mahkeme kararına yollamalı gerekçelerle yetinmeye zorlanır. Bunun çaresi bellidir. Bu çare doğrutusunda çözüm getirecek yerde, gereksizliği savunmak, yanlışlığı savunmaktır.

c)Temyiz yolu kamu yararı yerine taraf (kişi) yararına işler, yörüngesinden uzaklaşır.

d)Yargıtay övgörevlerini yerine getiremez: İçtihat mahkemesi olmak-tan çıkar. Başarılı olamaz. Nicelik açısından çok iş çıkarılabilir, çıkarılır da. Ni-

(21) Boré, n.1986.

telik açısından da belki pek az kararında çağdaş hukuku yakalayabilir. Ama bütünüyle başarılı olması için zaman yetmez. Kimi sonuçlar, genellemelerle büyütülerek, gerçek örtülemez. Mesafeli, önyargısız, metodik yaklaşımlarla yapılacak bir karşılaştırmalı hukuk çalışmasıdır ki, bu başarının derecesini ortaya koyabilir. Bunu karşılaştırmalı hukuk çalışması yapan yansız bilim adamlarına bırakalım. Sistemsizliğin kurumsallaşmasına destek olmayalım. Yargıtay iş bitirme mahkemesi değil, içtihat mahkemesidir.

C) Hukuk boyutuna yansıyan tehlikeleri:

Hukuk boyutundaki sonuçlar da ağırdır.

a) Kesin hükme (doğru terim: yargılanmış şey) saygı azalır:

Çünkü, görünüşte değil, ancak gerçek duruşma, düşünceler cumhuriyetini somutlaştırarak çoğul "cogito" mucizesini gerçekleştirdiği için, olay yargısının oluşmasında duruşmaya katılan herkesin payı vardır. Kuşku, bir kişiyle değil, birlikte yenilmiştir. Kanı (conviction) terimi, bu yüzden, Latince birlikte yenmek (cum vincere) sözcüklerinden oluşmuştur. Bu yargı duruşmada değil de, duruşmasız kapalı odada oluşursa, kimsenin payı olmayacak, bu nedenle de ona kimse sahip çıkmayacak, dahası kuşkuyla bakacaktır. O artık bir başkasının yargısıdır. Böyle bir yargıya kimse saygılı olmaz. Böylece kesin hükmün otoritesi yok olur, en azından zayıflar.

Şu unutulmamalıdır. Her bozma kararında, adli yanılığın olasılığının katsayısı da fazladır. Çünkü, yargılanan olay değişmediği halde, kanıtları değerlendirme değişik ve ulaşılan sonuç da ayrı olmuştur. Bunu yaşanan somut bir olayla açıklamak yararlı olacaktır. İddia sarkıntılıktır. Yerel mahkeme olayın kanıtlandığı sonucuna ulaşmıştır. Özel Daire, ilk mahkemenin yerine geçerek, oyçokluğuyla (bire karşı dört) kararı bozmuş ve olayın kanıtlanmadığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme direnmiştir. Ceza Genel Kurulunda ilk görüşmede 16 onama, 10 bozma oyu kullanılmış, onama ağırlıklı olduğu halde ilk görüşmede istenen üçte iki çoğunluk sağlanamadığından, inceleme ikinci görüşmeye kalmıştır. İkinci görüşmede ise oylar eşit (13) çıkınca, üçüncü görüşmede 9 onama oyuna karşılık 14 bozma oyuyla hüküm bozulmuş ve eylemin gerçekleşmediği sonucuna varılmıştır. Burada ortaya çıkan olgu şudur: ola-

yın kanıtlanması konusunda kullanılan tüm oylardan onamalı oy sayısı bozmalı oydan fazladır, ama karar bozulmuştur. Elbette tersi de olabilirdi(22).

Bu sonuç çok düşündürücüdür. Verdiğim ve yaşanan bu gerçek üzerinde herkesi durmaya çağırıyorum.

b) İçtihat kavramı yozlaşır:

Çünkü olaylarda içtihat birliği sağlama çabası, olanaksız olanaklı kılma zorlamasıdır. Bunu bir örnekle açıklamak istiyorum. Suç kastının varlığı ve hangi suçla ilgili olduğu, sanığın iç dünyasını ilgilendiren bir olay sorunudur, hukuk sorunu değildir. Çoğu kez yargıcın önüne külrengi bir alanda gelir. Sözelimi, birini ağır biçimde yaralayan fail yaralama mı yoksa adam öldürme kastıyla mı davranmıştır? Çünkü adam öldürme kastını sergileyen ipuçları sonsuzdur. Birkaç ölçüte indirgenemezler. Diyelim ki, en çok kullanılan araç türü açısından bunlar üç olsun. Silahın cinsi, uzaklık, vuruş (atış) sayısı, saik, suç öncesi ve sonrası davranışlar, failin karakteri, husumet vb. gibi on rakamının üzerinde bu üç ölçütün her birine eklenebilen ve her eylemde değişen etkenler gözetildiğinde bu konuda birbirine benzer iki olay bulabilmek için üç üzeri on (310) sayısına ulaşılabilecektir. Bunun da rakam olarak anlatımı şudur: 59049. Demek, diğer tüm olasılıkları bir yana bırakırsak bile, üç tür silah olsa ve yalnızca on olasılıkla bile (ki bu olasılıklar sayılara sığmaz, sonsuzdur) birbirine benzer iki olay yakalayabilmek için, en azından 59049 olay bulmak zorunludur.

Bir başka örnek de şudur: Gerçek içtimadan müteselsil suç ayıran öge, "aynı suç işleme kararı" ögesidir. Bu sanığın iç dünyasını ilgilendiren bir olaydır. O yüzden duruşmadaki kanıtlara göre ilk mahkemece saptanacaktır. Olaylardaki benzerlik, zaman aralığı, sanığın davranışları, kanıtlar, hukuki konunun türü, mağdur başkalığı ve aynılığı, oluş biçimi vb. etkenlerle sonuca ulaşmaktadır. Çünkü olaylar birbiriyle bu olasılıklar gözetildiğinde asla çakışmazlar. Önceden (a priori), bir ay içinde aynı mağduru üç kez dolandırma, birden çok kişiye tek sözle ya da ardı ardına sövme, aynı anda birden çok sahte bono düzenleme müteselsil suç dendi mi, bu olayların hepsi çakışır, fa-

(22) YCGK, 11.3.1991-335/75

illerin hepsi de aynı suçu karar birliğiyle işlemiştir anlamına gelir ki, bu yanlıştır, gerçeklere uymayan, yüzeysel ve de aldatıcı bir karardır.

Buna benzer olaylarda, Yargıtayın yapacağı iş, adam öldürmede, aynı suç kararında aranacak verileri, bu kavramların tanımını yaparak bir içtihat boyutunda ortaya koymaktır. Adam öldürme kastının, suç kararında birliğin tanım ve öğelerini ortaya koyan, her uygulamada ilk mahkemeden bu öğeleri aramasını ve gerekçede yansıtmasını isteyen bir karar, gerçek bir içtihattir. İçtihat birliği ancak böyle kurulabilir. Bu içtihat doğrultusunda kurulmayan karar ve oluşturulmayan gerekçe ise yetersizdir; bozulmaya yarıdır.

Son bir örnek daha vermek istiyorum. Türk Ceza Yasasının 491/2. maddede ve bendinde, gelenek ya da özgüleniş nedeniyle kamunun bekçiliğine bırakılmış eşya hırsızlığı cezalandırılmıştır. Hükmün can noktası, kamu bekçiliğine bırakmanın bu iki durumdan birinin sonucu olmasıdır. Yerel mahkeme bu durumlardan birini ya da ikisini saptayacak ve kararında belirtecektir. İşte bu gelenek olduğu içindir ki, 1983'ten beri, sokağa bırakılan otomobiller bu maddeye girmektedirler. Ancak, maddedeki öngörülen öğelerin izdüşümü olaya uyduğu için bu sonuca varılmıştır. Bir başka deyişle, maddeden ve maddedeki öğelerin izdüşümünden olaya ulaşılmıştır, olaydan ve olayın izdüşümünden değil. Yani, yola bırakılan bütün otomobiller, kamunun bekçiliğine bırakılmış eşya hırsızlığına girer ya da tersi biçiminde bir kural söz konusu değildir. Olamaz da. Olursa yasa önünde eşitsizlik yaratılır. Şöyle ki, bir kentte bütün otomobiller gelenek gereği yola bırakıldığı halde, hiçbir otomobil bu maddeye girmez demek, mağdurlar zararına, failer yararına bir eşitsizlik yaratır. Yine aynı kentte böyle bir gelenek kentin eski bölgesinde oluşmuş; her binada park yeri olduğu için yeni kurulan bölgesinde bu gelenek oluşmamış ise, tüm otomobiller bu maddeye giremez denildiğinde, yeni bölgedeki hırsızlıklarda doğru karar verilmiş olur. Ama eski bölgedekiler için, karar fail yararına, mağdur zararına olacaktır. Tersine bütün otomobiller bu maddeye girer denilirse, yeni bölgede failer zararına, mağdurlar yararına karar verilmiş olur. Bu yanlıştır. Doğrusu ise şudur: maddedeki öğelere göre olaylara tanı koymak, olaylara göre değil. Olaylarda birörnek uygulama yaratma kaygısıyla içtihat birliği sağlanamaz. Tersine içtihat aykırılığına ve eşitsizliğe yol açılır. Ama, maddenin yorumunda içtihat birliği ve eşitliği sağlamak olanaklıdır, doğrusu da budur. İçtihat da esasen bu kesimde söz konusudur.

Özetle, içtihat olgusu kesirle anlatılacak olursa, paydada, hukuk kural ve kavramlarının tanım, öge ve yorumlarını açıklayan içtihat; payda ise sonsuza değin değışen olaylar yer alacaktır. Yargıtay paydadaki görüşe göre olayları değerlendirmeyen kararları bozacaktır. Bir başka deyişle, payın paydaya yetip yetmediğini ilk mahkeme saptayacak; Yargıtay bunu denetleyecek; ama payı paydaya uydurmaya asla kalkışmayacaktır. Eğer buna kalkışılırsa, örneklerden de anlaşılacağı gibi, şu tehlikeli sonuçlara katlanmak zorunda kalınır:

1) Önce eşitlik bozular. Çünkü olaylarda eşitlik yaratma kaygısı, benzer sanılan olaylarda aynı hükümlerin verilmesini sonuçlar.

2) Bu benzerlik, ne yapılsa yapılsın yaratılmadığından, olay yargıları içtihat diye algılanırsa, yargıtayın sık sık karar değıştirdiği inancı yaygınlaşır, güven sarsılır.

3) Hukukta anakronizme yol açılır. Gerçekten tarihsel evrimde hukuk ve yasalar somuttan soyuta doğru ilerlemiştir. Ortaçağ ya da Osmanlı yasaları "bir koyun çalan şu kadar, bir inek çalan bu kadar akçe ceza öder" derken, çağcıl yasalar hırsızlığı öğeleriyle tanımlamakta yetinirler. Olay içtihadı çağcıl hukukun ve yasaların reddettiği saymaca (kazuistik) hukuka ve yasalar dönemine tersin tersin yol almak demektir.

4) Olay içtihadı, hukukun ilerlemesini önler. Hiç kimse artık hukuk normlarının yorumuyla uğraşmaz. "Şu olayda Türk Ceza Yasasının 71., şu olayda 80. maddesi uygulanır" diyen, yalnızca sonucu ezberleyen hukukçular yetişir. Böyle bir sistemde iyi hukukçu yetişemez. Normlar ve onların yorumu yerine, hazır antibiyotikler gibi yutulan olay içtihatları geçer. Hukukta şeyleşme (reification) başlar, hukukun insan ve bilim boyutu yiter.

5) Bilim ilerlemez. Normları, kurum ve kavramları irdeleyip yorumlayan yapıtları; olay içtihatlarını derleyen kitaplar, kötü paranın iyi parayı kovması gibi, piyasadan kaçırlar. Bunda suç, derlemecinin, basımcının değil, düpedüz sistemindir. Sistem, ekonomik yasaları işletecek, kişiler de elbette bu sonuçlara uyacaktır. Gerçek içtihat yapıtlarına da elbette gerek vardır; bunlar küçümsenemezler. Ama ömürsüz, yarınsız olay içtihatlarının ön plana geçmesi, bilimsel yapıtların kullanımdan düşmesi, bilimi de, hukuku da yıkıma götürür.

Görülüyor ki, yargıtayın maddi olayları inceleyip çözmesinin sakıncaları saymakla bitmiyor. Yargıtayın salt hukuk sorunlarını çözen bir hukuki derece mahkemesi olmasıyla birçok sorun birden çözülecektir. Çağı yakalamanın biricik yolu buna bağlıdır. Bu öz görevi hakkıyla yerine getiren Fransız Yargıtayında iş, üye ve daire çokluğu nedeniyle Başkan Draı'nın "Yargıtay istinaflaşmamalı"; Mitterand'ın "Yargıtay istinafın ikinci bir dairesi olmamalı", yukarıda adlarını veremediğim onlarca yazarın, yargıcın ve İtalyan Yargıtayının "Yargıtay, olay değerlendirmesi yetkisini ilk mahkemenin elinden alamaz(23), "kanıt kaynaklarını değerlendirmek ilk mahkemeye aittir. Yargıtay yalnızca gerekçeyi denetler, ilk mahkemenin yerine geçerek olayı çözemez"(24) demelerinin nedenleri işte bunlardır.

Yasalarımız da bu doğrultadır. Hukuk Yargılaması Yasasındaki "maddi meselenin takdirinde hatadan" amaçlanan "maddi hukukta, yani olayı hukuki nitelirmede, tanıda yanılıdır" (m..428/5, ayrıca m.388/3, 240, Ceza Yargılama Yasası m.254, 307, 308/7, 382, 383).

Özetle yasalarımızı gereğince uygulamamız sorunu çözmeye yeterlidir.

c) Örnek karşıoy:

Bu konuyu, yüce Ceza Genel Kurulun ilk mahkemenin yerine geçerek olayı kanıtlama sorununu çözdüğü kararlarında yazdığım ve sık sık yinelediğim karşı oylardan biriyle noktalamak istiyorum (25).

"Karşıoy kullanan kurul üyesi 4. Ceza Dairesi Başkanı Sami SELÇUK: "Yüce kurulun verdiği karar birçok yönlerden hukuka aykırıdır. Bunları belirleyebilmek için, ilkin Yargıtay, temyiz yolu ve denetimi üzerinde durmak; ikinci olarak da bunların ışığında yapılan yanılıgıları irdelemek gerekir."

"A) Türk Yargıtayı: Alman, Avusturya, Fransız, İtalyan vb. ülkelerdeki bozma mahkemelerinin (cours de cassation) aynısıdır. Bozma mahkemeleri duruşma, yani doğrudan olay ve öğrenme yargılaması (cognizione) yapma-

(23) 30.10.1989

(24) 11.2.1990

(25) YCGK, 11.11.1997-235/231

maktadırlar. Bu kurumlaşmanın doğasından kaynaklanan belirleyici, zorlayıcı sonuçlar ise şunlardır. Duruşma, yargılama etkinliğinin yüreği ve dolayısıyla en önemli aşamasıdır. Var olma (icat) nedeni de, hırsızlık, yaralama, şiddetli geçimsizlik, bir tanığın içtenliği, doğru söyleyip söylemediği gibi olayların gerçek olup olmadıklarını saptamaktır. Bu saptama işinin ise, tutanaklara göre değil, herkese açıklık, sözlülük, yüzyüzelik, doğrudanlık ilkelerine göre yürütülen duruşmadan edinilen izlenimlere göre yapılması zorunludur. (CYY m.254). Yukarıda belirttiğim gibi, duruşmanın varlık nedeni budur. O yüzden, kanıtları yeterli/yetersiz, yanlı/yansız vb. gibi özgür değerlendirme yetkisi, yalnız ve yalnız duruşma yapan, duruşmaya katılan, bu nedenle de, taraflarla kanıtlarla doğrudan ve yüz yüze ilişki kuran, onlar üzerinde yapılan yüksek sesli tartışmaları dinleyen, bir sözcükle kanıtlarla doğrudan diyalektik ilişkide ve duyu organlarıyla algılamalarda bulunan duruşma yargıçlarına aittir (CYY.m.381,382). Böyle bir değerlendirmeyi yapabilmek için hukuk öğrenimi görmeye gerek olmadığından, jürilerde görüldüğü üzere, çeşitli mesleklerden gelen kişiler de olay sorunlarını çözebilmektedirler. Yeter ki, duruşmada hazır bulunsunlar. Bu nedenle, isterse deneyimli hukukçu olsun, duruşmaya katılmayış bir yargıcın, olaya ilişkin sorunları çözmesi, eşyanın doğası gereği olanaksızdır. O yüzden, istinaf ve dolayısıyla duruşma yapma yetkisini haiz olmayan ve duruşma yapmayan, duruşma yapamadığı için duruşma yapan olay yargıcının işlemlerini yineleyemeyen, gizlilik, yazılılık, dolaylılık kurullarınca dosya üzerinden inceleme yapan Yargıtay yargıçları, dünyanın hiçbir ülkesinde, duruşma yapan ilk mahkemenin yerine geçerek asla olay sorunlarını çözememekte ve buna yargıtay yargıcının "olay/olgu saptamalarıyla bağımlılığı ilkesi" denilmektedir. Dahası istinaf mahkemeleri de, yeni baştan duruşma yapma (tipik istinaf) yetkisini kullanmamış, yalnızca taraflar dinlenmekle yetinmişlerse (atipik istinaf), ilk mahkemelerce sabit kabul edilen olaylara ilişmemekte, öbür hukuksal sorunları ele almaktadırlar. Çünkü yargılamanın temel ilkesi şudur: "Yargıladığın oranda hüküm kur, (sonuç çıkar): tantum judicatum, quantum conclusum". Bu yüzden duruşma yapmayan Yargıtay, olay değerlendirmesi yapamayacak: "olay sabittir/değildir", tanık yansızdır, doğru söylüyor, yanlıdır, yalan söylüyor", "tanıklar içtendir. Kanıtlar, yeterlidir, inandırıcıdır ya da değildir" (Örneğin, CGK, 27.9.1993-203/210, 20.03.1995-46/77, 4.05.1991-110/132, 5.10.1992-239/263, 18.11.1991-287/318,

20.9.1993-201/201, 11.5.1992-82/147) gibi salt olgulara ilişkin hükümler kurarak, duruşma yapan ilk mahkemenin yerine geçemeyecektir. Eğer kurabilseydi, yargılama Yargıtayda biter, yollama yargılamasına gerek duyulmazdı. Yargıtayımız, benzerleri gibi, bozma kararından sonra dava dosyasını, yollama yargılaması/duruşması yapılması için esas mahkemesine göndermektedir. Bu zorunludur. Çünkü ilke şudur: "Yargıtay yargıcı, davanın (esasın) değil, kurulan hükmün/kararın yargıcısıdır"; yalnızca hükmün hukuka aykırı olup olmadığını inceler (CYY m.307) O nedenle de, Yargıtayın Ceza Yargılama Yasasının 322.maddesindeki sayılı ve sınırlı durumlar dışında esas (ilk) mahkemesinin yerine geçerek karar vermesi, kesinkes olanaksızdır ve 322. maddenin varlığı ve gerekçesi de bunu kanıtlamaktadır".

"Yargıtay yargıcı, hükmün yargıcı olarak, esas mahkemesinin sabit kabul ettiği olayları, eylemleri ve olguları, iki yolla denetleyecektir. Birincisi, olayları/eylemleri, olguları, sabittir/değildir biçiminde vicdani kanı yargısını oluşturmak için yapılan duruşmanın yargılama yasalarına uygunluğunu ele alacaktır. Yargılama kusursuz ise, Yargıtay esas mahkemesi hükmünün özellikle olay/olgu açısından gerekçesini inceleyecektir. Zira gerekçe, yargılamanın yürüyüşünü, olay saptamalarını, hukuksal tanıyı içeren ve ikisi arasındaki bağlantıyı sağlayan, yargısal etkinliğin demokratik denetimin gerçekleştiren, herkese açık ve keyfiliği önleyen bir mekanizmadır(26). Bu yüzden de İtalyan Yargıtay kararlarında belirtildiği gibi, gerekçe her olay ve hukuk sorununu tek tek çözmesi gereken, mantıklı ve hukuki bütünlük sergileyen bir yapıttır (27). İşte Yargıtay, olaylarla ilgili kanıt değerlendirmelerine ilişkin sorunların, statik/dinamik doğa, mantık, gözlemlerle edinilen ve istisnası hemen hemen olmayan kesin deneyim ve hukuk kurallarına, bilimsel verilere uygun biçimde ele alınıp alınmadıklarını, boşluk, çelişki, belirsizlik, kapalılık olup olmadığını gerekçe denetimini yaparak irdeleyecek, hukuksal denetim ve gerekçelerde disiplin sağlama görevini bu yolla yerine getirecektir. Ancak, Yargıtay, bu konularda, duruşmadan elde edilen verilerle ve kişisel deneyimlerin katkısıyla

(26) Ferrando de la Rua, El recurso de casación en el derecho positivo argentino, Buenos Aires, 1968, 151; E.Amadio, Motivazione della sentenza penale, Encic.D.,XXVII, 1977, 189.

(27) 20.12.1989, 5.4.1991, 4.2.1994.

olaylar hakkında vicdani kanı yargısı oluşturan ilk mahkemenin yerine geçerek kesin çözümler üretemez, ilk mahkemeye önerilerde bulanamaz. İncelediğim Avrupa ve Latin Amerika ülkelerindeki yargıtaylar (bozma mahkemeleleri), denetim yargılamasını böyle yapmaktadırlar ve bu hususta öğreti ve uygulama bire bir çakışmaktadırlar. Bu konuda İtalyan Yargıtayının birkaç kararını sunmakla yetiniyorum: "Yargıtay, olayla ilgili değerlendirmeleri esas mahkemesinin elinden alamaz."(28) "Kanıt kaynağının ve kanıtın değerlendirilmesi, duruşma yapan ilk mahkemeye ait bir olay sorunudur. Yargıtay bu konuda yalnızca gerekçeyi inceleyerek denetleme yapabilir."(29) Ceza Yargılama Yasamızın kaynağının uygulandığı Almanya da da durum aynıdır (Alman yazarları: Peters, Sellke, Hanack, Niemöller, Roxin, Kraus, Dahs/Dahs, Löwe/Rosenberg, Henkel, Kühne, Schlücheter, Schimdt, Maul, Pohle, Mannheim, Sarstedt, Rainer, Werner/Hamm, Rudolf, Gössel, Husmann). Alman Federal Mahkemesi 7.6.1979 tarihli kararında şöyle demektedir: "...olay yargıcının esasa ilişkin her kararının temeli, yargıcın, kendisinin bir kanıya ulaştığı olay akışıdır. StPO 261'e göre (Türk CYY, md. 254) mahkeme, kanıt sunumunun sonucunu, kendi özgür ve duruşmadan elde ettiği kanısına göre karara bağlar. Kanıt sunumunun sonucunu değerlendirmek, yalnızca olay yargıcının konusudur (...) Yargıtayın olay yargıcının kanıya varışını denetlemek bakımından sınırlı bir olanağı vardır. Bu, kural olarak Yargıtay için bağlayıcıdır. Özellikle de Yargıtayın kendi değerlendirmesini olay yargıcınınkinin yerine koyma yetkisi yoktur. Özgür kanıtlama yolunda kanıt sunumunun bir ölçüde yinelenmesi yetkisi de yoktur. Eğer Yargıtay, sunulmuş kanıtlama araçları dolayısıyla kendi değerlendirmesini olay yargıcınınkinin yerine koyacak olursa, kendi görev alanının sınırlarını aşmış olur" (Aktaran: S.Keskin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, İstanbul, 1997, s.95-96, dip not:330)".

"Fransız Yargıtayının görüşü de aynıdır. "Yargıtay yargıcı, kanıt değerlendirmesi yapamaz; 3. derece yargıcı değildir (CD, 21.3.1990, Semaine juridique (S.J), n.25, s.236). "Vicdani kanı yalnızca duruşmadan edinilen bilgiye

(28) sez.I, 7.6.1989 ; sez.VI, 30.10.1989.

(29) sez.I, 22.2.1990 ; sez IV, 11.12.1990 : sez.I, 16.7.1992, h,8040/8045, 17.5.1992, s.175, Archivio 1993 ; sez.I, 28.2.1992, n.198, sez.I, 6.12.1991, n.12370, 24.3.1993, n.3434, R.Penale, Ocak 1998.

göre oluşur (CD, 11.6.1990, S.J. 10.10.1990, s.338). Yargıtay ilk mahkemenin yerine yalnızca ve bir ölçüde hukuksal konularda karar verebilir" (CD, 23.5.1989. S.J., 20.9.1989, n.38, s.295).

"Nitekim temyiz denetimiyle ilgili bir kaynak yapıtta, bu denetim üç başlık altında incelenmektedir: "1-Yargıtay yasanın yorumunu her zaman denetler" ve bu konuda son sözü söyler. "2-Yargıtay, olayların/eylemlerin kanıtlanmasını (sübutu) hiçbir zaman ilk mahkemenin yerine geçerek çözemez." 3-Yargıtay, olayların/eylemlerin nitelendirilmesini (hukuksal tanıyı, hukuksal adlandırmayı) kimi zaman çözer" (M.(.Jobard-Bachellier/Xavier Bachellier, La technique de cassation, Paris 1991, s.38). Burada kullanılan zaman zarflarına dikkati çekmek isterim."

"Burada, önemle vurgulanması gereken nokta şudur. Gerekçe yoluyla denetlemek başka şeydir. İlk mahkemenin yerine geçerek sorunu esastan çözmek büsbütün başka şeydir. Bu başlıklar gözetilmez ve ölü tutanaklara göre kanıt değerlendirmeleri yapılarak olay sorunları esastan çözümlürse, bir yargılama sendromunun yaşanması ve onun belirtilerine ve tehlikeli sonuçlarına katlanması kaçınılmaz olacaktır. Bu sonuçlar şunlardır: a)Doğrudanlık, yüzyüzelik, açıklık ve sözlülük ilkelerine göre yapılan duruşma hiçleşecek, gereksizleşecektir. Gerçekten, yalnızca tutanaklara göre karar verilecek idiyse niçin duruşma yapılarak karar verilmiştir? Bir yargıç soruşturmayı yapar, tuttuğu tutanakları Yargıtaya gönderir, karar verilebilir; böylece zamandan ve emekten kazanılmış olurdu. b)Yargılamanın olmazsa olmaz ve en önemli aşaması bulunan, bu yüzden de sağ esen olması için yargılama yasalarının tüm maddelerinin seferber edildiği duruşma sonucu oluşan olaylara ilişkin vicdani kanı (gerçeklik) yargısı, nesnel temele dayanan, öznel üst yapı üzerine oturtulan, hukuken belirli ve akılcı gelişen kanıtların özgürce değerlendirilmesi sürecinin bir ürünüdür. Bu suretle oluşturulan vicdani kanı yargısı, ölü tutanaklara göre oluşturulan duruşmaya yabancı yargıtay yargıçlarının yanlış vicdani kanı yargısına feda edilince, daha iyi araçlara/olanaklara sahip ilk mahkemenin yargısının yerine, duruşma yapmadığı için daha kötü araçlara/olanaklara sahip olanın yargısı geçecek, hem eşyanın doğasına ve hem de duruşma ve "yargıladığın oranda hüküm kur" kurallarına ters düşülecektir Kuşkusuz, böyle bir yargılamada, adli yanılı oranı da çok daha fazla olacaktır. c)Olaylara ilişkin gerekçenin dışlandığı ve gereksizleştiği bir ülkede, ilk

mahkeme yargıçları, yükü ve sorumluluğu yargıtaya atacaklarından, yargıtay, mahkeme yargıçlarını yetiştirme (pedagojik) görevlerini hiçbir zaman yerine getiremeyecektir. d)Tutanaklara göre (duruşmasız) oluşturulan vicdani kanı yargısı, her zaman kuşkuyla karşılanacağından ve tarafların katkısı sıfırlanacağından, kesin hüküm saygınlığı örselenecektir. Zira böyle bir yargılamada, saydamlığa ve diyalektiğe dayanan adaletin yerini, artık gizli ve görünüşte adalet almıştır. Bu konuda ortaya çıkan tehlike ve sonuçları, yaptığım araştırmaların bir bölümü olarak yayımladığım yazılarda ("les voies de recours en France", AÜSBF Dergisi, C.XLV, sayı: 1-4, Ocak 1990, s.119-184, "Yargıtayın (bozma mahkemesinin) ve Temyiz Yolunun İyi Algılanması ve Kurumsallaştırılması Sorunları", Yargıtay Dergisi Ocak- Nisan 1992, s.19-49) ve Yüce Ceza Genel Kurulunun birçok kararlarında (14.4.1986, 521/219, 11.3.1991, 335/75, 4.5.1992, 110/132, 23.10.1992, 252/308, 8.2.1993, 368/31, 14.6.1993, 110/168, 17.10.1994, 491/217, 31.10.1995, 268/307, 13.5.1997, 91/106; 11.11.1997, 235/231) ve bir İctihatları Birleştirme Kararında (14.12.1992, 1/5 R.G., 6.5.1993) ayrıntılarıyla sergilemişim."

"B)Bütün bu hususlar, Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun Türk Yargıtayına yönelik 25.2.1997 tarihli raporunda şöyle vurgulanmıştır: "Söz konusu koşullarda komisyon; Türk hukukuna göre Yargıtayın işlevinin (rolünün); ilk/esas mahkemesi tarafından verilen hükmün yasaya ve yargılama yöntemi-ne uygunluğu hakkında karar vermekle sınırlı bulunduğunu ve Yargıtayın ne kanıtların değerlendirilmesi ve ne de sanığın kişiliği konularında hüküm kuramayacağını anımsatır" (paragraf, n.100). Aynı kararın bunu izleyen paragrafında da, "Yargıtayın olay değil, yalnızca (münhasıran) hukuk noktalarına ilişkin işlevini göz önünde tutarak" demek suretiyle komisyonun 31 yargıcı oybirliğiyle, duruşma yapmayan Türk Yargıtayının hukuk kurallarını yanlış algılayarak ve uygulayarak, kanıt değerlendirmesi yaptığını belirtmektedirler. Yargıtayımız ile hukukun her ülkede geçerli evrensel kuralları arasındaki bu çatışmanın eninde sonunda hukuka uygun düşen Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun raporu doğrultusunda sona ereceği kuşkusuzdur"(30).

(30) Türkiye, bu konularda, doğruyu kendisi bulan, erken davranan (proaktif) ülke olmalıdır. Her zaman başkalarının, özellikle de Avrupa'nın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ya da Avrupa Birliğinin yetkili kurullarının ya da kişilerinin uyarılarıyla kendi hukukunu çağa uyduran devlet olmaktan kurtulmalıdır. Ölüm cezasında, infaz hukukunda v.b. birçok konularda ne yazık ki böyle olmuştur.

"C)Üzülerek belirteyim ki, bugün ülkemiz bu yargılama anlayışının açmazlarını yaşamaktadır. İnceleme konusu karar da bunun çarpıcı bir örneğidir. Gerçekten, yerel mahkeme, savunmalar dahil, aşamalardaki tüm anlatımları tutarlı ve mantıklı biçimde sergileyip tartışmış ve ulaştığı vicdani kanı yargısına göre hüküm kurmuştur. Bunları çürütmek olanaksızdır. Olsa olsa, yalnızca öznel değerlendirmelerle karşı bir görüş oluşturulabilir. Ancak bu, yukarıda belirtildiği gibi, Yargıtayın işi değildir. O yüzden, mahkemenin gerekçesinde sergilenen nedenler karşısında, bozma hukuka aykırıdır."

VII) Sonuç ve çağrı:

Son olarak şunu da eklemek isterim.

Hiç kimse, Türk Yargıtayının üst (istinaf) mahkeme yokluğu nedeniyle olay yargısı kurduğunu, bunda haklı olduğunu ileri süremez. Çünkü istinaf yolu asla temyiz yolunun boşluğunu dolduran bir yol değildir. Bir başka deyişle, ne istinaf temyizizin, ne de temyiz istinafın yerini doldurabilir. Zira istinafı doğuran gerekçe şudur: Özellikle maddi olay sorunlarının var ya da yok olduklarının, ilk mahkemeden sonra ikinci kez yeni baştan incelenmelerini sağlamak. Bu da ancak "sözlülük, açıklık, yüzyüzelik, yoğunluk ilkelerine" göre tarafların, tanıkların, tüm kanıt kaynaklarının katıldıkları bir duruşmayla, öğrenme yargılamasıyla (cognizione) olanaklıdır. İlk mahkemenin özellikle olaya ve bu arada hukuka, yaptırıma (sonuca) ilişkin yargıları böylece ikinci kez denetlenmiş olacaktır. Eksiksiz duruşmanın yapıldığı asıl, tipik, klasik istinaf budur. Kimileyin istinaf mahkemesi kanıt değerlendirilmesinde, yargılamada, gerekçede hukuka aykırılık, eksiklik vb. bir sakatlık görmez ve bunlara ilişmek gereğini duymaz. O zaman duruşmada yalnızca tarafları dinlemekle yetinir. Bu nedenle de, duruşma yapmadığı için kanıt değerlendirmesinde bulunmaz, sınırlı bir denetleme yaparak hukuki tanıyı ya da yaptırımı (sonucu) değiştirir, ya da olduğu gibi benimser. Bu dar anlamda/atipik istinaftır. Burada bizim için önemli olan şudur: ilk mahkeme gibi tam duruşma yapmadığı durumlarda istinaf mahkemesi olay sorunlarını incelememekte, yargıladığı oranda denetleme yapmakta, duruşmayı yeniden yapma/yapmama olgusunu asla göz ardı etmemektedir.

İstinafın evrensel tanımı da budur: olayın (sözgelimi sübutun, suçluluğun) doğru olup olmadığının ikinci kez incelenmesi (16.12.1966 tarihli B. Milletler New York Sözleşmesi, md.14/5).

Görülüyor ki, istinafın amacı içtihat birliğini sağlamak değil, maddi olayların yeniden duruşmayla incelenmesini gerçekleştirmektir. O nedenle, istinaf ikinci derecedir. Nitelik açısından düzeltme (réformation) yoludur. Çünkü esasa hükmeder. Yollama yargılaması ilke olarak söz konusu değildir. Temyizin amacı ise, içtihat birliğini sağlamaktır. Maddi olay yargılaması (duruşma) yapılmadığından ne ikinci ne de üçüncü derecedir. Düzeltme değil, bozma (cassation) yoludur. Esasa hükmetmez. Kapısı, ancak yollama yargılamasına açılır.

Demek, istinafla temyiz yolları arasında hiçbir organik bağ, bir arada yaşama koşulu (symbiose) ve tematik ortaklık yoktur. Nitekim, 1944 yargı yılı açış konuşmasında bu köklü başkalık vurgulanmıştır.

Eğer istinaf böyle anlaşılmaz da, sanki temyiz yolundan önce temyiz yolu gibi bir denetim yargılaması diye algılanırsa, yanlış üstüne yanlış yapılır, her şey alt üst olur.

Bütün meslektaşlarımı, önyargısız olarak, bu tehlikelerden kurtulmak ve bunların tersinin gerçekleşmesini sağlamak için, Yargıtay denetimi konusundaki görüşlerini yeni baştan gözden geçirmeye çağırıyorum.

Yapılacak iş bellidir.

İki bin yıldır Batı, hukuk biliminin ışığında ilerliyor. Bu hukukun kapısından, ancak Kartezyen mantıkla girilebilir. Türkiye benimsemek iddiasıyla çıktığı Batı hukukuyla iç içe yaşamak, bilgi aktarımını sağlıklı yapmak zorundadır. Dünyası dar Bekçi Murtaza anlayışıyla sorunlara yaklaşırsa, Batıyla yalnızca kan uyuşmazlığına düşülmez; bunun da ötesinde, yalnızlığa, otarşiye, otizme itilir; itildikçe de gelişmez, pıhtılaşır. Bu "şapkanın fes gibi giyilmesi" demektir. Böyle bir hukuk, protez gibi iğretidir. Taşralı, marjinal, prefabriktir. Özünden soyutlanmıştır.

Önerim özetle şudur: "Bilgi üretme ve tüketme çağını yaşıyoruz" (Garaudy). Bilgiler, Max Weber'in uzak görüşü doğrultusunda, on yıla kalmadan eskiyor. Yapabilen için her kayada bir Venüs heykeli vardır. Bilimin ivmesine ayak uydurmalıyız. Uyduramazsak ve "kabımızı küçük tutarsak, denizden yakınmaya hakkımız olamaz" (Mevlana). Kendi kendisiyle yetinenler, yakın ak-

raba evlilikleri gibi, hastalıklı ürünler devşirmeye yargılıdır. Bu ülkeyi kurtaranlara, insanımıza, gelecek kuşaklara karşı sorumluyuz. Kurumları ve kavramları oturmuş bir hukuk sözlüğünü tezelden oluşturmalıyız. Yeni şeyler icadına gerek yok. Örnekler önümüzde. Bir içtihat mahkemesine, içtihat ve gerekçe kavramına, uzatmalı duruşmalardan uzak bir yargılamaya ancak böyle ulaşabiliriz.

Bunun için acaba neyi bekliyoruz? Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun kararını doğrulayacak olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararını mı? Olmaz böyle şey.

Bu çırpınış, kayayla tepeye tırmanan Sizifos direncinin ya da topal ayağıyla Hicaz'a gitmeye kalkışan topal karınca azminin öyküsü değildir. Bilime dayalı bir savaşımdır ve de olanaklıdır. "Olanaksız Fransızca değilse" (Napoléon) niye Türkçe olsun ki?

KARAR ELEŞTİRİSİ

M. Şükrü ÖZDEMİR (*)

ANLATIM DÜZENİ: I- Kararın Metni, II- Kararın İncelenmesi, III- Eleştiri, IV- Kararın Başka Yönden İncelenmesi, Sonuç.

Hatay'ın Anavatan'a ilhakıyla birlikte Türk vatandaşlığını bihakkın kazanan kimsenin 30 yıl sonra yaptığı gayrimenkul satış işleminin geçersiz olduğu ileri sürülebilir mi?

Yargıtay

1. Hukuk Dairesi

Tarihi : 06.12.1999

E. No : 1999/11429

K. No : 1999/12882

I- KARARIN METNİ

Davacı Hazine tarafından, davalılar aleyhine açılan tapu iptali ve tescil davasının yapılan yargılamasında;

"...toplanan kanıtlar ve tüm dosya içeriğine göre davalıların temyiz itirazları yerinde değildir. Reddiyle haklarında verilen hüküm usul ve yasaya uygun olduğundan onanmasına... 06.12.1999 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Görüldüğü gibi onama kararında hiçbir gerekçe gösterilmemiştir. Oysa, Anayasa'nın 143. maddesi hükmü gayet açık olup, gerekçe gösterilmesi hususunda buyurucu nitelik taşımaktadır.

(*) Yargıtay Onursal Daire Başkanı

Yargıtay'ın onama kararından hiçbir şey anlamadığına göre onama-ya esas olan mahkeme kararının gözden geçirilmesi gerekmektedir.

Samandağ Asliye

Hukuk Mahkemesi

Tarihi : 24.06.1999

E. No : 1993/74

K. No : 1999/273

Davacı : Maliye Hazinesi-Samandağ

Davalılar : Kerim Berrak ve arkadaşları

Dava : Tapu iptali ve tescil

Davacı Hazine vekili 02.04.1993 tarihli dilekçesiyle, Hatay'ın Türkiye'ye ilhakını müteakip bihakkın Türk vatandaşlığını kazandığı kabul edilerek 24.10.1939 tarihinde nüfusa kaydedilen Mehmet oğlu M.Ş.'nin gerçekte Türk vatandaşı sayılmayacağı, çünkü, Hatay Sancak Statüsü ve Anayasası'nın 9. maddesine göre 1937 den önce Sancak arazisinde mütemekkin olanların bihakkın kazanabileceği, statünün yürürlüğe girdiği tarihte kendilerini Hatay siciline kaydettirmemiş olanlara durumlarını düzeltip kendilerini tescil ettirmek üzere 1 yıllık bir hak tanındığı, M.Ş.'nin durumunu bu süre içinde islah edip Hatay vatandaşlığını kazanmadığı, Fransa ile Türkiye arasında yapılan ve 30.06.1939 tarih 3658 sayılı kanunla tasdik edilerek yürürlüğe giren anlaşmanın 2. maddesine göre, ancak Hatay'da mütemekkin Hatay vatandaşlarının, Türk vatandaşlığını kendiliğinden kazanabilecekleri, bu nedenle Hatay vatandaşlığını kazanamayan ve Suriye uyruklu olarak Suriye nüfus sicillerinde kayıtlı bulunan Mehmet oğlu M.Ş.'nin ilhaktan sonra Türk nüfus siciline 24.10.1939 tarihinde Türk vatandaşı olarak yapılan kaydının usulsüz ve terkini gereken kayıt olduğu, 13.01.1999 tarih ve 2/10250 sayılı kararname ile Türkiye'deki Suriyelilere ait gayrimenkullerin başkasına ipotek ve ferağının yasaklandığı, 01.10.1966 tarih ve 6/7104 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile Suriye uyruklularının tüm mal ve haklarına el konulduğu, 25.09.1967 tarih ve 6/8890 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile de elkonulan malların bakım, muhafaza ve korunması yönünde hükümler getirildiği, taşınmaz malların Suriye uyruklu malikleri 13.01.1939 dan sonra başka bir devletin uyruk-

luğuna geçmiş olsalar dahi taşınmaz malları yönünden Suriye uyruklu ad ve itibar olunacağı, bu nedenlerle Mehmet oğlu M.Ş.'nin Samandağ ilçesi Vakıflı Köyü'nde bulunan 808 parselin ... 1970 tarihinde S.B. adındaki şahsa yaptığı 1/2 paya ilişkin satışının geçerli olmadığı, S.B.'nin üçüncü şahıs durumundaki K.B.'ye yaptığı devir ve temlikin ve bilahare M.Ş. üzerinde kalan bakiye 1/2 paya ait izaleyi şüyu ilamına dayanan aleni satışın aynı sebepten geçerli olmadığı, bundan sonra diğer şahıslara ait gayrimenkullerle yapılan birleştirme ve ifraz işlerinin dahi bir hüküm ifade etmediği, davalı üçüncü şahısların M.K. 931. maddesi hükmünden yararlanmalarının mümkün olmadığı iddia edilmiş ve tevhit ve ifraz suretiyle oluşan parsellere ait davalı üçüncü şahıslar üzerinde tapu kayıtlarının iptali ile Hazine tarafından vaziyet edilmek üzere 30.07.1971 tarihinde ölen M.Ş. adına tescili istenmiştir.

Savunma: Davalılar vekili tarafından verilen cevap dilekçesi ve yargılama sırasında verilen dilekçelerle, satıcı M.Ş.'nin Halep doğumlu olmakla birlikte, Hatay'ın Anavatana ilhakından çok önceleri Hatay'da ikamet ettiğini, Antakya ve Samandağ'da birçok gayrimenkuller edindiğini, bunların Fransızlar zamanında yapılan kadastro ile M.Ş. adına tahdit ve tescil edildiğini, Osmanlı dönemine ait Halep'deki doğumdan nüfus kaydını Hatay ve Suriye Devletleri Fransız idaresi altında iken Hatay'a naklettirdiğini 01.01.1937 den önce sancak arazisinde oturduğunu, nitekim bu yönün tanıklar tarafından da ifade ve teyid edildiğini, M.Ş.'nin tüm yaşamını Antakya ve Samandağ'da geçirdiğini, ilhaktan hemen sonra Türk vatandaşı olarak nüfusa kaydedildiğini, M.Ş.'nin aslen Türk olup, Hatay'da ikamet eden ve Türk olan N. ile evlendiği, çocuklarının olmadığı, her ikisinin Türkiye'ye vatandaşlık bağlarıyla bağlı olarak Türkiye'de yaşayıp Türkiye'de öldükleri, ölmeden bir yıl önce dava konusu 808 parselin 1/2 payını S. adındaki bir Türk'e sattığı, S.'nin de bir müddet sonra davalılardan K.B.'ye satış yaptığı, K.B.'nin izaleyi şüyu davası açarak M.Ş.'ye ait 1/2 payı aleni müzayedeye yolu ile satın aldığı, böylece taşınmazın tümüne sahip olduğunu, satıcının ölümünden ve satıştan 25 yıl sonra Hazinesinin böyle bir dava açtığını, Hazinesinin dava açtıktan sonra İçişleri Bakanlığına yazı yazarak keyfi bir şekilde M.Ş. ve karısına ait nüfus kayıtlarını iptal ettirdiğini, Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü Yönetmeliğinin 153/b maddesini dayanak göstererek vatandaşlık kaydını silmenin hukuki tutar tarafı olmadığını, aradan 58 yıl geçtikten sonra nüfus ve vatandaşlık ka-

yıtlarının iptal edilmesinin Anayasaya, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi-ne ve Türk Vatandaşlık Kanununa aykırı olduğunu,

M.Ş.'nin vatandaşlığı iptal edilse bile bunun geriye yürüyemeyeceğini, zira üçüncü şahıslarla çok önce yapılmış olan sözleşmelerin bu şahıslar için kazanılmış hak olduğunu, esasen vatandaşlığı kazanma hileli ve usulsüz ol-sa bile, 5 yıl geçtikten sonra iptal edilemeyeceğini, aksi takdirde hukuki bir idari istikrarın tamamen ortadan kalkacağını, bütün bu sebepler gözden uzak tutulsa bile, taşınmazı alanlar iyiniyetli üçüncü şahıslar olduğundan MK.nun 931. maddesinden yararlanmaları gerektiğini savunmuştur.

2- Yerel mahkeme savunmaya itibar etmemiş ve aşağıda gösterilen ge-rekçelerle davanın kabulü yönüne gitmiştir.

Mahkemenin Gerekçesi;

"... İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğünün 13.10.1997 tarihli cevabi yazısında M.Ş.'nin Türk vatandaşı olmadığından nüfustan kayıtlarının silinmesi için Hatay Valiliğine gerekli talimatın verildiği-nin bildirildiği, 18.03.1998 tarihli yine aynı Genel Müdürlükten gelen yazıda, M.Ş.'nin Hatay Anlaşmasına göre, Hatay vatandaşlığını kazanmadığı halde kazanmış gibi nüfus kütüklerine usulsüz olarak tescilinin yapıldığından nüfus kaydı 1587 sayılı Nüfus Kanununun ve Nüfus Hizmetlerine Ait Kuruluş Görev ve Çalışma Yönetmeliğinin 153/b maddesi uyarınca bildirildiğini, M.Ş.'nin va-tandaşlığımızı kazanmadığından, vatandaşlığımızdan çıkmasının da söz ko-nusu olmadığını, ilgilinin Türk vatandaşlığından çıkarılmamış olup usulsüz olan nüfus kütüklerindeki kaydının sildirildiğinin, bu nedenlerle vatandaşlık-tan çıkarılmasına ilişkin karar ve belgelerin bulunmadığının bildirildiği göröl-müştür.

Antakya Nüfus Müdürlüğünden gelen nüfus kaydında M.Ş.'nin eşi ile bir-likte 24.10.1939 tarihinde nüfusa kaydedildiği, ölümünün 30.07.1971 olarak tescil edildiği görülmüştür.

Taşınmaz başında keşif yapılmış, keşif sırasında dinlenen mahalli bilirkişi ve tanıklar M.Ş.'nin çok uzun süreden beri Türkiye'de yaşadığı-nı, kışın Antakya'daki evinde oturduğunu; yazın da Samandağ Kurtdere-

si Mahallesindeki evinde ikamet ettiğini ve yaklaşık 25 sene kadar önce Türkiye'de öldüğünü mahkemeye bildirmişlerdir.

Dosyadaki kanıtların incelenmesinden; İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğünden 18.03.1998 tarihinde gelen yazıda, Mehmet oğlu M.Ş.'nin Türk vatandaşlığını kazanmadığı halde nüfusa kazanmış gibi USULSÜZ olarak tescilinin yapıldığı bu nedenle 1587 sayılı Nüfus Kanununun Nüfus Hizmetlerine Ait Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliğinin 159/b Maddesi uyarınca nüfus kütüklerindeki kaydının silirdiği bildirilmiştir. Nüfus Kanunu ve buna dayanılarak çıkarılan Nüfus Hizmetlerine Ait Kuruluş Görev ve Çalışma Yönetmeliğinin 153/b maddesine göre "Türk vatandaşı olmadığı halde vatandaş gibi nüfus kütüklerine geçirilmiş olanların" nüfus kaydının silineceği hüküm altına alınmıştır. Aynı yönetmeliğin 154/b maddesine göre "153. maddesinin b. bendinde yazılı hallerde Türk Vatandaşlık Kanununun 39. ve 41. maddesi uyarınca vatandaşlık incelemesi sonucu alınacak kararla Bakanlığın nüfus kaydının silinmesine karar verebileceği hüküm altına alınmıştır." Mahkememize gelen İçişleri Bakanlığı yazısı ve yazı işleri nüfus kaydı yönetmeliğine uygun olarak yetkili bakanlık tarafından alınmış bir karardır.

Bu nedenle Mehmet oğlu M.Ş. Türk vatandaşı değildir. Suriye vatandaşıdır. Mahkemenizce Suriye vatandaşı olarak kabul edilen M.Ş. dosyaya getirilen tapu kaydına göre, 08.11.1978 tarihinde Samandağ Vakıflı Köyünde bulunan 808 parsel sayılı taşınmazın 1/2 hissesini K.B.'a hükmen alım yoluyla devretmiştir. Daha sonra da bu taşınmaz 939 parselle birleştirilerek 995 parsel numarası olarak ifrazen 996, 997, 998, 999, 1000, 1001 parsel numarası aldığı ve davallılar adına tescilin yapıldığı anlaşılmıştır. Türk Hükümeti tarafından 1062 sayılı 1927 yılında yürürlüğe giren hudutları dahilinde tebaamızın emlakine vaziyet eden devletlerin Türkiye'deki tebaaları emlakine karşı mukahalei bilmisil Tedbiri İttihazı Hakkındaki Kanununun 1. maddesi hükmüne dayanılarak 1941 tarihinden itibaren Suriyelilerin Türkiye'de bulunan malları hakkında kararnameler çıkarılmış ve misilleme olarak Suriyelilerin Türkiye'deki mallarının tasarrufları yasaklanmıştır. Bu durum 1966 yılına kadar devam etmiş ve 1966 yılında çıkarılan ve tamamen kanun hükmünde olan 6/7140 sayılı kararnamenin 1. maddesi ile de Suriye uyruklu bütün tüzel ve gerçek

kişilerin taşınır ve taşınmaz mallarına el konulmasına karar verilmiştir. 1967 tarih 6/8890 sayılı kararname ile de daha evvelce Suriyelilerin Türkiye'de bulunan taşınmazları hakkında konulmuş olan sınırlamaların devam ettiği hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle 1941 tarihinden itibaren bir Suriyelinin taşınmazını bir Türk'e devretmesi yasaklanmış taşınmazın tapuda yapılan satış işlemi hükümsüzdür. Ayrıca davalıların yasal olarak devredilmesi yasaklanmış Suriye uyruklulara ait taşınmazını tapuda satın almaları nedeniyle MK. 931. maddeye dayanılarak iyi niyet iddialarını ileri sürmeleri mümkün değildir...

Davanın niteliği gereği davada zaman aşımı da ileri sürmeleri mümkün değildir. Bu nedenle kök parsel olan Samandağ Vakıflı Köyünde bulunan 808 parsel sayılı taşınmazların davalılar adına olan tapu kayıtlarının iptaline karar verilmesi gerekmiş, davalılar vekilinin 808 parsel sayılı taşınmazın izaleyi-şü-yu davası sonucunda mahkeme kararı ile satıldığı ve ifraz edildiği yönündeki iddiasının da; tapu iptali ve tescil davasında esas alınamayacağı açıktır. Bu nedenlerle davacının davasının kabulüne karar verilmesi gerekmiş ve aşağıdaki hüküm kurulmuştur."

Hüküm : Yukarıda açıklanan nedenlerle;

"1- Davacının davasının kabulü ile Hatay İli Samandağ İlçesi Vakıflı Köyünde bulunan davalılar adına kayıtlı 996, 997, 998, 999, 1000, 1001 parsel sayılı taşınmazları tapu kayıtlarının iptali ile Suriye uyruklu M.Ş. adına tapuya tesciline,

2 - İhtiyati tedbirin karar kesinleşinceye kadar devamına,

3 - 1062 sayılı Yasa uyarınca taşınmazlar üzerine Hazinece el konulduğu şerhinin verilmesine, Yargıtay yolu açık olmak üzere 24.06.1999 tarihinde karar verildi."

Yargıtay 1. Hukuk Dairesi bu kararı olduğu gibi onamıştır. Şu hale göre, Yargıtay hükümde gösterilen gerekçelere aynen katılmış olmaktadır.

Bu nedenle eleştiri yapılırken kararlar arasında ayırım yapılmasına gerek görülmemiştir.

II- KARARIN INCELENMESİ

1- Olay;

a- Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin onama kararına konu teşkil eden olayı şöyle belirtebiliriz;

1924 tarihli Fransız kayıtlarından, yeminli mütercim H.Ç. tarafından ter-cüme edilip Nüfus Müdürü N.E. tarafından 11.06.1996 tarihinde tasdik edi-len aile nüfus kayıtlarına göre, 1889 yılında Halep-Cip Esadullah Mahallesi 103/2 de nüfusa kayıtlı olan M.Ş. ve B.'den olan M.Ş. (Şeyh Mustafa el-Mevlevi) nüfus kaydını, Hatay Devleti kurulmadan önce Hatay sancak iken, Antakya Camii Kebir Mahallesi sayfa 33 kütük sıra no: 44'e nakletmiş ve na-kil keyfiyeti 25.05.1938 tarihinde Antakya nüfusuna tescil edilmiştir.

Dosyaya ibraz edilmiş bu kayda göre, Halep'deki nüfus kaydı Hatay Sancak nüfusuna nakledilmiş olmaktadır.

b- Keşif sırasında dinlenen yerel bilirkişi ve tanık ifadelerine göre, M.Ş. 25.05.1938 den çok önceden beri kışın Antakya'daki evinde, yazın da Sa-mandağ Kurtdere Mahallesindeki evinde oturmaktadır. Buna göre 01.01.1937 den çok önceleri Hatay'da ikamet etmektedir. Bunun aksi dava-cı tarafından kanıtlanamamıştır. Mahkemede, ikamet olayını böylece değer-lendirmiş ve böyle kabul etmiştir.

c- Bilindiği üzere 17. Türk Devleti olarak Hatay Devleti 02.09.1938 de kurulmuş ve 23.07.1939 tarihine kadar devam etmiştir.

M.Ş. bu arada 1905 Hatay doğumlu M.T. ile H.'den olma N. ile evlenmiş ve evlilikleri 20.07.1939 tarihinde Hatay devleti nüfus kayıtlarına işlenmiştir.

d- Fransa ile Hatay Andlaşması imzalanması

23 Haziran 1939 günü Fransa ile Türkiye arasında Hatay mıntikasının Türkiye'ye iadesine dair Hatay Andlaşması imzalandı. Hatay Andlaşması Tür-kiye ile Fransa arasında 23 Haziran günü saat 13.05 de Ankara'da Dışişleri Bakanlığında, Şükrü Saraçoęlu ile Rene Massigli arasında imzalandı. Ha-tay'ın Türkiye'ye ilhakının sağlanması Büyük Atatürk'ün en büyük arzusu idi. Atatürk'ün direktifi üzerine Hatay meselesi ile fiilen uğraşmaya başlayan Em-

niyet Genel Müdürü Şükrü Sökmensüer 19 Haziran 1939'da Türkiye'ye katılması an meselesi olan Hatay'a vali olarak atandı.

Hatay Andlaşmalarının imzalanmasında Almanya ile İtalya'nın Avrupa'da yarattığı yeni politik ortamın rolü de inkar edilemez. Fransa kendi ülkesinin güvenliği söz konusu olunca bir Arap ülkesini koruma endişesi ikinci planda kalmıştı. Andlaşma metni Paris'te de parafe edilmişti. "Türkiye ile Fransa arasında Ankara'da 23 Haziran 1939 tarihinde imzalanan Türkiye ile Suriye arasında arazi mesailinin kat'i surette hallini mutazammın anlaşma ve Müzeyyeleatının Tasdikine Dair Kanun" başlığını taşıyan ve 30.06.1939 tarih, 3658 sayılı Kanunun (R.G. 04.07.1939, sayı: 4249) bazı maddeleri şöyledir.

1- Andlaşmanın b maddesi son fıkrası;

"Bu suretle tayin edilen battın ötesinde bulunan arazi en geç 23 Temmuz 1939'a kadar Fransız Kuvvetleri tarafından tahliye edilecek ve aynı tarihte Fransız makamlarının elinde kalan silahiyetlerin devri de ikmal edilmiş bulunacaktır". Demek oluyor ki, Türkiye ile Suriye arasında 1921, 1926 ve 1939'da olmak üzere üç kez hudut tashih edilmiştir.

Olayımız bakımından bizi ilgilendiren metin kısmı ise aşağıda açıklanan maddelerdir.

Anlaşmanın 2. maddesi;

Madde-2: Birinci maddenin son fıkrasında mevzubahis arazide mütemekkin Hatay vatandaşları Türkiye tabiiyetini bihakkın iktisap edecektir.

Madde-3: İkinci madde mucibince 18 yaşını mütecaviz olan kimseler işbu antlaşmanın meriyete girdiği tarihten itibaren 6 aylık bir müddet zarfında Suriye veya Lübnan tabiiyetini ihtiyar etmek hakkını haiz olacaklardır.

Balada mezkür hakdan istifade etmek isteyen kimseler ikametgahlarının merbut bulunduğu idari makama bu hususda bir beyanname tevdi edeceklerdir. Kendilerine bir makbuz verilecektir. Hakkı hıyar istimal edenlerin listeleri, mümkün mertebe kısa fasılalarla, Fransız konsolosluğuna tevdi olunacaktır.

Madde-4: Üçüncü madde ahkâmına tevfikân hakkı hıyarlarını istimal eden kimseler, müteakıp 18 ay zarfında ikametgahlarını Türkiye'nin haricine nakletmeye mecbur olacaklardır.

Bunlar, mutasarruf oldukları emvali gayrimenkuleyi tasfiyeye mecbur olacaklar ve her türlü menkul malları ile hayvanlarını elden çıkarmak veya beraberlerinde götürmek hususunda serbest olacaklardır...

Madde-5: 2., 3. ve 4. maddeler ahkâmının tatbikinden mütevellit bütün hususatta evli kadınlar, kocalarına ve 18 yaşından aşağı çocuklar, ebeveynlerine tabi olacaklardır."

İşte yıllar önce Hatay Sancağında, ikamete başlamış ve Hatay Devletinin kurulmasından önce 25.05.1938 tarihinde Antakya nüfusuna nakletmiş olan M.Ş., Hatay'ın ilhakından sonra 6 ay içinde Suriye ve Lübnan vatandaşlığını ihtiyaç etmeyerek yapılan umumi tahrirde az önce açıklanan antlaşmanın 2. maddesi hükmü uyarınca Türk vatandaşlığını bihakkın kazanmış bir kimse olarak, esasen Antakya'lı olan karısı N. ile birlikte Antakya nüfusuna 24.10.1939 tarihinde yeniden kaydolmuştur.

e- M.Ş. Hatay Sancak halindeyken Antakya ve Samandağ'da bir çok taşınmaz edinmiş, bunlar o sırada yürürlükte olan Fransız kadastro mevzuatına göre adına tahdit ve tescil edilmiştir.

M.Ş. Samandağ'da kadastro yoluyla kendi adına tapuda kayıtlı olan 808 parselin 1/2 payını, aynı yerde oturan Türk vatandaşı S.'ye satmış ve bu satıştan aşağı yukarı bir yıl sonra da çocuksuz olarak 30.07.1971 tarihinde ölmüştür. Ölüm kaydı nüfusa işlenmiştir. Karısı N.'de bundan bir yıl sonra vefat ederek İskenderun'da oturan Türk uyruklu mirasçılarını terketmiştir.

S. bir süre sonra satın aldığı bu 1/2 hisseyi davalılardan K.B.'ye devir ve temlik etmiştir.

K.B. izaleyi şüyu davası açarak aleni müzayede ile geride kalan 1/2 payı da satın almış ve gayrimenkulün tümüne sahip olmuştur.

K.B. 808 parseli kendisine ait diğer bir parselle tevhit ettikten bir süre sonra 6. parçaya ifraz etmiş ve bu müfrez parçalardan bir kısmını diğer davalılara satmıştır.

f- Hazine M.Ş.'nin vatandaşlık bağlarıyla Türkiye'ye bağlanmasından itibaren takriben 58-60 yıl sonra, M.Ş.'nin satış yaptığı üçüncü şahıstan satın alan K. ve K.'den satın alan dördüncü şahıslar aleyhine 1993/74 E., 1999/273 K. sayılı davayı açarak, yıllarca Hatay'da yaşamış, Hatay'da ölmüş M.Ş.'nin Türk vatandaşlığına geçişinin usulsüz olduğunu, ilhaktan önce Hatay'da oturmadığını, Hatay Sancak Anayasasına göre, Hatay vatandaşı olmadığını, Halep'te doğduğu için Suriye vatandaşı sayılması gerektiğini, kararnamelere göre yapılan satışları geçersiz olduğunu, bu sebeple üçüncü şahıslar üzerindeki kayıtların iptaliyle ölü M.Ş. adına tescilini talep etmiştir.

Yargılama sırasında Maliye Bakanlığının İçişleri Bakanlığına yazdığı yazı üzerine, İçişleri Bakanlığı, M.Ş.'nin Hatay Antlaşmasına göre Türk vatandaşlığını kazanmadığı halde kazanmış gibi nüfus kütüklerine usulsüz olarak tescil edildiğinden bahisle kaydı, 1587 sayılı Nüfus Kanununa ve Nüfus Hizmetlerine Ait Kuruluş Görev ve Çalışma Yönetmeliğinin 153/b maddesi uyarınca sildirtmiştir.

Mahkeme, Yönetmeliğin 153/b ve 154/b maddelerinden bahsetmiş ve İçişleri Bakanlığının, anılan yönetmeliğe göre kaydı sildirme yetkisi bulunduğunu kabul etmiş ve M.Ş.'nin Türk vatandaşı olmadığına ve dolayısıyla yapılan işlemlerin geçersiz olduğuna iptal edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

III- ELEŞTİRİ;

1- M.Ş. ve eşi N.'nin vatandaşlık durumları;

Hatay Antlaşmasının 2. maddesinde kimlerin Türk vatandaşlığını bihakkın kazanacakları açıklanmıştır. Antlaşmanın imzalandığı tarihte Hatay arazisinde mütemekkin olan Hatay vatandaşları bihakkın Türk vatandaşlığını kazanmışlardır. Bunlardan Suriye ve Lübnan vatandaşlığını seçenlerin Antlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 6 ay içinde bu haklarını kullanmaları gerekmektedir.

a- M.Ş. Halep doğumlu olmakla birlikte yıllar önce Hatay'a yerleşmiş, Fransızlar zamanında yapılan kadastro ile adına birçok gayrimenkul tescil ettirmiş, Hatay Devleti kurulmadan önce Hatay Sancak iken Halep'teki nüfus kaydını Hatay Sancak nüfusuna naklettirmiş, Hatay'lı Türk N. ile evlenmiş ve

Hatay'da ikamet etmekte iken Hatay Devleti kurulmuş, böylece Hatay vatandaşları sayılmış ve daha sonra söz konusu 30 Haziran 1939 tarihli 3658 sayılı Kanunla onaylanan Hatay Antlaşması ile Hatay Türkiye'ye ilhak edildikten sonra, Suriye ve Lübnan lehine seçimlik hakkını kullanmaksızın Türk vatandaşlığını iktisap etmiş ve 24.10.1939 tarihinde Türk vatandaşı olmuş. Türkiye Cumhuriyetine vatandaşlık bağlarıyla bağlanmış ve nihayet 1971 yılında 82 yaşında Türkiye'de Hatay'da ölmüştür.

Olayların bu şekilde geliştiği 1924 Fransız kayıtlarından tercüme edilen nüfus kayıtlarından, yaşlı bilirkişi ve tanıkların sözlerinden anlaşılmıştır.

Esasen mahkeme de şahit ifadelerine göre, M.Ş. ve eşinin Hatay Devletinin kurulmasından çok önceleri Hatay'da ikamet edip, ölünceye kadar Türkiye'de Hatay'da yaşadığını, Suriye'ye hiç gitmediğini kabul etmiştir.

Antlaşmanın 2. maddesinde Türk vatandaşlığı için sadece Hatay'da ikamet etmiş olma şartı getirilmiştir. 45 sayılı Kanunla Türk Kanunlarının Hatay'da olduğu gibi tatbik edilmesi Hatay Devletince kabul edilmiştir. Hatay Devleti kurulduğu sırada Hatay'da ikamet edenler şüphesiz Hatay vatandaşlarıdır.

Hazine vekili Sancak Anayasasının 9. maddesinden söz etmişse de böyle bir belge ibraz etmemiştir. Hatay Devleti, M.Ş.'yi kendi nüfus kayıtlarına geçirmekle zaten vatandaş olarak kabul etmiş ve ilhaktan sonra yapılan yazıyla, ilhakla birlikte tüm Hatay vatandaşları gibi M.Ş. ve eşi Türk nüfus kayıtlarına geçirilmiştir.

Hazinenin 01.01.1937 den önce Hatay'da ikamet etmediğine dair iddiası nüfus kayıtları, Fransız kadastro kayıtları ve yaşlı bilirkişi ve tanık ifadeleriyle tekzip edilmiş, hazinenin bu iddiası mücerret sözlerden ibaret kalmıştır.

Bu itibarla Hazinenin M.Ş. ve eşinin Türk vatandaşlığına iktisap edemediklerine dair iddiası dayanaksız kalmıştır.

2- Mahkeme Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Yönetmeliğinin 153/b bendine göre Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nün M.Ş.'ye ait nüfus ve vatandaşlık kayıtlarını iptal etmesini verdiği kararı gerekçe yapmıştır. Bu gerekçeye katılmak mümkün değildir.

Türk Medeni Kanununun 38. maddesine göre, "Hakimin hükmü olmadıkça ahvali şahsiye sicilinin hiçbir kaydı tashih edilemez."

Benzer bir kural Nüfus Kanununun 11. maddesinde de yer almıştır. Buna göre, "kesinleşmiş mahkeme hükmü olmadıkça nüfus kütüklerinin hiçbir kaydı düzeltilemez ve kayıtların anlamı ve taşıdığı bilgileri değiştirecek ilave ve şerhler yapılamaz; ancak olayların aile kütüklerine işlenmesi sırasında nüfus memurlarının yaptıkları maddi hatalar dayanağı belgelere uygun olarak düzeltilir ve başmemuru tarafından onama şerhi verilerek imzalanır."

Bu hükümlerden açıkça anlaşılacağına göre, nüfus kayıtlarında ve bu kayıtların ifade ettiği anlamlarda mahkeme kararı olmadan hiçbir değişiklik yapılamaz.

İdarenin Yönetmeliğini 153/b maddesini kendi keyfine göre yorumlayıp 60 yıl önce bu vatana vatandaşlık bağlarıyla bağlanmış, ölünceye kadar Türkiye'de yaşamış bir kimsenin "vatandaşlığa geçiş usulsüzdür gerekçesiyle" nüfus kayıtlarını sildirmesi ve vatandaşlık statüsünü iptal etmesi aklın mantığının alacağı şey değildir.

İçişleri Bakanlığı mevcut kayıtlara göre bir kimsenin Türk vatandaşı olup olmadığını bildirmekle görevli olup, hiç bir hukuki sebep yokken mevcut nüfus kayıtlarını sildirerek veya yok sayarak Türk vatandaşı olmadığını bildiremez. Bu tür davranış yetkinin kötüye kullanılması anlamına gelir.

Mahkemenin yapmaya yetkili olduğu bir işi İçişleri Bakanlığının yapması bir yetki tecavüzüdür. Ayrıca, bu işlemin keyfi ve haksız olduğu aşikar bulunduğu göre, bu işlem aleyhine idari yargı yerinde dava açmaya da gerek yoktur.

Denilebilir ki, İçişleri Bakanlığı Maliye Bakanlığının yazısının etkisinde kalmış ve hazinenin vatandaş aleyhine açtığı davanın başarıya ulaşmasını temin için 60 yıl önce Türk vatandaşlığını iktisap eden şahsın vatandaşlık statüsünü iptal etmiştir. Bunda kamunun menfaati değil zararı söz konusudur. Keyfi işlem idareye karşı olan güveni kökünden sarsar.

3- Mahkemenin hükmüne dayanak yaptığı **Yönetmeliğin 153. maddesi "Nüfus kaydının silinmesi" başlığını taşımaktadır.**

Maddede "Nüfus kaydı aşağıdaki hallerde silinir" denilmiştir.

153. maddenin b bendi şöyledir. "Türk vatandaşı olmadığı halde vatan-
daş gibi aile kütüklerine geçirilmiş olmak".

Ancak, 154. madde ile, 153. maddeyi de kapsayacak şekilde şu hüküm getirilmiştir; **"Nüfus kaydının silinmesi adli veya idari bir karara dayanılarak yapılır". Demek oluyor ki, 154. maddeyle MK. 38. ve Nüfus Kanunu-
nun 11. maddelerinde gösterilen ilkeler korunmak istenmiştir.**

154. madde ile getirilen diğer bir hükümlerle 153/b maddesinde belirtilen kayıt silme işinin Vatandaşlık Yasasının 39. ve 41. maddesinde gösterilen ko-
şullar altında İçişleri Bakanlığınca yapılabileceği hükme bağlanmıştır.

İçişleri Bakanlığı Vat. K.nun 39. ve 41. maddesi dışında mahkeme kara-
rı olmadan bir kimseye ait nüfus kaydını silemez ve sildiremez.

39. ve 41. maddenin ise olayımızla uzaktan yakından hiçbir ilgisi yoktur.

39. madde "aşağıdaki Türk vatandaşları Türk Medeni Kanununa göre, reşit olmalarından başlayarak iki yıl içinde Türk vatandaşlığından seçme hak-
kını kullanmak suretiyle ayrılabilirler" şeklindedir.

41. madde dahi olayımızla ilgili olmayıp 39. ve 40. maddelere göre seçme hakkını kullanan Türk vatandaşları ile ilgilidir.

Şu durumda mahkemenin hükmüne dayanak yaptığı Yönetmeliğin **153/b ve 154. maddeleri dahi yargı kararı olmadan** nüfus ve vatandaşlık kayıtlarını iptal için İçişleri Bakanlığına bir yetki vermemiştir.

Bütün bu açıklamalar mahkeme hükmünün ve bu hükmü onaylayan temyiz kararının yanlış ve hukuka aykırı olduğunu açıkça göstermektedir.

IV- KARARIN BAŞKA YÖNDEN İNCELENMESİ;

1- **403 sayılı Vatandaşlık Kanunu açısından değerlendirme.** Vat. K. Madde-24: "Vatandaşlığa alınma, ilgilinin yalan beyanı veya önemli hususla-

rı gizlemesi sonucu vukubulmuş ise, vatandaşlığa alınma kararı Bakanlar Kurulunca iptal edilir."

Olayımızda İçişleri Bakanlığı hile ve yalan beyandan söz etmeksizin geçişin usulsüz olduğundan bahisle iptale karar vermiştir. Oysa, vatandaşlığın iptali neticesini doğuran kayıt iptali, Bakanlar Kurulunca değil yetkili olmayan İçişleri Bakanlığı tarafından yapılmıştır. İçişleri Bakanlığı böyle bir karar vermeye yetkili değildir. Kararda bu yön tartışılmamıştır.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında her halükarda ilgilinin vatandaşlığa alınmasından itibaren beş yıl geçtikten sonra iptal kararı verilemeyeceği hükme bağlanmıştır.

Kanun koyucu Türk vatandaşlığını kazanan kimselerin 5 yıl içinde şahsi ve ailevi durumlarında birçok değişiklikler husule geleceğini düşünerek iptali 5 yıl gibi bir hak düşürücü süreye bağlamıştır. İçişleri Bakanlığının bu iptal işlemi açıklanan buyurucu hüküm karşısında da yok hükmündedir. Aradan 58 yıl geçtikten sonra ölü şahsın vatandaşlığının iptal işlemi hukuken hiçbir hüküm ifade etmez. Karar bu yönden de yanlıştır.

2- Bir an için bu iptal işleminin geçerli olduğunu kabul etsek bile, bu işlem ancak iptalden itibaren hüküm ifade eder. Geriye yürümez.

Vatandaşlık Kanununun 33/II. maddesinde "iptal kararının hükümleri geriye yürümez" denilmiştir. Bu hüküm özellikle vatandaşlığı iptal edilen kimsenin 3. kişilerle yaptığı hukuki işlemlerin güvenliği açısından getirilmiştir.

Oysa, bizim olayda vatandaşlık statüsü iptal edilen kişinin 30 yıl önce 3. şahıslara yaptığı satışlar geçersiz sayıldığı gibi, satın alan 3. ve 4. kişilerin de hukuki işlemleri geçersiz sayılmış ve iptal edilmiştir.

Mahkeme arşivlerinde bu yolda verilmiş bir karara rastlamak mümkün olmamıştır.

3- Vatandaşlığı iptal edilen kişinin birinci kişiye yaptığı satış hükümsüz sayılsa bile, bunun üçüncü, dördüncü kişiye yaptığı satış işlemi MK. 931. maddesinin himayesinde olmak icabeder.

Hazine satın alanların kötü niyetli olduklarını kanıtlamalı, ya da olaylardan satın alan üçüncü ve dördüncü kişilerin iyi niyet iddiasında bulunamayacaklarının belirgin olması gerekmektedir.

Mahkeme ve Yargıtay bu yön üzerinde de durmamıştır.

V- Kuramsal olarak hazinenin bu davayı açmakta hukuki yararı da yoktur. Başka anlatımla bu karar Türkiye'nin değil Suriye'nin yararına.

Diyelim ki, karar infaz edildi. Davalı Türk vatandaşlarının yıllardan beri tasarruf ettikleri taşınmazlar onların ellerinden alınacak, Suriye uyruklu olduğu kabul edilen ölü şahıs adına kaydedilecek.

Hazine kararnamelere göre, gayrimenkullere vaziyet etme yetkisini taşıdığı için, bunları ya bizzat işletecek veyahut kiraya verecektir. Her iki halde, elde edilen gelir İskenderun'daki Merkez Bankasına Suriye'li adına bloke edilecek ve ileride Suriye ile arazi meselelerinin halledilmesi halinde bloke edilen para Suriye Hükümetinin emrine verilecektir.

Şimdi lütfen düşününüz. Bu işte Türkiye Cumhuriyetinin ne menfaati var. Mahkeme kararında kamu düzeninden söz edilmektedir. Kanımızca Türk vatandaşlarının kanunlara göre temellük ettiği taşınmazların, hukuka uygun olmayan birtakım idari işlemlere dayanılarak ellerinden alınıp Suriye'ye verilmesinde kamu düzenine değil aykırılık vardır.

VI- Ayrıca karar kabul şekli bakımından da yasalara aykırıdır. Mahkemenin kararına gerekçe yaptığı kararnamelere ek kararnameye göre, izaleyi şuyü yoluyla yapılan satışlar yasaya uygun kabul edilmiştir. Dava konusu taşınmazın 1/2 payı izaleyi şuyü ilamı ile davalılara geçmiş olduğundan, en azından 1/2 pay hakkındaki hazine davasının reddine karar verilmesi ve hükmün bu yönden bozulması gerekirdi.

VII- M.Ş. 1971 yılında çocuksuz ölmüş ve karısı N.'yi terketmiş, N. de 1972 yılında öterek Türk mirasçılarını bırakmıştır. Buna dair İskenderun Asliye Hukuk Mahkemesinden verilmiş veraset ilamı dosyaya ibraz edilmiştir.

Bu durumda vatandaşlıkları iptal edilen M.Ş. ile eşi N. Suriye uyruklu olsalar bile, terekeleri Türk uyruklu mirasçılarına geçer.

Ŗu hale göre, böyle bir dava ancak, Türk mirasçılar tarafından aılabılır. Hazinesinin aktif dava ehliyeti olamaz. Yahut hazine M.Ŗ. zerine kayıt yaptırdıktan sonra. Türk mirasçılar ellerindeki veraset ilamıyla tapuya müracaat ederek zahmetsiz bir Ŗekilde gayrimenkulleri üzerlerine intikal ettireceklerdir. Bunda kamunun ne gibi bir menfaati olabilir. Anlamak mümkün değildir.

VIII- İnsan Hakları SzleŖmesine göre, mülkiyet hakkı da temel insan haklarından sayılmıŖtır. Hukuka uygun olmayan iŖlemlerle mülkiyet hakları ihlal edilenlerin, bundan sonra baŖvuracakları yer, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi olacaktır.

SONUÇ: Mahkeme kararının hem kazanılmıŖ haklar, hem VatandaŖlık Kanunu ve hem de İnsan Hakları ve Temel Haklar açısından yasalara aykırı olduğu kanısındayım.

**DOĞRUDAN DOĞRUYA TEMSİL / NAMI-I MÜSTEAR /
DOLAYISIYLA TEMSİL / İNANÇLI İŞLEM / TARAFTA MUVAZAA /
NAM-I MÜSTEAR İLE MUVAZAA İLİŞKİSİ / İSPAT REJİMİ (VE)
KANUNA KARŞI HİLE KAVRAMLARI İLE BUNLARA İLİŞKİN
YARGITAY UYGULAMASI**

Nihat YAVUZ (*)

ANLATIM DÜZENİ: I- Sorun, A) İddia, B) Deliller, C) Yerel Mahkeme Kararı, II) Uyuşmazlık Konusu Maddi Olayla ilgili Bilgiler, A) Davalı Adına Tapulu Taşınmazı Aktaran Kişiler Yapı Kooperatifinin Yasal Yetkileri ise Davacı ile Davalı Arasındaki Temel İlişki, B) Kanuna Karşı Hile C) Sonuç.

I- SORUN

A) İDDİA:

Davacı taraf dava dışı yapı kooperatifinden bir alacağı için kendisine verilmesi kararlaştırılan bağımsız bir bölümün (tapulu taşınmazın) kendisi hakkında açılan tazminat davaları ve bazı borçlarının bulunması nedeniyle (karısı bulunan davalı N.Ş.) adına teşçil edildiğini, bilahare davalı eşin müşterek haneyi terk ettiğini, çeşitli ihtarlara rağmen sözü edilen tazminatın ferağını vermediğini iddia ederek davalı adına olan tapu kaydının iptali ile davacı adına tescilini istemiştir.

B) DELİLLER:

a- 29 numaralı bağımsız bölüm 7.9.1998 tarihinde dava dışı H., M.F., N.B. ile F.Ş. tarafından davalıya satılmıştır.

Not: Bu kişilerin dava dilekçesinde sözü geçen kooperatif ile ilgileri saptanamamıştır.

(*) Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesi Başkanı

b- İNANÇ SÖZLEŞMESİ

"S.S. E..... Yapı Kooperatifinde (davacı) Ü.Ş.'nin icralı alacağı vardır. İş bu alacağa karşılık kooperatif (davacı) Ü.Ş.'in (davalı) eşine kat irtifaklı bir daire tescil etmiştir.

(Davacı) Ü.Ş.'nin (davalı) eşi adına alınmış bulunan bu daire aslında davacının dır. Davacının (Ü.Ş.) İstanbul Ağır Ceza Mahkemesinde yangına sebebiyet vermektan davası devam etmektedir. Davacının İstanbul'daki tapularına tedbir konulmuştur.

İstanbul'daki davalar ve zarar-zıyan talebi sebebiyle E..... Yapı Kooperatifinden alacağa karşılık verilen daire davacı (Ü.'in) eşi davalı N.Ş. adına alınmıştır. İlk istekte daire davacıya devir edilecektir".

c- PROTOKOL

"Bir taraftan S.S. E..... Konut Yapı Kooperatifi diğer taraftan (davacı) Ü.Ş. aşağıdaki şartlarla anlaşmışlar ve birbirlerini ibra etmişlerdir.

1) S.S. E..... Konut Yapı Kooperatifi, Adana 2. İcra Müdürlüğü 1997/2035 sayılı dosya ile davacı Ü.Ş.'e borçludur. Protokolün imza tarihine kadar 1.800.000.000.- TL, ödeme yapılmıştır.

2) Borçlu S.S. E..... Konut yapı Kooperatifi davacı Ü.Ş.'in eşini kooperatife ortak üye olarak kabul edecek, kooperatifin toplu konut inşaatının bulunduğu arsadan Ü.Ş.'in eşine irtifak tapusunun intikali yapılacak, ancak Ü.Ş.'in icralı bakiye alacağı ile ibralaştığından, ortak olarak kabul edilecek, Ü.Ş.'in eşinden ortaklık payı alınmayacaktır. Verilecek bağımsız bölüm diğer bağımsız bölümler gibi her türlü eksiklikleri giderilmiş oturulur hale getirilecektir.

3) Kooperatif bağımsız bölüm irtifak tapusu Ü.Ş.'in eşine intika ettirildikten sonra Ü.Ş. avukatı vasıtası ile Adana 2. İcra Müdürlüğü 1997/2035 sayılı takip dosyasını vazgeçmek suretiyle infazen Adana 7. Asliye Ceza 1997/809 numaralı ceza dosyasından ve Adana 3. Ağır Ceza 1998/192 sayılı dosyalarındaki şikayetlerinden vazgeçeceklerdir..."

Deliller hakkında bir itiraz vukubulmamış ve sabit bulunmuştur.

C) YEREL MAHKEME KARARI:

Hangi koşullarda düzenlendiği belli olmayan inanç sözleşmesine dayanılarak dava açılması usule uygun bulunmamış, yasanın amir hükmüne göre taşınmaz satışının tapuda veya satış vaadi şeklinde noter huzurunda resmi biçim koşuluna uygun olarak yapılması gerektiği belirtilerek davanın reddine karar verilmiştir.

YARGITAY KARARI

Taraflar arasındaki "tapu iptali ve tescil" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Adana 7. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 12.5.1999 gün ve 1988/977 E - 1999/320 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 30.9.1999 gün ve 1999/7734-9873 sayılı ilamı ile; (... 7.9.1998 tarihli inanç sözleşmesi ile, dava konusu Dairenin aslında Ü.Ş.'e ait olduğu, Davalı adına tescilinin yapıldığı, dairenin ilk istemde Ü.Ş.'e devredileceği kararlaştırılmıştır. Buna uygun aynı tarihte dava konusu Dairenin davalı adına tescili yapılmıştır. Esasen dava konusu daire hakkında taraflar arasında uyumsuzlukta bulunmamaktadır. Sözleşme, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 5.2.1947 tarihli 20/6 sayılı ve 7.10.1953 tarih 8/7 sayılı kararlarına uygun olduğundan davanın kabulü gerekir. Yazılı gerekçelerle reddi doğru bulunmamıştır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Davacı vekili.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Davacı vekili, müvekkilinin dava dışı S.S. E..... Yapı Kooperatifindeki alacağına karşılık kendisine verilmesi önerilen dava konusu 29 nolu bağımsız bölümün alacaklılardan mal kaçırmak amacı ile eşi olan davalı N.Ş. adına tescil edildiğini, ancak aralarında düzenledikleri 7.9.1998 tarihli inanç sözleşmesi gereğince sözüedilen dairenin ilk istek halinde davacıya devir edilmesi gerekirken, mahkemece tapulu taşınmazların mülkiyetinin ancak resmi şekil-

de düzenlenen senetlerle aktarılabilceği vurgulandıktan sonra taraflar arasında hangi koşullarla düzenlendiği anlaşılabilen inanç sözleşmesine dayanılarak dava açılmayacağı gerekçesiyle dava reddedilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya içeriğinde bulunan davacı ile dava dışı S.S. E..... Yapı Kooperatif yöneticileri arasında düzenlenen "protokol" başlıklı anlaşmaya göre alacağına karşılık davacının eşi bulunan davalıya irtifak tapusu intikal ettirilecektir. Bu cümleden olarak 7.9.1998 tarihinde davalıya yukarıda sözüedilen kooperatif ile ilgileri saptanamayan kişilerce dava konusu 29 nolu mesken tapuda intikal ettirilmiştir.

Taraflar arasında uyumsuzluk konusu bulunmayan 7.9.1998 tarihli "İnanç Sözleşmesi" başlıklı adi yazılı belgede, davacının S.S. E..... Yapı Kooperatifinde bulunan alacağına karşılık (davalı eşi) adına kat irtifaklı olarak tescil edilen dairenin aslında davacıya ait bulunduğu ve bu nedenle de ilk talepte bu taşınmazın davacıya devir edileceği yazılıdır.

Genel Kurulda yapılan görüşmeler sırasında yukarıda yazılı olan 7.9.1998 tarihli "inanç sözleşmesi" başlıklı belgenin hukuki mahiyeti ve doğuracağı sonuçlar üzerinde durulmuş, bundan doğan diğer hukuksal sorunlar üzerinde tartışma açılmış ve de aşağıdaki sonuca ulaşılmıştır:

1) Davacının vekili olan davalı, kendi namına ve fakat müvekkili (davacı) hesabına dava konusu tapulu taşınmazı, dava dışı üçüncü kişilerden devir almıştır. O halde taraflar arasında dolaylı temsil hukuksal ilişkisinin kurulduğunun kabulü gerekmektedir. Zira tapu müdürü huzurunda düzenlenen resmi senette taraf olarak yer alan davalı, davacıyı temsil etmemekle beraber onun vekili olarak davranmıştır.

Bundan başka davacının vekili olan davalı, gene kendi namına, fakat müvekkili olan davacı hesabına (dava dışı) üçüncü kişiden aldığı dava konusu taşınmazı davacının inanıp güvendiği (itimad ettiği) bir kişi olarak aralarındaki 7.9.1998 tarihli anlaşma uyarınca az-çok uzun bir süreyle yine kendisi muhafaza ve idare edecek ve ilk talepte davacıya devredecek olması hususu, taraflar arasında inançlı işlemin varlığını gösterir.

İnançlı işlemler, bir kimsenin menfaatinin başkası tarafından korunması veya teminat sağlanmak amacıyla ona bazı hakları ciddi olarak devrettiği, an-

cak hakları iktisap edenin bunlardan doğan bazı yetkileri hiç kullanmaması, bazılarını da ancak önceden hak ve halen menfaat sahibi olanın gösterdiği biçimde kullanmak zorunda olması hususunda tarafların anlaştığı işlemlerdir. Bu tür işlemler vekalet veya vekalet hükümlerinin uygulanacağı vekalet benzeri kendisine özgü yapısı olan bir sözleşme olarak nitelendirilebilir (BK. mad. 386/II).

İnanç konusunun, inanılan tarafından edinilmesi çeşitli biçimlerde gerçekleşebilir: "İnanılan", inanç konusunu doğrudan doğruya "inanandan" edinebileceği gibi, bir "üçüncü kişi"den de edinebilir. Uygulamada, inanç konusunun "üçüncü kişi"den edinilmesi, özellikle bir "dolaylı temsil" ilişkisi içinde gerçekleştirilmektedir. Bu görünümde, inanan, inanç konusunun edinilmesi amacıyla "inanılan"a bir temsil yetkisi vermekte, "inanılan" da, bu yetkiye dayanarak, inanç konusunu bir üçüncü kişiden edinmektedir (Özsunay, Ergun: Saf İnançlı Muamelelerde Vekalet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulanması, Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İst. 1977, sh. 114). Uyuşmazlık konusu olayda da (dava edilen taşınmaz) bir üçüncü kişinin (S.S. E..... Yapı Kooperatifinin) malvarlığından dolaylı olarak inanılanın (davalının) malvarlığına geçmiştir. Davalı (İnanılan) kendi adına ve fakat inanan (davacı) hesabına üçüncü kişiden dava konusu taşınmazı iktisap ettiğine göre olayda araya giren şahıs kullanılmıştır. Bundan amaç, iktisabın üçüncü kişiler ve çok defa alacaklılar bakımından gizli kalmasını sağlamaktır (Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, Ank, 1987, sh. 543 (548) vd; Özsunay, Ergun: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İst. 1968, sh. 109-113).

2) Somut olaydaki tapulu taşınmazın müvekkil (davacı) adına gerçekleştirilecek tescilin temelini, müvekkil (davacı) ile vekili (davalı) arasındaki "taşınmazın inançlı iadesine ilişkin özel bir sözleşme" oluşturmaktadır. Her ne kadar inançlı sözleşme taşınmaz mülkiyetinin geçirilmesi yükümlülüğünü doğurduğundan ötürü bunun resmi şekilde yapılması gerektiği ileri sürülebilirse de burada dolaylı temsil yetkisi veren iç ilişki sözkonusu olduğundan dolayı bunun resmi vekalet sözleşmesi ile düzenlenmesine gerek kalmaz. Kaldı ki mülkiyeti davacı adına geçirme borcu vekillik sözleşmesinin yasal bir sonucu olduğu için ayrıca resmi şekilde geçirim sözvermesi de gerekmez. Öte yandan inançlı vekil (davalı), aslında müvekkili (davacı) hesabına kendi adına taşınmazı kazanırken resmi şekilde bir sözleşme yapılmış, ekonomik bakımdan davacı adına alacağı taşınmazı ona devretme borcunu doğrudan veka-

let sözleşmesini yaparken de sonuç itibariyle taşınmazın müvekkile (davacıya) döneceğinden ötürü vekili korumak için resmi şekle gitmeye artık gerek kalmamıştır. Zira inanç anlaşması, inanç konusunun yeniden inanana devredilmesinin de hukuki sebebinin oluşturmaktadır.

Eğer davalı, kendi mülkiyetinde olan ve davacı hesabına satın almış bulunmadığı bir taşınmazı davacıya devretmeyi borçlansaydı, o zaman MK.nun 634. maddesinin kapsamına giren bir borçlanma işleminden sözedilebilirdi. Oysa vekalet ilişkisinin bulunduğu bir durumda vekil (davalı), esasen müvekkili (davacı) hesabına aldığı, bu niyet ile iktisap ettiği bir taşınmazı davacıya devretmeyi iktisaptan önce borçlanmıştır. Görülüyor ki MK. mad. 634'deki resmi şeklin konuluş amacı, BK. mad. 392'de bulunmamaktadır. Öyleyse vekâlet sözleşmesi, MK. 634'deki resmi şeklin kapsamına giren bir sözleşme olarak kabul edilemez.

Noterlik Kanunu mad. 89'da yukarıda açıklanan vekalet sözleşmesi için değil, "vekaletname" terimini kullanarak, yetkilendirme belgeleri için resmi şekil aramıştır. Esasen vekalet sözleşmesi için MK. 634 ve BK. 392-393"ün anlamına aykırı bir sıhhat şekli getirilmemiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi içtihadı, vekalet sözleşmesinden doğan borç için resmi şekil aramamaktadır (BGE II 227; Tekinay, Selahattin Sulhi: Eşya Hukuku, İst. 1978, sh. 301; Sungurbey, İsmet: Medeni Hukuk Eleştirileri, İst. 1963, sh. 151; Yavuz, Cevdet: Dolaylı Temsil, İst. 1983, sh. 174; Hatemi/Serozan/Arpacı: Eşya Hukuku, İst. 1991, sh. 576 vd; aksi görüşte: Oğuzman/Seliçi: Eşya Hukuku, 7. Baskı, İst. 1997, sh. 290; Özsunay, sh. 188). Bilişsel öğretilerde ve uygulamada baskın olan bu görüş, çağımızın inanç gösterinin durumunu güçlendirmek konusundaki eğilimine de uygun düşmektedir.

3) Dava dilekçesinin ikinci paragrafında davacı vekili şu hususu ileri sürmüştür: "Ancak müvekkilin alacağına karşılık verilmesi kararlaştırılan daire müvekkilin bazı davaları ve borçları sebebi ile eşi davalı N.Ş. adına alınmıştır." Böylece davacı vekili açıkça alacaklılardan mal kaçırmaya amaç ve çabasında bulunduğunu ifade etmiş bulunmaktadır.

Alacaklılardan mal kaçırmaya yönelik işlemler ister geçerli sayılsın ister muvazaalı olarak kabul edilsinler (ki muvazaanın menşei olarak telakki olunan taraflar arasındaki anlaşma münhasıran vakalet akdi olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Postacıoğlu, İlhan: Gayrimenkullerin Ferağına Müteallik Akidlerde

Şekle Riayet Mecburiyeti, İst. 1945, sh. 112/113) bu kurumlar hukuk düzeni tarafından tanınmış ve prensiplere bağlanmışlardır. Bu nedenle kanun, mal kaçırmak suretiyle alacaklılara zarar verilmesini, ahlak ve adaba aykırı saymamış; sadece bu tip devirleri bazı özel hükümlere tabi kılmakla yetinmiştir. Tuhr'a göre, mal kaçırmak amacını güden inançlı devirler, ilk hamlede alacaklılara zarar vermemektedirler. Zira alacaklının, inanana (davacıya) ait bulunan dava konusu şey'in iadesi talebine el atabilmesi daima mümkündür. Ne var ki bu hak inanç anlaşmasına uygun olarak inanan (davacı-borçlu) tarafından kullanılmıyorsa ya da koşullar bakımından kullanılması çok güç bulunuyorsa, alacaklı inançlı kazandırmaya ancak bir iptal davası ile hücum edebilir. Adabın kınadığı sözleşmeler, ancak kanunun diğer bir hukuki hüküm ve sonuç derpiş etmemesi halinde BK. 20. madde gereğince geçersizdir. O kadar ki, diğer alacaklıların zararına bazı alacaklıları korumaya yönelik bir tasarruf işlemi ancak-hatta bu işlem adaba bir tecavüz teşkil etse bile -İİK. 277 vd. maddelere istinaden iptal edilebilirler (Andreas von Tuhr: Borçlar Hukunun Umumi Kısmı, Cilt: 1-2, çev. Cevat Edege, Yargıtay Yayını, No: 15, Ank. 1980, sh. 200/201, 248 ve dip not: 46).

4) Kanuna karşı hilede; taraflar, hukuk düzeninin yasakladığı hukuki veya ekonomik bir sonucu elde etmek için, yapılması hukuken caiz başka bir işlem yaparlar. Böylece yasak olan sözleşme yerine dolambaçlı bir yolla aynı sonuca varan diğer bir sözleşme kurmuş olan taraflar, bu suretle kanunu bertaraf etmeye tevessül eden kimseler olarak kanunsuz hareket etmiş sayılırlar (Tuhr, sh. 246; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 6. Bası, İst. 1998, sh. 345).

İsviçre Federal Mahkemesi, kanuna karşı hileyi saptamak için çeşitli kararlarında şu noktadan hareket etmektedir: "Söz konusu olan kanun hükmünün, tarafların elde etmek istedikleri ekonomik sonucu tamamen veya kısmen men edip etmediğini veya bu sonucu men etmemekle beraber sırf bunu elde etmek için kullanılan vasıtaları mı men ettiğini araştırmak lazımdır. Şayet kanun, sadece vasıtayı men etmişse, istenilen sonuca başka vasıtalarla varmak olanaklıdır" (Esener, sh. 14 ve dip not: 26'da anılan Federal Mahkeme Kararları).

Tarafların yaptıkları işlemler kanuna karşı hile olarak nitelendirilemez. Zira yapılan işlem emredici bir hukuk kuralıyla yasaklanmamıştır.

5) 5.2.1947 tarih ve 6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, bir vekilin, müvekkili namına satın alacağı taşınmazı kendi namına satın almış ve tapuya tescil ettirmiş olması halinde mülkiyetin müvekkile ait olacağı ve mülkiyete sahip bulunan müvekkilin tashihi kayıt davası açmasının yeterli bulunduğu kabul edilmişti. Buna karşılık 7.10.1953 tarih ve 8/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı "vekalet akdi, vekilin üçüncü şahıs ile yaptığı bey, (alım-satım) akdi neticesinde iktisap eylediği gayrimenkul mülkiyetinin müvekkile naklolunması için Medeni Kanununun 642 nci maddesinin derpiş ettiği mahiyette davalıyı tes-cile icbara salih bir akid telakki olunamaz" demek suretiyle bir sonuca ulaşmıştı. Bu kararda vekil, taşınmazı müvekkili hesabına alması gerekirken kendi namına aldığından ötürü müvekkilin vekilden taşınmazın mülkiyetinin devri için dava hakkı olmayıp tazminat davası hakkı olduğu belirtilmiştir.

Dava konusu olayda ise, vekilin (davalının) taşınmazı müvekkili namına alması gerekirken kendi namına alması diye bir durum sözkonusu olmadığından, münhasıran bu duruma ilişkin bulunan 7.10.1953 gün, 8/7 sayılı içtihadları birleştirme kararının dava konusu olayla hiçbir ilgisi yoktur.

6) SONUÇ:

Yukarıda açıklandığı üzere inançlı işlem, üçüncü kişinin malvarlığı aracılığı ile de gerçekleştirilebileceğinden ötürü uyuşmazlık konusu olayda sadece dolaylı temsili içeren inançlı vekalet hukuksal ilişkisi bulunmaktadır. Zira dava dışı üçüncü kişiler (satıcılar), ister dolaylı temsilin bulunduğunu bilsin ister bilmesin, taşınmazı alan davalı (inançlı vekil), tapu sicilinde işlem yapılırken kendi adına ve davacı (müvekkili) hesabına hareket etmektedir ve önce mülkiyetin davalıya (inançlı vekile) geçmesi, sonra da onun bunu davacıya (müvekkile) devretmesi hususu gerçekten istenmektedir (Tandoğan, sh. 566 vd.).

Uyuşmazlık konusu olayda dolaylı temsili de içeren inançlı vekalet sözleşmesinin varlığı kabul edildiğine göre davacının davalıya karşı onun kendisine mülkiyeti nakil borcunu yerine getirmesi için BK. 392'ye dayanarak tes-cile icbar davası açması olanaklıdır. Gerçekten de vekilin (davalının), müvekkili (davacı) hesabına üçüncü kişiden iktisab ettiği herşeyi, bu arada bir taşınmazı (Gaustchi'ye göre, inançlı vekalette, "verme mükellefiyeti" içerisine vekalet verenden "inanandan" ya da vekalet verenin hesabına üçüncü kişilerden edindiği taşınmazların tapu kütüğünde kendi adına yazılmış olan

hakları inanana devretmeye mecburdur. Özsunay-Sempozyum-sh. 122, dip not: 78) dahi müvekkiline (davacıya) devretme borcu da, vekalet akdinin kanuni bir sonucu, başka bir deyişle vekalet akdine doğrudan doğruya kanunun (BK. mad. 392/1'in) bağladığı bir sonuç olduğundan, böyle bir borcun doğumu için vekille müvekkil (davalı ile davacı) arasında ayrıca bir anlaşma yapmaya gerek bile bulunmadığından, böyle bir anlaşmanın hiçbir suretle resmi şekilde yapılmasının gereği de yoktur.

Yukarıda yazılı gerekçelerle Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel İdare bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır (HGK. 17.5.2000; 888/885).

MUHALEFET ŞERHİ:

Davacı, dava dışı kooperatifte alacaklı iken, kooperatifin borcu karşılığı dava konusu 5092 ada 10 parsel 29. bağımsız bölüm numaralı taşınmaz malı vermeyi kabul ettiğini, dosya arasında bulunan protokolü yapıp; aleyhine bazı davalar ve borçlar sebebi ile bu bağımsız bölümün eşi bu davanın davalısı N. üzerine tapu sicilinde intikalinin kararlaştırıldığını; davalı ile de dosya mübrez 7.9.1998 tarihli "inanç sözleşmesi"nin yapıldığını; ancak davalının 7.9.1998 tarihli sözleşme uyarınca taşınmaz malı kendisine aktarmadığını ileri sürüp, taşınmaz mala ilişkin davalının tapusunun iptali ile kendisi adına teskilini istemiştir.

Davalı davaya cevap vermemiş, gerek protokol ve gerekse 7.9.1998 tarihli sözleşmedeki imzanın kendisine ait olup olmadığı yönündeki isticvap davalisi icabet etmemiştir.

Davacının dayandığı protokol başlıklı belgede davalının imzası yoktur.

Bu belge:

"Bir taraftan S.S. E..... Konut Yapı Kooperatifi diğer taraftan Ü.Ş. aşağıdaki şartlarla anlaşmışlar ve birbirlerini ibra etmişlerdir.

1- S.S. E..... Konut Yapı Kooperatifi, Adana 2. İcra Müdürlüğü 997/2035 salı dosya ile Ü.Ş.'e borçludur. Protokolün imza tarihine kadar 1.800.000.000.- TL. ödeme yapmıştır.

2- Borçlu S.S. E..... Konut Yapı Kooperatifi Ü.Ş.'in eşini kooperatife ortak üye olarak kabul edecek, kooperatifin toplu konut inşaatının bulunduğu arsadan Ü.Ş.'in eşine irtifak tapusunun intikali yapılacak, ancak Ü.Ş.'in icralı bakiye alacağı ile ibralaşıldığından, ortak olarak kabul edilecek, Ü.Ş.'in eşinden ortaklık parası alınmayacaktır. Verilecek bağımsız bölüm diğer bağımsız bölümler gibi her türlü eksiklikleri giderilmiş oturulur hale getirilecektir.

3- Kooperatif bağımsız bölüm irtifak tapusu Ü.Ş.'in eşine intikal ettirildikten sonra Ü.Ş. Avukatı vasıtası ile Adana 2. İcra Müdürlüğü 997/2035 sayılı takip dosyasını vazgeçmek sureti ile infazen Adana 7. A. Ceza 997/809 numaralı ceza dosyasından ve Adana 3. İcra Ceza 998/192 sayılı ceza dosyalarındaki şikayetlerinden vazgeçecekler. Adı geçen dosyaların sanıkları ile müşteki adı geçen suçlardan dolayı birbirlerinden maddi ve manevi tazminat istemeyeceklerdir. Keza S.S. E..... Konut Yapı Kooperatifi Adana 2. İcra Tetkik Mercii Hakimliği 998/99 sayılı dosyanın davasından ve temyizinden feragat edip, dosyayı işlemiden kaldıracaktır.

4- Gerek kooperatif müdürü H.G. ve gerekse G.G. Ü.Ş. aleyhine yapmış buldukları ceza koğuşturması şikayeti ve davalarından feragat edeceklerdir.

5- İş bu sözleşme kooperatif irtifak tapusu Ü.Ş.'in eşine intikal ettirildikten sonra yürürlüğe girecektir.

5. Maddeye ek fıkra: Sözleşme tapu işlemi müteakip ücreti vekaletler ödendikten sonra yürürlüğe girecektir.

6- İşbu protokolün yürürlüğe girmesi ile Ü.Ş. icra takibi ve ceza davalarını takip eden Avukatı E.C.'nuda gerek borçludan tahsil edilip kendisine verilen paralar ve gerekse davalardan vazgeçmeden dolayı ibra etmiş olacaktır. Adı geçen işlerden dolayı Avukat E.C.'ndan alacağı vesair talep hakkı olmadığını beya etmiş olacaktır.

İşbu protokol 3 nüsha olarak düzenlenmiştir. Taraflar tarafından imza edilmiştir.

Ü.Ş.

S.S. E..... Konut Yapı Koop. Yöneticileri

Biçiminde düzenlenmiştir.

Taraflar arasında 7.9.1998 tarihli "inanç sözleşmesi" başlıklı belge ise;

"S.S. E..... Yapı Kooperatifinde Ü.Ş.'in icralı alacağı vardır. İş bu alacağa karşılık Kooperatif Ü.Ş.'in eşine kat irtifaklı bir daire tescil etmiştir.

Ü.Ş.'in eşi adına alınmış bulunan bu daire aslında Ü.Ş.'indir. Ü.Ş.'in İstanbul Ağır Ceza mahkemesinde yangına sebebiyet vermekten davası devam etmektedir. Yangından zarar gören kişi Ü. aleyhine zarar ziyan davası açmış devam etmektedir. Ü.'in İstanbul'daki tapularına tedbir konulmuştur.

İstanbul'daki davalar ve zarar ziyan talebi sebebiyle E..... Yapı Kooperatifinden alacağa karşılık verilen daire Ü. eşi N.Ş. adına alınmıştır. İlk istek de daire Ü.Ş.'e devir edilecektir" biçimindedir.

Dava konusu taşınmaz malı davalı "N.K." adı altında malik N.B. ve ortakları vekili sıfatı ile hareket eden H.G.'ün satımı suretiyle iktisap etmiştir. Bu satım aktinde davacının ibraz ettiği protokolde sözü edildiği gibi ne N.'nin kooperatife üye alındığından ne de kooperatifin bir tahsisinden söz edilmekte, aksine davalının satıcıya satım bedeli ödediği yazılı bulunmaktadır.

Davada önemli olan taraflar arasındaki 7.9.1998 tarihli yazılı belgenin nitelenmesi ve bu belgenin davacıya, davalı adına tapu siciline yazılmış olan taşınmaz malın aynını isteme hakkı verip vermediğinin belirlenmesidir.

Genel olarak Borçlar Kanununun 18. maddesi akitlerde geçerli olanın tarafların gerçek iradesine uygun olanı olduğunu açıklamıştır. Bu kural tek başına dikkate alındığında taşınmaz mal satımında da taraflar arasında kişide muvazaa yapılabileceği, gizli irade uyarınca da gerçek satın alanın gerçek iradeler uyarınca taşınmaz malı isteyebileceği sonucuna kolayca varılabilir. Hatta Yüksek Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'ndaki tartışmalar sırasında bazı sayın üyelerin ifade ettikleri üzere satıcı ile akit yapan alıcının vekil olduğu onunda Borçlar Kanununun 392. maddesi uyarınca "her ne nam ile olursa olsun almış olduğu şeyi müvekkiline tediye mecbur" olduğu yargısına da ulaşabilir. Fakat taşınmaz mal iktisabı için Medeni Kanunun 634. maddesinde yer olan "mülkiyeti nakleden akitler resmi şekilde yapılmadıkça müteber olmaz"; Borçlar Kanununun 11/2. maddesinde yer alan "Kanunun emrettiği şeklin şumul ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akid bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz"; Tapu Kanununun

26. maddesinde yer alan "Mülkiyete mülkiyetten gayrı aynî haklara... irtifak hakkı tesisine veya tesis vaadine mütedair resmi senetler tapu sicil muhafızları veya memurları tarafından tanzim edilir" hükümleri ile bu konuda düzenlenip 7.6.1994 günü resmi gazetede yayımlanan tüzükte yer alan kurallar konuyu basite irca ile çözmeye engeldirler.

Taşınmaz mallar yönünden muvazaa problemleri yargıyı önemli ölçüde meşgul etmiş, bu konuda birçok İçtihadları Birleştirme Kararı oluşturulmuştur. Konu ile doğrudan ilgili olanlar 5.2.1947 tarihli 20/6 sayılı, 7.10.1953 tarihli 8/7 sayılı kararlardır.

5.2.1947 tarihli 20/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı, taşınmaz mallar yönünden 30.3.1329 (1914) tarihinden önce mer'i hukuka göre mümkün olan fakat 30.3.1329 (1914) tarihli Emvali Gayrimenkulenin tasarrufu Hakkındaki kanunla yasaklanmış bulunan muvazaa ve nam-ı müstearin, Medeni Kanunun yürürlüğe girdiği 4.10.1926 tarihinden sonraki durumu hakkındadır. Yüksek Yargıtay 5.2.1947 tarihli 20/6 sayılı kararında:

"İhtilafa konu teşkil eden işler gayrimenkul sicilinde yazılı adın vekalet münasebetiyle müstear isim olduğuna müteallik ise de; bu husustaki ihtimaller gözönünde tutularak meselenin daha şumullü bir surette müzakere ve çözülmesi uygun görülmüştür.

30 Mart 1329 tarihli Emvali Gayrimenkulenin Tasarrufu Hakkında Kanun ile mahkemelerce dinlenmesi menedilmiş bulunan muvazaa ve namı müste-ar davalarının bu kanundan evvel yürürlükte bulunan eski mevzuat hükümlerine göre dinlenmeleri caiz olduğu gibi Medeni Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da Borçlar Kanununun onsekizinci maddesi gereğince muvazaa iddialarının mahkemelerce dinlenmesine bir engel bulunmamış ve ancak Emvali Gayrimenkulenin Tasarrufu Hakkında yukarıda sözü geçen Kanun zamanında istimai memnu bulunmuş olan bu kabil davaların 30.3.1329 (1914) ile 4.10.1926 tarihleri arasında geçen zaman içinde tekevvün etmiş bulunduğu takdirde, Medeni Kanunun meriyetinden sonra dinlenip dinlenemeyecekleri, Birinci ve İkinci Hukuk Dairelerinin birbirine uymayan iki kararı ile uyuşmazlık mevzuu teşkil eylemiş olmasından dolayı 8.5.1941 tarihli tevhide İçtihat kararıyla Medeni Kanunun yürürlüğe girmesinden evvel gayrimenkuller hakkında tesis olunan kayıtlara dair ikame olunacak muvazaa davalarının dinlenemeyeceği tesbit edilmişti.

Bu kerre kurula sevk olunan ve birleştirilmesi icap eden kararlar arasındaki uyuşmazlık ise Medeni Kanunun yürürlüğe girdikten sonra gayrimenkuller hakkında tesis olunan kayıtlarda namı müstear hadisesine müteallik bulunmaktadır. Gerçi bugünkü mevzuatımızda namı müstear diye bir tabir yoktur. Fakat hukuki münasebetlerde namı müstear hadiselerine her zaman, tesadüf edilmekte ve binaenaleyh bunun hukuki mahiyetini ve hükmünü tayin zaruri bulunmaktadır.

Muhtelif sebep ve maksatlarla bir gayrimenkul kaydına hakiki maliki yerine başka bir NAM ve bir mukavelenamede akitlerden biri yerine üçüncü bir şahıs ve bir alacak senedinde alacaklı veya borçlu sıfatını haiz olmayan diğer bir kimsenin gösterilmesi mümkündür. Bu gibi hallerde vekilin namına ve müvekkili hesabına yaptığı tasarruflarda olduğu gibi hukuki bir durum veya herhangi bir maksatla üçüncü şahıslardan hakikatı gizlemek gayesi güdülebilir. Suiniyetle ve haksız gizlemelerde ilgililerin haklarını Kanun Vazı muhtelif hükümlerle teminat altına almış olmakla beraber bu cihet müzakere konusu dışı olduğundan bunun üzerinde durulmaya lüzum görülmemiştir.

Sözü geçen ihtimallere göre, böyle bir dava, gerçekten ya mevcut bir hakka dayanarak bir yedin nakli veya bir hakkın himayesi mahiyetini arzeder. Kurulumuzu en çok münakaşa ve müzakereye sevkeden husus, vekilin kendi namına ve müvekkili hesabına yaptığı tasarruflarda mülkiyetin vekile mi? Yoksa müvekkile mi? Sabit olacağı meselesi olmuştur.

İlmi bir incelik taşıyan meselenin nazari esaslarla halli kabil olduğu gibi bu bapta kanunlarımızın sarahatından istiane de mümkün bulunmuştur.

Temsil ve vekalet münasebetinde, mülkiyette halefiyet esas olarak kabul edilmiş bir keyfiyet olup halefiyeti tashih maksadıyla iptidaen mülkiyetin vekile sübutu düşünülse bile temsil hükümlerine muhalif olduğundan bunun istikrar ve devamına hükmolunamaz. Ve Borçlar Kanununun otuzikinci maddesinin ikinci fıkrasındaki alacaklar ve borçlar merhunu mülkiyete teşmil edilemez. Nitekim Borçlar Kanununun "müvekkil vekiline karşı muhtelif borçlarını ifa edince vekilin kendi namına ve müvekkili hesabına üçüncü şahıstaki alacağı müvekkilin olur.

Vekilin iflası halinde müvekkil, bu hakkını masaya karşı da iddia edebilir.

Vekilin iflası halinde müvekkil, vekilin kendi namına ve müvekkili hesabına iktisap eylemiş olduğu menkul eşya hakkında dahi istihkak iddasında bulunabilir.

Vekilin haiz olduğu hapis hakkını, masa dahi haizdir" diye yazılı 393. maddesi bu asla müteferridir. Zikri geçen sebepten dolayı maddedeki menkul eşya kaydını vukuat olarak kabul etmek zaruri görünüyör.

Gerek menkule gerekse gayrimenkule taalluk etsin namı müstear hadiseslerinde mesele bir istihkak ve mülkiyet davası mahiyetini geçemeyeceğinden ne resmi senet ne de şekil meselesi bahis mevzuu olamaz. Nitekim; ötedenberi mahkemeler vaki olan bu kabil ikrarlara müsteniden hüküm vermekte ve meselede bir şekil meselesi görmemektedirler. Bundan başka meseleyi zati akitte veya isimlerde muvazaayı dahi şumulüne alan ve netice itibariyle namı müsteara müncer olan onsekizinci madde hükmü çerçevesi içinde mutalaa kanunun ruh ve maksadına muvafık olur.

Bu esasların müzakere ve münakaşasından sonra bir senede karşı dermeyan olunan iddiaların aynı kuvvette senetle ispatı gerekli olup olmaması meselesine temas edilmiş ve Medenin Kanununun yedi ve yirmidokuz ve Hukuk Muhakemeleri Kanununun 290. maddeleri sarahatından açıkça anlaşıldığı üzere kanunlarımız daha ziyade nazari olan bu düşünceyi kabul etmediğinden bunun üzerinde daha fazla durulmaya da lüzum görülmemiştir.

Sonuçta oylara başvurularak yukarıdaki sebeplere binaen namı müstear davalarının mesmuu ve yazılı delil ile ispatı cazı olduğuna üçte ikiyi geçen çoklukla 5.2.1947 tarihinde karar verilmiştir" denmiştir.

Bu kararda yer alan "nam-ı müstear" tamlamasının, günlük hayatta kullanılandan başka bir anlam taşıdığını kabul etmek mümkün değildir. Bu tamlama sözlük ve lügatlarda "bir şahsın herhangi bir işte hüviyetini gizlemek için ihtiyarı ile seçtiği nam, âriyeti isim", olarak belirlenmektedir (Ünlü sanatçı Mehmet Nüsrat Nesin'in gerçek ismi yerine Aziz Nesin ismini kullanması gibi). Şu halde gerek taşınmaz mala ait olsun ve gerekse diğer borç ilişkilerine ait olsun akitlerde nam-ı müstear kullanılmış olması halinde yalnızca aktin tarafının adı (namı) gizlenmekte, fakat hiçbir zaman akti yapan, irade açıklayan kişi (şahıs) değişmemektedir. Şu halde gerek dolaylı temsil (BK. 32 ve müteakip mad.) ve gerekse vekalet (BK. 386 ve müteakip md.) ilişkisi içinde bulu-

nan kişilerin yaptıkları akitlere sonucu itibarı ile bağlayıcı olan (Yargıtay Kanunu md. 45/5) bu İçtihadı Birleştirme Kararına teşmil etmek mümkün olmaz. yukarıda yer alan gerekçede de açıkça yazılı olduğu üzere özellikle taşınmaz mal iktisap ederken bilerek (iradi) alıcının adının değilde başka bir NAM'ın (ki bu hayali bir isim veya başka birinin müsaadesi ile gerçek bir isim olabilir) kullanılmasıdır. Nam-ı müstear kullanılarak oluşturulan taşınmaz mal iktisabına ilişkin problemin çözümü bu İçtihatları Birleştirme Kararı ile belirlenmiştir. Bu kararı resmi memur önüne gitmeyen veya açıkça resmi memur önünde temsil edilmeyen kişilere de hak bahşeder biçimde yorumlamak mümkün değildir. Aksi halde resmi memura bildirilen iradeye uygun olmayan akitlere sıhat kazandırır ki, buda Medeni Kanununun 634. maddesi hükmü ile bağdaşmaz. İlimi İçtihatlarda da nam-ı müstear konusunun olayın özelliklerine göre tabi olacağı hukuki rejimin saptanması ve ona göre çözümü gerektiğine işaret edilmiştir. (Prof. Dr. T. Esener, Türk Hususi Hukukunda Muvazalı İşlemler, Sf: 177 vd.; Prof. Dr. E.İ. Postacıoğlu Nam-ı Müstear Meseleleri, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XIII. Sf. 1011 vd; Prof. Dr. İ. Sungurbey, Nam-ı Müstear. Halil Aslanlıya Armağan, İstanbul Barosu Dergisi Kasım-Aralık 1973). Şu halde gayrimenkul iktisabına ilişkin problemleri (bu hukuk rejiminin özelliklerini dikkate almadan) yalnızca Borçlar Kanununun kuralları ile çözmek yanlış olacaktır.

Öte yandan Yüksek Yargıtay 7.10.1953 tarihli 8/7 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararlarında:

"Her iki davada da koca, sicilde karısı namına müseccel bulunan bir gayrimenkulün hakikatta kendi namına satın alınması icap ettiğini bedelini de kendisinin verdiğini bu sebeple gayrimenkulün tapudaki kaydının namına tashihi karısını hasım göstererek talep etmiştir.

Böyle bir davanın kabul olunabilmesi için evvela davacının gayrimenkulün namına tescilini muhik kılacak hukuki bir sebebe dayanması lazımdır. Davacılar, taleplerini taraflar arasında evvelce vaki olmuş bulunan bir anlaşmaya istinat ettirmektedirler. Her iki davada da davalı mevkiinde bulunan karı, ihtilafı gayrimenkulü üçüncü şahıs vaziyetinde bulunan gayrimenkulün eski maliki ile yaptığı bey aktine müsteniden iktisap etmiş ve koca o bey aktine dahil olmamıştır. Muayyen bir gayrimenkulü namına satın alması için karısına bedelini verdiği halde karının gayrimenkulün maliki ile yaptığı bey aktinde ko-

casının mümessili sıfatıyla hareket etmeyerek taahhütünü yerine getirmemiş olduğu iddia edilmektedir. Bu halde taraflar arasındaki hukuki münasebetin vekalet akti olarak tavsifi icap eder. Vekil ile müvekkil arasındaki vekalet akti, vekilin üçüncü şahıs ile yaptığı bey akti neticesinde iktisap eylediği gayrimenkul mülkiyetinin müvekkile naklolunması için Medeni Kanunun 642 nci maddesinin derpiş ettiği mahiyette davalıyı tescile icbara salih bir akit olarak telakki olunamaz. Bundan başka kanunun 634. maddesinin sıhhat şartı olarak vazettiği şekle uygun bir temlik taahhütü de taraflar arasında mevcut değildir. Binaenaleyh iddia olunan münasebetin mahiyetine ve şekline nazaran ihraz ettiği mülkiyet hakkını kendisine devreylemesi için davalıyı icbar edecek hukuki sebepten davacıların bu davalarda mahrum bulunduğu kabulü iktiza eder. Davacının iddiasının hukuki mesnetten ari bulunduğu bu şekilde tespit edilince böyle bir münasebetin mevcudiyetini müddeiye ispat ettirmeye de lüzum kalmaz. Bu halde artık iddia sübut bakımından tetkik olunamaz. Mücerret davanın, davacının gayrimenkulü temellük için sebep irae edememiş olmasından dolayı reddedilmesi lazımdır. .

Her iki davada bahis mevzuu olan münasebet Medeni Kanunun neşrin-den sonra hadis olmuş olduğundan hadiseye münhasıran Medeni Kanun hükümlerinin tatbiki icap eder. Borçlar Kanununun onsekizinci maddesinde derpiş edilmiş bulunan muvazaa hali ancak âkitler arasında tehdüdüs edebilir. Bu da zahiri beyanlarının hakiki maksatlarına uymadığını bildikleri halde âkitlerin kasdettikleri vaziyetten başka bir hukuki münasebette ittifak etmiş gibi kendilerini göstermiş olmaları halidir.

Medeni Kanunun 634 üncü maddesi mülkiyet nakledecek âkitlerin resmi şekilde yapılmasını amirdir. Bununla hakiki iradelerinin tam olarak telahuk ettiğini âkitlerin salahiyyetli memur huzurunda beyan eylemeleri kasdolunmuştur. Memur huzurunda bey akti hakkında iradelerinin telahuk ettiğini âkitler beyan eyleseler ve fakat hakiki kasıtlarının âkit yaparken hibe olduğu sabit olsa bey akti batıl olur, amma yerine hibe akti kaim olamaz: Çünkü memur huzurunda hibe hakkında tarafların iradeleri telahuk eylememiştir. Bu halde tapu kaydı hali aslisine irca olunmakla iktifa olunur. Müşteri vaziyetinde bulunan şahsa hibe sebebiyle mülkiyet intikal eylemiş olamaz. Bundan başka salahiyyetli memur huzurunda gayrimenkul mülkiyetini iktisap etmesi kasdolunan şahsın isminin gizlenmesi böylece anın yerine mevhum bir isim veya hakiki âkitlerden başka bir şahsın ismi kullanılarak akte yabancı olan bir kimse

namına sicille tescil vaki olmuş ise (Namı müstear) bu halde de memur huzurunda âkitlerin hakiki kastının ifade edilmemiş olması bakımından temlike esas olan akit batıldır. Sicilin yalnız eski haline ircaı icap eder. Yani eski malik namına kayıt tashih olunur. Böyle bir münasebet yeni bir tescile mevzu olamaz. Medeni kanun muteber bir akte müsteniden malik sıfatını ihraz edebilmiş bulunan kimselerin ancak sicille tescilini tecviz eder. Bunun haricindeki tesciller hukuki mesnetten ari bulunmaları itibariyle terkine tabi olur. Davacılar karılarıyla vekalet akti münasebetleri mevcut olduğunu usulün 293 üncü maddesine dayanarak şahit ile de ispat edebilirler. Yalnız bu münasebetin mevcudiyetinin ispat edilmiş olması kendilerine gayrimenkullerin namlarına tescilini mahkemeden talep salahiyetini bahşetmez, ancak taahhüte muhalif hareket etmiş olmaktan dolayı vekile tazmin mükellefiyeti tahmil olunabilir" denmiştir.

Şu halde davalının davacıya vekaletten (BK. 386 ve devamı) yada temsilen (BK. 32 ve devamı) hareket etmesi gerekirken, bunu tapu sicil memuru önünde açıklanmadan kendi nam ve hesabına akit yapması halinde gerçek alıcının kendisi olduğunu ileri süren davacının taşınmazın aynını istemesi mümkün değildir. Aktarılan İçtihatları Birleştirme Kararında da açıklandığı üzere taşınmaz mal iktisap ederken akitler arasındaki muvazaa ancak akitlerden birinin akti feshettirme hakkından başka bir sonuç doğurmaz.

Yüksey Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda üzerinde tartışılan konulardan biri de tarafların dayandıkları 7.9.1998 tarihli belgenin onların da adlandırdıkları gibi "inanç sözleşmesi" olup olmadığı ve bu sözleşmenin davacıya dava konusu taşınmaz malın aynını isteme imkanı verip vermeyeceği noktasında olmuştur.

Türk Hukuk literatüründe konu, Dr. Ergun Özsunay tarafından 1967 de yayımlanan "Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler" adlı doktora tezinde çok geniş bir biçimde incelenmiştir. Prof. Dr. Özsunay bu eserinde "inançlı muamelelerle, inanan adı verilen bir şahsın, teminat teşkil etmek veya idare olunmak üzere mal varlığına dahil bir şey veya hakkı, aynı gayeleri istihdaf eden mutad hukuki muamelelerden daha kuvvetli bir hukuki durum yaratmak maksadıyla inanan adı verilen bir şahsa inançlı olarak kazandırması" (Dr. Özsunay age. sf: 1) biçimde muhtelif hukukçulara da atf yaparak tarif ediyor. "Bu anlaşma inananı, inanç konusunu belirli bir şekilde

kullanmak veya inançlı münasebetin sona ermesi halinde de, kararlaştırılan şekil ve suretlerle inanç konusu şey veya hakkı, inanana veya üçüncü bir şahsa devretmek mükellefiyeti altına sokar.." Tarif açıkca inananın mal varlığı içinde bulunan bir hak üzerinde inançlı işlem yapılabileceğini ortaya koyuyor. "Aslen iktisap suretiyle inançlı bir kazandırma düşünülemez" (Dr. Özsunay, age. sf: 102).

Elbetteki, taşınmaz mallar yada şekle bağlı akitler dışında inanan inanç konusunun sahibi ile inanılan lehine yada inanan, inanç konusunun sahibine karşı haiz olduğu şahsi bir talep hakkını inanılana devrederek yada vekalet akti ile birlikte bir menkul eşyanın alımı ve idaresi için inanç sözleşmesi yapılabilir. Ancak taşınmaz maliki iktisabındaki şekil ve şekle bağlı olarak yetkili memur huzurunda açığa vurulan irade, taşınmaz mal mülkiyetinin inananın geçmesini sağlamadığından, karma inanç sözleşmesinin inanan bakımından aynî isteme hakkı yaratmayacağı açıktır. Gayrimenkul hukuku yönünden resmi memura ifade edilen iradenin dışında bir saklı aktin geçerli olmayacağını Yüksek Yargıtay bir çok kararında açıklamıştır. (Örneğin: 1.4.1974 tarihli 1/2 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararı. Y.H.G.K.'nun 22.12.1982 tarihli 1979/13-1905-9664 sayılı, 22.9.1993 tarihli 1-162-511 sayılı kararları).

Şu halde davacının tapu sicilinde kazanmadığı bir taşınmaz mal mülkiyetini inançlı işlemle davalıya geçirdiğini ve ondan isteme hakkının bulunduğunu söylemeyi, gayrimenkul mülkiyetinin iktisabına dair kurallar gözardı edilerek ulaşılan bir sonuç olarak kabul etmek zorunludur.

SONUÇ : Taraflar arasında oluşturulan 7.9.1998 tarihli belge bir nam-ı müstear delili olamaz. Zira dava konusu taşınmaz malın 7.9.1998 tarihli resmi memur huzurunda oluşan akitte davacı ne doğrudan doğruya ve ne de temsilen kişi olarak taraf durumuna gelmemiştir. Böyle olunca kendi adı yerine davalının NAMININ yazdırıldığı düşünülemez. Diğer yandan söz konusu satım akti dava konusu taşınmazın maliklerinin vekili ile davalı arasında kurulmuştur. Satıcılar veya vekilleri ile davalı ve davacıyı kapsayan bir muvazaa söz konusu olsa bile Medeni Kanununun 634. maddesinin açık hükmü sebebiyle gayrimenkul satımında Borçlar Kanununun 18. maddesinde ifade olduğu üzere muvazaanın arkasına gizli akit geçerli kabul edilemeyeceğinden, davacı aynı hak isteyemez. Olayda davacının hukuken kendi mülkiyetinde olan bir hakkı davalıya temlik etmesi söz konusu olmadığından inanç sözleş-

mesinden ve o sözleşme uyarınca istirdat hakkından da söz edilemez. Gayrimenkul hukukunun, özellikle, Medeni Kanununun 634, Borçlar Kanununun 11/2, Tapu Kanununun 26. maddeleri ile Tapu Sicil Tüzüğü'nün gayrimenkul mülkiyetinin geçirilmesini düzenleyen hükümleri dikkate alınmadan, sırf oluşması şekle bağlı olmayan akitlere ilişkin Borçlar Kanunu hükümlerine dayanılarak oluşan bozma kararına katılmıyorum. Karar onanmalıdır.

Tahir ALP

2. Hukuk Dairesi Başkanı

II- UYUŞMAZLIK KONUSU MADDİ OLAYLA İLGİLİ BİLGİLER

Davacı, davalı olan (karısı) aracılığı ile dava dışı yapı kooperatifinden bir taşınmaz almak ister. Ne var ki davalı adına kooperatifle bağlantıları mahkemece araştırılmayan kişilerce tapulu taşınmazlar kütükleniyor. Davalı ise bu taşınmazın davacıya ait olduğunu harici sözleşme ile kabul etmektedir. Buna göre:

A) DAVALI ADINA TAPULU TAŞINMAZI AKTARAN KİŞİLER YAPI KOOPERATİFİNİN YASAL YETKİLİLERİ İSE DAVACI İLE DAVALI ARASINDAKİ TEMEL İLİŞKİ -hizmet, şirket vs. gibi başkaca bir akdi ilişki sözkonusu olmadıkça- VAKALET İLİŞKİSİDİR. Şundan ötürü:

a) DOĞRUDAN DOĞRUYA TEMSİL

Davalı bu taşınmazı davacı adına ve onun temsilcisi olarak satın almışsa, BK. mad. 32/1 gereğince taşınmazın mülkiyetini doğrudan doğruya davacı kazanmış olur. Fakat davalı acaba taşınmazı kendi namına alırsa davacı ne yapabilir?

7.10.1953 tarih ve 8/7 sayılı İnançları Birleştirme Kararına göre: "Muayyen bir gayrimenkulü namına satın alınması için karısına bedelini verdiği halde karının gayrimenkulün maliki ile yaptığı bey akdinde kocanın mümessil sıfatıyla hareket etmeyerek taahhüdünü yerine getirmemiş olduğu iddia edilmektedir. Bu halde taraflar arasındaki hukuki münasebetin vekalet akdi olarak tavsifi icabeder. Vekil ile müvekkil arasında vekalet akdi, vekilin üçüncü şahısla yaptığı bey akdi neticesinde iktisap eylediği gayrimenkul mülkiyetinin müvekkile naklolunması için MK. m. 642 nci maddenin derpiş ettiği mahiyette, davalıyı tescile icbara salih bir akit olarak telakki olunamaz. Bundan baş-

ka 634 ncü maddenin sıhhat şartı olarak vazettiği şekle uygun bir temlik taahhüdü de taraflar arasında mevcut değildir".

Yukarıda sözü edilen İnançları Birleştirme kararı davacıya ancak tazminat hakkı tanımış bulunmaktadır. Şu var ki BK. mad. 43/1 uyarınca hakimin "tazminatın suretini" takdir hakkını kullanarak aynen tazmine, yani taşınmazın mülkiyetinin müvekkile (davacıya) geçirilmesi yolunda karar vermesine de hiçbir suretle engel olmadığı bir gerçektir (1).

b) NAM-I MÜSTEAR

Nam-ı müstear deyimini kelime karşılığı olarak "takma ad" anlamına geliyor. Fakat Mecellenin 1592. maddesinde bu deyim, bir taşınmazın muvazaa yoluyla gerçek hak sahibinden başkası üzerine kayıtlı olması veya tapuda ve kilin kendi namına, fakat müvekkili hesabına iktisap ettiği taşınmazın maliki olarak görünmesi hallerini ifade etmek üzere kullanılıyordu.

Gerek bilimsel öğretilerde, gerekse Yargıtay uygulamasında genel olarak "nam-ı müstear" toplu adı altında toplanan üç hukuki yol bulunmaktadır:

- 1) Tarafıta muvazaa,
- 2) İnançlı işlem,
- 3) Dolayısıyla temsil (2) Örnek:

"Bazen bir sözleşme yapmak isteyen kimse, örneğin A, şu ya da bu amaçla ismini gizli tutmak istemektedir ve o hukuki muameleyi kendi hesabına bir başkasına, B'ye yaptırmaktadır. İşte müvekkilin ismini gizleyerek bir başkası hesabına, fakat kendi namına hareket eden kimseye nam-ı müstear denir. Nam-ı müstear'a değişik amaçlarla başvurulabilir.

Görüldüğü gibi, nam-ı müstear, kendi isminin arkasında sakladığı kişiyi gizleyen bir perdeden başka bir şey değildir (Dr. Turhan Esener, Türk Hukusunda Muvazaalı Muameleler, İst. 1956, sh. 177). Eski hukukumuzda nam-ı müstear bağımsız bir yeri olmasına karşılık, bugünkü hukukumuzda

(1) Sungurbey, İsmet: Medeni Hukuk Eleştirileri, cilt 1, İst. 1963, sh. 151.

(2) Özsunay, Ergun: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İst. 1968, sh. 229.

nam-ı müstear diye bir deyim yer almamıştır. Ancak, hukuki ilişkilerde nam-ı müstear durumlarına sık sık rastlandığından, bunun hukuki varlığını kabul zorunluğu kendiliğinden doğmuş ve Yargıtay çeşitli kararlarında, örneğin 5.2.1947 gün ve 6 sayılı, yine 7.10.1953 gün ve 7/8 sayılı İçtihadı Birleştirme kararlarında bunun hukuki durumunu tesbit ve varlığını kabul etmiştir.

Nam-ı müstear, Türk-İsviçre Hukukunda da ya muvazaa, ya itimada dayanan muamele, ya da dolayısıyla (vasıtalı) temsilin hukuki rejimine tabi tutulmuştur. Yukarıda anılan kararlardan ve bilimsel görüşlerden (Esener, sh. 177 vd; K. Tunçomağ, Borçlar Hukuku, C. 1, Genel Hükümler, 1972, sh. 206) kesin olarak anlaşıldığına göre, nam-ı müstear durumu, olayın özelliklerine göre karşımıza bazen muvazaa, bazen itimada dayanan bir muamele, bazan da vekalet sözleşmesine ilişkin bir işlem olarak çıkacağından, durumun buna göre tavsif ve tefrik edilerek ona göre halledilmesi gerekecektir (Esener, sh. 185; Postacıoğlu, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XIII/3, sh. 1011 vd. ve özellikle No: 2 ve 1037, No: 16).

Demek oluyor ki, bütün mesele, bir nam-ı müstear durumunda, sözleşmenin hükümlerinin "nam-ı müstear"a mı, yoksa ismi gizli kalan kimseye mi ait olacağıнын tesbitinde toplanmaktadır. Bu da nam-ı müstear durumunun tavsifine, yani olayın özelliklerine göre tabi olacağı hukuki rejimin saptanmasına bağlıdır" (3).

Bu konudaki tamamlayıcı bilgiler aşağıya alınmıştır:

Bazan, bir sözleşme kurmak isteyen bir kimse (A), şu veya bu amaçla ismini gizli tutmak istemekte ve o işlemi kendi hesabına bir başkasına (B)'ye yaptırmaktadır. Böylece (A), ismini (B)'nin arkasında gizlemektedir. İşte, müvekkilinin ismini gizleyerek bir başkası hesabına fakat kendi namına hareket eden kimseye nam-ı müstear denir.

Nam-ı müstear'a çeşitli nedenlerle başvurulabilir:

-(C) ile bir hukuksal ilişki kurmak isteyen (A), ismini (C)'den gizlemek arzusundadır. Bunun içindir ki (B) ile anlaşmakta ve ona kendi hesabına olarak (C) ile bir sözleşme yapmaktadır. Burada aldatılan (C)'dir.

(3) 4. HD. 3.7.1973; 7053/7760.

-(A), üçüncü kişilerin merakından veya kıskançlık veya düşmanlık saiki ile yapılacak eylemlerin önüne geçmek, iktisadi durumunu gizli tutmak gibi tamamen meşru nedenlerle nam-ı müsteara başvurur.

-(A), kanunun kendisine men ettiği bir hukuki sonucu elde etmek için o işlemi bir aracı kişi ile yaptırmak yoluna gidebilir.

Muvazaa nedeni ile hükümsüz sayılmadığı sürece geçerli bir işlem olan nam-ı müstear, kanuna karşı hile teşkil ettiği hallerde geçersizdir. Örneğin, mümeyyiz olan bir küçük veya mahcur, yasal temsilcisinin rızası olmadıkça ivazlı (karşılığı olan) işlemler yapamayacağından o işlemi bir mutavassıt (aracı) kişiye kendi hesabına yaptırmak kanunen yasak edilmiş olan hukuksal sonucu bu sayede elde etmesi kanuna karşı hile teşkil ettiğinden geçersizdir. Gene, bir noterin kendisi için kanunen yasak olan fakat kişisel olarak ilgilenildiği bir işlemi bir aracı kişi vasıtasıyla yaptırmayı, kanuna karşı hile nedeni ile geçersizdir (3a).

Mecellenin 1592. maddesine göre: "Bir kimse basenet yedinde olan bir mülk dükkan hakkında, bu dükkan filan kimsenindir, benim alakam yoktur ve senesinde mukarrer ismim müsteardır deyip yahut bu senet ahardan satın aldığı bir mülk dükkan için bu dükkanı filan kimseye almıştım, semen olarak verdiğim akçe dahi anın malındandır ve senesinde ismim müstear olarak kaydolunmuştur dese ol dükkan nefsilemirde ol kimsenin mülkü olduğunu inkar etmiş olurdu".

Nam-ı müstear, Türk-İsviçre Hukukunda ya muvazaa (taraf muvazaası), ya güvene dayanan işlem (inançlı işlem) veya dolaylı temsilin hukuki rejimine tabi olmaktadır (3b).

c) DOLAYISIYLA TEMSİL

Buradaki sorun şudur: (A)nın taşınmazını satın almak isteyen (B), (C)ye vasıtalı (dolaylı) temsil yetkisi vererek onu vekil tayin etmiş; (C)de taşınmazı kendi adına temellük etmiştir. Acaba bu takdirde (B) taşınmazı kendisine temlikten imtina eden (C)ye karşı bir dava hakkına sahip midir? Sahipse bu davanın mahiyeti ne olacaktır?

(3a) Esener, sh. 175.

(3b) Reymond -tez- No: 137, sh. 84; Esener, sh. 177.

Bu durumda Borçlar Kanunu, mad. 32, II, 1'e göre: "Akdi yapar iken mümessil sıfatını bildirmedeği takdirde, akdin alacak ve borçları kendisine aid olur" yani taşınmazın mülkiyetini (C) kazanır. Şu var ki, BK. mad. 392, 1'deki: "vekil (...) bu cihetten dolayı her ne nam ile olursa olsun almış olduğu şeyi müvekkile tediye mecburdur" kuralı uyarınca, (C)nin müvekkili hesabına iktisap etmiş olduğu taşınmazın mülkiyetini, müvekkili (B)ye devretmek yolunda kanundan doğan, başka deyişle kanuni bir borcu vardır (4).

O halde vekilin kendi namına ve müvekkili hesabına iktisap ettiği taşınmaz kendiliğinden müvekkilin mülkiyetine geçmez. Vekil bizzat malik olur ve taşınmaz üzerindeki mülkiyeti müvekkile devretmek borcu altına girer. Vekil bu borcunu ifa etmezse ona karşı vekilin açabileceği dava "tescilin düzeltilmesi davası" değil, "tescile zorlama" davasıdır (MK. mad. 642). Öte yandan bu davanın açılabilmesi için vasıtalı temsil yetkisi veren iç ilişkinin resmi bir vekalet sözleşmesi ile düzenlenmesine gerek yoktur. Gerçekten de dolaylı temsilde MK. mad. 634 gereğince resmi şekil aranacağını ileri süren görüş şurada yanılıyor: MK. mad. 634 kapsamına giren borçlanma işlemlerinde (A), kendi mülkiyetinde olan ve (B) hesabına satın almadığı bir taşınmazı (B)ye devretmeyi borçlanmaktadır. Oysa vekalet ihtimalinde vekil esasen müvekkili hesabına aldığı ve bu niyet ile iktisap ettiği bir taşınmazı müvekkile devretmeyi iktisaptan önce borçlanmıştır. Vekalet akdi MK. mad. 634 deki resmi şeklin kapsamına giren bir sözleşme değildir. Noterlik Kanunu 89 da bu anlamdaki vekalet sözleşmesi için değil, "vekaletname" terimini kullanarak, yetkilendirme belgeleri için resmi şekil aramıştır (5).

Prof. Tandoğan'ın dolaylı temsili de içeren inançlı vekalet sözleşmesine ilişkin görüşü şu merkezdedir.

Üçüncü kişi satıcı ister dolaylı temsilin bulunduğunu bilmesin, taşınmazı alan vekil tapu sicilinde işlem yapılırken kendi adına ve müvekkili hesabına hareket etmektedir ve önce mülkiyetin vekile geçmesi, sonra onun bunu müvekkile devretmesi gerçekten istenmektedir. Bu yüzden burada inançlı temlik + muvazaa ve dolaylı temsil içeren vekalet ayırımı yapmanın anlamı yoktur; ortada daima ve sadece dolaylı temsili içeren inançlı vekalet vardır; biz, inançlı işlemin, üçüncü kişinin mameleki aracılığıyla da gerçekleştirilebilece-

(4) Sungurbey, İsmet: Medeni Hukuk Sorunları, 4. Cilt, İst. 1980, sh. 502.

(5) Hatemi/Serozan/Arpacı: Borçlar Hukuku -özel bölüm- İst. 1992, sh. 403.

ğini kabul ettiğimizden, inançlı işlemin nam-ı müstear alanı dışında kaldığı görüşüne katılmıyoruz. Yargıtay'ın birbirine zıt iki İçtihadı Birleştirme Kararına yol açan sorunun da inançlı vekalet kavramıyla çözülebileceği kanısındayız.

Kanımızca, nam-ı müstear kavramının karşılığı olarak, karara bağlanan olaylarda dolaylı temsili de içeren inançlı vekalet sözleşmesinin varlığı kabul edilince, müvekkilin vekile karşı onun kendisine mülkiyeti nakil borcunu yerine getirmesi için BK. mad. 392'ye dayanarak tescile icbar davası açması mümkündür; Noterlik Kanunu mad. 89'un bir geçerlik şekli koymadığı görüşünde olduğumuzdan vekaletin resmi şekilde yapılmamış olması da böyle bir davanın kabulüne engel olmamalıdır. Noterlik Kanunu mad. 89'un ortaya çıkarttığı güçlüğü aşmak için, bu hükmün tapuda işlem yapmak için gerekli vekaletnameye (yetki belgesine) ilişkin olduğu, vekalet sözleşmesinden yasal olarak doğan mülkiyeti nakil borcuna ispat için böyle bir belgeye gerek bulunmadığı savunulabilir (5a).

d) İNANÇLI İŞLEM

(B) kendi namına, fakat müvekkili (A) hesabına bir taşınmazı (C)den satın alıyor ve de itimat edilen bir kişi olarak aralarındaki anlaşma uyarınca az çok uygun bir süreyle kendisi muhafaza ve idare edecek ve ancak belirli şartlar gerçekleşince (A)ya devredecek olması durumunda inançlı işlem vardır. Burada da, kendisine inanılıp güvenilen kişi durumunda olan (B), taşınmazın mülkiyetini iktisap etmiş olup belirli şartlar gerçekleşince gene Borçlar Kanunu mad. 392, 1 uyarınca taşınmazın mülkiyetini müvekkili (A)ya devretmek kanuni borcu altındadır (6).

İnançlı işlem, kazandırmayı yapan kişiye yani inanana (davacıya) belirli şartlar gerçekleşince, kazandırmanın iadesini isteme hakkı sağlayan bir sözleşmedir. İnançlı bir işlemde, kazandırıcı işlemin tarafları ile borç doğuran anlaşmanın tarafları aynıdır. O halde inançlı işlemleri şöyle tanımlamak olanaklıdır.

(5a) Tandoğan, sh. 567.

(6) Esener, sh. 183; Özsunay, sh. 234, 235. İnanç anlaşmalarında "geri alma talebi" yönüne, vakalet hükümleri uygulanacaktır (Gautschi, Art. 394, 15a).

"İnançlı işlemler, inananın bir borcu teminat teşkil etmek veya idare olunmak üzere malvarlığına dahil bir şey veya hakkı aynı amacı güden olağan hukuki işlemlerden daha güçlü bir hukuki durum yaratmak amacıyla inanılana kazandıran, sonra da tekrar devretmek yükümlülüğünü içeren işlemlerdir" (7).

İsviçreli hukukçu Prof. Dr. Hans MERZ inançlı işlemleri şu şekilde tanımlamıştır:

İnançlı işlemler, bir kimsenin menfaatinin başkası tarafından korunması veya teminat sağlamak amacıyla ona bazı hakları ciddi olarak devrettiği, ancak hakları iktisap edenin bunlardan doğan bazı yetkileri hiç kullanamaması, bazılarını da ancak önceden hak ve halen menfaat sahibi olanın gösterdiği biçimde kullanmak zorunda olması hususunda tarafların anlaştığı işlemlerdir (7a).

İnançlı kazandırma ya doğrudan doğruya inanan tarafından yapılır; başka bir deyimle inanç konusu mal veya hak inananın mamelekenden inanılınasına geçer; yahut da inanç konusu bir üçüncü kişinin mamelekenden, yani dolaylı olarak inanılanın mamelekine geçer; bu sonuncu çeşit kazandırmının başlıca çeşitleri inananın bir üçüncü kişiyle inanılanın kendi adına inanan hesabına üçüncü kişiden bir hak iktisap etmesidir.

İsviçre öğretisinde yalnız Jacques Droin ve Türk Hukukunda da yine yalnız Hüseyin Hatemi, inanılanın üçüncü kişiden inanç konusunu iktisap edemeyeceği görüşünü savunmaktadır (7b).

(7) Özsunay, sh. 121.

(7a) Tandoğan, sh. 543. İnanç anlaşması vekalet veya vekalet hükümlerinin uygulanacağı vekalet benzeri kendisine özgü yapısı olan bir sözleşme olarak nitelendirilebilir (sh. 545, dip not: 601).

(7b) Tandoğan, sh. 548, dip not: 614, "İnanç konusunun, inanılan tarafından iktisabı başlıca iki şekilde vukubulur; ya kazandırma doğrudan doğruya inanan tarafından yapılır; ya da inanç konusu bir üçüncü kişiden bizzat inanılan tarafından iktisap edilir" (Özsunay, sh. 109).

Uygulamada, inanç konusunun 3. kişilerden iktisabı, özellikle bir dolayısıyla temsil münasebeti içinde vukubulmaktadır. Burada inanç konusunun iktisabı ile ilgili olarak inanan, inanılana bir temsil yetkisi bahşeder. Yetki verilmesinin nedeni, ya inananın, inanç konusu sahibinde bulunan bir alacağının inanılan tarafından iktisabı; ya da inanılanın kendi namına, fakat inanan hesabına hukuki muamele yapması düşüncesine dayanır" (Özsunay, sh. 111).

İnanç anlaşması herhangi bir şekle tabi değildir. Bu anlaşmanın yapılması Borçlar Kanununun genel hükümlerine tabidir. Örnek:

"Kural olarak inanç sözleşmelerinin geçerliliği biçim koşuluna bağlı olmayıp 5.2.1947 gün ve 20/6 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararı gereğince yazılı delil ile ispat edilebilir" (8).

İNANÇ SÖZLESMESİ, MÜLKİYETİN NAKLİNİN HUKUKSAL NEDENİNİ OLUSTURUR MU?

Federal Mahkeme, bir kararında, temlikin ciddi olarak istenmiş olması şartıyla, pactum Fidociae'nın temlikin muteber hukuki illetini teşkil edeceği hususunu kabul etmiştir (8a).

Son zamanlarda İsviçre Doktrininde de, teminat göstermek amacıyla matuf satışları muvazaa dolayısıyla butlandan kurtarmak için, itimat mukavelesinin, mülkiyetin naklinin hukuki sebebinin teşkil edeceği fikri savunulmaktadır.

Homberger'e göre; bir temlik işleminin nedenini teşkil eden hukuksal işlemin muhakkak surette satış, trampa veya hibe olması lazım gelmez. Muh-telit bir sözleşme (örneğin satış-hibe), veya mürekkep (kombine) bir sözleşme (örneğin satış-şirket) yahut bir sulh sözleşmesi ve nihayet teminatı amaçlayan satış gibi tamamen isimsiz bir sözleşme olabilir. Esas olan, tasarruf muamelesine takaddüm eden akdin mülkiyetinin nakli iradesini ihtiva etmesidir (8b).

e) TARAFTA MUVAZAA

"C'ye ait gayrimenkulün zahiren B'ye, fakat hakikatı halde A'ya satılması hususunda A, B, C, anlaştıkları takdirde, B ve C arasında in'ikad edecek beyi (satış) mukavelesi, muvazaadan ibaret kalacaktır. Çünkü, tarafların takip ettikleri gaye, gayrimenkulün C'den B'ye değil, C'den A'ya geçmesidir. Onlar bazı sebepler tahtında gayrimenkulü A üzerine nakledilmiş göstermekten

(8) 14. HD. 13.11.1990; 1631/9716.

(8a) RO 72 II 240.

(8b) Esener, sh. 164.

ihiraz etmişler ve yapılacak hukuki muamelede A'nın yerine B'yi sırf üçüncü şahıslara karşı ikame etmek hususunda anlaşmışlardır. Burada işte taraflar bakımından muvazaa vardır..." (9).

f) NAM-I MÜSTEAR VE MUVAZAA

(A), (B)'den bir mal almak istemekte, ancak çeşitli nedenlerle adının ortaya çıkmasını istemediğinden bu işi (C) aracılığı ile yapmaktadır. Gerçek alıcının (C) değil, (A) olduğu satım işleminin başından beri satıcı (B) tarafından bilinmektedir.

Bu işlem, taraflardan birinin ismini üçüncü kişilerden gizlemek için araya başka bir kişinin sokulması suretiyle yapılmıştır. (A), (B) ve (C) arasında yapılan işlemde, taraflar arasında anlaşma vardır. Burada tarafların şahsında muvazaa sözkonusu olduğundan, sorunun muvazaa hükümlerine göre çözümlenmesi gerekir (10). Buna karşılık (A) ile (C) arasındaki sözleşmenin de vekalet hükümlerine göre çözümlenmesi gerekir. Örnek:

"Satıcı malik, taşınmazların gerçekte davacıya satılmasını bilerek satışın ve tescilin davalı adına yapılmasını kabul etmiş, davalı da isteyerek bu işlemlere katılmış ve sözleşmelerin tarafı olarak davalı adına tescil yapılmış olmakla, burada taraflar yönünden "muvazaa" vardır. Davacı ile davalı arasındaki ilişki ise, vekillik sözleşmesidir. İşte davacı böyle bir sözleşmeye dayanarak BK. mad. 392 uyarınca davalıya karşı taşınmazın mülkiyetinin kendisine devri için dava açabilir" (11).

Satışta muvazaa durumunda, üçüncü kişilere karşı sözleşmenin tarafı imiş gibi gösterilen kişilere "gizli vekil" denmekte, böylece üçüncü kişilere karşı sözleşmenin gerçek tarafı olarak gösterilen kişi ile gerçekte hak veya alacağı kazanan kimse arasındaki bir vekillik sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir. Nitekim, Fransız hukukunda da vekalet akdinin başlıca uygulama durumları olarak bir yandan doğrudan doğruya temsil, öte yandan da nam-ı müstear toplu adı altında dolayısıyla temsili, inançlı temlik ve tarafta muvazaa

(9) Postacıoğlu, İlhan: Gayrimenkullerin Ferağına Müteallik Akitlerde Şekle Riayet Mecburiyeti, İst. 1945, sh. 114, No: 77.

(10) Postacıoğlu, sh. 77; Esener, sh. 181; Özsunay, sh. 231. Gülay Öztürk: İnançlı İşlemler, Ank. 1998, sh. 86.

(11) 13. HD. 10.12.1981; 6331/8105.

durumları gösterilmekte, tarafta muvazaa durumunda üçüncü kişilere karşı akdin tarafı imiş gibi gösterilen kimseye "gizli vekil" denmekte, böylece üçüncü kişilere karşı akdin tarafı imiş gibi gösterilen kimseyle gerçekte mülkiyeti kazanması istenen kimse arasında bir vakalet akdi bulunduğu tam bir açıklıkla belirtilmektedir (12).

Görülüyor ki, vekilin müvekkili hesabına üçüncü kişiden iktisap etmiş olduğu taşınmazın mülkiyetini, müvekkiline devretmek yolunda kanundan (BK. mad. 392/l) doğan, başka deyişle kanuni bir borcu vardır. Sözleşmelere doğrudan doğruya kanunun bağladığı bu gibi sonuçlara "sözleşmelerin kanuni sonuçları" denilmektedir.

Böylece, İsviçre-Türk hukukunda bir taşınmazın vekil namına, fakat müvekkil hesabına satın alınması yolundaki vekalet akdi, resmi şekilde yapılmamış olsa bile, müvekkilin Borçlar Kanunu, mad. 392, 1 uyarınca kendi hesabına satın alınan taşınmazın mülkiyetinin kendisine devrini dava edebileceğinde tam bir görüş birliği bulunmaktadır. Alman-İsviçre öğretisinde de belirtildiği üzere, vekil, vekillik veren için kazandığı taşınmazı, Borçlar Kanunu mad. 392'den ötürü vekillik verene geçirmeye ödevlidir, yani geçirim borcu vekillik sözleşmesinin yasal bir sonucu bulunduğu için ayrıca resmi biçimde geçirim sözvermesi (vaadi) gerekmez. Örnek:

"Taraflar arasındaki anlaşmaya göre, davalı, üçüncü kişilere karşı, gayrimenkulü kendi adına almış olmakla birlikte, iç ilişkiye göre bu alım davacının hesabına ve yararına yapılmıştır. Taraflar arasındaki anlaşma, davalının davacıya her zaman ve isteği üzerine gayrimenkulü geçirme vaadini kapsamaktadır.

Davalı gayrimenkul mülkiyetini geçirme borcunu yükleyen bu tür anlaşmanın adi yazılı şekilde geçerli olmayacağını, resmi şekilde yapılması gerektiğini savunmaktadır. Federal Mahkemenin benimsediği görüş şu şekildedir: Vekilin vekalet verene karşı, bir üçüncü kişiyle şekle bağlı bir sözleşme, bir gayrimenkul alımı yapmak borcu altına girmesi, bu konudaki vekalet sözleşmesinin de şekle bağlı olmasını gerektirmez. Üçüncü kişiyle satım sözleşmesinin yapılması, vekaletin konusu değildir; yalnızca vaad edilen hizmetin ve-

(12) Özsunay, sh. 228; Sungurbey, sh. 504.

rine getirilmesidir. Vekil borcunu yerine getirmekten kaçınırsa, sorumluluğu satın alma vaadine değil, OR. 397 vd./BK. 389 vd.'na dayanır. Vekilin üçüncü kişiden aldığı gayrimenkulü, vekalet verene resmi bir sözleşme yaparak geçirme borcu bulunması da, vekaletin içinde bir satım vaadinin bulunduğu anlamına gelmez; kanunda belirtilmiş olmasından ötürü (OR. 400/BK. 392), taraflarca ayrıca öngörülmüş olması gerekmeyen ve aralarındaki ilişkinin niteliğinden doğan bir borç sözkonusudur" (13).

ÇAĞIMIZIN İNANÇ GÖSTERENİN DURUMUNU GÜÇLENDİRMEK KONUSUNDAKİ EĞİLİMİNE UYGUN OLAN BU GÖRÜŞ, MUHAFAZA EDİLMELİDİR (14).

Bütün bunlara rağmen Yargıtay'ın 7.10.1953 gün, 8/7 sayılı içtihadları birleştirme kararında yer alan: "Vekil ile müvekkil arasındaki vekalet akdi, vekilin üçüncü şahıs ile yaptığı bey akdi neticesinde iktisab eylediği gayrimenkul mülkiyetinin müvekkile naklolunması için Medeni Kanununun 642. maddesinin derpiş ettiği mahiyette davalıyı tescile icbara salih bir akid olarak te-lakki olunamaz. Bundan başka, kanunun 634. maddesinin sıhhat şartı olarak vazettiği şekle uygun bir temlik taahhüdü de taraflar arasında mevcut değildir" yolundaki düşünce de açıkça yanlıştır. Kanunların gerekçelerinde olduğu gibi, Yargıtay İçtihadları Birleştirme Kararlarının gerekçelerinde de yer alan düşüncelerin hiçbir suretle mahkemeleri bağlayıcı gücü olmayıp, içtihadları birleştirme kararlarının bağlayıcı gücü, ancak sonuç bölümüne münhasırdır. Yargıtayın 7.10.1953 gün, 8/7 sayılı içtihadları birleştirme kararının sonucunun ise, taşınmaz müvekkili namına alması gerekirken, kendi namına alan vekilden, müvekkilin taşınmazın mülkiyetinin devri için bir dava hakkı olmayıp tazminat davası hakkı olduğunu belirtmekten ibaret bulunduğu belirtilmelidir (15).

-
- (13) İsviçre Federal Mahkemesi I. Hukuk Dairesinin 15.6.1955 tarihli kararı. Federal Mahkeme, yukarıda açıklanan kararıyla, doktrin ve içtihadta yıllardan beri baskın olan görüşü benimsemiştir. Alman Yargıtayı da 28.2.1903 tarihli kararıyla bu yönde karar vermiş, doktrin hemen hemen oyluğu ile bu ilkeyi benimsemiş ve o zamandan bu yana değişmemiştir (Sungurbey, sh. 510).
- (14) BGE 81 II 227. Doç. Dr. Selim Kaneti, İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları, C. II, Ank. 1968, sh. 158/160.
- (15) Renda/Onursan, 4. Hukuk Dairesinin Emsal Kararlarıyla Borçlar Hukuku, C. I, Ank. 1972, sh. 611; Sungurbey, sh. 511.

İ) İSPAT REJİMİ

Yargıtayın 5.7.1947 gün, 6 sayılı içtihadları birleştirme kararı, gerek dolayısıyla temsil, gerekse tarafta muvazaa yoluyla nam-ı müstear davalarının senede karşı bir iddia niteliğinde olduğu gerekçesiyle HUMK. mad. 290'a göre yazılı delille ispat edilmesi gerektiğini kabul etmiştir.

Buna karşılık, Yargıtayın 7.10.1953 gün, 8/7 sayılı içtihadları birleştirme kararında ise, pek haklı ve isabetli olarak, taraflar arasında vekalet akdi bulunduğu iddiası senede karşı bir iddia niteliğinde görülmemiş, bundan dolayı da HUMK. mad. 293/1 uyarınca karı-koca arasında vekalet akdinin her türlü delille ispat edilebileceği kabul edilmiştir. Örnek:

"Bir gayrimenkulün vekil adına, fakat müvekkil hesabına iştirası hakkında mevcudiyeti ileri sürülen vekalet akdi iddiası, üçüncü şahısla vekil arasında yapılan ve tescil edilen gayrimenkul satış mukavelesine nazaran 290. madde şumulüne girmeyen bir iddiadır. Binaenaleyh, karısı tarafından üçüncü şahıstan satın alınan gayrimenkulün kendisi tarafından karısına şahsen ödediği paralarla iktisab edildiğinin ispatı, koca tarafından mad. 293, bend 1 gereğince şahitle yapılır. 7.10.1953 tarihli içtihadları birleştirme kararının böyle bir vaziyeti muvazaa çerçevesinde mülahaza etmemesi ve şahit dinlenmesine imkan tanınması yerindedir" (16).

Muvazaa hükümlerinin uygulandığı durumlarda ispat hususu HUMK. mad. 288-290 hükümlerine tabidir. Örnek:

"Nam-ı müstear işlemi, bir danışıklı işlemdir ve muvazaanın alt kategorisini oluşturur. Taraflar bakımından danışıklı olan bu hukuki işlem, geçerlilik bakımından özel yazılı bir biçime tabi değilse, sözleşmede taraf gözükmeyen kişi sözleşmenin aslında kendi hesabına yapıldığını, bu nedenle taraflar bakımından danışıklı olduğunu ileri sürebilir. Ancak sözleşmede taraf olarak gözükmeyen kişi bu muvazaa iddiasını yalnız yazılı kanıtlarla ispat edebilir. Tanıkla kanıtlayamaz. Çünkü o kişi sözleşmede taraf değilse de danışıklı işlemin tarafıdır" (17).

(16) Postacıoğlu, İlhan: Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İst. 1975, sh. 584.

(17) 4. HD. 5.7.1991; 4988/141.

Sonuç olarak denilebilir ki, taşınmazların devri resmi şekilde olmadıkça geçersizdir. Oysa inançlı işlemler geçerlidir. Taraflar arasında görünürdeki satım sözleşmesi gerçekten istenilmekte; sadece iade konusu ve inanılanın diğer yükümlülükleri ayrı bir borçlandırıcı işlemle hüküm altına alınmakta ve bu resmi sözleşmede belirtilmemektedir.

İnanç sözleşmesinin yapılması hiçbir biçim koşuluna bağlı değildir. Zira inanç anlaşmasının yazılı olma koşulu maddi hukuk anlamında bir geçerlilik şartı değil ispat şartıdır. Uygulamada inançlı işlemlerle ilgili uyuşmazlıklarda, yazılı bir inanç anlaşmasının mevcut olmaması halinde davalının ikrarı ve yemin gibi kesin delillerle bu sözleşmenin varlığı ispat edilebilmektedir. Bu da inanç anlaşmasının yazılı şekilde yapılmasının bir ispat şartı olduğunu göstermektedir (18).

B- KANUNA KARŞI HİLE

a) KAVRAM

Kanuna karşı hile, emredici bir kanun hükmünün emrettiği amaca bu hükmün uygulanmasını ortadan kaldıracak başka bir yoldan erişmek demektir.

Burada herşeyden önce, kanunu ortadan kaldırmak amacını (geniş anlamda kanuna karşı hile-subjektif) hukuksal işlemlerin butlan nedeni olan kanuna karşı hileden (dar anlamda kanuna karşı hile-objektif) ayırmak gerekir. Subjektivist görüş hile kastına dayandığından, tüm kanuna karşı hileli işlemleri geçersiz saymaya meyillidir (19). Oysaki elde edilen sonucu esas olarak alan objektivist görüşe göre kanundan kaçmak niyeti çeşitli şekillerde gelişebilir ve bir hukuksal işlem ile yapıldığı zaman muhakkak o hukuksal işlemin butlanını gerektirmez. Bir butlan nedeni olan karşı hileden sözedebilmek için, ortadan kaldırılan kanun hükmünün, elde edilmek istenen sonucu yasaklaması gerekir.

Eğer kanun, sadece vastayı yasaklamış, sonucu yasaklamamışsa taraflar kanuna karşı hile teşkil etmeksizin aynı sonuca başka bir yoldan geçerli olarak varabilirler (20).

(18) 14. HD. 10.3.1997; 378/1599; 14. HD. 27.2.1995; 720/1774

(19) Topçuoğlu, Hamide: Kanuna Karşı Hile-tez-İzmit 1950, sh. 216/217.

(20) Tuhr, sh. 222; Oser/Schönenberger, sh. 169.

İsviçre Federal Mahkemesi, kanuna karşı hileyi saptamak için çeşitli kararlarında şu noktadan hareket etmektedir: "Mevzubahis olan kanun hükmünün, tarafların elde etmek istedikleri iktisadi neticeyi tamamen veya kısmen men edip etmediğini veya bu neticeyi men etmemekle beraber sırf bunu elde etmek için kullanılan vasıtaları mı men ettiğini araştırmak lazımdır. Şayet kanun, sadece vasıtayı men etmişse, istenilen neticeye başka vasıtalarla varmak mümkündür" (21).

Federal Mahkeme, iki halde kanuna karşı hilenin mevcudiyetini kabul etmektedir:

– Kanun belirli bir sonucun elde edilmesini mutlak olarak yasaklıyorsa. Örneğin, kanun ehil olmayan kimsenin yasal temsilcisinin rızası olmaksızın taahhüt altına girmesini yasakladığından başka vasıtalara başvurarak aynı sonucu elde etmek kanuna karşı hile teşkil eder.

– Kanun, kişilere belirli bir sonucu elde etmek için tanıdığı vasitadan başka bir vasıtayı kullanmamayı emrediyorsa. Bu takdirde, diğer vasıtaların kullanılması kanuna karşı hile teşkil edecektir. Örneğin, MK. mad. 690 hükmü teslim ile rehin tesisine imkan tanımamaktadır. Aynı amacı temin edecek başka bir vasıtaya başvurmak kanuna karşı hile sayılacaktır (22).

Buna karşın, kanun sonucu yasaklamamakla beraber, sırf vasıtayı yasaklıyorsa o sonuca başa bir vasıta ile erişmek meşrudur. Örneğin, taşınmaz satış sözleşmelerinin resmi şekilde yapılması gerekir. Burada, kanun sadece vasıtayı düzenlemiştir. Resmi şekle riyeti gerektirmeyen diğer bir vasıtayla mülkiyetin aktarılması kanuna karşı hile teşkil etmez. Bir taşınmazı işletmek amacı ile oluşan Anonim Şirketin hisse senetlerinin ortaklardan birisine resmi şekle tabi olmaksızın satılması ve böylece o kimsenin taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkına benzer bir tasarruf hakkını haiz olmasını temin etmek kanuna karşı hile değildir (23).

(21) RO 72 II 67; Esener, Turhan: Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İst. 1956, sh. 14.

(22) Göktürk, Hüseyin Avni: Borçlar Hukuku, Ank. 1946, sh. 145.

(23) RO 54 II 429; Becker, sh. 80 (mad. 18, No: 28).

b) KANUNA KARŞI HİLENİN HUKUKSAL MAHİYETİ

MADAY, tezinde bir işleme hukuken kanuna karşı hile sıfatını verebilmek için üç unsurun bulunmasının şart olduğunu yazmaktadır.

– Olayın değiştirilmesi veya bozulması. Örneğin bir kimse, olayı değiştirmek suretiyle buyurucu hükmün uygulanmasını ortadan kaldırmakta ve bunun yerine değiştirilen olaya uygun başka bir hükmü uygulamaktadır.

- Kanunen yasak olan bir sonucun elde edilmesi.
- Hile kastının varlığı.

Fakat hile kastının kanuna karşı hilenin bir unsuru olup olmadığı tartışmalı olup, bu şart bir çok yazar tarafından aranmamaktadır (Tuhr, Leemann, Saymen, Topçuoğlu).

Kanuna karşı hilenin bağımsız bir kurum olup olmadığı tartışmalıdır.

Bir kısım yazarlar, kanuna karşı hileye bağımsız hukuksal bir mahiyet atfetmektedirler. Buna göre, hileye maruz kalmış olan kanun hükmü, tahrif edilmiş (bozulmuş) olan olaya uygulanacaktır.

Buna karşılık diğer bir kısım yazarlar, kanuna karşı hileyi sadece eylemli bir olay olarak nitelermekte ve mevcut bir takım çarelerle önüne geçmek istemektedirler. Bu fikirde olan yazarların bir kısmı, kanuna karşı hileyi, hakkın kötüye kullanılmasının bir şekli olarak kabul etmektedirler. Zira bir hak yalnız amacına ve sosyal fonksiyonuna uygun olarak kullanılabilir.

Diğer bir fikre göre ise, kanuna karşı hile kanunun ihlalidir. Şu halde, kanuna karşı hile, hukuka aykırı bir işlem olarak nitelendirilebilir. Bazan da kanuna karşı hile ahlak ve adaba aykırı bir işlem olarak kabul edilmektedir. Tüm bu hallerde kanuna karşı hilenin müeyyidesi (yaptırım) BK. mad. 20'dir (24).

c) MUVAZAA İLE KANUNA KARŞI HİLE ARASINDAKİ KARŞILIKLI İLİŞKİLER

Kanuna karşı hileyi içeren bir işlem, muvazaanın aksine olarak, o hukuksal işlemi yapmak için irade beyanında bulunan kişi tarafından ciddi surette

(24) Esener, sh. 16/17.

istenilmektedir. Kanuna karşı hileye başvuran taraflar muvazaada olduğu gibi gerçek amaçlarını gizlemezler, kanun hükümlerinden yapay (sun'î) bir şekilde ayrılarak daha müsait bir saha arzeden ve aşağı yukarı aynı sonuca varan diğer bir yasal rejime girmektedirler (25).

Kanuna karşı hilede kanunun hileli olarak tatbiki sözkonusu olduğu halde, muvazaada hukuksal sonuç doğuran irade beyanlarının geçerli olup olmadığı sonucu sözkonusudur. Görülüyor ki, kanuna karşı hile ile muvazaa gerek amaçları ve gerek mahiyetleri bakımından birbirinden farklı kavramlardır.

Kanuna karşı hile, muvazaa vasıtası ile yapılabilir. Aksi fikirde olan Ferrara'ya göre: "Muvazaa kanunun tatbikini bertaraf eden bir vasıta olmayıp onun ihlalini gizleyen bir vasıta"dır. Kanunun ihlali ise muvazaadan müstakil olup muvazaa buna bir şey eklemesiz". Fakat şu husus gözden kaçırılmamalıdır. Muvazaalı bir temlik tasarruf işlemi üçüncü kişiler tarafından keşfedilip ispat edilinceye kadar bir kanun hükmünü ortadan kaldırmak için mükemmel bir vasıta oluşturur.

Hukuk tekniği bakımından, ispat edilmiş olması koşuluyla, muvazaanın varlığı kanuna karşı hile kavramının tatbik sahasını ortadan kaldırmaz. Zira muvazaanın mevcudiyeti aynı olayda kanuna karşı hileyi eylemli (fiilen) olarak ortadan kaldırmaktadır. Buna karşın Federal Mahkeme (RO 58 II) bir olayda muvazaa veya itimada dayalı bir işlemin bulunduğu sorununu çözmeksizin işlemi kanuna karşı hile nedeniyle geçersiz saymıştır.

Yine İsviçre Federal Mahkemesine göre, (L) çeşitli nedenlerden dolayı avukatlık sanatını icradan yasaklanmıştır. Buna rağmen (L) mahkemeye gelerek dava konusunu oluşturan alacağın müvekkili tarafından kendisine temlik edildiğini gösteren bir belgeyi ibraz ederek, bundan böyle davayı kendi nam ve hesabına takip edeceğini belirtmiştir. Kanton mahkemesi, temlikin muvazaa nedeniyle geçersizliğine hükmetmiş, temlik itimada dayalı ve sonuç olarak geçerli olsa bile (in Fraudem legis) nedeniyle geçersiz olduğunu beyan etmiştir.

(25) Saymen, sh. 480.

Prof. Esener'e göre: "Eğer, temlikin muvazaalı olduğu kabul edilirse bu temlik hükümsüz olacağından alacaklı avukat (L) değil, müvekkili (MT)dir... Öyleyse, kanuna karşı hilenin varlığı için, gerekli unsurlardan olayda değişiklik şartı gerçekleşmemiştir. Buna karşın, eğer temlikin itimada dayalı ve geçerli olacağı kabul edilirse, o zaman kanuna karşı hile bir butlan nedeni olarak ortaya çıkar" (26).

d) YARGITAY UYGULAMASINDAN ÖRNEKLER:

Kanuna karşı hile, tarafların kanunun geçerli saydığı hukuksal işlemleri, yine kanunun emredici bir hükmü ile elde edilmesini yasakladığı hukuki ve ekonomik sonuca ulaşmak amacıyla yapılmalarıdır. Örneğin yabancı uyruklu olduğu için, Türkiye'de taşınmaz satın alması yasak olan bir kişinin satın aldığı taşınmazı başka bir kişi adına tapuda tescil ettirmesi ve daha sonra aralarındaki inanç anlaşması gereğince adına tescili için dava açması halinde de kanuna karşı hile vardır. Örnek:

"Davacı davalı adına tapuda kayıtlı taşınmazın aralarındaki inanç sözleşmesine göre adına kaydedilmesini istemiş, yargılama aşamasında da inanç sözleşmesi ve davadan doğan haklarını Ömer'e temlik ettiğini ve bu temlik işleminin geçerli olduğunu bildiren taşınmazın Ömer adına tescilini istemiştir. Ege Ordu Komutanlığının yazılarında, dava konusu taşınmazın 2565 sayılı Kanununun 28. maddesine istinaden teklif edilen Bakanlar Kurulunca onaylanan "Yabancı uyruklu şahısların taşınmaz mal satın alamayacakları ve izin almadan kiralayamayacakları yerler içinde kaldığının tespit edildiği" bildirilmiştir. Davacı Norveç uyruklu olup, dava konusu taşınmazı satın alamayacağına, izin almadan kiralayamayacağına göre, taraflar arasındaki inanç anlaşması ispat edilmiş olsa dahi bu işlem yukarıda belirtilen kanuni engeli aşmak amacı ile yapıldığından dayanılan inanç anlaşması yok hükmünde olduğundan ve hukuken mevcut olmayan bir hakkın temlikinden söz edilemeyeceğinden davanın reddi doğrudur" (27).

Kanuna karşı hileden sözedilebilmesi için; bir işlemin yapılmasının emredici bir hukuk kuralı ile yasaklanmış olması, tarafların kanunun izin verdiği

(26) Esener, sh. 19/20.

(27) 14. HD. 5.4.1994; 6409/3431.

başka bir işlemle yasaklanan sonucun elde edilmiş olması ve hile kasdının bulunması gerekir.

Kanuna karşı hile hallerinde uygulanacak genel bir müeyyide (yaptırım) yoktur. Bilimsel öğretilerdeki baskın görüşe göre, kanuna karşı hileye bağlanan yaptırım, hileli olarak yapılan ve kanun tarafından yasaklanan işlemin tabii olduğu yaptırımdır. Sonucun yasaklandığı durumlarda yapılan işlem geçersizdir.

Kanuna karşı hile, her türlü delille kanıtlanabilir. Yazılı delil zorunlu değildir. Kanuna karşı hile itirazı yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir. Bunun hakim tarafından da kendiliğinden dikkate alınması gerekir. Çünkü ortada emredici bir yasa hükmünün çiğnenmesi söz konusudur.

İnançlı işlemlerin tüm unsurlarını kanuna karşı hile teşkil eden işlemlerde bulmak olanaklıdır. Bu nedenle, kanuna karşı hile teşkil eden sözleşmeler genellikle inanca işlemlerin özel bir türü olarak kabul edilebilir. Ancak, inanca işlemlerde hukuka aykırı bir amaç olmadığı halde, kanuna karşı hilede durum tam aksinedir. Her iki durumda da taraflar yaptıkları işlemin gerçekleşmesini istemektedirler. Buna karşılık, inanca sözleşmeler geçerli iken, kanuna karşı hile ile yapılan işlemler geçersiz işlemlerdir. Örnek:

"Ordu Yardımlaşma Kurumuna 189 sayılı kanun uyarınca satılan arazilerin, davacı tarafından inanca sözleşmesine dayanılarak adına tescilinin istenmesi nedeniyle açılan dava sonucunda, kanunun yasakladığı bir sonuca ulaşmak için inanca işlemin araç olarak kullanılamayacağı belirtilerek davanın reddine" karar verilmiştir (28).

C) SONUÇ

Nam-ı müstear, bir sözleşme yapmak isteyen bir kişinin çeşitli nedenlerle, o sözleşmenin tarafı olarak gözükmemek istememesi üzerine kendi yerine bir başkasının sözleşmede yer almasını sağlayarak kendi hesabına o kişiye sözleşme yaptırmasıdır. Böylece nam-ı müstear yaptığı hukuki ilişkinin ekonomik tesir ve sonuçlarından faydalanması veya zarar görmesi söz konusu olmaksızın o hukuksal ilişkide bir taraf, bir hak sujesi olarak bulunmaktadır.

(28) 14. HD. 13.3.1995; 7196/2055; Öztürk, sh. 100/101.

Somut olayda, yapı kooperatifinde olan alacağa karşılık kendisine borçlu tarafından verilmesi kararlaştırılan taşınmaz, davacının alacaklılarından mal kaçırma amacı ile davalı konumundaki karısının adına tescili sağlanmış ve aynı gün taraflar arasında sözü edilen taşınmazın davacının istediği zamanda kendisine devredileceğine ilişkin inanç sözleşmesi imzalanmıştır. Şu var ki davalı adına taşınmazı devredenlerin borçlu kooperatif ile ilgileri saptanamamıştır.

Hukuksal çözüm çeşitli olasılıklara göre belirlenecektir.

a) DAVACI, DAVALI VE TAŞINMAZI DEVREDEN ARASINDA BİR ANLAŞMA BULUNDUĞU YA DA SATICININ İÇ İLİŞKİYİ BİLMESİ OLASILIĞI VEYA ŞAHISTA MUVAZAA

Davacı (A), dava harici borçlusu (B)den almak istediği malı alacaklıların takibinden kurtarmak için karısı (C) aracılığı ile iktisap etmek istemektedir. Fakat gerçek alıcının (C) değil, davacı (A) olduğu satım işleminin başından itibaren satıcı (B) tarafından bilinmektedir.

(A), (B) ve (C) arasında yapılan işlemde, taraflar arasında anlaşma vardır. Burada tarafların şahsında muvazaa sözkonusudur. Örnek:

"Nam-ı müstear, sözleşmeyi kendi adına, fakat gizlenmek isteyen kişi (olayımızda davacı) hesabına yapan kimsedir. İğreti ad (nam-ı müstear) ile bu durumu bilen karşı taraf arasındaki sözleşme muvazaalıdır" (29).

Fakat davacı ile davalı arasındaki sorun vekalet sözleşmesinin hükümlerine göre çözümlenecektir. Gerçekten de böyle bir kombinezonda (C)yi, (A)nın vekili ve ona hizmette bulunan bir kimse olarak telakki etmek gerekir. Örnek

"Satıcı malik, taşınmazların gerçekte davacıya satıldığını bilerek satışın ve tescilin davalı adına yapılmasını kabul etmiş, davalı da isteyerek bu işlemlere katılmış ve sözleşmenin tarafı olarak davalı adına tescil yapılmış olmakla, burada taraflar yönünden "muvazaa" vardır. Davacı ile davalı arasındaki ilişki ise, vekillik sözleşmesidir. İşte davacı böyle bir sözleşmeye dayanarak

BK. mad. 392 uyarınca davalıya karşı taşınmazın mülkiyetinin kendisine devri için dava açabilir" (30).

**b) DAVACI, DAVALI VE TAŞINMAZI DEVREDEN (SATAN)
ARASINDA BİR ANLAŞMANIN BULUNMADIĞI YA DA
SATICININ İÇ İLİŞKİYİ BİLMEMESİ OLASILIĞI VEYA DOLAYLI
TEMSİL**

Davalı (C) yine davacı (A) hesabına hukuksal işlem yapmakta, fakat borçlu ya da satıcı (B) ye sıfatını bildirmemektedir. (B) burada (C)nin arkasında bir başka kişinin bulunduğunu bilmemekte veya bilse bile gizlenen kişiyi muhatap kabul etmemektedir. Genellikle taraflar arasındaki ilişki dolaylı vekalettir. (C), (A)'nın vekilidir ve onun görev (B)'den iktisap ettiği hakları sonradan yapılacak bir hukuksal işlem ile (A)'ya devretmekten ibarettir. Bu durumda nam-ı müstear, bir dolaylı temsil ilişkisidir. Çünkü sözleşmenin karşı tarafı nam-ı müstear ile gizli kalan kişi arasındaki ilişkiye yabancıdır. Sözleşmenin hüküm ve sonuçları BK.nun 32/2. maddesi uyarınca nam-ı müsteara ait olur. Nam-ı müstear kazandığı hak veya alacağı gizli kalan kişiye vermezse BK. mad. 392-393 de düzenlenen vekalet hükümlerine göre dava açarak borcun yerine getirilmesini isteyebilir.

—oO—

(30) 13. HD. 10.12.1981; 6331/8105. Ayrıca bkz. Postacıoğlu, sh. 114, No: 7; Esener, sh. 181; Özsunay, sh. 231. Oğuzman'a göre akdin taraflarında muvazaa olamaz: (A), (C)ye "ben sana bu gayrimenkulü satıyorum ve namına tescil ediyorum, ama sanki (B)ye satılmış ve tescil edilmiş gibi olsun!" demişse, bu akdin taraf unsurunda yapılmış bir muvazaa olmayıp sadece akdin kendisinde (konusunda) yapılan basit bir muvazaadır (MHAD. 1958, sayı: 2, sh. 124).

TÜRK CEZA KANUNU - MADDE 312

Muhittin MIHÇAK (*)

ANLATIM DÜZENİ: A- Giriş. B- Türk Ceza Hukuku Açısından İnceleme. I- Tehlike Suçu. II- Unsurları. III- Unsurların Tahlili. C- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Bakımından İnceleme. I- İfade Hürriyeti ve Sınırları. II- Hakların Kullanılmasına Müdahale ve Sınırlamalar İle Kriterler. 1- Kanunlar Tarafından Öngörülme. 2- Meşru Amaç. 3- Demokratik Toplum İçin Gereklilik. D- Bazı Avrupa Ülkelerindeki Konu İle İlgili Düzenlemeler. I- Alman Ceza Kanunu. II- Avusturya Ceza Kanunu. III- Fransız Ceza Kanunu (1994). IV- Fransız Basın Kanunu. V- İtalyan Ceza Kanunu. E- Sonuç.

A- GİRİŞ

Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesi, "Kanunun cürüm saydığı bir fiili açıkça öven veya iyi gördüğünü söyleyen veya kanuna itaatsizliğe tahrik eden kimse cezasına mahkûm olur.

Halkı; sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik eden kimse... cezasıyla cezalandırılır. Bu tahrik ummun emniyeti için tehlikeli olabilecek bir şekilde yapıldığı takdirde faile verilecek ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçları 311. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan vasıtalarla işleyenlere verilecek cezalar bir misli artırılır" demektedir (1).

Bu maddenin alındığı İtalyan Ceza Kanunu'nun 247. maddesinde yer alan, "Her kim; Kanunun cürüm saydığı biri fiili alenen över ve beğendiğini

(*) Yargıtay 8. Ceza Dairesi Üyesi.

(1) Vural SAVAŞ-Sadık MOLLAMAHMUTOĞULLARI, Türk Ceza Kanununun Yorumu, Cilt 2, Sayfa 2771.

söyler veya kanuna itaatsizliğe tahrik eyleserse" şeklindeki hükme (2), "... veya iyi gördüğünü söyleyen..." kelimeleri eklemek suretiyle, 312. maddenin uygulama sahası genişletilmiştir.

Anılan maddenin ikinci fıkrası ile, halkı; sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkca tahrik eylemleri, ayrı bir yaptırma bağlı suç kabul edilmiş, bunun yanında, bu tahrik, umumun emniyeti için tehlikeli olabilecek boyutta olduğu takdirde ise, artırırma tabii tutulmuştur.

Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesinin ikinci fıkrasının tahlil ve değerlendirilmesi yapıldığında, aşağıdaki tablo ortaya çıkmaktadır.

B- TÜRK CEZA HUKUKU AÇISINDAN İNCELEME

I- TEHLİKE SUÇU

Maddedeki suç bir tehlike suçu olup, bu tür suçlarda, maddi suçlarda olduğu gibi, suçun oluşması için failin kastettiği sonucun meydana gelmesi aranmamakta, eylemin, normun önlemek istediği tehlikeyi yaratmaya elverişli olup olmadığı aranmaktadır. Eylemin, normun önlemek istediği tehlikeyi yaratmaya elverişli olması halinde, suçun oluştuğunun kabulü gerekmektedir (3).

Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesinde müeyyideye bağlanan suç bir tehlike suçu olup, maddede yazılı amaca yönelik ve sonucu oluşturmaya elverişli fiilin işlenmesi halinde, suç oluşur. Suçun tamamlanması için, neticenin gerçekleşmesi aranmaz. Esasen, netice gerçekleşmiş ise, artık o fiili cezalandırma olanağı ortadan kalkar. Bu nedendir ki, yasada belirtilen, ağır zarar sonucunu yaratabilecek, nitelik ve nicelikteki icra fiillerine başlandığında, fiilin tamamlanmış hali için öngörülen ceza, icra hareketlerinde de uygulanır (4).

Ancak, eylemin, amaca yönelik sonucu elde etmeye uygun, elverişli olması ve elverişli araçlarla icra hareketlerine başlanmış bulunulması, başka bir deyimle, amaçlanan sonucu doğurabilecek icra hareketleri olarak belirlenleş-

(2) Majno, Ceza Kanunu Şerhi, Cilt 3, Sayfa 5.

(3) Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'nun 6.6.1991 gün 68/93 Esas ve Sayılı Kararı.

(4) Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 10.6.1991 gün. 9-169/199 Esas ve Sayılı Kararı.

mesi gerekir. Eylemin, sonucu elde etmeye elverişli olup olmadığının; soyut ve genel belirlenme dışında, işlenme şekli, zamanı ve diğer somut özellikleri ile birlikte değerlendirilmek suretiyle de saptanması gerekir (5).

II- UNSURLARI

Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesinin ikinci fıkrasına giren suçun unsurları; 1) Eylemin faili bir kimse olmalıdır. 2) Maddi unsur, halkı, kin ve düşmanlığa tahrik eylemidir. 3) Bu tahrik eyleminin, alenen olması gerekir. 4) Manevi unsur ise, tahrikin, sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözetilerek, bu kasıtlı yapılmış olmasıdır.

III- UNSURLARIN TAHLİLİ

Eylemin failinin gerçek şahıs olması gerekmektedir. Maddedeki, "... bir kimse..." den amacın, gerçek şahıs olduğu anlaşılmaktadır.

Maddi unsur olan, halkı, kin ve düşmanlığa tahrik eyleminin saptanması, konuşma veya yazının bütünü ele alınıp değerlendirilmek suretiyle yapılmalıdır.

Manevi unsur için, tahrik eyleminde, sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözetilerek, bu kasıtlı yapılmış olması hali aranmalıdır. Açıklamak gerekirse; sınıf, toplumdaki, ekonomik, sosyal ve kültürel grupları kapsar. ırk, genetik açıdan koşullandırılmış, nesilden nesile geçen birey topluluklarıdır. Bölge ise, idari veya ekonomik birlik, toprak veya iklim koşullarına göre belirlenen toprak parçasıdır. Toplumunu oluşturan bireylerin arasında, sınıf, bölge, ırk, din veya mezhep bakımından farklılıklar bulunabilir. Ancak bu farklılıkların kin ve düşmanlığa neden olması, buna olanak sağlanması düşünülemez.

Bu nedenle, halkı, sınıf, bölge, ırk, din veya mezhep farklılığı gözeterek, kin ve düşmanlığa tahrik etme doğrultusundaki açıklamalar düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez (6).

(5) Vural SAVAŞ - Sadık MOLLAMAHMUTOĞULLARI, Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, Cilt 2, Sayfa 1391.

(6) Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, 27.10.1998 gün, 8-247/355 esas ve sayılı kararı ile 20.4.1999 gün, 9-77/10 esas ve sayılı kararı.

Bu uygulama, İtalyan Yargıtayı'nca da kabul görmüş, failin özel kasıtlı belirtilen tehlikeyi yaratmaya uygun, açıkça ayırimcı hareketler yapması halinde, suçun oluştuğu belirtilmiştir (7).

Tahrik eylemin, "**açıkça**" olması şeklindeki hükmün de "**alenen**" olarak anlaşılması gerektiği, mehzaz kanun, doktrin ve Yargıtay İçtihatlarında kabul görmüştür (8).

Mehaz Kanun'a göre, aleniyetin varlığını kabul için, mahallin mahiyeti ve şahısların miktarı gözönüne alınmalıdır. Hususi yerlerde yapılan fikir açıklamalarının, aleniyet kapsamında kabul edilemeyeceği belirlenmiştir (9).

Bu durumda, aleniyet ile ihtilatı birbirine karıştırmamak gerekmekte, ihtilatın Türk Ceza Kanunu'nun 480 ve 482. maddelerine göre, "... ikiden fazla şahıs tarafından duyulup, bilgi edinilecek şekilde işlenmesi..." halini, aleniyetin ise, suçun, "...herhangi bir kimsenin görüp işitebileceği umumi veya umuma açık bir yerde işlenmesi..." şeklini kapsadığı görülmektedir. Bunun sonucu olarak, ihtilatta, tahkir ve sövmenin kişilerce duyulması ve bilgi sahibi olunması şart olduğu halde, aleniyette, umumi veya umuma açık yerde işlenen eylemin başkalarınca görülüp işitilmesinin şart olmayıp, görülebilir, işitebilir olmasının, yeterli olduğu ortaya çıkmaktadır (10).

C- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARI BAKIMINDAN İNCELEME

I- İFADE HÜRRİYETİ VE SINIRLARI

Yargılama yetkisi, 22 Ocak 1990 yılında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 46. maddesi gereği kabul edilerek, 1982 Anayasası'nın 90. maddesi uyarınca, iç hukukumuzun bir parçası haline gelen, 4 Kasım 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi, "İFADE VE İZHAR", "İÇTİHAT", "HABER, FİKİR ALMAK VEYA VERMEK" ÖZGÜRLÜĞÜ, başlığı altında, aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

-
- (7) Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesinin benzeri olan İtalyan Ceza Kanunu'nun 414. maddesine ilişkin, İtalyan Yargıtayı'nın 15 Ocak 1991 gün, 350 sayılı kararı - Alibrani L. 11. Codice Penale Commenn tato Pet Articalo Con La giurisprudenza 1996, Sayfa 1155.
- (8) Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 14.10.1955 gün, 2861 esas ve 1897 sayılı kararı.
- (9) Majno, Ceza Kanunu Şerhi, Cilt: 3, Sayfa: 3.
- (10) Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, 15.12.1966 gün, 276/456 esas ve sayılı kararı.

“Madde 10.

1- Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğünü, kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.

2- Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, asayişsizliğin veya suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın, başkalarının ün ve haklarının korunması, gizli kalması gereken haberlerin yayılmasına engel olunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için kanunla öngörülen bazı formalitelere, şartlara, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.”

Görüldüğü gibi, maddenin 1. fıkrası ifade hürriyetini, 2. fıkrası ise hangi hallerde sınırlamalara tabi tutulabileceğini açıklamaktadır.

Düşünceyi açıklama, haber ve bilgi alıp verme hakkına sahip olma özgürlüğünü 10. maddenin 1. fıkrası koruma altına almış, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi birçok kararlarında; bu özgürlüğün, demokratik bir toplumun vazgeçilmez koşullarından biri olduğu vurgulanarak, toplumun ve kişilerin ilerleyip gelişmesi için, zorunlu bulunduğu belirtilmiştir (11).

Ticari amaç güden, fikir ve düşünce açıklamalarının da, bu madde kapsamı içerisinde koruma altına alındığı, ancak; bu korumanın, ifade hürriyetinin asıl hedefi olan, siyasi düşünce ve fikir alanındakilerden daha sınırlı olduğu, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından mütalaa olunmuştur (12).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, 9. maddesindeki “ibadet”, “ayin”, “öğretim”, kavramları, 10. maddede yerlerini, “düşünceyi açıklama”, “haber

(11) Handyside/İngiltere, 7.12.1976, A 24, Sayfa 23, Liğnes/Avusturya, 8.7.1986, A 103, Sayfa 26, Müller et autes/İsviçre, 24.5.1988, A 133, Sayfa 22, Oberschlick/Avusturya, 23.5.1991, A 204, Sayfa 25, Sunday Times/İngiltere 2, 26.11.1991, A 217, Sayfa 29, Thorgeir Thorgeir son/İzlanda, 25.6.1992, A 239, Sayfa 27.

(12) Kom. K. Pastor x. Etc/İsveç, 5.5.1979, No. 7805/77, Ann. 22, Sayfa 244.

veya fikir almak veya vermek” özgürlüğüne bıraktığı, düşüncenin değer kazanması, açıklanması ile kendisini gösterdiği ve 10. maddenin güvencesi altında bulunduğu, Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın kararları ile anlaşılmaktadır (13).

10. Maddenin 1. fıkrasının güvencesi altına, uydu aracılığıyla yapılan televizyon yayınlarının da girdiği, ancak, yazılı basın ve radyo ile televizyon ve sinema ile yapılan yayınların, “başkalarının onurunu korumak” amacıyla konulmuş sınırları aşmadan yapılabileceği, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce belirtilmiştir. Bu durumda, söz konusu 1. fıkranın ilk iki cümlesi ifade özgürlüğünü geniş tutmakla birlikte, üçüncü cümlesinin, kapsamı itibarıyla, daha sınırlı olması gerektiği kararlarda vurgulanmıştır (14).

II- HAKLARIN KULLANILMASINA MÜDAHALE VE SINIRLAMALAR İLE KRİTERLER

10. maddenin 1. fıkrası, ifade hürriyeti ile bir kısım hakların kullanma özgürlüğünü koruma altına almış olup, demokratik bir toplumda bu korumanın zorunlu olduğu kaçınılmaz ise de, bunun tamamen mutlak olmayıp, toplumun ve ferdin güvencesi için, bir takım sınırlamalara tabi olması gerektiği, bunun da aynı maddenin 2. fıkrasında dile getirildiği görülmektedir.

Bu müdahale ve kısıtlamalar için kriterler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin birçok kararlarında aşağıda belirtilen şekilde açıklanmıştır.

1- “Kanunlar tarafından öngörülme”

Kanun tarafından öngörülme, 10. maddenin 2. fıkrasında belirtilen, meşru amaçların, birine, ya da birkaçına yönelik karşı bir hareketin olması ve 2. fıkradaki amaç, ya da amaçları gerçekleştirmek için, demokratik bir toplumda, zorunlu, yasal önlemlerin alınması şeklinde kendini göstermektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu koşulu bir çok kararında açıklamıştır (15).

(13) Leander/İsveç, Div. K. 26.3.1987, A 116, Sayfa 29.

(14) Autronic AG/İsviçre, 22.5.1990, A 178, Sayfa 23, Oberschlick/Avusturya, 23.5.1991, A 204, Sayfa 25-26.

(15) Zana/Türkiye, 25 Kasım 1997 gün 69/1996/688/880 sayılı kararında TCK.nun 312/2. maddesinin, ayrıca Erdoğan ve İnce/Türkiye, 8 Temmuz 1999 gün, 25067/94 ve 25068/94 sayılı kararında, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 8. maddesinin, kanunlar tarafından öngörüldüğü kabul edilmiştir.

2- “Meşru amaç”

10. maddenin 2. fıkrasında, meşru amaç, “... ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, asayişsizliğin veya suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın, başkalarının ün ve haklarının korunması, gizli kalması gereken haberlerin yayılmasına engel olunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması...” olarak belirtilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, 10. maddesinin 2. fıkrasına, aynı sözleşmenin 16. maddesi ile yabancılar konusunda ek bir sınırlama daha getirilmiştir. Buna göre, 10. maddenin hiçbir hükmü, yabancıların siyasi faaliyetlerini, yüksek akit tarafların tahdit etmelerine mani sayılmayacağı kabul edilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında; Ulusal mercilerin, sadece, iyi niyetle, dikkâtlı davranıp davranmadıklarına değil, aynı zamanda, yapılan müdahale ve bu konuda alınmış tedbirlerin, 2. fıkra kapsamında, yerinde ve yeterli olup olmadığına, meşru amaca uygun bulunup bulunmadığına, bakacağını vurgulamaktadır (16).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvuru üzerine, üç aşamalı bir inceleme yapılarak sonuca gidilmektedir. İlk aşama, maddenin, önlere gelen somut olaya uygun olup olmadığı, düşünce, düşünceyi açıklama gibi özgürlükleri içerip içermediği araştırılmaktadır. Başvuru, 10. maddedeki özgürlük kapsamına girdiği takdirde, ikinci aşamada, şikayet konusunun, müdahaleye konu teşkil edip etmediği incelenecektir. Eğer müdahalenin varlığı kabul edilirse, üçüncü aşama olarak 10. maddenin 2. fıkrasına girip girmediği araştırılacaktır (17).

Yukarıda belirtilen şekilde yapılan incelemeler sonucu, meşru amacın olup olmadığı mahkemece belirlenecektir.

(16) Observer et Guardian/İngiltere, 26.11.1991, A 216, Sayfa 29-30, Sunday Times/İngiltere 2, 26.11.1991, A 217, Sayfa 28-29.

(17) Kosiek/Almanya (28.8.1986, A 105, Sayfa 21) ve Glasenapp/Almanya (28.8.1986, A 104, Sayfa 27) davalarında, ilk aşama olarak somut olayı, 10. maddenin 1. fıkrasında belirtilen ifade hürriyeti kapsamına girip girmediği incelenmiş, ifade özgürlüğü kapsamı dışında kaldığı ve 10. maddenin bu olaya uygulanamayacağına karar verilmiştir.

3- “Demokratik toplum için gereklilik”

- a) 10. maddenin 2. fıkrasında belirtilen “zorunlu tedbirler”, bir gerekliliğin ifadesi olarak, “**acil bir sosyal ihtiyaç**”tan kaynaklanmalıdır. Bu zorunlu tedbir yani müdahalenin, “meşru amaçlar ile orantılı” ve ulusal otoriteler tarafından da müdahalenin meşru gösterilebilmesi için, gösterilen gerekçelerin “ilgili ve yeterli” bulunması aranmalıdır. Mahkeme, müdahalenin, meşru amaçlar ile orantılı ve ulusal otoriteler tarafından meşru gösterilebilmesi için, belirtilen gerekçelerin, ilgili ve yeterli olup olmadığını, bu müdahalenin acil bir sosyal ihtiyaçtan kaynaklanıp kaynaklanmadığını tespit edecektir (18).
- b) 10. maddenin 2. fıkrasındaki sınırlamalarda “**şiddeti teşvik**” unsuru aranmalı, failin eylemine göre, devlet otoritelerinin, belirli bir “**takdir marjına**” sahip olduğu gözönünde tutulmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yukarıda belirtilen ilkelerin, terörizme karşı mücadelede, ulusal güvenlik ve kamu güvenliğinin sürdürülmesi için alınması gerekli önlemler açısından, devletin daha “**geniş bir takdir yetkisine**” sahip olduğunu belirtmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Zana/Türkiye davasına ilişkin 25 Kasım 1997 günlü kararında, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Divanı’nın ortaya koyduğu yukarıda belirtilen ilkelerin, terörizme karşı mücadelede, ulusal güvenlik ve kamu güvenliğinin bütünlüğünü tehdit eden bir terör ortamı ile karşı karşıya kalan bir devletin, böyle bir durumun yalnızca bireylere yönelik olmasına göre, **daha geniş bir takdir yetkisine** sahip olması gerektiği...” açıklanarak, 10. maddenin 2. fıkrasındaki müdahaleyi içeren uygulamada, devletin geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu belirtilmiş, Zana’nın, Türk Ceza Kanunu’nun 312. maddesi gereğince mahkûmiyeti, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nce de haklı görülerek, bu yönden Zana’nın itirazı reddedilmiştir.

Komisyonla göre de; Sözleşme’nin 17. maddesinin, “Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirinin bir devlete, topluluğa veya ferde, iş bu sözleşmede tanınan hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya mezkur sözleşmede derpiş edil-

(18) Kom.R. Pablo Casado Coca/İspanya, 1.12.1992, no. 15450/89 ve Div. K. Engel et autres/Hollanda, 23.11.1976, A 22, Sayfa 41-42.

diğinden daha geniş ölçüde tahditlere tabi tutulmasını, istihfaf eden bir faaliyete girişmeye veya harekette bulunmaya matuf herhangi bir hak sağladığı şeklinde tefsir olunamaz.” hükmü karşısında, 10. maddenin 1. fıkrasındaki hükümden yararlanarak, **ırk ayrımı gibi fikirlerin yayılmasını amaçlayan eylemler yasaklanmakta, ayrımcılığı içeren bir siyasi programla seçimlere katılmayı sağlamak amacıyla 1 nolu protokolün 3. maddesinin ileri sürülmesi de kabul edilmemektedir (19).**

Görev ve sorumlulukların gerekli kıldığı sınırlama kavramının, ulusal takdir marjı kapsamını genişlettiği ve bu hususu takdir yetkisinin asıl ve ilke olarak ulusal mercilere ait bulunduğu belirtilmekle beraber, durumun, marj sınırları içinde kaırp kalmadığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin denetimindedir. Denetim organları, bu yetkilerini, olayın bütünü içinde, tüm özelliklerini gözönünde tutarak, açıklanan düşüncenin ya da verilen haberin içeriğini yakından inceleyerek, kullanmaktadırlar. 10. maddeye ilişkin tüm karar ve mütalaalarda bu husus görülmektedir (20).

D- BAZI AVRUPA ÜLKELERİNDE KONU İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER (21)

I- Alman Ceza Kanunu

Madde 130- Halkı kışkırtma.

Her kim; kamusal barışı bozmaya elverişli bir şekilde,

(19) Kom.K.J. Gilimmer veen et Hageboek/Hollanda, 11.10.1997, 9 no. 83 48/78 ve 8406/78, DR 18, S. 187. Bu olayda ilgililer ırka dayanan ayrımcılık yapan beyanname dağıtmaktan cezalandırılmışlardır.

1 Nolu protokol, 29 Mart 1952 tarihinde imza edilmiş ve 18 Mayıs 1954 tarihinde yürürlüğe girmiş olup (İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmeye ek Protokol) adını almaktadır. 1 Nolu Protokol, 6366 Sayılı ve 10 Mart 1954 tarihli “İnsan Haklarını ve ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesi ve buna ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun” ile onaylanmıştır (Resmi Gazete, 19 Mart 1954 tarihli “İnsan Haklarını ve ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesi ve buna ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun” ile onaylanmıştır (Resmi Gazete, 19 Mart 1954-8661; III T. Düstür, Cilt 35, s. 1567).

(20) Kom.R.Pablo Casado Coco/İspanya, 1.12.1992, No. 15450/89.

(21) İ.Ü. Hukuk Fakültesi tarafından derlendiğine ilişkin, Yargıtay C. Başsavcısı Vural Savaş’ın 27.3.2000 günlü açıklaması ve ekinden alınmıştır.

- (1) Halkın bazı kısımlarına karşı nefreti kışkırtır veya şiddet içeren veya keyfi önlemler alınmasını teşvik eder veya
- (2) Halkın bazı kısımlarına sövmek, onları kötü niyetle zan altında bırakmak veya iftira etmek suretiyle başkalarının insan onurlarına tecavüz ederse,

Üç aydan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

- (3) Her kim; ulusal, ırksal, dinsel veya ait oldukları halk esasına göre belirlenmiş bir gruba karşı, nefreti kışkırtmaya, onlara karşı şiddet içeren veya keyfi önlemler alınmasını kışkırtan veya halkın bazı kısımlarına veya önceden belirlenmiş bir gruba sövülmesi, bunların kötü niyetle hor görülmesi veya hakarete uğraması yoluyla başkalarının insan haysiyetlerine tecavüz eden (StGB 11/3'deki tanıma uygun) yayınları,

a. yayar,

b. açıkca sergiler, yapıştırır, oynatır veya başka türlü ulaşılabılır kılar,

c. onsekiz yaşın altındaki bir kişiye sunar, devreder veya başka türlü ulaşılabılır kılar veya

d. bu yazıları veya bunlardan elde edilen parçaları a'dan c'ye kadar ki bentlerde gösterilen şekillerde, kullanmak veya başkasına kullanırmak amacıyla meydana getirir, taşır, depolar, sunar, reklamını yapar, önerir, ülkeye girişini ve çıkışını üstüne alırsa veya

- (4) numara 1 altında gösterilen, içerdeki sunuları radyo-televizyon aracılığıyla yayarsa,

Üç yıla kadar hapis veya para cezasıyla cezalandırılır.

a) Her kim; Nasyonal Sosyalist rejim altında veya 220 a'da gösterilen türdeki bir eylemi, toplumsal barışı bozmaya elverişli bir şekilde, kamusal alanda veya bir toplantıda över, inkar eder veya zararsız göstermeye çalışırsa, beş yıla kadar hapis veya para cezasına çarptırılır.

- b) 3. fıkrada gösterilenleri içeren yayınlar içinde 2. fıkra hükmü uygulanır.
- c) 2. fıkranın, 4. fıkranın, yaptığı atıf gereği de olsa, uygulandığı durumlarda, 86/3 hükmü de uygulanır.

II- Avusturya Ceza Kanunu

Madde 281. Kanunlara itaatsizliğe teşvik.

Her kim; bir kanuna karşı genel itaatsizliğe, basılı bir eser veya radyo televizyon vasıtasıyla veya geniş bir kamusal alanın ulaşabileceği diğer şekilde, teşvik ederse, bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

Madde 282. Suç oluturan eylemlere teşvik ve suç oluşturan eylemi övme.

- (1) Her kim; suç oluşturan bir eylemin işlenmesini basılı bir eser veya radyo-televizyon vasıtasıyla veya geniş bir kamusal alanın ulaşabileceği diğer şekilde teşvik ederse, hakkında bu eylemin müşterek faili olarak daha ağır bir ceza öngörülmediği takdirde, iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.
- (2) Her kim; 1. fıkrada gösterilen yollarla, kasten işlenmiş olan ve bir yılın üzerinde bir hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılan bir eylemi, genel hukuk hassasiyetini yaralamaya veya bu eylemlerin işlenmesini tahrik etmeye elverişli bir şekilde överse, aynı cezaya çarptırılır.

Madde 283 Kışkırtma.

- (1) Her kim; kamu düzenini bozmaya elverişli bir şekilde ve açıkça, yurtiçinde bulunan bir kilise veya dinsel topluluğa veya böyle bir kilise veya topluluğa, bir ırka, halka, kökene veya devlete aidiyet ile belirlenen bir gruba karşı, düşmanlığa teşvik veya tahrik ederse,

iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

- (2) 1. fıkrada gösterilen gruplardan birine karşı, halkı açıkça kışkırtır veya onlara insan onurunu yaralayacak şekilde söver veya zan altında bırakmaya çalışırsa, aynı cezaya çarptırılır.

III- Fransız Ceza Kanunu (1994)

Madde R. 625-7 (Ulusal ayrımcılığa, düşmanlığa ve şiddete kapalı tahrik) Belirli bir kavme, ulusa, ırka veya dine mensup olmaktan veya olmamaktan veyahut da kökeninden dolayı, bir kişiye ya da kişi grubuna karşı ayrımcılığa, düşmanlığa veya şiddete kapalı tahrik, 5. sınıf kabahatlar için öngörülen para cezası ile cezalandırılır.

IV- Fransız Basın Kanunu

Madde 23:

Cürüm veya cünha niteliğindeki bir eylemi işlemeye, fail veya failleri, gerek kamuya açık yerlerde veya bölgelerde, bağıarak söylenen konuşmalarla, sözlerle ya da tehditlerle, gerek yazılarla, matbaalarla, desenlerle, gravürlerle, resimlerle, amblemlerle, görüntülerle (imajlarla) veyahut da kamuya açık yerlerde veya bölgelerde, satılan veya dağıtılan, satışa sunulan veya sergilenen, diğer bütün yazı, söz, görüntü araçlarıyla, gerek kamunun dikkatine sunulan, ilânlar ya da afişlerle, gerekse bütün görsel-işitsel iletişim araçlarıyla, doğrudan doğruya tahrik edenler; bu tahrik etkisini meydana getirmişse, eylemin şeriki olarak cezalandırılırlar.

Bu hüküm, aynı zamanda, tahrik sadece Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde öngörülen cürme teşebbüsü meydana getirdiğinde de uygulanabilmektedir.

Madde 24:

Önceki maddede açıklanan araçlardan biriyle, aşağıda gösterilen suçlardan birini işlemeye doğrudan tahrik edenler, bu tahrik etkisini göstermemiş olduğu takdirde, 5 yıl hapis ve 300.000 frank para cezasıyla cezalandırılırlar.

- 1- Ceza Kanunu'nun II. Kitabında tanımlanan, yaşamı kasten ihlal, kişi bütünlüğünü kasten ihlal ve cinsel saldırılar;
- 2- Ceza Kanunu'nun III. Kitabında tanımlanan, kişiler için tehlikeli olan kasıtlı hırsızlıklar, yağmalar, tahripler, zarar vermeler ve yıpratmalar,

Ceza Kanunu'nun IV. Kitabının 1. babında belirtilen, ulusun temel yararlarını ihlal eden, cürüm veya cünhalardan birine, aynı araçlarla, doğrudan doğruya tahrik edenlere de, aynı ceza verilir.

23. maddede açıklanan araçlardan biriyle, birinci fıkrada belirtilen suçları, savaş suçlarını, insanlığa karşı suçları veya düşmanla işbirliği suçlarını, övenler de, aynı cezayla cezalandırılırlar.

Ceza Kanunu'nun IV. kitabının II. babında belirtilen terörizm eylemlerini, aynı araçlarla doğrudan doğruya tahrik edenler veya bu eylemleri övenler, 1. fıkrada öngörülen cezalar ile cezalandırılır.

Kamuya açık yerlerde veya bölgelerde bağırarak söylenen, her türlü ayaklandırıcı sesler ve şarkılar, fiili 10 günden bir aya kadar hapis ve 5. sınıf kabahatler için öngörülen para cezası veyahut da yalnızca bu iki cezadan biriyle cezalandırılır.

23. maddede açıklanan araçlardan biriyle, belirli bir kavme, ulusa, ırka veya dine mensup olmaktan veya olmamaktan veyahut da kökeninden dolayı bir kişiye ya da kişi grubuna karşı, ayrımcılığa, düşmanlığa ya da şiddete tahrik edenler, bir yıl hapis ve 300.000 frank para cezasıyla ya da yalnızca bu iki cezadan biriyle cezalandırılırlar.

V- İtalyan Ceza Kanunu

Madde 414: Suç İşlemeye tahrik

Her kim bir veya birden fazla suçun işlenmesini alenen tahrik ederse, yalnızca tahrik fiilinden dolayı;

- 1- Cürümlerin işlenmesinin tahriki sözkonusu ise beş yıla kadar hapis cezası ile,
- 2- Kabahatlerin işlenmesinin tahriki sözkonusu ise bir yıla kadar hapis veya 400.000 liraya kadar ağır para cezası ile, cezalandırılır.

Bir veya birden fazla cürüm ve bir veya birden fazla kabahatin işlenmesinin tahriki söz konusu ise 1 no.daki ceza uygulanır.

Bir veya birden fazla cürümü alenen öven kimse de 1 no.da belirlenen cezaya maruz kalır.

Madde 415: Kanunlara itaatsizliğe tahrik

Her kim, kamu düzeni kanunlarına itaatsizliğe veya sosyal sınıflar arasında kin (ve düşmanlığa) alenen tahrik ederse 6 aydan 5 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

E- SONUÇ

Yukarıda açıklananlar ışığında yapılan değerlendirme sonucu; Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen suçun bir tehlike suçu olduğu, eylemi içeren konuşma veya yazının bütününe ele alınıp incelenmesi icap ettiği, halkı kin ve düşmanlığa tahrik eyleminin, alenen ve sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözetilerek bu kasitle yapılıp yapılmadığı irdelenip, eylemin normun önlemek istediği tehlikeyi yaratmaya elverişli olduğunun saptanması halinde suçun oluştuğunun kabulü gerektiği anlaşılmaktadır.

—oOo—

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- | | |
|------------------------------|--|
| Vural SAVAŞ | Türk Ceza Kanununun Yorumu, Cilt 2, Ocak 1995 |
| Sadık MOLLAMAHMUTOĞLU, | Birinci Baskı |
| Majno | Ceza Kanunu Şerhi, Cilt 3 |
| Mehmet UYGUN, Vural SAVAŞ | Ceza Genel Kurulu Kararları, |
| Sadık MOLLAMAHMUTOĞLU | Kasım 1991-Ocak 1997 Baskıları |
| Prof. Dr. Çetin ÖZEK | Anayasa İhlali Suçunda Hazırlık Hareketi, İcra Hareketi-Yargıtay Dergisi 16. Sayı, 1990/1-2 |
| Prof. Dr. Feyyaz GÖLCÜKLÜ | Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, |
| Prof. Dr. A. Şeref GÖZÜBÜYÜK | Eylül 1994, Birinci Baskı |
| Resmi Gazeteler | 4-7 Nisan 2000, 16 Mayıs 2000, 22 Haziran 2000, 27 Haziran 2000, 28 Kasım 2000 günlü Resmi Gazetelerdeki, Dış İşleri Bakanlığı Çok Taraflı Siyasi İşler Genel Müdürlüğü'nün Türkçe'ye çevrilmiş olan gayri resmi tercümelemleri. |

CEZANIN ERTELENMESİNDE İÇTİMA SORUNU

Dr. İbrahim ŞAHBAZ (*)

ANLATIM DÜZENİ: A- Kavram, B- Ertelemenin Tarihi, C- Erteleme Kurumunun Amaçları, D- Cezanın Ertenilmesi, E- Türk Hukukunda Cezanın Ertenilmesi, F- Ertelemede Yetkili Mahkeme, G- Erteleme ve Cezaların İctimai, H-Yargıtay Kararları, I- Sonuç

A. KAVRAM

Erteleme (tecil), sözlük anlamıyla, "Başka zamana bırakma, tehir"dir (1). Hukuk Sözlüğünde aynı kavram, "İlk defa hafif bir cezaya mahkûm olan kimsenin cezasını çektirmeyip bu cezanın çekimini muayyen şartlara ve müddette talik etmeyi tazammun eden kazaî bir karar"(2), "Suç işleyen kimse daha önce mahkûm olmamışsa ve kanunun öngördüğü öteki şartları taşıyorsa, yargıç, o kimsenin bir daha suç işlemeyeceğine kanaat getirerek, verilen cezayı erteler" biçimlerinde tanımlanmaktadır (3).

Öğretide ise, "Mahkumiyet kararı verildiği sırada, yerine getirmemenin kararlaştırılması"(4); "İlk defa suç işleyenlerin (veya böyle sayılanların) mahkûmiyetleri infazının müddetli, menfi bir şarta bağlı olarak geri bırakılmasıdır"(5); "işlediği suçtan dolayı mahkûm edilen suçluya ait cezanın infazının belirli bir süre ile geri bırakılması ve suçlu bu süre içinde yeniden bir suç iş-

(*) Yargıtay Cumhuriyet Savcısı.

(1) Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayını, Ankara 1974, s. 274.

(2) Türk Hukuk Lûgati, Ankara 1944, s. 51.

(3) Özcan, Hüseyin : Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 6. Baskı, Ankara 1985, s. 213

(4) Kunter, Nurullah : Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1986, s. 896.

(5) Erem, Faruk : Türk Ceza Hukuku, Cilt : 1, Genel Hükümler, 10. Baskı, 1974, s. 269-270.

lemediği takdirde suçun ya işlenmemiş veya hükümlülüğün gerçekleşmemiş ya da cezanın çekilmiş sayılması”(6); “suçlu hakkında duruşma yapıldıktan sonra verilecek hükmün, muayyen bir müddetle ve bu müddet içinde failin iyi hal göstermesi (...) bir suç işlememesi veya tahmil olunan şartlara riayet olunması halinde hükmün tesbitinden tamamen feragat olun”ması (7) olarak tanımlanmaktadır (8).

B. ERTELEMENİN TARİHİ

Cezanın ertelenmesi kurumunun izleri, İngiltere'nin Common Law'ında görülür. Jürili mahkemelerde jüri, sanığın suçluluğuna karar verdikten sonra, suçuna uygun cezanın tesbitini yargıç belli bir süre için erteleyebilirdi (9). Erteleme olmasa bile, ertelemeye benzer kurumların Ortaçağ'da uygulandığı ifade edilmektedir (10). Bu çağda, sanığın ileride iyi hal sahibi olacağına ilişkin gösterdiği kefil tarafından cezasının infazının engellendiği görülür. Eski Fransız hukukunda da admonition (dikkat çekme, uyarma, ihtar) kurumları, yargıcın sanığa, ileride daha dikkatli davranması, aksi takdirde daha ağır ceza verileceğine ilişkin bir ihtardan ibaretti (11).

Erteleme kurumu, İngiliz ve Amerikan sistemlerinde, mahkûmiyet hükmünün verilmesinin ertelenmesi ve deneme süresi boyunca sanığın kendi başına bırakılmaması, yani denetim ve gözetim altında bulundurulması biçim-

-
- (6) Dönmezer, Sulhi - Erman, Sahir : Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt : 3, İstanbul 1994, s. 10.
 (7) Önder, Ayhan : Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler, İstanbul 1963, s. 109-110.
 (8) Konu hakkında ayrıca bkz. Artuk, M. Emin - Yenidünya, A.C.: Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Erteleme Müessesesi, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, s. 55-87; Akbulut, İlhan : Cezaların Tecili, YD, Ocak-Nisan 1995, s. 81-94; Soyaslan, Doğan : Cezaların Tecili, Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul 1989, s. 484-493; Fr. Hukuku ile ilgili olarak bkz. Erbaş, Coşkun : “Tarihi Gelişimi İçinde Gözetimle Erteleme (Denetimli Serbestlik-Sursis Avec Mise à l'épreuve) ve Fransa'daki Uygulaması ile Konuya İlişkin Türk Ceza Kanunu ve Öntasarısı Metinleri”, YD, Temmuz 1996, sayı : 3, s. 246-288; YD, Ekim 1996, sayı : 4, s. 452-490; YD, Ocak 1997, sayı : 1, s. 46-84; Stefani, Gaston-Levasseur, Georges - Bouloc, Bernard : Droit Pénal Général, 15 édition Dalloz, 1995, s. 502 vd.; Gözübüyük, A.P. : Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt : 1, İstanbul 1980, s. 361-384.
 (9) Önder, 1963, s. 110.
 (10) Önder, 1963, s. 19 vd.
 (11) Roux, J. A.: Cours de droit criminel, 2. Baskı, C. I, Paris 1927, s. 494-495; Önder, 1963, s. 19-20; Artuk - Yenidünya, agm, s. 56.

mindeyken (12), Kara Avrupası sisteminde ilk zamanlar sadece cezanın ertelenmesi (13) biçiminde uygulanan erteleme, hükmün ertelenmesi ve deneme süresince gözetime yer verilmekle, iki hukuk sisteminde aynı uygulanmaya başlanmıştır (14).

Kara Avrupası yasaları, cezanın infazının ertelenmesini iki biçimde düzenlemekteler. Bunlar:

1- Basit erteleme - şarta bağlı mahkûmiyet (Le sursis simple-comdamnation conditionelle): Fransa'da, 26.3.1891 Bérenyer Yasasıyla kabul edilen bu usul, ilk defa suç işleyen sanığın, işlediği suçun ağır olmaması koşuluyla, cezasının infazının belli bir süre için geri bırakılması ve bu süre içinde bir başka suç işlememesi halinde mahkûmiyetinin esasen vâki olmamış sayılmasını öngörmektedir (15).

2- Gözetime bırakılma suretiyle erteleme (Le sursis avec mise à l'épreuve): Bu erteleme, cezayı belirleyen yargıcın mahkûmu hapisaneye gönderme yerine, O'nu bir delegenin yardımına bırakma biçiminde gerçekleşmektedir (16).

Her iki uygulamada da, deneme süresinin iyi hal ile geçirilmesi durumunda, ertelenmiş mahkûmiyet esasen vâki olmamış sayılmaktadır (17).

1889 tarihli İtalya Ceza Yasası'nda cezaların ertelenmesine ilişkin düzenleme yoktu. Buna rağmen 1926 tarihli Türk Ceza Yasası ile ülkemizde ilk kez erteleme kurumuna yer verilmiştir (18).

(12) Erem, Faruk - Danışman, Ahmet - Artuk, M. Emin : Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 1997, s. 807.

(13) Önder, 1963, s. 21.

(14) Artuk - Yenidünya, 1999, s. 56.

(15) Stefani - Levasseur - Bouloc, 1995, s. 503.

(16) Artuk - Yenidünya, 1999, s. 56; Stefani - Levasseur - Bouloc, 1995, s. 502 vd.

(17) Bkz. Fransız Ceza Yasasının 132-35. vd. maddelerinde basit erteleme ve 132-52. vd. maddelerinde gözetime bırakılma suretiyle ertelemenin sonuçları hakkında düzenlemeler; Stefani - Levasseur - Bouloc, 1995, s. 507-510 ve s. 523-524; Artuk - Yenidünya, 1999, s. 56.

(18) Ancak kaynak Ceza Yasasında yer almayan erteleme kurumunun 1926 tarihli TCK'unda yer alışı hakkında öğretide, yasaların "telif edilmesi" (uzlaştırılması) suretiyle bu kuruma yer verildiği ifade edilmektedir; Önder, 1963, s. 59-60

C. ERTELEME KURUMUNUN AMAÇLARI

Ertelemenin lehinde ve aleyhinde görüşler mevcuttur. Ancak burada, ertelemenin yararı kabul edilerek, yararı - zararı üzerinde durulmaksızın, kurumun amacı ele alındığından, yararı ile ilgili görüşlerden esinlenilmek suretiyle şu hususlara dikkat çekmek gerekmiştir (19).

Erteleme kurumu, iyi bir ceza siyasetinin gerçekleşmesine hizmet etmektedir. Zira, deneme süresi içerisinde iyi hal gösteren kimsenin mahkûmiyetinin hiç vâki olmamış sayılması; buna karşılık, yeniden suç işlemesi halinde, deneme süresi bitmemiş olursa cezayı çekeceğinin veya deneme süresinden sonra yeniden suç işlemesi halinde, iyi halli sayılmayacağından yeniden ertelemeden yararlanamayacağına hatırlatılması gibi (20).

Erteleme aynı zamanda cezaların bireyselleştirilmesi vasıtasıdır (21).

Ertelemenin diğer bir amacı da, kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaların sakıncalarını ortadan kaldırması; yani, "mükerrerliğe" engel olmasıdır (22).

Görüldüğü gibi erteleme, kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezanın sakıncalarını ortadan kaldırmanın yanında, tekerrürü önler, suçluyu iyi halli olmaya teşvik eder ve suçlunun devlete yük olmadan uslanmasını sağlar (23). Ancak cezanın ertelenmesinde, bireyselleşmeyi sağlaması konumuz açısından büyük önem taşımaktadır. Fransız öğretisinde bireyselleştirme maddeleri olarak, cezadan muafiyet, yarı özgürlük, cezaların bölünmesi, basit erteleme, denetimli erteleme ve genel yararlar ilgili bir işte çalıştırmadan söz edilmektedir (24).

(19) Tecilin lehindeki ve aleyhindeki görüşler için bkz. Akbulut, 1995, s. 86; Dönmezer - Erman, 1994, s. 14-15; Artuk - Yenidünya, 1999, s. 57-58; Önder, 1963, s. 76; Erem - Danışman - Artuk, s. 798-799; Soyaslan, Doğan : Cezaların Tecili, 1989, s. 485-587.

(20) Dönmezer - Erman, 1994, s. 14, tecil, "sui generis" bir kurum olup, ceza hukukunun karakterine uygundur; Artuk - Yenidünya, 1999, s. 57.

(21) Artuk - Yenidünya, 1999, s. 57; Dönmezer - Erman, 1994, s. 15; Stefani - L'evasseur - Bouloc, 1995, s. 461-462.

(22) Önder, 1963, s. 6-11; Erem - Danışman - Artuk, s. 797; Artuk - Yenidünya, 1999, s. 57.

(23) Dönmezer - Erman, 1994, s. 15.

(24) Stefani - L'evasseur - Bouloc, 1995, s. 461; bkz. Fransız Ceza Yasası, 132-25 ile 132-59 maddeleri arasındaki düzenlemeler.

D. CEZANIN ERTELENMESİ

Kural olarak, ceza hukukunun niteliği gereği, verilmiş bir mahkûmiyetin derhal infazının gerçekleştirilmesi gerekir. Fakat, bazı durumlarda, sanığın mahkûmiyetinin ağırlığı, geçmişteki durumu, suç işleme eğiliminin dikkate alınmasıyla, belli bir süre iyi halli olması koşuluyla, cezanın infazının ertelenmesi sağlanabilmektedir. Zira, aydınlık çağı ile mutlak krallıkların yıkılıp, kişi - devlet ilişkilerinin yeniden düzenlenmesiyle, kişinin doğuştan özgür ve insan olması nedeniyle de özgürlüğe sahip olmasının öne çıktığı; özgürlüğün tüm ilerlemelerin kaynağı olduğu fikri yayılmıştır. Bu düşünce ceza ve infaz siyasetine de yansımıştır (25). Uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaların infazı yoluyla suçlunun topluma kazandırılmaması üzerine, özellikle 19. yüzyıldan itibaren erteleme kurumu ülkeler mevzuatlarına girmeye başlamıştır (26). Ancak ertelemenin tüm suçlar yerine, kimi özel yasa ve maddelerdeki istisnalar dışında, kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezalar için ve belli bir süreyle sınırlı olarak kabul edildiği görülmektedir. Zira, kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaların kısa oluşu ve bu cezaların hükümlülerine cezaevinde belli bir ıslah programının uygulanamayışı erteleme kurumunu ön palana çıkarmıştır (27). Şunu da belirtelim ki, istisnalar dışında (28), para cezaları da ertelenebilmektedir. Cezanın derhal infazı yararlı olmakla beraber, gerekli koşulların varlığı halinde, cezanın infaz edilmemesi de yararlı olabilir (29). Ertelemede deneme süresinin iyi hal ile geçirilmesiyle, mahkûmiyetin esasen vâki olmaması söz konusu olacağından, cezaların ferdileştirilmesi yoluyla, devletin ceza vermek ve bu cezayı infaz etmek hakkından feragat ettiği savunulmaktadır (30).

E. TÜRK HUKUKUNDA CEZANIN ERTELENMESİ

Cezaların ertelenmesine ilişkin koşullar, 647 sayılı İnfaz Yasasının 6. maddesinde düzenlenmiştir.

(25) Soyaslan, 1989, s. 485-487.

(26) Tarihi hakkında bkz. Dönmezer - Erman, 1994, s. 9 vd.

(27) Soyaslan, 1989, s. 486.

(28) Örneğin 213 sayılı Vergi Usul Yasasının 360. maddesindeki düzenlemeye göre özgürlüğü bağlayıcı cezadan çevrilen para cezaları ertelenemez.

(29) Önder, Ayhan : Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, İstanbul 1992, s. 690; Artuk - Yenidünya, 1999, s. 80.

(30) Artuk - Yenidünya, 1999, s. 80.

Buna göre: "Adliye mahkemelerince para cezasından başka bir ceza ile mahkûm olmayan kimse, işlediği bir suçtan dolayı ağır veya hafif para veya bir yıla kadar (bir yıl dahil) ağır hapis veya iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis veya hafif hapis cezalarından biriyle mahkûm olur ve geçmişteki hali ve suç işleme hususunda eğilimine göre cezanın ertelenmesi ileride suç işlemekten çekinmesine sebep olacağı hakkında mahkemece kanaat edinilirse, bu cezanın ertelenmesine hükmolunabilir. Bu halde erteleme sebebi hükümde yazılır.

Suç tarihinde 18 yaşını doldurmamış olanlar ile 65 yaşını ikmal etmiş bulunanların mahkûm oldukları ağır hapis cezası iki yıldan, hapis veya hafif hapis cezası üç yıldan fazla olmadığı hallerde de yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanabilir.

Bazı suçlara ilişkin cezalar ile askeri suçlar ve disiplin suçlarına ilişkin cezaların ertelenemeyeceğine dair özel kanun hükümleri saklıdır."

2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Yasaya göre de (m. 38), "para cezasından başka bir ceza ile hükümlü olmayan ve 15 yaşını doldurmayan küçük, işlediği bir suçtan dolayı ağır veya hafif para veya 3 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezalardan biriyle mahkûm olur ve geçmişteki haliyle ahlaki temayüllerine göre cezasının ertelenmesi ileride cürüm işlemekten çekinmesine sebep olacağı hakkında mahkemece kanaat getirilirse bu cezanın şartlı olarak ertelenmesine hükmolunabilir."

CLK hükümlerine göre cezanın ertelenmesi koşulları:

1- Sanığın, adliye mahkemelerinden hiç mahkûm olmaması veya bir mahkûmiyeti varsa bunun yalnız para cezası olması gerekir. Yani önceden özgürlüğü bağlayıcı bir ceza ile mahkûm olan kişinin sonradan işlediği suçun cezası ne olursa olsun ertelenemez. Yasa burada önceki mahkûmiyetten söz etmiş olmasına göre, bunun kesinleşmiş bir mahkûmiyet olduğunun kabulü gerekir. Yani önceki mahkûmiyet / mahkûmiyetler kesinleşmemişse, bu durum ertelemeye engel teşkil etmeyecektir. Ancak, kesinleşmemiş önceki mahkûmiyet erteleme kararından sonra (erteleme kararı henüz kesinleşmeden) kesinleşirse, yasanın istemediği sonuçların önlenmesi bakımından, er-

telemey karar verecek yargıcın, "kişinin geçmişteki hali ve suç işleme hususundaki eğilimi" konusunda iyi araştırma yapması gerekir. Bunun için yargıcın, kesinleşmemiş mahkûmiyeti / mahkûmiyetleri dikkate alarak sanığın erteleme layık olup olmadığı konusunda karara varması gerekir (31). Eski mahkûmiyet için temyize gidilmesi, yeni mahkûmiyetin ertelenmesine engel olmaz. Ancak erteleme kararı verebilecek olan yargıcın, henüz hüküm verilmemişte olsa, sanığın yeni bir suç işlediğini öğrenmesi durumunda, ileride yeni bir suç işlemekten kaçınabileceği konusundaki kanaati sarsılabileceğinden, hükmü ertelemekten kaçınmasını mümkün görmek gerekir (32).

Eğer eski mahkûmiyet ertelenmiş ve yeni mahkûmiyet erteleme süresi içinde vâki olmuş ise, yeni mahkûmiyet ertelenemeyecek; eski erteleme düşürüleceği için, hükümlü her iki mahkûmiyetin de cezasını çekecektir. Şayet ertelemeye konu olan yeni mahkûmiyet, eski mahkûmiyetin erteleme süresi içinde vâki olmamışsa, eski mahkûmiyet vâki olmamış sayılacağından, yeni mahkûmiyetin ertelenmesine engel bir durum söz konusu olmayacaktır (33). Öte yandan, eski mahkûmiyetin adli sicilden silinmiş olması (3682/8.m) veya eski mahkûmiyetin genel afla ortadan kalkmış olması, yeni mahkûmiyetin ertelenmesine engel değildir. Zira genel af, mahkûmiyetin bütün sonuçlarını ortadan kaldırmaktadır. Buna karşılık özel af ve zamanaşımı sadece cezayı ortadan kaldırdığından, yeni mahkûmiyetin ertelenmesine engeldir.

Diğer yandan, yasa "Adliye mahkemelerince" ibaresini kullandığından (647/6.m), yabancı mahkemelerce veya sırf askeri suçlar nedeniyle askeri mahkemelerce verilen mahkûmiyet kararları, ertelemeye engel teşkil etmezler (34).

2- Sanık hakkında hükmolunan ceza, yaptırım türüne göre, belirli sınırlar içinde olmalıdır. İnfaz yasası özgürlüğü bağlayıcı cezaların türüne göre bir ayırımla, hafif hapis ve hapiste 2 yıla kadar (2 yıl dahil), ağır hapiste 1 yıla kadar (1 yıl dahil) cezanın ertelenebileceğini hükme bağlamaktadır.

(31) Erem - Danışman - Artuk, s. 822-823.

(32) Soyaslan, 1989, s. 488.

(33) Soyaslan, 1989, s. 448.

(34) Önder, C. II-III, s. 694 vd.

Ancak yasa burada belli bir yaşa göre farklı uygulama öngörmektedir. Buna göre, sanığın 18 yaşını doldurmamış veya 65 yaşını doldurmuş olması halinde genel kural işlemecektir. Yani bu sonuncu yaş grupları için hafif hapis ve hapisteye üç yıla, ağır hapisteye ise iki yıla kadar özgürlüğü bağlayıcı ceza ertelenebilecektir.

Para cezaları bakımından, ağır veya hafif olma ayırımı olmadığı gibi, bir miktar sınırlaması olmaksızın erteleme kararı verilmesine engel yoktur.

3- Ertelene konusunda yukarıdaki koşullar dışında yargıcın, sanığın iyi hali hususunda kanaate varması da gerekir. Zira yasa, sanığın "... geçmişteki hali ve suç işleme hususunda eğilimine göre cezanın ertelenmesi ileride suç işlemekten çekinmesine sebep olacağı hakkında mahkemece kanaat" getirilmesini öngörmektedir. Görülüyor ki, yargıç kararını verirken, sanığın geçmişteki halini ve suç işleme hususundaki eğilimlerini dikkate almak zorundadır. Buradaki "geçmişteki hal" kavramı, sanığın daha önce suç işlemiş veya işlememiş olması demek değildir. Eğer böyle olsaydı yasa, "daha önceden mahkûm olmamak" koşuluna ayrıca yer vermezdi. Zira yasa, "para cezasından başka bir ceza ile mahkûm olmayan kimse (...) geçmişteki hali ve suç işleme hususunda eğilimine göre cezanın ertelenmesi ileride suç işlemekten çekinmesine sebep olacağı" ibarelerine yer vererek, para cezasından başka bir ceza ile mahkûm olan kimse hakkında zaten erteleme kararı verilemeyeceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla "geçmişteki hal ve suç işleme eğilimi" kavramları, eski mahkûmiyet dışında olup, sanığın eğilimlerini ortaya koyan hususlardır. Bu eğilimler suç işlenmedikçe belirlenebilir mi? Masumluk karinesi gereğince elbette belirlenemez. Ancak yasa koyucu yargıca, sanığın kesinleşmiş bir mahkûmiyete konu teşkil etmeyen olayları değerlendirme yetkisi vermektedir. Yargıcın bu değerlendirmeyi, sanık hakkında mevcut soruşturma / yargılamaları araştırarak, varsa önceki beraetleri irdelerek ve hüküm sırasında gösterdiği eğilimleri dikkate almak suretiyle, yapması gerekir (35).

4- Cezanın ertelenmesi kararının yerine getirilmesi, mağdurun kişisel haklarının hükümlü tarafından, isteğiyle yerine getirilmesi ya da sağlanması bırakılabilir (TCK. m.93). Ancak bu şekilde karar verilebilmesi için, mağdu-

(35) Benzer görüş için bkz. Erem - Danişman - Artuk, s. 826 vd.; Artuk - Yenidünya, 1999, s. 82.

run kişisel hakları konusunda istekte bulunması gerekir; mağdurun böyle bir talebi yoksa, TCK'nun 93. maddesinin uygulanmaması gerekir (36). Mağdurun şahsi hak talebinde bulunabilmesi, duruşmaya kabul için usulen müdahale talebinde bulunması ve tazminat istemesi gerekir; böyle bir talebin olmaması halinde, re'sen tazminata hükmetmek mümkün değildir (37).

Görüldüğü gibi, şahsi haklar ertelemeye konu olamazlar, ancak, suçtan zarar görenin mağduriyeti göz önünde bulundurulmak suretiyle, sanığın rızai olarak tazminatı mağdura ödemesi veya teminine bağlı olarak yargıç tarafından ertelemeye karar verilebilir. Yasa metnindeki "tecil kararının infazı" (TCK'nun 93. maddesi) deyiminin "erteleme kararı" biçiminde anlaşılması gerekir. Zira, mahkûmun rızası ile, mağdurun şahsi haklarını ödemesi veya temin etmesi halinde erteleme kararı verilmiş; buna karşılık, şartın yerine getirilmemesi halinde ertelemeye karar verilmemiş sayılacaktır.

Buradaki şahsi hakları, maddi ve manevi bütün haklar olarak geniş anlamak gerekir. Çünkü yasa "hukuku şahsiye" demekle, her türlü zararı ifade etmek istemiştir.

Yargıcın ertelemeyi şahsi hakların yerine getirilmesi şartına bağlaması durumunda, aynı zamanda bu şartın ne zaman yerine getirileceğini de kararında belirtmesi gerekir. Kararda böyle bir kaydın bulunmaması halinde, sürenin hükmün kesinleştiği günden başlayacağını kabul etmek gerekir (38).

F. ERTELEMEDE YETKİLİ MAHKEME

Ertelemeye karar verme yetkisi, davanın esası hakkında karar veren mahkemeye aittir. Mahkeme, koşulların varlığı halinde, sanığın talebine gerek olmaksızın karar verebilir. Ancak mahkemenin, erteleme koşulları yoksa, talep de olmaması halinde, erteleme konusunda bir karar verme mecburiyeti yoktur (39). Ancak mahkemece ertelemeye yer olmadığına karar verilmesi

(36) 4. CD., 24.6.1992, 4333 / 4674; Erdurak, Y. Güngör, Türk Ceza Kanunu, Ankara 1994, s. 229.

(37) 4. CD., 9.11.1954, 7657 / 11038; Gözübüyük, A.P : Türk Ceza Kanunu Açıklaması, İstanbul 1980, C. I, s. 387.

(38) Erem - Danışman - Artuk, s. 838.

(39) 5. CD., 16.10.1992 - 2989 / 3168; Erdurak, 1994, s. 222.

durumunda, yasal gerekçe gösterme zorunluluğu vardır (40). Ertelemeye yer olmadığına karar verilirken Anayasanın 141. ve CMUK'nun 32. maddeleri gereğince gösterilen gerekçenin yasal ve yeterli olması da gerekir (41). Yüksek Yargıtay'a göre, gerekçenin, "takdirin akla, hukuka ve dosyaya uygun" açıklamayı içermesi; "soruşturma aşamasında izlenen sanığın kişiliği ile ilgili bilgi ve belgelerin isabetle takdir edildiğini gösterir biçimde geçerli ve yasal olması" gerekir (42).

Sanığın veya vekilinin talebinin reddi veya kabulünde de erteleme veya erteleme gerekeceği olacaktır. Yargıtay içtihadına göre, "Yasal ve yeterli bir gerekçeye dayanmadan isteğin red veya kabul edilmesi yasa koyucunun amacına uygun düşmeyeceği gibi (.) uygulamada da keyfiliğe yol açar. Kararları aydınlatmak, keyfiliği önlemek ve tarafları tatmin etmek için, sanığın olay öncesi veya sonrası davranışları da gözönünde bulundurularak gelecekteki yaşamı sezilmeli"dir (43).

Yargıtaya göre, "erteleme, doğrudan doğruya cezanın, sanığın kişiliğine uydurulmasını öngören yargısal şahsileştirme kurumudur"(44).

Yargıtay içtihatlarına göre şahsileştirmede şu hususlar önem arz etmektedir: "sanığın ertelenmiş mahkûmiyeti, yasal sürenin dolması ve mahkûm olunmaması nedeniyle esasen vâki olmamış sayıldığından, bu mahkûmiyet gerekçe gösterilerek cezanın ertelenmesine yer olmadığına karar verilemez." (45); "Yaşlı bir kadını yatağına kavuşturmak için görev yaptığı inanç ve duygusuyla hareket ettiği anlaşılan ve görevi kötüye kullanmak suçundan mahkûmiyetine karar verilen sanık köy muhtarı (...) 'Geçmişteki hali ve ahlaki te-

(40) 5. CD., 16.10.1992 - 2989 / 3168; Erdurak, 1994, s. 222.

(41) CGK, 25.5.1992 - 4/ 96 - 160.

(42) CGK'nun aynı kararı.

(43) CGK, 25.5.1992 - 4/ 96-160; "Erteleme isteminin reddi halinde mahkemelerin yasal bir gerekçe göstermeleri zorunludur. (YİBK, Ceza Bölümü, Cilt : 3, s. 915.

(44) CGK, 5.6.1989 - 2 - 117/ 214; Uygun - Savaş - Mollamahmutoğlu, 1991, s. 485-486; bkz. YİBK., 7.6.1976 gün ve 4/ 3 sayılı; benzer karar CGK. 16.4.1996, 7-72 / 82; Uygun, 1997, s. 606-607.

(45) CGK, 16.4.1996 - 9 - 73/ 84; Uygun, 1997, s. 605-606.

mayüllerinin kötü olduğu' (46) (...) olay içerisinde belirlenemeyen (sanığın) cezasının (...) ertelenmesine yer olmadığına karar verilmesi ve bunda direnilmesi yasaya aykırıdır" (47).

Yine Yüksek Yargıtay, ertelemenin, doğrudan doğruya sanığın kişiliğine uydurulmasını öngören bir yargısal şahsileştirme kurumu olduğunu belirttikten sonra, "gerekçenin sanığın kişiliği ile ilgili bilgi ve belgelerin isabetle takdir edildiğini gösterir biçimde" olması gerektiğini, "cezaların ertelenip ertelenmemesi konusundaki takdirin mutlaka yasal olması, sanığın kişiliğine dayanması ve olay ile uyumlu" olmasının şart olduğunu; 647 sayılı yasanın 6. maddesinde cürümler (48) arasında herhangi bir ayırım yapılmadığı halde, yerel mahkemenin "sanığın aynı türden suç işlemekten çekinmesine yer olmadığına karar vermesi, aynı kavramları birbirine zıt" kabuller için dayanak almasını usulsüz bulmuştur (49).

Yargıtay, koşulların gerçekleşmesine rağmen, sabıka kaydının adli sicilden çıkartılması gerektiği halde, bu hususta işlem yapılmamasının erteleme kararı verilmesine yasal engel teşkil etmeyeceğine karar vermiştir (50).

Yüksek Mahkeme, erteleme isteğinin reddine ilişkin gerekçenin, yasal gerekçeyle uyumlu olmasını ve bu gerekçenin, sanık hakkındaki cezadan TCK'nun 59. maddesiyle yapılan indirim gerekçesiyle de uyumlu olmasını aramaktadır (51). Ayrıca, cezayı ertelememe gerekçesinin kendi içinde çeliş-

(46) 647 sayılı yasanın 6. maddesinde 7.12.1988 gün ve 3506 sayılı yasanın 8. maddesiyle yapılan değişiklikle "ahlaki temayül" metinden çıkarılmıştır. Ancak küçüklerle ilgili 2253 sayılı yasanın 38. maddesinde "ahlaki temayülün" yer alması başlıca bir çalışma konusu yapılabilir.

(47) CGK, 4.5.1987, 4/10-243; Uygun - Savaş - Mollamahmutoğlu, 1987, s. 209.

(48) 647 sayılı yasanın 3506 sayılı yasa ile değiştirilmesinden önceki düzenlemesinde "ileride cürüm işlemekten çekinmesine" ibaresi yer almaktaydı; değişiklik sonrası bu ibare "ileride suç işlemekten çekinmesine" biçimine dönüştü. Son değişiklik "cürüm" yerine "suç" demekle sanık aleyhine düzenleme getirmiştir.

(49) CGK, 3.10.1988, 3-283/ 332; Uygun - Savaş - Mollamahmutoğlu, 1991, s. 488; benzer karar 26.3.1996, 4/ 52-59; 31.4.1994, 5/ 306-10.

(50) CGK, 14.11.1995-4-305/ 337; Uygun, 1997, s. 612-613.

(51) CGK, 3.4.1995 - 2 - 64/ 93; Uygun, 1997, s. 616-617; İBK'na göre, TCK'nun 59. maddesiyle erteleme koşulları birbirinden bağımsız, yargısal şahsileştirme kurumları olup, 59. maddenin uygulanmasında ertelemeye ilişkin maddelerdeki öğeleri kapsayan bir ölçü alınmışsa bu ertelemeyi de kapsar (YİBK, 7.6.1976, 1976/ 3-4 Esas ve 1976/3 Karar; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ceza Bölümü, C. 3, 915-921.

memesi gerektiği gibi; yasa metninin tekrarlanması da gerekçe sayılamaz; dolayısıyla suçun unsurları veya cezayı ağırlaştırıcı sebepler de gerekçe olarak gösterilemez (52).

Esasen gerek Anayasa (53) ve gerekse yasamız (54) nelerin gerekçe olacağını sınırlı bir şekilde saymamıştır. Ancak yukarıda belirttiğimiz gerekçeler yanında, içtihatlar gerekçeyi her somut olayda şu şekillerde zenginleştirmiştir: “gerekçeli karar, basılı (matbu) karar biçiminde olamaz” (55); gerekçenin “sanığın kişiliği ile bilgi ve belgelerin isabetle takdir edildiğini de gösterecek biçimde geçerli ve yasal olması gerekir” (56); sanığın “ileride suç işleyeceğine ilişkin somut nedenler” gösterilmelidir (57); erteleme konusunda karar verilirken, “sanık, bir kurumda çalışıyorsa buradaki davranışları soruşturulabilir” (58); “sanığın ehliyetsiz oluşu, kusurunun yoğunluğu, ülkedeki trafik anarşisi gibi sanığın geçmiş hali ve suç işleme hususundaki eğiliminin değerlendirilmesini yansıtmayan (...) gerekçelerle cezanın” ertelenmemesi (59); erteleme kararı verilirken gerekçe gösterilmeksizin, “takdiren sözcüğüne dayanılması” (60) gibi hususlar (61).

Yargıtaya göre, erteleme veya ertelenmemeye ilişkin olup, temyiz edilmeksizin kesinleşmiş kararlara karşı yazılı emire başvurulamaz (62). Yasada, “mahkemece kanaat edinilirse” ibaresi yer almaktadır. Öğretide de erteleme

(52) CGK, 31.1.1994 - 5 - 306/10; Uygun, 1997, s. 622-623.

(53) Anayasaya göre, (Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır” (m. 141/3)

(54) CMUK'nun 32. maddesine göre, “Bütün hakimlik ve mahkemelerin her türlü kararları (.) muhalefet şerhleri dahil (.) gerekçeli olarak yazılır.”

(55) CGK, 18.3.1991-53/ 79.

(56) YİBK, 7.6.1976 - 3 / 3; benzer karar CGK, 18.3.1991, 54/90.

(57) CGK, 5.11.1990 - 242 / 262.

(58) CGK, 1.10.1984 - 2 - 217/295.

(59) 2. CD., 3.11.1993, 10305 / 11886.

(60) 5. CD., 29.5.1990, 2107 / 2999.

(61) İchtihatlar için bkz. Yaşar, Osman : Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Ankara 1998, Cilt : I, s. 238-254.

(62) YİBK, 14.11.1977, 1977/3-2; YİBK, C. III, s. 943-948; Benzer karar için bkz. YİBK, 3.6.1936, 935/129; 7. CD., 12.9.1973, 9154/9839; Erem, F. : Ceza Usulü Hukuku, Ankara 1978, s. 637, dip. 21; CGK, 8.4.1985 - 4/453-201; CGK, 20.12.1976- 548/540; Yaşar, 1998, s. 2059, 2064-2066.

yetkisinin davanın esası hakkında karar veren mahkemede olduğu, yargıtayın erteleme kararı veremeyeceği savunulmaktadır (63).

Cezanın ertelenmesi, kural olarak ceza yargılamasının son soruşturma safhasının tartışma bölümünde kararlaştırılır (64). Ancak, erteleme yasağına ilişkin yasanın yürürlükten kaldırılması halinde, sonradan, ayrı bir dava üzerine ertelemeye karar verilebilir. Böyle bir dava, esasen mahkumiyet kararında değişiklik davası niteliğindedir (65).

Mahkeme re'sen erteleme konusunda bir karar verebileceği gibi; sanık, vekili / müdafii veya C. Savcısı da talepte bulunabilir.

Erteleme kararını davanın esası hakkında karar vermeye yetkili / görevli mahkeme verirken; içtima kararını, aynı suçlardan mahkumiyet halinde davanın esası hakkında karar veren mahkeme, farklı mahkemelerce karar verilmesi halinde son kararı veren mahkeme (66) verir.

G. ERTELEME ve CEZALARIN İÇTİMAI

Türk Ceza Yasası, birinci kitabının yedinci babında "suç ve cezaların içtimaı"nı düzenlemiştir. Yasa bir yandan suçların içtimaina yer verirken, diğer yandan 68-77. maddelerde cezaların içtimaina yer vermektedir.

Cezaların içtimainda erime, hukuki içtima ve toplama gibi çeşitli sistemlere yer verilmektedir. Erime sisteminde, sanığa işlediği birden çok suçtan hangisinin cezası en ağır ise sadece o cezanın verilmesiyle yetinilirken; hafif cezaların en ağır cezanın içinde eridiği kabul edilir. Hukuki içtima sisteminde ise, sanığa suç sayısınca ceza verilir; ancak bu cezaların tamamı değil, sadece bir kısmı temel ceza olarak alınan en ağır cezaya eklenir. Buna karşılık toplama sisteminde, sanık kaç suç işlemişse o kadar ceza verilir (67).

(63) Artuk - Yenidünya, 1999, s. 82; Dönmezer - Erman, s. 51; Erem, F. : Türk Ceza Hukuku, C. I, 8. Baskı, s. 880; önder, 1963, s. 212; Akbulut, 1995, s. 90; Kunter, 1986, s. 897.

(64) Kunter, 1986, s. 896.

(65) Kunter, 1986, s. 897, 911-913.

(66) Erem - Danışman - Artuk, 917-918.

(67) Hafizoğulları, Zeki : Cezanın Tayin Edilmesi, Ceza Hukuku El Kitabı, Beta Yayını, İstanbul 1989, s. 473.

Bizim ceza yasamızda bu sistemlerden, bazı kayıtlarla, toplama sistemi kabul edilmiştir. Ceza Yasamızın 68. maddesine göre, “Bir kimse müteaddit suçlardan dolayı hüküm veya ceza kararnamesiyle mahkum edilirse cezalar bu bab hükümlerine göre içtima ettirilir.”

Görülüyor ki cezaların içtimalı için iki koşul öngörülmektedir. Birincisi sanığın birden çok suç işlemesidir. Birden çok suçtan amaç, suçların birbirinden bağımsız olması ve suçların içtimalının söz konusu olmamasıdır. İkincisi de, sanığın, bu suçlardan dolayı tek veya ayrı kararlarla mahkûm edilmesidir.

Uygulamada erteleme ile içtima birlikte düşünülmektedir. Yani erteleme kararı, birden fazla suçtan verilen cezaların içtimalı sonucu elde edilen miktar göz önünde tutularak verilmektedir.

Oysa içtima, cezanın infazına yönelik bir husus olup, erteli cezada henüz infazı mümkün bir ceza söz konusu olmadığından, ertelemeye içtima mümkün değildir (68). Ertelene bir ceza olmayıp, cezanın şahsileştirilmesi kuru mudur. Ertelenenin içtima ile bağlantısı yok. Ertelene, bir kimseye verilen cezanın şahsi nedenlerle çektirilmemesidir. İchtima ise, verilmiş bir cezanın infazı sırasında karşımıza çıkan bir kurumdur. Henüz verilmiş bir ceza olmadan içtima söz konusu olmayacağından, ertelene öncesi hükmolunan cezanın içtimalı söz konusu değildir. Bir diğer deyişle, infaz için düşünülmüş içtima kurumunun ertelemeye önce işletilmesi verinde değildir. Elbette ertelemeyi düşünmüyorsak infazı ve dolayısıyla içtimayı düşünmeyeceğiz; ama ertelemeye önce içtimayı düşünemeyiz. Zaten yasamız (TCK. 89, 647/6 ve 2253/38) ertelene konusunda içtima sonucu cezaların dikkate alınacağını açık bir biçimde düzenlemiyor. Şayet yasada açık ve düzenlenmeyen bir hususu, cezanın infazı sonucunu doğuracak biçimde sanık aleyhine yorumlarsak, hukukun başka ilkeleriyle çelişiriz (bkz. Anayasa m. 38. TCK. m.1).

Yasamıza göre, “işlediği bir suçtan dolayı (...) bir yıla kadar (bir yıl dahil) ağır hapis veya iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis veya hafif hapis cezalarından biriyle mahkûm” olan kimsenin cezası ertelenebilir (69).

(68) Önder, 1963, s. 152-153.

(69) Bkz. 2253 sayılı yasa, m. 38.

Yasamız burada “bir suç” demektir. Buradaki “bir suçtan” ibaresi, kuşkusuz birden fazla işlenmiş suçların bu kapsama dahil edilmeyeceğini göstermektedir (70). Ancak birden fazla suçun, erteleme konusu maddeyi ele aldığımızda işlenmiş, yani mahkûmiyet hükmünün kesinleşmiş olması gerekir. Henüz kesinleşmemiş, yargılamanın çeşitli safhaları devam eden suçların buradaki “bir suç”a dahil olduğu söylenemez. Zira kesinleşmemiş mahkûmiyet bir kimsenin “mahkûm edilmiş” sayılmasını hukuken mümkün kılmaz (71). Hal böyle olunca, aynı ya da farklı dosyalarda yargılanması devam eden sanığın eylemleriyle ilgili olarak verilecek karar henüz kesinleşmiş olmayacağından, bu eylemlerden birini diğeri / diğerleri için önceden hüküm giyilmiş eylemler olarak nitelendiremeyeceğiz. Dolayısıyla, kesinleşmemiş kararları dikkate alıp kesin biçimde ertelemeye engel gösteremeyiz. Böylesi birden çok eylemlerden, kesin olmayan kararların henüz verildiği aşamada, içtimaı değil, yargıcın, sanığın bir daha suç işlemeyeceği konusunda kanaatini güçlendirmede dayanak yapması mümkündür; fakat, kesin hüküm halini almamış farklı eylemlere ait cezaların içtimaı üzerinden erteleme engeli çıkarılamaz. Bir başka deyişle, birden fazla suç işleyenlerin “erteleme dışı” bırakılmaları elbette, “ahlaki” ve “sosyal” nedenlerle haklı gösterilemez (72). Ama bu husus, içtimaı sonucuna göre değil, yargıcın ertelememe gerekçesine göre değerlendirilmesi gereken bir husustur. Kaldı ki, farklı mahkemelerden verilen ve bu nedenle içtimaı yapılamayan değişik suçların sanığının, her suçu için ayrı ayrı erteleme yapılabilecektir. Kimi kez bağlantı nedeniyle birleştirilen veya birleştirilemeyen dosyalarla ilgili sanıklar yönünden erteleme bakımından eşitliği bozucu sonuçlara ulaşılması da mümkündür. Örneğin aynı sanık hakkında farklı mahkemelerde görülen ve ilk kararı veren mahkemece cezası ertelenmeyen, sonraki mahkemece cezası ertelenen sanığın durumu ile birbirinden habersiz biçimde değişik mahkemelerce verilen cezaları ertelenen sanığın durumları kıyaslandığında, içtimanın dikkate alınması yöntemiyle erteleme / ertelememe kararının eşitliği bozucu yönü daha da belirginleşir.

(70) Erem, C. II, 1974, s. 293.

(71) Erem - Danışman - Artuk, s. 823.

(72) Erem, C. II, s. 293.

Denetim, henüz kesinleşmemiş hükme karşı yapılan temyiz üzerine yapılır. Dolayısıyla yerel mahkemenin elinde henüz bir ertelemeye engel kesin hüküm yok. Yerel mahkemenin kararının temyizi, bu kararda yer alan birden çok fiil (suç) ile ilgili hükümlerin hiçbirinin kesinleşmiş olmadığını gösterir. CMUK'un 312 maddesine göre, süresi içinde verilen temyiz dilekçesi hükmün kesinleşmesini engelleyeceğinden, ne yerel mahkemede, ne de temyiz mahkemesinde sanığın henüz kesinleşmiş bir mahkûmiyetinden söz edilemez (73).

Diğer yandan, temyiz başvurusu üzerine Yargıtayın verdiği red kararı aleyhine Başsavcılığın itirazı ya da karar düzeltmeye gidilmesi, yahut yerel mahkemece direnme kararı verilmesi hallerinde, bu yollardan gidilerek Yargıtayın müracaatı reddeden kararlarının taraflara bildirilmesi ile hüküm kesinlik kazanacağından (74) temyiz aşamasında henüz sanığın 647/6. anlamında bir mahkûmiyeti söz konusu değildir.

Ayrıca, Yargıtay içtihadı birleştirme kararına göre, "tecilden istifade için mahkûmiyetin bulunmaması veya bu mahkûmiyetin hukuki neticileriyle birlikte ortadan kalkmış olması" gerekir (75).

Nitekim CGK'na göre, evvelki mahkûmiyet henüz kesinleşmemiş ise, sonraki cezanın ertelenmesine engel bir hal yoktur (76).

Görüldüğü gibi, hukukumuzda, ayrı ayrı suçlardan verilen cezaların toplamı üzerinden ertelemenin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin bir düzenleme yoktur. İçtihat yoluyla böyle bir kural konması da mümkün değildir. Öyleyse, ertelemeye, toplama sonucu cezalar değil, toplamaya giren cezalar ayrı ayrı gözönünde tutulmalıdır (77).

(73) Yurtcan, Kesin Hüküm, s. 9.

(74) Yurtcan, Kesin Hüküm, s. 17.

(75) YİBK, 10.12.1952, E.7, K.3.

(76) CGK. 3.7.1944, E. 179, K. 179; Gözübüyük, C.I, s. 364.

(77) Gözübüyük, C. I, s. 366.

H. YARGITAY KARARLARI

Yargıtay Ceza Genel Kurulu (78) ve Daire Kararları (79) ertelemenin içtima sonucu elde edilen ceza miktarı gözönünde bulundurularak yapılacağı yönündeler. Ancak bir kararda, "Ayrı ayrı tayin edilen cezalar nazara alındığı takdirde sebkeken tecil talebinin reddi için sebep yok iken, içtima neticesi verilen ceza miktarını gözönünde tutarak tecil talebinin reddedilmesi yolsuzdur" denilmektedir (80).

Yargıtay çoğu kararlarında (aksine karar bulamadım) içtimayı cezanın türünü değil, miktarını esas alarak yapmaktadır. Örneğin, aynı olayda "ağır hapis" ile "hapisten" çevrilen para cezasına ilişkin iki ayrı eyleme ait cezaların birlikte gözönünde bulundurulması gerektiğine hükmetmektedir (81).

Yargıtaya göre sanığın kişiliği "bölünemez" (tecezzi etmez); dolayısıyla, erteleme sınırını aşmamak koşuluyla, aynı olayda "etkili eylemden" verilen ceza ertelenirken "sarhoşluktan" verilen cezanın ertelenme isteği reddedilemez (82).

Yargıtay içtihatlarına göre, "Erteleme kararının içtima edilen cezalar üzerinden değil her bir suç için ayrı ayrı hükme bağlanması" (83); "647 sayılı yasanın 6. madde koşullarının içtima ceza üzerinde tartışılması gerektiğinin gö-

(78) CGK. 4.3.1991, 3-38/ 63; Uygun - Savaş - Mollamahmutoğlu, 1991; 481-482.

(79) 5. CD., 10.8.1998 gün, 1998/ 3137-3048 sayılı kararı, yayımlanmamış; 5. CD., 9.4.1991, 1107/2027; 17.5.1991, 3381/3725, Erdurak, 1994, s. 216 vd; 5. CD., 24.4.2000 gün ve 1999/6213, 2000/1431 sayılı kararı, yayımlanmamış; 5. CD'nin 15.2.1999 gün ve 1998/4928, 1999/368 sayılı, yayımlanmamış; 4. CD., 23.6.1993, 4076/5153; 4. CD., 16.12.1992, 7060/7788.

(80) Yargıtay Nöbetçi Daire, 4.8.1960 gün ve 13667/15468 sayılı karar; Dönmezer - Erman, 1976, C. III, s. 31, dip. 68.

(81) 5. CD., 10.8.1998, 3137/3048, yayımlanmamış.

(82) 2. CD., 10.4.1990, 3293/3818; Mahmut Güler - Kubilay Taşdemir : Ceza Yargılamaları Usulü, Cezaların İnfazı ve Memurların Yargılanması Hakkında Yasa, Ankara t.y, s. 910; benzer karar 2. CD'nin 19.2.1992 tarih ve 1273/1921 sayılı kararı; 5. CD'nin 19.2.1992, 198/528; Erdurak, 1994, s. 219; 4. CD'nin 19.1.1993 gün ve 7760/28; Erdurak, 1994, s. 224.

(83) 5. CD., 3.7.2000, 2000/1085-3920; 5. CD., 29.5.2000, 1999/6878, 2000/2777; yayımlanmamış içtihatlar.

zetilmemesi" (84), bozma sebebi olarak kabul edilmektedir. Ağır hapis cezası ile hapisten çevrilen para cezasının içtimai dikkate alınmak suretiyle, ağır hapis cezasının erteleme sınırını aştığından bahisle, erteleme kararı yargıtay tarafından eleştirilmiştir (85).

Yasanın aynı maddesiyle verilen özgürlüğü bağlayıcı ceza ile para cezası arasında ayırımla, birini ertelerken diğersinin ertelenmemesi; ya da aynı suçtan verilen cezanın bir miktarı ertelenirken, koşulları varsa, kalan kısmının ertelenmemesi de ileri sürülebilir. Örneğin yazarlar, kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezalardan hükümlünün kurtarılması; buna karşılık para cezasının hükümlüden tahsil edilmesi sosyal adalete daha uygun düşeceği gerekçesiyle, yargıca, özgürlüğü bağlayıcı cezayı erteleme, ama para cezasını ertelememe olanağının tanınmasını savunmaktalar (86).

Nitekim Fransız yargıtayı hapis ve para cezalarının birlikte hükmedilmesi halinde, yargıca bu cezalardan yalnız birini erteleyebilme yetkisini tanımıştır. Ancak yargıç bu cezalardan biri için erteleme kararı verirken, ertelemeyi erteleme kararı verdiği cezanın sadece bir kısmına hasredemez (87).

Buna karşılık kimi yazarlar ertelemeye herhangi bir tecezziyi kabul etmemekteler (88).

Ertelemeye tecezzinin kabul edilmemesi hem bir suç hem birden fazla suçla ilgili olarak düşünülmektedir. Ancak sanığın kişiliğinin bir bütün olarak düşünülmesi, erteleme sınırını geçmeyen cezalarla ilgilidir. Erteleme sınırını geçen cezalar bakımından zaten şahsileştirme sorunu söz konusu edilmeyecektir. Sorun erteleme sınırının cezaların içtimaina göre mi belirleneceği; yoksa her suç için ayrı ayrı mı dikkate alınacağı hususudur.

Konuya ışık tutması açısından, yukarıdaki yazdıklarımız ile şu hususlara da göz atmak gerekir:

(84) 5. CD., 24.4.2000, 1999/6213, 2000/1431, yayımlanmamıştır.

(85) 5. CD., 15.2.1999, 1998/4928, 1999/368, yayımlanmamıştır.

(86) Erem - Danışman - Artuk, s. 31, dip. 90'daki Fransız yazarları.

(87) Erem - Danışman - Artuk, s. 831, dip. 91.

(88) Erem - Danışman - Artuk, s. 831, dip. 92.

• Yasamızda paraya çevirme konusunda her suçun ayrı dikkate alınacağı; ya da ıçtima sonucu cezanın gözönünde tutulacağı hususunda açık bir düzenleme olmadığı ve her biri ayrı ayrı paraya çevrilmeseydi, uygulamadaki kabule göre erteleme sınırının üzerinde olabilecek özgürlüğü bağlayıcı cezaların sırf paraya çevrilmiş olması nedeniyle ertelenmesi mümkün olacak. Yargıtay paraya çevirmede, açık bir düzenleme olmamasına rağmen her bir suçun cezasını ayrı ayrı dikkate almaktadır (89).

• Fer'i ceza uygulanmasında da (TCK. 31,33,74 ve 76. maddeler), ıçtihatlar, yasaya uygun olarak her suçun cezasının ayrı ayrı dikkate alınacağı yönündedir (90).

• Re'sen temyizde de (CMUK. 305/1), yasada açık bir düzenleme olmasına karşın, her suçun sonuç cezasının miktarı ayrı ayrı dikkate alınmaktadır (91).

• Tekerrürde de her suçun cezası ayrı ayrı dikkate alınmaktadır (92).

• ıçtima edilmiş olsa bile, her suçun ceza zamanaşımı ayrı ayrı işler (TCK. m. 112) (93). Ancak bir suçtan verilen farklı cezaların zamanaşımı, en ağır ceza için konulan sürenin geçmesiyle ortadan kalkar (TCK. 112/ son).

(89) Örneğin : C.G.K. 4.3.1991, 4-42/66; Uygun - Savaş - Mollamahmutoğlu, 1991, s. 475.

(90) "TCK'nın 31. maddesinin her suç için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekirken toplam ceza üzerinden uygulanması" (5. CD., 27.2.1992, 314/621); "TCK'nın 33. maddesinin uygulama yeri olmadığı halde ıçtimadan sonra (...) uygulanmasına karar verilmesi" (5. CD., 8.10.1992, 2502/3046), Erdurak, 1994, s. 54-58.

(91) Re'sen temyizde ıçtima sonucu cezanın değil her bir cezanın ayrı ayrı dikkate alınacağı hakkında bkz. 1. CD., 21.12.1962, 2812/3210; 6. CD., 22.1.1985, 8774/182; 6. CD., 7.6.1984, 3568/4879; Yaşar, 1998, C. II, 1530, 1542-43.

(92) "Tekerrürde artırında ölçü olan ceza, her suçta verilen cezadır, ıçtima neticesi verilen cezaya bakılmaz" (CGK, 11.3.1946, Esas 1/ 67/ 16, Karar 6); "Tekerrüre esas tutulan cezanın ıçtima tutarı olmamasına göre bunu teşkil eden cezaların tesbiti ve artırında en uzun süreli olanın aşılması gerekirken, ıçtima tutarına muadil olarak sayılması yolsuzdur" (4. CD., 15.4.1947, sayı: 3990; benzer kararlar 4. CD., 7.10.1952, 10261/8646; 1. CD., 20.6.1953, 1387/2221); Gözübüyük, A.P; Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C. I, İstanbul 1980, s. 344 vd.

(93) 4. CD., 27.9.1942, 1850/33; Gözübüyük, C. II, s. 461; CGK, 3.6.1940, 125/108; Erem - Danışman - Artuk, s. 918, dip. 12

Görüldüğü gibi, içtima üzerinden erteleme konusunun değerlendirilmesi, diğer düzenleme ve uygulamalarla da çalışmaktadır.

Eğer birden fazla suç işleyen şahsın cezalarının içtima sonucu miktarı dikkate alınarak erteleme kararı verilmesi savunulacak olursa, yine şahsileştirme kurumu olan “para veya tedbire” çevirmede de aynı düşünceden hareket etmek gerekecektir. Oysa paraya çevirmede içtima dikkate alınmayıp, ertelememede dikkate alınmasının savunulması güçtür. Ancak, birden çok suç işleyen şahsın ayrı ayrı cezalarının miktarları itibarıyla ertelenebilmesi mümkün olmakla beraber, verilecek erteleme / ertelememe kararı, mevcut sistem / uygulamada denetime tabi olduğundan, vicdan sızlatıcı sonuçların önlenmesi mümkündür.

Bu noktada Önder’in de isabetle belirttiği gibi (94), içtimaya dahil cezalardan erteleme sınırı içinde kalanın ertelenebilmesi gerekir. Kuşkusuz böyle bir uygulamada, erteleme kararı verilirken, “liyakat koşulu” üzerinde titiz durulması gerekmektedir.

1997 tarihli Ceza Kanunu Öntasarısı (m. 81), ertelemede her suçun cezasının ayrı ayrı dikkate alınması gerektiğini önermektedir (94a). Yine 1999 tarihli CMUK tasarısında (m. 333 vd; yürürlükteki CMUK’nun 395 vd.) infaz konusu ayrı ayrı düzenlenmiş ve erteleme kurumuyla ilgisi yoktur. Zira içtima infazla ilgili ve infaz da kesinleşmiş mahkûmiyetlerin sonucudur. Erteleme tamamen şahsileştirme kurumudur.

Kaldı ki yasamız, “Başka türden hürriyeti bağlayıcı muvakkat cezalara mahkûmiyet halinde bu cezaların hepsi ayrı ayrı ve tamamen tatbik olunur” (m.74/1) dediği halde, infazla ilgili bir kurum olan içtimanın, henüz infaz aşamasına gelmemiş bir cezanın şahsileştirilmesini öngören ertelemeden önce ele alınıp, erteleyip / ertelememenin buna göre yapılması mümkün değildir. Her tür cezanın ayrı ayrı infazını öngören yasanın bu maddesinin açıklığına rağmen, önce her suç için erteleme / ertelememe kararı tartışıldıktan sonra, ertelememe kararı verilmesi halinde içtimaya geçmek yerine, önce içtima sonra erteleme konusunda karar vermeyi izah etmek güçtür.

(94) Önder, Ayhan : Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 613.

(94a) Bkz. 2000 Tarihli Ceza Kanunu Öntasarısı m. 82 aynı düzenleme öngörüyor.

Bir başka açıdan da, ertelemeyi ilk defa suç işleyenler için konulmuş bir atıfet olarak değerlendirirsek, o zaman içtima sonucu toplam cezanın erteleme sınırında kalması halinde de ertelemeye gitmemek gerekir. Zira, mevcut uygulamada, aynı kararla verilen birden çok suçun cezasının kesinleştiği varsayımı mevcuttur. Böyle bir varsayımda, birden çok suçtan biri / birkaçı kesin hüküm niteliğini almış gibi işlem gördüğünden, her bir suçun cezası ertelemeye ayrı ayrı değerlendirilmemektedir. Yukarıda belirttiğim gibi, yasadaki "işlediği bir suçtan" (647/6) ibaresinin, aynı karardaki diğer suçlar nedeniyle "bir suç" olmaktan çıktığı varsayımı, diğer bir suçun cezasının kesinleşmiş olduğunun kabulüdür. Dolayısıyla, ayrı ayrı erteleme sınırı içinde olan suçlara ait cezalar yönünden de ertelemeye gidilmesi gerekirdi. Yasamızda erteleme konusunda içtima açık yer almadığı gibi, içtima sonucu cezaların bir miktarı geçmemesi halinde ertelemenin mümkün olduğu hususunda da bir düzenleme mevcut değildir (95). Bu durumda, yasada açıkça yer almayan erteleme konusunda içtima sonucu elde edilen ceza miktarının dikkate alınacağı yönünde karar verilmesini savunmak, mümkün görülmemektedir.

I. SONUÇ

Yasamızda erteleme kararının içtima sonucu cezaya göre verileceğine ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Ancak içtihatlar cezaların türünü dikkate almaksızın, özgürlüğü bağlayıcı cezaların toplam miktarı üzerinden erteleme kararı verilmesini kabul etmektedir. Zira içtima kararı cezanın infazıyla ilgili bir kurumdur. Infaz aşamasına henüz gelmemiş, ayrı ayrı suçlara ait cezaların öncelikle şahsileştirilmesi konusunda karar verilmesi; sonra infazı gerekiyorsa içtimaya ilişkin prosedürün işletilmesi gerekir. Kaldı ki, şahsi davalık/şikayete bağlı bir suçta verilen cezanın içtima sonucu miktara göre ertelemeye üzerine, şikayetten vazgeçilmesi halinde ortaya çıkacak durumun izahı zordur. Her suçun, sanığın şahsına göre bireyselleştirilmesi farklı da olabilir.

—oOo—

(95) Bkz. Alman Ceza Yasasında (m. 79), içtima eden cezaların dokuz ayı geçmemesi halinde erteleme kabul edilmektedir. İsviçre'de de benzeri uygulama olduğu ifade edilmektedir; Dönmezer - Erman, C. III, s. 29.

• KAYNAKÇA •

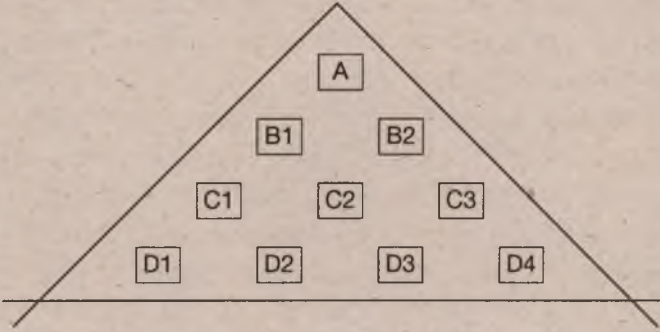
1. Yargıtay Kararları Dergileri
2. Türkçe Sözlük, TDK yayını, Ankara 1974
3. Türk Hukuk Lûgatı, Ankara 1944
4. Özcan, Hüseyin : Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Ankara 1985
5. Kunter, Nurullah : Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1986.
6. Erem, Faruk : Türk Ceza Hukuku, C.I, Genel Hükümler, Ankara 1974.
7. Dönmezer - Erman : Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt : III, İstanbul 1994
8. Önder, Ayhan : Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler, İstanbul 1963.
9. Artuk, M. Emin - Yenidünya, A.C. : Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Erteleme Müessesesi, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, 55-87.
10. Akbulut, İ. : Cezaların Tecili, YD, Ocak - Nisan 1995, s. 81-94.
11. Soyaslan., D. : Cezaların Tecili, Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul 1989, s. 484-493.
12. Stefani, Gaston - Georges - Bouloc, Bernard : Droit Pénal Général, 15 édition Dalloz, 1995.
13. Gözübüyük, A.P. : Türk Ceza Kanunu Açılması, Cilt : I, İstanbul 1980.
14. Erbaş, Coşkun : "Tarihi Gelişimi İçinde Gözetimle Erteleme (Denetimli Serbestlik - Sursis Avec Mise à l'épreuve) ve Fransa'daki Uygulaması ile Konuya İlişkin Türk Ceza Kanunu ve Öntasarı Metinleri", YD, Temmuz 1996, s. 246-288; YD, Ekim 1996, s. 452-490; YD, Ocak 1997, s. 46-84.
15. Roux, J.A. : Cours de Droit Criminel, 2. Baskı, C.I, Paris 1927.
16. Erem, F. - Danışman, A. - Artuk, M.E. : Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 1997.
17. Önder, Ayhan : Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt : II-III, İstanbul 1992.
18. Erdurak, Y. Güngör : Türk Ceza Kanunu, Ankara 1994.
19. Uygun, M. - Savaş, V. - Mollamahmutoğlu, S. : Ceza Genel Kurulu Kararları (1988-1989-1990-1991), Ankara 1991.
20. Uygun, M. : Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (1992-1993-1994-1995-1996), Ankara 1997.
21. Yaşar, Osman : Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Ankara 1998, C. II.
22. Erem, Faruk : Ceza Usulü Hukuku, Ankara 1978.
23. Hafizoğulları, Zeki : Cezanın Tayin Edilmesi, Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul 1989, s. 473-483.
24. Yurtcan, Erdener : Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm, İstanbul 1987.
25. Güler, M. - Taşdemir, K. : Ceza Yargılamaları Usulü, Cezaların İnfazı ve Memurların Yargılanması Hakkında Yasa, Ankara (t.y.).
26. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları.

ZİNCİRLEME-PRAMİTSEL OYUNLAR DÜZENLEME SUÇU

Yrd. Doç. Dr. Hakan HAKERİ (*)

ANLATIM DÜZENİ: Sistemin Kuruluşu ve İşleyişi, Kavram, Piramitsel Oyunların Türleri, Piramitsel Oyunlar Cezalandırılmalı mıdır?, Piramitsel Oyunların Diğer Suçlardan Farkları, Dolandırıcılık ile Farkı, Kumardan Farkı, Piramitsel Oyunlarda Fail ve Mağdur, Karşılaştırmalı Hukuk, Türk Hukuku, Sonuç.

SİSTEMİN KURULUŞU VE İŞLEYİŞİ



Zincirleme-piramitsel oyunlar aslında piramitsel bir yapıya dayalı ve zincirleme devam eden bir "karşılıklı para dağıtım sistemi"nden başka bir şey değildir. Bu sistemin temelinde de "damlaya damlaya göl olur" prensibi vardır. Gerçekten de zaman zaman ev hanımları arasında, normal "gün toplanmaları"ndan farklı olarak her ay toplanılan evin sahibesine her katılımcının bir miktar para vermesinden oluşan "paralı gün"ler ile büyük bir benzerlik vardır.

(*) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

10 bayanın katıldığı varsayılan böyle bir organizasyonda her ay bir bayanda toplanılmakta ve diğer 9 bayan ev sahibesine sözgelimi 100'er DM vermekte ve böylece her ay sıra kendisine gelen toplu bir paraya kavuşmuş olmaktadır. Burada da "şimdi ben veriyorum, biraz sabır ve az bir uğraşıyla da bana da vereceklerle sonuçta büyük bir miktar paraya ulaşmış olacağım" düşüncesi esastır.

Daha ayrıntılı açıklamak gerekirse: Yukarıdaki şekilde verilen piramitte en üst sırada yer alan oyuncu olan A, iki oyuncu bulmuştur. B1 ve B2. Bu oyuncular da yine iki (veya sözkonusu sistemde daha fazla belirlenmişse, daha fazla sayıda) oyuncu bulmak durumundadır. Her yeni oyuncu kendi üstündeki sırada yer alanlara bir miktar para öder ve bunların dışında ayrıca oyunu düzenleyen bir kişi veya organ varsa ona da katılım ücreti öder. Her yeni katılımcı listedeki kimselere para ödedikten sonra listenin en üstündeki ismi listeden çıkarır ve kendi ismini en alta ekleyerek listeyi yeni katılımcılara verir. Yukarıdaki sırada sözgelimi D1 in yeni bulduğu E1 üstündeki sırada yer alan A, B1, C1 ve D1 e para öder ve en üst sırada yer alan A, listeden çıkarılır. Böylece E1 in bulduğu yeni oyuncu F1 E1, D1, C1 ve B1 e para öder ve B1 listeden çıkar. Liste yeni bulunan katılımcılara bu şekilde iletilmek suretiyle, onların da aynı şekilde devam etmeleri istenir. Bu suretle katılımcılar oyunu devam ettirecek nitelikte yeni katılımcılar bulmak suretiyle listenin en üstüne gelmek ve bu suretle listeden çıkana kadar, aşağıdan gelen yeni katılımcıların ödeyeceği para ile hiç bir emek harcamadan zengin olmayı hedeflerler. Aslında bir bakıma bir dayanışma sistemi diyebileceğimiz bu sisteme bu yönüyle yapılabilecek herhangi bir itiraz olamaz. Ancak önemli olan oyunun bir yerde tıkanmaması ve kişilerin listede ilerleyebilmeleridir. Sonuçta herkesin verdiği cüzi bir miktar para, toplanarak yüksek miktarlara ulaşabilir. Fakat önemli olan bu "saadet zinciri"nin devam etmesidir. Herkes listenin en üstüne kadar gelip de hedeflediği parayı alıp, çıkabilecek ise sorun yoktur. Eğer zincirin başında biri var da, o kimse her katılımdan zaten para alıyorsa, sonuçta en kazançlı çıkan o olacaktır.

İşte Türkiye kamuoyunun geniş kesiminin "Titan Saadet Zinciri" olayı ile ilgilenmeye başladığı piramit benzeri sistemler üzerine kurulu oyunlar, aslında 19. yüzyılın sonundan itibaren ortaya çıkmıştır. Bu tarihten itibaren de örneğin Almanya'da hukuk ve ceza mahkemelerinin önüne bu konuya ilişkin davalar gelmiştir. Ancak zamanla çığ sistemli oyunlar olarak üst başlık altın-

da toplanabilecek bu tür oyunların bir çok türünün ortaya çıktığı gözlenmektedir (1). Bugün yaklaşık 600 piramitsel oyunun Almanya'da mevcut olduğu tahmin edilmektedir (2). Yine Almanya'da zaman zaman bütün bir kasabanın veya bir semti bu tip bir oyuna katıldığı gözlenmektedir (3).

Bu tip oyunları düzenleyenler katılımcılarına süre içinde büyük kazançlar elde edeceklerini belirtmekte ve bu kazancı da bir oyun şeklinde gerçekleştireceğini açıklamaktadırlar.

Bu tip oyunları düzenleyenler katılımcılarına kısa süre içinde büyük kazançlar elde edeceklerini belirtmekte ve bu kazancın da bir oyun şeklinde gerçekleşeceğini açıklamaktadırlar. Ancak gerçekte sadece çok az sayıda kişi bu kazançta ulaşmakta, büyük çoğunluk ise oyundan eli boş ayrılmak durumunda kalmaktadır (4).

KAVRAM

Artan oranda müşteri bulma (progressive Kundenwerbung), yedi başlı ejderha sistemi, çığ sistemi, kartopu sistemi (5) olarak adlandırılan ve zincirleme-piramitsel oyunları da bunun bir alt kategorisini oluşturduğu sistemin tarihsel olarak temelinde (6) müşteriye bir mal daha ucuza veya bedava sunulmakta ve fakat bunun karşılığında yeni müşteriler bulması koşulu konmaktadır (7). Bunların hepsinde de çığ gibi genişleme, sistemin temelini oluş-

-
- (1) Bläse, 1
 - (2) Otto, 81
 - (3) Müller/Wabnitz/Janovsky, 218
 - (4) Weitemeier/Große, 787
 - (5) Demirel, "Kartopu satışı" adını vermektedir, 142
 - (6) Ayrıntılı bilgi için bkz. Arzt, 523 vd.
 - (7) "Zincirleme satış ya da kar topu satışı (ya da sözleşmesi) denilen bu yöntemde göre, saat, dolmakalem, çorap vb. malları satmak isteyen mağazalar, kupon alanlara bunları ucuz fiyatla satacaklarını vaad ediyorlar, ilk alıcı dört kupon alıyor ve bunu aldığı fiyata ikinci ayrı dört kişiye satıyordu. Onlar da mağazadan dörder kuponluk yeni bono alıyor ve bunu dört ayrı kişiye aynı biçimde aynı mekanizmayı işletmek üzere satıyorlardı. İlk alıcı, ikinci alıcılar mağazadan bonolarını aldıkları anda, malını gidip mağazadan alabiliyordu. Sonuçta, ilk alıcı hem parasını ve hem de malını alıyor, mağaza ise, ikinci zincir halkasındakiler kendinden kupon aldığı anda, malını satmak istediği fiyattan daha pahalıya satıyordu. Bu zincir, **geometrik bir artışla**, onuncu halkada bir milyon alıcıya ulaşıyor, artık o anda, satıcıda istemi karşılayacak mal kalmıyor, yeni katılanlar da, artık kupon alacak yeni alıcı bulamıyorlardı", Selçuk, 106; Ayrıntılı bilgi için bkz. Demirel, 143, 144.

turmaktadır. Bunların hepsinde de çığ gibi genişleme, sistemin temelini oluşturmaktadır (8). Çığ etkisi dolayısıyla bu sisteme "kartopu sistemi" adı verilmektedir. Nitekim burada çığda olduğu gibi ilerledikçe büyüyen bir sistem söz konusu olmaktadır.

Bu durumda bu tip oyunlar için çığ sistemli, kartopu sistemli, zincirleme sistemli, piramit sistemli gibi isimler kullanmak mümkündür. Gerçekten de bu isimlerin hepsi de bu tür oyunları ifade etmektedir. Bu oyunlarda kartopu gibi, gittikçe büyüyen ve çığ gibi olan bir yapı vardır. Keza oyunda bir katılımcılar zincirinin bulunduğu da açıktır. Oyunun yapısal olarak bir piramidi andığı da söylenebilir. Üstte daha az kişiden, aşağıya doğru gittikçe genişleyen bir yapı. Biz hepsi aynı manayı ifade eden bu isimlerden bu çalışmada "piramitsel oyunlar" terimini kullanmayı tercih ediyoruz. Bu itibarla aşağıda bu terimin kullanıldığı her yerde bütün bu sistemleri ifade etmek üzere bu terimin kullanıldığına işaret etmek gerekir.

Bütün çığ sistemlerinde müşterek olan hususlar şunlardır (9):

1. Sistemi yürüten bir kuvvet (Düzenleyici, başlatan veya katılımcılar)
2. Sistemin çığ gibi genişlemesi. Sistemin devam edebilmesi ve tükenmemesi için, devamlı yeni katılımcıların bulunması gerekmektedir.

(8) **Maurach/Schroeder/Maiwald**, §44 III, kn. 16; **Bläse**, 4; **Raube**, 1, 7 vd.; v. **Gamm**, 386

(9) **Bläse**, 8, 26, 27; Zincirleme mektup olarak adlandırılan ve zincirleme-piramitsel oyunlara benzeyen bir sistemde, şans mektupları adı verilen bir mektup tesadüfen seçilmiş bazı kimselere gönderilmekte ve bu kimselerin bu mektubu çoğaltarak belli bir süre içinde başka kimselere yollaması gerektiği, aksi takdirde başlarına büyük bir felaket geleceği bildirilmektedir. Herhangi bir maddi menfaat amaçlanmaksızın, sadece insanların batıl inancını kontrol etmek ve böyle bir mektubun ne kadar yaygınlaşabileceğini görmek amacıyla yollanan bu mektupların bazılarında da, bu mektubun çoğaltılması halinde büyük bir mutluluğa ulaşacağı, bir yerden para vs. geleceği bildirilmektedir. Bu konuda ilginç bir örnek olarak aşağıdaki zincirleme mektup olayı verilebilir: Genelde okul çağındaki çocuklara hitap eden ve eğlenme amacı güden bu zincirleme mektupta 9 kişinin adresinin bulunduğu bir mektup alıcıya yollanmaktadır. Bu mektubu listede 9. sırada bulunan kimse yollamaktadır. Alıcı bu mektubu listede birinci sıradaki adrese bir kartpostalın üzerine "merhaba, zincir henüz kırılmadı" yazarak yollamalıdır. Alıcı bundan sonra yeniden aynı mektuptan yazmalı ve listeyi de yeniden hazırlamalıdır. Yeni listede 1. sıradaki kişi çıkarılmalı ve diğer sıralardakiler bir üst sıraya çıkarılmalı, alıcı da kendi ad ve adresini 9. sıraya yazmalıdır. Daha sonra mektup çoğaltılmalı ve alıcı tarafından seçilen 6 çocuğa verilmelidir. Bütün bunlar 4 gün içinde yapılmalıdır. Bu yapıldıktan sonraki 24 gün içinde alıcı dünyanın çeşitli ülkelerinden toplam 64 kartpostalın kendisine yollandığını görecektir. **Bläse**, 33

3. Sistemin kendi kendine sona ermesi (10). Sistemin çığ gibi büyümesinin doğal sonucu bir noktada genişlemenin artık mümkün olmasıdır (11). Belli bir süre sonra sistem çok yüksek sayıda katılımcıya sahip olmakta, bunun sonucu olarak da yeni katılımcıların bulunması git gide zorlaşmakta (12) ve potansiyelin tükenmiş olması dolayısıyla da, sistem devam edememektedir.
4. Şansa bağlılık. Katılımcılar oyuna girişte oyunun o anki durumu hakkında bir bilgi sahibi olmadığından büyük bir riziko altına girmektedirler. Bu suretle sistem şansa bağlı ve neredeyse kumara benzer bir karakter arz etmektedir.
5. Şansın çekiciliği. Toplumda mevcut olan şansla ve herhangi bir çaba göstermeksizin kazanç isteği burada kullanılmaktadır. Bu oyunlarda insanların oynama ve kazanma hırslarına hitap edilmektedir.

Yukarıda oyun amaçlı olarak verilen son örnek hariç tutulduğunda, içeriğinde tehdit bulunan zincirleme mektuplar bakımından Türk Hukuku açısından şartlı tehdit suçu (TCK 188) düşünülebilir. Ancak bu suçun gerçekleşebilmesi için failin sözlerinin yaptırılmak istenen hareket bakımından elverişli ve uygun olması gerekir, CGK 5.4.1993, 4-95/72, **Önder**, Özel Hükümler, 46'dan. Aynı görüşte, **Önder**, Özel Hükümler, 43; **Soyaslan**, 608, 609. Tehdit suçunun oluşabilmesi için tehdit ile ileri sürülen "kötülük failin iradesine bağlı ve ondan kaynaklanmalıdır". Keza "zarar gerçekleştirilebilir ve muhtemel olmalıdır. Eğer böyle değilse fiil başkasını korkutma kapasitesine sahip değildir. Korkutma kapasitesi tehdidin özünü oluşturur. Hayali, metafizik bir zarar da tehdit oluşturur. Yeterki mağdur metafizik olgulara inanmış bulunsun", **Soyaslan**, 608-610. Öğretide batıl inançlara dayalı kötülük tehdidiyle tehdit suçunun işlenemeyeceği de savunulmaktadır, **Sözler**, 130, Bu nedenlerle kural olarak bizce batıl inançlara dayalı tehditler korku yaratmaya elverişli olmadığından tehdit suçu oluşmaz. Ancak somut olayda mağdurun inanmış olması halinde şartlı tehdit suçunun gerçekleşeceğini kabul etmek gerekir.

Almanya'da ise bir kabahat olarak "umumi huzuru bozma" suç tipi adıyla 1974 yılına kadar cezalandırılan bu eylem, yeni ceza kanunu ile birlikte yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak halihazırda da Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu'nun 118. ve Ceza Kanunu'nun 240. (şartlı tehdit) ve 241. (tehdit) maddeleri gereğince de bu fiillerin cezalandırılması sözkonusu olabilir. Ancak bunun için psikolojik cebir veya sihir tehdidinin çok ikna edici bir şekilde kullanılması ve bir çok kişinin de bundan etkilenmesi şarttır, **Müller/Wabnitz/Janovsky**, 219

- (10) Bazı ülkelerde sistem kendiliğinden değil, Banka Hukuku kurallarının uygulanması veya polisin müdahalesi sonucu sona ermiştir. Aynı şekilde Türkiye'deki en gelişmiş kartopu sistemli oyun olan Titan sistemi de adli makamların müdahalesi sonucu çökmüştür. 1994 yılında bu şekilde sona eren bir sistem için, ilginçtir ki, sisteme katılanlar protesto gösterileri yapmışlar ve tutuklanan kimsele-
rin serbest bırakılmalarını talep etmişlerdir, bkz. **Arzt**, 522, dn. 16

PIRAMİTSEL OYUNLARIN TÜRLERİ

Zincirleme oyunların esas itibarıyla iki türünden bahsedilebilir. İki kendi kendine devam eden oyunlar olup, burada oyunu idare eden merkezi bir organ yoktur. Oyun bizzat oyuncular tarafından idare edilmekte ve yürütülmektedir. Oyunun devamı katılımcıların kendiliğinden harekete geçmelerine ve yeni katılımcılar bulmalarına bağlıdır (13). İkincisi ise bir merkezden idare edilen oyunlardır. Burada oyunu idare ve kontrol eden merkezi bir organ vardır. Bu organ özellikle zincirin kopmaması ve yeni katılımcıların bulunması konusunu takip etmekte ve doğal olarak da bu iş karşılığında katılımcılardan mak-tu bir miktar talep etmektedir. Bazı oyunlarda ise, her katılımcıdan alınan paranın belli bir oranı otomatikman düzenleyiciye gitmektedir. Kendiliğinden yürüyen oyunlardan farklı olarak burada toplanan paranın dağıtımını da düzenleyici üstlenmektedir. Kendiliğinden yürüyen sistemlerde ise para yeni katılımcılar tarafından direkt olarak listede adı bulunan kimselerin hesabına yatırılmaktadır. Almanya'da Federal Yüksek Mahkeme'nin 1986 tarihli bu tip oyunların suç oluşturmadığına ilişkin kararından önce bu tip oyunlara çok nadir rastlanmakta iken, bu karardan sonra bu ikinci tür oyunların sayısında çok hızlı bir artış gözlenmiştir (14).

PIRAMİTSEL OYUNLAR CEZALANDIRILMALI MIDIR?

İlk bakışta zararsız gibi görünen piramitsel oyunlar cezalandırılmalı mıdır? Gerçekten burada oyuna herkes isteyerek katıldığına ve oyunun türü ve

-
- (11) Sistemin belli bir noktadan sonra çökeceği matematiksel olarak kesindir, bkz. **Foregger/Fabrizy**, §168a, kn. 1. Nitekim yapılan bir hesaba göre listede sadece 4 kişinin isminin bulunduğu bir oyunda toplam 13 zincirde 2.391.484 katılımcı sayısına ulaşılmakta, bundan sonraki 4 zincirde ise sayı 40.655.237'ye ulaşmaktadır. 13. zincire kadar teorik olarak mevcut olan başarı şansı, bu son 4 zincirde artık sıfırlanmaktadır, **Bläse**, 31, 32. Fransa'da ortaya çıkan *altın çark* isimli oyun ile ilgili olarak da benzer tespitler aktarılmaktadır: "Gerçekten, bu altın çark, zincirleme bir oyun olup, katılan, kazanmak için bir para ve oyuncular listesini yeni katılacak adaylara gönderir. Katılanların sayısı 5. aşamada, geometrik bir artışla, dört milyara yaklaşmakta ve bu umutla büyük paralar belli yöne akıtılmakta, bir yan kesinkes kazanırken, öbür yan yitirmektedir", **Selçuk**, 106
- (12) **Arzt**, İsviçre'de 1988 yılında açığa çıkan ve kartopu sistemiyle çalışan "pilot oyunu"nda, birinci turda 8 katılımcı bulmak gerekirken, bu sayının onikinci turda 16364'e, onsekizinci turda ise 1048576'ya ulaştığına dikkat çekmektedir, 520.
- (13) Özellikle bu tür oyunların artık internetin sağladığı geniş olanaklarla yürütüldüğü görülmektedir, bkz. **Müller/Wabnitz/Janovsky**, 219
- (14) **Raube**, 11-13

işleyişi hakkında bilgi sahibi olduğuna ve oyunu sonuna kadar devam ettirebilmesi kendisine bağlı olduğuna, zira kendisinin bulacağı katılımcıları iyi seçmesi halinde oyunun devamını sağlayabileceğine göre, bu tür bir oyun cezalandırılmalı mıdır?

Bu soruya yanıt vermek için öncelikle bir hukuki değerın zarar görüp görmediğini ele almak gerekir. Bunun yanı sıra Anayasa ile garanti altına alınmış bulunan hareket özgürlüğünün kısıtlanmasının ne derece haklı görüleceği, yani orantılılık ilkesi gözönünde tutulmalıdır. Bu nedenle bir hareketin suç olarak kabul edilip cezalandırılması için, hareketin sosyal zararlı ve sosyal tehlikeli olması yetmez, ayrıca esaslı hukuki değer ihlaline neden olması gerekir (15). Piramitsel oyunlar da bu prensipler çerçevesinde değerlendirilmelidir:

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu tip oyunlar ekonomi sahasını ilgilendirmektedir. Dolayısıyla burada zarar verilen hukuki değerler de bu alanda aranmalıdır. Bu noktada da ekonomik sistem (16) korunan hukuki değer olarak düşünülebilir. Bu bakış açısında zarar görebilecek hukuki değerler olarak "malvarlığı" söz konusu olabilir (17). Burada aslında bir nevi genele yönelik potansiyel bir tehlike vardır, zira mağdur sayısının çok yüksek olması her zaman için olasılık dahilindedir. Bu noktada da "iflas suçları"yla paralellik kurulabilir. Bu suretle piramitsel oyunlar, genel için tehlikeli mal varlığı suçu olarak tasnif edilebilir ve bu tip oyunların önüne geçmek, ancak özel hükümler vasıtasıyla cezalandırılması ile olanaklı olabilir (18).

Öğretide bazı yazarlar piramitsel oyunların cezalandırılması ihtiyacının bulunmadığını, bu oyunlarda diğer şans oyunlarından farklı olarak kazanç te-

(15) Bläse, 8, 9; Raube, 15 vd.

(16) Tarihsel gelişim içinde, Almanya, Amerika Birleşik Devletleri, Tayland, Yugoslavya, Rusya örneklerinde, bazı kimselerin bu çeşit oyunları veya benzer kazanç vaatlerini kullanarak zamanla bankalarla rekabet eder hale geldikleri, çok büyümeleri sonucu halkın bunlara rağbet göstermeleri dolayısıyla bankaların çökme noktasına geldiği, bu itibarla da bir ülkenin bütün bir banka ve borsa sisteminin bu şekilde zarar görme tehlikesinin de bulunduğuna işaret edilmektedir. Öyle ki bazı ülkelerde katılımcıların sayısı 5.000.000'u bulmuştur, Arzt, 521; Almanya'da da Türkiye'deki Titan'a benzer bir sistem olan "Life" yaklaşık 40000 kişinin katılımıyla düzenleyicilerine 320 milyon Alman Markı kazandırmıştır, Weitemeier/Große, 787

(17) Raube, 16 vd.; Bläse, 9 vd.

(18) Arzt, 530

sadüfe bağı ise de, kaybın tesadüfe bağı olmadığı ve katılımcıların oyuna katılmadan önce gerekli katılımcı sayısını garanti altına alarak, kendi ortaya koydukları paralarını garanti altına alabilecekleri ileri sürülmektedir. Keza akıllı başında reşit kimselerin sorumluluğunun bilincinde olarak oynadıkları kumarın cezalandırılmasının arkasında yatan neden, kumarın izinsiz oynatılması ve bu şekilde düzenleyicilerin her türlü hileye başvurabilmeleridir. Kumar cezalandırılmak suretiyle bireylerin de servetlerini kaybetmeleri önlenmektedir. Bu bakış açısında ise piramitsel oyunların cezalandırılmasında bir gereklilik yoktur. İkkin kendiliğinden yürüyen sistemlerde, düzenleyici olmadığından bir kimsenin oyunu kendi lehine olarak manipüle etmesi de söz konusu olamaz. Oyundaki giriş parası da, listedeki kimselere ödenecek para da sınırlıdır. Bu itibarla da servet kaybı tehlikesi de yoktur. Çok fazla sayıda piramitsel oyuna dahil olarak yüksek kayıplara maruz kalma ihtimali de yoktur, zira oyunun devamı için oyunu devam ettirecek nitelikte oyuncu bulma şart olduğuna göre, birden fazla oyuna girip de her biri için bu nitelikte oyuncu bulmak mümkün olamaz (19). Bu görüşe karşı bu oyunların cezalandırılmasının tek nedeninin zarar görme tehlikesi değil, serbest ticaret ortamının olumsuz etkilenmesi olduğu ve iddia edildiği gibi herkesin kendi katılımcılarını garanti altına almaya çalışması halinde sistemin zaten sona ereceği ifade edilmektedir (20). Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu oyunların sosyal olarak tehlikeli olduğu ve etik bakımdan da kınanabilir nitelikte olduğu özellikle vurgulanmaktadır (21).

Her ne kadar katılımcılar bir kazanç düşüncesiyle katılıyorlar (22) ve bu kazanç da tamamen imkânsız değil ise de, yukarıda da belirttiğimiz gibi sistemin ilanihaye devamı mümkün olmadığından, sonuçta çok sayıda katılımcının son noktada zarar görecekleri kesindir (23). Bu oyunlarda birbirine çok esaslı şekilde bağı zincirleme bir yapı (24) ve geometrik bir şekilde genişleyen piramitsel bir düzenek söz konusu olduğundan, ön sıralarda bulunanlar

(19) Lampe, JR 1987, 384, 385

(20) Raube, 36, 37

(21) Lampe, GA 1977, 33

(22) Bu tür oyunlarda oyunu düzenleyenlerin iddia ettikleri miktarda kazancı elde etmek ancak bir mucize sonucu mümkün olabilir, Arzt, 520

(23) Schlüchter, 125

(24) Baumbach/Hefermehl, 1166

iyi kazanç şansına sahip iken, çoğu tecrübesiz olan çoğunluk pazarın gitgide daralmasının bir sonucu olarak zararlar karşılıklı olarak daha yüksek olan grubu oluşturacaktır (25). Oyuna katılanlar sistemin gelişimi hakkında yeterli bir bilgiye sahip olamamakta ve oyun tipik hatalara yol açmakta ve kumar çeşitlerinde de mevcut olan kazanç hırsı da tecrübesiz katılımcıların oyuna çekilmesini sağlamaktadır (26). Sonuç olarak piramitsel oyunların cezalandırılmasını gerektiren husus, bu oyunlarda katılımcıların oyun zevki ve tecrübesizliğinin kullanılması ve vazgeçilmez olarak gerçekleşecek olan pazar daralmasını göremeyen veya görmek istemeyen katılımcıların yüksek kayıp rizikosudur (27).

Piramitsel oyunların cezalandırılabilirliği konusunda tartışılması gereken bir husus da, kumarın cezalandırılması karşısında piramitsel oyunlara müsaade edilip edilemeyeceğidir. Gerçekten de kumarda kişi kendi malvarlığını kendi rızasıyla bir rizikoya atmaktadır. Piramitsel oyunlarda da aynı riziko geçerlidir. Ancak burada oyunun malvarlığına yönelik zararı, klasik kumar türlerindeki mevcut rizikoya nazaran daha zor tanınabilir niteliktedir. Bu itibarla piramitsel oyunların cezalandırılabilirliği evleviyetle sözkonusu olmalıdır (28).

Piramitsel oyunlarda "sonsuzluğun ne olduğunu sergileyen insan saflık ve inanırlığını sömürmenin çağdaş bir biçimi" gözlenmektedir (29). Bu yönüyle de bu oyunların cezalandırılması gereği açıkça görülmektedir.

Ancak bu noktada bir ayırım yapmak gerekir. Bütün piramitsel oyunlarda bir cezalandırma ihtiyacından bahsedilemez. Gerçekten de "kendi kendine yürüyen sistemlerde" özellikle bir kontrol organının olmaması sonucu, oyunun merkezi bir kontrol organının bulunduğu oyunlara nazaran daha kısa sürede sona ereceği açıktır. Bu nedenle zarar fazla büyümektedir. Keza

(25) **Granderath**, 174; **Möhrenschlager**, 191

(26) **Gloy-Helm**, 820

(27) **Baumbach/Hefermehl**, 489; Piramitsel oyunları düzenleyen şirketler pazarın tıkanması üzerine faaliyetlerini devam ettirmek üzere başka şehirlere taşınmakta ve bundan sonra da o ana kadar yapılan ödemelerin akibeti meçhul kalmakta ve hiç bir kontrole de tabi olmamaktadır, **Müller/Wabnitz/Janovsky**, 221

(28) **Granderath**, 177

(29) **Selçuk**, 106

bu tür oyunların cezalandırılmasına karşı bir argüman da, bir kimsenin bu oyunun başında olup, her katılıandan pay almak suretiyle en fazla kazancı elde etmesinin söz konusu olmamasıdır (30). Ayrıca bu kimselere ödenecek bir ücret de bulunmadığından bu ücret dolayısıyla uğranılacak bir zarardan da bahsedilemez.

PIRAMİTSEL OYUNLARIN DİĞER SUÇLARDAN FARKLARI

DOLANDIRICILIK İLE FARKI

Piramitsel oyunlarda ilk karşılaşılan problem, bu oyunların dolandırıcılık suçunu oluşturup oluşturmadığı noktasındadır. Konu özellikle Türk Hukuku açısından değerlendirildiğinde, piramitsel oyunlarda dolandırıcılığın kabulü halinde pek büyük sorunlarla karşılaşılmamakta, ancak yapılan hareketlerin bu suç tipine uymaması halinde, suçta kanunilik ilkesi karşısında, bu tip eylemlerin cezalandırılmaması sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla, öncelikle bu tip oyunları düzenlemenin dolandırıcılık suçu oluşturup oluşturmadığı ele alınmalıdır:

Dolandırıcılık suç tipi bakımından tereddütlü olan husus, burada "hile"nin olup olmadığıdır. Katılımcıların oyunun sistemi hakkında doğru olarak bilgilendirilmeleri halinde "hile"den bahsedilemez. Nitekim Alman Federal Yüksek Mahkemesi de malvarlığının artışında ekonomik olarak gerçekleşmesi mümkün olmayan ümitlerin oluşturulmasının dolandırıcılık suçunu oluşturmayacağına karar vermiştir (31). Öğretide de bazı yazarlar sözkonusu olanın halihazırdaki vakıalar değil, gelecekteki vakıalar olduğu (32), ayrıca oyunun koşulları hakkında doğru bilgi verildiğinden ve şans meselesinin de bir değerlendirme meselesi olduğu gerekçesiyle hilenin kabul edilemeyeceğini savunmaktadırlar (33). Bu görüşe karşı modern hukukta asıl olanın lafzi gerçek olmadığına dikkat çekilmektedir (34). *Arzt* ilginç bir noktaya temas ederek,

(30) **Raube**, 39

(31) BGH 1 Str 610/75, **Bruns**, 281'den

(32) **Tröndle/Fischer**, § 263, kn. 2

(33) Fiedler, 54, **Arzt**, 525 dn. 22'den

(34) Bu konuda bir örnek vermek gerekirse: Lunaparkta çekiliş yapılmakta ve "her numara"nın mutlaka kazanacağı söylenmektedir. Buna kanan kişiler bir kağıt çekmektedirler, ancak kağıdın üzerinde bir numara değil de sözcük vardır, **Arzt/Weber**, 134

dünya edebiyatının gerçeğın ne kadar ustaca hile için kullanıldığının örnekleriyle dolu olduğuna işaret etmektedir. Bu itibarla klasik manada hileden ziyade, burada dikkat çekici olan husus oyunu düzenleyenlerin kötü niyetidir. Katılımcıların kaçınıcı sıradan oyuna katıldıklarını sormamaları ve oyunun gelişimi hususunda da yeterli bilgiye sahip olmamaları halinde, oyunun belli bir noktadan sonra kendiliğinden sona ereceğı ve kendilerinin de bu noktaya ne kadar yakın oldukları meselesi kendi hataları olmaktadır. Böylece katılımcılar kendi şansları hususunda yanılmış olmaktadır. Ancak bu noktada dikkat çeken husus, oyun düzenleyicilerin kötü niyetinin, açıkça yanlış bilgi vermelerine rağmen, failde sonuçta çok kazançlı olacağı şeklinde bir yanılgıya neden olmalarında kendini gösterdiğidir (35).

Bazı yazarlar ise kendi kendine yürüyen sistemlerde, dolandırıcılığın söz konusu olmadığını, ancak merkezi sistemli oyunlarda dolandırıcılığın mevcut olduğunu ileri sürmektedir (36). Gerçekten bizce de piramitsel oyunların merkezi bir düzenleyici ve kontrol organı olmaksızın kendiliğinden yürüyen türlerinde dolandırıcılık olasılığı zayıftır. Dolandırıcılık ihtimali daha çok bir organizatörün yürüttüğü piramitsel oyunlarda söz konusu olabilir. Almanya örneğinde ise, bu tür düzenleyiciler dolandırıcılık suçlamasına muhatap olmak açısından reklam broşürlerinde aşağıdaki ifadelere yer vermektedirler: "Oyunun öyle bir noktaya gelmesi mümkündür ki, size artık yeni adres vermemiz mümkün olmayabilir. Bu durumda hukuken artık yeni talepleri kabul etmemiz olanaklı olmayacaktır" veya "kurallarımızı kabul etmenizle birlikte bir kaç hafta içinde binlerce mark kazanacağınız sözünü size vermemiz olanaklı değildir. Kazancınızın yüksekliğı, zincire kaç kişinin katılacağına bağlıdır" (37).

Fransız Hukuku'nda bu konuya ilişkin bir düzenleme yapılmadan önce bu tür fiiller, mülga Fransız Ceza Kanunu'nun 405. maddesindeki "hayali teşebbüsler" tabiri dolayısıyla dolandırıcılık olarak değerlendirilmiştir. Zira belli bir noktadan sonra yükümlülüklerin yerine getirilmesi olanağı kalmamaktadır

(35) Arzt, 524, 525; Volmer, 199; Benzer görüşte, Bläse, 180 vd.

(36) Raube, 105

(37) Granderath, 174

(38). "Kolay kazanç yemi kullanarak, güçlükler, bu yem içinde oyunun kurallarıyla hileli bir biçimde gizlenmişse, bu tür yarışlarda da dolandırıcılık cürmü ortaya çıkar. Çünkü, mağdurda düşsel bir kazanç umudu yaratılmıştır (39).

Piramitsel oyunlar hakkında dolandırıcılık hükümlerinin uygulanması sadece "hile"nin varlığı noktasında problemlere neden olmamakta, ayrıca mağdur/fail rollerinin iç içe geçmesi dolayısıyla da bazı güçlüklerin doğmasına neden olmaktadır (40). Keza iştirak hükümleri noktasında da problemler çıkmaktadır. Bir sırada bulunan kimsenin mağdur olması durumunda, o sıranın üstündeki bütün sıradakiler mi fail olarak kabul edilecektir, yoksa en tepedeki kişi mi, yoksa bir sıra üstteki kişi mi? Keza oyunu başlatan kimse dolaylı, bizzat en yeni katılımcıyı oyuna katılmaya ikna eden kimse direkt fail olarak mı kabul edilecektir? Her oyuna katılan kişi bakımından en tepedeki kişinin sorumluluğu olacak mıdır? Teşebbüs açısından da problemler söz konusu olabilir. En tepedeki kişinin fiili bir altındaki kişilerin bulunmasıyla tamamlanmış olacak mıdır? Yoksa, her yeni bulunan kişi bakımından tekrar tepedeki kişinin suç işlediği mi kabul edilecektir? Aynı sorun bir sıradaki kimsenin bulunduğu ve bir alttaki sıradaki kimsenin yeni bulunduğu katılımcılar açısından da geçerlidir (41).

Hemen belirtelim ki, bir organizatörün düzenlediği oyunlarda, oyunda bir takım hilelere başvurulması halinde dolandırıcılık suçu gerçekleşir. Nitekim listelerde üst sıralarda yer alan kimselerin farklı takma isimler verilmiş hayali kişiler olması ve bu suretle organizatörün devamlı para alması veya oyunun yarıda kesilmesi halinde paranın geri ödeneceği şeklindeki vaadlerin yerine getirilmemesi halinde organizatörlerin cezalandırılması mümkün olacaktır (42). Keza organizatörün katılımcılara iyi seçilmiş yeni katılımcı isimleri vereceğini vaad etmesi ve fakat bildirilen isimlerin rastgele, mesela telefon reh-

(38) **Dönmezer**, 377; Marsilya Asliye Ceza Mahkemesi'nin 1970 yılında vemiş olduğu bir kararda olayı dolandırıcılık olarak değerlendirdiği aktarılmaktadır, 14.10.1970 (Chavanne-Mille Fayard, op.cit., II, n. 81, **Selçuk**, 106, dn. 505'den),

(39) 1.2.1968-11.1.1972, Chavanne-Mille Fayard, op.cit., II, n. 81, **Selçuk**, 106 dn. 506

(40) **Arzt**, 530

(41) Krş. **Arzt**, 529, 530

(42) **Müller/Wabnitz/Janovsky**, 222

berinden seçilmiş kimseler olması halinde, elbette dolandırıcılık gerçekleşmiş olur (43).

Almanya'da yüksek mahkemelerin genel olarak piramitsel oyunlarda dolandırıcılık suçunun işlenmediği yönünde kararlar verdiği söylenebilir. Tarihsel olarak Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi'nin piramitsel oyunlarda dolandırıcılığın oluşmadığı kanaatinde olduğu aktarılmaktadır (44). Alman Federal Yüksek Mahkemesi de 1978 yılında verdiği bir kararda (45) aynı yönde görüş bildirmiştir. Buna karşılık somut olaylarda bazı mahkemelerin dolandırıcılık suçunun gerçekleştiği yönünde kararlar verdikleri de gözlenmektedir. Nitekim Frankfurt Yüksek Eyalet Mahkemesi 1985 yılında vermiş olduğu bir kararda (46), organizatörün reklam broşüründe kullanmış olduğu "daimi kazanç imkânı" ifadesi dolayısıyla dolandırıcılık suçunun oluştuğuna, zira hiç bir piramitsel oyunda uzun süreli bir gelir sağlamanın olanaklı olmadığına karar vermiştir.

Bu konuda Alman mahkemeleri'nin vermiş olduğu iki karara değinmekte yarar görüyoruz: Bunlardan ilki Ellwangen Eyalet Mahkemesi'nin 1989 yılında vermiş olduğu bir karardır (47). Burada mahkeme, sanığın fiilinde dolandırıcılığın unsurlarının bulunmadığına, zira zincirleme oyunlara katılan herkesin artık bu oyunlardaki kazanma şansının ne kadar garantisiz olduğunun bilincinde olduğuna karar vermiştir. Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi de (48) piramitsel oyunlarda geniş bir kesimin mal varlığına yönelik bir tehlikenin mevcut bulunduğunu ve insanların tecrübesizliğinin kullanıldığını açıklamakta ve fakat bunların dolandırıcılık suçunun kabulü için yeterli olmadığını vurgulamaktadır.

(43) Bläse, 180

(44) Bläse, 46

(45) BGH GA 1978, 333

(46) OLG Frankfurt, 22.05.1985 tarihli kararı, Bläse, 56'dan

(47) LG Ellwangen, 03.10.1989 tarihli kararı, Bläse, 94'ten

(48) OLG München, 12.10.1988 tarihli kararı, Bläse, 94'ten

Türk Öğretisi'nde de bu oyunlarda "düşsel umut yaratan hileyle haksız çıkar" sağlamanın sözkonusu olduğu ve bu haliyle de "dolandırıcılık cürmünün öğelerini yansıtmakta" olduğu savunulmaktadır (49).

Piramitsel oyunların dolandırıcılık suçunu oluşturup oluşturmadığına ilişkin görüşümüzü aşağıda Türk Hukuku başlığı altında açıklayacağız.

KUMARDAN FARKI

TCK 567'de umuma mahsus veya umuma açık yerlerde kumar oynatmak ve TCK 568'de de umumi veya umuma açık yerde kumar oynamak cezalandırılmaktadır. TCK 569'da ise kumar tarif edilmektedir: "...kumar, kazanç kasdiyle icra kılınıp kâr ve zarar baht ve talihe bağlı bulunan oyunlardır". Alman Hukuku'nda da kumar ceza kanununda tarif edilmemekle beraber, öğretide kumarın karakteristik özelliği olarak, kazancın tesadüfe bağlı olması gösterilmektedir (50). Tesadüfe bağlı olmaktan kasıt da, kazanç ve kayıp hususundaki kararın tamamen veya esasen önceden hesaplanamayan, yani katılımcıların etkisinden uzak nedenlere bağlı olmasıdır (51). Bir başka ifadeyle burada karakteristik olan nedensel sürecin gelişimine etki edememektedir (52).

Öğretide piramitsel oyunların kumardan ilk farkının kazancın tesadüfe bağlı olmaması noktasında bulunduğu, zira bu oyundaki başarının esas itibarıyla kişinin kabiliyetine ve dolayısıyla da önceden hesaplanabilir bir nedene dayandığı açıklanmaktadır. Piramitsel oyunlarda da bir ölçüde tesadüf sel etkenler sözkonusu olabilirse de, bunlar kumardaki kadar birincil ve belirleyici nitelikte değildir (53). Bu oyunların kumardan ikinci farkı ise kaybın da kesin

(49) Selçuk, 107

(50) RG 62, 165, 166; BGH 2, 276; 9, 37; Schönke/Schröder/Eser, § 284, kn. 5 vd.; Tröndle/Fischer, § 284, kn. 3

(51) LG Fulda, wistra 84, 190

(52) Lampe, GA 1977, 39

(53) Bruns, 276

olmaması noktasındadır. Her ne kadar oyunun sona ereceği kesin ise de, katılımcının oyunun sona erdiği anda mutlaka zararda olacağı önceden söylenemez (54).

Hemen belirtelim ki, piramitsel oyunlarda kazancın şans ve tesadüfe bağlı olup olmadığı tartışmalıdır. Öğretide bir görüş, burada şans ve tesadüfün söz konusu olmadığını, zira kazancın katılımcının şahsi yeteneğine bağlı bulunduğunu ve esas olanın da katılımcının yeni katılımcılar bulabilmesi olduğunu savunmaktadır. Buna karşılık ise katılımcının kazanç ve kayıp hususunda tam bir etkisinin söz konusu olamayacağı, dolayısıyla tesadüfün söz konusu olduğu da iddia edilmektedir. Buna göre katılımcının kazancı sadece bir sonraki katılımcıyı başarıyla bulmasına bağlı olmayıp, oyunun sonraki aşamalarında da kendi bulduğu katılımcıların, yeni katılımcılar bulmasına bağlıdır. Halbuki katılımcı oyunun bütün aşamalarına etki edemez. Oyunun tesadüf sel kazanç tabii olup olmadığı ise, katılımcılara etki etme manasında değil, oyunun tümü üzerinde, yani kazanç ve kayıp üzerinde etkinin olup olmamasına göre tayin edilmelidir (55). Oyuncu kendi bulduğu katılımcıların bulacağı yeni katılımcıların oyundan ayrılmamaları, iyi nitelikte yeni oyuncular bulması hususunda herhangi bir çaba gösteremez, bu itibarla da kazanç veya kayıp hususundaki karar tamamen tesadüfe bağlıdır (56). "Muameleyi tertib edenin vadettiği kazanç bazı hallerde tahakkuku imkânı olmayan hayali bir kazanç, böyle olmayan hallerde de tesadüfe bağlı bir kazançtır" (57).

Türk Hukuku'nda da bu oyunların şans oyunu olarak görülemeyeceği, düzenleyicilerin kazancının kesin olduğu ve fakat oyunun sonuna doğru yeni katılımcıların zarar edeceğine işaret edilmektedir. "O nedenle eylem bir kumar, baht ve talih oyunu değil, düşsel umut yaratan hileyle haksız çıkar sağlamaktır" (58).

Kanaatimizce piramitsel oyunlarda tipik kumar karakteri yoktur. Kumar da esas itibarıyla kişinin hiçbir kişisel yeteneği oyunun gelişimine etki etmez

(54) Arzt, 526, 527

(55) Ayrıntılı görüşler için bkz. Raube, 44 vd. Yazar bizzat, Alman Ceza Kanunu 284'de düzenlenmiş bulunan kumar suçunun gerçekleştiği görüşündedir, bkz. 41 vd, 75, 76

(56) Bläse, 173

(57) Demirel, 147

(58) Selçuk, 107

iken, burada oyunun devamı şans veya talihe değil, katılımcıların gayretlerine bağlıdır. Bu itibarla da oyunun karakteristik özelliği olarak şans veya tesadüf değil, katılımcıları iyi seçmek ve oyunun gelişimini iyi takip etmek ortaya çıkmaktadır. Keza kaybın kesin olması düşünülse dahi, bu da bu oyunu kumardan ayıran bir özellik olarak kendini göstermektedir. Bu nedenle piramitsel oyunlarda TCK 567 ve 568'de düzenlenmiş bulunan suç tipleri gerçekleştirilmektedir.

PIRAMİTSEL OYUNLARDA FAİL VE MAĞDUR

Piramitsel oyunlarda fail ile mağdur arasındaki çizgi çok belirgin değildir (59). Dolayısıyla piramitsel oyunlarda fail-mağdur ilişkisi bakımından ilginç bir belirleme yapmak olanaklıdır: Fail olan mağdurlar (veya dolandırılan dolandırıcılar). Gerçekten de bu tür oyunlarda bir piramit söz konusudur. Bu piramidin tepesinde oyunu düzenleyenler, alt sıralarda ise oyuna katılanlar vardır. Oyuna katılanlardan üst sıralardakiler birer fail olarak düşünülebilir. Zira oyunun devamı için yeni katılımcılar bulmak durumunda, yani yeni katılımcıları ikna etmek, başka ifadeyle yeni mağdurlar temin etmek durumundadır. Ancak kendisi de bir üst sıradakilere nazaran mağdur konumundadır. Dolayısıyla sadece en üst sırada "saf failer"den, ve sadece en alt sırada da fail rolünü oynayamadan oyunun sona erdiği "saf mağdurlar"dan söz edilebilir. Onun dışında bütün mağdurlar aynı zamanda birer faildir (60).

Piramitsel oyunlarda mağdur ile ilgili olarak ortaya çıkan bir diğer problem de mağdurun ne zamandan itibaren söz konusu olacağıdır. Gerçekten de oyun sona ermediği veya oyuna adli makamlarca müdahale edilmediği müddetçe ortada mağdur yoktur. Adli makamların müdahalesi ile birlikte son sıradaki katılımcılar mağdur olmakta ve bu müdahale ile birlikte de bu kişilerin yukarıda belirtildiği gibi aynı zamanda fail olmaları (dolandırılan dolandırıcı) önlenmektedir (61). Ancak ifade etmek isteriz ki, zamansal bakımdan oyuna ilk katılanların dolandırıldıklarını ileri sürmeleri kabul edilmemelidir (62).

(59) Bläse, 27

(60) Arzt, 519

(61) Arzt, 528

(62) Mayerhofer, 813, dn. 5

Zira bu kimseler bakımından pazarın daralması sorunu olmadığından, bu durumun gizlendiğinden bahsetmek sözkonusu olamaz.

Burada ele alınması gereken bir sorun da, iştirakin türüdür. Bir düzenleyicinin bulunduğu oyunlarda organizatör asli maddi fail iken, kendiliğinden yürüyen sistemlerde de oyunu başlatan kimse asli maddi fail olarak düşünülebilir.

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

AVUSTURYA HUKUKU

Bu konuya ilişkin olarak Avusturya Ceza Kanunu 168a maddesine göre,

"(1) Katılımcılarına bir miktar para ortaya koymak karşılığında, bu veya bununla bağlantılı olan bir sisteme aynı şartlar altında başka katılımcılar bulma koşulu karşılığında bir malvarlığı kazancı olanağı ümidi veren ve malvarlığı kazancının elde edilmesini tamamen veya kısmen diğer katılımcıların da koşullara uygun davranışına bağlı kılan bir kazanç beklentisi sistemini,

1. başlatan veya düzenleyen veya

2. toplantı, prospekt veya diğer bir çok kimsenin de katılımını sağlamaya elverişli yöntemlerle yayan veya

3. böyle bir sistemin diğer bir şekilde yayılmasını ticari amaçlarla destekleyen kimse, altı aya kadar hürriyeti bağlayıcı cezaya veya 360 birime kadar para cezasına çarptırılır. Meğer ki, sistem kamu yararına yönelik amaçlarla düzenlenmiş olsun veya çok düşük miktarlarda katılım payı talep edilmiş olsun.

(2) Fiili ile yüksek sayıda insanın ağır zarar görmesine neden olan kimse, üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılır".

"Zincirleme sistemler kar topu sistemine göre kurulmuş bulunan belirli işletme şekilleridir. Müşteri veya "katılımcı" bir miktar ortaya koyar. Bu miktar karşılığında ona bir malvarlığı kazancı (mal, para) sözü verilir. Ancak bu para veya malı müşteri iki şart altında alabilmektedir: İlk oyuna aynı şartlar altında katılan-en azından iki katılımcı daha bulması lazımdır. Ayrıca bu katı-

lımcılar da bir miktar para ile katılmalıdırlar. Bu yeni bulunan katılımcıların bu koşulları yerine getirmemeleri durumunda bunları bulan müşteri ya az kazanç elde etmekte veya hiç kazanç elde edememektedir" (63). Bu tip bir fiilin cezalandırılabilmesi için oyundan beklenen kazancın başından itibaren matematik sınırlar içinde olanaklı olması gerekir. Bu itibarla başından itibaren belirli ve az derecelere veya katılımcılarla sınırlanarak, bu suretle katılımcıların kazanç beklentilerini gerçekçi kılmayı hedefleyen oyunlar bu madde kapsamında kabul edilmemektedirler (64).

Kar topu sistemlerinin diğer şekilleri Avusturya Hukuku'nda bu madde nin düzenleme alanı içinde değildir. Örneğin bir kimseye bir şey satan satıcı, alıcının aynı şartlar altında başka alıcılar bulması halinde ödediği parayı tamamen veya kısmen geri alacağı sözünü vermesi 168a kapsamında değerlendirilmemektedir (65).

Dolandırıcılıktan farklı olarak burada kişinin malvarlığına zarar verilmesi değil, sosyal zararlı ve yasak bir oyunun meydana gelmesine etki etme cezalandırılmaktadır (66). Bu nedenledir ki, oyundan gerçekten de bazı kimsele rin bazı kârlar elde etmiş olmaları veya bazı katılımcılar açısından da gerçekten de bir zararın mevcut olması suçun gerçekleşmesi açısından şart değildir (67).

Oyun düzenleyicisi, belirli veya belirsiz sayıdaki kişiye oyuna katılma imkânı sağlayan kimsedir (68). Kanunda kullanılan "oyun düzenleme" ibaresinden anlaşılın, oyun koşullarını belirlemek ve oyunun hemen başlamasını sağlayacak kadar reklam yapmak; "oyunu başlatmak" ise ilgilenen kimsele re ilk defa oyuna katılma imkânını sağlamak; "oyunu yaymak" ise tanıtım toplantıları veya reklam dağıtımı suretiyle oyunu yaymaktır (69).

(63) Bertel/Schwaighofer, 281

(64) Mayerhofer, 813, dn. 3

(65) Bertel/Schwaighofer, 281

(66) Foregger/Fabrizy, §168a, kn. 1, 7

(67) Mayerhofer, 813, dn. 3

(68) Foregger/Fabrizy, §168a, kn. 3

(69) Bertel/Schwaighofer, 282

Oyun düzenleyen kişi kural olarak oyuna bizzat katılmaz ve sadece katılımcılardan belli bir miktar para alır (70).

En az on kişinin 25.000 şilinden fazla zarara uğraması halinde fiilin cezası ağırlaştırılmaktadır (71).

Failin mağduru kazanç şansına ilişkin olarak yanıltması halinde dolandırıcılık ile piramitsel oyun düzenleme suçları hakkında gerçek içtima kuralları uygulanır (72).

Kural olarak böyle bir oyuna katılmak cezalandırılmamaktadır. Ancak katılımcıların, oyunun gereği olan yeni katılımcı bulmaktan öteye geçen, sistemin yayılmasına yönelik hareketleri cezalandırılmaktadır (73).

ALMAN HUKUKU

MEVZUAT

Almanya'da henüz 20. yüzyılın başında dahi piramitsel oyunların mevcut olduğu bilinmektedir. Zira İmparatorluk Yüksek Mahkemesi daha 1901 yılında da bir zincirleme oyun hakkında karar vermiştir (74).

Alman Hukuku'nda, gerek dolandırıcılık suçunu ve gerekse kumar suçunu oluşturmadığından piramitsel oyunların cezalandırılması olanaklı değildir (75). Bu nedenledir ki, Haksız Rekabet Kanunu'na (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb –UWG-) (76) 1986 yılında 2. Ekonomik Suçlarla Mücadele Kanunu (Das zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität –WiKG-) çerçevesinde eklenen 6c maddesiyle "artan oranda müşteri bulma (progressive Kundenwerbung); kartopu sistemi" suç tipi ihdas edilmiştir (77).

(70) Foregger/Fabrizy, §168a, kn. 3

(71) Bertel/Schwaighofer, 282, Foregger/Fabrizy, bir çok kimseden anlaşılması gerekenin 30 civarında kişi olduğu görüşündedir. §168a, kn. 4

(72) Foregger/Fabrizy, §168a, kn. 7; Bertel/Schwaighofer, 282

(73) Foregger/Fabrizy, §168a, kn. 5

(74) RG 34, 140 vd, Weitemeier/Große, 787

(75) Arzt, 520; Krş. Achenbach, 1840

(76) BGBI. I, 721

(77) Bu hükme benzer bir hükmün Ceza Kanunu'na 287. madde olarak eklenmesi de tartışılmış ve fakat bilahare Haksız Rekabet Kanunu'na eklenmesi uygun görülmüştür, bkz. Bläse, 77; Yukarıda ça-

Söz konusu hükümde ticari alanda, ticari niteliği olmayan kimselerin bazı mal, hizmet veya hakları almalarını sağlayan ve bunun için de bu kimsele-re, bu kişilerin bulacağı başka kimselerin de aynı nitelikli iş yapmalarını sağ-lamaları karşılığında özel bir takım faydalar sözü veren kimselerin iki yıla ka-dar hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezasıyla cezalandırılacakları açıklan-maktadır.

Bu suç tipi teşebbüs suçu olarak düzenlenmiş bir soyut tehlike suçudur (78).

Bu hükmün konumuzu ilgilendiren yönü piramitsel oyunları da kapsama-sıdır. Ancak Alman Hukuku'nda piramitsel oyunlar arasında, kendiliğinden yürüyen ve merkezi sistemle idare edilen oyunlar arasında ayırım yapılmak-tadır. Kendiliğinden yürüyen oyunlarda oyunu ilk başlatanlar ile katılımcılar herhangi bir ticari amaç gütmediklerinden ve kendileri için ek bir kazanç ön-görmediklerinden bu tür oyunlar ticari nitelikli görülmemekte, özel oyun ola-rak kabul edilmektedir. Bu itibarla da Haksız Rekabet Kanunu'nun 6c mad-desi açıkça ticari amaçlı bu tür suçları cezalandırdığından, bu tür oyunlar bu madde kapsamında mütalaa edilmemektedir (79) Buna karşılık merkezi bir organının idare ettiği oyunlarda ise bu organ bu işi ticari amaçlı yürüttüğün-den, bu organların faaliyetleri bu suç oluşturmuştur (80).

Bu suçun faili kural olarak oyunu düzenleyendir. Düzenleyicinin başka-ları vasıtasıyla oyunu sürdürmesi halinde, bu kimseler de müşterek fail veya

alışma sistemini açıkladığımız "artan oranda müşteri bulma sistemi"de piramitsel oyunlarla benzerlik arzemektedir. Orada yeni alıcılar bulmak gerekirken, piramitsel oyunlarda yeni katılımcılar, oyuncular bulmak gerekmektedir. Artan oranda müşteri bulma sistemi, alıcıların yarısına dayanmakta ve "bu sistem, sonsuza dek uzanırken, satıcının egemen olamayacağı boyutlara ulaşmakta, düşsel umut ve girişimler yaratarak, satıcıya kesin haksız kazanç sağlamakta, ama sayısız kimsele-ri de mağdur etmektedir", **Selçuk**, 106

(78) **Weber**, 478

(79) Bkz. aşağıda Federal Yüksek Mahkeme kararı (BGH 34, 179); **Richter**, wistra 1987, 276; **Raube**, 140; Öğretide piramitsel oyunların Haksız Rekabet Kanunu'nun 1 ve 3. maddelerini de ihlal ettiğini savunan yazarlar bulunmaktadır, **Baumbach/Hefermehl**, 489; **Gloy-Helm**, 820

(80) Ayrıntılı bilgi için bkz. **Raube**, 141 vd.; Öğretide piramitsel oyunların türü ne olursa olsun Haksız Rekabet Kanunu 6c kapsamına girmeyeceğini savunan yazarlar da vardır, bkz. **Grandenath**, 176. Yazar dolandırıcılık veya Haksız Rekabet Kanunu'nun 4. maddesinde düzenlenmiş bulunan "cezalandırılabilir reklam" suçunun oluştuğunu savunmaktadır, **ibid.**

azmettiren veya yardım eden olarak cezalandırılabilirler (81). Bu suçun oluşabilmesi için gerçekten de yeni müşterilerin bulunması şart değildir. Teşebbüs de suçun oluşması için yeterlidir (82).

Kanunun hazırlığı sırasında adalet komisyonunda açıkça somut olayda mağdur olarak görülebilecek kimselerin cezalandırılmaması gerektiği belirtilmiştir (83). Öğretide bunun için oyuna katılıp da henüz herhangi bir maddi kazanç elde etmemiş olma şartı öngörülmektedir (84). Bunun için bu kimse- nin yeni müşteriler bulmuş olmasının önemi yoktur. Yeni müşteriler bulmasına rağmen oyundan henüz bir kazanç elde etmeyen kimseler de mağdur olarak kabul edilmektedir (85). Bazı yazarlar ise bu bakımdan kişinin oyundan para elde etmiş olmasının önemli olmadığını, esas olanın piramitsel oyunu devam ettirme olduğunu kabul etmektedirler. Böylece yeni müşteri bulma hususunda aktif olarak faaliyette bulunanlar mağdur olarak kabul edilemezler (86). Ayrıca işaret etmek gerekir ki, sadece sisteme henüz kayıtlı olup da herhangi bir kayba uğramamış olan kimseler, bir zarar sözkonusu olmadığından mağdur durumunda olmadıkları gibi, herhangi bir kimseyi sisteme katmak hususunda bir faaliyette bulunmadıklarından da şerik durumunda da değildirler (87).

Alman ve Avusturya kanunlarının hükümleri karşılaştırıldığında, Alman düzenlemesinin Haksız Rekabet Kanunu'nda yer alması dolayısıyla öncelikle saf ticrai alandaki "artan oranda müşteri bulma" suçunu cezalandırdığı (88), bu nedenle de bu hükmün piramitsel oyunlara da uygulanmasında güçlükler çekildiği görülmektedir. Nitekim öğretide piramitsel oyunlarla "artan oranda müşteri bulma" fiili arasında sosyal zararlılık yönünde farklı değerlendirme yapılması gereğine de işaret edilmektedir (89). Bu itibarla kanımızca tercih

(81) Otto, 85

(82) Raube, 136

(83) BT-Drucks. 10/5058, 39, Raube, 182, dn. 620'den

(84) **Schlüchter**, 127; **Richter**, wistra 1987, 278

(85) **Raube**, 183, 184

(86) **Richter**, wistra 1987, 278; Aynı görüşte, **Raube**, 184 vd.

(87) **Richter**, wistra 1987, 278

(88) Kanunun hazırlandığı dönemde, yakın bağlantı dolayısıyla piramitsel oyunların cezalandırılmasının Haksız Rekabet Kanunu'nda düzenlenmesi gerektiği savunulmuştur, **Möhrenschlager**, 192

(89) **Sonnen**, 109

edilmesi gereken düzenleme Avusturya Kanunu'nun düzenlemesidir. Ceza Kanunu'nda açık bir şekilde piramitsel oyunlar başlığı altında düzenlenen bu suç tipi ile yanlış anlamalara yol açmadan ve çeşitli yorumlara gereksinim kalmaksızın, ayrıntılı bir düzenleme yapılmak suretiyle bu tür oyunların cezalandırılması sağlanmış olmaktadır.

UYGULAMA

Federal Yüksek Mahkeme (90) 1986 yılında vermiş olduğu bir kararda piramitsel oyunların cezalandırılabilirliğini tartışmıştır. Karara konu olan olayda çeşitli mahkemelerin birbirine zıt kararları üzerine Yüksek Mahkeme'ye başvurulmuştur. Bu kararlarda sanığın yasak piyango düzenleme suçundan (Alm. CK 287) (91) veya kumara katılmadan cezalandırılacağına hükmedildiği gibi, ortada kumar, ortaya konan para ve oyun düzeni olmaması dolayısıyla cezalandırılabilir bir fiil olmadığına da karar verilmiştir (92).

Yüksek Mahkeme ise burada ele alınması gereken ölçütün "ortaya konan para" olması gerektiğini savunmuştur (93). Buna göre yasa kumarın ne olduğunu tarif etmemiştir (94). Ancak uygulama (95) kumarın kabiliyet gerektiren oyunlardan farkını ortaya koymuştur: Kazanç ve kaybın oyuncuların ye-

(90) Artan oranda müşteri bulma sistemi, Almanya'da hukuk mahkemeleri tarafından da ahlaka aykırı olarak kabul edilmiş olup, bu kabule ilişkin esaslar, piramitsel oyunlar açısından da geçerlidir: Bu oyunlarda kişiler öncelikle arkadaş ve akraba çevresinde yeni müşteri (oyuncu) bulmaya çalışarak, arkadaşlık veya akrabalık kimliğinden sıyrılarak işadami kimliğine girerek kendi kazançlarını artırma yoluna gitmektedirler. Çok az bir miktar edim karşılığında tamamen teorik nitelikteki yüksek miktarlar kazanma hırsı uyandırılmaktadır. Bu suretle de daha çok ekonomik açıdan zayıf ve çoğunlukla da bu alanda tecrübesiz kimseler oyuna çekilmektedir. Bu kimselerin kolay inanırlığı ve tecrübesizliği kullanılmakta, bu durumdan ise sonuçta sadece listelerin en üstündeki kimseler veya daha çok organizatörler kazançlı çıkmaktadırlar, **Granderath**, 176

(91) Bkz. OLG Karlsruhe, NJW 1972, 1963, 1964

(92) BGH 34, 172, 173=BGH NJW 1987, 851 vd.

(93) BGH 34, 175

(94) Ceza Yasasının kumarı tarif etmemesi dolayısıyla kanunilik ilkesinin sonuçlarından olan belirlilik ilkesine bir aykırılığın bulunmaması için, toplumda genel olarak tanınan kumar kavramının sınırlarının aşılması gerekir. Aksi takdirde, yasakoyuncunun iradesi dışına çıkılarak kıyas yasağı sahasına girilmiş olunur, zira uygulama tamamen farklı davranış şekillerini de kumar olarak kabul ettiği takdirde yorumdan öte bir tutum takınımış olacaktır, BGH 34, 178.

(95) Bkz. RG 62, 165 vd.

tenek, bilgi ve dikkatlerine değil de, tamamıyla veya önemli ölçüde tesadüfe bağlı olması kumarın karakteristik özelliğidir. Yüksek Mahkeme bu tanıma şu eklemeyi de yapmaktadır: Kumarda tesadüfe bağlı kazanca ulaşabilmenin koşulu bir miktar (önemsiz miktarda olmamak şartıyla) paranın (veya şeyin-edimin) ortaya konmasıdır. Piramitsel oyunlarda ise böyle bir edimden söz etmek mümkün değildir. Oyuncular sadece oyunun başında bir kumarhane-ye girişte ödenen ücrete benzetilebilecek bir ödemede bulunarak oyuna girme hakkını kazanmaktadırlar. Listenin başında bulunan kimselere ödenen miktar da bu manada değildir. Bu miktar müşterek oyunculardan birine gitmektedir, yoksa bir karşı oyuncu veya düzenleyiciye değil. Bu edim ise oyuncu tarafından baştan itibaren zaten bir kayıp olarak kabul edilmekte olup, bunun geri kazanılmasına yönelik bir çaba mevcut değildir. Kazanç olasılığı da oyuncunun kendi maddi katkısına bağlı olmayıp, aksine oyuna sonradan katılanların oyunu devam ettirme ve kendilerine belirtilen miktar parayı listenin üst sıralarında bulunan kimselere ödemelerine bağlıdır. Sadece kendisinden önce oyuna girmiş olanlara ödemenin yapıldığı ve fakat bunlardan herhangi bir şeyin alınmadığı bir oyunun yasakoyucunun anladığı manada kumardan farklı olduğu açıktır. Son olarak Yüksek Mahkeme Haksız Rekabet Kanunu'nun 6c maddesinin de burada uygulama bulamayacağını, zira burada özel nitelikli bir oyunun mevcut bulunduğunu, ticari bir amacın olmadığını açıklamaktadır. Yüksek Mahkeme'ye göre kanun koyucu bu tür oyunlarda cezalandırmaya layık bir haksızlık görüyorsa buna ilişkin açık bir hüküm koymalıdır (96).

Bu noktada yapılması gereken bir tespit de, Yüksek Mahkeme'nin fiilin dolandırıcılık teşkil edip etmediğini tartışmaya bile gerek görmemek suretiyle, zimnen de olsa dolandırıcılık suçunun oluşmadığına işaret etmiş olduğudur.

Önemle belirtmek gerekir ki, Yüksek Mahkeme kararına konu olan piramitsel oyun, merkezi bir düzenleyicisinin bulunmadığı bir oyundur. Başka ifadeyle kendiliğinden yürüyen bir sisteme dayalı piramitsel oyundur. Bu itibarla Alman Uygulaması bakımından ticari nitelikli olmayan saf özel nitelik arz eden piramitsel oyunların artık cezalandırılması olanağı kalmamıştır. Bunun-

la beraber öğretilerde bu kararın merkezi sistemli oyunların cezalandırılmasına aykırı bir yönünün olmadığına işaret edenler olduğu gibi (97), bu karardan sonra artık piramitsel oyunların hiçbir şekilde kumar çerçevesinde kabul edilip cezalandırılmayacağını savunan yazarlar da vardır (98).

Hemen belirtelim ki, bu kararın ertesinde Almanya'da piramitsel oyunlarda bir patlama olmuş ve bu oyunları düzenleyenler reklam broşürlerinde "Yüksek Mahkeme kararı ile serbest bırakılan ve suç oluşturmayan" şeklinde ifadeler kullanmışlardır (99). Bunun neticesinde 1990 yılında tekrar bir yüksek mahkeme kararına konu olan aşağıdaki olay gerçekleşmiştir. Bu olayda kendi kendine yürüyen piramitsel oyunların olumsuz yönlerini gören bir kimse, kendisi bir piramitsel oyun geliştirmiş ve oyunun kesintiye uğramaması için de kendisi tarafından idare edilen bir kontrol mekanizması kurmuştur. Böylece katılımcılar listenin üst sıralarında bulunan kimselere yapılan ödemenin dışında ayrıca düzenleyiciye de yaptığı iş karşılığında 40 DM yollamışlardır. Savcılığın dava açtığı tarihte sanığın düzenleyici olarak toplam 66860 DM, oyuncu olarak da 6900 DM kazandığı anlaşılmıştır. Bayern Yüksek Eyalet Mahkemesi bu fiilin suç olmadığına karar vermiştir. Yüksek Mahkeme öncelikle yukarıda değinmiş olduğumuz kararda Federal Yüksek Mahkeme'nin kendiliğinden yürüyen sistemlerin Haksız Rekabet Kanunu'ndaki suçu oluşturmadığına karar verdiğini, olayda ise durumun farklı olduğunu, zira burada bir düzenleyicinin bulunduğu ve düzenleyicinin ayrıca yaptığı iş karşılığında katılımcılardan bir ücret aldığı tesbitinde bulunmuştur. Ancak Yüksek Mahkeme sözkonusu hükmün uygulanabilmesi için sanığın katılımcılara özel bir takım avantajlar sağlama sözü vermiş olması gerektiğine işaret etmektedir. Olayda ise Yüksek Mahkeme'ye göre, bu tip bir söz mevcut değildir. Katılımcılar bu tip bir faydayı düzenleyiciden değil, diğer katılımcılardan sağlamaktadırlar. Düzenleyici sadece, böyle bir faydayı katılımcılardan sağlama şanslarının bulunduğu belirtmekte ve fakat kendisi bu tip bir söz vermemektedir. Son olarak Yüksek Mahkeme yukarıda bizim Avusturya Kanunu'nun daha tercihe şayan olduğuna işaret ettiğimiz hususa dikkat çekmektedir: Haksız Rekabet Kanunu'nun 6c maddesi ticari alandaki "artan oranda

(97) Richter, wistra 1987, 278; Raube, 141

(98) Granderath, 174

(99) Raube, 2

müşteri bulma" fiilini cezalandırmakta ve fakat saf zincirleme-piramitsel oyunlara uymamaktadır. Zincirleme oyunların tehlikeliği ve böylece de sosyal zararlılığı artan oranda müşteri bulma sistemlerinden daha azdır. Burada oyuncular nisbeten daha az miktarda bir parayı rizikoya atmakta ve buna da katlanmaktadır. Somut olayda da sanık tarafından geliştirilen kontrol sistemi kayıpları önlemeyi amaçlamaktadır. Sonuç olarak Yüksek Mahkeme'ye göre bu tip bir sistem sosyal açıdan zararlı olsa da, bunun cezalandırılması gerektiği, başka ifadeyle cezaya layıklığı hususunda öğretide birlik yoktur. Bu itibarla bu konu yasa koyucuya bırakılmalı ve yasa koyucu bu fiillerde cezalandırılacak bir haksızlık görüyorsa, bunu açıkça düzenlemelidir (100).

Bu suretle Alman Hukuku'nda bir kimse tarafından düzenlenen ve yürütülen sistemlerin de suç oluşturmayacağına karar verilmiş bulunmaktadır.

Aksi yönde bir gelişme olarak bu kez 5 Aralık 1996'da Bamberg Yüksek Eyalet Mahkemesi piramitsel oyunların Haksız Rekabet Kanunu 6c gereğince cezalandırılabilmesine karar vermiştir (101).

Şu an için Almanya'da piramitsel oyunların hukuksal statüsünün karışık olduğu ve bu noktada bir belirsizliğin bulunduğu ve bu konu ile ilgili tartışmalara henüz son noktanın konmadığı söylenebilir. Kanımızca bu problem Avusturya Ceza Kanunu md. 168a türü bir hükmün kanuna eklenmesiyle çözülebilecektir.

Bununla beraber Alman Polisi'nin bu suçlulukla mücadelede büyük bir kararlılık gösterdiği, bu konuyla ilgili olarak özel savcılıkların oluşturulması gerektiği, ekonomi savcılarının da bu konuda Haksız Rekabet Kanunu 6c maddesinin uygulanması hususunda karar aldıkları açıklanmaktadır (102).

(100) BayObLG, NJW 1990, 1862, 1863; Gutachten 2/1987, 337; Aynı yönde Otto, 89; Gloy-Helm, 820, 821; Köhler/Piper, 584; Öğretide bu kararı eleştiren müellefler de vardır, bkz. Weitemeier/Große, 789 vd.; Richter de özel avantajın mutlaka bizzat sanık tarafından sağlanmış olmasının gerekmediğini ve bu tip oyunlarda da yüksek miktarların sözkonusu olabileceğini vurgulamaktadır, wistra 1990, 217, 218

(101) Müller/Wabnitz/Janovsky, 221

(102) Weitemeier/Große, 790

ÖĞRETİ

Alman öğretisindeki son durum ise şöylece özetlenebilir (103): Öğretide de kendi kendine yürüyen sistemlerle, merkezi bir organ tarafından sevk ve kontrol edilen sistemler arasında ayırım yapılmaktadır. Kendi kendine yürüyen sistemlerde herhangi bir suçun oluşmadığı hususunda öğretide birlik vardır. Buna karşılık bir organizatörün bulunduğu sistemlerin hukuki konumu hala tartışmalıdır. Öğretideki çoğunluk bu sistemlerin de Haksız Rekabet Kanunu 6c veya Ceza Kanunu hükümlerince cezalandırılmayacağını savunmasına karşın, bunların dolandırıcılık, yasak piyango düzenlenmesi veya Haksız Rekabet Kanunu 6c hükümlerine göre cezalandırılmasını savunan yazarlar da vardır.

DİĞER ÜLKELER

İsviçre'de piramitsel oyunlar hakkında özel bir hüküm bulunmamakla beraber, bu tip oyunlar piyango yasağı (Lotterieverbot) kapsamında değerlendirilmekte ve 12.11.1926 tarihli Piyango Tüzüğü'nün 43. maddesinde açık bir şekilde kar topu sistemli oyunlardan bahsedildiğinden, bu tip oyunlar cezalandırılmaktadır (104).

Fransa'da 1953 tarihli Kartopu Sistemli Satışlar Hakkında Kanun'un 1. maddesi kartopu sistemini cezalandırmaktadır (105). Keza İngiltere ile Amerika Birleşik Devletleri'nin bazı eyaletlerinde kartopu sistemi hakkında yasal düzenlemeler yapılmıştır (106).

Belçika'da uygulama bu tip sistemlerin hem dolandırıcılık hem de kumar suç tiplerini gerçekleştirdiğine karar vermiştir (107).

(103) Ayrıntılar için bkz. **Bläse**, 124, 171

(104) **Arzt**, 520, 523

(105) Bu kanundan önce Fransa'da öğretide bazı yazarların bu fiillerin dolandırıcılık suçunu oluşturmadığını savunmalarına rağmen, Fransız Yüksek Mahkemesi bu fiillerin dolandırıcılık olduğuna karar vermiştir, *Juris Classeur pénal*, c. III, m. 405, n. 199, **Dönmezer**, 377, dn. 40'dan

(106) **Raube**, 4, 5

(107) Benzer durum Hollanda bakımından da geçerlidir, **Raube**, 5, 6; Diğer bazı ülkeler için bkz. **Möhrenschlager**, 192

TÜRK HUKUKU

Türk Hukuku'nda bu konuyu içeren açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide bu konunun ayrıntılı olarak tartışılmadığı görülmektedir. Dönmezer dolandırıcılık suçunu ele aldığı bölümde kartopu sözleşmelerine de değinmektedir. Yazara göre bu tür satışlarda, satıcı müşterilerden herhangi bir şey saklamadığından başlangıçta bir hile söz konusu olmamakla beraber, satıcının yükümlülüğünü artık yerine getiremeyeceği bir anın gelmesi kesindir. "Demek oluyor ki, ortada kısmen gerçek, kısmen ise hayali bir teşebbüs vardır. Bu gözlemin sonucu şu olmaktadır ki, satıcı yükümünü yerine getiremediği anda dolandırıcılık cürmü teessüs etmiş olur" (108). Gerçekten de, "bu tür satışlarda "geometrik silsile" gereğince artış dolayısıyla satıcının bir süre sonra yükümlerini yerine getirebilmesine imkân yoktur" (109). Demirel de aynı görüştedir: Sistemin belli bir noktadan sonra tıkanması kesin olduğuna göre, sisteme sonradan katılan kimselerin zarar göreceği açıktır. "Bu vaziyetin "karşısındakinin hulus ve saffetinden (iyinietinden) bilistifade kendisine haksız (karşılıksız) bir menfaat temininden" ibaret olduğu aşikârdır" (110).

Uygulamada ise bu konuda Yargıtay kararına konu olan bir kaç olay görülmektedir. Bunlardan ilki 1971 tarihli bir kararda ele alınmıştır. Buna göre "sanık, evren organizasyon adı ile iştirakçilere gönderdiği broşürle birlikte gönderilen listenin 1. sırasındakine 15 lira ve ayrıca (evren organizasyon) adresine 7,5 lira gönderilmesi halinde listenin 1. sırasına gelindiğinde toplam 10.935 lira kazanabileceğini" garanti etmektedir. Yargıtay sözkonusu olayda "her ne kadar broşürde katılanlara yönelik olarak sistemi aksatmadan sürdürmeye çalışmak şeklinde bir uyarma varsa da, uygulamada bunu sonuna değin düzenli sürdürmenin olanaksızlığı, böyle bir parayı oyuna katılanların tamamının kazanmasına yer vermeyeceği, tertibi kuranın bunu garanti edeceğine değin bir koşul da ileri sürülmemiş olmasına göre, vadin aldaticı nitelikte bulunduğu ve sonuç olarak hile ve sania unsuru taşıdığı açık olup eline liste ve broşür gelenlerin, bu vaade kanarak oyuna katılmış oldukları, sa-

(108) Dönmezer, 378

(109) Dönmezer, 377; Gloy-Helm, 820

(110) Demirel, 148

nığın bundan menfaat ve hatta 35 günde kuruma 13.400 lira kadar haksız bir kâr sağladığı bilirkişice saptanmış bulunduğundan eylem dolandırıcılıktır" şeklinde karar vermiştir (111).

Türk Hukuku'nda son zamanlarda bu konunun ayrıntılı olarak değerlendirilmesi Ceza Genel Kurulu'nun Titan olayı ile ilgili verdiği kararda yapılmıştır (112). Bu olayla ilgili olarak Kadıköy 2. Asliye Ceza Mahkemesi 15.6.1998 tarihinde, sanıkların dolandırıcılık suçundan dolayı cezalandırılmasına karar vermiş, Yargıtay 6. Ceza Dairesi de bu kararı esas noktalarında onaylamıştır.

Ancak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı bu karara karşı itiraz yoluna başvurmuştur. Yargıtay Başsavcılığı'nın gerekçesi "şikâyetçilerin TITAN (113) isimli kuruluşun, yakınlarının ve arkadaşlarının aracılığıyla hafta sonu yapılan toplantılara katıldıkları, görevli kişilerce kendilerine sistemin işleyişi hakkında bilgi verildiği, üye getirdikleri ölçüde para kazanacaklarının başvuru formunda açıklandığı, istedikleri takdirde belirtilen parayı hibe ederek sisteme katıldıkları, kabul başvurusunda belirtilen koşulların ayrıntılı düzenlendiği, gizlilik anlaşmasının sistemin tanıtıldığı kişilere imzalatıldığı, üye olma amacı taşımayan kişilere başvuru formunun imzalatılmadığı, taraflar arasındaki ilişkinin hukuki boyutta değerlendirilmesi gerektiği, dolandırıcılık suçunun unsurlarının oluşmadığı" yönündedir.

Karara konu olayda "(Hakan KŞ)'nin Titan Uluslararası Bilgi İşlem ve Matematiksel Kazanç Sistemleri Danışmanlık Hizmetleri" adı ile sistemi kurup, para toplamak ve organizasyonda görev alacak kişileri saptadığı, kurucu olarak kendisine Titan ve Türkiye Direktörü payesini verdiği, lüks yerlerde yemekli ve müzikli toplantılar düzenlendiği, toplantıya katılanların kendi araçlarıyla toplantıya katılmaları ve toplantıdan hemen sonra yine araçlarıyla kimse ile görüşmeden ayrılmalarının sağlandığı, yapılan konuşmalarla 26 ülkede organize oldukları, iflas etmelerinin sözkonusu olmayacağı şeklinde telinde

(111) 6. CD., 4.11.1971, 6032/5940, **Selçuk**, 234, 235'den. Aynı yönden nisbeten yeni bir karar için bkz. 6. CD. 17.6.1980, 4569/4644, **Selçuk**, 234'den.

(112) Karar özet olarak yayınlanmıştır, bkz. **Savaş/Mollamahmutoglu**, 5475 vd.

(113) Almanya'da da eskiden beri bulunan diğer sistemlerin yanısıra son zamanlarda "Titan" isimli bir sistemin de çıktığı belirtilmektedir. Bu şirket hakkında Mecklenburg-Vorpommern eyaletinde Temmuz 1996'da büyük bir soruşturma başlatıldığı aktarılmaktadır, bkz. **Weitemeier/Große**, 787, 790

bulunulduğu, üyelere gizlilik anlaşması imzalatıldığı, kabul başvurusunda uluslararası bir yapılandırma içinde olduklarını gösterecek şekilde "DATA ADMINISTRATION SERVICES DAS AG merkezi Zug-İsviçre tarafından yönetilen TITAN INTERNATIONAL" başlığını kullandıkları, gizlilik anlaşması ile organizasyon hakkında kişilerin birbirlerini bilgilendirmeleri engellenip, konuşulanların gizli kalmasının sağlandığı, konuşmacılara çeşitli matematiksel tablolar ve işlemlerle üye olduklarında çok para kazanacakları yönünde telkin ve açıklamalarda bulunulduğu, kendi servetlerinden örnekler verilerek bu sistemin çok kazançlı bir sistem olduğu düşüncesinin katılanların zihninde oluşturulduğu, üye olmaya karar verilenlere hemen form imzalatılarak alkışlarla, titanlı olduğu belirtilerek tebrik edildiği ve kendisine lider ünvanı verildiği, tahsil edilen paraların Titan, Direktör, sistem müdürü, sistem müdür yardımcısı, sistem danışmanı, sistem yöneticisi lider ve data arasında paylaştırıldığı, bu şekilde katılımcının inceleme ve araştıma eğiliminin etkisiz hale getirildiği, bu organizasyon içinde (Hakan KŞ)'nin Titan ve direktör, (Fevzi BŞ)'nin İstanbul sistem müdürü, (Ahmet HB)'nin İzmir sistem müdürü, (Sadık SG)'nin sistem müdür yardımcısı, (Levent G), (Rene Emil Herbert P) ve (Thorsten R)'nin data adına toplantılara katılıp, bu kuruluş adına faaliyet yürüttükleri, üye kayıtlarını tutturdukları ve kuryelik yaptıkları" tespit edilmiştir.

Yüksek Mahkeme "bu sanıkların eylem birliği içerisinde hile ve desiselerle mağdurların fikri faaliyetlerini etkiledikleri, onlarda psikolojik bir körlük yarattıkları, matematiksel işlem ve tablolarla üyelere hatalı bir inanç meydana getirdikleri, çok para kazanılacağı vaadi, yüksek volümlü müzik, devamlı alkışlarla katılımcıların sağlıklı düşünme yeteneğinin ortadan kaldırıldığı, oluşan hatalı inanç ve kanaatin devamının sağlandığına" dikkat çekmektedir (114). "Belirtilen sanıkların, toplantıya katılmalarından üye olunmasına kadar-

(114) Almanya'da da polis bu tip toplantılar öncesinde katılımcıları uyarıcı nitelikli broşürler dağıtmakta ve fakat psikolojik olarak mükemmel hazırlanan, sistematik bir şekilde düzenlenen tanıtıcı toplantılar sonrasında bu uyarıların arka planda kaldığı gözlenmektedir. Kolayca para kazanılacağı yolundaki telkinler ve büyük para olanaklarının bulunduğu şeklindeki ifadeler, bütün tereddütlerin aşılmasını sağlamakta ve akılcı düşüncenin geriye atılmasına neden olmaktadır. Almanya'daki TITAN şirketi ile ilgili olarak Rostock Savcılığının başlattığı soruşturmada da, saatlerce süren tanıtma toplantılarında akılcı psikolojik ve edebî manipulasyonlarla kişilerin bu sisteme katılmaya ikna edildiği ileri sürülmektedir. Bu arada belirtelim ki, Almanya'daki TITAN sisteminin işleyişi Türkiye'deki sistem ile benzerlikler göstermektedir. İlk orada da katılım ücreti olarak çok yüksek miktarlar

ki zaman içerisinde ustaca hazırlanmış mizansen ve yalanlarla mağdurları kandırdıkları anlaşılmıştır".

Yüksek Mahkeme bu fiili tespitlerden sonra, piramitsel oyunların özelliğini vurgulamaktadır: "Kullanılan hile ve desisenin mağdurların buldukları sübjektif durum nazara alındığında kandırıcı nitelikte olduğu, sanıkların gerçek durumu açıklamadıkları zira, sistem gereği zincirin halkaları genişledikçe üye temin etmenin zorlaşacağı, belli bir müddet sonra üye temininin imkânsız hale geleceği ve sistemin bu aşamada çökeceği, son üye olanların bu işleyiş içerisinde para kazanma olanağının bulunmadığı, bu durumun bilinçli olarak gizlendiği, bu eylemler nedeniyle mağdurlar zarara uğratarak sanıkların haksız kazanç elde ettikleri ...anlaşılmıştır".

Ceza Genel Kurulu öğretide ve karşılaştırmalı hukukta hile ve desise ile ilgili olarak iki eğilim bulunduğuna dikkat çekmektedir: Bir eğilime göre "...gizlemek suretiyle başkasında yanılgıya dayalı bir inanç meydana getirmek veya mevcut yanılgılı inancı korumayı sağlamaya yönelik hareketler hile ve desise niteliğindedir. Diğer eğilim ise soyut yalanın suç teşkil etmeyeceği, yukarıda belirtilen hareketlere, muhatabın inceleme ve araştırma eğilimini etkisiz hale getirecek bir takım dış hareketlerin de eklenmesi gerektiğine ilişkin olup, bu görüş "sahneye koyma" (mise en scene) olarak adlandırılmaktadır. Bu görüşe göre dolandırıcılık suçunun oluşması için sanığın aktif bir eylemi gerekir. Hal ve koşullara göre doğru bir açıklamanın haklı olarak beklendiği hallerde, olaya ilişkin yalan açıklamalarda bulunarak mağdurun inceleme eğilimini etkisiz hale getiren aktif hareketlerle suç oluşur". Yüksek Mahkeme'ye göre kanunumuzun sisteminde "mağdurun inceleme eğilimini etkisiz kılacak nitelik taşıyan her türlü dış hareket hile ve desise teşkil edebilir. Bu kabulün

talep edilmektedir (5000 DM). Keza toplantıların gizliliği noktasında da açık benzerlik söz konusudur: Tanıtım toplantıları öncesinde bir giriş yapılmakta ve burada "güvenlik sözleşmesi" imzalanmaktadır. Bu sözleşmede oyuna katılmayı kabul edenler devam hususunda kendilerini yükümlü kılmakta ve tanıtım toplantılarını gizli tutma sözü vermektedirler. Oyuna katılanlar bilahare mümkün olduğunca fazla sayıda yeni katılımcı ikna edebilmek konusunda eğitilmektedir. Bu kişilerin bulunduğu yeni katılımcılardan alınan 5000 Mark'ın 1000 Mark'ı bulan kişiye kalmaktadır. Bu suretle 5 yeni katılımcı bulan kişi kendi koyduğu parayı çıkarmış olmaktadır. Geri kalan 4000 Mark da yerel yöneticilerden üst yöneticilere ve firmanın kendisine kadar uzanan bir yelpaze içinde dağıtılmaktadır. *Weitemeier/Große*, 790, 791. Planlanmış sürekli alkışlarla katılımcılarda oyunun çok büyük kazançlar getirdiği izleniminin uyandırılması, Almanya'da da uygulanmaktadır, bkz. *Müller/Wabnitz/Janovsky*, 220.

sonucu olarak belirtilen hareketler sonsuz şekilde gerçekleştirilebilir. Yazılı ve görsel ilanlarla, sözlü açıklamalarla yalanların onaylanması, yazılı yalanların kullanılması, diğer belirli bazı hareketlerle gerçeğin gizlenerek sahte film, raporlar ve vesikalar gösterilerek merhamet çekilmesi hallerinde de hile ve de-sise sözkonusudur". Ceza Genel Kurulu Dönmezer'in yukarıda işaret etmiş bulunduğumuz görüşüne de atıf yapmaktadır: "Bu bağlamda "geometrik sil-sile" gereğince artış dolayısıyla vaadedenin bir süre sonra yükümlülüklerini yerine getirememesi halinde dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmayacağı öğ-retidede tartışılmış, vaadedenin gelecekte yükümlülüklerini yerine getiremeye-ceği kaçınılmazsa, hayali bir girişim sözkonusu olduğundan, yükümlülüğün yerine getirilemediği anda dolandırıcılık suçunun oluşacağı kabul edilmiştir".

Sonuç olarak Yüksek Mahkeme fiilin hukuki ihtilaf boyutunu aşmış, ceza hukuku alanına geçtiği ve dolandırıcılık suçunu oluşturduğu kanaatine var-mıştır (115).

Kanımızca, dolandırıcılık suçunun gerçekleşebilmesi için failin hile ve de-siselerle mağduru hataya düşürmesi gerektiğine göre, piramitsel olaylarda somut olaya göre bu unsurların mevcut olup olmadığının araştırılması gere-kir. Olayın tüm ayrıntılarıyla açıklandığı bir piramitsel oyunda Türk Hukuku'na göre ister kendiliğinden işleyen bir sistem olsun, ister bir organizatörün dü-zenlediği bir sistem, dolandırıcılık suçunun gerçekleştiğini kabul etmek müm-kün olmaz. Burada dikkat edilmesi gereken husus, pazarın daralmasından kaynaklanacak tikanıklar noktasında katılımcıların açık bir biçimde bilgilendi-rilmesidir. Zira gerçekleri gizlemek suretiyle de dolandırıcılığın işlenebileceği öğ-retidede kabul edilmektedir. "Dolandırıcılık suçunun oluşması için failin ger-çek dışı olayları ortaya koyması yanında, gerçeklerin gizlenmesi de aynı önemdedir. Gizleme ile, fail mağduru zarara sokmak için bu bulguları mağ-durun bilgisi dışında tutmakta veya ortaya çıkarmamaktadır" (116). Bu itibar-la oyunun geleceği ve dolayısıyla oyunun işleyişi hususunun tam olarak açık-lanmaması halinde dolandırıcılık suçunun gerçekleştiğini kabul etmek gere-kecektir. Yukarıda verdiğimiz örnekten de anlaşılacağı üzere her yeni katılımcının sadece 4 kişi bulması esasına dayanan bir oyunda bile, zincirin her hal-kasında bulunması gereken yeni katılımcı sayısı inanılmaz bir hızda artmak-tadır. Dolayısıyla bu tip bir sayıda yeni katılımcıya ihtiyaç duyulan bir oyun-

(115) CGK, 24.11.1998, 6-280/359 (itirazname, 82433)

(116) Önder, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, 374.

da, hiç bir açıklama yapılmaksızın bu sayının olanaklı gösterilmesi veya bu konuda hiç bir kritiğin yapılmaması veya bu hususa hiç değinilmemek suretiyle gizlenmesi durumunda dolandırıcılık gerçekleşecektir. Nitekim yukarıdaki kararında da çok açık bir şekilde ifade edilmese de Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararında esas aldığı husus, bütün gerçeklerin tam bir açıklıkla ifade edilmemesi, sistemin tıkanacağı hususunun saklı tutulmasıdır.

Buna karşılık oyunun tüm ayrıntılarıyla açık bir şekilde açıklandığı ve yeni katılımcının oyunun hangi aşamasında oyuna dahil olduğunun bildirilmesi durumunda artık dolandırıcılık suçunun gerçekleştiğinden söz etmek olanaklı olmaz. Bu takdirde kanaatimizce fiil herhangi bir suç oluşturmaz.

Bu noktada ele alınması gereken bir mesele de sisteme katılıp da yeni iştirakçiler bulan kimselerin sorumluluğunun nasıl olacağıdır. Gerçekten de yukarıdaki Genel Kurul kararında organizatörlerin cezalandırıldığı dikkat çekmektedir. Katılımcılar ile ilgili olarak ise Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı bazı sanıkların "organizasyonla herhangi bir ilgilerinin bulunmadığı, toplantılarda bilgi vermedikleri, sistem içerisinde kendi menfaatlerine çalıştıkları anlaşılmış ve beraat kararı verilmiş, yüksek dairece sanıkların cezalandırılması gerektiği belirtilerek hüküm bozulmuştur. Bu durumun kabulü sistem içinde yer alan diğer üyelerin cezalandırılması gerektiği sonucunu doğurur" gerekçesiyle itiraz etmiştir. Buradan çıkan sonuç, Başsavcılığın diğer üyelerin cezalandırılmayacağını savunduğudur. Genel Kurul ise fiili durumun açıklığa kavuşturulması gerektiğini ifade etmektedir: "Sanıklar EK ve SD'nin hukuki durumlarının incelenmesinde, her iki sanığın sisteme başlangıçta para ödeyerek katıldıkları, sistem içinde yükselerek para kazandıkları, mağdurları kandırmaya yönelik bir davranışta bulunmadıkları yönündeki ısrarlı ve değişmeyen savunmaları nazara alınarak, sanıkların üye yaptıkları kişiler saptandıktan sonra gerektiğinde bu kişilerin bilgilerine de başvurulmak suretiyle, bu kişilere karşı kandırıcı nitelikte davranışlarının bulunup bulunmadığı belirlenerek, mevcut kanıtlar bu çerçevede değerlendirildikten sonra sanıkların hukuki durumlarının tespitinde zorunluluk bulunmaktadır". Bu durumda kanımızca Yargıtay da yukarıda fail-mağdur ile ilgili olarak açıkladığımız görüşler çerçevesinde, kendisi bizzat organizatör olmamakla beraber yeni katılımcı bulan kimselerin de yukarıda belirtilen koşullar çerçevesinde dolandırıcılık suçundan cezalandırılmasının olanaklı olduğunu açıklamış bulunmaktadır.

Bu konuyla yakından ilintili olarak, Ceza Genel Kurulu piramitsel oyunlardaki fail-mağdur ilişkisine de değinmektedir: "Bir kısım mağdurların baş-

langıçta ödedikleri katılım bedelini daha sonra kendilerinin de üye bulmak suretiyle zararlarının giderilmiş olmasının sanıklar açısından oluşan suçtu ortadan" kaldırmayacaktır.

SONUÇ

Piramitsel oyunlar cezalandırılmalıdır. Gerçekten de bu oyunların cezaya layıklığı hususunda tereddüt olmaması gerekir. Katılımcılar yüksek kazanç vaadlerine inanmakta ve fakat koşulların kolayca gerçekleşip gerçekleşemeyeceği hususunda düşünmemekte/düşündürülmemekte, kısa yoldan kolayca zengin olabileceklerine inanmaktadırlar. Ancak evdeki hesap çarşıya uymamaktadır. Belki ilk katılımcılar yeterli sayıda yeni katılımcı bulabilmekte ve bu bir müddet böylece devam etmekte ise de, belli bir süre sonra zincirin kopacağında şüphe yoktur. Zincir kopmasa bile sistemin gereği olarak pazarın bir yerde tıkanması mukadderdir, zira zincirin yapısı gereği çığ gibi büyüyen ve alt köşeleri çok büyük ölçüde genişleyen piramidin belli bir yerde tıkanacağı açıktır. Bu itibarla özellikle sisteme son zamanlarda dahil olan katılımcılar, bu durumdan haberdar olmadıklarından yeni katılımcı bulma şansına sahip olamamakta ve böylece de zorunlu olarak kayıp durumu ile karşı karşıya kalmaktadırlar. Bu oyunlarla mücadelede özel hukuk hükümleri yeterli değildir. Bu itibarla ceza hukukunun bu konuda müdahalesi şarttır.

Ancak mesele Türk Hukuku açısından ele alındığında bu oyunların hangi hükümler gereğince cezalandırılacağı noktasında tıkanmaktadır. Uygulama Yüksek Mahkememiz yaklaşık 30 yıllık bir süreç içinde değişik tarihlerde vermiş olduğu üç kararında da dolandırıcılık suçunun oluştuğunu açıklamıştır. Bununla beraber organizatörlerin pazarın daralması ihtimaline işaret etmesi ve hatta yeni katılımcıya oyunun hangi aşamada olduğunun bildirilmesi durumunda, dolandırıcılık suç tipinin uygulanmaması dolayısıyla bu fiillerin cezasız kalma durumuyla karşı karşıya kalınabilir. Bu itibarla bu fiilin cezalandırılmasında suç politikası gerekliliklerinin görülmesi halinde ayrı, müstakil bir düzenleme yapılması kaçınılmaz gözükmektedir. Keza tipikliğin dışında yukarıda işaret ettiğimiz iştirak, teşebbüs, mağdurların tespiti gibi konularda sorun çıkmaması bakımından, piramitsel oyunların ceza kanunlarındaki dolandırıcılık suç tipine göre değil de, ayrı özel bir hükümlerle cezalandırılmalarının yarar bulunmaktadır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- ACHENBACH, Hans, "Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", NJW 1986, S. 1835-1841
- ARZT, Gunther, "Lehren aus dem Schneeballsystem", Festschrift für Koichi Miyazawa, Baden-Baden 1995, S. 519-531
- ARZT, Gunther/WEBER, Ulrich, Strafrecht, Besonderer Teil, LH 3: Vermögensdelikte (Kernbereich), 2. B., Bielefeld 1986
- BAUMBACH, Adolf/
HEFERMEHL, Wolfgang, Wettbewerbsrecht, 19. B., München 1996
- BERTEL, Christian/
SCHWAIGHOFER, Klaus, Österreichisches Strafrecht, BT I, 5. B., Wien New York 1998
- BLÄSE, Joachim, Die strafrechtliche Erfassung von Schneeballsystemen, insbesondere Kettenbrief- und System der progressiven Kundenwerbung. Diss. Stuttgart 1997
- BRUNS, Hans-Jürgen, "Neue Gesichtspunkte in der strafrechtlichen Beurteilung der modernen progressiven Kundewerbung", in: Gedächtnisschrift für Horst Schröder, München 1978, S. 273-288
- DEMİREL, Hakkı, "Kartopu Satışı", A.Ü. Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, Haziran 1956, S. 142-151
- DÖNMEZER, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 14. B., İstanbul 1995
- FOREGGER, Egmont/
FABRIZY, Ernst Eugen, Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 7. B., Wien 1999
- Von GAMM, OTTO-FRIEDRICH, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. B., Köln, Berlin, Bonn, München 1993
- GLOY, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 2. B., München 1997 (Gloy-Yazar)

- GRANDERATH, Peter, "Strafbarkeit von Kettenbriefaktionen" wistra 1988, S. 173-177
- GUTACHTEN 2/1987 Werbung für ein Kettenbriefssystem, Gutachterausschuß für Wettbewerbsfragen, in: WRP (Wettbewerb in Recht und Praxis) 5/88, S. 337
- KÖHLER, Helmut/
PER, Henning, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, PI-München 1995
- LAMPE, Ernst-Joachim, "Strafrechtliche Probleme der" progressiven Kundenwerbung", GA 1977, S. 33-35
- LAMPE, Ernst-Joachim, Anm. Zu BGH 34, 171, JR 1987, 383-385
- MAURACH, Reinhart/
SCHROEDER, Friedrich-Christian/
MAIWALD, Manfred, Strafrecht, BT I, 8. B., Heidelberg 1995
- MAYERHOFER, Christoph, Das österreichische Strafrecht, Erster Teil, Strafgesetzbuch, 5. B., Wien 2000
- MÖHRENSCHLAGER, Manfred, "Anmerkung zum LG Fulda Beschluß vom 15.12.1983", wistra 1984, 191, 192
- MÜLLER, Rudolf/
WABNITZ, Heinz-Bernd/
WANOVSKY, Thomas, Wirtschaftskriminalität, 4. B., München 1997
- OTTO, Harro, "Geldgewinnspiele und verbotene Schneeballsysteme nach §6c UWG", wistra 1997, S. 81-89
- ÖNDER, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. B., İstanbul 1994
- ÖNDER, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994
- RAUBE, Ralf, Strafrechtliche Probleme der progressiven Kundenwerbung unter besonderer Berücksichtigung von Kettenbriefen, Pfaffenweiler 1995

- RICHTER, Hans, "Strafloses Betreiben eines Kettenbriefsystems?", wistra 1987, S. 276-278
- RICHTER, Hans, "Kettenbriefe doch straflos?", wistra 1990, S. 216-218
- SAVAŞ, Vural/
MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, 4. Cilt, Ankara 1999
- SCHÖNKE/SCHRÖDER, Strafgesetzbuch, 25. B., München 1997
(Schönke/Schröder/YAZAR)
- SCHLÜCHTER, Ellen, Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Heidelberg 1987
- SELÇUK, Sami, Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar, Ankara 1986
- SONNEN, Bernd-Rüdeger, "Kettenbriefaktion als unerlaubtes Glücksspiel", JA 1987, S. 108-111
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 1997
- SÖZÜER, Adem, "Tehdit Suçu", LÜHFM C. 54, 1991-94, Sayı 1-4, S. 125-146
- TRÖNDLE, Herbert/
FISCHER, Thomas, Strafgesetzbuch, 49. B., München 1999
- VOLMER, Bernhard, "Das Schneeballsystem", in: GRUR (Gewerlicher Rechtsschutz und Urheberrecht) 1953, S. 196-199
- WEBER, Ulrich, "Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WlKG), NStZ 1986, S. 481-488
- WEITEMEIER, Ingmar/
GROBE, Wolfgang, "System-und Kettenspiele", in: Kriminalistik 12/96, S. 787-791

KAMBIYO SENETLERİNE İLİŞKİN HACİZ YOLUYLA TAKİPLERDE BORCA İTİRAZ SEBEPLERİNİN İNCELENMESİ (İLY. MAD. 169/a)

Talih UYAR (*)

Borçlunun, İLY.mad. 168/5 uyarınca yaptığı "borca itiraz"ın Tetkik Mercii'nce ne şekilde inceleneceği İLY. mad.169 a (**)'da düzenlenmiştir.

I-Borçlunun İLY.mad.168/5'e göre başvuruda bulunması üzerine, Tetkik Mercii, "itiraz sebeplerinin incelenmesi için" iki tarafı da -en geç- 15 gün içinde belirleyeceği duruşmaya çağırır (mad.169a/1,c.1) (1).

Ancak hemen belirtelim ki, bu hükme her uyumsuzlukta uyulduğu söylenemez. Tetkik Mercii'ndeki duruşmaların çokluğu, çoğu kez, açılan bir davanın duruşmasının 15 gün sonraya konmasını engellediği gibi, **Tebligat Tüzüğü'nün 12. maddesi** gereğince "başka bir ilin sınırları içinde yapılacak tebligatların ilgisine ulaşması için tebliğ evrakının PTT. idaresine, bir aydan da-

(*) **Avukat**

İtirazın incelenmesi

(**) **MADDE- 169 a:** "Merci hakimi, itiraz sebeplerinin tahkiki için iki tarafı, en geç onbeş gün içinde duruşmaya çağırır. Hakim, duruşma neticesinde borcun olmadığını veya ifa veya imhal edildiğinin resmi veya imzası ikrar edilmiş bir belge ile ispan halinde itirazı kabul eder.

Merci hakimi, borçlunun itiraz dilekçesine ekli olarak ibraz ettiği belgelerden borcun ifa veya imhal edildiği veya senedin metninden zamanaşımına uğradığı kanaatine varırsa, daha evvel itirazın esası hakkındaki kararına kadar icra takibinin muvakkaten durdurulmasına karar verebilir.

Borçlunun ibraz ettiği belge altındaki imza alacaklı tarafından inkar edilirse, merci hakimi 68 a maddesindeki usule yapacağı inceleme neticesinde imzanın alacaklıya ait olduğuna kanaat getirdiği takdirde borçlunun itirazının kabulüne karar verir ve alacaklıyı sözü edilen belgenin talluk ettiği değer veya miktarın yüzde onu oranında para cezasına mahkum eder. Alacaklı birinci fıkraya gereğince çağrıldığı duruşmaya gelmediği takdirde merci hakimi alacağın itiraz edilen kısmı

ha uzun süre önce (köyde veya aynı ilin diğer bir kazasında tebligat yapılacaktır) onbeş günden daha uzun süre önce) teslimi" gerekmektedir.

Duruşma gününün bu kadar yakın saptanmasının nedeni, Tetkik Mercii'nin borçlunun sunduğu belgelere göre, borçluyu haklı görmesi halinde -örneğin; borçlu "zamanaşımı itirazında" bulunmuş ve mercii hakimi de takip konusu yapılan senedin vade tarihine göre zamanaşımına uğradığını görmüşse borçlu - şirket, "takip konusu senedin yetkisiz temsilci tarafından imza edilmiş olduğunu" ileri sürmüş ve ticaret sicilinden getirilen "imza sirküleri ile şirket anasözleşmesi gereğince şirketin iki imza ile temsil edilebileceği" öngörülmüş olmasına rağmen, senedin tek yetkili tarafından imza edilmiş olduğu görülürse; alacaklı "senetlerdeki kayda dayanarak, % 20 g i d e r vergisinin de borçludan alınması için" takip yapmış ancak borçlu buna itiraz etmişse vb. -"icra takibinin geçici olarak durdurulmasına" karar vermesini sağlamaktır. Gerçekten borçlunun Tetkik Mercii'ne başvurarak "borca itiraz"da bulunması, hakkındaki icra takibini -"satış" hariç- durdurmaz

İçin icranın muvakkaten durdurulmasına karar verir. Bunun üzerine alacaklı en geç altı ay içinde merci önünde duruşma talep ederek makbuz altındaki imzanın kendisine ait olmadığını ispat etmek sureti ile, takibin devamına karar alabilir. Merci imzanın alacaklıya ait olmadığına karar verirse borçluyu, sözü edilen belgenin taalluk ettiği değer veya miktarın yüzde onu oranında para cezasına mahkum eder.

Merci hakimi, borçlunun zamanaşımı itirazını alacaklının ibraz ettiği kambiyo senedindeki tarihe göre varit görür ve alacaklı da zamanaşımının kesildiğini veya tatil edildiğini resmi veya imzasız olarak edilmiş bir belge ile ispat edemezse, itirazın kabulüne; aksi halde reddine karar verir.

İtirazın kabulü kararı ile takip durur. Alacaklının genel hükümlere göre dava açmak hakkı mahfuzdur. Alacaklı genel mahkemede dava açarsa inkar tazminatı ve para cezasının tahsili dava sonuna kadar tehir olunur ve bu davayı kazanırsa hakkında verilmiş olan inkar tazminatı ve para cezası kalkar.

Borçlunun itirazının kabulü halinde alacaklı, bu talebin reddi halinde borçlu diğer tarafın isteği üzerine yüzde kırktan aşağı olmamak üzere tazminata mahkum edilir. Borçlu, menfi tespit ve istirdat davası açarsa yahut alacaklı genel mahkemede dava açarsa, hükmolunan tazminatın tahsili dava sonuna kadar tehir olunur ve dava lehine sonuçlanan taraf için, daha önce hükmedilmiş olan tazminat kalkar.

İtirazın reddi kararının temyizi hiçbir icra muamelesini durdurmaz. Şu kadar ki borçlu 33. maddenin 3 üncü fıkrasına göre teminat gösterirse icra durur."

(1) Bknz: İleride dipn. 14,15 civarı

(İ.Y.mad.169 c.2) (2). İşte mercii hakimi, borçlunun, itiraz dilekçesine eklediği belgelerden **borcun itfa edildiğini** (ertelendiğini) veya kambiyo senedinin metninden borcun zamanaşımına uğradığını görürse, o zaman, duruşmadan evvel (yani henüz on günlük ödeme süresi geçmeden) *icra takibinin geçici olarak durdurulmasına* karar verebilecektir (İ.Y.mad.169/II) (3) (4). Tetkik Mercii hakimi, s a d e c e "*borcun itfa edildiğini*", "*borcun imhal edildiğini*" veya "*borcun zamanaşımına uğradığını*" görürse mi "**icra takibinin geçici olarak durdurulmasına**" karar verecektir? Yasanın sözcüklerine (İ.Y.mad. 169 a/II) bakarsak, bu soruyu "evet" şeklinde cevaplandırmamız gerekecektir. Halbuki, bilindiği gibi borçlu İ.Y.mad. 168/5 gereğince "yetki itirazını" da, diğer "borca itiraz" sebepleri gibi Tetkik Mercii'ne bildirmek zorundadır. Borçlunun "*yetki itirazı*"nda bulunması üzerine Tetkik Mercii hakimi, senet metninden "takibin yapıldığı icra dairesinin yetkili olmadığını" görürse, "icra takibinin geçici olarak durdurulmasına" karar veremeyecek midir? **Kanımızca**, bunda kuşkuya düşmemek gerekir (5) (6). Bu duraksama, İ.Y.mad. 168/5'de değişiklik yapıp "yetki itirazı"nın da 'borca itiraz' sebepleri gibi Tetkik Mercii'ne bildirileceği" hükme bağlanırken, buna paralel bir değişikliğin İ.Y.mad. 169a/II'de yapılmamasından -yapılmasının unutulmasından- kaynaklanmaktadır...

-
- (2) Ayrıntılı bilgi için Bknz: UYAR, T. İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri, sh:868 vd.
- (3) Bknz: İ.Y.mad.169 a'ya ait 538 sayılı yasa ile yapılan değişiklik ile ilgili *Hükümet Tasarısı Gereği* (UYAR, T. Gereği Notlu İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu, C:4, sh:5035)
- (4) Bknz: 12. HD. 17.2.1976 T. 11333/1569; 8,10,1970 T. 8983/988; 6.12.1968 T. 8974/11474
- (5) Aynı görüşte: KURU, B. İcra ve İflas Hukuku, C:2, sh: 1698, dipn.498 b
- (6) Eylül/1999 tarihinde İcra ve İflas Yasasında yapılacak değişiklikleri belirlemek üzere Adalet Bakanlığında oluşturulmuş olan -bizim de katıldığımız- komisyon "*Tetkik Mercii'nin sunulan belgelerden borçlunun 'borçlu olmadığı' kanısına varması haline ek olarak 'takip konusu senede göre icra takibinin yapıldığı yerin yetkili olmadığını' saptaması halinde icra takibinin geçici durdurulmasına karar verebilmesi mümkün hale getirilmiştir*" gereği ile, maddenin 2. fıkrasının. "*Tetkik Mercii hakimi, borçlunun itiraz dilekçesine ekli olarak ibraz ettiği belgelerden borcun itfa veya imhal edildiği veya senedin metninden zamanaşımına uğradığı veya borçlunun borçlu olmadığı yahut icra dairesinin yetkili olmadığı kanaatine varırsa, daha evvel itirazın esaslılığındaki kararına kadar icra takibinin geçici durdurulmasına karar verebilir*" şeklinde değiştirilmesini önermiştir.

Mercii hakimi, "geçici durdurma kararı" verirken borçlunun istemi ile bağlı olmayıp, bu hususta kendiliğinden de karar verebilir. Çünkü burada ya-
sa "borçlunun istemi" koşuluna yer vermemiştir (7). İcra hakiminin takdirine
bağlı olan bu "geçici durdurma kararı" bir i h t i y a t i t e d b i r niteliğinde
olup (8), borçlunun itirazını kanıtlamak için sunduğu belgelerin altındaki im-
zanın henüz alacaklıya ait olup olmadığı anlaşılmeden önce verilen bir karar-
dır (9).

Verilen "takibin geçici olarak durdurulması kararı"nın hükmü, Tetkik Mer-
cii'nin, itirazın esası hakkındaki kararına kadar devam eder (10) (11). Tetkik
Mercii, "borçlunun itirazının reddine" karar verirse, red kararının kesinleşme-
si beklenmeden alacaklı, takibe devam edilmesini isteyebilir. Örneğin, ala-
caklı hacizli malın satılmasını isteyebilir. Bu durumda "temyiz, satıştan başka
icra muamelelerini durdurur" hükmünü içeren İ.Y.mad.364/III değil, "itirazın
reddi kararının temyizi, hiçbir icra muamelesini durdurmaz" şeklinde hüküm
içeren ve özel hüküm niteliğinde bulunan İ.Y.mad.169 a/VII uygulanır (12)...

Tetkik Mercii'nin bu kararını temyiz eden borçlu, ancak İ.Y.mad.33/III'e
göre -Tetkik Mercii'ne- teminat göstererek, satışı durdurabilir
(İ.Y.mad.169a/VII)...

İ.Y. mad.169 a/II uyarınca verilen "takibin geçici olarak durdurulması ka-
rarı" -İ.Y.mad.363'de sayılan kararlardan olmadığından ve ayrıca nihai karar
niteliğinde bulunmadığından- temyiz edilemez (13).

İ.Y. mad. 169 a/II uyarınca Tetkik Mercii "icra takibinin geçici olarak dur-
durulmasına" karar vermezse, takip devam eder yani, alacaklı Tetkik Mer-

(7) POSTACIOĞLU, İ. İcra Hukuku, sh: 702 - KURU, B. age, sh: 1698

(8) Bknz: 12. HD. 3.5.1988 T. 7904/5940 - 8.10.1970 T. 8983/988

(9) KURU, B. age, sh: 1699 - ÜSTÜNDAĞ, S. İcra Hukuku, sh:467 - DOMANIÇ, H. Kıymetli Ev-
rak Hukuku ve Uygulaması, sh:997 - MUŞUL, T. Kambyo Senetlerine Dayanan Haciz Yolu İle
Takip (BATİDER, C:VIII, S:3, sh:629)

(10) Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi (UYAR, T. age, sh: 5035)

(11) Bknz: 12. HD. 17.2.1976 T. 1133/1569; 8.10.1970 T. 8963/9881; 6.12.1968 T. 9774/11474

(12) Bknz: 12. HD. 5.5.1992 T. 5571/6043; 9.3.1970 T. 9427/2358; 17.3.1987 T. 7150/3617

(13) Bknz: 12. HD. 24.9.1985 T. 1439/7346

cii'ne başvurarak "borca itiraz"da bulunan borçlunun mallarının haciz edilmesini (ve kıymetlerinin takdir edilmesini) isteyebilir. Ancak alacaklı, Tetkik Mercii'ndeki "borca itiraz" sonuçlanmadan; hacizli malların satılmasını istemez (İ.Y. mad. 169 c.2).

II- Merci hakimi, itiraz sebeplerinin (14) incelenmesi için d u r u ş m a yapmak zorundadır (15). Başka bir deyişle, merci hakimi, "borca itiraz" hakkındaki kararını e v r a k ü z e r i n d e inceleme yaparak değil, d u r u ş m a yaparak verir (16).

Gerek alacaklı ve gerekse borçlu, belirlenen gündeki duruşmaya "ihtarlı davetiye" ile çağırılırlar (17). Yani, taraflar adına çıkartılan çağırma kağıtlarına (davetiyelere); "HUMK.mad. 509 gereğince duruşmaya kanıtlarıyla birlikte gelmeleri; gelmezlerse duruşmanın yokluğunda (gıyabında) bitirileceği"hususu yazılır. Bu çağırma rağmen, taraflardan biri gelir ve diğeri gelmezse, duruşmaya gelmeyen tarafın yokluğunda devam edilir. Ancak, duruşmaya gelmeyen taraf, daha sonraki oturuma gelmiş ise, duruşmaya alınır.

Takip vekil tarafından yapılmışsa, borçlunun Tetkik Mercii'ne başvurup "borca itiraz"da bulunması üzerine, duruşma davetiyesinin, alacaklı asile değil, alacaklı vekiline gönderilmesi gerekir (18).

Eğer, ödeme emrine borçlu adına vekili tarafından itiraz edilmişse, duruşma davetiyesinin borçlu vekiline gönderilmesi gerekir (Teb.Y.mad.II) (19).

(14) Başvurunun hukuki nitelendirmesini yapmak hakim görevi olduğundan, borçlunun "şikayet" olarak nitelendirdiği hususun, dilekçenin içeriğinden gerçekte "itiraz" olduğu anlaşılıyorsa, hakim başvuruyu "itiraz" olarak değerlendirip, bu başvuruyu *duruşmalı olarak* inceler... (Bknz: 12. HD. 30.3.2000 T. 3816/4806 – 29.2.2000 T. 2448/3449; 17.10.1995 T. 12749/13772; 19.12.1989 T. 12523/15704)

(15) Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi (UYAR, T. age. sh: 5035)

(16) Bknz: 12. HD. 13.6.2000 T. 9231/9834; 25.1.2000 T. 17837/773; 12.11.1999 T. 12468/1429; 15.10.1999 T. 11056/12381; 10.5.1999 T. 5844/5973 - 15.12.1995 T. 15893/17953

(17) Bknz: 12. HD. 3.12.1979 T. 8729/9253; 28.3.1969 T. 3614/3490

(18) Bknz: 12. HD. 24.12.1984 T. 10364/13438

(19) Bknz: 12. HD. 13.12.1993 T. 15035/19463

Duruşma günü için mazeret dilekçesi veren ve mazereti kabul edilen vekile, sonraki duruşma gününün tebliği (bildirilmesi) gerekir. Yoksa, "*duruşma gününü kalemden öğrenmesine*" şeklinde karar verilemez (20)...

a- "Borca itiraz" üzerine, Tetkik Mercii'nde yapılacak duruşmaya **alacaklı** mutlaka gitmek zorundadır. Kuşkusuz, alacaklı bu duruşmalara kendisi yerine bir vekil de gönderebilir. Borçlunun "*borca itiraz*"ı -Tetkik Mercii'nce İİ.Y.mad.169 a/II gereğince ihtiyati tedbir niteliğinde "*geçici durdurma kararı*" verilmedikçe- takibi durdurmadığından (İİ.Y.mad. 169), alacaklı, çağırıldığı itirazın incelenmesi duruşmasına katılmamak sureti ile Tetkik Mercii'nin vereceği kararı geciktirebilir ve bu arada icra takibine devam edebilir. İşte, alacaklının bu kötüniyetli girişimini önlemek isteyen yasa yapıcı (21) "alacaklının kendisinin ya da vekilinin, yapılacak duruşmada hazır bulunmasını" istemiştir. Alacaklı bu zorunluluğa uymazsa, yani çağırıldığı duruşmaya gitmez ve bir vekil de göndermezse, Tetkik Mercii hakimi, borçlunun sunduğu belgelere göre, "alacağın itiraz edilen kısmı için icra takibinin geçici olarak durdurulmasına" karar verir (İİ.Y.mad.169 a/III) (22). Hemen belirtelim ki, bu durumda, Tetkik Mercii hakimi takdir hakkına sahip olmayıp mutlaka "*icra takibinin geçici olarak durdurulmasına*" karar vermek zorundadır.

Burada karşımıza şöyle bir sorun çıkmaktadır: Tetkik Mercii'nin, duruşmaya gelmeyen alacaklı hakkında "*takibin geçici olarak durdurulmasına*" karar verebilmesi için, alacaklıya çıkarılacak davetiyeye; "duruşmaya gelmemesi halinde alacağın itiraz edilen kısmı için, takibin geçici olarak durdurulacağına karar verileceği" yazılacak mıdır? Bu soruya olumlu cevap verilmelidir (23) (24).

Açıklanan İİ.Y.mad.169/III hükmü nedeniyle, "*borca itiraz*" üzerine Tetkik Mercii'nde yapılacak duruşmalara -gitmediği taktirde aleyhine karar verilebileceği için- alacaklının katılmaması ve duruşmaları izlememesi pek söz konusu olmayacaktır....

(20) Bknz: 12. HD. 23.10.1987 T. 14729/10632

(21) Bknz: Hükümet Tasarısı Gereğesi (UYAR, T. age, sh: 5035)

(22) Bknz: 12. HD. 22.5.2000 T. 7586/8268 – 15.12.1994 T. 15859/16094

(23) ÖĞÜTÇÜ, T. / ALTIN, M. Ticari Senetler, sh:341 – KURU, B. age.sh:1708

(24) Bknz: 12. HD. 3.12.1979 T. 8729/9253

b- Borçlu, çağırıldığı duruşmaya gitmez ve alacaklı duruşmaya devam edilmesini isterse, Tetkik Mercii borçlunun yokluğunda *borca itiraz*'ı inceler (İ.Y.mad.170b, 70, 18). **Yüksek mahkeme**; "*borçlunun duruşmaya gelmemiş olmasının icra ya da merci dosyasındaki belgelerin incelenmesine engel teşkil etmeyeceğini*" belirtmiştir (25).

c- Hem alacaklı hem de **borçlu** duruşmaya gitmezse dosya işlemden kaldırılır (HUMY.mad.409) (26) (27).

III-A- Borcun "olmadığı" (bulunmadığı), "itfa" veya "imhal" edildiği itiraz-larının incelenmesi:

Merci hakimi, itiraz sebeplerinin incelenmesi için yapılan duruşmada borçlunun *borçlu olmadığını* (28) veya *borcun ortadan kalktığını* (*itfa edildiğini*) (29), *ertelendiğini* (*imhal edildiğini*) (30) **resmi** ya da **imzası alacaklı tarafından ikrar (kabul) edilmiş olan bir belge ile** kanıtlaması halinde (31) itirazı kabul eder (İ.Y. mad. 169 a/1). Bu durumda Tetkik Mercii'nin "*itirazın kabulüne ve takibin iptaline*" şeklinde karar vermesi gerekir. **Yüksek mahkeme** ise bu gibi durumlarda, kimi kararlarında (32) "*takibin iptaline*" kimi kararla-

(25) Bknz: 12. HD. 5.12.1989 T. 6049/15032

(26) Bknz: 12. HD. 30.11.1999 T. 14736/15368; 10.11.1998 T. 12044/12427 – 26.2.1993 T. 15184/3597

(27) Bknz: Hem alacaklı hem de borçlunun duruşmaya gitmemesi halinde Tetkik Mercii'nin "*dosyanın işlem den kaldırılmasına*" karar vermek zorunda olması, uygulamada borçlunun sadece yetki itirazında bulunmuş olması halinde adil ve pratik olmayan bir çözüm olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten senet metninin incelenmesi ile yetki itirazının yerinde olup olmadığı hemen çözümlenecekken, borçlunun (ya da vekilinin) duruşmaya gitmemiş olması nedeniyle uyumsuzluğun çözümlenmesi gecikmektedir. Bu sakıncayı gidermek için İcra ve İflas yasasında yapılacak değişiklikleri tespit etmek için Adalet Bakanlığında oluşturulmuş olan komisyon "*yetki itirazının, taraflar gelmeseler bile sonuçlandırılması*" ilkesini benimseyerek, İ.Y. 169 a maddesinin 1. fıkrasının "*Tetkik Mercii yetki itirazının incelenmesinde gelmese de gereken kararı verir*" şeklinde değiştirilmesini kabul etmiştir.

(28) Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T. Kambiyo Senetleri, sh:498 vd.

(29) Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T. Kambiyo Senetleri, sh:484 vd.

(30) Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T. Kambiyo Senetleri, sh:487 vd.

(31) Bknz: 12. HD. 9.11.1999 T. 13399/13811; 5.10.1999 T. 10742/11599 vs. – 26.10.1999 T. 12005/12990; 29.12.1997 T. 13920/14672 vs. – 7.12.1999 T. 14960/15793; 30.4.1986 T. 11298/510 vs. – 29.5.1996 T. 7543/7755; 9.11.1992 T. 6378/13563 – 3.6.1994 T. 7323/7313; 3.11.1986 T. 1260/11501

(32) Bknz: 12. HD. 9.2.1989 T. 6264/1718 - 18.11.1988 T. 9394/13875

rında ise (33) "*takibin durdurulmasına*" karar verilmesi gerekeceğini belirtmiştir.

Borçlunun itirazının kabulü ile takip durur (İ.Y.mad.169 a/V). İtirazın kabulü kararının kesinleşmesi ile takip iptal edilir.

Borçlunun borca itirazı'nı yerinde bulmayan Tetkik Mercii, "*itirazın reddine*" karar verir (34).

Alacaklı, borçlunun sunduğu -özel- belge altındaki imzayı inkar ederse (35) merci hakimi bu imza inkarını İ.Y. mad.68 a'ya göre inceler (36) (37).

İnceleme sonucunda :

-İnkâr edilen imzanın alacaklıya ait olduğu anlaşılırsa; Tetkik Mercii:

a) Borçlunun "*itirazının kabulüne*" (İ.Y.mad.169 a/III),

b) Ayrıca, alacaklıyı "sözü edilen belgenin taalluk ettiği (ilişkin olduğu) değer veya miktarın yüzde onu oranında -Hazine'ye- (38) *para cezası ödeme-ye*" (İ.Y.mad.169 a/III)

c) Ayrıca, borçlunun *dava dilekçesinde veya duruşmada* (39) *istekte bulunmuş olması halinde* (40) "alacaklının -borçluya- yüzde kırktan aşağı olmak üzere *tazminat ödemesine*" (İ.Y.mad.169 a/VI),

d) Ve "*yargılama giderlerinin alacaklıdan alınmasına*",

karar verir.

(33) Bknz: 12. HD. 25.5.1995 T. 5869/9846

(34) Bknz: 12. HD. 7.12.1999 T. 4960/15793; 30.4.1986 T. 11298/510 - 5.5.1986 T. 11474/5234

(35) Alacaklı, borçlunun sunduğu belge (*ödeme, itfa, imhal* belgesi) altındaki imzayı vekil vasıtası ile inkar etmiş dahi olsa, duruşma davetiyesinin borçlunun kendisine tebliği gerekir (Bknz: 12. HD. 7.5.1987 T. 9830/6206)

(36) Bknz: 12. HD. 4.2.2000 T. 669/1601; 27.1.1997 T. 287/585 - 28.11.1995 T. 16033/16791

(37) Ayrıntılı bilgi için Bknz: **UYAR, T.** İcra Hukukunda İtiraz, sh: 783 vd.

(38) Bknz: 12. HD. 28.4.1987 T. 9880/5008

(39) Bknz: 12. HD. 26.10.1998 T. 10986/11489; 12.5.1997 T. 5073/5408, HGK. 19.4.1995 T. 12-296/404, 26.4.1995 T. 6180/6513 vs.

(40) Bknz: 12. HD. 18.4.1996 T. 5262/5460; 5.2.1996 T. 1458/1481

Eğer alacaklı, genel mahkemede *alacak davası* açarsa, "inkar tazminatı ve para cezasının alacaklıdan alınması, dava sonuna kadar ertelenir ve bu davayı kazanması halinde inkar tazminatı ve para cezası kaldırılır" (İ.Y.mad.169 a/V,VI). Ancak hemen belirtelim ki yasanın alacaklı tarafından açılacak olan alacak davasının "ne zamana kadar açılması halinde" bu hükümleri doğuracağı belirtilmemiştir. Bu konuda, "para cezası ve inkar tazminatı alınmış olmadıkça açılacak her alacak davasının bu sonucu doğuracağı" kabul edilebilir (41).

-İnkar edilen imzanın alacaklıya ait olmadığı anlaşılırsa; Tetkik Mercii:

a) Borçlunun "itirazının reddine"(İ.Y.mad.169 a/III),

b) Ayrıca, alacaklının cevap dilekçesinde veya duruşmada (42)istekte bulunmuş olması halinde (43), "borçlunun -alacaklıya- yüzde kırktan aşağı olmamak üzere tazminat" ödemesine (İ.Y.mad.169 a/VI),

c) Ve "*yargılama giderlerinin* borçludan alınmasına"

karar verir (44).

Eğer borçlu, *olumsuz tespit veya geri alma davası* açarsa, hükmolunan tazminatın tahsili dava sonuna kadar ertelenir ve dava borçlu lehine sonuçlanırsa, hükmolunmuş tazminat kalkar.

Tetkik Mercii, *borca itiraz sebeplerini incelerken tanık* dinleyemez (45), taraflara **yemin** teklif edemez (46) ve tarafların ticari defterleri üzerinde **bilirkişi incelemesi** yaptırılmaz (47).

(41) POSTACIOĞLU, İ. age, sh:703

(42) Bknz: Yuk. Dipn.39

(43) Bknz: Yuk.dipn.40

(44) Tetkik Mercii bu durumda ayrıca "*borçluyu, sözü edilen belgenin taalluk ettiği (ilişkin olduğu) değer veya miktarın yüzde onu oranında -Hazine'ye- para cezası ödemeye*" mahkum edemez. Çünkü, İ.Y.mad.169 a/III c.1'de bu olasılık öngörülmemiştir (Bknz: 12. HD. 13.2.1996 T. 879/2056;

(45) Bknz: 12. HD. 29.6.1999 T. 8366/8896; 28.10.1997 T. 11144/11730, 29.1.1997 T. 15943/747

(46) Bknz: 12. HD. 17.2.1999 T. 1098/1477; 24.10.1995 T. 14355/14341; 6.10.1994 T. 13149/13096 - 9.10.1989 T. 2447/11850

(47) Bknz: 12. HD. 18.2.1997 T. 1062/1463 - 6.11.1990 T. 3519/11094; 18.2.1988 T. 3709/1363; 6.10.1987 T. 13041/9773 -15.10.1984 T. 7987/10393 - 2.11.1976 T. 8994/10897

Borçlu, senet lehtarları ile arasındaki ilişkiden kaynaklanan -*ödeme, bedelsizlik* vs. gibi- **kişisel def'ileri borca itiraz sebebi** olarak, iyiniyetli senet hamillerine karşı ileri süremez (TY. mad. 598, 599) (48). Borçlu ancak senet hamilinin kötüniyetli olması halinde bu tür def'ileri ona karşı da *borca itiraz sebebi olarak ileri sürebilir* (49). "*Hamilin -takip alacaklısının- kötü-niyetli olduğu- yani; kambiyo senedini alırken bile bile borçlunun zararına hareket ettiği-* Tetkik Mercii'nde ancak *yazılı belge ile kanıtlanabilir* (50), bu konuda tanık dinletilemez (51).

Yüksek mahkeme;

-"*Senet hamilinin senedi ciro eden cirantanın eşi, damadı, oğlu, kardeşi, birlikte iş yaptığı kimse, müdürü, yakın akrabası, iş ortağı vs. gibi yakını olması halinde hamilin senedi ciro yolu ile alırken, borçlunun bile bile zararna hareket etmiş sayılacağını*" (lehtara karşı ileri sürülebilecek kişisel def'ilerin, bu durumda hamile karşı da ileri sürülebileceğini) (52),

-"*Ciroda tarih bulunmaması halinde vadeden önce yapılmış sayılacağını ve lehtara yapılan ödemelerin (kişisel def'ilerin) takip yapan iyiniyetli hamile ileri sürülemeyeceğini*" (53),

belirtmiştir (54)...

Borçlu, *mutlak def'i* niteliğindeki "borca itiraz sebepleri"ni -örneğin; sahtekarlık iddiasını (55) - senedin iyiniyetli olsun /olmasın tüm hamillerine karşı ileri sürebilir.

Senet, *vade tarihinden sonra hamile ciro edilmişse*, bu ciro "alacağın temliki" hükmünden olacağından (TY.mad.602) borçlu, lehtara karşı ileri sü-

(48) Bknz: 12. HD. 17.4.2000 T. 5625/6036; 22.2.2000 T. 1916/2843; 7.2.2000 T. 339/1041; 4.2.2000 T. 660/1592; 24.12.1999 T. 16519/17277

(49) Bknz: 12. HD. 16.10.1996 T. 12106/12452 - 20.12.1983 T. 9105/10780

(50) Bknz: 12. HD. 19.3.1996 T. 2304/3707

(51) Bknz: 12. HD. 18.9.1996 T. 9505/10599

(52) Bknz: 12. HD. 15.2.2000 T. 11335/2344; 10.2.1998 T. 13535/14306; 22.6.1995 T. 9454/9700 vs.

(53) Bknz: 12. HD. 18.1.2000 T. 17524/183; 8.11.1994 T. 13201/13855; 25.6.1993 T. 14187/18542

(54) Diğer örnekler için Bknz: UYAR, T. Kambiyo Senetleri, sh: 483 vd.

(55) Bknz: 12. HD. 18.9.1986 T. 14537/9227

rebileceği -*ödeme, bedelsizlik vs.gibi- kişisel def'ileri* senet hamillerine karşı -iyiniyetli olsa dahi- ileri sürebilir (BY.mad.165) (56).

Tarihsiz ciro, vadeden önce yapılmış ciro sayıldığından (TY. mad. 602/II), borçlu, lehtara karşı ileri sürebileceği kişisel def'ileri, böyle bir ciro ile senedi elinde bulunduran hamile karşı ileri süremez (57).

Senet *tahsil cirosu* ile ciro edilmişse, borçlu senede tahsil cirosu ile ciro eden alacaklıya karşı ileri sürebileceği kişisel def'ileri, senede tahsil cirosu ile hamil olan alacaklıya karşı da ileri sürebilir (58).

Borçlu "senette sahtekarlık yapılmış olduğu"ndan bahisle "senedin iptali" için genel mahkemede (hukuk/ticaret mahkemesinde) dava açmış ise, Tetkik Mercii'nin genel mahkemede açılan davanın sonucunu -HUMY.mad.317 çerçevesinde- *bekletici mesele* sayarak, beklemesi gerekir (59).

Aynı şekilde, senet alacaklısı hakkında; takip konusu senette sahtekarlık yaptığı iddiası ile ceza davası açılmışsa, Tetkik Mercii'nin yine bu davanın sonucunu HUMY. mad.317 çerçevesinde- beklemesi gerekir (60).

Ceza mahkemelerince verilmiş olan -"takip dayanağı senette sahtekarlık yapıldığını" belirten- kesinleşmiş mahkumiyet kararları, Tetkik Mercii hakimini de bağlar (BY.mad.53) (61).

Senette "sahtekarlık yapılmış olup olmadığı" hususu, *senet aslı* üzerinde -grafoloji uzmanları bilirkişi olarak atanarak- (62) bilirkişi incelemesi yaptırılarak tespit ettirilir. *Senet fotokopisi* üzerinde böyle bir inceleme yaptırılmaz (63). Bu inceleme, Adli Tıp ve İstanbul Güzel Sanatlar Akademisi grafoloji uzmanlarına yaptırılacağı gibi, Ankara, İzmir Polis grafoloji uzmanlarına da yaptırılabilir (64).

(56) Bknz: 12. HD. 12.6.2000 T. 9264/9712 - 9.12.1999 T. 15425/15960

(57) Bknz: 12. HD. 14.12.1987 T. 1063/12986

(58) Bknz: 12. HD. 4.5.2000 T. 6284/7320

(59) Bknz: 12. HD. 12.5.1999 T. 5667/6225; 4.2.1998 T. 38/850; 27.11.1997 T. 13024/13291 vs.

(60) Bknz: 12. HD. 10.4.1996 T. 4763/4959; 23.11.1995 T. 16640/16596; 13.11.1995 T. 15498/15730

(61) Bknz: 12. HD. 12.7.1979 T. 5927/6538

(62) Bknz: 12. HD. 20.5.2000 T. 8242/8836; 10.2.2000 T. 1676/1943; 24.12.1999 T. 16529/17284 vs.

(63) Bknz: 12. HD. 30.6.1988 T. 11633/8903; 21.1.1988 T. 2838/265

(64) Bknz: 12. HD. 17.6.1988 T. 5158/7995

Tetkik Mercii, takip dayanağı senedin *iki tarafa borç yükleyen -inşaat, kredi, alım satım vb. gibi- sözleşme uyarınca* "protokole bağlı olarak" (65) düzenlenmiş olduğunu tespit ederse, protokoldeki şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmak yargılamaya bağlı olduğundan *borçlunun itirazının kabulü* doğrultusunda karar vermesi (66) ve ayrıca "*borçlu lehine yüzde kırk tazminata hükmetmemesi*" gerekir (67). Ancak "senedin protokole bağlı olarak düzenlendiği"nin ve "senet bedelinin ödenmesinin şarta bağlı olduğu"nun borçlu tarafından *yazılı belge ile* ispat edilmesi gerekir (68). Ayrıca senetlerin dayandığı protokolün sadece ona taraf olanları bağlayacağı ve senet lehtar ve keşideci arasında düzenlenen protokolün, ona taraf olmayan -senedi daha sonra ciro yolu ile ele geçirmiş olan iyiniyetli- hamili bağlamayacağı, hamilin kötünüyetinin de Tetkik Mercii'nde *yazılı belge ile* kanıtlanabileceği (69) unutulmamalıdır.

Borçlu "takip konusu senedin protokole bağlı olarak düzenlendiği, teminat senedi niteliğinde olduğunu" ileri sürerek itirazda bulunur ve fakat bu iddiasını *yazılı belge ile* kanıtlayamazsa, Tetkik Mercii'nce, "*borca itirazın red-dine*" karar verilirken ayrıca -İİ.Y. mad.169 a/VI uyarınca- alacaklı lehine yüzde kırk tazminata hükmedilir (70).

Senet borçlusunun (keşidecinin), lehtar aleyhine açtığı olumsuz tespit davasında -*senedin icraya konulmaması* (İİ.Y.mad.72/II) (71) ya da *icra takibinin durdurulması* (İİ.Y.mad 72/III) (72) konusunda- aldığı *ihtiyati tedbir kararı* (ve daha sonra aldığı "*iptal*", "*borçlu olmadığınıın tesbiti*" kararı) davada ta-

(65) Bknz: 12. HD. 25.1.2000 T. 17805/744; 19.11.1999 T. 13467/14595; 15.11.1999 T. 10875/14223; 9.11.1999 T. 13441/13807 vs.

(66) Bknz: 12. HD. 5.6.2000 T. 8716/9285; 2.12.1999 T. 14440/15494; 2.12.1999 T. 14445/15499; 19.10.1995 T. 14155/13976

(67) Bknz: 12. HD. 30.11.1999 T. 14911/15277; 16.11.1999 T. 14755/14360; 5.11.1999 T. 12149/13676

(68) Bknz: 12. HD. 13.2.1984 T. 11209/1351

(69) Bknz: 12. HD. 30.6.1988 T. 7075/8858

(70) Bknz: 12. HD. 9.11.1999 T. 13399/13811; 21.10.1999 T. 11608/12659; 5.10.1999 T. 10348/11642; 5.10.1999 T. 10742/11599; 7.9.1999 T. 8644/9515; 26.5.1999 T. 6205/6825

(71) Ayrıntılı bilgi için Bknz: UYAR, T. İcra Hukukunda Olumsuz Tesbit ve Geri Alma Davaları, C:1, sh:26

(72) Ayrıntılı bilgi için Bknz: UYAR, T. age.sh: 32 vd.

raf olmayan -ve kötüniyetli olduğu yazılı belge ile ispat edilemeyen (73) -senedi lehtarından -vade tarihinden önceki ciro ile- devralmış olan hamile -ve onun yaptığı icra takibine- etkili olmaz (74). Böyle bir tedbir kararı sadece lehtarın *tahsil cirosu* ile senede hamil durumunda bulunan alacaklıya etkili olur ve onun da takip yapmasını önler (75).

Ayrıca belirtelim ki, senet lehtarı hakkında olumsuz tespit davası (İ.Y.mad.72) açan ve "icra takibinin yapılmaması ve durması" konusunda mahkemeden *ihtiyati tedbir kararı* alan borçlu (keşideci), ayrıca lehtarın gönderdiği ödeme emri üzerine İ.Y.mad.168'e göre Tetkik Mercii'nde *borca* (veya *imzaya*) *itiraz*'da bulunabilir. Yani, senedin iptali için açılmış dava ve alınmış tedbir kararı, borçlunun ayrıca Tetkik Mercii'ne *borca* (veya *imzaya*) itirazda bulunmasına engel teşkil etmez (76).

Senedin arkasındaki yazıların karalanmış, silinmiş veya üzerinin pullarla örtülmüş olması yapılan takibi etkiler mi ? **Yüksek mahkeme;**

- "Bono arkasındaki bir kısım yazıların ciro şerhleri ile kapanmış veya silinmiş olması halinde, uyuşmazlığın yargılamayı gerektireceğini ve 'bu durumda itirazın kabulüne' karar verilmesi icap edeceğini, bu hususun senet hamiline karşı da ileri sürülebileceğini" (77).

- "Alacaklının elinde bulunan senedin arkasındaki yazıların okunamayacak hale getirilerek üzerine pul yapıştırılmış olması veya üzerinin karalanmış olması halinde, 'borçlunun itirazının kabulüne' karar verilmesi gerekeceğini (Çünkü alacağın tahsilinin gerekip gerekmediğini yargılamaya bağlı olduğunu)" (78).

- "Senedin arkasındaki -'kısmi ödeme'yi, 'senedin teminat senedi olduğu'nu, 'senedin tahsilinin (ödenmesinin) bağlı olduğu koşullar'ı vs. belirten yazıların üzerinin pulla kapatılmış olduğu iddiasında bulunulmuş olması halin-

(73) Bknz: Yuk.dipn.69 civarı

(74) Bknz: 12. HD. 1.5.2000 T. 6310/6999; 27.12.1999 T. 17034/17449; 23.6.1999 T. 7190/8630

(75) Bknz: 12. HD. 4.5.2000 T. 6284/7320

(76) Bknz: 12. HD. 14.10.1999 T. 11320/12298

(77) Bknz: 12. HD. 14.1.1986 T. 6554/142

(78) Bknz: 12. HD. 27.10.1988 T. 131/12237; 22.9.1981 T. 5585/6997

de, pulların sökülerek altındaki yazıların okunması için Tetkik Mercii'nce bilir-kişi incelemesi yaptırılması gerekeceğini" (79)

belirtmiştir.

Tetkik Mercii'ndeki duruşmada "borçlunun -ödeme emrinin tebliğinden önce ihtiyati haciz aşamasında- icra dairesinde borcu kabul etmiş olduğu, bu nedenle Tetkik Mercii'ne yaptığı itirazın geçerli olmayacağı" ileri sürülürse, Tetkik Mercii'nce bu iddianın nasıl değerlendirilmesi gerekir? **Yargıtay 12. HD. (80)** "*Ihtiyati haciz sırasında borcu kabul eden borçlunun daha sonra Tetkik Mercii'ne borca itirazda bulunamayacağını, bu kabulünün, takip hukuku bakımından kendisini bağlayacağını*" belirtmiştir.

Takip konusu senet hakkında olumsuz tesbit davası (senet iptali davası) açan borçlu, İY.mad.168/5,169 a uyarınca Tetkik Mercii'ne ayrıca borca itiraz'da bulunabilir. Başka bir ifade ile, borçlunun İY.mad.72'ye göre genel mahkemede olumsuz tesbit davası açmış olması, bu davada "*takibin durdurulması*" konusunda, ihtiyati tedbir kararı verilmiş dahi olsa, ayrıca borçlunun İY.mad.168/5,169 a'ya göre Tetkik Mercii'ne başvurup *borca itiraz'da bulunmasını engellemez* (81).

-Yüksek mahkeme; yukarıdaki açıklamalarımız sırasında atıf yaptığımız içtihatları dışında " i t f a itirazının incelenmesi" ile ilgili olarak a y r ı c a ;

-"*Üçüncü kişiye yapılan ödemenin borçtan mahsup edilemeyeceğini*" (82)

-"*Ödeme def'inin, vadeden sonraki ciro ile senedi ele geçiren hamile karışı da ileri sürülebileceğini*" (83)

-"*Senet arkasına yazılan ve 'kalan borcun miktarını' veya 'borcun kısmen / tamamen ödendiğini' belirten yazının -altında alacaklının imzası bulunmasa bile- alacaklıyı bağlayacağını*" (84)

(79) Bknz: 12. HD. 16.2.1999 T. 1204/1459; 25.11.1997 T. 12764/13177; 31.1.1996 T. 804/1279

(80) Bknz: 12. HD. 5.4.1999 T. 3625/4125

(81) Bknz: 12. HD. 14.10.1999 T. 11320/12298

(82) Bknz: 12. HD. 13.6.2000 T. 9210/9816

(83) Bknz: 12. HD. 12.6.2000 T. 9264/9712

(84) Bknz: 12. HD. 28.2.2000 T. 2563/3212; 2.12.1999 T. 14439/15493; 20.9.1993 T. 9790/13732

-*"Borçlunun sunduğu ödeme belgesi altındaki imzanın alacaklı tarafından inkar edilmesi halinde, Tetkik Mercii hakiminin, 'imzanın alacaklıya ait olup olmadığını' -İ.Y.mad. 68 a çerçevesinde bilirkişi incelemesi yaptırarak araştırması gerekeceğini"* (85)

-*"Borçlunun ibraz ettiği 'ödeme belgesi'nin, yargılamaya katılmayan alacaklıya usulen tebliğ edilip isticvap edilmeden, eksik soruşturma ile 'borca itiraz' hakkında karar verilemeyeceğini"* (86)

-*"Borca yönelik itirazlarını İ.Y.mad. 169 a'da yazılı nitelikte bir belge ile kanıtlayamayan borçlunun itirazının reddi gerekeceğini"* (87)

-*"Borçlunun ibraz ettiği 'ödeme belgesi'nde (maktuzda, dekontta) açıkça takip konusu senede (senetlere) atıf bulunmaması halinde, ödemenin takip konusu borca mahsuben yapılmış olduğunun kabul edilemeyeceğini"* (88)

-*"BY.mad.84 hükmünün -gerek icra dairesinde ve gerekse Tetkik Mercii'nde- doğrudan doğruya uygulanacağını"* (89)

-*"İmza inkar edilmedikçe, 'ödeme şerhinin sonradan yazıldığı' iddiasının Tetkik Mercii'nde incelenemeyeceğini"* (90)

-*"Aynı miktarda iki ayrı ödeme belgesinin tek bir ödemeye ait olduğu' iddiasının yargılamayı gerektirdiğini, bu durumda 'borca itirazın kabulü'ne karar verilmesi gerektiğini"* (91)

-*"Alacaklının 'borca itiraz' duruşmasına gelmemesinin, ödemeleri (borçlunun 'ödeme iddiası'nı) kabul etmediğini gösterdiğini"* (92)

-*"Sunulan 'ödeme belgesi' nedeni ile takip konusu borcun sona erip ermediğine ilişkin uyumsuzluğu incelemenin Tetkik Mercii'nin görevine girdiğini"* (93)

(85) Bknz: 12. HD. 4.2.2000 T. 669/1601; 27.1.1997 T. 287/585; 3.4.1996 T. 4512/4636

(86) Bknz: 12. HD. 20.1.2000 T. 1999-17667/332; 29.5.1997 T. 5948/6324

(87) Bknz: 12. HD. 7.12.1999 T. 14960/15793; 30.4.1986 T. 1985-11298/510

(88) Bknz: 12. HD. 16.9.1999 T. 9269/10219; 14.9.1999 T. 9289/10077; 4.2.1999 T. 372/831

(89) Bknz: 12. HD. 31.5.1999 T. 6662/7101; 15.6.1998 T. 6689/7207

(90) Bknz: 12. HD. 22.3.1999 T. 3319/3632

(91) Bknz: 12. HD. 24.12.1998 T. 14605/15008

(92) Bknz: 12. HD. 11.3.1998 T. 2405/2959

(93) Bknz: 12. HD. 18.11.1997 T. 12573/12830

- "Borçlunun ibraz ettiği 'ibraname' altındaki yazıların alacaklıya ait olmadığı -adli tıp raporu ile- saptanması halinde, 'borca itiraz'ın kabulüne karar verilemeyeceğini" (94)

- "Mevcut bir borç (takip) için çek düzenlenmesinin borcun tecdidini (yenilendiğini) ifade etmeyeceğini, bu durumda Tetkik Mercii'nce 'tahsilde teker-rür olmamak üzere' borca itirazın reddine karar verilmesi gerekeceğini" (95)

- "Senet arkasındaki karalamalar üzerinde yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda anlaşılan kısmi ödemelerin, senet hamiline karşı da ileri sürülebi-leceğini" (96)

- "Borçlunun ibraz ettiği 'ödeme belgesi'nin takip konusu borçla ilgili ol-duğu hususunun ispatının borçluya düştüğünü" (97)

- "Lehtar ile borçlu arasında düzenlenmiş olan 'ibra belgesi'nin, bu belge-de tanık sıfatı ile imzası bulunan hamili de bağlayacağını ('borcun ödendiği' iddiasının hamile karşı da ileri sürülebileceğini)" (98)

- "Borçlunun sunduğu -bakiye borç miktarını belirten- belge altındaki im-zanın alacaklı tarafından inkar edilmesi halinde, imza üzerinde bilirkişi ince-lemesi yaptırılmadan -'imzanın, alacaklının imzasına benzemediği' gerekçesi ile- borca itirazın reddedilemeyeceğini" (99)

- "Takip konusu borcun, borçlulardan biri tarafından ödenmiş olmasının, diğ-er borçlunun yaptığı borca itirazın incelenmesini engellemeyeceğini" (100)

- "Takip konusu alacağın, borçlular tarafından, takipten önce vekillerine ödenmiş olduğunu bilmeden borçlular hakkında takip yapılması halinde, 'ta-kibin iptali' kararı ile birlikte, borçlular lehine yargılama gideri ve avukatlık üc-retine hükmedilmesi (fakat yüzde kırk tazminata hükmedilmemesi) gerekece-ğini" (101)

(94) Bknz: 12. HD. 15.10.1997 T. 10104/10827

(95) Bknz: 12. HD. 5.3.1997 T. 1940/2485

(96) Bknz: 12. HD. 30.10.1996 T. 12712/13256

(97) Bknz: 12. HD. 16.10.1996 T. 11890/12489

(98) Bknz: 12. HD. 16.10.1996 T. 12106/12452

(99) Bknz: 12. HD. 28.11.1995 T. 16033/16791

(100) Bknz: 12. HD. 31.10.1995 T. 14748/14818

(101) Bknz: 12. HD. 12.9.1995 T. 11081/11045

- "Takas def'inin kabul edilebilmesi için, borçlunun alacağını resmi veya imzası alacaklı tarafından ikrar edilmiş bir belge ile ispat etmesi gerektiğini" (102)

- "Borcun vadeden sonra ve takipten önce yatırılmış olması halinde, alacaklının temerrüde düşürülmüş olup olmadığı hususu araştırıldıktan sonra, borca itiraz hakkında karar verilmesi gerekeceğini" (103)

- "İtfa itirazının ancak İY.mad.169 a'ya uygun biçimde -belge ile- kanıtlanabileceğini" (104)

- "Tahrif edilmiş belgenin o şekli ile ödeme belgesi olarak kabul edilemeyeceğini, belgeye sonradan eklenen yazılar (belgenin tahrif edilmiş kısmı) üzerinde bilirkşi incelemesi yaptırılması gerekeceğini" (105)

- " 'Borç aslının takipten önce ödendiği'nin, yazılı belge ile kanıtlanamaması halinde', takipten sonra ödendiği'nin kabul edilmesi gerekeceğini" (106)

- "Bononun aslının ibraz edilememesi halinde, borcun ödendiğinin kabulü gerekeceğini" (107)

- "Borcun takipten sonra ödenmiş olması halinde, vade tarihinden, ödeme tarihine kadar işleyecek faizden (ve icra giderlerinden) borçlunun sorumlu olacağını" (108)

- "İbraname içeriğine göre, 'borçlunun itirazının kısmen ya da tamamen kabulüne' karar verilmesi gerekeceğini" (109)

- "Senet lehtarını muris babaya yapılan ödemenin, senet bedeline karşılık yapılmış olup olmadığının yargılamayı gerektireceğini" (110)

(102) Bknz: 12. HD. 29.5.1995 T. 7543/7755; 9.11.1992 T. 6378/13563

(103) Bknz: 12. HD. 27.9.1994 T. 9905/11217

(104) Bknz: 12. HD. 3.6.1994 T. 7323/7313; 3.11.1986 T. 1260/11501

(105) Bknz: 12. HD. 5.5.1994 T. 5480/5915; 22.4.1992 T. 4087/5391; 10.6.1993 T. 6554/10523

(106) Bknz: 12. HD. 13.4.1994 T. 4414/4712

(107) Bknz: 12. HD. 18.1.1994 T. 1993-16585/462

(108) Bknz: 12. HD. 1.12.1992 T. 8875/15322

(109) Bknz: 12. HD. 10.4.1992 T. 1911-11295/4612

(110) Bknz: 12. HD. 2.7.1987 T. 11748/8249

- "Alacaklının 'ödemenin, takip konusu senetlere ait olmadığını' bildirmesi halinde, borçlunun 'ödemenin takip konusu senetle ilgili olduğunu' resmi veya imzası ikrar edilmiş belge ile kanıtlaması gerekeceğini" (111)

- "Ödeme itirazında bulunan borçlunun, tarih, numara ve miktar içeren banka dekontlarını dilekçesine eklemiş olması halinde, bankadan da bilgi alınmak sureti ile uyuşmazlığın çözümlenmesi gerektiğini" (112)

- "Ödeme itirazının isbatı bakımından, banka defter ve kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yapılamayacağını" (113)

- "Bonodaki iki borçlu isminden bir tanesinin çizilmiş olması halinde, bu çizmenin senedin, o borçlu tarafından ödendiği için yapılmış olup olmadığını tespit etmek yargılamayı gerektireceğinden, uyuşmazlığın Tetkik Mercii'nde çözümlenemeyeceğini ve Tetkik Mercii'nce 'borçlunun itirazının kabulü doğrultusunda' karar verilmesi gerekeceğini" (114)

- "Borçlu tarafından bedeli ödendiği için, PTT aracılığı ile borçluya banka tarafından gönderilen senedin alacaklının eline nasıl ve hangi sebeple geçtiğinin araştırılması gerekeceğini" (115)

- " 'Borcu ödediğini' bildirerek itirazda bulunan borçlunun, duruşmaya gelerek elindeki ödeme belgesini ibraz edip, alacaklıya isticvap davetiyesi göndermesi gerekeceğini, duruşmaya gelmemesi halinde Tetkik Mercii'nce 'ödeme belgesi altındaki imzanın alacaklıya ait olup olmadığı konusunda bilirkişi incelemesi yaptırılmasına ve masrafın alacaklıdan alınmasına' şeklinde karar verilemeyeceğini" (116)

- "Ödeme def'inde bulunan borçlunun sunduğu belgeye karşı alacaklıdan diyeceği sorulmadan duruşmaya son verilemeyeceğini" (117)

(111) Bknz: HGK. 23.5.1986 T. 1985-12-111/578

(112) Bknz: 12. HD. 3.4.1986 T. 3810/3852

(113) Bknz: 12. HD. 15.10.1984 T. 7987/10393

(114) Bknz: 12. HD. 17.9.1984 T. 6148/9070

(115) Bknz: 12. HD. 29.12.1983 T. 10950/11351

(116) Bknz: 12. HD. 19.11.1981 T. 6989/8531

(117) Bknz: 12. HD. 13.4.1981 T. 2236/3661

-Ödeme def'i konusunda, kooperatif defter kayıtları üzerinde Tetkik Mercii'nde inceleme yaptırılmayacağını" (118)

- "Borçlunun, 'borcu iş yapmak sureti ile ödediği' iddiasının yazılı belge ile kanıtlanması gerekeceğini" (119)

belirtmiştir...

-**Yüksek mahkeme;** yukarıdaki açıklamalarımız sırasında atf yaptığımız içtihatları dışında "*borçlu olduğunu iddiasının incelenmesi*" ile ilgili olarak ayrıca;

- "Yabancı para alacağına dayalı takiplerde, borca itirazın kabulü veya reddi halinde, Tetkik Mercii'nce yabancı para alacağı olarak değil, yabancı paranın takip tarihindeki Türk parası karşılığı üzerinden ve Türk parası olarak alacaklı / borçlu yaranna yüzde kırk tazminata hükmedilmesi gerekeceğini" (120)

- "Yüzde kırk tazminata kısa kararda hükmedilmediği halde, gerekçeli kararda yer verilmiş olması halinde, temyiz süresinin, Tetkik Mercii'nin kararının tebliğinden itibaren işlemeye başlayacağını" (121)

- "Alacaklının kötü niyetli olduğu ispat edilmedikçe lehtar ile keşideci arasındaki protokole dayanarak, takibin iptaline karar verilemeyeceğini" (122)

- "Borçlunun, borcun esasına veya eklentilerine yaptığı itirazında haklı çıkması halinde, talebi üzerine lehine yüzde kırk tazminata hükmedilmesi gerekeceğini" (123)

- "Çek alım bordrosunun, tek başına 'çekin teminat çeki olduğunu' göstermeyeceğini" (124)

(118) Bknz: 12. HD. 2.11.1976 T. 8994/10897

(119) Bknz: HGK. 3.5.1967 T. İc.İf. -25/288

(120) Bknz: 12. HD. 29.6.2000 T. 10009/10883; 18.4.2000 T. 5457/6165; 11.4.2000 T. 4924/5707

(121) Bknz: 12. HD. 29.6.2000 T. 10108/10924

(122) Bknz: 12. HD. 15.6.2000 T. 9207/9939

(123) Bknz: 12. HD. 6.6.2000 T. 8876/9374

(124) Bknz: 12. HD. 13.6.2000 T. 9070/9787

- "İtiraz süresinin son gününün tatil gününe rastlaması halinde, sürenin tatili izleyen iş gününün çalışma saati sonunda biteceğini (İİY.mad.19/III)" (125)

- "Olumsuz tesbit davasına taraf olmayan kişi yönünden zamanaşımının kesilmeyeceğini" (126)

- "İİY.mad.169 a uyarınca, borca itirazın red veya kabulü halinde, karşı taraf yararına yüzde kırk tazminata hükmedilmesinin, hakimın takdirine veya ilgilinin kötüniyetine bağlı olmadığını" (127)

- "Takip talebinde işlemiş faize, faiz istenmiş olması halinde, Tetkik Mercii'nce 'ödeme emrinin iptaline' değil, 'takipten sonra işlemiş faiz dışındaki alacak kalemlerine faiz yürütülmesine' şeklinde karar verilmesi gerekeceğini" (128)

- "Muacceliyete ilişkin itiraz 'borca itiraz' niteliğinde olmadığından, bunun kabul veya reddi halinde ayrıca yüzde kırk tazminata hükmedilemeyeceğini - Yabancı para alacağına dayalı takipte borca itirazın kabul veya reddi halinde, yüzde kırk tazminata yabancı para olarak değil, bunun takip tarihindeki Türk parası karşılığı üzerinden hükmedilmesi gerekeceğini" (129)

- "Borçlu tarafından borca ve faiz miktarına itiraz edilmiş olması halinde, itiraz edilen miktarlardan haksız çıkılan kısım üzerinden yüzde kırk tazminata hükmedilmesi gerekeceğini" (130)

- " 'Takip konusu senetlerin, kendilerini (şirketlerini) temsile yetkili olmayan kişiler tarafından imza edilmiş olduğu'nun borçlu şirket (kooperatif) tarafından ileri sürülmesi halinde, bu hususun Tetkik Mercii'nce araştırılması gerekeceğini" (131)

(125) Bknz: 12. HD. 9.6.2000 T. 8415/9657; 23.9.1999 T. 9706/10612; 8.7.1998 T. 7571/8350

(126) Bknz: 12. HD. 29.5.2000 T. 8309/8740

(127) Bknz: 12. HD. 12.5.2000 T. 7374/7908; 14.9.1999 T. 9138/ 10118; 2.11.1998 T. 11477/11830

(128) Bknz: 12. HD. 2.5.2000 T. 6414/7149

(129) Bknz: 12. HD. 21.4.2000 T. 5632/6721

(130) Bknz: 12. HD. 3.4.2000 T. 4275/4981; 20.3.2000 T. 3517 /4231; 29.1.1997 T. 410/ 742

(131) Bknz: 12. HD. 3.4.2000 T. 4426/5042; 18.4.1995 T. 4610/5896; 24.1.1995 T. 656/671; 10.3.1989 T. 2259/3392

- "Dilekçenin içeriğinden 'borca itiraz' dilekçesi olduğunu saptayan Tetkik Mercii'nin duruşma açarak 'dilekçedeki eksiklikleri tamamlaması için' borçluya süre vermeden 'dilekçenin reddine' karar veremeyeceğini" (132)

- "Senet hamili takip alacaklısının 'takip konusu senetten dolayı bir alacağı bulunmadığını' zabıtada düzenlenen tutanakta ikrar ettikten sonra, Tetkik Mercii'ndeki duruşmada 'o ifadesinin baskı altında alındığını' belirtmesi halinde, bu ifadesinin hukuki değer taşımayacağını (düzenlenen tutanağın İly.mad.169 a/ l'de öngörülen nitelikte bir belge sayılmayacağını) ve bu durumda 'borca itirazın reddine' karar verilmesi gerekeceğini" (133)

- "Kambiyo senedine dayalı takiplerde, T.C. Merkez Bankası'nın ticari işler için öngördüğü reeskont (avans) faizinin -işlemiş ve işleyecek faizler için ve kademeli olarak- uygulanacağını" (134)

- "Başvurunun hukuki nitelendirmesini yapmak hakim'in görevi olduğundan, borçlunun 'şikayet' olarak nitelendirdiği hususun 'itiraz' olarak incelenebileceğini, yapılan başvurunun hukuki niteliğini saptamak Tetkik Mercii'nin görevine girdiğinden, borçlunun dilekçesinde 'şikayet eden' demiş olmasının, yapılan başvurunun 'borca itiraz' şeklinde değerlendirilmesine engel teşkil etmeyeceğini" (135)

- "Yabancı para alacağına dayalı takiplerde, alacaklının takip konusu alacağın fiili ödeme tarihindeki Türk parası karşılığını istemiş olması halinde, vade tarihinden fiili ödeme tarihine kadar 'yabancı para faizi'nin hesaplanması gerekeceğini" (136)

- " 'Kefilin kefaletinin sulh hakimi tarafından tasdik edilmemiş olması' nedeni ile takibin iptali halinde -yapılan başvurunun hukuki niteliği 'borca itiraz' olmayıp 'şikayet' olduğundan- ayrıca alacaklı aleyhine yüzde kırk tazminata da hükmedilemeyeceğini" (137)

(132) Bknz: 12. HD. 30.3.2000 T. 3816/4806

(133) Bknz: 12. HD. 20.3.2000 T. 3367/4264

(134) Bknz: 12. HD. 9.3.2000 T. 3078/4163; 14.5.1998 T. 4289/5503; 19.6.1997 T. 6716/7218

(135) Bknz: 12. HD. 29.2.2000 T. 2448/3449; 19.12.1999 T. 12523/15704

(136) Bknz: 12. HD. 24.2.2000 T. 1631/3029

(137) Bknz: 12. HD. 25.2.2000 T. 1819/3183

- "Çekin süresinde ibraz edilmiş olup olmadığına ilgili muhatap bankanın Tetkik Mercii'ne verdiği cevabına bakılarak saptanamayacağını" (138)

- "Takip konusu senedin yetkisiz temsilci tarafından imzalanmış olması halinde, senet bedelinden kendisinin kişisel olarak sorumlu olacağını, temsil ettiği şirketin yetkili temsilcisinin ticaret mahkemesine verdiği dilekçede borcu kabul etmiş olmasının, durumu değiştirmeyeceğini" (139)

- "Yüzde beş çek tazminatının sadece keşideciden istenebileceğini (ci-rantaların bundan sorumlu olmadıklarını)" (140)

- "Keşidecinin, lehtar tarafından kendisine çekilen ihtarnameye dayanarak, takip konusu senedin 'teminat senedi' olduğunu, senet hamiline karşı ile-ri süremeyeceğini" (141)

- "Senet üzerinde (arkasında) yer alan 'bu senet teminat senedir' sözcüklerinin tek başına, o senedin teminat senedi olduğunu (sayıldığını) göstermeyeceğini, hangi işin teminatı olduğunu senet üzerinde (arkasında) veya ayrı bir belgede (sözleşmede, protokolde) ayrıca açıklanmış olması gerektiğini (bu hususun borçlu tarafından yazılı bir belge ile kanıtlanamaması halinde 'borçlunun, itirazının reddine' -ve alacaklı yararına yüzde kırk tazminata- karar verileceğini)" (142)

- "Kendisine ödeme emri tebliğ edilmemiş olan borçlunun, Tetkik Mercii'ne başvurup 'borca itiraz'da bulunamayacağını" (143)

- "Takip konusu çeki vekaleten imzalamış kişiye (vekile) bu konuda yetki verilmiş olduğunun, tanıkla ispat edilemeyeceğini" (144)

(138) Bknz: 12. HD. 21.2.2000 T. 2084/2747

(139) Bknz: 12. HD. 21.2.2000 T. 2155/2698

(140) Bknz: 12. HD. 7.2.2000 T. 1122/1836

(141) Bknz: 12. HD. 8.2.2000 T. 906/1781

(142) Bknz: 12. HD. 29.12.1999 T. 17108/17646; 2.11.1999 T. 12762/13354; 21.10.1999 T. 11608/12659

(143) Bknz: 12. HD. 20.12.1999 T. 16066/16902; 18.5.1999 T. 5989/6542; 11.5.1999 T. 5707/6111

(144) Bknz: 12. HD. 14.12.1999 T. 15898/16484

-*"Karşılıksız çeke dayalı takiplerde, takip konusu borcun 'karşılıksız çek düzenleme' suçuna ilişkin ceza davasına bakan Asliye Ceza Mahkemesinin kararı ile bankaya bloke edilmiş olması halinde, bu paranın alacaklıya müra-caatında verilebilip verilemeyeceğine göre, borçlunun 'borca itirazı'nda haklı olup olmadığının saptanacağını" (145)*

-*"Takip konusu çekin düzeltme tarihinde yapılan değişiklik yanında yer alan parafın borçlu şirket yetkilisine ait olmadığının ileri sürülmesi halinde, bu hususun yönteminde araştırılması gerekeceğini" (146)*

-*"Rakamla yazılan 'vade tarihinde', 'alacak miktarında' tahrifat (değişiklik) yapılmış olması halinde, yazı ile yazılan vade tarihine ve alacak miktarna itibar edilemeyeceğini" (147)*

-*"Takip tarihinden sonra Türk parasına çevrilerek takibe konu yapılmış olan yabancı para alacağına dayalı takiplerde, borçlu tarafından takipten önce alacaklıya kısmi ödeme yapılmış olması halinde, vade tarihinden kısmi ödeme tarihine kadar tüm senet bedeli üzerinden, kısmi ödeme tarihinden sonra da, takip tarihine kadar, kalan senet bedeli üzerinden 'yabancı para faizi'nin (ve takip tarihinden sonra da reeskont faizinin) hesaplanması gerekeceğini" (148)*

-*"İcra takibinde -BY.mad.104/son'a aykırı olarak- faize faiz yürütülerek talepte bulunulamayacağını" (149)*

-*"Yapılan takibe, sadece takipte 'borçlu' olarak gösterilen kişilerin itiraz edebileceğini" (150)*

-*"Ödeme emri tebligatının borçluya usulsüz olarak yapıldığının -borçlu- nun bu hususu ileri sürmüş olması nedeniyle- anlaşılması durumunda, itirazın, tebligatın öğrenilme tarihine göre süresinde yapılıp yapılmadığının araştırıl- masının gerekeceğini" (151)*

(145) Bknz: 12. HD. 10.12.1999 T. 15329/16195

(146) Bknz: 12. HD. 30.11.1999 T. 14747/15377

(147) Bknz: 12. HD. 29.11.1999 T. 14529/ 15195; 14.4.1999 T. 4423/ 4771; 16.2.1999 T. 743 /1391

(148) Bknz: 12. HD. 29.11.1999 T. 14686/15253

(149) Bknz: 12. HD. 29.11.1999 T. 14659/15228

(150) Bknz: 12. HD. 29.11.1999 T. 14072/15264; 2011.1995 T. 16329/16229

(151) Bknz: 12. HD. 22.11.1999 T. 14074/14735; 22.11.1999 T. 14064/14726

- "Yabancı para alacağına takip tarihindeki raice göre Türk parasına çevirerek -ve fiili ödeme tarihindeki Türk parası karşılığı istenmeksizin (BY.mad.83, TY.mad.623)- takipte bulunmuş olması halinde, vade tarihinden takip tarihine kadar 'yabancı para faizi'nin (3095 s.Y.mad.4/a) ve takip tarihinden ödeme tarihine kadar da reeskont (avans) faizinin hesaplanması gerekeceğini" (152)

- "Senetteki her türlü düzeltme ve çıkıntıların borçlu tarafından tasdik (paraf) edilmedikçe (HUMY.mad.298) geçerli olmayacağını" (153)

- "Borçlunun 'ödeme emrinin tebliğinin usulsüz olarak yapılmış olduğu'na ilişkin şikayetin sonucunu beklenmeden, 'itirazın süresinde olduğu'nun kabul edilerek işin esasının incelenemeyeceğini" (154)

- "Karşılıksız çeke dayalı takiplerde, ibraz tarihinden itibaren 'işlemiş' ve tahsil tarihine kadar- 'işleyecek' faizin reeskont oranına göre -kademeli olarak- hesaplanması gerekeceğini" (155)

- "Borçlunun, hakimın dilekçeyi havale tarihinde değil, 'borca itiraz' başvurusunun harçlarını yatırdığı tarihte, borca itirazda bulunmuş sayılacağını" (156)

- "Kadının, kocası ile birlikte 'keşideci' olarak imzaladığı senetlerde, senedin kadın bakımından geçerli olması için ayrıca sulh hakiminin tasdikine gerek bulunmadığını" (157)

- "Borçlunun, alacağı temlik (devir) edene karşı ileri sürebileceği -'öde-me', 'takas' gibi- kişisel def'ileri, alacağı temellük edene (devir alana) karşı da ileri sürebileceğini" (158)

(152) Bknz: 12. HD. 11.11.1999 T. 12868/14015; 1.4.1998 T. 3179/3852

(153) Bknz: 12. HD. 23.11.1999 T. 14128/15225; 8.11.1999 T. 12809/13770; 14.4.1999 T. 4076/4727

(154) Bknz: 12. HD. 28.10.1999 T. 12090/13084

(155) Bknz: 12. HD. 26.10.1999 T. 11882/12970; 5.2.1998 T. 67/916

(156) Bknz: 12. HD. 11.10.1999 T. 10812/11928; 22.5.1999 T. 5545/6207; 20.5.1999 T. 5893/6610

(157) Bknz: 12. HD. 7.10.1999 T. 10466/11869; 21.9.1999 T. 9538/10454

(158) Bknz: 12. HD. 5.10.1999 T. 10358/11713; 30.6.1998 T. 7097/7996

-*"Borçlunun faize yönelik itirazının reddedilmesi halinde -asıl alacak üzerinden değil- sadece reddedilen faiz miktarı üzerinden -alacaklı lehine- yüzde kırk tazminata hükmedilmesi gerekeceğini"* (159)

-*"Kendisine 'özel yetki' verilmediği sürece, vekilin vekalet veren adına kambiyo senedi düzenleyemeyeceğini (aksi taktirde, düzenlediği senet bedelinden kişisel olarak sorumlu olacağını)"* (160)

-*"Dosya içeriğinden borçlunun sadece 'faize' itiraz ettiğinin anlaşılması halinde -dilekçenin sadece 'konusu' kısmında borca itiraz 'sözcüğünün' bulunması nedeniyle- 'borca da itiraz'da bulunulduğunun kabul edilemeyeceğini"* (161)

-*"Düzenlendiği sırada tamamen doldurulmamış olan senetlerin, tedavüle çıkarılırken doldurulabileceğini, bu durumda senedin boş olarak bırakılan kısımlarının -vadesinin, alacak miktarının, yetkili yerin, keşide tarihinin vs.- daha sonra alacaklı tarafından 'anlaşmaya aykırı olarak' doldurulmuş olduğunun, Tetkik Mercii'nde borçlu tarafından ancak yazılı belge ile isbat edilebileceğini (aksi taktirde; 'borca itirazın reddine' karar verileceğini)"* (162)

-*"Senetlerin 'alacak miktarı'nda, 'tanzim tarihi'nde tahrifat (değişiklik) yapıldığının ileri sürülmesi halinde, bilirkişi incelemesi yaptırılmadan Tetkik Mercii'nin kendi kanısına göre uyuşmazlığı çözemeyeceğini"* (163)

-*"Apartman yöneticisinin, kat maliklerine karşı bir 'vekil' gibi (BY.mad.388) sorumlu olduğunu"* (164)

-*"Bono arkasında yer alan 'ciro edilemez' kaydının, senedi bu kayıtlı devralmış olan hamili de bağlayacağını (bu durumda borçlunun 'borca itirazı'nın kabulü gerekeceğini)"* (165)

(159) Bknz: 12. HD. 28.6.1999 T. 8174/8825

(160) Bknz: 12. HD. 21.6.1999 T. 7886/8425; 12.5.1997 T. 5269/5476

(161) Bknz: 12. HD. 7.6.1999 T. 7142/7656

(162) Bknz: 12. HD. 18.5.1999 T. 5996 /6548; 24.2.1999 T. 1186 /2062; 22.1.1998 T. 4291/368

(163) Bknz: 12. HD. 12.5.1999 T. 5592/6175; 10.10 1989 T. 2606/11953

(164) Bknz: 12. HD. 15.4 1999 T. 3290 /4859; 28.4.1998 T. 4138/4687; 3.3.1998 T. 874/2435

(165) Bknz: 12. HD. 7.4.1999 T. 3772/4338

- "Fotokopi olarak borçlu tarafından ibraz edilen belgenin aslının alacaklı-
da olduğunun bildirilmesi halinde, alacaklının isticvap için duruşmaya çağırıl-
ması gerektiğini" (166)

- "Borçlunun 'borca itiraz'ını yanlış kişiye karşı yapmış olması halinde,
Tetkik Mercii'nce bu hususun doğrudan doğruya gözetilerek 'husumet yö-
nünden itirazın reddine' karar verilmesi gerekeceğini" (167)

- "Tetkik Mercii'nce, takip konusu senetlerin düzenlenme (keşide) tarihle-
ri itibariyle, kat malikleri kurulu tarafından yöneticiye -BY.mad.388 çerçeve-
sinde- kambiyo senedi düzenleme yetkisinin verilmiş olup olmadığına araştı-
rılması gerekeceğini" (168)

- "Temsilen imzalanmış senede dayalı takiplerde, 'temsil yetkisi' yönün-
den borca itiraz edilmiş olması halinde, Tetkik Mercii'nce 'keşide tarihi itibari
ile kimlerin borçluyu temsil yetkisine sahip olduğu' hususunun Ticaret Sicilin-
den sorularak, alınacak cevaba göre uyumsuzluğun çözümlenmesi (bu konu-
nun, şirket ana sözleşmesi ile Ticaret Sicilindeki kayıtlar esas alınarak araştı-
rılması) gerekeceğini" (169)

- " 'Faiz oranı' konusunda alacaklı ile borçlunun aralarında yaptıkları söz-
leşmenin tarafları bağlayacağını, borçlunun takipte istenen bu 'akdi faiz'e iti-
raz edemeyeceğini" (170)

- "Takibe itiraz etmemiş olan takip borçlusu hakkındaki takibin iptaline ka-
rar verilemeyeceğini" (171)

- " 'Eski yöneticiler tarafından, ileri tarihli olarak takip konusu çekin düzen-
lendiği'ne ilişkin iddianın -yazılı belge ile kanıtlanmadıkça- Tetkik Mercii'nde
tartışılmayacağını" (172)

(166) Bknz: 12. HD. 23.2.1999 T. 1365/1796

(167) Bknz: 12.HD. 10.12.1999 T. 15344/16205; 23.3.1999 T. 3046/3743

(168) Bknz: 12. HD. 10.12.1998 T. 13517/14295

(169) Bknz: 12. HD. 12.11.1998 T. 11196/12650; HGK. 21.10.1998 T. 12-641/723; 10.2.1998 T.
646/1175

(170) Bknz: 12. HD. 8.10.1998 T. 9283/10450; 25.2.1996 T. 1618/2146

(171) Bknz: 12. HD. 29.9.1998 T. 9171/9777

(172) Bknz: 12. HD. 21.9.1998 T. 8232/9257

- "Borçlunun, 'senedin iradesi dışında doldurulduğu'nu Tetkik Mercii'nde yazılı belge ile kanıtlayabileceğini" (173)

- "Senedin alacak miktarını gösteren kısmında tahrifat yapıldığının anlaşılması halinde, takibin tümünün değil sahtelik yapılan kısmının iptaline karar verilmesi gerekeceğini" (174)

- "Şirketi tek başına temsil yetkisine sahip olan kişinin, şirket kaşesi altına attığı imzanın, 'şirket adına atılmış' sayılacağını" (175)

- "Takip talebinde yüzde doksansekiz oranında faiz talep edilmiş olmasının, temerrüd faizi olan reeskont faizinin istenmiş olduğunu göstereceğini" (176)

- "Takip konusu senetteki borca 'borçlu olmadığı'ndan bahisle itiraz etmiş ve bu itirazı kabul edilmiş olan borçlunun -yüzde kırk- tazminat talebi hakkında olumlu / olumsuz bir karar verilmesi gerekeceğini" (177)

- "Takip talebinde, alacağın dayanağının 'evlilik birliğinin temini ile ilgili teminat borcu olarak tanzim edilen açık senet' olduğunun belirtilmiş olması halinde, -alacağın tahsil edilip edilmeyeceği yargılamayı gerektireceğinden- 'borca itiraz'ın kabulü gerekeceğini" (178)

- " 'Borca itiraz'da bulunmuş olan borçlu tarafından dayanılan 'protokol'de, takip dayanağı senede açıkça atıf yapılmamış olması halinde, 'borca itiraz'ın reddedilmesi gerekeceğini" (179)

- "Kesin görüş belirtmeyen bilirkişi raporuna göre karar verilemeyeceğini" (180)

(173) Bknz: 12. HD. 7.7.1998 T. 7660/8240

(174) Bknz: 12. HD. 3.3.1999 T. 1708/2497; 25.6.1998 T. 6692/7831; 17.11.1997 T. 12538/12768

(175) Bknz: 12. HD. 3.6.1998 T. 6071/6550

(176) Bknz: 12. HD. 29.4.1998 T. 4023/4746

(177) Bknz: 12. HD. 1.4.1998 T. 3179/3852

(178) Bknz: 12. HD. 23.3.1998 T. 2689/3393

(179) Bknz: 12. HD. 4.5.1998 T. 4195/4946; 17.3.1998 T. 2598/3181

(180) Bknz: 12. HD. 4.3.1998 T. 2056/2585; 27.1.1997 T. 287/585; 22.6.1995 T. 9762/9359

- "İleri tarihli çek düzenlemek mümkün olduğundan (TY.mad.707), keşidecinin keşide tarihinde yaşıyor olmamasının, çekin geçerliliğine etkili olmayacağını" (181)

- "Tanzim tarihini taşımadığı için 'bono' sayılmayıp 'adi senet' niteliğinde bulunan belgede 'kefil' olarak imzası bulunan kişinin 'adi kefil' sayılacağını" (182)

- "Çekin düzenlendiği tarihte (keşide tarihinde) adi ortaklığın ortağı bulunmayan kişinin, adi ortaklık adına düzenlenmiş olan çek bedelinden sorumlu olamayacağını" (183)

- "Senedin boş kısımlarının sonradan doldurulmasının 'tahrifat' sayılamayacağını, bu işlemin anlaşmaya aykırı olarak alacaklı tarafından yapılmış olduğunun Tetkik Mercii'nde yazılı belge ile kanıtlanabileceğini" (184)

- "Takip dayanağı senedin 'karşılıklı edimler içeren sözleşme nedeniyle verildiği' iddiasının Tetkiki Mercii'nce araştırılması gerekeceğini, bu konuda Tetkik Mercii'nce 'görevsizlik kararı' verilemeyeceğini" (185)

- "Bononun yırtık yerinin yapıştırıldıktan sonra takibe konulmuş olması halinde 'borca itiraz'ın kabulüne karar verilmesi gerekeceğini" (186)

- "Yabancı para alacağına dayalı takiplerde, 'yabancı para faizinin' (devlet bankalarınca o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödenen en yüksek faizin '3095 s.Y.mad.4/a') borçludan talep edilebileceğini" (187)

- "İbrazında karşılığı bulunmayan çek bedelini, çekin ibrazından sonra ve takipten önce ödemiş bulunan keşidecinin yüzde beş çek tazminatı ile ve ibraz tarihinden ödeme tarihine kadar işlemiş faizden sorumlu olduğunu" (188)

(181) Bknz: 12. HD. 30.12.1997 T. 14305/14832

(182) Bknz: 12. HD. 26.12.1997 T. 14455/14602

(183) Bknz: 12. HD. 24.12.1997 T. 13883/14448

(184) Bknz: 12. HD. 22.12.1997 T. 14156/14309

(185) Bknz: 12. HD. 11.12.1997 T. 13288/13906

(186) Bknz: 12. HD. 10.11.1997 T. 12330/12417; 28.1.1997 T. 41/604

(187) Bknz: 12. HD. 5.11.1997 T. 11789/12322; 18.2.1997 T. 1022/1467

(188) Bknz: 12. HD. 2.10.1997 T. 9051/9945

-*"Takip dayanağı senedi kocası ile birlikte 'keşideci' sıfatı ile imzalamış görünen kadının gerçekte 'kefil olarak' senedi imzalamış olduğu iddiasının Tetkik Mercii'nde yazılı belge ile kanıtlanması gerekeceğini"* (189)

-*"Alacaklının Tetkik Mercii'ndeki duruşmada, borçlunun itirazını kabul etmiş olmasının, alacaklı aleyhine yüzde kırk tazminata hükmedilmemesini gerektirmeyeceğini"* (190)

-*"Borçlu vekilinin 'borca itiraz' dilekçesinde, 'tebligatın usulsüzlüğü'ne ilişkin bir iddiası bulunması halinde, 'borca itiraz'ın süre yönünden reddedilmeden önce bu iddianın araştırılması gerekeceğini"* (191)

-*"Apartman yöneticisinin kendisine ancak özel olarak yetki verilmişse, kat malikleri kurulu adına kambiyo senedi düzenleyebileceğini, bu durumda dahi yöneticinin 'pasif husumet ehliyeti'ne sahip olmadığını açılacak davada kat maliklerinin hasım (davalı) gösterilmesi gerektiğini"* (192)

-*"Tetkik Mercii'nin, süresinde yapılmış bir şikayet olmadan kendiliğinden 'tebligatın usulsüz yapılmış olduğunu' dikkate alamayacağını"* (193)

-*"Tefhim edilen 'kısa karar'da hükmedilmemiş olan tazminata 'gerekçeli karar'da hükmedilemeyeceğini"* (194)

-*"Borçlunun, 'alacak miktarı'nı rakamla belirten bölümünde, alacak miktarı 'Türk parası (lirası)' olarak ifade edilmiş olmasına rağmen yazı ile belirten bölümünde, alacak miktarı 'yabancı para birimi' olarak ifade edilmişse, yazı ile belirtilen miktara itibar edilemeyeceğini"* (195)

-*"Takip konusu borç için çek verilmesinin, borcun yenilendiğini ifade etmeyeceğini, borçlunun verilen bu yeni çeke dayalı takibe yönelik itirazının Tetkik Mercii'nce 'tahsilde tekerrür olmamak üzere itirazın reddine' karar verilmesi gerekeceğini"* (196)

(189) Bknz: 12. HD. 22.9.1997 T. 8565/9065; 17.2.1997 T. 946/1315

(190) Bknz: 12. HD. 22.10.1997 T. 10826/11266; 17.6.1997 T. 6739/7146, 11.12.1996 T. 15205/15589

(191) Bknz: 12. HD. 20.5.1997 T. 5474/5802

(192) Bknz: 12. HD. 16.4.1997 T. 4388/4722; 20.9.1995 T. 11583/11681

(193) Bknz: 12. HD. 7.4.1997 T. 4018/4233; 15.3.1995 T. 3687/3602

(194) Bknz: 12.HD. 27.3.1997 T. 3497/3799; 10.7.1995 T. 9940/10376

(195) Bknz: 12. HD. 6.3.1997 T. 2209/2656

(196) Bknz: 12. HD. 5.3.1997 T. 1940/2485

-*"Kambiyo senedi düzenlemek 'ticari iş' sayıldığından, kambiyo senedi-ne dayalı takiplerde, borçludan 'reeskont' (şimdi 'avans') faizi istenebileceğini"* (197)

-*"Taraflar arasındaki protokolde öngörülme-yen senetlere ilişkin takibin iptaline karar verilemeyeceğini"* (198)

-*"Borçlu vekilinin, itiraz dilekçesinde yüzde on oranda tazminat talep etmiş ve borca itirazı yerinde görülümüşse, Tetkik Mercii'nce borçlu yararına yüzde kırk oranda değil yüzde on oranda tazminata hükmedilebileceğini"* (199)

-*"Takibin 'borçlunun kambiyo senedi düzenlemeye yetkisi olmaması' nedeni ile iptali halinde -işin esası incelenmemiş olduğundan- alacaklı aleyhine yüzde kırk tazminata hükmedilemeyeceğini"* (200)

-*"Tetkik Mercii'nce 'borca itiraz'ın kabulü / reddi halinde, Hazine yararına değil, lehine karar verilen taraf yararına tazminata hükmedilebileceğini"* (201)

-*"Kendisine ödeme emri gönderilmemiş -sadece ismi, asıl borçlu yanında 'vekili sıfatı ile' yazılmış olan- kişinin yaptığı itirazın bu nedenle reddi ve aleyhine yüzde kırk tazminata hükmedilmemesi gerekeceğini"* (202)

-*"Senedin boş olarak imzalanmış olduğuna, borçtan sorumlu olunmadığına' ilişkin itiraz 'borca itiraz' niteliğinde olduğundan, bu itirazın reddi halinde, alacaklı yararına yüzde kırk tazminata hükmedilmesi gerekeceğini"* (203)

-*"Borca itiraz dilekçesinde alacaklının isminin maddi hata sonucu yanlış yazılmış olduğunun anlaşılması halinde, hatanın düzeltilmesi için, borçluya süre verilmesi gerekeceğini"* (204)

(197) Bknz: 12. HD. 4.3.1997 T. 1998/2408

(198) Bknz: 12. HD. 3.3.1997 T. 1851/2276

(199) Bknz: 12. HD. 3.2.1997 T. 504/952

(200) Bknz: 12. HD. 23.1.1997 T. 1996-16177/454

(201) Bknz: 12. HD. 19.11.1996 T. 13412/14499

(202) Bknz: 12. HD. 12.11.1996 T. 13399/14258

(203) Bknz: 12 HD. 22.10.1996 T. 12338/12379

(204) Bknz: 12. HD. 14.10.1986 T. 11882/12250

- "Senetteki imzalı pulun başka yerden sökülüp yapıştırılmış olduğu'nun ileri sürülmesi halinde, bu hususun bilirkişilere incelettirilmesi gerekeceğini" (205)

- "Karşılıksız çeke dayalı takiplerde borçlunun takip konusu yapılan 'komisyon' ve 'faiz'e yönelik itirazının reddedilmesi halinde, borçlu aleyhine yüzde kırk tazminata da hükmedilmesi gerekeceğini" (206)

- "Senetteki tahrifat (değişiklik) hakkında bilirkişilerden alınan raporlar arasında çelişki bulunması halinde yeniden bilirkişiden (üçüncü kez) rapor alınması gerekeceğini" (207)

- "Kooperatif adına senet imzalamış olan temsilcinin görevden istifa etmiş olduğunun ilan edilmedikçe üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmeyeceğini" (208)

- "Tetkik Mercii'nin 'takip konusu senedin alacak miktarını belirten kısmında tahrifat olmadığını' kendiliğinden belirleyemeyeceğini (kabul edemeyeceğini)" (209)

- "Tetkik Mercii'ne verilen itiraz dilekçesinin imzasız olmasının, itirazı geçersiz kılmayacağını, imza eksikliğinin duruşmada giderilmesi gerekeceğini" (210)

- "Tahrifat iddiasının, uzman bilirkişi aracılığı ile inceleme yaptırılmadan, haricen alınan bilirkişi raporu ile yetinilerek sonuçlandırılmayacağını" (211)

- "Her türlü senetle borçlanmaya, senet, bono, poliçe, çek imzalamaya ve vermeye' vekaletname ile yetkili kılınmış olan kişinin imzaladığı çeklerden, vekalet veren A.Ş.'nin sorumlu olacağını" (212)

(205) Bknz: 12. HD. 2.10.1996 T. 10666/11516; 24.4.1994 T. 5402/5339

(206) Bknz: 12. HD. 1.10.1996 T. 11065/11478

(207) Bknz: 12. HD. 19.9.1996 T. 2214/9416; 10.6.1987 T. 1986-10193/7336; 7.5.1987 T. 1986-9832/6208

(208) Bknz: 12. HD. 18.9.1996 T. 9450/10551

(209) Bknz: 12. HD. 12.9.1996 T. 9603/10172

(210) Bknz: 12. HD. 17.4.1996 T. 4818/5381

(211) Bknz: 12. HD. 10.4.1996 T. 4769/4964

(212) Bknz: 12. HD. 21.3.1996 T.3199/3825

-*"Borçlunun 'pasif takip ehliyeti'ne (gerçek ya da tüzel kişiliğe) sahip olup olmadığının Tetkik Mercii'nce doğrudan doğruya araştırılacağını" (213)*

-*"Tetkik Mercii'nce, sahtekarlık iddiası kabul edilerek takibin iptal edilen miktarı üzerinden borçlu lehine ve ödendiği iddia edilen fakat borçlu tarafından kanıtlanamayan miktar üzerinden de alacaklı lehine yüzde kırk tazminata hükmedilmesi gerekeceğini" (214)*

-*"Borçlu tarafından sunulan belge altındaki imzanın alacaklıya ait olmadığı anlaşılması halinde, borçlu aleyhine para cezasına hükmedilemeyeceğini" (215)*

-*"Alacaklının ödemede temerrüde düşmüş borçlunun yaptığı kısmi ödemeleri BY.mad.84 uyarınca faiz ve masraflara mahsup edebileceğini" (216)*

-*"Hamilin kısmi ödemeyi kabul etmemiş (reddetmiş) olması halinde, temerrüt faizinin, çekin ibraz tarihi ile alacaklının kısmi ödemeyi reddettiği tarih arasındaki dönem için hesaplanması gerekeceğini" (217)*

-*"Duruşmada tefhim edilen 'kısa karar'a aykırı 'gerekçeli karar' yazılamayacağını" (218)*

-*"Borçlunun 'esasla ilgili itiraz'ları yanında 'ödeme emri tebligatının usulsüzlüğü'nü, aynı dilekçede (birlikte), Tetkik Mercii'ne bildirebileceğini" (219)*

-*"İİY.mad. 169a'da belirtilen niteliği taşımayan belgeye dayalı itirazların reddedilmesi gerekeceğini" (220)*

-*"TY.mad. 723'de yazılı 'mücbir sebep' iddiasının Tetkik Mercii'nde -yazılı belge ile- ispat edilebileceğini" (221)*

(213) Bknz: 12. HD. 19.3.1996 T. 3650/3675

(214) Bknz: 12. HD. 14.3.1996 T. 3033/3523

(215) Bknz: 12. HD. 13.2.1996 T. 879/2056; 27.2.1990 T. 1989-8779/1876

(216) Bknz: 12. HD. 12.2.1996 T. 1902/1982; 19.12.1995 T. 17981/18056; 1.6.1995 T. 7968/8021

(217) Bknz: 12. HD. 6.2.1996 T. 1550/1657

(218) Bknz: 12. HD. 19.12.1995 T. 17982/1805

(219) Bknz: 12. HD. 12.12.1995 T. 17065/17620

(220) Bknz: 12. HD. 15.11.1995 T. 15489/15997

(221) Bknz: 12. HD. 26.10.1995 T. 13359/14549

- " 'Çekin tahsil için verildiği' yönünde çekte bir açıklık bulunmaması halinde, bordrolara dayalı olarak çekin tahsil için verildiği sonucuna varılmayacağı" (222)

- "Çek altındaki imzaların, keşide tarihindeki kooperatif yöneticilerine ait olmaması halinde, kooperatifin çek bedelinden dolayı sorumlu olmayacağını, 'çekin önceki yöneticiler tarafından ileri tarihli çek olarak düzenlenip, alacaklıya verildiği' iddiasının -bu iddia yazılı belge ile kanıtlanmadıkça- dar yetkili Tetkik Mercii'nde araştırılmayacağını" (223)

- " 'Ödeme emrinin düzeltilmesine' karar veren Tetkik Mercii'nin ayrıca 'ödeme emrinin iptaline' karar vermeyeceğini" (224)

- " 'İleride geri almak koşulu ile, ihtirazi kayıtlı' icra vizesine borçlu tarafından yatırılan paranın, süresi içinde yapılan itirazın incelenmesine engel teşkil etmeyeceğini" (225)

- "On günlük temyiz süresinin son gününün Cumartesiye rastlaması halinde, İY:mad. 19/son uyarınca temyiz süresinin Pazartesi günü çalışma saat bitiminde sona ereceğini" (226)

- " 'Firma' adına (lehine) düzenlenmiş senette, firmanın tüzel kişiliği bulunup bulunmadığı araştırılmadan karar verilemeyeceğini" (227)

- "Maddi hataya dayalı olarak verilen karara mercice uyulmuş olmasının, taraflar için usuli kazanılmış hak oluşturmayacağını" (228)

- "Borçlunun, 'alacaklının iyiniyetli hamil olmadığı' iddiasının, Tetkik Mercii'nce araştırılması gerekeceğini" (229)

(222) Bknz: 12. HD. 11.10.1995 T. 12686/13429

(223) Bknz: 12. HD. 17.10.1995 T. 13588/13824

(224) Bknz: 12. HD. 16.10.1995 T. 13744/13709

(225) Bknz: 12. HD. 19.9.1995 T. 11612/11490

(226) Bknz: 12. HD. 12.9.1995 T. 11122/11120

(227) Bknz: 12. HD. 12.7.1995 T. 9540/10590

(228) Bknz: 12. HD. 1.6.1995 T. 4156/7995

(229) Bknz: 12.HD. 30.5.1995 T. 7769/ 7840

- "Keşidecinin, lehtar aleyhine açtığı menfi tesbit davasının, hamilin keşideci aleyhine yaptığı takibi etkilemeyeceğini (bu nedenle, lehtar aleyhine açılan menfi tesbit davasının, takibe yönelik borca itiraz davasında bekletici mesele yapılamayacağını" (230)

- "PTT tarafından yapılan icra tebliğleri, aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli olduğundan, hem 'borca itiraz'da hem de 'tebligatın usulsüz olduğunu' belirterek -aynı dilekçede- şikayette bulunan borçlunun, 'tebligatı alan kişinin, kendisi ile aynı çatı altında oturmadığına' ilişkin delillerini Tetkik Mercii'ne sunmaması halinde, 'itirazın reddi' gerekeceğini" (231)

- "Borcun daha az olduğunu' iddia eden borçluların, bu iddialarını İ.Y.mad. 169 a'ya uygun biçimde -yazılı belge ile- kanıtlamaları gerekeceğini" (232)

- "Borçlunu itirazının 'borca itiraz' niteliğini taşıması halinde, reddinden dolayı, alacaklı lehine tazminata hükmedilemeyeceğini" (233)

- "Ödeme emrinin ilgiliye usulsüz olarak tebliğ edilmiş olması halinde, Tetkik Mercii'nce 'tebligatın iptaline' değil, 'tebliğ tarihinin borçlunun bildirdiği... tarih olarak kabulüne' şeklinde karar verilmesi gerekeceğini" (234)

- "Tahrifat iddiasını bilirkişi vasıtasıyla araştırmamanın Tetkik Mercii'nin görevine girdiğini" (235)

- "Muhatap ve keşideci dışındaki kişilerin, bononun yüzünde yer alan imzalarının 'aval şerhi' sayıldığını ve bu kişilerin, kimin için aval vermişlerse onun gibi sorumlu olduklarını" (236)

- "Süresi içinde yapılan itirazın, İ.Y.mad. 71 çerçevesinde değil, İ.Y.mad. 169 çerçevesinde incelenmesi gerekeceğini" (237)

(230) Bknz: 12. HD. 23.5.1995 T. 7161/7379

(231) Bknz: 12. HD. 18.4.1995 T. 5934/5945

(232) Bknz: 12. HD. 13.2.1995 T. 1908/1785; 25.3.1987 T. 7543/4060

(233) Bknz: 12. HD. 2.2.1995 T. 1377/1270

(234) Bknz: 12. HD. 30.1.1995 T. 943/989; 1.12.1994 T. 15191/15257

(235) Bknz: 12. HD. 27.1.1995 T. 777/857 ; 23.9.1994 T. 10581/ 11024; 4.7.1994 T. 8942/9069

(236) Bknz: 12. HD. 19.1.1995 T. 143/331

(237) Bknz: 12. HD. 15.12.1994 T. 15210/16080

- "Takibin iptali kararının yalnız Tetkik Mercii'ne başvuran borçluyu kapsayacağını" (238)

- "Vekaleten düzenlendiği (imzalandığı) belirtilmemiş olan çek bedelin-den, çeki düzenlemiş olan kişinin, kişisel olarak sorumlu olduğunu" (239)

- "Senedin azledilen vekil tarafından imzalanmış olduğu'nun ileri sürülmesi halinde, azilnamenin vekile ne zaman tebliğ edilmiş olduğunun araştırılması gerekeceğini" (240)

- "Borçlu tarafından tevdi yerine yatırılmış olan senet bedelini buradan almayarak, borçlu hakkında takip yapan alacaklının kötüniyetli sayılacağını, borçlunun borca itirazının kabulü gerekeceğini" (241)

- "Senetteki (3) rakamını (4) olarak değiştirilmiş olduğunun çıplak gözle anlaşılması halinde, bilirkişi incelemesi yaptırılmadan karar verilebileceğini" (242)

- "Borçlunun, takip dayanağı senedi 'kendi adına değil, temsilci olduğu şirket adına imzaladığını' ileri sürmesi halinde, bu hususun araştırılması gerekeceğini" (243)

- "Senedin bedelsiz kaldığı' hususunun ancak yazılı belge ile kanıtlanabileceğini" (244)

- "Rehin cirosu ile senedi elinde bulunduran bankaya karşı, poliçeden(bonodan) sorumlu olanların, kendileri ile ciranta arasında doğrudan doğruya mevcut olan ilişkiye dayanan def'ileri ileri süremeyeceklerini" (245)

- "Tetkik Mercii kararlarının cevapla temyiz edilebileceğini" (246)

(238) Bknz: 12. HD. 2.12.1994 T. 15181/15364

(239) Bknz: 12. HD. 7.10.1994 T. 11165/11938

(240) Bknz: 12. HD. 4.7.1994 T. 8861/9058

(241) Bknz: 12. HD. 3.5.1994 T. 4685/5820

(242) Bknz: 12. HD. 24.11.1993 T. 14522/18486

(243) Bknz: 12. HD. 5.10.1993 T. 10268/14751; 12.1.1993 T. 10429/189

(244) Bknz: 12. HD. 6.7.1993 T. 8032/12179; 15.10.1992 T. 4712/11949

(245) Bknz: 12. HD. 7.4.1993 T. 2315/6229

(246) Bknz: 12. HD. 13.1.1993 T. 1992-11025/295

- " 'Borca itiraz'ın 'dava' gibi değerlendirilerek, dava dilekçesinde 'karşı taraf' olarak alacaklının gösterilmemiş olması nedeniyle, 'borca itirazın reddine' karar verilemeyeceğini" (247)

- " 'Borca itiraz' davasında, davalı alacaklının yanlış gösterilmiş olmasının, 'itirazın reddine' neden olmayacağını, davacıya 'gerçek alacaklıya husumeti yöneltmesi için süre verilmesi' gerekeceğini" (248)

- "İhtiyati haciz kararının, itiraz üzerine mahkemece kaldırılmış olmasının, Tetkik Mercii'nce 'borca itiraz'ın incelenmemesini gerektirmeyeceğini" (249)

- " 'Borca itirazın kabulü karar' ile, ihtiyati haciz kararının kaldırlamayacağı" (250)

- "Vekaletnamesiz borca itiraz dilekçesinin, sırf bu nedenle, duruşma aşısından reddedilemeyeceğini" (251)

- "Borçlunun 'takip dayanağı senedin protokole bağlı olarak düzenlenmiş olduğu'nu ileri sürmesi halinde, Tetkik Mercii'nce, protokoldeki imzanın alacaklıya ait olmadığına araştırılarak, alacaklı tarafından reddi halinde, İ.Y. mad. 169 a/III çerçevesinde inceleme yapılması gerekeceğini, borçluya yemin verilerek uyuşmazlığın çözümlenemeyeceğini" (252)

- "İ.Y. mad. 169 a/I uyarınca verilen 'tedbir kararı'nın itirazın esasının incelenmesini engellemeyeceğini" (253)

- " 'Üzerinde imza ve tarih bulunan pulların başka yerden sökülerek senet üzerine yapıştırılmış olduğu'na ilişkin iddianın, bilirkişi incelemesi yaptırılarak çözümlenmesi gerekeceğini" (254)

(247) Bknz: 12. HD. 1.4.1992 T. 1991-10972/4176

(248) Bknz: 12. HD. 25.3.1992 T. 10300/3750; 19.2.1992 T.143/1615

(249) Bknz: 12. HD. 27.3.1992 1991-11095/3872

(250) Bknz: 12. HD. 1.10.1991 T. 2804/9877

(251) Bknz: H.G.K: 31.10.1990 T. 12-419/542

(252) Bknz: 12. HD. 9.10.1989 T. 2447/11850

(253) Bknz: 12. HD. 3.5.1988 T. 1987-7904/5940

(254) Bknz: 12. HD. 12.4.1988 T. 1987-7492/4782

- "Borçlunun ibraz ettiği belge altındaki imzayı inkar etmeyen alacaklının 'bu belgede değişiklik (tahrifat) yapıldığını' ileri sürebileceğini" (255)

- " 'Borçlunun kambiyo senedi düzenleme ehliyetine sahip olmadığı' itirazının Tetkik Mercii'nde incelenebileceğini" (256)

- "İmzaya ait itirazın incelenmesi duruşmasında, borcun esasına ait itirazların incelenemeyeceğini, imza itirazının kaldırılması için açılan duruşmada tahrifat iddiasının incelenemeyeceğini" (257)

- " 'Cironun muvazaaya dayalı olduğu' konusunda Tetkik Mercii'nin karar veremeyeceğini" (258)

- "İmzası inkar edilen senedin bedelinin daha sonra icra dairesine yatırılması halinde, bu para, borçlunun 'itirazından vazgeçtiğini' bildirmedikçe alacaklıya ödenemeyeceğinden 'itirazın kabulü' tarihine kadar işleyecek faizden borçlunun sorumlu olacağını" (259)

- "Borçlunun bono bedelini alacaklı bankanın başka bir şubesine ödemek istediği halde, bu paranın alınmaması sebebinin yasaya uygun düşüp düşmediği hususunun yargılamayı gerektireceğini, bu uyuşmazlığın Tetkik Mercii'nce çözümlenemeyeceğini" (260)

- "Senet arkasındaki meşruhatın, bononun 'kayıtsız şartsız borç ikrarı' olma niteliğini etkilediği oranda, takibin iptaline neden olacağını" (261)

- " 'Senet bedelinin tahsilinin bazı şartlara bağlı kılınmış olduğu' hususunun borçlu tarafından yazılı belge ile kanıtlanabileceğini" (262)

(255) Bknz: 12. HD. 8.4.1988 T. 1987-6315/4535

(256) Bknz: 12. HD. 21.3.1988 T. 1987-5830/3337

(257) Bknz: 12. HD. 15.3.1988 T. 1987-5493/3057

(258) Bknz: 12. HD. 14.3.1988 T. 1987-5283/2978

(259) Bknz: 12. HD. 7.3.1988 T. 1987-4919/2556

(260) Bknz: 12. HD. 17.12.1987 T. 1299/13249

(261) Bknz: 12. HD. 27.11.1987 T. 1986-12740/12244

(262) Bknz: 12. HD. 8.10.1987 T. 12615/9935; 19.6.1986 T. 1985-12814/7113; 13.2.1984 T. 11209/1351

- "Klûbe ait senedin tek imza ile ciro edilebilir edilemeyeceği konusundaki uyuşmazlığın, ciro tarihindeki klûp statüsü incelenerek çözümlenebileceğini" (263)

- "Ödeme emrinin tebliğinden ve itirazdan sonra, alacaklının icra dairesine 'itiraz edenin (borçlunun) ismini yanlışlıkla takibe yazdığını' bildirmesinin, itirazın haksızlığını göstermeyeceğini" (264)

- "Senet üzerindeki imzanın çarpı şeklinde işaret ile iptal edilmiş ya da zımbalanmış, üzerinde tarih bulunan pulun sökülmüş olması halinde, senedin geçerli olup olmadığının Tetkik Mercii'nde incelenemeyeceğini (alacaklının bu senede dayanarak ilamsız takip yapamayacağını)" (265)

- " '200.000 liralık protesto olmuş bono karşılığında, 202.750 liralık poliçenin düzenlenmiş olduğu' hususunun, yazılı belge ile ispat edilmesi gerekeceğini" (266)

- " 'Senetlerin, keşideciye açılan kredinin teminatı olduğu' hususunun ancak yazılı belge ile ispat edilebileceğini ve bu halde lehtarın bu senetleri icraya koyamayacağını, fakat bu durumun, lehtardan senetleri ciro yolu ile ele geçirmiş olan hamilin takip hakkını etkileyemeyeceğini" (267)

- "İcra takibinden vazgeçmeyi şartlara bağlayan protokoldeki şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin, Tetkik Mercii'nde araştırılmayacağını" (268)

- "Bankaya hem 'tahsil' hem 'teminat' sözcükleri ile yapılan cironun gerçek niteliği araştırılmadan uyuşmazlığın çözümlenemeyeceğini" (269)

- "Takip dayanağı senedin 'hatır senedi' olduğu hususunun (itirazının) yazılı belge ile kanıtlanması gerekeceğini" (270)

(263) Bknz: 12. HD. 25.9.1987 T. 4440/9341

(264) Bknz: 12. HD. 30.1.1997 T. 1986-5858/1011

(265) Bknz: 12. HD: 25.9.1986 T. 10947/9591

(266) Bknz: 12. HD. 7.7.1986 T. 1985-13544/7968

(267) Bknz: 12. HD. 23.6.1986 T. 1985-11517/7269

(268) Bknz: 12. HD. 23.5.1985 T. 1984-15292/5079

(269) Bknz: 12. HD. 15.3.1984 T. 519/3012

(270) Bknz: 12. HD. 30.5.1983 T. 3034/4244

- " 'Bononun, feshedilen ortaklık sermayesinin teminatı olarak düzenlendiği' iddiasının yazılı belge ile kanıtlanması gerektiğini" (271)

- "Açılan olumsuz tesbit davası üzerine ancak davaya bakan mahkemenin 'icra takibinin durdurulması' konusunda tedbir kararı verebileceğini, Tetkik Mercii'nin böyle bir karar veremeyeceğini" (272)

- "İmza itirazına ait duruşma sırasında, zamanaşımı itirazında bulunulamayacağını" (273)

- "Bononun 'adi kefil' sıfatı ile imzalanabileceğini, bu durumda uyumsuzluğun BY.mad.486 hükmüne göre çözümlenmesi gerekeceğini" (274)

- "Borçlu vekili tarafından Tetkik Mercii'ne verilen dilekçe altındaki imzanın, 'borçlu vekiline ait olmadığı'nın ileri sürülmesi halinde, mercice 'imzanın kendisine ait olup olmadığı' hususunun avukattan sorulması ve avukatın imzayı kabul etmesi halinde, başkaca bir husus araştırılmadan itiraz sebeplerinin incelenmesine geçilmesi gerekeceğini" (275)

- "Senetlerin 'sahte olduğu'nun iddia edilmesi halinde, öncelikle senetlerin 'geçerli olup olmadığı'nın' araştırılması gerekeceğini" (276)

belirtmiştir...

B-"Yetki" İtirazının İncelenmesi:

Borçlunun yetki itirazı, icra takibinin yapıldığı -borçluya ödeme emrini gönderen- icra dairesinin bağlı olduğu tetkik mercii tarafından (277) -duruşma yapılarak (278) - incelenir.

(271) Bknz: 12. HD. 16.9.1980 T. 4655/6397

(272) Bknz: 12. HD. 24.10.1979 T. 1978-12-829/1344

(273) Bknz: 12. HD. 12.6.1979 T. 5204/5431

(274) Bknz: 12. HD. 8.6.1978 T. 5235/5344

(275) Bknz: 12. HD. 19.2.1978 T. 6653/7044

(276) Bknz: Tic. D. 9.5.1968 T. 2724 (ŞİMŞEK, E. Kambiyo Senetlerine Dayanan Tahsil Davası ve Bazı Sorunlar "Yasa D. 1978/4, sh:619, dipn.5")

(277) Bknz: 12. HD. 17.6.1994 T. 8025/8177; 6.7.1993 T. 8542/12155

(278) Bknz: 15.12.1995 T. 15893/17953; 26.2.1993 T. 15184/3597

Borçlunun hem *yetki* ve hem de *borca / imzaya* itiraz etmiş olması halinde, ö n c e *yetki itirazı* incelenir (279).

-Tetkik Mercii **yetki itirazını kabul ederse** "*yetki itirazının kabulüne ve dosyanın istek halinde yetkili..... icra dairesine gönderilmesine*" şeklinde karar verir (280). Bunun dışında ayrıca "*takibin iptaline*" karar veremez.....

Tetkik Mercii "*yetki itirazının kabulüne*" karar verirken ayrıca borçlu lehine %40 tazminata hükmedemez. Çünkü, burada "borçlunun -takip konusu kambiyo senedinden dolayı- borçlu olmadığı" hakkında bir karar verilmiş değildir (281).

Tetkik Mercii'nin verdiği '*yetkisizlik kararı*'nın kesinleşmesinden sonra alacaklının HUMY 193 uyarınca işlemde bulunması -yani; takip dosyasının yetkili icra dairesine gönderilmesini istemesi- gerekir (282). Aksi taktirde takip yapılmamış sayılır (HUMY.mad. 193/IV) ve alacaklı yeniden harç vererek takipte bulunabilir.

-Tetkik Mercii **yetki itirazını haksız bulursa;** "*yetki itirazının reddine*" karar verir. Bu karar -İ.Y. mad. 363/II.3 uyarınca temyiz edilebilir (283).

"*Yetki itirazının reddine*" karar veren Tetkik Mercii bu kararında ayrıca alacaklı lehine yüzde kırk tazminata hükmedemez (284). Çünkü, bu karar esasa girilmeden verilmiş ve borçlunun -takip dayanağı senetten dolayı- borçlu olup olmadığını saptamayan bir karardır....

b e l i r t m i Ő t i r...

-**Yüksek mahkeme;** yukarıdaki açıklamalarımız sırasında atıf yaptığımız içtihatları dışında "*y e t k i itirazının incelenmesi*" ile ilgili olarak a y r ı c a ;

(279) Bknz: 10.11.1986 T. 972/11843

(280) Bknz: 12. HD. 29.1.1997 T. 439/775 - 30.12.1992 T. 10512/17534; 28.12.1987 T. 13919/13827 ; 13.10.1987 T. 13865/10121

(281) Bknz: 12. HD.13.12.1999 T. 15553/ 16359

(282) Bknz: 12. HD. 1.4.1996 T. 4239/4374 ; 5.2.1993 T. 433/1997

(283) Bknz:12. HD. 22.3.1988 T. 5155/3441

(284) Bknz. 12. HD. 13.12.1999 T. 15553/16359

- " 'Ödeme emrinin iptali'nden sonra yeniden gönderilen ödeme emri üzerine yetki itirazında bulunmuş olan borçlunun bu itirazının Tetkik Mercii'nce 'daha önceki itirazda yetki itirazında bulunulmamış olması' nedeni ile incelenmemesinin isabetsiz olacağını" (285)

- "Yetki itirazında, yetkili itiraz dairesinin doğru olarak gösterilmemiş olması halinde, yetki itirazının reddedilmesi gerekeceğini" (286)

- "İhtiyati haciz kararı veren mahkemeye yetki yönünden itiraz edilip, ihtiyati haciz kararı kaldırılmadıkça, örnek:163 ödeme emri üzerine Tetkik Mercii'ne başvurulup yetki itirazında bulunulamayacağını" (287)

- "Yetki itirazı, borca itiraz niteliğini taşıdığından (İly.mad.168/5), evrak üzerinde incelenemeyeceğini, iki tarafın da duruşmaya gelmemesi halinde 'dosyanın işlem den kaldırılmasına' karar verilmesi gerekeceğini" (288)

- "İcra müdürünün yetki itirazı hakkında bir karar veremeyeceğini" (289)

- "Senet aslı ibraz edilmediği için, (ilk) gönderilen ödeme emrinin iptalinden sonra yeniden gönderilen ödeme emri üzerine borçlunun yetki itirazında bulunabileceğini" (290)

- "Bononun yetkili icra dairesini gösteren kısmının sonradan doldurulmuş olmasının -bu kısmın anlaşmaya aykırı doldurulduğu borçlu tarafından (yazılı olarak) kanıtlanmadıkça-bonodaki, yetkili icra dairesinin geçerliliğine etkili olmayacağını" (291)

belirtmiştir...

(285) Bknz: 12. HD. 22.10.1997 T. 10784/11314

(286) Bknz: 12. HD. 30.1.1996 T. 1250/1184; 7.3.1994 T. 2952/3193

(287) Bknz: 12. HD. 22.12.1994 T. 15802/16545; 16.6.1994 T. 7887/8052; 27.3.1992 T. 1991-11090/3864

(288) Bknz: 12. HD. 26.2.1993 T. 1992-15184/3597

(289) Bknz: 12. HD. 16.1.1984 T. 1983-10518/22

(290) Bknz: 12. HD. 31.5.1982 T. 4679/4949

(291) Bknz: 12. HD. 6.10.1980 T. 5985/7097; 2.6.1980 T. 3474/4762

C- "Zamanaşımı" itirazının incelenmesi:

Borçlunun *zamanaşımı itirazı* -diğer borca itiraz sebepleri gibi- icra takibinin yapıldığı -borçluya ödeme emri gönderen- icra dairesinin bağlı olduğu Tetkik Mercii tarafından -duruşma açılarak- incelenir.

Bu itiraz "alacaklının ibraz ettiği takip konusu kambiyo senedindeki tarihe göre" (İİY. mad. 169 a /IV) ve öncelikle (292) incelenir.

-Tetkik Mercii, **borçlunun zamanaşımı itirazını yerinde bulursa;** "*zamanaşımı itirazının kabulüne ve takibin iptaline*" karar verir (293).

Bu kararlar beraber, takip alacaklısı sadece *yargılama giderleri ve vekalet ücreti* ile sorumlu tutulur (294), ayrıca borçlu lehine *yüzde kırk tazminata* hükmedilemez (295).

Zamanaşımı itirazı borca itiraz nedenlerinden olduğundan, borçlu tarafından süresinde Tetkik Mercii'ne ileri sürülmedikçe, Tetkik Mercii'nce kendiliğinden gözetilemez (296).

-Tetkik Mercii, *borçlunun zamanaşımı itirazını yerinde görmezse* -veya borçlunun zamanaşımı itirazını yerinde görmeye beraber, alacaklı "*zamanaşımının kesildiğini ya da tatil edildiğini resmi ya da imzası ikrar edilmiş bir belge ile ispatlarsa-* "*zamanaşımı itirazının reddine*" karar verir (297).

-Yüksek mahkeme; yukarıdaki açıklamalarımız sırasında atıf yaptığımız içtihatları dışında "*z a m a n a ş ı m ı itirazının incelenmesi*" ile ilgili olarak ayrıca;

(292) Bknz. 12. HD. 14.8.1987 T. 12127/8617

(293) Bknz: 12. HD. 5.4.1999 T. 4795/2655 – 17.6.1988 T. 11081/8082 – 27.2.1987 T. 8687/2251 – 3.6.1980 T. 2388/4798

(294) Bknz: 12. HD. 27.2.1987 T. 8687/2251

(295) Bknz. 12. HD. 30.6.2000 T. 9936/11069; 22.6.2000 T. 9589/10424; 20.6.2000 T. 9486/10323;; 21.4.2000 T. 3679/6487

(296) Bknz: 12. HD. 9.6.1998 T. 6463/7014; 26.5.1998 T. 5289/6008; 3.2.1987 T. 3843/1900

(297) Bknz. 12. HD.13.3.1986 T. 9294/2778; 27.1.1983 T. 10634/431

- "Zamanaşımı itirazı'nın kabul ya da reddi halinde, yüzde kırk tazminata da hükmedilemeyeceğini" (298)

- "Takip konusu bononun zamanaşımına uğradığının -borçlunun bu konudaki itirazı üzerine- saptanması halinde, 'zamanaşımı nedeniyle takibin iptaline' karar verilmesi gerekeceğini, 'zamanaşımına uğramış olan bono adi senet sayılacağından, on yıllık zamanaşımı süresinin de geçtiğinden bahisle takibin iptaline' karar verilemeyeceğini" (299)

- "Zamanaşımı def'inin 'borca itiraz' olup, borçlu tarafından süresinde Tetkik Mercii'ne ileri sürülmedikçe, Tetkik Mercii'nce doğrudan doğruya gözetilemeyeceğini" (300)

- "Takip dosyasındaki son işlem tarihi ile takibin yenilendiği tarih arasında -örneğin; bononun bağlı olduğu üç senelik, çekin bağlı olduğu altı aylık- zamanaşımı süresinin geçmiş olması halinde, 'takibin iptaline' karar verilmesi gerekeceğini" (301)

- "Çekin hem zamanaşımına uğramış olması ve hem de ibraz süresi geçirildikten sonra bankaya ibraz edilmiş olması halinde, Tetkik Mercii'nce öncelikle 'ibraz süresi geçirildiği için, hamilin müracaat hakkını kaybetmiş olması nedeniyle' takibin iptaline kara verilmesi gerekeceğini" (302)

- "Zamanaşımı itirazının öncelikle incelenmesi gerekeceğini" (303)

- "Borçlunun zamanaşımı itirazı yerinde görülerek 'takibin iptaline' karar verilmesi halinde, takip alacaklısının yargılama giderleri ve vekalet ücreti ile sorumlu tutulması gerekeceğini" (304)

- "Takip dayanağı kambiyo senedinin bağlı olduğu zamanaşımı süresinin dolmuş olduğu durumlarda, alacaklının zamanaşımının kesildiğini veya tatil edildiğini resmi ya da imzası ikrar edilmiş bir belge ile kanıtlayamaması hâlin-

(298) Bknz: 12. HD. 30.6.2000 T. 9936/11069; 22.6.2000 T. 9589/10424; 20.6.2000 T. 9486/10323

(299) Bknz: 12. HD. 5.4.1999 T. 4795/5625

(300) Bknz.: 12. HD. 9.6.1998 T. 6463/7014; 26.5.1998 T. 5289/6008; 3.2.1987 T. 1986-3843/1900

(301) Bknz: 12. HD. 24.2.1994 T. 2102/2618; 19.4.1989 T. 17774/5813

(302) Bknz: 12. HD. 17.6.1988 T. 1987-11081/8082

(303) Bknz: 12. HD. 14.8.1987 T. 12127/8617

(304) Bknz: 12. HD. 27.2.1987 T. 1985-8687/2251

de, Tetkik Mercii'nce 'zamanaşımı itirazının kabulüne' aksi halde 'zamanaşımı itirazının reddine' karar verilmesi gerekeceğini" (305)

- "Zamanaşımı itirazında bulunmuş olan borçlunun, duruşmada 'keşide tarihinde değişiklik (tahrifat) yapıldığını' ileri sürmesi halinde, itirazını genişletmiş olmayacağını" (306)

- "Zamanaşımı nedeniyle senedin değil 'takibin iptaline' karar verilmesi gerektiğini" (307)

- "İcra dairesinde borcu kabul eden borçlunun, itiraz süresi içinde, bu beyanından dönerek, 'borcun zamanaşımına uğramış olduğunu' ileri süremeyeceğini" (308)

- "Müteselsil borçlular hakkındaki takibin aynı ortak nedenle -zamanaşımı nedeni ile- iptali halinde, borçluların her biri yararına ayrı ayrı değil, hepsi yararına tek bir vekalet ücretine hükmedilmesi gerekeceğini" (309)

belirtmiştir...

D-Hem borca hem de imzaya itiraz edilmiş olması halinde, bu itirazların incelenme sırası:

Borçlu, Tetkik Mercii'ne süresi -beş gün- içinde hem *borca* ve hem de *imzaya* itiraz etmişse, bunlardan önce hangisinin incelenmesi gerekir ? Bu durumda; Tetkik Mercii "alacağın esasına ilişkin olmayan -yetki, derdestlik, zamanaşımı gibi- b o r c a itiraz sebeplerini i m z a itirazından önce incelemesi ve örneğin; yetki, derdestlik, zamanaşımı itirazını yerinde bulan Tetkik Mercii'nin, ayrıca *imza incelemesi* yapmadan "yetki, derdestlik, zamanaşımı itirazının kabulüne ve takibin iptaline" karar vermesi gerekir. Buna karşın borçlunun hem *alacağın esasına* ilişkin -ödeme, takas gibi- itirazda ve hem de *imza itirazında* bulunmuş olması halinde Tetkik Mercii'nin ö n c e *imza iti-*

(305) Bknz: 12. HD. 13.3.1986 T. 9294/2778; 27.1.1983 T. 1982-10634/431

(306) Bknz: 12. HD. 27.11.1985 T. 3873/10125

(307) Bknz: 12. HD. 3.6.1980 T. 2388/4798

(308) Bknz: 12. HD. 27.11.1975 T. 10369/10217

(309) Bknz: İİD. 10.10.1969 T. 8721/9207

razi'nı incelemesi ve bu itirazı yerinde bulması halinde, alacağın esasına ilişkin itirazı incelemeden takibi iptal etmesi gerekir.

Borçlu hem esasa ait ve hem de yetki itirazında bulunmuşsa, ö n c e l i k - l e yetki itirazı'nın incelenip karara bağlanması gerekir (310).

IV- Alacaklının çağırıldığı halde itirazın incelenmesi duruşmasına gelmesi üzerine "alacağın itiraz edilen kısmı için icranın geçici olarak durdurulmasına" karar verilmişse (İLY.mad.169 a/III) (311), alacaklı en geç altı ay içinde merci önünde duruşma talep ederek "borçlunun evvelce sunmuş olduğu makbuz altındaki imzanın kendisine ait olmadığını" kanıtlamak sureti ile "takibin devamına" karar alabilir.

Merci, imzanın alacaklıya ait olmadığını saptarsa, borçluyu "sözü edilen belgenin taalluk ettiği (ilişkin olduğu) değer veya miktarın yüzde onu oranında para cezasına" mahkum eder (İLY.mad.169 a/III,VII).

İLY.mad.169 a/III'de -İLY.mad.169 a/VI'dan- farklı olarak ayrıca açıklanmamış olmasına rağmen, borçlunun *olumsuz tesbit veya geri alma davası* açmak yetkisi, bu olasılıkta da mevcuttur. Bu taktirde İLY.mad.169 a/VI burada da örnekseme (kıyasen) ile uygulanmalıdır. Yani, merciin borçlu hakkında hükmettiği para cezasının alınması, borçlunun açacağı bu *olumsuz tesbit veya geri alma* davasının sonucuna kadar ertelenmelidir.

V- Borçlu, İLY.mad.168/5'de açıklandığı şekilde *itiraz sebepleri* ni "borca itiraz" da bulunurken belirtmek zorunda mıdır? Borçlu, "itiraz sebepleri"ni açıklamaksızın sadece "borcum yoktur" şeklinde borca itiraz etmişse durum ne olacaktır? Tetkik Mercii'ndeki duruşmada -dilekçesinde belirtmediği- itiraz sebeplerini açıklayabilir mi? Bu konuyu İLY.mad.170/ b' nin ışığı altında (312) şöyle çözümlemek mümkündür: İLY.mad.170 b hükmüne göre, "63 ila 72.maddeler, bu fasıl hükümlerine aykırı olmadıkça kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takiplerde de uygulanacağından" ve yollama yapılan 63. madde hükmüne göre de, "borçlu 62. maddenin 4. fıkrasındaki istisnalar dışında itiraz sebeplerini değiştirip genişletemeyeceğinden" borçlu, 62/V hükmüne uyma oluduğunda Tetkik Mercii'ndeki du-

(310) Bknz: 12. HD. 10.11.1986 T. 972/11843; 17.6.1984 T. 8025/8197

(311) Bknz: 12. HD. 22.5.2000 T. 7586/8268

(312) Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T. Kambiyo Senetleri, sh:1428 vd.

ruşmada itirazını genişletebilir (313). Bu nedenle uygulamada çok sık rastlandığı gibi borçlu "*borcum yoktur*" şeklindeki, **itiraz sebeplerini ayrı ayrı bildirmeyen (içermeyen) dilekçesi ile** açtığı davada "borcun zamanaşımına uğradığını, borçlu bulunmadığını" Tetkik Mercii'ndeki *ilk duruşmada* ileri sürebilir (314). Çünkü bu beyanı "senet metninden anlaşılan bir itiraz sebebi" açıklama niteliğindedir ve İ.Y.mad.62/IV uyarınca geçerlidir. Fakat, itirazında sebep bildirmeden itirazda bulunmuş olan borçlu, alacaklı izin vermedikçe, takip dayanağı kambiyo senedi metninden anlaşılamayan itiraz sebeplerini Tetkik Mercii'nde ileri süremez. Örneğin, borçlu "*borcu ödediğini, takas ettiğini, icra dairesinin yetkisiz olduğunu*" belirtemez...

Buna karşın borçlu **sebeb bildirerek** -örneğin; *borcun ortadan kalktığını (itfa edildiğini)* ya da *borcun ertelendiğini (imhal edildiğini)* bildirerek- Tetkik Mercii'ne borca itirazda bulunmuşsa, bu itiraz sebepleri ile bağlıdır, bu sebepleri değiştiremez ve genişletemez (315). **Kanımızca**, yüksek mahkemenin bu görüşü hatalıdır. Borçlu, itirazında sebep bildirmiş olsun olmasın, senet metninden anlaşılan tüm itiraz sebeplerini *Tetkik Mercii'ndeki ilk duruşmada* (316) ileri sürebilmelidir. İ.Y.mad.62/IV hükmünün bu şekildeki -dar yorumuna- biz katılmıyor ve maddenin sözcüklerine rağmen itirazında *sebeb bildiren borçlu ile itirazında sebep bildirmeden itiraz eden borçlu* arasında herhangi bir ayırım yapılmamasının daha doğru olacağını sanıyoruz (317).

VI- Borçlunun Tetkik Mercii'ne başvurarak *imza inkarı*'nda bulunmuş olması (İ.Y.mad.170), ayrıca Tetkik Mercii'ne başvurup *borca itiraz*'da bulunmasına (ve itiraz sebeplerinin Tetkik Mercii tarafından incelenmesine) engel teşkil etmez. **Yüksek mahkeme** (318), *imza inkarı (itirazı)*nın icra dairesine yapıldığı ve takibin durduğu -3494 s.Y. ile İcra ve İflas Yasasının 168/4 ve 170. maddelerinin değiştirilmesinden önceki- dönemdeki içtihatlarında bile aynı hususu belirterek "borçlunun imza inkarında bulunmuş olmasının ayrıca borca itirazda bulunmasına engel teşkil etmeyeceğini" vurgulamıştı.

(313) Bknz: 12. HD.. HD. 6.5.1980 T. 1986/4023

(314) "*Tetkik Mercii'ndeki ilk duruşmada*" diyoruz, çünkü borçlu sonraki duruşmalarda aynı itirazı ancak "karşı tarafın onayı (izni) ile" ileri sürebilir...

(315) Bknz: 12. HD. 26.10.1999 T. 12035/12905; 1.10.1998 T. 12040/12350; 9.2.1998 T. 444/1074; 25.3.1997 T. 3315/3685; 18.9.1996 T. 9507/10601, 1.3.1994 T. 2616/2887; 12.10.1993 T. 10935/15323 vs.

(316) Bknz: Yuk. Dipn.314

(317) Aynı görüşte **KURU, B.** age, sh:1705

(318) Bknz: 12. HD. 2.7.1987 T. 11753/8253; 28.4.1986 T. 11105/4976

İmza itirazı'nda bulunan borçlunun bundan vazgeçmesi, Tetkik Mercii'ndeki *borca itiraz*'ın da incelenmemesini *gerektirmez* (319).

Borçlunun borca itirazda bulunmasından sonra alacaklının itirazı kabul edip takipten feragat etmesi, itirazın incelenmesine ve "alacaklı aleyhine *yar-gılama giderine (ve vekalet ücretine (320) ve yüzde kırk tazminata (321) hük-medilmesine*" engel teşkil etmez... Keza, borçlunun borca itirazda bulunduktan sonra dosya borcunu ödemesi de -itirazından açıkça vazgeçmiş olmadıkça- borçlunun itiraz sebeplerinin Tetkik Mercii'nce incelenmesine engel teşkil etmez (322).

VII- "Borca itiraz" dilekçesinde *karşı taraf* olarak alacaklının gösterilmesi gerekir. Eğer Tetkik Mercii'ne bu şekilde başvurulmamışsa, alacaklının duruşmaya katılma isteğinin kabulü gerekir (323).

Tetkik Mercii "borca itiraz"ın beş günlük yasal *itiraz süresinden sonra* yapıldığını (324) veya takip dayanağı senedin kambyo senedi olmasına rağmen yapılan takibin *genel haciz yolu ile* olduğunu (325) tespit ederse "itirazın reddine" karar verir.

Tetkik Mercii "borca itiraz"ı inceleyip sonuçlandırırken, lehine karar verdiği taraf kendisini duruşmada bir vekille temsil ettirmişse, o taraf yararına ayrıca vekalet ücretine de hükmeder. Bu durumda *vekalet ücretine* Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 12. maddesine göre *-maktu (tavan) vekalet ücreti aşılmayacak biçimde ve nisbi olarak-* hükmedilmesi gerekir (326).

(319) Bknz: 12. HD. 7.7.1987 T. 6623/8428

(320) Bknz: 12. HD. 10.2.2000 T. 956/2035

(321) Bknz: 12. HD. 6.6.2000 T. 8780/9318; 21.1.2000 T. 17250/535, 14.10.1999 T. 1103/12091; 17.5.1999 T. 6029/6417; 17.2.1999 T. 1093/1495 vs.

(322) Bknz: 12. HD. 23.11.1999 T. 14034/14858; 24.9.1999 T. 9607/10835; 3.6.1999 T. 6600/7377 – 27.9.1994 T. 10778/11248

(323) Bknz: 12. HD. 18.4.1994 T.4761/4872; 5.10.1993T. 10331/14838; 9.2.1993 T. 12136/2262; 11.12.1986 T. 3415/14129 – 1.4.1992 T. 10972/4176 – 25.3.1992 T. 10300/3750; 19.2.1992 T. 143/1615

(324) Bknz: 12. HD. 2.11.1999 T. 12328/13271; 26.10.1999 T. 11845/12938; 22.10.1999 T. 11735/12756 – 24.9.1999T. 9440/10759; 17.3.1999 T. 2644/3354

(325) Bknz: 12. HD. 3.3.1988 T. 4689/2415

(326) Bknz: 12. HD. 28.11.1983 T. 8365/9585

VIII- Tetkik Mercii d u r u ş m a l ı o l a r a k yaptığı inceleme sonunda;

a-"Borçlunun itirazının kabulüne" karar verirse, *takip durur* ve bu kararın kesinleşmesi ile *takip iptal* edilir (İİY.mad.169 a/V).

Bu nedenle Tetkik Mercii'nin; borçlunun itirazının kabulü halinde "*....borçlunun itirazının kabulüne ve takibin iptaline...*" ş e k l i n d e karar vermesi gerekir (327). Bu durumda "*....borçlunun itirazının kabulüne ve ödeme emrinin iptaline...*" (328) veya "*....borçlunun itirazının kabulüne ve takibin durdurulmasına.*" (329) ş e k l i n d e karar veremez.

Borçlunun itirazının kabulü halinde, *yargılama giderleri* alacaklıya yükletilir (330). *Yargılama giderlerinin* -ve hükmedilen *yüzde kırk tazminatın*- takip konusu yapılabilmesi için, Tetkik Mercii'nin kararının kesinleşmesi beklenmez (331).

Ayrıca, borçlunun istemde bulunmuş olması halinde (332) (333) borçlu lehine *-asil alacak üzerinden* (334)- yüzde kırktan aşağı olmamak üzere *tazminata* hükmedilir (İİY.mad.169 a/VI) (335) (336) (337) U y g u l a m a d a -yasanın açık hükmüne rağmen- Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin içtihatları doğ-

(327) Bknz: Yuk. Dipn. 32

(328) Bknz: 12. HD. 18.11.1988 T. 9394/13875

(329) Bknz: Yuk.dipn.33

(330) Bknz: 12. HD. 12.9.1995 T. 11081/11045 – 5.3.1980 T. 334/2032 – 10.10.1969 T.8721/9207

(331) Bknz: 12. HD. 9.4.1996 T. 3452/4890; 5.3.1996 T. 1918/2898; 16.10.1995 T. 13863/13682

(332) *Yüksek mahkeme* "yasada bir süre öngörülmemiş olduğu için, duruşmanın her aşamasında tazminat isteminde bulunulabileceği" görüşündedir (Bknz: Yuk. Dipn.39)

(333) Bknz: 12. HD. 6.6.2000 T. 8876/9374 - 13.4.2000 T. 5018/5997; 19.10.1999 T. 11411/12479; 15.10.1999 T. 11026/12353 vs.

(334) Bknz: 12. HD. 11.4.2000 T. 5062/5711; 28.3.2000 T. 3931/4694; 17.1.2000 T. 17434/109 – 28.6.1999 T. 8174/8825

(335) Bknz: 12. HD. 6.6.2000 T. 8876/9374 – 12.5.2000 T. 7374/7908; 14.9.1999 T. 9138/10118; 2.11.1998 T. 11477/11830 - 1.4.1998 T. 3179/3852 – 19.11.1996 T. 13412/14499 – 14.3.1996 T. 3033/3523

(336) *Yargıtay 12. HD.* "bu hükmün Anayasaya aykırı olmadığına" karar vermiştir (Bknz: 12. HD. 7.6.1991 T. 5574/7443)

(337) *Yüksek mahkeme*; " 'çekin keşide tarihinde tahrifat (değişiklik) yapılmış olduğu' iddiasının b o r c a i t i r a z niteliğinde olmadığını, bu nedenle bu itirazın kabulü / reddi halinde ayrıca yüzde kırk tazminata da hükmedilemeyeceğini" belirtmiştir.... (Bknz: 12. HD. 16.9.1997 T. 7873/8632)

rultusunda borca itirazın kabul edilerek, "takibin iptaline" karar verilen tüm bu durumlarda değil, sadece *borcun esasına ilişkin* itiraz nedenlerinin incelenerek "itirazın kabulüne" karar verilen durumlarda -lehine yüzde kırktan aşağı olmamak üzere tazminata hükmedilmesini istemiş olan- davacı borçlu lehine bu tazminata hükmedilmekte, buna karşın -*yetki itirazının* (338), *zaman aşımı itirazının* (339) kabulü halinde olduğu gibi -*işin esasına girilmeden, usul yönünden* "takibin iptali" halinde -örneğin; *takibin mükerrer olması nedeni ile* "sonraki takibin" iptali halinde- ayrıca davacı borçlu lehine yüzde kırk tazminata hükmedilmemektedir (340).

Tetkik Mercii'nce İY.mad.169 a/IV hükmü uyarınca- verilen bu -yüzde kırktan aşağı olmamak üzere- *tazminat*, Tetkik Mercii'nin verdiği kararın kesinleşmesi beklenmeden ve ayrı (müstakil) olarak takip konusu yapılabilir (341).

Eğer, borçlunun itirazlarını kanıtlamak için sunduğu belge altındaki imza alacaklı tarafından inkar edilmiş ancak yapılan inceleme sonucunda, bu imzanın alacaklıya ait olduğu anlaşılmışsa, Tetkik Mercii ayrıca alacaklıyı "*sözü edilen belgenin taalluk ettiği (ilişkin olduğu) değer veya miktarın yüzde onu oranında para cezası ödemeye*" mahkum eder (İY.mad.169 a/III, c:1). Bu özel durum dışında "borçlunun borca itirazının kabulü" halinde, ayrıca borçlu lehine *para cezasına* hükmedilmez (342).

Tetkik Mercii kararları *maddi anlamda kesin hüküm* teşkil etmediğinden, takibin iptalinden sonra alacaklı genel mahkemede genel hükümlere göre bir *alacak davası* açabilir (İY.mad.169 a/V). Bu davada, lehine hüküm verilen alacaklı "duran (iptal edilen) takibe devam edilmesini" isteyemeyip, yeniden

(338) Bknz: Yuk. dipn. 281 civarı

(339) Bknz: Yuk.dipn. 295 civarı

(340) Eylül/1999 tarihinde İcra ve İflas Yasasında yapılacak değişiklikleri belirlemek üzere Adalet Bakanlığında oluşturulmuş olan -ve bizim de katıldığımız- komisyonda İY.169 a maddesinin 6.fıkrası "*maddenin altıncı fıkrasında yapılan değişikliklerle, borçlunun itirazının ancak esasa ilişkin nedenlerle kabulü halinde alacaklının, diğer tarafın isteği üzerine yüzde kırktan aşağı olmamak üzere tazminata mahkum edileceği hükmü kabul edilmiştir*" şeklinde gerekçe ile bu fıkranın "*borçlunun itirazının esasa ilişkin nedenlerle kabulü halinde alacaklı ... diğer tarafın isteği üzerine yüzde kırktan aşağı olmamak üzere tazminata hükmedilir...*" şeklinde değiştirilmesi uygun bulunmuştur.

(341) Bknz: 12. HD. 9.4.1996 T. 3452/4890; 5.3.1996 T. 1918/2898; 16.10.1995 T. 13863/13682

(342) Bknz: 12. HD. 6.6.2000 T. 8884/9381; 19.11.1996 T. 13906/14515

ilamlı icra takibinde bulunabilir (343). Ayrıca, "alacaklının böyle bir dava açması halinde, Tetkik Mercii'nce aleyhine hükmedilmiş olan inkar tazminatı ve para cezasının tahsili, açılan bu davanın sonuna kadar ertelenir ve alacaklı bu davayı kazanırsa hakkında verilmiş olan inkar tazminatı ve para cezası -dava-yı kazandığı oranda (344) - kalkar" (İ.Y.mad.169 a/V) (345).

b-"Borçlunun itirazının reddine" (346) karar verirse, bu red kararının temyizi *satış dahil hiçbir icra takip işlemini durdurmaz (İ.Y.mad.169 a/VII) (347). Alacaklı, bu red kararının kesinleşmesini beklemeden -haciz, kıymet takdir, satış isteyerek- takibe devam edebilir (İ.Y.mad.169 a/VII). Hatta daha önce, İ.Y.mad.169 a/II uyarınca takibin geçici olarak durdurulmasına karar verilmiş olsa bile, itirazın reddi kararı ile birlikte icra takibi yürümeye başlar.*

*İtirazın reddi kararının temyizi için, borçlu teminat göstermek zorunda olmadığı halde, yürüyen icra takibinin durdurulabilmesi için borçlunun İ.Y.mad.33/III'e göre "alacağın tamamı için" teminat göstermesi gerekir (İ.Y.mad.169 a/VII) (348). Ayrıca, alacaklının istemde bulunmuş olması halinde (349) alacaklı lehine -asil alacak üzerinden (350)- yüzde kırktan aşağı olmamak üzere tazminata hükmedilir (İ.Y.mad.169 a/VI) (351). U y g u l a m a d a -yasanın açık hükmüne rağmen- Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin içtihatları doğrultusunda, borçlunun ileri sürdüğü tüm borca itiraz nedenlerinin reddi halinde değil, sadece esasa ilişkin borca itiraz nedenlerinin reddi halinde, alacaklının talepte bulunmuş olması koşulu ile, alacaklı lehine yüzde kırktan aşağı olmamak üzere tazminata hükmedilmektedir.Örneğin; **yüksek mahkeme**; -"Borca itirazın 'süre aşımı nedeni ile' reddi halinde" (352)-,*

(343) Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi (UYAR, T. age.sh:5036)

(344) Bknz: 12. HD. 14.4.1999 T. 4062/4715

(345) Bknz: 12. HD. 31.3.1998 T. 3120/3764; 13.11.1995 T. 15719/15751; 28.10.1994 T. 13509/13187

(346) Bknz: 12. HD. 5.5.1986 T. 11474/5234

(347) Bknz: 12. HD. 5.5.1992 T. 5571/6043; 9.3.1990 T. 9427/2358

(348) Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi (UYAR, T. age, sh: 5036)

(349) Bknz: 12. HD. 13.4.2000 T. 5018/5997; 19.10.1999 T. 11411/12479; 15.10.1999 T. 11026/12353

(350) Bknz: 12. HD. 11.4.2000 T. 5062/5711; 28.3.2000 T. 3931/4694; 17.1.2000 T. 17434/109 - 28.6.1999 T. 8174/8825

(351) Bknz: 12. HD. 12.5.2000 T: 7374/7908; 14.9.1999 T. 9138/10118; 2.11.1998 T. 11477/11830 - 28.6.1999 T. 8174/8825 - 12.11.1996 T. 13399/14258 -19.11.1996 T. 13412/14499 - 22.10.1996 T. 12338/12379 - 1.10.1996 T. 11065/11478 - 14.3.1996 T. 3033/3523

(352) Bknz: 12. HD. 12.5.2000 T. 6735/7847; 23.3.2000 T. 3950/4356; 18.11.1999 T. 13913/14486; 24.2.1999 T. 1246/2019

-*"Takibin mükerrer olduğu iddiasının reddi halinde"* (353),

-*"İstem'in 'husumet yönünden' reddi halinde"* (354),

-*"Borçlu sıfatını taşımayan kişinin yaptığı borca itirazın reddi halinde"* (355),

ayrıca alacaklı lehine tazminata hükmedilemeyeceğini belirtmiştir.

Yüksek mahkeme yine "borçlunun itirazının reddi" halinde hükmedilecek *tazminat* ile ilgili olarak;

-*"Tetkik Mercii'nce borca itirazın reddi halinde, alacaklı lehine gerekçe gösterilmeden yüzde kırkın üstünde tazminata hükmedilemeyeceğini"* (356)

-*"Borçlunun sonradan itirazından vazgeçmiş olmasının, alacaklı lehine tazminata hükmedilmesine engel teşkil etmeyeceğini"*(357)

ifade etmiştir (358)...

Tetkik Mercii'nce -İ.Y.mad.169 a/IV uyarınca- verilen bu tazminat, Tetkik Mercii'nin verdiği kararın kesinleşmesi beklenmeden ve ayrı (müstakil) olarak takip konusu yapılabilir (359).

Borca itiraz'da bulunan borçluyu haksız bulan Tetkik Mercii, ayrıca - 4.9.1957 T. 4/16 sayılı İçt. Bir. K. uyarınca kendiliğinden- "*yargılama giderlerinin de borçludan alınmasına*" karar verir. Bu kararın takip konusu yapılabilmesi için, Tetkik Mercii'nin kararının kesinleşmesi beklenmez (360).

(353) Bknz: 12. HD. 18.3.1996 T. 3575/3583

(354) Bknz: 12. HD. 4.4.2000 T. 4415/5079; 8.11.1996 T. 13776/14006

(355) Bknz: 12. HD. 5.10.1993 T. 10803/14789

(356) Bknz: 12. HD. 6.3.1996 T. 2501/2974

(357) Bknz: 12. HD. 30.10.1997 T. 11294/11858

(358) Eylül/1999 tarihinde Adalet Bakanlığında, İcra ve İflas Yasasında yapılacak değişiklikleri belirlemek üzere çalışmalara başlamış olan komisyonda bu maddenin 6. fıkrasının "*takip muvakkaten durdurulmuş*" ise "*borçlunun itirazının reddedilmesi halinde istekte bulunmuş olan alacaklı lehine yüzde kırktan aşağı olmamak üzere tazminata hükmedileceği*" öngörülmüştür.

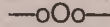
(359) Bknz: 12. HD. 9.4.1996 T. 3452/4890; 8.3.1996 T. 1918/2898; 16.10.1995 T. 13863/13682

(360) Bknz: 12. HD. 9.4.1996 T. 3452/4890; 5.3.1996 T. 1918/2898; 16.10.1995 T. 13863/13682

Eğer, alacaklı İİY.mad.169 a/I gereğince çağırıldığı duruşmaya gelmediği için "icranın geçici olarak durdurulmasına" karar verilmiş ve alacaklı altı ay içinde merci önünde duruşma talep ederek "borçlunun ibraz ettiği makbuz altındaki imzanın kendisine ait olmadığı"nı ispat etmişse, Tetkik Mercii ayrıca borçluyu "sözü edilen belgenin taalluk ettiği değer veya miktarın yüzde onu oranında para cezasına" mahkum eder (İİY.mad.169 a/III).

Tetkik Mercii kararları *maddi anlamda kesin hüküm* teşkil etmediğinden, Tetkik Mercii'nce verilen "itirazın reddine ve yüzde kırk tazminatın borçludan tahsiline" ilişkin karardan sonra, borçlu tarafından *olumsuz tesbit* (ya da *geri alma*) davası açılması halinde, borçlu aleyhindeki yüzde kırk tazminatın tahsili için yapılmış olan takibin -olumsuz tesbit davasının sonucuna kadar- durdurulması gerekir (İİY.mad.169 a/VI) (361).

c-Tetkik Mercii, borçlunun yanlış olarak "icra dairesi"ne borca itirazda bulunduğunu ve alacaklının -aslında takip kesinleştiği halde- gereksiz yere "itirazın kaldırılması" istemi ile kendisine başvurduğunu tespit ederse, "itirazın kaldırılması isteğinin reddine" karar vermeli ve borçluyu yarılama giderleri ve vekalet ücreti ile sorumlu tutmamalıdır (362).



(361) Bknz: 12. HD. 8.6.1998 T. 6309/6880; 25.11.1993 T. 14571/18559

(362) Bknz: 12. HD. 27.2.1989 T. 7249/2674; 16.11.1988 T. 1587/10683; 2.8.1979 T. 6041/6596

DEVLETLER ÖZEL HUKUKUNDA KAMU DÜZENİ

Nedim TURHAN (*)

ANLATIM DÜZENİ: A- Kamu Düzeni B- Kamu Düzeni ve Emir Edici Hukuk Kuralları C- Yabancı Hukukun Uygulanması ve Kamu Düzeni İlişkisi Ç- Kamu Düzeni Nedir, Ne Değildir D- Kamu Düzeni Engelleri Zaman, Yer ve Olay yönünden Uygulama Alanı E-2675 Sayılı; Milletlerarası Özel Hukuku ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun (MOHÜK) Bakımından Olayın İncelenmesi F-2675 Sayılı Yasa 38. Maddesiyle, Yabancı Mahkeme İlamının Yerine Getirilmesi Koşulları G-2675 Sayılı Yasanın Öngördüğü (Md. 5 ve 38) Kamu Düzeni Aşağıdaki Sonuları Vermektedir Ğ- Kamu Düzeni Engelinin Uygulanmasında Çerçeve Kurallar H- Yargıtay'ın Kabul Ettiği Denetim Sistemi.

A- Kamu Düzeni (Ordre Public)

1- Tanımı: Kamu düzeninin eski deyimle "Efradını cami, ağyarına mani" olacak şekilde tanımı yapılamamıştır.

a) Genel Olarak: Ülkede kamu yararını, düzenini, vicdanını, genel ahlaki ilgilendiren konular olarak tanımlanmaktadır.

b) Kamu düzenini ilgilendiren hususlarda tarafların iradesi etkili değildir. Feragatle, zamanaşımıyla etkisiz hale gelmez.

c) Kamu düzenini ilgilendiren hususlar, irade serbestliğinin ayrıcasıdır. (İstisnası).

(*) Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Üyesi.

d) Türk Hukuk Kurumu kamu düzenini "Bir ülkede kamu hizmetlerinin yapılması için devletin emniyet ve asayişini ve fertleri arasındaki ilişkilerde huzur ve ahlak kurallarına uygunluğu sağlamaya yarayan kurum ve kurallar olarak" tanımlamıştır.

Anayasa mahkemesi "Toplumun huzur ve sükununun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının korunmasını hedef alan, toplumun her sahada ki düzeninin temelini oluşturan kuralları kapsadığını" ifade etmiştir.

(Anayasa mahkeme kararı Resmi Gazete 17.4.1964 gün 11685 sayılı)

Federal mahkeme "yazılışından, taraf iradesiyle ortadan kaldırılması olası olmayan toplumsal ahlaki bir amaç taşıyan ve her yerde uygulanma zorunluluğu içeren hükümlerdir" (Bak. Yeğingül Rasih (L. Abditage) İst. 1974-Sh. 155)

1962 tarihli bir başka tanımında: Uyulmaması İsviçre hukuk düzeninin esaslı bir ilkesine saldırı veya genellikle hakim olan hukuk düzeninin kabul edemeyeceği yabancılık taşıyan hükümleri kamu düzenine aykırılık oluşturur. (Jd. T. 1962,491).

Aysel Çelikel (Prof. Dr.) Bir toplumun siyasi, sosyal, ekonomik ve hukuk açısından temel yapısını ve yararlarını ilgilendiren kurallardır. Prof. Dr. Yılmaz Altuğ. Belirli bir şekilde, belirli bir zamanlardakabul edilmiş özel şartlar koşullar nedeniyle o ülkenin esaslı çıkarlarından sayılan hukuki kurallardır.

Prof. Dr. Baki Kuru Türk Hukuk Düzeninin esaslı bir ilkesi özellikle kamu hukuku ilkeleri emir edici hukuk kuralları çığnenmiş, adalet (nesafet) kuralları esaslı şekilde çığnenmiş ise karar kamu düzenine aykırıdır.

Görüldüğü gibi tanımlar çeşitlilik arz etmektedir.

Charles Brocher Kamu düzenini iç hukuk ve milletlerarası hukuk yönünden ikiye ayırmaktadır.

İç Kamu Düzeni: Emir edici hükümleri taşıyan ve kişi iradesiyle değiştirelemeyen kurallardır.

Milletlerarası Kamu Düzeni: Sosyal Güvenliği korumak için yabancı yetkili yasanın uygulanmasını engelleyen kurallardır.

Belirtilen bu şekildeki kamu düzeni ayırımı çoğunlukla benimsenmiştir. Azınlık görüşü ise, milletlerarası bir kamu düzeninin bulunmadığı yönündedir. (Hıfzı Timur).

B- Kamu Düzeni ve Emir Edici Hukuk Kuralları

Kamu düzeni ile emir edici hukuk kuralları hukuki sonuç açısından aynı şeyleri ifade etmez. Örneğin; her Subay bir askerdir. Ama her asker bir subay değildir. Buradada kamu düzeni kuralı aynı zamanda emir edici bir hukuk kuralıdır. Ancak her emir edici yasal kural kamu düzenini doğrudan ilgilendirmez.

Kamu Yararı (düzeni) İstisnası

Yabancı Hukukla hakim hukukun çatışması halinde hakim yabancı unsur taşıyan ilişkide yabancı hukukun kendi hukuku yönünden kamu düzenine aykırı bulmaması halinde olayı yabancı hukuk kuralına uygun olarak hükme bağlar. İşte yarar ilkesi yabancı hukukun uygulanmasını önleyen bir ayrıcalık olarak ve hakim fikir olarak benimsenmiştir.

Örnek: 1- Lizardi Olayı: Meksika vatandaşı olan Lizardi Pariste bir satım sözleşmesi yapmıştır. Lizardi Meksika Yasalarına göre reşit olmadan yaptığı bu sözleşmenin geçersizliğini savunarak bedeli ödememiştir. Lizardi sözleşme tarihinde 23 yaşındadır. Meksika yasalarına göre rüşt yaşı 25'tir.

Fransa Yargıtayı: Fransa vatandaşının yabancı hukuku bilme zorunluluğunun bulunmadığını sözleşmeyi iyi niyetle yapmış olması halinde sözleşmenin Fransa yasalarına göre geçerli olduğuna karar vermiştir.

Bu kararla yargıtay, Fransız vatandaşını koruma amacı gütmüş, vatandaşın zarar görmesini kamu yararı olarak değerlendirmiştir.

Genel kural "ehliyet milli hukuka tabidir. 2675 sayılı MÖHUK md.8) Belirtilen kararla milli yarar ön planda tutularak yabancılik unsuruna değer verilmemiştir.

Örnek 2. Sottomayor V. De Borro's davası Portekiz vatandaşı ve amca çocukları olan kişiler İngilterede evlenmişlerdir. Evlenme ehliyeti her birinin milli hukukuna tabidir. Şekil koşulları ise yapıldığı yer hukukuna tabidir. (2675 S.Y. md. 12).

İkametgah hukukuna göre (Portekiz) taraflar arasındaki evliliğin geçerli olması için Papa'nın izni gerekmektedir. Bu izin olmadığı için sözleşmesinin iptali istenmiştir.

İngiltere mahkemesi kocanın Londra'da da ikametgahının bulunduğu tesbit ederek ve İngiltere vatandaşının yabancılık unsurundan zarar görebileceğini gerekçe göstererek hakim (Lexfori) hukukunu uygulayarak sözleşmeye geçerlilik tanımıştır.

Burada da milli yarar yabancılık ilişkisinin uygulanması engeli (istirnası) olarak kabul edilmiştir.

Yukarıda belirtilen örneklerde şekillenmiş kamu düzeni kuralına öğretide = Özel Kamu Düzeni Kaydı = denilmektedir.

Kamu düzenini olgusunun mahkeme kararlarıyla oluşturulması: Öğretide azınlık olmakla beraber gerekçelerinde mahkemelerce oluşturulacak bu kuralların zamanla kristalleşerek kamu düzeni ile olan ilgilerini kaybetse bile uyulması zorunlu katı mekân kurallar haline geleceğinden ve dolayısıyla elastikiyet verilmesi gereken kamu düzenini (genel yararı sabitleştirir.) görüşü ile kamu düzeni olgusunun mahkemelerce oluşturulmasına karşı çıkmışlardır.

Örnek: Norveçli vatandaşın Alman vatandaşı kadınla ilişkisinden bir çocuk olur. Anne Norveçte babalık davası açar. Norveç mahkemesi, alman hukuku yerine kendi hukukunu uygular. Gerekçesi "Norveç hukukuna göre neslele ilgili kuralların amacı ve bu kuralların taşıdığı toplumsal ve ahlaki niteliği" olmuştur. Norveç mahkemesi burada özel kamu düzeni düşüncesini ön plana alarak kadının hukukunu uygulamamıştır.

Yabancı ilişki içeren bir olayı karara bağlarken yargıç önce kendi hukukunu asli kaynak olarak kullanır. Kendi hukukunda asli hukuk kaynağı bulunmadığı takdirde yabancı hukuka başvurur. Yargıç burada yardımcı kaynak

olarak yabancı hukuka gider. Yaratılan hukukla davayı karara bağlar. Tabiki kamu yararıengeli bulunmamak koşuluyla.

C- Yabancı Hukukun Uygulanması ve Kamu Düzeni İlişkisi:

Genel Kural Kamu düzeni yabancı hukukun uygulanmasını önleyen istisnai bir durumdur.

Çeşitli Ülkelerdeki Uygulamalar:

a) Fransa: Kişisel ilişkiler ve Kamu Düzenini yabancı hukukun uygulanması dışında tutmuştur.

b) Almanya: "Bir yabancı Devlet Yasasının uygulanması genel ahlak ve adaba veya bir Alman Yasasının ruhuna aykırı düşüyorsa, o yasa uygulanmaz. (Alman MK. giriş md. 30) Burada önemli olan yabancı yasanın yorum şekli değil, uygulamasının Alman Kamu düzenine aykırı düşmesi hakim hukukunun uygulanması için yeterli bulunmuştur.

Alman uygulaması bu düşüncelerle Türkiye mahkemelerinden verilen yaş, isim, neseb değişikliği ile ilgili kararlarının Almanyada doğuracağı Siyasi ve Ekonomik sonuçlar dikkate alınmadanv erildiğinden yerine getirilmemesine karar verilmiş ve böylece Alman Ekonomisine yapacağı olumsuz etkiyi önlemiştir.

Almanya, Alman ekonomisine yük getiren kararları Alman Kamu düzenine aykırı bulmuştur.

Belirtilen yasa kuralı 1986 değişikliği ile "diğer birdevletin bir hukuk kuralı, uygulandığında Alman hukukunun önemli temel prensipleriyle açık bir uyuşamazlık oluşturuyorsa ayrıca temel haklarla uyuşmamakta ise yabancı hukuk kuralı uygulanmaz. Alman hukuku uygulanır. Değişiklikle sözlerde bir farklılık varsa da amaçta ve yorumda farklılık bulunmamaktadır.

İngiltere : İngiltere de hukuki düzen hakim hukuku uygulamaya elverişli olarak düzenlenmiştir. Siyasi ilişkileri içeren konuların politikacılarca çözümlenmesi düşüncesi hakimdir.

c) Türkiye Yönünden

Genel olarak kamu düzeninin yabancı hukukun uygulanmasını engelleyeceği öğretisi ve uygulama ile kabul edilmiştir.

Tarihi gelişim: EHUKM (Memaliki Osmaniyede Bulunan Ecanibin Hukuku ve Vazaifi Hakkında Kanunu Muvakkat) Madde 4 Kamu düzenini yabancı hukukun uygulanmasına engel kabul etmiştir. Bu engelleme sadece şahıs-aiile-miras ve taşınır mallar içindir. Güvenlik Ticaret taşınmaz mallar, ceza gibi konularda yabancılık unsuruna yer verilmemiş, Osmanlı yasalarının uygulanması ön görülmüş Yabancılık ögesi dikkate alınmamıştır.

Osmanlı yasası kapütölasyonların yabancılara tanıdığı farklı uygulama ve azınlıkların Osmanlı vatandaşlığından çıkıp yabancı vatandaşlığına geçerek ayrıcalıklardan yararlanmalarını önlemek amacıyla oluşturulmuştur. Zira yabancılardan kişilik hallerine ait davalar kapütölasyon sözleşmeleri gereği Osmanlı mahkemelerinde görülemezlerdi.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 540. maddesi ile hangi hallerde yabancı mahkeme kararının yerine getirilmesi için yapılan başvuruyu retme koşullarını açıklamıştır.

Görüldüğü gibi yasa savunma hakkının kasıtlanmasını ve ilamın kamu hukuk kurallarına aykırı olmasını tanıma veya yerine getirme engeli olarak kabul etmiştir.

Bu yönler Medeni Kanununun 540. maddesi yürürlükten kaldıran 2675 sayılı yasanın 5 ve 38. maddesiyle de benimsenmiştir. Bunlara ilaveten, Türkiye ile karşılıklı anlaşmasının bulunması veya eylemli bir uygulamanın bulunması, kararın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine geçirmemiş olması (HUMK md. 13 gibi).

Türk hukukunun uygulanmamış olması hallerini de kamu düzeni engeli olarak benimsemiştir.

Ç- Kamu düzeni nedir, ne değildir

Nitelikleri Nelerdir:

1- Kamu düzeni hallerini önceden saymak olası görülmemektedir. (karşı fikri: Pillel, kamu hukuku yasaları, kişilerin güvenliği ile ilgili Ceza yasaları,

Mülkiyet yasaları, Usul yasaları, Mali yasalar, Ahlak ve intizam yasalarını kamu düzeninin göstergeleri olarak saymıştır.)

Hakim görüşü; Kamu düzenini sayılanlarla sınırlı tutmayı hatalı görmektedir. Öncelikle kamu düzeni sayılanlardan da ibaret değildir. İkinci olarak kamu düzeni fikri zaman, konu ve yer bakımından değişkendir. O halde kamu düzenini önceden sayı olarak sınırlamak mümkün değildir.

2- Çerçevesi ve kapsamı: Yukarıda kamu düzeninin çerçevesinin çizilmiyeceği açıklandı. Çerçevenin çeşitli ülkelere göre çizimi ise şöyle özetlenebilir.

a) Fransada; Uygar uluslarca kabul edilen genel hukuk prensiblerine, adalete, ahlaka aykırı düşen yabancı hukuk kamu düzeni ayrıcalığına takılır ve uygulanamaz. Azınlıkta olmakla beraber Fransa'nın benimsediği siyasi sorunlara aykırılıkta kamu düzeni engelli olarak değerlendirilmektedir.

b) İngilterede;

1- İngiliz mahkemeleri, adalet ilkesine aykırı düşen hükümleri,

2- İngiliz genel ahlakına aykırı olan yasal kuralları,

3- Birleşik krallığın yasalarını zedeleyen kurallar,

4- İnsan hak ve hürriyetlerini İngiliz hukukunun kabul edemeyeceği şekilde kısıtlayan yabancı hukuku, kamu düzenine aykırılığı nedeniyle uygulanamayacağını ön görülmektedir.

c) Alman Hukuku açısından; Almanya da kamu düzeni engelleri yukarıda açıklanan Medeni Kanununun 30. maddesi ve 1986 tarih değişik hükümleri ile açıklanmıştır.

d) Türkiye yönünden; Türk hukukundaki baskın görüş kamu düzeni engelini;

1- Genel ahlaka ve adaba aykırılık,

2- Türk yasalarının esas kurallarına aykırılık;

3- Türk yasalarının üzerinde bina edildiği genel zihniyete ve iyi niyet (doğruluk) kuralına aykırılık olarak özetlenmektedir.

Kadın İsviçre'de boşanma ilamı almış, kocanın Türkiye'de açtığı boşanma kararına karşı çıkmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (11.10.1972 gün 453/829 K. İs. Baro Da. 1974 C.48 sayı 9-10 Sh. 548) iyi niyet kuralına uyulmamasını Medeni Kanununun 2. maddesine aykırı bulmuş ve iyi niyet kuralını Türk Hukukunun esaslı prensiplerinden olduğunu vurgulamıştır.

Örnek: Medeni Kanunun kişiliğin gereği ve sınırlandırılmasının mümkün olmaması (Medeni Kanununun 23. maddesi) Evlenmede mutlak butlan nedenleri Medeni Kanununun (madde 112) zina ve fucur mahsülü çocuğun tanınmayacağı (Medeni Kanununun 292) yasalara ve ahlaka aykırılık (Borçlar Kanununun 19-20 maddeleri)

D- Kamu düzeni engelleri zaman, yer ve olay yönünden uygulama alanı:

a) Düzenin zaman bakımından değişkenliği (Türk hukukunda 1926 da yapılan devrimi ile eski hukukun uygulanmadan kaldırılmasıyla oluşan değişim gibi);

b) Yer bakımından değişkenliği (yabancı ülkede, bir kimse o ülke yasalarına göre yiğeni ile evlenebildiği halde, Türkiye de bu husus kamu düzeni engeline takılır. Zira Türkiye'de bu ilişki evlenme yasağına girmektedir. (M.K. md. 92/1 ve 112/son). İslam ülkelerinde 4 kadınla evlenme olsıdır. Türk hukuku, birden fazla evliliğe izin vermemektedir. (MK. md. 93-114).

Kamu düzeninin yer bakımından değişken oluşu, millilik ve mahallilik olmasını da vurgulamaktadır. Hakim yabancı hukuku uygularken kendi hukukuna göre kamu düzeni engelini doğrudan araştırmakla yükümlüdür.

c) Kamu düzeninin konu yönünden engel oluşturması,

Hakim kamu düzeninin konu bakımından değişkenliğini; (Her konu için kamu düzeninin ayrı yarı değerlendirilmesi gerekir) Örnek Arap ülkesinde yapılmış olan veya Medeni Kanunun kabulünden önce yapılan birdenf azla evliliğin, kamu düzeni engeline rağmen tanınması gibi) dikkate almakla yükümlüdür.

d) Son olarak yasalara karşı hile kullanımında kamu düzeni engeliyle karşılaşılabilir. Yasalara karşı hile belirli hukuk kurullarına göre elde edilemeyen bir sonuca o ülkede kamu düzeni engelini aşacak şekilde başka ülkede gerçekleştirilen hukuki ilişkidir. Örneğin Türk vatandaşının Suudi Arabistanda dini nikah yapması, burada Devletler Özel Hukuku açısından bağlama yeri hile kullanılarak değiştirilmiştir. Türk Ceza Kanununa göre yasak olanbu evlenme şekli kamu düzeni engeliyle karşılaşır. Kanuna karşı hileye başvurulmuş olduğundan.

E- 2675 sayılı; Milletlerarası Özel Hukuku ve usul hukukuhakkında Kanunun (MOHÜK) Bakımından olayın incelenmesi:

2675 Sayılı Kanun madde 5; Yetkili Yabancı açıkca Hukukun belirli bir olaya uygulanması gereken hükmünün Türk Kamu düzenine aykırılık arz ediyorsa, yabancı hukuk Türk mahkemeleri tarafından ret edilir.

Örnek: İran vatandaşı evli kişilerin Türkiye’de açtıkları boşanma davasında, Yargıtay (2.H.D. 10.11.1960 gün, 5390-5390 SK.) olaya İran yasalarının uygulaması gerektiğinden davanın red edilmesini, uygulanacak milli hukukun Türk Medeni Yasasına göre kamu düzeni engelinin bulunup bulunmadığı araştırılmadan karar verilmesini bozma nedeni yapmıştır.

Yargıtayın uygulaması 2675 sayılı yasanın yürürlüğünden önce olmasına rağmen aynı esası benimsemiştir.

2675 sayılı yasa bu durumlarda gerekiyorsa Türk yasalarının uygulanacağına ön görmektedir. Bu ilke yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya yerine getirilmesinde uygulanan yabancı yasa kuralı Türkiye’de geçerli yasal kurala aykırılık arz etmiyorsa, o kararın tanınması veya yerine getirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.

F- 2675 sayılı yasa 38. maddesiyle, yabancı mahkeme ilamının yerine getirilmesi koşulları;

1- Karşılıklı konusunda yapılmış sözleşme veya eylemli uygulamanın bulunması,

2- İlamın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmemiş olması,

- 3- Konumuzu oluşturan hükmün kamu düzenine aykırı olmaması,
- 4- O yer yasalarına göre savunma hakkı tanınmamış olması,
- 5- Türklerin kişi hallerine ilişkin yabancı ilamda Türk kanunları ihtilafı kuralları gereğince yetkili kılınan hukukun uygulanmamış ve Türk vatandaşı olan davalının tenfize bu yönde itiraz etmemiş olması.

6- İyi niyet kurallarını aşmamış olması, Kadın İsviçre'de boşanma ilamı almış, kocanın Türkiye'de açtığı boşanma kararına karşı çıkmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (11.10.1972 gün 453/829 K. İs. Baro Da. 1974 C. 48 sayı 9-10 Sh. 548) İyi niyet kuralına uyulmamasını Medeni Kanununun 2. maddesine aykırı bulmuş ve iyi niyet kuralını Türk Hukukunun esaslı prensiplerinden olduğunu vurgulamıştır.

Yabancı hukuka göre kurulan hükmün, Türkiye'de daha önce kurulmuş olan bir hükmede aykırı olmaması gerekir. Aksi halde tanınmaz.

Belirtilen koşullar yabancı mahkeme kararının tamınması veya yerine getirilmesi isteğinin engelleri olarak düzenlenmiştir.

Konumuz kamu düzeniyle ilgili olduğundan sadece kamu düzenine aykırılık maddesi üzerinde durulacaktır.

Kanun ithilaflarında kamu düzenini izaheden Mancini doktrini: Ülkede yürürlükte bulunan ve kamu düzenini ilgilendiren yasaların mutlak yürürlüğü o ülke yönünden devletler özel hukukunu tamamlayan şekillenmiş norumlardır. O halde kendihukukunun uygulamasını haklı kılan her yasal kural yasal (çekişmeler ihtilaf) norm olarak kabul görür.

İkinci görüş Savingy: Kamu düzeni engelini yabancılık ilişkisi taşıyan ilişkilerin en çok ilgili olduğu hukuka tabidir. Kamu düzeni engeli çok istisnai bir engel olarak kullanılmalıdır.

Görüldüğü gibi Mancini, kamu düzenini asıl kural olarak benimsemiş olmasına karşın Savingy, kamu düzenini istisnai bir kural olarak değerlendirmektedir.

Genel olarak yabancı yasa yerine yerel yasa kurallarının uygulanması kamu düzeninin olumlu etkisi, yabancı yasa kuralının kabulünün o ülkede oluş-

turacağı sonucun kamu vicdanında rahatsızlık yaratmasınedeniyle benimsememiş olması kamu düzeninin olumsuz etkisi olarak değerlendirilir.

Yukarıda verilen İranlı örneğinde, İranlının Türkiye'de 2. evlilik yapılmasına müsaade edilmemesi olumsuz etkinin sonucudur. Aynı zamanda milletler arası kamu düzenini de ilgilendirir. (2675 sayılı yasa md. 12. evlenmede şekil yapıldığı yer hukukuna tabidir.)

Anayasamızın Eşitlik ilkesi çok önemli bir genel hukuk kuralıdır. İç hukuk ile yabancı hukuk arasındaki farklılık, eşitliği ülke hukuku açısından bozuyorsa kamu düzeni engeliyle karşılaşmalıdır.

Boşanma ve ayrılık nedenleri ve hükümleri eşlerin milli hukukuna tabidir. (2675 S.Y. md. 13) Milli Hukuk kurallarına göre boşanamayan Türk vatandaşlarının yabancı hukuk kurallarına göre boşanabilmeleri eşitlik ilkesini zedeler.

G- 2675 Sayılı Yasanın öngördüğü (Md. 5 ve 38) kamu düzeni aşağıdaki sonuçları vermektedir.

- 1- Türk kamu düzenine aykırılık arzeden yabancı hukuk uygulanamaz.
- 2- Kamu düzeni kural değil istisnai nitelikte bir engeldir.

3- Gerekli görülen hallerde Türk Hukuku uygulanır. Örnek: Alt ve üst soy arasında yardım nafakasına yer verilmemiş olan bir ülkenin hukukunun uygulanması, Türk kamu düzeni engeliyle karşılaşır. Uygulama alanı bulamaz. Hukuki yardım Türkiye'de istendiğinden maddi olay Türk hukuku uygulanarak çözümlenir. Birinci durum kamu düzeninin olumsuz etkisine ikinci durum kamu düzeninin olumlu etkisine örnek oluşturmaktadır.

Örnek : Nesebin düzeltilmesi kamu düzenini ilgilendirir. (9. H.D. 6.7.1992 gün 162/7890 s. kararı)

Kesin yetki kuralı kamu düzenini ilgilendirir. "Kamu düzeninin olumsuz etkisinde, yabancı yasanın tasvip edilip edilmeyeceği üzerinde durulmaz. Ancak bu hükmün ülkede belirli bir olaya tatbikinin meydana getirdiği somut sonuç veya sonuçların hoşgörülüp görülemeyeceği inceleme konusu olur. (Nomer E. Devletler Hususi Hukuku 5. bası 1988 sh. 175) Sayın düşünür olumsuz etkiye İranlının ikinci kez evlenme isteğini örnek göstermektedir.

Gerekli görülen hallerde Türk hukukun uygulanması, kamu düzeninin olumlu etkisi olarak açıklanmıştır. (2675 sy. md.5)

Sayın Prof. Dr. Nomer E. Olumlu etkiyi aşağıdaki şekilde açıklamıştır. "Belirli bir olayda yabancı hukukun tatbikini haklı kılan devletler hususi hukukuna ait sebepler bulunsa dahi, bu yabancı hukukuntatbiki her şart altında geçerli olmak isteyen mahalli bir hukuk hükmüne aykırı olmamalıdır. Böylece burada mahalli hukuk hükümlerinin tatbikini gerektiren nedenler daha kavetli olarak kendisini kabul ettirmektedir. Bu durum ilk görüntüsü, yabancı hukuku tatbikinin bizim hukuk nizamımızın mahalli hükümlerinde tezahür etmiş olan temel hukuk prensipleri ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaşmaması halidir. Fakat belirli olayı ihata eden bir mahalli norum mevcut olmazsa dahi, yabancı hukuk kaidesinin tatbikiyle bizim hukuk nizamımızın temel kıymetlerinin ihlal edilmeside mümkündür. Böyle bir olayda da bizim için tahamül edilmez olan yabancı hukuk geri çevrilir ve onun yerine bizim kendi taleplerimize hizmet eden hükümler ikame edilir. "Bu açıklamalarla sayın düşünür" hile ikrah sebebiyle sözleşmeninbozulmasını gerektiren hükümlerin yabancı hukukça tanınmasa dahi Türk hakimi tarafından uygulanabileceğini, ... Aile hukuku ilanında ailenin temel yapısına ilişkin hükümleri içinde aynı şeylerin söylenebileceğini ifade etmiştir. (Nomer, E. Devletler Hususi Hukuku 5 bası sh. 177)

Ğ- Kamu Düzeni engelinin uygulanmasında çerçeve kurallar

a- Yerel yasal kurallara aykırılık her zaman kamu düzeni engeli olarak değerlendirilemez. Yabancı hukuk, ahlak dürüstlük kurallarına, toplumun ve hukuk düzeninin temel görüşlerine aykırı düşüyorsa kamu düzeni engeliyle karşılaşır.

b- Yabancı hukuk Anayasa ile düzenlenen temel hak ve hürriyetlere aykırı düşüyorsa kamu düzeni engeli ile karşılaşır.

c- Uygulanması halinde yabancı hukuk ülkede dayanılmaz şekilde etki yaratıyorsa kamu düzeni engeline takılır.

Genel nitelikleriyle açıklanmaya çalışılan kamu düzeni engelinin yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya yerine getirilmesindeki etkilerini açıklığa kavuşturmak içindir.

Yargıtayın ve öğretide kararlılık kazanan çoğunluk düşüncesini taşıyan uygulamasında yabancı mahkeme kararının içeriğinin denetlenemeyeceği yönünde gelişmiştir.

Belirlenen düşüncenin kamu düzeni engeli yönünden eleştirisi:

Yabancı mahkeme ilamının yerine getirilmesi istemlerinde, kararın özüne girilmeden kamu düzenini bozduğunun ne şekilde anlaşılacağı izah edilememektedir.

Yabancı mahkeme kararının uyguladığı maddi hukuk ve vardığı sonucun kanunlar ihtilafı yönünden değerlendirilebilmesi ve kamu düzeni engelinin varlığının tesbiti hangi kriterlere göre yapılacaktır.

Örneğin; Önceleri bulunmayan, sonraki değişiklikle Medeni Kanunun 134/3 olarak düzenlenen anlaşmalı boşanma belirli koşullarla yasalaşmıştır. Boşanmada hakime geniş yetkiler tanınmıştır. Bunun nedeni gerek maddi hukuk gerek siyasi, toplumsal hukuk anlayışı yönünden oluşan aile birliğinin korunması temel kuralına işlerlik kazandırmaktır.

Genelde daireye intikal eden veyerine getirilmesi istenen yabancı ilamda; davalı gelmedi, davacının açıklamaları doğrultusunda boşanmaları uygun görüldü şeklinde gerekçeler yer almaktadır. Bir kararda davalı bulunamadı mahkemece yokluğunda atanan avukatın kabulü gereği boşanmalarına karar verildi gerekçesi yer almıştır.

Her iki olay, Anayasamızın koyduğu genel ve temel haklara uygunluğu yönünden kabul görür mü? Anayasa vatandaşlar yasa karşısında eşit koşullara, haklara sahip olma ana kuralı ile ortaya insan haklarına yakışır bir ilkeyi koymuştur.

Şimdi dışardaki vatandaşın Türk yargısından sağlayamayacağı bir hukuکی sonucu yabancı mahkemeden sağlaması, eşitlik ilkesini bozmayacak mıdır! Anayasada yer alan temel hakların dikkate alınmaması kamu düzeni engeliyle karşılaşmalıdır. Türk yargıcı yabancı hukuku uygularken ve yabancılık taşıyan ilamı tanırken Anayasa temel kurallara uygunluk denetimi yapmayacak mıdır!

KAMU DÜZENİ ENGELİ İYİ NİYET KURALI: Türk aile hukuku iyi niyet kuralına dayalı toplumsal ahlak ve geleneği üzerine kurulmuştur. Evlilik içinde kadının yeri, ana-baba, büyük ana-babanın çocuklarla (torunlarla) kişisel ilişkileri, çocukların eğitimi kocanın evi geçindirme yükümlüğü yanında aile reisi olmak imtiyazına sabip olması, hem Anayasanın kadını ve çocukları koruma

ilkesi (md. 41) ve hemde ahlaki temel prensipler olarak kamu düzenini yakından ilgilendirir.

H- Yargıtay'ın kabul ettiği denetim sistemi:

Yargıtayın temel amacı ve görevi yargı kararlarının olaya ve hukuka uygunluğunu, ülkede hukuk uygulamasında birliği sağlamak ve ikinci olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 428/5. maddesinde yer alan "meseleyi maddiyenin takdirinde hata edilmesini denetleme görevinde olduğunu kabul etmekle vaki-a hakkaniyeti denetimi yapma görevinide üstlenmiştir. (Y.I.B.K. 9.5.1960 gün 21/9 s. kararı)

Bilindiği gibi Yargıtay İnançları Birleştirme Kararları yasal kural sonucu doğuran herkes tarafından uyulması gereken pozitif hukuka yansımış normlardır.

Sonuç olarak Türkiye'de tanınması istenen yabancı kararların belirtilen yönlerde denetlenmesi ve bu şekilde kamu düzeni, Anayasa temel kuralları hakkaniyet eşitlik ve iyi niyet prensipleri yönünden değerlendirme yapılmasında fayda görmekteyim. Kaldığı bu denetimleri engelleyen iç ve dış hukuklarda ve sözleşmelerde engelleyici bir hükümde bulunmamaktadır.

Yabancı mahkeme kararlarının içerik yönünden denetlenmeyeceğine ilişkin görüşlerde, Türk yargıcının yabancı mahkemelerin kararlarına karşı hoşgörülü olduğunu ve hoşgörüyü geniş ortamda yürüttüğünü göstermektedir.

Hoşgörünün yarattığı bu saygınlık elbette takdirle karşılanması gereken bir olgudur.

Ne var ki, yabancı devletlerin mahkemeleri özellikle Türk yargısının kararlarına karşı aynı saygınlığı ve hoşgörüyü göstermemektedir.

Karşılıklılık ilkesi (2675 S.Y. md. 38) kararlara karşı gösterilen hoşgörü ve saygınlıkta aranmalıdır.

Devletimizin ve yargımızın uluslararası saygınlığı bunu gerektirir.

Ne kadar saygı, o kadar saygı ilkesini hakim kılmak devletin egemenliğinin, üniterliğinin tanınması uluslar arası saygınlığa erişmesi için gereklidir.

TÜRK HUKUKUNDA SUÇLULARIN GERİ VERİLMESİ

Ali Oğuz ŞAHİN (*)

ANLATIM DÜZENİ; I- Genel Bilgiler. A. Suçlunun Geri Verilmesi Kurumunun Tanımı ve Esası. B. Suçluların Geri Verilmesi Kurumunun Kaynakları. C. Suçluların Geri Verilmesi Kurumunun Tarihsel Gelişimi. II- Suçluları Geri Vermenin Şartları. A. Suçluları Geri Vermenin Olumlu Şartları. B. Suçluları Geri Vermenin Olumsuz Şartları. III- Geri Verilmeyen Suçluların Durumu. IV- Suçluları Geri Vermenin Usulü. A. İstemde Bulunan Devletçe Yapılacak İşlemler. B. İstemde Bulunulan Devletçe Yapılacak İşlemler. C. Tedbirler. D. Geri Verilmesine Karar Verilen Kimsenin Teslimi. V- Suçluları Geri Vermenin Sonuçları.

I- GENEL BİLGİLER

A-SUÇLULARIN GERİ VERİLMESİ KURUMUNUN TANIMI VE ESASI

"Suçluların iadesi, bir devletin ülkesinde bulunan yahut oraya kaçmış olan ve başka bir devlet mahkemelerince bir suçtan dolayı sanık veya mahkûm olan kimseyi takip ve muhakemeye, yahut hakkındaki cezayı tenfize se-
lahiyetli diğer bir devlete, müracaatı üzerine teslim etmesinden ibaret olan, siyasi-adli bir muameledir" (1).

(*) Karakoçan Cumhuriyet Savcısı.

(1) **Taner, M. Tahir.** Ceza Hukuku Umumi Kısım, 3.b., İstanbul, 1953, s.233; Başka tanımlar için bkz. **Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir.** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C.III, 11.b., İstanbul, 1994, s.411; **Donay, Süheyl.** "Suçluların İadesinde Yeni Gelişmeler", İÜHFM, C.L, S:1-4 (1984), s.239; **İçel, Kayıhan/Donay, Süheyl.** Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, 1. Kitap, Yenileştirilmiş 3.b., İstanbul, 1999, s.205; **İçel, Kayıhan.** "Suçluların Geri Verilmesi Üzerine Bir İnceleme", İÜHFM, C.XXX, S:1-2 (1964), s.693; **Tezcan, Durmuş.** "Ölüm Cezasını Gerektiren Suçlarda Suçluların Geri Verilmesi Sorunu", AÜSBFD, C.XXXVIII, No:1-4 (Ocak-Aralık 1983), s.159; **Özgen, Eralp.** Suçluların Geri Verilmesi, Ankara, 1962, s.3-4; **Önder, Ayhan.** Ceza Hukuku Umumi Kısım, C.I, 1.b., İstanbul, 1991, s.248.

Suçluların geri verilmesi uluslararası ceza hukukunun adli yardımlaşma vasıtalarından en eski ve etkili olanıdır. Bir devlet toprağının suç işlemiş bir şahsa sığınak olmaması prensibi suçluların geri verilmesi kurumunun dayanağını oluşturur (2). Suçluların geri verilmesinin esaslarından biri adalet iken, diğeri de uluslararası karşılıklı çıkarlardır (3).

Suçlunun cezalandırılması ve böylece hem hiçbir suçlunun cezasız kalmaması prensibi, hem de adaletin sağlanması devletlerarası hukuki işbirliğini zorunlu kılmış, bu zorunluluk karşısında devletler üç yoldan birini seçmek zorunda kalmışlardır. Birbirlerinin ceza kanunlarını kendi ülkelerinde uygulamanın mülk ilkesine aykırı olması ve başkaca bir çok sakıncasının bulunması yanında milletlerarası bir ceza sistemi kurmanın da imkânsız olması devletleri suçluları ilgili devlete vermek zorunda bırakmıştır (4).

B- SUÇLULARIN GERİ VERİLMESİ KURUMUNUN KAYNAKLARI

Suçluları geri vermeyi düzenleyen kuralları esas olarak iki ana gruba ayırmak mümkündür: Uluslararası hukuk kuralları ve ulusal hukuk kuralları.

Uluslararası hukuk kuralları antlaşmalar ile örf ve âdetlerdir. İki taraflı veya çok taraflı olabilen uluslararası antlaşmalarla suçluları geri vermenin koşulları ve yöntemi belirlenmektedir. Önceleri antlaşma olmadan suçluları geri vermenin mümkün olmadığı kabul edilmekteydi (5). Ancak günümüzde antlaşma olmayan hallerde hukuki bir mükellefiyetten ziyade uluslararası nezaket (comitas gentium), (6) iyiniyet ve karşılıklılık esaslarına dayanılarak geri vermenin gerçekleştirilebileceği baskın görüştür ve uygulama da bu yönde gelişmektedir (7). Türk hukuk uygulamasında da suçluları geri vermenin ancak bir antlaşmanın varlığı halinde mümkün olduğu kabul edilmektedir. An-

(2) Özgen, s.4-5.

(3) Meray, Seha L. Devletler Hukukuna Giriş, C.I, Ankara, 1959, s.431-432; Özgen, s.6-7.

(4) Meray, s.431-432; Özgen, s.5-7.

(5) Özgen, s.10. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Özgen, s.7-10.

(6) Meray, s.432.

(7) Önder, s.129.

cak karşılıklılık esasını uyarınca antlaşma olmadan da geri verme mümkün sayılmaktadır (8).

Ulusal hukuk kuralları suçluları geri verme kurumunun ikinci kaynağını oluşturur. Devletler ceza kanunlarına koydukları hükümlerle veya bu konuda özel bir kanun yapmakla yahut anayasalarına hüküm koymakla suçluların geri verilmesi kurumunu düzenlemişlerdir.

Türk hukukunda suçluların geri verilmesi kurumu Türk Ceza Kanunu'nun 9. maddesinde düzenlenmiş, bunun yanında Anayasada da vatandaşın geri verilmeyeceği belirtilmiştir (m.38/9). Ayrıca Türkiye çok uluslu bir antlaşma olan "Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi"ne (9) taraf olmuş, bundan başka birçok devletle de (10) suçluların geri verilmesi konusunda ikili antlaşmalar yapmıştır. Bu durum uygulamada çeşitli sorunlara yol açmaktadır. Çünkü hem taraflarından olduğumuz Avrupa Sözleşmesinde hem de ikili sözleşmelerde iade konusu suçlar ile çeşitli konularda öngörülen süreler farklı olmakta, böylece ilgili her ülke açısından ayrı bir inceleme yapılması zorunluluğu doğmaktadır. Bu sebeple, ayrı bir yasa ile bu konudaki temel ilkelere düzenlenmesi ve yapılacak sözleşmelerde bu ilkelere uyulması daha pratik sonuçlar doğurabilirdi.

Avrupa Sözleşmesinin 2. maddesi iç hukuk kurallarının devletlerin yaptıkları antlaşmalara üstün tutulacağını belirtmekle beraber bugün egemen

-
- (8) 6. C.D., 11.1.1973, 260/170; 7. C.D., 30.3.1973, 3834/3601. Adalet Bakanlığı da aynı görüştedir. Nitekim Tunus ile aramızdaki sözleşme henüz yürürlüğe girmeden önce Banker Kastelli namıyla maruf Cevher Özden, Tunus'tan uluslararası hukukun gelenek ve karşılıklılık kurallarına göre 1982'de istenmiş ve geri verilmiştir. Yine Suçluların Geri Verilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi henüz Fransa bakımından yürürlüğe girmeden ve Fransa ile Türkiye arasında herhangi bir sözleşme olmadan Chauvel Bize adlı Fransız uluslararası hukukun gelenek ve karşılıklılık kurallarına göre Hükümetimizce Fransa'ya geri verilmiş ve bu kararın iptali için açılan iptal davası da reddedilmiş ve bu karar Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 6.11.1953 günlü ve 953/153 sayılı kararıyla onanmıştır. **Tezcan**, s.160, dipnot 3.
- (9) 18.11.1959 günlü ve 7376 sayılı Kanun. R.G.:26.11.1959. Bundan böyle Avrupa Sözleşmesi olarak anılacaktır. Sözleşmenin metni için ayrıca bkz. **Yenisey, Feridun**. Milletlerarası Ceza Hukuku: Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri ve Mevzuat, 1. b., İstanbul, 1988, s.585-596.
- (10) Amerika Birleşik Devletleri (1980), Bulgaristan (1980); Belçika (1939); Irak (1947); İran (1937); Macaristan (1982); Romanya (1972); Pakistan (1984); Suriye (1983); Tunus (1983); Ürdün (1975) gibi.

görüş, antlaşmaların iç hukuk kurallarına üstün tutulacağını kabul etmektedir (11). Anayasamızda da "usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz" hükmüne yer verilmiştir.

Türkiye hem Avrupa Sözleşmesine taraftır, hem de Avrupa Sözleşmesine taraf olan devletlerden bazılarıyla yapılan ikili antlaşmalara taraftır. Böyle bir durumda mevcut ikili antlaşmalar suçluların geri verilmesi çok uluslu antlaşması içinde düzenlenen kurallar bakımından geçerliliklerini kaybetmiş olsalar bile adli yardım ile ilgili diğer hükümler yürürlükte olmaya devam ederler (12). Zaten Avrupa Sözleşmesinin 28. maddesinde sözleşmeci devletlerin kendi aralarında bu sözleşmenin hükümlerini tamamlar veya içerdiği prensiplerin uygulanmasını kolaylaştırmak üzere ikili veya çok taraflı antlaşmalar yapabilecekleri belirtilmiştir.

Suçluların geri verilmesine ilişkin bir antlaşma iç hukuk kurallarına atf yapıyorsa o zaman iç hukuk kuralı uygulanır. Ancak antlaşmanın atıfta bulunduğu iç hukuk kuralı sonradan değişikliğe uğramış ise bu durumda hangi iç hukuk kuralının uygulanacağı sorusu gündeme gelir. Bu halde antlaşmanın yapıldığı andaki kanunun uygulanacağı görüşüne karşın, bugün geri verme talebi hakkında karar verileceği andaki kanunun uygulanması gerektiği çoğunlukla savunulmaktadır (13).

C- SUÇLULARIN GERİ VERİLMESİ KURUMUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ

Suçluların geri verilmesi kurumuna çok eski tarihlerden beri rastlamaktayız. Dünyanın bilinen en eski yazılı antlaşması olan Kadeş Antlaşması'nda (1294) Asurlular ile Etiler suçluların geri verilmesi kurumuna yer vermişlerdir (14). Ancak bugünkü anlamıyla suçluların geri verilmesi kurumu 19. yüzyılın

(11) **Önder**, s.251; **Teziç, Erdoğan**. Anayasa Hukuku, 4.b., İstanbul, 1997, s.8. Yargıtay da bu görüştedir: 7. C.D., 30.3.1973, 3834/3601:İki devlet arasında suçluların geri verilmesi sözleşmesi hükümleri mevcut iken TCK hükümlerine itibar olunamaz. Kararın metni için bkz. **Savaş, Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık**. Türk Ceza Kanununun Yorumu, C.I, 1.b., Ankara, 1994, s.188.

(12) **Önder**, s.252.

(13) **İçel**, s.706; **Özgen**, s.14.

(14) **Tezcan**, s.159.

başlarında ortaya çıkmıştır. Bunun sebebi suçluların geri verilmesi kurumunun gelişmiş bir devletler hukukunu ve devletler arasında uygun ilişkileri gerektirmesi, eski dönemlerde de bunun mevcut olmamasıdır (15).

Suçluların geri verilmesi kurumu ilk önce adi suç faileri için değil, siyasi suç faileri için uygulanmıştır (16). Ulaştırma araçlarının gelişmesi sonunda suçluların kaçma ve izlerini kaybettirme olanaklarının artmasıyla adi suçluların da geri verilmesi ihtiyacı doğmuş, böylece geri verme kurumu büyük ölçüde gelişmiştir (17). Bu gelişmelerle devletler 19. yüzyılda karşılıklı ve olaydan soyut genel geri verme antlaşmaları yapmaya başlamışlardır. Bundan sonra iç hukukta bağımsız geri verme kanunları yapılmaya başlamış ve ilk geri verme kanununu 1833'te Belçika yapmıştır. Belçika'yı Lüksemburg, Hollanda, İngiltere, Arjantin, Peru ve İsviçre izlemiştir. Bu dönemlerde bazı devletler 1889 İtalyan ve Türk Ceza Kanunu'nda olduğu gibi ceza kanunlarında bu konuda bir takım genel ilkeler koymakla yetinirken yukarıda belirttiğimiz gibi bazı ülkeler de bu konuyu özel bir kanunla düzenlemeyi tercih etmişlerdir. Son yıllarda ise uluslararası antlaşmaların ve iç hukuk düzenlemelerinin ötesinde bütün ülkeler için ortak bir uluslararası rejimin kurulması yönünde çalışmalar yapılmaktadır (18). Bu çalışmaların sonucunda Avrupa devletleri arasında 13 Aralık 1957'de "Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi" imzalanmıştır.

Türk hukukunda (19) Osmanlılar döneminde kapitülasyonlardan önce geri verme tamamen devletin takdirinde olan bir konuydu. Kapitülasyonların kabulünden sonra ise Türkiye'de mahkûm olsa bile bir yabancı cezasını kendi ülkesinde çekmekte olduğu için Türk mahkemelerinin yabancılar arasındaki suçlarda yetkisi yoktu ve bu nedenle suçluların geri verilmesi kurumuna ihtiyaç duyulmuyordu. Osmanlı devleti, yabancı devletin kendi ülkesi üzerinde yargılama yetkisini tanıdığı için suçluların geri verilmesi birçok durumda söz konusu olmuyordu. Buna rağmen Osmanlı devleti Pasarofça (1718), Belgrad

(15) Dönmezer/Erman, s.412, İçel, s.698.

(16) Özgen, s.19, Donay, s.241; Dönmezer/Erman, s.413, Taner, s.109.

(17) Özgen, s.20; Dönmezer/Erman, s.413; İçel, s.698, Meray, s.431.

(18) Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözübüyük, A. Pulat. Devletlerarası Ceza Hukuku, Ankara, 1959, s.91 vd.

(19) Ayrıntılı bilgi için bkz. Özgen, s.21-23; İçel, s.700-702.

(1739), Küçük Kaynarca (1774), Rus-Türk ticaret anlaşması (1784) ve Ziştov Anlaşması (1791) gibi bazı barış ve ticaret anlaşmalarında suçluların geri verilmesine ilişkin hükümlere yer vermiştir. Ancak Osmanlı devleti teknik anlamda ilk geri verme anlaşmasını 1874'te ABD ile yapmıştır. Kapitüler mahiyetteki bu anlaşmadan sonra 1917'de Almanya ile de bir anlaşma yapılmıştır. Kapitülasyonların kaldırılmasından ve 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu'nun kabulünden sonra, suçluların geri verilmesi kurumuna hem Türk Ceza Kanunu'nun 9. maddesinde yer verilmiş, hem de birçok devletle ikili anlaşmalar yapılmıştır. Ayrıca 1957 tarihli "Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi" de 18.11.1959 tarihli ve 7376 sayılı kanunla kabul edilmiştir.

II- SUÇLULARI GERİ VERMENİN ŞARTLARI

A- SUÇLULARI GERİ VERMENİN OLUMLU ŞARTLARI

Bu şartlar geri verilmesi istenen şahısta veya isteme konu olan fiilde mutlaka bulunması gereken şartlardır.

a) Antlaşmanın Var Olması veya Karşılıklılık Esasının Var Olması

Doktrindeki tartışmalara rağmen çoğunlukla kabul edilen görüşe göre geri verilmesi istenen bir şahsın istemde bulunan devlete verilebilmesi için öncelikle söz konusu iki devlet arasında suçluların geri verilmesine ilişkin bir antlaşmanın var olması gerekir (20). Ancak uygulamada anlaşma olmadan da geri vermenin mümkün olduğu görülmekle beraber bu durum nezaket, iyiniyet ve karşılıklılık esaslarına dayanmaktadır. Yoksa bir hukuki mükellefiyet yoktur (21). Böylece anlaşma olmayan durumlarda devlet sanık veya mahkûmu geri verip vermemeğe serbest olacaktır. Türk hukukunda da karşılıklılık esası uyarınca anlaşma olmadan da geri verme uygulamalarına rastlanmakla beraber esas olarak suçluların geri verilmesine ilişkin bir antlaşmanın gerekli olduğu kabul edilmektedir (22).

(20) Özgen, s.10; Donay, s.240.

(21) Meray, s.242, Özgen, s.37.

(22) Özgen, s.9, 37.

b) Suç Sayılan Bir Fiilin Var Olması

Sanık veya mahkûmun istemde bulunan devlete verilebilmesi için bu şahsın işlemekle itham edildiği veya işlediği için mahkûm olduğu bir fiilin var olması gerekir. Bu fiilin istemde bulunan ve kendisinden istemde bulunulan devlet kanununa göre de suç olması gerekir. Bu prensibe "çifte suçluluk prensibi" (principle of double criminality) (23) denir. Fiilin yalnızca istemde bulunan devlet kanununa göre suç olmasını yeterli gören görüşe karşın çoğunluk çifte suçluluk prensibinden yanadır (24). Yine doktrindeki görüş ayrılıklarına rağmen çifte suçluluk prensibinin, fiilin her iki devlette de aynı cinsten bir ceza ile cezalandırılması şartını içermediği ve gerek objektif, gerek subjektif unsurlar bakımından her iki mevzuatta benzer şekilde düzenlemenin yeterli olduğu, suçun her iki mevzuatta da aynı şekilde düzenlenmesinin gerekmediği kabul edilmektedir (25).

Uluslararası antlaşmalarda aynı ceza ile cezalandırılma şartına çoğunlukla yer verilmediği, buna karşılık bazı cezaların uygulanmaması şartına yer verilebildiği görülmektedir. Bu bağlamda Avrupa Sözleşmesinin 11. maddesinde ölüm cezalarıyla ilgili olarak taraflara istem hakkının verilmesini burada anabiliriz.

Geri verme ile ilgili olarak kendisinden istemde bulunulan devlet insan kişiliğine saygı esasıyla ölüm cezası, vücuda yönelik dayak cezası gibi bazı cezaları mevzuatından kaldırmış ise, bu istemi yerine getirmeyecektir. Ayrıca istisnai nitelikte kurulan mahkemelerde, geri verilen kişinin yargılanması amacıyla gerçekleştirilecek olan talepler devletler arasında yerine getirilmektedir (26). Türkiye'nin yaptığı bazı ikili sözleşmelerde de bu esasa yer verilmiştir. Çifte suçluluk prensibine Avrupa Sözleşmesi'nde de yer verilmiştir (m.2/1).

(23) Meray, s.433.

(24) Özgen, s.38, Önder, s.257; Meray, s.433; Gözübüyük, s.97; Taner, s.240; Dönmezer/Erman, s.424.

(25) Özgen, s.139; İçel/Donay, s.213.

(26) Önder, s.257.

c) Suçun Koşuşturulabilir Olması

Geri vermeye konu olacak fiilin, her iki devletin kanunlarınca suç sayılması ve cezalandırılabilir olmasının yanında bu fiilin her iki devlet kanununa göre koşuşturulabilir olması da gerekir. Suçun koşuşturulabilmesine engel olan dava ve ceza zamanaşımı, mağdurun şikâyeti ve af geri vermeye de engel olur.

Suç ile ilgili dava ve ceza zamanaşımının her iki devlet kanununa göre dolmamış olması gerekir. İki devlet kanunlarından birine göre dava veya ceza zamanaşımı dolmuşsa suçlu geri verilmeyecektir (27). Sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde istemde bulunulan devletin kişiyi teslim anı değil de, geri verme isteminin, istemde bulunulan devlete resmen geldiği tarih zamanaşımının ne zaman dolmuş sayılacağı konusunda dikkate alınmalıdır (28).

Geri vermeye konu olacak suç takibi şikâyete bağlı suçlardan ise ve şikâyet yoksa, geri verme gerçekleştirilemez. İstemde bulunulan devlete şikâyet yoksa geri verme mümkün olmaz. Ancak istemde bulunan devlette suç re'sen takip edilen suçlardan ise ve istemde bulunulan devlette şikâyete bağlı ise, istemde bulunulan devletin şikâyet şartını araması gerekli değildir (29). Bununla birlikte, takibi şikâyete bağlı suçlarda "şikâyetten vazgeçme" hakkının kabul edildiği devletler bakımından tereddütler daha fazla artacaktır (30).

İstemde bulunan ve kendisinden istemde bulunulan devletlerden birinde geri vermeye konu olan suç genel affa uğramış ise suçlu geri verilmeyecektir (31). Eğer suç özel affa uğramış ise geri vermeye engel olmaz. Ancak özel af cezayı tamamen kaldırmakta veya cezayı geri verme için aranan asgari sürenin altına düşürmekte ise, geri verme mümkün olmayacaktır (32).

(27) **Taner**, s.240; **Meray**, s.434; **Özgen**, s.40; **Önder**, s.258; **Dönmezer/Erman**, s.424; **Erem, Faruk/Danişman, Ahmet/Artuk, Mehmet Emin**. Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.b., Ankara, 1997, s.222.

(28) **Önder**, s.258; **Erem/Danişman/Artuk**, s.222; **Özgen**, s.41.

(29) **Önder**, s.258; **Özgen**, s.41.

(30) **Erem/Danişman/Artuk**, s.223.

(31) **Önder**, s.258; **Özgen**, s.42; **Meray**, s.434; **İçel/Donay**, s.215.

(32) **Önder**, s.259; **Özgen**, s.42; **İçel/Donay**, s.215; **Erem/Danişman/Artuk**, s.224.

Bu konuyla ilgili olarak Avrupa sözleşmesinde sadece zamanaşımı düzenlenmiş ve dava veya cezanın iki taraftan birinin mevzuatına göre zamanaşımına uğraması halinde geri vermenin mümkün olmadığı belirtilmiştir.

d) Suçun Geri Vermeye Elverişli Olması

Bir suçlunun bir devletten başka bir devlete geri verilmesinin külfetli, merasimli ve bir çok araştırmayı gerektiren bir yol olması, geri verme nedeniyle kişinin özgürlüğünün kısıtlanmasının bazı sakıncaları da (33) beraberinde getirmesi nedeniyle geri vermeye konu olacak suçun asgari bir ağırlığa erişmesi aranmaktadır. Bu nedenle antlaşmalarda taksirli suçlardan ve kaba-hatlerden dolayı geri verme kabul edilmemekte, suçun gerektirdiği cezanın belli bir sınırın üstünde olması aranmakta, mala karşı işlenen suçlarda da zararın belli bir miktarın üstünde olması gerektiği kabul edilmektedir (34). Bu bağlamda herhangi bir suçta teşebbüs de geri vermeyi gerektirmektedir. Teşebbüsün anlamı kendisinden istemde bulunulan devlete göre belirlenir. Esas suçun her iki devlet kanununa göre suç olması şartıyla iştirak eden de geri vermeye konu olabilir. İştirakin anlamı da teşebbüste olduğu gibi, istemde bulunulan devlet kanununa göre belirlenir (35).

Hangi suçlarda geri verme kurumunun işleyeceği belirlenirken geri verme kanunları ve antlaşmalar iki metoddan birini uygulamaktadırlar. Bu metodlar sayma usulü ve ayırma usulü olarak adlandırılır.

Sayma usulünde, gerek geri verme kanunlarında gerek antlaşmalarda hangi suçlardan dolayı geri vermenin mümkün olduğu bir liste halinde tek tek sayılmak suretiyle gösterilir. Bu yapılırken ya suçların isimleri belirtilir veya suçların kurucu unsurları gösterilir. Bu metod çok açık olarak geri vermeyi gerektiren suçları gösterdiği için basittir. Ancak çeşitli kanunların dayandıkları sistem ve terim farklılıkları (36) iki devletin aynı suçu değişik unsurlarla kabul etmesi uygulamada zorluklar doğurur. Ayrıca ne kadar geniş bir liste

(33) Özgen, s.42; Meray, s.433.

(34) Özgen, s.43; Gözübüyük, A.Pulat. Suçluların Geri Verilmesi Hukukunun Birleştirilmesi ve Geri Verme Umumi Anlaşma Tasarısı, Ankara, 1949, s.7.

(35) Özgen, s.46.

(36) Gözübüyük, Devletlerarası ..., s.96; Özgen, s.44; Önder, s.254; İçel/Donay, s.217.

yapılırsa yapılışın yine unutmaya ihtimali vardır. Bunun da ötesinde sayma usulü zamanla gelişen ekonomik ve siyasal akımları takip edememekte, zamanla kabul edilen yeni suç tiplerine yer verememekte, geri verme antlaşmalarının kolayca değiştirilememesi bazı önemli suçların geri vermeye konu olmasını önlemektedir (37).

Ayırma usulünde ise esas olan cezanın ağırlığıdır. Geri vermeye konu olabilecek suçlar, cezalarının ağırlığı gözönüne alınarak belirlenir. Genel bir hükümle belli sınırdan daha fazla cezayı gerektiren suçların geri vermeye konu olacağı belirtilir ve bundan sonra istisnalara yer verilerek geri vermeyi gerektirmeyen hal ve suçlar gösterilir (38). Buradaki cezanın miktarı her iki devlet kanununa göre belirlenir. Sayma usulünde "geril verilmezlik" asıl iken, burada asıl olan "geri verme"dir (39). Bu usul, sayma usulüne oranla daha objektif bir esasa dayandığından teori ve pratik açısından kolaylık sağlar (40). Geri verme işleminin gerçekleştirilebilmesi için devletin esaslı bir araştırma yapmak zorunda olması bu usulün sakıncalı yönüdür (41).

Suçun geri vermeye elverişli olması şartı ile ilgili olarak Avrupa Sözleşmesinde bir ayırma gitmeden genel olarak "suç" için geri vermenin kabul edildiğini (m.2/1), buna karşın fiilin belli bir ağırlığa ulaşması gerektiği kabul edilerek ayırma usulüne yer verildiğini söyleyebiliriz. Ancak ayırma usulünde sanık ve hükümlü ayırımı yapıldığı görülmektedir.

Sanığın geri verilebilmesi için, sanığın işlediği iddia edilen fiilin her iki devlet kanununa göre en az bir yıl hürriyeti bağlayıcı bir cezayı veya emniyet tedbirini veya daha ağır bir cezayı gerektirmesi aranır (m.2/1). Burada kanundaki cezanın azami haddi esas alınır (42). Hürriyeti bağlayıcı cezanın anlamı istemde bulunulan devletin mevzuatına göre belirlenir. Emniyet tedbirinin anlamı ise sözleşmenin 25. maddesindeki tanıma göre belirlenir.

(37) Önder, s.254.

(38) Özgen, s.44; Önder, s.254.

(39) Özgen, s.45.

(40) Gözübüyük, Devletlerarası ..., s.96; İçel/Donay, s.217-218.

(41) Özgen, s.45; Önder, s.255.

(42) Özgen, s.49; İçel/Donay, s.219.

Hükümlünün geri verilebilmesi için, istemde bulunan devletin ülkesinde bir cezaya mahkûmiyet hükmü veya bir emniyet tedbirine karar verilmişse, verilen ceza en az dört aylık hürriyeti bağlayıcı ceza olmalıdır (m.2/1). Bu durumda söz konusu suçun istemde bulunan devlet kanununa göre yine de bir yıl hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirdiği savunulmuştur (43).

Avrupa Sözleşmesinin 2/2 maddesinde bir istisnaya yer verilerek istem çeşitli fiillere ilişkin ise ve bu fiillerden bir kısmı bir yıllık süre şartına uymuyorsa, istemde bulunulan devletin bu suçlar için de isterse geri verme istemini kabul edebileceği belirtilmiştir. Yine sözleşmenin 2. maddesinde her devletin, mevzuatının geri vermeye izin vermediği suçları kendisi bakımından sözleşmenin dışında bırakabileceği (f.3); sözleşmenin kabulü sırasında iç hukukun geri verilmesine izin verdiği bir fiilin, sonradan yapılan bir değişiklikle geri verilmeyecek fiillerden sayılması halinde bu fiilin de sözleşme dışı bırakılabileceği, ancak bunun Konsey Genel Sekreterliği'ne tebliğinden itibaren 3 ay sonra geçerli olacağı (f.5) ve sözleşmecî devletin sözleşme dışında çıkardığı fiilleri sözleşmeye her zaman dahil edebileceği ve bu değişikliğin Genel Sekreterliğe bildirilmesi gerektiği (f.6) belirtilmiştir.

Avrupa Sözleşmesi dışında Türkiye'nin yaptığı ikili antlaşmaların bir kısmında sayma usulüne, bir kısmında ise ayırma usulüne uyulmuştur. Bu antlaşmalarda koğuşturma şartlarına da yer verilmiştir. Ayrıca bu antlaşmaların birkaçı dışında çoğunlukla suç için geri verme kurumu kabul edilmiştir. Bu bağlamda her ne kadar TCK.'nun 9. maddesinde cürümlerden bahsedilmekle beraber kabahatlerin de geri vermeye konu olabileceği kabul edilmektedir (44).

e) Geri Verme Talebinin Var Olması

Sanık veya mahkûmu takip edecek devletin, onu, bulunduğu devletten suç ve talep edilen kişiyle ilgili bazı bilgilerin de yer aldığı bir "talepname" ile istemesi gerekir. Bazı durumlarda ise, bir devlet herhangi bir suçtan ve suçlunun da kendi ülkesinde bulunduğundan haberdar olduğu zaman, bu kişiyi

(43) **Dönmezer/Erman**, s.423; Aksi görüş için bkz. **Özgen**, s.50.

(44) **Özgen**, s.53; Aksi görüş için bkz. **Dönmezer/Erman**, s.424.

yakalayıp, suçun işlendiği devlet makamlarına, geri vermenin talep edilmesini teklif eder (45). Bu usule de "Geri Verme Teklifi" denir (46).

B- SUÇLULARI GERİ VERMENİN OLUMSUZ ŞARTLARI

Bu şartlar geri verilmesi istenen kişide veya geri vermeye konu olacak suçta bulunmaması gereken şartlardır.

a) Vatandaşın Geri Verilmezliği Kuralı

Bu kural failin niteliği ile ilgili bir geri verilmezlik kuralıdır. Buna göre yabancı ülkede suç işleyip uyuğu olduğu devlete sığınmış olan kişi işlediği suç ne olursa olsun geri verilmez. Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesinde ve Anayasanın 38. maddesinin 9. fıkrasında da düzenlenmiş olan bu kural Türkiye'nin taraf olduğu bütün suçluları geri verme antlaşmalarında da tekrarlanmıştır.

Tarihte tamamen tersi işlemiş olan bu kural İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri ve kısmen de İtalya dışında bütün devletlerce kabul edilmiş olan bir kuraldır. Bu kural ilk defa 1736'da Fransa ile Hollanda arasındaki antlaşmada, ulusal bir siyaset gereği olarak kabul edilmiştir (47).

Vatandaşın geri verilmezliği kuralının lehinde ileri sürülen fikirlere (48) göre, her devlet bir anne gibi vatandaşlarını korumakla ve tarafsız bir adaletin teminatını sağlamakla yükümlüdür. Vatandaşın geri verilmesi bu yükümlülüğün ihlal edilmesi anlamına gelir. Her devletin korunması gereken ulusal onuru, vatandaşını yabancı bir mahkeme huzuruna göndermesini engeller. Hiçbir devlet, prensipleri kendisinden farklı olan bir adalet mekanizması huzuruna vatandaşını göndermemelidir. Her suçlu tabii hâkimi huzurunda yargılanmalıdır. Yabancı hâkime duyulan güvensizlik onun tarafsızlığından şüpheye düşülmesine de yol açabilir. Her vatandaş kendi toprağı üzerinde oturmak hakkını haizdir; bu hak onun yabancı ülkeye zorla gönderilmemesini ge-

(45) **Taner**, s.245-251; **Dönmezer-Erman**, s.459; **Özgen**, s.125-126.

(46) **Özgen**, s.125.

(47) **Özgen**, s.56.

(48) Bu konuda bkz **Dönmezer/Erman**, s.449-450; **Özgen**, s.58-59; **Önder**, s.260; **Erem/Danışman/Artuk**, s.218.

rektirir. Vatandaş, yabancı mahkemeler huzurunda o ülkenin dilini, hayat şartlarını, usul ve savunma olanaklarını bilemeyeceği için kendisini yeterince savunamaz ve o ülkenin vatandaşına göre elverişsiz bir durumda bulunur. Ceza suça değil, suçluya verildiği için suçluyu iyice tanıyacak ve anlayacak olan hâkim, failin vatandaşı olduğu devletin hâkimidir.

Aleyhte ileri sürülen fikirlere (49) göre ise, vatandaşını geri veren devlet, onu korumak hususundaki görevini ihmal etmiş olamaz, tersine ona daha iyi bir adalet sağlamış bulunur. Medeni devletler topluluğu içinde devletlerin birbirlerinin adalet mekanizmalarına güven esas olduğu için vatandaşın yabancı devlette tarafsız yargılanmayacağına ilişkin kaygı yersizdir. Uygun ve adil esaslar içinde vatandaşın geri verilmesi halinde, adaletin iyi bir biçimde gerçekleşmesine hizmet edilmiş olması, ulusal onuru hiçbir zaman rencide etmez. Ceza konusunda tabii hâkim suçun işlendiği yerdeki hâkimdir. Bu durum delillerin doğrudan doğruya mahkeme tarafından değerlendirileceği esasına da uygundur. Vatandaşın kendi ülkesi üzerinde oturmak hakkı ancak namuslu ve kimseye zarar vermeyen vatandaşlar bakımından ve onlar hakkında ileri sürülebilir. Vatandaşın yabancı dili bilmemesi tezine karşılık olarak da yargılama işlemlerinde bir tercümanın bulundurulması zorunlu olduğu gibi, vatandaşın kendi hukukunu bildiği de kabul edilemez, denilmektedir. Ayrıca medeni milletlerin ceza yargılaması usulü esas olarak birbirine çok benzerdir. Bundan başka öyle suçlar vardır ki, onlarda yalnız suçluluğu aramak gerekir, milliyeti değil.

Avrupa Sözleşmesinde esnek bir ifadeyle her akit tarafın vatandaşını geri vermeme hakkını haiz olduğu belirtilmiştir (m.6/1).

Vatandaşlığın hangi zamana göre belirleneceği konusundaki görüşlerden biri suçun işlendiği zamanın esas alınmasını savunurken, baskın görüş geri vermenin gerçekleştiği zamanın esas alınması yönündedir. Avrupa Sözleşmesi'ne göre vatandaşlığın belirlenmesinde karar anı esas alınır ve hatta karar ile teslim zamanı arasında vatandaşlık kabul edilecek olursa, devlet suçluyu geri vermeme hakkını haizdir.

(49) Bu konuda bkz. Önder, s.260-261; Özgen, s.59-60, Dönmezer/Erman, s.451-452; Erem/Danışman/Artuk, s.218.

Vatansızlar yabancı olarak değerlendirilirler. Çifte veya çok tabiiyeti olan kişi, aynı zamanda istemde bulunulan devletin vatandaşı ise, geri verme durumu bu devletin vatandaşın geri verilmesi konusunda benimsediği sisteme göre belirlenir.

b) Siyasi Suçlardan Dolayı Geri Verilmezlik Kuralı

Bu kural suçun niteliği ile ilgili bir geri verilmezlik kuralıdır. Siyasi bir suçtan dolayı sanık veya mahkûm olan bir kişinin geri verilmeyeceği genel bir kural olarak kabul edilir. Ancak "siyasi suç" kavramından neyin anlaşılması gerektiği konusunda görüş birliği yoktur (50). Ancak genel olarak devletin iç ve dış siyasi düzenine karşı işlenen suçların siyasi suç olduğunu söyleyebiliriz (51).

Eski devirlerde siyasi suçlardan dolayı geri verilmezlik kuralının tamamen aksinin kabul edilmiş olduğunu ve hatta özellikle siyasi suçluların geri verilmekte olduğunu söylememiz yanlış olmaz (52). Bu devirlerde en ağır ve tehlikeli suçlular olarak siyasi suçlular kabul edilmekteydi. Hükümdarlar arasındaki sıkı dayanışma da bu konuda etkili olmuştur. Suçlunun ülkesine sığındığı hükümdar, ileride kendisinin de aynı şekilde bir tecavüze uğrayabileceği düşüncesiyle siyasi suçluyu geri vermeyi tercih etmiştir (53).

"Siyasi suç" terimi ilk olarak 1789 Fransız İhtilalinden sonra ortaya çıkmış ve 1793 Fransız Anayasası'nın 120. maddesinde özgürlük uğruna suç işledikleri için ülkelerinden sürgün edilenlere, Fransa'ya iltica hakkı tanınmıştır. Ancak siyasi suçluların geri verilmeyeceği kuralını ilk benimseyen devlet İngiltere olmuştur (1816) (54). Bu kuralı ilk defa kanunlaştıran devlet ise Belçika'dır. Bu kural yine ilk olarak 1833'te Fransa ile İsviçre arasında yapılan bir antlaşmaya da girmiştir. Aynı yıl Belçika Suçluların Geri Verilmesi Kanunu'nda siyasi suçlardan geri vermenin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Bu kural kabul edilirken siyasi suçlunun daha iyi bir devlet kurmak istediği, bu ne-

(50) Siyasi suç tanımları için bkz. **Özgen**, s.69.

(51) **Meray**, s.434, **Özgen**, s.69.

(52) **Kantar, Baha**. Siyasi Suçlar, Ankara, 1936, s.4; **Özgen**, s.76.

(53) **Özgen**, s.77.

(54) **Özgen**, s.80.

denle yapabileceği başka bir şeyin olmadığı, sonuçta görüşlerine uygun bir devlete kaçtığı, dolayısıyla suçlunun kaçtığı devletin suçluyu geri vermesinin düşünülemeyeceği ileri sürülerek, siyasi suçlunun geri verilmesi durumunda istemde bulunulan devletin istemde bulunan devletin sistemi hakkında bir araştırma yapmak zorunda kalması nedeniyle diğer devletin iç işlerine karışmış sayılacağı, bu durumun iki devlet arasındaki ilişkileri bozacağı, bundan başka, siyasi suçlunun geri verilmesi durumunda tarafsız bir yargılamanın yapılamayacağı, bunun da ötesinde verilecek cezaların da ağır olabilme olasılığı bulunduğu savunulmuştur (55).

ba- Siyasi Suçun Tespitinde Öne Sürülen Teoriler

baa- Objektif Teori: Konu teorisi olarak da anılan bu teoriye göre bir suçun siyasi olup olmadığı belirlenirken suçun hukuki konusuna bakılmalıdır. Burada failin sübjektif durumu hiçbir zaman dikkate alınmaz. Eğer ihlâl olunan menfaat devletin siyasi düzeni ise burada siyasi suç var demektir. Bu bağlamda dış siyasi düzeni bozan suçlar, devletin varlığına, egemenliğine, toprak bütünlüğüne, diğer devletlerle olan ilişkilerine karşı işlenen suçlardır. Devletin iç siyasi düzenine karşı işlenen suçlar ise, hükûmetin şeklini değiştirmek, anayasal düzenini bozmak, bireylerin siyasi haklarına tecavüz etmek, seçimlere fesat ve hile karıştırmak gibi suçlardır (56).

Bu teoriye karşı olarak, bir suçun siyasi olduğunu belirlerken failin sübjektif durumunun, saikin belirlenemeyeceği görüşünün yerinde olmadığı savunulmuş, adi suçlarda da saikin söz konusu olduğu hallerde, hâkimin bu saiki tespit edebileceği ileri sürülmüştür (57). Ayrıca bu teorinin siyasi suçun sınırını çok daralttığı belirtilmiştir (58).

bab- Sübjektif Teoriler: Bu teoriler failin sübjektif durumunu dikkate alırlar. Bu teorilerden saik teorisine göre işlenmiş olan suçlar adi suç niteliği gösterebilirler eğer failin saiki siyasi ise, suçlar siyasi suç olarak kabul edilir. Fail yaşadığı toplumu beğenmiyorsa, bundan kurtulma hakkı vardır ve bu hakkını gerçekleştirirken işlediği fiiller de siyasi niteliktedirler (59).

(55) **Taner**, s.115.

(56) **Taner**, s.115.

(57) **Önder**, s.263.

(58) **Özgen**, s.73.

(59) **Önder**, s.264.

Amaç teorisine göre ise, fail siyasi bir amaca ulaşmak istiyorsa, işlediği suçlar adi olsa bile, siyasi suç kabul edilirler.

bac-Üstünlük Teorisi: Bu teoriye göre suçtaki adi ve siyasi unsurlardan hangisi daha baskın ise suç da buna göre adi veya siyasi olur. "İsviçre sistemi" olarak da anılan bu teorinin suçun bir bütün olması ve ayrılabilirliği bile unsurlardan hangisinin daha baskın olduğunu belirleyecek bir ölçünün olmaması nedeniyle eleştirildiği görülür (60).

bad- Savaş Adetleri Teorisi: "İngiliz sistemi" olarak da anılan bu teoriye göre siyasi bir isyan, bir ayaklanma veya iç savaş sırasında işlenen fiiller savaş adetlerine göre izin verilen fiillerden ise bunlar siyasi, aksi halde adi suç sayılır. Burada failin saiki de dikkate alınır. Bu teori de sadece sözü edilen üç hal için geçerli olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir (61).

bb- Siyasi Suçların Ayırımı ve Geri Verilmezlik Kuralı

Doktrinde ve antlaşmalarda siyasi suça çeşitli şekillerde bağlı olan adi suçların da siyasi nitelik kazanması karşısında siyasi suçlar "mutlak siyasi suçlar" ve "nisbi siyasi suçlar" olarak ayrılmaktadır.

Objektif teoriye göre siyasi suç sayılan suçlar mutlak siyasi suç sayılır.

Siyasi suça bağlı adi suçlar da siyasi suç sayılır ve nisbi siyasi suçları oluştururlar. Bu bağlılık karma suç ve bağlı suç olarak iki şekilde gerçekleşebilir. Bunlardan karma siyasi suç, siyasi bir amaçla işlenen adi bir suç olup tek fiilde hem siyasi suç hem de adi bir suç bir araya gelmektedir (62). Bağlı suçta ise bir kısmı siyasi, bir kısmı ise adi suç mahiyetinde birden çok fiil bir bağ ile birbirlerine bağlanmışlardır. Adi suç ile ilgisi olan siyasi suçun kastedilmesi yeterli olup, mutlaka işlenmiş olması şart değildir (63).

Objektif teori bakımından nisbi siyasi suçlar adi suç sayılarak geri vermeye konu olabilirler. Sübjektif teori bakımından ise nisbi siyasi suçlar daima

(60) Özgen, s.73-74.

(61) Taner, s.119; Özgen, s.74.

(62) Taner, s.116-117.

(63) Taner, s.116.

siyasi sayılarak geri vermeye konu olmazlar. Üstünlük teorisi bakımından her somut fiilde bir değerlendirme yapılır ve sonuçta fiilde siyasi unsur baskın ise geri vermeye konu olmaz, adı unsur daha baskın ise geri vermeye konu olur. Savaş âdetleri teorisi açısından somut fiiller siyasi bir ayaklanma, ihtilâl veya iç savaş içinde işlenmişler ve savaş âdetlerine göre izin verilen fiillerden iseler geri vermeye konu olmazlar. Yok eğer bu üç halden herhangi birinde işlenmemişler geri vermeye konu olurlar.

Bu bağlamda bir suçun siyasi nitelikte olup olmadığına kendisinden istemde bulunulan devletin yetkili organları karar verir. Kendisinden istemde bulunulan devlete gelen kişinin siyasi suçundan dolayı değil de, istemde bulunan devlette işlediği adi bir suçtan dolayı geri verilmesi belirtiliyorsa, kişi her iki suçtan birlikte değil de, siyasi suçundan dolayı yargılanmamak ve hakkındaki ceza infaz olunmamak kaydıyla adi suçundan dolayı geri verilir (64). Ancak Danıştayın da belirttiği gibi, bu konuda istemde bulunan devletin istemde bulunulan devlete garanti vermesi gerekir (65).

bc- Siyasi Suç Olarak Kabul Edilmeyecek Olan Suçlar veya Siyasi Suçların İstisnaları

bca- Belçika Suikast Kuralı: Devlet başkanlarına veya ailesi mensuplarına karşı işlenen tecavüz fiillerinin siyasi suç sayılmayıp failerin geri verilmesini kabul eden bu kural bir suikast girişiminden sonra kabul edilmiştir. Şöyle ki, 1854'te iki Fransız, Fransa İmparatoru III. Napoleon'u öldürmek amacıyla onu Lile'den Dunkerque'e götüren treni saatli bomba ile havaya uçurmaya teşebbüs ederler. Başarısız olan bu girişimden sonra failerden biri Belçika'ya kaçmayı başarır. Fransa'nın suçluyu istemesi üzerine Belçika adli makamları arasında ihtilâflar çıkar. Sonuçta Belçika Temyiz Mahkemesi 1833 Belçika Geri Verme Kanunu'nun siyasi suçlarda geri vermeyi kabul etmemesi gerekçesiyle Fransa'nın istemini reddeder. Bu olayın kamuoyunda ve yetkili organlarda yarattığı tepki üzerine Belçika 22 Mart 1856'da kabul ettiği bir kanunla yabancı bir devlet başkanının şahsına veya ailesi mensuplarına karşı işlenen suikastın siyasi veya ona bağlı bir suç olarak kabul edilme-yeceğini belirtmiştir (66). Bundan sonra uluslararası alanda yayılan bu kural

(64) Gözübüyük, Devletlerarası ..., s.99.

(65) Danıştay DDUH, 1953-26/193.

(66) Özgen, s.90 vd.; Önder, s.267; Taner, s.122.

açısından devlet başkanına karşı işlenmiş olan suikast fiili, siyasi nitelikli olup olmadığına bakılmadan geri vermeye konu olur. Bu kural "iş bu Sözleşmenin tatbikatı bakımından, bir Devlet Reisinin veya ailesi efradından birinin hayatına kasit siyasî bir suç sayılmayacaktır" şeklinde Avrupa Sözleşmesinin 3/3 maddesine de açıkça konulmuştur. Buradaki "hayatına kasit" kavramı adam öldürme ve müessir fiil suçlarını kapsar. Gerçekte hayata kast suçunun siyasal suç sayılmamasının nedeni, kutsal bir hak olan yaşama hakkını korumak ve terörist eylemcilere bu türdeki fiillerini işledikten sonra, başka ülkeye sığınma hakkı tanımamaktır (67).

Doktrinde bu kuralın kapsamının çok dar olduğu, bunun hükümet başkanlarını da kapsaması gerektiği ileri sürülmüş, (68) bundan sonra bazı devletlerin bu kuralı genişlettikleri görülmüştür. Buna örnek olarak ABD ile aramızdaki geri verme sözleşmesi gösterebiliriz.

bcb- Tedhişçilik Suçları: Tedhiş suçları, belirli bir siyasal amaca erişebilmek için şiddet hareketlerinin araç olarak kullanıldığı suç tipidir. Tedhişçilik fiilleri çeşitli uluslararası toplantılara konu olmuştur. 1937 Cenevre Sözleşmesi ile siyasal suçlara ve siyasal suçlardan dolayı geri verilmezlik kuralına bir istisna getirilmiş, geri verme konusu devletlerin iç hukukuna bırakılmış, siyasal suçluların iltica hakkına istisna getirilmiştir (69).

Tedhiş fiillerinin uçak kaçırma şeklinde gelişmesiyle 1970'te Uçakların Kanundışı Yollarla Ele Geçirilmesinin Önlenmesi Hakkında La Haye Sözleşmesi kabul edilmiş, Türkiye de 1972'de bu sözleşmeye taraf olmuştur. Sözleşmede uçak kaçırma fiillerini işleyenlerin geri verilmesi benimsenmiştir (m.8). 1971'de ise Türkiye'nin de 1974'te taraf olduğu Sivil Havacılığın Güvenliğine Karşı Kanundışı Eylemlerin Önlenmesine İlişkin Montreal Sözleşmesi kabul edilerek bu eylemlerde de geri verme yükümlülüğü getirilmiştir (70).

(67) İçel/Donay, s.225.

(68) Diğer eleştiriler için bkz. Özgen, s.92.

(69) Özgen, s.96.

(70) Yargıtay Ceza Genel Kurulu 1948'de Bulgaristan'dan Türkiye'ye kaçırılan uçak olayında sanıkların Türkiye'de yargılanamayacaklarına karar verirken (31.10.1949-1/108-93), 1971'de Sovyetler Birliği'nden kaçırılan uçak olayında ise, sanıkların Sovyetler Birliği'ne iade edilmeyip Türkiye'de yargılanmaları gerektiğine karar vermiştir (8.3.1971-490/65). Her iki kararın metinleri için bkz. Sa-vaş/Mollamahmutoğlu, s.161-183.

bcc- Anarşist Suçlar: Anarşist suçlarda fail sosyal veya ekonomik alanda bazı amaçları gerçekleştirmek veya bazı isteklerinin kabulünü sağlamaya yönelik cebri araç olarak kullanılmaktadır (71). Bu suçlar devletin siyasi sistemine veya hükûmet şekline karşı değil, toplumsal hayatın esaslarına ve kurallarına yöneliktirler. Baskın görüş anarşist suçların siyasi suç sayılmaması ve failerin geri verilmesi gerektiği yönündedir (72).

bcd- İnsanlığa Karşı Suçlar (Genocide): İkinci Dünya Savaşı sırasında işlenen bazı fiillerin etkisiyle 1948'de Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca Paris'te kabul edilen ve Türkiye'nin de 23 Mart 1950 tarih ve 5630 sayılı Kanun ile taraf olduğu Genocide'in Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkında Sözleşme'ye göre Genocide, milli, etnik, ırki ve dini bir grubu kısmen veya tamamen imha etmek amacıyla, grup üyelerinin katli; bedeni ve akli melekelerinin ciddi surette haleldar edilmesi; grubun bedeni varlığının kısmen veya tamamen imhasına sebep olacak hayat şartlarına kısmen tâbi tutulması; grup içinde doğumları sekteye uğratabilecek önlemler alınması; bir grubun çocuklarının diğer bir gruba zorla nakledilmesidir (m.2.). Sözleşmenin 3. maddesiyle genocide; genocide'i irtikâp için anlaşma; genocid'i irtikâp için doğrudan doğruya veya açıkça tahrik; genocide'e teşebbüs; genocide suçunda ortaklık cezalandırılmış, 7. madde ise genocide ve 3. maddede sayılan diğer fiillerin geri verilmesi istenen kişi bakımından siyasi suç sayılmayacağı, sözleşmecî devletlerin bu gibi hallerde, suçluları, kendi mevzuatlarına ve yürürlükteki antlaşmalara göre geri vermeyi taahhüt ettikleri belirtilmiştir. Bu failer ülkesinde suç işledikleri devlete veya Milletlerarası Ceza Divanına geri verileceklerdir (m.6).

bce- Savaş Suçları: Savaş suçları II. Dünya Savaşının bitiminden sonra 1945'te Londra'da imzalanan bir antlaşma ile kurulan Nürnberg Mahkemesinde yargılamaya konu olmuştur. Bu antlaşmanın eki olan Milletlerarası Askeri Mahkemenin kuruluşu, yetkisi ve işleyişi hakkındaki statüde savaş kanun ve teamüllerinin ihlâli savaş suçu sayılmıştır (m.6/2). Savaş suçlarının her yerde takip ve cezalandırılacakları kabul edilmiştir.

(71) **Taner**, s.128.

(72) **Özgen**, s.97.

bd- Suçluların ladesine Dair Avrupa Sözleşmesi ve Türk Hukuku Bakımından Siyasi Suçluların Geri Verilmezliği Kuralı

Avrupa Sözleşmesinde istemde bulunulan devletin suçu siyasi bir suç veya siyasi bir suç ile bağlı fiil olarak değerlendirmesi durumunda suçlunun geri verilmeyeceği kabul edilmiştir (m.3/1). Buradaki bağlı deyiminin hem karma siyasi suçu, hem de bağlı siyasi suçu içerdiği savunulmuştur (73). Avrupa Sözleşmesinde Belçika suikast kuralı dar şekliyle kabul edilmiştir (m.33/3). Ayrıca ileride imzalanabilecek çok taraflı antlaşmalara konacak yeni sınırlamalara da kapıyı açık bırakmıştır (m.3/4).

Türk hukukunda Türk Anayasa ve antlaşmalarında siyasi suç tanımlanmamış, ancak siyasi suçlardan dolayı suçlunun geri verilmeyeceği kabul edilmiştir. TCK m.9'da siyasi veya ona murtabit bir suçtan dolayı geri verme kuralının uygulanmayacağı belirtilmiştir. TCK'nun nisbi siyasi suçlarda geri vermeyi reddettiği kabul edilir (74). Türk hukukunda Belçika suikast kuralı da kabul edilmiş, bazı antlaşmalarda anarşist suçlara da yer verilmiştir.

c- Samimi Olmayan Talepler

Avrupa Sözleşmesine göre "kendisinden geri verme talep edilen taraf, adi bir suç için vaki iade talebinin bir şahsı ırk, din, milliyet veya siyasi kanaat cihetinden takip ve cezalandırmak gayesi ile yapıldığına veya bu şahsın vaziyetinin bu sebeplerden biri dolayısı ile ağırlaşabileceğine dair ciddi sebepler mevcut olduğuna kanaat hasıl ettiği takdirde de" suçlu geri verilmeyecektir (m.3/2). Bu konuda TCK'da da bir hüküm yoktur. Ancak Avrupa Sözleşmesindeki benzer bir hükme Türkiye ile Pakistan arasında yapılan geri verme antlaşmasında yer verilmiştir (m.19/9).

d- İstemde Bulunulan Devletin Yargılama Hakkı Olması veya Suçun Onun Ülkesinde İşlenmiş Sayılması Halinde Geri Vermeme Kuralı

İstemde bulunulan devletin yargılama hakkı iki şekilde söz konusu olabilir.

(73) Özgen, s.102-103.

(74) Özgen, s.104-105.

da- Suç İstemde Bulunulan Devlet Ülkesinde İşlenmiş Olabilir

Mülkîlik ilkesinin gereği olarak, ülkesinde suç işlenen devletin yargılama hakkı vardır. Dolayısıyla bu devlet suçluyu başka bir devlete teslim etmez. Suçun hangi ülkede işlenmiş olduğuna, istemde bulunulan devlet karar verir. Avrupa Sözleşmesine göre de "kendisinden iade talep edilen taraf, mevzuatına göre kısmen veya tamamen kendi ülkesinde veya ülkesi addolunan mahalde işlenmiş sayılan bir suçtan dolayı talep edilen şahsı iade etmekten imtina edebilir (m.7/1). TCK. m.3'te Türkiye'de suç işleyenin Türk kanunlarına göre cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Türk antlaşmalarının çoğunluğunda da bu kurala yer verilmiştir.

db- Aynı Fiilden Dolayı İkinci Kez Kovuşturma Yapılamaz

Yabancı bir ülkede işlenen suç hakkında suçlunun kaçtığı devlet de kovuşturma yapıyorsa istemde bulunulan devlet suçluyu geri vermez, kendisi takip eder (75). Avrupa Sözleşmesinin 8. maddesinde düzenlenmiş olan bu kural, Türkiye'nin yaptığı bir çok geri verme antlaşmasında da yerini almıştır. Burada fiil sebebiyle kovuşturma yapılabilmesinin mümkün olması değil, fiilen kovuşturmaya başlanmış olması aranır (76).

e- Aynı Fiilden İkinci Defa Koğuşturma Yapılması Yasağı

Avrupa Sözleşmesinin 9. maddesi ile Türkiye'nin yaptığı ikili antlaşmalarda da yer alan ve "Non bis in idem" olarak da anılan bu kural uyarınca geri vermeye konu olan fiil sebebiyle istemde bulunulan devlette kesin bir hüküm verilmiş ise, suçlu geri verilmez (77). Eğer hüküm henüz kesinleşmemişse o zaman yukarıda belirttiğimiz 8. madde uygulanır.

Avrupa Sözleşmesine göre, "talep edilen şahıs hakkında kendisinden iade talep edilen tarafın selahiyetli makamlarınca iade talebine sebep olan bir veya birkaç fiilden dolayı nihai olarak karar verilmiş ise iadeye cevaz yoktur. Kendisinden iade talep edilen tarafın selahiyetli makamlarınca aynı fiil veya fiiller hakkında takibat yapılmamasına veya yaptıkları takibata son verilmesi-

(75) Gözübüyük, Devletlerarası ..., s.97; Özgen, s.117; Önder, s.273.

(76) Özgen, s.117.

(77) Önder, s.273; Özgen, s.117-118.

ne karar verilmiş ise iade talebi reddolunabilir" (m.9). Böylece kesin hüküm varsa, iadenin reddedileceği, kesin hüküm niteliğinde olmayan takibat yapılmaması veya takibata son verilmesi kararı varsa, red kararının ihtiyari olduğu belirtilmiştir.

f- Sıf Askeri Suçlardan Dolayı Geri Verilmeme Kuralı

Asker bir kişi tarafından askeri bir hizmet veya görevin ihlâli suretiyle işlenen, genel ceza kanununda öngörülmemiş olan suçlar olarak tanımlanan (78) sıf askeri suçları işleyenlerin geri verilmeyeceği kabul edilmektedir. Bu kurala Avrupa Sözleşmesinin 4. maddesinde de yer verilmiştir. TCK'nun 9. maddesinde de askeri veya buna bağlı olan suçlarda geri verme mümkün sayılmamıştır. Genel görüşe göre, ordunun düzen ve devamlılığını ihlâl eden ve askeri yarara yönelik olan, asker kişilerce işlenmiş bulunan suç, askeri suçtur (79).

Askeri suçlardan dolayı geri verilmeme kuralı askeri suçların siyasi suçlara benzetilmesi veya suç işleyerek ülkesinden kaçan kişinin ülkesinin askeri gücünü zayıflatmış olması esasına dayanır.

g- Mali Suçlardan Dolayı Geri Verilmeme Kuralı

Geri verme kuralının bir istisnası olarak çoğunlukla antlaşmalarda mali suçlara da yer verilmektedir: Mali suçtan ne anlaşılması gerektiği konusunda görüş birliği olmamakla beraber / geniş bir ifadeyle devletin mali egemenliğine karşı işlenen suçlar mali suç olarak değerlendirilmiş (80), bu tanımın genişliğinin sakıncalarını önlemek amacıyla bu kavramın altına vergi, gümrük resimlerinin gireceği öne sürülmüştür (81). Bu bağlamda murtabit mali suçlar istisna dışı bırakılarak bu fiillerden dolayı geri verme mükellefiyeti kabul edilmektedir (82).

Avrupa Sözleşmesinin 5. maddesinde de mali suçlardan dolayı geri verilmemezlik esas alınmış, ancak tarafların bu kuralın aksini kararlaştırmalarına da

(78) Önder, s.269.

(79) Önder, s.269.

(80) Özgen, s.111-112; Önder, s.270.

(81) Önder, s.271.

(82) Özgen, s.112; Önder, s.271.

geçerlilik tanınmıştır. Bu maddede "Mali Suçlar" başlığı altında "vergi, resim, kambiyo ve gümrük" suçlarından bahsedilmek suretiyle nelerin mali suç kapsamına girdiği gösterilmiştir. 5.6.1983'te yürürlüğe giren Avrupa Sözleşmesine Ek 2. Protokolün 2. maddesi ile de sözleşmeye taraf olan devletlerden mali suçlar nedeniyle iadenin mümkün olduğu kabul edilmiştir.

TCK'nun geri verme ile ilgili olan 9. maddesinde mali suçlardan söz edilmemiştir. Bu nedenle antlaşmalarda aksi kararlaştırılmamak şartıyla mali suçlardan dolayı geri verme mümkündür. Bu bağlamda Almanya, Yugoslavya, Yunanistan, İsviçre ve Belçika ile yapılan antlaşmalarda mali suçlardan dolayı geri verilmeme kuralına yer verildiğini söyleyebiliriz.

h- Basın Suçlarından Dolayı Geri Verilmeme Kuralı

Basın suçlarını, basın suçu ve basın yoluyla işlenen suçlar olarak ikiye ayırabiliriz. Basın suçları Basın Kanununda yer alan, basınla işlenen ve basılı olarak kalan suçlardır (83). Basın yoluyla işlenen suçlar ise esasen adi suçlar olup, işlenmeleri için basın araç olarak kullanılmaktadır (84).

Antlaşmalarda çoğunlukla sırf basın suçlarından dolayı geri vermeme kuralına yer verilmektedir. Fiil basın yoluyla işlenen siyasi bir suç ise, fail geri verilmez. Yok eğer fiil basın yoluyla işlenen adi bir suç ise fail geri verilir.

Basın suçlarıyla ilgili olarak Avrupa Sözleşmesinde herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla basın suçlarının her iki şeklinde de geri verme mümkündür. Aynı şekilde TCK'nun geri verme ile ilgili 9. maddesinde de herhangi bir hüküm yoktur. Bu nedenle burada da geri verme mümkündür. Ancak bazı ikili antlaşmalarımızda geri vermeme kuralına yer verilmiştir.

ı- Ölüm Cezasını Gerektiren Suçlardan Dolayı Geri Verilmeme Kuralı

Avrupa Sözleşmesinin 11. maddesinde "talep eden tarafın kanununda iade talebine sebep olan fiilin ölüm cezasını müstelzim olmasına mukabil, kendisinden iade talep edilen tarafın mevzuatında ölüm cezasının bulunmaması veya bu memlekette işler cezasının umumiyetle tatbik edilmemesi ha-

(83) Önder, s.271; Özgen, s.114.

(84) Özgen, s.114.

linde ancak talebeden taraf ölüm cezasının infaz edilmeyeceğine dair talep edilen tarafa kâfi teminat verdiği takdirde iade yapılabilir" hükmüne yer verilmesine karşın, TCK'nun 9. maddesi ile tarafı olduğumuz ikili sözleşmelerde ölüm cezasını gerektiren suçlar konusunda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır (85). Türkiye sözleşme imzalanırken 11. maddeye ihtirazi kayıt koymuştur. 18.11.1959'da sözleşme ile birlikte 7376 sayılı Kanunla onanan 30.12.1957 tarihli ihtirazi kayda göre, "idam cezasına mahkûm veya işlediği cürüm idam cezasını müstelzim bulunan bir suçlunun Türkiye'ye iadesinin mevzu bahis olduğu ahvalde, kendisinden iade talep olunan ve mevzuatında idam cezası bulunmayan Âkit Taraf bu cezanın müebbet hapse tahvili hususunda bir talepte bulunmaya selâhiyetlidir. Bu talep Türk Hükümetince, ölüm cezalarını nihai surette tasdik eden Büyük Millet Meclisine, işbu merci bu mevzuda henüz bir karar vermemişse, arzedilecektir." Uygulamada 11. madde ile ilgili teminat talepleri söz konusu olduğunda, bu maddeye koyduğumuz ihtirazi kaydımız bildirilmekte ve Türkiye'de 1984'ten beri hiçbir idam cezasının infaz edilmediği, bu fiili durumun Avrupa İnsan Hakları Komisyonu kararlarında da yeraldığı belirtilmektedir (86).

Türkiye'nin katılmadığı İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi) Ek Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin 6 Nolu Protokol'un (87) 1.3.1985 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra Avrupa Konseyi üyesi devletlerin tek tek bu protokole katılmalarıyla Türkiye suçluların geri verilmesi konusunda ciddi sorunlarla karşı karşıya gelmeye başlamıştır. Bugün Türkiye bir yol ayrımına gelmiş bulunmaktadır: Ya 1982 Anayasasının 17. maddesinin 4. bendinde kişi dokunulmazlığının istisnası sayılan ve mevzuat ve uygulama açısından (uzunca bir süredir infaz edilmemesine rağmen) geçerliliğini sürdüren bir ceza olan ölüm cezasını mevzuatından çıkararak yurt dışına kaçarak cezalandırılmaktan kurtulmaya çalışan suçluların Türkiye'ye iade edilmelerinin önündeki en büyük engeli bertaraf edecek, ya da bu yolu seçmeyerek söz konusu suçluları Türkiye'de yargılama olanağını bulamayacaktır.

(85) Bu konuda bkz. **Tezcan**, "Ölüm Cezasını Gerektiren Suçlarda Suçluların Geri Verilmesi Sorunu".

(86) **Durak, Cenk Alp**. "Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi", Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2, S:2, 1998-1999, s.389.

(87) 6 Nolu Ek Protokolün metni için bkz. **Akılhoğlu, Tekin**. İnsan Haklarının Korunması Alanında Uluslararası Temel Belgeler, Genişletilmiş 3.b., (Ankara), 1995, s.109-111.

III- GERİ VERİLMEMEYEN SUÇLULARIN DURUMU

Avrupa Sözleşmesi'nde çeşitli sebeplerle geri verilmemesine karar verilen suçluların durumu hakkında açık bir düzenleme yapılmamıştır. Bu durumda geri verme talebini reddeden devletin önüne üç seçenek çıkmaktadır (88):

İlk seçenek, geri verme talebini reddettiği suçluyu kendi ülkesinde yargılamaktır. Bir devletin geri verme talebini reddettiği suçluyu kendi ülkesinde yargılayabilmesi için mevzuatının buna elverişli olması gerekir.

İkinci seçenek, geri verme talebini reddettiği suçlu hakkında herhangi bir kovuşturma yapmamak ve kendisine ülkede oturma hakkı tanımaktır. Bu seçeneği kabul etmek bu tür suçları işleyenleri ödüllendirmek ve bu seçeneği benimseyen ülkelere gitmelerini özendirici bir yol olacaktır.

Üçüncü seçenek ise, geri verme talebini reddettiği suçluyu sınırdışı etmektir. Bu yolun seçilmesi durumunda ise bazen örtülü bir geri verme şeklinin doğmasına yol açılabilir.

IV- SUÇLULARI GERİ VERMENİN USULÜ

A- İSTEMDE BULUNAN DEVLETÇE YAPILACAK İŞLEMLER

Suçluları geri verme kurumunun işleyebilmesi için öncelikle sanık veya mahkûmun geri verilmesini isteyecek devletin, sanık veya mahkûmun halen bulunduğu devlete bir "talepname" ile başvurması gerekir. Bu bağlamda talepname, istemde bulunan devletin istemde bulunulan devlete yolladığı ve belli bir sanık veya mahkûmun kendisine verilmesi istemini içeren yazılı bir belgedir. Buradaki sanığın geri verilmesinin istenebilmesi için adli makamlarınca işe el konulmuş, suçun mahiyeti az çok anlaşılmış, talep eden devletin Ceza Kanununa girdiği maddeler az çok belli olmuş ve sanık hakkında bir tutuklama müzekkeresi kesilmiş olmalıdır (89).

Talepnamede çoğunlukla talep edilen kişinin hüviyeti, eşkali, faile isnat edilen suçun nev'i ve niteliği; faile uygulanacak olan kanun maddesi ve bu madde uyarınca suçun ne miktar cezayı gerektirdiği; suçun isbatı ile ilgili delillerin neler olduklarının bir özeti yer alır. Bundan başka tutuklama kararının bir örneği; fail hükümlü ise, mahkûmiyet hükmü ve bu hükmün dayanağı olan kanun maddeleri ile infaza engelin bulunmadığını gösteren belgeler eklenir.

(88) Tezcan, s.171-175.

(89) Taner, s.244; Özgen, s.121.

Avrupa Sözleşmesine göre, geri verme talebinde bulunulacak devletin yetkili makamına hitaben düzenlenecek iade taleplerinde, suçun nerede, kime karşı, ne zaman ve nasıl işlendiği, suçun hukuki tavsifi (hangi kanun hükmünü ne suretle ihlâl ettiği), başlangıçtan o güne kadar yapılan muhakeme işlemlerinin aşamaları (soruşturmaya başlanması, dava açılması, tutuklama kararı verilmesi gibi), zamaşımı süresi (sanık için dava zamaşımı, hükümlü için ceza zamaşımı süresi), geri verilmemesi istenen kişinin açık kimliği, eşgali, biliniyorsa bulunduğu yerin adresi, hükümlünün geri verilmesi isteniyorsa, şartla ve bihakkin tahliye tarihleri sonucunda bakiye infazı gereken ceza miktarı, geri verme talebinin dayanağı olan Sözleşmenin ismi, geri verme ve bu amaçla geçici tutuklama istenildiği etraflıca ve eksiksiz olarak belirtilmelidir. Ayrıca geri verilmesi istenen kişinin eylemine uygulanması muhtemel (hükümlü ise uygulanan) tüm kanun maddelerinin metinlerinin, geri verilmesi istenen kişinin fotoğrafı ve varsa parmak izi fişlerinin ve geri verilmesi istenen kişi hükümlüyse, buna ilişkin mahkumiyet kararı, yakalama müzakeresi ile infaz edilen ve bakiye infazı gereken ceza miktarını gösteren belgenin (müddetnamenin); sanıksa gıyabi tevkif kararının da gönderilmesi gerekir. Mümkünse bunların istemde bulunulan devlet diline tercüme ettirilmesi, değilse sözleşmede belirtilen İngilizce veya Fransızca gibi uluslararası bir dile tercüme ettirilmesi gerekir (90). Geri verme talebinde eksiklik varsa talepte bulunulan devlet bunun belirli bir süre içinde tamamlanmasını ister.

Avrupa Sözleşmesinde açık bir düzenleme olmamasına rağmen, talepteninin geri alınabileceği kabul edilmektedir (91).

İstemde bulunan devlet Türkiye ise suç ve suçludan haberdar olan Cumhuriyet Savcılığı gereken belge ve bilgileri toplayarak suçlunun geri verilmesi talebinde bulunması için Adalet Bakanlığı'na iletir. Mahkemelerin bu yöndeki talepleri de Cumhuriyet Savcılıkları aracılığıyla Adalet Bakanlığı'na iletilir. Adalet Bakanlığı bunları inceledikten sonra suçlunun talep edilmesine karar verirse gerekli belgeler Dışişleri Bakanlığına gönderilir. Bu bakanlıkta durum siyasi yönden incelenerek bir talepname halinde mevcut antlaşmalara göre diplomatik yolla sanık veya mahkûmun bulunduğu devlete iletilir (92).

(90) Durak, s.389-390; Tezcan, Durmuş. Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul, 19, s.186-187.

(91) İçel/Donay, s.232-233.

(92) Özgen, s.122; Dönmezer/Erman, s.458; Önder, s.287.

Suçluların geri verilmesinde kural olarak diplomatik yol izlenir (93). Ancak acele hallerde belgelerin bir nüshası İnterpol aracılığıyla istemde bulunulan ülke makamlarına ulaştırılabileceği gibi, sanık ya da mahkûmun kaçma ihtimali varsa, geri verme belgeleri hazırlanıncaya kadar geri verme amacıyla geçici olarak tutuklanması da İnterpol aracılığıyla Adalet Bakanlığı haberdar edildikten sonra lüzum müzekkeresi ile istenebilir (94). Bu tutuklama süresi Avrupa Sözleşmesine göre 18 gün olup, 40 güne kadar uzatma olanağı vardır. (m.16).

Bazı antlaşmalarda "geri verme teklifi" denen bir yöntem yer verilmiştir. Buna göre, bir devlet herhangi bir suçtan ve suçlunun da kendi ülkesinde bulunduğundan haberdar olduğu zaman kişiyi yakalayıp, suçun işlendiği devlet makamlarına, geri vermenin talep edilmesini önerir (95). Ancak burada geri verme taleplerininin yollanması teklif edilmektedir, yoksa teklif edilen geri verme değildir (96). Avrupa Sözleşmesinde bu usul düzenlenmemiştir.

B- İSTEMDE BULUNULAN DEVLETÇE YAPILACAK İŞLEMLER

Geri verme istemi istemde bulunulan ülkeye geldikten sonra geri verme konusunda karar verilir. Bu kararı verecek organın belirlenmesinde çeşitli sistemlerden söz edilir.

a- İdari Sistem

Bu sistemde suçlunun geri verilmesine veya verilmemesine tamamen hükûmet karar verir. Hükûmet çoğunlukla bir karar vermeden önce savcılıktan mütalaa alır. Bu sistemde idarenin geniş bir takdir hakkı vardır ve diğer devletlerle aralarındaki anlaşma ve siyasi ilişkilere göre davranarak ilişkilerini iyi bir şekilde sürdürme olanağı verir (97). Buna karşın ortada yargısal bir karar olmadığı için devletlerin ilişkilerini zedeleyebileceği gibi siyasi mülahazalarla karar verildiği için suçlu açısından bir teminat da yoktur (98).

(93) İstisnalar için bkz. Özgen, s.123-124.

(94) Tezcan, Ceza ..., s.187.

(95) Taner, s.245-251; Özgen, s.125, Dönmezer/Erman, s.459.

(96) Özgen, s.125.

(97) Taner, s.248; Özgen, s.127; Dönmezer/Erman, s.464.

(98) Özgen, s.127-128; Dönmezer/Erman, s.464.

b- Adli Sistem

Geri vermenin mahkeme tarafından kararlaştırıldığı bu sistem "İngiliz Sistemi" olarak da bilinir. Mahkeme talepnameyi inceler ve kişinin suçluluğunu gösterecek delilleri araştırır. Mahkemenin kararı hükûmeti bağlar ve bu karara karşı bir üst mahkemeye başvurulabilir. Bu sistemle birey siyasi mülahazaların kurbanı olmaktan kurtulur, çünkü ortada bir yargı kararı vardır. Ayrıca devletlerarası ilişkilerin bozulmasını da önler (99). Buna karşın adli sistem hükûmetin takdir hakkını ortadan kaldırmakta, ayrıca kişi her iki devletin adli organlarınca verilmiş çifte bir ithamla mahkeme huzuruna çıkmaktadır (100).

c- Karma Sistem

"Belçika Sistemi" olarak da bilinen bu sistemde ilk safhada geri verme konusunda mahkeme karar vermekte, ikinci safhada karar geri vermeyi kabul niteliğindeyse hükûmet kişiyi geri verip vermemekte serbest olmakta, eğer karar geri vermeyi red etmekte ise hükûmet bu kararla bağlı olmaktadır. Talebin reddi halinde karar yargısal bir karar olduğu için devletlerarası bir sorun yaratmamakta; talebin kabulü halinde ise karar hükûmeti bağlamayacağı için siyasi icaplara uygun karar vermeye olanak tanımaktadır (101).

d- Geri Vermeye Yetkili Mercii Belirlenmesinde Türk Sistemi

Türk sistemi idari ve adli sistemin karmasıdır. Bu bağlamda diplomatik yolla gelen talep dosya halinde geri verilmesi talep edilen kişinin bulunduğu yerdeki Cumhuriyet Savcılığı'na Adalet Bakanlığı aracılığıyla gönderilir. Cumhuriyet Savcılığı geri verme ile ilgili bir karar verilmesi için Asliye Ceza Mahkemesinde geri verme davası açar. Asliye Ceza Mahkemesi sanığın uyuşuğu ve suçun geri vermeye konu olabilen bir suç olup olmadığı hakkında karar verir. Ayrıca kişi geri verilme amacıyla geçici olarak tutuklanabilir. Tutuklamaya geri verme davası açılmadan önce Sulh Ceza Mahkemesi, geri verme davası açıldıktan sonra ise Asliye Ceza Mahkemesi karar verecektir. Buradaki tutuklama şartları CMUK'un 104. maddesinde öngörülen tutuklama şartlarının

(99) Özgen, s.128; Dönmezer/Erman, s.464.

(100) Özgen, s.129; Dönmezer/Erman, s.464.

(101) Özgen, s.129; Dönmezer/Erman, s.464-465.

(102) Önder, s.294; İçel/Donay, s.238; Bu karar (8.3.1971-490/65) için bkz. Savaş/Mollamahutoğlu, s.168-183.

dan farklıdır. Çünkü buradaki tutuklama, geri verme talebinde bulunan devlette geri verilmesi istenen kişi hakkında mevcut bir tutuklama kararına dayanmakta ve geçicilik niteliği taşımaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararından esinlenerek geri verilmesi istenen kişinin ve Cumhuriyet Savcısının tutuklamaya karşı itiraz hakkı olduğu da kabul edilmektedir (102).

Mahkemenin inceleme usulü konusunda herhangi bir hüküm yoktur. Bu durumda duruşmanın aleni ve sözlü olması, kişinin avukat tutabilmesi savunulmuştur (103). Uygulamada da buna uyulduğu görülür. Yargılama sonunda verilen karar kişinin uyrukluk ve suçunun niteliğini tesbitten ibaret olduğu, dolayısıyla CMUK'un 305. maddesi anlamında hüküm olmadığı için bu karara karşı temyiz kanun yolu kabul edilmemekte, (104) buna karşın Asliye Ceza Mahkemesinin yargı çevresi içinde bulunan Ağır Ceza Mahkemesine itirazda bulunulabilmektedir. Bu karara karşı da yazılı emir yoluna gidilebilir (105).

Bundan sonra kişinin geri verilip verilmeyeceğine ilişkin Asliye Ceza Mahkemesinin kararı Cumhuriyet Savcılığı aracılığıyla Adalet Bakanlığına yollanır. Adalet Bakanlığı da hazırladığı kararname ile geri verme konusunda karar vermesi için Bakanlar Kurulu'na başvurur. Mahkemenin kararı geri verilmeme yönünde ise Bakanlar Kurulu geri vermeye karar veremez. Eğer mahkemenin kararı geri verme yönünde ise Bakanlar Kurulu geri verme konusunda serbestçe hareket eder. Eğer geri verilmesi istenen kişi hakkında Türkiye'de de herhangi bir suçtan dolayı koğuşturma yapılıyorsa koğuşturma sonunda, mahkûmiyet söz konusu ise cezasının infazından sonra geri verilmesi de kararlaştırılabilir. Bakanlar Kurulunun geri vermeye ilişkin kararı aleyhine Danıştaya başvurma olanağı da vardır (106). Sonuçta verilen karar diplomatik yolla geri vermeyi talep eden devlete bildirilir.

C- TEDBİRLER

a- Talepnamenin Tevdiinden Önce Tutuklama

Talepname diplomatik yol ile tevdi edileceği için gecikebilir. Bu nedenle gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, istemde bulunan devlet, talepna-

(103) Dönmezer/Erman, s.467; İçel/Donay, s.238.

(104) Y. 4. CD., 26.12.1932, 1/706/10255 (Özgen, s.134, dipnot 49).

(105) Önder, s.294; İçel/Donay, s.238. Temyiz yolunun açık olması gerektiği görüşü için bkz. İçel/Donay, s.239.

(106) İçel/Donay, s.239. Ayrıca Danıştayın bu konudaki bir kararı için bkz. s.239, dipnot 343.

meyi tevdiden önce kişinin tutuklanmasını isteyebilir. Bu şekilde geçici tutuklamanın istenebilmesi için, geri verilmesi istenen kişi hakkında bir mahkûmiyet hükmü veya tutuklama veya yakalama müzakeresi bulunmalıdır (107). Bu tutuklamadan sonra belli bir süre içinde talepname gelmezse kişi serbest bırakılır. Bu talep hakkında istemde bulunulan devletin yetkili makamları karar verirler. Geçici tutuklamaya Avrupa Sözleşmesinde de yer verilmiştir (m.16). Bu talep gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabildiği için diplomatik yolun dışında posta, telgraf, İnterpol veya başka bir yazılı araç ile de yapılabilir (m.16/3). Geçici tutuklama için 18 günlük süre tanınmış, bu sürenin 40 güne kadar uzatılabilmesi öngörülmüştür. Bu sürenin sonunda kişi serbest bırakılmakla beraber, gerektiğinde yeniden tutuklanması da mümkündür (108).

b- Talepnamenin Tevdiinden Sonra Tutuklama

İstemde bulunulan devlet talepnameyi incelerken istenen kişinin kaçmasını önleyecek önlemleri alması gerekir. Bu konudaki tedbirlerden en etkili olanı tutuklamadır. Tutuklamaya karar verildikten sonra talepname kabul edilmişse kişi geri verilmeye kadar tutuklu kalır. Eğer geri vermeme kararı alınmışsa, veya talepnamedeki eksiklikler zamanında tamamlanmamışsa, yahut talepname geri alınmışsa ya da belli bir süre içinde geri verilmesine karar verilen kişi teslim alınmamışsa kişi serbest bırakılır. Serbest bırakma hükûmetin takdirindedir (109).

D- GERİ VERİLMESİNE KARAR VERİLEN KİMSENİN TESLİMİ

Kendisinden istemde bulunulan devlet isteme konu olan kişinin geri verilmesine karar vermişse, bu kişi istemde bulunan devlete teslim edilir. Eğer aynı kişinin geri verilmesi hakkında değişik devletler istemde bulunmuşsalar, devletleri tercih bakımından bağlayıcı bir sözleşme bulunmadığı takdirde, istemde bulunulan devletin geri verme istemini tercih edeceği devleti seçmek bakımından tam bir serbestliğe sahip olduğu kabul edilir. Bunun temelinde geri verme konusunun bir egemenlik tasarrufu olduğu görüşü yatar (110).

(107) İçel/Donay, s.234.

(108) İçel/Donay, s.234.

(109) Özgen, s.142.

(110) Dönmezer/Erman, s.472.

Avrupa Sözleşmesinde de bu serbestlik kabul edilmiş, fakat bu konuda karar verilirken kişinin milliyeti, suçların ağırlık derecesi ve işlendikleri yerler, istemlerin tarihleri gibi hususların dikkate alınması gerektiği direktif olarak belirtilmiştir (m.17).

Eğer istemde bulunulan devlet kişinin belli bir devlete geri verilmesine karar vermişse bundan sonra kararından dönmesi mümkün değildir. Bu durum lehine geri verme kabul edilen devlet bakımından bir kazanılmış hak gibidir. Bundan sonra geri verme istemi reddedilen diğer devlet için tek seçenek, lehine geri vermeye karar verilen devletten geri verme isteminde bulunmaktır (111).

Böylece geri verme hakkında karar verildikten sonra bu karar diplomatik yolla lehine geri verme kararı verilen devlete bildirilir. Her iki devlet geri verilecek sanık veya mahkûmun teslim edileceği yer ve zamanı kararlaştırırlar. Eğer devletler komşu ise sınırda teslim yoluna gidilir, yok eğer komşu değilseler çoğunlukla geri verilecek kişi uçakla götürülerek havaalanında teslim edilir. Eğer transit geçilecek ülke varsa istemde bulunan devlet diplomatik yolla o ülkeye başvurarak rızasını ister. Avrupa Sözleşmesinin 21. maddesinde de bu yönde bir hüküm vardır. Rızası istenen devlet suç siyasi veya sırf askeri değilse bu konuda izin verir. Rızası istenen devletin, kendi vatandaşı olan bir kişinin geri verilmesi söz konusuysa, bu istemi red etme olanağı vardır. Hava yolu dışında bir yolla gidilecekse transit geçilecek devlete bir talepname verilir (112).

Geri verilecek kişinin kararlaştırılan yer ve zamanda teslim alınması gerekir. Zamanında teslim alınmayan kişinin bu tarihten itibaren 15 gün sonunda serbest bırakılabileceği, fakat 30 günlük süre sonunda mutlaka serbest bırakılacağı ve istemde bulunulan devletin bu kişinin aynı suçtan dolayı bir daha istenmesi halinde bu istemi red edebileceği Avrupa Sözleşmesinde öngörülmüştür (m.18).

Geri verilen kişiyle birlikte delil teşkil edecek eşya ve suçla ilgili eşya da geri verilir (m.20). Geri verme giderleri bakımından her devletin kendi ülkesinde yapılan giderlerin ona ait olduğu, geri verilen kişinin istemde bulunan dev-

(111) Dönmezer/Erman, s.474.

(112) Özgen, s.148.

let görevlilerine teslimden sonraki giderlerin bu devletçe çekileceği, transit geçişte giderlerin istemde bulunan devlete ait olacağı kabul edilir (113). Avrupa Sözleşmesinde de bu yönde düzenleme yapılmıştır (m.24/b.1,2).

Bu konuyla ilgili son bir husus da teslimin ertelenmesidir. Avrupa Sözleşmesine göre, istemde bulunulan devlet geri verme yönünde karar verdikten sonra şahıs aleyhinde takibatta bulunabilmek veya esasen mahkûm olmuşsa, iade talebine sebep olandan gayri bir fiilden dolayı uğradığı cezayı kendi ülkesinde çekebilmesi için talep edilen şahsın teslimini erteleyebilecektir (m.19/1). Bu durumda takibatın sonunda veya cezanın infazından sonra kişi iade edilecektir. Ancak bu ceza infaz edilirken affa uğrar veya şartla tahliye söz konusu olursa nasıl hareket edileceği hususunda açık bir düzenleme yoktur. Hukukumuzda Cezaların Infazı Hakkında Kanun'un 18. maddesinde bu konuyla ilgili bir düzenleme vardır. Bu düzenlemeye göre, affolunmuş veya şartla salıverilmesine karar verilmiş bir yabancıнын yurtta kalması sakıncalı görülürse Cumhuriyet Savcılığı hükmü veren mahkemeden bu kişinin sınırdışı edilmesine karar verilmesini isteyebilir. Böylece sınırdışı etme kararı verilince ilgili kişinin geri vermeyi talep eden devlete teslimi de mümkün hale gelir.

Eğer yukarıda belirttiğimiz takibat veya cezanın infazı için erteleme çok uzun sürecekse "geçici geri verme" yoluna gidilebilir. Bu durumda sanığı teslim alan devlet yargılamayı yapar, hükmünü verir veya zamanaşımını kesecek işlemlerde bulunur ve sonra sanığı tekrar istemde bulunduğu devlete teslim eder. Bu kişi önce kendisini ilk elinde bulunduran devlette cezasını çeker, daha sonra istemde bulunan devlete (sürekli olarak) cezasını çekmek üzere teslim edilir (114) (Avrupa Sözleşmesi m.19/2).

V- SUÇLULARI GERİ VERMENİN SONUÇLARI

(Geri Vermede Hususilik Kuralı)

Geri vermede hususilik ilkesi işler şeklinde ilk olarak 1833 Belçika geri verme kanununda benimsenmiştir. Geri verme antlaşmalarında ilk olarak 1850 İspanya-Fransa antlaşmasında yer almıştır (115). Bu ilkenin kabul edil-

(113) Dönmezer/Erman, s.476.

(114) Özgen, s.152-153.

(115) Önder, s.276; Özgen, s.154; İçel, s.718.

mesinin sebepleri istemde bulunulan devletin razı olmayacağı suçlardan (mesela siyasi suçlar) takibin önüne geçmektir (116).

Geride vermede hususilik kuralına göre, geri verilen kişi hangi suç sebebiyle geri verilmiş ise, yalnızca o suçtan dolayı yargılanabilir veya cezası infaz edilebilir. Teslim alan devletin bu kişiyi diğer suçlarından dolayı takip edebilmesi veya yargılayabilmesi veya bir ceza yahut emniyet tedbirinin infazı için tutuklayabilmesi veya herhangi bir suretle hürriyetini kısıtlayabilmesi için, geri veren devletin buna muvafakat etmesi gerekir (117). Ancak geri verilen kişi gittiği devlette yeni bir suç işlemişse bu yeni suçtan dolayı koğuşturma yapılabilmesi için geri veren devletin muvafakatı gerekmez (118). Yine bu kişinin geri vermeye konu olmayan bir suçtan dolayı tanık sıfatıyla ifadesinin alınmasına da herhangi bir engel yoktur.

Eğer geri verilen kişinin yargılanması sırasında geri vermeye konu olan suçun nevi veya vasfı değişmişse ve sonuçta geri vermeye konu olmayacak suçlardan birine dönüşmüşse, artık geri alan devletin hemen takibatı durdurması ve kişiyi serbest bırakması gerekir. Bunun nedeni, bu tür fiillerin baştan beri takip edilememesidir (119). Yargılama sırasında suçun nevi değişmekle beraber, yeni suç da geri vermeye konu olabilecek suçlardan ise, bu takdirde yeni suçun cezası, ilk suçun cezasından daha ağır ise, bundan dolayı da takipte bulunabilir. Ancak bunun için kişiyi geri veren devletin muvafakatının alınması gerekir (120). Eğer yeni suçun cezası ilk suçunkinden daha az ise bu durumda muvafakata ihtiyaç duyulmaz. Çünkü çoğa izin veren devletin aza da izin vereceği kabul edilir (121). Cezayı azaltıcı bir değişiklikte suçun gerektirdiği cezanın anlaşmada kararlaştırılan asgari cezanın altına düşmesi de mümkündür. Eğer böyle bir durum gerçekleşirse artık takibe devam olunmaması ve kişinin derhal serbest bırakılması gerekir (122). Yargılama sırasında suçun nevi değil de vasfı değişmişse iki olasılık söz konusu olur: Vasfı değişikliği cezayı artırıyorsa geri veren devletten yeni bir izin alınmalıdır. Yok eğer ceza azalıyorsa yeni bir izin almaya gerek yoktur (123). Eğer ceza anlaşma-

(116) Özgen, s.154, Erem/Danişman/Artuk, s.228.

(117) Özgen, s.155.

(118) Dönmezer/Erman, s.478.

(119) Özgen, s.156.

(120) Özgen, s.156.

(121) Taner, s.255.

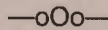
(122) Özgen, s.156.

(123) Meray, s.436, Özgen, s.157, Gözübüyük, Devletlerarası ..., s.100-101; Erem, Faruk. "Suçluların Geri Verilmesinde Türk Sistemi", "Adliye Ceridesi", S:4 (1943), s.231.

daki asgari sınırın altına düşmüşse yine takibin durdurulup kişinin derhal serbest bırakılması gerekir. Bu konuda Avrupa Sözleşmesinde yalnızca yeni suçun geri vermeye konu olacak suçlardan olması halinde takibat ve yargılama yapılabileceğine ilişkin bir hüküm vardır (m.14/3). Geri verilen kişinin hususilik kuralının sağladığı güvenceden vazgeçip vazgeçemeyeceği konusunda görüş birliği yoktur (124). Kişinin rızasına değer veren görüşe karşın devletler arası bir işlemin kişinin tek taraflı iradesiyle ihlâl edilemeyeceği ve özellik kuralının doğrudan kişinin değil geri veren devletin haklarını koruduğu gerekçeyle kişinin rızasına itibar edilmemesi görüşünün geri verme kurumunun niteliğine daha uygun olduğu söylenebilir (125).

Geri vermede hususilik ilkesinin geri verilen kişinin teslim alan devlet tarafından başka bir devlete geri verilmesini engellediği çoğunlukla kabul edilmektedir (Avrupa Sözleşmesi m.15). Aksi halde bir devlete geri verilmeyecek bir kişinin bu şekildeki yollarla geri verilmesinin önü açılmış olur (126).

Geri vermede hususilik kuralı sınırsız olarak devam edemez. Kişi kesin olarak serbest kalmışsa bundan sonra belirli bir süre içerisinde (Avrupa Sözleşmesine göre 45 gün) ülkeden ayrılma olanağı fiilen var olmasına rağmen ülkeyi terketmezse artık hususilik prensibi etkisini yitirir. Kişi ülkeyi terketmişse bu ilke yine etkisini yitirir. Eğer kişi serbest kaldıktan sonra ülkeyi terketmiş ve fakat bir süre sonra geri gelmişse bu durumda da bu ilkenin etkisini yitirdiği kabul edilir. Hususilik ilkesinin etkisini yitirdiği durumlardan biri de kişiyi geri veren devletin hakkın süjesi olarak hakkından feragat etmesidir (127). Hususilik kuralının etkisini yitirmesiyle kişiyi teslim alan devletin koğuşturma veya ceza infaz yetkisini sınırlayan engeller de ortadan kalkmış olur. Avrupa Sözleşmesine göre ise geri veren devletin muvafakatı varsa veya kişi kesin olarak serbest kaldıktan sonra 45 gün içinde ülkeyi terketmezse yahut ülkeyi terkettikten sonra tekrar geri dönerse hususilik kuralı etkisini yitirmiş olur (m.14/1).



(124) Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Dönmezer/Erman**, s.480-481; **Özgen**, s.157-158; **Önder**, s.285-286.

(125) **Dönmezer/Erman**, s.481.

(126) **Dönmezer/Erman**, s.479-481; **Taner**, s.256.

(127) **Özgen**, s.159.

INTERNET ÜZERİNDEN YAPILAN HUKUKİ İŞLEMLER

Savaş BOZBEL (*)

ANLATIM DÜZENİ: §1- Giriş I. İnternet'in Kullanım Alanları II. Gelişmiş Ülkelerin İnternet Politikası ve Türkiye'de Durum III. İnternet'in Teknik Yapısı ve İşleyişi §2- İnternet Üzerinden Yapılan İrade Beyanları ve Akitler I. Elektronik İrade Beyanları ve Otomatik Olarak Bilgisayar Tarafından Yapılan İrade Beyanları II. Elektronik Ortamda Yapılan İrade Beyanlarının Hüküm İfade Etmesi III. İnternet Üzerinden Yapılan Muameleler ve Genel İşlem Şartları IV. Şekil Sorunu §3- Haberleşme Vasıtalarıyla Yapılan Muamelelerle İlgili Hukuki Düzenlemeler I. Mesafeli Sürüm Yoluyla Yapılan Sözleşmeler II. Tüketicinin Aydınlatılması Yükümlülüğü III. Tüketicinin Sözleşmeden Dönme ve Malı Geri Verme Hakkı IV. Tüketicinin Korunmasına Yönelik Diğer Hükümler §4- Sonuç.

§1. Giriş

İngilizce "**International Network**"un kısaltılmışı olan İnternet 1973 yılı başlarında Vinton Cerf tarafından Robert Kahn'ın başkanlığını yaptığı bir projenin parçası olarak planlanmış ve "**Advanced Research Projects Agency**" tarafından uygulanmış ve geliştirilmiştir. Daha sonra 1984 senesinde bu proje ve Bilgi Ağı Sistemi özel ve kamu alanında, bilimsel çalışma yapan kuruluşlara devredilmiştir. Daha sonra geliştirilen bu bilgi ağı sayesinde günümüzün İnterneti ortaya çıkmıştır.

Bilgisayarların oluşturduğu bilgi ağı sayesinde "**global village**" haline dönüşen yaşlı dünyamızda bugün milyonlarca bilgisayar birbirine bağlanıp haberleşebilmekte, bilgi alışverişinde bulunabilmektedir. Hali hazırda dünya'da 185 ülkede 150 milyonu aşkın insanın İnternet bağlantısı olduğu düşünülürse, bu dünyanın geleceği ve büyüklüğü bize bir bilgi verse gerek. "Bilgi top-

(*) Regensburg Üniversitesi Ticaret Hukuku Doktora Öğrencisi.

lumu ile birlikte meydana gelen bu küresel değişiklikler sanayi devriminden bu yana en tesirli değişikliklerdi şüphesiz" (1). *İnternet insanlığın yıllar boyunca alışık olduğu modellerle yaklaştığı, bilgi edinme, eğitime, eğlenme, ticaret yapma, alışveriş etme, finansal işlem yapma ve bunlara benzer, kapsamı her gün genişleyen kategorilerde paradigma değişikliği getirmiştir. Paradigmanın en önemli unsurları "interaktivite" ve "özgürlük-tür". Anında haber alırken o habere karşı tepki gösterebilmek, eğitilirken, eğlenirken paylaşabilmek, istediği zaman istediği kadar değerlendirilebileceği bir ortamda ve binlerce binlerce seçenek içinde alışveriş, bankacılık ve benzeri ihtiyaçlarını karşılamak ve bütün bunları gerçekleştirirken dil, ülke, milliyet ve coğrafi konum gibi kavramlarla sınırlandırılmayacak bir özgürlük içinde olabilmek. Bundan daha çarpıcı bir paradigma değişimi düşünmek zordur"* (2).

İnternet kullanımının hayatımızın her alanına girmesi, bir takım hukuki meseleleri de beraberinde getirmiştir. Aşağıdaki makalede, ilk önce internetin teknik yapısı ve işleyişi de alındıktan sonra, internet üzerinden yapılan irade beyanları ile satışlar, bunların hukuki nitelendirilmesi ve bu konudaki hukuki düzenlemeler ele alınacaktır.

1. İnternet'in Kullanım Alanları

İnternet'in kullanım alanı gittikçe yaygınlaşmaktadır. Bugün eğitimden ticarete her alanda internet'ten faydalanılmakta, ürünlerinizi internetle dünyanın dört bir yanındaki tüketicilere sunabilmekte, üniversiteler internet üzerinden öğrenci kaydı kabul etmekte, bazı üniversitelerde dersler ve sınavlar internet üzerinden yapılmakta; bankacılık işlemleri artık yirmi dört saat İnternet ile hizmetinize sunulmakta; tapu, nüfus, vergi gibi bürokratik işlemler internet üzerinden yapılabilmektedir. İnternet'te sitesi olan firmalar şimdiden rekabet gücünü artırmış olarak 21. Yy karşılamaktadırlar. "İnternet Shopping" sayesinde günlük ihtiyaçlarınızı (3) karşılamak, bilet rezervasyonlarını-

-
- (1) *Romano Prodi*, Avrupa Komisyonu Başkanı, 8.12.1999 yaptığı "bilgi toplumunun faydaları" açış konuşmasına böyle başlıyordu. Bkz. http://europa.eu.int/comm/information_society/eeurope/index.en.htm
 - (2) *Recep Göknil*; Superonline Yönetim Kurulu Başkan Vekili, İnternet ve Hukuk projesinin önsözünden.
 - (3) www.terzirecep.com adresinden ısmarlama takım elbise dahi diktirebilirsiniz.

zı (4) yaptırmak için köşedeki markete veya seyahat bürosuna uğramanız bir kaç sene içerisinde belki de artık sadece nostaljik amaçlarla yapılacaktır.

İnsanlar artık postacının değil bilgisayar ekranındaki "Mesajınız var" işaretini gözlemlemektedir. E-mail sayesinde saniyelerle ifade edilen hızda insanlar birbirleriyle mektuplaşmakta, "chatlaşmakta", resmini, sesini (5) karşı tarafa gönderebilmekte ve hatta şehir içi tarifeye milletlerarası telefon görüşmesi yapabilmekte (6), Amerikan Başkanı'na veya ünlü bir sanatçı veya aktöre duygu ve düşüncelerini e-mail vasıtasıyla ifade edebilmektedir.

II. Gelişmiş Ülkelerin İnternet Politikası ve Türkiye'de durum

Computer Industry Almanacs'in Şubat 1999 rakamlarına göre İnternet Kullanıcılarının sayısı dünya çapında 147 Milyona ulaşmış durumda. İki yıl öncesine kadar sadece 61 milyon internet kullanıcısı varken bu sayının 2000 yılında 320 milyona, beş yıl sonra ise 720 milyona çıkacağı tahmin edilmekte. Amerikan Birleşik Devletleri 76,5 milyon kullanıcı ile birinci sırada, ikinci Japonya 9,75 milyon, İngiltere 8,10 milyon, Almanya 7,14 milyon, Kanada 6,49 milyon, Fransa 2,79 milyon, İspanya 1,98 milyon kullanıcı ile sıralanmaktadır (7).

-
- (4) Almanya'da 15 günde bir yayınlanan bir milyonun üzerindeki satışıyla Avrupanın en büyük bilgisayar dergisi durumundaki "Computerbild" in bildirdiğine göre aralarında Lufthansa, British Airways, Air France gibi önde gelen Havayolu şirketlerinin yer aldığı Avrupanın 11 büyük havayolu şirketi "Online - Seyahatbürosunu" açmaya hazırlanıyor. Buna göre, biletler direkt internet üzerinden temin edilebilecek, hotel rezervasyonları yapılabilecek, araba dahi kiralanabilecektir. Almanya'da 15 500 üzerindeki seyahat bürolarından en az yarısının önümüzdeki yıllarda bu nedenlerden dolayı kapanacağı tahminleri üzerine Almanya'da 5000'nin üzerindeki seyahat acentelerini temsil eden Alman Seyahat Acenteleri Birliği (DRV) Alman Federal Kartel Dairesi ve Avrupa Komisyonu nezdinde havayolu şirketlerinin bu teşebbüsüne karşı girişimlerde bulunacaklarını bildirmekte. Bkz. *Computerbild*, 11/2000, s. 17.
- (5) Netscape Communicatör programında dört dakikaya kadar olan ses kayıtlarınızı uygun donanıma sahip bir bilgisayar vasıtasıyla karşı tarafa gönderme imkanınıza sahipsiniz.
- (6) www.net2phone.com sitesinden bilgisayarınıza uygun programı yükledikten ve en az 25 dolarlık bir ön ödemede bulunduktan sonra bilgisayarınız üzerinden karşı tarafa normal telefon vasıtasıyla görüşme yapabildiğiniz gibi, www.hottelephone.com adresinden de 30 ülkeye ücretsiz internet üzerinden telefon görüşmesi yapmak mümkündür.
- (7) "İnternet: Zahl der Nutzer sprunghaft angestiegen", Microsoft® Encarta® 99 Enzyklopaedie. Şubat 1999 verileri.

Gelişmiş Ülkelerde İnternet kullanımının yaygınlaştırılmasına yönelik olarak İnternet'e girişler kolaylaştırılmakta, her türlü katkı imkanları sunulmakta (8), ilköğretimden itibaren öğrencilere İnternet kullanımı öğretilmekte ve ilkokuldan başlayarak bütün öğretim kurumlarının internete bağlanması sağlanmakta, bazı üniversiteler öğrencilerine evlerinden ücretsiz olarak internete girme imkanı tanımakta, öğrenciler kendi hazırladıkları siteleri üniversitenin serveri üzerinden yayınlatabilmektedirler (9). Telekomünikasyon alanındaki rekabet de İnternet "surfing" ücretlerinin bir kaç katına kadar düşmesine sebep olmuş, bu da tabii ki internet kullanımını artırmıştır.

Dünyada İnternet'in yaygınlaşması ile ortaya çıkan bir takım meselelerin halledilebilmesi amacıyla ulusal ve uluslararası düzeyde çalışmalar ve konferanslar yapılmakta ve yeni düzenlemelere gidilmektedir. 6-8 Temmuz 1997 tarihleri arasında bakanlar düzeyinde Bonn'da yapılan "Global İnfomasyon Ağı" Konferansında 29 Avrupalı bakan, İnternet'in sosyal ve iktisadi potansiyelinin geliştirilmesine matuf bir dizi esaslar konusunda anlaşmaya varmışlardır. Amerika, Kanada, Japonya ve Rusya'dan da davetlilerin katıldığı konferansda ayrıca İnternet üzerinden yapılan ticaretin ve bilgi akışının geliştirilmesi, Bilgi ve şahsın korunması, cezayı müstelzim muhtevaya sahip sitelerde servis sağlayıcıların sorumluluğu gibi meseleler de masaya yatırılmıştır. Avrupa Topluluğu "*Mesafeli Sürüm Yoluyla Yapılan Akitlerde Tüketicinin Korunması Hakkında Yönerge*" (10) yayınlamış, topluluk üyesi ülkelerin bu yönerge gereğince kendi hukuki düzenlemelerini 2000 haziran ayı sonuna kadar yapmalarını öngörmüştür. Bu yönergelik gereğince Almanya'da "*Mesafeli Sürüm Yoluyla Yapılan Sözleşmeler Hakkında Kanun*" (Fernabsatzgesetz) yürürlüğe girmiştir (11).

Ülkemizde ise maalesef - İnternet'in geçmişi çok uzun olmamakla beraber - kullanımı dünyadaki gelişme ile paralellik arzetmemektedir. Bu konuda öncelikle kamu sektörüne büyük görevler düşmekte, İnternet kullanımını

(8) Almanya'da, internete giriş maliyetleri, bunun yapılan meslek dolayısıyla olduğu ispatlandığı takdirde vergiden indirilmekte.

(9) Ücretsiz "domain-name" alma imkanı dahi mevcuttur. Mesela Almanya'da bir site (www.freedoms.de) reklamlarla finanse edilen böyle bir sistemi hizmete sunmuştur. Bu sayede Almanya'daki "de.domain" sayısı hali hazırda iki milyonu aşmış durumdadır.

(10) Bu yönerge ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda § 3 vd.

(11) Bu kanun içinde bkz. aşağıda § 3 vd.

özendirici tedbirler alınmalı, İnternet giriş ve telefon ücretlerinde indirimle gidilmeli, üniversitelerimiz imkanları ölçüsünde kendi öğrencilerine ücretsiz - en azından kampüs içinde "İnternet Cafe" şeklinde İnternette ücretsiz yararlanma imkanı hazırlamalıdır.

III. İnternetin Teknik Yapısı ve İşleyişi

İnternetin yapısının ve işleyişinin bilinmesi bir takım sorulara cevap verilirken daima gözönünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle bu konuda yüzeysel olarak aşağıdaki hususlara temas etmekte fayda görüyoruz.

İnternet, birbirine bağlı bilgisayarlardan oluşan bir bilgi ağı, bilgi otobanıdır. Dünyanın herhangi bir yerinden bu sisteme katılmak *teorik* olarak mümkün olmakla birlikte bu sisteme girmek için veya kendi web-sitelerinizi sunabilmeniz için "provider-İnternet Servis Sağlayıcıları - ISS", (AOL, Compuserve, Superonline vb.) denilen sağlayıcıların devreye girmesi gerekmektedir. Providerlere (ISS) ulaşım ise *modem* denilen telefon sinyallerini bilgiye çeviren aletlerle telefon üzerinden gerçekleşmektedir. Bilgisayarların kendi aralarında konuşmaları - en yaygın sistem olarak TCP/IP yöntemi ile olmaktadır. İnternet sitelerinin (**Website**) izlenebilmesi için ise "Browser" denilen internet tarayıcılarına ihtiyaç vardır. Bu **browserler** sayesinde "HTML" şeklinde yazılan internet sayfaları adeta bu Browserler tarafından (**İnternet Explorer, Netscape** gibi) *tercüme* edilebilmektedirler. Dolayısıyla internete girebilmek için şu unsurların biraraya gelmesi gerekmektedir. PC, Modem, Telefon bağlantısı, ISS (12). Bu unsurlardan birisinin eksikliği halinde bağlantı gerçekleşmemektedir. Bu nedendir ki bazı baskıcı yönetimlerin hakim olduğu ülkelerde internete girişler ya sadece belirli bazı kişilere tahsis edilmiş olmakta, veya sadece üst düzey kamu personeli girebilmekte veyahut kullanımı tamamen yasaklanıp/sınırlanmaktadır aksi davranışlar ağır cezalarla cezalandırılmaktadır.

-
- (12) Son günlerde uydu vasıtasıyla ve elektrik kabloları üzerinden de internete girilmesi gelişmiş ülkelerde mümkün olabilmektedir, henüz - özellikle elektrik kabloları üzerinden internete giriş - test aşamasındadır. Uydu üzerinden girme ise analoga göre çokdaha hızlı olmasına karşın, maliyetinin yüksekliği nedeniyle çok tercih edilmemektedir. Teorik olarak aslında başka bir ülkedeki ISS üzerinden internete girmek mümkün ise de, telefonla milletlerarası konuşmaların çok pahalı olduğu nazara alınır, herhalde bu bir istisna teşkil edecektir.

§2. İnternet Üzerinden Yapılan İrade Beyanları ve Akitler

I. Elektronik İrade Beyanları ve Otomatik Olarak Bilgisayar Tarafından Yapılan İrade Beyanları

İrade beyanları, belirli bir hukuki işlemin akdedilmesine yönelik arzunun ifade edilmesinden başka birşey değildir. Elektronik (internet üzerinden veya e-mail vasıtasıyla) olarak dermeyan olunan bir irade beyanında da dış dünyaya yöneltilmiş bir beyan ve bu beyanla bağlı olma arzusunun varolması gerekir. Buna karşın otomatik olarak bilgisayarlar tarafından yapılan irade beyanları bir takım özellikler gösterir. Bu sistemde bilgisayara yüklenmiş olan bir program - araya insan girmeden - otomatik olarak irade beyanında bulunur ve bunu yine otomatik olarak muhatabına gönderir. Mesela büyük bir hipermarketin bilgisayar sistemi kendiliğinden deponun son durumunu kontrol etmekte ve gerekirse ihtiyaç halinde daha önceden belirlenmiş firmaya siparişte bulunmaktadır. Görüldüğü gibi bu sistemde insan tarafından yapılan aktif bir hareket sözkonusu olmamaktadır. Ancak çoğunlukla bu tür hallerde de normal insan tarafından yapılmış bir iradenin mevcudiyeti kabul edilmektedir. Beyanda bulunan burada sadece irade beyanının kurulması ve karşı tarafa iletilmesinde bilgisayardan faydalanmaktadır. Yapılan bu beyan, daha önce belirlenmiş parametreler vasıtasıyla yapılmaktadır ve dolayısıyla beyanda bulunanın arzusuna uygundur (13). Ayrıca böyle bir bilgisayar sistemi kullanan bir müteşebbis, bu sistem tarafından yapılan irade beyanlarıyla bağlı olacağı hususunda karşı tarafta haklı bir güven oluşturmuştur ve dolayısıyla bu tür beyanlar kendisine izafe edilmek gerekir (14).

II. Elektronik Ortamda Yapılan İrade Beyanlarının Hüküm İfade Etmesi

1. Elektronik İrade Beyanında Bulunma ve İnternette Yapılan Arzların Durumu

a) Elektronik İrade Beyanında Bulunma

Akitlerde icapta bulunan kaideten icabıyla bağlıdır. Değişik hukuk sistemlerinde icapta bulunan ile muhatab arasındaki menfaatler gözetilerek ica-

(13) *Mehring*s, MMR 1998, 30, 31; *Melullis*, MDR 1994, 109, 111.

(14) *Heun*, CR 1994, 129; *Mehring*s, age, 31; *Bröcker*, WM 1995, 468, 478.

bin bağlayıcılığı hususunda değişiklikler göze çarpmaktadır. İngiliz, Fransız ve İtalyan hukukları icapta bulunanı gözetmiş ve korumuştur. Buna karşın Alman, Türk ve İsviçre hukuklarında kaideten muhatab korunmuştur. Yöneltilmesi gerekli irade beyanlarına (*richtugsbedürftige Willenserklärungen*) ihtiyaç gösteren hukuki işlemlerde beyanın bağlayıcılığının hangi andan itibaren hüküm ifade edeceği hususunda da değişik teoriler mevcuttur. Kabul beyanının gönderilmesiyle, kabul beyanının varmasıyla ve kabul beyanına muttali olunmasıyla. Türk hukuku açısından BK 5. md.'ye göre hazır olmayan bir şahsa karşı müddet tayin olunmaksızın dermeyan olunan icap, zamanında ve muntazam surette irsal olunmuş bir cevabın vusulüne intizar edebileceği ana kadar, onu yapan hakkında lüzum ifade eder. Gaipler arasında yapılan icap ve kabulün geri alınması ise BK 9'da tanzim edilmiştir (15). Buna göre icabın geri alındığı haberi icabın vusulünden evvel yahut aynı zamanda muhataba vasıl olur yahut icaptan sonra vasıl olmakla beraber muhatab icaba muttali olmazdan evvel kendisine tebliğ olunursa icap keenlemeyekün addolunur (16). Şu halde Türk Hukukunda icapta bulunan icabıyla "zamanında ve muntazam surette irsal olunmuş bir cevabın vusulüne intizar edebileceği ana kadar" bağlı olmakla birlikte, icab, icabın öğrenilmesinden önce geri alınabilmektedir (17). Bir örnek verecek olursak:

A mektupla B'ye bir icapta bulunur ve mektup B'ye saat 12'de varır, ancak mektubu B saat 17'de okur. Bu durumda A icabını saat 12'den önce telefon, faksla geri alabileceği gibi, A'nın bu geri alma beyanı B'ye 12'den sonra ve fakat saat 17'den, yani irtılandan, önce varsa bile A icabıyla bağlı olmayacaktır, icab keenlemeyekün addolunacaktır.

Elektronik vasıtalarla (faks, e-posta) yapılan irade beyanları (icap ve kabul) "Gaipler Arasında" yapılmış bir irade beyanıdır. Otomatik olarak yapılan

-
- (15) Gaipler arasında akdedilen bir akit, kabul haberinin gönderildiği andan itibaren hüküm ifade eden. Sarih bir kabul beyanına ihtiyaç yoksa, akdın hükmü icabın vusulü anından itibaren cereyana başlar. Bu hükümler pratik bakımdan bir takım sonuçlar doğurur. Para borçlarının söz konusu olduğu hallerde, faizin kabul haberinin gönderildiği andan itibaren ödenmesi gereklidir. Satım sözleşmelerinde menfaat ve zarar sözleşmenin akdedilmesiyle, yani kabul haberinin gönderildiği andan itibaren alıcıya geçer.
- (16) BK 9. md. hükmüne göre bu kaide kabulün geri alınmasına da tatbik edilir.
- (17) § 130 BGB'de gaipler arasında yapılan irade beyanlarının varma ile hüküm ifade edeceği belirtilmektedir. Ancak Türk Hukukunda böyle genel bir hüküm, mevcut değildir. Bkz., *Oğuzman*, *Medeni Hukuk Dersleri*, 6. Baskı, İstanbul, 1992, s. 132.

irade beyanlarında da aynı husus geçerlidir. Mesela internet üzerinden sanal bir marketten yapılan alışverişlerde durum böyledir. Bilgisayar otomatik olarak bu beyanı alır ve merkez terminale iletir. Bu nedenle yukarıda ortaya konulan ölçüler burada da geçerlidir. İnternette (WWW) irade beyanında bulunma, genelde maus veya RETURN tuşuna tıklama ile e-postada ise "Send" tuşuna basma (18) ile gerçekleşmektedir.

E-mail açısından SEND (Gönder) tuşuna yanlılıkla basılmışsa, bu durumda çoğunlukla, irade beyanında bulunanın bilgisi dışında ve arzusu hiline "elden çıkan" bu tür beyanlara hiç bulunulmamış nazarıyla bakılmak gerekir. Ancak bu durumda kusura bağlı olmaksızın muhatab lehine BK 26 ve culpa in contrahendo çerçevesinde bir tazminata hükmedilebilir. Buna karşın yanlılıkla e-mailin gönderilmesine kusurlu olarak sebep olmuşsa, bu durumda "yanlılıkla" gönderilen maili, gönderenden sadır olmuş bir irade beyanı olarak değerlendirmek gerekir (19). Maili yanlılıkla gönderene izafe edilen bu beyan kıyasen BK 23. ve 24. md hükümlerinin uygulanmasıyla gönderen tarafından iptal edilebilir, bu durumda BK 26 çerçevesinde akdin feshinden doğan, akdin hüküm ifade edeceğine olan güvenden doğan (Vertrauensschaden) zararları tazmin mükellefiyetinden kurtulacağını kabul etmek gerekir.

b) İnternette Yapılan Arzların Durumu

İnternette websitelerde yapılan mal arzlarının bir icap mı yoksa bir *invitatio ad offerendum* (icaba davet) mi olduğu sorusunun cevabı, muhatabın, yani müşterinin websitesinin muhtevasını dürüstlük, örf ve adet kuralı çerçevesinde nasıl algıladığına bağlıdır. *Maddi şeylerin* (mesela bir kitap) elektronik ortamda ismarlanıp klasik yollarla mesela posta veya kurye ile teslim edildikleri hallerde genel kurallar dahilinde *invitatio ad offerendum* sözkonusudur. Burada müşteri bilmektedir ki, satıcı bu hallerde tıpkı katalog veya fiyat listelerinin gönderilmesi gibi, bunlarla bağlı değildir, satıcı ancak kendi teslim imkanlarını ve müşterinin güvenilirliğini kontrol ettikten sonra müşterinin yaptığı teklifi (icab) kabul etmek istemektedir.

(18) E-maillerin kesin olarak gönderilmeden önce mail programındaki "Outgoing" kutusunda bekletilmesini (queuing) bu açıdan bir irade açıklaması olarak göremeyiz. Bunu tıpkı bir istifa mektubunun yazılıp gönderilmeden önce çekmeceye bekletilmesi gibi değerlendirmek gerekir.

(19) Bkz. *Medicus*, Allg Teil, 7 Aufl. (1997) Rdnr. 266.

Maddi olmayan malların (mesela bir yazılım programı veya bir müzik parçası) direkt internet üzerinden ısmarlanması, yani bilgisayara indirilmesi, halinde ise; müşteri website üzerinden malı ısmarlamakta ve sözleşmenin edimi otomatik olarak yerine getirilmektedir (20). Müşteri kredi kartı numarasını verdikten sonra arzu ettiği malı, yazılım programını internette "download" etmektedir. Bu halde malın tükenmesi sözkonusu değildir, sanal ortamdaki bir program istenildiği kadar çoğaltılabilir, dolayısıyla burada malın depoda, satıcıda olup olmadığını kontrola gerek olmadığı gibi, müşteri genelde kredi kartı kullandığı için müşterinin güvenilirliğini kontrolada ihtiyaç yoktur (21). Şu halde bu tür durumlarda bir icaptan söz edilebilecektir.

1. Elektronik Ortamda Yapılan İrade Beyanlarının Ulaşması

a) Genel Olarak

Varması gerekli irade beyanlarının hüküm ifade etmesi için bunların izharı yanında muhatabına "vusulü" gereklidir. Elektronik ortamda izhar olunan bir irade beyanı, bu beyana normal şartlarda ıtıla olunabilecek şekilde muhatabının hakimiyet alanına girmekle muhatabına varmış addolunur (22). Elektronik ortamda (İnternette veya e-mail vasıtasıyla) izhar olunan irade beyanları geçici olarak bir terminalde hafızaya alınır. Hafızaya alınan bu beyanın e-mail vasıtasıyla gönderildiği hallerde, bu beyan gaipiler arasında yapılıyor demektir, çünkü akit taraflar arasında telefonda olduğu gibi bir direkt bağlantı, görüşme, müzakere etme imkanı yoktur (23). Fakat iki bilgisayar arasında telefon benzeri direkt bir bağlantı kurularak yapılan beyanları BK md. 4 anlamında hazırlar arasında yapılmış kabul etmek gerekir.

Elektronik ortamda izhar olunan irade beyanlarında muhatabın hakimiyet alanının sınırlarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. E-maillerde bunuru için irade beyanlarının toplandığı bir e-mail alma (Receive, SMTP) protokolünün kurulmuş olması gereklidir. E-mailler İnternette göndericinin bilgisayarı tarafından mail server üzerinden (bu bir provider veya üniversite olabilir) alıcının mail serverine iletilir. Alıcının e-mail serveri e-mail alıcının "mail-box" una koyar. Bu durumda alıcının kendisine mail geldiğinden genelde ha-

(20) Tıpkı meşrubat otomatlarında olduğu gibi.

(21) *Ernst*, NJW-CoR 1997, 165.

(22) *BGH NJW 1998, 976, 977; BGHZ 67, 271, 275.*

(23) Buna karşın chat ve internet üzerinden yapılan video konferanslarındaki müzakerelerin hâzırlar arasında yapıldığını kabul etmek gerekir.

beri yoktur (24). Alıcının mail box'una e-maillerin her zaman için çağrılabilir şekilde varmasıyla e-mailler *alıcının hakimiyet alanına girmiş demektir* (25). Bir e-mailin geçirdiği safhaları aşağıdaki şekildeki gibi gösterebiliriz.

Göndericinin Bilgisayarı (mail programı)	⇒	Gönderenin mail serveri (Provider veya Üniversite)	⇒	Alıcının mail serveri
Alıcının mailboxu (mail account)	⇒	Alıcının Bilgisayarı (Mail Programı)		

Bir e-mail adresinin ticari hayatta kullanılması, kartvizitlere ve iş mektuplarına basılmasını, mailboxun vukubulacak irade beyanlarının kabul edildiği bir ortam olarak kullanıldığı sonucunu çıkarabiliriz. Fakat böyle bir durum yoksa, yani e-mail adresi mektup veya kartvizitlere basılmamışsa, bu şekilde bir mailbox'un kurulup kullanılmasının, bunun irade beyanlarının kabul edildiği, toplandığı bir protokol olarak görülüp görülemeyeceği konusunda kesin bir şey söylemek oldukça zordur. Her somut olayın özelliklerine göre karar vermek gerekir. Fakat sadece bir mailbox kurmakla, bundan *hukuki açıdan değer ifade eden beyanların her zaman için kabul edileceği bir ortam hazırlandığı* sonucunu çıkartmak pek doğru olmasa gerek (26).

b) Varma Anı (27)

Ulaşma anı normal şartlarda muttali olma imkanının doğması ile değil ve fakat ittila ile gerçekleşir. Ancak muhatab normal şartlarda beklenenden daha çabuk ittila kesbetmişse, ittila bu anda gerçekleşmiş olur. E-Maillerde ise

(24) Son zamanlarda cep telefonlarına sms (kısa mesaj) gönderilmek suretiyle mail geldiği haber verilse de, burada mailin içeriği bilinmediğinden "öğrenme" sözkonusu değildir. Diğer taraftan "Auto-responder" denilen, e-mail kullanıcısının **mailboxuna** ulaşan maillere, içeriğini daha önce kendisinin belirlediği, "E-mailiniz alınmıştır, en kısa zamanda işleme konulacaktır, ilginiz için çok teşekkürler" gibi nötral bir metnin otomatik cevap olarak gönderilebildiği sistemde de, bir öğrenmeden bahsetmek doğru olmaz, bu sadece gönderilen e-mailin alıcının serverine ulaştığını gösterir.

(25) Heun, CR 1994, 595, 598; Mehrings, age, s. 33.

(26) Ultsch, DZWir 1997, 466, 468.

(27) Teorik olarak esasen bir e-mailin alıcının serverine ne zaman ulaştığını (*Lieferbestaetigung - Varma Onayı*) ve alıcı tarafından ne zaman okunduğunu (*Lesebestaetigung - Okuma Onayı*) tespit etmek mail programlarının sunduğu (mesela Netscape Messenger) imkanlarla mümkün olmakla birlikte, birincisi için (*Lieferbestaetigung*) alıcının serverinin DNS - Standard (Delivery Service Notification) ikincisi için (*Lesebestaetigung*) ise alıcının e-mail programının MSN-Standart (Message Disposition Notificaiton) destekli olması gereklidir.

ittilainin ne zaman gerçekleşeceği hususunda *ticâri* ve *hususî* kullanım arasında bir ayırım yapmak gerekir. Alman Doktrininde bu konuda faksda geçerli olan prensiplerin e-maillerde de uygulanacağı kabul edilmektedir (28). Şu halde faksda geçerli olan prensiplere bir göz atmalıyız.

Faksın *ticâri alanda* kullanımında baskın görüş, öğrenmenin, ittilain ve bu şekilde varmanın, faksın iş saatleri içinde alınıp ve aynı zamanda basılması (29) veya hafızaya alınmasıyla gerçekleşeceğini kabul etmektedir. Faks iş saatleri haricinde gönderilmişse bu halde varma, faks cihazının veya bilgisayarın ilk kontrol edilebilceğinin nazara alındığı iş saatinin tekrar başlamasıyla gerçekleşmiş addedilmek gerekir (30). Faksın *hususî alanda* kullanımında ise, faksın muhatabına faks gönderilmenin sona ermesiyle vardığını yine baskın görüş kabul etmektedir (31). Fakat burada da hemen belirtmekte fayda var, bu halde de varma yine öğrenme ile gerçekleşmektedir. Bu şu manaya gelmektedir: Özel olarak kullanılan fakslarda faks sahibi, faks cihazını veya bilgisayarını faks gelip gelmediğini öğrenmek için devamlı surette kontrol etmelidir. Bu görüşü kabul etmek mümkün değildir. Faks sahipleri günboyunca çalıştıklarından zaten evde bulunmamaktadırlar. Bu nedenle varmanın zamanını muhataba göre belirlemek gerekir. İşçi ve memur olarak çalışanlarda gündüzleri kaideten bir varmadan söz edilemez. Vardiyalı olarak çalışması da bu kuralı değiştirmez. Bu nedenle gönderilen faksa sabahları ve akşamları ittila olunduğunu nazara almak gerekir. Özetle gündüz ulaşan fakslara, kural

(28) *Taupits/Krüter*, JuS 1999, 839, 841. Günümüzde faksın internet üzerinden dünyanın her tarafına gönderilebildiğini, özel modemlerle bilgisayara gönderilen faksların modemde ilk önce hafızaya alınıp daha sonra bilgisayarın ilk açılışında bilgisayara otomatik gönderildiğini ve ayrıca bazı özel faks programlarıyla (mes. WinFax Pro 10.0) e-mail adreslerine faks gönderilebilmesi bu iki alanın ne kadar içiçe girdiğini göstermesi açısından son derece çarpıcıdır.

(29) Alman faksın basılması normal faks cihazlarında otomatik olmakta ve fakat bilgisayar ve modern vasıtasıyla alınan fakslarda bunun ya printer vasıtasıyla bastırılması veya bilgisayara, harddiske hafızaya alınması, ittila için şarttır; bkz. *Palandt/Heinrichs* § 130 BGB Rdnr. 7; *Elzer/Jacoby*, ZIP 1997, 1821, 1822; *Heun*, CR 1994 595, 598.

(30) AG Frankfurt, NJW-RR 1993, 1332. Genelde faks cihazları 24 saat hizmet verebilmekte, yani otomatik olarak gelen faksları kabul etmektedir, ancak bundan, yapılan beyanların - özel bazı şartlar mevcut olmadıkça - iş saatleri haricinde de ulaştığı sonucu çıkartılamaz. Mesela bir şirket, bakım servisi broşüründe "24 saat - Fakshattı" reklamını yapmışsa, bu hallerde faksın çalışma saatleri haricinde de vardığını kabul etmek gerekir.

(31) *Palandt/Heinrichs* § 130 BGB Rdnr. 7; *Ebnet*, NJW 1992, 2985 2990.

olarak aynı günde, akşamları gönderilen fakslara ise normal şartlarda ertesi günü ittila olunduğunu kabul etmek gerekir.

Yukarıdaki prensipleri e-maillere uygulayacak olursak: Ticârî gayeye matuf olarak e-mail adresi (e-mail account) kuran ve bunu değişik yollarla duyuran kimse, çalışma saatleri boyunca e-mailin kendisine ulaşmış sayılacağını nazara alması gerekir. Bu şekilde e-mail, sahibinin e-mail kutusuna (e-mail account) varmakla, muhatabına ulaşmış demektir. Burada e-mailin gerçekten bilgisayara indirilip indirilmemesi (download) önem arzetmez. Çalışma saatleri dışında gönderilen e-mailleri ise ancak ertesi iş günü ulaşmış kabul etmek gerekir. Özel olarak kullanılan e-mail adreslerinde ise, bir kişinin e-mail kutusunu günde bir kaç defa boşaltması beklenemez. Bir defa online maliyetleri dolayısıyla bu beklenemez. Mail adresini özel amaçlı kullanan kişinin e-mail kutusunu ne zaman boşalttığını tespit etmek çok zor olsa da, böyle bir kişiye gönderilen mailin *en erken ertesi günü* vardığını kabul etmek yerinde olur.

Elektronik ortamda websiteler üzerinden yapılan irade beyanlarında da -kaideden bir tâcir sözkonusudur - e-mailler için söylenenler geçerlidir. Fakat ulaşan haber veya formların (mes. İnternet üzerinden yapılan bir siparişte) otomatik olarak kabul edilip, işleme konduğu bir sistemde, varma bu işleme konma ile gerçekleşmiş olur. Araya insan unsurunun girmesi lüzumlu değildir (32).

c) Varma Engelleri, Gecikme ve Kaybolma Halleri

Varma engelleri daha çok iletişim aracındaki arızalardan kaynaklanmaktadır. Bu hallerde problem genel kurallar içerisinde çözümlenmelidir. Kasıtlı olarak varmanın engellenmesi halinde ise baskın görüş, muhatabın varmadan haberdar olabilme imkanı olması ve bunu öngörebilmesi gerekçesiyle, varmanın gerçekleşmiş sayılacağını kabul etmektedir. Faks vasıtasıyla yapılan bir fesih ihbarını engellemek amacıyla faks cihazının kağıt haznesini bilek boş bırakan işçiye, feshi ihbar ulaşmış sayılır (33). E-mailin muhatabın e-mail serveri tarafından, muhatabın posta kutusu dolu olması sebebiyle (34),

(32) Mehrings, MMR 1998, 30, 33.

(33) LG Hamm, ZIP 1993, 1109.

(34) Genelde email kutuları sınırlı oranda hafızaya sahiptirler, 1 - ila 10 MB arasında değişebilmektedir. Bu oran aşıldığı takdirde, gelen mailler server tarafından geri çevrililmektedir (undeliverable email).

geri gönderilmesi hali yukarıdaki olaydan farklı bir şey değildir. Sadece kullanılan araç değişmiştir. Şu halde beklenen e-mailin ulaşmasını engellemek gayesiyle, e-mail kutusunu kasıtlı olarak dolduran kimseye bu e-mailin ulaşmış olduğunu kabul etmek gerekir. E-mail kutusunun dolması, bu kişinin posta kutusunu düzenli olarak boşaltmamasına dayanıyorsa, bu halde de e-mailin ulaşmış olduğunu, eğer e-mail sadece irade beyanlarının kabulüne tahsis edilmişse, kabul etmek gerekir. Mail account kapasitesi beklenmeyen ani reklamlarla (bulk-mailing) dolmuşsa bu halde bundan haberdar olmayan mail kutusu sahibine mailin ulaştığı farzedilemez (35).

Gecikme ve Kaybolma rizikosunu, beyanın hâkimiyet alanına girmesi ile muhataba geçer. Hâkimiyet alanına girme faksda, beyanın faks cihazının hafızasına ulaşmasıyla; e-mailde, e-mailin alıcının mailboxuna (mail account) ulaşmasıyla gerçekleşir. E-mail alıcının mailboxuna ulaşmadan önce, alıcının mail serverine ulaşmış da orada herhangi bir sebepten ötürü kaybolursa bu durumda, e-mail muhataba varmış addedilemez, çünkü daha e-mail henüz muhatabın hâkimiyet alanına girmemiştir.

2. Elektronik Ortamda Yapılan Irade Beyanlarının İptali

Hemen yukarıda, gönderilen e-mailin alıcının mailboxuna ulaşmasıyla, alıcının hakimiyet alanına girdiğini ve bu şekilde ulaşmış sayılacağını belirtmiştik. Fakat bu halde dahi alıcı kendisine gelen e-mailin içeriğinden -çoğunlukla- habersizdir, yani Türk Hukuku açısından, "ittıla" henüz gerçekleşmemiştir. İttıla, e-mail programı vasıtasıyla alıcının e-maili bilgisayarına indirmesiyle (download) gerçekleşir. Şu halde, icapta bulunan, bu icabını, icabı içeren e-mail muhatabının bilgisayarına indirilmeden önce geri alabilir. Bundan önceki aşamalarda ise her zaman için icap geri alınabilir.

Elektronik ortamda izhar olunan, yani gerek e-mail gerekse websiteler üzerinden yapılan irade beyanlarının iptali bu açıdan herhangi özellik göstermezler. Normal alışıl gelmiş usullerde yapılan beyanlardaki gibi BK. 23. md. vd. hükümleri gereğince iptal olunabilirler. Buna göre esaslı bir hataya düşen olan, akdi feshedebilir. Esaslı hata halleri ise BK. 24. md.'de, akdin kendisinde, tarafında, konusunda yanılan ve ivazlar düşünülenden çok farklı boyutlarda ise ve ayrıca esaslı hataya düşen olunmuşsa akdi feshedilebilir. E-mail

(35) Bkz. *Leupold, WRP 1998, 271 vd.*

yazılırken veya otomatik sistemlerdeki formlar doldurulurken oluşacak yazım hataları (3 yerine beş yazılması), akdin iptaline yol açabilir (36). Fakat basit hesap hataları düzeltilmekle iktifa olunur. Buna karşın mal ismarlanırken ayrı bir model mal kastedilmişse o zaman akit BK. 24. md. b. 2 gereğince iptal olunabilir. Buna karşın hata güncel olmayan bilgilerin internet ortamında kullanılmasından kaynaklanıyorsa (37) bu durumda internette bunları sunan açısından hataya dayanarak akdi iptal hakkı sözkonusu olamaz, meğerki karşı taraf yani müşteri bunu bilsin veya bilmesi gereksin.

III. *İnternet Üzerinden Yapılan Muameleler ve Genel İşlem Şartları*

Her ne kadar sözleşme özgürlüğü prensibi kanun çerçevesinde korunsada günümüz ticârî hayatında özellikle tüketiciye önceden hazırlanmış sözleşme metinlerinin dikte edildiği tip sözleşmelerde bunun tam anlamıyla gerçekleştiği söylenemez. O kadar ki tüketicilerin eşit birer sözleşme partneri olarak masaya oturması imkansız hale gelmiştir. Taraflar arasında yeniden eşitliği sağlamak amacıyla bir çok kanuni düzenlemeler yapılmış, hâkime bu çerçevede sözleşmeye müdahale imkanı tanınmıştır. Bu düzenlemelerin en başında şüphesiz Avrupa Birliği tarafından 1993 yılında kabul edilen "Tüketici Sözleşmelerindeki Kötüye Kullanılabilir Hükümler Hakkında Yönerge" gelmektedir. Her ne kadar Türkiye'de bu konuda açık bir düzenleme mevcut değilse de içtihatlar ve doktrin yoluyla genel işlem şartlarının denetimi yoluna gidilmektedir. Genel İşlem Şartlarının kullanıldığı tip sözleşmelerde hâkim sözleşme adaletini tekrar temin için şu üç aşamalı kontrol mekanizmasını çalıştıracaktır (38). Genel İşlem Şartlarının (GİŞ) sözleşmeye *dahil edilmesi* (Einbeziehung) *Denetimi* (39), *Yorumlanması* (Auslegung) ve *İçerik Denetimi* (Inhaltskontrolle).

-
- (36) **OLG Hamm, NJW 1993, 2321.** Ana bilgisayar terminalinin formunun doldurulması esnasında yazım hatası yapılması ve bu şekilde Sigorta Poliçesinin de hatalı tanzim edilmesi hali.
- (37) Mesela hatalı olarak haftalık yazlık evlerin kirasının seyahat belgesinde yanlış bildirilmesi, AG Frankfurt, CR 90, 469; faiz oranlarının güncelliğini yitirmesi, LG Frankfurt, NJW-RR 1997, 1273.
- (38) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Atamer, Yeşim M.*; Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Doktora tezi, İstanbul 1999.
- (39) *Atamer* adı geçen eserinde GİŞ'in sözleşmeye dahil edilmesi (Einbeziehung) yürürlük denetimi olarak tavsif etmekte. Biz, anlaşılması ve terimi daha iyi ifade etmesi açısından "sözleşmeye dahil etme" ifadesini tercih ettik.

GlŞ'in sözleşmeye dahil edilmesi denetiminde hâkim söz konusu genel işlem şartlarının sözleşme içeriği olup olmadığını tespit edecektir. Bu meyanda tüketici GlŞ kullanımı hakkında sözleşmenin kurulmasından önce açık bir şekilde uyarılmış ve kendisine GlŞ metni teslim edilmişse ancak o zaman GlŞ'in sözleşmenin içeriği olduğundan bahsedilebilecektir. Acaba bu kaideler internet üzerinden yapılan muamelelere nasıl uygulanabilecektir?

Internet üzerinden yapılacak muamelelerde GlŞ kullanımı halinde bunun sözleşmeye dahil edilebilmesi için herşeyden önce açıkca GlŞ kullanımına *dikkat çekilmiş* olması gerekir. Bu, internette ya siparişin verileceği website de bulunan GlŞ'e bir link vasıtasıyla veya kısa GlŞ'lerde sipariş formundan önce GlŞ'in websitede tüketicinin görünümüne sunulmasıyla olur (40). Önemli olan sipariş formunun bulunduğu sayfada GlŞ'e direkt bağlantıyı temin eden bir link vasıtasıyla müşterinin aramasına lüzum olmadan GlŞ'in görünüp okunabilmesidir (41). Buna karşın özellikle uzun GlŞ'lerde GlŞ'in tüketiciye ürün tanıtımından önce veya sipariş formuna ulaşmadan önce tam metin halinde sunulması gerekli değildir. Sözleşmeye GlŞ'in dahil edilmesi aşamasında şu hususlara da dikkat edilmesi gerekmektedir. GlŞ'deki kavram ve ifadeler müşteri tarafından anlaşılabilir tarzda kaleme alınmalı ve basılmış olmalıdır. Çok spesifik kavramların yer aldığı, çok küçük puntolarla basılmış GlŞ'ler sözleşmeye dahil edilmiş sayılamaz. Ayrıca GlŞ içinde yer alan beklenmeyen şaşırtıcı hükümlerde sözleşmeye dahil edilmiş sayılamazlar (42). Genel işlem şartlarının *yorumlanmasında* ise, muhtemel yorum sonuçlarından müşterinin lehine olanı tercih edilmesi gerekir.

Genel İşlem Şartlarının içeriğinin denetlenmesinde ise yararlanılabilecek bazı kıstasları burada zikretmek yerinde olacaktır. GlŞ ihtiva eden sözleşmeler emredici hükümlere ve ahlaka aykırı olamazlar. Emredici hükümlere aykırılık bir sözleşmenin bizzat kendisi, sözleşme konusu veya sözleşmenin amacı açısından sözkonusu olabilir. Hangi hükümlerin emredici olup olmadığı

(40) Eğer GlŞ'in okunabilmesi için önceden başka bir programın bilgisayarda yüklü olması gerekiyorsa, mesela çok yaygın olarak kullanılan **WinZip** veya PDF yazılım programları, o halde GlŞ'in sözleşmeye dahil olduğundan söz edilemeyecektir, çünkü herkesden bu programları yüklenmesini beklemek tüketici açısından tahammül edilemez. Tüketici GlŞ'e zahmetsizce ve ek başka birşeye gerek olmadan ulaşabilmelidir.

(41) *Köhler, NJW 1998, 185, 189; Ernst, BB 1997, 1057*

(42) *Atamer, age. s. 261.*

(43), ancak normun hâkim tarafından anlam ve amacının (ratio legis) yorumlanmasından sonra anlaşılabilir. Burada uygulamada geniş yeri olan 1995 tarihli Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun bazı maddelerini hatırlatmakta fayda olduğu kanaatındayım. TTK'daki şu hükümlere aykırı şartların GlŞ'de yer alması halinde bu hükümler geçersiz sayılacaktır.

- Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu satım sözleşmelerinde bir ayıbın varlığı halinde alıcının seçim hakkı sınırlandırılmaz (m. 4/II),
- Taksitle satışlarda tüketicinin taksit miktarından fazla ödeme yapma ve bu şekilde faiz indirimi talep etmeye hak kazanabilmesi (m. 6/I),
- Tüketici kredilerinde, kredi koşullarının sözleşme süresince değiştirilmeyecek olması (m. 10/I),
- Kredinin belirli bir satıcı ile yapılacak işlemler için verilmesi halinde ayıptan dolayı satıcı ile birlikte kredi veren de sorumludur (m. 10/IV).

İnternet üzerinden yapılan muamelelerde ortaya çıkabilecek en sık problem ise sözleşmenin ve tabii ki GlŞ'in yabancı dilde olmasıdır. İnternet üzerinden kitap ısmarlayan bir tüketicinin, kitabevinin Fransızca (44) olan GlŞ'inin içeriğinden ne derece haberdar olduğu tartışmalıdır elbette. Eğer muhatabın, yani tüketicinin dilini ölçü kabul edersek, bu durumda website üzerinden sipariş kabul eden işletme, GlŞ'ini hitap ettiği her müşteri çevresinin dilinde yayınlamak mükellefiyetiyle karşı karşıya kalacaktır, ki bu tahammül edilmez bir yük demektir. Bu açıdan gerekli ve yeterli olan, GlŞ'in, *tarafların sözleşme yapılırken kullandıkları dilde* olmasıdır. İnternet üzerinden yapılan muamelelerde ise sözleşme muamele dili, tüketicinin sipariş formunu doldurduğu dildir. Çünkü yabancı dildeki bir sipariş formunu dolduran tüketicinin, o dili anlayıp konuşabildiği farzedilir (45).

(43) Bu konuda ayrıntılı olarak konuyu ele alan Atamer'in yukarıda adı geçen tezine atıfta bulunmakla iktifa ediyoruz.

(44) Tabii burada yabancı dil Fransızca değil de, İngilizce olsaydı, bu sefer farklı sonuca varılabilirdi, çünkü İngilizce bilgisayarın donatım ve yazılım programlarında ve internette temel dil olarak kullanılmaktadır.

(45) *Waldenberg, BB 1996, 2365, 2399.*

IV. Şekil Sorunu

1. Genel Olarak

BK. md. 11'e göre akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle bağlı değildir. Kanunen yazılı şekillerin arandığı hallerde, beyanda bulunanların, borç deruhte edenlerin el yazısıyla imzalamaları gereklidir. İmzanın yerine kaim olacak işaretler kanunda sıkı şartlara tâbi tutulmuştur. Buna göre mühür veya faksla veya diğer mekanik araçlar yardımıyla imzanın atılması el yazısı şartını gerçekleştirmez (46). Bunun haricinde Alman Federal Yüksek Mahkemesi varması gerekli irade beyanlarında yazılı aslının kanunen öngörüldüğü şekilde muhataba ulaşması gerektiği görüşündedir (47). Bu nedenle belgenin faks vasıtasıyla gönderilmesi kanunen yazılı şekil şartını yerine getirmez (48). Aslının alıcıya ayrıca gönderilmesi gerekir.

2. Dijital İmza (49)

Sanal ortamda bilgi değişimi birçok avantajları yanında, dezavantajları da beraberinde getirmektedir. Data değişimi esnasında meydana gelebilecek bir manipülasyon, arkasında herhangi bir iz ve delil bırakmadığı gibi, ispatlanması da bu açıdan son derece zordur. Bir kimsenin bir takım manipülasyonlarla, kendi adına bir döküman düzenlemesi veya kendisini gönderici olarak göstermesi her zaman için mümkündür. Kısacası bu alanda güvenlik boşluğu mevcuttur. Bu güvenlik boşluğunun aşılması gayesiyle şifreleme teknikleri geliştirilmiştir.

Bunun en başında da dijital imza gelmektedir. Dijital imza ile, belirli bir dökümanın ve içeriğinin belirli bir şahsa izafe edilebilmesi mümkün olmaktadır. Dökümanla birlikte gönderilen şifreli imzayı deşifre eden kimse bu sayede dökümanın sözkonusu kişiden geldiğini ve herhangi bir değişikliğe uğramadığından emin olabilmektedir. Bu şekilde dijital imzanın şifrelenip deşifre edilmesi *Onay Şifrelemesini* (Verifizierungsverschlüsselung) oluşturmaktadır.

(46) BGH NJW 1970, 1078, 1080.

(47) BGH NJW-RR 1987, 395; Palandt/Heinrichs, § 30 BGB Rdnr. 10.

(48) BGHZ 121, 224, 229, karş. BGH NJW 1997, 3169, 3170.

(49) Bkz., McBride Baker & Coles, Summary of Electronic Commerce and Digital Signature Legislation, http://www.mbc.com/ds_sum.html

Güvenlik alanındaki bir başka boşluk ise, dökümanların şifreli gönderilmesi suretiyle çözümlenmeye çalışılmaktadır. Gönderilen dökümanların bu şekilde, bir başkası tarafından görülmesi, okunması engellenmiş olur (50). Kredi ve ec-kartlarındaki sistemden çok daha güvenli olan *Public Key Kriptografi* denilen bu şifreleme metodunun başkaları tarafından deşifre edilmesinin hemen hemen imkansız olduğu vurgulanmaktadır (51). Burada sözkonusu olan ise *güvenlik şifrelemesidir (Vertraulichkeitsverschlüsselung)*. Yukarıda bahsettiğimiz onay şifrelemesi ile güvenlik şifrelemesini birbirinden ayırt etmek gerekir. Dijital imza ile gönderilen bir döküman, güvenlik şifrelemesine tâbi tutulmadan gönderilebileceği gibi (imzalanmış bir mektubun açık olarak zarfa konmadan gönderilmesi), aynı şekilde güvenlik şifrelemesine tâbi tutulmuş bir mektupta dijital imzasız gönderilebilir (imzasız mektubun, kapalı bir zarfta gönderilmesi).

3. Dijital İmzanın İşleyiş Tarzı

Dijital imzaların dayandıkları Public - Key Kriptografi (52) sayesinde döküman sahibinin kimliği ve dökümanın manipüle edilmediği ispatlanabilmekte, bu sayede o döküman sahibine izafe edilebilmektedir. Dijital imza, elektronik bir dökümanın şifreli kısa özetinden başka bir şey değildir. Bu kısa özet gönderen, imza programı yardımıyla gizli, ancak sadece kendisi tarafından bilinen ve bir chip kartı üzerinde kaydedilmiş olan şifreler yardımıyla elde eder (private key) (53). Kilidin ikinci kısmı (public key) döküman sahibi tarafından kaideten daha önce kanunen tespit edilmiş bir sicile kaydedilmiş, ancak her halükârda alıcı tarafından bilinen bir şifredir. Bu ikinci şifre (public key) ile döküman sahibinden veya resmi bir online sitesinden *kontrol programı* alınmakta ve döküman deşifre edilmektedir. Alıcının Kontrol Programı, dökümanın özetini kontrol etmekte, imza uygun şifre ile kodlanmış ve döküman değişikliğe uğramamışsa her iki özetin aynı olduğu tespit edilmekte, yani deşifre edilmektedir. Bu sistemin temelinde yatan düşünce, daha çok is-

(50) Burada da başka bir problem ortaya çıkmaktadır. Acaba resmi makamlar nereye kadar bu şekilde gönderilen şifreli dökümanları deşifre edebilme hakkına sahip olmalıdırlar. Bu konuda <http://www.law.miami.edu/froomkin> adresine bakılabilir.

(51) Almanya'daki düzenleme hakkında <http://www.iukdg.de> adresine bakılabilir.

(52) Bu konuda bkz. *Mense*, BB 1998, 532, 534; Roßnagel, RDV 1998, 5, 6.

(53) Bu kısa özet matematiksel fonksiyon (hash function) yardımıyla elde edilir. Bu kısa özet gönderme esnasında dökümana kriptogram olarak eklenir.

pata ilişkindir. Alman uygulamasında dijital imzanın -her ne kadar aksi görüşler olsa da (54)- § 126 BGB'de öngörülen el yazısıyla atılan imzanın yerine geçmeyeceği kabul edilmektedir (55). Ancak dijital imzanın el yazısıyla atılmış imza yerine geçmesi için kanuni düzenleme teklifleri yapılmıştır (56).

Tabii bu sistemin işleyebilmesi için Sertifika Makamlarının (Certification Authorities) (57) kullanılan ve ilan edilen dijital imzanın sahibine ait olup olmadığı hususunda gerekli altyapıya sahip olmaları gerekir. Avrupa Birliği düzeyinde Avrupa Komisyonu 13.05.1998 tarihinde "Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin dijital imzalar için çerçeve şartları hakkında Yönerge" teklifinde bulunmuştur (58).

§ 3. Haberleşme Vasıtalarıyla Yapılan Muamelelerle İlgili Hukuki Düzenlemeler

Bu konudaki en önemli düzenleme şüphesiz Avrupa Birliğinin 97/7/ sayılı ve 20 Mayıs 1997 tarihli "*Mesafeli Sürüm Yoluyla Yapılan Akitlerde Tüketicinin Korunması Hakkındaki Yönerge*"sidir (59). Bu yönergenin 15. maddesine göre birliğe üye devletler 4 Haziran 2000 tarihine kadar bu yönergeyi milli hukuklarına uyarlamakla yükümlüdür. Almanya, 29 Haziran 2000 tarihli "*Mesafeli Sürüm Kanunu*" (Fernabsatzgesetz - FernAbsG)'nun 1. maddesinde 6 paragraf (§) halinde mesafeli sürümü tanzim ederek milli hukukunu bu Yönergeye uyarlamış ve kanun 30 Haziran 2000 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir (60). Adı geçen kanun Yönergeye nazaran bir takım farklılıklar içermekte ve ayrıca diğer kanunlarda da değişiklikler öngörmekte. Aşağıdaki açıklamalarımızda Yönergeyi (kısaca *Yönerge*) esas almakla birlikte Alman

(54) *Ernst*, NJW - CoR 1997, 165.

(55) *Palandt/Heinrichs*, § 126 BGB Rdnr. 7; *Geis*, NJW 1997, 300, 3001; aksi görüş, *Ernst*, NJW-CoR 1997, 165.

(56) Bu konuda Federal Noterler Odası (BNotK)'nın hazırladığı taslak hakkında bkz. *Ultsch*, DZWir, 1997, 466, 472.

(57) Genelde bu makamlar resmi olmakla birlikte Amerika'da özel kişiler tarafından da bu hizmet yerine getirilmektedir.

(58) *Roßnagel*, MMR 1998, 331 ff.; <http://www.ispo.cec.be/eif/policy>

(59) *Richtlinie 97/7/EG des europaischen Parlament und des Rates über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz - Amtsblatt Nr. L 144, 04.06.1997, s. 0019 - 0027.*

(60) Yönerge ve FernAbsG hakkında ayrıntılı bilgiler için www.fernabsatzgesetz.de adresine bakılabilir.

kanunundaki (kısaca *FernAbsG* şeklinde zikredilecektir) farklılıkları da vurgulayacağız.

I. Mesafeli Sürüm Yoluyla Yapılan Sözleşme

Yönerge 1. maddesinde tanımlamalara yer vermiştir. Buna göre “*mesafeli sürüm yoluyla yapılan akit* (61)” (*Fernabsatzvertrag*), mal teslimi veya hizmet ifasına matuf, bir müteşebbis (Lieferer) (62) ile tüketici arasında, haberleşme vasıtalarının (Kommunikationsmittel) kullanıldığı bir sistem dahilinde akdedilen bir akittir. Yönergede müteşebbis, ticari veya mesleki faaliyeti dahilinde sözleşme akdeden gerçek veya tüzel kişiler, tüketici ise, sözleşmenin akdinde mesleki veya ticari amaçlar gütmeyen gerçek kişiler olarak tanımlanmıştır. Alman Kanun Koyucusu ise müteşebbisi ve tüketiciyi, dağınık şekilde bulunan bu kavramları genel bir kavram altında toplamak amacıyla BGB’de tanımlamıştır. Buna göre BGB § 13’de tüketici § 14’de ise müteşebbis tanımlanmıştır. Müteşebbis tanımlanmasında Yönergeden farklı olarak gerçek veya tüzel kişiye ek olarak “*tüzel kişiliğe sahip şahıs şirketleri*”de eklenmiştir. § 14 BGB’nin ikinci fıkrasında ise tüzel kişiliğe sahip şahıs şirketleri (rechtsfähige Personengesellschaften), borçlanmaya ve hak sahibi olmaya ehil olan şahıs şirketleri olarak tanımlanmıştır (63).

Yönerge EK-I’de örnek babında sayılan haberleşme vasıtaları, *FernAbsG*’de 1. maddenin 2. fıkrası olarak tanzim edilmiştir. Buna göre, haberleşme vasıtaları, tüketici ile müteşebbis arasında yapılacak sözleşmenin hazırlık safhasında veya akdedilmesi esnasında yararlanılan *özellikle* mektup, adresli adressiz matbuat, sipariş fişli basın ilanları, katalog, faks, telefon aramaları, telekopya, e-posta, radyo, televizyon, videotekst, teleshopping, medya ve tele hizmetlerdir.

(61) Aslında bu tabir pek de sık olmamakla beraber, “mesafeli satım” veya, “uzaktan satım” terimi ile karşılığa yol açmamak için bu tabiri tercih ettik. Belki “telekomünikasyon vasıtaları kullanılmak suretiyle yapılan sözleşmeler” tabiri daha iyi oturabilirdi, fakat bu tabir de katalog ve broşürleri kapsamadığı için tercih edilmemiştir.

(62) Müteşebbis diye tercüme ettiğimiz kavram (Lieferer) *FernAbsG*’de Yönergeden farklı olarak (Unternehmer) ile karşılanmıştır. Fakat neticede ikisi de, Alman hukukundaki bu kavram çok geniş yorumlandığı için, aynı muhtevaya sahiptirler.

(63) Bu hükmün konuluş amacı, Alman Hukukunda Türk Hukukundan farklı olarak kolektif ve komandit şirketlere tüzel kişilik tanınmamış olmasından dolayı, bu şirketlerin müteşebbis tanımının dışında kalmasını engellemektir.

Şu halde yönerge e-ticaret olarak bilinen internet üzerinden veya e-posta ile yapılan sözleşmeleri esas alsa da geleneksel yollarla yapılan (faks reklamı, telefon marketing gibi) sözleşmeleri de kapsamaktadır. Sayılan bu vasıtalar tahdidi değildir, örnek babından sayılmıştır. Bir başka husus ise tüketiciler arasında yapılan sözleşmeler uygulama alanı dışındadır. Mesela gazetedeki seri ilanlar vasıtasıyla iki tüketici arasındaki bir sözleşmeye bu yönerge/kanun hükümleri uygulanmayacaktır. Yönergenin üçüncü, kanununun 1. maddesinin 3. fıkrasında bu yönergenin uygulama alanı dışında tutulan hal-ler sayılmıştır. Buna göre:

- Açıköğretim kursları ile ilgili
- Devre Mülk Akitlerine müteallik,
- Finansal hizmetler hakkındaki sözleşmelere, özellikle, Banka ve değerli kağıt hizmetleri, sigorta sözleşmelerine, online-banking vb. işlemlerine (64),
- Gayrimenkullerin satış ve inşaat sözleşmeleri ile kiralama hariç gayrimenkuller üzerindeki diğer aynı haklarla ilgili sözleşmelere,
- Gıda maddeleri ve günlük ihtiyaçlarla ilgili sözleşmelere,
- Konaklama, Taşıma ve yemek teslimi ile ilgili sözleşmelere,
- Otomatik makinalar vasıtasıyla yapılan sözleşmelere ve konusu telekomünikasyon hizmetleri olan sözleşmelere,

Yönerge/kanun hükümleri uygulanmaz. Tabii burada mahkeme kararları sayesinde açıklığa kavuşacak olan, günlük ihtiyaçlarla ilgili şeylerden ne anlaşılması gerektiği gibi hususlar mevcut.

II. Tüketicinin Aydınlatılması Yükümlülüğü

Haberleşme vasıtaları istihdam edilmek suretiyle yapılan mesafeli sürüm sözleşmelerinin hazırlık safhalarında veya akdedilmesinde tüketici için müteşebbisin kimliği açıkca tanınabilir olmalı, telefon görüşmelerinde ise, görüşmeden önce bu hususların açıklanması gereklidir. Müteşebbisin sözleşmenin hazırlık safhasında kullanılan haberleşme vasıtalarından biri ile tüketiciyi şu hususlarda açık ve anlaşılır (65) şekilde bilgilendirmesi zorunludur.

(64) Yönerge Ek II'de finansal hizmetler sayılmıştır.

(65) Mesela Almanya'da internet üzerinden iş yapan bir Almandan ürünlerini Türkçe olarak, veya tam tersi Türk birisinin yaptığı bu tür işlemlerde Almandayı kullanması beklenebilir, anlaşılır olması açısından.

1. Müteşebbisin kimliği ve ön ödeme talebinde bulunuluyorsa adresi (66),
2. Malın veya hizmetin önemli unsurları (67),
3. Malın veya hizmetin vergileri de içeren fiyatı,
4. İcabında gönderme ve paketlenme masrafları,
5. Ödeme, teslim veya ifa ile ilgili ayrıntılar,
6. Sözleşme daimi veya düzenli tekrarlanan edimleri ihtiva ediyorsa sözleşmenin asgari süresi,
7. Tüketicinin sözleşmeyi fesih veya malı geri verme hakkının mevcut olduğunu,
8. Kalite ve fiyat bakımından denk sayılabilecek bir edimin ifa edilebileceği veya malın mevcut olmaması halinde ifa edilmeyeceği hakkının saklı tutulduğuna dair ibare,
9. Normal tarifeleri aşacak ise haberleşme vasıtasının tüketici tarafından kullanılmasıyla oluşacak maliyet,
10. Teklifin veya fiyatın geçerlilik süresi.

Müteşebbis yukarıda sayılan 1-8. bendlerdeki hususları içeren bir tasdik (68) yazısını zamanında (69) ve fakat en geç (70) edimin ifasına, malın teslimi anında veya hizmetin ifasından önce yazılı (71) olarak veya "bir sürekli data taşıyıcısı"nda (dauerhafte Datentraeger) tüketicinin emrine sunmalıdır. Burada yönergede ve kanunda yer alan "sürekli data taşıyıcısı" tabirinden ne anlaşılması gerektiği veya ne olduğu tarif edilmemiştir. Sadece FernAbsG ile BGB'ye eklenen § 361a'nın 3. fıkrasında (72), gerekli bilgi veya beyanların "bir belgede veya okunabilecek tüketiciye hukuki muamelelerin gereklerine uygun bir zaman için bu bilgi veya beyanlara içerik değişikliği olmaksızın

(66) FernAbsG (Fernabsatzgesetz)'de bu ön ödeme şartı aranmamıştır.

(67) Önemli hususlardan kasıt, en ince ayrıntılar değil, tüketicinin bu hususları değerlendirmesi neticesinde bir karara varabileceği hususlardır.

(68) FernAbsG burada bir tasdik yazısından bahsetmemektedir.

(69) Kaideten bu bilgilerin, müşterinin sipariş verdiği reklam broşürlerinde, kataloglarda veya İnternette web-sitesinde yer almasını "zamanında" yapılmış saymak gerekir. Bkz-BT - Drucksache 14/2658, s. 38

(70) Yani müteşebbis bunları sözleşme yapılmadan öncede yerine getirebilir.

(71) FernAbsG yönergeden bu noktada ayrılmaktadır. Yazılı olmasını aramanın, eşyanın tabiatı gereği lüzum olmadığı vurgulanır.

(72) Bu hüküm hükümet tasarısında, FernAbsG'in 2. paragrafının 4. fıkrası olarak tanzim edilmişti.

ulaşma imkanı veren başka bir şekilde” (*in einer Urkunde oder in einer anderen lesbaren Form*) tüketiciye ulaştığı hallerde, bu bilgi veya beyanların “sürekli data taşıyıcısından” tüketicinin bilgisine sunulmuş sayılacağını belirtmektedir. yönergede ve kanundaki bir takım sürelerin başlaması, gerekli bilgilerin sürekli data taşıyıcısına ulaşması ile başlayacağından büyük öneme haiz olan bu kavramın açıklanmasında fayda var.

Tüketiciye okunabilecek bir şekilde gerekli bilgilerin ulaşmasını sağlayan, ve **belirli bir süre** bu bilgilerin içeriğinin değişmeden tekrar değerlendirilmesine, tüketici tarafından tekrar gerekli bilgilere müracaat edilebilmesine imkan sağlayan **araçları** sürekli data taşıyıcısı olarak anlamak gerekir (73). **Belirli bir süreyi** somut olaya göre değerlendirmek gerekir. Uzun bir zaman aralığına yayılan bir hukuki işlede süreyi uzun tutmak gerekir. **Araçlar** olarak akla ilk gelebilecek olanlar, disket ve CD-ROM'lardır. Her ne kadar bunların müteşebbis tarafından tüketiciye verilebilmesi mümkünse de, internet üzerinden yapılan muamelelerde her müteşebbisden bunu beklemek, ticari hayatı olumsuz etkileyecektir.

İnternet üzerinden yapılan işlemlerde müteşebbis e-mail veya benzer bir vasıta ile de gerekli bilgileri tüketicinin bilgisine sunabilmeli. E-maillerde, tüketiciye gönderilen e-mailin, tüketicinin serverine, oradan da mailboxuna ulaşmış, her zaman için tüketici tarafından download yapıp okunabilme imkanının olduğu hallerde böyle bir araçtan söz edilebilir. Aynı şekilde, tüketicinin gerekli bilgileri, website üzerinden download yaptıktan sonra harddiskine kaydetmesini de böyle değerlendirmek mümkün. Yani bu iki halde de “sürekli data taşıyıcısı”ndan söz edilebilir. Söz edilebilir diyorum, çünkü özellikle ikinci halde, yani gerekli bilgilerin sadece websitede müşterilerin hizmetine sunulması halinde, müşteriye özel olarak bu bilgiler e-mail vasıtasıyla ulaştırılmamışsa, sürekli bir data taşıyıcısından söz edemeyiz, zira gerekli bilgilerin müteşebbis tarafından değiştirilmesi her zaman için mümkündür. Önemli olan husus, gerekli bilgilerin müteşebbis tarafından artık değiştirilemeyecek olmasıdır. Özetleyecek olursak, önemli olan, müşteriye gerekli bilgilerin yazılı olarak veya sürekli data taşıyıcısında ulaşmasıdır. Bu bilgilerin müşteriye ulaştığını ispat külfeti müteşebbise düşer. Müteşebbis gerektiğinde müşterinin gerekli bilgileri internetten websitesi üzerinden download yapıp, harddiske kaydettiğini ispat etmekle yükümlüdür.

(73) BT-Drucksahe, 14/2658, s. 40 vd.

Müteşebbisin bu konuda, kendi websitesinde, gerekli bilgilerin her halü karda download yapılıp harddiske kaydedilmesine dikkat çekmesi, ispat açısından birdeğer taşımayacaktır.

Gerekli bilgiler ayrıca müşteri açısından *okunabilecek* olmalıdır. Mesela gerekli bilgilerin müşteriye Winzip veya PDF formatında gönderilmesi ve bu şekilde bunların okunabilmesi açısından ekstradan programların bilgisayara yüklenmesi zorunluluğunun olduğu hallerde *okunabilirlikten* söz edemeyiz (74). Başka bir husus ise, video veya teyp kaseti üzerine kaydedilen gerekli bilgilerin bu *okunabilirlik* şartını yerine getirmeyeceğidir.

Yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere faks vasıtası ile bu işlemlerin yapılması halinde evleviyetle bir sürekli *data taşıyıcısı* sözkonusudur.

III. Tüketicinin Sözleşmeden Dönme ve Malı Geri Verme Hakkı

1. Sözleşmeden Dönme Hakkı

Yönergenin 6. maddesi ve FernAbsG'in 1. maddesinin 3. paragrafına göre tüketici yedi iş günü içinde (75) herhangi bir sebep bildirmeden akitten rücu edebilir. Yönergede akitten dönmenin ne şekilde yapılacağı hususu üye devletlere bırakılmıştır. FernAbsG'deki düzenlemede BGB'ye bu kanunla eklenen § 361a'ya atıfta bulunulduğu için ilk önce bu hükme bir göz atmakta fayda var.

§ 361a BGB'ye göre, sözleşmeden dönme, dönme beyanının “*sürekli bir data taşıyıcısına* (76)” ulaşması veya malın geri gönderilmesi suretiyle olur. Dönme süresi, tüketiciye, açık şekilde akitten dönme konusunda aydınlatıldığını gösterir belgenin verilmesi ile başlar. Verilecek bu belgenin sözleşmeden dönme beyanının yönlendirileceği kişinin (genelde müteşebbis) adı ve adresini ihtiva emesi ve tüketici tarafından el yazılı veya dijital imza ile imza-

(74) Buna karşın CD olarak gönderilmede gerekli bilgileri okunabilir kabul etmek gerekir. Artık CD-Rom sürücüsü olmayan bir computer - Laptopslar haricinde - hayal etmek zor olsa gerek. Buna karşın daha yeni olan DVD şeklinde gönderilmede *okunabilirlikten* söz edemeyiz.

(75) FernAbsG'e göre bu süre, bu kanunla BGB'ye yeni eklenen § 361a'e yapılan atıf dolayısıyla iki haftadır.

(76) “Sürekli data taşıyıcısı” hakkında yukarıdaki bilgilere atıfta bulunmakla iktifa ediyoruz.

lanmış olması gerekir. Dönme süresi konusunda ihtilaf çıkarsa ispat külfeti müteşebbise düşmektedir. Akitten geri dönülmesi halinde müteşebbis, malın veya hizmetin bedelini 30 gün içinde geri vermekle yükümlüdür. Bu süre içerisinde geri ödemede bulunulmazsa müteşebbis temerrüde düşer. Geri gönderme masrafları müteşebbise aittir. 40 Euroya kadar olan mal siparişlerinde (77) olağan geri gönderme masrafları sözleşme ile tüketiciye tahmil olunabilir, meğerki teslim edilen mal ismarlanan mal olmasın. Tüketicinin, malın zayi olmasından veya değerinin azalmasında kusuru var ise bu halde malın değerini veya değer azalmasını tazmin etmesi gerekir. Ancak tüketici sözleşmeden geri dönme konusunda gerektiği gibi aydınlatılmamış ise, bu halde tüketici sadece ağır ihmal veya kastından sorumlu olacaktır. Sözleşmeden geri dönme hakkının kullanıldığı ana kadar, bir eşya veya malın kullanımı veya hizmetten yararlanma sözkonusu ise bunların değerinin de tazmin edilmesi gerekir. Bir malın veya hizmetin önceden belirlendiği şekilde kullanılması veya ondan faydalanma ile oluşan değer azalmaları nazara alınmaz (78). Şimdi de FernAbsG'deki dönme hakkı ile ilgili olarak özellikleri belirtmekte fayda var.

§ 361a BGB'de farklı olarak sözleşmeden dönme süresi; FernAbsG'in 2. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında öngörülen gerekli bilgilerin verilmesi yükümlülüğünün yerine getirilmesinden, mallarda malın tüketiciye ulaşmasından, aynı türden malların tekrarlanan teslimatlarında ilk teslimattan ve bir hizmet sözkonusu ise, sözleşmenin yapıldığı günden önce başlayamaz. Aşağıdaki hallerde ise sözleşmeden dönme hakkı ortadan kalkar.

- a) Mal teslimatlarında, malın alıcıya tesliminden itibaren en geç dört ay sonra (79),
- b) Bir hizmetin ifası söz konusu ise,
 - aa) Sözleşmenin yapılmasından dört ay sonra,
 - bb) Müteşebbis, tüketicinin rızası dahilinde sözleşmeden dönme süresinin sona ermesinden önce hizmetin yerine getirilmesine başlamış ise veya tüketici kendisi buna sebep olmuşsa.

(77) Yönergede yer almayan bu hüküm Alman kitabevi sahiplerinin ısrarı üzerine, müşterinin kitabı alıp okuduktan sonra iade etmesini zorlaştırmak gayesiyle konulmuştur.

(78) Kanunda, ne zaman bir malın önceden öngörüldüğü şekilde kullanılmış sayılacağı hususunda bir açıklık mevcut değil.

(79) Yönergeye göre bu süre üç aydır.

Ayrıca şu hallerde de, aksine bir anlaşma yoksa ve kanuni diğer hükümler mahfuz kalmak üzere, sözleşmeden dönme hakkı mevcut değildir.

- a) Müşterinin isteği üzerine hazırlanan, veya açıkca şahsi ihtiyaçlara tahsis edilmiş, veya özelliği gereği geri göndermeye elverişli olmayan, veya çabuk bozulabilecek veya son kullanma tarihi geçebilecek olan mallarda,
- b) Paketi tüketici tarafından açılan üzerine ses ve görüntünün kaydedildiği mallarda veya yazılım programlarında
- c) Gazete, dergi ve mecmualarda,
- d) Yarış ve bahis oyunlarında,
- e) § 156 BGB anlamında yapılan açık artırmalarda (80),

bu kanun hükümleri uygulanmaz.

2. Malı İade Etme Hakkı (81)

Tüketicie sözleşmeden dönme hakkı yerine, gene BGB'ye FernAbsG'le eklenen § 361b BGB çerçevesinde malı geri iade etmek hakkı da verilebilir. Tabii bir malın geri verilmesi tüketiciye malı geri gönderme külfeti yüklediğinden bu birtakım şartlara tabi kılınmıştır. Buna göre:

- a) Satış prospekti, geri verme hakkı hususunda açık seçik tanzim edilmiş bir bilgiyi ihtiva etmeli,
- b) Tüketici, satış prospektinin muhtevasını müteşebbisin yokluğunda öğrenebilmeli,
- c) Tüketicie sürekli data taşıyıcısı üzerinde bir geri verme hakkı tanınmış olmalı. Ancak bu üç şartın varlığı halinde geri verme hakkından söz edilebilir.

(80) Bu hüküm aslında hükümet tasarısında FernAbsG'in 1. maddesinde kanunun uygulanmayacağı sözleşmeler arasında "açık artırma yoluyla" şeklinde tanzim edilmişti. Tasarının kanunlaşan şekli yeni bir tartışmayı da beraberinde getirmiş oldu. Bu hükmün esas konuluş amacı internet üzerinden yapılan açık artırmaların önünü açmaktır. Fakat internet üzerinden yapılan bu tür açık artırmaların § 156 BGB anlamında bir açık artırma olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu henüz bir netliğe kavuşmamıştır. Bu tür internet açık artırmalarına örnek olarak www.ebay.de, www.ricardo.de gösterilebilir. Her ne kadar genelde bu tür açık artırmalarda muameleler iki tüketici arasında yapılsa da, bir çok firmanın bu yolla mallarını pazarladığını düşüncecek olursak uygulama alanından bahsedilebilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için, bkz. *Wilmer, Thomas, "Rechtsfranger der Internet-Auktion"*, NJW-CoR 3/2000.

(81) Yönerge, bu konuda aşgari şartları ihtiva etmesi hasebiyle, geri verme hakkına yer vermemiştir.

Geri verme hakkı ancak malın geri gönderilmesi suretiyle yerine getirilebilir. Gönderme masrafları müteşebbise aittir ve hiçbir suretle alıcıya tahmil edilemez. Malın geri gönderilmesi mümkün değilse o zaman § 361a BGB'deki süreler dahilinde "geri alma talebi"nde bulunulabilir. Bu halde § 361a f. 2 BGB hükümleri de uygulanır. Geri alma talebi, yazılı olarak veya diğer sürekli bir data taşıyıcısı üzerinden yapılabilir ve herhangi bir gerekçe içermesi de zorunlu değildir.

IV. Tüketicinin Korunmasına Yönelik Diğer Hükümler

1. Sipariş Edilmeyen Mal Teslimi veya Hizmet İfası

Yönergenin 9. maddesinde ve FernAbsG ile BGB'ye eklenen § 241a BGB hükmüne göre, tüketiciye sipariş edilmeyen bir malın teslim edilmesi veya hizmet ifası müteşebbis lehine herhangi bir kanuni hak doğurmaz. Ancak ifanın alıcı için belirlenmemiş olduğu, veya hatalı olarak sipariş edilmiş ve alıcı bunu biliyor veya gerekli özeni gösterseydi bilebilecek idiyse, kanuni talep hakları söz konusu olabilir. Tüketicie sipariş edilen mal yerine fiyat ve kalite bakımından denk bir mal teklif edilmiş ve bunu kabul ve malı geri gönderme masraflarını yüklenmek mecburiyetinin olmadığı hususuna dikkat çekilmiş olduğu hallerde "sipariş edilmemiş bir mal" söz konusu değildir.

2. Ödeme Kartlarının Kötüye Kullanılması Halinde Tüketicinin Sorumluluğu

Yönergenin 11. maddesine göre üye devletler, yönergenin kapsadığı sözleşmelerde ödeme kartlarının hileli şekilde kullanılması neticesinde, tüketicinin oluşacak zararlarının giderilmesi amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlü tutulmuştur (82). Yönergeye göre bu hallerde tüketici *ödemenin iptalini veya hesaba alacak olarak geçirilmesini* talep edebilmeli. Bu hükümler, internet ve diğer haberleşme vasıtalarıyla yapılan, kredi kartı, ec-kartı ve diğer ödeme kartlarının kullanıldığı sözleşmelerde ortaya çıkacak dolandırıcılık vakalarının tüketicinin aleyhine olmasını önlemek gayesini gütmektedir. Telefonda veya internette yapılan işlemlerde kartın ibraz edilmeden numarasının verildiği haller bu tür olaylara örnek olarak sayılabilir. Yönergeye göre,

(82) Bu konuda Avrupa Komisyonun 30 Temmuz 1997 tarihli ve 97/489/EG sayılı Elektronik Ödeme araçlarıyla yapılan muamelelerle ilgili tavsiye için bkz. ABİ. EG Nr. L 208 s. 52.

müşterinin verdiği ödeme talimatı ile örtüşmeyen, ödeme kartının her türlü kullanımı hallerinde ödeme kartlarının hileli kullanımı sözkonusudur. Şu halde, ödeme kartının talimata aykırı olarak gerek üçüncü bir kişi gerekse sözleşmenin tarafı vasıtasıyla kullanılması halleri de hileli kullanım içinde değerlendirilmektedir (83).

Tüketicinin yapacağı ödeme talimatının iptali, veya hesaba alacak geçirilme taleplerine kimin muhatab olacağı, hileli kullanım hallerinde ispat külfetinin kime düşeceği, tüketicinin bu konudaki munzam kusurunun neticelerinin ne olacağı Yönergede düzenlenmemiştir. Bu konuda üye devletlerin milli hukuklarının genel hükümlerinin devreye gireceği kabul edilmelidir.

Almanya'daki mahkeme kararları ve Genel İşlem Şartları Kanunu (AGBG)'nin sağladığı kontrol mekanizması sayesinde tüketici bu tür durumlarda esasen önemli bir koruma zırhına sahip olduğundan Yönergenin ilgili hükmünün milli hukuka uyarlanması önemli olmayan teknik düzenlemeleri ihtiva etmektedir (84). BGB'ye eklenen § 676h ile bu teknik hususlar düzenlenmiştir. Alman Hukukundaki hali hazırdaki durum ise şu şekilde özetlenebilir.

Kartın ödeme talimatına aykırı şekilde kullanıldığı iddiası söz konusu ise, kartı tanzim eden banka veya finans kuruluşu müşterinin geçerli bir ödeme talimatı bulunduğunu ispat etmekle yükümlüdürler. Bu ispat külfeti Genel İşlem Şartları vasıtasıyla kaideten müşteriye tahmil edilemez (85). Bu husus ödeme kartlarının telekomünikativ kullanıldığı - mesela telefon vasıtasıyla PIN veya imza olmadan sadece Kart numarasının bildirildiği - hallerde de geçerlidir. Ancak kartın kötüye kullanıldığı durumlarda kart sahibi kusurlu olarak kart sözleşmesinden doğan özen yükümlülüğünü yerine getirmemiş ve bu nedenle haksız ödemede bulunulmuşsa, kartı tanzim edenin tazminat talep etme hakkı doğabilir. Fakat bu hakkın doğabilmesi için kartı tanzim eden banka veya kredi kuruluşunun gerçekten bir zararının olması şarttır. Ödemenin geri çekilme ihtimali olan - ödemede bulunulmanın hesap numarasının bildirildiği - hallerde zararın oluştuğundan bahsedilemez.

(83) Mesela verilen talimatı aşan bir meblağın hesaptan kesilmesi veya borç muaccel olmadan meblağın kesilmesi gibi.

(84) Bkz. BT-Drucksache 14/2658, s. 19 vd.

(85) BGH NJW 1984, 2460; Taupitz, NJW 1996, 217, 220.

Bir PIN (86) ile birlikte kullanılan kartların rıza haricinde kullanılmaları halinde ise, müşterinin kayıp ihbarında bulunmasından sonra sorumluluğunun olmayacağı kabul edilmektedir (87). Kayıp ihbarı yapılmadan önce ise kusura bağlı bir sorumluluk sözkonusudur. Banka veya kredi kuruluşlarının ihbar yapılmadan önce ise kusura bağlı bir sorumluluk sözkonusudur. Banka veya kredi kuruluşlarının ihbar yapılmadan önce müşterinin kusursuz da olsa sorumluluğunu öngören bir şartı sözleşmeye koyması bu nedenle geçersizdir (88). Ec-kartları ile ilgili özellikle bankaların kullandıkları genel işlem şartları mahkeme kararları sayesinde müşterilerin lehine olan hükümler içermektedir. Buna göre müşteri kayıp ihbarında bulunduktan sonraki oluşacak zararlardan sorumlu değildir. Kayıp ihbarından önce ise, müşterinin ağır kusuru varsa, müşterinin oluşacak tüm zararlardan sorumluluğu cihetine gidilebilir. Hafif kusurunun olduğu hallerde ise sorumluluk yüzde on ile veya 100 DM ile sınırlandırılmakta hatta bazen hiç bir şekilde sorumluluk öngörülmemektedir. ATM'lerden kart sahibinin rızası haricinde ec-kart ile para çekilmesi hallerinde ise mahkeme içtihatları, ATM'lerde para çekilmesinin, ancak PIN bilindiği takdirde mümkün olduğunu, bunun ise ancak müşterinin ağır kusuru nedeni (89) ile kartla birlikte PIN'in de üçüncü kişinin eline geçmiş olması halinde mümkün olabileceğinden hareketle, müşterinin ağır kusurunun varlığını kabul etmektedirler (90). Ancak kullanılan PIN ve ciplerin yeterince güvenli olmadığına anlaşıldığı hallerde böyle bir varsayımdan bahsedilmeyecektir.

Yukarıdaki esaslar ödeme kartlarının telekomünikatif olarak kullanıldığı alana ve konumuzla ilgili olarak da mesafeli sürüm yoluyla yapılan sözleşmelere teşmil edildiği takdirde şu sonuca varabiliriz: Müşterinin kartının kötüye kullanılması ile oluşan zararın tazmini talebi, kendisinin munzam kusuru var ise reddedilebilecektir. Mesela internet üzerinden yapılan alış-verişlerde kredi kartı numarasının şifresiz şekilde gönderilmesi, PIN veya TAN (91) numarası

(86) *Personal identification number*, kısaca şifre diyebiliriz. Kredi kartları genellikle PIN olmadan kullanılmaktadır.

(87) **BGH NJW 1991, 1886.**

(88) **BGH NJW 1991, 1886, 1997, 1700.**

(89) Müşterinin ec - kartında bulunduğu cüzdana PIN'in de bulunması ve daha sonra cüzdanın kaybedilmesi buna örnek gösterilebilir.

(90) **Bkz. OLG Hamm NJW 1997, 1711; AG Frankfurt NJW 1998, 687; CR 1998, 723.**

(91) TAN denilen "*Transactions Number*" numaralar daha çok internet üzerinden yapılan banka işlemlerinde kullanılmaktadır. Buna göre müşteri yapacağı her işlem için mes. havale için, yeni bir TAN numarası kullanmak zorundadır.

raları özenli şekilde muhafaza edilmediği için üçüncü kişilerin eline geçmesinde olduğu gibi (92).

3. AB Hukuku Dışında Yabancı Hukukunun Uygulanmasının Şarta Bağlanması

Alman Milletlerarası Özel Hukukunun düzenlendiği BGB'nin yürürlük kanununa 29a maddesinin (EGBGB 29a) (93) eklenmesiyle, tarafların aralarındaki akde uygulanacak hukuku seçme hakları sınırlamaya tabi tutulmuştur. Buna göre taraflar, akde AB veya EFTA devletleri dışındaki bir devletin hukukunun uygulanmasını kararlaştırmışlarsa, akdin AB veya EFTA'ya üye devletlerden herhangi birisi ile daha yakın bir irtibatı (enger Zusammenhang) olması halinde, bu devletlerde cari olan tüketiciyi korumaya yönelik AB yönerge hükümleri uygulanacaktır. Maddenin ikinci fıkrasında ise özellikle yakın irtibatın kabul edileceği halin şartları sayılmıştır. Buna göre şu iki şart birlikte gerçekleştiği takdirde yakın irtibatın varlığı kabul edilecektir.

- a) Sözleşme. AB veya EFTA üyesi devletlerin sınırları içerisinde alenen yapılan bir teklif veya reklama veya benzeri ticari bir faaliyete binaen yapılmış ve
- b) diğer tarafın, akdin yapılmasına yönelik beyanını açıkladığı esnada, AB veya EFTA üyesi olan devletlerden birinde mutad meskeninin (**gewöhnlicher Aufenthalt**) olması lazımdır.

(92) Hali hazırda piyasaya sürülen internet tarayıcılardan (**Browser**) olan “**Internet Explorer 5**” istenildiği takdirde daha önce bir şekilde (mesela banka işlemi esnasında) verilen bilgileri kaydetme özelliğine sahip olması hasebiyle, bu bilgilerin, bu bir şifre de olabilir, üçüncü kişiler tarafından “çalınması” ihtimali her zaman için mümkündür. Bu durumda en azından müşterinin hafif kusurundan bahsedilebilir. Çünkü en azından şifrelerinin tarayıcı üzerine kaydedilmesini sağlayan sistemi kendisi seçmiştir.

(93) Esasen böyle bir hüküm § 12 AGBG ihtiva etmekteydi.

Sonuç

Yukarıdaki uzun bir şekilde anlatıldığı üzere, günümüz teknolojisinin hızlı gelişmesine hukukun ayak uyduramadığı bir gerçektir. Her ne kadar, internet üzerinden veya e-mail vasıtasıyla yapılacak irade beyanlarında mevcut kanuni hükümlerin uygulanmasıyla, irade beyanının varması, ulaşması ve irade beyanının iptali gibi problemler çözülebilirse de, Avrupa Birliğine aday bir ülke olarak tüketiciyi koruma alanında yeni düzenlemelere ihtiyaç vardır. Bu yeni düzenlemeler Tüketiciyi Koruma Kanunu içerisinde bir takım eklemelere yapılabileceği gibi, müstakil yeni bir kanunla da yapılabilir. Bu düzenlemeler yapılırken Yönerge ve Alman Mesafeli Sürüm Yoluyla Yapılan Sözleşmeler Hakkındaki Kanundan (FernAbsG) faydalanılabilir. Özellikle ülkemizde bir Genel İşlem Şartları Hakkında bir kanunun olmadığı ve internet üzerinden yapılan sözleşmelerin çoğunlukla tüketicinin "iştirak" ettiği, katıldığı bir sözleşme olduğu düşünülecek olursa bu düzenlemelerin yapılması aciliyeti daha iyi anlaşılacaktır.

Düzenlemeye ihtiyaç gösteren bir başka alan ise, e-maillerin delil veya delil başlangıcı olup olamayacakları hususudur. E-mailleri şu andaki halleriyle bir delil başlangıcı olarak değerlendirmek mümkündür. niteliğindedirler. Manipüle edilme ihtimallerinin azaldığı ortamlarda ise yazılı delil olarak dahi kabul edilebilirler. Ayrıca sanal alemde yapılan muamelelerde hukuki güvenliğin artırılması için de dijital imza düzenlenmesi yapılması zorunludur. Böylece kişilerin yaptıkları muamelelerin manipüle edilme ihtimalleri asgari seviyeye indirilmiş ve yapılan bu muamelelerin o kişilere izafe edilmesi mümkün olacaktır.

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABI	: Amtsblatt
AG	: Amtsgericht
AGBG	: Gesetz über die Allgemeine Geschäftsbedingungen vom 1976
age	: Adi geçen eser
BB	: Der Betriesb - Berater
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
bkz.	: Bakınız
BT-Drucksache	: Bundestag Drucksache
CR	: Computer und Recht
DZWir:	: Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EFTA	: European Free Trade Association
EG	: Europaeische Gemeinschaft
EGBGB	: Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
JuS	: Juristische Schulung
LG	: Landgericht
MDR	: Monatsschrift für deutsches Recht
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NJW-CoR	: Neue Juristische Wochensthrift - Computer Report
NJW-RR	: Neue Jristische Wochenschrift - Rechtsprechungs - Report
OLG	: Oberlandesgericht
RDV	: Recht der Datenverarbeitung
s.	: Sayfa
vd	: Ve devamı
WM	: Wertpapier Mitteilungen
ZIP	: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzercht