



KURULUŞ: OCAK-1975, YIL: 32 SIRA SAYI: 118



CİLT: 32

OCAK-NİSAN 2006

SAYI: 1-2

Sahibi : Yargıtay Adına, Birinci Başkan **Osman ARSLAN**
Yayın Müdürü : Yargıtay Yayın İşleri Müdürü **Ersin DAMAR**

YAYIN KURULU

Başkan : **Hakkı DİNÇ** (2. Hukuk Dairesi Üyesi)
Üyeler : **Nazım KAYNAK** (6. Hukuk Dairesi Üyesi)
Sedat BAKICI (11. Ceza Dairesi Üyesi)
Mustafa KICALIOĞLU (4. Hukuk Dairesi Üyesi)
Sevgi SAKA (7. Ceza Dairesi Üyesi)

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

- Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü'nce **üç ayda bir 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) 416 11 38 - 416 11 39
 - **Faks:** (0-312) 419 41 11
 - % 1 oranındaki katma değer vergisi içinde, **2006 yılı Yargıtay Dergisi abone bedeli 27.00 YTL.dir.**
 - Dergi bedeli **Ziraat Bankası Kızılay Şubesi'ndeki 39009014-5001** sayılı veya **Posta Çekleri Merkezi'ndeki 92932 numaralı** hesaplarımızdan birine aktarılarak ya da **Müdürlüğümüz Veznesine** yatırılarak abone olunur.
 - Abone işleri için Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.
 - Yıllık abone olmaları koşuluyla, **Hukuk Fakültesi Öğrencilerine % 30 indirim uygulanır.**
 - **Ödemeli gönderilmez, temsilcimiz yoktur.**
-

ISSN 1300 - 0209

İÇİNDEKİLER

Sayfa

1- GENEL KONULAR

- a) Mehmet Handan SURLU Hukuk Dilinde Türkçe5-24
- b) Doç. Dr. İbrahim ŞAHBAZ Avrupa Konseyine Üye Ülkeler
Cumhuriyet Başsavcılarının
Budapeşte İlkeleri25-34

2- MEDENİ HUKUK

- a) Yusuf ULUÇ Afet Kadastro Bir Kadastro
İşlemimidir! Hak Düşürücü Süre ve
Hukuk Genel Kurulu'nun 12.3.2003
Gün, 2003/1-110, 2003/162
Sayılı Kararı.....35-50
- b) Mine KAYA Özel Hukukta Özel Hayatın
Korunması51-98

3- CEZA HUKUKU

- a) İhsan AKÇİN Cinsel Dokunulmazlığa Karşı
Suçlar99-144
- b) İnci BIÇKIN Siber Suç Sözleşmesi ve 5237
Sayılı Türk Ceza Kanununda
Bilişim Suçları145-168

4- TİCARET HUKUKU

- a) Süleyman ÜNAL Ticari Defter ve Belgelerin
Mahkemeye İbrazı
ve TTK Tasarısının Ticari Defterlere
İlişkin Düzenlemesi169-186

b) Serdar ARIKAN

Tescilsiz Markalar ve
Uygulama Sorunları187-218

5- USUL HUKUKU

a) Reha SÜMER

Cumhuriyet Savcılarının
Temyiz Süresi ve Kanun Yoluna
Başvuruda Yanılma219-230

6- YARGITAY'DAN HABERLER

a) Ersin DAMAR

Yeni Seçilenler, Emeklilik
Nedeniyle Yargıtay'dan Ayrılanlar231-237

—oOo—

HUKUK DİLİNDE TÜRKÇE

Mehmet Handan SURLU (*)

ANLATIM DÜZENİ: Giriş. Birinci Bölüm: Cumhuriyet Öncesi Hukuk Dili. İkinci Bölüm: Cumhuriyet Döneminde Hukuk Dili, A- Yasa Dilinde Türkçe, a- Anayasalarımızda Türkçe, aa- 1924 Anayasası'nda Türkçe, aaa- Teşkilatı Esasiye Kanunu, bbb- Teşkilatı Esasiye Kanunundan Anayasa'a, ccc- Anayasa'dan tekrar Teşkilatı Esasiye Kanunu'na Dönüş, bb- 1961 ve 1981 Anayasalarında Türkçe, b- Yasalarımızda Türkçe. B- Hukuk Kavram ve Terimlerinde Türkçe. C- Hukuk Uygulamasında Türkçe, aa- Yerel mahkemeler uygulamasında Türkçe, bb- Yüksek Mahkeme kararlarında Türkçe. D- Hukuk dilinin Sadeleştirilmesine Gönül Verenler.

GİRİŞ

Cumhuriyet kurulduktan sonra Yüce Atatürk ve arkadaşlarının başlattıkları devrimlerin en başında Hukuk Devriminin geldiği yadsınamaz bir gerçektir.

Bir başka söyleyişle, Büyük Atatürk ve Cumhuriyetimizin kurucu kadrolarını oluşturan arkadaşları, 29 Ekim 1923'ten hemen sonra teokratik düzenden laik yaşama geçiş sürecini tam anlamıyla sağlamak için devrimlere gereksinim duymuşlar ve bu gereksinimin temel taşının ise "hukuk devrimi" ol-

(*) Yargıtay Onursal Birinci Başkanvekili

duğunu görmüşler; işte bunun içindir ki, işe hukuk devrimi ile başlamışlar, düşledikleri topluma laik hukuk düzeniyle ulaşabileceklerini saptadıklarından bunu amaçlamışlardır.

Diğer alanlarda olduğu gibi, hukuk alanında düşündükleri ve düşledikleri amaçlarına ulaşmanın en etkili aracı muhakkak ki hukuk dilinin anlaşılabilirlik sarmalını kırmaktır.

Bu nedenledir ki hukuk devriminin en önemli dayanağı, diğer devrimler için olduğu gibi, dilde özleşme ve anlaşılabilirlik olacaktır. Yurttaşımız, çekişmelerinin çözümü için başvurduğu yargıda, derdini, sorunlarını yalın bir şekilde anlatırken yargının bu çekişme hakkında ulaştığı sonuçları da kimse-nin yardımına gereksinim duymadan anlamalıydı. Bunu ancak tüm alanlarda olduğu gibi hukukta da dil devrimi sağlayabilirdi.

İşte hukuk dilinde Türkçemizin öyküsü böyle başladı... Artık bu öykünün ayrıntılarına geçebiliriz. Ancak bunun anlaşılabilirliği için Cumhuriyet öncesi hukuk diline de kısaca değinmemiz zorunludur.

BİRİNCİ BÖLÜM

CUMHURİYET ÖNCESİ HUKUK DİLİ

Cumhuriyet öncesi dönemde hukuki konular son derece ağıdalı bir Osmanlıca ile yazılır ve konuşulurdu.

Bunu sadece bir örnekle açıklamak sanırım yeterli olacaktır. Bunun için Cumhuriyet öncesinin Medeni Kanunu sayılabilecek, kısaca Mecelle diye anılan ve tam adı "Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye" olan kanunun ilk maddesinden alıntı yapmak istiyoruz. Böylece hukuk dilinin nereden nereye geldiğini de vurgulamış olacağız. Şöyleki;

Mukaddime

Makaale-ı Ūla

İlm-i fıkhn ta'rif ve taksimi hakkındadır.

Madde 1-İlm-i fikh mesâil-i ser'iyye-yı ameliyyeyi bilmektir.

Mesâil-i fıkkıyye ya emr-i âhirete taâllük eder ki ahkâm-ı ibadâtır veya hut emr-i dünyaya taâllük eder ki münâkehat ve muamelât ve ukûbât kısımlarına taksim olunur. Şöyle ki Cenab-ı Hak bu nizam-ı âlemin vakt-i mukadere dek bekaasını irade edip bu ise nev-i insanın bekaasına ve nev'in bekaası tenâsül ve tevâlüd için zukûr ve inâsın izdivacına menuttur ve bir de nev'in bekaası eşhasın adem-i inkitâyiledir. İnsan ise i'tidâl-i mizacı hasebiyle bekaada gıdâ ve libas ve meskençe umûr-u sînâiyye muhtaç olur. Bu dahi efrad beyninde teâvün ve iştirâk husûlüne tevakkuf eder. Elhasıl insan medeniyyût-tab olduğundan sair hayvanat gibi münferiden yaşamayıp bast-ı bisat-ı medeniyyet ile yekdiğere muavenet ve müşarekete muhtacdır.¹

Maddenin bugünkü dile çevrilmiş şekli şöyledir:

Giriş

Birinci Makale

Fıkhn ilminin tanımlanması ve bölünmesi hakkındadır.

Madde 1- Fıkhn ilmi, şer'i uygulama meselelerini bilmektir.

Fıkhn meselelerinin ahiretle ilgili bölümü ibadet hükümlerindedir. Dünya işleri ile ilgili bölümü ise münakahat (aile hukuku), muamelat (borçlar hukuku) ve ukubat (ceza hukuku) olmak üzere üçe ayrılır. Şöyle ki, Cenab-ı Hak bu kâinat (evren) düzeninin takdir buyurduğu zamana kadar sürmesini irade etmiş-

(1) Ali Himmet Berki, Açıklamalı Mecelle-Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, Hikmet Yayınları 2.Baskı, İstanbul 1999, sh:18

tir. Bu ise insanın türünün varlığına, insanın varlığı da üremesine, yeni doğumlara, erkeklerin ve kadınların evlenmelerine, kuşakların aralıksız birbirini takip etmesine bağlıdır. İnsan ise ölçülü yapısı gereği, yaşamını sürdürebilmesi için gereken gıda, elbise ve meskeni sanayi ürünlerinden (başkalarının ürünlerinden) sağlamak zorundadır. Bu da kişiler arasında ilişkilerde yardımlaşmayı, ortaklaşa hareketi gerektirir. Kısaca, insan sosyal bir varlık olduğundan, diğer hayvanlar gibi tek başına yaşayamaz, toplum yaşamı içerisinde yardımlaşmak, ortaklaşa hareket etmek zorundadır.²

Bu alıntı Cumhuriyet öncesi hukuk dili hakkında yeterli fikir vereceği için bu konuda daha fazla bir şey söylemeyi gereksiz görüyoruz.

İKİNCİ BÖLÜM

CUMHURİYET DÖNEMİNDE HUKUK DİLİ

Ulus olmanın ve yurttaşlık bilincinin temel harcı dil devriminin, Cumhuriyetin temeli laik hukuk ve yargıya yansımaması düşünülemezdi.

Bundan sonra, işte bu yansımaları özel başlıklar altında ele alacağız. Ulaşılan olumluluklara genel olarak sevinirken, bir konuda da burukluk duyacağız.

A-Yasa Dilinde Türkçe

Yasa dilinde Türkçe denildiğinde ilk akla gelen Anayasa'da Türkçe dersek sanırım yanlış olmaz. Bunun ardından sırayla "Diğer Yasalarda Türkçe", "Hukuk Terim ve Kavramlarında Türkçe", "Yargı Uygulamasında Türkçe" ve "Yüksek Mahkeme Kararlarında Türkçe" konularına değinecek, hemen sonunda hukuk dilinin sadeleştirilmesine gönül verenleri anacağız.

(2) Cengiz İlhan, Mecelle-Hukukun Doksan Dokuz İlkesi, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı Yayını-İstanbul 2003 sh:1 vd.

a-Anayasalarımızda Türkçe

Daha önceleri verilen uğraş ve emekleri küçümsememekle birlikte, şurası muhakkaktır ki, hukuk dilinde yalınlaşma ve öz Türkçe'ye dönüş, hepimizin bildiği üzere, diğer alanlarla beraber 1932 Birinci Türk Dili Kurultayı'ndan sonra hızlanmıştı demek hiçte yanlış olmaz.

Bu hususu belirttikten sonra Anayasamızda Türkçe'nin ilginç öyküsüne geçebiliriz.

aa-1924 Anayasası'nda Türkçe:

aaa-Teşkilatı Esasiye Kanunu

Cumhuriyetin ilanından sonra kabul edilen 20.4.1340 (1924) tarih ve 491 sayılı "Teşkilatı Esasiye Kanunu"nun dili o günün koşullarına uygundu ancak yalınlıktan uzaktı.

Bunu örneklemek ve daha önceki aşamanın daha kolay kavranılıp değerlendirilmesini sağlamak amacıyla genel ilkeleri düzenleyen ilk sekiz maddesini aşağıya aynen almak istiyoruz.

BİRİNCİ FASIL

Ahkamı Umumiye

Madde 1-Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir.

Madde 2-(5.2.1937-3115) Türkiye Devleti Cumhuriyetçi, Milliyetçi, Halkçı, Devletçi, Laik ve İnkılapçıdır. Resmi dili Türkçedir. Makarrı Ankara şehridir.

Madde 3-Hakimiyet bilakaydüşart Milletindir.

Madde 4-Türkiye Büyük Millet Meclisi, Milletın yegane ve hakiki mümessili olup Millet namına hakkı hakimiyeti istimal eder.

Madde 5-Teşri salahiyeti ve icra kudreti Büyük Millet Meclisinde tecesselli ve temerküz eder.

Madde 6-Meclis, teşri salahiyetini bizzat istimal eder.

Madde 7-Meclis, icra salahiyetini, kendi tarafından müntehap Reisicumhur ve onun tayin edeceği bir İcra Vekilleri Heyeti marifetiyle istimal eder.

Meclis, Hükümeti her vakit murakabe ve ıskat edebilir.

Madde 8-Hakkı kaza, millet namına, usulü ve kanunu dairesinde müstakil mehakim tarafından istimal olunur.³

bbb-Teşkilatı Esasiye Kanunundan Anayasa'ya

Dil kurultayından sonraki evrede yaşanan dilin özleştirilmesi özleminin bir sonucu olarak, 1945 yılı başında İzmir Mebusu Şükrü Saracoğlu ve 222 arkadaşınca:

“Teşkilâtı Esasiye Kanunundaki yabancı sözlerin Türkçe karşılıklarıyla değiştirilmesi, dil devrimimizin hukuk ve idare alanında da gerçekleşip kökleşmesine yardım edeceği düşüncesiyle hazırlanan tasarı ilişik olarak sunulmuştur. Tasarıda eski Teşkilâtı Esasiye Kanunu hükümlerinin esasında hiçbir değişiklik yapılmamış, manaya tamtamına bağlı kalmıştır.

Hangi yabancı sözlerin hangi Türkçe asıllarıyla karşılandığını gösteren gerekçe ilişiktir. Bu tasarrının biran önce kanunlaşması için gerekli işlemin yapılmasını saygılarımızla rica ederiz.⁴”

(3) (Prof.Dr.Suna Kili-Prof.Dr.A.Şeref Gözübüyük, Türk Anayasa Metinleri, “Senedi İttifaktan Günümüze”, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara-1985, sh:111 vd)

(4) (TBMM Zabıt Ceridesi, Derre:VII, Cilt:15 İçtime:2, 5.sayısı, 39 sh.1)

Diyerek sundukları ve

“Anayasa metninde değiştirilen kelimelerin sayısı pek çoktur. Ancak bunların en büyük kısmı konuşma dilimizde evvelce de kullanılmamış ve bugün yazı dilimizde gitgide kullanılmaz olmuş kelimelerdir. Bunlar üzerinde yapılan iş, onları sadece bugünün kelimeleri ile değiştirmek olmuştur. Yine bu kelimelerden bir kısmı, türkçe karşılıkları dilimizde yaşamakta olduğu halde, resmi dilde dayanan arabça terimlerdir. Böyle kelimelerimizi terim olarak layık oldukları yerlere yerleştirirken bir kısmının sarih olarak hangi kelimeye karşılık oluklarına işaret etmek gerektiğini duyduk.

Metinde terim olarak eski ve yeni türk lehçelerinden alınmış bir kısım kelimelerle yaşayan dilin teşkil imkanlarına dayanarak yapılmış bir kısım kelimeler vardır. Bunlar hakkında da kısa izahlar yapmağı yerinde bulduk.

Terim koyarken en çok dikkat edilecek cihetlerden biri teklif edilen karşılığın komşu kavramlarla ilişkiliğini ve onlar arasındaki yerini kavramak ve belirtmektir. Bu itibarla yeni kelimeleri kavram aileleri ve kelime aileleri halinde birden gözönüne getirmeğe çalıştık. Onları mümkün olduğu kadar bir kelime veya bir kavram etrafına topladık veya göndermelerle bağladık.

Tanzimattan beri, hususiyile Meşrutiyetten sonra hukuk terimlerimiz, fransız hukuk kavramlarını arabça kelimelerle ifade yolunda gelişmiştir. Bununla beraber bu sistem kullanışta birçok ikilikler ve kararsızlıklar gösterir. Bunu önlemek için gerekli gördükçe ve katılık sağlamak üzere yanlarına fransızca karşılıklarını da koyduk.⁵”

Şeklinde gerekçelendirdikleri,

Anayasa teklifi 10.1.1945 tarihinde TBMM’nde görüşülmeye başlanmış ve aynı oturumda oybirliğiyle kabul edilmiştir.

(5) (TBMM Zabıt Ceridesi, Derre VII, Cilt:15 İçtime:2, 5.sayısı, 39 sh.3)

Örnekleme amacıyla yukarıya aldığımız ilk sekiz maddenin yeni şeklini aşağıya aynen alarak bir kıyaslama yapma olanağını sağlamak istiyoruz:

BİRİNCİ BÖLÜM

Esas Hükümler

Madde 1-Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir.

Madde 2-Türkiye Devleti Cumhuriyetçi, Milliyetçi, Halkçı, Devletçi Lâyet ve Devrimcidir. Devlet dili Türkçedir. Başkent Ankara'dır.

Madde 3-Egemenlik kayıtsız şartsız Milletindir.

Madde 4-Türk milletini ancak Türkiye Büyük Millet Meclisi temsil eder ve Millet adına egemenlik hakkını yalnız o kullanır.

Madde 5-Yasama yetkisi ve yürütme erki Büyük Millet Meclisinde belirir ve onda toplanır.

Madde 6-Meclis, yasama yetkisini kendi kullanır.

Madde 7-Meclis, yürütme yetkisini kendi seçtiği Cumhurbaşkanı ve onun tâyin edeceği Bakanlar Kurulu eliyle kullanır.

Meclis, Hükümeti her vakit denetleyebilir ve düşürebilir.

Madde 8-Yargı hakkı, millet adına usul ve kanuna göre bağımsız mahkemeler tarafından kullanılır.⁶

Görüşmeler sırasında Teşkilatı Esasiye Encümeni reisi olarak konuşan M.Ökmen değişikliğin nedenini açıklarken:

(6) (Prof.Dr.Suna Kili-Prof.Dr.A.Şeref Gözübüyük, Türk Anayasa Metinleri, "Senedi İttifaktan Günümüze", Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara-1985, sh:111 vd)

"Arkadaşlar; herşeyden önce haklı bir gurur ile şunu iddia edebiliriz ki, bu memlekette, bu toprak üstünde hakiki devletleşmenin, hakiki millileşmenin olduğu gibi hakiki kültürün de temeli Büyük Millet Meclisi ile beraber ve onun tarafından atılmıştır. Büyük Meclis, yüz yılın dörtte birine henüz erişen kısa fakat bu millet için çok uğurlu olan hayatında birbiri ardı sıra bir çok kurtarıcı, temizleyici, yapıcı, koruyucu hamleler yapmıştır. Bu toprak üzerinde yaşayan insanlar gerçek vicdan hürriyetine olduğu gibi gerçek kültür hürriyetine ancak bu Meclisin getirdiği prensipler sayesinde kavuşmuştur. Büyük Meclis daha 1928 senesinde Arap harfleri yerine lâtin aslında Türk harflerini kabul ederken yalnız okur yazarlığın en geniş halk kitlelerine, köylere, ihtiyarlara, çocuklara kadar yayılmasını temin değil, aynı zamanda ilim diliyle, edebiyat diliyle, gazete diliyle, kitap diliyle halk dili arasındaki ayrılığı, memleketin muhtelif bölgeler arasındaki lehçeler farkını kaldıran bir kültür hareketinin temelini atmıştır. Bu itibarla Türk dilinin her sahada bütün mânasiyle, gelişmesine, yayılmasına, Arap harflerinin kaldırılıp, lâtin harflerinin kabulüne sebep olmuştur. 15 seneyi geçen zamandanberi millet ve Devlet elele vererek öz dilin, resmî ve hususi dilde katî egemenliğini tesis için övünülecek, ıftihar edilecek birleşmiş bir mesai yapmağa muvaffak oldu. Bu mesai neticesindedir ki, bugün öz türkçe dilde aşağı yukarı tamamıyla hakim bir vaziyete gelmiştir. Fakat bunun yanında yazık ki kanun dili resmî dil, Devlet dili biraz geride kaldı. Mazbatamızda izah ettik, bunun sebebi açıktır. Devlet adamları, kanun adamları, Devlet ve kanun dilinde konuşan insanlar kanunlardaki, bilhassa Teşkilatı Esasiye Kanunundaki terim ve istilâhlara bağlı kalmak mecburiyetindedirler. Bu insanlar hukuk ve kanun dilinde yapacakları herhangi bir inkılâp için Anayasanın kılavuzluğunu, rehberliğini beklemek zaruretindedir. Bu gelişme bugün öyle bir hale geldi ki, artık Türk dili; ilim dili olarak, teknik dili olarak kendisinde aranılan vasıfların diğer ileri dillerin şart ve vasıflarının hiç birisinden mahrum değildir. Büyük Millet Meclisi bütün milli dâvaları zamanında halleden, bu dâvayı da geleneğine uyarak hal yoluna gitmiştir. Öz dilin resmî kanun dili, hukuk dili olması için bütün mevzuata kayıtsız şartsız olarak egemen olması için olgun bir çağa geldiğini görmüştür.

.....

Arkadaşlar Anayasa Kanununu türçeleştirmeyle B.M.Meclisi, hiç şüphe yok kendi tarihinde emsali pek çok olan milli başarılarından birisini daha tamamlıyor. Yine hiç şüphe yok ki, Anayasa türkçesi ile Türk dili, demin de arzettiğim gibi, bundan böyle kayıtsız, şartsız olarak resmi dilde; hususi dilde kanun dilinde hâkimiyetini tamamiyle tesis etmiş bulunuyor. Kararınız hayırlı olsun arkadaşlar.

Lâyihamızı Büyük Millet Meclisinin takdir ve tasvibine arz ediyoruz..”⁷

Diyerek değişikliğin amacını açıklamış;

Söz alan Bingöl Mebusu T.Banguoğlu:

“Anayasamızın Türkçe yazılmış metniyle Türkiye Büyük Millet Meclisi Osmanlıca’yı son dayanağından da söküp çıkarmış olacaktır. Bu tarihi kararla milletimizi beş asır konuştuğunu yazma ve yazılanı anlama nimetinden mahrum bırakan bu suni dil kalkmış olacaktır. Bu sayede Türk yazı dili de bu saptan kurtularak ana yatağına dönmüş olacaktır.”⁸

Kütahya Mebusu B.Atalay ise:

“Sözlerimi bitirmeden evvel üç kısa noktaya temas edeceğim:

Bunlardan birisi “Anayasa” kelimesidir. Arkadaşlar.(Anayasa) kelimesi hakikaten bir başarı olmuştur. Bugün dilimizde şu ana kadar (Konstitüsyon, kontitüsyonel) kelimelerini karşılayan bir kelime yoktu. Bugün görülüyor ki daha (Anayasa) kabul edilmeden evvel yazılan yazılarsa Anayasa “Konstitüsyon” karşılığı olarak kullanılıyordu. Amerika anayasası yerine “Amerika kontitüsyonu”. Görülüyor ki o tabir “Kontitüsyon” karşılığı olarak hukuk dilimizin bir eksikliğini tamamlamıştır. Bunu yaparken bu çalışmalar esnasında üç bü-

(7) (TBMM Zabıt Ceridesi, Derre VII, Cilt:15 İçtime:2, 5.sayısı 39 sh.41 vd)

(8) (TBMM Zabıt Ceridesi, Derre VII, Cilt:15 İçtime:2, 5.sayısı 39 sh.42 vd)

yük ismi, -benim hatırıma gelen bunlardır- anmayı vazife icabı sayıyorum: Bunlardan birisi (Lehçei Osmani)yi vücade getiren Ahmet Vefik Paşa merhumdur. Türk davasını, Türk mefkûresini benimsiyen bu büyük Türk'ü burada bu güzel vesile ile minnetle anıyorum.

Şemseddin Sami merhumun Türk dili uğrındaki aziz yazılarını hatırlayarak onun hatırası önünde saygı ile eğiliyorum.

Bir de kıymetli arkadaşımız ve bu dâva için daima buraya, bu kürsiye çıkan ve çok defalar üzüle üzüle kürsüden inen kıymetli ve rahmetli arkadaşımız Tunalı Hilmi'yi de hürmetle yadetmeyi de vazifeden sayıyorum.

Son bir söz daha arkadaşlar, bu andan itibaren gelecek bütün kanunlarda bu terimlerin tamamıyla gözönünde tutulmasının gerektiğini ve gerek hükümet tarafından gelen tasarlarda, gerek bizim vereceğimiz tekliflerde bundan sonra bütün hukuki terimlerde bunların ihmal olunmayıp sıkı bir surette tatbik edilmesi lâzımdır.

Kelimelerden bahsederken bir kelimeyi unuttum, onun da kıymetini yüksek huzurunuzda tebarüz ettirmeyi vazife biliyorum. O da "Sıkı yönetim" tabiridir. Arkadaşlar "Sıkı yönetim" "Idarei örfiye" gibi bir mefhumu ifade etmesi bakımından kat kat ve muvaffakiyetle onun yerine geçmiştir. Yani Kemalettin Kâmu'nun tabiriyle ardı olmuştur."⁹

ccc-Anayasa'dan tekrar Teşkilatı Esasiye Kanunu'na Dönüş

Şu anda bu yazıyı okurken bile sizleri mutlu ettiğime inandığım bu değişikliğin öyküsü ne yazık ki burada bitmiyor. Türkiye Büyük Millet Meclisinde 24.12.1952 tarihinde kabul edilen 5997 sayılı Kanunun başlığı aynen şöyle:

(9) (TBMM Zabıt Ceridesi, Devre VII, Cilt:15 İçtima:2, 5.sayısı 39 sh.46 vd.)

“491 sayılı Teşkilatı Esasiye Kanununun Tekrar Mer’iyete Konulması Hakkında Kanun”

Kanun iki maddeden ibaret...

Madde 1-20 Nisan 1340 tarih ve 491 sayılı Teşkilatı Esasiye Kanunu 4695 sayılı Kanunun kabul tarihine kadar yürürlükte bulunan tadilleriyle birlikte tekrar meriyete konulmuş ve bu kanun yerine ikame edilmiş olan 10.1.1945 tarihli ve 4695 sayılı Anayasa meriyetten kaldırılmıştır.

Madde 2-Bu kanun neşri tarihinden itibaren mer’idir.¹⁰

Bu değişiklik tutanaklara göre İstanbul Milletvekili Fuad Köprülü ve 203 arkadaşlarının teklifi olarak gündeme gelmiştir ve nedeni şöyle açıklanmıştır:

“Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı Yüksek Makamına

Türk dilinin kendi bünyesi içinde gelişmesi ve güzelleşmesi, bir taraftan tabii seyrini takip ederek sadeleşmesi ve olgunlaşmasıyla diğer taraftan da dil işlerinin bir siyaset ve Devlet işi olmaktan çıkartılması ve salâhiyetli ilim meclislerince serbest tetkik ve araştırmaların ışığı altında çalışılmasıyla mümkündür. Dilimizin bu yoldaki gelişme ve olgunlaşmasına engel olan kanuni ve resmi engellerin kalkması Anayasamızın bu husustaki hükümlerinin değiştirilmesi ve yaşıyan Türk dilinden ayrı ikinci bir dil mahiyetini arzeden Anayasa ve İçtüzük dilinin yaşıyan dile çevrilmesi bir zaruret olarak duyulmaktadır. İşte bu sebeple Anayasamızın asıl metnini teşkil eden 20 Nisan 1340 tarihli Teşkilatı Esasiye Kanununun eskimiş birtakım kelime ve istilahları atılarak vücuda getirilen ilişik metni ve gerekçesi ait olduğu komisyonda incelenerek Yüksek Meclisin tasvibine arz olunmak üzere işbu kanun teklifimizi takdim eyleriz”.¹¹

(10) (Prof.Dr.Suna Kili-Prof.Dr.A.Şeref Gözübüyük, Türk Anayasa Metinleri, “Senedi İttifaktan Günümüze”, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara-1985, sh:133)

(11) (TBMM Tutanak Dergisi Cilt 18 Dönem IX Toplantı 3, 8.12.1952 Ondördüncü birleşim-Birinci Oturum Sh:2)

Kanun gerekçesi ise gerçekten ilginçtir ve aynen şöyledir:

“1945 yılında iktidarda bulunan Hükümetin reisi, (222) iki yüz yirmi iki arkadaşı ile birlikte Yüksek Meclise sunduğu bir kanun teklifinde: «20 Nisan 1340 tarihli Teşkilatı Esasiye Kanununun ifadesini Türkçeleştirmek ve terimlerini özleştirmek...» gibi zaruretlerden bahsile 4695 numaralı bugünkü Anayasa metni Meclisten çıkarttı1.

Bu metin aslını teşkil eden 20 Nisan 1340 tarihini Teşkilatı Esasiye Kanunundan, dilde yaşıyan birçok kelime ve ıstılahların atılarak yerlerine ya yeneden uydurulan birtakım kelime ve ıstılahlar konmak suretiyle veya eski Türk lehçelerinde yaşarken hayatiyetini kaybederek fosilleşmiş olan kelimelerin şekilleri değiştirilerek ve bazan Moğolca gibi yabancı dillerden edatlar ve ekler alınarak yapılan kelimelerden ve ıstılahlardan yeni bir halita vücuda getirilmiştir. Dilde ırkçı ve tasfiyeci bir zihniyetle son ifade şekli verilen Anayasamızın bugünkü dili ile bunun kılavuzluğu altında meydana getirilen içtüzüğün dili, Türk Milletinin gerek tabii bir şekilde kullandığı yazı diline ve gerekse yine tabiiliğini muhafaza eden konuşma diline aykırı ve ondan ayrı bir dil mahiyetini taşımaktadır. Devlet dili adı verilen ve Anayasamızın 104 ncü maddesi ile kendisine resmi ve değişmez bir mahiyet verilen ve millet tarafından da uydurma diye vasıflandırılan bu dil, sözü geçen 20 Nisan tarihli ve 491 sayılı Teşkilatı Esasiye Kanununun yerine konulmuştur. Bu madde Devlet dilinin bugünkü _Anayasa dili olduğu ve yalnız bunun Türkçe bulunduğunu ifade etmektedir. Bu suretle kelime, ıstılah ve tabirlerde Türkçe olmak bakımından bir inhisar ve takyit doğmuş bulunmaktadır. Nitekim Yüksek Meclisin geçen yılki fevkalade toplantısında Anayasanın 2 nci maddesindeki Türkçenin, millet dili olarak yaşıyan ve tutulan Türkçeye mi yoksa Anayasa ve İçtüzüğün Türkçesine mi delalet ettiği hakkında vâkı olan bir tefsir isteği, dolayısıyla Anayasa komisyonunun hazırlamış olduğu tefsir fıkrası ve kararı, 104 ncü maddenin hiçbir tefsire mahal bırakmadığından bahsile reddedilmişti. Bu red karar aynı zamanda Türkiyede kelime, tabir ve ıstılahların 104 ncü madde ile takyit edildiğini ifade etmekte idi. Nitekim 1945 ten sonra kanun, mahkeme,

mektep ve diğer resmi dairelerde güçlükle kullanılmaya başlıyan bir resmi dil ortaya çıktı. Bu dil, milletin konuştuğu dile yabancı geliyordu. Onun için resmi dairelerde işi olan vatandaşlar, resmi muamelelerden dolayı bil' hayli müşkülata uğradıkları gibi, mekteplerdeki çocuklar, evde ana ve babalarıyla anlaşmakta müşkülât çekmeye başladılar. Diğer taraftan. Türk dilinin kendi bünyesi içerisindeki gelişmesinin ve sadeleşmesinin hızını kıran bu yapmacık dil nesiller arasında bir uçurum yaratmaya başladı. Bu suretle İmparatorluk devrinde yaratılmış olan avam ve havas diline benzer bir ikilik vücade geldi: Millet dili ve Devlet dili.

Medeni cemiyetlerde dil mensup olduğu milletle birlikte kemalini bulur ve nesiller arasında köprüler kurar. Tarih, hars ve güzel sanatlar bakımından birtakım bağlar vücade getirir. -Bizde ise 1945 den sonra yaratılmak istenilen resmi dil, nesiller arasındaki bağları kırarak dilde bir ikilik ve karışıklık yaratmıştır. Nitekim 1949 Ağustosunda toplanmış bulunan Dördüncü Milli Eğitim Şurasında kurulan demokratik Terbiye Komisyonunda varılan kararlardan biri de çocuğu ailesi ve muhitinden tamamiyle ayırt edecek bir istikamet almış olan dil inkilâbımızın yeni bir anlayışa muhtaç bulunduğu ve bunun bir Devlet işi değil, bir ilim işi olduğu belirtilmiş ve mektep kitaplarına yerleştirilen kelimelerin, evvela umumi efkâra mal edildikten sonra bu kitaplara alınabilmeleri demokrasinin bir icabı olarak belirtilmiştir. Buna benzer diğer bir hareket de 1950 de toplanmış olan 6. ncı Dil Kurultayının varmış olduğu neticedir. Bu Kurultay aldığı bir prensip kararında: «Kökü her nereden gelmiş olursa olsun Türkçemize girerek yerleşmiş yani Türkçeleşmiş bulunan kelimelerin Türkçe olduğunu...» ifade etmek suretiyle yapma yoldan ilmi bir yola ve ilmi bir istikamete koyulmuştur.

Bu sebep ve düşüncelerle, resmi dildeki kelime, tabir ve istilahlardaki baskıyı kaldırmak ve Yüksek Meclisimizin vereceği kararlarda çıkartacağı kanunlarda güzel Türkçenin tam bir serbesti içerisinde kullanılmasını temin etmek maksadıyla ilişik metin meydana getirilerek tarafımızdan imzalanmış bulunmaktadır. Bu metin 20 Nisan 1340 tarihli Teşkilatı Esasiye Kanununun

eskimiş kelime ve tediplerini atarak yerlerine yenilerini almak, ve yeniden dilimize girerek tutulmuş ve yaşıyan köklerden gramere göre yapılmış kelime ve ıstılahlarla eskilerini değiştirmek suretiyle evvela dilcilerden kurulmuş bir komisyondan geçen ve sonra da İhtisas Komisyonunun hukuki ölçülerinden geçerek elde edilen bu metin elde mevcut 4695 sayılı ve 10.I.1945 tarihli Anayasamızın yerini almak üzere -hazırlanmıştır. 4695 sayılı Anayasanın 104 ncü maddesi asıl metni teşkil eden 20 Nisan 1340 tarihli Teşkilatı Esasiye Kanunundaki 104 ncü maddenin aslına uygun olması icabederken bundan ayrı bir hükmü taşıyarak ve ifadesine muhalif olarak Türkçeleştirilmiş olan bu kanun 20 Nisan 1340 tarihli ve 491 sayılı. Teşkilatı Esasiye Kanununun yerine konulmuştur, dediği halde asıl metinde Anayasamızın tarihçesini gösteriş şekilde vaktiyle kaldırılan kanunları sayan maddesi ifadesiyle birlikte hazırlanmıştır. Bu sebeple bu maddenin asıl metnini teşkil eden ifadesi alınmak suretiyle hem yapılmış olan bir yanlışlık düzeltilmiş, hem de dil üzerinde baskı ve inhisar ifade eden fıkrası kaldırılmış bulunmaktadır.

Bu suretle Anayasamızın dili, memleketimizin yarını asırdan beri şahidi olduğu Türkçenin gelişmesi ve sadeleşmesi yolundaki temayüllerine ve dil inkişabına uyarak tabii ve samimi ifadesini bulmuştur. Bu da memlekette dil işlerinin sırf ilmi bir istikamette yürümesi ve ele alınması için mevcut kanuni set ve baskıları kaldırmaktadır."¹²

Tam bir değerlendirme yapılabilmesi için Anayasa Komisyonu raporunu da aynen aktarmak istiyoruz:

"Yüksek Başkanlığa

İstanbul Milletvekili Profesör Fuad Köprülü ve 203 arkadaşının anayasa teklifi, yüksek Başkanlıktan komisyonumuza havale edilmiş olmakla zamanında ve neticede bazı tadilatla kabul edilmiştir.

(12) (TBMM Tutanak Dergisi Cilt 18 Dönem IX Toplantı 3, 8.12.1952 Ondördüncü birleşim-Birinci Oturum Sh:3 vd)

Teklifin tümü üzerinde yapılan müzakerelerde ileri sürülen fikirleri üç nokta etrafında toplayıp ifade etmek mümkündür:

1.1945 senesinde Türkçenin uzvi ve ilmi tekâmülüne uymıyan keyfi bir gidişle Anayasamıza bugünkü ifade şeklinin verilmesi ve 104 ncü madde ile de Türkçeyi Anayasanın dilinden ibaret sayarak dil hürriyeti üzerine ağır bir baskı konulması suretiyle meydana getirilen 4695 sayılı Anayasayı bir an evvel kaldırmak hususunda ittifaka yakın kuvvetli bir ekseriyet hasil olmuştur. 4695 sayılı bugünkü Anayasayı uydurma dil ve dil hürriyetini kısan antidemokratik maddesi sebebiyle kaldırmak ve 9 ncu Büyük Millet Meclisinin çıkaracağı kanunları Türkçenin serbest gelişmesi içinde ve herkesin anlayacağı bir dille yazmakta iktifakla yaklaşılmış ise de onun kaldırılmasından sonra yerine konacak olan Anayasa bahsinden yekdiğerinden farklı bazı görüşler ve fikirler ileriye sürülmüştür.

2.Komisyonumuzun bir kısım azaları bugünkü Anayasamızın asıl metnini teşkil eden 20 Nisan 1340 tarihli Teşkilatı Esasiye Kanununun ve yürürlükte olan tadillerinin onun yerine konulmasını müdafaa etmişlerse de komisyon ekseriyeti, sözü geçen metindeki birtakım terkip ve tabirlerin kullanılmaz bir hale gelmiş olup Türkçenin kendi bünyesi içinde yaptığı çeyrek asırlık ikilâba uymadığını ve bir anayasa teklifi karşısında bulunulduğuna göre bugün kabul edilecek kanunun bugünün diline yani muteber terimlere ve yaşıyan dile uyması icabettiğinden bahsile, bu teklifi de reddetmiştir.

3.Komisyonumuzun bir iki azası da yeni bir Anayasa tedvin edilinceye kadar 4695 sayılı bugünkü Anayasanın muhafazasını ileri sürmüşlerse de komisyon ekseriyeti, dil hürriyeti üzerinde bir baskı teşkil eden ve 104 ncü maddenin antidemokratik hükmünü yaşatmak, uydurma ve hatalı bulunduğu herkesçe kabul edilen bir Anayasa ifadesini veya metninin 9 ncu Meclisin çıkaracağı kanunlara rehber yapmanın aynı hataya iştirak olmakla beraber yeni bir Anayasanın ne zaman tedvin ve kabul edileceği hiçbir kimsenin bilemeyeceği bir mesele olduğuna göre ihtimaller üzerine bir hareket yoluna gidilmesi düşüncesiyle bu fikir de reddedilmiştir.

4.Nihayet 4 ncü bir fikir olarak komisyon ekseriyeti, teklif sahiplerinin ileriye sürmüş oldukları fikirleri ve sebepleri vârit görerek 4695 sayılı Kanunun derhal kaldırarak onun yerine 20 Nisan 1340 tarihli Teşkilatı Esasiye Kanununun ve yürürlükte olan tadilleri hükümleri baki kalmak üzere mana ve mefhumlarda bir değişiklik yapılmaksızın sadece eskimiş terkip ve tabirleri yaşıyan dile çevirmek suretiyle ilişik metnin ekseriyetle kabulüne karar verilmiştir.

Kamutayın yüce tasvibine arz edilmek üzere Yüksek Başkanlığa sunuldu."¹³

Birkaç oturum süren görüşmelerde lehte ve aleyhte çok ilginç konuşmalar yapılmış ve sonuçta Anayasa; 31 red ve 9 çekinse oya karşılık 342 kabul oyu ile "Teşkilatı Esasiye Kanunu" olmuştur.

Bu bölümün başında ulaşılan olumluluklara genel olarak sevinirken bir konuda da burukluk duyacağız derken bunu, bu geriye dönüşü amaçlamıştım.

Prof.Sadri Maksudi Arsal, Halide Edip Adıvar, Vasfi Mahir Kocatürk, Ali Canip Yöntem, Prof.Necip Bilge gibi tanınmış milletvekillerinin söz aldığı görüşmelerde bir kısım konuşmacıların takılıp özellikle eleştirdikleri sözleri aktarmadan edemeyeceğim. Söyle ki:

Abartma, ardıl, bağnazlık, karşıt, ivedi, savcı, yargıç, kanıt, konut, ayrık, uyruk.....

Bu sözcüklerin tamamı artık hem hukukta hem de günlük dilde rahatça kullanılmakta ve hiçte yadırganmamaktadır.

bb) 1961 ve 1981 Anayasalarında Türkçe:

1961 Anayasasının dili son derece olumludur ve daha sonra çıkarılan yasalara örnek olmuştur.

(13) (TBMM Tutanak Dergisi Cilt 18 Dönem IX Toplantı 3, 8.12.1952 Ondördüncü birleşim-Birinci Oturum Sh:5)

1981 Anayasası ise yerleşmiş hukuk diline sadık kalınarak hazırlanmıştır.

b) Yasalarımızda Türkçe:

Cumhuriyetle birlikte dilde başlayan özleşme hareketinin hukuku etkilememesi düşünülemezdi.

Bunu 1923'ten sonra çıkarılan kanunların elden geçirilmesi suretiyle gözlemlemek olumludur.

Bu gün için yasa dilinin önemli ölçüde yalınlaşmış ve anlaşılabilir sözlüklerden olduğunu söyleyebiliriz.

Özellikle 22.11.2001'de kabul edilen 1.1.2002'de yürürlüğe giren yeni Türk Medeni Kanunu hukuk dilinde Türkçe bakımından bir önemli aşama ve kilometre taşıdır.

B-Hukuk Kavram ve Terimlerinde Türkçe:

Genel dil devriminin yanısıra hukuk dilindeki özleşmenin karşılaştığı en önemli sorun eski hukuk kavram ve terimlerinin sadeleştirilmesi olmuştur.

Bu konuda akademisyenlerimiz ve uygulamacılarımız gerçekten büyük uğraş vermişler ve olumlu katkılarda bulunmuşlar ve büyük ilerleme kaydedilmiştir.

Eski ve yeni öğreti kitaplarını, uygulamacı eserlerini ayrıntılı bir biçimde incelediğimizde bunu açıkça görürüz.

C-Hukuk Uygulamasında Türkçe:

aa-Yerel mahkemeler uygulamasında Türkçe

Bu gün için yerel mahkeme kararlarımızın da özleşmede kendine düşeni önemli ölçüde yerine getirdiğini söylemek yanlış olmaz.

İş yoğunluğuna, zamanın elverişsizliğine karşın yargıç ve savcılarımız dili yalın kullanma çabasındadırlar.

Örneğin yargıçlar artık "meni müdahale" yerine "elatmanın önlenmesi", "izale-i şuyu" yerine "paydaşlığın giderilmesi" demekte, maznun hiç kullanmamakta kesinlikle sanık söylemektedirler ve sanığın tahliyesine değil salı verilmesine karar vermektedirler.

Kararlarını "alenen ve usulen tefhim etmek yerine" yüze karşı açıkça okuyup, anlatmaktadırlar.

Artık celse yoktur, oturma vardır. Muhakeme masrafı yoktur, yargılama gideri vardır. Esbabı mucibe tarih olmuş, yerine gerekçe tam olarak yerleşmiştir.

bb) Yüksek Mahkeme kararlarında Türkçe:

Türkçe kullanımında Yüksek Mahkemelerin de son derece özenli olduğunu söylemeliyiz.

Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi kararlarını yalın ve anlaşılabilir bir dille yazmaktadırlar.

D-Hukuk Dilinin Sadeleştirilmesine Gönül Verenler:

Hukuk dilimizin sadeleştirilmesi, yalınlaştırılması yolunda uğraş veren birçok akademisyen ve uygulamacı olmuştur. Bunları birer birer saymak güç olacaktır. Ancak sembol olarak ve ilk elde akla gelen bazılarını anmakla yetinmek ve yazımızı böylece tamamlamak istiyoruz.

Merhum Prof.Dr.Hıfzı Veldet Velidedeoğlu'nun bu konudaki çabaları sanırım herkesin bilgisi dahilindedir. Hukuk Devrimimizin anıtı 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'ni Türk Yurttaşlar Yasası olarak hukuk dünyasına armağan etmiştir.

Sayın Prof.Dr.İsmet Sungurbey'in bu alandaki çalışması da unutulamaz. Türk Dil Kurumu yayınları arasında çıkmış bulunan Medeni Hukuk Terimleri Sözlüğü değerli bir eserdir.¹⁴

Onursal Başkanlarımızdan Mustafa Reşit Karahasan'ın hukuk dilinin sadeleştirilmesine verdiği emek unutulacak gibi değildir.

—oOo—

(14) Prof.Dr.İsmet Sungurbey, TDK Yayınları-1966-Ankara

AVRUPA KONSEYİNE ÜYE ÜLKELER CUMHURİYET BAŞSAVCILARININ BUDAPEŞTE İLKELERİ

Doç. Dr. İbrahim ŞAHBAZ ()*

ANLATIM DÜZENİ: Giriş. I. Temel Görevler, II. Genel Olarak Profesyonel Davranışlar, III. Ceza Soruşturmaları Çerçevesinde Profesyonel Davranışlar, IV. Kişisel Tutum.

29-31 Mayıs 2005 tarihlerinde 6 ncı Avrupa Başsavcılar Toplantısı yapıldı. Bu toplantıya Türkiye'yi temsilen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ilk kez katıldı. Toplantıda görüşülen, dikkat çekilen ve önemsenen konularla ilgili olarak yargı mensuplarının bilgilendirilmelerinde fayda görülen hususları çok özet olarak meslektaşlarıma bilgisine sunmayı uygun gördüm.

Bu toplantıların düzenleniş nedeni, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen Savcılığın ceza adalet sistemindeki rolüne ilişkin Tavsiye Kararı'nda (Rec (2000) 19)¹ belirtildiği gibi, suçla mücadele, hukukun üstünlüğünün korunması ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin üye ülkelerde eksiksiz bir biçimde uygulanması konularında Savcılarının kilit rol oynamalarıdır.

Bu düşünceden hareketle, terörizm, siber suç, ekonomik suçlar, yolsuzluk, insan ticareti dahil uluslararası organize suçlardaki artış dikkate alınarak,

(*) Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

(1) Bu Tavsiye Kararı'nda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesince Üye Devletlerde Savcılığın Ceza Adalet Sistemi İçindeki Rolüne İlişkin ilkelere yer verilmektedir.

Konferans, terörizm, kara para aklama ve insan ticareti konularında üç Sözleşmenin imzaya açılmasını² ve Siber Suç Sözleşmesi'nin³ yürürlüğe girişinin yanı sıra tanıklar ve adalete katkıda bulunan diğer kimselerin korunmasına ve terörizm de dahil olmak üzere ağır suçların takibiyle (soruşturulmasıyla) ilgili özel araştırma tekniklerine ilişkin Tavsiyelerin⁴ kabul edilmesini takdirle karşıladığını dile getirmiştir.

Avrupa'nın farklı hukuk sistemleri arasında en üst düzeyde güven oluşturma uluslararası suçlarla mücadeledeki etkinliği önemli ölçüde geliştireceği ve bu tür suçlarla etkin bir şekilde mücadele için karşılıklı adli yardım sağlamaya yönelik soruşturma hizmetlerinin kapasitesinin artırılmasına duyulan gereksinim dikkate alınarak, Konferansta, cezai konularda soruşturma işlerinde iletişim ve işbirliğini sağlamayı teşvik etmek için Avrupa Konseyi üye Devletlerinde düzenli olarak toplantılar yapmaya devam etmeye kararlı olduğu; ve bu yönde daha ileri adım atılabilmesi amacıyla, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine danışmanlık yapmak üzere Savcılardan oluşan bir danışman kurumunun yaratılması suretiyle toplantıların kurumsallaştırılması önerisi memnuniyetle karşılanmıştır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (2000)19 sayılı Tavsiye Kararına atıfta bulunmak ve katılımcı devletlere bu Tavsiye Kararını kendi resmi dillerine çevirmeyi sağlamaya davet etmek ve bu Tavsiye Kararının üye Devletlerde uygulanması konusunda anlaşmaya vardıktan sonra, Konferans, tar-

-
- (2) İnsan Ticareti karşı Savaşa Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (ETS 197).
Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (ETS 196).
Kara Paranın Aklanması, Arama, El Koyma ve Suçtan Elde Edilen Gelirin Müsaderesine ve Terörizmin Finansmanına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (ETS 198).
- (3) Siber Suç Sözleşmesi ve Açıklayıcı Raporu (ETS 185).
Bilgisayar Sistemleri Aracılığıyla İşlenen Irkçı ve Yabancı Düşmanlığı Niteliğindeki Eylemlerin Cezalandırılmasına İlişkin Siber Suç Sözleşmesine Ek Protokol (ETS 189).
- (4) Bakanlar Komitesinin "Tanıkların ve Adalete Katkıda Bulunan Diğer Kimselerin Korunmasına Dair Üye Devletlere Tavsiye Kararı" (Rec (2005) 9).
Bakanlar Komitesinin terörizm de dahil olmak üzere ağır suçların takibine özgü "özel araştırma tekniklerine" dair Tavsiye Kararı" (Rec (2005) 10).

tışmalarının esas kısmını "Savcılar ve polis arasındaki ilişki" konusuna ayırmıştır.

Aralarında Türkiye'nin de bulunduğu Avrupa Konseyi üyesi 46 Devlete gönderilen ankete verilen 34 yanıt esas alınarak oluşturulan 197 sayfalık metnin özetinden Konferansta;

- Cezai konularda, polis ve savcılığın kendi alanlarına giren görevleri iyi bir şekilde yerine getirmekte birbirlerine bağımlı oldukları,

- Genel olarak; Avrupa hukuk sistemlerinin savcıyı, polis soruşturmalarının hukuka uygunluğunu inceleme ve bunun yanı sıra polis tarafından insan haklarına saygının gözetilmesinin izlenmesi göreviyle donattığı,

- Genel olarak; bir soruşturma yapılıp yapılmayacağı konusunda kararı ceza adalet sisteminin bir parçası olarak savcılığın verdiği,

- Polisin, özellikle ön soruşturma evresinde gücün kötüye kullanılmasını engellemek ve insanlara saygıyı sağlamak amacıyla savcılığa veya uygun bir başka kuruluşa karşı sorumlu olması gerektiği,

sonuçlarına varılmıştır.

Konferansta, savcıların adalet sistemindeki ve genel olarak toplumdaki statüleri ve rollerinin önemi dikkate alınarak, bunun, savcıların tarafsızlıklarını ve halkın kendilerine güven ve saygısını sürdürmeleri için etik davranış kurallarına sıkı sıkıya bağılı kalmaları gerektiği dile getirilmiştir.

Ayrıca Konferansta, aşağıda tam metnini sunacağım "Savcıların Etik ve Davranışlarına Dair Avrupa İlkeleri" (Budapeşte İlkeleri) oybirliğiyle kabul edilmiştir. Konferans, üye Devletleri bu ilkeleri kendi resmi dillerine tercüme ettirmeyi, bu ilkelerin ülkelerindeki savcılara dağıtılmasını ve bu konuda elde edilen gelişmeleri gelecek toplantıda rapor etmeyi sağlamaya da davet etmiştir.

Doğal olarak bu ilkelerde zaman içerisinde meydana gelebilecek değişik anlamlar ile olası ek görüşleri dikkate alarak, Konferans bu ilkelerin yeni gelişmeler doğrultusunda güncelleştirilmeye açık olduğunu göz önünde bulundurduğunu da ifade etmiştir.

Yine Konferansta, Savcıların cezai konular dışında, kimi yetkilerle (örneğin idari görevler) donatılmalarını üye ülkelerin sistemlerinin ayrılmaz bir parçası olarak kabul edip, hukukun üstünlüğü çerçevesinde, demokratik sistemin işleyişi ve insan haklarını korumayı sağlamada bir rol kabul ederek, bu şekilde görevlendirilmelerinin yadırganacak bir yönünün olmadığına dikkat çekilmiş ve savcılara cezai alan dışında yetki verildiği takdirde, üye Devletler bu çerçevede hukukun üstünlüğü, insan hakları ve tüm demokratik toplumları yöneten diğer temel ilkelere saygıyı güvence altına almaları gerektiği hususuna da dikkat çekilmiştir.

Budapeşte İlkeleri olarak adlandırılan ve bağlayıcılığı olmamakla beraber, manevi yönden önemi büyük olan sonuç bildirisi şu şekildedir:

SAVCILARIN ETİK VE DAVRANIŞLARINA DAİR AVRUPA İLKELERİ

“ BUDAPEŞTE İLKELERİ ”⁵

Giriş

1. Savcılar ceza adalet sisteminde kilit bir rol oynarlar ve daha da ötesi, bazı hukuk sistemlerinde ticari, medeni veya idari alanlarda da görevleri bulunmakla yasallığın genel bekçisidirler.

2. Bunu akılda tutarak, Avrupa Başsavcılar Konferansı savcılar için genel tanımlar getirmenin cesaretlendirilmesi gerektiğine inanmaktadır ve Konferans 2005 yılında Budapeşte’de yapılan genel oturumunda aşağıdaki Savcıların Etik Davranışlarına Dair Avrupa İlkelerini kabul etmiştir.

3. Avrupa Başsavcılar Konferansının kurucu belgesi olan, Bakanlar Komitesi’nin Savcılığın Ceza Adalet Sistemindeki Rolüne ilişkin R (2000) 19 sayılı Tavsiye Kararına göre; savcılar, yasaya aykırılığın bir cezai yaptırım gerektirdiği durumlarda; toplum adına ve kamu yararına, hem bireyin haklarını, hem de ceza adalet sisteminin gereken etkinliğini birlikte göz önünde bulundurarak hukukun uygulanmasını sağlayan kişilerdir.

4. Tüm ceza adalet sistemlerinde; bir soruşturma başlatıp başlatmamak veya devam edip etmemek, tüm mahkemelerde veya bazılarında dava açıp açmamak ve temyize başvurmak veya temyize başvuru yönetmek konusunda savcılar karar vermektedir.

(5) Bu ilkeler 6. Avrupa Başsavcılar Konferansında 29-31 Mayıs 2005 tarihinde Budapeşte’de kabul edilmiştir.

5. Bu ilkeler değişik ulusal savcılıklar için bağlayıcı değildir, fakat bu belge savcıların görevlerini yerine getirmelerinde geniş çapta kabul gören genel prensipleri içeren bir belge olarak algılanmalı ve ulusal düzeyde etik ve benzeri sorunlarda bir rehber gibi değerlendirilmelidir.

6. Bu ilkeler savcılık kurumu için veya onun adına çalışan tüm savcılardan beklenen davranış ve uygulama standartlarını belirler.

7. Savcıların profesyonel sorumluluklarını özerk bir şekilde ve bu ilkelere uygun olarak yerine getirebilmelerini sağlamak için, Konferans Rec (2000) 19 sayılı Tavsiye Kararının savcıların ceza adalet sistemindeki rolüne ilişkin 4 ila 10. paragrafları arasına işaret eder.

I. Temel Görevler

Savcılar her zaman ve her koşul altında:

- Dava açmak görevi de dahil olmak üzere görevlerini daima ilgili ulusal ve uluslararası hukuka uygun şekilde yapmalıdırlar.

- İşlevlerini adil, tarafsız, tutarlı ve hızlı bir şekilde gerçekleştirmelidirler.

- İnsan hakları ve insan onuruna saygı duymalı, korumalı ve desteklemelidirler.

-Toplum adına ve kamu yararına hareket ettiklerini dikkate almalıdırlar.

-Toplumun genel çıkarları ile bireyin hak ve çıkarları arasında bir denge oluşturmaya çalışmalıdırlar.

II. Genel Olarak Profesyonel Davranışlar

Savcılar her zaman en yüksek profesyonel standartlara bağlı kalmalı ve

a) Her zaman onur ve haysiyetlerini korumalıdırlar.

b) Her zaman profesyonel biçimde davranmalıdırlar.

c) Her zaman en yüksek standartta dürüstlük ve özeni göstermelidirler.

d) İşlevlerini, her türlü olumsuz etkiden uzak olarak, maddi olayların değerlendirilmesi bazında ve yasaya uygun bir biçimde gerçekleştirmelidirler.

e) Hukuksal ve sosyal konularla ilgili güncel gelişmeleri takip ederek mesleki formasyonlarını sürdürmeli ve bilgi edinmelidirler.

f) Rec (2000) 19 sayılı Tavsiye Kararınının 36. paragrafınının (a) bendinde belirtildiği üzere; bireysel ve kolektif olarak görevlerini yerine getirirken, gerekli olduğu yerlerde diyalog ve ekip çalışmasını temin etmeyi amaçlayan, kendilerine yol gösterecek olan genel ilkeler, prensipler ve ölçütleri benimsemek ve yayınlamak suretiyle tarafsız ve tutarlı olmaya -ve öyle görünmeye- çaba sarf etmelidirler.

g) Görevlerini hakkaniyete uygun ve korku, iltimas veya önyargı olmaksızın yerine getirmelidirler.

h) Ne kişiler ve çıkar çevreleri, ne kamuoyu veya medya baskısından etkilenmelidirler.

i) Bütün insanların yasa önünde eşit olma hakkına saygı duymalı ve herhangi bir kişiye karşı cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer düşünce, cinsel yön belirleme tercihi, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlıkla bağlantılı olma, mülk, doğum, sağlık, engelli olmak veya diğer statüleri nedeniyle ayrımcılık uygulamaktan kaçınmalıdırlar.

j) Meslekle ilgili gizliliğe riayet etmelidirler.

k) Görevleriyle ilgili olarak edindikleri kanaatleri, meşru çıkarları, özel yaşam ve olası kaygıları göz önünde bulundurmalıdırlar.

l) Savcının yetkisi dahilinde olan önlemlerde; kişilerin hakları ve hukuki durumları ile ilgili olarak bilgilendirilmelerini sağlamaya çalışmalıdırlar.

m) Mahkemeler, polis ve kamu yetkililerinin yanı sıra, diğer hukuki meslek görevlileriyle görevlerini saygı ve nezaket içinde yerine getirmelidirler.

n) Diğer ülkelerin yargı makamlarının savcılarına ve diğer kamu yetkililerine, yasaya uygun olarak ve mümkün olabilecek en geniş şekilde, uluslararası işbirliği sağlamayı geliştirmek için yardım etmelidirler.

o) Kendisinin veya ailesinin kişisel veya maddi menfaatlerinin, sosyal ilişkileri veya diğer ilişkilerinin bir savcı olarak görevini yapmasını olumsuz şekilde etkilemesine izin vermemelidirler. Özellikle, savcının, ailesinin veya iş ortaklığının kişisel, özel veya maddi bir çıkarının veya bağlantısının bulunduğu davalarda savcı olarak görev yapmamalıdır.

III. Ceza Soruşturmaları Çerçevesinde Profesyonel Davranışlar

Ceza soruşturmaları çerçevesinde görev alırken Savcılar her zaman:

a) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6 ncı maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihat hukukunda dile getirilen "adil yargılanma ilkesini" desteklemelidirler.

b) Görevlerini adil, tarafsız, objektif ve yasada öngörülen düzenlemeler çerçevesinde bağımsız olarak yerine getirmelidirler.

c) Ceza adalet sisteminin, adaletin çıkarlarıyla örtüşür bir şekilde ve önyargılı olmaksızın, mümkün olduğunca hızlı işlemlerini sağlamaya çabalamalıdır.

d) Suçsuzluk karinesine saygı göstermelidirler.

e) Bir takipsizlik veya kovuşturma yapılmasını isteme kararı (iddianame düzenlenmesi) veyahut adaletin seyrini etkileyecek diğer kararları vermeden önce, gerekli ve akla uygun her türlü araştırma ve incelemenin yapıldığından veya yapılmakta olduğundan emin olmaya çalışmalıdır.

f) Şüpheliyi etkileyen olaylar da dahil olmak üzere, onun lehine veya aleyhine olduğuna bakmaksızın, davayla ilgili tüm verileri göz önünde bulundurmalıdır.

g) Tarafsız bir araştırmayla, şikayetin gerçek olmadığına anlaşılması halinde, soruşturma başlatmamalı veya başlamış soruşturmayı devam ettirmemelidirler.

h) Yapılan araştırmalar çerçevesinde, sağlam ve fakat adil ve sadece elde mevcut olan delillerin gösterdiğinin dışına taşmayarak soruşturma için harekete geçmelidirler.

i) Sunulan delilin yasaya uygun olarak elde edilip edilmediğini doğrulayıcı incelemeler yapmalıdır.

j) Şüphelinin veya üçüncü kişilerin insan haklarını ağır bir şekilde ihlal eden, yasaya aykırı olarak elde edildiği hususunda makul şüphe bulunan delilin, bu delili elde etmek için yasa dışı yöntemlere başvuranlar dışında kalan kişilere karşı uygulanmasını reddetmelidirler.

k) Bu yöntemleri kullananlara karşı gerekli yollara başvurulmasını sağlamaya çalışmalıdır.

l) Silahların eşitliği, özellikle sanığa (zanlıya) veya avukatına uygulanmakta olan hukuka ve adil yargılanma hakkına uygun olarak bilgi vermelidirler

m) Tanıkların ve mağdurların çıkarlarına gerekli özeni göstermelidirler.

n) Adil bir karara ulaşılması amacıyla Mahkemeye yardımcı olmalıdır.

o) Eldeki delillerin tarafsız ve profesyonel bir şekilde değerlendirilmesine dayalı kararlar almalıdır.

IV. Kişisel Tutum

a) Savcılar özel hayatlarındaki davranışlarıyla savcılık hizmetlerinin, dürüstlüğüne, adilliğine ve gerçek tarafsızlığına veya bunlara benzediği varsayılan hususlara gölge düşürmemelidirler.

b) Savcılar yasaya daima saygı göstermeli ve uymalıdır.

c) Savcılar mesleklerinde, toplumun kendilerine duyduğu güveni artıracak ve koruyacak şekilde davranmalıdırlar.

d) Savcılar görevleri süresince edindikleri bilgileri kendilerinin veya üçüncü kişilerin çıkarlarını haksız şekilde arttırmak için kullanmamalıdır.

e) Savcılar üçüncü kişilerden hiçbir hediye, ödül, menfaat, teşvik, misafirperverlik kabul etmemeli veya dürüstlüklerine, adil olmalarına ve tarafsızlıklarına gölge düşürecek her hangi bir görev almamalıdır⁶.

—oOo—

(6) İş bu ilkelerin hazırlanmasında özellikle:

- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'den,
- Savcılığın ceza adalet sistemi içindeki rolüne dair Tavsiye Kararı'dan (Rec (2000) 19),
- Kamu görevlilerinin davranış kurallarına dair Tavsiye Kararı'dan (Rec (2000) 10),
- Birleşmiş Milletler 8.Kongresi tarafından kabul edilen suçun önlenmesi ve suçlulara davranış şeklinde savcılarının rolüne dair ilkeler'den (Havana, 27 Ağustos-7 Eylül 1990),
- Kamu idareleri veya uluslararası Topuluklar tarafından teklif veya kabul edilen diğer ilgili etik ve profesyonel davranış kurallarından , esinlenilmiştir.

**AFET KADASTROSU BİR KADASTRO İŞLEMİDİR!
HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE VE HUKUK GENEL KURULUNUN
12.3.2003 GÜN, 2003/1-110, 2003/162 SAYILI KARARI**

Yusuf ULUÇ (*)

ANLATIM DÜZENİ: Birinci Bölüm: 1- Genel olarak, Afet Nedir, 2- Kadastro Nedir, 3- Afet Kanununun Amacı, 4- 7269 Sayılı Kanunun 18. Maddesi ve Afet Kadastro, 5- Hak Düşürücü Süre (3402 sayılı Kadastro Kanununun 12/3. Fıkrası), 6- Hak Düşürücü Süre ile Zamanaşımı Arasındaki Fark, 7- Kadastro Kanunu Açısından Hak Düşürücü Süre, İkinci Bölüm: 1- Afet Kadastrounun Bir kadastro İşlemi Olmadığına İlişkin Hukuk Genel Kurulunun 12.3.2003 Gün ve 2003/1-110 E, 2003/162 Sayılı Kararında Benimsenen İlkeler, 2- Hukuk Genel Kurulu Kararının ve Olayın İrdelenmesi, 3- Uyuşmazlıkların Yerel Mahkemelerce Çözülmesi, 4- Afet Kadastrounun Bir Kadastro İşlemi Kabul Edilmesi Gerektiğine Göre, Hak Düşürücü Süreye Tabi Olacak mıdır! Sonuç, Öneriler, Kaynakça.

BİRİNCİ BÖLÜM

1- GENEL OLARAK

AFET NEDİR:

A-Afetin Tanımı: 1-Toplumsal yıkımlara yol açan olağan dışı büyük olay (1).

(*) Yargıtay 8. Hukuk Dairesi Üyesi

(1) Büyük Larousse, Sözlük ve Ansiklopedisi, C.1 Milliyet Gazetesi

2-Doğanın sebep olduğu yıkım (2).

B-Afetzede : 1-Bir afet olayında zarar görmüş kimse için kullanılır (3).

2- Afete uğramış, afet görmüş kimse/kimseler (4).

2-KADASTRO NEDİR:

Kadastronun Tanımı: Memleketin kadastral ve topoğrafik haritasına dayalı olarak taşınmaz malların sınırlarını arazi ve harita üzerinde belirterek hukuki durumlarını tespit etmek ve bu suretle Türk Medeni Kanununun öngördüğü tapu sicilini kurmaktır, biçiminde tanımlanmaktadır (5).

Kısaca bir taşınmazın "hukuki" ve "geometrik" durumunu belirlemeye (saptamaya) Kadastro denir. Cümlede yer alan ve iki önemli unsur olan "hukuki" ve "geometrik" kelimelerden ne anlaşılmaktadır. Bunları açıklamakta yarar görülmektedir.

a- Hukuki Durum Neyi İfade Eder: Bir kadastro tutanağında (yada beyannamesinde) tespiti yapılan taşınmazla ilgili olarak yer alan; pafta, ada, parsel numaraları, lli, ilçesi, Köyü/Mahallesi, sokak veya Mevkii, Edinme sebebinde yer alan "Posta Mütalâası", komisyonca adına tescil kararı verilen ve Malik hanesinde yazılı bulunan "kimseye" ait kimlik bilgileri (Adı ve soyadı, baba adı pay ve uyuğu gibi) ile yüzölçümü ve çapla ilgili bilgiler dışında kalan diğer tüm bilgilerin tümü taşınmazın "HUKUKİ DURUMU" kavramı ile ifade edilmektedir. İşte buna taşınmazın hukuki durumu denir. Buna "hak" durumunun belirlenmesi de denilmektedir.

b- Geometrik Durum Neyi İfade Eder: Tespiti yapılan taşınmazın yüzölçümünü gösteren "rakama/rakamlara" ve sınırlarını arazi üzerinde belirleyen çapa (geometrik şekile) taşınmazın geometrik durumu denilmektedir.

(2) Büyük Larousse, Sözlük ve Ansiklopedisi, C.1 Milliyet Gazetesi

(3) Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, Ankara, 1988

(4) Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, Ankara, 1988

(5) 3402 SK.nun M.1., yapılan tanım aynı zamanda Kadastro Kanununun amacını oluşturmaktadır.

3- AFET KANUNUNUN AMACI:

25 Mayıs 1959 tarihinde yürürlüğe giren (Kabul Tarihi: 15 Mayıs 1959) 7269 Sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanununun, 2.7.1968 tarih 1051 ve 27.12.1993 tarih 3956 Sayılı Kanunlarla Değişik I. Maddesine göre;

Deprem (yer sarsıntısı), yangın, su baskını, yer kayması, kaya düşmesi, çığ tasman ve benzeri afetlerde yapıları ve kamu tesisleri, genel hayata etkili olacak derecede zarar gören veya görmesi muhtemel olan yerlerde alınacak tedbirlerle yapılacak yardımların saptanması (belirlenmesi) sözü edilen bu kanunun amacını oluşturmaktadır.

4-7269 SAYILI KANUNUN 18. MADDESİ VE AFET KADASTROSU:

İşlemin temelini oluşturan 7269 sayılı Kanunun 2.7.1968 tarih 1051 sayılı Kanunla değişik 18. maddesi; Bu kanuna göre afet sebebiyle İmar ve İskan Bakanlığınca lüzum görülecek yerlerin kadastro, ilanların yapılmasına kadastro komisyonlarının kurulmasına lüzum kalmaksızın kadastro paftalarına belediyece ve köy ihtiyar heyetince iki bilirkişi verilmek ve tasarruf tetkikleri, mahalli kadastro müdürü ve tapu memuru tarafından ifa olunmak suretiyle 2613 Sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri Kanununa göre, öncelikle Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğüne yapılır.

Anlaşmazlıklar Mahalli Mahkemelerce hallolunur.

Sözü edilen kadastro işlerine ilişkin uygulama İmar ve İskan Bakanlığı ile Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün bağlı olduğu Bakanlık arasında müştereken tespit edilecek esaslar dahilinde yapılır, denilmektedir.

5- HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE (3402 SAYILI KADASTRO KANUNUNUN 12/3. FIKRASI):

Hak Düşürücü Süre: Doğrudan doğruya hâkim tarafından gözönünde tutulması gereken, davada "itiraz" olarak başvurulması zorunlu olan ve za-

manaşımı gibi “kesme” ve “durma” hükümlerine bağlı olmayan, uyulması halinde “hakkın” kaybına yol açan “hakkın özünü ortadan kaldıran” süredir.

6- HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE İLE ZAMANAŞIMI ARASINDAKİ FARK:

Hak düşürücü süre ile zamanaşımı, doğrudukları sonuçlar bakımından aralarında bir dereceye kadar benzerlik olmakla beraber, önemli farklarda bulunmaktadır. Şöyle ki; zamanaşımında kanunun öngördüğü belli bir süre içinde hak istenmediği takdirde, artık o hakkı isteme yetkisi düşer. Oysa hak düşürücü sürede bir dava açılmaması halinde hakkın kendisi sona erer. Görülüyor ki; burada hakkın sona eriş nedeni, belli bir sürenin geçmesi değil de, o süre içinde gerekli bazı fiillerin yapılmamış olmasıdır (6).

- Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süre Şu Özellikleriyle Biri Birinden Ayrılırlar;

a- Hak düşürücü süreye uyulmama halinde, hakkın kaybına neden olduğu halde, zamanaşımında, sadece def'i hakkı doğurur.

b- Hâkim hak düşürücü süreyi re'sen (kendiliğinden) gözönünde bulundurmak zorundadır. Buna karşın, zamanaşımı ancak borçlu bunu ileri sürdüğü zaman gözönünde tutulur.

c- Hak düşürücü süre, kamu düzeni ile ilgilidir.

7- KADASTRO KUNUNU AÇISINDAN HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE:

3402 sayılı Kadastro Kanununun 12/3. maddesinde, 766 sayılı Tapulama Kanununun 31/2. maddesinde olduğu gibi “Kadastro tutanaklarının kesinleşmesi gününden itibaren on yıl geçtikten sonra, kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanarak itiraz edilemez ve dava açılmaz” hükmüne yer verilmiştir. Maddede öngörülen bu sürenin “hak düşürücü süremi yoksa za-

(6) Özmen/Çorbalı, Kadastro Kanunu Şerhi, Ankara, 1995, Sh:246-247,

manaşımı süresi mi” olduğu açıklanmamış ise de; bu süre kamu düzeni ile ilgili olduğu için gerek Yüksek Yargıtay’ın kararlılık kazanan uygulamasında ve gerekse “Doktrinde” bir “hak düşürücü süre” olduğu kabul edilmiştir (7).

Kaldı ki; 12. maddenin gerekçesinde de bu on yıllık sürenin “hak düşürücü süre” olduğu açıklanmıştır. Çünkü 3402 sayılı Kadastro Kanununun 12. maddesi ile getirilen bu süre, Tapu Sicilinde; kararlılık kazanması, sicilin sürekliliğinin sağlanması, sicillerin bozulmaması ve belli bir süre geçtikten sonra yargı organlarınca, bu sicillerin tartışma konusu yapılmaması amaçlanmıştır.

İKİNCİ BÖLÜM

1- AFET KADASTROSUNUN BİR KADASTRO İŞLEMİ OLMADIĞINA İLİŞKİN HUKUK GENEL KURULUNUN 12.3.2003 GÜN VE 2003/1-110-162 SAYILI KARARINDA BENİMSENEN İLKELER:

- 1- İlanlar yapılmamaktadır,
- 2- Kadastro Komisyonlarının kurulmasına izin verilmemiştir,
- 3- Kadastronun amaç ve tanımından hareketle “geometrik şekil ve hak durumunu belli etme tespitleri için, özel (kadastro) ve genel (Asliye ve Sulh Hukuk) Mahkemeler(in)de hak arama yolları açılmamıştır” yani tespite, itiraz ve dava açma hakkı tanınmamıştır,
- 4- Kadastro tutanağı, kanunlarda yazılı olduğu gibi yöntemine uygun bir biçimde ilan edilip kesinleştirilmemektedir,

(7) Özmen/Çorbalı, Kadastro Kanunu Şerhi, Ankara, 1995, Sh:247, HGK.nun 21.1.1983 T. 1981/2-1033 E., 1983/22 K, “Tapulama tespiti uyarınca yapılan tescilin iptali için açılan davada olduğu ileri sürülen 10 yıllık dava açma süresi, hak düşürücü nitelikte olup mutlakdır. Miras payının devri sözleşmesi, bu sürenin (3402 SK.12/3) uygulamasının bir ayrık hali (istisnası) değildir”.

5- 3402 sayılı Kadastro Kanununun, mükerrer kadayıru düzenleyen 22/3, aynı kanunun geçiı 4/3. madde ve fıkralarının olayda uygulama yeri bulunmamaktadır,

6- 2613 sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu, 766 sayılı Tapulama Kanunu, kadastro tutanaklarının ilaneni; itiraz halinde ise; komisyon kararlarının bizzat tebliğini zorunlu kılmış olup, tasfiye niteliğindeki hak düşürücü süreler ile de, dava ve talep hakları sınırlandırılmıştır. Bu bendin karşıt anlamında ise, 7269 sayılı Kanunun 18. maddesine göre yapılan kadastroda bu esaslara rastlanılmadığı anlamı çıkmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 7269 sayılı Kanunun 18. maddesinin yaptığı yolama uyarınca, 2613 sayılı Kanuna göre, çekişmeli taşınmazın bulunduğu yörede 1970 yılında yapılan işleme "genel kadastro" anlamı verilip, kadastro kanunlarında öngörülen hak düşürücü süreler uygulanmak suretiyle hüküm kurulması doğru görülemez, denilmektedir.

Kısaca; Yüksek Hukuk Genel Kurulu Kararında; açıklandığı görüş ve ortaya koyduğu ilkeleri ile; 7269 sayılı Kanunun 18. maddesi gereğince yapılan kadastro işlemini "tam bir kadastro" olarak kabul etmemektedir. Kararında açıkladığı hak düşürücü süreler ile de; 2613 sayılı Kanunun 22/H, 766 sayılı Kanunun 31/2 ve 3402 sayılı Kanununun 12/3. maddelerinde öngörülen on yıllık hak düşürücü süreleri kastetmektedir.

2- HUKUK GENEL KURULU KARARININ VE OLAYIN İRDELENMESİ;

7269 sayılı Kanunun 18. maddesi, Afet kadayıru işlemlerinin, o tarihte yürürlükte bulunan ve daha sonra 09.10.1987 tarihinde yürürlüğe giren 3402 sayılı Kadastro Kanunu ile kaldırılan 2613 sayılı Kanuna göre yapılacağını öngörmekle birlikte, özellikle "kadastro ilanlarının yapılması, kadastro komisyonlarının kurulması" ve doğacak uyuşmazlıkların "mahalli mahkemelerde" çözüme bağlanması açısından 2613 sayılı Kanunun bazı düzenleme-

lerinden ayrıldığı görülmektedir. 2613 sayılı Kanun yürürlükten kaldırıldığına göre, bu kanun yerine, 3402 sayılı Kanun hükümleri uygulanmakta olup, afet kadastro da 3402 sayılı Kadastro Kanununun esasları uyarınca yapılmaktadır.

7269 sayılı Kanunun 18/son fıkrası hükmü gereği, İmar ve İskan Bakanlığı ile Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün bağlı olduğu Devlet Bakanlığı arasında düzenlenen "Afet Bölgelerinde Yapılacak Tapu ve Kadastro Hizmetlerine ilişkin 30.6.1972 tarihli Protokolün" uyuşmazlık konusu hususlara bir açıklık getirmediği daha çok teknik konuları düzenlediği anlaşılmıştır.

Öte yandan 3402 sayılı Kadastro Kanununun 48/son fıkrasında "diğer kanunların, 2613 ve 766 sayılı Kanunlara yaptığı atıflar bu kanunun ilgili hükümlerine yapılmış sayılır", aynı kanunun geçici 4/3. fıkrasında da; "2613 sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu ile diğer kanunlar gereğince özel kadastro yapılan ve tutanakları kesinleşmiş bulunan taşınmazlar için 10 yıllık hak düşürücü süre geçmiş ise, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde hak sahipleri dava açabilirler" hükmüne yer verilmiştir. O halde somut olayın çözümünde bu maddelerin gözardı edilmesi düşünülemez.

A- Afet Kadastroğunu Düzenleyen 18. madde, Hangi Noktalarda 3402 sayılı Kanunun (Mülga 2613 sayılı Kanunun) Genel Uygulamasından Ayrılmaktadır.

O halde getirilen (ayrık noktalar) istisnalar nelerdir:

- 1- Kadastro Kanunundaki ilanların yapılmaması (3402 SK.nun 2,4 ve 11),
- 2- Kadastro Komisyonunun kurulmaması (3402 SK.nun madde 3),
- 3- Kadastro Postasına (ekibine) belediyece ve köy ihtiyar heyetince iki bilirkişi verilmesi (3402 SK.nun madde 3),

42 **AFET KADASTROSU BİR KADASTRO İŞLEMİDİR! HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE VE HUKUK GENEL KURULUNUN 12.3.2003 GÜN, 2003/1-110, 2003/162 SAYILI KARARI**

4- Tasarruf tetkiklerinin (kadastro iş ve işlemlerinin) mahalli kadastro ve tapu memuru tarafından yapılması (3402 SK.nun madde 10),

5- Anlaşmazlıkların Kadastro Mahkemesi yerine mahalli mahkemelerce çözülmesi öngörülmüştür. Bu yönleriyle genel kadastro ilkelerinden ayrıldığından duraksamamak gerekir.

B-7269 sayılı Kanununun 18. maddesinde Düzenlenen Bu Ayrık

(Özel-İstisnai) Durumla Ne Amaçlanmıştır:

Bu Düzenleme ile;

1- Kanunun adında da anlaşıldığı üzere, afetzedelerin bir an evvel sağlıklı ve normal yaşam koşullarına kavuşturulması, en kısa sürede yaralarının sarılması ve mağduriyetlerinin giderilmesi,

2- Zaman kaybının önlenmesi,

3- Gecikme ve karşı karşıya kalınan güçlüklerin önlenmesi,

Amaçlanmıştır.

Afet durumlarında zamanla yarışın öncelikli koşul olduğu gerçeği gözardı edilemez.

İşte bu nedenlerle, 2613 (3402) sayılı Kanun hükümleri uyarınca afet kadastrounun yapılması öngörülmesine ve bu kanuna atıfta bulunulmasına karşın, kanun koyucu; 7269 SK.nun 18. maddesi ile genel (normal) kadastrounun uygulamasından kısmen ayrık ve istisnai bir düzenleme getirmiştir.

C- Afet Kadastrou Nasıl Yapılır-İtiraz-Dava Açma Hakkı ve İlan Durumları:

a- 3402 sayılı Kanunla getirilen, ancak afet kadastrounda yapılmasına gerek görülmeyen ilanlar: kadastro bölgesi, çalışma alanı, mevki veya ada

ilanı ile kadastro çalışmalarının 30 günlük askı ilanı olarak sayılabilmektedir. Ancak bunun yanında "afet bölgelerinin ilanı" yapılmaktadır. 7269 SK.nun 2/1. fıkrasına göre; su baskınına uğramış veya uğrayabilir yerler İmar ve İskan Bakanlığı'nın teklifi üzerine Devlet Su İşlerinin bağlı olduğu bakanlıkça, diğer doğal afetlerde veya afet olabilecek yerlerde İmar ve İskan Bakanlığı'nın (x) teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca kararlaştırılır. Bu yerlerin sınırları imar planına, imar planı bulunmayan kasaba ve köylerde harita ve krokilere işlenerek Bayındırlık ve İskan Bakanlığının isteği üzerine ilgili valilikçe ilan olunur.

Aynı Kanununun 2/2. fıkrasına göre de; mahalli şart ve özellikler dolayısıyla yangın afetine uğraması muhtemel olan sahalar, şehir ve kasabalarda belediye meclisleri, köylerde ihtiyar heyetleri tarafından tespit ve kaymakamların mütalaası alındıktan sonra valilerin tasvibi üzerine ilgili bölgelerde ilan edilir. Şu halde afet bölgelerinin açıklandığı şekilde ilanı, bir anlamda 3402 SK.nun 2. maddesi uyarınca yapılan "kadastro suna başlanacak bölgelerin" ilanı niteliğinde olduğu söylenebilir.

b- Afet kadastro sununun yapılması:

Afet kadastro sunu 7269 SK.nun 18. maddesi uyarınca 3402 SK.nun öngördüğü esaslar ve ilkeler çerçevesinde yapılır. Genel kadastroda olduğu gibi kadastro tutanağı düzenlenir. Taşınmazın geometrik ve hukuki durumu belirlenir. Komisyon kurulmamakla birlikte, posta görüşünün (mütalaasının) uygunluğu Kadastro Müdürlüğü tarafından tarih konulmak suretiyle tasdik olunur. Yine tarih konularak 7269 SK.nun 1051 sayılı Kanunla değişik 18. maddesi gereğince kesinleşmiştir, şerhi verilir. Şu halde 1. Hukuk Dairesinin az önce tarih ve sayıları verilen ve HGK.nun kararına konu olan ilamlarında "...tutanağı düzenlenmeyen ve kesinleştirilmesi yaptırılmayan..." şeklindeki gerekçelerinde isabet bulunduğu söylenemez.

(x) Şimdi Bayındırlık ve İskan Bakanlığı olmuştur.

1- Kadastro Ekibi ve Kadastro Komisyonunun Kuruluşu;

3402 SK.nun 3. maddesine göre, kadastro ekibi, en az iki kadastro teknisyeni, mahalle veya köy muhtarı ile üç bilirkişiden oluşur.

Kaldırılan 2613 SK.nun 13 ve 20. maddeleri uyarınca, kadastro postası en az fen memuru ile belediye yerlerde belediye meclisi veya köylerde köy ihtiyar heyetince seçilecek en az iki bilirkişi tarafından oluşturulmaktaydı.

Afet kadastrounda ise, farklı bir düzenleme getirilmiş olup, 7269 SK.nun 18. maddesinde; 2613 SK.nunda açıklanan "en az iki bilirkişi" bu kanunun yerine geçen 3402 SK.nunda belirtilen "en az üç bilirkişi" hükmü yerine "kadastro postalarının "iki bilirkişi" ile kurulmasını öngörmüştür. Ve bu sayı ile sınırlandırmıştır. Öte yandan Afet Kanununun 18. maddesinde yer alan kadastro postaları terimi yerine 3402 SK.nun 3. maddesinde kurulması öngörülen kadastro ekibi (ekipleri) terimi kullanılacaktır.

Kadastro Komisyonu ise, aynı maddenin 3/8. fıkrası gereğince; Kadastro müdürü veya yardımcısının başkanlığında, bir kadastro üyesi ve itirazın mahiyetine göre, kontrol mühendisinden veya tasarruf kontrol memurundan oluşur.

Şu halde; 7269 sayılı Afet Kanununun 18. maddesi ile atıfta bulunduğu 2613 sayılı Kanun, 3402 sayılı Kadastro Kanununun 48/1. maddesi gereğince yürürlükten kaldırıldığından, 2613 sayılı Kanununun 10. maddesi ile kurulması gereken komisyon, 3402 sayılı Kanunun 3/8. fıkrasına göre kurulmaktadır. Bu fıkra gereğince kurulan komisyonun görevleri ise, aynı kanunun 9 (kadastro tespitine itiraz) ve 10 (komisyon incelemesi) maddelerinde belirtilmiştir. 7269 sayılı kanunun 18. maddesi hükmü gereği komisyonun kurulması öngörülmediğinden, 3402 sayılı Kanununun 8 (kontrol elemanları ile kadastro teknisyenleri arasında çıkan görüş ayrılığı), 9 (kadastro tespitine yapılan itiraz) ve 10 (komisyona intikal eden işler) nedeniyle komisyon kurulamayacaktır.

2- Tasarruf Tetkiklerinin Yapılması;

7269 sayılı Afet Kanununun 18. maddesine göre kurulan kadastro postalarının (ekiplerinin) yaptığı çalışmalar sonucu düzenlenen tutanaklar ve eklerinin kontrol ve incelemeleri Kadastro Komisyonları yerine yerel kadastro müdürü ve tapu memuru tarafından yapılması esası getirilmiştir.

3402 SK.nun 3. maddesine göre, komisyonda "kadastro üyesi" nden söz edilmektedir. Bu durumda yerel kadastro müdürü "komisyon üyesi" kişi ile birlikte kontrol ve incelemesi yapacaktır. Madde yerel tapu memurundan söz etmekte ise de; Afet işleri ile ilgili kadastro tutanaklarında tapu memurunun imzasına rastlanılmadığından uygulamada, tapu memurunun kontrol ve işlemlere katılmadığı, bu işlemlerin sadece yerel kadastro müdürlüklerince yapıldığı anlaşılmaktadır.

c- İtiraz-Dava açma Hakkı ve Zamanı;

A- Davalı Olan taşınmazların Afet Kadastrosu;

Afet kadastrosu öncesi davalı olan taşınmazların kadastro tutanakları yine genel kadastroda olduğu gibi düzenlenir. Malikhanesi boş bırakılır ve davalı olduğu belirtilerek 7269 SK.nun 18/2. fıkrası gereği mahalli (dosyanın bulunduğu) mahkemeye gönderilir. Aynı durum genel kadastroda da mevcuttur.

B- Davalı Olmayan Taşınmazların Afet Kadastrosu;

Afet kadastrosu çalışmaları sırasında kadastro postalarınca (ekiplerince) yapılan tespitler sırasında bir uyuşmazlığın çıkması veya itirazın yapılması halinde; zaman kaybının önlenmesi nedeniyle komisyon kurulmadığına göre, ilgililerin doğrudan doğruya mahalli mahkemelerde dava açma hakkı tanınmıştır. Afet bölgelerinin ilanı herkese tebliğ niteliğinde olup, buralarda ikamet eden halkın yapılacak afet kadastrosundan tamamen haberleri olmadığı söylenemez. Bu bakımdan hak arama yollarının açılmadığı, dava açma

hakkının bir anlamda önlendiği görüşünde, tam bir isabet bulunduğunu söylemek güçtür.

3402 sayılı Kanunun geçici 4/3. madde ve fıkrasında, 2613 sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu ile “diğer kanunlar gereğince özel kadastro- su yapılan ve tutanakları kesinleşmiş bulunan taşınmazlar...” denilmek suretiyle 7269 sayılı Kanunda, bu madde kapsamında olduğu ve ayırık tutulmadığı açıktır. Madde metninde yer alan “...diğer kanunlar gereğince özel kadastro- su yapılan ...” deyiimiyle 7269, 2924 ve 2981 sayılı Kanunlar ve benzeri kanunlar ile bu kanunların hükümleri uyarınca yapılan kadastroların kastedildiği gerçeği karşısında duraksamamak gerekir. 3402 SK.nun 48/son fıkrası hükmü de bu somut olguyu doğrulamaktadır. Aksi halde “diğer kanunlar gereğince” deyiminin hangi kanunları kapsadığı tartışmalı hale gelecektir.

O halde yukarıda açıklanan tüm bu hukuki ve somut olgular karşısında, 7269 SK.nun 18. maddesine göre, yapılan “Afet Kadastrounun” bir “Kadastro işlemi” olduğunun ve her yönüyle 3402 sayılı Kanun hükümlerine tabi olduğunun kabulü gerektiği görüşümdedir.

3- Uyuşmazlıkların Yerel Mahkemelerce Çözülmesi;

7269 sayılı Kanunun 18/2. maddesine göre, “anlaşmazlıklar Mahalli Mahkemelerce hallolunur” hükmüne yer verilmiştir. Aynı Kanunun 19/3. fıkrası ise, “...taşınmaz malın bulunduğu yerdeki Asliye hukuk Mahkemesinin” görevli olduğunu açık bir biçimde belirtmektedir. Aynı kanunun 17 ve sonraki maddeleri gereğince açılmış bulunan davalarda, sözü edilen kanunun 19. maddesinde, bilirkişi kurulunun nasıl oluşturulacağı açıklanmıştır. Bu bakımdan mahkemece, özel hüküm varken, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa göre, bilirkişi seçilmesi doğru değildir. Listelerde yer alan bilirkişilerin seçilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır (8). 7269 SK.nun uyarınca,

(8) Prof.Dr.Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara, 2001, C.5, 6.baskı, Sh:5582, C.6, Ankara 2001 baskı, Sh:6493, C.III, 2001 baskı (6) Sh:2695

Afet Kadastro İşlemleri nedeniyle açılan davalar, basit yargılama usulüne tabidir. Diğer davalardan öncelikle görülür. Davanın açılması veya temyiz isteği, bu kanuna göre, yapılacak işlemleri ve inşaat işlerini hiçbir şekilde durduramaz. Bu davalar nedeniyle, mahkemelerde, "ihtiyati tedbir kararı" verilemez (9).

Davalar, dava konusu şeyin değerine bakılmaksızın, kanunun açık hükmü gereği Asliye Hukuk Mahkemelerinde görülür.

Afetler Kanununa göre, yapılan tahdit ve tespit işlemleri, yapıldığı tarihte kesinleşir. Kesinleşen tespit karşı yapılacak itirazlar, kadastro sıfatıyla bakan mahkemede ve o nitelikte bakılmaz. Bu gibi işlere bakmak o yerde bulunan Genel Mahkemeye aittir (10).

4- Afet Kadastro İşlemlerinin Bir Kadastro İşlemi Olarak Kabul Edilmesi

Gerektiğine Göre, Hak Düşürücü Süreye Tabi Olacak mıdır!

3402 sayılı Kadastro Kanununun 12/3. fıkrasına göre; "bu tutanaklarda belirtilen haklara, sınırlandırma ve tespitlere ait tutanakların kesinleştiği tarihten itibaren 10 yıl geçtikten sonra, kadastrodan önceki hukuki sebeplerle dayanarak itiraz olunamaz ve dava açılmaz.

Bu fıkra hükmüne ilişkin hükümet gerekçesinde şu sonuçları çıkarılmak mümkündür:

a- Düzenli kütük ve kadastro işlemlerinin korunması amaçlanmıştır.

b- Kadastro işlemlerinin eski olaylara dayanılarak süresiz bir biçimde askıda bırakılması, kamu düzenini ters yönde etkileyeceği ve kamu zararını doğuracağı gözetilerek bunun önlenmesi hedeflenmiştir.

(9) Prof.Dr.Kuru, Baki, C.IV, 2001, 6. baskı, Sh:4291-4292,

(10) Gürsel, Mustafa, 2613 sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu Ankara, 1978 baskı, Sh:627-628, dipnot:206=14 HD. 26.9.1977 T. 3133/4494 K.,

c- 10 yıllık hak düşürücü sürenin uygulanması bakımından ayrı bir durum getirilmemiştir. Tam aksine 3402 SK.nun 48/son ve geçici 4/3. fıkra hükümleri ile 7269 sayılı Kanuna göre yapılan kadastronun da 3402 SK.nun 12/3. fıkrası kapsamında olduğu sonucuna varmak mümkündür.

Şu halde; 3402 sayılı Kadastro Kanununun 12/3. fıkrasından çıkartılan bu sonuçlar ve benimsenen ilke ile, mülkiyet hakkı değil sadece hak arama özgürlüğünün (dava açma hakkının) ve başvuru hakkının kısıtlandığı anlaşılmaktadır. (Anayasa Mahkemesinin 08.10.1991 gün ve 1991/9-36 sayılı, 3402 SK:nun 12/3. fıkrasının iptali isteğinin reddine ilişkin kararı)

7269 SK.nun isminden de anlaşılacağı üzere, işin doğası ve aciliyeti gereği getirilen ayrıık durumun zaman kazanmak amacına yönelik bulunduğu, bu ayrıık durum gerekçe gösterilmek suretiyle yapılan afet kadastrosunun tam bir kadastro sayılamayacağı, bu nedenle 3402 SK.nun 12/3. fıkrasında açıklanan 10 yıllık hak düşürücü sürenin afet kadastrosunda uygulama yeri bulunamayacağı görüşüne katılma olanağı bulunmamaktadır.

Tüm bu açıklamalar ve düşünceler karşısında 7269 SK.nun 18. maddesi uyarınca yapılan afet kadastrosunun da 3402 sayılı Kanun hükümleri esas alınmak suretiyle yapıldığına göre, yapılan işlem 3402 sayılı Kadastro Kanunu anlamında bir kadastro işlemi olduğunun kabulü gerekir. Bu bakımdan afet kadastrosu nedeniyle açılan davalarda da koşulların gerçekleşmesi halinde 3402 SK.nun 12/3. fıkrasında öngörülen 10 yıllık hak düşürücü sürenin uygulanması gerekmektedir. **Aksi durum, afet kadastrosu sonucu doğacak uyuşmazlıkların hiçbir süreye tabi olmadan her zaman dava konusu yapılabileceği, süresiz bir biçimde askıda bırakılacağı bir gerçektir. Bu husus ise, kanun koyucunun ve kadastronun amacına aykırı düştüğü gibi kamu düzenini de ters yönde etkileyeceği ve kamu zararını doğuracağı açıktır (11).**

(11) 8.HD.nın 15.4.2004 tarih ve 2004/194 E., 2004/2927 sayılı kararına ekli Karşı oy yazısı

SONUÇ;

Bu bakımdan Afet kadastro da bir kadastro işlemi olarak kabul edilmesi gerektiğinden kadastro tutanağının kesinleştiği tarihten davanın açıldığı tarihe kadar 3402 SK.nun 12/3. fıkrasında öngörülen 10 yıllık hak düşürücü sürenin geçmiş bulunması nedeniyle davanın reddine karar verilmelidir.

ÖNERİLER;

1- 7269 sayılı Kanun 25 Mayıs 1959 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözü edilen Kanunun Afet Kadastro düzenleyen 18. maddesi, 2.7.1968 tarih ve 1051 sayılı Kanunla değişikliğe uğramıştır. Günümüzde; Ekonomik, sosyal, teknolojik ve kültürel alanlarda meydana gelen hızlı değişiklikler ve günün değişen gelişmeleri gözetilerek, 7269 SK.nun 18. maddesinin 3402 sayılı Kadastro Kanunu hükümlerine göre yeniden düzenlenmelidir.

2- 7269 sayılı Kanunun 19/2. fıkrasında, “sözü geçen taşınmaz malların yüzölçümlerini ve takdir edilen bedeli içine alan cetveller, 10 gün süre ile, mahalli imkan ve şartlara göre ilan olunur” hükmüne benzer bir düzenlemeyle daha açık bir biçimde hak sahiplerine, yapılan tespitlere itirazı öngören bir askı ilanı süresi getirilmelidir. Afet kadastro sununun niteliği gereği askı ilanı süresinin kısa tutulmasına özen gösterilmelidir.

3- 18.maddenin son fıkrasına göre, Bayındırlık ve İskan Bakanlığı ile Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün bağlı olduğu Bakanlık arasında müştereken düzenlenecek, “kadastro işlerine ilişkin uygulama protokolünün değişen düzenlemeye uygun olarak yeniden yapılmalıdır.

4- Afet evlerinin yapılacağı ve afet kadastro sununun kapsamında kalan taşınmaz/ taşınmazların mera, yaylak, kışlak ve orman gibi alanlarda kalması halinde, ilgili kanunlarda bu yönde mutlaka gerekli düzenlemelerin yapılması, sonradan ortaya çıkacak uyuşmazlıkları önleme bakımından önem taşımaktadır.

5- Yapılacak yeni düzenlemeler karşısında, yeniden ele alınacak her türlü talimat ve protokolün 3402 sayılı Kanun ve buna bağlı yönetmeliklere uygun olmasına özen gösterilmelidir.

Günün koşullarına uygun olarak yapılacak düzenlemeler görüş aykırılıklarının asgariye indirilmesine, doğan uyumsuzlukların ise, azalmasına neden olacaktır.

KAYNAKÇA (YARARLANILAN ESERLER)

- 1- Büyük Larousse, Sözlük ve Ansiklopedisi: C.1. Milliyet Gazetesi
- 2- Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük: Ankara 1998 Baskı
- 3- Özmen/Çorbali, Kadastro Kanununun Şerhi : Ankara, 1995
- 4- Hukuk Genel Kurulunun 21.1.1983 T. 1981/2-1033 E, 1983/22 K.,
- 5- Prof.Dr.Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü: C.III, C.IV, C.V,C.VI, Ankara 2001 Baskılar
- 6- Gürsel, Mustafa : 2613 sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu, Ankara, 1978 Baskı
- 7-Anayasa Mahkemesinin : 8.10.1991 gün ve 1991/9-36 sayılı kararı

ÖZEL HUKUKTA ÖZEL HAYATIN KORUNMASI

Mine KAYA (*)

ANLATIM DÜZENİ: I- Genel olarak özel hayat ve özel hukuktaki koruması, A) Özel hayatın kişinin rızasına dayalı saldırılara karşı korunması, 1. Rızai koruma, 2. Rıza dışı saldırılara karşı koruma, II- Özel hayatın dava yolu ile korunması, A) Koruyucu davalar yolu ile koruma, 1. Saldırının önlenmesi davası, 2. Saldırının durdurulması davası, 3. Tespit davası, 4. Düzeltme, bildirim veya kararın ilanı, 5. Kararın ilanı ve üçüncü kişilere bildirilmesi, 6. Cevap ve düzeltme hakkı, B) Tazminat davaları yolu ile koruma, 1. Maddi tazminat davası, 2. Manevi tazminat davası, 3. Kazancın istenmesi davası, 4. Sebepsiz zenginleşme davası, III- Hukuka uygunluk nedenleri, A) Kanunun tanıdığı yetkinin kullanılması, 1. Meşru müdafaa, 2. Zaruret hali, 3. Görevin ifası, 4. Vekaletsiz iş görme, B) Zarar görenin rızası, 1. İrade beyanı, 2. Rızaya ilişkin irade beyanının geçerli olması, 3. Rızanın hukuka ve ahlaka aykırı olmaması, 4. Rızaya ilişkin bazı özel durumlar, C) Üstün yarar, 1. Üstün nitelikteki kamu yararı, 2. Üstün nitelikteki özel yarar.

I- GENEL OLARAK ÖZEL HAYAT VE ÖZEL HUKUKTAKİ KORUMA SİSTEMİ

Özel hayatın korunmasına ilişkin düzenleme Medeni Kanun'un 23, 24 ve 25. maddelerinde yer almaktadır. Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi ile bu

(*) Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

düzenlemeler tamamlanmaktadır. Medenî Kanun'un 23 ve 24. maddeleri göz önüne alınarak özel hayatın hukukî işlemle saldırılara (rıza dayalı iç korunması - kişinin kendisine karşı korunması) karşı korunması ve üçüncü kişilerin saldırılarına (rıza dışı dış korunma - başkalarına karşı korunma) karşı korunması ayrımı yapılmaktadır.¹ Biz de bu ayrımlardan kişinin rızasına dayalı saldırılara karşı korunması - rızası dışı saldırılara karşı korunması biçimindeki adlandırmayı benimseyerek konuyu inceleyeceğiz.

A) ÖZEL HAYATIN KİŞİNİN RIZASINA DAYALI SALDIRILARA KARŞI KORUNMASI

Medenî Kanununun 23. maddesindeki düzenleme ile kişinin hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceği, özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği veya bunları hukuka ve ahlaka aykırı biçimde sınırlandıramayacağı hüküm altına alınmıştır. MK 23, hak ve fiil ehliyeti ile özgürlükler açısından koruma sağlamaktadır.

Kişi belli hakların süjesi olmaktan vazgeçemez, kendi fiilleri ile hak kazanma ve borç altına girmekten de feragat edemez. Yine özgürlükler de kişinin kişiliğinin vazgeçilmez unsurlarıdır. Toplum halinde yaşamının gereği bu özgürlüklerden belli oranda fedakârlık yapmayı gerektirir ise de bunlardan tamamen feragat ile özgürlükler son bulacağından bunlardan tamamen feragat mümkün olmadığı gibi, yapılacak kısıtlamaların sınırını da hukuk ve ahlak kuralları oluşturur.² Bu madde hükmü gözetildiğinde kişinin özel hayat çevresi veya gizli hayat çevresindeki hakkından tamamen feragat etmesi; bu feragatı içeren sözleşmeler yapması mümkün değildir. Ancak kişi özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı üzerinde bir takım kısıtlamalar yapabilir. Bu hakka sözleşme ile üçüncü kişilere bu alanı açma yönünde kısıtlama getirebilir. Kişinin bazı resimlerini, mektuplarını, özel hayatına ilişkin bazı detay-

(1) Tandoğan, s.5; Özsunay, s.151; Oğuzman/Seliçi/Oktay, s.126 vd.; Öztan (şahsın hukuku) s.141 vd.

(2) Öztan, s.262; Öztan (şahsın hukuku), s.141; Helvacı, s.18; Sırabaşı, s.60

ları başkalarına sunması; kitap, TV programı, habere konu edilmesine rıza gösterilmesi mümkündür. Ancak burada sınırın hukuka ve ahlaka aykırılık olduğunun unutulmaması gerekir.

1. Rızâî Koruma

Gerek AİHS. hukuku, gerek "özel hayat"ın "gizlilik" unsuru yanında bazı önemli kararları alırken (ki beden bütünlüğüne ilişkin kişisel kararlar da buraya dahildir.) bağımsız olma menfaati, yani "özerklik" unsuru da göz önüne alındığında; kişinin beden bütünlüğüne ilişkin olarak alacağı kararlar da özel hayatının bir parçasıdır. Özel hukuk açısından düşünüldüğünde bu eylemler bir yönüyle maddî kişilik değerleri, diğer yönüyle özel hayatın kapsamında yer alır. Dar anlamda özel hayat veya gizli hayat çevresi gibi bir alanda olan olaylar üzerinde söz sahibi olan ve inisiyatif kullanan kişinin, en önemli varlığı olan bedeni ve vücut tamlığı üzerinde söz sahibi olmaması ve bazı kararları alırken bağımsız olmaması düşünülemez. Vücut bütünlüğüne yönelik başkalarının eylemleri yönünden genel kişilik hakkı koruma sağlarken, bu alan üzerinde rıza ile yapılacak müdahaleler ve bazı kararların alınması ise kişinin özel hayatının koruması altındadır.

Medeni Kanun'un 23/son maddesinde yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve naklinin mümkün olduğunu; ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesinin istenemeyeceği; maddî ve maneî tazminat isteminde bulunamayacağı hükmüne yer verilmiştir. Böylece verilen rızanın hangi şartlarda ve durumlarda geçerli olacağı belirlenmiştir. Aynı konuda 2238 sayılı "Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki" kanunda da çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir. Bu kanunun 5. maddesine göre on sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır. Başka bir deyimle bu kişilerin velî veya vasileri izin verse de kişiden organ ve doku alınamaz.³ Kişi rızası alınmadan ölmüş ise eşi, ergin çocukları,

(3) Zevkliler/Gökyayla/Acabey, s.439

ana ya da babası yahut kardeşlerinin rızası ile organ alınması mümkündür. (2238 sk. m.9) Bu izin her zaman MK 23/son maddesi gereği geri alınabilir. 2238 sayılı kanunda hekimin, organ ve doku alınacak kişiye, doğabilecek tehlikeler ve bunun tıbbî, psikolojik, ailevî ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermesi zorunluluğu getirilmiştir. (m.7) Böylece kişinin yaşamını tehlikeye sokucu girişimlerde bulunması önlenmek istenmiştir. Burada rızanın geri alınması durumunda artık maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz. 23. maddede insan kökenli biyolojik maddeler deyimini kullanılmı olup, buradaki düzenleme beden bütünlüğüne yönelik tüm girişimler için de geçerli sayılmalıdır.⁴

2. Rızası Dışı Saldırlara Karşı Koruma

Özel hayat, diğer kişilik haklarında olduğu gibi, çoğu zaman rıza dışı, yani üçüncü kişilerce saldırıya uğrar. Türk-İsviçre özel hukuk sisteminde kişilik hakkı genel bir koruma hükmü ile dıştan gelecek saldırılara karşı korunmuştur. Özel hayat Medenî Kanun'da özel bir madde ile koruma altına alınmamıştır.

Genel korumaya ilişkin düzenleme şu biçimdedir.

MK 24- "Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldıran kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.

Kişilik hakkı, zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır."

MK 25- "Davacı hakimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir.

(4) Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.439

Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir.

Davacının, maddi ve manevi tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır.

Manevi tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; miras bırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez.

Davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir.”

BK 49- “Şahsiyet hakkı hukuka aykırı biçimde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevî zarara karşılık manevî tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir.

Hakim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır.

Hakim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedebilir.”

Bu düzenlemelerden yola çıkarak, özel hayatı koruyucu davaları ve özel hayata müdahale edilmesi durumundaki hukuka uygunluk nedenleri üzerinde bir sonraki bölümde ayrıntılı olarak durulacaktır.

II- ÖZEL HAYATIN DAVA YOLU İLE KORUNMASI

Kişilik hakkına saldırıda bulunulması veya bu hakkın saldırı tehdidi altında bulunması durumunda başvurabilecek hukukî yollar kişilik hakkını koruyucu davalardır. Bunlara, özel davalar da denir.⁵ Bunlar; saldırıyı önleme,

(5) Eren, s.774; Öztan, s.268 vd.; Helvacı, s.79

saldırını durdurma, hukuka aykırılığın tespiti, kararın ilanı veya üçüncü kişilere bildirilmesi veya düzeltmedir. Bunlardan başka maddi tazminat, manevî tazminat ve kazancın iadesi davaları ise genel davalardır.⁶

A) KORUYUCU DAVALAR YOLU İLE KORUMA

Özel davalar, özel hayata henüz saldırı başlamadan veya sona ermiş bir saldırının tekrarı tehdidi söz konusu ise veya başlamış ve süren, dava anında da mevcut olan ya da saldırı sona ermiş fakat buna rağmen etkileri devam eden hallerde açılan davalardır.⁷ Bu davalar başlamamış saldırıyı önlemek, devam eden saldırıyı sona erdirmek ya da saldırının etkisini ortadan kaldırma amaçlıdır. Bu davalar için hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmiş olması yeterlidir; ayrıca kusur şartı aranmaz. Bu davalara yakından göz atarsak :

1.Saldırının Önlenmesi Davası

Halen mevcut olmamakla birlikte bir takım eylem ve belirtilerden çok yakın bir tarihte saldırının gerçekleşeceği hallerde veya saldırıya uğranılmış olup da bunun devam edeceği anlaşılan durumlarda önleme davası açılır.⁸ Burada aranacak saldırı tehdidi, ciddi ve yakın olmalıdır. Bunun takdiri Hakim'e aittir.⁹ Örneğin bir gazete veya televizyon, bir kişinin özel hayatına ilişkin bir konuda yapılacak açıklamanın reklam niteliğinde birkaç gün önceki yayınlarda duyurulması gibi durumlarda saldırının önlenmesi davası ile davalıya "yapmama" yükümlülüğü yüklenir. Bu davanın amacı saldırının oluşmasını önlemedir. Önleme davası da niteliği itibarıyla bir eda davasıdır. Burada kusur aranmaz.¹⁰

(6) Eren, s.724; Öztan, s.271 vd.; Helvacı, s.79

(7) Öztan, s.268; Helvacı, s.175

(8) Egger-Çernüs, s.310; Helvacı, s.28; Kartal, s.127; Öztan, s.269; Dural, s.150; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.528; Oğuzman/Seliçi/Oktay, s.145; Özsunay, s.159; Tekinay Selahattin Sulhi, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek kişiler hukuku, 6. bası, (İstanbul, 1992), s.272; Kılıçoğlu, s.195; Oğuzman/Öz,s.520; Akipek/Akıntürk, s.417

(9) ibid

(10) Öztan, s.269; Serdar, s.251; Aydın, s.203; Kılıçoğlu, s.200-202; Kartal, s.127

Önleme davasının amacı, hukuka aykırı olan özel hayata saldırı niteliğindeki eylemi engellemek veya bunun tekrarına engel olmaktır. Yoksa saldırının sonucuna ilişkin değildir.¹¹

Önleme davası genel davalardan saldırı gerçekleşmeden önce ve saldırı niteliğindeki eyleme yönelik olması; genel davaların ise saldırı gerçekleştikten sonra saldırıya uğrayan kişinin saldırıdan önceki duruma getirilmesi amacını taşıması ve saldırının sonuçlarını ortadan kaldırmaya yönelik olması bakımından ayrılır. Ayrıca burada genel davalardaki kusur şartı da aranmaz. Önleme davası, koruyucu davalardan olan durdurma davasından, davanın açılma zamanı, amacı ve sonucu bakımından farklıdır. Önleme davasında henüz gerçekleşmemiş bir saldırı söz konusu iken, durdurma davasında başlamış ve devam eden bir saldırı mevcut olmalıdır. Dolayısıyla durdurma davasının amacı saldırıyı önleme değil, sona erdirmedir. Önleme davasındaki yapmama biçimindeki emir yerine burada, mevcut tecavüzün ortadan kaldırılması sonucu doğar. Önleme davası, saldırının tespiti davasından eda davası olması nedeniyle ayrıldığı gibi; tespit davasında sona ermiş, fakat etkileri devam eden saldırı söz konusu olması, tespit davasının amacının etkisi devam eden saldırının hukuka aykırılığını tespit ile etkisini ortadan kaldırmaya yönelik olması yönlerinden de ayrılır.¹²

Önleme davası, eda davası niteliğinde olduğundan alınan karar İcra İflas Kanunu gereği icra edilebilir. Mahkeme kararının yerine getirilmemesi İİK gereği sorumluluğu gerektirir.¹³

2. Saldırının Durdurulması Davası

Başlamış olan saldırının ortadan kaldırılması için açılacak dava saldırının durdurulması davasıdır. Burada özel hayata yönelmiş ve halen devam

(11) ibid

(12) Helvacı, s.175-176; Kılıçoğlu, s.201-202; Öztan, s.267; Tekinay, s.272

(13) Kılıçoğlu, s.205; Kartal, s.227

etmekte olan saldırının varlığı gereklidir. Saldırı bitmiş ise veya henüz başlamamışsa durdurma davası açılmaz. Saldırı davanın açıldığı anda mevcut bulunmalıdır.¹⁴ Saldırı sona ermişse, dava konusuz kalacaktır. Burada durdurma davasının hedefi devam etmekte olan hukuka aykırı durumun sona erdirilmesidir. Durdurma davası da niteliği itibarıyla bir eda davasıdır.¹⁵ Bu dava ile devam eden saldırı sona erdirilerek daha ağır zararların meydana gelmesi engellenir. Bu nedenle de amaç geçmişe değil geleceğe yöneliktir.¹⁶

Durdurma davasının pratikte yarar sağlaması bazı şartların varlığını gerektirir. Çoğu zaman basın vb. yolla özel hayata müdahalede bulunulmuş ise, durdurma davası açarak, bu eda davasının sonucunun beklenmesi zarar görenin mağduriyetine neden olabilir. Bu nedenle durdurma davasının tek başına açılması değil, MK. 25. maddedeki düzeltmenin veya kararın yayınlanması veya üçüncü kişilere bildirilmesi istemlerinin de birlikte istenmesi somut faydayı sağlayacaktır. Çünkü çoğu zaman özel hayata müdahale niteliğindeki bir saldırıda yayın, yazı, ifşa vb. eylemleri ile maddi saldırı sona ermekte ise de; bu fiillerin başkalarının zihninde oluşturacağı fikirler bakımından belli bir değer yargısı oluşturulmak suretiyle saldırı devam edecektir. Bu gibi durumlarda durdurma davası tek başına maddi saldırıyı ortadan kaldıramasa bile, bu değer yargılarının durdurma davası ile birlikte istenebilecek yukarıda sayılan yollarla izolesi mümkündür.¹⁷ Kanaatimizce, saldırı haberin yayını, yazının basılması, TV programında açıklamanın yapılması gibi du-

(14) Kılıçoğlu, s.206; Helvacı, s.130; Oğuzman/Seliçi/Oktay, s.142; Akipek/Akıntürk,s.415; Zevkiler/Acabey/Gökyayla, s.526; Aydın, s.205-209; Dural, s.144; Öztan, s.268; Oğuzman/Öz,s.520

(15) Aydın, s.205; Kılıçoğlu, s.206; Helvacı, s.176;Y. 4. H.D. de 12.2.2002 tarih , 13107-1612 sayılı kararında(yayınlanmamıştır)tecavüzün durdurulması istemini ihtiyati tedbir olarak nitelendiren mahkeme kararını bozmuş,Saldırı niteliğindeki ve devam eden yayınların durdurulması talebinin uyumsuzluğun esasdan çözümlenmesini içeren bir dava eda davası niteliğinde olduğunu belirtmiştir.

(16) Aydın, s.205; Kılıçoğlu, s.206; Helvacı, s.176

(17) Benzer fikir için bkz. Öztan, s.271; Kılıçoğlu, s.210

rumlarda davanın açıldığı tarihte var ise de durdurma davası, sonuna kadar çoğu zaman dava konusuz kalmaya mahkumdur. Uygulamada durdurma davası ancak kitap basımı seri halde yapılan yayınlar, internet sitelerindeki saldırılar vb. açısından fayda sağlayacaktır. Saldırının kişilerin zihinlerinde süren kısmının ortadan kaldırılması ise ancak, kararın veya düzeltmenin yayınlanması ya da üçüncü kişilere duyurulması ile mümkün olacaktır.

Durdurma davasında verilecek karar ile hukuka aykırı durum ortadan kaldırılır. Burada, hukuka aykırı durumu yaratan açıklama aracı veya açıklamanın içeriğine yönelik olarak karar verilebilir. Açıklama aracına yönelik durdurma kararı ile kitabın satıştan çekilmesi, baskılarının durdurulması, saldırı niteliğindeki kısmın kitaptan çıkarılması vb. şekillerde hüküm verilmesi mümkündür. Açıklamanın içeriğine yönelik, kişilerin zihinlerinde oluşan değer yargılarının yıkılması için mahkemece MK. m. 25 gereğince düzeltme ve kararın yayınlanması ve üçüncü kişilere duyurulmasına da karar verilebilir.¹⁸

Uygulama açısından daha pratik bir yol olan ihtiyati tedbir de önerilmekte; kişilik haklarına (bu bağlamda özel hayata) saldırıda bulunulması ihtimali olan veya saldırının devam ettiği durumlarda kişinin hakimden saldırının durdurulmasını tedbiren isteyebileceği de kabul görmektedir. "Böyle bir talep Anayasa'nın 28/6 fıkrasında yer alan, hakimın olaylar hakkında yayın yasağı koyamayacağı" kuralına aykırı düşmez. Çünkü aynı fıkrafta, "kanunla belirtilecek sınırlar içinde hakim tarafından verilecek kararlar saklı kalmak üzere" ilkesi de yer almıştır. Kaldı ki, kişilik hakkı saldırıya uğrayanın, bu saldırı basın yoluyla da olsa durdurulmasını istenmesi en doğal hakkıdır. Durdurmanın gerekli olup olmadığının takdiri hakime aittir. Böylece zararın artması da önlenmiş olur. Bu gibi hallerde tedbir kararının itiraz halinde HUMK'daki usullere göre incelenip kaldırılmasının istenmesi de mümkündür. Böylelikle acilen tedbir kararı ile verilen hukukî sonucun yeniden gözden geçirilmesi de

(18) Kılıçoğlu, s.213

sağlanmış olacaktır.¹⁹ Kanaatimizce de ihtiyati tedbir kararı ile pratikte durdurma davası yolu ile elde edilecek menfaat temin edilebilir. Bir eda davasının, yargılama sürecinin uzunluğu nedeniyle meydana gelebilecek olumsuz durumlar tedbir kararının çabukluğu ile ortadan kalkacaktır.

Durdurma davasında kusur aranmayıp, amacının genel davalarda olduğu gibi saldırının sonuçlarını ortadan kaldırmak değil, saldırı durumunun devamına son vermektir. Tazminat davaları bu yönüyle zarar görenin saldırıdan önceki durumunun geriye döndürülmesine yönelik olup, durdurma davası daha ziyade ilerde doğacak saldırılar ve zararlara engel olmaya yöneliktir.²⁰ Yine tespit davasından durdurma davası, eda davası niteliğinde olduğundan ayrılır.

Durdurma davası da icra iflas kanunu gereği icra edilebilir. İcra kararının yerine getirilmemesi İİK de yaptırıma bağlanmıştır.²¹

3. Tespit Davası

Saldırı sona ermesine rağmen etkisinin devam ettiği durumlarda, bu saldırının hukuka aykırılığının tespiti istenebilir. Ancak gerek öğretide kabul edildiği gerek uygulamada rastlandığı biçimde saldırının sona ermesi beklenmeksizin; özel hayata müdahalede bulunulması halinde, bir saldırının varlığı ya da saldırıda bulunulacağını belirlemek amacıyla tespit davası açılabilir.²² Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda genel nitelikli bir tespit davası düzenlenmemiştir. Buna rağmen öğreti ve yargı kararları ile tespit davasının açılmasının mümkün olduğu yönünde görüş birliği oluşmuştur.²³

(19) Kartal, s.126

(20) Kılıçoğlu, s.208; Aydın, s.208; Helvacı, s.176

(21) Kılıçoğlu, s.214; Aydın, s.209

(22) Helvacı, s.132; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.529-530; Kartal, s.127; Aydın, s.230; Tekinay, s.273-274; Oğuzman/Seliçi/Oktay, s.14; Akipek/Akıntürk, s.418

(23) Kuru, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, II.Bası (Ankara, 1999), s.264-266

Genel tespit davasının açılabilmesi için istemde bulunanın bir hakkının veya hukuki durumunun mevcut bir tehlike ile tehdit edilmesi gerekli olup, bu tehdit ciddi olmalı; bu tehdit sebebiyle, davacının hukuki durumu tereddüt içinde olmalı ve bu durum istemde bulunan için zarar verici nitelikte bulunmalı, ayrıca yalnızca tespit hükmünün bu tehlikeyi ortadan kaldırılabilir olması şartları aranır. Aynı zamanda her davada aranması gereken hukuki yarar tespit davasında da aranacağı gibi, istemde bulunanın hakkını başka dava çeşitlerinden biriyle sağlayabildiği, dolayısıyla, eda davası açabileceği hallerde tespit davası açılmayacaktır.²⁴ Konumuz olan özel davalardan tespit davası, anlatılan genel tespit davasının kendi şartlarına tâbi özel bir türüdür. Burada da kişinin tespit davası açmakta hukuki yararı bulunmalı, yani tespit davası ile istediği hukuki korumayı diğer dava çeşitlerinden biriyle sağlamıyor olmalıdır. Kişinin eda davası açması mümkün ise, artık aynı konuda tespit davası açamaz. Çünkü her eda davasında, zaten eylemin hukuka aykırılığı tespit olunacaktır.²⁵

Tespit davası için kusur şartı aranmaz, bu nedenle onu manevî tazminatın belli bir türü olarak kabul etmek mümkün değildir.²⁶ Yargıtay 4. HD.'de bir kararında; kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevî tazminat ve kararın yayınlanmasını isteyen davacı istemi konusunda yerel mahkemece verilen kararda, hukuka aykırılığın tespiti ve yayın talebinin reddine dair kararı bozmuştur. Bozma ilamında daire, davacının manevî tazminat isteminin eda davası niteliğinde olduğunu; bu istemin hem hukuki ilişkinin tespiti hem de eda hükmünü içermesi ve bir edanın yerine getirilmesine ilişkin yaptırımını belirleyeceği; ancak başlı başına tespit hükmünün bu yaptırımını içermemesi bakımından manevî tazminatın yerine geçemeyeceğini belirtmiştir.²⁷ Aynı kararda yazılan karşı oy yazısında ise; BK 49/3. maddesinde hakime tazmi-

(24) Kuru/Arslan/Yılmaz, s.266; Kartal, s.127

(25) Kuru/Arslan/Yılmaz, s.266-267; Kartal, s.127; Dural, 160; Helvacı, s.134

(26) Kılıçoğlu, s.194; Aydın, s.210; Dural, s.159

(27) Y. 4.HD. 29.11.2001 tarih,7735-11981 (yayınlanmamıştır)

nat yerine zararı başka bir şekilde tazmin konusunda verilen yetki gereği; gerekirse “haber in hukuka aykırılığının tespitine” şeklinde karar verebileceği; bunun somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi gerektiği şeklinde görüş bildirilmiştir.

MK. 25. maddesi tespit davası ile birlikte düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanmasını da isteyebilecektir. Ancak burada yayın ya da bildirim yönündeki karar bir eda hükmünü içerecek olup, artık tespit hükmünden söz edilemez. Bu durumda durdurma davasının başka bir şekli karşımıza çıkacaktır.²⁸ Bu nedenle artık manevi tazminat davası için gerekli olan kusur şartı aranmayacaktır.

Tespit davası, başka biçimde özel hayata saldırı nedeniyle dava açılması mümkün değilse başvurulabilecek bir davadır. Bu nedenle pratikte çok başvurulmayan hatta çok da önemli bulunmayan bir yoldur.²⁹ Çünkü çoğu zaman kişinin eda davası açabileceğken tespit davası açamayacağı gerekçesiyle redde mahkum bir istemdir. Ancak, saldırı sona ermesine rağmen önleme ve durdurma davası açılmayacağı, saldırıda bulunanın kusuru olmadığından tazminat davasının da açılmayacağı hallerde, kişinin duyduğu manevi acıyı hafifletmek amacıyla tespit davası açılabilir. Ancak alınan karar, eda hükmünü içermez. Saldırı başkalarında oluşan değer yargılarının yıkılması ise ancak yayın ve bildirim de birlikte hüküm altına alınması ile mümkündür.

4. Düzeltme, Bildirim Veya Kararının İlanı

Özel hayatına saldırıda bulunulan kişi saldırının önlenmesi, saldırının durdurulması veya saldırının hukuka aykırılığının tespitinin yanında Medeni Kanun'un 25. maddesi gereğince bu istemlerle birlikte düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesini ya da yayımlanmasını istemesi olanaklıdır. Medeni Kanun değişikliğinden önceki 24/a maddesinde sadece “gerekliyor-

(28) Kılıçoğlu, s.214

(29) ÖNGÖREN, Gürsel/AVŞAR, Zakir: Radyo ve Televizyon Hukuku (Ankara, 2003), s.160

sa kararın yayınlanmasını ya da üçüncü kişilere bildirilmesi”nin istenebileceği hükmü yer almakta iken, artık düzeltmenin de yayınlanması da istenebilecektir. Bu yolları incelersek:

5. Kararın İlanı Ve Üçüncü Kişilere Bildirilmesi

Hakim, uyuşmazlık konusunda verdiği kararın tamamı veya bir kısmının yayınlanmasına veya üçüncü kişilere bildirilmesine hükmedebilir.³⁰ Kararın ilanı (yayınlanması) bağımsız bir dava olmadığından ancak diğer davalarla birlikte istenebilir.³¹ Hakim gerekli görürse bu istemi kabul yoluna gidecektir.

Kararın ilanı veya üçüncü kişilere bildirilmesinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre,³² böyle bir istem BK 49. maddesi anlamında manevi tazminatın bir şeklidir. Bu nedenle manevi tazminatın koşulları olduğu takdirde yayına (ya da bildirimine) hükmedilebilir.

Yargıtay 4. HD.'nin de benzer görüşü benimsediği, gerek eski kararlarında³³ gerek yeni kararlarında³⁴ hakim BK 49. maddesi gereği tazminatın ödenmesi yerine diğer bir yaptırıma veya ilave bir yaptırıma karar verebileceği; yaptırımın türünü serbestçe belirleyeceği ancak bunun somut olaya uygun olması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu nedenle tazminatın aynen hüküm altına alınması durumu hariç yayın talebine de karar verilebilir. Hatta eski tarihli bir karara³⁵ göre, bunun için davacı tarafın istemde bulunmasına

(30) Öztan, s.270; Helvacı, s.137 vd.; Serdar, s.262; Aydın, s.212; Kılıçoğlu, s.214; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.531 vd; Oğuzman/Seliçi/Oktay, s.147 vd.

(31) Helvacı, s.139

(32) Franko, s.165 vd.

(33) 11.5.1973 gün 1972/7158-5969 (yayınlanmamıştır.)

(34) Y. 4. HD. 24.4.2000 tarih 3115-3851 (yayınlanmamıştır)

(35) Y. 4. HD. 11.5.1973 tarih, 7158-5969 (yayınlanmamıştır). Bu kararda daire “BK. 49. maddesinin son fıkrasında kişilik haklarının halele uğraması halinde, hakim manevi tazminata para olarak takdir ve hükmedebileceği veya başka bir tazmin suretini ekleyebileceği kuralı yer almıştır. O halde hakim davacı davasında ileri sürmese de bu eklemeyi yapabilme hakkını taşımaktadır...O halde belli bir para takdiri ve ayrıca hakim davada istek bulunmadığı halde kararın yayınlanmasını üstün tutun kararı yasaya ve uygulamaya uygundur” demektedir.

bile gerek yoktur. Yeni tarihli bir kararda ise tazminatın kısmen hüküm altına alınması bile yayın talebine engeldir. Çünkü manevi tazminata ilişkin hükümle hem hukuka aykırılık saptanmış hem de manevi tatmin duygusu sağlanmış bulunmaktadır.³⁶

Kanaatimizce, yayın talebi ile manevi tazminat istemi mutlak olarak bir-biri yerine ikame edilemez. İster aynen ister kısmen manevi tazminata hükmedilsin, istem varsa ek olarak yayına da hükmedilebilir. Çünkü manevi tazminatla kişinin manevi yönden tatmin duygusu sağlanıyorsa da; hukuka aykırı olarak özel hayata saldırının özellikle basın yoluyla yapılması durumunda üçüncü kişilerin kafalarında oluşan değer yargısının ortadan kaldırılmasını en iyi temin edecek yol, ancak kararın yayını olacaktır. Ancak eski tarihli kararda olduğu gibi, talep olmadan yayın konusunda hüküm kurulması çoğu zaman, özel hayat söz konusu olduğunda davacının (aynı mahrem olayın yeniden gündeme gelmesi şeklinde) aleyhine olabileceğinden mutlaka, talepte bulunma şartı da aranmalıdır. Nitekim Yargıtay da daha sonraki kararlarında yayın talebi olmadan re'sen hükmün ilanına karar verilemeyeceğini benimsemiştir.³⁷

Kılıçoğlu'na göre yayın talebi, durdurma davasının bir şeklidir.³⁸ Bu yolla özel hayat daha etkin korunacak, burada manevi tazminatta olduğu gibi kusur şartı aranmayacak; yayın kararı ile olumsuz değer yargıları yıkılacaktır.

Helvacı ise, yayın kararını ve üçüncü kişilere bildirimle ilişkin istemi ancak özel davalarla birlikte istenebilecek ve tedbir nitelikli istem olarak nite-

(36) Y. 4. HD. 23.1.2001 tarih, 2392-3476 (yayınlanmamıştır) sayılı kararda " Mahkemece istenen tazminatın kısmen hüküm altına alınması ile davalıların hukuka aykırı eylemlerinin sabit olduğu belirlenmiş, böylece hem hukuka aykırılığın saptanmış olması ve hem de yararına tazminata hükmedilmekle davacının tatmin duygusu sağlanmış bulunmaktadır" denilmek suretiyle yayına ilişkin karar doğru bulunmayarak karar düzeltilerek onanmıştır.

(37) Y.4.HD. 15.12.1994 tarih 8455-11211(naklen ÇETİN Erol,Açıklamalı ve İçtihatlı Basın Kanunu, Ankara 1999, s.358-359)

(38) Kılıçoğlu, s.213-214

lendirir.³⁹ Kanaatimizce yayın veya üçüncü kişilere bildirme istemi özel davalarla birlikte açılabilir, kendi başına dava konusu edilemeyecek; saldırının başkalarının öğrenilmesi durumunda, başkalarının değer yargılarında aklanmasına olanak tanıyan; kusur şartı aranmayacak nevi şahsına münhasır bir durdurma davasıdır.

Yayın ve bildirme talebinin hangi davalarla birlikte istenebileceği yönündeki belirsizlik, yeni medenî kanun değişikliği ile sona ermiş; tüm özel davalarla istenebileceği açıklığa kavuşmuştur.

MK. 25/II. maddesindeki yayın talebi ile BK 49. maddesinin son fıkrası gereği hakime tanınan yetki gereği kınama kararının yayınlanmasına ilişkin talebi birbirinden farklıdır. Burada manevi tazminata ilave olarak, tamamen manevi tazminatın koşullarına bağlı olarak hükmün yayınlanması talebi söz konusudur. Oysa yayın ve bildirme talebi, özel davaların koşullarına tâbidir.⁴⁰

Yeni düzenleme ile kararın yanı sıra, düzeltmenin de yayınlanıp bildirilebileceği hükmü mevzuatımıza girmiştir. Davacı kendi hazırladığı veya düzelttiği bir metnin yayınlanmasını hakimden isteyebilir. Mahkemece düzeltme metni incelenerek hakim onayı ile yayınlanır. Böylece üçüncü kişilerde oluşan yanlış değer yargıları davacının bu düzeltme metninin yayını ile ortadan kalkacaktır.⁴¹

Kanaatimizce MK. 25/II maddesinde düzenlenen düzeltme istemini Radyo ve Televizyon Kanunu gereği Sulh Ceza Mahkemesinden istenen cevap ve düzeltme isteminden farklıdır. Cevap ve düzeltme hakkının kullanılması ile saldırının hukuka aykırılığı tespit edilmemekte, sadece kişi yayın yo-

(39) Helvacı, s.139

(40) Benzer fikir için bkz. Serdar, s.263; Helvacı, s.138

(41) Helvacı, s.138

luyla yapılan saldırı konusunda yayına cevap verip kendi görüş ve değerlendirmelerini bildirmektedir. Bu nedenle cevap ve düzeltme hakkının kullanılmış olması, düzeltme ve kararın yayını veya bildirilmesi istemine engel değildir.⁴²

Düzeltilme ve kararın yayın ya da bildirilmesine ilişkin kararda bu yayın ya da bildirim nereden nasıl gerçekleşeceği ayrıntılı olarak belirlenmeli; yayının biçimi konusunda geniş takdir hakkı tanınmalıdır. Hükmün kısmen ya da bir bölümünün yayınlanması mümkündür. Burada saldırının niteliği, ulaştığı kitle, haberin yer aldığı sütun, yayın saati vb. unsurlar göz önüne alınmalıdır. Doktrinde aşağıdaki şekillerde yayın yapılabileceği savunulmaktadır. Kararın süreli bir yayında yayınlanması, kitap vb.'ye ek olarak konulması, afiş yolu ile duyurulması, (belirli kişilere) mektup şeklinde yollanması, bilgisayar ile ulaştırma, radyo ve televizyon yolu ile duyurma vb.⁴³ Kararda, yayın ya da bildirim giderlerinden hangi tarafın sorumlu olduğu da belirtilmelidir. Bu hükmün yerine getirilmemesinde de İLK. 343. maddesi gereğince yaptırım uygulanacaktır.

6. Cevap Ve Düzeltme Hakkı

Cevap ve düzeltme hakkı, Anayasa'nın 32. maddesinde kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hallerinde tanınacak ve kanunla düzenlenecek bir hak olarak koruma altına alınmıştır. Kişinin özel hayatına müdahale niteliğinde yayın yapılmışsa yayınlara kişinin aynı zamanda şeref ve haysiyetine saldırılmış ya da yanlış bilgi verilmişse kişi aynı yolla kendini savunma hakkına sahiptir. Böylece yayının zararlı sonuçları ortadan kaldırılmaya çalışılmaktadır. Anayasa'daki bu düzenlemenin dayanağı, Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşme-

(42) Benzer fikir için bkz. Serdar, s.265

(43) Oğuzman/Seliçi/Oktay, s.148; Dural, s.153; Helvacı, s.143

si'nin 8. maddesi olup,⁴⁴ Anayasa'da belirtilen kanuni düzenleme ise Basın Kanunu'nun 14 ve Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'nun 27. maddesi ile⁴⁵ Radyo ve Televizyonların Kuruluşu ve Yayınları Kanun'un 28. maddeleridir.

Basın Kanunu 14. maddesindeki cevap ve düzeltme hakkı mahkemeye başvurmadan direkt olarak sorumlu kişiye başvurmayı gerektiren ve buraca cevap ve düzeltme hakkı yayınlanmazsa mahkemeye başvuru imkanı tanıyan bir düzenleme içermektedir. Buna göre 5187 sayılı Kanun'un 14. maddesine göre süreli yayınlarda kişilerin şeref ve haysiyetini ihlal edici veya kişilerle ilgili gerçeğe aykırı yayım yapılması halinde, bundan zarar gören kişinin yayım tarihinden iki ay içinde göndereceği suç unsuru içermeyen, üçüncü kişilerin hukuken korunan menfaatlerine aykırı olmayan cevap ve düzeltme yazısını; sorumlu müdür hiçbir düzeltme ve ekleme yapmaksızın, günlük süreli yayınlarda yazıyı aydıdığı tarihten itibaren üç günden sonraki ilk nüshada, ilgili yayının yer aldığı sayfa ve sütunlarda, aynı puntolarla ve aynı şekilde yayımlamak zorundadır. Cevap ve düzeltme metni zamanında yayınlanmazsa, yayım için tanınan sürenin bitiminden itibaren birinci fıkra hükümlerine aykırı şekilde yayımlanması halinde ise yayım tarihinden itibaren on beş gün içinde cevap ve düzeltme talep eden kişi, bulunduğu yer sulh ceza hakiminden yayımın yapılmasına veya bu kanun hükümlerine uygun olarak yapılmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hakimi bu istemi üç gün içerisinde, duruşma yapmaksızın karara bağlar. Sulh ceza hakiminin kararı-

(44) Avrupa Sınır ötesi Televizyon Sözleşmesi 8. maddesi "Cevap Hakkı" başlığını taşımakta olup madde içeriği şöyledir: " 1. Her bir ileten Taraf, milliyet veya ikametgahtan bağımsız olarak her gerçek veya tüzel kişinin madde 5 kapsamında kendi kaza dairesi dahilindeki bir yayıncı tarafından iletilen programlarla ilgili olarak bir cevap hakkını kullanma veya diğer bir bezeri yasal veya idari yollara başvurma fırsatına sahip olmasını temin edecektir. Özellikle, cevap hakkının kullanımının zamanlamasının ve diğer düzenlemelerinin bu hak etkin bir şekilde kullanılacak şekilde olmasını temin edecektir. Bu hakkın veya diğer benzeri yasal veya idari yolların etkili kullanımını hem zamanlama hem de usul açısından temin edilecektir.

2. Bu amaçla, program hizmetinin veya bu program hizmetinden sorumlu olan yayıncının adı program hizmetinin içinde uygun yolla düzenli aralıklarla belirtilecektir".

(45) Helvacı, s.144; Öngören/Avşar, s.139-142; Serdar, s.327 vd.

na karşı acele itiraz yoluna gidilebilir. Yetkili makam üç gün itirazı inceleyerek karar verir. Yetkili makamın kararı kesindir. Aynı maddede cevap ve düzeltmenin şekli şöyle belirlenmiştir: Düzeltme ve cevapta, buna neden olan eser belirtilir. Düzeltme ve cevap, ilgili yazıdan uzun olmaz. Düzeltme ve cevaba neden olan eserin yirmi satırdan az yazı veya resim veya karikatür olması halinde düzeltme ve cevap otuz satırı aşamaz. Süreli yayının birden fazla yerde basılması halinde, düzeltme ve cevap yazısı, düzeltme ve cevap hakkının kullanılmasına sebebiyet veren eserin yayımlandığı bütün baskılarda yayımlanır.

2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'nun 27. maddesinde de benzer düzenlemeye yer verilmiştir. Burada süreler yönünden farklılıklar mevcut olup, yayın yapan taraf TRT kurumudur. Kişi yayın tarihinden itibaren yedi gün içinde cevap ve düzeltme metnini TRT Kuruma gönderir; Genel Müdürlük, bu metni alınmasından itibaren üç gün içinde inceler, yayınlamayı reddederse iki gün içinde ilgiliye bildirir; ilgilinin bu red cevabına karşı iki gün içinde Ankara Sulh Ceza Hakimliğine itiraz hakkı vardır. Hakimlikçe iki gün içinde itiraz incelenir, karar ilgililere tebliğ edilir. Bu karara karşı iki gün içinde Asliye Ceza Hakimine karşı itiraz hakkı mevcut olup, Asliye Ceza Hakiminin kararı kesindir. Bu kararın tebliğinden itibaren kurum, en geç iki gün içinde cevap ve düzeltme metnini yayınlamak zorundadır.

4756 sayılı Kanunla değişik Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkındaki Kanun'un 28. maddesinde ise önceki hükümlerden farklı olarak yargı yolu ile cevap ve düzeltme hakkının kullanılması hüküm altına alınmıştır. Gerçek ve tüzel kişilerin kişilik haklarına saldırı teşkil eden yayınlar ile gerçeğe aykırı olduğu iddia edilen yayınlara karşı, cevap ve düzeltme hakkına başvurulabilecektir. Yayından itibaren 10 gün içinde Sulh Ceza Hakimine başvurulur. Ulusal yayın yapan kuruluşlar için bu Ankara Sulh Ceza Mahkemesi, bölgesel yayın yapan kuruluşlar için başvuru sahibinin ikametgahı Sulh Ceza Mahkemesidir. Sulh Ceza Mahkemesi üç gün içinde incelemesini yaparak karar verir, bu karara karşı üç gün içinde üst mahkemeye itiraz

edilebilir; üst mahkeme de üç gün içinde incelemesini yaparak kesin olarak karar verir. İşte bu kararın yayın kuruluşuna tebliğinin ertesi günü cevap ve düzeltme metni yayınlanır. Yayının yapılmaması veya karara uygun yapılmaması veya geciktirilmesi halinde kuruluşun yayınlardan sorumlu en üst yöneticisi ile kuruluşun sahibi olan Anonim Şirketin Yönetim Kurulu Başkanına otuz milyar liradan doksan milyar liraya kadar ağır para cezası verilir. Ayrıca, üst kurulca eylemin ağırlığına göre üç aya kadar gelir getirici yayın yapma yasağı verilebilir. İkinci kez tekrarı halinde, yayın izni iptal edilir ve en yüksek para cezasına hükmolunur. Bu cezalar ertelenmez. Hangi yayınların gelir getirici yayınlar olduğu üst kurulca belirlenir. Burada yayının şekli ve süresini hakim belirleyecektir. Son değişiklik ile yayın durdurma cezası kaldırılmıştır.

Cevap hakkının hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Franko, cevap hakkını para dışı manevi tazminat biçimi olarak kabul eder.⁴⁶ Dural ise cevap ve düzeltme hakkının, gerçek dışı beyanlarla meydana gelen tecavüz durumunu ortadan kaldırmayı amaçlaması nedeniyle, bir tür saldırının durdurulması talebi olarak algılar.⁴⁷

Diğer bir görüşe göre ise, cevap ve düzeltme hakkı, koruyucu ve tazminat davaları dışında kişiliği koruyan kendine özgü bir hukuki müessesedir.⁴⁸

Kanaatimizce, cevap ve düzeltme hakkı sadece mahkemeden değil, ilgili yayın kuruluşundan da istenebilmesi ve kusur vb. gibi manevi tazminatın şartlarının aranmaması bakımından, manevi tazminattan farklı bir nitelik taşır. Yine; cevap ve düzeltme hakkının aynı gerekçeyle durdurma davası olduğu da söylenemez. Zaten burada, teknik anlamda bir karar da söz konusu değildir. Çoğu zaman ilgili kurumca metin yayınlanınca mahkemenin olaya müdahalesi dahi söz konusu olmayacaktır. Bu nedenlerle son görüş bizce de kabul görmektedir.

(46) Franko, s.168

(47) Dural, s.163

(48) Akipek/Akıntürk, s. 433; Serdar, s.334; Helvacı, s.147

B) TAZMİNAT DAVALARI YOLUYLA KORUNMASI

Özel koruyucu davalar, özel hayata saldırı eylemine yönelmiş işler de genel koruyucu davalar ile saldırı sonucu zarar gören kişinin uğradığı bu zararın telafisini yani saldırının sonucunu ortadan kaldırmayı hedefleyen davalardır. Bu davalar saldırının sona ermesinden sonra açılabilir. Burada amaç, zararın tazmini olduğundan, tazminat davaları olarak da adlandırılırlar.⁴⁹ Bu davaların dayanağı MK 24, 25 ve BK 41 ve 49. maddeleridir. Çünkü özel hayata hukuka aykırı müdahale aynı zamanda bir haksız eylemdir. Genel koruyucu davalar: Maddi tazminat davası, manevî tazminat davası ve kazancın geri verilmesi davasıdır. Şimdi bu davaları inceleyelim.

1. Maddi Tazminat Davası

Bir kimsenin özel hayatına saldırıda bulunulması halinde, BK 41. maddesinde, haksız eylemi için gerekli olan koşullar mevcut ise maddi tazminat davası açabilecektir. Burada, özel hayata saldırı nedeniyle kişinin malvarlığında bir azalma söz konusu olup, rıza dışı bu azalma (zarar), zarar verenin kusurlu eylemi ile uygun illiyet bağı içerisinde bulunmaktadır. Zarar görenin eylemi kasıt ya da ihmali bir kusurlu harekete dayanıyor ise hukuka aykırı bu eylem nedeniyle bu azalmanın tazmini gerekir.⁵⁰

Bir televizyon oyuncusunun özel hayatının gizlerinin ortaya serilmesi, yasak ilişkilerine ait gizli telefon konuşmalarının ifşası sonucu bazı program sözleşmelerinin iptal edilmesi; bir doktorun muayenehanesinde gizli kamera çekimlerinin yayınlanması nedeniyle müşteri kaybı; bir yaygın organının ticari sırlarının afişe edilmesi nedeniyle tiraj kaybı; bir bankanın veya borsada işlem gören şirketin gizli sırlarının açıklanması nedeniyle hisse senetlerinin

(49) Öztan, s.271; Helvacı, s.176

(50) Öztan, s.271; Kılıçoğlu, s.224 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.581; Dural, s.154;; Helvacı, s.177; Serdar, s.275 vd.; Eren, s.717 vd.; Aydın, s.217 vd.; Oğuzman /Öz,s.497, Akipek/Akintürk, s.423

düşmesi, işlem hacminin azalması veya kredilerinin iptali nedeniyle uğrayacağı zararlar yanında saldırının önlenmesine yönelik tedbirler için yapılmış giderler de (cevap ve düzeltme hakları için gerekli giderler, ilan vb. masrafları gibi) maddi zararı oluşturur.⁵¹

Maddi zararın miktarını ve kapsamını ispat davacıya düşer. Hakim burada, zarar miktarının kesin olarak ispatının mümkün olmadığı hallerde olayların normal akışına, zarar görenin sosyo - ekonomik durumuna ve almış olduğu tedbirlere göre bu saldırının böyle bir zararı doğurmaya elverişli olup olmadığını ve miktarını belirleyecektir.⁵² Ancak hiçbir durumda ödenecek maddi tazminat zararın azami miktarını geçemez.⁵³ Maddi zararın hesaplanacağı an özel hayata saldırı biçimindeki haksız eylemin işlendiği andır.⁵⁴ Yargıtay da bu görüştedir.⁵⁵

Zarar görenin sebepsiz zenginleşmesine engel olacak olan denkleştirme ilkesi uygulanmalı, tazmini gereken zarar nedeniyle denkleştirilebilecek bir yarar elde edilmiş ve zarar verici eylem ile bu yarar arasında uygun illiyet bağı bulunuyorsa zarardan bu yararların indirilmesi gerekir.⁵⁶ Bir mankenin özel hayatına ilişkin açıklamalar nedeniyle reklamının yapılması buna örnek gösterilebilir. Böylece elde edilen, saldırıdan kaynaklanan yararlar denkleştirmeye tâbi tutulmalıdır.

Malvarlığındaki azalma nedeniyle aynen tazminin maddi tazminat biçimi olarak kabul edilmesi mümkün görülmemektedir.⁵⁷ Bu nedenle maddi tazminatın en çok görülen şekli nakden tazmindir.⁵⁸

(51) Kılıçoğlu, s.225; Aydın, s.221

(52) Eren, s.718; Kılıçoğlu, s.226; Serdar, s.277; Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altop, s.579

(53) Eren, s.718; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.583

(54) KILIÇOĞLU, Ahmet.M: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I (borçlar), (Ankara, 2001), s.259. Hüküm tarihi itibarıyla zararın hesaplanması gerektiğine ilişkin görüşler için bkz.Eren, s.720; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop.s.602

(55) Y.4. HD. 3.7.2002 tarih, 4173-8403 ve 5.6.2002 tarih, 2682-6880

(56) Eren, s.723 vd.; Tekinay/-Akman/Burcuoğlu-Altop, s.586; Serdar, s.280-281

(57) Kılıçoğlu, s.235; Dural, s.155; Serdar, s.275

(58) Kılıçoğlu, s.236; Serdar, s.276

Nakden belirlenecek maddi tazminatın miktarını tayinde BK 43-44. maddelerinin göz önünde bulundurulması gerekir. Buna göre tazminatın kapsamı etkileyecek en önemli unsurlardan biri kusurun ağırlığı olacaktır. Özel hayata saldırıda bulunanın kusurunun ağırlığı hükmedilecek tazminat miktarının daha yüksek tutulmasına neden olacaktır. Burada zarar görenin kusuru da BK 44/l. maddesi gereğince bölüşük kusur olarak nitelendirilebilecek ve tazminattan indirim neden olacaktır. Örneğin, kişinin diğer tarafın özel hayatına saldırı niteliğinde dedikodular çıkarması ya da yayın yapması üzerine karşı tarafın da bu kişinin özel hayatına karşılık olarak saldırıda bulunmasında olduğu veya bazı sansasyonel davranışlar sergileyen kişinin bunlara dayalı yayın yapılmasında (yasak aşkına ilişkin açıklamalarda bulunma vb.) zarar görenin bölüşük kusuru kabul edilerek indirim neden olmalıdır.⁵⁹

Zarar görenin rızası da indirim sebebi olabileceği gibi, hukuka aykırılığı ortadan kaldırarak sorumluluktan kurtulma sebebi de olabilir.⁶⁰

Bunlar dışında somut olayın özelliği, saldırının biçimi, yarattığı etki, toplumda ulaştığı kitlenin büyüklüğü, ihlal ettiği hakkın özelliği, kullanılan ifadeler, tarafların sosyo-ekonomik durumları, iştigal ettikleri konum, tiraj vb. hususlarda tazminat miktarının belirlenmesinde etkili olacaktır.⁶¹

2. Manevî Tazminat Davası

MK 25. maddesinde kişilik haklarına saldırı halinde manevi tazminat davası açılabileceği hüküm altına alınmıştır. MK 24. ve 25. maddesinde manevî tazminat davası açılabilmesinin şartları düzenlenmiş değildir. Dolayısıyla manevî tazminat davası açılabilmesi için BK 49. maddesindeki genel norma

(59) Kılıçoğlu, s.239; Oğuzman/Öz,s.560

(60) Kılıçoğlu, s.239; Eren, s.758; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.593; Serdar, s.285; Kılıçoğlu (Borçlar), s.265

(61) Kılıçoğlu, s.240; Serdar, s.290; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.592

bakılacaktır. Manevî tazminatın özel olarak düzenlediği MK 26, 121, 158, 174; BK 47. maddelerinde, bu maddelerdeki şartlar aranacaktır. Dolayısıyla özel hayata saldırı nedeniyle uğranılan manevi zararın tazmininde BK 49. maddesinden yararlanılacaktır.⁶²

Manevi tazminatın hukukî niteliği ve işlevi doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre manevi tazminat cezalandırıcı ve önleyici nitelik taşır. Ceza görüşü olarak adlandırılan bu görüş taraftarlarına göre⁶³ manevî tazminat adı altında ödenen para ile zarar veren zarar gören lehine cezalandırılmakta; zarar görenin intikam duygusu tatmin edilmektedir. Bu görüşe yönelik en büyük eleştiri, manevî tazminat cezaî nitelik taşısa, zarar verenin mutlaka kusurunun aranması gerektiği; oysa sebep sorumluluğu hallerinde de manevî tazminata hükmedilebilmesidir.⁶⁴

Tatmin görüşü, manevî tazminatın; zarar görende meydana gelen acı ve üzüntüleri dindirip azaltacak bir tatmin aracı olarak görür.⁶⁵ Manevi tazminat olarak ödenen para rahatlama ve tatmin fonksiyonuna sahiptir. Bu teori, ayırt etme gücünden yoksunlar ve tüzel kişilerin tatmin duygusuna sahip olmadıkları gerçeğini izah edemez.⁶⁶

Bir diğer görüş ise telafi görüşüdür. Bu görüşe göre manevi tazminatın işlevi manevî zararı telafi etmektir. Telafi görüşüne göre, zarar görene ödenecek manevi tazminat, onun acı ve elem şeklinde zararı hissetmesine göre değil, zararı karşılığında ödenir. Bu yönüyle de objektiftir.⁶⁷

Yargıtay'a göre ise manevi tazminat; zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir

(62) Eren, s.773; Öztan, s.272; Oğuzman/Öz, s.640; Akipek/Akıntürk, s. 427; Serdar, s.290-291; Dural, s.155; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.655 vd.; Kılıçoğlu, s.241

(63) Dural, s.154; Franko, s.32

(64) Eren, s.778; Kılıçoğlu, s.243

(65) Oğuzman/Öz, s.641; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.655; Kılıçoğlu, s.241

(66) Eren, s.777

(67) Eren, s.779

nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmez. Kusurlu olana yalnız hukukun ihlalinden dolayı yapılan bir kötülük de değildir. Aksine, zarara uğrayanda bir huzur duygusu doğurmak ve aynı zamanda ruhi ızdırabını dindirmeyi amaç edinmiştir. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir.⁶⁸

Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin 3444 sayılı Kanunla 4.5.1988 tarihinde değiştirilmesinden sonra, yeni metinde "kusurun ağırlığı" şartı kaldırılmış, madde metninde kusur şartı yer almasa da; BK 49. maddesi, BK 41. maddesinin bir devamı olduğundan, kusurlu olma şartının aranacağı genel kabul görmüştür.⁶⁹ Ancak kusurun derecesi tazminatın miktarı (kapsamıyla) ilgilidir. Özel hayata saldırı halinde, manevi tazminata hükmedebilmek için kusur şartından başka bu saldırı ile manevi bir zararın doğması, yani özel hayat ister manevi kişilik değeri, ister sosyal kişilik değeri sayılsın bu değerlerde bir eksilme meydana gelmesi aranır. Bu saldırının hukuka aykırı olması, bu hukuka aykırı eylemle meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması da gerekir.⁷⁰

BK 49. maddesi, hakime manevi tazminatın şeklini ve miktarını takdir yetkisi tanımıştır. Her ne kadar maddenin ilk fıkrasında "Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir" hükmünden, manevi tazminatın sadece nakdin belirlenebileceği düşünülebilirse de maddenin devamında "Hakim bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi, tecavüzü kinayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedebilir" denmesinden; nakden belli bir para yerine veya bu paraya ilave olarak başka bir

(68) Y. 4.HD. 28.4.1986 tarih, 2829-3659 (yayınlanmamıştır)

(69) Eren, s.788; Kartal, s.123; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.694; Serdar, s.301; Oğuzman/Öz, s.652-653; İşgüzar, s.871; Kılıçoğlu, s.248

(70) Eren, s.787-788; Aydın, s.235-237; Özsunay, s.161; İşgüzar, s.856-874; Kılıçoğlu, s.243; Oğuzman/Öz, s.658; Dural, s.164; Serdar, s.298

tazmin şeklinin de benimsenebileceği sonucuna varılmalıdır. Diğer tazmin şekillerine özür dileme, saldırıda bulunanın sözlerini geri alması, kınama, mahkeme kararının yayınlanması vb. örnek gösterilebilir.⁷¹ Bunlar tahdidi olmayıp, tarafın istemi ve hakimın takdirine bağlıdır.

Eren, BK 49. maddesinin uygulanacağı hallerde daha ziyade nakden tazminin anlaşılması gerektiğini bu nedenle diğer tazmin türlerinin nakdi tazminata ek olarak hüküm altına alınması gerektiğini savunmaktadır.⁷²

Diğer tazmin şekillerinin bazılarının icra edilebilir olmaması; bazılarının manevi tazminat niteliğine sahip olmaması nedeniyle itiraza uğradıkları da görülmektedir.⁷³ Çoğu zaman saldırının kınanması ya da haksız saldırı yapıldığına ilişkin kararın kamuoyuna duyurulması bazı zorlukları da beraberinde getirir. Mahkemece hükmedilen yayın kararında, yayının nerede yapılacağı, ne kadar bir süre için yapılacağı, kaç kez yayınlanacağı, ne boyutta yayın yapılacağı, çekim yapılmasını gerektirip gerektirmeyeceği, bunun maliyetinin kime ait olacağı, vb. konularında açıklık bulunmaması ve ayrıntılı düzenleme yapılmaması, verilen kararın infaz kabiliyetini ortadan kaldırır.⁷⁴ Diğer tazmin şekillerini manevi tazminatın türü değil, saldırının tespiti veya önleme ve durdurma talebi olarak nitelendiren bazı yazarlar da mevcut olup, bunlara göre artık burada kusur vb. aranmayacak özel koruyucu davalar için gerekli koşulların varlığı yeterli olacaktır.⁷⁵

Yargıtay, BK. 49. maddesindeki düzenleme nedeniyle tazminatın ödemesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar da verebileceği ve bu kararın basın yolu ile ilanına da

(71) Eren, s.791; Öztan, s.272; Kılıçoğlu, s.257; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.682; Özsunay, s.160; Serdar, s.311; Oğuzman/Öz,s.667

(72) Eren, s.792

(73) Kılıçoğlu, s.261; Öngören/Avşar, s.176-177

(74) Öngören/Avşar, s.177

(75) Kılıçoğlu, s.195; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.682-683

hükmedebileceğini belirterek "hakim istem dışındaki yaptırıma hükmederken somut olayın özelliğini belirlemeli ve buna göre yaptırımın türünü tespit etmelidir. Hakime tanınan takdir hakkının doğru ve uygun bir nedene dayanması ve gerekçelendirilmesi gerekir. Hakim, kanun maddesinde yer alan tüm koşulları ve bu bağlamda yanların sosyal ve ekonomik durumlarını, eylem türünü ve ağırlığını, uygulayacağı yaptırımın yanlar üzerindeki etkisini, toplumun değer yargıları gibi olguları da göz önünde tutmalıdır."⁷⁶ demek sureti ile hakime takdir hakkını nasıl kullanacağı konusunda yol göstermiştir. Kınama kararı verilmesi ve bunun ilanından başka uygulamada en çok istemde bulunulan tazmin şekli; karar özetinin yayınlanması istemidir. Yargıtay bu konuda, yayın isteminin kabulü ile yayın yapılmasında amacın "davaya konu olan önceki yayının haksızlığının hükmen sabit olduğunun okuyucuya duyurulması"⁷⁷ olduğunu dile getirmiş ve bu tazmine hükmedilebilmesi için "dava konusu yayının içeriği, hüküm altına alınan tazminatın tutarı ve MK.'un 4. maddesindeki ilkenin nazara alınmasını, yayının amacı aşır aştığını ve hak ve nasafete uygun düşüp düşmediğinin değerlendirilmesi gerektiğini; hüküm altına alınan manevi tazminat miktarı davacı için manevi tatmin duygusu yaratacak düzeyde ise yayına karar verilmeyeceğini vurgulamıştır".⁷⁸

Özel koruma yollarından olan özel davalarla istenebilecek yayın kararı ile BK 49/III. maddesinde hakime manevi tazminat yerine veya ek olarak hükmedilebilecek yayın kararı birbirinden farklıdır. MK 25. maddesindeki yayın talebi için özel koruma davalarının şartları aranacak, kusur aranmadan bizatihi saldırı eylemine yönelik olarak yayın talep edilecektir. BK 49. maddesinde hakimce manevî tazminat yerine veya ek olarak hükmedilecek yayın talebinin amacı, saldırının sonuçlarını ortadan kaldırmaya yönelik olup, özellikle kusur gibi manevi tazminatın koşulları aranacaktır. Yine istemle

(76) Y. 4. HD. 24.9.2002 tarih, 3829-9940 (yayınlanmamıştır)

(77) Y. 4. HD. 21.2.1995 tarih, 9287-1597 (naklen Çetin, s.358)

(78) Y. 4. HD. 10.3.1994 tarih, 1035-2298 (naklen Çetin, s.359-360)

bağlı olmak koşuluyla, manevi tazminata ek veya onun yerine hüküm altına alınabilmelidir. Aynı görüşlerimiz, diğer tazmin şekilleri için de geçerlidir. Yeter ki, hükmün infaz kabiliyeti ve manevi acıyı hafifletme niteliği olsun.

Manevi tazminatın nakden belirlenmesi halinde miktarı konusunda da hakime takdir hakkı tanınmış olup, bu hakkı kullanırken göz önünde tutulacak hususlar, BK 49/II. maddesinde sıralanmıştır. Burada belirlenen hususlar; tarafların sıfatı, işgal ettikleri makam ve diğer sosyal ve ekonomik durumlar olup, sınırlı sayıda değildirler. Burada BK. 43-44 ve MK.4. maddeleri de kıyas yolu ile uygulanmalıdır.⁷⁹ Saldırının derecesi, kullanılan araç, saldırı ile güdülen amaç, meydana gelen sonucun sürekliliği, saldırının şekli, ulaşılan kitle, kullanılan sözlerin ağırlığı, zarar verenin kusurunun ağırlığı, zarar görenin kusuru, tarafların sosyo-ekonomik durumları belirlenecek tazminatın miktarını tayinde etkili olacaktır.⁸⁰

3. Kazancın İstenmesi Davası

MK 25. maddesine göre, özel hayata saldırıda bulunan kişi bu saldırısı nedeniyle bir takım kazançlar elde etmiş ise ve böylece malvarlığında bir artış meydana gelmiş ise vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca zarar gören bu kazancın kendisine ödenmesini isteyebilir.

Vekaletsiz iş görmeye dayalı olan bu davada ortada saldırıya uğrayanın bir zararı yoktur. Bu zarar mağdurun elde etmek istediği veya elde edebileceği bir zarar da değildir. Bu nedenle maddi tazminat davasına konu olmaz. Ayrıca malvarlığında bir azalma da söz konusu değildir. Oysa zarar görenin özel hayatına yapılan bu saldırı nedeniyle zarar verenin kendi menfaatine elde ettiği kazancı elde ederek ödüllendirilmesi engellenmiş olacaktır.⁸¹ Bir politikacının gizli aşkının açıklanacağına dair günler öncesinden ya-

(79) Eren, s.790; Serdar, s.306

(80) Kılıçoğlu, s.256; Serdar, s.306-312

(81) Eren, s.776; Öztan, s.273; Serdar, s.266 vd.; Kılıçoğlu, s.214; Helvacı, s.177

pılan yayınlar nedeniyle, o televizyon programında fazladan reklam alınması, ünlü bir kişinin özel hayatının sergilendiği kitabın fazlaca baskısının yapılması; gizli telefon konuşmaları veya gizli kamera çekimleri ile yapılan yayınlardaki ya da bu yollarla haber elde edilmesi nedeniyle sağlanan kazançlar bu davanın konusunu oluşturur.

Buradaki vekaletsiz iş görme, iş görenin başkasına ait olduğunu bildiği veya bilmesi gereken bir işi kendi menfaatine yapması olarak tanımlanan eksik vekaletsiz iş görmedir.⁸² Zarar görenin rızası varsa vekaletsiz iş görmeden bahsedilemez.

Özel hayata vekaletsiz iş görence yapılan saldırının hukuka aykırı olması gerekip, kusur aranmayacaktır.

Bu davanın açılabilmesi için aranacak bir diğer şart da hukuka aykırı bu saldırı ile elde edilen kazanç arasındaki uygun illiyet bağının bulunmasıdır.⁸³

Vekaletsiz iş görmeye dayalı istemin kapsamının belirlenmesi; elde edilecek kazancın tayini zorluk arz eder. Bu durumda kazanç kesin olarak tespit edilemezse, saldırıda bulunan kişi buna rıza gösterseydi, ödenecek miktar kıyasen sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümler uygulanarak belirlenecektir. Aynı durumda vekaletsiz iş gören de yaptığı masrafları yine sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebilir.⁸⁴ Ancak vekaletsiz iş görme hükümlerine göre istenecek kazanç da, sebepsiz zenginleşmede olduğu gibi, zarar görenin fakirleşmesi şartı aranmaz.⁸⁵

4. Sebepsiz Zenginleşme Davası

BK 62. maddesinde hüküm altına alınan sebepsiz zenginleşme davasının şartları mevcutsa, özel hayata müdahalede bulunulması halinde bu da-

(82) Kılıçoğlu, s.219; TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç ilişkileri, Cilt II, 3. Bası (borçlar), (Ankara, 1987), s.677

(83) Serdar, s.268; Aydın, s.215-216; Kılıçoğlu, s.220

(84) Kılıçoğlu, s.220; Serdar, s.269

(85) Serdar, s.268; Kılıçoğlu, s.220

vanın açılması da mümkündür. Maddi tazminat davasında kusur şartı aranacağından, kusurun ispatının güç olduğu veya kusur bulunmayan hallerde sebepsiz zenginleşme yoluna başvurulabilecektir.⁸⁶ Sebepsiz zenginleşme davasını vekaletsiz iş görme davasından ayıran husus ise burada zarar görenin fakirleşmesi karşılığında zarar verenin zenginleşmiş olmasıdır.⁸⁷ Örneğin; rakip firmanın mali durumunu gösteren ticari sırların basına sızdırılması sonucu, borsadaki hisse değerlerinin düşmesi, buna karşılık kendi hisse değerlerinin artması ya da rakip firmanın kaybettiği iş sözleşmelerinin kazanılmasında olduğu gibi.

Burada özel hayata saldırıda bulunulması; saldırıda bulunulan kişinin fakirleşmesi buna karşılık saldırıda bulunan tarafın zenginleşmesi ve bu zenginleşme ile fakirleşme arasında uygun illiyet bağının bulunması ve saldırının hukuka aykırı olması şartları aranacaktır.⁸⁸

Saldırı nedeniyle kusurun da var olduğu durumlarda haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeye dayalı taleplerden biri tercih edilecektir.⁸⁹

III- HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

Özel hayatı koruyan MK 24, BK 49. maddelerinde genel olarak sorumluluk için yapılan saldırının hukuka aykırılığı şartı aranmaktadır. Yine MK 24/II. maddesinde bazı haller hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiş olup, bu hallerin varlığı halinde özel hayata saldırı varsa da bunun hukuka aykırılığından söz edilemeyeceğinden bir önceki konuda anlatılan dava yoluyla koruma ve sorumluluk gündeme gelmeyecektir. Bu nedenler bir anlamda özel hayatın korunmasının da sınırını çizmektedirler. MK 24/II. maddesinden yararlanılarak hukuka uygunluk nedenlerini şöyle sıralayabiliriz:

(86) Aydın, s.214; Kılıçoğlu, s.216-217; Serdar, s.270-271

(87) Kılıçoğlu, s.217; Serdar, s.270-271

(88) Serdar, s.270-271; Kılıçoğlu, s.216-217

(89) Kılıçoğlu, s.217; Serdar, s.271

- a. Kanunun tanıdığı yetkinin kullanılması
- b. Zarar görenin rızası
- c. Üstün yarar (üstün nitelikli özel yarar veya kamu yararı)

A) KANUNUN TANIDIĞI YETKİNİN KULLANILMASI

Kimi zaman kamu hukuku karakterli, kimi zaman özel hukuk karakterli kanunlardan, özel hayata müdahale edilse bile bu durum hukuka uygun kabul edilir.⁹⁰

Bu hukuka uygunluk nedenlerini meşru müdafaa, zaruret hali, görevin ifası, vekaletsiz iş görme olarak sıralayabiliriz.

1. Meşru Müdafaa

Borçlar Kanunu'nun 52. maddesinde meşru müdafaa halinde saldırıda bulunanın şahsına veya mallarına yapılan zarardan dolayı sorumluluk (tazminat) doğmayacağı hüküm altına alınmış ise de ne Medeni Kanun'da ne Borçlar Kanunu'nda meşru müdafaanın tanımı yapılmamıştır.

Meşru müdafaanın şöyle bir tanımı yapılabilir: Bir kimsenin gerek kendisinin, gerek başkasının şahıs ve malvarlığına karşı yapılan haksız ve mevcut bir tecavüzü defetmek için zorunlu karşı tecavüzde bulunması hali.⁹¹ Meşru müdafaa halinden söz edebilmek için şu şartların varlığı aranacaktır

Saldırıda bulunan kimsenin (özel hayata) müdahalesi öncelikle hukuka aykırı olmalı, hukuka uygunluk nedenleri söz konusu olmamalıdır. Hakim hükmü ile kişinin haberleşmesinin dinlenmesi, evinin aranması vb. hallerde hukuka aykırılıktan söz edilemez.

(90) Öztan, s.266; Eren, s.588 vd.; İşgüzar, s.870; Kılıçoğlu, s.119

(91) Eren, s.590; Serdar, s.113; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.486; Oğuzman/Öz, s.489

Burada saldırıya uğrayanın veya üçüncü kişinin şahıs veya malvarlığına yönelik saldırı olması gerekir. eşru müdafaa devam eden veya başlaması çok yakın saldırılar açısından söz konusu olur. Bitmiş veya ilerde gerçekleşecek saldırı için meşru müdafaa söz konusu olamaz.⁹²

Burada savunma eylemi bizzat (özel hayata) saldırıda bulunana yöneltilmelidir. Başkasına karşı saldırıda meşru müdafaa olmaz. Meşru müdafaa hiçbir zaman başkalarına saldırmada gerekçe olamayacağından, savunma ile saldırı arasındaki dengenin uygunluğu, hukuka aykırılığın tespiti bakımından önemlidir. Meşru müdafaa ile misilleme, öç alma, tatmin duygularının giderilmesi bir arada olamaz. Saldırılı önleme amaç ve sınırını aşan her savunma hukuka aykırıdır.⁹³ Savunma sınırının aşılıp aşılmadığının belirlenmesinde, savunma aracı, kullanılan sözler, saldırının etkisi gibi unsurlar bir arada değerlendirilmelidir.

Meşru müdafaa hali hukuka uygunluk nedeni olduğundan sorumluluğa engel olur. Örneğin; A'nın B'ye olan gizli ilişkisini açıklayacağı yönündeki radyo, televizyon ve gazetelerde çıkan yayınlar üzerine, B'nin A ile arasında geçen olayın gerçek olmadığı, ortada bir menfaat temininin söz konusu olduğuna dair telefon konuşmalarının kamuoyuna açıklanmasında vb. artık sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Ancak her olay kendi sınırları içinde değerlendirilecek ve savunmadaki sınır ve aşma olup olmadığı belirlenecektir. Yine gizlice bahçesine giren evindeki gizli yaşam çevresini görüntülemeye çalışan kişinin zorla dışarı atılması gibi hallerde de meşru müdafaadan bahsedilebilir.⁹⁴

(92) Eren, s.590; Serdar, s.114; Helvacı, s.112; Kılıçoğlu, s.119; Aydın, s.149

(93) Eren, s.891

(94) Öngören/Avşar, s.138-139

2. Zaruret Hali

BK 52/II. maddesinde düzenlenen zaruret hali; kişinin kendisinin veya başka bir kimsenin şahıs veya malvarlığına yönelik mevcut veya çok yakın saldırıdan veya zarardan kurtarmak için başkasının malvarlığına zarar vermek zorunda kalması halidir.⁹⁵

Zaruret hali için kişinin şahsına veya üçüncü bir kişiye yönelmiş bir zarar veya derhal meydana gelecek bir tehlike var olmalıdır. Bu zarar veya tehlike şahıs veya malvarlığına yönelik olabilir. Zaruret halinde, zarar veya tehlikenin kaynağının malına zarar verilen kimse olmaması gerekir ve bu husus meşru savunmadan zaruret halini ayıran en önemli unsurdur.

Bu zarar veya tehlike dolayısıyla üçüncü bir kişinin malına zarar verilmiş olmalıdır. Şahsa verilen zararda zaruret halinden söz edilemez.⁹⁶ Zarar veya tehlikeden kurtulmak için üçüncü kişinin malına zarar verilmesinden başka imkan olmaması.

Burada zarar veya tehlikeden kurtulmak için, üçüncü kişinin malına zarar vermeden kurtulma kaçınılmaz olmalıdır. Zarar veya tehlikeden başka bir önlemlerle kurtulmak mümkün ise zaruret halinden söz edilemez.

Önlenecek zarar veya tehlike ile mala verilecek zarar arasında orantı bulunması da zaruret halinin unsurlarındandır. Buradaki sınırın aşılması ayrı bir haksız eylem oluşturur. Bu nedenle kullanılan araçlar ve verilen zarar açısından uygunluk gözetilmelidir.

Zaruret hali de bir hukuka uygunluk nedeni olup, tazminat sorumluluğunu fedakarlıkların denkleştirilmesi ilkesi gereği kısmen ortadan kaldırır.⁹⁷ Örneğin: A'nın eşi B'ye tecavüz edilirken sesini duyan C'nin evin kapısını ki-

(95) Eren, s.592; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.487; Oğuzman/Öz, s.490; Serdar, s.116; Helvacı, s.113; Kılıçoğlu, s.120; Öztan, s.267

(96) Eren, s.593; Helvacı, s.113-114

(97) Eren, s.593; Kılıçoğlu (Borçlar), s.168

arak girip B'yi kurtarmasında, A'nın konut dokunulmazlığı ihlal edilse de artık bir zaruret hali söz konusu olacaktır.

3. Görevin İfası

Kanuni sınırlar içinde kalan yetkili makamın emrini ifa veya memuriyet görevinin ifası da hukuka uygunluk nedenlerindedir. Kanunda belirtilen unsurlara uygun olarak kişilerin üstlerinin ve evlerine girilerek evlerinin aranması, hakim kararına dayalı telefonlarının dinlenmesi vb. durumlarda özel hayata müdahale edilmekte ise de artık hukuka aykırılıktan söz edilemez. Ancak bu gibi durumlarda kamu görevlilerinin kanunun verdiği yetkiyi aşmamaları gerekir.⁹⁸ Aksi halde kişisel kusurları bulunması halinde bu görevliler aleyhine adli yargıda tazminat davası açılabilir gibi; kişisel kusurlarının söz konusu olmadığı hallerde Anayasa'nın 129/5. maddesi gereğince bu görevlilere rücu edilmek üzere ilgili idare aleyhine idare mahkemesinde dava açılması mümkündür. Örneğin 4422 sayılı Kanun gereği gizli dinlemeye ilişkin verilerin gizliliğinin ihlali veya imha edilmesi gereken verilerin imha edilmemesi aynı yasanın 10. maddesi gereğince suç olup, bu kişinin suç niteliğindeki eylemi aynı zamanda kişisel kusurunu gösterdiğinden özel hukukun korumasından yararlanılıp, bu memur aleyhine tazminat davası açılabilir.

4. Vekaletsiz İş Görme

Bir kimsenin rızası olmaksızın onun adına işlem yapmaya vekaletsiz iş görme denir ve BK 411/1. maddesi gereğince vekaletsiz iş görmeden doğacak zararlı sonuçtan vekaletsiz iş gören sorumludur.⁹⁹ Burada söz konusu olan caiz olan vekaletsiz iş görme olup, vekaletsiz iş gören bu işi, adına iş gördüğü kişinin yararına, yani onu bir zarardan kurtarmak için yapmış olmasıdır.¹⁰⁰

(98) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.491; Oğuzman/Öz, s.485; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.519

(99) Tandoğan (Borçlar), s.666 vd.

(100) Serdar, s.118

B) ZARAR GÖRENİN RIZASI

MK 23. maddesindeki sınırlar içinde kalan rıza hukuka uygunluk nedeni olarak MK 24. maddesinde de sayılmıştır. BK 44. maddesinde hüküm altına alınan rıza da benzer fonksiyona haizdir. Tazminat sorumluluğunu kısmen veya tamamen ortadan kaldırır.

Rıza, tek yönlü bir hukuki işlem olduğundan, fiil ehliyeti, irade sakatlığının bulunmaması, vazgeçmenin hukuka ve ahlaka aykırı olmaması şartları aranır.¹⁰¹

MK 23. maddesinde kişilik haklarından ve özgürlüklerden vazgeçilemeyeceği; bu hakları ve özgürlükleri tamamen ortadan kaldırmaya yönelik rızanın geçerli olmayacağı hüküm altına alınmıştır. Kişinin tüm cinsel hayatının gözler önüne serilmesine ait rıza vb. özel hayatı tamamen ortadan kaldıran niteliği itibarıyla geçersizdir. Ancak özel hayatın gizliliğinin kısmen ortadan kaldırılmasına yönelik sözleşmeler geçerlidir.¹⁰² Bu konu bir HGK kararında¹⁰³ ayrıntılıca tartışılmıştır. Davaya konu olayda davacı, "Adı Aylin" adlı kitapta cinsiyeti erkek olan davacının "kız Nuri" vb. sözcüklerle cinsiyeti ve cinsel aktivitesi üzerinde tereddüt uyandırıldığı, özel hayatının anlatılması nedeniyle manevi tazminat istemiş, yerel mahkeme davayı kısmen kabul etmiş, kararın taraflarca temyizi üzerine Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, davacının özel hayatının yayınlanmasına ilişkin rızası olduğu tanık anlatımlarından anlaşıldığı ve davacının izin verdiği hususların yazılması üzerine özel hayatına saldırıldığı iddiası ile açtığı davanın iyiniyet kurallarına aykırı olduğu gerekçesi ile kararı bozmuş; yerel mahkemece direnilmekle dava HGK.'nce incelenmiştir. İlgili kararda "Kişilik hakkına saldırı niteliği taşımasına rağmen, bir basın açıklamasının kişinin rızası nedeniyle hukuka uygun sayılabilmesi için ve-

(101) Eren, s.587; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.490 vd.; İşgüzar, s.865; Serdar, s.120; Aydın, s.152

(102) Kılıçoğlu, s.179; Serdar, s.122

(103) HGK. 26.3.2003 tarih, 2003/4-161 Esas, 2003/201 Karar (yayınlanmamıştır)

rilen rızanın MK. 23. maddesinin sınırları içerisinde kalması gerekir. Bu anlamda olmak üzere rıza hukuka ya da ahlaka aykırı olmamalıdır. Hukuka ya da ahlaka aykırı olarak verilen rıza MK. 23. maddesine aykırı olup, basın yoluyla yapılan açıklamayı hukuka uygun hale getirmez. Buna örnek olarak bir kimsenin bütün sırlarının ifşa edilmesine, aile yaşantısıyla ilgili en mahrem olan konuların açıklanmasına, şeref ve haysiyetine her türlü saldırının yapılmasına ilişkin rızalar gösterilebilir. Bu gibi hallerde yapılan açıklama, rızaya rağmen hukuka aykırıdır.” denildikten sonra somut olay bakımından şu değerlendirme yapılmıştır. “Aylin isimli kişinin yaşam öyküsünün anlatıldığı biyografik romanda yer alan sözler, davacının kimliği açıklanarak, doğrudan hedef alınarak, aşağılayıcı bir üslupla kullanılmıştır. Her ne kadar bir tanık davacının konuşmasının yer aldığı ses bandını dinlediğini, söylediklerinin yayınlanmasına rıza gösterdiğini ifade etmişse de davalılar tarafından ses bantları ibraz edilmemiştir. Tanığın açıklamaları rızanın kapsamını ve amacını açıklayıcı nitelikte olmayıp, davacının hormonal tedavi gördüğünü bildiklerinden ibarettir. Anılan değerlendirmedeki sözcüklerin davacının özel yaşamı onun sır alanı ile yakından ilgili olduğu tartışmasızdır. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, davacının bu alanla ilgili olarak yazılanlara geçerli rızasının bulunduğunu söyleyebilme olanağı bulunmamaktadır. Ayrıca yukarıda ayrıntılı şekilde anlatıldığı gibi kendisine karşı bile mutlak olarak korunması gereken kişinin onuru, kişiliği, sır alanına giren gizli yaşamının onun rızası ile hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığını ve tecavüze haklılık kazandırdığını ileri sürmenin yasanın amacına açıkça aykırı olduğu aşikardır. Davacının özel yaşamı bu kadar açık bir şekilde topluma sunulamayacağından kişilik hakkına saldırının varlığı kabul edilmelidir”.

Rızanın geçerliliği için şu şartların bulunması gerekir :

1. Irade Beyanı

Rıza da bir hukuki işlem olduğuna göre, her şeyden önce iradenin açığa vurulmasını gerektirir. Bu zımnî ya da sarîh olabilir. Örneğin, bir manken

resimlerinin çekilmesine açıkça izin verebileceği gibi, bir bürokratin resmî geçitte resminin çekilmesine zımnen rıza göstermiş demektir. Özellikle özel hayat söz konusu olduğunda çoğu zaman o olay birden fazla kişiyi ilgilendireceğinden (karı-koca arası olaylar, mektubu gönderen-alan gibi) tümünün rızası gereklidir.¹⁰⁴

2. Rızaya İlişkin İrade Beyanının Geçerli Olması

Rızanın geçerli olması için her şeyden önce hukukî işlem ehliyetine sahip olunmalıdır. Tam ehliyetlilerin hukuki işlem ehliyeti vardır. Ancak tam ehliyetsizlerin hukukî işlem ehliyetleri olmadığından rızaları geçerli değildir. Bu rıza onların kanunî temsilcileri tarafından da bu hak şahsa sıkı sıkıya bağlı olduğundan verilemez.¹⁰⁵

Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar tek başlarına geçerli olarak rıza gösterebilirler. Ancak küçük veya kısıtlı, saldırının önemini ve tüm sonuçlarını öngörebilecek durumda değilse, kanuni temsilcinin onayı aranacaktır.¹⁰⁶ Bu konu hukukumuzda 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde benzer şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, tabiplerin ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar üzerinde yapacakları her çeşit ameliyat için veli ve vasilerinin önceden iznini almak zorunda oldukları belirtilmektedir.

Organ ve doku alınması, saklanması ve nakli hakkındaki 2238 sayılı Kanun'un 5. maddesine göre 18 yaşını doldurmamış ve ayırtım gücüne sahip olmayan kimselerden organ ve doku alınması yasaktır. Ancak ayırtım gücüne sahip kısıtlılar, yine kanuni temsilcilerinin izni ile verici olabilirler.¹⁰⁷

(104) Kılıçoğlu, s.179; Serdar, s.124; Aydın, s.153

(105) Kılıçoğlu, s.179; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.438; Helvacı, s.105

(106) Helvacı, s.105; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.438

(107) Oğuzman/Seliçi/Oktay, s.120; Dural, s.110; Helvacı, s.106

Nüfus planlaması hakkındaki 2827 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre gebeliğe son verilmesi halinde, ayırt etme gücüne sahip küçük için velisi, kısıtlı için vasinin izini ve sulh mahkemesinin onayı da rızaya ek olarak aranacaktır.

3. Rızanın Hukuka Ve Ahlaka Aykırı Olmaması

Rızanın geçerli olması için hukuka ve ahlaka aykırı olmaması da gerekir. Hukuka ve ahlaka aykırı olmanın yaptırımını BK 19-20. maddeleri gereğince geçersizliktir.¹⁰⁸

Özel hayata rıza ile yapılan müdahaleler hukuka uygundur. Ancak saldırı rızanın sınırları içinde kalmalıdır. Sınırları aşan kısım hukuka aykırıdır. Örneğin bir gazeteciye dostça verilen ve kısmen yayınlanmasına izin verilen röportajda, rıza gösterilen dışındaki kısmın yayınlanmasında, hukuka aykırılık bu kısımlar bakımından oluşur.

Rıza, saldırı meydana gelmeden veya en geç saldırı anında geri alınabilir. Bu durumda başka bir hukuka uygunluk nedeni yoksa, müdahale hukuka aykırı kabul edilmelidir. Örneğin; kürtaj olmak için önceden rıza gösteren bir bayanın, son anda rızasını geri alıp; müdahaleden vazgeçmesi mümkündür. Kişinin bedeni üzerindeki müdahaleler veya bir çocuğu doğurup doğurmama konusundaki tercihi hem vücut bütünlüğü hem de özel hayatın bağımsızlık unsuruna ilişkin olduğundan, özel hayatın bir parçası niteliğindedir. Kişi, rızasını geri almakla özel hayatına müdahale edilmemesini isteme hakkına sahiptir. Ancak annenin hayatı gibi (üstün bir yarar) başkaca hukuka uygunluk nedeni söz konusu olmadıkça müdahalede bulunulamaz.¹⁰⁹ Yine kişinin özel hayatına ilişkin açıklamalarda bulunmayı kabul ettiği bir canlı yayına son anda rızasını geri alıp çıkmamasında olduğu gibi rızanın geri alınması mümkündür.

(108) Helvacı, s.108

(109) Benzer fikirler için bkz. GÜVEN, Kudret: Kişilik Hakları ve Ötenazi (Ankara, 2000), s.107-108

Kişinin fiziki değeri olan vücut bütünlüğünün, başkalarının saldırılarına karşı fiziki yönden korunması; bu varlıkların maddi yönüyle ilgilidir. Ancak bu fiziki değerler üzerinde kişinin bağımsızca kararlar alabilmesi, fiziki değerlerini kontrol edebilmesi hakkı onun özel hayatının vazgeçilmez parçasıdır. Özel hayat sadece kişinin başkalarından gizli tutacağı bir alanı değil, aynı zamanda üzerinde bireysel olarak bağımsız olduğu ve bazı kararları alabildiği, farklı yönlerini savunabildiği ve özgürce hareket edebileceği bir alanı da ifade eder. Bu nedenle bazı fiziki müdahaleler konusundaki karar ve tercihleri, özel hayat ve kişinin rızası yönünden değerlendirmek gerekir.

4. Rızaya İlişkin Bazı Özel Durumlar

a) Cinsiyet Değiştirme Ameliyatları

Cinsel hayat ve cinsel tercihler kişinin özel hayatının en önemli unsurlarındandır. Kişinin kendi rızası ile cinsiyetini değiştirmesi MK 40. maddesindeki şartları taşıması halinde mümkündür. Önceden cinsiyet değişikliğinin hangi durumlarda ve ne gibi koşullarda yapılabileceği belirtilmemiş; cinsiyet değişikliğinin asgari sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi halinde nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılacağı hükmü yer almaktaydı. Yeni Medeni Kanun değişikliği ile cinsiyet değişikliği daha ayrıntılı koşullara bağlanmıştır. Cinsiyet değiştirmek isteyen kimse öncelikle mahkemeye başvurarak cinsiyet değişikliği için izin alacaktır. Bu izinden sonra amaca ve tıbbî yöntemlere uygun olarak cinsiyet değiştirme ameliyatı yapılacaktır. Bu ameliyatın yapıldığı resmi sağlık kurulu raporu ile doğrulandıktan sonra nüfus sicilinde bu değişiklik konusunda düzeltme gerçekleştirilecektir. Yasada, cinsiyet değişikliğine izin verilmesi için şu şartlar aranacaktır: Cinsiyet değiştirmek isteyen kişinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunması; evli olmaması; transseksüel yapıda olup cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olması; üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunduğu bir eğitim ya da araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporu ile belgelenmelidir. Maddede sadece transseksüellerden bahsedilse de hemafroditlerin de ruhsal sağlık bakımından bu madde kapsamında değerlendirilmeleri gerekir.

Transseksüeller, iç ve dış üreme organları belirgin olmakla birlikte, ruhsal yönden anatomik yapısını kabul etmeyip kendini karşı cinsten sayarlar. Cinsiyet değiştirmek suretiyle ruhsal sağlıklarına kavuşabilirler.¹¹⁰ Hemafroditler ise, her iki cinsin özelliğini, örneğin: Üreme organını taşıyan kimseler olup, bunların cinsiyetinin bilinmesi ve ortaya çıkarılması, ruhsal sağlıklarına kavuşmaları için cinsiyet değişikliği gerekli olabilir.¹¹¹

Medeni Kanunun lafzından transeksüeller ve hemafroditler dışı cinsiyet değişikliğine izin verilemeyeceği, cinsiyet değişikliğinin ağır şartlara bağlanarak zorlaştırıldığı anlaşılmaktadır. Tamamen tıbbi veya ruhi gereklilik dışı olan travestilik ve homoseksüellik cinsiyet değişikliğine gerekçe olamayacak görünmektedir. Ancak yasalarımızda, kapalı kapılar ardında bu tür ilişkileri yasaklayan bir hüküm yoktur. Bu nedenle cinsel yaşam tarzı olarak bunların seçilmesinde hukuki bir engel bulunmamaktadır. Ancak bu husus cinsiyet değişikliğine ve bunun tesciline engeldir. Medeni Kanun'da mahkeme izni alınmadan cinsiyet değiştirme ameliyatı yapanların durumu konusunda bir açıklık yoktur. Lafza bağlı yorum yapılması durumunda, bu değişikliklerin tesciline olumsuz gözle bakmak gerekir.

b) Nüfus planlaması ve gebeliğin önlenmesi

Nüfus planlaması uygulamalarının ve bu yöndeki devlet politikasının da özel hayata müdahale teşkil ettiği savunulabilir. Bu konuda alınan önlemlerin ALHS.'nin 8/2. maddesindeki şartları taşıyıp taşımadığı incelenmek suretiyle sonuca varmak gerekir. Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanunun 2. maddesinde nüfus planlaması; kişilerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olması olarak tanımlanmıştır. Burada rıza önemli bir unsurdur.

(110) Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.446-447

(111) Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.446

Yine kişinin kısırlaştırılması ve cinsel üreme organlarının alınması biçimindeki müdahaleler de rızası dışında özel hayata ve vücut bütünlüğüne saldırıdır. Bazen daha üstün bir yarar için tedavi maksatlı olarak kişinin kısırlaştırılması veya kanser vb. hastalıklarda kanserli üreme organlarının alınması söz konusu olabilir. Bu amaç için yapılırsa bile mutlaka kişinin rızasının alınması ve yapılan müdahalenin sonuçları konusunda bilgilendirilmesi gereklidir.¹¹²

557 sayılı Nüfus Planlaması Kanunu'nun 4. ve 5. maddelerine göre, kalıtsal yolla, doğacak kuşaklara geçecek önemli hastalıklar veya kişinin sağlığını tehdit eden bir durumun varlığında (kişinin gebe kalması veya doğum yapmasının ölümüne yol açabileceği durumlarda) rıza ile kısırlaştırma mümkündür. Ancak izin alınmaksızın ya da hayat kurtarma gibi amaçlar bulunmadan yapılan kısırlaştırmalar hukuka aykırıdır.

c) Kürtaj

Ana rahmindeki ceninin gelişimine ya da bir kadının gebeliğine son verilmesine kürtaj denir.¹¹³ Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanunun 5. maddesi ile kürtaji düzenleyerek hak olarak tanımıştır. Bu maddeye göre, gebeliğin ilk on haftası ile sınırlı olarak kürtaja izin verilmiştir. Gebelik süresi, on haftadan fazla olduğu takdirde gebelik ancak annenin yaşamını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır sakatlıklara neden olacağı hallerde kürtaja izin verilir. Burada ananın rızası aranır.¹¹⁴ Aynı maddeden, rızanın alınmasının mümkün olmadığı ivedi hallerde, hekimin yaşam kurtarma amacıyla gebeliğe izinsiz son verebileceği kabul edilmektedir. Burada ceninin yaşam hakkından önce aranır. Yaşam hakkı ve soyun sağlığı tercih edilecektir.¹¹⁵

(112) Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.449

(113) Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.449

(114) İnceoğlu, s.183; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.450

(115) Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.450; Oğuzman/Öz, s.485

d) Tedaviyi reddetme ve ötenazi

Ötenazi; dayanılmaz, sürekli acılar çeken ve iyileşme olanağı bulunmayan hastaları bu acılardan kurtarmak için rızaları ile öldürmek ya da ölmesini çabuklaştırıcı yöntemler uygulamaktır.¹¹⁶ Ötenazi deyimi dar anlamda acı çeken hastanın üçüncü kişi tarafından kendini öldürmesini isteme hakkı olarak nitelendirilmektedir. Kişinin iyileşme olasılığı olmayan hallerde yaşamını uzatmaya yönelik tüm tedavi işlemlerinden vazgeçmesi ise ortötenazi olarak isimlendirilmektedir. Hasta, bilinci açık ise istemli olarak ötenazi isteyebilir. Amerika Birleşik Devletleri ve Hollanda'da ötenazi kabul görmekte ise de, Türk Hukuk bakımından Hasta Hakları Yönetmeliği 13. maddesi gereği ötenazi yasak olup bu konuda özel bir düzenleme bulunmamaktadır.¹¹⁷

MK 23 gereği kişinin tıbbi müdahale için verdiği rıza yaşam ve vücut bütünlüğüne saygılı olduğu ölçüde geçerlidir.¹¹⁸ Kişinin bilinçli olarak müdahaleye rıza göstermemesine rağmen, hekimce yaşamı korumak amacıyla yapılan müdahale özel hukukta hukuka uygun bir müdahaledir.¹¹⁹ Tedavinin reddi konusunda bireysel özerkliği olduğu ve bu kararın ALHS.'nin 8. maddesi anlamında özel hayatın parçası olduğu kabul edilse de¹²⁰ zorunlu ve ivedi durumlarda rıza aranmaksızın müdahalenin gerekli olduğu durumlarda hekimin müdahalesi hukuka uygundur. Tedaviyi reddetme-ötenazi konusunda rızanın sınırını BK 19-20. m. oluşturacaktır.¹²¹

C) ÜSTÜN YARAR

MK 24/II. maddesinde üstün nitelikte bir özel yarara veya kamu yararına dayanan saldırının hukuka uyguna olacağı kabul edilmiştir.

(116) Kaboğlu, s.188

(117) Kaboğlu, s.188

(118) AŞÇIOĞLU, Çetin: Doktorların Hukukî ve Cezai Sorumluluğu (Ankara, 1982), s.42

(119) İnceoğlu, s.183

(120) Güven, s.107-108

(121) İnceoğlu, s.189

Çoğu zaman üstün nitelikli başka bir hakkın kullanılması özel hayatın korunması yönündeki kişilik hakkı ile çatışabilir. Özel hayata saldırı biçimindeki eylem aynı zamanda özel veya kamu yararı amacıyla yapılabilir. Böyle durumlarda karşı karşıya gelen menfaatler çatışmakta, çatışan bu menfaatler arasında adil bir dengenin kurulması gerekmektedir.¹²² Halbuki hukuk düzeninin; çatışan iki değeri aynı zamanda koruma altına alması düşünülemez. Aksi halde hukukun kendisi, kendi kuralları ile çatışmış olur. Aslında, yapılan düzenleme, hukukunu diğer temel kavramları ile birlikte incelendiğinde, iki yararın aynı anda ve aynı olayda birbiri ile çatışmadıkları, somut olaydaki olaylar itibarıyla koruma altına alınmış bulunan bu iki değerden birinin diğerine üstün tutulması gerektiği anlaşılacaktır. Bunun sonucunda da daha az üstün olan yarar, daha çok üstün tutulması gereken yarar karşısında, o olayda ve o an için hukuk düzenince korumasız kalmasının uygunluğu kabul edilecektir.¹²³

Hangi değer üstün tutulacağı hakim tarafından belirlenecek olup, hukuk yaratmada başvuru genel ölçülerden, hukukun genel ilkelerinden, benzer hukuk kurallarının kıyasen uygulanmasından, karşılaştırmalı hukuktan ve toplumun hukuk ve adalet anlayışından yararlanacaktır.¹²⁴

Çatışan değerler arasında dengenin kurulmasında, her olay kendi koşulları içerisinde değerlendirilmelidir.¹²⁵

Çatışan yararlar arasında üstün olanın tespitinde nitelik ve nicelik ölçülerden yararlanılabilir.¹²⁶

Nitelik ölçüsünde, yararlar arasında bir sıralama yapılır. Üst değer basamağındaki yarar, diğerine göre üstündür ve korunur. Burada ideal nitelikteki yararlar, maddi yararların üzerindedir. Yaşam hakkının, vücut bütünlüğü-

(122) Kılıçoğlu, s.109; Dural, s.137; Serdar, s.126; Öztan, s.266

(123) HGK. 9.7.2003 tarih, 2003/4-437, 2003/468 (yayınlanmamıştır)

(124) Kılıçoğlu, s.110; Dural, s.141; Serdar, s.127

(125) Serdar, s.128

(126) Kılıçoğlu, s.111

ne ilişkin haktan üstün olması gibi.¹²⁷ Üstün yararı belirlemede ceza kanunlarınınca belirlenmiş cezanın ölçüsünden de yararlanılabilir. Daha ağır cezayla korunan değerler daha üstündür.¹²⁸

Nicelik ölçüsünde ise, yararların tartılması sonucu bunların eşit değerde olması halinde, çatışan yararların niceliği ölçüsü esas alınmalıdır. Niceliği belirlemede saldırının ağırlığı bir ölçü olabilir. Bir varlığı ağır olarak tehdit eden saldırılarda saldırıya uğrayan yarar daha üstün tutulur. Örneğin; özel hayatın gizliliğinin az bir kişi arasında ihlali ile, bir Televizyon Programında ihlali daha ağır saldırdır.¹²⁹ Yine saldırının elverişli ve uygun bir araç olup olmaması da niceliğini etkiler. Yararın kişiye yakınlığı da niceliğini değiştirir. İhlal edilen yararların sayısı da bazen niceliği belirler.¹³⁰

Üstün nitelikteki yarar kamu yararı veya özel yarar olabilir.

1. Üstün Nitelikteki Kamu Yararı

Üstün nitelikteki bir kamu yararı varsa, özel hayata saldırı hukuka aykırı değildir. Buradaki kamu yararı: Toplumun genel değer ve menfaatlerini ifade eder.¹³¹

Anayasa'nın 13. maddesinde tüm temel hak ve hürriyetler için genel bir sınırlama maddesi yer almış, buna göre her hakkın Anayasa'da ilgili maddesinde belirtilen sebeplere bağlı olarak, ancak kanunla sınırlanacağı hüküm altına alınmıştır. 3.10.2001 tarihli Anayasa değişikliğinden önce genel sınırlandırıcı nedenlerinden biri de kamu yararı iken ve maddedeki özel sınırlamaya ek olarak tüm hak ve özgürlükler için gerekli iken bu değişiklikten sonra AİHS.'ne paralel bir sınırlama rejimi getirmiştir. Bu sınırlamada hakkın

(127) Kılıçoğlu, s.111 vd.

(128) Kılıçoğlu, s.114

(129) Kılıçoğlu, s.115

(130) Kılıçoğlu, s.116; Serdar, s.128

(131) Öztan, s.266; Serdar, s.129; Kartal, s.120

özüne dokunulamayacak sınırlama Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olacak, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmayıp, ölçülü olacaktır. Özel hayat yönünden belirlenen bu nedenler; Milli Güvenlik, Kamu Düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleri olabilir –ki bunlar toplumun genel değer ve menfaatleridir. Bu tür kamu yararı hali, özel hayata müdahaleyi hukuka uygun hale getirir. Örneğin: Milli Güvenlik amacıyla özel telefon görüşmelerinin dinlenmesi, 4422 sayılı Kanun gereği gizli görüntüleme yapılması; salgın hastalığa karşı zorunlu aşı uygulaması vb. de olduğu gibi.

Kamu yararının söz konusu olduğu ve özel hayatla çoğu zaman çatışan haklar ise düşünce, düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğüdür. Basının; haber vermek (olaylar hakkında bilgi vermek), denetim ve eleştiri (toplum adına ekonomik, sosyal ve siyasi durumu denetlemek), kamu oyunu oluşturma (haber, eleştiri ve yorumlarıyla kamuoyu oluşumunu sağlama), eğitim ve öğretim (haber ve eleştirileri ile halkın belli konularda eğitilmesine yardımcı olma) görevi vardır.¹³² Basın özgürlüğünün sınırı Anayasa'da çizilmiş olup, özel hayat da bunlar arasındadır.

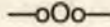
Yine düşünceye sahip olma, onu ifade edebilme ve yayma özgürlüğü de temel bir hak ve özgürlük olarak tanınmıştır. Bu özgürlüğün bir uzantısı da basın özgürlüğü olmuştur. Özel hayatla bu hakların çatışması halinde hangisine üstünlük tanınacağı, somut olayın özelliğine göre değerlendirilecektir. Ancak kişinin geçirdiği bir kazanın basınca duyurulmasında, bir bilim adamının biyografisinin yayınlanmasında, bir başbakanın partililere konuşmasında yayınlanmasında hukuka aykırılıktan söz edilemez.

(132) Kılıçoğlu, s.132

2. Üstün Nitelikteki Özel Yarar

Üstün nitelikte bir özel yararın bulunması halinde de kişinin rızası olmasa da özel hayata müdahalede kamu yararı nedeniyle saldırının hukuka aykırılığından söz edilemez.¹³³ Buradaki üstün özel yarar, saldırıda bulunanın veya saldırıya uğrayanın üstün yararı olabilir.¹³⁴ Tıbbi zorunluluk nedeniyle kürtaj veya savunma hakkının kullanılması sırasında karşı tarafın özel hayatının gizlerinin açıklanması durumunda olduğu gibi özel yarara üstünlük tanınabilir.

Burada her olayın özelliğine göre ve kendi şartları içinde yararlarının dengelenmesi sağlanacaktır.



(133) Öztan, s.266; Helvacı, s.126

(134) Helvacı, s.126-127; İşgüzar, s.866

KAYNAKÇA

- AKIPEK Jale.G. ve
AKINTÜRK Turgut. Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku I.Cilt, İstanbul, Eylül 2002
- AŞCIOĞLU, Çetin. Doktorların Hukukî ve Cezai Sorumluluğu. Ankara, 1982.
- AYDIN, Sevil. Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Haklarının ihlali ve Hukuksal Koruma. Adil Yayınevi, Ankara, 1998.
- ÇETİN, Erol. Açıklamalı ve İçtihatlı Basın Kanunu, Ankara, 1999.
- DURAL, Mustafa. Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler. 4. Bası, İstanbul, 1995.
- EGGER, August. İsviçre Medeni Kanunu Şerhi- Giriş ve Kişinin Hukuku, Çeviren: Volf Çernis, Ankara: 1947.
- EREN, Fikret. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Cilt I, 6. Bası, İstanbul, 1998.
- FRANKO, İ.Nisim. Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini. Doktora Tezi, Ankara, 1973.
- GÜVEN, Kudret. Kişilik Hakları ve Ötenazi. Ankara, 2000.
- HELVACI, Serap. Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar. İstanbul, 2001.
- İNCEOĞLU, Sibel. “ABD Anayasa Hukukunda Mahremiyet Hakkı”. İnsan Hakları Yılığ, Cilt 19-20, 1997-1998.
- İŞGÜZAR, Hasan. “Kişilik Hakkının İhlali Nedeniyle Manevi Tazminat Davasının Şartları”, ANBD., Yıl 47, Sayı:1990/6

- KABOĞLU, Ö. İbrahim. Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı. İstanbul, 1999.
- KARTAL, Bilal. "Basın-Yayın Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı ve Hukuki Sorumluluk" YD. C.23, Ocak-Nisan 1997. S.1-2
- KILIÇOĞLU, Şeref. Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk. Ankara, 1993.
- KILIÇOĞLU, Ahmet.M. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, (Borçlar) Ankara, 2001.
- KURU, Baki,
ARSLAN, Ramazan ve
YILMAZ, Ejder. Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı. II.Bası, Ankara, 1999.
- OĞUZMAN, M. Kemal,
SELIÇI, Özer ve
OKTAY, Saibe. Kişiler Hukuku Dersleri. İstanbul, 1993.
- OĞUZMAN, M. Kemal ve
ÖZ, M. Turgut. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, İstanbul 2000
- ÖNGÖREN, Gürsel ve
AVŞAR, Zakir. Radyo ve Televizyon Hukuku. Ankara, 2003.
- ÖZSUNAY, Ergün. Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu. İstanbul, 1982.
- ÖZTAN, Bilge. Medeni Hukukun Temel Kavramları. 11. Baskı, Ankara, 2003.
- ÖZTAN, Bilge. Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar, 7. Bası,(şahsın hukuku), Ankara, 1997.

- SIRABAŞI, Volkan. İnternet ve Radyo Televizyon Aracılığı ile Kişilik Haklarına Tecavüz. Ankara, 2003.
- TANDOĞAN, Haluk. Borçlar Hukuku (Özel Borç ilişkileri). Cilt II, 3. Bası, Ankara, 1987.
- TANDOĞAN, Haluk. "Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı Ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması", AÜHF, Cilt.XX, S. 14.
- TEKİNAY, Selahattin S. Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku. 6. Bası, İstanbul, 1992.
- TEKİNAY, Selahattin S.,
AKMAN, Sermet,
BURCUOĞLU, Haluk ve
ALTOP, Atilla. Borçlar Hukuku, Genel Hükümler. Cilt I,6. Bası, İstanbul, 1998.
- ZEVKLİLER, Aydın,
ACABEY, M. Beşir ve
GÖKYAYLA, K.Emre. Medeni Hukuk Giriş- Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku - Aile Hukuku. Ankara, 2000.

CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLAR

Ihsan AKÇİN ()*

ANLATIM DÜZENİ: A- Genel Olarak, B- Suçun Faili, C- Suçun Mağduru, D- Suçun Maddî Unsuru, E- Suçun Manevî Unsuru, F- Suçun Ağırlaştırıcı Nedenleri, a- Beden ve Ruh Bakımından Kendisini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiye ve Karşı İşlenmesi, b- Kamu Görevinin veya Hizmet İlişkinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi, c- Üçüncü Derece Dahil Kan veya Kayın Hısımlığı İlişkisi İçinde Bulunan Bir Kişiye Karşı İşlenmesi, d- Silahla veya Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi, G- Fiilin Sonucundan Kaynaklanan Ağırlaştırıcı Nedenler, a- Suçun İşlenmesi Sırasında Mağdurun Direncinin Kırılmasını Sağlayacak Ölçünün Ötesinde Cebir Kullanılması, b- Suçun Sonucunda Mağdurun Beden veya Ruh Sağlığının Bozulması, c- Suçun Sonucu Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi veya Ölmesi, H- Cinsel Saldırı Suçunun Özel Görünüş Şekilleri, a- Suça Kalkışma, b- Suça İştirak, c- İçtima, I- Soruşturma ve Kovuşturma, I- Cinsel Saldırı Suçuna Müdahale, J- Müeyyide, K- Sonuç..

A-GENEL OLARAK: Irza geçme cürümleri; 765 sayılı Kanunun İkinci Kitap, Sekizinci Babında "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" bağlamında ve Birinci Fasılda "Cebren Irza Geçen, Küçükleri Baştan Çıkarın ve İffete Taarruz Edenler" başlığı altında "mağdur/mağdure"nin yaşı

(*) Yargıtay 5. Ceza Dairesi Üyesi

esas alınarak onbeş yaşından küçüklerin ırzına geçilmesini 414. maddede, onbeş yaşından büyüklerin ırzına geçilmesini ise 416.maddede yaptırıma bağlanmıştır.

Bu düzenlemeyle, genel ahlak ve aile nizamının korunmasındaki hukuki yarar gözetilmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda ise; bu tür suçlar “Kişilere Karşı Suçlar”ı yaptırıma bağlayan İkinci Kitap, İkinci Kısımda ve “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında Altıncı Bölümde önceki kanundan içerik ve sistematik olarak tamamen farklı olarak yeniden düzenlenmiştir.

Yasa koyucu, bu suçlar bağlamında, bu suç tiplerini yaptırıma bağlayan maddelerin içeriğini ve kanun sistematığındeki yerini değiştirmekle yetinmeyerek, ayrıca yeni suç tanımlarına da yer vererek “ırza geçme” ve “ırz ve namusa tasaddi” kavramları yerine, yine “mağdur/mağdure”nin yaşını esas almak suretiyle, ergin kişiler için “cinsel saldırı”, çocuklar için ise “cinsel istismar” tanımlarını getirmiş, 102.maddeyle cinsel saldırı suçunu, 103.maddeyle de çocukların cinsel istismarını yaptırıma bağlamıştır.

Bu suretle; mukayeseli hukukun tarihi gelişimi de gözetilerek bireylerin korunması ön plana çıkarılmış, böylelikle kişilerin vücut dokunulmazlığını ve özelliklede cinsel dokunulmazlığı daha etkin bir şekilde korunması amaçlanmıştır.

Nitekim; madde gerekçesinde yer alan, “cinsel dokunulmazlık, kişilerin vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunması suretiyle ihlal edilir. Bu bölümde yer alan suçlarla korunan ortak hukuki değer, kişilerin cinsel dokunulmazlığıdır. Bu bölümde yer alan suçlar, esasen kişiye karşı işlenmiş olan suçlar olması itibarıyla, İkinci Kitabın, Kişilere Karşı Suçlar başlıklı İkinci Kısım altında düzenlenmiştir” şeklindeki açıklımıyla da, bu husus ayrıca vurgulanmıştır.

Böyle bir düzenlemenin doğal sonucu olarak da; bu suçlarla önceki TCK.nundaki genel ahlak ve aile nizamının korunmasındaki hukuki yararın yerini, YTCK.nunda bireylerin vücut dokunulmazlığı ve özellikle de cinsel özgürlüklerinin korunmasına bıraktığı şekilde algılanmalıdır.

B-SUÇUN FAILİ: 765 sayılı Kanun ırza geçmeyi tanımlamayı bunu öğretti ve uygulamaya bırakmış,

Uygulamada Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 4.6.1990 gün 5-101-156 sayılı kararı ile ırza geçme; "iki kişi arasındaki bir cima fiilidir. Aktif failin cinsel organını, diğerinin vücuduna normal veya anormal bir şekilde menisini boşaltacak şekilde kısmen veya tamamen ithal etmesi, sokmasıdır" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımlamadan hareketle ırza geçme cürmünde failin ancak aktif durumda bulunan erkek olabileceği, kadınların genital organlarının yapıları itibariyle bu suçun faili olamayacakları,

Tasaddi ise; aynı kararda "mağdur üzerinde işlenen ve cinsel birleşme kastı taşımayan, devamlılık gösteren şehvi davranışlardır. Mağdurenin cinsel organlarını okşama, öpme, kendi uzvunu okşatma, emme, emdirme, ırza geçme kastı olmaksızın cinsel organını sürtmeye, mağdurenin vücudunu okşayarak öpme gibi hareketler" şeklinde tanımlanmış olması gözetildiğinde bu suçun failin erkek veya kadının olabileceği kabul edilmekteydi. (Ceza Genel Kurulu Kararları, 1988-1989-1990-1991, Mehmet Uygun- Vural Savaş-Sadık Mollamahmutoğlu, S.208)

Keza, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu da "cinsel saldırı" ve "cinsel istismar" olmak üzere yeni suç tanımlarına yer vermesine rağmen, önceki kanunda olduğu gibi bu kavramları tarif etmeyerek, bu hususu aynı şekilde uygulama ve öğretmeye bırakmıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102.maddesinin 1.fıkrası metninde yer alan "cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını **ihlal eden**

kişi” biçimindeki anlatımdan hareketle cinsel saldırı suçunun failinin, kadın veya erkek olmak üzere herkes olabileceğinin kabulünde zorunluluk vardır.

Bu husus, anılan maddenin gerekçesinde “söz konusu suç, farklı cinsten kişiye karşı işlenebileceği gibi, aynı cinsten kişiye karşı da işlenebilir” denilmek suretiyle de kuşkuya ver vermeyecek şekilde çözüme kavuşturulmuştur.

102.maddenin 2.fıkrasıyla da; vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesini bu suçun nitelikli hali olarak tanımlamıştır.

Bu yeni düzenleme ile kişilerin cinsel dokunulmazlıkları ve özelliklerde cinsel özgürlüklerinin korunması esas alınarak, bu suretle bu tür suçlarda erkeğin aktif, kadının ise pasif durumda bulunduğundan bahisle failinin ancak erkek olabileceği düşüncesinin güncelliği söz konusu olamayacağı cihetle, bu suçunda failinin erkek veya kadın olmak üzere herkes olabileceğinin,

Buna göre; bir kadının veya pasif eşcinsel bir erkeğin, bir erkeği kendisiyle cebir veya tehditle cinsel ilişkide bulunmaya zorlaması halinde de kadın ve pasif eşcinsel erkeğinde bu suçun faili olabileceklerinin kabulü gerekir.

Ayrıca; 102.maddenin 2.fıkrasında yazılı nitelikli cinsel saldırı suçunun evlilik birliği içerisinde işlenmesi halinde şikayet koşuluna bağlı olarak, eşlerinde bu suçun faili olabileceği kabul edilmiştir.

Bu bağlamda; yasa koyucunun “eş” kavramına yer verdiği gözetildiğinde, bu suçun failinin karı veya kocadan biri olabileceği düşünülmelidir.

Esasen; bu düşünce madde gerekçesinde “cinsel saldırı suçunun nitelikli halini oluşturan bu fiiller, eşe karşıda işlenebilir. Evlilik birliği, eşlere sadakat yükümlülüğünün yanı sıra karşılıklı olarak birbirlerinin cinsel arzularını tatmin yükümlülüğü de yüklemektedir. Buna karşın, evlilik birliği içinde bile, cinsel arzuların tatminine yönelik talepler açısından tıbbi ve hukuki sınırların

kulması suretiyle gerçekleştirilmesi”, denilmek suretiyle de maddenin 2.fikrasında yazılı bu suçun nitelikli hali tanımlanmıştır.

Görüldüğü üzere; cinsel saldırı suçunun temel şeklini hüküm altına alan 102.maddenin 1.fikrasının gerekçesindeki tanımlama ile, 765 sayılı Kanunun 415 ve 416. maddesinin 2.fikrasında yazılı ırz ve namusa tasaddinin öğreti ve uygulamadaki tanımlaması örtüşmekle birlikte, bu açılımın madde başlığında yer alan “cinsel saldırı” kavramından ne anlaşılması gerektiğiyle, 765 sayılı Kanunun 414/2 ve 416/1. maddesinin aksine suçun ne suretle işlenebileceğini göstermemesi nedeniyle yeterli değildir.

Buna göre; suçun temel şekline ilişkin suçun maddi unsurunu kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen cinsel arzuları tatmin amacına yönelik ve fakat cinsel ilişkiye varmayan cinsel davranışlar,

Suçun nitelikli halinin maddi unsurunu ise; cinsel saldırının vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilen davranışlar oluşturmaktadır.

Keza; madde başlığında yer alan “cinsel saldırı” ifadesindeki “saldırı” kavramı ile madde metninde yer alan “ihlal eden” kavramlarından bu suçu oluşturan fiillerin mağdurun bilgisi ve iradesi dışında diğer bir anlatımla, rızası hilafına gerçekleştirilmesinin anlaşılması gerektiği,

Cinsel saldırı suçunun rıza dışı işlenmesi ön koşul olmakla birlikte, yukarıda anılan “saldırı” ve “ihlal eden” kavramlarının aynı zamanda cebir veya tehdidi içerdiği gibi, suçun failin kullandığı hileli vasıtalarla işlenmesi ile failin fiilinden başka nedenlerle fiile mukavemet edemeyecek halde bulunan mağdura karşı işlenmesi hallerini de kapsadığı kuşkusuzdur.

Nitekim 102.maddenin gerekçesinde yer alan “cinsel saldırı suçunun özelliği, bu suçu oluşturan fiillerin mağdurun iradesi dışında gerçekleştirilmesidir. Mağdura karşı cebir veya tehdit yada hile kullanabileceği gibi, örneğin bilincinin yitirilmesine neden olmak veya örneğin uyku hali dolayısıyla

bilincinin kapalı olmasında yararlanmak suretiyle de bu suçlar işlenebilirler” şeklindeki açıklamada bu düşüncenin teyidi mahiyetindedir.

Cinsel saldırı suçunda cebir; mağdura karşı olması direncini kırarak nitelikte ve bu suçu işleme amacına yönelik olması gerekir. Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda, fail ayrıca kasten yaralama suçundan da cezalandırılacağı 102.maddenin 4.fıkrasının açık hükmünün zorunlu sonucudur.

Tehdit ise; CGK.nun 26.10.1999 gün 5-248/240 sayılı kararında da vurgulandığı üzere “ırza geçme fiilinden daha ağır sonuçlar doğuracak nitelikte olması, mağdurun daha hafif mahiyette olan ırza geçme fiilini kabul etmek zorunda kalması” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Mater Kaban-Halim Aşaner-Özcan Güven-Gürsel Yalvaç, Eylül 1996-Temmuz 2001, S.465), ayrıca 106.maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere “tehdidin objektif olarak ciddi mahiyet arzemesi gerekir, sarf edilen sözler gerçekleştirilen davranış muhatap alınan kişi üzerinde ciddi bir korku yaratma açısından sonuç almaya elverişli, yeterli ve uygun değilse, tehdidin oluştuğu ileri sürülemez. Tehdit konusu kötülük mağdura değil de bir üçüncü şahsa yönelik olabilir. Ancak bu durumda mağdur ile üçüncü kişi arasında belli bir akrabalık, yakınlık ilişkisi mevcut olmalıdır”.

Uyku hali, bayılma (CGK.23.5.2000 gün 5/110-115 sayılı), rızasıyla aşırı alkol veya uyuşturucu alınması (cinsel ilişkiye de rıza göstereceği ön yargısı ile hareket edilemeyeceği cihetle) (CGK.13.4.1999 5/59-64) failin fiilinden başka bir nedenle fiile mukavemet edemeyecek haller kapsamında düşünülmesi gerekir.(Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Mater Kaban-Halim Aşaner-Özcan Güven-Gürsel Yalvaç, Eylül 1996-Temmuz 2001, S.469 ve 471)

Failin kandırarak nitelikte söz ve davranışlarla mağduru hataya düşürerek suçu gerçekleştirilmesi halinde de cinsel saldırı suçunun oluştuğunun kabulü gerekir. Bu halde hilenin yöneldiği mağduru kandırabilecek şekilde ve oranda ağır, yoğun ve ustaca olması, ayrıca sergilenişi itibarıyla mağdu-

run denetleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte olması gerekir. Hilenin kandırıcılık niteliği, yöneldiği mağdurun aldanma yeteneği diğer bir deyişle subjektif durumu itibarıyla değerlendirilmelidir.

Bu bağlamda, evlenme vaaadinin mağdurenin fiile karşı koyma gücünü ortadan kaldıracak nitelikte bir hile sayılmayacağını belirtmekte yarar vardır.

Her halde de; mukavemetin önce fikir, sonra da eylem aşamasını içerdiği gözetilerek, her olayda suçun oluşup oluşmadığının saptanması için, mukavemet iktidarsızlığının belirlenmesinde zorunluluk vardır. Bu nedenle fikren ve eylemsel olarak mukavemet iktidarsızlığı bulunup bulunmadığı olaysal olarak tartışılmalı ve mağdurun rızası olup olmadığı araştırılmalıdır.

Cinsel saldırı suçunun düzenlendiği bölüm başlığından da anlaşılacağı üzere bu suçla korunan ortak hukuki değer bireyin cinsel dokunulmazlığıdır.

Cinsel dokunulmazlıkta; 102.maddenin 1.fıkrasında belirtildiği üzere “kişilerin vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunulması”, 2.fıkrasında ise “vücuda organ veya sair bir cisim sokulması “ suretiyle ihlal edilir

Esasen; gerek 765 sayılı Kanunda yer alan ırz ve namusa tasaddide bulunma ve ırza geçme, gerekse 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan cinsel saldırı suçları “geçitli (müterakki) ve kanuni tanımlarında belirlenen belli davranışların yapılmasını öngörmesi nedeniyle bağlı hareketli” suçlardır.

Bu suçlarda fail önce cinsel birleşme dışında, devamlılık gösteren şehvi davranışlarda bulunmakta, ancak bununla yetinmeyerek daha ileri aşama olan ırza geçme ve nitelikli cinsel saldırı suçunu işlemektedir. Fail burada hareketleriyle daha hafif sonuçtan daha ağırına geçmekte ve ağır olan sonuçtan sorumlu tutulmaktadır.

Ayrıca; gerçekleştirilen hareketlerin cinsel arzuların tatminine yönelik, failin ulaşmak isteği sonuca uygun ve objektif olarak şehvi nitelikte olması gerekir.

Cinsel saldırı suçunun yukarıda belirlenen özellikleri ile madde metninde yer alan "**cinsel davranışlarla**" ifadesinden de anlaşılacağı üzere, suçun temel şeklinin oluşumu için davranışlarda çokluk ve belli bir devamlılık bulunmasında zorunluluk vardır.

Buna göre; bedeni temas içeren ani ve hareketler yönünden kesiklikler gösteren (mücerret ve münkati) cinsel davranış, diğer bir anlatımla 765 sayılı Kanunda tanımlanan sarkıntılık suçu kapsamında kalan eylem, 102.maddenin 1.fikrasında yazılı cinsel saldırı suçunu mu, yoksa 105.maddede yazılı cinsel taciz suçunu mu oluşturacaktır.?

Sözlük anlamı "canını sıkma, tedirgin etme" olan taciz (Meydan Larousse Cilt: 18 S.573), öğretilerde "bir bireyin diğer bir bireyi rızası olmadan **elle**, sözle, gözleri ve bedeni ile cinselliğini hedefleyerek rahatsız etmesidir" şeklinde tanımlanmaktadır. (Uğur İlhan-Ceza Hukuku Özel Hükümleri, Artuk-Gökçen-Yenidünya, S.758)

Keza, cinsel tacizi "birey veya bireylerin edep ve iffetlerine yönelik rahatsız edici nitelikte hareketler" diye tanımlayan Artuk-Gökçen-Yenidünya, bu fiilin kapsamına öncelikle birey ve kamunun edep ve iffetine yönelik bir eylem oluşturan söz atma ve sarkıntılığın girdiğinin kabulü gerektiğini (Ceza Hukuku Özel Hükümleri, 3.Baskı,S.758),

Irza tasaddi suçu bedensel teması gerektirdiğinden ve cinsel taciz halinde ise böyle bir durum söz konusu olmayabileceğinden bahisle cinsel taciz yönünden mevcut boşluğun doldurulması amacıyla Fransız Ceza Kanununda yapılan ekleme ile ilgili olarak Dönmezer; "Burada söz konusu olan husus,tacizin bir itiyadi suç olup olmadığıdır.Pradel,fiilin itiyadi bir suç teşkil ettiğini açıklıyor; ona göre suç aşıkane istemleri maddileştirmek amacı ile semeresiz ve fakat ısrarlı jestlerle,hareketlerle kendisini gösterir.Zaten kanun metninde de emir,tehdit,cebir çoğul olarak kullanılmıştır.

TCK.nun 421.madde bu suçtu,daha geniş olarak bizce içeriyor.Kanunu-
muza göre söz atmak ve özellikle sarkıntılık fiili cinsel tacizi çok daha geniş
olarak kapsadığını” belirtmişlerdir.(C.I-Cinsel Ve Cinselliğe İlişkin Suçlarda
Yeni Trentler TCK ve TCK Tasarısı,S.34)

Cinsel tacizin “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” başlığı altında Altın-
cı Bölümde düzenlendiği de gözetilerek, kanun sistematigiindeki yeri ve
madde metnine uygun düşmeyen gerekçedeki “kişinin vücut dokunulmazlı-
ğının ihlali niteliğini taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilmesidir” şek-
lindeki tanımlamaya iştirak etmek olanaksızdır.

Kanaatimize göre; şehvi duyguları cinsel birleşme dışında tatmine yö-
nelik olarak gerçekleştirilen ve hareketlerde çokluk ve belli bir devamlılık içe-
ren cinsel saldırı suçunun temel şekliyle, belirli bir kimseye karşı işlenen ve
o kişinin edep ve iffetine dokunan ani ve hareketler yönünden kesiklik gös-
teren sarkıntılık suçunu aynı madde kapsamında düşünmek yasa koyucu-
nun amacına aykırı, dar bir yorum olacağına kuşku yoktur.

Kaldı ki; anılan suçların niteliği itibariyle mağdur üzerinde yaratacağı et-
kinin de aynı olacağına kabulünün olanaksızlığı karşısında, bedeni temas
içeren ani ve hareketler yönünden kesiklik gösteren cinsel davranışlarında
cinsel taciz suçu kapsamında kabulünün uygun olacağı düşünülmektedir.

Nitekim, işkence suçunu düzenleyen 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun
94.maddesinin 3.fıkrasının “fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşme-
si halinde...” şeklindeki hükmü gerekçesinde de “...mağdur üzerinde ger-
çekleştirilen fiillerin cinsel saldırı boyutuna ulaşmamış olması gerekir” denil-
mek suretiyle, cinsel saldırı boyutuna ulaşmayan vücut dokunulmazlığının
ihlalinin de cinsel taciz suçu kapsamında olacağını belirtmesi bakımından iş
bu düşüncemizin teyidi mahiyetindedir.

102.maddenin 2.fıkrası ile cinsel saldırının vücuda organ veya sair bir ci-
sim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi, bu suçun nitelikli hali olarak ta-
nımlanmıştır.

Madde metninde, cinsiyet ayrımını çağırıştırmayacak şekilde “bir kimse” ibaresine yer verilmesine nazaran, bu suçun mağdurunun erkek veya kadın olmak üzere herkes olabileceği kuşkusuz olmakla birlikte, **suçun nitelikli halinin en basit şekliyle** erkekle-kadın, erkekle-erkek arasında vajinal, anal veya oral yoldan penisin menisi akıtılabilecek şekilde kısmen veya tamamen sokulması suretiyle işlenmesidir.

Kadının-kadınla, “lezbiyenlik” olarak ifade edilen ilişkilerinde kadınların genital organlarının yapısı itibariyle cinsel organını mağdurun vücuduna normal veya anormal yoldan sokmalarının olanaksızlığı karşısında, bu suçun nitelikli halinin en basit şeklinin faili olamayacakları kuşkusuzdur.

Ancak daha öncede belirtildiği üzere, yeni düzenleme ile kişilerin cinsel dokunulmazlıkları ve özellikle cinsel özgürlüklerinin korunması esas alınarak, bu suretle cinsel saldırı suçunda erkeğin aktif, kadının ise pasif durumda bulunduğu bahisle failinin ancak erkek olabileceği düşüncesinin güncelliği sözkonusu olamayacağı cihetle bir kadının, bir erkeği kendisiyle cebir veya tehditle cinsel ilişkide bulunmaya zorlaması halinde kadının,

Keza, pasif eşcinsel bir erkeğin bir erkeğe kendisiyle cebir veya tehditle cinsel ilişkide bulunmaya zorlaması halinde de aynı gerekçe ile pasif eşcinsel erkeğin de, bu suçun faileri olabilecekleri, dolayısıyla cinsel saldırı suçunun oluştuğunun kabulünde zorunluluk vardır.

Cinsel sapkılığın çeşitliliği, fantezilerin sınır tanımazlığı karşısında uygulamada cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin her zaman, bu şekilde gerçekleşmeyebileceğini öngören yasa koyucu, fiilin ayrıca vücuda organ veya sair bir cisim sokulmasıyla da oluşabileceğini hükme bağlama gereksinimini duymuştur.

Madde gerekçesinde de; suçun bu nitelikli hali için, “vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cismin ithal edilmesi gerekir. Bu bakımdan vücuda penis ithal edilebileceği gibi, vajinal veya anal yoldan cop

gibi sair bir cisim de ithal edilebilir” denilmek suretiyle de bu hususa açılım getirilmiştir.

Daha önce de vurgulandığı üzere, cinsel saldırı suçu geçitli (müterakki) ve gerçekleştirilmesi cinsel arzuların tatmin amacına yönelik, failin ulaşmak istediği amaca uygun ve objektif olarak şehevi nitelikte davranışları içermesi nedeniyle de bağılı hareketli suçlardan olduğu gözetilerek, madde metninde cinsel organ yerine sadece “organ” ve “sair bir cisim” gibi kavramlara yer verildiğine göre; bunların vücuda sokulduğu yer, kullanılan cisim bakımından bu hususu yasa koyucunun amacını, suçun maddedeki tanımlamasını açacak şekilde geniş, subjektif ve abartılı yorumlamamak gerekir.

Organ veya cisim ile bunların sokulduğu vücut bölgesinin öncelikle ve objektif olarak cinsel arzuların tatmini amacına uygun ve elverişli nitelikte olması gözetilmelidir.

Bunun için; organların fizyolojik işlevleri, cisim ve vücut bölgelerinin de elverişliliğine bakılmalıdır. Penis, parmak, cop, sopa veya yapay penisin vajinal, anal veya oral yoldan vücuda sokulması halinde cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin oluştuğunun kabulü olanaklı ise de, cinsel arzuları tatmini amacına yönelik ve bunu gerçekleştirmeye uygun ve elverişli olmayan parmak, cop veya sopanın ağıza sokulmasının aynı suçu oluşturduğunu söylemek olanaksızdır.

Aksi düşünce; vücuda bıçak, şiş vb. aletlerinin sokulması halinde de cinsel saldırı suçunun oluşacağı sonucuna götürür ki, bunu da yasa koyucunun amaçladığı söylenemez.

E-SUÇUN MANEVİ UNSURU: Cinsel saldırı suçları kasten işlenebilen suçlardandır. Taksirle işlenemez.

Kast, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 21.maddesinin 1.fıkrasında “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesidir” şeklinde tanımlanmıştır.

Madde gerekçesinde “Kast, kişi ile işlediği suçun maddi unsurları arasındaki psikolojik bağı ifade etmektedir. Suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi, kastın varlığı için zorunludur” denilmek suretiyle de bu hususa açılım getirilmiştir.

Bir cürmün, kanuni tanımındaki maddi unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi olarak tanımlanan kastın tayininde; 102.maddenin 2.fıkrasında yazılı nitelikli cinsel saldırı suçunun maddi unsuru olan mağdurun vücuduna organ veya sair bir cismin sokulması, 1.fıkrasında yazılı cinsel saldırı suçunun temel şeklinin maddi unsurun ise cinsel ilişkiye varmayan ve fakat cinsel arzuların tatmin amacına yönelik davranışlar olduğu gözetilerek, fail tarafından gerçekleştirilen fiillerin bu kanuni tanımlardaki unsurlara uygunluğunun saptanmasına bağlıdır.

Ayrıca kastın; fail ile işlediği suçun maddi unsurları arasındaki psikolojik bağı ifade etmesine, bu nedenle kişinin iç dünyasını ilgilendiren bir olgu olmasına göre kastın varlığı ve fiille ulaşılmak istenen sonuç, ancak failin dış dünyaya yansıyan ve gözlenebilen davranışlarından saptanabilir.

Saik ise; faili suç işlemeye yönelten nedendir. Cinsel saldırı suçlarında saik cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olabileceği gibi, intikam, kıskançlık vb. düşüncelerden de kaynaklanabilir. Bunun da suçun oluşumuna etkisi yoktur.

Buna göre; fail hangi saikle olursa olsun, dış dünyaya yansıyan davranışları cinsel saldırı suçunun kanuni tanımındaki maddi unsurları kapsıyor veya diğer bir anlatımla gerçekleştirilen hareketler cinsel saldırı suçuna özgü ve bu suç tipiyle belirli yakınlık ve bağlantı içerisinde bulunuyorsa suçun oluştuğunun kabulü gerekir.

Esasen; madde gerekçesinde yer alan “bu fıkrada tanımlanan nitelikli halinin oluşabilmesi için gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olması şart değildir” açılımı ilk bakışta suçun hukuki konusu diğer bir ifade ile suçla korunan hukuki yararlar çelişkili gibi görmek olanaklı ise de, failin saiki suçun oluşumuna etkili olamayacağı, ancak dış dünyaya yansıyan davranışlarının suçun maddi unsurlarını kapsamasının yeterli olacağı cihetle, bu açılımın mevcut düşüncenin teyidi mahiyetinde olduğunu söylemekte yarar vardır.

F-SUÇUN AĞIRLAŞTIRICI NEDENLERİ:

a) BEDEN VEYA RUH BAKIMINDAN KENDİSİNİ SAVUNAMAYACAK DURUMDA BULUNAN KİŞİYE KARŞI İŞLENMESİ: 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102.maddesinde yaptırıma bağlanan cinsel saldırı suçlarının ön koşulu, bu suçu oluşturan fiillerin ergin mağdurların bilgi ve iradesi dışında diğer bir anlatımla rızası hilafına gerçekleştirilmesidir.

Ergin mağdura cebir veya tehdit ya da hile kullanabileceği gibi, failin fiilinden başka nedenlerle kendisini savunamayacak durumda bulunan mağdurun bu durumundan yararlanmak suretiyle de işlenebilir.

Cinsel saldırı suçunun unsurlarını ve bu suçun oluşumu için gerçekleştirilmesi gereken fiilleri bu suretle belirleyen yasa koyucunun, bununla da yetinmeyerek, 102.maddenin 3 fıkrasının (a) bendi ile ayrıca 765 sayılı Kanunda yer alan “beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı” işlenmesini bu suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali olarak düzenlenmesinin uygulamada duraksamamalara sebebiyet verebileceği yadsınamaz.

Esasen, cinsel saldırı suçunun ahlaki kötülüğünü idrake ve olaya ruhsal yönden mukavemete muktedir olmalarına imkan verecek psikoseksüel olgunluğa engel teşkil edecek derecede akıl hastası bulunanlarla, ileri yaşı, hastalığı, malüllüğü veya fizik güçsüzlüğü nedeniyle kendini korumaktan

aciz bir kimseye karşı işlenmesi halini cinsel saldırı suçunun ağırlaştırıcı nedeni saymak olanaklı olmakla birlikte,

Cinsel saldırı suçu işleme iradesini, eylem ve söylemleriyle ortaya koymayan veya böyle irade taşımayan failin uyku, bayılma veya rızasıyla aldığı alkol veya uyuşturucu sonucu bilincini yitirmiş veya kapalı bulunan mağdurun, bu durumundan yararlanmak suretiyle ani gelişen kasıtlı cinsel saldırı suçunu işlemesi hali bizatihi cinsel saldırı suçunun unsuru olması nedeniyle, suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali olarak düşünölemeyeceği,

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun "Her mukavemet önce fikir, sonra eylem aşamasını içerir. Yani mağdurda karşı koyma fikri oluşacak ve sonra bu eyleme dönüşecektir. Diğer bir deyişle mukavemet, fiile karşı koyma iktidarı olduğundan, suçun oluşup oluşmadığının saptanması için mukavemet iktidarsızlığın belirlenmesi gerekir. Fikren ve eylemsel olarak mukavemet iktidarsızlığı bulunup bulunmadığı tartışılmak ve mağdurun eyleme rızası olup olmadığı araştırılmalıdır" yolundaki 13.4.1999 gün 5/59-64 sayılı kararı da gözetilerek, (Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Mater Kaban-Halim Aşaner-Özcan Güven-Gürsel Yalvaç, S.471)

Cinsel saldırı suçunu işleme iradesini eylem ve söylemleri ile ortaya koyan failin, bu iradesine fikren karşı çıkan mağdurun eylemsel olarak direncini kırmak, cinsel saldırı suçunu gerçekleştirmek amacıyla fiilden önce, mağdurun bilgi ve oluru dışında ilaç, alkol, uyuşturucu, anestezi, eter vermek veya ipnotize etmek suretiyle bayılmasından veya uyumasından yararlanmak suretiyle fiili gerçekleştirilmesi durumunda ise, cinsel saldırı suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halinin oluştuğunu kabulün uygun olacağı düşünülmektedir.

Bu bağlamda; Cinsel saldırı suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halinden söz edebilmek için, kişideki beden veya ruh hastalığının mutlak suretle karşı koyma gücünü ortadan kaldırarak nitelikte olması gerekir. Bu hususun saptanması ise hukuki olmaktan ziyade tıbbi bir konudur.

Buna karşın; ruhsal yönden eylemin ahlaki kötülüğünü müdrük, ancak beden bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan ergin kişinin rızasıyla fiilin gerçekleştirilmesi halinde, cinsel saldırı suçunun oluşmayacağına kuşku yoktur.

b-KAMU GÖREVLİNİN VEYA HİZMET İLİŞKİSİNİN SAĞLADIĞI NÜFUZ KÖTÜYE KULLANMAK SURETİYLE İŞLENMESİ : 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102.maddesinin 3.fıkrasının (b) bendiyle failin şahsından kaynaklanan ağırlaştırıcı neden hükme bağlanmıştır.

Bu düzenlemede öngörülen ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi için, failin kamu görevlisi veya mağdurla hizmet ilişkisi içerisinde bulunması ve bunun sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması gerekir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 6.maddesinin 1.fıkrasının (c) bendiyle; “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” denilmek suretiyle “kamu görevlisinin” tanımı yapılmıştır.

Kamusal faaliyette anılan madde gerekçesinde, “Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir” şeklinde tanımlanmıştır.

Buna göre; Devlete dahil bir kuruma bağlı olmak, görülen işin “kamu görevi” olmasına karine sayılırsa da, bir kimsenin salt 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi olması Ceza Kanununun uygulanmasında “kamu görevlisi” sayılmasına ölçüt kabul etmek olanaksızdır.

Bu nedenle; bir kimsenin ceza kanunu uygulamasında “kamu görevlisi” sayılabilmesi için onun kamu ile subjektif ilişkisine değil, yaptığı görevin objektif olarak kamusal faaliyete ilişkin bir görev olmasına bakılmalıdır. Bu görevi yapanın devletin herhangi bir kurumunda çalışmasının veya çalışmamasının bir önemi yoktur.

Hizmet ilişkisi ise; Bir hizmet akdine dayalı olarak (bu sözlü de olabilir), hiyerarşik üstünlüğü bulunan failin, işe alma, çıkarma ve ücreti ile diğer sosyal haklarını belirleme yetkisine haiz bu nedenle mağdurun bulunduğu ev veya kurumda, onunla devamlı ilişki içerisinde bulunma olarak tanımlanabilir.

Sözlük anlamı "bir kimsenin veya topluluğun söz geçirme, otorite kurma gücü ve etkili olmak" olan "nüfuz" kavramının bu anlamından hareketle kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmaktan,

Kamu görevlisinin, yürüttüğü görevin sağladığı kamu otoritesini,

Hizmet ilişkisinde ise, mağduru işe alma, çıkarma, ücretini veya diğer sosyal hakları belirleme yetkisi nedeniyle, üzerinde otorite kurma ve söz geçirmeye yetkili failin, bu hiyerarşik üstünlüğünü kötüye kullanmak suretiyle fiili gerçekleştirmesinin anlaşılması gerektiği,

Bu bağlamda failin şahsından kaynaklanan ağırlatıcı nedenden dolayı iki kez artırımına gidilemeyeceğini (5.CD. 23.6.1993 gün 2253/2595 sayılı), ayrıca aynı iş yerinde birlikte çalışmanın sağladığı güvende "nüfuz" söz konusu olamayacağı cihetle ağırlatıcı nedenin uygulama olanağının kalmadığını belirtmekte yarar vardır.

c-ÜÇÜNCÜ DERECE DAHİL KAN VEYA KAYIN HISIMLIĞI İLİŞKİSİ İÇİNDE BULUNAN BİR KİŞİYE KARŞI İŞLENMESİ:

765 sayılı Kanunun 417.maddesinin "...usulden biri veya veli ve vasi veya mürebbi ve muallimleri veya hizmetkarları veya terbiye ve nezaret veya muhafazaları altında bırakılan veya buna duçar olanların üzerlerine hüküm ve nüfuzu olan kişiler tarafından vukuu bulursa kanunun muayyen olan ceza yarısı kadar artırılır" şeklindeki hükmü ile bu hal failin şahsından kaynaklanan ağırlatıcı neden olarak kabul edilmiştir.

olduğu muhakkaktır. Bu sınırların ihlali suretiyle eş üzerinde gerçekleştirilen ve cinsel saldırı suçunun nitelikli halini oluşturan davranışlar, ceza yaptırımını gerekli kılmaktadır. Ancak bu durumda soruşturma ve kovuşturmanın yapılması, mağdur eşin şikayetine bağlı tutulmuştur.” şeklinde belirtilmek suretiyle de doğrulanmıştır.

C-SUÇUN MAĞDURU: 765 sayılı Kanunun, “mağdur/mağdurenin” yaşını esas almak suretiyle ırza geçme ve ırz ve namusa tasaddi suçlarını yaptırma bağlayan maddelerinde, mağdurun cinsiyeti hakkında bir açıklık bulunmamakla birlikte, uygulamada mağdurun kadın veya erkek olmak üzere herkesin olabileceği kabul edilmekteydi.

Keza; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu da, bu suçlar bağlamında “mağdur/mağdurenin” yaşını esas alarak, ergin kişiler için “cinsel saldırı”, çocuklar için ise “cinsel istismar” kavramlarına yer vermiştir.

Madde metninde ifade edilen “çocuk deyiminden” de tanımlar başlığı altında düzenlenen 6.maddenin 1.fıkrasının (b) bendi uyarınca, “onsekiz yaşını doldurmamış kişi”nin,

Ergin kişiden ise; Türk Medeni Kanununun 11.maddesi uyarınca, “onsekiz yaşını doldurmuş kişi”nin anlaşılmasının gerekmesine nazaran, 102.maddede yazılı cinsel saldırı suçunun mağdurunun onsekiz yaşını doldurmuş olmasının zorunluluk arzettiği,

Ayrıca, 102.maddenin 1.fıkrasında “bir kimsenin” ifadesine yer verildiği gözetildiğinde, bu suçun mağdurun ancak insan olabileceği, bunun dışında kadın veya erkek olmasının bir öneminin bulunmadığı,

Nitekim, madde gerekçesinde “söz konusu suç, farklı cinsten kişiye karşı işlenebileceği gibi, aynı cinsten kişiye karşı da işlenebilir” denilmek suretiyle de işbu düşünce teyid edilmiştir.

102.maddede yazılı cinsel saldırı suçunun ancak hayatta bulunan kişilere karşı işlenebileceği, ölü kimselere karşı işlenmesi durumunda diğer unsurları da taşıması halinde eylemin, 130.madde de yazılı suçu oluşturabileceğinin düşünülmesi gerekir.

Nihayet, cinsel saldırı suçunun nitelikli halini oluşturan fiiller eş tarafından işlenmesi halinde, diğer eşin de bu suçun mağduru olabileceği, 102.maddenin 2.fıkrası 2.cümlesinin açık hükmü gereğidir.

Bu suç bağlamında; Türk Medeni Kanununun 124.maddesinin 2.fıkrası uyarınca, hakim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş erkek veya kadının evlenmesine izin verebileceğine göre, cinsel saldırı suçunun nitelikli şeklini oluşturan fiiller eşe karşı işlenmesi halinde, sanık eş bakımından evlilik birliğinin kurulmuş olmasının yeterli olacağı, ayrıca mağdur eşin onsekiz yaşını doldurmamış olmasının bir öneminin bulunmadığı,

Ancak bu durum; sanık eş için sözkonusu olup, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102 ve 103. maddeleri, 765 sayılı Kanunun aksine “reşit olmayan”, “reşit olan” veya “reşit kılınan” gibi ifadelere yer vermeyerek, mağdurun yaşını nazara alan bir düzenlemeyi öngörmesi ile 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 3.maddesinin 1.fıkrasının (a) bendinin YTCK.nunun 5.maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde “Çocuk; daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişiyi de kapsayacağı” şeklindeki hüküm karşısında, III.şahıslar bakımından mağdurun evli veya bekar olmasına bakılmayarak nüfustaki yaşı esas alınarak uygulama yapılmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

D-SUÇUN MADDİ UNSURU: 102.maddenin gerekçesinde; “cinsel arzuların tatmini amacına yönelik davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi” denilmek suretiyle maddenin 1.fıkrasında yazılı cinsel saldırı suçunun temel şekli, “Cinsel saldırının vücuda organ veya sair bir cisim so-

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102.maddesinin 3.fıkrasının (c) bendinde ise, cinsel saldırı suçlarının “üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı” işlenmesini failin şahsından kaynaklanan ağırlaştırıcı neden olarak öngörmüştür.

Ayrıca anılan Türk Ceza Kanunu; 765 sayılı Kanunun 259.maddesinin aksine Ceza Kanunu itibariyle akrabadan ne murat edilmesi gerektiği yolunda bir düzenlemeye gereksinim duymayarak bu hususu Türk Medeni Kanununa bırakmıştır.

Türk Medeni Kanununun 17.maddesiyle, “hısımları birbirine bağlayan doğum sayısı ile belli olur. Biri diğerinden gelen kişiler arasında üstsoy-altsoy hısımlığı; biri diğerinden gelmeyip de ortak bir kökten gelen kişiler arasında yansoy hısımlığı vardır” denilmek suretiyle kan hısımlığı,

18.maddesiyle “eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları aynı tür ve derecede kayın hısımları olur” denilmek suretiyle de kayın hısımlığı düzenlenmiştir.

Üçüncü derece dahil kan hısımları;anne-baba, dede, babaanne, büyükbaba, büyükanne,kardeş,amca, teyze, hala, dayı ve bunların çocukları (Ör;amca,teyze,hala,dayı ile yeğen, arasında üçüncü, kardeş çocukları arasında ise dördüncü derecede yan kan hısımlılığı söz konusudur.)

Kayın hısımları ise; eşin anne, babası, kayınbirader, baldız ve bunların çocuklarıdır.

Bu bağlamda; Türk Medeni Kanununun 18/2.maddesi uyarınca, kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmayacağını, ayrıca Türk Medeni Kanununun 305 ve takip eden maddeleri uyarınca da evlat edinme işleminin mahkemece verilen evlat edinme kararıyla birlikte tamamlandığı anda evlat edinen ile evlatlık arasında kanundan ötürü birinci dereceden üstsoy-altsoy hısımlığının meydana geleceğini be-

lirtmekte yarar vardır. (Türk Medeni Hukuku-Kişiler Hukuku, Prof.Dr.J.G.Akipek, Prof.Dr.T.Akıntürk, S.483)

Faille-mağdur arasındaki hısımlığın saptanmasında nüfus kayıtlarının esas alınacağına da kuşku yoktur.

Saniyen, yasa koyucu hısımlık ilişkisinin yarattığı güvenin, mağdurun direncini azaltacağı ve fiilen işlenmesine kolaylık sağlayacağı ile bu tür suçların toplumda yaratacağı infialin yoğunluğunu gözetererek, böyle bir düzenlemeye gereksinim duymasına nazaran bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için failin fiilin işlenmesinden önce bu hısımlık ilişkisini bilmesi gerektiği düşünülmektedir.

d- SİLAHLA VEYA BİRDEN FAZLA KİŞİ TARAFINDAN BİRLİKTE İŞLENMESİ: 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102.maddesinin 3.fıkrasının (d) bendiyle, 765 sayılı Kanunun 417.maddesinde yer almayan cinsel saldırı suçunun silahla işlenmesini bu suçun daha ağır cezayı gerektiren hali olarak düzenlenmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun tanımlar başlığı altında düzenlenen 6.maddesiyle de ceza kanunlarının uygulanmasında, silah deyiminden;

Ateşli silahlar,

Patlayıcı maddeler

Saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet,

Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler,

Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddelerin anlaşılması gerektiği,

Buna göre; fiilin bu tür silahtan sayılan alet veya maddelerle işlenmesini suçun daha ağır cezayı gerektiren hali olarak kabul etmekle birlikte,

Ayrıca, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102.maddesinin 3.fıkrasının (d) bendiyle aynı zamanda cinsel saldırı suçunun "birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi" halini de "fail sayısından kaynaklanan ağırlaştırıcı" neden olarak saymıştır.

Madde metninde yer alan "birden fazla kişi" deyiminden fiilin en az "iki" kişi tarafından gerçekleştirilmesi,

Keza; 765 sayılı Kanunun 417.maddesinde yer almayan, ancak buna koşut yeni düzenlemede yer verilen "birlikte işlenmesi" ifadesinden madde gerekçesinde de vurgulandığı üzere; "cinsel saldırının birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, bu suçun icra hareketlerinin müşterek fail olarak sorumluluğu gerektirecek şekilde gerçekleştirilmesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, söz konusu suçun örneğin bir başkası tarafından azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak ederek işlenmesi halinde, sadece bu nedenle (d) bendi hükmüne istinaden cezada artırım yapılmayacaktır" in anlaşılmasının gerektiği,

Buna göre; birlikte cinsel saldırı suçunu işleme kararı alarak, bunu gerçekleştirmek amacıyla birden fazla kimsenin tamamının birbirini takiben fiili gerçekleştirilmesi veya bu suçun işlenmesi sırasında mağdurun el ve ayaklarını tutmak suretiyle suçun işlenmesine elverişli maddi davranışlarda bulunan kişinin de fiil üzerinde ortak hakimiyet kurması nedeniyle her bir suç ortağı fail statüsünde dolayısıyla fail sayısından kaynaklanan ağırlaştırıcı nedenin uygulanmasında zorunluluk bulunduğu kuşkusuzdur.

Ancak, cinsel saldırı suçunun işlendiği sırada maddi davranışlarda bulunmaksızın, olası müdahaleleri engellemek ve faili cesaretlendirmek, mağdur üzerinde baskı uygulayarak direncinin kırılmasına katkı sağlayan gözcülük yapan her bir failde müşterek fail diğer bir anlatımla hakkında bu ağırlaştırıcı neden uygulanacak mıdır?

37.maddenin gerekçesindeki “müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hakimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsündedir. Ortak hakimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulur. Bu durumda, fiilin icrası veya sonuçsuz kalması ortak faillerden her birinin elinde bulunmaktadır.

Suç ortaklarının iştirak katkılarının karşılıklı olarak birbirlerinin tamamlamadığı, durumlarda da müşterek faillik mümkündür.

Müşterek faillik bakımından zorunlu diğer bir koşul, failler arasında birlikte suç işleme kararının varlığıdır. Belli bir hareketin icrasına ve neticenin meydana gelmesine ilişkin olan birlikte suç işleme kararı, kast kapsamında düşünülmelidir. Suç ortaklarının suçun işlenişine ilişkin kastlarının doğrudan veya olası kast gibi farklılık göstermesinin, müşterek fail olarak sorumlulukları üzerinde bir etkisi yoktur.

Bir suçun failine, onun haberi olmaksızın, tek taraflı iradeyle suçun işlenmesine başlamadan önce veya suçun icrası sırasında yardım edilmesi halinde, müşterek fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu tutulmak gerekir” şeklindeki açılım ile, yine aynı gerekçede “bu sistemin en önemli sakıncası, kişinin suçun işlenişine katkısının, gerçekleştirilen suçun bütünlüğü içerisinde değil ondan bağımsız olarak ele alınmasıdır.... gözcülük yapan kişinin de diğer suç ortaklarıyla birlikte suçun işlenişini üzerinde ortak hakimiyet kurduğu sonucuna ulaşır. Bu durumda ise gözcülük yapan kişinin de fail olarak sorumlu tutulması gerekir” şeklindeki açılım karşısında, failin gerçek kastını ve varmak istediği sonucu bilerek, suçun işlenmesi sırasında mağdurun el ve ayaklarının tutmak gibi maddi davranışlarda bulunmaksızın, ancak olası müdahalelere engel olmak ve mağdur üzerinde korku yaratarak direncinin kırılmasında etkili olmak üzere olay mahallinde gözcülük yapan her bir suç ortağının da (fer’i maddi fail) fail statüsünde kabulü ile cinsel saldırı suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi kapsamında düşünülmesi gerektiği,

Ancak, bu fail sayısından kaynaklanan ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için tam ve kesin bir ilke koymak olanaksızdır. Her somut olayda suçun işlendiği yer mağdurun subjektif durumu gözetilerek, gözcülük yapan suç ortağın bulunduğu yer itibarıyla objektif olarak olası müdahalelere engel olmaya, mağdur üzerinde psikolojik baskı ve korku oluşturmaya elverişli bir yer olması gerekir.

Nitekim, CGK.nun "sanığın olay yerine uzaklığı dahi kesin olarak saptanamayan bir yerde gözcülükten ibaret bu iştiraki diğer sanığın gerçekleştirdiği ırza geçme eylemine dolayısıyla yardım niteliğinde olup, anılan yardımın mağdurenin direncinin kırılmasına ve böylece istenilen sonuca daha kolay ulaşmasına neden olacak boyutta olmadığı açıktır.

Bu itibarla olay yeri dışında gözcülük yapan ve mağdurenin direncini kırmaya yönelik hiçbir davranışta bulunmadığı belirlenen sanık M'nin saptanan bu iştiraki gözetilip TCK.nun 417.maddesiyle uygulama yapılamayacağından....." yolundaki 14.6.1993 gün, 5-100/167 sayılı kararı da güncelliğini koruması bakımından düşüncemizin teyidi mahiyetindedir.(Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, 1992-1996, S.243)

Kanaatimize göre; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102.maddesinin 3.fıkrasının (d) bendinde yazılı ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için, birden fazla kimsenin tamamının mağdura karşı ayrı ayrı cinsel saldırı suçunu işlemesi zorunlu olmayıp, faillerden birinin cinsel saldırı suçunu işlerken, diğer suç ortağının, mağdurun el ve ayaklarını tutmak suretiyle suçun işlenmesine elverişli maddi davranışlarda bulunmasının yeterli olduğu da gözetildiğinde, aynı zaman ve mekanda birbirini takiben cinsel saldırı suçunun işlenmesi halinde, bu ağırlaştırıcı neden uygulanmakla birlikte, kişi bizzatı suçun kanuni tanımında öngörülen fiili gerçekleştirmesi sebebiyle fail konumunda, ayrıca diğer faille birlikte fiil üzerinde ortak hakimiyet kurması nedeniyle de müşterek fail olarak sorumlu olmasına göre; eylemde aynı suç işleme kararı kapsamında, aynı suçun birden fazla işlenmesi söz konusu olacağı cihetle, tayin olunan cezanın 43.maddeyle artırılması gerektiği düşünülmektedir.

Ayrıca, cinsel saldırı suçunun gerçekleştirilmesi sırasında 102.maddenin 3.fıkrasında yazılı iki veya bundan fazla daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsurların birleşmesi halinde artırımın bir kez yapılması, ancak bu durumda 61.madde hükmü gözetilerek temel cezanın asgari haddenden uzaklaştırılarak tayininin hakkaniyete uygun olacağı düşünülmektedir.

G- FİLİN SONUCUNDAN KAYNAKLANAN AĞIRLAŞTIRICI NEDENLER:

a-SUÇUN İŞLENMESİ SIRASINDA MAĞDURUN DİRENCİNİN KIRILMASINI SAĞLAYACAK ÖLÇÜNÜN ÖTESİNDE CEBİR KULLANILMASI: Sözlük anlamı “zoralama, birini isteğine aykırı işe sevk etmek (...) zorunda bırakılma” (Meydan Larousse C.9,S.583), hukuki anlamı ise, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 108.madde gerekçesinde belirtildiği üzere”, kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecri bir etki meydana getirilmesi” olan “cebir” kavramının bu anlamı itibariyle zaman zaman 765 sayılı Kanunda “müessir fiil” veya “etkili eylemle” eşanlamlı olarak kullanılmasına karşın, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bunun yerine genel olarak “yaralama” kavramı benimsenmiştir.

Yaralama da, 86.maddede “kişinin vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan her davranış olarak” tanımlanmıştır.

Cinsel saldırı suçları yönünden cebir ise; daha öncede vurgulandığı üzere mağdura yönelik olması, direncini kıracak nitelikte ve bu suçu işleme amacına yönelik bulunması, diğer bir anlatımla mağdurun rızası cebirle elde edilmiş olması, suçun işlenmesinden önce veya işlendiği sırada gerçekleştirilmesinde zorunluluk vardır.

Gerçekleştirilen cebirin, mağdurun direncini kırabilecek nitelikte olması gerekirse de, bu konuda objektif bir ölçüt koymak olanaksızdır.

Fail ve mağdurun fiziki yapıları, olayın gerçekleştirildiği yer itibariyle göreceli bir nitelik arzeden cebirin, her halde belli bir şiddete ulaşması bunun verdiği acı ve kaygının eyleme direnci kıracak oran ve nitelikte olması gerekir.

Buna göre; cebirin cinsel saldırı suçunun unsuru olduğu da gözetilerek, bir tokat atmanın dahi 86.maddenin 2.fıkrası kapsamında bulunduğu düşünüldüğünde, bu fıkıyla yaptırıma bağlanan yaralama fiil ile mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün aşıldığını söylemenin yasa koyucunun amacına aykırılık teşkil edeceği,

Buna karşın; kasten yaralama fiilinin, 86.maddenin 2.fıkrasında yazılı kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçünün üzerinde, 86.maddenin 1.fıkrası kapsamında olması halinde sınırın aşıldığının kabulü ile 102.maddenin 4.fıkrası uyarınca ayrıca kasten yaralama suçundan da hüküm kurulmasının uygun olacağı,

Aksi halde; bu hususun takdiri hukuki olmaktan ziyade tıbbi bir sorun teşkil etmekle birlikte, kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerini düzenleyen 87.maddesi içeriğinde yer alan fiillerin, aynı zamanda 102.maddenin 5.fıkrasında yazılı “mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hali” ni de kapsayabileceği cihetle 4.fıkra hükmünün uygulanmaması gibi bir sonuca götüreceği düşünülmektedir.

b- SUÇUN SONUCUNDA MAĞDURUN BEDEN VEYA RUH SAĞLIĞININ BOZULMASI: 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102.maddesinin 5.fıkrası ile cinsel saldırı suçu sonucunda “mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hali”ni fiilin sonucundan kaynaklanan ağırlaştırıcı neden olarak kabul etmesine karşın hangi hallerin mağdurun ruh ve beden sağlığını bozacağına sınırlarını belirtmemek suretiyle de bir belirsizlik ortam yaratmıştır.

Cinsel saldırı sırasında veya öncesinde mağdurun vücudu üzerinde 86.maddenin 2.fıkrası kapsamında oluşturulan darp ve cebir suçun unsuru, sınırın aşılması halinde 102.maddenin 4.fıkrası uyarınca ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı da hüküm tesis edileceğinde kuşku yoktur.

Ancak; bulaşıcı hastalık (hiv virüsü, frengi,hepatit, v.b) taşıdığını bilen failin bunu mağdura bulaştırması, mağdurenin hamile kalması veya hoyratça gerçekleştirilen cinsel saldırı sonucu çocuk yapma yeteneğini kaybetmesi hallerinde, fail daha ağır olan bu neticenin ortaya çıkacağını öngörebilecek durumda bulunması bu suretle de eylemde olası kasıtlı hareket ettiğinin kabulü ile bu hallerin beden sağlığının bozulması olarak düşünülebileceği,

Buna karşın; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 23.maddesiyle objektif sorumluluktan vazgeçilerek kusura dayalı sorumluluk sisteminin benimsendiği de gözetilerek, cinsel saldırı tehdidi altında bulunan mağdurun kaçarken düşmek veya balkondan atlamak suretiyle kolunu veya bacağını kırması halinde, fail tarafından önceden öngörülemeyeceği cihetle beden sağlığının bozulması olarak düşünülemeyeceği,

Bu bağlamda; 765 sayılı Kanunun 418.maddesinin 2.fıkrasında yer verilen mayubiyet (ayıplı) kavramına, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer verilmemekle birlikte kızlık zarının yırtılmasını, "mayubiyet hali" kabul eden önceki yerleşmiş ve tartışmasız uygulamaları da gözetilerek 102.maddenin 5.fıkrasında yazılı "beden veya ruh sağlığının bozulması hali" kapsamında düşünmek olanaklı mıdır?

Kanaatimize göre; el değmemişliğin göstergesi, masumiyet ve saflığın simgesi olan bekarete, toplumumuzun verdiği önem ve atfettiği değer de gözetildiğinde mağdurenin (eylemin kötülüğünün idraki içerisinde bulunmayan akıl hastaları hariç), sosyal çevrede hoş karşılanmayacak böyle bir psikolojik travma sonucu kendisini aşağılanmış, kirletilmiş olduğu duygusuna kaptıracığı bu durumunda ruh sağlığını olumsuz yönde etkileyeceğinde

kuşku bulunmaması karşısında, bu halin de ruh sağlığının bozulması olarak kabulünün gerektiği düşünülmektedir.

Nitelikli cinsel saldırısı suçunun, fiilin ahlaki kötülüğünü idrake ve olaya ruhsal yönden mukavemete muktedir olmasına imkan verecek psikoseksüel olgunluğa engel teşkil edecek derecede akıl hastası olan kişilere karşı işlenmesi 102.maddenin 3.fıkrası (a) bendi ile suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali olarak düzenlenmiş bulunması karşısında, bu durumdaki kişilerin ruh sağlıklarının bozulması söz konusu olamayacağı cihetle, tayin olunan cezanın ayrıca anılan yasa maddesinin 5.fıkrası ile artırılması ceza adaleti ve hakkaniyetle bağdaşmayacağıında kuşku yoktur.

Esasen; her cinsel saldırınının mağdur üzerinde psikolojik bir travma yaratacağı düşünülebilirse de, bu durum mağdurların yaşı, ruhsal, sosyal ve kültürel yapılarına göre göreceli bir nitelik arzemesine nazaran, hangi hallerin ruh ve beden sağlığını bozduğu hususunun saptanması hukuki olmaktan ziyade tıbbi bir olgudur. Buna göre tıbbi verilerden duraksama halinde de Adli Tıp'dan da görüş alınarak sonuca ulaşılmalıdır.

c- SUÇUN SONUCU MAĞDURUN BİTKİSEL HAYATA GİRMESİ VE-YA ÖLMESİ: 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102.maddesinin 6.fıkrası ile cinsel saldırı sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesini suçun sonucu sebebiyle ağırlaştırıcı hal olarak kabul etmiştir.

Bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi failin ölüm sonucunu arzu etmemiş olması gerekir. Burada fail cinsel saldırı suçunu işlemeyi amaçlamakta, ancak iradesi dışında ölüm sonucu meydana gelmektedir. Her halde de cinsel saldırı suçuyla ölüm sonucu arasında illiyet bağının bulunması gerekir.

Bu halde; hoyratça işlenen cinsel saldırı sonucunda (genital bölgelerde aşırı harabiyet) oluşabileceği gibi suçun işlenmesi sırasında direncin kırılması amacını aşan cebirden de kaynaklanabilir.

Kalp hastası olduğunu bildiği mağdura karşı işlediği cinsel saldırı sebebiyle ölüm sonucunun meydana gelmesi halinde, fail daha ağır olan bu neticenin ortaya çıkabileceğini öngörebilecek durumda bulunması, bu suretle de eylemde olası kasıtlı hareket ettiğinin kabulü ile bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanması,

Buna karşın, failin mağdurun kalp hastası olduğunu bilmemesi, durumunda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 23.maddesiyle objektif sorumluktan vazgeçilerek, kusura dayalı sorumluluk sisteminin benimsendiği de gözetilerek, bu halin fail tarafından öngörülemeyeceği cihetle ağırlaştırıcı nedenin uygulanmamasının gerektiği düşünülmektedir.

Keza; cinsel saldırı sonucu hamile olan mağdurenin çocuğunun düşmesi ve de ölmesi halinde de yasa koyucu suçtan zarar gören bakımından "mağdur" kavramına yer verdiği gözetildiğinde, bu durumun (neticenin fail tarafından öngörülebilir olması koşuluyla) 5.fıkrafta yazılı "beden sağlığının bozulması" olarak kabulünün uygun olacağı,

Yasa koyucu cinsel saldırı sonucunda mağdurun ölümü dışında "bitkisel hayata" girmesini de sonucu sebebiyle ağırlaştırıcı hal kabul etmiştir.

"Bitkisel hayat" kavramı sözlükte "Beyin fonsiyonlarının yitirildiği, solunum ve dolaşım sisteminin dış destekle görev yaptığı, tam bilinçsizliğin bulunduğu klinik yaşam türü" şeklinde tanımlanmaktadır. (Adli Tıp Sözlüğü Prof. Dr. A.Sedat Çöloğlu, İstanbul-1993, S.47)

Bu bağlamda; (bitkisel hayat kapsamı dışında kalan) cinsel saldırı sonucu mağdurun tedavisi olanaksız, sürekli beden veya ruh sağlığının bozulması halini bu kapsamda düşünebilecekmiyiz.?

Kanaatimize göre; cinsel saldırı sonucu bilinci açık olmakla birlikte umumi felç geçirip yatağa mahkum olan veya tutulduğu akıl hastalığı sebebiyle günlük gereksinimlerini dahi karşılayamayanların da bu kapsamda olmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

H-CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ:

a-SUÇA KALKIŞMA: 765 sayılı Kanununun 61.maddesiyle eksik kalkışma, 62.maddesiyle de tam kalkışma hüküm altına alınmış iken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 35.maddesi bu ikili ayırımı son vererek sadece "suça teşebbüs"ü hükme bağlamıştır.

Bu düzenlemeye göre; suça kalkışmaktan bahsedilmek için failde belli bir suç işleme kastının varlığı, işlenmek istenen suç tipine uygun hareketlerin doğrudan doğruya icraya başlanması, kullanılan aracın sonucu meydana yetirmeye elverişli olması, elde olmayan engel nedenlerle icra hareketlerinin bitirilmemesi veya sonucun meydana gelmemesi gerekir.

Kast; fail ile işlediği suçun maddi unsurları arasındaki psikolojik bağı ifade etmesine, bu nedenle kişinin iç dünyasını ilgilendiren bir olgu olmasına göre. Kastın varlığı ve fiille ulaşılmak istenen sonuç ancak, failin dış dünyaya yansıyan diğer bir anlatımla gözlenebilen hareketlerden saptanabilir.

Doğrudan doğruya icraya başlama ise; madde gerekçesinde de vurgulandığı üzere, işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılmasıdır.

Bu suretle; failin kastının şüpheye yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkmasıyla icranın başlayacağı yolundaki subjektif ölçütten vazgeçilerek, hazırlık hareketleri ile icra hareketleri ayırımındaki duraksamalara son vermek amacıyla işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içerisindeki hareketlerin yapılmasını ölçüt olarak kabul edilmiştir.

Buna göre; bir kimsenin, suça kalkışmaktan dolayı cezalandırılabilmesi için kullanılan aracın objektif olarak suçun kanuni tanımında öngörülen fiili meydana getirmeye elverişli olması ile birlikte, aracın fail tarafından sonucu gerçekleştirmeye uygun biçimde kullanılması, ancak fail suçu tamamlamak amacıyla hareket etmesine rağmen elinde olmayan nedenlerden dolayı bunu gerçekleştirememesi gerekir.

Gerek icra hareketleri aşamasında, gerekse icra hareketlerinin bitmesinden sonra failin iradesine bağlı nedenlerden dolayı icra hareketlerinin tamamlanmaması veya sonucun meydana gelmemesi halinde, 36.madde uyarınca “gönüllü vazgeçme”nin söz konusu olacağı, bu durumda da tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılmasının düşünüülmesi gerektiği,

İnceleme konumuz, 102.maddenin 1.fıkrasında yazılı cinsel saldırı suçunun temel şeklinin maddi unsuru, cinsel ilişkiye varmayan ve fakat cinsel arzuların tatmin amacına yönelik **davranışlarda çokluk ve belli bir devamlılık arzetmesi** gerektiği de gözetildiğinde, bu suçlara kalkışmanın olanaklı olduğunda kuşku yoktur.

Uygulamada ve öğretide, cinsel saldırı suçlarına kalkışmanın olanaklı olduğunda birliktelik olmasına karşın, kalkışma aşamasında kalmış 102.maddenin 1.fıkrasında yaptırıma bağlanan cinsel saldırı suçunun temel şekli ile 2.fıkrasında yazılı nitelikli halinin ayırımının saptanması her zaman kolay olmayabilmektedir.

Bu durumda; uygulamada, failden kaynaklanan eylem ve söylemlerden hareketle suç niteliğinin tayini cihetine gidilmekte, duraksama halinde de “kuşku sanığın lehinedir” (in dubio pro reo) yolundaki ceza hukukunun evrensel ilkesi, gözetilerek, failin kastının 102.maddenin 1.fıkrasında yazılı cinsel saldırı suçunun temel şeklini işleme amacına yönelik olduğu kabul edilmektedir.

b- SUÇA İŞTİRAK: Suça iştirak hükümleri, 765 sayılı Kanunun 64,65,66 ve 67.maddelerinde düzenlenmiş iken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 37,38,39,40 ve 41.maddelerinde düzenlenmiştir.

Yapılan bu düzenlemeyle “asli iştirak” “feri iştirak” ayırımına son verilerek, sorumluluk statüsüne göre öngörülen iştirak şekilleri ; “faillik”, “azmettirme” ve “yardım etme” olarak belirlenmiştir.

İştirak şekillerinden "faillik" 37.maddede iki fıkra halinde olmak üzere, Birinci Fıkroda "müşterek faillik", İkinci Fıkroda ise "dolaylı faillik" olmak üzere ikili ayırma tabi tutulmuştur.

Faillik kavramı, 37.madde gerekçesinde; "suçun kanuni tamının da öngörülen fiili gerçekleştiren kişi" olarak tanımlanmıştır.

Ayrıca aynı madde gerekçesinde, "suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi durumunda; bu kişilerin her birinin müşterek fail olarak sorumlu tutulacağı",

Müşterek failliğin zorunlu koşullarında; failler arasında birlikte suç işleme kararının varlığı, diğer bir anlatımla belli bir hareketin icrasına ve neticenin meydana gelmesine ilişkin olan birlikte suç işleme kararının varlığı ile suçun icrası sırasında iştirak katkılarının karşılıklı olarak birbirlerini tamamlayıcı nitelikte olması gerektiği vurgulanmıştır.

Dolaylı faillik, 37.maddenin 2.fıkrasında "suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişide fail olarak sorumlu tutulur",

Azmettirme 38.madde gerekçesinde; "belli bir suç işleme hususunda henüz fikri olmayan bir kişinin başkası tarafından bu suçu işlemeye karar verdirilmesidir" şeklinde tanımlanmış,

Yardım etme ise; 39.maddede iki fıkra, ikinci fıkrada üç bent halinde düzenlenmiştir. Bu madde ile de, 765 sayılı Kanununun 65.maddesinde düzenlenen "fer'i iştirak" yerine "yardım etme" kavramı benimsenmiş, ayrıca yeni düzenlemede "zorunlu iştirak"e ilişkin hükme gereksinim kalmadığından ya da metninde, bu hükme yer verilmemiştir.

Bu bağlamda; bir suçun failine, onun haberi olmaksızın tek taraflı iradeyle, suçun işlenmesine başlamadan önce veya suçun icrası sırasında yardım edilmesi halinde müşterek fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu tutulması, her halde de; suça iştirakten dolayı sorumlu tutabilmek için il-

gili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerektiğini belirtmekte yarar vardır.

İştirak şekillerine ilişkin kavramların açıklamalarından da anlaşılacağı üzere, cinsel saldırı suçlarına her türlü iştirak olanaklıdır.

Ancak, yasa koyucu bu genel iştirak hükümleri ile de yetinmeyerek sırf cinsel saldırı suçlarına özgü olmak üzere özel bir iştirak hükmüne gereksinim duyarak, bu amaçla 765 sayılı Kanunun 417.maddesine koşturulan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102.maddesinin 3.fıkrasının (d) bendi ile getirdiği düzenleme ile "...suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi" halini fail sayısından kaynaklanan ağırlaştırıcı neden saymıştır.

Anılan madde metninde yer alan, "birlikte işlenmesi" ifadesinden hareketle, madde gerekçesinde de vurgulandığı üzere "cinsel saldırının birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, bu suçun icra hareketlerinin müşterek fail olarak sorumluluğu gerektirecek şekilde gerçekleştirilmesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, söz konusu suçun örneğin bir başkası tarafından azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak ederek işlenmesi halinde sadece bu nedenle (d) bendi hükmüne istinaden cezada artırım yapılmayacaktır"ın anlaşılması gerektiği,

Buna göre; 102.maddenin 3.fıkrasının (d) bendinde yer alan özel iştirak hükmünün, müşterek fail olarak sorumlu tutulabilecekleri kapsamı ve ayrıca olayda iki veya daha fazla ağırlaştırıcı neden bulunması hallerinde dahi artırımın bir kere yapılabileceği de gözetilerek, bu suçta azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak edenlerin sorumluluğunun genel iştirak hükümleri çerçevesinde çözümlenmesinin zorunluluk arzettiği,

Bu aşamada; ilgisi ve önemi itibarıyla 40.madde de tanımlanan "bağlılık kuralı" üzerinde durmakta yarar vardır.

Bağlılık kuralına madde gerekçesinde; "suç ortaklarından bazılarında faillik için aranan şartların bulunmaması halinde, bu kişilerin işlenen suçtan

sorumluluğunu sağlamaktadır. Böylece; suçun işlenişinde hakimiyet kuramadığı veya özel faillik niteliğini taşımadığı için fail olarak sorumlu tutulmayan bir suç ortağı, bağlılık kuralı sayesinde gerçekleşen suçtan sorumlu tutulabilmektedir.

Bağlılık kuralının gereği olarak, diğer suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilmesi için, fiilin kasten işlenmesi ve hukuka aykırı olması gerekir ve yeterlidir. Failin bu fiil nedeniyle ayrıca kusurlu olmasına gerek yoktur. Yine, cezayı hafifleten veya ortadan kaldıran kişisel nedenler, ancak ilgili suç ortağı açısından hukuki sonuç doğururlar” şeklinde açıklım getirilmiştir,

Öğretide ise, bağlılık kuralı; “iştirakin varlığı için icra hareketlerine başlanan suçun tüm şerikler için aynı olması gerekir. Yani fail bütün suça katılanlar bakımından aynı olan bir suçu işlemiş olmalıdır. Buna iştirakte bağlılık kuralı denir” şeklinde tanımlanmış (Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Doç.Dr.Veli Özer Özbek, C.1,S.448),

Doç.Dr.Hakan Hakeri'ye göre de; iştirakte bağlılık kuralından, “Bir suça katılmak isteyen ve buna yönelik maddi ve manevi nitelikte katkıda bulunmuş olanın bu katkısı suça katılmış olarak kabul edilmesinde yeterli değildir ve iştirak kurallarının harekete geçmesi bakımından daha başka bir şartın da gerçekleşmesi gerekir. Bu şart, asli failin bütün suça katılanlar bakımından aynı olan bir suçu işlemiş olmasıdır. Başka bir ifadeyle, iştirak bağımsız niteliğe sahip bir müessese değildir ve varlığını asli failin bir suçu gerçekleştirmiş olması halinde kazanabilir”in anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. (Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, 3.Baskı S.292)

Buna göre; bağlılık kuralını hükme bağlayan madde metninde yer alan “suça iştirak için, kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir.”ifadesinden kasten işlenen bir suçun olması, ayrıca eylemde suçun oluşumunu engelleyen 24 ve müteakip maddelerinde yazılı hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması gerekir. Eğer suç taksirle işlenmiş veya eylemde

hukuka uygunluk nedeni varsa suçta iştirakinde söz konusu olamayacağından kuşku yoktur.

Keza; madde metninde yer alan “suçun işlenişine iştirak her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.” ifadesinden de, asli maddi faille ilişkin kişisel cezayı kaldıran veya indirim nedenlerin (yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, yasama dokunulmazlığı v.b) şeriklere sirayet etmeyeceğinin anlaşılması gerektiği,

Buna karşın “kişisel ağırlatıcı nedenler” ile “fiili ağırlatıcı nedenlerin” şeriklere de sirayet edip etmeyeceği sorun teşkil etmektedir.

Nitekim, öğretide; “iştirakin varlığı için sadece tüm şerikler için aynı olan suçun işlenmesi yetmez, aynı zamanda bu yönde bir iştirak iradesinin de varlığı aranır. Bu noktada şerikin ağırlatıcı sebep konusunda iradesi bulunmuyorsa artık bu ağırlatıcı sebebin uygulanması mümkün olmayacaktır. Bu yöndeki irade ise icra hakaretlerine başlamadan ve fakat en geç icra hareketlerinin yapıldığı anda mevcut olmalıdır.” (YTCK.nunun Anlamı, Doç. Dr.Veli Özer Özbek, C.1,S.449) şeklindeki görüş ile bunu destekler nitelikteki “Buna karşılık ağır netice, netice sebebiyle ağırlaştırılmış suç niteliğini arz etmiyor ve bu ağır netice üzerinde şerikler anlaşmamışlarsa ağır neticeden ancak asli maddi fail sorumlu tutulabilecek, şeriklerden ağır neticenin gerçekleşmesine yönelik irade ortaya koyanlarda asli maddi fail gibi bu neticeden sorumlu olacaktır.” (Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları,Doç.Dr.Hakan Hakeri,3.Baskı,S.294) şeklindeki görüşlere karşın, bunun aksini düşünen müelliflere de rastlanmaktadır. (Cinsel Saldırı Suçları, İsmail Malkoç, S.33)

Kanaatimize göre; öncelikle cinsel saldırı suçunun failinin kadın, erkek ayırımı yapılmaksızın herkes olabileceği, ayrıca özel faillik niteliği taşıyan kişiler tarafından işlenmesinin aranmayacağı cihetle “özgü suçlardan” sayılmadığı gözetilerek, bu suçta azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak eden şerikin, bağlılık kuralı uyarınca failin şahsından kaynaklanan ve fiili ağır-

latıcı nedenlerden sorumlu tutulabilmesinin ancak, aynı suçun işlenmesi kararı ve iştirak iradesinin varlığı, ağırlaştırı nedenlerin şerik tarafından bilinmesi ve bunun gerçekleşmesine yönelik iradenin ortaya konulması koşuluyla, suçun asli maddi fail gibi neticeden hukuken sorumlu olmasının olanaklı olabileceği düşünülmektedir.

c-İÇTİMA: 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun temel kurallarından birisi- de "kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır" şeklinde ifade edilmektedir.

Buna göre; cinsel saldırı suçları ile başka suçların birlikte işlenmesi halinde, gerçek içtima kuralları uyarınca suçların bağımsızlıklarını koruyacağı ve fail hem cinsel saldırı suçundan, hem de diğer suçtan ayrı ayrı cezalandırılacaktır. (Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma, konut dokunulmazlığının ihlali, hırsızlık, yağma v.b.)

Genel ilke bu olmakla birlikte; cebirin aynı zamanda cinsel saldırı suçunun unsuru olduğu gözetilerek, suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçüyü aşmayan yaralama fiili (m.102/4), cinsel saldırı suçunun sonucundan kaynaklanan ağırlaştırıcı nedenler olmaları itibariyle de, mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulması (m.102/5), bitkisel hayata girmesi veya ölmesi (m.102/6) halleri (bileşik suç kapsamında) genel kuralının istinasını teşkil etmesi sebebiyle ayrı suç teşkil etmeyeceği,

Ancak, bu istisnai hallerin uygulanabilirliği de; suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün aşılması ile failin, mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulmasını ve bitkisel hayata girmesi veya ölmesini arzu etmemesine rağmen, iradesi dışında bu sonuçların oluşması, cinsel saldırı suçu ile illiyet bağının bulunması, ayrıca bu netice bakımından failin en azından taksirle hareket etmesi koşuluna bağlıdır.

Buna karşın; failin, suçu gizlemek veya delillerini ortadan kaldırmak kasıtlıya cinsel saldırıda bulunduğu mağduru öldürmesi halinde, gerçek içtima kuralları uyarınca ayrı ceza tayin edileceğinde,

Keza; cinsel saldırı suçları geçitli (müterakki) suçlardan bulunması nedeniyle, bu suçlarda fail önce cinsel birleşme dışında, devamlılık gösteren şehvi davranışlarda bulunmakta, ancak bununla yetinmeyerek daha ileri aşama olan cinsel saldırı suçunun nitelikli halini işlemektedir. Bu durumda da failin ağır olan sonuçtan sorumlu olacağına kuşku yoktur.

Ayrıca; cinsel saldırı fiili, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda aynı kişiye karşı birden fazla işlenmesi durumunda, eylem zincirleme tek suç kabul edilerek tayin olunan cezanın 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 43.maddesi uyarınca artırılması gerekir.

Nihayet, nitelikli cinsel saldırı suçunu anal yoldan işlemeyi amaçlayan failin bunu gerçekleştirmeyince, kalkışma aşamasında bırakarak aynı zaman diliminde bu kez vajinal veya oral yoldan fiilini gerçekleştirmesi halinde zincirleme tek suçun oluştuğunu kabul etmek olanaklı mıdır?

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 43.maddesinde, 765 sayılı Kanunda yer alan “muhtelif zamanlarda vaki olsa bile bir suç sayılır” ibaresi yerine “değişik zamanlarda” ibaresine yer vermesi uygulamada zincirleme suçun, ancak değişik zamanlarda işlenen suçlar bakımından söz konusu olabileceği şeklinde bir yaklaşıma, bu nedenle de duraksamalara sebebiyet verebileceği düşünülebilirse de,

Bu konuda; Öğretide Doç.Dr.Veli Özer Özbek'in “765 sayılı TCK.nuna göre muhtelif zamanlarda vaki olsa bile ibaresi ile zincirleme suçun kural olarak aynı zaman diliminde ve fakat istisnai olarak değişik zamanlarda da işlenebileceği kabul edilmiş idi. Bu kabul zincirleme suçun niteliğine de uygundur. Zira zincirleme suça rengini veren unsurlardan biri de aynı suç işleme kararının varlığıdır. Bu kararın varlığı aynı zaman diliminde işlenen suçlar bakımından daha rahat ortaya konabilecektir. Ancak eski düzenlemede farklı zamanlarda olsa dahi aynı suç işleme kararının varlığı ortaya çıkabiliyorsa yine zincirleme suçun varlığının kabul edilebileceği belirtilmektedir. YTCK.ise sanki suçların farklı zamanda işlenmesini mutlak bir kural gibi dü-

zenlemektedir. Kanımızca yasanın değişik zamanlarda ibaresi mutlak anlaşılmamalı eski düzenlemeye ve zincirleme suç kurumunun ruhuna uygun olarak yorumlanmalıdır.

Bu zaman aralığı kısa ya da uzun olabilir. Ancak önemli olan suç işleme kararındaki birliktir. Zamanın uzun olması artık aynı suç işleme kararının bulunmadığı konusunda bir kriter olarak değerlendirilebilir” (Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, 2.Baskı, S.462) şeklindeki görüşüne katılmamak olanaksızdır.

Buna göre; 43.maddenin 1.fıkrasının 3.cümlesinin “Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri aynı suç sayılır.” şeklindeki hükmü de gözetilerek, nitelikli cinsel saldırı suçunu anal yoldan işlemeyi amaçlayan failin bunu gerçekleştiremeyince kalkışma aşamasında bırakarak, bu kez vajinal ve oral yoldan fiilini gerçekleştirmesi veya cinsel saldırı suçunun temel şekli ile nitelikli halinin aynı veya değişik zaman dilimlerinde aynı kişiye karşı birden fazla işlemesi halinde de zincirleme tek suçun oluştuğunun kabulü ile temel cezanın suçun tamamlanmış nitelikli şekline göre belirlenmesi, 43.madde uyarınca artırımın da bu miktar üzerinden yapılmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

I-SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA : 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102.maddesinin 1.fıkrasında yazılı cinsel saldırı suçunun temel şekli ile, 2.fıkrasının 2.cümlesinde yazılı nitelikli şeklinin eşe karşı işlenmesi halinde soruşturmanın ve kovuşturmanın yapılması suçtan zarar gören kişinin şikayeti koşuluna bağlı olmasına karşın, 102.maddenin 2.fıkrasının 1.cümlesinde yazılı cinsel saldırı suçunun nitelikli şeklinin soruşturma ve kovuşturmasının re’sen olacağı hüküm altına alınmıştır.

Esasen; tüm suçlardan kamunun zarar görmesi sebebiyle, ceza kanununda yazılı suçların soruşturmanın ve kovuşturmanın re’sen yapılması genel kural olmasına rağmen, yasa koyucu bazen dava açmanın vereceği zararın, açmamanın vereceği zarardan daha fazla olabileceğini gözeterek, bu

hallerde soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesini bazı koşulların gerçekleşmesine tabi tutmuştur ki, bunlar da kovuşturma koşullarıdır.

Kovuşturma koşullarında ; karar müessesesi, talep, izin ve şikayet şeklinde saymak olanaklıdır.

Genel kuralın istisnasını teşkil eden ve uygulamada en çok rastlanılan kovuşturma koşullarından şikayetin, bu özelliği de dikkate alınarak, hangi suçların kovuşturulmasının şikayete bağlı olduğu kanunlarda ayrıca ve açıkça belirtilmiştir.

Şikayet müessesine de; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 73.maddesinde, 765 sayılı Kanunun 99 ve 108.maddelerinde benzer bir düzenlemeye yer verilmekle birlikte,

Yeni kanunda; önceki kanunda yer alan "takibat yapılabilmesi dava veya şikayete bağlı suçlar" yerine "soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlar" ibaresinin kullanılmış olması şikayetin, aynı zamanda soruşturmanın da koşullarından olduğu izlenimini verdiği izahıdır.

Buna karşın; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 73.maddesinde, önceki 765 sayılı Kanunda olduğu gibi şikayet, "belirli bir **suçun** soruşturulması ve kovuşturulması iradesinin suçtan zarar gören tarafından açıklanması" olmasına göre; bunun sonucu olarak şikayetin uygulama ve öğretide de kabul edilen özelliklerini aşağıdaki şekilde sıralayabiliriz.

Şikayetin bölünmezliği; failerin çokluğu halinde, birinin veya birkaçının şikayet edilmesi, diğerlerini de kapsayacağı, bunun aynı zamanda şikayetin sirayeti ilkesinin gereği olduğu,

Şikayete yetkili olan kimsenin, fail veya faileri belirtmesi zorunluluk arz etmediği gibi bunda yanılmasının,

Keza; suç niteliğinin yanlış belirlenmesinin de öneminin bulunmadığı, dolayısıyla re'sen takibi gereken suç olduğu düşüncesiyle yapılan ihbarın da şikayet yerine geçtiğinin kabulünün gerektiği,

Nitekim, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 158.maddesinin 6.fıkrasının “Yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikayete bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikayetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunur” şeklindeki hükmü ile de bu husus teyid edilmiştir.

Ayrıca şikayet, kaynağını anayasadan alan ve kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olması nedeniyle bizzat suçtan zarar gören tarafından yapılması zorunludur.

Ancak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 31.maddesi uyarınca fiilin işlendiği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğunun bulunmamasına nazaran, suçun mağduru olmaları halinde de davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması nedeniyle bunlar adına şikayetin yasal temsilcileri aracılığıyla yapılması,

Oniki yaşını doldurmuş, onbeş yaşını doldurmamış çocukların, 15.4.1942 gün 4/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca doktor raporu ile sezgin olmaları halinde kanuni mümessillerinin rızası olsun veya olmasın doğrudan doğruya şahıslarına karşı işlenmiş suçlardan dolayı şikayet hakkına sahip buldukları, sezgin olmadıklarının saptanması halinde ise, bu hakkın yasal temsilcileri aracılığıyla kullanılabilmesi,

Şikayetin, zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla fiilin ve failin kim olduğunun bilindiği veya öğrenildiği günden itibaren altı ay içerisinde yapılması gerekir. Bu da hak düşürücü süredir. (m.73/1-2)

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 158.maddesinin 5.fıkrası uyarınca ihbar veya şikayet yazılı olabileceği gibi tutanağa geçirilmek suretiyle sözlü de yapılır. Ayrıca anılan maddenin 1-4 fıkraları uyarınca şikayetin C.Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılması asıl olmakla birlikte valiliğe, kaymakamlığa, mahkemeye, yurt dışında işlenip ülkede takibi gereken suçlar hakkında Türkiye'nin elçilik ve konsolosluklara yapılabileceği, ancak

bu durumda da yapılan ihbar veya şikayet ilgili C.Başsavcılığına gönderilmesinin gerektiği,

Nihayet, şikayetten feragat ve vazgeçme olanaklıdır.

Feragat; tek taraflı irade beyanı olup, altı aylık şikayet süresi içerisinde suçtan zarar görenin bu hakkını kullanmayacağını açıklaması,

Vazgeçme ise; iki taraflı bir hukuki işlem olup, karşı tarafın kabulüne bağlıdır.

Nitekim, 73.maddenin 6.fıkrası ile “kanununda aksi yazılı olmadıkça vazgeçme onu kabul etmeyen sanığı etkilemez” hükmü getirilmek suretiyle bu husus ayrıca vurgulanmıştır. Vazgeçmenin fail tarafından kabul edilme halinde, yargılamaya devam edilerek suç sabit görülmediğinde beraet, aksi halde ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmelidir.

Buna göre; 102.maddede yazılı cinsel saldırı suçunun mağdurun onsekiz yaşını doldurmuş olmasının zorunluluğu karşısında, (cinsel saldırı suçunun temel şekli ile bu suçun nitelikli halinin eşe karşı işlenmesi hali ile sınırlı olmak üzere) ihbar ve şikayetin bizzat suçun mağduru tarafından altı aylık hak düşürücü sürede, CMK.nun 158/1-4.maddesinde yazılı mercilere yapılması, ayrıca mağdurun suç niteliğinin tayininde ve fail veya failer hakkında yanılmasının öneminin bulunmadığı,

Keza; mağdurun şikayetten feragat veya vazgeçmesinin olanaklı olduğu 102.maddenin 1.fıkrası ile 2.fıkrasının 2.cümlesinde failin kabulüne gerek olmaksızın davanın düşeceğine dair bir açıklık bulunmadığı cihetle, vazgeçmenin onu kabul etmeyen faili etkilemeyeceği 73.maddenin 6.fıkrasının açık hükmünün doğal sonucu olduğu,

Buna karşın; yasa metninde anılan suçların daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali ile cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinde, 86, 89 ve 131. maddelerinde olduğu gibi soruşturma ve kovuşturmanın

re'sen yapılması gerektiğinin belirtilmemesi uygulamada duraksamalara sebebiyet vereceğinde kuşku yoktur.

Ancak, ceza kanununda yazılı suçların soruşturulması ve kovuşturulmasının re'sen yapılması genel kural, soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesinin şikayete bağlı tutulmasının ise istisna teşkil etmesine, ayrıca 102. maddede bu hususta açıklık bulunmamasına göre; cinsel saldırı suçunun temel şekliyle nitelikli halinin eşe karşı işlenmesi hallerinin, 3,4,5 ve 6.fıkralarında yazılı koşullarla birleşmesi durumunda, soruşturulma ve kovuşturulmanın re'sen yapılmasının yasa koyucunun amacına uygun olacağı düşünülmektedir.

Bu bağlamda; zincirleme suç düzenleyen 43.maddenin 1.fıkrasının 3.cümlesinin "Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri aynı suç sayılır" şeklindeki hükmünün madde metninde yer alan "aynı suç" kavramına açıklık getirmek, bu konuda oluşabilecek duraksamaları önlemek amacıyla yönelik olduğu, bu hükümden hareketle bir suçun temel şeklinin şikayete bağlı olduğundan bahisle daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halinin de şikayete bağlı olacağını söylemenin yukarıda anılan genel ilkeye aykırılık teşkil edeceğinde kuşku yoktur.

Ayrıca, şikayet müessesinin bu özellikleri ile cinsel saldırı suçunun kişilere karşı işlenebilen suçlardan olması ve bu düzenlemeyle kişilerin cinsel dokunulmazlıkları ve özellikle de cinsel özgürlüklerinin korunması amaçlandığı gözetildiğinde, 102.maddenin 1.fıkrası ile 2.fıkranın 2.cümlesinde yazılı suçlarının soruşturulmasının ve kovuşturulmasının şikayet koşuluna bağlanmasının isabetli olduğu düşünülmektedir.

I-CİNSEL SALDIRI SUÇUNA MÜDAHALE: Irza geçme ve ırz ve namusa tasaddi cürümleri 765 sayılı Kanunun İkinci Kitap, Sekizinci Babında "Adabı Umumiye ve Nizami Aile Aleyhine Cürümler" başlığında ve 414 ila 416 maddelerinde düzenlenmiş ve bu düzenleme ile korunmak istenen hu-

kuki yarar, genel ahlak ve aile nizamı olmasına nazaran, mağdurun reşit (ergin) olması halinde dahi ana ve babanın kendi adlarına, 1412 sayılı CMUK.nun 365.maddesinde davaya katılma konusunda öngörülen “suçtan zarar görme” hali, aile düzenine karşı işlenen bu suçlarda mağdureye yakınlıkları itibariyle anne ve babayı da kapsadığı, bu nedenle davaya katılmalarının olanaklı olduğu kabul edilmekteydi.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda ise; yeni suç tanımlarına yer verilmesi suretiyle ırza geçme ve ırz ve namusa tasaddi cürümlerinin ergin kişilere karşı işlenmesi cinsel saldırı, çocuklara karşı işlenmesi cinsel istismar kavramları ile ifade edilerek İkinci Kitap, İkinci Kısımda “Kişilere Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu suretle bireylerin vücut dokunulmazlığı ve cinsel özgürlüklerinin korunması amaçlanmıştır.

Buna göre; yeni düzenleme ile korunan ortak hukuki değer ile cinsel saldırı suçlarının mağdurlarının ergin kişiler olması gerektiği gözetildiğinde, “suçtan zarar görme” hali mağdura yakınlıkları itibariyle anne ve babayı kapsayamayacağı cihetle, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 237.maddesi uyarınca davaya katılmaları da olanaksızdır.

Ancak, suçun mağduru ergin kişi ve fakat bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya hükümlü olması halinde Medeni Kanunun 407. maddesi, akıl hastası ise Medeni Kanunun 405.maddesi uyarınca öncelikle Medeni Kanunun 413. maddesi uyarınca bir vasi atanmasının sağlanması, bilahare de Medeni Kanunun 462/8.maddesi uyarınca Sulh Hukuk Mahkemesinden husumete izin alındıktan sonra davaya katılabilmeleri söz konusu olabilecektir.

Nihayet; ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinde, yani iddianamenin kabulü ile başlayıp hüküm verilinceye kadar (CMK.nun 237/1) suçtan zarar görenin dilekçe vermek veya duruşmada sözlü katılma başvurusunun tutanağa geçirilmesi suretiyle davaya katılabilecekleri gibi, duruşma

sırasında suçtan zarar görene katılma hakkının hatırlatılması yasal zorunluluk haline getirilmesi karşısında (CMK.nun 238/2), bu aşamada da katılma isteminde bulunulması halinde kabulüne karar verileceğinde kuşku yoktur.

J-MÜEYYİDE: 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102.maddesinin 1.fıkrasında yazılı cinsel saldırı suçunun temel şeklinin cezası iki yıldan yedi yıla kadar, 2.fıkrasında yazılı nitelikli halinin cezası ise yedi yıldan oniki yıla kadar haptir.

Temel cezanın, 61.maddenin 1.fıkrası uyarınca belirlenmesini müteakip 4.fıkrası uyarınca bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda; temel cezada önce artırma sonra indirme ilgili madde metninde belirlenen oranda yapılacaktır.

Bu bağlamda; öğreti ve uygulamada zaman zaman “mürekkep suç” ve “birbirine bağlı suçlar” ifadesi ile de tanımlanan “bileşik suç” kavramı üzerinde durmakta yarar vardır.

Çeşitli normlar tarafından öngörülen suçlardan biri diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması halinde “bileşik suç” söz konusu olur.

Bileşik suçlarda, suçların ve normların çokluğu görünüştedir. Diğer normların düzenlediği suçlara unsur veya ağırlaştırıcı sebep olarak yer veren norm, onları tüketmiş ve bağımsızlıklarını kaybettirmiş olmaktadır. Bu halde ortada tek norm gerçekte ihlal olunmakta ve bunun sonucu tek suç oluşmaktadır ve sadece eriten normun gerektirdiği cezanın verilmesi ile yetinilmektedir.

Türk Ceza Kanununun 42.maddesi de niteliği az önce açıklanan bileşik suçu hükme bağlayarak, bu suçlarda içtima hükümlerine uygulanmayacağını ayrıca ifade etmiştir.

Buna göre; "Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri aynı suç sayılır "şeklindeki 43.maddenin 1.fıkrasının 3.cümlesi de gözetilerek, 102.maddenin 3.fıkrasında dört bend halinde yazılı cinsel saldırı suçlarının daha ağır cezayı gerektiren nedenlerin iki veya daha fazlasının aynı eylemde birleşmesi halinde 102.maddenin 1 ve 2.fıkraları uyarınca tayin olunan temel cezanın bir kez yarı oranında artırılması,

Eylemde, 5 ve 6.fıkralarında yazılı fiilin sonucundan kaynaklanan ağırlaştırıcı nedenlerin bulunması halinde ise verilecek ceza; temel cezanın belli bir oranda artırılması şeklinde olmayıp, suçun temel şekliymiş gibi cezanın asgari ve azami hadleri belirlenmiş olmasına göre, suçun temel şekline ilişkin unsurlarla, ağırlaştırıcı şekline ilişkin unsurlar birlikte değerlendirilerek temel ceza belirlenmelidir.

Buna karşın; 4.fıkra uyarınca, cinsel saldırı suçunun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda, gerçek içtima kuralları uyarınca kasten yaralama suçundan da ayrıca cezaya hükmetmek gerekmektedir.

Keza; Cinsel saldırı suçunun gerçekleştirilmesi sırasında, 102.maddenin 3 ve 5.fıkralarında yazılı iki veya bundan fazla daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsurların aynı eylemde gerçekleşmesi halinde de, 61.maddenin 1.fıkrası hükmü gözetilerek temel cezanın asgari haddten uzaklaşarak tayininin hakkaniyete uygun olacağı düşünülmektedir.

Bilahare 61.maddenin 5.fıkrası uyarınca, yukarıdaki usullere göre belirlenen ceza üzerinden sırasıyla, teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenmelidir.

Nihayet cinsel saldırı suçları kasten işlenebilen suçlardan olduğu, 61.maddenin 5.fıkrası uyarınca 35, 37, 38/1-2, 39, 43, 31, 32, 38/3 ve 62.maddelerinin belirlenen sıra dahilinde uygulanması sonucu hükmedilen

hapis cezası, 49.maddenin 2.fıkrası uyarınca bir yıl veya daha az süreli, diğer bir anlatımla kısa süreli olması halinde mahkeme hapis cezasını 50.maddede yazılı adli para cezasına veya diğer güvenlik tedbirlerine hükmedebilecektir. Ancak 50.maddenin 3.fıkrası uyarınca fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların mahkum edildiği bir yıl daha az süreli hapis cezaları 1. fıkrada yazılı seçenek yaptırımlarından birine çevrilmesi zorunludur.

Yalnızca hapis cezasının ertelenebileceği, adli para cezasının ertelenmeyeceği cihetle, hükmedilen ceza iki yıl veya daha az süreli hapis cezası olması ve 51.maddenin 1.fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde yazılı koşulların gerçekleşmesi halinde cezanın ertelenebileceği, cezanın ertelenmemesi halinde, hapis cezasına mahkumiyetin sonucu olarak sanık hakkında ayrıca 53.maddenin 1.fıkrasında yazılı hak yoksunluğunun sözkonusu olacağı, ancak bu hak yoksunlukları hapis cezasının doğal sonucu olması nedeniyle ayrıca bu hususa hükümde yer verilmesine gerek bulunmamaktadır.

Bu aşamada; failin birden fazla suç işlemesi durumunda ayrı ayrı her suçun cezası erteleme sınırı içinde kaldığından söz edilerek, erteleme kararı verilebilecektir?

Erteleme, ayrıntıları 7.6.1976 gün, 4/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında açıklandığı üzere doğrudan doğruya cezanın, sanığın kişiliğine uydurulmasını öngören yargısal şahsileştirme kurumu olup, bu kurumun uygulanabilirliği kişinin suçu işledikten sonra yargılama sürecinde göstereceği pişmanlık ve bir daha suç işlemeyeceği konusunda mahkemede kanaatin oluşması koşuluna bağlı bulunmasına göre, birden fazla suç işlemek suretiyle suç işleme hususundaki eğilimini ortaya koyan kişinin bir daha suç işlemeyeceği yönünde mahkemeyi olumsuz yönde etkileyeceğinde kuşku yoktur.

Kaldı ki; ertelemeyi düzenleyen 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 51.maddesiyle 647 sayılı Kanunun 6.maddesinin benzerlik arzemesine nazaran, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda "cezaların içtimasına" ilişkin hükümlere yer verilmemesinin bu konudaki görüşü değiştirmenin yeterli sebebi sa-

yılmayacağı, bu nedenle önceki yargısal kararlar doğrultusunda her bir suç için tayin olunan cezaların toplamı gözetilerek 51.maddenin uygulanabilirliğinin tartışılmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Ayrıca, cinsel saldırı suçlarının mağdurunun ergin kişiler olabileceği, Medeni Kanununun 335.maddesi de “ergin olmayan çocuk, anne ve babanın velayeti altındadır” hükmüne nazaran, anne veya babanın evlilik birliğinden doğan ergin çocuklarına karşı cinsel saldırı suçunu işlemeleri halinde, velayet hak ve yetkilerinden birinin kötüye kullanılması düşünülemeyeceği cihetle, 53.maddenin 5.fıkrası uyarınca bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına da karar verilmeyecektir.

Ancak; cinsel saldırı suçlarının “kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde belirli bir hak ve yetkinin kötüye kullanılması, diğer bir anlatımla “görünüşte özgü suç” söz konusu olması nedeniyle, 53.maddenin 5.fıkrası uyarınca mahkum olunan cezanın infazından sonra etkili olmak üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasını yasaklanmasına ilişkin güvenlik tedbirlerinin uygulanması gerektiği düşünülmektedir.

K- SONUÇ: Anayasamızda ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 2.maddesinde ifade edilen ve evrensel nitelikteki “suçta ve cezada kanunilik” ilkesinin doğal sonucu olarak hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin ve kanunda yer alan suç tiplerinin açıkça belirlenmesinde zorunluluk vardır. Ancak her zaman kanun metninde yer alan suç tanımlarından hareketle hukuki sorunları çözmek olanaklı olmayabilmektedir.

Bu durumda; yasa koyucunun gerçek iradesinin ortaya konulması için yoruma gereksinim vardır. Bu görevde, uygulamacılar ve akademisyenlere düşmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun başarısı da bu çevrelerin gayretleriyle orantılı olacaktır.

Bu amaçla, cinsel saldırı suçları konusunda kişisel düşüncemizin ürünü olarak işbu yazı kaleme alınmıştır.

SİBER SUÇ SÖZLEŞMESİ VE 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDA BİLİŞİM SUÇLARI

İnci BİÇKİN ()*

ANLATIM DÜZENİ: a. Genel Olarak, b. Siber Suç Sözleşmesi, c. Bilişim Suçları, c.1. Bilişim Sistemine Girme, c.2. Sistemi Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme veya Değiştirme, c.3. Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması, c.4. Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbiri Uygulanması, d. Sonuç.

a. Genel Olarak

Elektronik ortamda bilgi ve belgelerin dolaşımı için internet ağının kullanımı günümüzde bir zorunluluktur. Bu bakımdan internet, bütün dünya ile anında iletişim kurabilme ve bilgi paylaşımında bulunabilme imkanı veren açık ve küresel bir yoldur. İnternetin küresel bir araç olması, sadece ulusal değil, uluslararası düzeyde de kullanılabilme imkanı sağlamasındandır. Bilgi ortamına ulaşma, ondan yararlanarak arşivleyebilme ve bu bilgiyi başka yerlere iletebilme, iletişim teknolojileri sayesinde bir dakikadan kısa bir sürede gerçekleştirilmektedir.

İletişim teknolojisinde meydana gelen gelişmeler, fiziksel ortamda bulunan mevcut bazı bilgi ve belgelerin elektronik ortama aktarılmasına ve yeni

(*) Yargıtay Tetkik Hakimi

belgelerin de bu ortamda oluşturulmasına neden olmuştur. Bu ortamda oluşturulan ve bu ortama aktarılan bilgi ve belgeler, artık fiziksel dünyanın yanında varlığı benimsenen, elektronik dünyada dolaşmakta ve varlığını burada da devam ettirebilmektedir.

Böyle bir ortamın varlığı doğaldır ki, legal kullanımın yanında illegal kullanımlarında olmasına neden olmaktadır. Bilgi ve belgelerin elektronik ortamda dolaşması sırasında yetkisiz kişilerin eline geçmesi muhtemeldir. Hatta arşivlenen ve belli bir sistematığı elektronik ortamda oluşturulan bu bilgi ve belgeler, ihtiyacı olanların bu bilgilere anında ulaşabilmesine imkan verirken, ihtiyacı olmayan şahıslar tarafından da farklı amaçlar için kullanılabilirler.

Günümüzde artık kredi kartlarıyla, bankamatiklerle, cep telefonlarıyla, bilgisayar ve hatta radyo dalgalarını veya kızıl ötesini algılayabilme özelliğine sahip bir elektronik cihaz ile bilişim suçu işlenebilmektedir. Yeter ki suç işleme kastıyla hareket edilsin !

Günlük hayatta rastladığımız suç tiplerine, dijital ortamda da rastlamak mümkündür. Kişilik haklarının ihlalinde, yasa dışı örgüt ve oluşumların propagandasının yapılmasında, sahte e-yatırımların yapılmasında ve benzeri suçlarda, elektronik ortam suç işlemek için bir araç olarak kullanılabilir. Kredi kartlarıyla yapılan dolandırıcılık, bilgisayar yazılım programlarının telif haklarına aykırı bir şekilde kopyalanması ve kullanılması, şifreli özel sitelerden bedelsiz yararlanmak amacıyla bu sitelere şifreleri kırılarak giriş yapılması, pornografik ve yasa dışı yayınlar gibi suçlar özellikle bilgisayarlar ve bunların bağlı oldukları ağlar üzerinde işlenmektedir (Anonim 2003).

İletişim teknolojisinin sunmuş olduğu imkanlardan faydalanmanın kaçınılmaz olduğu çağımızda, bu teknolojinin illegal amaçları gerçekleştirmek için kullanılması sonucunda " Bilişim Suçları " dediğimiz suç tipleri ortaya çıkmıştır.

b. Siber Suç Sözleşmesi

Türk Ceza Kanununda “ Bilişim Suçları ” adı altında toplanmış suç tipleri ile ilgili olarak literatürde değişik söylemlere rastlamak mümkündür. İnternet Suçları, Bilgisayar Suçları, Dijital Suçlar, İleri Teknoloji Suçları ve Siber Suçlar olarak adlandırılan bu suçlar aslında kanuni tabiri ile “Bilişim Suçları”dır.

Ulusal platformda bile değişik adlarla adlandırılan iletişim, bilişim ve ileri teknoloji ile ilgili suçların ortak bir tanımının yapılması zorunluluğu karşısında, uluslararası alanda bir takım çalışmalar başlatılmıştır. Uluslararası platformda da işlenebilen bu suçların ortak bir tanım altında toplanıp, izlenmesi ve düzenlenmesi amacıyla Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi, 23 Kasım 2001 tarihinde Budapeşte’de imzaya açılmıştır. Bu sözleşme 26’sı Avrupa Konseyi üyesi, 4’ü üye olmayan (ABD, Japonya, Kanada ve Güney Afrika) 30 ülke tarafından imzalanmıştır.

48 maddeden oluşan Siber Suç Sözleşmesi, 6 bölümden oluşmuştur. Ayrıca sözleşme içerisinde bahsi geçen konular 3 başlık altında toplanmıştır.

Sözleşmeye imza koyan ülkeler bunun bir gereği olarak, kendi iç hukuklarında sözleşmede belirlenen ilkelere uygun düzenleme yapma yükümlülüğü almışlardır. Yani ya mevcut kanunlarında uyarlama yapacaklar veya yeni düzenlemelere gitmeleri gerekecektir.

Siber Suç Sözleşmesine uyum sağlamak için, Avrupa devletlerinin bir kısmı (Almanya, İtalya, Finlandiya, Avusturya, Yunanistan, İsveç, Danimarka, Norveç ve Hollanda gibi) mevcut yasal hükümlerine eklemeler yapmış; ABD, İngiltere ve İrlanda gibi Anglosakson sistemine dahil bazı ülkeler ise Siber Suç Sözleşmesi ile kabul ettikleri ilkeler doğrultusunda, yeni kanuni düzenlemeler yapma yoluna gitmişlerdir.

Henüz Türkiye bu sözleşmeye imza koymamış olmakla birlikte, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hazırlanırken Siber Suç Sözleşmesi'nde yer alan bilişim suçlarının tanımlarını yeni ceza kanununa almıştır.

Bu sözleşme ile sözleşmeye uygun uluslararası ve ulusal düzenlemeler ile ülkeler arasındaki işbirliği geliştirilecek, toplumlar siber suça karşı korunacak, bu şekilde ortak bir suç politikası oluşturarak bu suça karşı birlikte hareket edilecektir (Anonim a 2001).

Siber suç sözleşmesinin amaçları;

- Bilişim suçlarına ortak tanımlar getirilerek, uluslararası alanda uygulama birliği sağlamak,
- Uluslararası alanda yapılacak işbirliğinde, uygulanacak yöntemler belirlemek,
- Bilişim suçlarının soruşturma yöntemlerini saptamaktır.

Bilişim suçları, ileri teknolojiden yararlanan tüm ülkelerin ortak problemi haline geldiği için ulusal ve uluslararası alanda; suçluların takibi, suç türlerinin belirlenmesi, ortak soruşturma ve araştırma yapma imkanını sağlaması bakımından, bu sözleşme önem arz etmektedir.

Siber Suç Sözleşmesi'nde daha önceden uluslararası alanda yapılan bir takım sözleşmelere atıfta bulunulmuş, bu sözleşme hükümleri dikkate alınarak Siber Suç Sözleşmesi'nde getirilen düzenlemelerin yorumlanması ve uygulanması istenmiştir.

Buna göre; her türlü bilgiyi ve düşüncüyü sınırsız şekilde aramak, almak ve iletme hakkını ve özel hayata saygıya ilişkin hakları teyit eden 1950 Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Konvansiyonu, 1966 Birleşmiş Milletler Uluslararası Sivil ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve diğer insan hakları anlaşmalarında belirlenen kıstaslara uyularak, Siber Suç Sözleşmesi uygulanacaktır. Ayrıca Edebi ve Sanatsal Eserlerin Korunmasına Yönelik

Bern Konvansiyonu çerçevesindeki 24 Temmuz 1971 tarihli Paris Yasası, Fikri Mülkiyet Haklarının Ticari Yönlerine İlişkin Sözleşme ve WIPO Telif Hakları Anlaşması, 1981 Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesine İlişkin Olarak Bi-reylerin Korunması Konusunda Avrupa Konvansiyonu tarafından alınan kararlara uygun şekilde hareket edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Yine 1989 Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Konvansiyonu ile 18.05.2001 tarihli Bakanlar Kurulu kararıyla onaylanıp ülkemizde de Anayasamızın 90. maddesi gereği iç hukukta uygulanmak üzere yürürlüğe giren ve 17.06.1999 tarih ve 182 sayılı ILO sözleşmesi ile temel haklara ilişkin bir sözleşme olan "Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Önlemler Sözleşmesi uyarınca da çocukların cinsel istismarının etkin cezalandırmaya tabi tutulması gerekmektedir. BM Genel Kurulu tarafından 23 Mayıs 2000 tarihinde imza, onay ve katılıma açılan ve Türkiye tarafından da 9 Eylül 2000 tarihinde imzalanıp daha sonra onaylanarak yürürlüğe giren BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi İle İlgili Seçmeli Protokol de dikkate alınarak Siber Suç Sözleşmesi'nin maddelerinin daha iyi uygulanmasını sağlamak üzere düzenlemeler yapılması istenmiştir.

Uluslararası alanda en önemli iletişim ve etkileşim aracı haline gelen elektronik ortamların, güvenliğinin sağlanması ve yasa dışı amaçlar için kullanılmasının önlenmesi açısından Siber Suç Sözleşmesi önemli bir adımdır. Henüz uygulaması yaygınlaşmamış olsa bile, bilişim suçlarının tanımlanarak somutlaştırılması ve bu suçların takibi ile soruşturulmasında, bu sözleşmenin uluslararası alanda karşılıklı yardım ve işbirliğini getirmesi dikkate değerdir.

c. Bilişim Suçları

Bilişim kelimesi sözlük karşılığı, " teknik, ekonomik ve toplumsal alanlardaki iletişimde kullanılan ve özellikle elektronik aletler aracılığıyla düzenli bir biçimde işlenmeyi öngören bilim, informatik, enformatik " olarak tanım-

lanmaktadır (Anonim a 2005). Özellikle bilgisayar kullanımının, günlük hayatın bir parçası olması ile birlikte bilişim, bilişim ağı, bilişim teknolojisi gibi kelimeler sıklıkla kullanılmaya başlanmıştır. Bunun gibi " bilişim suçu " kavramı, sanal ortamda meydana gelen hak ihlallerini anlatmak için türetilmiş bir kavramdır.

Bilişim kelimesinin anlamından yola çıkarak bilişim ağını, " teknik, ekonomik ve toplumsal alanlardaki iletişim sistemi " olarak tanımlayabiliriz. Yine bilişim teknolojisi için, " bilişimde kullanılan bütün araç ve gereçlerin oluşturduğu sistem " diyebiliriz (Anonim a 2005).

Bilişim suçlarının uluslararası alanda ilk resmi tanımı Avrupa Ekonomik Topluluğu Uzmanlar Komisyonu yapmıştır. Mayıs 1983 tarihinde Paris'te toplanan Komisyon, " bilgileri otomatik işleme tabi tutan veya verilerin nakline yarayan bir sistemde, gayri kanuni, gayri ahlaki veya yetki dışı gerçekleştirilen her türlü davranış bilişim suçudur " demiştir (Çetin 2004).

Bizim kanunlarımızda bilişim suçları ile ilgili ilk düzenleme 1991 yılında 3756 sayılı yasa ile yapılmıştır. 3756 sayılı 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanunun ile Türk Ceza Kanunu'nun 525. maddesine a, b, c, d bentleri getirilerek, bilişim alanındaki ihlallere kanuni bir tanımlama yapmıştır (Anonim 1991).

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 525. maddesinde bilişim suçları kısaca, sistemde yer alan ve sır teşkil eden bilgiyi hukuka aykırı olarak elde edip öğrenmek, başkasına zarar vermek amacıyla sistemde yer alan bilgileri kullanmak, nakletmek ve çoğaltmak, sistemi kullanarak sahtecilik yapmak, sistemi kullanarak kendisi veya başkası lehine hukuka aykırı yarar sağlamak, başkasına zarar vermek, kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla sistemi ve unsurlarını tahrip etmek, silmek, değiştirmek, sistemin işlemesine engel olmak, yanlış biçimde işlemesini sağlamak şeklinde tanımlanıp, kanunilik ilkesi gereği hükme bağlanmıştır (Anonim 1926).

765 sayılı Kanunun 525. maddesinde a, b ve c bentlerinde bilişim suçlarının tanımları ve ne şekilde işlenebileceği açıklanırken, d bendinde suç işleyen şahıslar ile ilgili ferî ceza öngörölmüştür.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ise bilişim suçları Onuncu Bölüm'de "Bilişim Sistemlerine Karşı Suçlar" adı altında tanımlanmış ve sınıflandırılmıştır. Bilişim suçlarının sınıflandırılması sırasında baz alınan ayraç, suçun işlenmesindeki amaçtır. Madde 243, 244, 245 ve 246 da suç tipleri ve yaptırımları belirlenmiştir (Anonim b 2005).

Bilişim sistemlerine karşı suçlar; bilişim sistemine girme, sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması olarak sınıflandırılmıştır. 246. madde bu suçların işlenmesi suretiyle haksız menfaat sağlayacak olan tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı belirtilmiştir (Anonim b 2005).

Gelişen teknolojiyle, bilişim suçlarının işleniş şekli de değişecektir. Bu durumda uygulayıcılar, suçun işlenmesindeki amaca bakarak, kanunilik ilkesi doğrultusunda suç tipini belirleyecek ve buna uygun cezaya hükmedecektir.

Bilişim suçları ile ilgili incelemeyi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeleri karşılaştırarak yapacağız.

c.1. Bilişim Sistemine Girme

Madde 243'te bilişim sistemine girme fiili suç olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdaki bilişim sisteminden anlaşılması gereken; verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik olarak işleme tabi tutma olanağı veren manyetik sistemler olmalıdır. Birinci fıkraya göre bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girmek suçun oluşması için yeterlidir. Bu sistemden belirli verilerin elde edilmesi amacıyla sisteme girilmesi kastıyla hareket etmenin önemi yoktur. Haksız ve kasten girilmesi ve orada bir süre kalmaya devam edilmesi yeterlidir.

Maddenin birinci fıkrası ile ilgili olarak, yayınlanan Adalet Komisyonu gerekçesinde, “bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına hukuka aykırı olarak girmek ve orada kalmaya devam etmek fiili suç haline getirilmiştir.” denilmektedir. Ancak 243. maddenin birinci fıkrasında açık ifade ile, “..bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak giren ve orada kalmaya devam eden ..” denilmektedir. Adalet Komisyonu raporunda, madde başlığı ve gerekçesinin, madde metninin ayrılmaz bir parçasını oluşturduğu belirtilmiştir. Şu halde, madde metnine göre, bilişim sistemine girme suçunun oluşması için iki eylem birlikte aranırken, gerekçesinde bu eylemlerden birinin gerçekleştirilmesini bilişim sistemine girme suçunun oluşması için yeterli görülmüştür. Kanaatimizce, asıl olan madde metnidir. Bilişim sistemine girme suçunun birinci fıkrada tanımlanan şekli ile oluşması için; bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına hukuka aykırı olarak girmek ve orada kalmaya devam etmekle bu suç oluşmaktadır.

Maddenin ikinci fıkrasında; birinci fıkrada tanımlanan eylemin bedeli karşılığında yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi halinde, bu suç için daha az ceza öngörülmüştür.

Üçüncü fıkrada ise; bu suçun neticesi itibarı ile ağırlaştırılmış hali düzenlenmiştir. Suçun işlenmesi nedeniyle verilerin yok olması veya değişmesi halinde, suçun temel şekline oranla failin daha ağır cezalandırılması gerektiği belirtilmiştir. Bu fıkra ile sanığın cezalandırılması için, failin sistemdeki verileri yok etmek veya değiştirmek kastıyla hareket etmesine gerek yoktur. Bu sonuçlar eylem nedeniyle meydana gelmelidir. Verilerden kasıt, sistem içindeki bütün soyut unsurlardır. Yani bilgilerin, belirli bir formata dönüştürülmüş halidir.

Suçun hukuki konusu, karma bir nitelik göstermektedir. İlk olarak bireyin özel hayatının korunduğu söylenebilir. İkinci fıkrada ise malvarlığı da korunan hukuki menfaatlerden sayılabilir. Çünkü bedel karşılığında yararlanılabilen sistemler ile ilgili suçun işlenmesi hali düzenlenmiştir.

Bu suçun faili, bilişim sistemine hukuka aykırı olarak giren ve orada kalmaya devam eden herhangi bir kimsedir. Suçun maddi unsuru, bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına hukuka aykırı olarak girmek ve orada kalmaya devam etmektir. Bilişim sistemi verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tabi tutma imkanı veren manyetik sistemler olarak kabul edildiğine göre bilgisayar bu tanımın içerisinde yer almakla birlikte, bilişim sisteminden kasıt sadece bilgisayar değildir. Suçun manevi unsuru kasıttır. Saik önemli değildir. Bu suçlar taksirle işlenebilir. Yani bir kişi elektronik ortamda başka bir veriye ulaşmaya çalışırken, yanlışlıkla bir bilişim sistemine girebilir ve teknik zorunluluklar gereğince orada bir süre kalabilir. Böyle bir durumda bir şahıs hataen girmiş olduğu bilişim sisteminde yaptığı yanlışlığın farkına varıp o bilişim sisteminden çıkıncaya kadar orada kalmaya devam edeceğinden taksirle bu suçu işlemesi mümkündür. Ancak ilgili kanun maddesinin açıkça ifade ettiği gibi, bu suçun kasten işlenmesi halinde cezai yaptırım öngörülmektedir.

Bu maddede düzenlenen suçun kovuşturulması şikayete tabi değildir. Suçun takibi ihbar ile resen yapılır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 60. maddesi gereğince bu suçun işlenmesi nedeniyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında, bunlara özgü güvenlik tedbirleri madde 246'da belirtildiği üzere uygulanır (Anonim b 2005).

765 sayılı TCK ile karşılaştırıldığında, 765 sayılı TCK'nın 525/a maddesinin metnine 5237 sayılı Yasanın 243. maddesi bazı yönlerden benzemektedir. Önceki kanunda tam karşılığı yoktur.

c.2. Sistemi Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme veya Değiştirme

244. maddenin birinci fıkrasında bilişim sisteminin işleyişini engelleme, bozma, sisteme hukuka aykırı olarak veri yerleştirme, var olan verileri başka yere gönderme, erişilmez kılma, değiştirme ve yok etme fiilleri, suç olarak tanımlanmaktadır. Böylece sistemlere yöneltilen ızzar fiilleri özel bir suç haline getirilmiştir. Bilişim sisteminin fizik varlığı ve işlenmesini sağlayan bütün

diğer unsurları, söz konusu suçun konusunu oluşturmaktadır. Bu fıkrada seçimlik hareketli bir suç meydana getirilmiştir.

İkinci fıkrada, bu fiillerin bir banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi hakkında işlenmesi halinde, verilecek cezanın artırılması öngörülmüştür.

Maddenin üçüncü fıkrasında ise, birinci ve ikinci fıkrada tanımlanan fiillerin işlenmesi halinde kişinin kendisine veya başkasına yarar sağlaması, ceza yaptırımına altına alınmıştır. Ancak, bu fıkra hükmüne istinaden cezaya hükmedilebilmesi için, fiilin daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmaması gerekir. Bu bakımdan fiilin örneğin dolandırıcılık, hırsızlık, güveni kötüye kullanma veya zimmet suçunu oluşturmaması halinde, bu fıkra hükmüne istinaden cezaya hükmedilmeyecektir.

Bu madde uygulanırken 5237 sayılı Yasanın 157. maddesinde tanımlanan dolandırıcılık suçu ile karşılaştırılmalıdır. Bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması veya bir bilişim sistemindeki verilerin bozulması, değiştirilmesi, yok edilmesi, erişilmez kılınması yada var olan verilerin başka bir yere gönderilmesi gibi eylemler hileli davranışlarla mı gerçekleştirilmekte? Kişiler arasında var olan iyiniyet ve güven ilişkisi kötüye kullanılarak aldatıcı davranışlarla bir kimse aldatılarak başkasının veya aldatılanın zararına, aldatan veya başkasının yararına bir menfaat mi temin edilmek isteniyor bunlar somut olayda irdelenip, açıklığa kavuşturulmalıdır. 5237 sayılı Yasanın 157. maddesinde tanımlanan eylemler ile 244. maddede sayılan fiiller gerçekleştiriliyor ise, 244/son gereği değerlendirme yapıp eylemin dolandırıcılık mı, yoksa 244. maddede belirtilen fiillerden mi olduğu tespit edilmelidir.

244. maddede belirtilen eylemlerin hırsızlık suçu ile de karşılaştırılması gerekmektedir. 5237 sayılı Yasanın 141, 142, 143 ve 146. maddelerinde tanımlanan hırsızlık suçları ile karşılaştırılarak, eylemin niteliği tam olarak belirlenmelidir. Örneğin 244. maddede tanımlanan verilerin başka bir yere gön-

derilmesi eyleminde, bu veriler taşınır mal olarak değerlendirilebilecek midir? Bu şekilde verileri oluşturan veya kullanan üçüncü kişi zilyed sayılıp, bu üçüncü kişinin rızası olmaksızın verileri başka bir yere gönderen kişinin kendisine veya başkasına menfaat temin etmek amacıyla bu eylemi gerçekleştirmesi halinde 244. maddeden mi 141. maddeden mi hüküm kurulacaktır bu kesin olarak her somut olayda değerlendirilmeli ve açıklığa kavuşturulmalıdır.

Örnek verilen eylem açısından bir değerlendirme yapılırsa, hırsızlık suçlarına konu olan taşınmaz mallar, zilyedinin rızası dışında tamamen onun hakimiyet alanından çıkmaktadır. Onu zilyedinin rızası dışında alan kişi, kendi hakimiyet alanına veya başkasının hakimiyet alanına taşıdığı taşınır mal üzerinde orada rahatça tasarruf edebilme imkanına sahip olabilecektir. Oysa bilişim sisteminde yer alan veriler, başka bir yere taşınabilmekle beraber, bu verileri oluşturan kişinin programın çalışması için koyacağı kodlar veya şifreler nedeniyle taşındığı yerde rahatça kullanılamayabilir. Bu durumda eylem hırsızlık olarak değerlendirilemeyecektir.

244. maddede sayılan eylemlerin güveni kötüye kullanma suçunun oluşturup oluşturmadığının tespiti için, yapılan eylemin 5237 sayılı Yasanın 155. maddesi ve 244. maddesi ile karşılaştırılarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Somut olayda veriler üzerinde değişikliğe neden olan bozan, değiştiren, yok eden, başka yere taşıyan ve benzeri eylemlerde bulunan kişinin bu veriler üzerinde sözleşme ile tesis edilen bir zilyedlik yetkisinin olması gerekmektedir. Bu şekilde, bir sözleşme ile bu veriler üzerinde zilyed olarak bir takım haklara sahip olan kişi, bu yetkisini aşarak kendisinin veya başkasının yararına zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunuyor ise güveni kötüye kullanma suçunun olduğu söylenebilir. Ancak her somut olayda zilyedliğin devri amacı iyi araştırılmalıdır. Bilişim isteminde var olan verilerin, yapılan sözleşme gereğince bir başka kişi tarafından başka bir yere aktarıl-

ması istenebilir. Bu durumda aktarmayı yapacak kişi bu verileri istenilen yerin dışında bir yere aktarır ve bundan da kendisine veya başkasına menfaat temin ederse güveni kötüye kullanmak suçunun olduğu söylenebilir. Bu durumda 244. madde için aranmayan şikayet şartının somut olayda mevcut olup olmadığına bakmak gerekecektir. Mağdurun bu konuda bir şikayeti yoksa güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır.

Kanaatimizce uygulamada ortaya çıkacak olan sorunlar, her somut olaya göre değerlendirilmeli ve adı geçen suçların maddi ve manevi unsurları ile yargılama usulleri karşılaştırılarak, bir karar verilmelidir.

Zimmet suçu açısından 244. maddede sayılan eylemler değerlendirildiğinde, 5237 sayılı Yasanın 247. maddesi ile bir karşılaştırma yapmak gerekecektir. Örneğin, görevi nedeniyle kendisine teslim edilen bilişim sisteminin işleyişini bozan veya engelleyen kişi zimmet suçunu işlemiş olacak mıdır? Bu bilişim sisteminin zilyedliği eylemi gerçekleştiren kişiye devredilmiş olmakla birlikte bu kişinin aynı zamanda bilişim sistemini koruma ve gözetim yükümlülüğü var mıdır buna da bakılacaktır. Ayrıca bu kişi, bilişim sisteminde yer alan verileri kendisinin veya üçüncü kişinin yararına zimmetine geçirirken, kamu görevlisi sıfatını haiz midir bu da belirlenmelidir. Kanaatimizce, özel bilişim sistemleri üzerinde 244. maddede sayılan şekilde eylemlerin gerçekleştirilmesi halinde, eylemin bir kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmesi mümkün gözükmemektedir. Ancak KİT'lerin ve özelleştirme kapsamında olan kamu kuruluşlarındaki çalışanların durumları da göz önüne alınarak her somut olay kendi içinde ayrıca değerlendirilmelidir.

Maddenin Adalet Komisyonu, tarafından yazılan gerekçesinde birinci ve ikinci fıkra tek bir fıkra gibi olarak birinci fıkra içerisinde değerlendirilmiştir. Yazımdan da kaynaklanmış olabileceğini düşündüğümüz bu durum, gerekçe ile yasa metninin ayrı değerlendirilmesi gerektiği konusundaki görüşümüzü doğrulamaktadır.

Bu suçlarla korunan hukuki menfaat mal varlığıdır. Madde de düzenlenen suçun faili herhangi bir kimse olabilir.

Maddenin birinci fıkrasındaki suçun maddi unsuru; bir bilişim sisteminin işleyişini engellemek veya bozmaktır. Bu seçimlik hareketin birinin icrasıyla suç oluşur. İkinci fıkradaki suçun maddi unsuru bir bilişim sistemindeki verileri; bozmak veya yok etmek veya değiştirmek veya erişilmez kılmak veya sisteme veri yerleştirmek yahut var olan verileri başka bir yere göndermektir. Bu seçimlik hareketlerin birinin icrası suç oluşturmayaya yeterlidir.

Bilişim sistemi ve veri tanımları için bir önceki maddeyle ilgili açıklamalar geçerlidir. Maddede sayılan fiillerin yararlanma amacıyla işlenmesi suçun temel şeklinin oluşması için gerekli olmayıp, bu amaçla yapılan icrai hareketler son fıkrada ayrıca nitelikli hal sayılarak cezalandırılmıştır.

Suçun manevi unsuru kasıttır. Saik önemli değildir. Bu suçlar taksirle işlenebilir. Bir bilişim sisteminin işleyişi, yanlışlıkla engellenebilir veya bozulabilir. Ancak 244. maddede tanımlanan suçun oluşması için bu seçimlik hareketlerin kasıtlı olarak yapılması gerekmektedir. Bu nedenle taksirle böyle bir eyleme sebebiyet veren kişi, bunu ispat ettiği taktirde suçun manevi unsuru olan kasıt ögesinin gerçekleşmediği gerekçesi ile cezalandırılmayacaktır.

Suçun kovuşturulması şikayete bağlı değildir. Suçun takibi, herhangi bir şekilde gelen ihbar ile resen yapılır. Yeni Türk Ceza Kanununun 60. maddesi gereğince bu suçun işlenmesi nedeniyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirleri madde 246 da belirtildiği üzere uygulanır (Anonim b 2005).

Madde metni, 765 sayılı Kanunun 525/b ve 525/c maddelerinde düzenlenen hükümlerin karşılığı olarak düzenlenmiştir. 765 sayılı Kanunun 525/c maddelerinde yer alan "hukuk alanında delil olarak kullanılmak maksadıyla sahte bir belgeyi oluşturma" ibaresine yer verilmemiş ancak genel olarak

“hukuka aykırı veri yerleştirme veya değiştirme” seçimlik hareketleri metne dahil edilmiştir (Anonim 1926).

c.3. Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 245. maddesinde getiren düzenlemede, banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması ve buna verilecek ceza miktarları belirlenmiştir. Ancak bu madde banka ve kredi kartlarının üçüncü şahısların kullanımı ile aileden bir şahsın kullanımı arasında ayırım gözetmeden aynı ceza ile cezalandırılmasını öngörmesi nedeniyle çok eleştiri almıştır.

Maddenin ilk hali:

“(1) Başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ve adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlayan kişi, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, dört yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklindedir.

Daha sonra 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile yeniden düzenlenmiştir. 5377 sayılı Kanunun 27. maddesi ile yapılan değişiklik sonucunda 245. maddenin son hali:

“ **MADDE 27.** — Türk Ceza Kanununun 245 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 245 — (1) Başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, kart sahibinin

veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırtarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa, üç yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üreten, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişi üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(3) Sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlayan kişi, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(4) Birinci fıkrada yer alan suçun;

a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin,

b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlâtlığın,

c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin,

Zararına olarak işlenmesi hâlinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükümlenmez." olmuştur (Anonim c 2005).

Görüldüğü gibi maddenin ilk haline nazaran ikinci değişiklikte, 2. fıkra ve 4. fıkra ile ayrı düzenleme getirilmiştir. Bu şekilde akrabalık bağı ile kart sahibine bağlı olan kişilerin bu suçu işlemesi halinde cezaya hükmedilemeyeceği 4. fıkrada açıkça belirtilmiştir.

Getirilen düzenlemeler incelendiğinde, ikinci fıkrada getirilen düzenlemede tam bir açıklık olmadığı görüşündeyiz. Bir kişi bu eylemlerin hepsini aynı anda yapmışsa, yani hem sahte banka ve kredi kartı üretmiş, bunu satmış veya devretmiş ise bu maddeden ayrı ayrı her bir eylemi için cezaya mı

çarpıtılacaktır? Henüz uygulamada böyle bir sıkıntının meydana gelip gelmediği bilinmemekle birlikte, her bir eylem için ayrı ayrı bu maddeden cezalandırılması gerektiği kanaatindeyiz. Zira her eylem tek başına gerçekleştirildiğinde 245. maddeden ceza verilmesi öngörülmüştür. Şu halde bu maddede sayılan eylemlerin her birini gerçekleştiren kişinin de ayrı ayrı her eylemi için 245. maddeden yargılanması gerekir. Eylemler arasında bir ağırlık veya öncelik sıralaması üçüncü fıkradaki gibi getirilmediğinden, 2 fıkra öngörülen eylemlerin birini veya bir kaçını gerçekleştiren kişi her bir eylemi için ayrı ayrı cezalandırılmalıdır.

Ayrıca ikinci maddede "satın alan veya kabul eden" şeklindeki bir ifadenin yer alması, bu suçu işleyen kişinin satın alıp almadığı konusundaki itirazlarını bertaraf edebilir. Eğer bu 2.fıkra satın almak sadece suç olarak kabul edilseydi, fail satın almadığı konusunda beyanda bulunarak kurtulmaya çalışacak veya sadece kabul etmek suç sayılıyorsa fail bu defa parayla satın aldığı konusunda bir savunma geliştirebilecekti. Bu nedenle "veya" ile getirilen bu düzenleme kanaatimizce uygulamada bu konuda bir ihtilaf çıkmasına neden olmayacaktır.

Maddenin birinci fıkrasında, başkasına ait bir banka ve ya kredi kartının her ne suretle olursa olsun ele geçirilmesinden sonra sahibinin rızası bulunmaksızın kullanılması veya kullandırılması ve bu suretle failin kendisine veya başkasına haksız yarar sağlaması eylemi suç olarak tanımlanmıştır. Yine aynı fıkra aynı eylemin bu defa aynı koşullarla sahibine verilmesi gereken bir banka veya kredi kartının bunu elinde bulunduran kimse tarafından kullanılması veya kullandırılması da suç olarak tanımlanmıştır.

Bu şekilde birinci fıkra düzenlenen eylemler 765 sayılı Türk Ceza Kanunun'da 525/b-2 maddesi ile karşılanmaya çalışılmıştır. Ancak bu eylemler dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma, hırsızlık ve sahtecilik suçlarına benzeri nedeniyle uygulamada farklı yorumlamalara neden olmuştur. 245. maddede bu suçlara açık bir tanım getirilmesiyle, uygulamadaki farklı yorumlamaların bertaraf edilmesi amaçlanmıştır.

İkinci fıkrada günümüzde çok sık karşılaşılan bir suç tipi tanımlanmıştır. Başkalarına ait olan banka hesapları ile bağlantı kurarak sahte kredi kartı veya banka kartı üreten, satan, devreden ve satın alan veya kabul eden kişilerin eylemleri cezai müeyyideye bağlanmıştır. Özellikle şebekeler kurarak sahte kredi kartları, banka kartları üretilmekte ve bankada hesabı bulunan şahısların bilgisi olmaksızın bu kartlar kullanılarak yüklü miktarda paralar çekilip, suç işlenmektedir. Maddenin 5377 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki ilk halinde yer almayan bu ikinci fıkra, 29.06.2005 tarihli değişiklik ile eklenmiştir. Maddenin değişiklikten önceki ilk halinde sahte kredi ve banka kartlarını kullanma ile ilgili yasal düzenleme getirilmiş iken, sahte kartları yapan, satan, devreden ve alan şahıslara herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Değişiklik ile bu eksiklik giderilmiş, bankada hesabı olan şahıslardan habersiz bunlara ait hesap bilgileri kullanılarak sahte kredi veya banka kartı üreten, satan, devreden, satın alan veya kabul eden şahısların bu eylemleri de bilişim suçları içerisinde sayılarak yaptırıma bağlanmıştır.

Maddenin üçüncü fıkrasında; ikinci fıkrada belirtilen şekillerde oluşturulmuş veya üzerinde sahtecilik yapılmış, sahte bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle işlenmesi kendisine veya başkasına yarar sağlayan kişi hakkında daha ağır ceza öngörülmüştür. Bu suç tipi birinci fıkrada tanımlanan suç tipine benzetmekle beraber üçüncü fıkrada söz konusu olan eylem sahte banka veya kredi kartı ile gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle de birinci fıkraya göre daha fazla ceza öngörülmüştür. Ancak üçüncü fıkrada öngörülen cezaya hükmedilebilmesi için fiilin daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmaması gerekir.

Maddenin dördüncü fıkrası en çok eleştirilen bir konuda açıklık getirmek amacıyla 5377 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemedir. 245. maddenin ilk halinde yer almayan bu fıkra, maddenin birinci fıkrasında tanımlanan suç tiplerinin, sınırları belirlenmiş akrabalık ilişkileri içerisinde işlenmesi halinde doğuracağı sonuçları düzenlemiştir. En basit örneği, eşinin banka kartını alan evin hanımının, eşinin bilgisi haricinde bu kartı kullanarak, alışveriş

yapması veya para çekmesidir. Bu halde eşinin rızası dışında kullandı diye evin hanımını en az üç yıl hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına çarptırmak evlilik birliği için vahim sonuçlar doğurabilecek bir cezadır. Kanun koyucu bu durumda, her ne kadar evin hanımı, eşinin zararına bu eylemi gerçekleştirmiş ise de, bunun hakkında cezaya hükmolunmayacağına ilişkin düzenleme yapmıştır. Çocuklar, ana-baba, evlat edinen veya evlatlık, haklarında ayrılık kararı verilmemiş karı-koca, aynı konutta beraber yaşayan kardeşler gibi haklarında ceza hükmolunmayacak akrabalık ilişkileri fıkırada açıkça belirtilmiştir.

245. maddede düzenlenen suçlar somut olayda belirlenirken, 5237 sayılı Yasanın 158/f maddesinin de değerlendirmede göz önüne alınması gerekmektedir. 158/f maddesinde nitelikli dolandırıcılık suçunda, bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenmesi hali düzenlenmiştir. Dolandırıcılık suçunun maddi unsuru, hileli davranışlarla bir başka kişiyi aldatmak suretiyle menfaat sağlanmasıdır. 158/f maddesinde de dolandırıcılık suçunu işleyen kimse banka veya kredi kurumlarını kullanarak bu suçu işlemektedir. Yani fail kendisinin bu kurumlarda çalışmasından yararlanıp, bu şekilde dolandırıcılık suçunu işleyebilmekte veya bu kurumlarda çalışıyormuş inancını karşı tarafta uyandırarak eylemini gerçekleştirmektedir. Oysa 245. maddede banka veya kredi kartının kullanılması suretiyle yarar sağlamaktadır. Bu durumda önceden bankaya karşı dolandırıcılık olarak düşünülen ve bu şekilde uygulama yapılan eylem, bu defa 5237 sayılı Kanunda açıkça 245. madde de ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmiştir.

245. maddede öngörülen düzenleme kanaatimizce, 158/f maddesinde öngörülen düzenlemeden farklıdır. Hileli davranışların olması, mevcut usule uygun bir kartın kullanılması nedeniyle mümkün değildir. 245. maddede gerçekte bankanın sisteminde var olan kayıtlı banka kartı veya kredi kartı sisteme girmek için kullanılmaktadır. Bu nedenle sisteme giriş meşru gibi gözükmektedir. Ancak kartın ele geçirilmesi veya kullanılması aşamasında gerçek-

leştirilecek hileli hareketler, kart sahibi ile bunu gayri meşru olarak kullanan veya ele geçiren kişi arasında ayrıca değerlendirilmelidir. Bankanın bu anlamda hileli davranışlar ile aldatılması 244. madde anlamında kanaatimizce söz konusu değildir.

245. maddeden yapılacak yargılama sırasında somut olayın özelliğine göre 158/f maddesinin de göz önünde bulundurulması, değerlendirmeye farklı bir bakış açısı getirmesi açısından iyi olacaktır.

245. maddenin birinci ve ikinci fıkrasında banka veya kredi kartının kullanılmasından söz edilmektedir. Birinci fıkrada sahit bir banka veya kredi kartının bir şekilde sahibinin rızası dışında kullanılması söz konusu iken, ikinci fıkrada sahteliği söz konusu olan bir banka veya kredi kartının kullanılması söz konusudur. Kullanılan kredi veya banka kartının ayrıca sahteliği söz konusu ise ikinci fıkranın uygulanması daha doğru olacaktır.

İkinci fıkranın uygulanması sırasında sorun, bir kişinin hem sahte kredi kartı oluşturması ve daha sonra bunu kullanması sırasında ortaya çıkmaktadır. Bu durumda bu kişiyi hem 245. maddeden hem de sahtecilik suçundan yargılayabilecek miyiz? 245. madde böyle bir durumda isnat edilen fiiller için öngörülen cezanın ağırlığına göre uygulamada bir öncelik sırası belirlemiştir. Eğer sahtecilik yapılarak tanzim edilen veya bu şekilde tanzim edilmiş bir banka veya kredi kartı kullanılırsa fiil, daha ağır bir cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde 245. madde ile, daha ağır bir ceza öngören eylemi oluşturuyor ise, ilgili madde ile cezalandırılacaktır.

Bu suçlarla korunan hukuki menfaat mal varlığıdır. Maddede düzenlenen suçların faili herhangi bir kimse olabilir. Ancak belli akrabalık sınırları içinde birinci fıkrada yazılı suçun işlenmesi halinde, son fıkraya göre ceza verilmeyecektir.

Maddede düzenlenen suç tiplerinin manevi unsuru kasıttır. Bu suçların taksirle işlenmesi mümkündür. Tanıdık bir şahıs acil bir işi nedeniyle kendi-

sinin kredi kartını kullanmanız için size verebilir. Verdiği kredi kartının sahte olduğunu varsayarsak, bu durumda tanıdığı şahıstan ona yardım etmek amacıyla kredi kartını alarak kullanan kişi, sahte bir kredi kartını kabul etmekte ve bunu kullanmaktadır. Şu halde 245. maddede belirlenen eylemlerin taksirle işlenmesi mümkündür ancak madde kasıtlı işlenmesi halinde cezai yaptırım öngörmüştür. Bu nedenle kastın tam olarak belirlenmesi gerekir.

Suçun kovuşturulması resen yapılır.

Yeni Türk Ceza Kanununun 60. maddesi gereğince bu suçun işlenmesi nedeniyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirleri madde 246 da belirtildiği üzere uygulanır (Anonim b 2005).

765 sayılı TCK ile karşılaştırıldığında, bu maddede düzenlenen suç tiplerinin 765 sayılı Yasada tam karşılığı olan bağımsız bir hüküm ile düzenlenmesi olmadığı anlaşılır. Ancak genel uygulama, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 525/b-2 fıkrasında yazılı suçu oluşturduğu kanaati ile yapılmıştır.

c.4. Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbiri Uygulanması

Bilişim suçları ile ilgili olarak düzenleme yapılan bölümde, bu suçların işlenmesi ile yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı ayrıca belirtilmiştir. Buna göre 246. maddede açıkça " bilişim suçlarının işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur " denilmiştir. Ancak tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinin ne olacağı, hangi sınırlarda uygulama yapılacağı bu maddede açıklanmamıştır. Bu durumda yeni Türk Ceza Kanunu'nun 60. maddesi göz önünde tutularak uygulama yapılacaktır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yeni sisteminde, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri ancak kanunun açıkça belirttiği hallerde uygulanabilmektedir. Bu sebeple bilişim suçları ile ilgili bölümde açıkça belirtildiği için, tüzel

kişiler hakkında güvenlik tedbirleri uygulanabilecektir. Uygulanacak güvenlik tedbirleri müsadere ve tüzel kişinin faaliyet izninin iptal edilmesi şeklinde olabilmektedir. Ancak her iki halde de " tüzel kişinin yararına bir suç işlenmesi " şartının gerçekleşmesi gerekmektedir.

765 sayılı TCK ile karşılaştırıldığında, 765 sayılı TCK'nın 525. maddesinde tüzel kişilere yönelik getirilen güvenlik tedbiri uygulamasının karşılığı yoktur. Esasen tüzel kişiler aleyhine onlara özgü güvenlik tedbiri uygulamasına gidilmesi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile getirilmiş yeni bir uygulamadır.

d. Sonuç

Teknolojik gelişmeler ile birlikte yeni suç tiplerinin olduğu günümüzde, özellikle bilişim alanında işlenen suç tipleri sürekli değişim göstermektedir (Biçkin 2004). Sahte, tahrip edilmiş, taklit edilmiş elektronik imza kullanılarak oluşturulan belgelerin elektronik ortamlarda kullanılması, kredi kartlarıyla yapılan dolandırıcılık, bilgisayar yazılım programlarının telif haklarına aykırı bir şekilde kopyalanması ve kullanılması, şifreli özel sitelerden bedelsiz yararlanmak amacıyla bu sitelere şifreleri kırılarak giriş yapılması, pornografik ve yasa dışı yayınlar gibi suçlar bunlar arasında sayılabilecek bazı suç tipleridir. Zamanla değişik türleri ortaya çıkmakla birlikte şimdiye kadar, tespit edilen bu suç tiplerine rastlanılmıştır.

Yargının uygulayacağı hükümler ve kullanacağı teknikler ile teknolojinin gerisinde kalmaması gerekmektedir. Devletin temel fonksiyonlarından olan yargı erkinin, kullanacağı enstrümanların en son teknoloji ile uyumlu ve donatılmış olması şarttır. Günümüzde suçlular gelişmiş en son teknolojiyi kullanarak suç işlemektedir. Bu durum yeni suç tiplerinin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bilişim suçları adı altında toplayabileceğimiz suçlarla ilgili olarak yapılacak yargılamanın sağlıklı bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için yargının bu teknolojilerden haberdar olması gerekmektedir. Aksi durum, suçluların işini kolaylaştıracaktır.

Bu sebeple uluslararası platformda " Siber Suç Sözleşmesi " hazırlanarak, bilişim suçlarına karşı ortak mücadeleye gidilmek istenilmiştir. Pek çok ülke bu sözleşmeye uygun olarak mevzuatında uyarlama yapmış veya yeni kanuni düzenlemelere gitmişlerdir. Ülkemizde ise, henüz Siber Suç Sözleşmesi imzalanmamış olmakla birlikte bu sözleşmede öngörülen ilkelere uygun olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenleme yapılmıştır.

Uluslararası alanda, Türkiye'nin de taraf olduğu Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokolde Çocuk Pornografisi'nin internette ve diğer gelişen teknolojiler üzerinde artan erişilebilirliğinden endişe duyarak ve internet üzerinde Çocuk Pornografisiyle Mücadele Uluslararası Konferansını (Viyana, 1999) ve özellikle de bu konferansın çocuk pornografisinin üretiminin, dağıtımının, ihracatının, naklinin, ithalatının, kasıtlı zilyetliğinin ve reklamının tüm dünyada suç olarak kabul edilmesi için çağrıda bulunan sonuç kararını Türkiye'de kabul etmiştir (Anonim 1999).

28.1.1981 tarihinde Strasbourg'da Avrupa konseyine üye ülkelerin imzaladığı Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme'ye Türkiye imzalamak suretiyle taraf olmuştur. Sözleşme metnine göre amaç; temel hak ve özgürlüklerden her birinin korunması hususunun otomatik bilgi işleme konu teşkil eden kişisel nitelikteki verilerin sınırlar ötesi akışının yoğunluk kazınması karşısında bilhassa özel yaşama saygı hakkına teşmilinin temenniye şayan olduğunu düşünerek; sınırları hesaba katmaksızın, haber alma özgürlüğü lehindeki yükümlülüklerini aynı zamanda teyit ederek; özel yaşama saygının ve halklar arasındaki serbest bilgi akımının temel değerler olduğu hususundaki mutabakatın gerekliliğini kabul ederek bu sözleşme metni imzalanmıştır (Anonim 1981).

Uluslararası alanda bilişim suçları ile ilgili olarak yapılan pek çok düzenlemeye daha önceden taraf olmamız nedeniyle, bilişim suçlarını takip ve mücadele ile ilgili olarak 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ve diğer kanunlarımızda bu konuda düzenleme yapılmıştır. Başta 765 sayılı Türk Ceza Kanunu olmak üzere diğer yasalarımızda bilişim alanında işlenebilecek suç türleri ile ilgili yeni hükümler getirilmiştir. Yeni suç tipleri ortaya çıktıkça, mevcut düzenlemenin yetersizliğini gidermek adına yeni hükümler getirilerek uyarlamaya gidilmektedir. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 25, 72 ve ek 4. maddeleri, 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu'nun 23. maddesi ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 22. maddesi ile 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da değişiklik yapan 4822 sayılı Kanun, e-Avrupa Girişimi kapsamında öngörülen hedeflere paralel bir çalışma olarak değerlendirilebilir (Anonim b 2001).

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile getirilen ayrıntılı düzenlemeler ile bu suçlarla mücadele edilmesinde mesafe kaydedileceği açıktır. Uygulayıcılara özellikle somut olayın nitelendirilmesi ve uygulanacak kanun hükmünün belirlenmesi konusunda önemli görevler düşmektedir. Getirilen düzenlemeler ile teknolojinin, kötü niyetli kullanımının önüne geçilecektir.

Kaynaklar

Anonim 1926. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Resmi Gazete, Sayı 320.

Anonim 1981. *Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme*, Strasbourg

Anonim 1991. 3756 Sayılı 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun, Resmi Gazete, Sayı 20901.

Anonim 1999. *Uluslararası Çalışma Örgütü, Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin 182 Sayılı Acil Eylem Sözleşmesi*, Viyana.

Anonim a 2001. <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/projest/FinalCybercrime.htm>

Anonim b 2001. *E-Devlet – E-Türkiye Raporu*, Telekomünikasyon Kurumu, Ankara

Anonim 2003. *Bilişim Suçlarının Kapsamı, Tanımlamaları ve Sınıflandırılması*, www.ankara.pol.net. Ankara

Biçkin İnci, 2004. *Elektronik İmza Kanunu ve Getirdiği Düzenlemeler*, Yargıtay Dergisi, Temmuz 2004, Ankara

Çetin İbrahim, 2004. *Siber Suç Teorisi, Hukuk Yazıları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Anonim a 2005. *Güncel Sözlük*, Türk Dil Kurumu, Ankara.

Anonim b 2005. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Resmi Gazete, Sayı 25611.

Anonim c 2005. 5377 Sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Resmi Gazete, Sayı 25869.

TİCARİ DEFTER VE BELGELERİN MAHKEMEYE İBRAZİ VE TTK TASARISININ TİCARİ DEFTERLERE İLİŞKİN DÜZENLEMESİ

Süleyman ÜNAL ()*

ANLATIM DÜZENİ: I. Genel Olarak, II. Defter ve Belgelerin Mahkemeye İbrazi ve Sonuçları, A. Davanın Taraflarına Ait Ticari Defter ve Belgelerin İbrazi, B. Davanın Taraflarına Ait Zorunlu Defter ve Belgeler Haricindeki Belgelerin İbrazi, C. Üçüncü Kişilerin Elinde Bulunan Ticari Defter ve Belgelerin İbrazi, III. TTK Tasarısının Ticari Defterlere İlişkin Düzenlemesi, Sonuç.

1. GENEL OLARAK

Ekonomik hayatta büyük önemi haiz olan tacirler ve ticari defterler TTK'nun 1. kitabının 1'inci ve 5'inci fasıllarında düzenlenmiştir.

Her tacir, ticari işletmesiniñ ekonomik ve mali durumunu, borç ve alacak ilişkilerini ve her iş yılı içinde ortaya çıkan sonuçları tespit etmek amacıyla işletmesinin mahiyet ve öneminin gerektirdiği bütün defterleri, diğer kanunların hükümleri saklı kalmak kaydıyla, Türkçe olarak tutmaya mecburdur (TTK m. 20/I, 66). Bu cümleden olarak, tacir tüzel kişi ise yevmiye defteri, defteri kebir, envanter defteri tutması yasa gereğidir. Bunlar dışında başka özel defterlerin tutulması zorunlu olabilir: anonim şirketlerde pay sahipleri defteri, genel kurul toplantı ve müzakere defteri, yönetim kurulu defteri (TTK

(*) Karşıyaka Asliye Ticaret Mahkemesi Üyesi

m. 326) gibi. Tacir gerçek kişi ise yukarıda belirtilen zorunlu defterleri veya işletmesinin mahiyet ve önemine göre sadece işletme defteri tutmak zorundadır.

Yine TTK 66. maddesinin son fıkrasına göre tacirlerin işletmesi ile ilgili işler dolayısıyla aldıkları mektup, yazı, telgraf, fatura, cetvel, senet gibi belge ve kağıtlarla ödemelerini gösteren belgeleri; yazdığı mektup, yazı ve telgrafnamelerin kopyalarını; sözleşmeleri, taahhüt ve kefalet vs. teminat senetleri ve mahkeme ilamları gibi belgeleri düzenli bir şekilde dosya halinde saklamaları gerekmektedir.

213 sayılı VUK'nun 182 vd. maddelerinde de, tacirlerin tutacağı defterler ayrıntılı şekilde TTK'na paralel olarak açıklanmıştır.

Ticari defterlerin tutulmasına, saklanmasına dair kanuni hükümler sayesinde çoğu hileler önlenir, üçüncü kişilerin hakları ortaya çıkar. Tacirin iflası, borç ödemede acze düşmesi halinde kusuru veya hilesinin bulunup bulunmadığı esas itibarıyla kanuna uygun tutulan ticari defterlerle anlaşılabilir (1). En önemli sonuçlarından birisi de, ticari defterlerin tutulmasının ve ibrazının sahibi lehine veya aleyhine delil teşkil etme özelliğini haiz olmasıdır.

Kanunkoyucu ticari defter ve belgelerin davanın taraflarında veya üçüncü kişinin elinde bulunmasına göre ibraz yükümlülüğünü ve sonuçlarını farklı düzenlemiştir.

Bu bağlamda, uygulamada doğan sorunları ortaya koymak ve çözüm yolu önermek yazının kaleme alınış amacıdır. Ayrıca Adalet Bakanlığı tarafından oluşturulan Komisyonun 2000 yılında çalışmalarına başlayıp 2005 yılında tamamladığı ve kamuoyunun tartışmasına sunduğu TTK tasarısı hakkında konuyla sınırlı şekilde açıklama yapılacaktır.

(1) BELGE SAY, Mustafa Reşit: Formalizm ve Ticari Defterlerin İspat Kuvveti, İst. B. D. 1957, C. XXXI, Sa:3-4, s.65.

II. DEFTER VE BELGELERİN MAHKEMEYE İBRAZİ

Ticari defterler ve belgelerin mahkemeye teslim ve ibrazı TTK'nun 79 ve 80'inci maddelerinde düzenlenmiştir:

Ticari defterlerle belgelerin teslimi miras, şirket ve iflas işlerinde istenebilir.

Yargılama sırasında haklı bir menfaatin varlığı ispat olunur ve mahkeme ibraz edilmesini sübut bakımından zaruri görürse, yalnız ihtilafli konuya yönelik kayıtların sureti çıkarılmak veya bilirkişi incelemesi yaptırılmak üzere mahkemeye re'sen veya taraflardan birisinin istemi üzerine bunların birine yahut her ikisine ait defter ve saklanması zorunlu belgelerin ibrazını emredebilir. Şayet ticari defter ve belgeler davaya bakan mahkemenin yargı çevresi dışında ve bunların mahkemeye getirilmesi güç ise talimat yoluyla inceleme yapılabilir.

80'inci maddede, yalnız ihtilafli konuya ilişkin kayıtlar denilmişse de, tacirin tuttuğu defterlerin bir bütün ve kayıtların birbirini doğrular nitelikte olmasının gerekmesine göre tüm defter ve belgelerin mahkemeye ibrazı veya bilirkişi aracılığı ile incelenmesi gerekir.

TTK'nun 81'inci maddesi, HUMK'nun muhasebeye muhtaç davalarda senetlerin ibraz zorunluluğuna dair hükümleri (m. 326-336)'nin ticari işlerde de uygulanacağını öngörmektedir. Bu durum "ticari davalarda dahi deliller ve bunların ikamesi Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümlerine tabidir" hükmünün tekrarı niteliğindedir (2).

HUMK'nun 303. maddesinde ise ticari defterlerde yer alan kayıtlarının hüküm ve sonuçlarının TTK'nun hükümlerine tabi olduğu açıklanmaktadır.

(2) KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 2, 6. baskı. İstanbul 2001, s.2196

TTK ve HUMK'nundaki ticari defter ve belgelerin ibrazı konusundaki tüm hükümler birlikte değerlendirildiğinde şu sonuca varmamız mümkündür:

1- Davanın taraflarına ait ticari defter ve deftere kaydı gerekli ve saklanması zorunlu belgelerin ibrazı TTK'nun 79 ve 80. maddelerine;

2- Birinci bent dışında kalan ve davanın taraflarına ait belgelerin mahkemeye ibrazı HUMK'nun 326-332 maddelerindeki hükümlere;

3- Davanın tarafı olmayan üçüncü kişilerin elindeki 1 ve 2 no.lu bentte belirtilen ticari defter ve belgelerin ibrazı ise HUMK'nun 333-336 maddelerine göre gerçekleşecektir.

Şimdi bu hallere göre ticari defter ve belgelerin ibrazı (ve ibraz edilmenin müeyyidelerini) incelemeye geçebiliriz.

A- Davanın Taraflarına Ait Ticari Defter ve Belgelerin İbrazi

Davanın tarafı olan tacirler, ticari işlerden dolayı aralarında çıkan uyuşmazlıklarda, delil olarak kendisine veya karşı tarafa ait ticari defter ve belgelere dayanabilirler (TTK. m. 82/1). Bu durumda, yani her iki tarafın ticari defter ve belgelerinin delil olarak gösterilmesi halinde, mahkeme TTK'nun 79 ve 80'inci maddelerine göre bilirkişi incelemesi yaptırmak üzere ticari defter ve belgelerin ibrazını emreder. Şayet mahkemece belirlenen sürede taraflar ticari defter ve belgeleri ibraz ederlerse bilirkişi incelemesi yaptırılır.

Tarafların ticari defter ve belgeleri kanuna uygun şekilde tutulmuş, kendi içlerinde defter ve kayıtlar birbirlerini teyid ediyorsa ve sonuçta her iki tarafın defterinde davacının aynı miktar alacaklı olduğu kayıtlı ise TTK'nun 82/1 ve 84'üncü maddeleri gereğince bu husus, davacı lehine davalı aleyhine delil teşkil eder. Eğer defter ve belgelerde davacı alacağı kayıtlı değilse veya ödeme vs. sebeple borcun sona erdiği kaydı mevcutsa bu kez, aynı maddeler gereğince davacı aleyhine davalı lehine delilden sözetmek gerekir.

Buna karşılık, sadece davacı defter ve belgelerinde (kanuna uygun tutulan ve birbirini teyid eden) alacak kaydı mevcut, davalı defter ve belgelerini ibraz etmemiş veyahut davacı lehine alacak kaydını içermeyen ticari defterleri kanuna uygun tutulmamışsa, mahkeme davacıya ait defter içeriğini, sahibi (davacı) lehine hükme dayanak yapar. Fakat mahkeme, lehte bir karar vermeden önce hükme esas aldığı defterin sahibine, "halen davalıda yerine getirilmesi gereken hakkın bulunduğu dair" tamamlayıcı yemin yaptırır. Bu yemin, Yargıtay uygulamasında zorunlu olup yaptırılıp yaptırılmadığı re'sen incelenir (3). Tamamlayıcı yemin yaptırılmadan ticari defterleri, sahibi lehine delil saymak mümkün değildir (4).

Kanuna uygun olarak ve olmayarak tutulmuş olan ticari defterlerin içeriği, sahibi ve halefleri aleyhine delil sayılır (TTK. m. 84/1'inci cümle).

İsbat yükü kendisine düşen tacir, diğer yasal delillerle birlikte karşı tarafın ticari defterlerine dayanmışsa, karşı tarafın ticari defterlerinin ibrazı HUMK'nun 330 ila 332'inci maddelerine göre olacaktır (5). Davayı isbatla yükümlü olan taraf, delilini karşı tarafın ticari defterlerine hasretmediği için bu halde, TTK'nun 83/II. maddesi uygulanamaz.

Taraflardan biri tacir değilse kendi ticari defterleri, sahibi lehine delil olarak kabul edilemez (6). Ancak karşı tarafın lehine delil olur. Zira, taraflardan birinin diğerinin ticari defterleri ile iddiasını isbat edebileceğine dair TTK'nun

(3) ERİŞ, Gönen: Ticari İşletme ve Şirketler, C.1, 3.baskı, Ankara 2004, s.1212; Yarg. TD., 25.03.1968 gün, 1215 E., 1684 K.(ERİŞ, G.: age., s.1212'den naklen); Yarg. 11. HD.nin 03.04.1997 gün, 1997/446 E., 1997/2406 K. ve 24.12.1996 gün, 1996/8591 E., 1996/9071 K. ile Yarg. 19.HD.nin 21.02.1995 gün, 1994/3249 E., 1995/1538 K. sayılı içtihatları (DEYNEKLİ, Adnan/KISA, Sedat: İtirazın İptali Davaları, Ankara 2002, s.444,447-449'dan naklen); Yarg. 19.HD., 27.09.2001 gün, 2001/2060 E., 2001/5978 K. (YKD., 2002, C.28, Sa. 10, s. 1550 vd.).

(4) DOĞANAY, İsmail: Türk Ticaret Kanununun Ticari Defterlerle İlgili Hükümleri Üzerine Bir İnceleme, BATİDER., 1971, C. VI, Sa.1, s. 32,33 ve dn. 32-35.

(5) Bkz. aşağıdaki 'B' başlıklı bölüm.

(6) Yarg. 13.HD., 12.03.1987 gün, 1304 E., 1451 K.; 15.HD., 29.11.1994 gün, 2120 E., 7125 K. (DEYNEKLİ, A /KISA, S.: age., s.151, dn.599 ve s.450'den naklen).

84. maddesi hükmü mutlakdır (7). Ayrıca usul hukukundaki " tarafların eşitliği" kuralı da bunu gerektirir (8).

Keza tacirler arasındaki dava, ticari işten kaynaklanmıyorsa, örneğin haksız fiilden doğmuşsa ticari defterlerin TTK anlamında delil özelliği yoktur.

B- Davanın Taraflarına Ait Zorunlu Defter ve Belgeler Haricindeki Belgelerin İbrazi

Bu belgelerin kapsamına TTK'nun 66/I,II. fıkralarında belirtilen belgeler değil, aynı maddenin üçüncü fıkrası ile HUMK'nun 326. maddesinde açıklanan tacirlerin ticari işletmesiyle veya davayla ilgili aldıkları mektup, yazı, telgraf, fatura, cetvel gibi belge ve kağıtlarla ödemeleri gösteren belgeleri ve yazdığı mektup, yazı ve telgrafnamelerin kopyaları ve sözleşmeleri, taahhüt ve kefalet ve sair teminat senetleri ve mahkeme ilamları gibi belgeler girmektedir. 213 sayılı VUK'nun 241 ve 242. maddelerinde paralel düzenleme yapılmak suretiyle sözü edilen belgelerin saklanması zorunlu kılınmıştır. Bu belgeler, esas itibarıyla zorunlu yasal defterlere kaydı gerekmeyen belgelerdir.

TTK'nun 66/III. maddesi ile 79 ve 80'inci maddeler birlikte değerlendirildiğinde, zorunlu yasal defterler dışındaki belgelerin ibrazınının 79 ve 80'inci maddelerine göre gerçekleşmesi gerektiği sonucuna ulaşılmakta ise de, ibraz edilmemesinin müeyyidesi konusunda aynı yargıda bulunmak mümkün değildir. Tacirin yasal zorunlu defterleri ve dayanakları belgeler haricindeki belgelerin ibraz edilmemesi halinde sonuçlarının ne olacağı konusunda TTK'da bir hüküm bulunmamaktadır. Diğer taraftan, yasal zorunlu defterlere işlenmesi, kaydı gerekmeyen belgelerin tacirin elinde olup olmadığını bil-

(7) BELGESAY, M.R.: agm., s.68

(8) Ticari defter ve belgelerle isbat konusunda ayrıntılı bilgi için bkz, BELGESAY, M.R.: agm., s.65-68; OLGAC, Senai/ÇENBERCİ, Mustafa: İspat Hukuku Yönünden Ticari Defterler, BATİDER., 1965, C.III, Sa.1 s.102-119; ÜLGEN, Hüseyin: Ticari Defterlerle İspat, BATİDER., 1967, C.IV, Sa.1, s.86-103; SENGİR, Turgut: Ticari Defterlerin İspat Kuvveti, BATİDER., 1969, C.V, Sa.2, s.259-261; DOĞANAY, İ: agm., s.1-40; YARBAŞ, Fevzi: Ticaret ve Vergi Davalarında Ticari Defterlerin Delil Niteliği, 2.baskı, Ankara 1996, s.75-187; ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 5.baskı, Ankara 1999, s.309-336

mek hukuken imkansızdır. Bu itibarla, anılan olayda TTK'nun 81'inci maddesinin atfı ile "senetlerin ibraz mecburiyetine dair" HUMK hükümlerinin uygulanması, gerçekçi bir yaklaşımın gereğidir.

Bu bağlamda, davanın taraflarına ait zorunlu defter ve belgeler haricindeki belgelerin ibraz usulü ve sonuçlarını şöyle açıklayabiliriz:

Taraflar davada dayandığı belgeleri dizi pusulası ile birlikte mahkeme kalemine teslim eder (HUMK. m. 242/1). Taraf sonradan da belgeyi mahkemeye ibraz edebilir. Meğer ki, delilleri hasretmiş olsun. Ancak bu durumda dahi ibraz HUMK'nun 244 ve 306'ncı maddelerine göre hakim in uygun bulmasına bağlıdır.

Belgenin aslı mahkemeye sunulmalıdır. Şayet belgenin sureti sunulmuş ve karşı taraf itiraz etmemişse mahkeme suret ile yetinebileceği gibi aslının ibrazını re'sen de isteyebilir (HUMK. m. 321).

Belge, ona dayanan tarafın elindeyse mahkemeye ibraz yükümlülüğü de kendisine aittir. İbraz yükümlülüğünü yerine getirmezse ve başka delili yoksa iddiasını isbat edememiş sayılır.

Mahkemeye ibrazı istenen belge karşı tarafın elinde ve davanın isbatı için gerekli ise karşı taraf da belgenin elinde bulunduğunu ikrar eder veya yazılı talebe karşı sükut ederse, mahkeme belgenin uygun sürede sunulmasını ona emreder (HUMK. m. 330). Belirlenen kesin süre içinde karşı taraf belgeyi mahkemeye ibraz etmez ve ibraz edememesinin gerçek bir özüre dayandığını isbat edemezse, mahkeme ibraz edilmemek hususundaki amacı da nazara alarak, belgenin ibrazını isteyen tarafın, belge içeriğiyle ilgili beyanlarını gerçek kabul edebilir.

Mahkemece tanınan süre içerisinde karşı taraf belgenin elinde olduğunu inkar ederse, belgenin ibrazını isteyen taraf için yemin teklif etme hakkı doğar. Bu konuda, hasmın talebi mevcutsa karşı tarafa "böyle bir vesikaya vazıülyed bulunmadığına ve itina ile aradığı halde bulamadığına ve hasmının

istimaline imkan vermemek kasdiyle izaa (ortadan kaldırmadığına) veya imha (yok etmediğine) veyahut ihfa etmediğine (saklamadığına) ve senedin nerede ve kimin yedinde olduğundan malumatı bulunmadığına dair” yemin teklif olunur. Mahkeme davanın durumu ve dava konusu vaka ile yeminin biçimini telif edebilmek için gerekirse yemin şeklini değiştirebilir (HUMK. m. 331). Örneğin sözlü olarak akdedilen eser sözleşmesinden doğan alacak davasında, davalı ödemeye ilişkin savunmasını kural olarak kesin delillerle isbat etmelidir. Para borcunu ödemesine rağmen makbuz almayan davalı, bu ödemenin davacının yasal zorunlu defterleri dışında veresiye defterinde kayıtlı olduğunu ileri sürmüşse ve davacı böyle bir defterin varlığını inkar etmişse HUMK'nun 331'inci maddesi gereğince, davalının davacıya “veresiye defteri bulunmadığına dair” yemin teklif etme hakkı vardır.

Yemin teklifi üzerine belgenin elinde olduğunu inkar eden karşı taraf, HUMK'nun 331'inci maddesine uygun şekilde yemin ederse, artık belgeyi mahkemeye verme zorunluluğu kalmaz ve belge ibrazını isteyen taraf iddiasını isbat edememiş sayılır.

Şayet karşı taraf, teklif olunan yemini etmezse, mahkeme yemin edilmemek hususundaki amacı nazara alarak belgenin ibrazını isteyen tarafın belge içeriği ile ilgili beyanlarını gerçek kabul edebilir (HUMK. m. 332).

C- Üçüncü Kişilerin Elinde Bulunan Ticari Defter ve Belgelerin İbrazi

Tarafların dayandığı ticari defter ve belgeler, dava dışı üçüncü kişinin elinde bulunabilir. Bu durum, davanın taraflarına ait ticari defter ve belgelerin üçüncü bir kişinin (vergi dairesi, bağımsız çalışan muhasebeci vs. kişi) elinde veyahut üçüncü kişiye ait ticari defter ve belgelerin sahiplerinin (veya vergi dairesi, bağımsız çalışan muhasebeci vs. kişinin) elinde bulunması şeklinde gerçekleşir. Örneğin satım sözleşmesi gereğince tacir A, tacir B'ye 10 top kumaş bedeli olarak 10.000 YTL tutarlı çek vermiştir. B de bu çeki bilahare tacir olmayan C'ye ciro etmiştir. Çekin karşılıksız çıkması üzerine C,

A hakkında icra takibi yoluna başvurmuştur. Fakat A, kumaşların B tarafından kendisine teslim edilmemesi nedeniyle çekin bedelsiz kaldığından bahisle yalnızca C hakkında menfi tesbit davası açmıştır. Burada A, TTK'nun 704'üncü maddesi gereğince C'nin çeki kötü niyetle iktisap ettiğini veya iktisabında ağır bir kusurunun bulunduğunu isbatla yükümlüdür. Olayımızda A'nın ticari defter ve belgeleri kendi lehine TTK anlamında yasal delil olmaz. Zira, davanın diğer tarafı tacir değildir. Davalının tacir olduğu farzedilse bile, mevcut delillerle iddia isbat edilememiş yahut sorunun çözümü üçüncü kişinin ticari defter ve belgelerinin incelenmesine bağlı olabilir (9). Böyle bir durumda HUMK'nun 333-336'ncı maddeleri gereğince, A, B'nin ticari defter ve belgelerine dayanmışsa veya HUMK'nun 75/III'na göre re'sen, üçüncü kişi olan B'den ticari defter ve belgelerin ibrazı mahkermece istenebilir (HUMK. m. 333).

Dava dışı üçüncü kişi elinde bulunan ticari defter ve belgeleri mahkemeye vermek veya nerede bulunduğunu bildirmek üzere tanık sıfatıyla mahkemeye çağrılabilir (HUMK. m. 335). Bu husustaki davetiyenin kanun maddesindeki bilgileri içermesi gerekir. Üçüncü kişinin tanıklıktan çekinme hakkı yoksa, yani HUMK'nun 245 ve 246'ncı maddelerde belirtilen çekinme nedenleri bulunmuyorsa mahkemenin kararna uymak zorunludur (10). Davete

(9) Yarg. 19.HD., 02.03.1994 gün, 2069 E. 1918 K.sayılı ilamı ile "...davalının, davacı tarafın iste mi nedeniyle dava dışı Başaranlar A.Ş.'den temin ettiği malı adı geçen şirketin davacı adına düzenlediği faturalar ve irsaliyeler ile davacıya teslim ettiğini, kendisinin davacı adına fatura ve irsaliye düzenlemediğini, malların bedelini Başaranlar A.Ş.'ne kendisinin ödemiş olduğunu savunması karşısında, mahkermece HUMK'nun 75/II maddesi hükmünce davacılar vekilinden sözü edilen faturalar ve irsaliyeler hakkında gerekli izahat istenip, bundan sonra davacı şirket ile dava dışı Başaranlar A.Ş. arasındaki ilişkinin araştırılması yolunda HUMK'nun 333.maddesi atfı ile 326.maddesine göre Başaranlar A.Ş.'den ticari defterlerinin ibrazının temini ile bilirkişi incelemesi yaptırılarak davalının dayandığı faturalar karşılığında davacıya mal satılıp satılmadığı, teslim edilip edilmediği, bedellerinin davacının mı yoksa davalının mı ödediğinin açıklığa kavuşturulması gerektiği,..." şeklinde içtihatla bulunmuştur (ERTEKİN, Erol/KARATAŞ, İzzet:Uygulamada Ticari Senetler, 3.bası, Ankara 1998, s.857-858'den naklen).

(10) ERDEMİR, İter: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Şerh-Kararlar ve İlgili Mevzuat, 2. baskı, Ankara 1998, s.1482-1483; BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3.baskı, Ankara 1978, s.586-587; ERDOĞAN, Celal: En Son Değişikliklere Göre Açıklamalı ve İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 1982, s.409; POSTACI-OĞLU, İlhan E.: Medeni Usul Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 4. baskı, İstanbul 1968, s.509; KURU, B.: age., s.2194

uymadığı takdirde tanıklar gibi para cezası ile cezalandırılır ve zorla mahkemeye getirilir (HUMK. m. 336). Bunun için de davetiyeye şerh düşmek gerekir. Örneğe dönecek olursak A, iddiasını B'nin ticari defter ve belgeleri incelenmek, B ile C arasında bir hukuki ilişki bulunup bulunmadığına bakılmak suretiyle isbat edebilecektir. Şayet B'nin ticari defter ve belgelerinde B ve C arasında hukuki ilişki gözüküyorsa, başka deyişle C'nin çeki elinde bulundurma nedenine ilişkin bir kayıt yoksa esas itibarıyla, A iddiasını (C'nin çeki kötü niyetle iktisap ettiği veya iktisabında ağır kusurlu bulunduğuna ilişkin) isbat etmiş olacaktır. Aksi takdirde, yani B ve C arasında hukuki ilişki kaydı mevcutsa, bu durum C lehine değerlendirilecektir.

Dava dışı üçüncü kişi tanık sıfatıyla duruşmaya katıldığında, tanıklıktan çekinme hakkı yoksa cevaptan veya yeminden kaçınamaz. Aksi halde para cezasına mahkum edilerek yeniden dinlenmek üzere dava ertelenir ve o duruşmanın giderine mahkum edilir. Müteakip duruşmada da cevaptan ve yeminden kaçınırsa mahkemece onbeş günü geçmemek üzere hapsedilir. Ancak bu hapis cezai sonuç doğurmaz (HUMK. m. 271).

Böylece, tanıklıktan çekinme hakkı yoksa, dava dışı üçüncü kişiden davanın isbatına yarayacak ticari defter ve belgelerin ibrazı hukuken sağlanmak istenmiştir. Bu durumda sorun bulunmamaktadır; üçüncü kişinin ticari defter ve belgeleri üzerinde gerekirse bilirkişi incelemesi yaptırılarak mahkemenin sonuca ulaşması mümkündür (11).

Ancak, davanın isbatına yarayacak ticari defter ve belgelerin ibrazı kendisinden istenen üçüncü kişi (örneğinizde B) ile davanın taraflarından biri (C) arasında kardeş, ana, baba, eş vs. ilişki, yani HUMK'nun 245 ve 246'ncı maddelerinde öngörülen tanıklıktan çekinme hakkı mevcutsa davanın çözümü nasıl olacaktır. Örnek olayda B, davalı C'nin kardeşi ise davanın isbatı için gerekli olan ticari defter ve belgelerin ibrazı kendisinden istendiğinde,

(11) Bkz., dn.9

davalı C'nin kardeşi olduğunu ileri sürerek tanıklıktan ve yeminden çekinebilir, dolayısıyla ticari defter ve belgelerini mahkemeye vermeye zorlanamaz.

Bu konuda uygulama ve öğretide içtihat ve bilimsel görüşe rastlanmamıştır. 18 Haziran 1927 tarihinde yürürlüğe giren HUMK'nun meclis müzakerelerinde ve gerekçesinde de bir açıklık bulunmamaktadır (12). Bilindiği üzere hukuk kuralları ile hukuki uyumsuzluklar genel çözümlere bağlanır ve bu şekilde adalet sağlanmaya çalışılır. Öte yandan hukuk kurallarını somut olaya uygularken mantıki doğruluk sağlandığı takdirde esas itibariyle adalet tecelli eder. Mantıksal doğruluğun yanı sıra bazen, olayın özelliklerine göre hakkaniyetin (adalete uygunluğun) de gerçekleşmesi gerekir (13).

Bu bağlamda, tanıklıktan çekinme hakkı olan üçüncü kişi ticari defter ve belgeleri ibraz etmezse mevcut delil durumuna göre mahkeme karar verecektir. Karar, mantık kuralı gereği, davacı iddiasını isbat edemeyeceğinden davanın reddi yönünde olacaktır.

Bu itibarla, böyle veya benzeri bir olayda davacı, davalının üçüncü kişi ile el ve işbirliği içinde hareket ettiğinden bahisle her ikisini davalı göstermek suretiyle dava açabilir; bu durumda davalı sıfatını alacak üçüncü kişinin ticari defter ve belgelerinin ibrazı, TTK'nun 79, 80'inci HUMK'nun 326-332'nci maddelerine göre, A ve B başlıkları altında belirtilen usulle sağlanabilir. Açıklanan çözümle, hakkaniyet (adalete uygunluk) de gerçekleşmiş olur.

HUMK'nun 333'üncü maddesinde, belgeler üçüncü kişinin elinde ise onlar tarafından ibraz olunmasına karar verileceği emredici nitelikte açıklandıktan sonra, 335'inci madde ile belge elinde bulunan kişinin ibraz veya nerede bulunduğunu bildirmek üzere tanık sıfatıyla çağrılabilceği konusunda

(12) Bkz., TBMM. Zabıt Ceridesi, Dönem 2, C.33, içtima senesi 4, s.4-58 ve 230-231.

(13) KARAYALÇIN, Yaşar: Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod, Problem Çözme, 3.baskı, Ankara 1986, s. 66.

hakime takdir yetkisi verilmek ve 336'ncı maddede, tanıklıktan çekinme hakkı yoksa üçüncü kişinin davete uyacağı hükme bağlanmakla çelişkili durum yaratılmıştır. Bu husus, uygulama ve öğretide çelişki olarak görülmemektedir; hakimin emrine rağmen üçüncü kişi belgeleri ibraz etmezse tanık sıfatıyla çağrılır, üçüncü kişi bu karara uymak zorundadır (14).

Üçüncü kişinin elindeki ticari defter ve belgeler, davanın isbatına elverişli değilse ve bu konudaki talep davayı uzatmak amacıyla yapılır veya ağır ihmal sonucunda talep zamanında yapılmamışsa ve karşı taraf da üçüncü kişinin elindeki belgelerin mahkemeye verilmesini istemezse, mahkeme üçüncü kişide olduğu bildirilen ticari defter ve belgelerin incelenmemesine karar verebilir (HUMK. m. 306).

Ticari defter ve belgeler özel hukuk kişileri olmayan noter ve memurlar veya resmi daireler yedinde ise mahkemece istenildiğinde, belgelerin ibrazı zorunludur. (HUMK. m. 322/1,324) (15)

III- TTK TASARISININ TİCARİ DEFTERLERE İLİŞKİN DÜZENLEMESİ

2005 yılı Haziran ayında kamuoyuna sunulan TTK Tasarısı (16) "ticari defterleri" 64 ila 88'inci maddelerinde düzenlemiştir. Tasarıda da, tacirin defter tutmak zorunluluğu öngörülmüştür (m. 64/1). Ancak, kanunun aksine tasarıda tacirin hangi defterleri tutacağı sayılmamış, tutulacak defterlerin Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu tarafından bir tebliğ ile belirleneceğini hüküm altına almıştır (m. 64/6). Defterler ve belgeler dosyalama şeklinde tutulabileceği gibi elektronik ortamda da tutulabilecektir (m. 65). Yine, Türkiye muhasebe standartlarına göre elektronik ortamda veya dosyalama su-

(14) Bkz., dn.10'da belirtilen eserler.

(15) Bilge/Önen bu halde, Alman Kanununda (2 PO &426) olduğu gibi belgeyi muhafaza ile yükümlü olan kimsenin yemini eda etmesi gerektiğinin düşünülebileceğini bildirmektedirler. Bkz., BİLGE, N./Önen, E.: age., s.586.

(16) TTK Tasarısı için bkz., www.adalet.gov.tr, erişim tarihi Ağustos 2005.

retiyile tutulan defterlerin açılış ve kapanış onaylarının nasıl yapılacağı Sana-yi ve Ticaret Bakanlığınca bir tebliğ ile belirlenir (m. 64/3). Bu ve benzeri hükümlerde bahsedilen defterlerden muhasebe tutulması yükümlülüğü murad edilmiştir (17).

Tasarı ile ticari defterlerin bazı hallerdeki kesin delil niteliği ortadan kaldırılmıştır. Tasarı Gerekçesinin 110 nolu paragrafında bu husus, “Artık hiçbir ülkenin kanununda yer almayan ve ispat hukukunun ilkeleriyle de pek bağdaşmayan ticari defterlerle isbat usulüne son verilmiştir. Ticari defterler doğal olarak, mahkemenin takdirine bağlı delil olma niteliklerini korumaktadır.” şeklinde ifade edilmiştir.

Nitekim bu anlayışı teyiden, Kanunun 81’inci maddesi, aynı içerikle Tasarı’nın 83’üncü maddesine 2’nci fıkra olarak alınmıştır: “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun, muhasebeye muhtaç davalarda ihzari işlemlere ait hükümleriyle senetlerin ibraz mecburiyetine dair olan hükümleri ticari işlerde de uygulanır” (18). 1’inci fıkrada ise ticari davalarda, mahkemenin tarafların ticari defterlerinin ibrazına re’sen veya taraflardan birinin talebi üzerine karar vereceği açıklanmıştır. Uygulamada halen davanın mahiyetine ve olayın özelliğine göre, HUMK’nun 75/III’üncü maddesi mesned gösterilerek, tarafların isteği dışında mahkemece re’sen ticari defterlerin ibrazı sağlanabilmektedir.

Tasarının 84’üncü maddesi ile TTK’da bulunmayan, davada ticari defterler ibraz edilmişse, defterlerin uyumsuzlukla ilgili kısımları tarafların katılımı ile incelenebileceği hükmü öngörülmüştür. Bu durumda mahkemece belirlenecek “inceleme günü” veya “duruşma”da, önceden tarafları da haberdar etmek kaydıyla, tarafların ticari defter ve belgeleri bilirkişi aracılığıyla ince-

(17) ORTAN, Necip: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Ticari İşletme Hukukuna İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 2005, Sa.4, s.23.

(18) “muhasebeye muhtaç” tabirinin maddi hata sonucu, tasarı metnine “muhakemeye muhtaç” olarak yazıldığı düşünülmektedir.

lenmelidir. Anılan hüküm, davanın taraflarına iddia ve savunmalarını tam olarak hazırlama imkanı sağlayan usuli bir güvencedir. Gerekli görülen hallerde özellikle, bilirkişinin raporuna esas olan defterlerin ilgili yapraklarından suret alınır. Defterlerin içeriklerinin diğer kısımları Türkiye Muhasebe Standartları yönünden denetimlerinin gerekli kıldığı ölçüde mahkemece açıklanır (m. 84/son cümle). Zaten uygulamada, hukuk davasında uyuşmazlıkla ilgili bulunmayan defterlerdeki diğer kısımların açıklanması veya rapora derci söz konusu değildir.

“Defterlerin tümüyle incelenmesi” kenar başlıklı 85’inci maddesine göre, malvarlığı hukukuna ilişkin olan özellikle de mirasa, mal ortaklığına ve şirket tasfiyesine ilişkin uyuşmazlıklarda, mahkeme ticari defterlerin teslimine ve bütün içeriklerinin incelenmesine karar verebilir.

Malvarlığı hukukuna ilişkin tüm davaların hukuki uyuşmazlık mahiyetinde olmasına göre, ticari defterlerin uyuşmazlıkla ilgili bulunmayan kısımlarının Türk Muhasebe Standartları yönünden denetimin gerekli kıldığı ölçüde mahkemece açıklanmasını öngören 84’üncü madde ile bu konuda şart içermeyen 85’inci madde çelişmektedir.

86’ncı maddeye göre de, saklanması zorunlu olan belgeleri, sadece görüntü veya başka bir veri taşıyıcısı aracılığıyla ibraz edebilen kimse, giderleri kendisine ait olmak üzere o belgelerin okunabilmesi için gerekli olan yardımcı araçları kullanıma hazır bulundurmakla yükümlüdür; icap ettiği takdirde belgeleri, giderleri kendisine ait olmak üzere bastırmak ve yardımcı araçlara ihtiyaç duyulmadan okunabilen kopyalarını sunabilmelidir.

Şu halde TTK Tasarısı kanunlaşırrsa, ticari defterlerin ibrazı ve iddia-savunmanın isbatı, II-A, B başlıkları altında açıklandığı şekilde, HUMK’nun 326-336’ncı maddelerine göre gerçekleştirilecektir.

Kanuna uygun şekilde tutulan ticari defterlere, uygulamada nadiren rastlanmaktadır. Ticari defterlerin ibrazı yanında, bilirkişiden yazılı görüş alın-

ması, bu işlemin bazen istinabe yoluyla gerçekleştirilmesi uzun zamanı gerektirmekte ve yargılamanın sonuçlanmasını geciktirmektedir. İncelenen ticari defterlerin esas itibarıyla kapanış tasdiki bulunmadığından veya tacir hukuki ilişkiyi defterine kaydetmediğinden, bilirkişiden görüş alınmasının fazla bir hukuki değeri de olmamaktadır. Bu itibarla, TTK Tasarısının ticari defterlerle isbat usulü sosyal ve ticari hayatın gerçekliğine daha uygundur. TTK'nun 20'nci maddesinde öngörülen basiretli bir işadamı gibi davranma yükümlülüğü de, hukuki işlemlerden doğan hak ve borçların kayda bağlanması ve isbatı konusunda tacirin daha titiz hareket etmesini gerektirmektedir.

Öte yandan TTK Tasarısıyla birlikte kamuoyuna sunulan TBK Tasarısının 14 ve 15'inci maddelerine göre güvenli elektronik imzayla metinler gönderilmek suretiyle sözleşmeler yapılması mümkündür (19).

Ancak taraflar yönünden bağlayıcı olması için metinlerin 5070 sayılı Elektronik İmza Kanununa uygun şekilde gönderilmesi gerekir. Bu suretle, ticari hayatta sıkça rastlanan faks veya internet yoluyla tacirlerin kurmaya çalıştıkları ticari ilişkilerin, teknik eksikliklerin de tamamlanmasıyla hukuki zemini oluşturulacak ve ihtilafların çözümleri kolaylaşacaktır.

SONUÇ

Davanın isbatı yönünden önem arzeden ticari defterlerin ibrazı TTK ve HUMK'da ayrıntılı, ama karışık olarak düzenlenmiştir. Davanın taraflarına ait ticari defter ve belgelerin ibrazı ve sonuçları TTK'nun 79 ila 86'ncı maddelerinde açıklanmıştır. Ticari defterlere kaydı gerekmeyen belgelerin ibrazı, TTK'nun 81'inci maddesi atfı ile HUMK'nun 326-332'nci maddelerine tabidir. Her iki halde belirtilen tüm ticari defter ve belgelerin dava dışı üçüncü kişinin elinde bulunması durumunda ibrazı ise HUMK'nun 333-336'ncı maddelerine göre gerçekleşecektir. Ancak üçüncü kişinin davada tanıklıktan çe-

(19) Türk Borçlar Kanunu Tasarısı için bkz., www.adalet.gov.tr, erişim tarihi 25.09.2005

kinme hakkı mevcut ve bu hakkını kullanmışsa davanın çözümünü sağlayacak ticari defter ve belgelerin incelenmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumda toplumun adalet duygusu zedelenecektir. Oysa hukuk kuralının mantıksal doğruluğa ve hakkaniyete uygun olması gerekir. Bu itibarla, üçüncü kişinin davanın tarafı ile organik bağı bulunduğundan bahisle onun hakkında dava açıp asıl davayla birleştirilmek suretiyle sözü edilen ticari defterlerin ibrazı ve incelenmesi hukuki çözüm olarak gözükmektedir. Bununla birlikte TTK Tasarısı kanunlaştığı takdirde ticari defterlerin ibrazı ve sonuçları tamamen HUMK'na tabi olacaktır. Bu çözüm, hukuki karmaşayı önleyeceği gibi tek taraflı düzenlenen ticari defterlerin takdiri delil niteliğinde olması ideal hukuka da uygundur.

—oOo—

BİBLİYOGRAFYA

ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 5.baskı, Ankara 1999.

BELGESAY, Mustafa Reşit: Formalizm ve Ticari Defterlerin İspat Kuvveti, İst. B.D.1957, C. XXXI, Sa:3-4, s.61-68.

BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3.baskı, Ankara 1978.

DEYNEKLİ, Adnan/KISA, Sedat: İtirazın İptali Davaları, Ankara 2002.

DOĞANAY, İsmail: Türk Ticaret Kanununun Ticari Defterlerle İlgili Hükmüleri Üzerine Bir İnceleme, BATİDER., 1971, C. VI, Sa.1-40.

ERDEMİR, İlter: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Şerh- Kararlar ve İlgili Mevzuat, 2.baskı, Ankara 1998.

ERDOĞAN, Celal: En Son Değişikliklere Göre Açıklamalı ve İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 1982.

ERİŞ, Gönen: Ticari İşletme ve Şirketler, C.1, 3.baskı, Ankara 2004.

ERTEKİN, Erol/KARATAŞ, İzzet: Uygulamada Ticari Senetler, 3.baskı, Ankara 1998.

KARAYALÇIN, Yaşar: Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod, Problem Çözme, 3.baskı, Ankara 1986.

KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 2, 6. baskı. İstanbul 2001.

OLGAÇ, Senai/ÇENBERCİ, Mustafa: İspat Hukuku Yönünden Ticari Defterler, BATİDER., 1965, C.III, Sa.1,s.102-119.

ORTAN, Necip: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Ticari İşletme Hukukuna İlişkin Hükmülerinin Değerlendirilmesi, Hukuki Perspektifler Dergisi, 2005, Sa:4, s.20-24.

POSTACIOĞLU, İlhan E.: Medeni Usûl Hukuku Dersleri, Genişletilmiş
4. baskı, İstanbul 1968.

SENGİR, Turgut: Ticari Defterlerin İsbat Kuvveti, BATİDER., 1969, C.V,
Sa.2, s.259-261.

ÜLGEN, Hüseyin: Ticari Defterlerle İsbat, BATİDER, 1967, C.IV, Sa.1,
s.86-103.

YARBAŞ, Fevzi: Ticaret ve Vergi Davalarında Ticari Defterlerin Delil Ni-
teliği, 2.baskı, Ankara 1996,

TESCİLSİZ MARKALAR VE UYGULAMA SORUNLARI

Serdar ARIKAN (*)

ANLATIM DÜZENİ: I. Markanın Tanımı, Niteliği ve Fonksiyonları, 1- Markanın Tanımı ve Niteliği, 2- Markanın Fonksiyonu, II- Marka Hakkının Elde Edilmesi, 1- Avrupa Birliği Ülkelerinde Kabul Edilen Sistemler, A- Avusturya, B- Benelux Ülkeleri (Belçika, Hollanda ve Lüksemburg), C- Danimarka, D- Finlandiya, E- Fransa, F- Almanya, G- İrlanda ve İngiltere, H- Genel Değerlendirme, 2- Türk Hukukunun Kabul Ettiği Sistem, 3- Türk Hukukunda Uygulama ve Karşılaşılan Sorunlar, A- İnceleme Konusunun Sınırlandırılması ve Konunun Takdimi, B- Tescilsiz Markalar ve Ticaret Sırasında Kullanılan İşaretler, C- 556 Sayılı KHK'nın 8/3 Maddesinin İrdelenmesi ve Uygulama Sorunları, D- 556 Sayılı KHK'nın 8/5 Maddesinin İrdelenmesi, a- Başkasına Ait Ad ve Fotoğraflar, b- Telif Hakları ve Sınai Mülkiyet Hakları, 4- 556 Sayılı KHK'nın 8/3 Maddesi ile 7/1-b Maddesinin Karşılaştırılması.

I-MARKANIN TANIMI, NİTELİĞİ VE FONKSİYONLARI

1-Markanın Tanımı ve Niteliği

Para ile ölçülebilen bir değere sahip olan haklara malvarlığı hakları adı verilmektedir.¹ Bunlar alacak hakları, aynı haklar, maddi değeri olan yenilik

(*) Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi Hakimi

(1) YASAMAN, Altay, Ayoğlu, Yusufoglu, Yüksel; "Marka Hukuku, 556 sayılı KHK Şerhi" Cilt 1. Sh. 175 Vedat Kitapçılık, Ekim 2004.

doğuran haklar ve mali yönleri ile fikri haklardır.² Bu anlamda telif hakları ile sınai hakları içine alacak şekilde kabul edilen fikri haklar, gayri maddi mallar üzerinde mevcut olan ve herkese karşı ileri sürülebilecek nitelikte bulunan mutlak haklardandır.³

Ticari işletmelerin sahip oldukları gayri maddi mallar üzerindeki mutlak haklardan bir tanesi de markalardır. Markalar nitelikleri gereği insan zihninin ve yaratıcılığının birer sonucu olan fikri ürünler değildir. Telif hakları, patentler, faydalı modeller, yarı iletkenlerin topografyaları ve endüstriyel tasarımlar için aranan özgün olma, yenilik ve yaratıcısının hususiyetini taşıma gibi koşullar markalar için aranan unsurlar değildir. Bir işletmenin marka olabilmesi için özgün, estetik, yeni, dahası anlamlı veya anlamsız olması gerekmemektedir. İşaretin seçilip belirli mal ve/veya hizmetler için kullanılması ya da tesvil ettirilmesiyle marka hakkının kazanılması mümkündür. Şu halde marka nedir?

3.3.1965 tarih ve 551 sayılı Markalar Kanunu işe markanın tanımını vermekle başlamıştı. Anılan kanunun 1. maddesinde marka; "Sanayide, küçük sanatlarda, tarımda, imal, izhar, istihsal olunan veya ticarete satışa çıkarılan her nevi emtiayı başkalarınınkinden ayırt etmek için bu emtia ve ambalajı üzerine konulan, emtia üzerinde konulmadığı takdirde ambalajlarına konan ve bu maksada elverişli bulunan işaretler marka sayılır." şeklinde tarif edilmiş idi. Bu tanımdan markanın öncelikle bir işaret olduğunu, sadece ürünler (mallar) için kullanılabileceğini, marka olan işaretin ürün veya ambalajı üzerine konulabileceğini ve mutlak surette ayırt edici bir karakterinin olması gerektiğini çıkartmak mümkündür.

(2) YASAMAN, Altay, Ayoğlu, Yusufoglu, Yüksel; "Marka Hukuku, 556 sayılı KHK Şerhi" Cilt 1. Sh. 175 Vedat Kitapçılık, Ekim 2004.

(3) YASAMAN, Altay, Ayoğlu, Yusufoglu, Yüksel; "Marka Hukuku, 556 sayılı KHK Şerhi" Cilt 1. Sh. 176 Vedat Kitapçılık, Ekim 2004.

Markaların korunmasıyla ilgili ve halen yürürlükte bulunan 27 Haziran 1995 tarih ve 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede (KHK) ise markanın tanımına açıkça yer verilmemiştir. KHK'nın "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde, markanın bir tanımı yapılmamış, sadece bu ifadenin ortak ve garanti markaları dahil ticaret markaları ile 551 sayılı Markalar Kanunundan farklı olarak hizmet markalarını da içerdiği vurgulanmıştır.⁴ Ancak KHK'nın 5. maddesinde bir işaretin marka olarak kabul edilebilmesi için taşıması gereken unsurlar sayılmak suretiyle, dolaylı da olsa bir tanımın yapıldığını söylemek mümkündür. Bu maddeye göre marka; "*Bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlama koşuluyla, kişi adları dahil özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen her türlü işaretlerdir.*"⁵ Şu halde bir işaretin marka olarak kabul edilebilmesi için, öncelikle ayırt edici karakterinin bulunması gerekir. Yani işaretin bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini diğer teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt edecek nitelikte olması birinci koşuldur. Ayrıca bu işaretin çizimle veya benzeri biçimde görüntülenebilir, baskı yoluyla yayınlanabilmesi mümkün olmalıdır. Bunlardan çıkartılan sonuç ise, KHK'nın, 551 sayılı Markalar Kanunundan farklı olarak, ürünler yanında hizmet markalarını da kabul ettiği, markanın ürün veya ambalaj üzerine konulma mecburiyetini kaldırdığı, ayrıca "*çizimle görüntülenebiime veya benzer biçimde ifade edilebilme, baskı yoluyla yayınlanabilme ve çoğaltılabilme*" koşulları nedeniyle ses, koku ve üç boyutlu markaların da tescillerine olanak verildiği ortadadır.⁶ **Bu açıklamalardan sonra markayı,**

(4) 556 sayılı Mar.KHK. md. 2/a.

(5) 556 sayılı Mar.KHK. md. 5/1.

(6) ARKAN, Sabih; "Marka Hukuku Cilt I" sh. 37. A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1998. Bununla beraber ses markalarının tescilleri için, salt notaya dökülmesi yeterli olmayıp, işitsel işaretler görsel olarak algılanabilirlik niteliğinden yoksun olduklarından, ayrıca ölçülere ayrılmış olan ve seslerin tizliğini duraksamaya yer bırakmayacak şekilde ifade eden nota dizileriyle gösterilmesi gerekir. Nitekim Hollanda Mahkemesinin, "Horoz Ötüşü" ve "Beethoven'e ait bir eserin ilk dokuz notasının" marka olarak tescili için açılan davada, ATAD'dan görüş istemesi üzerine, anılan mahkeme de aynı olguyu açıklıkla vurgulamıştır. Şu halde kural olarak ses ve melodilerin ölçüle-

bir işletmenin (teşebbüsün) mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla her türlü işaret şeklinde tanımlamak mümkün olacaktır.⁷

Uluslar arası düzenlemelere gelince, kaynak 1989 tarih ve 104 sayılı markalarla ilgili Avrupa Birliği Direktifinin 2, 20.12.1993 tarih ve 40/64 sayılı AB Topluluk Markası Tüzüğü'nün 4. ve Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları anlaşmasının 15/1 maddelerinde de aynı/benzer ifadelerle yer verilmiş markanın doğrudan bir tanımı yapılmamıştır. Böylece bir anlamda marka olabilecek işaretlerin uluslar arası alanda da tanımının yapılarak sınırlandırılmasından ve yanlış anlamalara sebebiyet verilmesinden kaçınıldığı, taşınması gerektiği düşünülen unsurlar üzerinde durulup bunların değerlendirilmesinin uygulayıcılara bırakıldığı izlenimi alınmaktadır.

re ayrılmış olan ve seslerin tizliğini ve uzunluğunu gösteren nota dizileri ile gösterilip, net, açık ve anlaşılabilir grafik anlatımları sunulabilirse tescilleri kabul edilebilecektir. (YASAMAN, Altay, Ayoğlu, Yusufoglu, Yüksel; Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK. Şerhi; Vedat Kitapçılık, Ekim 2004. Cilt 1. sh. 86, 87.)

Yine genel olarak kokular da marka olarak tescil edilebilir. Ancak bunun için kokunun ayırt edici niteliğinin bulunması ve kokunun açıklık ve kesinlikle teşhisine imkan verecek vasıtaların eklenmesi gerekecektir. Ancak iki boyutlu çizgisel işaretlerin aksine, kokular görsel olarak algılanamazlar. Bunun için de dayanıklı ve nesnel surette grafik olarak temsil edilebilmeleri halinde tescillerine izin verilecektir.

Kokuların marka olarak tescil edilmeleriyle ilgili teorik durum bu olmakla birlikte, gerçekte tescil edilmeleri pek olası değildir. Çünkü kokuların dayanıklı ve nesnel surette grafik olarak temsil edilebilmeleri çok zor, hatta imkansızdır. ATAD'ın 6.11.2001 tarih ve C-273/100 sayılı "Sieckmann" kararında, özetle; "*Kokular bakımından ne kimyasal formülün verilmesi, ne kokunun tasvirinin yapılması, ne koku örneğinin tevdi, ne de bunların hep birlikte kullanılması, grafik olarak temsil kabul edilemez. Zira kimyasal formül, kokuyu değil maddeyi ifade eder. Tasvir ise yeterli kesinlikten yoksundur. Koku örneği ise zamanla uçar ve yok olur. Bu haliyle dayanıklılık ölçütü yerine gelmez. Anılan üç yöntem tek başına yetersiz iken, bunların bir arada tescil başvurusunda kullanılması da Yönergenin gerekleri bakımından yeterli değildir.*" denilmek suretiyle, kokuların eylemli olarak tescillerinin bir anlamda imkansız olduğu vurgulanmıştır. Her ne kadar ATAD, "Taze kesilmiş çim kokusunun tenis topları için tescili" davasında farklı sonuca varıp, kokuların tesciline imkan vermişse de, bizim de katıldığımız sonradan aldığı ve özeti yukarıya aynen alınan "Sieckmann" kararındaki görüşünün daha doğru olduğu düşünülmektedir. (YASAMAN, Altay, Ayoğlu, Yusufoglu, Yüksel; Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK. Şerhi; Vedat Kitapçılık, Ekim 2004. Cilt 1. sh. 87)

(7) DİRİKKAN, Hanife; "Tanınmış Markanın Korunması" Sh. 5, Seçkin, Ankara 2003

2-Markanın Fonksiyonu

Markanın birinci fonksiyonu kullanıldığı mal ve/veya hizmetleri diğer teşebbüslerin mal ve/veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlamasıdır. Burada tarihsel gelişim süreci içinde markanın önce malın menşei yani hangi işletme ("teşebbüs" S.Arikan'ın notu) tarafından üretildiği ya da piyasaya sürüldüğü üzerinde durulmuş, bu nedenle de uzun süre markaların ancak işletmeyle birlikte devrine izin verilip, ondan bağımsız olarak devri yasaklanmıştır.⁸ Ancak takip eden yıllarda uluslar arası ilişkilerin gelişmesi, aynı tür mal ve hizmetlerin değişik yerlerde hatta ülkelerde üretilip aynı marka altında pazarlanması karşısında, markanın arkasındaki işletmenin kimliği ikinci plana düşmüştür. Özellikle markaların lisans sözleşmeleriyle başkaları tarafından kullanılmasının sağlanması ve bu alandaki uluslar arası anlayışın değişmesi karşısında, markalar bağılı oldukları işletmelerden bağımsız, ayrı ve müstakil bir sınai hak haline gelmiş, kullanıldığı mal ve hizmetlerin menşei belirtmekten ziyade, kullanıldığı mal ve/veya hizmeti diğerlerinden ayırt etme fonksiyonu ön plana çıkmıştır.⁹

Markanın diğer fonksiyonları ise kullanıldığı mal ve/veya hizmetlerle ilgili olarak sağladığı garanti ve reklamlarda kendini gösterir. Gerçekten özellikle garanti markalarında, hatta diğer marka çeşitlerinde, marka ile tüketici arasında bir şekilde iletişim kurulmakta, her hangi bir markayı gören potansiyel tüketici, o markayı taşıyan mal veya hizmetin kalitesi hakkında doğrudan bir fikre sahip olabilmektedir. Bunun sonucu olarak da o mal veya hizmetin kalitesi, niteliği ve benzeri karakteristik özellikleri hakkında önceden bilgi sahibi olmadığı halde, salt taşıdığı marka nedeniyle seçimini yapabilmekte mal ya da hizmeti satın alabilmektedir. Bu da markanın reklam ve garanti vermedeki gücü hakkında ne derece önemli bir sınai hak olduğunu ortaya koymaktadır. Nitekim tanınmışlık düzeyi yüksek bir markanın, işlet-

(8) ARKAN, Sabih; "Marka Hukuku Cilt I" sh. 1 ve 38. A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1998.

(9) ARKAN, Sabih; "Marka Hukuku Cilt I" sh. 2 ve 38. A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1998.

menin en güçlü reklam ve müşteri kazanma aracı olduğu gözetilerek, örneğin 556 sayılı KHK'nın 8/4-2. cümlesinde marka sahibinin, markasının toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, markasının itibarının zarar görebileceği durumlarda, benzer bir işaretin farklı mal ve hizmetler yönünden de bir başkası adına marka tesciline itiraz etmesine olanak tanınmıştır.¹⁰

II-MARKA HAKKININ ELDE EDİLMESİ

Yukarıda vurgulandığı gibi markalarda özgünlük ve estetik güzellik veya yaratıcı unsur aranmamaktadır. Marka olabilecek bir işaretin seçilmesi ve kullanılmaya başlanmasıyla marka hakkının elde edilmesi mümkündür. Bilindiği gibi böyle bir hak mal varlığı ile ilgili olan ve herkese karşı ileri sürülebilen mutlak haklardandır. İşte bu nitelikteki bir marka hakkının kazanılması için geçerli iki sistem mevcuttur. Bunlar "kullanma sistemi" ve "tescil sistemi" isimleriyle bilinirler.

Kullanma sisteminde kişi/kişilerin bir işaretin marka olarak seçilip kullanılmaya başlanması ve sahipleri yönünden ayırt edici hale getirilmiş olması yeterlidir. Ayrıca markanın tescil ettirilmesine gerek görülmemiştir. Çünkü tescil bu bağlamda sadece bir sahiplik karinesi doğurup, bunun aksinin ispat edilmesi yapılan tescilin hükümsüzlüğüne sebep olacaktır.¹¹ Ancak uygulamada hangi markanın, hangi ürün ve/veya hizmetler için hangi tarihten bu yana kullanıldığı ve gerçek sahibinin kim olduğu konularında zaman zaman sorunlar çıkmakta, özellikle aynı işaretin birden çok kişi tarafından kullanılmaları halinde, hangisinin markanın gerçek sahibi olduğu veya markanın kime ait olacağı konuları sorunlar yaratmaktadır. Özellikle marka hakkı üçüncü kişilere karşı kullanılmak istendiğinde, hak sahibi olduğunu iddia eden ki-

(10) ARKAN, Sabih; "Marka Hukuku Cilt I" sh. 39. A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1998.

(11) YASAMAN, Altay, Ayoğlu, Yusufoğlu, Yüksel; "Marka Hukuku, 556 sayılı KHK Şerhi" Cilt 1. Sh. 181 Vedat Kitapçılık, Ekim 2004.

şinin hak sahipliğinin tespiti emek ve zaman kaybına neden olmakta, bu da hakkın istimalini geciktirmektedir. Bu tür sorunlar nedeniyle marka hakkının kazanılmasında kullanım esasını kabul eden ülkelerde dahi ayrıca bir tescil sistemine yer verilmiş, markadan kaynaklanan hakkın kullanımı ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi kolaylaştırılmaya çalışılmıştır.

Tescil sisteminin kabul edildiği ülkelerde ise, marka hakkının kazanılması ancak tescille mümkün olabilmektedir. Tescil sahibine kurucu nitelikte bir yetki vermekte ve tescilli markanın sahibini üçüncü kişilere karşı mutlak şekilde korumaktadır. Burada markanın seçimi ve eylemli kullanımı tescil veya tescil başvuru tarihinden daha önce başlamış olsa da tescilli marka karşısında korunmayacaktır. Yani böyle bir sistemde, bir şahıs aynı mal veya hizmet için aynı markayı daha önce fiilen ihdas ve istimal ettiğini ve piyasada maruf hale getirdiğini, tescil edilmiş marka sahibine karşı iddia ve bu iddiasını dava ve karşı dava suretiyle ispat etmek hakkını haiz değildir.¹²

Bununla beraber her iki sistem arasındaki farkı çok net bir şekilde ortaya koymak pek mümkün değildir. Örneğin tescil esasının kabul edildiği pek çok ülkede haksız rekabet, hakkın kötüye kullanımını engellemek, iyi niyeti ve önceden elde edilmiş kazanılmış hakları korumak için tescilsiz markaların önceki kullanıcıları lehine bir sıra istisnalar getirilmişken, benzer istisnaların kullanım esasının kabul edildiği ülkelerde tescilli marka maliki lehine getirilmediği gözlenmektedir.¹³ Şu halde her iki sistemin münferiden ve istisnasız katı bir şekilde ayrı ayrı uygulandıklarını söylemek mümkün değildir.

1- Avrupa Birliği Ülkelerinde Kabul Edilen Sistemler

Bilindiği gibi 556 sayılı KHK'nın kaynağı 1989/104 sayılı AB Ülkelerinin Marka Kanunlarının Uyumlaştırılmasıyla İlgili Direktiftir.(Bundan böyle

(12) TEKINALP, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, Betaş 2.Bası, sh. 325.

(13) TRITTON, Guy; "Intellectual Property In Europe", Sweet and Maxwell, Second Edition; London - 2002. Sh. 290.

1989/104 nolu Marka Direktifi olarak anılacaktır.) Bu direktif vasıtasıyla Birlik içindeki ülkelerin marka kanunları arasındaki farklılıklar bu alanda önemli derecede giderilmiştir.

Direktifin 1. maddesinde faaliyet alanının sınırları çizilip, tescil esasının kabul edildiği açıklıkla vurgulandıktan sonra, 4/4-b, 4/4-c ve 6/2 maddelerinde üye ülkelere seçenekli bir düzenleme yapma imkanı tanınmıştır. Marka Direktifinin 4/4-b maddesine göre, üye ülkeler tescilsiz marka ve ticaret alanında kullanılan başka bir işaretin malikine, bu hakkın tescil başvuru tarihinden veya rüçhan hakkı kullanılmış ise bu tarihten önce elde edilmiş olması koşuluyla, aynı marka veya işaretin bir başkası tarafından tescil ettirilmesine itiraz etme hakkı vermek konusunda serbest bırakılmışlardır. Yine 4/4-c maddesi gereğince kişiler, kendi isimlerinin, resimlerinin/fotoğraflarının, telif haklarına konu eserlerinin veya her hangi bir sınai mülkiyet haklarının üçüncü kişiler tarafından marka olarak tescil ettirilmeleri veya kullanılmalari halinde buna itiraz edebilecek ve tescili önleyebileceklerdir. Nihayet 6/2 maddede bu şekilde önceki kullanım nedenine dayalı olarak hak elde edilen kişilerin aleyhlerine açılacak marka ihlali davalarında açıklanan gerekçelerle savunma yapabilecekleri ve tescilli markanın koruma kapsamı dışında bırakılacakları belirtilmiştir.¹⁴ Ancak tüm bu düzenlemeler üye ülkeler yönünden zorunlu olmadığından, bir çok Birlik ülkesi bu ilkeleri iç hukuklarına yansıtmış diğerleri ise değişik gerekçelerle kabul etmemişlerdir. Bu nedenle Birlik ülkelerinin marka kanunlarında bu alanla ilgili hala ciddi farklılıklar olduğunu söylemek mümkündür. Aşağıda örnek kabilinden bazı Avrupa Birliği ülkelerindeki durum açıklanmaya çalışılmıştır.¹⁵

(14) TRITTON, Guy; "Intellectual Property In Europe", Sweet and Maxwell, Second Edition; London – 2002. Sh. 290.

(15) Avrupa Birliği ülkelerindeki eylemli uygulama konuları Guy Triton ve arkadaşları tarafından yazılan "Intellectual Property In Europe Sweet and Maxwell, Second Edition; London – 2002." isimli eserin 289-293 sayfalarındaki açıklamalara dayalı olarak açıklanmıştır.

A-Avusturya

Avusturya biraz karışık bir sisteme sahip olmakla birlikte tescilsiz marka sahibine oldukça iyi haklar sağlamıştır. 1977 tarihli sonradan düzeltmeleri yapılmış Avusturya Ticaret ve Servis Markaları Kanununun 31 ve 32 maddelerinde bu alanda düzenlemeler yapılmıştır. 31. maddeye göre, bir tescilsiz marka ilgili ticari sektörde sahibi ile ilgili olarak ayırt edici bir nitelik kazanmış ise, tescil edilmiş bir markanın iptali mümkün olabilecektir. Ancak böyle bir davanın tescilsiz marka sahibi tarafından, tescili takip eden 5 yıl içerisinde açılması ve tescilsiz markasını en az tescil için başvuru yapanın ticari faaliyet süresi kadar kullanmış olması gerekir. 32. maddede ise, bir kişinin isminin, firmasının adının veya işletmesini işaret eden özel bir işaretin izni dışında üçüncü bir kişi tarafından marka olarak tescil ettirilmesi halinde buna itiraz edip engel olabileceği vurgulanmıştır.

B-Benelux Ülkeleri (Belçika, Hollanda ve Lüksemburg)

Bu ülkelerde esas olarak tescil sistemi kabul edilmiş, ancak tescilsiz marka sahibine sınırlı bazı haklar sağlanmıştır. Markalarla İlgili Birleşik Benelux Kanununun 4/6-a maddesine göre, marka tescili başvuru tarihinden önceki üç yıl içerisinde üçüncü bir kişi tarafından kullanılan bir işaretin, bu kullanımı bilen veya bilmesi gereken (yani bilmemesi için makul bir gerekçesi olmayan) kişi adına tescili ancak üçüncü kişinin izin vermesi halinde mümkündür. Aksi halde başvuru sahibi kötü niyetli kabul edileceğinden tescil önlenilecektir.

C-Danimarka

Danimarka Ticaret Markaları Kanununun 3/1-ii maddesine göre, ilgili mal ve hizmetler yönünden kullanılacak marka hakkı ya tescil yoluyla ya da ara verilmeksizin yapılan kullanım ile elde edilebilir. Ancak kanunun 15/4-ii maddesi gereğince, tescil başvuru tarihinden veya rüçhan hakkı kullanılmış ise bu tarihten önce tescilsiz kullanılan markanın sahibi, kullandığı işaretin

aynısının veya iltibasa neden olabilecek benzerinin tesciline itiraz edebilecektir.

D-Finlandiya

Esas olarak tescil sistemi kabul edilmiştir. Ancak Finlandiya Ticaret Markaları Kanununun 14/7 maddesine gereğince tescilsiz marka sahibi, marka olarak tescili istenilen işareti tescil başvuru tarihinden önce kullanıyor ve bu durum başvuru sahibi tarafından biliniyor ve bu eylemli kullanım tarihinde başvuru sahibi henüz kullanıma başlamamış ise işaretin tescil istemi itiraz üzerine reddedilebilecektir.

E-Fransa

Kural olarak tescil sistemi kabul edilmiştir. 1991 tarihli Fikri Mülkiyet Kanununun 712-1/1 maddesine göre, marka üzerindeki mülkiyet tescille doğmaktadır.¹⁶ Bu nedenle de bir markanın tescilsiz olarak kullanılmasının tescilli marka karşısında bir önemi bulunmamaktadır. Bununla birlikte tescilsiz marka sahibinin tescilli marka karşısında tamamen korumasız kaldığını söylemek de mümkün değildir. Örneğin tescilsiz markanın Fransa'da tescil ettirilmemiş olmasına rağmen, Paris Sözleşmesinin ikinci mükerrer 6. maddesi anlamında tanınmış marka olması veya tescilli markanın kötü niyetli olarak maliki tarafından tescil ettirilmesi halinde, önceki kullanım nedeniyle elde edilen hakka dayalı olarak tescilli markanın hükümsüzlüğü talep edilebilecektir.

F-Almanya

Almanya'da da tescil sistemi kabul edilmiştir. Ancak tescilsiz marka sahibine de bazı haklar tanınmıştır. Alman Ticaret markaları Kanununun 4/2 ve 12. maddeleri gereğince, tescilli markanın tescil edildiği veya tescili için ya-

(16) YASAMAN, Altay, Ayoğlu, Yusufoglu, Yüksel; "Marka Hukuku, 556 sayılı KHK Şerhi" Cilt 1. Sh. 179 Vedat Kitapçılık, Ekim 2004.

pılan başvuru tarihinden önce eylemli kullanım nedenine dayalı olarak hak elde eden tescilsiz marka sahibi, haksız rekabet hükümlerine de dayanarak tescilli markanın tüm ülkede kullanılmasını engellemek yolunda bir hak elde edebilecektir. Bundan ayrı olarak ayrıca 5/2 madde gereğince ticaret unvanları, 5/3 madde gereğince de basılmış eserlerin isimleri, sinema, müzik ve drama eserleri de korunmuştur.

G-İrlanda ve İngiltere

Her iki ülke de "Common Law" diye bilinen hukuk sistemine sahiptir. Bu ülkelerde hem tescilli hem de tescilsiz markalar korunmaktadır.

Bir markanın tescili için ya önceden kullanılmış olması veya kullanmak yolundaki niyetin ortaya konulması gerekir. Ancak markanın tescili için bir başkası tarafından kullanılmıyor olması kural olarak aranan bir şarttır.

Tescilsiz markalar ile ticaret unvanları ve kişilerin ticari faaliyetleri sırasında kullandığı diğer ayırt edici işaretler de koruma altındadır. Ancak böyle bir korumanın sağlanması için, tescilsiz markanın ülke içinde sahibiyile ilgili olarak ayırt edici nitelik kazanması, başkaları tarafından kullanılması iltibas veya iltibas tehlikesinin yaratılmış olması ve nihayet üçüncü kişinin kullanımının tescilsiz marka sahibine zarar vermesi veya böyle bir tehlikenin unlanması gerekir.

H-Genel Değerlendirme

Yukarıda çok özet olarak yapılan açıklamalar karşısında, Avrupa Birliği ülkelerinde esas itibarıyla tescilli marka sisteminin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bir başka anlatımla markalardan kaynaklanan hakkın doğumu tescille doğmakta ve marka sahibi üçüncü kişilere karşı bu yolla korunabilmektedir. Ancak bunun yanında 1989/104 nolu Markalar Direktifinin tescilsiz markalar ve benzeri ayırt edici diğer işaretler için (işletme adı, ticaret unvanı, isim, resim, fotoğraf, basılı eser ismi ve benzeri telif hakları üzerindeki haklar gibi) üyelere seçimlik olarak sunduğu koruma hükümleri az veya çok

fakat birbirlerine benzer şekillerde ulusal iç hukuklara yansıtılmıştır.

Öte yandan tüm üyeleri yakından ilgilendiren 1993 tarih ve 40/94 sayılı Topluluk Tüzüğü de 1989/104 nolu Markalar Direktifiyle uyum içindedir. Tüzüğün 45. maddesinde Topluluk Markasından kaynaklanan hakkın belirlenen prosedür sonucunda sağlanacak tescille doğduğu belirtildikten sonra, 8/4 maddesinde tescilsiz marka sahiplerine önceki tarihlerdeki kullanımları nedeniyle elde ettikleri hakka dayalı olarak bir üçüncü kişinin aynı veya benzer işaretin topluluk markası olarak tesciline itiraz hakkı verilmiştir. Tüzükte salt eylemli kullanımın bir hak elde edilmesi için yeterli olmadığı kabul edilmiş ancak tamamen korumasız bırakılmamıştır.

Sonuç olarak AB ülkelerinde ulusal markalar kanunlarının bu alanda tam olarak uyumlu hale getirildiğini söylemek mümkün değilse de, farklılıkların olabildiğince azaltılmış olduğunu kabul etmek gerekecektir.

2-Türk Hukukunun Kabul Ettiği Sistem

Türk Hukukunda genel olarak karma bir sistemin kabul edildiğini söylemek mümkündür.

551 sayılı mülga Markalar Kanununun 3/1 ve 2. maddelerinde; "Bu kanundaki haklardan faydalanabilmek için markanın Sanayi Bakanlığınca tescil edilmiş olması şarttır. Tescil edilmemiş bulunan markalar ancak genel hükümlere göre himaye görür." denilip, 15/1. maddesinde de, "Bir markayı ilk defa tescil ettiren kimse o markanın hakiki sahibi sayılır." karinesi vurgulanarak açıkça marka korumasının tescile bağlı olduğu kabul edilmiştir. Bununla beraber bu kural katı bir şekilde uygulanmamış, önceki tarihli kullanım ve rüçhan haklarıyla ilgili olarak istisnalar kabul edilmiştir. Kanunun 15/2. maddesinde, birinci fıkrada kabul edilen malik olma karinesinin, tescilli markanın bir başka şahıs tarafından aynı mal için daha önce fiilen ihdas ve istimal edilip piyasada maruf hale getirildiği ispat edilebilirse bu itiraz/definin tescil edilmiş marka sahibine karşı iddia ve bu iddiasını dava ve karşı dava

suretiyle ispat etmek hakkı olduğu kabul edilerek karinenin çürütülebileceği vurgulanmıştır. Yine kanunun 21, 22 ve 23. maddelerinde rüçhan haklarından kaynaklanan haklarla aynı karinenin aksinin ispatına olanak tanınmıştır.

556 sayılı KHK yönünden de durumun benzer olduğunu söylemek mümkündür. Gerçekten KHK'nın 1. maddesinde, "Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin amacı, bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine uygun olarak tescil edilen markaların korunmasını sağlamaktır." denilip, 6. maddesinde, "Bu Kanun Hükmünde Kararname ile sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir." ifadelerine yer verilmiştir. Böylece KHK'nın kural olarak tescil sistemini benimsediği açıkça ortaya konulmuştur. Ancak bu kuralla 551 sayılı Markalar Kanununda kabul edilenlerden daha fazla istisnalar getirmiştir. Bu istisnaları şöyle sıralamak mümkündür.¹⁷

A-Tescilden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmış markalar. (KHK. md.7/son)

B-Paris Sözleşmesinin birinci mükerrer 6. maddesi anlamında tanınmış markalar. (KHK. md. 7/1-i)

C-Rüçhan hakkından yararlanan markalar. (KHK. md. 25 ve 26)

D-Tescilli bir markanın başvuru veya kullanılmış ise rüçhan tarihinden önce tescili istenilen markayla ilgili bir hakkı olan veya sonraki markanın kullanımını yasaklama konusunda hak elde eden tescilsiz marka veya ticaret sırasında kullanılan işaretin sahibi (KHK.md. 8/3)

E-Tescil için başvurusu yapılmış markayla ilgili, kişi ismi, fotoğrafı, telif hakkı veya herhangi bir sınai mülkiyet hakkı bulunan kişi. (KHK. md. 8/5)

(17) YASAMAN, Altay, Ayoğlu, Yusufoglu, Yüksel; "Marka Hukuku, 556 sayılı KHK Şerhi" Cilt 1. Sh. 182 Vedat Kitapçılık, Ekim 2004.

Şu halde sonuç olarak 556 sayılı KHK'nın da aynı 551 sayılı Markalar Kanunu gibi esas olarak tescil sistemini kabul ettiğini, ancak buna bir dizi istisnalar getirmek suretiyle tescilsiz marka sahipleri ile ticaret sırasında kullanılan bazı işaretlerin sahiplerine korumalar sağladığını söylemek mümkündür. KHK'nın getirdiği bu sistem, bazı yazarlarca ilk kullanma sistemiyle yumuşatılmış tescil sisteminden oluşan karma bir çözüm olarak tanımlanmıştır.¹⁸

3-Türk Hukukunda Uygulama ve Karşılaşılan Sorunlar

A-İnceleme Konusunun Sınırlandırılması ve Takdimi:

Bu bölümde 556 sayılı KHK'nın kabul ettiği tescil sistemi ve bunun istisnaları üzerinde durulacaktır. Ancak bir önceki paragrafta beş ayrı başlık altında ifade edilen istisnaların tamamı sistematik bir şekilde incelenmeyip, konu sadece tescilsiz markalar ile ticaret sırasında kullanılan diğer işaret sahiplerinin önceki tarihli kullanımları nedeniyle elde ettikleri hakların, tescilli markalar karşısındaki durumları ele alınacak, bu süreç içerisinde yapılan uygulamalar ve karşılaşılan sorunlar hakkında bilgiler verilip, çözüm önerileri sunulacaktır.

B-Tescilsiz Markalar ve Ticaret Sırasında Kullanılan İşaretler

551 sayılı Markalar Kanununun 3/2. maddesinde tescilsiz markaların açıkça genel hükümlere göre korunacak olması ifade edildiği halde, 556 sayılı KHK'da böyle bir açık hükme yer verilmemiştir. Ancak KHK'nın 1 ve 6. maddelerinde amacın tescilli markaları korumak olup, markadan kaynaklanan hakkın tescille elde edilebileceğinin vurgulanması karşısında, bu hükümlerin mefhumu muhaliflerinden tescilsiz markaların ve bu bağlamda tica-

(18) ARKAN, Sabih; "Marka Hukuku Cilt I" sh. 129. A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1998. Bu görüşe Yasaman ve arkadaşları yukarıdaki dipnotta belirtilen eserlerinde aynen katıldıklarını söylemekle beraber, Tekinalp, yine yukarıdaki dipnotta atuf yapılan eserinde 551 sayılı kanunun kullanım esasını benimsediğini, bu kabulden 556 sayılı KHK ile vazgeçildiğini ileri sürmektedir.

ret sırasında kullanılan sair işaretlerin (Ticaret unvanı, işletme adı vs.nin) KHK'nın koruma kapsamı dışında kaldığını ve genel hükümlere göre korunacak olduklarını söylemek mümkün olabilecektir. Dolayısıyla tescilsiz marka veya ticaret sırasında kullanılan işaretin sahibi bu markanın veya işaretin üçüncü kişiler tarafından kullanılmasına karşı ancak haksız rekabet hükümlerine göre koruma talep edebileceklerdir.¹⁹

Buна karşın KHK tescil ve tescilde öncelik ilkesini kabul ettiğinden, tescilsiz marka ve ticaret sırasında kullanılan işaretlerden kaynaklanan haklarını üçüncü kişilere karşı 556 sayılı KHK hükümlerine göre doğrudan kullanamayan hak sahiplerinin, bu haklarını aleyhlerine açılan davalarda, kendilerinin açacakları hükümsüzlük davalarında ve tescil aşamalarındaki itirazlarında kullanabilmeleri olanaklıdır.

Bu konuyla ilgili olarak 556 sayılı KHK'nın 8/3. maddesinde; **"Tescilsiz bir markanın veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaretin sahibinin itiraz etmesi üzerine, tescili istenen marka, aşağıdaki hallerde tescil edilmez.**

a) Markanın tescili için yapılan başvuru tarihinden önce veya markanın tescili için yapılan başvuruda belirtilen rüçhan tarihinden önce bu işaret için hak elde edilmiş ise,

b) Belirtilen işaret, sahibine daha sonraki bir markanın kullanımını yasaklama hakkını veriyorsa." ifadelerine yer verilmiş, 42/1-b maddesinde de bu nedenlere dayalı olarak hükümsüzlük davasının açılacağı kabul edilmiştir.

Şu halde tescilsiz marka ve ticaret sırasında kullanılan diğer işaret sahipleri ilk olarak aynı veya benzer işaretin üçüncü kişiler tarafından tescil et-

(19) DİRİKKAN, Hanife; "Tanınmış Markanın Korunması" Sh. 29, Seçkin, Ankara 2003

tirilmek istenmesi halinde buna itiraz edebilecekler ayrıca bu işaret her hangi bir şekilde bir başkası adına tescil edilmişse bunun hükümsüzlüğünü de talep edebileceklerdir. Böylece 556 sayılı KHK, 551 sayılı Markalar Kanununun sağladığı dava açma hakkına ilave tescile itiraz etme hakkını da vermek suretiyle sorunu en başta çözümlenmeyi amaçlamıştır.

C- KHK'nın 8/3 Maddesinin İrdelenmesi ve Uygulama Sorunları

a- KHK'nın 8/3-a ve b Bentleri İki Ayrı İtiraz ve Hükümsüzlük Nedeni midir?

Maddeyle ilgili birinci sorun, KHK'nın 8/3. maddesinin a ve b bentleri iki ayrı itiraz ve hükümsüzlük nedeni mi, yoksa bir tek nedenin taşıması gereken iki ayrı şart mıdır? Bir görüşe göre, a ve b bentleri arasındaki irtibat "virgül" ile sağlanmış olup²⁰ aradaki bağlantı "ve" bağlacı olarak anlaşılmalı ve fıkranın ilk cümlesi içinde yer alan "...aşağıdaki hallerde..." sözcüklerinin KHK'nın 8/1 ve 9/1. maddelerindeki kullanımlardan farklı bir şekilde kullanıldığı²¹ kabul edilmelidir. Hal böyle olunca da bentlerde sayılan hallerin aslında itiraz ve hükümsüzlük davası için öngörülen tek halin iki ayrı ve birlikte bulunması gereken şartları olduğu ortadadır. Yine Sabih Arkan da dipnotlarında atıf yapılan eserinin 109. sayfasında; **"KHK 8/III'e göre tescilsiz bir markanın ve ticaret sırasında kullanılan bir başka işaretin sahibi ... markanın tescil konusunda yapılan başvuru tarihinden veya ...belirtilen rüçhan tarihinden önce bu işaret için hak elde edilmiş olması ve bu hakkın sahibine daha sonraki bir markanın kullanımını yasaklama imkanını sağlaması gerekir..."** demek suretiyle, her iki ihtimali "ve" bağlacıyla birleştirerek aynı görüşü benimsemiştir.

(20) KARAN, Hakan ve KILIÇ, Mehmet; "Markaların Korunması ve 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat", Sh.205; Turhan Kitapevi - 2004

(21) KARAHAN, Sami; "Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları", sh. 111, Mimoza Yayınları - Konya

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, maddenin a ve b bentlerinde sayılan haller tescile itiraz ve hükümsüzlük davasının açılabilmesine olanak tanıyan iki ayrı hali düzenlemektedir. KHK'nın anılan maddesi esasen 1989/104 nolu AB Markalar Direktifinin 4/4-b ve 1993/40-94 AB Topluluk Markası Tüzüğü'nün 8/4-a ve b maddelerinden esinlenerek düzenlenmiştir. Her iki kaynağın anılan maddeleri incelendiğinde belirtilen hallerin birbirleriyle "virgül" veya "ve" bağlacı ile birbirlerine bağlanmadıkları gözlenmiştir. Yine KHK'nın 8/3. fıkrası üç ayrı paragraftan meydana gelmiş olup, birinci paragrafın sonunda açıkça "...aşağıdaki hallerde tescil edilmez." denilip, aşağıdaki haller de a ve b bentlerinde ifade edilmiştir. Aynı ibare benzer şekilde KHK'nın 7 ve 9. maddelerinde de kullanılmış, bu kullanımın altındaki bentlerde belirtilen haller ittifakla bağımsız olgular olarak herkes tarafından kabul edilmiştir. Aynı kabulün 8. madde yönünden benimsenmemesi için hiçbir neden yoktur. KHK'nın kaleme alınırken a bendinin sonuna "virgül" işaretinin konulmasını "ve" bağlacı şeklinde anlamanın somut bir dayanağı mevcut değildir. Kaldı ki aşağıdaki paragraflarda açıklanacağı gibi her bir bentte belirtilen ihtimaller de birbirlerinden bağımsız olgular olup, biri diğerinin nedeni veya sonucu haller değildir.²²

b- Başvuru veya Rüçhan Tarihinden Önce Hak Elde Edilmiş Olması (md.8/3-a)

KHK'nın 8/3-a maddesine göre, tescilli talep edilen işaretle ilgili olarak başvuru tarihinden veya talep edilmiş ise KHK'nın 25 ve 26. maddelerinde öngörülen rüçhan tarihlerinden önce bir hak edilmiş olması halinde tescile itiraz edilmesi, işaret bir şekilde tescil edilmiş ise 42/1-b maddesi gereğince hükümsüzlüğünün istenmesi olanaklıdır. Madde metninde anılan tarihlerden önce elde edildiği belirtilen hakkın ne şekilde oluşacağı konusunda bir açık-

(22) POROY, R. ve YASAMAN, H. "Ticari İşletme Hukuku" sh. 404 ve TEKİNALP, Ünal; "Fikri Mülkiyet Hukuku" sh. 391. Adı geçen yazarlar belirtilen eserlerinde KHK'nını 8/3-a ve b maddelerindeki hallerin birbirlerinden bağımsız ve iki ayrı hale ilişkin olgular olduğunu ileri sürmektedirler.

lık yoktur. Ancak böyle bir hakkın söz konusu olabilmesi için, öncelikle hakka konu işaretin eylemli kullanımının marka başvuru veya rüçhan hakkı kullanılmış ise bu tarihten önce gerçekleşmiş bulunması, bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanması, nihayet tescilsiz marka ve ticaret alanında kullanılan diğer işaretlerle tescili talep edilen marka arasında aynılık, benzerlik ve iltibas ya da iltibas tehlikesinin bulunması gerekir.²³

i-İşaretin Ayırt Edici Nitelik Kazanmış Olması

Ayırt edicilik kavramı KHK'da iki ayrı yerde düzenlenmiştir. Bunlardan birincisi bir teşebbüsün mal ve hizmetlerinin bir başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayrılmasına uygun olma anlamına gelirken (KHK md.5), ikincisi 7/son maddede düzenlenen soyut bir ayırt edici niteliği değil, tanınmış markanın tanınımlık derecesinin tespitinde olduğu gibi, hak sahibinin belirli mal veya hizmetlerinin diğer işletmelerinkinden ayırt edilmesi anlamında somut bir ayırt edici niteliği ifade eder.²⁴ Burada bahsi geçen 7/son maddede, işaretin kullanımı yoluyla kazanılmış ayırt edici niteliklidir. Örneğin; internet ortamında elektronik adres olarak kullanılabilen domain nameler eylemli kullanım sonucunda salt bir internet adresi olmaktan öte gidip, toplum içinde sahibi ve kullanıldığı mal veya hizmeti işaret eden bağımsız bir güç kazanmış ise ayırt edici nitelik kazanmış demektir.

Burada ayrıca ayırt edici niteliğin kazanıldığı toplumsal çevrenin de tanımlanması gerekir. Bu anlamda ilgili toplumsal çevre, tescilsiz marka veya diğer işaretlerin kullanıldığı mal veya hizmetlerin gerçek ya da potansiyel tüketicileri, bu alandaki iş çevreleri ve mal veya hizmetlerin dağıtım kanallarında yer alan görevli kişilerdir. Ancak her bir somut olayda bunun ayrıca tespiti, gerekirse bilirkişi incelemesi yapılmak suretiyle belirlenmesi gerekecektir.

(23) KARAHAN, Sami; "Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları", sh. 111, Mimoza Yayınları - Konya

(24) DİRİKKAN, Hanife; "Tanınmış Markanın Korunması" Sh. 35, Seçkin, Ankara 2003

Yine maddede bahsi geçen “..ticaret sırasında kullanma..” ifadesi üzerinde de durulmak gerekir. Bir görüşe göre bundan amaç kullanmanın marka hukukuna özgü olması gerektiğidir.²⁵ Nitekim Yargıtay HGK. 27.2.2002 tarih ve 11-62 E. 115 K. sayılı ilamında aynı olguyu kabul ederek, marka hukukuna özgü kullanma olmadığından, tescilli ticaret unvanına dayalı davanın reddine karar vermiştir. Bizim de katıldığımız karşı görüşe göre ise, madde metninde açıkça tescilsiz markalar yanında ticaret sırasında kullanılan diğer işaretlere değinilmiştir. Bu işaretler içerisine tescilsiz ticaret unvanlarının, işletme adlarının, domain namelerin ve benzeri özel olarak korunmayan sınai hakların girdiği açıktır. Bu tür işaretlerin ise sağladığı haklardan yararlanmak için marka hukukuna özgü olarak kullanılmaları şart değildir. Aslında buna gerek de yoktur. Nitekim yasa koyucu getirdiği hükümlerle ticaretle her ne amaç altında olursa olsun kullanılan işaretler için koruma getirmek istemiştir.²⁶ Şu halde kullanımın marka hukukuna özgü olması gerekli görünmemektedir.

Ayırt edicilikle ilgili son bir husus da, bu koşulun ancak tescil başvurusunun iyi niyetli olarak yapıldığı hallerde aranacak olmasıdır. Başvuru sahibi kötü niyetli ise, kötü niyet hiçbir zaman korunmayacağından, artık işaretin ayırt edici nitelik kazanıp kazanmadığı üzerinde durmaya gerek kalmayacaktır.

ii- İşaret Ayırt Edici Nitelik Kazanmamışsa

Tescilsiz marka veya ticaret sırasında kullanılan diğer işaretlerin kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanmamış olmaları halinde durum ne olacaktır? Ünal Tekinalp dipnotlarda bahsi geçen eserinin 360. sayfasında, işaret

(25) YASAMAN, Altay, Ayoğlu, Yusufoğlu, Yüksel; “Marka Hukuku, 556 sayılı KHK Şerhi” Cilt 1. Sh. 406 Vedat Kitapçılık, Ekim 2004.

TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, Betaş 2.Bası, sh. 360

(26) DİRİKKAN, Hanife; “Tanınmış Markanın Korunması” Sh. 26, Dip not 77, Seçkin, Ankara 2003
KARAN, Hakan ve KILIÇ, Mehmet; “Markaların Korunması ve 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat” , Sh.207; Turhan Kitapevi - 2004

sahibinin hakkının dayanağının 6762 sayılı TTK.'nun 57/5 maddesindeki haksız rekabet olduğunu, KHK'nın 8/3-a maddesinde ayırt edicilik kazanma gibi bir olgudan bahsedilmediğini, 7/2 maddede vurgulanmış olmasının ortada bir tescilli marka bulunması nedenine dayandığını, oysa burada böyle bir markanın henüz tescil edilmediğini söyleyerek, işaret ayırt edici nitelik kazanmamış olsa da durumun değişmeyeceğini ve tescile itiraz edilebileceğini ifade etmiştir.

Yukarıdaki bölümlerde açıklandığı gibi KHK'nın 6. maddesine göre, markadan kaynaklanan hak ancak tescil ile doğmaktadır.Öte yandan her ne kadar aynı veya benzer bir işaretin marka olarak başkası tarafından kullanılmasına engel olunması temel bir markalar hukuku prensibi ise de, somut konuda KHK'nın 8/3-a maddesine dayalı olarak itiraz eden kişinin tescilli bir markası olmaması nedeniyle KHK'ya dayanması mümkün değildir. Açıklanan nedenlerle 8/3-a maddesine dayalı itirazın yasal dayanağının haksız rekabet olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Öte yandan KHK'nın 8/3-a maddesinde gerçekten bir ayırt edici nitelik kazanmadan bahsedilmemiştir. Dahası 551 sayılı yasanın 15/II maddesinde "fiilen ihdas ve istimal" ile "piyasada maruf hale getirme" koşulları arandığı halde, KHK'da "piyasada maruf hale getirme" koşuluna yer verilmemiş olması karşısında salt eylemli kullanmanın yeterli olabileceği düşünülebilir. Ne var ki böyle bir koşulun maddenin doğası gereği mutlaka aranması gerektiği düşünülmektedir. Çünkü KHK ile böyle bir koruma sağlamanın amacı markanın sadece ilk kez kullanılmaya başlanmış olması değil, tescilsiz olarak kullanılan bu işaretlerin belli bir tanınmışlık düzeyine gelmiş olmasıdır.²⁷ Örneğin, tescilsiz marka veya ticaret alanında kullanılan diğer işaretlerin ayırt edici nitelik taşımamaları veya çok küçük bir bölgede tanınmaları hallerinde,

(27) KARAHAN, Sami; "Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları", sh. 114, Mimoza Yayınları - Konya

tüm ülke genelinde korumanın talep edildiği marka tescilini engellemesi doğru olacak mıdır? Eş anlatımla böyle durumlarda ortada gerçekten bir haksız rekabet var mıdır? Çünkü haksız rekabet varsa itiraz yasal olacak, aksi halde itirazın yapılması mümkün olmayacaktır. Örnekte belirtildiği gibi söz gelimi doğu bölgelerinde bulunan ve küçük bir ilçede kullanılan ve o ilçe sınırları içinde bilinen bir işaretin aynısının veya benzerinin, İstanbul'da merkezi bulunan bir şirket tarafından marka olarak seçilmesi ve tescilinin istenmesi halinde, küçük ilçedeki teşebbüsün bir zararının olacağını söylemek mümkün değildir. Böyle olunca da esasen ortada bir haksız rekabet de olmayacaktır. Çünkü bilindiği gibi haksız rekabetten bahsedebilmek için bir zararın veya zarar tehlikesinin bulunması gerekir. Şu halde ülke çapında ve önemli sayılacak bir bölgede ayırt edici nitelik kazanmamış olan işaretlerin salt önceden eylemli olarak kullanılıyor olmaları nedeniyle üçüncü kişilerin marka tescillerine engel olmalarını kabul etmek doğru olmayacaktır. Bir başka anlatımla bu tür işaretlerin sahipleri üçüncü kişinin markayı kullanmasını Türkiye genelinde yasaklayabiliyorsa veya bu üçüncü kişinin kullanımı tescilsiz marka veya işaret sahibine bir zarar veriyor veya böyle bir tehlike yaratıyorsa, kısaca haksız rekabete neden oluyorsa bu takdirde KHK'nın 8/3-a maddesi anlamında bir itiraz hakkının olduğundan bahsetmek gerekecektir. Aksi yoldaki bir yorum kanaatimizce doğru olmayacaktır. Ancak böyle bir durumda, markasını tescil ettiren ve tüm ülkede koruma elde eden kişinin de önceki eylemli kullanım sahibini eski kullanımından men edememesi gerekecektir.²⁸

iii-Tanınmış Markalar Yönünden

556 sayılı KHK'nın 7/1-i maddesinde sahibi tarafından izin verilmeyen Paris Sözleşmesinin 1 inci mükerrer 6 ncı maddesine göre tanınmış markaların tescilleri mümkün değildir. Tanınmış bir markanın ise evleviyet kuralı

(28) DİRİKKAN, Hanife; "Tanınmış Markanın Korunması" Sh. 29, Dip not 86, Seçkin, Ankara 2003

gereğince haydi haydi KHK'nın 7/son maddesi anlamında ayırt edici nitelik kazandığı ortadadır. Açıklanan nedenlerle Türkiye'de tescil ettirilmemiş tanınmış marka sahiplerinin de tescile itiraz etme haklarının olduğu açıktır.

c- İşaretin Sahibine Sonraki Bir Markanın kullanılmasını Yasaklama Hakkı Vermesi (md. 8/3-b)

KHK'nın 8/3-b maddesi anlamındaki yasaklama hakkı ya Madrid Sözleşmesi Protokolünden ya da 556 sayılı KHK'nın zaman içinde uygulanması ile ilgili hükümlerinden gelmektedir.²⁹

Madrid Protokolünün 2. maddesine göre ulusal marka ofislerine yapılan başvuru kabul edilip tescil sağlanırsa, bunlardan yapılan tescile "esas tescil", başvuruya da "esas başvuru" denilmektedir. Esas başvuru veya tescil sahibi kişi, aynı başvurusunu Protokolün 3, 3/B ve 4. maddeleri gereğince Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatının (WIPO) Uluslararası Bürosuna tescil ettirirse, bu tescil uluslar arası tescil adını almakta ve başvuruda gösterilen ülkelerin tamamında tescil edilmiş ulusal markalarla aynı koruma hakkını elde etmektedir. Böylece markasını uluslar arası tescil ettiren bir kişi, ulusal tescili sağlamasa da KHK'nın 8/3-b maddesi gereğince aynı veya benzer işaretin üçüncü kişi tarafından tescil ettirilmesine itiraz hakkını elde etmiş olmaktadır.

KHK'nın 8/3-b maddesindeki yasaklama hakkının aynı zamanda KHK'nın zaman içinde uygulanmasından da doğması mümkündür. Buna göre mülga 551 sayılı Markalar Kanunu zamanında kazanılmış haklar 8/3-b maddesine göre yapılacak itirazların dayanağını oluşturabilmektedir. Örneğin, 551 sayılı yasa zamanında tescil edilmeleri mümkün olmayan ancak eylemli olarak kullanılan hizmet markaları, 556 sayılı KHK'nın Geçici 2. maddesi gereğince yürürlük tarihinden itibaren 12 aylık süre içerisinde tescil ettiri-

(29) TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, Betaş 2.Bası, sh. 361

lebilecektir. Şu halde bu süre içerisinde bir üçüncü kişi aynı veya benzer işareti hizmet markası olarak tescil ettirmek isterse, buna KHK'nın 8/3-b maddesi gereğince itiraz etmek olanaklı olacaktır.

D-556 Sayılı KHK'nın 8/5 Maddesinin İrdelenmesi

556 sayılı KHK'nın 8/5. maddesinde; "Tescil için başvurusu yapılmış markanın, başkasına ait kişi ismi, fotoğrafı, telif hakkı veya herhangi bir sınai mülkiyet hakkını kapsaması halinde, hak sahibinin itirazı üzerine tescil başvurusu reddedilir" denilmiştir. Madde metninden anlaşıldığı kadarıyla Medeni Kanunun şahsiyet haklarından isim hakkı, fotoğraf üzerindeki haklar, 5846 sayılı FSEK korumasındaki telif hakları ve sınai haklar bu madde içinde düşünülmüştür.

Bunlardan isim ve fotoğraflar üzerindeki haklarla, telif haklarının neler olduğu belli olmakla birlikte sınai haklar konusunda net bir açıklık yoktur. Özellikle Türkiye özelinde tüm sınai hakların özel düzenlemelerle korunmadıkları düşünüldüğünde, sınai hakların neler oldukları önem kazanmaktadır. Kanaatimizce Paris Sözleşmesinin sınai hakları tanımlayan hükümleri ile 6762 sayılı TTK.'dan yararlanmak uygun olacaktır. Bu iki düzenleme birlikte düşünüldüğünde, ihtira beratları, faydalı modeller, sınai resim veya modeller (endüstriyel tasarımlar), fabrika veya ticaret markaları, hizmet markaları, ticaret unvanı, işletme adları, orijin işaretleri veya menşe adlandırmaları, logolar, domain namerler ile haksız rekabetin sınai haklar olabileceklerini söylemek mümkündür. İşte KHK'nın 8/V maddesinde değinilen bu sınai haklardan markalar hariç, bir şekilde tescilleri sağlanmış diğerlerinin birer itiraz ve hükümsüzlük nedeni olabilecekleri kabul edilmiştir.

KHK'nın 8/3 maddesi ile 8/5 maddesi arasındaki temel fark; ilkinde tescilsiz marka veya ticaret sırasında kullanılan diğer işaretin ihdas ve istimal ile belli bir tanınmışlık düzeyine getirilmesi ve her hangi bir şekilde tescil edilmemiş olması gerekirken, ikincisinde hakkın sadece tescil edilmiş olduğunu ispat etmek yeterli olup, ayrıca ihdas ve istimal ile belli bir tanınmışlık düze-

yine getirildiğinin ispatına gerek olmamasıdır. Ancak tescil sistemini ihtiyari olarak kabul eden 5846 sayılı Yasa ile şahsiyet haklarıyla ilgili Medeni Kanun düzenlemeleri dikkate alınarak tescille ilgili açıklamaların özellikle tescilli markalar hariç diğer sınai haklarla ilgili olduğu hatırdta tutulmalıdır.

a-Başkalarına Ait İsim ve Fotoğraflar

Ad kişileri diğer kişilerden ayıran ve toplumsal ilişkilerde onu belirleyen bir tanım, bir işarettir.³⁰ Ad kişiliğe bağlı haklardan olup önad ve soyad şeklinde ayrı ayrı kullanılabilceği gibi, birlikte de kullanılabilir. Hatta bazı sanatçı ve yazarlar gerçek adları yerine takma adlarını kullanmaktadır. Bunlardan gerçek ad ve soyadlar Medeni Kanunun koruması altında iken, takma adlar (müstear adlar) 5846 sayılı FSEK tarafından korunmaktadır. Netice itibariyle kişilik değerlerine sıkı sıkıya bağlı olan gerçek veya takma adların marka olarak kullanılması, eş anlatımla ticaret alanına çıkartılması çok önemli bir olgudur. Bu nedenle de başkalarının ad, soyad veya her ikisinin marka olarak kullanılması için mutlak surette izinlerinin alınması gerekir.

Özellikle tanınmış kişilerin veya önceden marka olarak tescil edilmiş isimlerin aynı ismin sahibi olunması nedeniyle yeniden marka olarak tescil ettirilmek istenmesi halinde, haksız rekabetin önlenmesi için tescil ettirilmek istenen isimlere bazı ilavelerin yapıp, farklı olduğunun ortaya konulması gerekir.

Başkalarının fotoğraflarının marka olarak kullanılmak istenmesi halinde de durum farklı olmayacak, mutlak surette izin alınması gerekecektir.

b-Telif Hakları ve Sınai Mülkiyet Hakları

Burada 5846 sayılı yasayla koruma altına alınan telif hakları ile yukarıda sayılan ve tescilleri sağlanmış sınai haklar söz konusudur. İlim ve edebiyat

(30) YASAMAN, Altay, Ayoğlu, Yusufuğlu, Yüksel; "Marka Hukuku, 556 sayılı KHK Şerhi" Cilt 1. Sh. 419 Vedat Kitapçılık, Ekim 2004.

eserleri, musiki eserleri, güzel sanat eserleri ve sinema eserleri telif haklarını oluşturmaktadırlar. Bir şiirden alınmış mısralar, bir filmin veya romanın adı, üç boyutlu bir heykel veya bir tablo marka olarak tescil ettirilmek istendiğinde eser sahiplerinden izin almak gerekecektir. Aynı şekilde tescilleri sağlanmış patentler, faydalı modeller ve tasarımların da marka olarak tescilleri mümkün olup, sahiplerinin izinlerinin alınması koşuluyla marka olarak tescilleri mümkündür. Aksi halde her iki durumda da tescil talepleri itiraza uğrayıp, reddedilmesi mümkün olacaktır.

Bu bölümde ticaret unvanları ve işletme adları ayrıca irdelenmiştir. Bilindiği gibi gerçek kişi tacirlerin ticaret unvanları sadece tescilin yapıldığı il içinde korunurken, tüzel kişi tacirlerin ticaret unvanları tüm ülke genelinde korunmaktadır. Ayrıca Paris Sözleşmesinin 8. maddesi gereğince ticaret unvanları üye ülkelerde tescil koşulu aranmaksızın korunmak durumundadır. Aynı şekilde işletme adları da daha sınırlı olmakla birlikte tescilin yapıldığı yer itibarıyla TTK. koruması altındadır. Şimdi ülke genelinde veya il sınırları içinde tescilli bir ticaret unvanı veya işletme adıyla aynı veya benzer olan bir ibarenin marka olarak tescil ettirilmek istenmesi halinde durum ne olacaktır? Eğer tescil aynı ve benzer ticari alanda ve ürünler yönünden yapılıyorsa, ayrıca böyle bir tescil iltibas ya da iltibas tehlikesi yaratıyorsa sorun yoktur. Yani tescil istemi itiraz üzerine reddedilecektir. Ancak markanın kullanılacağı ticari alanda ticaret unvanı/işletme adı sahibinin bir faaliyeti yoksa durum ne olacaktır? TTK. ve KHK'da açık bir hüküm olmadığından bahsedip, tüm ülke genelinde koruma altında bulunan ticaret unvanı nedeniyle tescil istemi reddedilebilecek midir? Ya da belli bir il sınırı içinde koruma altında bulunan ve farklı bir ticari alanda kullanılmak üzere tescil ettirilmiş işletme adının tescile etkisi ne olacaktır? Kanaatimizce böyle durumlarda TTK'nın 56 ve 57. maddelerindeki haksız rekabet ile KHK'nın 8/1-b maddesindeki ilkeler gözüne alınıp unvan ve markanın kullanılacağı alanlar farklı ise ve ortada haksız rekabet doğuracak bir durum söz konusu değilse tescil istemi kabul edilebilmeli, aksi halde reddedilmelidir. Bir başka anlatımla önceki bölümlerde

belirtilen ilkeler burada da aynen uygulanmalıdır.

4-556 Sayılı KHK'nın 7/1-b ve 8/3 Maddelerinin Karşılaştırılması

A-556 Sayılı KHK'nın 7/1-b Maddesi

556 sayılı KHK'nın 22.6.2004 tarih ve 5194 sayılı yasayla değişik 7/1-b maddesinde; *"Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan markalar tescil edilemez."* ifadelerine yer verilmiştir. Bu hüküm gereğince aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer bir işaretin aynı veya benzer ürünler yönünden bir başkası adına eş zamanlı olarak tescili mümkün değildir. Kısaca bu maddeyle mükerrer marka tescilleri önlenmiş ve bir markanın ancak bir maliki olabileceği varsayımından hareketle aynı anda ikinci bir marka maliki yaratılmak istenmemiştir. Aslında bu kural markalardaki "Öncelik İlkesinin" doğal bir sonucudur.³¹

Bu maddeye göre mükerrer tescilin önlenmesi için üç şartın bir arada bulunması gerekir. Birincisi, markalardan birinin önce tescil edilmiş olması veya tescili için başvurusunun yapılmış bulunması; ikincisi, markaların ikisinin de aynı veya benzer ürün ve hizmetler için tescil ettirilmek istenmesi; nihayet üçüncüsü, markaların birbirlerinin aynısı veya ayırt edilemeyecek kadar benzeri olmaları gerekmektedir. Bu üç şartın bir arada bulunması halinde artık markalar arasında iltibas veya iltibas tehlikesinin olup olmadığı üzerinde durulmayacak, böyle bir durumda işin doğası gereği iltibasın mutlak surette bulunduğu kabul edilecektir.³² Kaldı ki, aynı olgu TRIPs sözleşme-

(31) TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, Betaş 2.Bası, sh. 361 Bu ilkeye göre marka olarak tescil edilmiş veya tescili için başvurusu yapılmış bir işaret, aynı mal ve hizmetler için başkası adına tescil ettirilemez. Hatta Yargıtay 11.HD. 20.1.2001 tarih ve 9368/640 sayılı Çaparı kararında, bu hükmün kapsamını genişletmiş ve davacının ticaret unvanının esaslı unsuru olan ibarenin başkası tarafından hizmet markası ve işletme adı olarak tescil ettirilmek istenmesini 7/1-b maddesine aykırı görmüştür.

(32) KARAHAN, Sami; "Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları", sh. 32-33, Mimoza Yayınları - Konya

sinin 16/1-ikinci cümlesinde; *“Aynı mal veya hizmetler için aynı işaretin kullanılması halinde, karışıklık halinin mevcut olduğu varsayılacaktır.”* şeklinde açıkça vurgulanmıştır.

Maddede bahsi geçen “aynı” ve “ayırt edilemeyecek kadar benzer” ifadeleri üzerinde de durulmak gerekir. Bunlardan “aynı olmaktan” maksat her iki markanın da birbirlerinin özdeşi, tıpatıp aynısı, bire-bir taklidi olmaları demektir.³³ Eğer aralarında esaslı veya esaslı olmayan unsurlar ayrımı yapılmaksızın küçük de olsa bir fark varsa , birbirlerinin aynısı olarak kabul edilemeyecek, bu durumda ayırt edilemeyecek kadar aynı/benzer olup olmadıkları üzerinde durulacaktır. Bu olgu tespit edilirken markaların her birinin unsurları teker teker değil de, markaların bütün olarak tüketiciler üzerinde bıraktıkları genel izlenim ve intiba dikkate alınıp bir sonuca ulaşılabilecektir. Örneğin, OMO ile MOMO, Adidas ile Adibas markaları birbirlerinin ayırt edilemeyecek kadar benzeri olan markalardır. Aynı şekilde yabancı kelimelerden oluşmuş markaların Türkçe okunuşlarının tescil ettirilmek istenmesi halinde de aynı durum söz konusu olabilir. Bu bağlamda Nike ile Nayki, GMC ile Cemse, Le'vis ile Livays markaları bu şekilde düşünülebilecek örneklerdir.

Yine markaların kullanılacağı mal veya hizmetlerin türlerinin de aynı olması gerekmektedir. Bilindiği gibi markalar hukuku açısından mal ve hizmetlerin tespiti Nice Anlaşmasına göre TPE tarafından çıkartılan tebliğlere göre belirlenmektedir. Bu tebliğlerde mal ve hizmetler sınıflara, sınıflar da kendi içinde alt gruplara ayrılmıştır. Karine olarak aynı sınıfta bulunan mal veya hizmetlerin birbirlerinin benzeri, aynı grupta bulunanların ise birbirlerinin aynısı oldukları kabul edilmiştir. Ancak bu tebliğler idari niteliktedir ve mahkemeleleri bağlayıcı nitelikte değildirler. Esas itibarıyla markaların tescilleri sırasında

(33) KARAN, Hakan ve KILIÇ, Mehmet; “Markaların Korunması ve 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat” , Sh.82; Turhan Kitapevi - 2004

kullanıldıklarından kabul edilen bu karinelerin aksinin her zaman ispatı mümkün olup, her bir olayda ayrıca incelenmelidir.³⁴

B-556 Sayılı KHK'nın 7/son Maddesi

Yukarıda özetlenen KHK'nın 7/1-b maddesindeki düzenleme istisnasız ve katı bir şekilde uygulanan bir kural değildir. Özellikle KHK'nın 7/son maddesindeki 22.6.2004 tarih ve 5194 sayılı yasayla yapılan değişiklikten önce, sonradan tescil ettirmek istenen marka kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanmış ise, tescil istemi 7/1-b maddesi gereğince reddedilemiyordu. Aynı şekilde sonradan tescil ettirmek istenen marka, Paris Sözleşmesinin birinci mükerrer 6. maddesi anlamında tanınmış marka ise ve Türkiye'de tescilli değilse, evleviyet kuralı gereğince KHK'nın kaldırılan 7/son maddesi anlamında ayırt edici nitelik kazanmış olduğu varsayılarak tescil edilebiliyordu. Böylece tanınmış markalar yanında kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanmış tescilsiz markalar da korunuyor, tescilsiz bu markaların ikinci kez mükerrer tescillerine izin veriliyordu. Eş anlatımla ayırt edici nitelik kazanan işaretlerin tescili, marka hukukundaki "öncelik ilkesinin" istisnasını oluşturuyordu.³⁵ Böyle bir durumda, yasa koyucu "ayırt edici nitelik" dolayısıyla piyasada aynı ve aynıyet içinde bulunan markaların varlığından rahatsızlık duymuyor, kazanılan ayırt edici niteliğin karıştırılma (iltibas) riskini ortadan kaldıracığını kabul ediyor, ayrıca tescilsiz kullanılan işaretlere tescil imkanı tanıyarak sınırlı bir koruma sağlıyordu.³⁶

Ancak 5194 sayılı yasayla yapılan değişiklikle KHK'nın 7/son maddesinden 7/1-b maddesi için getirilen istisna çıkartılıp, 7/1-a maddesi istisna kapsamına alınmıştır. Yapılan bu düzenlemeyle KHK'nın 7/1-a ve bu maddenin yollama yaptığı 5. madde gereğince ayırt edici nitelik taşımamaları nedeniyle

(34) KARAN, Hakan ve KILIÇ, Mehmet; "Markaların Korunması ve 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat", Sh.83-84; Turhan Kitapevi - 2004

(35) TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, Betaş 2.Bası, sh. 354

(36) TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, Betaş 2.Bası, sh. 344

le marka olarak tescil edilemeyecek işaretlere tescil imkanı verilmiştir. Ne var ki, yukarıda 3-C-b-i ve ii nolu bölümlerde açıklandığı gibi, KHK'nın 5 ve 7/1-a maddesinde bahsi geçen ayırt edici nitelik ile 7/son maddesindeki ayırt edici nitelik birbirlerinden farklıdır. Bunlardan 7/son maddedeki ayırt edicilik kendini ticari hayatta kanıtlama, işaretle gerek mal gerekse bunu üreten işletme arasında bir ilişki kuracak derecede güçlü değildir. Oysa 5 ve 7/1-a maddelerindeki ayırt edici olma, soyut anlamda işletmelerin mal ve hizmetlerini birbirlerinden ayırmayı sağlamadığıdır. Şu halde KHK'nın 7/son maddesindeki ayırt edici niteliğin 5 ve 7/1-a maddelerindeki ayırt etmeyi sağlama niteliğinden daha güçlü, kapsamlı ve onu da içine alacak genişlikte olduğunu söylemek mümkündür. Açıklanan nedenlerle de KHK'nın 7/son maddesinde yapılan değişikliğin ayırt edici niteliğin tanımı ve kabulündeki gerekçeleri üzerinde bir değişiklik yapmadığı ortadadır. Hal böyle olunca da **KHK'nın 7/son maddesinin üzerinde durduğu esas olgunun "ayırt edici nitelik kazanma" olduğunu söylemek mümkündür.** Burada bahsi geçen *"ayırt edici nitelik kazanma kavramının temelinde iki düşünce vardır. Birincisi kazanılan ayırt edici nitelik ile birbirinin aynısı veya benzeri olan iki marka arasındaki karıştırılma riskinin ortadan kalktığı, toplumun ilgili kesiminin mal ve hizmetlerin işletmesel köken farklılıklarının bilincine vardığı, ikinci düşünce ise, tescilli/tescilsiz markaya yapılan yatırımın, yani inşa edilen imgenin korunmasıdır."*³⁷ Açıklanan bu durum karşısında ise, 7/son maddesinde 5194 sayılı yasayla yapılan değişikliğin emek, para ve mesai harcanmak suretiyle ayırt edici hale getirilmiş tescilsiz markaların mükerrer olarak tescillerinin halen mümkün olduğunu söylemek olanaklı olacaktır. Çünkü böyle bir durumda toplumun ilgili kesimi yönünden iltibas tehlikesi ortadan kalkmakta, ayrıca tescilsiz marka sahibinin bu yolda yaptığı masraf ve gayretler teminat altına alınmaktadır.³⁸

(37) TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, Betaş 2.Bası, sh. 355

(38) TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, Betaş 2.Bası, sh. 355-356. Tekinalp'a göre, 556 sayılı KHK. kazanılan ayırt edici nitelik nedeniyle piyasada aynı veya aynıyet içinde bulunan markaların varlığından rahatsızlık duymamakta, kazanılan ayırt edici niteliğin karıştırılma riskini ortadan kaldıracağını kabul etmekte ve aynı zamanda da tescilsiz kullanılan işarete tescil hakkı tanıyarak sınırlı bir koruma bahşedilmektedir. Karşı görüş için YASAMAN, Altay, Ayoğlu, Yusufoglu, Yüksel; "Marka Hukuku, 556 sayılı KHK Şerhi" Cilt 1. Sh. 279-284. Vedat Kitapçılık, Ekim 2004.

B- KHK'nın 8/3 ve 7/1-b, son Maddeleri Arasındaki İlişki

Yukarıdaki bölümlerde açıklanmaya çalışıldığı gibi KHK'nın 8/3 maddesi gereğince, tescilsiz bir markanın veya ticaret alanında kullanılan sair bir işaretin maliki, tescilsiz markasını veya işaretinin aynısını ya da benzerini, üçüncü bir kişinin marka başvuru veya rüçhan hakkı kullanılmış ise bu tarihten önce fiilen kullanmaya başlayıp, bu kullanım sonucunda tescilsiz markasını veya işareti ayırt edici hale getirmiş ise, üçüncü kişinin tescil başvurusuna itiraz etmesi, tescil bir şekilde yapılmış ise, KHK'nın 42/1-b maddesi gereğince hükümsüzlüğünü talep etmesi olanaklıdır. Aynı imkanın Paris Sözleşmesinin birinci mükerrer 6. maddesi anlamında tanınmış marka olup da, Türkiye'de tescilli olmayan markalar yönünden de olanaklı olduğu kuşkusuzdur. Şu halde KHK'nın 8/3 veya 7/1-i maddesi anlamında hak sahibi olan tescilsiz marka malikleri, markalarının aynısının veya benzerlerinin bir başkası adına tescillerini önleyebilmekte, dahası tescil edilmiş iseler hükümsüz kılabilir. Burada cevabı aranan soru, bu durumda olan tescilsiz marka maliklerinin, aynı veya benzer işaretin aynı ve benzer ürünler yönünden kendilerinden önce bir şekilde üçüncü kişiler adına tescil ettirilmiş markaları hükümsüz kılmadan tescil başvurusu yapıp yapamayacaklarıdır? Türkiye'de tescilli olmayan ve KHK'nın 7/1-i maddesi anlamında tanınmış markanın tescil ettirmek istenmesi halinde, önüne 7/1-b maddesindeki engel çıkartılabilecek midir? KHK'nın 7/1-b maddesinde düzenlenen mutlak tescil engelinin Avrupa Birliği üye ülkelerindeki marka kanunlarında nispi tescil engeli olarak düzenlenmiş bulunması karşısında, tescil talebi 7/1-b maddesi nedeniyle reddedilen örneğin bir Fransız, böyle bir mutlak tescil engelinin Fransa'da Türk vatandaşlarına uygulanmadığını ileri sürüp, ayrıca Paris Sözleşmesinin 2. maddesine dayanarak tescil isteminin reddi yolundaki karara itiraz edebilecek midir? KHK'nın 8/3 maddesi anlamında hak sahibi bulunan kişinin marka hükümsüzlüğüyle ilgili 5 yıllık zamanaşımı süresini kaçırıp tescilli markayı iptal ettiremeyeceği durumlarda, tescilsiz markasını veya diğer işareti

ayırt edici hale getirmek için harcadığı emek, para ve mesaisi nasıl korunacaktır?

Yukarıda ilk anda akla gelen ve çoğaltılabilecek benzeri sorularla ilgili en uygun çözüm, kanaatimizce KHK'nın 8/3 maddesi anlamındaki hak sahibinin kullandığı tescilsiz markasını veya diğer işareti 7/son maddesi anlamında ayırt edici hale getirmiş olması halinde, önceden tescil edilmiş markanın hükümsüzlüğünü sağlamadan kendi adına tescil ettirebilmesine olanak tanımadır. Çünkü böyle bir hak sahibi zaten tescilli marka sahibi tarafından marka ihlali veya haksız rekabet yapmakla itham edilememekte, kullanımdan men edilememekte, dahası kendisine tescil aşamasında itiraz, tescilden sonra da hükümsüzlük dava açma hakkı dahi verilmektedir. Tüm bunlara karşın kullandığı işareti adına tescil ettiremeyecek olması bize doğru gözükmemektedir. Özellikle Paris Sözleşmesi ve TRIPs anlaşmaları gereğince koruma yükümlülüğü altına girdiğimiz Türkiye'deki tescilsiz tanınmış markaların tescil ettirilmek istenmesi halinde, istemin reddedilmesi uygun olmayacak, tam tersine önceden bir şekilde tescili sağlamış kötü niyetli kişiler ödüllendirilmiş olacaktır. Açıklanan nedenlerle önerilen çözümün kabulüyle hem uluslar arası düzenlemelerden kaynaklanan sıkıntılar giderilecek, hem de ayırt edici niteliğin temelinde yatan düşüncelerin gerçekleştirilmesi sağlanacaktır. Aksi halde 8/3 maddesi anlamındaki hak sahibini tescilsiz markasını kullanabilen, bu nedenle dava edilemeyen, bir başkasının aynı işareti tescil ettirmesine itiraz, tescil ettirmişse iptal davası açma hakkı bulunan, ancak kendi markasını tescil ettiremeyen bir duruma sokmuş oluruz ki, bunun tatmin edici izahını gerek kaynak gerekse çoğu Avrupa Birliği ülkelerinde nispi tescil engeli olarak kabul edilen KHK'nın 7/1-b maddesiyle yapmak pek kolay olmayacaktır.

BİBLİYOGRAFYA

YASAMAN, Altay, Ayoğlu, Yusufoğlu, Yüksel: "Marka Hukuku, 556 sayılı KHK Şerhi" Cilt I ve II. Vedat Kitapçılık, Ekim 2004.

ARKAN, Sabih: "Marka Hukuku Cilt I, II" A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1998.

DIRIKKAN, Hanife: "Tanınmış Markanın Korunması" Seçkin, Ankara 2003

TEKİNALP, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, Betaş 2. Bası

TRITTON, Guy: "Intellectual Property In Europe" Sweet and Maxwell, Second Edition; London

KARAN, Hakan ve KILIÇ, Mehmet: "Markaların Korunması ve 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat" Turhan Kitapevi, 2004.

KARAHAN, Sami: "Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları" Mimoza Yayınları, Konya

POROY, R. ve YASAMAN, H.: "Ticari İşletme Hukuku"

CUMHURİYET SAVCILARININ TEMYİZ SÜRESİ VE KANUN YOLUNA BAŞVURUDA YANILMA

Reha SÜMER ()*

ANLATIM DÜZENİ: A) Cumhuriyet Savcılarının Temyiz Süresi, B) Kanun Yolunun Belirlenmesinde Hata.

A) CUMHURİYET SAVCILARININ TEMYİZ SÜRESİ

Ülkemizin demokratikleşme ve hukuk devleti niteliğini pekiştirmeye yönelik reform sürecinde T.B.M.M.'ce yürütülen yoğun yasama faaliyeti sonrası yaşamsal önemde temel yasalar kabul edilerek 1.6.2005 tarihi itibarıyla yürürlüğe konulmuştur. Bu tarihten önce mahkemelerce verilen kararların yenilenen mevzuat hükümlerine uyumu konusunda da yürürlük ve uygulama yasaları düzenlenmiş ancak bu denli kapsamlı ve hızlı biçimde gelişen sürecin bazı aksaklıklara yol açması da tüm iyi niyetli çabalara karşın kaçınılmaz olmuştur. Üst Cumhuriyet Savcılarının görevli oldukları ağır ceza mahkemesinin yargı çevresindeki asliye ve sulh ceza mahkemelerinin kararları ile Cumhuriyet Savcılarının buldukları yer ağır ve asliye ceza mahkemelerince verilen hükümlere karşı temyiz yasa yoluna başvuru sürelerinin belirsizliği de belirtilen sorunlardan bir kısmını oluşturmaktadır. Geçiş dönemindeki benzer sorunların yargı organlarınca çözüme kavuşturulması gerekliliği anılan sorunun irdelenmesini zorunlu kılmıştır.

(*) Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi Tetkik Hakimi

Ağır ceza mahkemeleri bulunan yerlerde görevli Cumhuriyet Savcılarının yargı çevresindeki asliye ve sulh ceza mahkemelerinin kararlarına karşı temyiz yasa yoluna başvuru süresi 469 sayılı Mehakimi Şeri'yenin llgasına ve Mehakim Teşkilatına Ait Ahkamı Muaddil Kanununun 825 sayılı Ceza Kanununun Mevkii Meri'yete Vaz'ına Müteallik Kanununun 28. maddesi ile değişik 5. maddesinin 2. fıkrasında otuz gün¹, kendi merkezlerindeki mahkemelerden verilen kararlara karşı temyiz yasa yoluna başvuru süresi ise aynı yasa maddesinin 3. fıkrasında kanunen belli olan süre biçiminde belirlenmişti. Uygulamada bu hüküm, 1412 sayılı Yasanın 310/1 maddesine yapılan bir yolama olarak değerlendirilmekteydi. 469 sayılı Yasa ile 825 sayılı Yasanın 28. maddesi hükmü 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 54. ve 825 sayılı Yasanın tamamı ise 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 12/1-a maddeleriyle yürürlükten kaldırılmış bulunmaktadır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 260 ve devamı maddelerinde kanun yollarına ilişkin hükümler yer almaktadır. Yasa yollarına başvuru süreleri açısından itiraz, istinaf ve temyiz yasa yolları arasında herhangi bir ayrıma gidilmeksizin ortak bir süre saptanmıştır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 268, 273 ve 291. maddelerinde öngörülen başvuru süreleri yedi gündür. Yasa yolları ile ilgili geçiş dönemini düzenleyen kurallar, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda düzenlenmiştir. Anılan Yasanın 8/1 maddesinde "Bölge adliye mahkemelerinin, 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2. maddesi uyarınca Resmi Gazetede

(1) Y.C.G.K. 10.5.1993 gün, 6-120/146,
Y.C.G.K. 2.3.2004 gün, 2-44/58
Y.2.C.D. 16.11.1993 gün, 12900/12543,
Y.2.C.D. 18.9.1990 gün, 8169/9173,
Y.4.C.D. 6.3.1990 gün, 1217/1468,
Y.5.C.D. 9.9.1993 gün, 2913/3090,
Y.5.C.D. 5.12.1984 gün, 3931/4654,

ilan edilecek göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun (1412 sayılı Yasa) 322. maddesinin dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraları hariç olmak üzere, 305 ila 326. maddeleri uygulanır.” hükmüne yer verilmiştir. Şu ana kadar bölge adliye mahkemeleri teşkilatı oluşturulamamış ve faaliyete başlamamıştır. Bu nedenle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun istinaf ve temyiz yasa yollarına ilişkin hükümleri bölge adliye mahkemeleri göreve başlayınca kadar uygulanamayacaktır. Belirtilen dönemde 1412 sayılı C.M.U.K.’nin 305-326. maddeleri hükümleri uygulanmaya devam olunacaktır. Yasa koyucu, 1412 sayılı Yasanın 305 ila 326. maddelerinin yürürlüğünü saklı tutmasına ilişkin 5320 sayılı Yasanın 18/2 maddesine benzer bir düzenlemeyi 469 ve 825 sayılı Yasalar için öngörmüştür. 469 ve 825 sayılı Yasaların yürürlükte olduğu dönemde üst Cumhuriyet savcılarının yargı çevresindeki asliye ve sulh ceza mahkemelerinin kararlarına karşı temyiz yasa yoluna başvuru süresi otuz gün olarak kabul edilip uygulanıyordu. 469 ve 825 sayılı Yasalar yürürlükten kaldırıldığına ve yürürlükleri konusunda saklı bir hükme de yer verilmediğine göre üst Cumhuriyet savcılarının görevli oldukları ağır ceza mahkemesinin yargı çevresindeki asliye ve sulh ceza mahkemelerince verilen hükümler ile Cumhuriyet savcılarının buldukları yer ağır ve asliye ceza mahkemelerince verilen kararlara karşı temyiz yasa yoluna başvuru süresi konusunda yasal bir boşluk bulunduğu tartışmasızdır. Kanaatimizce belirtilen yasal boşluğun ceza muhakemesi alanında yasaklanmayan kıyas yöntemiyle giderilmesi gerekmektedir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca ceza kanunlarının suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyasa başvurulamaz² ise de ceza

(2) Özgenç, İzzet T.C.K. Şerhi Genel Hükümler s. 81-86
Özbek, Veli Özer Yeni T.C.K.’nin Anlamı cilt 1 Genel Hükümler 2. bası s. 158
Centel/Zafer/Çakmut Türk Ceza Hukukuna Giriş 3. bası s. 95-96
Toroslu, Nevzat Ceza Hukuku Genel Kısım Ekim 2005 s. 60-61
Dönmezer/Erman Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku 1. cilt 8. bası s. 194-195

muhakemesi kanunlarında kural olarak kıyas olanaklıdır³. Bu nedenle yasa koyucu da 5237 sayılı T.C.K.'nun 2/3 maddesinde "Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz" hükmüne yer verdiği halde benzer bir düzenlemeyi 5271 sayılı Yasa için öngörmemiştir. Kıyas, bir konudaki kural boşluğunun hukuk düzeninin bütünlüğü içinde en benzer hukuk kuralı bulunarak doldurulması faaliyetidir.

Üst Cumhuriyet Savcılarının görevli oldukları ağır ceza mahkemesinin yargı çevresindeki asliye ve sulh ceza mahkemelerinin hükümleri ile Cumhuriyet savcılarının buldukları yer ağır ve asliye ceza mahkemelerince verilen kararlara karşı temyiz yasa yoluna başvuru süresi yönünden oluşan yasal boşluğun giderilmesi için kıyasen uygulanacak yasa hükmünün belirlenmesi önem taşımaktadır. Kanaatimizce bu konuda gözetilmesi gereken yasal hüküm, 1412 sayılı C.M.U.K'nun temyiz talebi ve süresi başlığını taşıyan 310. maddesidir. Anılan maddede iki farklı temyiz süresi öngörülmüştür. Maddenin 1. fıkrasında "Temyiz talebi, hükmün tefhiminden bir hafta içinde hükmü veren mahkemeye bir dilekçe verilmesi veya zabıt katibine yapılacak beyanla olur, beyan tutanağa geçirilir ve tutanak hakime tasdik ettirilir" 3. fıkrasında ise "Sulh mahkemelerinin temyizi kabil kararları, yargı çevresi içinde buldukları asliye ve ağır ceza mahkemeleri nezdindeki Cumhuriyet Savcıları tarafından, tefhim tarihinden itibaren bir ay içinde temyiz edilebilir" hükümleri yer almaktadır. Belirtilen maddenin 1.mi yoksa 3. fıkrası hükmü mü kıyasen uygulanmalıdır? Bu aşamada sorunun çözümü konusunda farklı düşünceler ortaya çıkabilir.

(3) Erem, Faruk Ceza Usul Hukuku 5. bası s. 71

Kunter, Nurullah Ceza Muhakemesi Hukuku 8. bası s. 538 n.319

Öztiirk, Bahri Yeni Ceza Muhakemesi Hukukunun Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu 5271 sayılı C.M.K. seminer notları

Birinci gruptakiler, 1. fıkradaki yedi günlük sürenin;

a) genel kural niteliği taşıması,

b) temyize başvurma hakkı olan kişiler açısından herhangi bir ayırım yapılmamış olması,

nedenleriyle üst Cumhuriyet savcılarının görevli oldukları ağır ceza mahkemesinin yargı çevresindeki asliye ve sulh ceza mahkemelerinin kararları ile Cumhuriyet savcılarının kendi merkezlerindeki ağır ve asliye ceza mahkemelerince verilen kararlara karşı temyiz yasa yoluna başvuru süresi hakkında da kıyasen uygulanabileceğini ileri sürebilirler.

İkinci grupta yer alanlar, 3. fıkrada öngörülen bir aylık sürenin;

a) Cumhuriyet savcıları yönünden özel bir hüküm niteliğinde olduğunu,

b) aynı yargı çevresindeki sulh ve asliye ceza mahkemelerinin kararları arasında temyiz yasa yoluna başvuru süresi açısından bir farklılık yaratmanın herhangi bir yasal dayanağı bulunmadığını,

c) öngörülen sürenin tefhimle birlikte işlemeye başladığını,

belirtip üst Cumhuriyet savcılarının görevli oldukları ağır ceza mahkemesinin yargı çevresindeki asliye ve sulh ceza mahkemelerinin kararları ile Cumhuriyet savcılarının buldukları yer ağır ve asliye ceza mahkemelerince verilen hükümlere karşı temyiz yasa yoluna başvuru süresi hakkında da kıyasen uygulanması gerektiğini iddia edebilirler.

Üçüncü gruptakiler ise; sorunun üst Cumhuriyet savcılarının görevli oldukları ağır ceza mahkemesinin yargı çevresindeki asliye ve sulh ceza mahkemelerinin hükümleri ile Cumhuriyet savcılarının buldukları yer ağır ve asliye ceza mahkemelerince verilen kararlar açısından ayrı ayrı ele alınması gerektiğini ve birinci grubun gerekçelerinin, Cumhuriyet savcılarının buldukları yer ağır ve asliye ceza mahkemelerince verilen kararlara karşı temyiz

yasa yoluna başvuru süresi yönünden, ikinci grubun gerekçelerinin ise üst Cumhuriyet savcılarının görevli oldukları ağır ceza mahkemesinin yargı çevresindeki asliye ve sulh ceza mahkemelerinin hükümlerine karşı temyiz yasa yoluna başvuru süresi açısından kabul edilebileceğini düşünebilirler.

Kanaatimizce son düşünce daha isabetlidir. Gerçekten de yasa koyucu 1412 sayılı Yasanın 1. fıkrasında temyiz süresine ilişkin genel kuralı belirttikten sonra 3. fıkrada Cumhuriyet savcılığı açısından daha uzun bir temyiz süresi öngörmüştür. Anılan bir aylık sürenin belirlenmesinde; a) Cumhuriyet savcılarının sulh ceza mahkemesindeki duruşmalara katılmamaları nedeniyle verilen kararları ancak Cumhuriyet savcılığına gönderildiğinde öğrenebilmeleri, b) sulh ceza mahkemelerince verilen kısa kararların gerekçelerinin yazılması ve Cumhuriyet savcılığına gönderilmesi için yapılacak çalışmaların belli bir zaman alacağı yolundaki düşünceler etkili olmuştur. Belirtilen gerekçeler üst Cumhuriyet savcılarının görevli oldukları ağır ceza mahkemesinin yargı çevresindeki asliye ve sulh ceza mahkemelerinin kararları açısından da geçerlidir. Çünkü üst Cumhuriyet savcılığı da anılan mahkemelerin duruşmalarına katılmadıkları gibi asliye ve sulh ceza mahkemelerince verilen hükümlerin gerekçelerinin yazılıp üst Cumhuriyet savcılığına gönderilmesi belli bir zaman almaktadır. Aynı gerekçeleri Cumhuriyet savcılarının buldukları yer ağır ve asliye ceza mahkemelerinin kararları açısından ileri sürmek olanaksızdır. Cumhuriyet savcılarının buldukları yer ağır ve asliye ceza mahkemelerinin duruşmalarına katılarak verilen karardan haberdar oldukları dikkate alındığında bu kararların temyizi durumunda 1412 sayılı Yasanın 310/1 maddesindeki genel kuralın uygulanması doğru olacaktır. Bu yaklaşım Cumhuriyet savcılarının mahkeme kararlarına karşı yasa yoluna başvuru haklarını kullanmalarını engelleyebilecek olumsuzlukları da önleyecektir. Ayrıca 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun yasa yollarına başvuru hakkını düzenleyen 260. maddesinin 2. fıkrasındaki yazım biçimi de görüşümüzü destekler niteliktedir.

Bölge adliye mahkemelerinin Resmi Gazetede ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar 1412 sayılı Yasanın 310/3 maddesinde sulh ceza mahkemelerinin kararlarına karşı temyiz yasa yolu için öngörülen bir aylık süreye ilişkin hükmün üst Cumhuriyet savcılarının görevli oldukları ağır ceza mahkemesinin yargı çevresinde bulunan asliye ve sulh ceza mahkemelerinin kararlarına karşı temyiz yasa yolu süresi yönünden; aynı Yasanın 310/1 maddesindeki bir haftalık sürenin de Cumhuriyet savcılarının buldukları yer ağır ve asliye ceza mahkemelerince verilen hükümlere karşı temyiz yasa yolu açısından kıyasen uygulanacağı yolundaki bir kabul hem yasal boşluğun giderilmesini hem de uygulamada birliği, eşitliği ve kolaylığı sağlayacaktır.

B) KANUN YOLUNUN BELİRLENMESİNDE HATA

5271 sayılı C.M.'nin 264. maddesinin 1. fıkrasında "Kabul edilebilir bir başvuruda kanun yolunun veya merciin belirlenmesinde yanılma, başvuranın haklarını ortadan kaldırmaz." 2. fıkrasında ise "Bu halde başvurunun yapıldığı merci, başvuruyu derhal görevli ve yetkili olan mercie gönderir." hükümleri yer almaktadır. Anılan Yasanın 260/1, 261, 262 ve 263. maddelerinde ise kanun yollarına başvurma hakkına sahip olanlar belirtilmiştir. Bu yasa hükümlerine göre hakim ve mahkeme kararlarına karşı kanun yollarına başvurabilecek kişiler şunlardır:

- 1) Cumhuriyet savcısı,
- 2) Şüpheli,
- 3) Sanık,
- 4) Bu kanuna göre katılan sıfatını taşıyanlar,
- 5) Katılma isteği karara bağlanmamış veya reddedilmiş olanlar,
- 6) Katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar,

- 7) Avukat,
- 8) Şüpheli veya sanığın yasal temsilcisi,
- 9) Şüpheli veya sanığın eşi,
- 10) Tutuklu bulunan şüpheli veya sanık

C.M.K.'nin 264. maddesinin yukarıda sayılan başvuru hakkı sahiplerinin tamamını kapsayacak biçimde uygulanacağı tasarının gerekçesinde ortaya konularak hakim ve mahkeme kararlarının biçimsel nitelikteki bazı nedenlerle denetim dışında bırakılması ve başvuru sırasındaki yanılığın kanun yoluna başvuranların hakları aleyhine bir sonuç doğurması engellenmek istenmiştir.

Başvuru sırasındaki yanılığın ya da yanlışlıkları iki başlık altında inceleyebiliriz.

1) Mercide yanılma: Başvuru hakkına sahip kişilerin kanun yolu başvurularını inceleyecek yasal mercide yanılıklarını kapsar.

2) Kanun yolu türünde yanılma: Bu yanılığın da başvuru hakkına sahip olanların başvurularında kanun yolu türünü yanlış göstermeleri anlaşılmalıdır.

Başvurulardaki yanılığın belirtilen durumlardan birisi ya da her ikisinden de kaynaklanabilir. C.M.K.'nin 264. maddesinin 2. fıkrası hükmü 1. fıkrasındaki hükmün uygulamasını somutlaştırarak açıklığa kavuşturmuştur. Böylece kanun yoluna başvuranın, hakim ya da mahkeme kararının hukuka aykırılığının saptanması başka bir deyişle denetlenmesi yönündeki iradesi etkin kılınmış olmaktadır.

Yeni düzenlemenin 1412 sayılı C.M.U.K.'nin 293. maddesinin yürürlükte olduğu döneme ilişkin uygulamadan ayrıldığı en önemli nokta Cumhuriyet savcılarının kanun yollarına başvuru sırasındaki yanılığlarıyla ilgilidir. 1412

sayılı Yasanın 293. maddesi 5271 sayılı Yasanın 264/1 maddesine benzer bir hüküm içermesine karşın Yargıtay ceza daireleri ve Y.C.G.K.⁴ çeşitli kararlarında anılan maddenin Cumhuriyet savcılarını hakkında uygulanamayacağını belirtmişlerdir. İçtihat yoluyla oluşturulan bu uygulamanın dayanağı Y.l.B.K.'nin 22.1.1962 gün ve 2/1 sayılı kararıdır. Anılan kararda özetle "Cumhuriyet savcılarının Yargıtay'a başvurma dilekçelerini hakim havaleyle hükmü temyiz edilen mahkemeye vermeleri gerekir. Cumhuriyet savcılarlarından başka Yargıtay yoluna başvurabileceklerin dilekçeleri için C.M.U.K.'nin 293. maddesi uygulanabilecektir." denilmektedir. Bu kararın sanıklar aleyhine sonuç doğurabileceği ve Cumhuriyet savcılarının da yoğun ve ağır bir iş yükü altında yanılığa düşmelerinin olağan sayılması gerektiği yolundaki düşünce 264. maddenin tasarının gerekçesinde⁵ açıkça belirtilmiştir.

Kanaatimizce de konuya bu yaklaşım biçimi uygulama açısından yararlı sonuçlar doğuracaktır. Ceza adaletini sağlarken hakların özünü koruma duygusu her zaman biçim kurallarının önünde yer almalıdır. Gerçekten de 5271 sayılı Yasanın 260/3 maddesinde Cumhuriyet savcısının sanık lehine olarak da kanun yollarına başvurabileceği belirtilmiştir. Cumhuriyet savcısı-

-
- (4) Y.C.G.K. 30.11.1999 gün, 6/281-295,
Y.C.G.K. 21.11.2000 gün, 9/223-226,
Y.C.G.K. 8.10.2002 gün, 6-195/349,
Y.C.G.K. 4.2.2003 gün, 9-9/3.

- (5) 5271 sayılı C.M.K.'nin 264. maddesine ilişkin yasa tasarısının gerekçesi:
Tasarı hakim ve mahkeme kararlarında hukuka aykırılık ve yanlışlık olabileceğini kabul ve bunlara karşı kanun yollarını açık tutarken, Cumhuriyet savcısı dahil başvuru hakkı olanların da mercide veya kanun yolunun belirlenmesinde yanılığa düşebileceklerini öngörmüş ve bunu karşılamak üzere bu maddeyi getirmiştir.

Madde uyarınca, Cumhuriyet savcısının, şüpheli veya sanığın, avukatın, davaya katılanın, yasal temsilcinin veya eşin kabulü gerekli bir kanun yolu istemi salt mercinin veya kanun yolunun belirlenmesinde yanılı nedeniyle, başvuranın hukukunu ihlal etmeyecek, dilekçe veya tutanağın verildiği merci bunu, zaman yitirmeden, yetkili ve görevli mercie gönderecektir.

Cumhuriyet savcılarının yoğun ve ağır bir iş yükü altında bulunmaları nedeniyle yanılığa düşmeleri olasıdır. Öte yandan, Cumhuriyet savcılarının kanun yolu başvurularının toplum yararına, toplumun hukukunu bozan bir durumun düzeltilmesini sağlama amacına yönelik olduğu ve sanık lehine de başvurabilecekleri düşüncesiyle, bu konuda sınırlama koyan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 22/1/1962 gün ve 2/1 sayılı kararını aşmak üzere, madde açık hüküm getirmiştir.

nin hukuki hatalar içeren bir hakim ya da mahkeme kararının düzeltilmesi için yaptığı kanun yolu başvurusunu merci veya kanun yolu türündeki yanıl-gı nedeniyle reddetmek, ceza yargılamasının "maddi gerçeği araştırıp bul-ma" amacının gerçekleşmesini engelleyebileceği gibi giderilmesi tamamen veya kısmen olanaksız kişi ya da kamu zararına yol açabilecektir. Hem top-lum düzeni ve kamu çıkarlarının hem de toplumu oluşturan bireylerin hakla-rının savunucusu konumundaki Cumhuriyet savcılarının kanun yolu başvu-rusundaki yanılırları da madde kapsamına alınarak⁶ Cumhuriyet savcılarının kanun yoluna başvuru haklarını kullanmaları önündeki kısmi engel de orta-dan kaldırılmıştır. Madde gerekçesinin uygulamada da benimsendiği Yargı-tay'ın son dönemde verdiği kararlardan da anlaşılmaktadır.⁷

—oOo—

-
- (6) Yaşar, Osman Uygulamalı ve Yorumlu 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu 2005, s. 1159-1160
Donay, Süheyl Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, 2005, s. 332
- (7) Y.4.C.D. 14.9.2005 gün, 2005/8958-10945 (Cumhuriyet savcısının kanun yolu türünde yanılmasına ilişkin)

KAYNAKÇA

BAYYURT, Yıldırım: Gerekçeli, Karşılaştırmalı, Tablolu 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara 2005

Centel/Zafer/Çakmut: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. bası, İstanbul 2005

DONAY, Sühey: Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu 1. bası, İstanbul 2005

DÖNMEZER, Erman: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku 1. Cilt, 8. bası, İstanbul 1983

EREM, Faruk: Ceza Usul Hukuku, 5. bası, Ankara 1978

Kaban/Aşaner/Güven/Yalvaç: Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararları (Eylül 1996-Temmuz 2001) Ankara 2001.

Kaban/Aşaner/Güven/Yalvaç: Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararları (Eylül 2001-Temmuz 2004) Ankara 2004.

KUNTER, Nurullah: Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. bası, İstanbul 1986

ÖZBEK, Veli Özer: Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı cilt 1 Genel Hükümler, 2. bası, Ankara 2005

ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler, Ankara 2005

ÖZTÜRK, Bahri: Yeni Ceza Muhakemesi Hukukunun Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu 5271 sayılı CMK. seminer notları, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı İnternet Sitesi

TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2005

YAŞAR, Osman: Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
cilt 2, Ankara 1998

YAŞAR, Osman: Uygulamalı ve Yorumlu 5271 sayılı Yeni Ceza Muha-
kemesi Kanunu, Ankara 2005

YENİ SEÇİLENLER, EMEKLİLİK NEDENİYLE YARGITAY'DAN AYRILANLAR

Ersin DAMAR (*)

YENİ SEÇİLENLER (**)

Zeki AKAR

01.04.1944 tarihinde Tokat/Niksar'da doğmuştur. Sivas 4 Eylül Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1967 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Isparta'da yedek subay teğmen olarak yapmıştır.

Tokat hakim adayı olarak mesleğe başlayan **Akar**; sırasıyla Tunceli-Ovacık Hakim Yardımcılığı, Koyulhisar, Erdemli, Gerede Hakimliği, Adalet Müfettişliği, Adalet Başmüfettişliği, Ankara Ticaret Mahkemesi Üyeliği ve Ankara Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

26.05.1997 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen **Zeki Akar**, Yargıtay Onaltıncı Hukuk Dairesi Üyesi iken, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca 13.02.2006 tarihinde Yargıtay Birinci Başkanvekilliğine (Hukuk) seçilmiş olup, halen bu görevini sürdürmektedir. "**Kamulaştırma ve Kamulaştırma-sız El Atma Davaları**" adlı eseri vardır.

Süleyman SAPANOĞLU

01.03.1944 tarihinde Elbistan'da doğmuştur. Gaziantep Lisesini bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1967 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Afyonkarahisar'da yedek subay olarak yapmıştır.

(*) Yargıtay Yayın İşleri Müdürü

(**) Sıralama Kıdeme göre yapılmıştır.

Gaziantep hakim adayı olarak mesleğe başlayan **Sapanoğlu**; sırasıyla Şemdinli Hakim Yardımcılığı, Gülnar, Fatsa ve Sakarya Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

23.11.1989 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen **Süleyman Sapanoğlu**, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca 11.11.2001 tarihinde ilk kez, 15.11.2005 tarihinde ikinci kez Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi Başkanlığına seçilmiş olup, halen bu görevini sürdürmektedir.

Hasan GERÇEKER

01.06.1946 tarihinde Ankara'da doğmuştur. Ankara Gazi Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1970 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini İstanbul'da yedek subay olarak yapmıştır.

Ankara hakim adayı olarak mesleğe başlayan **Gerçeker**; sırasıyla Doğubeyazıt, Pazaryeri, Aksaray Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Askeri Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Yardımcılığı ve Yargıtay Tetkik Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

20.01.1995 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen **Hasan Gerçeker**, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca 21.01.2002 tarihinde ilk kez, 23.01.2006 tarihinde ikinci kez Yargıtay Dokuzuncu Ceza Dairesi Başkanlığına seçilmiş olup, halen bu görevini sürdürmektedir.

Ülkü AYDIN

26.09.1945 tarihinde Ankara'da doğmuştur. Ankara Kız Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1967 yılında mezun olmuştur.

Yargıtay Raportörü olarak mesleğe başlayan **Aydın**; Yargıtay Tetkik Hakimliği görevinde bulunmuştur.

15.08.1991 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen **Ülkü Aydın**, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca 23.01.2006 tarihinde Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi Başkanlığına seçilmiş olup, halen bu görevini sürdürmektedir. İngilizce bilen **Aydın**, Ankara Üniversitesinde Borçlar Hukuku dalında master yapmıştır.

Yusuf Kenan DOĞAN

09.01.1944 tarihinde Malatya'da doğmuştur. Malatya Lisesini bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1966 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Edirne'de yedek subay olarak yapmıştır.

Malatya hakim adayı olarak mesleğe başlayan **Doğan**; sırasıyla Derik, Akdağmadeni Hakimliği, Yüksek Hakimler Kurulu Müfettiş Hakimliği, Adalet Müfettişliği ve Başmüfettişliği, Adalet Bakanlığı Müsteşar Yardımcılığı ve Müsteşarlığı, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Üyeliği, Basın İlan Kurulu Üyeliği ve Yönetim Kurulu Başkanlığı ile Adalet Bakanlığı Yüksek Müşavirliği görevlerinde bulunmuştur.

27.05.1996 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen **Yusuf Kenan Doğan**, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca 22.02.2006 tarihinde Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi Başkanlığına seçilmiş olup, halen bu görevini sürdürmektedir.

Ramazan Yaman TAŞAN

1942 yılında Şarkikaraağaç'ta doğmuştur. Konya Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1965 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Babaeski'de yedek subay teğmen olarak yapmıştır.

Ankara hakim adayı olarak mesleğe başlayan **Taşan**; sırasıyla Gerger, Kulu, Emirdağ Hakimliği, Yargıtay Tetkik Hakimliği, Ankara Sıkıyönetim Mahkemesi Hakimliği ve Yargıtay Tetkik Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

04.02.1999 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen **Ramazan Yaman Taşan**, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca 20.02.2006 tarihinde Yargıtay Birinci Ceza Dairesi Başkanlığına seçilmiş olup, halen bu görevini sürdürmektedir.

EMEKLİLİK NEDENİYLE YARGITAY'DAN AYRILANLAR (*)**Kamil ACAR**

01.12.1940 tarihinde İznik'te doğmuştur. Aydın Lisesini bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1963 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini İstanbul'da yedek subay olarak yapmıştır.

İstanbul hakim adayı olarak mesleğe başlayan **Acar**; sırasıyla Karlıova, Pehlivan köyü, Kırklareli, İstanbul ve Kadıköy Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

15.08.1991 Yargıtay Üyeliğine seçilen **Kamil Acar**, Yargıtay Ondokuzuncu Hukuk Dairesi Üyesi ve Adalet Akademisi Başkanı olarak görevini sürdürmekte iken, yaş sınırı nedeniyle 01.12.2005 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

Dr. Bilal KARTAL

1941 yılında Adıyaman'da doğmuştur. Kahramanmaraş Lisesini bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1967 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Sarıkamış'ta yedek subay olarak yapmıştır.

İstanbul hakim adayı olarak mesleğe başlayan **Kartal**; sırasıyla Çınar Hakim Yardımcılığı, Mesudiye, Suşehri Hakimliği ve Yargıtay Tetkik Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

12.11.1987 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen **Dr. Bilal Kartal**, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca 28.04.1998 tarihinde ilk kez, 29.04.2002 tarihinde ikinci kez Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi Başkanlığına seçilmiş olup, bu görevini sürdürmekte iken, yaş sınırı nedeniyle 19.01.2006 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

(*) Sıralama emeklilik tarihine göre yapılmıştır.

Ankara Üniversitesinde özel hukuk alanında master, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi alanında doktora yapmış olan **Kartal'**ın çeşitli gazete ve dergilerde yayımlanmış yazıları vardır.

Mehmet Handan SURLU

01.02.1941 tarihinde Keskin'de doğmuştur. Kırıkkale Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1963 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Balıkesir'de yedek subay teğmen olarak yapmıştır.

Ankara ve Amasya hakim adayı olarak mesleğe başlayan **Surlu**; sırasıyla İmranlı, Afşin Hakimliği, Bitlis Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı, Denizli Hakimliği, Yüksek Hakimler ve Savcılar Kurulu Müfettiş Hakimliği ve Adalet Başmüfettişliği görevlerinde bulunmuştur.

03.09.1990 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen **Mehmet Handan Surlu**, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca 02.07.2002 tarihinde Yargıtay Ondördüncü Hukuk Dairesi Başkanlığına; bu görevini sürdürürken Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca 08.07.2004 tarihinde Yargıtay Birinci Başkanvekilliğine (Hukuk) seçilmiş olup, bu görevini sürdürmekte iken, yaş sınırı nedeniyle 01.02.2006 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

“Gerekçeli-İçtihatlı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun Şerhi”, **“Hukuk ve Cezada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı Nedeniyle Yargılamanın Yenilenmesi”**, **“Türk Hukukunda Mera, Yaylak ve Kışlaklar ve Mera Kanunu Şerhi”** (ortak), **“Öğreti ve Uygulamada Geçit Hakkı”** (ortak), **“Öğreti ve Uygulamada Mecra Hakkı”** (ortak) adlı eserleri ile yayımlanmış çeşitli mesleki makaleleri vardır.

Seydi YETKİN

16.02.1941 tarihinde Hekimhan'da doğmuştur. Malatya Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1964 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini yedek subay olarak yapmıştır.

Malatya hakim adayı olarak mesleğe başlayan **Yetkin**; sırasıyla Erfelek ve Ağrı Hakim Yardımcılığı, Ağrı, Çaycuma, Ordu Hakimliği, Erzincan Sıkıyönetim Mahkemesi Hakimliği, Ankara Hakimliği ve Ankara Adli Yargı Adalet Komisyonu Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

29.03.1994 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen **Seydi Yetkin**, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca 16.02.2005 tarihinde Birinci Ceza Dairesi Başkanlığına seçilmiş olup, bu görevini sürdürmekte iken, yaş sınırı nedeniyle 16.02.2006 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

Fransızca bilen **Yetkin**'in "**Ceza Mahkemelerinde Kararların Yazılması Duruşma Tutanağı-Keşif Konuları**" adlı eseri vardır.

Yılmaz ALASU

20.02.1941 tarihinde Karamürsel'de doğmuştur. Ankara Gazi Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1965 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Ağrı'da yedek subay teğmen olarak yapmıştır.

Erzincan hakim adayı olarak mesleğe başlayan **Alasu**; sırasıyla Torul, Selendi, Kula, Yalova Cumhuriyet Savcılığı, Tekirdağ ve Kocaeli Cumhuriyet Başsavcılığı görevlerinde bulunmuştur.

26.05.1986 yılında Yargıtay Üyeliğine seçilen **Yılmaz Alasu**, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca 10.03.2005 tarihinde Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi Başkanlığına seçilmiş olup, bu görevini sürdürmekte iken, yaş sınırı nedeniyle 20.02.2006 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

İngilizce bilen **Alasu**'nun, "**Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkındaki Kanun**", "**Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri**", "**İcra-İflas Kanunu**", "**Seçim Kanunu**", "**5917 Sayılı Kanun**", "**Efrada Suimuamele ve İşkence**", "**6136 sayılı Kanun**", "**İcra-İflas Suçları**", "**Seçim Suçları**", "**Hakkı Olmayan Yerlere Tecavüz**", "**Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hakkında Kanun**" ve "**3091 sayılı Kanuna Muhalefet**" adlı yayımlanmış eserleri vardır.

Keskin KAYLAN

02.03.1941 tarihinde Salihli'de doğmuştur. İzmir Namık Kemal Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1965 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Aşkale'de yedek subay olarak yapmıştır.

Ankara hakim adayı olarak mesleğe başlayan **Kaylan**; sırasıyla Tufanbeyli, Alaca ve Keskin Hakimliği, Develi Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı, Yargıtay Tetkik Hakimliği, Ankara Hakimliği, Ankara Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı ve Yargıtay Cumhuriyet Savcılığı görevlerinde bulunmuştur.

04.02.1999 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen **Keskin Kaylan**, Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmekte iken, yaş sınırı nedeniyle 02.03.2006 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

Ankara Üniversitesinde Medeni Hukuk dalında Master yapan **Kaylan**, Türk Ceza Yasası ve Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerin İnfazı Yasası Tasarılarını Hazırlayan komisyonlarda görev almıştır.

Mehmet Turgut OKYAY

04.03.1941 tarihinde Tut' da doğmuştur. Adana Erkek Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1964 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Kars'ta yedek subay olarak yapmıştır.

Adana hakim adayı olarak mesleğe başlayan **Okyay**; sırasıyla Gevaş, Ulus ve Osmaniye Hakimliği, Ödemiş, Gaziantep Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı, Gaziantep ve Ankara Adli Yargı Adalet Komisyonu Başkanlığı ile Ankara 2 No'lu Devlet Güvenlik Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

21.03.2000 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen **Mehmet Turgut Okyay**, Yargıtay Onuncu Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmekte iken, 04.03.2006 tarihi itibarıyla yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

Okyay'ın "Sevgi Doruklarında" adlı yayımlanmış şiir kitabı vardır.

YARGITAY YAYINLARI

- İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU ŞERHİ
(İkinci Bölüm-Çeşitli Sözleşme İlişkileri-Madde:184-551)
Dr. Herman BECKER, Çeviren:Dr. A. Suat DURA10.00 YTL.
- BORÇLAR HUKUKUNUN UMUMİ KISMI
Andreas von TUHR, Çeviren:Av. Cevat EDEGE10.00 YTL.
- UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ KARARLARI (Hukuk-Ceza) . 6.00 YTL.
- YARGITAY İ.BAŞKANLARININ ADALET YILI
AÇIŞ KONUŞMALARI(1943-1993) 6.00 YTL.
- YARGITAY KARARLARI DERGİSİ KILAVUZU (I),
Yıl:1975-1981 6.00 YTL.
- YARGITAY KARARLARI DERGİSİ KILAVUZU (II),
Yıl:1982-1986 6.00 YTL.
- YARGITAY KARARLARI DERGİSİ KILAVUZU (III),
Yıl:1987-1991 6.00 YTL.
- YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARI
HUKUK BÖLÜMÜ CİLT:610.00 YTL.
- YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARAR ÖZETLERİ
(Hukuk-Ceza) 1926-199810.00 YTL.
- ATATÜRK VE HUKUK10.00 YTL.
- Türk Hukuk Tarihi Sürecinde Yargıtay17.00 YTL. •
1926-2000 Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararları CD
(Bilgisayar Programı)75.00 YTL.
- 1975-2004 YKD CD (Bilgisayar Programı)160.00 YTL.