

Yıl: 37

Sıra Sayı: 134



KURULUŞ: OCAK - 1975

YARGITAY DERGISİ



Cilt : 37

TEMMUZ 2011

Sayı : 3

Sahibi : Yargıtay adına **A. Nazım KAYNAK** Yargıtay Başkanı
Yayın Müdürü : **Ersin DAMAR** Yargıtay Yayın İşleri Müdürü

Yayın Kurulu

Başkan

A. Vehbi AKSOY

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Üyesi

Üyeler

Sedat BAKICI

Yargıtay 8. Ceza Dairesi Başkanı

Sevgi SAKA

Yargıtay 7. Ceza Dairesi Üyesi

Ramazan TUNÇ

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Üyesi

A. Seçkin TOGAY

Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Üyesi

Yönetim ve Yazışma Adresi

Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü

Yargıtay Ek Binası,

Vekâletler Cad. No: 3

06658-Bakanlıklar/ANKARA

Telefon

(0-312) 419 34 17 – 425 16 32

Faks

(0-312) 419 41 11

Abone Servisi

(0-312) 416 11 38

Kapak Tasarımı ve Sayfa Düzeni

Ersin DAMAR

Baskı

SÖZKESEN Matbaacılık Tic. Ltd. Şti.

(0-312) 395 2110

ISSN 1300 - 0209

Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğünce
Üç Ayda Bir yayımlanır.

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

Hiç bir yerde **temsilcimiz yoktur.**

Ödemeli olarak Dergi Gönderilmez.

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

Abone Olmak İçin;

Abone bedeli; Yayın İşleri Müdürlüğümüzün **T.C. Ziraat Bankası Kızılay Şubesindeki [IBAN : TR760001000685390090145001]** nolu banka hesabına veya **Posta Çekleri Merkezindeki 92932** nolu posta çeki hesabına ya da bizzat **Müdürlüğümüz Veznesine** yatırılmalıdır.

Abone İşlemleri için Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.

İÇİNDEKİLER

Sayfa

CEZA HUKUKU

Salih Zeki İSKENDER

*Bağlılık Kuralı ve Suça Etki
Eden Nedenlerin (Ağırlaştırıcı ve
Hafifletici Nedenlerin) Suç
Ortaklarına Etkisi* 5-24

CEZA USUL HUKUKU

Av. Mesude ALTUNEL

*"Devlet Sırn" İçerdiği İddia
Edilen Bilgi ve Belgelerin
Ceza Yargılamasındaki Yeri*.....25-40

KAMU HUKUKU

Dr. Ayhan SARISU

*Tanıma Kavuşturulamayan
"Kamu Hizmeti"* 41-60

MEDENİ HUKUK

İsmail AKKOL

*Cumhuriyet Savcılığından
İntikal Ettirilen Tereke
Eşyasının Tasfiyesi*..... 61-92

TİCARET HUKUKU

Battal YILMAZ

*Türk Hukukunda Elektronik
Sözleşmeler ve İspat*..... 93-187



CEZA HUKUKU

BAĞLILIK KURALI ve SUÇA ETKİ EDEN NEDENLERİN (AĞIRLAŞTIRICI ve HAFİFLETİCİ NEDENLERİN) SUÇ ORTAKLARINA ETKİSİ

Salih Zeki İSKENDER (*)

ANLATIM DÜZENİ: I.Giriş, II.Kişiye ve Eyleme Bağlı Ağırlaştırıcı ve Hafifletici Nedenlerin Suç Ortaklarına Etkisi, 1.Genel Olarak, 2.Hafifletici Nedenlerin Faillere Suç Ortaklarına Etkisi, 3.Ağırlaştırıcı Nedenlerin Faillere ve Suç Ortaklarına Etkisi, A.Katı Bağlılık Kuralını Savunan Görüşler, B.Bağlılık Kuralı Hükümünün Yetersiz Olduğuna İlişen Görüşler, C.Birinci Ceza Dairesinin Uygulaması, III.Kişiye Bağlı (Özgü) ve Eyleme Bağlı Nedenler Ayırımına İlişkin Görüşler ve Birinci Ceza Dairesinin Uygulaması, 1.Öğretide İleri Sürülen Görüşler, 2.Birinci Ceza Dairesinin Uygulaması, IV.Sonuç ve Kanaatimiz, KAYNAKÇA

I. Giriş

Suçta katılma (iştirak) hükümlerinin düzenlenmesinde ikili sistemini benimseyen 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda tanımlandığı biçimiyle suçun unsurlarını bizzat gerçekleştirenlerin (eylem üzerinde hâkimiyet kuranların)

(*) *Yargıtay Birinci Ceza Dairesi Üyesi.*

fail olabileceği ilkesine yer verilmiştir. Bu bağlamda eylemi bizzat gerçekleştirenlerle (TCK. m. 37), eylem üzerinde etkinlik (hâkimiyet) kurmadan suçun işlenmesine Yasa'da belirtilen hareketlerle katkıda bulunanların cezalandırılmasına ilişkin suça katılma hükümlerini ayrıca düzenlemiştir.¹ (TCK. m. 38-40).

Bu düzenlemeye göre, yasalarda tanımlanan suçun icrai (yapıcı) hareketlerini gerçekleştirenler fail, suçun icrai hareketlerine doğrudan katılmadan aynı suçun işlenmesinde etkin olanlar *azmettiren* (TCK. m. 38) veya *yardım eden* (TCK. m. 39) olarak cezalandırılmaları gerekmektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu failliği "*suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri fail olarak sorumlu olur*" (TCK. m.37/1) şeklinde tanımlamıştır.

Öte yandan, eylem üzerinde etkinlik kurmamakla birlikte suçun işlenmesinde belirli koşullarda etkin olanlardan "*azmettirenin*" (TCK. m. 38), "*yardım edenin*" (TCK. m. 39) fail gibi değil, hukuksal konumlarına uyan yasal düzenlemelere göre cezalandırılacaklarını hükme bağlamıştır.

5237 sayılı TCK'nu "*suça iştirak için kasten ve hukuksal aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır,*" (TCK. m. 40/1) hükmüyle bağlılık kuralına yer vermiştir. Bu nedenledir ki, eylem üzerinde etkin olmayan (hâkimiyet kurmayan), azmettiren

1 KOCA/ÜZÜLMEZ, s.412

ya da yardım eden gibi suç ortakları cezalandırılacakları maddenin gerekçesinde ifade edilmiştir.

Aslında Ceza Yasası suça azmettirenin (TCK. m. 38) ve suça yardım edenin (TCK. m. 39) cezalandırılabilirliklerini düzenlemiştir. Bağlılık kuralı, gerekçede ifade edilenin aksine cezalandırılabilirlerini değil, faille suç ortaklarının faille ilişkilerini oldukça başarısız bir biçimde düzenlemektedir. Azmettirenlerin veya suça yardım edenlerin cezalandırılabilirmeleri için kasten, hukuka aykırı gerçekleştirdikleri bir eylemlerinin varlığı gereklidir. Böylece ortaya çıkan sonuç bakımından hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmiş olur.²

II. Kişiyeye ve Eyleme Bağlı Ağırlaştırıcı ve Hafifletici Nedenlerin Suç Ortaklarına Etkisi

1. Genel Olarak

Tartışmalı bir sorun olan suça etki eden “*kişiyeye ya da fiile bağlı ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenlerin*” suç ortaklarına etkisini kasten insan öldürmek suçlarıyla sınırlı olarak ve yeri geldikçe öğretiyeye yollama yaparak Yargıtay Birinci Ceza Dairesinin kararları ışığında açıklamaya çalışacağız.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bağlılık kuralı tanımlanırken, ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerin suç or-

2 DEMİRBAŞ, s. 466; **KOCA/ÜZÜLMEZ** s. 433; **ÖZGENÇ**, s. 476 vd.

CGK. 13.10.2009 T. 2009/1-194 E.- 2009/235 K. sayılı kararında şöyle denilmiştir: “Yeni yasada, iştirak halinde faillik ve şeriklik söz konusudur. Şeriklik de azmettiren ve yardım eden olarak ikiye ayrılmaktadır. Böylece 765 sayılı Yasada asli manevi fail sayılan azmettiren, 5237 sayılı Yasada fail olarak kabul edilmeyip şerikler arasında sayılmıştır. Bir suçun işlenmesinde asıl sorumluluk faille-re aittir, şerikler ise 40. maddede yer alan bağlılık kuralı gereğince sorumlu tutulabilmektedirler.”

taklarına etkisi (sirayeti) konusunda bir açıklamaya yer verilmemiş, “suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır” düzenlemesiyle yetinilmiştir.

765 sayılı TCK'nın 66 ve 67. maddelerinde eyleme ve kişiye bağlı ağırlaştırıcı nedenlerin, onu bilen suç ortaklarına etki edeceğini hükme bağlanmıştır.

5237 sayılı TCK'da bu hükümlere yer verilmemesinin amacı, bağlılık kuralını düzenleyen madenin gerekçesinde, “bu hükümlerin bağlılık kuralının henüz bilinmediği 19. yüzyıl ceza hukuku düşüncesinin ürünü olduğu ve bağlılık kuralına yer verildikten sonra, bu hükümlerin korunmasına gerek kalmadığı”³ şeklinde ifade edilmiştir.

Bu görüş, öğretilerde genellikle eleştirilmiştir.

Hafizoğulları/Özen'e göre;⁴ “bu düzenlemenin yetersiz olması karşısında yargıç kast kuralını uygulayarak sorunu aşacaktır. Bu çözüm yolu yasallık ilkesiyle çelişmez, çünkü kast kuralı yasadaki yer almaktadır.”

Erman;⁵ “Alman hukukundan esinlenerek 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda düzenlenen bağlılık kuralında Alman Ceza Yasasının 28. maddesine yer verilmemesi ciddi bir eksiklik olduğunu belirtmiş, ayrıca Alman Ceza Yasasının aynı yönde yorumlanmasının olanaksızlığını vurgulayarak, bu anlamda düzenleme yapılmasının gereksizliği yönündeki gerekçeye katılmadığını” söylemiştir.

3 ÖZGENÇ; s. 477; Benzer görüşte, **ZAFER** s. 234

4 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 360

5 ERMAN, s. 6

Aydın'a göre;⁶ *"ikilik sistemini benimseyen Alman ceza hukuku sisteminde bağluluk kuralı tipik olmayan davranışları yapanların da işlenen suçtan sorumlu tutulmasını sağlamak için kabul edilmiştir. Oysa TCK'da yer verilen düzenleme bağluluk kuralını yansıtmadığı gibi, bu kuralla ilgisi bulunmayan hükümler taşımaktadır. Yasa'da bağluluk kuralına yer verilmiş olması, ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerin suç ortaklarına etkisini çözmekten uzaktır."*⁷

Farklı bir görüşün savunucuları olan Koca/Üzülmez'e göre;⁸ *"Yeni TCK'da bağluluk kuralıyla bir suçun işlenmesine katılanların hangi koşullarda sorumlu olduğu açıkça belirtilmiş olduğundan, nitelikli durumların suç ortaklarına uygulanmasına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Böylece, nitelikli durumların etkisi konusunda yalnız bağluluk kuralının esas alınmasına 'katı bağluluk kuralı' denilmektedir. Buna göre suç ortaklarının sorumluluğu asıl faile göre belirlenecektir."*

2.Hafifletici Nedenlerin Faillere Suç Ortaklarına Etkisi

Öğretide ileri sürülen ve katıldığımız bir görüşe göre,⁹ *"nitelikleri gereği kişiye bağlı hafifletici nedenler yalnız ilgili kişilere uygulanırlar. Diğer suç ortakları bu hafifletici nedenlerden yararlanamazlar."*

Örneğin, failler için söz konusu olan haksız tahrik hükmü azmettirenlere ve suça yardım edenlere uygula-

6 AYDIN, s.231

7 Aynı görüşte, ÜNVER s. 70. Yollama yapan, AYDIN, s. 232, not 176

8 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 436

9 AYDIN, s. 232-233

namayacağı gibi, tersinden bakıldığında azmettirenlerden veya suça yardım edenlerden kaynaklanan bu neden failerin hukuksal durumlarına etki etmeyecektir.

Öte yandan eyleme (fiile) bağlı hafifletici nedenler nesnel olma nitelikleri gereği tüm suç ortakları bundan yararlanacaklardır. *Ancak bu hafifletici nedenlerin suç ortaklarına sirayeti sonucu değil, sorumluluğun gerçekte işlenen fiile bağlı olması ilkesi gereğidir. Bunların failer tarafından bilinmesinin önemi yoktur.*

Akbulut'a göre;¹⁰ *“cezanın indirilmesini sağlayan özgülük varsa bu yalnızca failer için geçerli olacaktır. Suça katılanlar için böyle bir neden varsa o zaman yalnız kendisinde bulunanlar bundan yaralanacak, bu özelliği taşımayan suç ortaklarına ve failere uygulanmayacaktır. Failin gerçekleştirdiği suçta bulunan cezanın indirilmesi nedenleri bu suça katılan herkese uygulanacaktır.”*

Yargıtay Birinci Ceza Dairesinin bu konuya ilişkin kararlarında şöyle denilmektedir:

• *“Suça azmettirenler bakımından geçerli olan tahrik nedeni kişisel olduğundan suça azmettirilenler bu indirimden yararlanamazlar.”¹¹*

• *“Tahrik altında eşini öldürenin yararlandığı haksız tahrik hükmünün bu suça yardım edene etki etmez.”¹²*

• *“Öldürülenin özel yaşamıyla ilgili eylem ve davranışlarından kendisine ve evlilik birliğinin devamı süresince sa-*

¹⁰ **AKBULUT**, s. 42

¹¹ 1. CD. 23.07.2008 T. 2007/9263 E.-2008/6219 K.

¹² 1. CD.28.04.2010 T. 2009/6772 E.-2010/3058 K.

dakat yükümlülüğü yönünden eşine karşı sorumlu olduğundan, suça doğrudan katılan ve bu sıfatı taşımayan suç ortaklarına tahrik hükümlerinin uygulanamaz.”¹³

3.Ağırlaştırıcı Nedenlerin Faillere ve Suç Ortaklarına Etkisi

Kişiye ve eyleme bağlı ağırlaştırıcı nedenlerin suç ortaklarına etkisi konusu öğretilerde tartışmalıdır.

A.Katı Bağlılık Kuralını Savunan Görüşler

Bu görüşe göre, suç ortaklarının sorumluluğu suçu doğrudan işleyenlere göre belirlenecektir. Ancak faillerin kendisinden kaynaklanan cezasızlık nedenleri bu suça katılanlara sirayet etmeyecektir.

Bağlılık kuralı tüm suç ortakları için aynı suçun işlenmesi olduğuna göre, ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler suç ortaklarına etki edecektir. Hafifletici nedenler bakımından bilme koşulunun aranmasına gerek olmamakla birlikte, ağırlaştırıcı nedenlerin etkisi için suç ortaklarıncı bilmesi zorunludur.¹⁴

Bu görüşte olanlar şu örnekleri vermektedirler. Suçun kanıtlarını gizlemek için babasını öldüren faile zehir vererek yardım eden kişi TCK'nın 82/1-d-h maddesinde tanımlanan nitelikli öldürme suçundan sorumlu olacaktır.

Kendi eşinin öldürüldüğü suça yardım eden kişi öldürme eylemini gerçekleştiren faile bağlı olduğundan,

13 1.CD. 28.04.2010 T. 2009/6772 E.-2010/3058 K.

14 ÖZBEK/KANBUR/BACAKSIZ/DOĞAN/TEPE, s. 494

kendi eşini öldürmeye yardımdan değil, fail gibi cezalandırılacaktır.¹⁵

Akbulut'a göre;¹⁶ "Yasalar suçların temel şeklienden sonra nitelikli unsurlarını düzenlerler. Bu unsurlar cezayı ağırlaştırabileceği gibi daha az ceza verilmesini belirleyebilirler."

"TCK'nın 40. maddesinin suça katılanların sorumluluğunu eksik düzenlememesi hukuksal anlamda sorun yaratmıştır.

Belirtilen maddede düzenlenen kişisel cezasızlık nedenleri suçun maddi unsurları kapsamı dışındadır. Kendisinde bulunan bu nedenin suça katılan diğerlerini etkilemesi söz konusu değildir. Bu nedenlere bakılarak suçun maddi unsurları arasında sayılan nitelikli durumların uygulanıp uygulanamayacağı belirlenemez. Maddi unsurlar kast kapsamına girmektedir. Aksi halde hata hükümleri gereğince sorumluluk tayin edilmektedir. Dolayısıyla şeriklerin sorumluluğu işlenen suça göre olduğundan ve suça katılma içinde kast arandığından, bu nitelikli durumlar bilmeyenlere uygulanmaz.

Nitelikli unsurların şeriklere uygulanması azmettirmenin ve yardım etmenin niteliğiyle ilgili olduğundan, başka deyimle iştirak kastları kapsamında olduğundan yasa koyucu bu konuda ayrıca bir belirleme yapmamıştır. Buna göre, kast kapsamında olmak, yani bilmek koşuluyla, tüm nitelikli unsurlar suç ortaklarına uygulanacaktır.

¹⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 436

¹⁶ AKBULUT, s. 34 vd.

Örneğin, babasını öldüren faile bu durumu bilerek silah veren kişi nitelikli insan öldürme suçundan sorumlu olacaktır. (m. 82/1-d).

Öte yandan, (C)'nin (A)'yı öldürmesi için azmettirdiği (B) eylemini canavarca hisle gerçekleştirirse, bu nitelikli unsur bakımından kastı yoksa basit öldürme suçundan sorumlu olacaktır.

Bu örneklere bakıldığında, Türk Ceza Kanunu bağlılık kuralını olduğu gibi uygulamakta ve 'katı bağlılık kuralını' benimsediği söylenebilir.

Sorun bu saptamayla kolayca çözülsede, ulaşılan sonuç doyurucu değildir.

Örneğin, (A), kendi kardeşi (B)'yi öldüren (C)'ye yardım etmesi durumunda, asli fail olan (C) basit öldürme suçundan (TCK. m. 81) sorumlu olacaktır. Yardım edenin sorumluluğu asli faile göre belirleneceğinden (A)'da kendi kardeşinin öldürülmesine yardım ettiği halde basit öldürme suçundan sorumlu olacaktır.

Azmettirme içinde bu durum geçerlidir. Örneğin, (A) kardeşi (B)'yi öldürmesi için (C)'yi azmettirirse, suçu işleyen (C)'nin öldürülenle akrabalığı olmadığı için basit öldürme suçundan, (A)'da asli faile bağlı olarak aynı şekilde cezalandırılacaktır. Oysa (A) bu suçu kendisi işleseydi kardeşini öldürdüğü için nitelikli durumdan (m. 82/1-d) sorumlu olacaktı.

Ayrıca, babası (A)'yı öldürmesi için (B)'yi azmettiren (C) nitelikli öldürme suçundan sorumlu olacaktır. Oysa suçu kendisi işleseydi basit öldürme suçundan cezalandırılacaktı.

Verilen örneklerden ortaya çıkan sonuçlar ve çözümler sakıncalıdır.

Sakıncalı sonuçlar ortaya çıkmasına karşın, katı bağlılık kuralını benimseyen bu sistemde, nitelikli unsurları kişiye ve eyleme bağlı olarak ayırarak her birinin farklı esaslara göre uygulanmasını önermek yerinde değildir.

Ayrıca nitelikli durumların failden suç ortaklarına ya da suç ortaklarından faile etki edeceğini söylemek yasanın sistemiyle bağdaşmaz. Çünkü bağlılık kuralı sorumluluğu düzenlememiştir, kaynağını göstermiştir.

Şerik doğrudan değil, başkasının faillik niteliğindeki hareketine katkı sağlayarak korunan hukuksal değere saldırmıştır. Ayrıca, TCK'nun azmettirmenin (m. 38) ve yardım etmenin (m. 39) düzenlendiği maddelerde bu suç ortaklarının cezasının işlenen suça göre cezalandırılacağını ifade etmiştir. Faili ölçü almamıştır.

Sınırlı bağlılık kuralı uygulanırken, açıklanan sakıncalarına da dikkat edilerek, nitelikli durumlar açısından özgün suçlarda, sınırlı bağlılık kuralı çerçevesinde şeriklerin sorumluluğu saptanırken, failin işlediği suça bağlı olarak ceza belirlenmekle birlikte şeriklik de göz önünde tutulmalıdır.

Örneğin, babasını öldürmek için bir başkasını bu suça azmettiren kişi fail basit öldürme suçundan (m. 81) sorumlu tutulsa da, azmettiren nitelikli durumdan (m. 82/1-d) sorumlu tutulmalıdır.

Tersi durumda, yasal düzenlemeye göre fail olmayan, suça azmettiren ya da katılan bağlılık kuralına göre sorumlu tutulurlar.

Ancak, burada failde olan özellik azmettiren veya yardım eden de yoktur. Taşımadığı bir nedenden dolayı cezayı arttırmak doğru değildir. Azmettirende bulunan nitelikli durumu bağlılık kuralı gereği faile uygulanmıyorsa, aynı biçimde failde bulunan özgürlük azmettiren ve yardım edene uygulanmamalıdır. Yoksa belirtildiği gibi sakıncalı durumlar ortaya çıkmaktadır.

Özgürlük dışındaki durumlarda failin işlediği suçta bulunan nitelikli durumlar bilmek koşuluyla suç ortaklarına uygulanmalıdır. Örneğin özgürlük dışındaki nitelikli durumlara ilişkin saik, amaç gibi unsurlar özgürlük taşımadığı için failde bulunan bu unsurlar bilmek koşuluyla suç ortaklarına uygulanmalıdır.

Örneğin, failin suç kanıtlarını gizlemek için birini öldürdüğünü bilerek yardım eden kişi fail gibi nitelikli durumdan (m. 82/1-h) cezalandırılmalıdır.

Tüm bu açıklamalara karşın, sınırlı bağlılık kuralının geçerli olduğu Alman Ceza Yasasının 28/2. maddesinde yer alan hüküm gibi kişisel nedenlerin (arttıran, ortadan kaldıran veya azaltan) ancak kendinde bulunan suç ortaklarına uygulanacağı yolunda bir düzenlemeye gidilmesi yerinde olacaktır.”

B.Bağlılık Kuralı Hükümünün Yetersiz Olduğuna İlişen Görüşler

Hafizoğulları/Özen,¹⁷ “kişiye bağlı suçu ağırlatan nedenlerin sırayeti için nedenin sadece ortaklar tarafından bilinmesi yetmez, ayrıca suçun işlenmesine etkili olması veya

¹⁷ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 362 vd.

suçun işlenmesini kolaylaştırması gerekir,¹⁸ görüşünü savunmaktadırlar: “Eyleme bağlı ağırlaştırıcı nedenlerin uygulanması bakımından, kast kuralı gereği, eyleme bağlı ağırlaştırıcı nedenler bilenler bakımından uygulanmalıdır.”

Demirbaş'a göre,¹⁹ “suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda, faillerden veya suç ortaklarından birinde bulunan suça tesir eden nedenini bilen fail veya suç ortağı bundan sorumlu olacaktır.

Örneğin, (A), (B) isimli kiralık katile karısını öldürtmesi durumunda, eğer (B), (A)'nın karısını öldürdüğünü biliyorsa, TCK'nın yer alan eş öldürmek ağırlaştırıcı suçtan sorumlu olacaktır.

Hakeri'ye²⁰ göre; “şeriklere sirayet, iştirakte sorumluluğun sınırının iştirak iradesiyle çizileceği kuralıyla bağdaşır olmalıdır.

Kanunumuz, nitelikli hallerin mevcudiyeti durumunda, bu halin kendinde bulunduğu dışında şeriklere de etki edip etmeyeceğine ilişkin olarak herhangi bir hüküm sevk etmemiştir.

Bu durumda nitelikli haller şeriklere sirayet edip etmeyeceği genel kurallara göre çözümlenmelidir. Suçu doğrudan birlikte işleyenler bakımından sirayet söz konusu olamamakla birlikte azmettiren ya da yardım edenin sorumluluğu, bağlılık kuralı gereğince, gerek failden suç ortaklarına, gerekse suç ortaklarından faile etki edecektir.

18 Sanırız ağırlaştırıcı nedenlerin uygulanması konusunda nedensellik bağı aramaktadırlar.

19 DEMİRBAŞ, s. 484

20 HAKERİ, s. 427 vd.

Ancak, eyleme bağılı cezayı artırıcı nitelikli nedenler bunu bilen ortaklarına uygulanır.”

C.Birinci Ceza Dairesinin Uygulaması

Kasten insan öldürme suçlarıyla sınırlı inceleme yapan Birinci Ceza Dairesi, birçok kararında ifade edildiği gibi ağırlaştırıcı nedenlerin suç ortaklarına etkisi bakımından, yasal tanımında yer alan suç ortakları birlikte işleyenler yönünden, eylemi birlikte gerçekleştiren faillerden birine bağılı kişisel ağırlaştırıcı nedenlerin diğerlerine etki etmeyeceği görüşündedir.

Örneğin Bir kararında şöyle denilmiştir:

• *Suç ortakları birlikte işleyen sanıklardan birinde bulunan akrabalık bağına ilişkin ağırlaştırıcı neden diğer sanığa etki etmez.*²¹

Suç ortaklarından (failden) kaynaklanan ağırlaştırıcı nedenin, bu durumu bilen ve suç ortaklarına (TCK. m.39) etki edeceğine (sirayet edeceğine) karar vermiştir.

Örneğin bir kararında:

• *Faile bağılı ağırlaştırıcı nedenlerin suç ortaklarına uygulanabileceğine hükmetmiştir.*²²

Azmettirenin, “işlenen suçun cezasıyla cezalandırılacağı” (TCK. m.38/1), başka bir anlatımla o suç ortakları kendisi işleseydi hangi cezayı alacaksa o ceza ile cezalandırılacağı ilkesi gereği kendisinden kaynaklanan (özgü) ağırlaştırıcı

²¹ 1. CD. 23.02.2010 T. 2010/629 E.-2010/1053 K.

²² 1. CD. 12.06.2008 T. 2008/489 E.-2008/4996 K.

nedenin uygulanmasını benimsemekle birlikte, bu kişiden kaynaklanan kişisel (özgü) ağırlaştırıcı nedenlerin (TCK. m. 82/1-d) azmettirilene etki etmeyeceğini benimsemektedir.

Bu uygulamasına şu kararını örnek olarak gösterebiliriz:

• *Azmettirilenin, azmettiren kişinin eşini öldürmesi olayında, azmettirilen olarak suçu tek başına işleyen sanığın öldürülenle akrabalık bağının bulunmadığı anlaşılacakla eşini öldürmeye azmettiren uygulanması gereken TCK'nun 82/1-d maddesine göre cezalandırılmaz.*²³

Ağırlıklı olarak uygulama bu yönde olmakla birlikte, Özel Dairenin bu ilkeye aykırı kararları da vardır. Örneğin:

• *Sanığın eşini öldürmek için azmettirdiği fail hakkında, bilmesi koşuluyla azmettirenin bağlı kişisel ağırlaştırıcı nedenin uygulanabileceğine karar vermiştir.*²⁴

III. Kişiyeye Bağlı (Özgü) ve Eyleme Bağlı Nedenler Ayırımına İlişkin Görüşler ve Birinci Ceza Dairesinin Uygulaması

1. Öğretide İleri Sürülen Görüşler

Bağlılık kuralını düzenleyen TCK'nın 40. maddesi gerekçesinde, "ağırlaştırıcı nedenlerin kişisel veya fiili olarak ayırımı tabi tutulması bilimsel olmadığı için, uygulamada duraksamalara ve çelişkili kararlara neden olmaktadır" ifadesine yer verilmiş olmasına karşın, gerek öğretide ve

²³ 1. CD. 10.02.2010 T. 2009/2844 E.-2010/758 K.

²⁴ 1. CD. 01.02.2010 T. 2010/438 E.-2010/493 K.

gerekse uygulamada bu ayırımı üzerinde durulmakta, yoğun eleştiriler yapılmaktadır.

Yapılan eleştiriler, özellikle TCK'nın 40 ve 30. maddeleri bağlamında kişisel ve eylemsel nitelikli durumlar ayırımı üzerinde yoğunlaşmıştır.

Erman'ın söylediğine göre;²⁵ *“Bağlılık kuralı kuramını benimseyen Alman Ceza Yasası kişiye ya da eyleme bağlı nitelikli durumlar ayırımı korumakta ve buna hukuksal sonuçlar bağlamaktadır. Ayrıca Alman öğretisi bu nitelikli durumların ayırımı için ayrıntılı ölçütler koymuştur. Kısmen tartışmalı olmakla birlikte bu görüşler uygulamada yerleşmiştir. Buna göre, öldürme suçu yönünden saikten ve failin şahsından kaynaklanan nedenlerin, Alman Ceza Yasasının 28. maddesi kapsamında kişisel nedenler sayılmaktadır. Buna karşılık suçun işleniş biçimine bağlı olanlar ise (örneğin eziyet çektirerek öldürme suçu gibi) maddi ağırlaştırıcı nedenler olarak benimsenmektedir.”*

Akbulut,²⁶ *“doğrudan eylemsel kişisel ayırımı üzerinde durmamakla birlikte, kişiye özgü ve suça bağlı nitelikli durumlardan söz ederek, örneğin, bir suçun kanutlarını yok etmek için nitelikli öldürme suçunun unsuru bakımından faille bağlı olmadığını”* söylemektedir.

Aydın'a göre,²⁷ *“kişisel nitelikli durumların failin kimliğinden veya mağdurun yakınlığından kaynaklanmakla birlikte, eylemsel nitelikli durumlar eylemin işlenişine bağlıdır. Eyleme bağlı ağırlaştırıcı nedenler, suçun işlenme biçimin-*

25 ERMAN, s. 5 vd.

26 AKBULUT, s. 41

27 AYDIN, s. 234, not: 122

den, suçta kullanılan araçtan, suçun işlendiği yer ve zamandan, mağdurun sıfatından, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığından kaynaklanabilir. Örneğin tahrik kişiye bağlı cezayı azaltıcı bir nedenken, taamüd ise suça bağlı bir nitelikli durumdur.”

Güngör,²⁸ kasten öldürme suçunun tasarlayarak, kan gütme saikiyle, töre saikiyle ve bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla işlenen nitelikli öldürme suçunun, kişiyile ilgili değil, eyleme bağlı olduğunu” söylemektedir.

Kanımızca Türk Ceza Yasasınının 82. maddesinde tanımlanan nitelikli öldürme suçlarında, 82/1-d fıkrasında yer alan, akrabalığa ilişkin “üstsoy veya altsoydan birine ya da eş veya kardeşe karşı” işlenen öldürme suçları dışında kalan nitelikli durumların eyleme bağlı olduğuna ilişkin görüşler yerindedir.

2. Birinci Ceza Dairesinin Uygulaması

Özel Daire bu konudaki kararlarında, tahrikin²⁹ ve akrabalığa bağlı nitelikli ağırlaştırıcı durumların³⁰ kişiye bağlı neden olduğunu, kan gütme saikiyle öldürme suçunun eyleme bağlı nitelikli bir eylem sayılması gerektiğini³¹ kabul etmektedir.

Bu konuda verdiği kararlarda şu görüşü benimsediğini anlamaktayız.

28 GÜNGÖR, s. 77

29 1. CD. 28.04.2010 T. 2009/6772 E.-2010/3058 K.

30 1. CD.16.12.2009 T. 2009/2628 E.-2009/7796 K.

31 bkz. not 36 ve 37’de anılan kararlar

• Sanıklar (F), (D) ve (E) kan gütme saikiyle (İ)'yi öldürmeye yönelik ortak kararları gereği sanık (E)'nin azmettirdiği, olayla ilgisi bulunmayan (S)'nin eylemi gerçekleştirdiği olayda, azmettirilen (S)'nin kan gütme saikiyle cezalandırılmasını benimsemiştir.³²

• Sanıklar (H)nin ve (M)'nin kan gütme saikiyle öldürmeye azmettirdikleri (İ)'nin gerçekleştirdiği eylemden dolayı kan gütme saikiyle cezalandırılmasını yerinde bulmuştur.³³

• Sanık (A)'nın töre saikiyle (Ş)'yi öldürmeye azmettirdiği ve azmettirenin saikini bilen azmettirilen failler (H); (M) ve (Y) töre saikinden sorumlu tutulmalarına karar verilmiştir.³⁴

IV.Sonuç ve Kanaatimiz

Öğretide, 5237 sayılı Yasada bağlilik kuralının düzenlenmesine karşın, Alman Ceza Yasasında yer alan 28. maddeye benzer bir hükme yer verilmemiş olmasının bir eksiklik olduğu ileri sürülmüştür.

Nitelikli durumların suç ortaklarına etkisine ilişkin yeni bir düzenlemenin yapılması, “katı bağlilik kuralı” uygulamasında yukarıda ortaya konulan örneklerde olduğu gibi adil ve doyurucu olmayan sonuçları önleyecektir.

Yüksek Yargıtay Birinci Ceza Dairesinin yukarıda değerlendirilen kararlarından çıkarılan sonuçlara gö-

32 1. CD. 24.12.2008 T. 2008/9715 E.-2008/8209 K.

33 1. CD. 01.07.2009 T. 2009/5808 E.-2009/4145 K.

34 1. CD. 11.05.2011 T. 2010/1190 E.-2011/3025 K.

re, kimi aykırı kararlar bir yana bırakılırsa, kişiye bağlı ağırlaştırıcı (özü) nedenlerin etkisi faile bağlı olarak belirlenmektedir. Başka bir deyişle suç bizzat işleyenden kaynaklanan kişisel ağırlaştırıcı nedenlerin suç ortaklarına etkisi kabul etmektedir. Ancak suç ortaklarından kaynaklanan ağırlaştırıcı nedenlerin faile etkisi olmayacağını karara bağlanmaktadır.

Öte yandan eyleme bağlı nitelikli durumların (örneğin, kan gütme; töre saikiyle öldürme suçlarında olduğu gibi) azmettirenenden azmettirilene etki edeceğini (sirayetini) kabul etmektedir.

Mevcut yasal düzenleme karşısında, Akbulut'un yukarıda yer verilen önerisi benimsenerek buna göre uygulama yapılması, kanımızca ortaya çıkan sakıncaları giderecek ve adil olacaktır.

KAYNAKÇA

AKBULUT, Berrin, Bağlılık Kuralı, III. Türk-Alman Ceza Hukuku Sempozyumunda (Yeditepe Üniversitesi, 13-15 Mart 2009) Sunulan Tebliğ; Yayınlanmamıştır.

DEVİRİM, Aydın, Türk Ceza Hukukunda İştirak, Yetkin, Ankara, 2010.

DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı; Seçkin yayını, Ankara, 2009.

ERMAN, Barış, İnci Ceza Dairesi Kararlarına İlişkin Değerlendirme, Yargıtay-Türk Ceza Hukuku Derneği Yargıtay Kararları Sempozyumuna Sunulan Tebliğ; Yayınlanmamıştır.

HAFIZOĞULLARI, Zeki-ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, US-A yayını; Akara, 2010.

HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8.b. Seçkin yayını, Ankara, 2009.

KOCA Mahmut-ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 3. Baskı, Seçkin yayını, Ankara 2010.

ÖZBEK, Veli Özer; KANBUR, Nihat; BACAKSIZ, Pınar; DOĞAN, Koray; TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Seçkin yayını, Ankara, 2010.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 5. baskı Seçkin yayını; Ankara, 2010.

GÜNGÖR, Devrim, Ceza Hukukunda Fiil Üstüne Hata, Yetkin yayını; Ankara 2007.

Salih Zeki İSKENDER

**BAĞLILIK KURALI ve SUÇA ETKİ EDEN
NEDENLERİN (AĞIRLAŞTIRICI ve HAFİFLETİCİ
NEDENLERİN) SUÇ ORTAKLARINA ETKİSİ**

ÜNVER, Yener, Yeni Türk Ceza Kanununda Sorumluluk, Ceza Hukuku Dergisi, sayı 1; 2006.

ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Beta yayını. İstanbul, 2010.



“DEVLET SIRRI” İÇERDİĞİ İDDİA EDİLEN BİLGİ VE BELGELERİN CEZA YARGILAMASINDAKİ YERİ

Av. Mesude ALTUNEL ()*

ANLATIM DÜZENİ: “Devlet Sırrı”na Genel Bir Bakış, “Devlet Sırrı” Kavramı, “Devlet Sırrı” İçerdiği İddia Edilen Bilgi ve Belgelerin Ceza Yargılamasındaki Yeri, Devlet Sırrı Kanunu Tasarısı, Sonuç

“Devlet Sırrı”na Genel Bir Bakış

Devlet sırrı ile ilgili mülahazalar, Aydınlanma sürecine paralel bir zeminde baş göstermiştir. Aydınlanma, Devletin organları, kurum ve kuruluşlarındaki kişilerin, fiil ve işlemlerinin denetlenebilir, hesap sorulabilir olmasıdır. Toplumda egemenliğin kaynağının beşeri irade olması, egemenliği kullanan organ ve kişilerin eylem ve işlemlerinin öğrenilebilmesi, değerlendirilebilmesi ve denetlenebilmesi düşüncesini doğurmuştur. Değerlendirme ve denetleme, ancak söz konusu fiil ve işlemlere nüfuz etmek, yani onların bilgisine ulaşmakla mümkündür ki; bu noktada da devletin, gizli saklı eylem ve işlemlerinin olup olamayacağı meselesi ortaya çıkmıştır.

(*) *Ankara Barosu Üyesi*, e-posta: av.m.altunel@hotmail.com

Klasik Ceza Hukuku Okulu'nun kurucusu Carrara, iradeleri ile bir kamu tüzel kişisi olan Devleti oluşturan kimselerin Devlete karşı suç işleyemeyeceklerini, bu bağlamda kişilerin Devletin belge ve bilgilerini öğrenmek hakları olduğunu; öyleyse onlara karşı Devletin sırlarının olamayacağını savunanlardandır. Ancak tarihten günümüze dek, çıkarları gerektirdiğinde (örneğin; güvenliğinin sağlanmasında, Devletin hayati çıkarı bulunmaktadır. Güven içinde olması, varlığını sürdürmesi için Devletin, gizli kalması gereken askeri, siyasi bilgi ve belgelere sahip olmasını zorunlu kılmaktadır) Devletin gizlenecek bilgi ve belgelerinin olabileceği düşüncesi ağır basmıştır. Nitekim Napolyon Ceza Kanunu, İtalyan Zanardelli Kanunu, Alman Ceza Kanunu gibi örnekler bu düşüncenin ürünüdür. Örneğin, İtalyan Zanardelli Kanunu'nda, Devletin, İdaresinin eylem ve işlemlerinin herkese açık olması kural; gizli kalması, yani yalnızca bazı kişi veya kişilerce bilinmesi ise bu kuralın istisnasıdır.¹

Böylece “Devletin Eylem ve İşlemlerinin Şeffaflığı İlkesi”nin istisnası olarak, Devlet sırrı ve kamu idarelerinin gizli kalması gereken bilgi ve belgeleri meselesi ortaya çıkınca; Kanunilik İlkesi'nin gereği olarak, bunların hangi tanım, kapsam ve sınırlar içinde suç olacakları ve bir suçla ilişkili olduklarında, ispat aracı olarak nasıl kullanılabilirler meselesi de tartışma konusu olmuştur.

Devletin gizli kalması gereken bilgi ve belgeleri, “mahiyeti gereği gizli kalması gereken bilgi ve belgeler” ile “yetkili makamların gizlilik verdiği bilgi ve belgeler” olarak tasniflenilmektedir. Gizli kalması gereken veya idarece

1 Hafızoğulları, Zeki, “Ceza Hukuku Düzeninde Devlet Sırrı”, 22 Ocak 2010'da Türk Hukuk Kurumu'nda verilen konferansta dağıtılan metin

“gizlilik” vasfı verilen bilgi ve belgeler, bir suçla ilişkili olduğu iddiasıyla karşılaştığında, bunların mahkeme önüne getirtilebilmesi, açıklanabilmesi ve incelenebilmesi onlara sahip olan idarelerin izin vermesine bağlanmış olduğu da sistemler de görülmektedir. Bu da tarihte, örneğin Faşist düşünce etkisindeki yönetimlerce suistimal edilmiş; çoğu hukuksuzluk, birçok siyasi cinayet ve suçun, “Devlet sırrı” yaftası altında gizlenmesine yol açmıştır.

Özellikle 2. Dünya Savaşı sonrasında zamanla, devlet düzenlerinde hukuk ve demokrasi önem kazanmaya başlamış, “kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmesi emrini kimse veremez, kimse de yerine getiremez” kuralı ortaya çıkmıştır. Bu kurala göre, “rütbesi, sıfatı, makamı, yeri ne olursa olsun, hiç kimse, hiçbir ad veya maksatla, kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmesi emrini veremez, hiç kimse emri yerine getiremez. Emri veren de, emre uyan da sorumludur” mantığının ürünüdür. Söz konusu kuralın sonucu olarak, suç nerede, kim tarafından işlenirse işlensin, suçun kanıtı olan belge ve bilgiler nerede, ne adla bulunursa bulunsun, Devlet sırrı olamaz, Öyleyse, bir belge veya bilgi, suçsa veya suçun kanıtıysa, Devlet sırrı olmaz, Devlet sırrıysa, suç veya suçun kanıtı olmaz.² Böylece, Devlet sırrı arkasına sığınarak, kimsenin, Devletin organ, kurum ve kuruluşları yerinde olan kimselerin suç işlemlerinin engellenmesi sağlanmak istenmiştir.

1954’den bu yana AİHS’nin tarafı olan Türkiye Cumhuriyeti Devleti, gerek 1961 Anayasası, gerekse 1982 Anayasası’nda, AİHS’nin “kanunun suç saydığı bir fiilin emrini kimse veremez, kimse de yerine getiremez” kuralına yer

2 Hafizoğulları , Zeki, “Ceza Hukuku Düzeninde Devlet Sırrı”, 22 Ocak 2010’da Türk Hukuk Kurumu’nda verilen konferansta dağıtılan metin

vermiştir. Bu kural, birçok kanunda da aynen tekrar edilmiştir.

Günümüz Ceza Muhakemesi Hukuku Sistemi'nin temelini Hukuk Devleti İlkesi oluşturur. 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde, tanımı yapılmamış olsa da, Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik bir hukuk devleti olduğu vurgulanmıştır. “Hukuk devleti” ibaresi için muhtelif tarifler söz konusu olmakla birlikte “hukuk kurallarına uyma konusunda yönetenler ile yönetilenler arasında ayırım yapmayan devlet” olarak özetlenebilir. Daha kapsamlı bir tarifle Hukuk Devleti, “bütün işlem ve eylemleri hukuka uygun, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdürmekle kendini yükümlü sayan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu Anayasa'nın ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir”.³ Dolayısıyla şeffaflık ve adaleti gerektiren hukuk devletinde, “sır” konusu, en hassas şekilde ele alınmayı gerektirir.

“Devlet Sırrı” Kavramı

Doktrin, “Devlet Sırrı”na ilişkin olarak herkesçe kabul edilebilir bir tanım vermenin sıkıntısı içindedir. Devlet sırrı olgusu; kapsamı belirli olmayan, kim ya da kimler tarafından, hangi usul ve kıstaslara göre belirleneceğine müteallik münferit bir yasası ya da hususi bir tarifi olmayan muğlak bir ibaredir.

3 Danıştay 5. Daire, 24.01.2007 T. - 2005/5627 E. - 2007/72 K.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, Devlet sırrını, İkinci kitap, Millete ve Devlete karşı suçlar başlığı altında Dördüncü kısmının Yedinci bölümünde “Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk” adıyla 326 ve devamındaki maddelerinde düzenlemiştir. Bu kanun, Devlet sırrı ihlallerini düzenlerken, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunundan daha fazla madde kullanmış, daha ayrıntılı düzenleme yapmıştır. Ancak yasa, 326. maddesinde “Devletin güvenliğine veya iç veya dış siyasi yararlarına ilişkin belge veya vesikalar” diyerek, 32, 328, 329 ve 330. maddelerinde “Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasi yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgiler” derken; 335, 336, 337. maddelerinde “Yetkili makamların kanun ve düzenleyici işlemlere göre açıklanmasını yasakladığı ve niteliği bakımından gizli kalması gereken bilgiler” derken ve 333. maddede “gizli kalması gereken keşif veya yeni buluşları ve sınai yenilikleri” derken mülga ceza kanunundan farklı bir Devlet sırrı kavramı getirmemiştir. Gerçekten, Kanun, bir yandan özünden, kendinden, mahiyetinden ötürü Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasi yararları bakımından gizli kalması gereken belge ve bilgilerin elde edilmesi, açıklanması ihlallerini niceliksel olarak yaygınlaştırırken; öte yandan yetkili idarelerin kanun ve düzenleyici işlemlerle açıklanmasını yasakladığı belgeler ve bilgilerin gizliliğinin ihlallerini hem niceliksel hem de niteliksel olarak yaygınlaştırmıştır. Böylece, 1930 İtalyan Ceza Kanunu esas alınarak yeniden şekillendirilen 765 sayılı mülga Ceza Kanunu’nun çok daha gerisine düşmüş; idarenin eylem ve işlemlerinin açıklığı kuralı, önemli ölçüde ihlal edilmiş, Devletin organı, kurum ve kuruluşları yerinde olan kimse-lerin eylem ve işlemleri denetimsiz bırakılmıştır.⁴

4 Hafızoğulları, Zeki, “Ceza Hukuku Düzeninde Devlet Sırrı”, 22 Ocak 2010’da Türk Hukuk Kurumu’nda verilen konferansta dağıtılan metin

5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Yasası'nın “devlet sırrı niteliğindeki bilgilerle ilgili tanıklık” başlığını taşıyan 47. maddesinde (m. 47/1, 2. cümlesi) “Açıklanması, Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler, Devlet sırrı sayılır” şeklinde bir tanımlama yapılmışsa da, bu tanım ihtiyaca cevap verecek vasıfta ve netlikte değildir. Zira her şeyden önce münferit bir başlık halinde tanımlanmamış, tanıklık ile ilgili bir maddede bir cümle ile geçirilmiştir. Yine 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın “Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk” başlığı altında düzenlenen 7. bölümünde m. 326 vd. maddelerde devlet sırrının bariz bir tanımını yapılmamış olmakla birlikte, maddelerdeki ifadelerden devlet sırrı algılamasının “devletin güvenliği veya içi veya dış siyasal yararları bakımından niteliği gereği gizli kalması gereken bilgiler” şeklinde olduğu anlaşılmaktadır. Görüldüğü gibi Ceza Muhakemeleri Yasası ile Türk Ceza Yasası'ndaki yukarıda zikredilen “devlet sırrı” tanımları birbirinden farklıdır. Gerektiğinde uğruna hukuk devleti anlayışından taviz verilen, hak ve hürriyetlere kısıtlama getirilen bu denli ehemmiyetli bir ibarenin hatlarının net çizgilerle çizilmeden böylesine kendi haline bırakılmış olması, demokratik ve hukukun üstünlüğünü esas alan bir devlette olağan bir hal değildir.

“Devlet Sırrı” İçerdiği İddia Edilen Bilgi ve Belgelerin Ceza Yargılamasındaki Yeri

Hukukumuzda Anayasa, Türk Ceza Yasası, Ceza Muhakemeleri Yasası gibi çoğu hukuki mevzuatta devlet sırrı ve gizliliğiyle ilgili hükümler yer almaktadır. Örneğin Anayasanın 26. maddesinin 2. fıkrasında düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin hangi amaçlar için sınırlandı-

rılabileceği belirtilirken, amaçlardan biri “Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması” olarak gösterilerek devlet sırlarından bahsedilmiştir. Yine 28. maddenin 5. fıkrasında devlete ait gizli bilgilere ilişkin her türlü haber veya yazı yazarların, bastıran ve basanların, bunları başkalarına verenlerin bu suçlara ait kanun hükümleri uyarınca sorumlu tutulacakları belirtilmiştir.

Devlet sırrı, elbette hukukun diğer dallarının, özellikle Anayasa hukukunun, İdare hukukunun, hatta Özel hukukun konusudur. Ancak, yoğun tartışmalar, Ceza hukukunda yapılmaktadır. Bunun nedeni, sırrı açıklamanın suç, sırrı açıklamaya izin vermenin ise hukuka uygunluk nedeni olmasıdır.

Devlet sırrı, 1412 sayılı mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası’nda (CMUK) sırlar bakımından daha koruyucu biçimde düzenlenmişti. Kanun, Devlet sırlarına ilişkin olarak ilgili kamu görevlisinin tanıklığında, resmi yerlerde saklı evrakın görülmesinde veya gösterilmesinde amirin izin vermesi veya amirden izin alınması şartını koymuştu. Ceza Muhakemeleri Yasası ise, mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası’na nazaran devlet sırrı mevzuunda devlet sırrı arkasına saklanarak suçun aydınlatılmasının engellenmesinin önüne geçme gayesiyle daha şeffaf bir yol tercih etmeye çalışmıştır. Şöyle ki:⁵

1- Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası(mülga) 49. maddesi devlet memurlarının saklamakla yükümlü oldukları olaylar hakkında, sırrın ait olduğu amirin izni olmadan tanık olarak dinlenmesini men ediyordu. Ceza Muhakemeleri Yasası ise bu düzenlemeyi kaldırarak, bir suç olgusu-

5 Altunel, Mesude, “Devlet Sırrı”, Legal Hukuk Dergisi, Nisan/2010, yıl:8, sayı:88

na ilişkin bilgilerin mahkemeye karşı gizli tutulamayacağını hüküm altına almış ve bu hususta şahit dinlenmesiyle ilgili hususi bir usul öngörmüştür. CMK m. 47/1'e göre, bir suç olgusuna ilişkin bilgiler, “devlet sırrı” olarak mahkemeye karşı gizlenemeyecektir. Böylece, artık devlet sırrının söz konusu olduğu mevzularda amirin izni aranmaksızın tanık, kanunda belirtilen özel usule göre şahitlik yapmakla mükelleftir. Ceza Muhakemeleri Yasası, “devlet sırrı” arkasına gizlenerek yetkinin kötüye kullanılması ile hakikaten devlet sırrı olup da gizli kalmasında kamu menfaati olan bilgilerin korunması arasında bir denge kurma gayesiyle bu hususta münferit bir usul öngörmüştür. Söz konusu usule göre, tanıklık konusu bilgilerin Devlet sırrı vasfını haiz olduğu iddia edilirse, şahit sadece hâkim veya mahkeme tarafından gizli duruşmada dinlenecektir. Dinleme esnasında savcı, zabıt kâtabi vs. de bulunamayacaktır. Dinleme neticesinde tanığın beyanlarının devlet sırrı niteliği taşıyıp taşımadığını mahkeme takdir edecektir. Hâkim/mahkeme tanıklık konusu bilgilerin devlet sırrı teşkil ettiğine karar verirse, tanığı gizli dinleyecek ve sadece sanığa isnat edilen suçla ilgili bilgileri tutanağa kaydet-tirecektir (daha doğrusu kaydeder, zira tanık zabıt kâtabi de olmadan dinlenecektir). Ancak CMK m. 47'deki “Bir suç olgusuna ilişkin bilgiler, devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz” kaidesi, CMK m. 47/3 uyarınca sadece “hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlar” için söz konusu olduğundan; cezası bu haddin altında kalan suçlar bakımından, CMK'da esas alınan Devlet Sırrının Yargıdan Gizlenememesi İlkesi işletilememektedir.

Cumhurbaşkanı'nın tanıklığı söz konusu olduğunda ise, sırrın niteliğini ve mahkemeye bildirilmesini Cumhurbaşkanı kendisi takdir eder. Kanun, “mahkemeye bildir-

me”den söz ettiğine göre, Cumhurbaşkanı ne hâkim önüne, ne de mahkeme önüne çıkarılabilir.

2- CMK'nın 47. maddesine koştur bir anlayış, 125. maddesinde de mevcuttur. Mülga CMUK'nın “Teslim olunmayacak vesikalar” başlıklı 88. maddesindeki “resmi dairelerde saklı evrakın ifşasının memleketin selametine zarar vereceği o dairenin en büyük amiri tarafından beyan edildiği takdirde, bu evrakın tesliminin istenemeyeceği, bu beyan yeterli görülmediği takdirde ilgili bakanlığa müracaat olunabileceği” şeklindeki hüküm, CMK 125. maddede daha şeffaf bir biçimde düzenlenmiştir. Ceza Muhakemeleri Yasası, “İçeriği devlet sırrı niteliğindeki belgelerin mahkemeye incelenmesi” başlıklı 125. maddede “bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler, devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz” (m. 125/1) kaidesini getirmek suretiyle Devlet Sırrının Yargıdan Gizlenememesi İlkesi'ne işaret etmektedir. Zira “suç” hiçbir şekilde “devlet sırrı” olamaz. CMK m. 125/2, Devlet sırrı içeren belgeleri inceleme ve bunlarla ilgili tutanak tutma hususlarını da 47. maddenin 2. fıkrasına paralel düzenlemiştir. Çünkü devlet sırrı niteliğindeki belgeler, ancak mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebilecek ve bu belgelerdeki bilgilerden sadece yüklenen suçu aydınlatacak vasıftaki bilgiler hâkim/mahkeme tarafından tutanağa kaydettirilecektir. Dolayısıyla belgeler alınamaz, sureti çıkarılamaz, fotokopisi yapılamaz, filmi çekilemez. Kuşkusuz, belgeleri incelemek, bunların bulunduğu yerlere girmek, isnat konusu suçla sınırlı olarak bu yerlerde arama yapmak hakkını da içerir.

CMK'nın 47. maddenin 3. fıkrasında olduğu gibi 125. maddenin 3. fıkrasında da “bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler, devlet sırrı olarak mahkemeye karşı

gizli tutulamaz” kuralının uygulanabilmesi için nesnel bir koşul getirilmiştir, söz konusu suç için hapis cezasının alt sınırının beş yıl ve daha fazla olması aranmıştır.

Ceza Muhakemeleri Yasası’nın 47. ve 125. maddelerine binaen tutanağa sadece suç teşkil eden hususların kaydedilmesi üzerine, bu hususlar artık giz olmaktan çıkacaktır. Ancak bu bilgi ve belgelerin duruşma esnasında tartışılabilmesi ve tanığa soru sorulabilmesi mümkün olamamaktadır. Bu yüzden ki kanunun öngördüğü bu usul, Delillerin Müsterekliği İlkesi ile çatışmaktadır; zira CMK m. 217’ye göre hâkim kararını duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir.

Yine söz konusu her iki maddede Devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin “mahkemeye” karşı gizli tutulmayacağından ve tanığın “sadece mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından dinleneceği”nden bahsedildiği için kimi hukukçular, soruşturma evresinde devlet sırrı niteliği taşıyan bilgiler konusunda tanık dinlemenin mümkün olmadığı ve m. 125’in sadece kovuşturma evresi için söz konusu olduğunu savunmaktadır. Ancak bu görüşün kabulü halinde, delillere ulaşamayacak olan savcının iddianame hazırlaması mümkün olmayacaktır. Savcı bir soruşturmada devlet sırrı içerdiği iddia edilen bilgi/belge ve tanık beyanlarına ulaşamayacaksa soruşturma yarıda kesilecektir. Çünkü kovuşturma aşamasında delil toplanmaz, delil değerlendirilir. Esas delillerin toplandığı aşama, iddianamenin düzenleneceği ve delillerin mahkemeye sunulacağı soruşturma aşamasıdır. Nitekim soruşturma aşaması boyunca toplanan deliller suçun işlendiği yönünde “yeterli şüphe” oluşturuyorsa Cumhuriyet Savcısı CMK m. 170/2’ye binaen iddianame tanzim eder ve CMK m. 175/1 “İddianamenin kabulüyle, kamu davası açılmış olur ve ko-

vuşturma evresi başlar” hükmü uyarınca da kovuşturma evresini başlatan olay iddianamenin kabulüdür. Savcı dava açamadıktan sonra mahkemenin de devlet sırrı konusunda tanık dinlemesi, devlet sırrı içerdiği iddia edilen bilgi ve belgeleri inceleyebilmesi mümkün olamayacaktır ki; bu da Ceza Muhakemesi Hukuku’nun “adli yolla maddi gerçeğe ulaşarak hukuki uyumsuzluğu adil şekilde çözmek” olan ana hedefine aykırı olacaktır. Oysa CMK’nın 47. ve 125. maddelerinde yasa koyucunun gayesi, devlet sırrı iddiasına dayanarak suçların gizli kalmasının önüne geçmektir. Ayrıca yasa sistematğine bakıldığında 47. ve 125. maddeler 1. Kitap kapsamında “genel hükümler” başlığı altında düzenlenmiştir. Binaenaleyh yasanın amacından ve kanun sistematğinden hareket edilerek, soruşturma aşamasında da devlet sırrı iddiası gündeme gelirse; savcının mahkemeye başvurarak tanığın dinlenmesini sağlama ve mahkeme hâkimi/heyetinin 125. maddeye binaen devlet sırrı içerdiği iddia edilen belgeleri incelemesi ve gerekli tutanakları tutması neticesinde savcının suç oluşturan bilgilere dayanarak iddianame hazırlaması mümkündür.⁶

Devlet Sırrı Kanunu Tasarısı

Demokratik bir hukuk devleti sır tutar mı? Tutarsa neler devlet sırrıdır? Devlet sırrını kim ya da kimler, hangi somut kıstaslara göre belirler? “Devlet sırrı” olarak belirlenen bilgi ve belgeler “sır” olarak ne kadar saklanır? “Devlet sırrı” olarak belirlenen belge ve bilgilere kimler hangi koşullarda vakıf olabilir? Ashında bu sorulara verilecek cevaplar, demokratik hukuk devleti olma iddiasının gerçekliği ile doğrudan ilintilidir.

6 Altunel, Mesude, “Devlet Sırrı”, Legal Hukuk Dergisi, Nisan/2010, yıl:8, sayı:88

Bu ilintinin bir gerekliliği olarak Nisan 2008'de Devlet Sırrı Yasası Tasarısı TBMM'ye sevk edilmiş⁷; ancak henüz yasalaşmamıştır. Söz konusu tasarıda yasa amacı, devlet sırrı niteliği taşıyan bilgi ve belgeler ile diğer gizli bilgi ve belgelerin ne şekilde belirleneceğini, korunacağını, açıklanacağını ve bu hususlara ilişkin yükümlülükleri düzenlemektir. 13 maddelik tasarı, “tanım normları” koyarak sırrı tanımlamakta; “yorum normu” koyarak “devlet sırrı” kavramının demokratik toplum düzeni ve hukuk devleti ilkesinin gereklerine aykırı biçimde yorumlanamayacağı ve uygulanamayacağını (m. 3/2) vurgulamakta; sırrı ve süresini belirleyen bir kurul öngörmektedir. Bu yönüyle söz konusu tasarının isminin, “Devlet Sırrı Yasası”ndan ziyade, “Devlet Sırrı Usulü Yasası” olması daha isabetli olacaktır.

Tasarıda, “gizlidir” denen her bilgi ve belgenin devlet sırrı kapsamına sokulmasını önlemek maksadıyla “devlet sırrı” ve “devlet sırrı niteliği taşımayan diğer gizli bilgi ve belgeler” şeklinde ikili bir ayrıma gidilmiştir. Tasarının 3. maddesi (1. fıkra), 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısımında yer alan “Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk” başlıklı yedinci bölümü ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 47 ve 125 inci maddelerini esas alarak “devlet sırrı”nı tarif etmiştir. Şöyle ki, “Devlet sırrı; açıklanması veya öğrenilmesi, Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek ve bu nedenlerle niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgi ve belgelerdir”. “Diğer gizli bilgi ve belgeler” ibaresi ise 4. maddede “Devlet sırrı niteliği taşımayıp da,

7 Kaynak: http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.sorgu_vonlendirme, ET: 12.3.2011

açıklanması veya öğrenilmesi hâlinde ülkenin ekonomik çıkarlarına, istihbarata, askerî hizmetlere, idarî soruşturmaya ve adli soruşturma ve kovuşturmayaya zarar verebilecek nitelikteki veya yetkili makamlar tarafından gizlilik derecesi verilmiş bilgi ve belgeler” olarak tanımlanmıştır.

Tasarıda öngörülen Devlet Sırrı Kurulu (m. 6), Başbakan’ın başkanlığında; Adalet, Milli Savunma, İçişleri ve Dışişleri bakanlarından teşekkül edecektir. Bu kurul Cumhurbaşkanlığına ait belge ve bilgiler hariç (çünkü Cumhurbaşkanlığına ait belge ve bilgilerin vasfını Cumhurbaşkanı doğrudan belirleyecektir) bir belge ya da bilginin devlet sırrı olup olmadığına karar verecek ve böylece kurumlar, bilgilerinin doğrudan devlet sırrı olduğunu iddia edemeyecektir. Kurul, “devlet sırrı” vasfını süreli ya da süresiz olarak 7. madde çerçevesinde verecektir. Kendi görev alanlarına ilişkin bilgi ve belgelerin devlet sırrı olarak belirlenmesini Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Bakanlar ve Milli Güvenlik Kurulu’nun doğrudan; diğer kamu kurum ve kuruluşlarının ise bağlı, ilgili veya ilişkili buldukları bakanlıklar aracılığıyla Kurula teklif edebileceği de öngörülmüştür.

“Devlet sırrı ve devlet sırrı niteliği taşımayan bilgi ve belgelerin mahkemelere verilmesi” başlıklı 8. maddenin 1. fıkrası, mahkemelerce talep edilen devlet sırrı niteliği taşıyan bilgi ve belgelerin, Kurulca gerekçesi belirtilmek suretiyle verilmeyebileceğini; ancak, verilmeyen bilgi ve belgelerin davada ilgili aleyhine sonuç doğuramayacağını belirtmiştir. 2. fıkra diğer gizli bilgi ve belgelerin mahkemelerce talep edilince gönderilmelerinin esas olduğunu, fakat ilgili kamu kurum ve kuruluşlarınca gerekçesi açıklanmak suretiyle mahkemelere gönderilmeyebileceğini; gönderilmeme gerekçesi mahkemelerce yeterli bulunmazsa gönde-

rilmesinin mecburi olduğunu; Cumhuriyet başsavcılıklarınca talep edilen bilgi ve belgeler hakkında da bu fıkra hükmü uygulanacağını belirlemiştir. Böylelikle savcılık makamının devlet sırrı niteliğindeki bilgi/belgelere ulaşamayacağı; ancak devlet sırrı niteliği taşımayan diğer gizli bilgi/belgelere erişebileceği kabul edilmiştir. 8. madde ayrıca, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerini mahfuz tutmuş ve devlet sırrı veya devlet sırrı niteliği taşımamakla birlikte diğer gizli bilgi/belgelerin taraflara incelettirilmesinde CMK m.125'deki usulün uygulanacağını öngörmüştür.

Sonuç

Devlet sırrı bakımından 1412 sayılı mülga CMUK ile 5271 sayılı CMK kıyasına bakıldığında, demokratik ve hukuka üstünlük tanıyan devlet olmanın gereği olarak zaman içerisinde sırlar aleyhine, şeffaflık lehine bir tutum sergilendiği aşikârdır. Buna rağmen bile devlet sırrına yönelik mevcut hukuki düzenlemeler, etkin ve adil bir ceza yargılaması yapılmasını engelleyebilmekte ve demokratik hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Her şeyden evvel “devlet sırrı” kavramının net bir tanımı, münferit bir yasanın olmaması keyfiliğe giden kapıları aralamaktadır. Zira keyfilik, demokratik hukuk devletinin olmazsa olmazı olan HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİ ile taban tabana zıttır. Uygur bir toplumda, herkes, ayrıcalıksız, hesap vermek zorundadır.

Demokratik bir hukuk devleti, şeffaf olmalıdır. Batı demokrasilerinde de devletlerin sırları olur ve bunlar yasalarla güvence altına alınır. Ancak devletin sırları asgari düzeyde olmalı ve bunlar da keyfiliğe yer vermeyecek şekilde sıkı kayıt ve şartlara bağlanmalıdır. Devlet, sırları

bakımından, hâkimine olan itimadını savcısına da göstermeli; hem savcılar hem de hâkimler gizliliğin aleniyete intikal etmemesine azamî itina göstermek şartıyla gizli bilgi ve belgelere erişerek, suçla ilgili kısımları ayıklayıp tuta-nağa geçirebilmelidir. Sırlar, mümkün olan en kısa sürede tutulmalı, bu süre sonunda tüm anlaşmalar-belgeler-bilgiler halka açıklanmalı; devletin halktan gizlisi saklısı olmamalıdır. Nitekim egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olmasının doğal bir gerekliliğidir bu. Ceza Muhakemesi'nde sırlar, delillere ulaşmaya ve adaletin tecellisine engel olmamalıdır. Çünkü suç, "sır" olamaz; devletin de suçla ilişkin bir sırrı olamaz.

KAYNAKÇA

- * Altunel, Mesude, “Devlet Sırrı”, Legal Hukuk Dergisi, Nisan/2010, yıl:8, sayı:88
- * Atar, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayıncılık, Konya 2002
- * Ercan, İsmail, Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Sayfa Yayınları, İstanbul 2007
- * Hafizoğulları, Zeki, “Ceza Hukuku Düzeninde Devlet Sırrı”, 22 Ocak 2010’da Türk Hukuk Kurumu’nda verilen konferansta dağıtılan metin
- * Toroslu-Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2006
- * Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, İstanbul 1981, s. 613.
- * www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm, Doç. Dr. Faruk TURHAN, “Tanıklık, Bilirkişi İncelemesi ve Keşif”
- * Danıştay 5. Daire, 24.01.2007 T.-2005/5627 E.-2007/72 K.
- * 5237 sayılı Türk Ceza Yasası
- * 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Yasası ve yasa gerekçesi
- * 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası (mülga)
- * Devlet Sırrı Kanunu Tasarısı ve gerekçesi



TANIMA KAVUŞTURULAMAYAN “KAMU HİZMETİ”

Dr. Ayhan SARISU ()*

ANLATIM DÜZENİ: Giriş, Kamu Hizmeti Kavramı, a)İktisadi Yaklaşım, b)Sübjektif Yaklaşım, c)Objektif Yaklaşım, Sonuç

Giriş

Günümüzde ekonomi ve hukukun iç içe geçtiği kavramlardan biri olan “*kamu hizmeti*” kavramı siyasal bilimlerin disiplininde “*devletin işlevleri/görevleri*” şeklinde kullanılmaktadır. Kavram olarak “*kamu hizmeti*”, değişik tanımlamalarla farklı disiplinlerin inceleme alanlarına konu edilmekte, kamu maliyesi ve kamu ekonomisi disiplininde “*kamu kesimi*” veya “*kamusal mallar*” şeklinde kullanıldığı da görülmekte¹ olup alanyazında hepsi de aynı anlamda kullanılmakta olan ve aralarında bir fark gözetilmeyen “*kamusal hizmet*”, “*amme hizmeti*”, “*umumi hizmet*”,

(*) *TC Hacettepe Üniversitesi, İİBF Maliye Bölümü Öğretim Görevlisi.*

1 Onur Karahanoğulları, (2002), *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 9.

"hidemat-ı umumiye" gibi farklı kullanımlarının da olduğu² bilinmektedir.

Ülkemizde 1980'lerden başlayarak yapılan hukuki düzenlemelerin ortak paydası, kamu hizmetlerinin gördürülmesindeki geleneksel yöntemlerin yanında 13 Ağustos 1999'da Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişiklikle özelleştirme uygulamalarına imkân tanıyan yeni yöntemlere de yer verilmiş olmasıdır. Kamu hizmetinin sunumuna ilişkin anlayışta yaşanan değişim ve kamu kesiminin ekonomik alanda üstlendiği rolün de değişerek gelişmesine dayalı olarak 1980'lerden itibaren önem kazanan özelleştirme politikalarının etkileri, ... v.b. çağdaş gelişmeler ışığında günümüzde kamu hizmetlerinin bizatihi idare tarafından görülmesinin bir zorunluluk olmaktan çıktığı ve kamu hizmetlerinden bazılarının özel hukuk kişileri ile birlikte yürütülmeye başlandığı izlenmektedir.

İdarî kararlar, idarenin tek yanlı işlemleri ile alınır. İdarenin varlık sebebi ve temel amacı kamu yararını sağlamaktır. Dolayısıyla, yönetsel faaliyetlerde kural olarak ilgililerin rızası ve onayı aranmak zorunda değildir. Yani, idare, uygulamaya yönelik kararlarını tek taraflı olarak hayata geçirmekle görevli ve yetkilidir.³ "Devlet tarafından özel kişilere madenlerin aranması ve işletilmesi ile ilgili ruhsatname ve imtiyazlar verilmesi gibi tasarruflar gerçekte birtakım idari izinlerden başka bir şey değildir. Dolayı-

2 Süheyp Derbil, (1950), "Kamu Hizmeti Nedir?", AÜHFD, C. 7, S. 3-4, s. 28.

3 Ayrıntılı bilgi için bknz: Tahsin Bekir Balta, (1972), **İdare Hukuku**, C. I, (Genel Konular), Ankara, s. 3, ... v.d.; A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, (2004), **İdare Hukuku**, C. I, (Genel Esaslar), Güncelleştirilmiş 3. Bası, Ankara, s. 474, ... v.d.; İzak Atiyas ve Burak Oder, (2008), **Türkiye'de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, s. 24-25, TEPAV, Ankara.

siyla bu tür idari izinlerin gerektiğinde usulüne uygun olarak geri alınabilmesi, idarenin yetkileri içindedir.”⁴

Alanyazında kamu hizmetlerinin bizzat idare tarafından görülme usûlü “*emanet*” olarak tanımlanmaktadır. Bunun yanında, kamu hizmetlerinin “*izin (ruhsat/lisans)*”, “*müşterek emanet*”, “*iltizam*”, “*imtiyaz*”, “*yap-işlet*”, “*yap-işlet-devret*” ve “*işletme hakkı devri*” usûllerine dayalı olarak özel hukuk kişileri aracılığıyla da hayata geçirildiği görülmektedir.⁵

Kamu Hizmeti Kavramı

Henüz genel kabul gören ortak bir tanıma kavuşturulamayan “*kamu hizmeti*” kavramının⁶ “*idari işlem, idari sözleşme, kamu malı, kamu görevlisi ve memur, kamulaştırma ve devletleştirme, idari yargının görev alanının belirlenmesi*”⁷ konularında kullanılan en önemli ölçüt olarak yargı kararlarında ve Türk idare hukuku alanyazınında yer aldığı görülmektedir.

4 Bknz: ETKB'nca hazırlanan ve TBMM'ne arzı Bakanlar Kurulunca 27.02.1978 tarihinde kararlaştırılan “Devletçe işletilecek madenler hakkında kanun tasarısı” ve gerekçesinin TBMM Başkanlığına sunulmasına ilişkin TC Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Tetkik Dairesi Başkanlığı'nın 07.03.1978 tarihli ve 101-248/04110 sayılı yazısı ekinde yer alan anılan Kanun Tasarısı'nın Gerekçesi için “Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun Tasarısı Plan ve Sanayi ve Teknoloji ve Ticaret Komisyonları Raporları”, (1/102), Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem 5, C. 6, Toplantı 1, S. Sayısı: 73, s. 1.

5 Metin Günday, (2004), **İdare Hukuku**, 9. Baskı, Ankara, s. 306.

6 Ayrıntılı incelemeler için bknz: Sedat Çal, (2008), **Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü**, TOBB Yayın Sıra No: 58, Afşaroğlu Matbaası, Ankara; Ali Ulusoy, (2004), **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke Yayınları, İstanbul; İnanç İşten, (2007), **Kamu Hizmeti Kavramı ve Unsurları**, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) Dergisi, Ankara, S. 22, ... v.d.

7 Ender Ethem Atay, (2006), **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara, s. 474.

Bir tanıma göre kamu hizmeti; *genel ve ortak ihtiyaçların karşılanması amacıyla topluma eşit biçimde sunulan, toplumun ihtiyaçlarına göre değişkenlik gösterebilen, sürekli hizmetler⁸* olarak tarif edilmiş, bir başka tanıma göre ise; *bir kamu kurumunun ya kendisi tarafından ya da yakın gözetimi altında, özel girişim eliyle kamuya sağlanan hizmetler⁹* olarak tanımlanmıştır.

Geleneksel anlamda kamu hizmeti, *“devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetim ve denetimleri altında genel ve kolektif ihtiyaçları karşılamak ve tatmin etmek, kamu yararını sağlamak için icra edilen ve umuma arz edilmiş bulunan devamlı ve muntazam faaliyetler”¹⁰* olarak ifade edilmektedir. Bu tanım Anayasa Mahkemesi kararlarında da yansımaları bulmuştur. Anayasa Mahkemesine göre kamu hizmeti; *devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için topluma sunulan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.*¹¹ “Kamu hizmeti” kavramının gerek alanyazında gerekse uygulamalarda devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşan ve yayılan bir kapsama doğru ilerlediği ve bunun da her geçen gün genişlediği izlenmektedir.

8 **Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi**, Milliyet Yayınları, s. 6269.

9 A. Şeref Gözübüyük ve Tekin Akıllıoğlu, (1993), **Yönetim Hukuku**, Ankara, s. 8.

10 Sıddık Sami Onar, (1966), **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. I , 3. Basım, İstanbul, s. 119.

11 09.12.1994 tarih ve E. 1994/43, K. 1994/42-2 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı, s. 21. Ayrıca bknz: 22.11.2007 tarih ve E. 2004/114, K. 2007/85 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı, s. 3, RG: 24.12.2007, S. 26736.

Alanyazında “kamu hizmeti” kavramı için kimsenin tartışmasız kabul edilecek bir tanım veremediği, yasa yapıcının bu hususu sorun olarak değerlendirmeye, yargının kendi yargılama süreçlerindeki değerlendirme özgürlüğünü kaybetmemek saiki ile açık bir tanıma kavuşturmak istemediği ve doktrinin ise bu tanıma yapmayı başaramadığı¹² ifade edilmektedir.

İdare hukukunda her kavramın öncelikle kendisini doğuran siyasal, sosyal ve iktisadi neden ve etkenler bakımından analiz edilmesi ve açıklanmaya çalışılması en uygun yöntem olduğundan¹³ bu hukukun kökünü, kaynağını oluşturan siyasal, ekonomik, sosyal olayları, bu olaylardan kuralın nasıl ve niçin çıktığını ve ne gaye takip ettiğini ihmal etmek doğru olmayacağından¹⁴ “kamu hizmeti” kavramını salt hukuk tekniği açısından ele almak ve değerlendirmek, tarihi gelişimin etkisini ve olayların iktisadi ve finansman boyutuna ilişkin arka planını araştırmadan yargıya varmak yanılğıya düşülmesine sebep olabilecektir ki “kamu hizmeti” kavramının halen bir tanıma kavuşturulamamış olmasında da bu durum kendisini göstermektedir.

Dolayısıyla, tarafımızca da iştirak edildiği üzere, hayatın olağan akışında aktüel olaylara etkisi ve bünyesinde barındırdığı dinamizm nedeniyle ilgili çevrelerce durağan

12 Didier Truchet, (1982), “**Label de Service Public et Statut de Service Public**”, Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA), s. 428’e atfen: Şeref Gözübüyük & Turgut Tan, (1998), **İdare Hukuku**, C. I, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, s. 443; Onur Karahanoğulları, (2002), **Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)**, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 6, dipnot no: 9.

13 Siddık Sami Onar, (1966), **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. I - II, 3. Basım, Hak Kitabevi, İstanbul, s. 13.

14 Siddık Sami Onar, (1966), a.g.e., s. XII.

ve sınırlandırılmış bir tanıma kavuşturulmak istenmemesinden dolayı belirsizliği konusunda yargı alanında da görüş birliğine ulaşılan,¹⁵ “idari” sözleşmelerin¹⁶ “kurucu unsuru”¹⁷ ve kamu hukukunun en gizemli ve en çok tartışılan konularından biri olan “kamu hizmeti” kavramı halen genel kabul görmüş, üzerinde uzlaşmaya varılmış bir tanıma kavuşturulamadığından ve giderek açık ve net bir tanımının yapılmasının da isabetli ve doğru olmayacağı düşünülen “kamu hizmeti” kavramının hep farklı anlamlarda kullanılmış olmasının, yargının ve doktrinin de işini zorlaştırdığı ve hatta olanaksızlaştırmış olduğu, alanyazında da belirtilmektedir.¹⁸

Bu tanımlarda yer alan faaliyetlere “kamu hizmeti” ifadesini atfeden görüşün öncülüğünü 18. yüzyılda, Kamu Hizmeti Okulu¹⁹ (L'école du Service Public)'ndan gelen Léon Duguit²⁰ ve Gaston Jéze²¹ gibi Fransız hukukçular

15 Bknz: Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 06.06.2002 tarih, E. 199/2407, K. 2002/347 sayılı Kararı.

16 Bir sözleşmenin “idari sözleşme” sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi/gördürülmesi ile ilgili olması ve yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması gereklidir. Bknz: Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 10.06.2005 tarih, E. 2005/5304 sayılı; 04.01.2006 tarih, E. 2005/10000 sayılı; 04.01.2006 tarih, E. 2005/10003 sayılı Kararları.

17 Bknz: Aydın Gülan, (1998), **Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi**, İÜHFİM, C. LVI, S. 1-4, s.102.

18 Bknz: Aydın Gülan, (1998), a.g.e., s. 102.

19 Fransa’da Bordeaux Hukuk Fakültesi Dekanı Léon Duguit tarafından ortaya atılan ve Gaston Jéze, Louis Rolland, Roger Bonnard tarafından devam ettirilen “Kamu Hizmeti Kriteri” (Critère du Service Public) ve bu kriter üzerine kurulan idare hukuku anlayışına “Kamu Hizmeti Ekolü (école du service public)” yada “Bordeaux Ekolü (école de Bordeaux)” denilmektedir. Kamu hizmeti kistasına göre kamu hizmetlerinin kuruluşu ve işleyişi bir idarî faaliyet olduğundan bunlar idare hukuku kurallarına tâbi olup uyumsuzlukların çözüm yeri idarî yargıdır.

20 Fransız hukukçusu (Libourne 1895-Bordeaux 1928). Çaen ve Bordeaux Hukuk fakültelerinde ders veren Leon Duguit, Bordeaux Hukuk Fakültesi dekanlığı yapmıştır. Türk Anayasa ve İdare hukukunu da önemli ölçüde etkilemiştir. Başlıca ya-

yapmışlar ve bu kavram zaman içinde anılan okul tarafından geliştirilmiştir. Kamu hizmeti kavramı bu suretle Fransız idare hukukunun ve dolayısıyla da etkisi altındaki Türk idare hukuku alanyazınının temelinde yer almıştır.²²

Kamu hizmetinin tanımı için; iktisadi, sübjektif ve objektif olmak üzere **üç** yaklaşım kullanılabilir. Bunlar özetle şu şekildedir:

a) İktisadi Yaklaşım

Karşı yönde görüşler²³ olmasına rağmen ekonomi, kamu hizmetinin tanımlanmasında her geçen gün daha da öne çıkmaktadır. Kamu hizmetinin tanımlanmasındaki geleneksel ölçütlerin gerçeklikten uzak olduğu ve kamu hizmeti tanımının “iktisadın belirlediği” ölçütlerle mümkün olabileceği²⁴ dile getirilmektedir. Bu kavramın tanımlan-

pıtı *Traite de mit Constitutionnel* [Anayasa Hukuku İncelemesi, 5 Cilt, 1921-1925]'dir. Bknz: Léon Duguit."Encyclopædia Britannica. 2009. Encyclopædia Britannica Online. 18 Aug. 2009 <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/173200/Leon-Duguit>> ve <http://www.5n1k.org/le%C2%ADon-duguit/>.

- 21 Fransız hukukçusu (Toulouse 1869-Deauville 1953). Ocupó el cargo de presidente del Instituto Internacional de Derecho y actuó como consejero de varios gobiernos extranjeros. Uluslararası Hukuk Enstitüsü (International Institute of Law) Başkanlığı ve çok sayıda hükümete danışmanlık yapmıştır. Fue uno de los principales propulsores en Francia de la ciencia financiera como disciplina autónoma. Başlıca eserleri *Uluslararası Hukuk (1896)* ve *Les Principes Généraux du Droit Administratif* [İdare Hukukunun Genel İlkeleri, 5 Cilt, 1925-1936]'dir. Bknz: <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/j/jeze.htm>
- 22 Bu kavramın tarihsel gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bknz: Onur Karahanoğulları, (2004), **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, 2. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, Kasım, s. 81-107; Tekin Akilloğlu, (1988), **"Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler"**, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD), Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı, S. 1-3, Yıl: 9, s. 11-22 ve Sedat Çal, (2008), a.g.e.
- 23 İktisadi yaklaşım, kamu hizmetinin sosyal mal olarak nitelendirilemeyeceğinden dolayı eleştirilmektedir. Bknz: Yıldırım Uler, (1998), **"Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti"**, Anayasa Yargısı Dergisi, C.15, s. 252-253.
- 24 Ayrıntılı bilgi için bknz: Cüneyt Ozansoy, (1997), **"Türkiye'de Kamu Hizmeti Tar-**

masında karşılaşılan güçlüklerin başlıca sebebinin iktisadi yaklaşımın dışlanarak ve kavramın iktisadi niteliği göz ardı edilerek yalnızca hukuki ilkeler ve kavramlara dayalı olarak tanım yapılmaya çalışılmış olduğu değerlendirilebilir. Ancak burada üzerinde durulması gereken önemli iki noktadan biri, kamu yararı kavramının, iktisadi yaklaşımın gerekliliğini savunan tezlerin temeline yerleştirilmeye çalışılması,²⁵ diğeri ise Anglo-Amerikan kökenli liberal ekonomik sistemlere özgülünen iktisadi yaklaşım ile kamu hizmetleri alanının daraltılması ve devletin üstlendiği hizmetlerin "adalet", "emniyet" ve "savunma"dan ibaret olmasının savunulmasıdır.²⁶

b) Sübjektif Yaklaşım

Gaston Jéze'e ait olduğu ve Didier Truchet²⁷ tarafından geliştirildiği²⁸ ifade edilen bu yaklaşım, kanun koyu-

tışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı", AÜHFD, C. 46, S. 1-4, s. 86; Onur Karahanoğulları, (2004), **Kamu Hizmeti**, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, s. 9-16; Ali Ulusoy, (1999), "**Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi**", AÜHFD, C. 48, S. 1-4, s. 170; Vural Fuat Savaş, (1998), "**Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme, İktisadi Yaklaşım**", Anayasa Yargısı, S. 15, Ankara, s. 79-99.

- 25 "Kamu yararı amaç olduğuna göre, bu amaca ulaşmak bakımından en uygun, en ucuz, en kaliteli yol önem taşır; faaliyet özel hukuk usullerine göre özel hukuk kişileri tarafından da verilebilir şekilde özetlenebilecek bu görüş neoliberal bir uç anlayışı yansıtmaktadır" Bknz: Aydın Gülan, (2000), "**Counseil D'Etat'nın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı**", 2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, Ankara, www.danistay.gov.tr.
- 26 Burak, K. Öztürk, (2000), Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku A.B.D., Yüksek Lisans Tezi, (Yayımlanmamış), Ankara, s. 15-16.
- 27 Fransız hukukçusu, Fue uno de los principales propulsores en Francia de la ciencia financiera como disciplina autónoma. Alanyazında alanyazında en çok atıf yapıldığı görülen eseri: "**Label de Service Public et Statut de Service Public**", Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA), 1982'dir.
- 28 Ali Ulusoy, (1999), "**Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi**", AÜHFD, C. 48, S. 1-4, s. 167.

cunun iradesini öne çıkartmaktadır. Kamu hizmeti, Jéze' göre hem devletin kurucu iradesi hem de hukuki bir yöntemdir.²⁹ Bu yaklaşım, bir teşebbüs veya faaliyetin kamu hizmeti olması ya da olmamasının, yer ve zaman koşulları içinde, yetkili kamu organlarının takdiri ile tespit edilip saptanan tamamen değişken ve izafi bir husus³⁰ olduğunu ifade etmekle birlikte alanyazında yetkili kamu organlarının bahse konu takdir yetkisinin mutlak olmadığı ve bu yetkinin Anayasa ile sınırlanabileceği³¹ de ifade edilmektedir. Alanyazında kanun koyucunun iradesinin açık olmadığı hallerde de kamu hizmetlerini tespit etme yetkisinin yüksek³² mahkemelerde olduğu,³³ faaliyetin çeşitli öl-

29 Onur Karahanoğulları, (2004), **Kamu Hizmeti**, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, s. 260.

30 Lütfi Duran, (1982), **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, s. 305.

31 Onur Karahanoğulları, (2004), a.g.e., s. 260.

32 Özdemir İnce, (2009), **Sami Selçuk'un Uyarısı** başlıklı köşe yazısında, Sami Selçuk'a atfen; "... Yüksek mahkeme sistemini benimseyen ülkelerde tek bir yüksek mahkeme vardır: Anayasa yargısını, adli yargı ve idari yargıyı birlikte yürütür. İstinaf yetkisi vardır. Önüne yılda 50 ila 200 kadar dava gelir. Genelde ilke kararıyla uğraşır ve hukukun temel ilkelerini öne çıkararak yaşama geçirir. Hukuku yönlendirir. Bir başyargıcı ve 8 ile 12 arasında değişen yüksek yargıçları bulunur. Anglo-sakson ülkelerinde böyledir. Amerika, Kanada, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti gibi. Bu ülkelerde hukukun üstünlüğü ilkesi geçerlidir. Hukuk devleti değil. Çünkü devletin hukuk dışında olduğu düşünülmez bile.

Kara Avrupası sistemine gelince, anayasa yargısı, adli yargı ve idari yargı görevleri birbirinden ayrılmıştır. Almanya, Fransa, İtalya, İspanya, Rusya gibi. Anayasa mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay eşit düzeydedir. Birbirlerinden bağımsızdırlar ve her biri kendi alanından hüküm kurar.

1961 ve 1982 anayasalarına göre yüksek mahkemelerdir. Bu sonuncusu yanlış. Yurt dışına gider ve bu ayrımı belirtmezseniz, sizin sistemi yüksek mahkeme sistemi sanırlar. Ama bunlardan birinin yapısını ve üye sayısını anlatır, gelen dosyaların miktarını da söylerseniz, sizin yüksek mahkeme sistemi ile kara Avrupası sistemini bilmediğiniz açığa çıkar. Anayasa kavramı yanlış kullanılmıştır. 1961 anayasası sırasında anayasal sıralamada hukukun bütün temel kavramlarını gözeterek hukukun özünü uygulayan Yargıtay'ın öne alınması isteği, komisyon başkanı Muammer Aksoy tarafından 'Bunlar eşit düzeyde yargı organları, sırayı bozmaya gerek yok, yeni baştan kaleme almak zorunda kalmayalım' diye gerek görülmemiştir. İşin ilginç yanı, Yargıtay (Bozma Mahkemesi: Cour de Cassation), Danıştay (Conseil d'Etat) kurum olarak yüksek mahkeme sisteminde yoktur. Ama kavram

çütlere bağlanarak kamu hizmeti olarak nitelendirilebileceği³⁴ yönünde görüşler de bulunmaktadır. Sübjektif yaklaşım ile organik ve şekli kıstaslar arasında bir bağlantı da kurulabilir. İlgili faaliyetin İdarece doğrudan ya da İdarenin denetimi ve gözetimi altında özel hukuk kişilerince yerine getirilmesi, kamu hizmetinin "organik" kıstası³⁵ olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımlamadaki "şekli" kıstasa göre kamu hizmetleri "kamusal yönetim biçimi"ne³⁶ bağlı olarak ifa edilen faaliyetlerdir ve bu kıstas, faaliyete uygulanacak hukuki rejimin³⁷ açıklanmasında kullanılmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi kararlarına da yansıdığı şekliyle kamu hizmetleri günümüzde salt kamusal yönetim biçimine göre yürütülen faaliyetler olmaktan çıkmıştır.³⁸ Ayrıca, alanyazında Jéze'in de İdarenin ortak ihtiyaç-

olarak vardır. Kimileri bunları kurum olarak yok olduğundan başka mahkemelerle karıştırıyor ve öyle çeviriyor. Sözelimi istinaf mahkemeleriyle 1982 Anayasası da karıştırmıştır." Bknz: Hürriyet Gazetesi, 18.04.2009, s. 22

- 33 Lütfi Duran, (1982), a.g.e., s. 309, İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, (2006), **İdare Hukuku**, 2. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, s. 868-869. Karşı görüş için ise bknz: Onur Karahanoğulları, (2004), a.g.e. , s. 55-59.
- 34 Bahis konusu faaliyetin yürütülmesi için kamulaştırma, ceza kesme veya tekel kurma gibi kamusal yetki ve usullerin yanı sıra, bu faaliyetin yürütülmesine ilişkin olarak yapılacak sözleşmelerde özel hukuku aşan kayıt ve şartların bulunmasıdır. Bu ölçütlerden bir veya birkaçının bir arada bulunması, söz konusu faaliyetin özel kesim faaliyetlerinden farklı bir faaliyet olarak görülmesine ve kamu hizmeti olarak kabul edilmesine yeterli olacaktır. Bknz: Metin Günday, (2004), **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, 9. Baskı, Ankara, s. 296.
- 35 Kemal Gözler, (2003), **İdare Hukuku**, C. II, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, s. 219.
- 36 Şeref A. Gözbüyük, Tan Turgut, (2007), **İdare Hukuku, Genel Esaslar**, C. I, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 656.
- 37 Burak, K. Öztürk, (2000), **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku A.B.D., Yüksek Lisans Tezi, (Yayımlanmamış), Ankara, s. 8.
- 38 Bu hususu bir örnek ile açıklamak gerekir ise, Anayasa Mahkemesi 03.07.2005 günlü ve 5398 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un çeşitli maddelerinin iptali için açılan davada; "Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri

ları temin etmek için kullandığı karma usûller ile kamusal usûlleri kamu hizmeti saydığından³⁹ söz edilmektedir. Dolayısıyla ilgili kamu hizmeti özel hukuk kişileri tarafından yerine getiriliyor olsa da hizmetin asli sahibi idaredir.

c) Objektif Yaklaşım

Duguit tarafından geliştirilmiş olan bu yaklaşımda aynı zamanda devletin meşruluk kıstasına da yer verilmekte olup bünyesinde sübjektif nitelik de taşımaktadır.⁴⁰ Bu yaklaşıma göre nitelik ve özellikleri nedeniyle birtakım faaliyetler kamu hizmeti⁴¹ olarak nitelendirilmektedir.

tarafından yürütülen hizmetlerin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği yolunda özel bir yasal düzenlemenin bulunmadığı durumlarda, söz konusu kamu hizmetinin gerçek veya tüzel kişilerce yürütülebilmesi bakımından taraflar arasında akdedilen sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejimin belirlenmesi gerekmektedir.

Geniş anlamda, Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararını ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler olarak tanımlanan kamu hizmetinin, kamu hukukunun genel ilkeleri gereğince, doğrudan idare, kuruluş ve kurumları eliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi asıl ve olağandır. Ancak, bu hizmet ve faaliyetlerden özel yönetim biçimiyle gerçekleştirilmeye elverişli bulunanların, tüm sorumluluk ilgili idare üzerinde kalmak kaydıyla, onun sürekli gözetimi ve denetimi altında, belli yasal usullerle özel müteşebbislere yaptırılabilmesi olanaklıdır.

Kamu hizmetlerini idare dışındaki gerçek veya tüzel kişilere gördürmek veya bunların hizmetin yürütülmesine katılmasını sağlamak veya kamu hizmetlerinin yürütülmesi için gerekli olan para, eşya ve personeli tedarik etmek amacıyla akdedilen ve idare lehine olağanüstü hüküm ve şartlar taşıyan sözleşmeler öğretide "idari sözleşmeler" olarak tanımlanmaktadır. İdari sözleşmeye konu kamu hizmetinin yürütülmesi bakımından idarenin sorumluluğu devam etmekte ve bu nedenle hizmetin düzenli ve istikrarlı bir biçimde yürütülmesini sağlamak bakımından idareye denetim ve gözetim yetkisi tanınmaktadır." demek suretiyle kamu hizmetinin hukuki rejiminin kamu hukuku ile sınırlandırılmayacağına Karar vermiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: 29.12.2005, E. 2005/110-K. 2005/111; RG: 26.07.2006, S. 26240.

39 Onur Karahanoğulları, (2004), a.g.e., s. 43.

40 Onur Karahanoğulları, (2004), a.g.e., s. 32-33.

41 Cem Çağatay Orak, (2006), **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim**, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, s. 8.

Duguit'e göre kamu hizmetinin, "devlet iktidarının meşruluk kriteri" olduğu⁴² görülmektedir. Sübjektif yaklaşımın tersine objektif yaklaşımda kanun koyucunun iradesi önemsiz hale gelmektedir. Toplumsal ortak ihtiyaçların karşılanmasına yönelik faaliyetler birtakım özellikleri ve nitelikleri sebebiyle kamu hizmeti olarak kabul görmektedir. Objektif yaklaşıma ve maddi kıstasa yer veren yargı kararları⁴³ olduğu gibi aksi yönde⁴⁴ de yargı kararları bulunmaktadır. Ancak çağın gereği olarak günümüzde, kamu hizmeti tanımında kullanılan objektif yaklaşım ile onun devamı olarak kabul edilebilecek olan maddi kıstasın önemini kaybettiği⁴⁵ de iddia edilmektedir.

42 Ali Ulusoy, (1998), **Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri**, Amme İdaresi Dergisi, C. 31, S. 2, Haziran, s. 21

43 Örneğin; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25.02.2004, E. 2004/19-64-K 2004/102, Anayasa Mahkemesi'nin 22.12.1994, E.1994/70-K. 1994/65-2, RG: 28.01.1995, S. 22185; 09.12.1994 E. 1994/43-K. 1994/42-2; RG: 24.01.1995, S. 22181, Danıştay 10. Dairesinin 21.05.1996 E.1995/4326-K. 1996/2769; 06.02.2002 E. 1999/2407-K.2002/347, ... v.b. kararlarında olduğu gibi.

44 Sübjektif yaklaşımın benimsendiğini gördüğümüz yargı kararlarına örnek olarak; Anayasa Mahkemesi'nin 26.03.1974, E. 1973/32-K.1974/11 sayılı Kararı, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 12, s. 122 ve Danıştay 11. Dairesinin 17.10.2003, E.2001/674-K. 2003/4126 sayılı Kararı, Danıştay Kararları Dergisi, S. 3, gösterilebilir.

45 "Alanyazında niteliğinden dolayı kamu hizmeti olamayacağı fikrinin virtüel (olası) kamu hizmeti kavramı ile canlandığı da ifade edilmektedir. Bu görüşte haklılık payı bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir. Çünkü Fransız yargı kararlarıyla ortaya çıkan virtüel kamu hizmeti kavramı, objektif yaklaşıma dayanmaktadır. Buna göre bir faaliyet, idare ya da kanun koyucu tarafından kamu hizmeti olarak nitelendirilmemiş olsa dahi yargı kararları tarafından kamu hizmeti olarak nitelendirilmektedir. Bir faaliyet özel girişimin varlığına rağmen kamu malları üzerinde gerçekleştiriliyor ise, virtüel (olası) kamu hizmeti sayılabilecek ve söz konusu faaliyete kamusal yükümlülükler getirilebilecektir." Bknz: Aydın Gülan, (1988), **"Kamu Hizmeti Kavramı"** İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD), Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı, S. 1-3, Yıl: 9, s. 156-159; Onur Karahanoğulları, (2004), a.g.e., s. 266-270.

Yukarıda özetle belirtilen yaklaşımların yanında kamu hizmetinin açıklanmasında günümüzde kullanılan kamu hizmeti ilkeleri ise; kamu hizmetinin “klasik” ilkeleri ya da “genel” ilkeleri olarak adlandırılmakta ve “eşitlik, süreklilik ve değişkenlik” olmak üzere üç bölümde ele alınmaktadır. Çağdaş gelişmeler ve Avrupa Birliği hukukunun da her geçen gün önemini artırmakta olan etkisi ile bu ilkelere “şeffaflık ve erişilebilirlik” gibi yeni ilkelerin de eklenmekte olduğu görülmektedir. Bu ilkelere hem yargı kararlarında hem de mevzuatımızda yer verildiği⁴⁶ izlenmektedir.

Konu ile ilgili bir başka sorun ise kamu hizmetlerinin bedelsizliğidir. Günümüz itibarıyla Anayasa'nın 42. maddesinde düzenlenen ilköğretimin devlet okullarında parasız olduğuna ilişkin hüküm dışında, yararlananlardan herhangi bir karşılığın alınmadığı bir kamu hizmeti neredeyse hiç yoktur. Burada tartışılması gereken husus, kamu hizmetlerinden yararlananlardan alınan karşılığın niteliği ile ilgili olarak karşımıza çıkmaktadır. Alanyazında kamu hizmetlerinin bedelsizliğinin sadece Anayasa ve yasalarca düzenlenmesi halinde mümkün olabileceği, kamu hizmetlerinin bazılarında alınan karşılığın “vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler”, iktisadi kıymeti olan kamu hizmetlerinden alınan karşılığın ise “fiyat” olduğu ifade edilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, kamu hizmeti karşılığında alınan bedelin hukuki niteliğini; “vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülük ise; kişilerden

46 İcra ve İflas Kanunu'nun 82. maddesinde yer alan kamu mallarının haczedilemeyeceğini içeren hüküm ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 27. maddesi ile memurlara getirilen grev yasağı, 94. maddesinde yer alan memurların çekilme hakkının sınırlandırılmalarına tabi tutulması kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesine, Devlet Memurları Kanunu'nun memurların yerlerinin ve görevlerinin değiştirilmesine ilişkin 76. madde hükmü değişkenlik ilkesine ve Anayasa'nın 29., 70., 133. ve 136., ... v.b. maddeler eşitlik ilkesine örnek teşkil etmektedir.

yapılan kamu hizmetleri karşılığında ya da bir hizmet karşılığı olmaksızın kamu gücüne dayanılarak alınan paralardır. Benzeri mali yükümlülük kimi zaman vergi, harç ve resmin özelliğini ayrı ayrı yansıtırken kimi zaman da verginin, harç ve resmin ortak öğelerini taşıyabilir⁴⁷ şeklinde tarif etmektedir. Ancak, Anayasa Mahkemesinin bazı hizmetler karşılığında alınan bedeli "ücret" olarak tarif ettiği kararları⁴⁸ da vardır.

Çağdaş gelişmelerin de etkisi ile yalnızca kamu hukuku yöntemleri ile yürütülen kamu hizmetleri alanı gün geçtikçe daralmakta ve alanyazında "kamu kudretine özel (tekelli) hizmetler ve "özel teşebbüse de açık (tekelsiz) hizmetler"⁴⁹ şeklinde ayrıştırılarak yapılan incelemelerin olduğu da görülmektedir.

Günümüzde ülkemizde farklı yargı kararları var ise de kanun koyucunun iradesinin kamu hizmetleri bakımından belirleyici olduğunun kabul edildiğini ve yüksek mahkemelerce ve alanyazında sübjektif yaklaşımın benimsendiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Ayrıca kanun yapıcının iradesinin üstün olduğu ve yapılacak yasal düzenlemeler neticesinde bir kamu hizmetinin kamu kurum ve kuruluşlarının yanı sıra özel hukuk kişilerin de özel hu-

47 Örneğin; Anayasa Mahkemesi'nin, 07.04.2004; E. 2003/11-K. 2004/49 sayılı Kararı, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, 2005, C. 2, S. 40, Ankara, s. 713.

48 Örneğin; Anayasa Mahkemesi'nin, 19.04.1988; E.1987/16-K. 1988/8 sayılı Kararı; RG: 23.08.1988, S. 19908.

49 Alan yazında ayrıca kamu hizmetlerinin yürütüldüğü alana göre, "milli kamu hizmetleri-mahalli kamu hizmetleri", bireylerin yararlanma şekline göre, "bireylere doğrudan veya dolaylı fayda sağlayan kamu hizmetleri" ile konularına göre, "idari kamu hizmetleri, iktisadi kamu hizmetleri, sosyal kamu hizmetleri ve bilimsel, teknik ve kültürel kamu hizmetleri" ayrımına tabi tutularak incelendiği görülmektedir. Bknz: Metin Kıratlı, (1973), **Koruyucu İdari Hizmetler**, TODAİE, No: 135, Ankara, s. 11, ayrıca bknz: Ender Ethem Atay, (2006), **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ekim, s. 474.

kuk kuralları çerçevesinde yerine getirilebileceğini söylemek mümkündür.

Sonuç

Görüldüğü üzere genel kabul görececek bir “kamu hizmeti” tanımının yapılmasında güçlük çekilmektedir. Hukukumuzda kamu hizmeti kavramını tanımlamada henüz bir anlaşmaya varılamamıştır. Kamu hizmeti kavramının tanımlanmasındaki bu güçlüğü İngilteredeki “public service”, Fransızcadaki “service public” kavramının dilimize tam ve eksiksiz aktarılamamış olmasından kaynaklandığı düşünülmektedir. Türkçeye çevrilirken kamu hizmeti kavramının statik yönünü ifade eden “kuruluş/teşkilât” anlamı vurgulanmadan, kavramın dinamik yönünü ifade eder biçimde çevrildiği ve bunun da alanyazına yerleştiği düşünülmektedir. Böylece, kamu hizmeti kavramı anlam olarak çok farklı içeriklerle kullanıldığından belirsizleşmiş ve aşınmıştır. Hukukumuzda genelde, kamu hizmeti kavramının farklı anlamlarda kullanıldığı izlenmektedir. Kamu hizmeti, bir yönüyle “kuruluş/teşkilât” bir yönüyle de “uğraş/faaliyet” anlamında kullanılmaktadır. Örneğin; Anayasanın 70. maddesinde yer alan; “Her Türk kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir” kuralı kuruluş/teşkilât anlamında; Anayasanın 47. maddesindeki, “kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir” kuralı “uğraş/faaliyet”⁵⁰ anlamındadır.

50 Ayrıntılı bilgi için bkz: Bayram Keskin, (2006), **Kamu Hizmetinin Görülmesine**

Dolayısıyla "genel asayişin temini", "devlet idaresi", "yargı" ve "milli savunma" gibi hizmetler, nitelikleri gereği bugün gelinen aşamada henüz özel sektör tarafından sunulması mümkün olmayan "doğal kamu hizmetleri"nden⁵¹ olup bunların dışındaki tüm faaliyetler şayet özel hukuk kişileri tarafından rekabetçi bir şekilde üstlenilmiş ve bu hizmetler Anayasa'nın 167. maddesi uyarınca kamu tarafından düzenlemeye ve denetlenmeye⁵² tabi tutularak rekabetçi şartlar geçerli kılınmakta ise bunlar "kamu tarafından üstlenilmesi gereken kamu hizmeti" olma niteliğini kaybedecektir.

Nitelik yönünden henüz kamusal olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi onun niteliğini etkilemediği⁵³ gibi Anayasa Mahkemesi'nin 2007/85 sayılı Kararında da belirtildiği şekilde, kamu hizmetlerinin aslen kamu personeli eli ile gördürülmesi gerekiyor ise de lüzumu halinde bir kamu hizmetinin, hizmet satın alınması yoluyla gördürülmesi de olanaklıdır. Nitekim Danıştay Beşinci Dairesi, 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanu-

İlişkin Sözleşmeler ve Bu Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku A.B.D., Doktora Tezi, (Yayımlanmamış), s. 3.

- 51 Vural Savaş, (1998), **Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme (İktisadi Yaklaşım)**, AYD, C.15, Ankara, s. 94.
- 52 Anayasanın "Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi" matlablı 167. maddesi; "Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler. ..." hükmüne amirdir.
- 53 Oktay Varlıer, (1996), **Yap-İşlet-Devret Modelinin Türk Ekonomisindeki Önemi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (1996), **Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu-Bildiriler-Panel Kitabı** içinde s. 5, Ankara, 19 Haziran.

nu'nun 36. maddesinin "III- SAĞLIK HİZMETLERİ VE YARDIMCI SAĞLIK HİZMETLERİ SINIFI" başlıklı bendine 4924 sayılı Yasa'nın 11. maddesi ile eklenen paragrafın, Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması talebiyle Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Sağlık hizmetinin hizmet satın alınması yoluyla gördürülmesine ilişkin Sağlık Bakanlığı'nca çıkarılan "Sağlık ve Yardımcı Sağlık Personeli Tarafından Yerine Getirilmesi Gereken Hizmetlerin Satın Alma Yoluyla Gördürülmesine İlişkin Esas ve Usûller" in iptali için açılan bu davada, düzenleyici işlemin dayanağı olan itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu savını ciddi bulan Mahkeme konuyu görüşerek, getirilen kuralın Anayasa'nın 2, 47, 56 ve 128. maddelerine aykırı olmadığını hükmetmiştir.⁵⁴

54 Anayasa Mahkemesi bu Kararında; "... Başvuru kararında, idarenin dolaylı bir özelleştirme yöntemini benimsediği ve Anayasa'nın 128. maddesinde öngörülme-yen bir istihdam şeklinin düzenlendiği, bu nedenle kuralın Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi, yasaların Anayasa'ya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere bağlı kalmak zorunda olmadığından itiraz konusu kural ilgisiz nedeniyle Anayasa'nın 47. ve 56. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin "III- SAĞLIK HİZMETLERİ VE YARDIMCI SAĞLIK HİZMETLERİ SINIFI" başlıklı bendine eklenen itiraz konusu kural "Bu sınıfa dâhil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetler, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilir." biçiminde düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında "Devletin kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür" denilmektedir. Bu kuralla açıkça memur ve kamu görevlisi tanımı yapılmamış, onlara gördürülecek iş belirlenme yoluna gidilmiştir.

En geniş tanımı ile kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir. Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen sağlık hizmeti de nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak değerlendirilmektedir.

Anayasa'nın 47. maddesine eklenen dördüncü fıkra ile kamu hizmetlerinden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilirliği veya bunlara devredilebileceği konusunda yasama organı yetkili kılınmıştır.

Anayasa'nın 5. maddesinde, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleleriyle bağdaşmayacak şekilde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmış, 56. maddesinde de, "Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir." denilmiştir.

Sağlık hizmetleri nitelikleri gereği diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı sorunu, ertelenemez ve ikame edilemez. Bilime dayalı olması gereken tanı ve tedavi metotlarının insan yararına sürekli yenilik ve gelişme göstermesi, hizmet kalite ve beklentilerini çağın koşullarına yaklaştırmayı gerektirmektedir. Bu yönüyle sağlık hizmetleri, kendi iç dinamikleri ve nitelikleri gereği üretilmesi ve halk yararına sunulmasında özel sektörün kazanç, rekabet ve büyüme dinamiklerinden yararlanacak türdeki hizmetlerdendir.

Bu çerçevede, artan sağlık hizmeti talebini en doğru şekilde karşılamak, yüksek sermaye grubuna dahil sürekli yenilenen teknoloji elde etmek ve cihaz-ekipman-sigorta-bakım-yenileme maliyetlerini minimize etmek, birden çok kuruma ortak hizmet alanı yaratmak, yetersiz ve kısıtlı kalifiye insan gücü kaynağını değerlendirerek hizmette etkinlik ve verimlilik sağlamak, değişen şartlara ve ihtiyaca göre hizmet planlama ve sunumunu yapmak, yerinde sağlık hizmeti sunarak gereksiz hasta transferi ve beraberinde getireceği sosyal sorunlara son vermek, kaynak kullanımını kontrollü, kaliteyi yükselten, maliyeti düşüren etkin, süratli, kesintisiz bir sağlık hizmeti sunmak, gereksiz bina ve cihaz alımının önüne geçmek, kurumlar arası işbirliği ve halkın sosyal memnuniyetini arttırmak sağlık hizmetleri yönünden Devlet için bir kamusal zorunluluk ve sosyal devlet olmanın gereğidir.

Anayasa'nın 47. maddesi ile 128. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, sağlık hizmetlerinin bütünüyle devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti şeklinde nitelendirilmesi olanaklı değildir. Dolayısıyla sağlık hizmetinin tamamının salt memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğinden söz edilemeyeceği gibi, 47. maddesinde öngörülen hizmet kapsamında bunun özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilirliği olanaklıdır.

Anayasa'nın 2. maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine

Sonuç itibarıyla, yukarıdaki kararlardan ve tanımlardan yola çıkıldığında **kamu hizmeti;** kamu tüzel kişileri tarafından, ya da sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak devlete ait olan kamu kurum ve kuruluşlarının ya da bunların ortaklıklarının⁵⁵ yahut da bunların denetimi ve gözetimi altında ortak ve ge-

bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.” denilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirme bilincinde olan devlettir.

Sosyal hukuk devleti, insan hak ve özgürlüklerine saygı gösteren, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamlarını güvence altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti gerçekleştiren, bu bağlamda sağlık hizmetlerinden bireylerin yeteri kadar yararlanmasını sağlayan devlettir.

Anayasa gereği herkesin, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olması karşısında, ülkenin her yöresinde sağlık hizmetlerinden tam olarak yararlanabilmesini sağlamak amacıyla niteliği gereği sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde ortaya çıkacak eksiklik ve gecikmelerin telafisi olanaksız sonuçlara yol açabilmesi, kamunun iktisadi ve teknik yetersizliği, teknolojik gelişme ve kullanıcıları ve hizmet sunucu ve donanımlarına olan ihtiyaç, görev ve yer yönünden erişim zorlukları, sağlık hizmetlerinin ertelenemez ve ikame edilemez özellikleri, doğal afet, salgın hastalıklar ve acil durumlar sağlık hizmetlerinin hizmet satın alma yoluyla karşılanmasını zorunlu kılmaktadır. Böylece, itiraz konusu kural ile, sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfına dâhil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerin, ücretleri döner sermaye gelirlerinden karşılanmak kaydıyla, lüzumu halinde hizmet satın alınması yoluyla gördürülmesi olanaklı hale gelmektedir.

Kuralın, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal devlet ilkesini gerçekleştirmek, 5. maddesinde Devletin temel amaç ve görevleri arasında belirtilen kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, insanın maddi ve manevi varlığını geliştirmek, 56. maddesinde öngörülen sağlık hizmetlerini tam ve dengeli biçimde yerine getirebilmek amacıyla düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 47., 56. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.” şeklinde bir karar istihsal etmiştir. 22.11.2007 tarih ve E. 2004/114, K. 2007/85 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı, s. 3, RG: 24.12.2007, S. 26736.

55 TC Anayasa, madde 165.

nel, süreklilik gösteren toplumsal ihtiyaçları karşılamak için yapılan ve topluma, ihtiyaçlarını gidermek üzere kamu ve/veya özel hukuk kişilerince sunulmuş/sunulmakta olan düzenli ve sürekli etkinlikler olarak tanımlanabilir.



CUMHURİYET SAVCILIGINDAN İNTİKAL ETTİRİLEN TEREKE EŞYASININ TASFİYESİ

İsmail AKKOL (★)

ANLATIM DÜZENİ: *Özet, Anahtar Kelimeler, Giriş, I.Konu, A.Mevzuatımızda Konunun Ele Alınışı, B.Genelge ve Görüşler, C.İçtihatlarda Konunun Değerlendirilmesi, D.Uygulama ve Doktrindeki Durum, II.Tasfiye İşleminin Hukukî Mahiyeti, III.Tasfiyenin Konusu, IV.Mahkeme Öncesi Durum, V.Mahkeme Süreci, A.Uygulanacak Usûl, B.Durumun Değişmesi, Tedbir ve Teslim İşleminin Terekenin veya Mirasın Tasfiyesi Davasına Dönüşmesi, C.Görev ve Yetki Meselesi, D.Tereke Eşyasının Teslim Alınması ve İlk İşlemler, E.Tasfiye Hazırlıkları, F.Tasfiye Aşaması, G.Yapılan Masraflar, VI.Göz Önünde Bulundurulacak Bazı Hususlar, VII.Uygulamadan Örnekler, Sonuç*

Özet: Bu makalede, şüpheli bir durum ya da ölüm gibi herhangi bir sebeple Cumhuriyet savcılığınca el konulup da bilahare iadesine karar verilen ancak sahibinin ölü veya gaip olması nedeniyle onun mirasçılara teslim edilmek üzere tereke hâkimliğine tevdi olunan ya da doğrudan mahkemeye intikal ettirilen bu nevi eşyanın tereke hâkimliğince tasfiye edilmesi konusu ele alınmıştır.

(★) *Adalet Başmüfettişi.*

Anahtar Kelimeler: Savcılık emanet eşyası, tereke, tereke mahkemesi, miras, mirasçı, tasfiye,

Giriş

İnsan, tam ve sağ doğmak şartıyla hukukî bir kişilik kazanır ve ölümüyle de bu kişilik sona erer. Bu süre zarfında az veya çok bir miktar malvarlığının sahibi olur. Ne var ki yasal bazı hallerde bu malvarlığının bir kısmına devletin yetkili ve görevli organları tarafından el konulmuş, daha sonra da iadesine karar verilmiş olabilir. Sahibinin ölmüş olması halinde bu mal varlığı kendiliğinden miras ya da hemen hemen aynı anlamı ifade eden tereke adını almakta ve aynı zamanda bu kavramların muhteviyatını oluşturmaktadır. Atalarımız ölüm hak miras helâl demişlerdir. Terekenin mirasçılara veya hak sahiplerine güvenli bir şekilde intikal ettirilebilmesi için bir takım kurallar ihdas olunmuştur. Zira bu intikal işlemi öyle her zaman kolay olmamakta, bazen çeşitli nizalara sebebiyet verebilmektedir. Nitekim tereke hâkimliği de bu amaçla görevlendirilmiş kurumlardan biridir.

Tereke hâkimliğine gelen işlerin çoğunluğunu, Cumhuriyet savcılığı tarafından tereke hâkimliğine intikal ettirilen tereke dosyaları oluşturmaktadır. Uygulamada, hukuk mahkemelerinde görülmekte olan sair tereke ve miras davalarının ortalama dört-beş yıl kadar sürdüğü, birkaç parça tereke eşyasının tasfiyesinin de kimi zaman aynı sürede gerçekleştirilebildiği esefle görülmektedir. Hâlbuki ölmüş bir kişiye ait eşyanın makul bir sebep olmadıkça biran evvel mirasçılara teslim edilmesi gerekir. Ancak, tasfiye hususunda mahkemelerde bir insicam bulunmadığı, birçok farklı tasfiye yöntemiyle karşılaşıldığı, bunların bir kısmının basit ve seri olmasına karşın önemli bir kısmının

teferruatçı ve şekilci olması sebebiyle bu tasfiye işleminin yıllarca sürebildiği, bazı mahkemelerde ise tasfiye işleminin tamamen yazı işleri müdürünün inisiyatifine terk edildiği gözlemlenmektedir. Tereke hâkimliğinin iş yükünün büyük bir kısmını oluşturmasına karşın bu tür dosyaların muhteviyatını oluşturan tereke mallarının genellikle az miktarda eşya ve paradan ibaret olduğu da nazara alınarak, bu çalışma ile en azından uygulamaya yönelik bazı tereddütlerin giderilmesi ve belirtilen suretlerle intikal eden tereke dosyalarının daha çabuk sonuçlandırılmasına katkı sağlanması amaçlanmıştır. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi bakımından zihni yoran teori kısmından ziyade işin mantığı ve pratiği üzerinde durulmuştur.

Bilindiği üzere, şüpheli bir ölüm olayı kendisine intikal ettirilen Cumhuriyet savcılığı, ölen şahsın üzerinden çıkan veya olay mahallinde bulunan bir kısım eşyaya koruma veya delil amaçlı olarak el koyar veya muhafaza altına alır. Nitekim uygulamada şüpheli bir şekilde ölenin uhdesinde bulunan TL veya döviz cinsinden paralar ile ölüye ait olduğu anlaşılan eşya ve sair şeyler emanete alınarak bilahare mirasçılara verilmek üzere tereke hâkimliğine intikal ettirildiği, bunlar arasında para, cep telefonu, saat, altın-gümüş takılar, çeşitli kartlar, senet, vasiyetname, tabanca, vs. gibi şeylerin bulunabildiği sıklıkla görülmektedir. Bunlar, az önce belirtildiği gibi ya korunmaya muhtaç olduğunun anlaşılması nedeniyle muhafaza altına alınan veya suçta kullanılan, suç delili olan ya da suç şüphesi nedeniyle yapılan aramalar sonucunda emanete alınanlardan bilahare suçla ilgisinin bulunmadığının anlaşılması ya da başka bir sebeple iadesine karar verilen eşyadır. Keza, tereke hâkimliğine sadece Cumhuriyet savcılığından değil, aynı zamanda hastaneler, konsolosluklar, huzurevleri gibi farklı kurumlardan da bu nitelikteki eş-

yanın doğrudan veya yine savcılık aracılığı ile gönderilmesi de muhtemeldir.

Burada üzerinde durulması gereken yegâne sorun, hâkimin hangi usûlü uygulayarak bu tasfiyeyi gerçekleştireceği meselesidir.

I.Konu

A.Mevzuatımızda Konunun Ele Alınışı

Tereke hâkimliğine intikal eden bu nevi dosya mün-derecatında bulunan para ve mallar hakkında münhasır bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle konuya temas eden az sayıdaki bazı maddelerden kısaca bahsedilecektir, şöyle ki;

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun (TMK) miras hukuku bölümünü kapsayan 495-682 arası maddeleri, genel olarak miras hukukunu taksim ve tasfiye dâhil bütün yönleriyle düzenlemekte olup bu maddeler çerçevesinde yapılan tasfiyeye bundan sonra teknik anlamda terekenin tasfiyesi denilecektir. Özellikle koruma önlemlerinin yer aldığı 589-598 arası maddeler incelenen konu açısından öne çıkmaktadır. Örneğin, 595. maddenin 3. fıkrasında “Sulh hâkimi, teslim edilen vasiyetnameyi derhal inceleyerek, gerekli koruma önlemlerini alır, olanak varsa ilgilileri dinleyerek terekenin yasal mirasçılara geçici olarak teslimine veya resmen yönetilmesine karar verir.” denilmektedir. Yeri geldiğinde diğer ilgili bazı maddelerinden de bahsedilecektir. Ne var ki tüm bunlar genel nitelikte olup yukarıda belirtildiği gibi konumuza hasren bir düzenleme içermemektedir.

10.08.2003 tarih ve 25195 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve

Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzükte de genel nitelikteki ifadelerle konuya kısmen temas edilmiştir.

01.06.2005 tarihli Suç Eşyası Yönetmeliğinin 20. maddesi, ölü veya gaip kişilere ait eşyanın hak sahiplerine intikal ettirilmesi işinin tereke hâkimliğince yapılacağını öngörmüş ancak bu tasfiyenin ne şekilde yapılacağını belirtmemiştir.

2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanununun 28. maddesinde olduğu gibi bazı özel kanunlar ile Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün 01.03.2008 tarih ve 63/1 sayılı genelgesinde atıf yapılan bir kısım uluslararası sözleşmelerde de kısmen konuya temas edildiği görülmektedir.

B.Genelge ve Görüşler

Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün yukarıda sözü edilen genelgesinde, konuya ilişkin bir kısım düzenlemelere yer verildiği bilinmekte olup, aşağıda bundan kısaca bahsedilecektir.

Yine Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığının internet sitesinde yayınlanan tavsiyeler listesinin 14. sırasında, "Hastanede ölen, öldürülen veya trafik kazası sonucu vefat eden kimselere ait, hastane, konsolosluk veya Cumhuriyet başsavcılıklarınca tereke hâkimliklerine intikal ettirilen para ve eşyanın hak sahiplerine tediye ve tevdi işlemlerinin mirasın tasfiyesi mahiyetinde kabulü mümkün olmadığından bu işlemlerden harç alınmaması," denilmek suretiyle bu tasfiye işleminin teknik anlamda terekenin tasfiyesi mahiyetinde olmadığı görüşü açıkça ifade edilmiştir.

C.İçtihatlarda Konunun Değerlendirilmesi

Yargıtay denetimine tabi olmaması nedeniyle konu hakkında pek az içtihat bulunduğu öğrenilmiştir. Y.2. HD'nin 04.07.2005 tarih ve 2005/8117-10519 E-K sayılı¹ bir ilâmında özetle, suçta kullanılmadığının anlaşılması nedeniyle emanete kayıtlı iki adet bıçağın sahiplerine iadesi işleminin TMK'nın 592/2 ve 593. maddeleri ile suç eşyası emanet yönetmeliğinin 18. maddesi çerçevesinde sulh hukuk mahkemesince çözümlenmesi gerektiği belirtilmiş keza, aynı dairenin 25.03.2009 tarih ve 2007/19735-2009/5575 E-K. sayılı başka bir ilâmının da benzer olduğu gözlenmiştir. Bu içtihatlarla öncelikle işin görev yönüne dikkat çekildiğini belirtmek gerekir.

D.Uygulama ve Doktrindeki Durum

Muhtelif adliyelerdeki tereke dosyalarının bir bölümünün tetkiki sonucunda, tatbik olunan usûl açısından, tam olarak kategorize edilebilecek, insicamlı ve yeknesak bir uygulamanın bulunmadığı, konunun doktrinde de ayrıntılı bir biçimde ele alınmadığı,² görülmüştür.

II. Tasfiye İşleminin Hukukî Mahiyeti

Türk Medeni Kanununun 640 ve 701. maddeleri uyarınca mirasçı birden çoksa terekenin taksime kadar ki durumuna miras şirketi denir ve tereke üzerinde iştirak halinde mülkiyet (elbirliği mülkiyeti) kuralları işler. Bu tür mülkiyetin özelliklerinden birisi ortakların belirlenmiş paylarının olmayıp her birinin hakkının ortaklığa giren

1 AKİP'te yayımlanmıştır.

2 Bak. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Miras Hukuku İstanbul 1987 basım (sayfa 564-579) Ayrıca bak. Z.İMRE/H.ERMAN Miras Hukuku İstanbul 2003 4. baskı

malların tamamına sâri oluşu, diğeri ise malikler istemediği sürece yani bir talep olmaksızın ve yasal bir sebep de bulunmaksızın bu mülkiyete son verilemeyeceğidir.³ Şu halde ve prensip itibariyle tasfiye işleminin yapılabilmesi için mirasçılardan en az birinin bunu talep etmiş olması gerekir. Talep olmadan tasfiyeye karar vermek veya fiili olarak tasfiye etmek 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun (HUMK) 74. maddesine de aykırıdır.⁴ Bu itibarla tasfiye hususunda bir istek olmadığı sürece geniş anlamda veya teknik anlamda bir tasfiyeden söz etmek mümkün değildir. Diğer yandan TMK'nın 974 ve 975. maddeleri uyarınca devlet yetkili birimi tarafından hangi sebeple olursa olsun yasal olarak el koyduğu bu eşya üzerinde doğrudan fer'i zilyet durumunda olup aynı yasanın 977. maddesi uyarınca temsilciye yapılan teslim, temsil edilene yapılmış gibi zilyetliği geçirir. Her ne kadar mirasçılar miras şirketini tek başlarına temsil edemezlerse de hakların korunması zımında tek başlarına hareket edebilirler. Dolayısıyla miras eşyasını teslim almak bu cümleden olarak her mirasçının tek başına sahip olduğu bir hak ve yetkidir. Diğer yandan eşya hukukunda tereke konusu bir malın zilyetliğinin mirasçılara ne şekilde teslim edileceğine dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Şunu da belirtmek gerekir ki, buradaki tasfiye mirasçılardan zilyetliğindeki eşya hakkında değil, tereke hâkimliğine intikal ettirilen eşya hakkındadır. Yani bu tasfiye ile tereke mahkemesinin esas kaydına ve kasasına giren eşya ve para elden çıkartılmaktadır. Bu yönüyle de burada teknik anlamda bir terekenin tasfiyesinden söz edilemez.

3 Daha geniş bilgi için bak. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Miras Hukuku. 1987 baskım. sayfa 675.

4 Aynı konuda bak. Yargıtay 2. HD'nin 18.04.2002 tarih ve 4680-5407 E-K sayılı yayımlanmış içtihadı.

O halde burada yapılan, adına tasfiye dense bile esasen terekenin tasfiyesi ya da taksimi değil zilyetliğinin devri, tediyesi ve teslimi işlemidir. Ne esasa ilişkindir ne de kesin niteliktedir. Hâkim tarafından yerine getirilen, kendine özgü (nev'i şahsına münhasır), tedbir niteliğinde, acele ve geçici, idarî nitelikte tipik bir işlemidir, yoksa bir hakkın paylaşılması işlemi değildir. Başka bir ifadeyle buradaki tasfiye, mirasçılardan rastgele birini çağırıp eldeki eşya ve parayı ona vermek olmadığı gibi teknik anlamda tasfiye işlemi de değildir. Bu ikisi arasındaki geniş yelpazede terekenin miktar ve mahiyetine göre değişebilen özgün bir işlemidir.

Burada sözü edilen idarî nitelikte işlem den maksadın, elbette ki yapılan işin idare hukukuna tabi olduğu değil, idare hukukundaki ölçülülük ve kamu menfaati gibi ilkeler ile hukukun genel ilkeleri yanında inisiyatif, takdir, maslahat gibi idarecilerin de gözetmek durumunda buldukları bir kısım prensiplerin işlem sırasında hâkim tarafından göz ününe alındığı ya da alınması gerektiği anlamındadır.

Bu niteliğin bir sonucu olarak, bu tür dosyalara uygulamada tereke davası değil "tereke dosyası" denilmekte, ne davacısı ne de davalısı bulunmamaktadır. Keza tereke esas defterine kaydedilmekle birlikte harca tabi olmayıp resen takip edilirler, bu yönüyle kamu niteliği taşırlar. Yine, özelliği itibariyle acele edilmesi gereken işlerdendir, kesin bir taksim veya tereke paylaşılması söz konusu olmadığı için de tüm mirasçılardan mutlaka belirlenmesi veya haberdar veya hazır edilmesi gerekmemektedir.

Netice itibariyle, terekenin hukukî mahiyeti gereği, mirasçılardan bir talebi olmadan devletin ölüm sebebiyle de

olsa bu eşyayı teknik anlamda tereke hükümlerine göre re'sen mirasçılara pay etmeye kalkışmasının ne makul bir yasal dayanağı ne de bir gereği bulunmamaktadır. Tereke eşyasını en iyi pay edecek olan öncelikle mirasçıların kendileridir. O halde devletin buradaki görevi kısaca, korumasız kaldığı bir dönemde muhafaza altına alınan eşya ile yasal bir sebeple el konulan ve bilahare iadesine karar verilen para ve/veya eşyayı, teslim almaları hususunda mirasçıları haberdar etmek, gerekli imkânı sağlamak ve eşyayı yerine teslim etmekten ibarettir.

III. Tasfiyenin Konusu

Uygulamada tasfiye edilecek terekenin kapsamı bazen 50,00 TL değerinde bir saatten ibaret olabildiği gibi nadiren 2-3 kg kadar altın veya mücevherat da olabilmektedir. Bu itibarla hâkim tensip ve ara kararlarını belirlerken terekenin bu miktar ve mahiyetini her zaman göz önüne almalıdır.

Keza, tereke hâkimliğine intikal ettirilen veya ettirilmesi gereken eşya, herhangi bir tereke eşyası olmayıp yukarıda da bahsedildiği gibi şüpheli bir ölüm veya durum, bir suç ya da korunmaya muhtaç bir hâl sebebiyle yasal olarak zilyetliğine el konulan bilahare hak sahiplerine intikal ettirilmek istenilen eşyadır.

Yine, tereke hâkimliğine gönderilen bu eşyanın en önemli özelliği, sahibinin mutlaka ölü ya da gaip olması zorunluluğudur. Bu sebeple meselâ, maliki sağ olan, bilinmeyen veya tereddütlü olan, kaybedilmiş veya bulunmuş mal tasfiye için tereke hâkimliğine gönderilmemelidir. Zira, bunların maliklerinin araştırılıp bulunması veya iadesi görevi tereke hâkimliğine ait değildir.

Ve yine, mevzubahis olan eşya esas itibariyle tüm tereke değil, bir sebeple el atılmış bulunan bir miktar eşyadan yani terekenin bir kısmından ibarettir. Dolayısıyla tereke hâkimliği, tasfiye edilmek üzere kendisine teslim edilen veya bildirilen eşya dışında başkaca tereke eşyasının da olup olmadığını yani malvarlığı araştırmasını yapmalıdır.

Diğer yandan bu eşya, bizzat veya listesi gönderilen şeylerden ibarettir. Diyelim ki eşya arasında banka hesap cüzdanı veya borçlu olunan kişileri gösterir bir liste de bulunuyorsa, teslimi yapılacak olan eşya bu kart veya listedir. Yoksa kartın ait olduğu banka hesabındaki paranın araştırılması, çekilip dağıtılması veya alacaklılar listesindeki kişilerin durumdan haberdar edilmesi söz konusu değildir. Dolayısıyla bu anlamda da bir araştırmaya asla girişilmemelidir.

Bir ticari şirkete ait mal, genel anlamda terekenin konusunu oluşturabilirse de incelediğimiz konu bağlamında mirasçılara teslim edilmesi gereken tereke eşyası olarak değerlendirilmemelidir. Örneğin, devrilen ve sürücüsü ölen bir kamyonun etrafa dağılan bir şirkete ait muhtelif malların ilgili şirkete teslim edilmesi görevi tereke hâkimliğinin değildir. Keza, bir kaza sonucu ölen kişiye ait hasarlı otomobili veya saman yüklü traktörü geniş anlamda tereke konusunu oluşturmakta ise de buradaki anlamı itibariyle tereke hâkimliğince re'sen teslimi veya tasfiyesi mucip bir eşya olarak değerlendirilmemelidir.

Hakeza, uyuşturucu gibi bizatihi suç teşkil eden, tarihi eser gibi özel mülkiyete konu edilemeyen veya ruhsata tabi olup ta ruhsatı bulunmayan tabanca gibi eşya veya kamuya ait mal da yine tereke konusu olarak mütalaa

edilmemeli, bu tür eşyanın bir şekilde hâkimliğe intikal ettirilmesi halinde gereği yapılmak üzere tensiple birlikte Cumhuriyet savcılığına ya da ilgili birime iadesi sağlanmalıdır.

IV.Mahkeme Öncesi Durum

Yukarıda da değinildiği üzere, şüpheli bir ölüm veya hâl, bir suç ya da korunmaya muhtaç bir tereke sebebiyle Cumhuriyet savcılığı şahıslara ait bir kısım eşyaya usulü dairesinde el koyarak bunları muhafaza etmek üzere emanet memurluğuna teslim eder. Bilahare koruma amaçlı el konulan eşya ile suçla ilgilerinin bulunmadığı anlaşılması nedeniyle iadesine karar verilen eşya, sahipleri sağ olanlara Suç Eşyası Yönetmeliği'nin 19. maddesine göre ilgili Cumhuriyet savcılığınca doğrudan iade edilir, sahipleri ölü veya gaip olanlara ait eşya ise yine aynı yönetmeliğin 20. maddesi gereğince mirasçılara verilmek üzere tereke hâkimliğine intikal ettirilir. Keza bu nitelikteki eşyanın bir kısmı nadiren de olsa bakımevi, konsolosluk veya hastane gibi kurumlardan da doğrudan veya savcılık aracılığıyla mahkemeye gönderilmiş olabilir. Hangi eşyanın tereke hâkimliğine gönderilmesi gerektiği hususunda yukarıda tereke konusu eşya başlığı altında açıklama yaptık. Özellikle eşyanın korunması zımında asıl görevin mülki idare yetkililerinde bulunduğu, Cumhuriyet savcılığının bu konudaki görev ve yetkisinin sınırlı ve arızî olduğunun unutulmaması gerekir. Keza, Cumhuriyet savcılıklarınca mahkemelere gönderilen tereke eşyasının adalet.org da da trajikomik anlamda yazıldığı gibi, bazen yarısı çürük sarı bir elma veya üzerine Philips yazılı bir karton parçası olabildiği keza, bazı dosyalarda rastlanıldığı üzere sadece 50 kuruş veya geçerliliği kalmamış eski bir posta pulundan ibaret olabildiği gözlemlenmiştir. Hangi hukukî yararı ko-

rumak kaygısıyla bu şeylerin! tereke hâkimliğine gönderildiğini anlamak mümkün değildir. Daha da ötesi bunların maalesef teknik anlamda terekenin tasfiyesi kurallarına göre işleme tabi tutularak yıllarca tereke hâkimliğinin uğraş konusu olabildiğidir. Bu vesileyle belirtelim ki, Cumhuriyet savcılarının bu nevi önemsiz şeyleri öncelikle emanete hiç almamaları, şayet almışlarsa kendilerinin usûlü dairesinde imha veya tasfiye etmeleri, böylece mirasçılar da mahkemeleri de gereksiz yere meşgul etmemeleri, bu konuda inisiyatif kullanmaktan çekinmemeleri beklenir. Unutmamak gerekir ki çok katı kuralcılık ve şekilcilik bazen işin özünün kaybedilmesine sebebiyet verebilmektedir.

V.Mahkeme Süreci

A.Uygulanacak Usûl

Buradaki teslim ve tasfiye işleminin teknik anlamda terekenin tasfiyesi şeklinde algılanmaması gerektiğini yukarıda defaatle belirttik. O halde bu tasfiye hangi esaslara göre gerçekleştirilecektir? Hemen belirtelim ki, konuyu münhasıran düzenleyen bir madde hükmü olmaması karşısında TMK'nın 1. maddesi gereği hâkim olaya en uygun ve isabetli bir tasfiye usûlünü saptayıp uygulamakla görevlidir. Hâkim TMK'da gösterilen çok teferruatlı bir tasfiye usûlü yerine olaya uygun, daha seri, basit ve ekonomik bir teslim-tasfiye usûlü belirleyerek en çok iki-üç ay içerisinde dosyayı kapatmayı hedeflemelidir. Bununla birlikte takip edilecek bu yol ve yöntem, teknik anlamda terekenin tasfiyesi usûlünden tamamen bağımsız, keyfi, gelişigüzel veya alelusûl de olmamalıdır. Niteliği uyduğu ölçüde TMK'nın ilgili hükümleri çerçevesinde hareket edilmekle birlikte, burada ölçü alınması gereken husus, hem toplu-

mun hem de mirasçılarının veya alacaklılar gibi diğer ilgililerin menfaatlerinin dengeli bir şekilde korunması olmalıdır. Hâkim bir yandan eşyanın miktar ve mahiyetini, diğer yandan ilgililerin durumunu nazara alarak takdir ve inisiyatif kullanmak suretiyle hukukun genel prensipleri çerçevesinde, amaca uygun, en az masrafla, basit, seri ve pratik bir usülle tasfiyeyi gerçekleştirecek, eşyayı hak sahiplerine teslim edecektir. Gerek görürse terekeyi mirasçılarının bir kısmından bile koruyacaktır. Muhtemelen bu amaca binaen iade, teslim ve tasfiye işleminin belli bir prosedüre bağlanmadığı, hâkimin takdir ve inisiyatifine havale edildiği söylenebilir.

B.Durumun Değişmesi, Tedbir ve Teslim İşleminin Terekenin veya Mirasın Tasfiyesi Davasına Dönüşmesi

Cumhuriyet savcılığı veya ilgili birimler tarafından tereke hâkimliğine intikal ettirilen bu eşyanın tasfiyesi zımında hâkim tarafından yukarıda belirtildiği şekilde olaya uygun düşen tasfiye süreci başlatıldığı sırada mirasçılardan biri, bir kısmı veya tamamı veya hak sahibi olduğunu ileri süren diğer ilgililerin bu taksim veya teslim işlemine itiraz etmeleri ya da miras hukukunun farklı argümanlarını dile getirmeleri, bu anlamda muhtelif sebepler ve talepler ileri sürmeleri ya da dava açmaları mümkündür. Bu halde hâkim ileri sürülen bu iddia, itiraz veya taleplerin veya açılan davanın içeriği ve niteliği itibarıyla dosyanın kısmî veya tam bir tereke davasına dönüştüğü kanaatine varması halinde artık bundan sonraki işlemleri terekenin teknik anlamda tasfiyesi hükümlerine göre yürütmesi gerekecektir. Ancak bu nitelik esaslı bir şekilde değişmemiş veya ileri sürülen hususlara rağmen teslim ve tasfiye işleminin teknik anlamda yapılmasında hâkim bir yarar görmüyorsa başlamış olduğu işlere devamla söz konusu eş-

yanın en basit, ucuz, seri ve en pratik yoldan tasfiyesini gerçekleştirmelidir.

Acaba hâkim taraflarca ileri sürülmediği ahvalde bile TMK'nın 590 ve 592. maddelerinde yazılı hususları araştırarak mıdır? Ezcümle, mirasçılar arasında vesayet altında veya vesayete muhtaç veya gaip birinin olup olmadığını kendiliğinden irdeleyecek midir? Hemen belirtelim ki, burada teknik anlamda bir tasfiye söz konusu olmadığından böyle bir araştırma yapılmasına veya durumu re'sen nazara almasına gerek yoktur. Aksinin kabulü halinde örneğin cezaevlerinde bulunan yaklaşık yüz bin mahkûm ve tutuklunun netice itibariyle bu araştırmanın kapsamına dâhil edilmesi gerekecektir ki bunun altından kalkmak mümkün olmadığı gibi bir yarar da sağlamaz. Bununla birlikte hâkim terekenin miktar ve mahiyeti ve mirasçıların özel durumlarını nazara alarak bir fayda veya maslahat görmesi halinde re'sen araştırma yapmasında bir beis bulunmamaktadır.

Denilebilir ki, ölüye ait eşyanın tasfiyesinin her zaman için böyle bir mahiyet değişikliğine uğrama ihtimali bulunmuş olması karşısında, savcılıkça el konulan bir miktar eşyanın ilgililerine teslimi işinin de tereke hâkimliğince yapılması pek sorgulanmayan bir teamül ya da uygulama haline gelmiştir.

C.Görev ve Yetki Meselesi

HUMK'nın 8/2. ve TMK'nın 589. maddeleri uyarınca sulh hukuk mahkemeleri terekenin korunması ve hak sahiplerine intikali hususunda görevlidirler. Keza, TMK'nın 589. maddesine göre tasfiye hususunda ölen kişinin son ikametgâhı mahkemesi yetkilidir. Yine aynı maddenin 4. fıkrasına göre de tereke için alınacak tedbirler konusunda

yetki söz konusu değildir. Yani acil tedbirler yetkisiz yerde de alınabilir. Ayrıca, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca ölenin Türkiye'de yerleşim yerinin bulunmaması halinde terekedeki malların bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir.

Tereke hâkimliğince yapılan ön incelemede, mahkemenin yetkili olmadığına anlaşılması halinde müteakip işler yapılmayıp, tensiple birlikte denetim ve takip amacıyla gölge dosya oluşturulup saklanmasına ve esas dosya ile beraber tereke muhteviyatının derhal yetkili mahkemeye gönderilmesine karar verilir. Şayet varsa bozulmakta olan bir malın satılması gibi acilen alınması gereken tedbirler de alınır.

Eğer eşya kendisine intikal ettirilen tereke hâkimliği yetkili olmamakla birlikte mirasçılardan biri veya birkaçının tereke eşyasını teslim almak üzere yetkisiz tereke hâkimliğine müracaatı vaki olmuş ise ne yapılmalıdır? Bu durumda tereke eşyasının miktar ve mahiyeti nazara alınarak bir mahzur görülmemesi halinde bu eşyalar tüm mirasçılar adına gelenlere yed-i emin sıfatıyla teslim edilmelidir. Tüm mirasçılar gelirse bu sefer tereke eşyasının miktar ve mahiyetine bakılmaksızın teslim işlemi yapılmalıdır. Diğer yandan yetkisiz olunmakla birlikte yetkili yere gönderme masraflarına da değmeyecek miktarda bir eşya ve para söz konusu ise ezcümle, 8.00 TL para ile 2 gr ağırlığında bir çift altın küpe ve yırtık bir gömlekten müteşekkil eşyanın ölenin son ikametgâhı yeri tereke hâkimliğine gönderilmesi yerine "İlgililerin kendiliklerinden müracaatları halinde onlara teslimine, aksi halde eldeki eşyanın miktar ve mahiyeti nazara alınarak posta ve tasfiye masraflarını karşılamayacağı gibi bunda kimsenin bir menfaa-

tinin de bulunmadığı anlaşılacakla altının paraya çevrilip istirdadı kabil olmak üzere hazineye devrine, gömleğin imhası suretiyle tasfiyesinin yapılacağına dair keyfiyetin mahkeme divanhanesinde bir ay süreyle ilanına” biçiminde verilecek bir kararla bir aylık askı ilan süresinden sonra belirtilen şekilde tasfiyenin yapılması, bu arada varsa ilgililere telefon veya mesajla keyfiyetin bildirilmesi amaca ve hukuka uygun pratik bir çözüm olur. Burada katı bir kuralcılık uygulayıp posta masraflarını karşılamayacak miktardaki eşyayı yetkili yere göndermek yerine, taşınır tereke malları için yetkinin kamu düzeninden olup olmadığı tartışmasına girmeden, meselenin mahiyeti ile maslahat ve menfaat düşünülerek hareket edilmelidir.

D.Tereke Eşyasının Teslim Alınması ve İlk İşlemler

Öncelikle Cumhuriyet savcılığı veya diğer birimlerce tereke hâkimliğine intikal ettirilen şeyler kalem mevzuatına ilişkin yönetmelik hükümleri çerçevesinde mahkeme yazı işleri müdürü tarafından sayılarak özenle ve zimmetle teslim alınır. İlgili defterlere kayıtları yapıldıktan sonra TL ve döviz cinsinden olan paraların miktarı az olması halinde bankaya yatırılmayıp kasada muhafaza edilir, miktarı çok olması halinde kısa süreli vadeli olarak en çok faiz getiren bir kamu bankasına⁵ yatırılır. Diğer kıymetli evrak ve eşya tereke mahkemesi yazı işleri müdürlüğünün kasasında muhafaza edilir. Ruhsatlı silahlar, yeterli güvende olabilmesi için geri alınmak üzere savcılık emanet memurluğuna teslim edilebilir. Sair eşyaların ise mahiyetlerine göre en uygun yerde (Bulunduğu yer, depo, yed-i emin, emanet memurluğu vs) muhafaza edilmesine, muhafazası

5 Bak. HİGM 06.05.2008 tarih ve 104/1 sayılı genelgesi uyarınca tereke paralarının şubesi bulunduğu takdirde Türkiye Vakıflar Bankasına yatırılması gerekmektedir.

zor veya bozulma tehlikesi olanların ise derhal satılıp parasının saklanmasına karar verilir.

Fiilen savcılığa intikal ettirilmemekle birlikte sayım ve dökümü yapılmış bir kısım tereke eşyasının listesinin iletilmiş olması halinde ki huzurevlerinde ölenler için bazen bu yolun uygulandığı bilinmektedir, bu eşyaların miktar ve mahiyeti nazara alınarak gerek görülürse buldukları yerde görülüp bir kez de hâkim tarafından zapt altına alınarak gerek görülmezse eldeki listeye göre tasfiye edilinceye kadar ne yapılacakları ve nerede muhafaza edileceklerine dair tensiple birlikte bir karar ittihaz olunur. Örneğin huzurevinde öldüğü bildirilen kişiye ait bir adet kullanılmış ranza ile bir çamaşır makinesinin mahallinde görülmesinde bir yarar bulunmamaktadır. Lüzum görülürse bu malların özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi istenip dosyasına konularak buna göre bir karar verilir. Verilen bu karar gerek görüldüğünde her zaman için değiştirilebilir. Takdir ve inisiyatif tamamen hâkime aittir.

Acilen alınması gereken bazı tedbirlerin bulunması halinde tensiple birlikte bu hususta da bir karar verilir.

E. Tasfiye Hazırlıkları

Tensipte, yukarıda belirtilen işlemlerle birlikte zaman kaybetmeden mirasçıların ve adreslerinin saptanması yönünde de kararlar ittihaz olunur. Burada teknik anlamda terekenin tasfiyesi söz konusu olmadığından tüm mirasçıların mutlaka tespit olup haberdar edilmelerine gerek bulunmamaktadır. Uygulamada kimi zaman tüm mirasçılara ulaşmak gayesiyle veraset ilâmı çıkartılmakta veya istenilmekte sonra da her birine usûlen tebligat yapılmaya çalışılması neticesi bu aşamanın bazen yıllarca sürdürüldüğüne tanık olmaktadır. Ölenin dosyada bulunan yoksa

temin edilecek nüfus kaydından anlaşılan mirasçılarının belli değilse adreslerinin tespiti için adres tahkiki yaptırılır. Burada da en pratik ve seri yol tercih edilmelidir. Tereke eşyasının miktar ve mahiyeti nazara alınarak ezcümle 200,00 TL para, 30 TL değerinde bir saat ve 50 TL değerinde bir cep telefonundan ibaret tereke eşyası söz konusu ise ve birkaç mirasçının adresi de biliniyorsa bu kişilerin çağrılması ile iktifa edilmelidir. Şayet 15.000,00 TL para, banka kartları, 10 altın bilezik ve bir ruhsatlı tabancadan ibaret tereke eşyası varsa zabıta veya duruma göre daha ayrıntılı adres araştırması yapılması, duruşmaya katılan mirasçılardan icabında diğer mirasçıların kim oldukları ve adresleri sorulup duruşmaya davet edilmeleri, keyfiyeti haber vermelerinin istenmesi, bu amaçla bir iki celse daha erteleme yapılması uygun olur.

Adres tespiti işlemlerinden sonra veya adresler zaten biliniyorsa bu aşama atlanarak ilgililer duruşmaya çağırılırlar. Adresleri bilinenlerin tamamının çağrılması esastır. Bu çağırma işleminin meşruhatlı davetiye ile yapılması, davetiyeye teslimi yapılacak terekenin nelerden ibaret olduğunun özetle yazılması, duruşmaya gelmemesi halinde mevcut eşyanın tüm mirasçılar adına duruşmaya katılan diğer mirasçılara verilebileceğinin, hiç katılım olmaması halinde ne yapılacağına şerh düşülmesi ve buna göre müteakip işlemlerin yürütülmesi gerekir. Mirasçının başka bir yerde ikamet etmesi halinde yazılacak talimatta ilgili hakkında çıkartılacak davetiyeye bu yönde bir şerh konulması ve bu husustaki diyeceklerinin sorulması istenmelidir. Adresi yurt dışında bulunan mirasçılar için öncelikli olarak telefon-mesaj veya iadeli taahhütlü tebligat gibi en seri ve az masraflı yollar düşünülmeli, terekenin miktar ve mahiyeti her daim göz önünde bulundurulmalıdır.

Şayet mirasçılarının kimler olduğu belirlenememişse veya belirlenmekle birlikte adresleri tespit edilememişse ya da adresleri tespit edilmekle birlikte kendilerine tebligat yapılamamışsa bu durumda MK'nun 594. maddesine paralel hareketle keyfiyetin ilân yoluyla duyurulmasına karar verilir. Burada teknik anlamda bir tasfiye söz konusu olmadığından kanun maddesinde belirtildiği şekilde iki sefer ilân yapılmasına ve son ilândan itibaren bir yıl beklenmesine de gerek yoktur. İlânın ne şekilde ve kaç sefer yapılacağına ve ne kadar bekleneceğine terekenin miktar ve mahiyetine göre hâkim karar verecektir. Ezcümle, hâkim olay nedeniyle el konulan bilahare iadesine karar verilen 30,00 TL değerinde bir baltanın mirasçılara teslimi için suçüstü ödeneğinden 500,00 TL masraf yapıp ulusal bir gazetede iki sefer ilân ettirmeye ve bir yıl beklemeye herhalde karar vermeyecektir. Bu halde, mahkeme divanhanesinde bir ay süreyle keyfiyetin duyurulması yani ilân askı tutanağı düzenlenmesi ve varsa ilgililerin veya bir kısmının telefonla haberdar edilmesi gerekli ve yeterlidir. İlân süresi içerisinde kimse başvurmazsa veya yapılan araştırmada hiçbir mirasçı tespit edilemezse kanun maddesinde açıkça belirtildiği üzere miras sebebiyle istihkak davası açma hakkı saklı kalmak üzere mirasın hazineye devrine karar verilerek gereği ikmal edilir, eğer mirasçılardan biri veya bir kısmı gelirse eldeki tereke eşyasının tamamı tüm mirasçılar adına gelen kişi veya kişilere yedemin sıfatıyla teslim edilir. Bununla birlikte gelen mirasçının veya mirasçılarının hâkim nazarında uyandırdıkları intibaları ve/veya terekenin özel durumu nazara alınarak hâkim bu gelen mirasçılara sadece kendi paylarını verebileceği gibi gelmeyen diğer mirasçılara ait payın bir kısmını da teslim edebilir. Bu anlamda sıradan kullanım eşyalarının ve az miktardaki paranın pay gözetilmeksizin teslimi

ancak, yüklü miktardaki para veya mücevheratın pay oranında tesliminin uygun olacağı söylenebilir. Görüldüğü üzere burada hâkimin geniş bir takdir yetkisi bulunmakta olup hâkim duruma göre hareketle, bir taraftan terekenin miktar ve mahiyetinin tüm mirasçılar nezdinde arz edeceği önem ile mirasçılar arasında ileride önemli bir husumete sebebiyet verip vermeyeceğini değerlendirmeli, diğer yandan hem devleti hem de mirasçıları ve terekeyi dengeli şekilde koruma gayreti içerisinde olmalıdır.

Burada önemle belirtmek gerekir ki, mirasçılardan veraset belgesi getirmeleri istenmez, re'sen çıkartılması yoluna da gidilmez. Keza, nüfus kaydından anlaşılmayan başka mirasçılarının olup olmadığı da araştırılmaz. Bir kısım mirasçıya ulaşılması veya mahkemeye gelmeleri halinde artık adresleri tespit edilemeyen diğer mirasçılar hakkında çok önemli bir neden olmadıkça araştırmaya devam olunmaz. Diğer mirasçılar yönünden TMK'nun 594. maddesinde yazılı ilân yoluna gidilmez. Davete icabet etmeyen veya vekil göndermeyen mirasçıların ise kesinlikle ihzarları yoluna gidilemez. Zira ilgililer mirasçı sıfatıyla duruşmaya katılmak veya miras eşyasını almak zorunda değildirler.

Diğer yandan bu teslim ve tasfiye sırasında yukarıda belirtildiği üzere TMK'nın 590 ve 592. maddelerinde yer alan vesayet altında ya da vesayete muhtaç veya gaip mirasçının olup olmadığı vs. hususları da araştırılmaz. Çünkü burada teknik anlamda bir tereke veya miras taksim ve tasfiyesi söz konusu olmadığından, keza yapılan teslimat ve tasfiyenin acele ve geçici bir niteliği bulunduğundan miras taksim sözleşmesi, vasiyetname, ölüme bağlı tasarruflar, mirası ret, mirastan mahrumiyet vs. gibi miras hukukunun diğer argümanları üzerinde de durulmaz. Aksi

halde yukarıda da belirtildiği üzere ezcümle sadece bir saatin teslimi işleminin 5 yılı bulabileceğinin, bunun da bireysel, kamusal veya hukukî hiç bir yarar sağlamayacağına bilinmesi gerekir. Keza, murisin ölmeden önce vesayet altında olduğu biliniyor olsa bile bu durum Cumhuriyet savcılığında gönderilen eşyanın burada anlatmakta olduğumuz usûller dairesinde mirasçılara geçici ve tedbiren teslimi suretiyle tasfiyesine engel teşkil etmez. Her ne kadar TMK'nın 489. ve Tüzüğü'nün 31. maddesinde vasi, malvarlığını mirasçılara teslim edilmek üzere hazır bulundurur ve hâkim tarafından mirasçılara teslim edilir anlamında bir düzenleme var ise de bu vesayet makamını ilgilendiren ayrı bir husustur.

F. Tasfiye Aşaması

Tasfiyenin ne şekilde yapılacağı, tereke konusu eşyanın miktar ve mahiyetine ve mirasçılardan durumuna göre hâkim tarafından saptanır. Bu cümleden olarak, eşya ve paranın mirasçılara tevdi, teslimi veya bir banka hesabına aktarılması, hazineye veya ilgili kuruma devri, yetkisizlikle başka yere yollanması, savcılığa iadesi veya imhası gibi yasal yollardan biri veya bir kaçıyla yapılabilir. Tasfiye fiilen ve tamamen gerçekleşmeden, bu anlamda yazılan müzekkere cevapları dosyaya girmeden ve yapılan kontrolde bir eksiklik veya usûlsüzlük bulunmadığı saptanmadan dosyadan el çekilmemelidir. Nitekim bir denetim sırasında tereke eşyasının mirasçılara teslimine karar verildikten sonra dosyadan el çekilip arşive kaldırıldığı, tereke eşyasının ise dört yıldan beri mirasçılara teslim edilmeksizin öylece bekletilmekte olduğuna rastlanılmıştır.

Şimdi konunun daha iyi anlaşılması için bir miktar paranın ne şekilde tasfiye edilmesi gerektiğini bir örnekle

anlatmaya çalışalım: Tereke konusu bir miktar para veya döviz, duruşmaya gelen mirasçılara payları oranında tak- sim edilerek verilir, bir kısmı gelmezse bakılır, para miras- çılar arasında ihtilafa sebebiyet vermeyecek miktarda ise, duruşmaya gelmeyen veya herhangi bir şekilde kendilerine tebligat yapılamayan diğer mirasçılarının payları da kabul etmeleri halinde bu gelmeyen mirasçılara iletmek üzere gerekli ihtarlar yapılarak gelenlerden en uygun görülen bi- rine emaneten teslim edilir, hukukî ve cezai sorumluluğu ve yapacağı iş güzelce anlatılır, beyan ve imzaları alınır. Böylece paranın tasfiyesi gerçekleştirilmiş olur. Şayet pa- ranın (TL ve/veya döviz) miktarı daha fazla ise ya da yine az olmakla birlikte hiç kimsenin duruşmaya icabet etme- diği, veyahut ta gelenlerin gelmeyenlerin paylarını emane- ten almak istememeleri hallerinde, gelenlerin payları öde- nir, tespit edilen ancak duruşmaya gelmemiş olan mirasçı veya mirasçılara ödenmesini teminen paydaşların ad ve soyadlarıyla pay oranları belirtilerek adlarına müstakil he- sap açılması ve müracaatlarında ödenmesi, ödemenin ger- çekleşmemesi hallerinde zamanaşımı süresine kadar⁶ bek- letildikten sonra hazineye devri için bir kamu bankasına talimat yazılır, paranın bankaya yatırıldığına dair dekont dosyaya konur ve dosya para yönünden böylece tasfiye edilmiş olur. Ancak bankaya yatırılan bu nitelikteki para- ların zamanaşımı süresinin sonunda hazineye devredildi- ğine dair tereke kasa defterinden takibi gerekir.

Tereke parasının tebligat ve ilgililerin adliye gelme gitme masraflarını karşılamayacak kadar çok az olması halinde mirasçılarının da emek ve zamanları düşünülerek gereksiz yere adliye gelme durumunda bırakılmamaları, iş yükü zaten fazla olan zabitanın boş yere adres araştır-

6 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 66.maddesine göre bu süre 10 yıldır.

ması veya ilgililerin celbi hususunda meşgul edilmemesi, tebliğ işleminin mümkünse mesajla veya ilân askı tutanağı ile yapılmasının ve makul bir süre beklenmesinden sonra, ezcümle “Tereke konusu paranın miktarı nazara alınarak tasfiye zımında başkaca işlemler yapılmasında ve beklenmesinde gerek mirasçılarının ve gerekse kamununun bir menfaati bulunmadığı anlaşılma ile istirdadı kabil olmak üzere hazineye devri suretiyle tasfiyesine” biçimindeki bir kararla para yönünden tasfiye işlemi gerçekleştirilmelidir. Hâkim bu konuda takdir ve inisiyatif kullanmaktan çekinmemelidir.

Para dışındaki eşya mevcut hali itibariyle zati veya itibari olarak hiçbir kıymet taşıyor veya tasfiye masraflarını karşılamayacak durumda ise ilgililerin kendiliklerinden gelip bu eşyayı almak istemeleri halinde gelen birine teslim edilir, aksi halde ilân askı tutanağı ile yetinilip, ilgililere tebliğ yoluna gidilmeyerek imhasına ve/veya satılıp parasının iadesi kabil olmak üzere hazineye aktarılmasına karar verilir. Esas itibariyle böyle önemsiz eşyanın C. savcılıklarınca tereke hâkimliğine gönderilmemesi gerekir. Bu nedenle C.savcılığı görevini yürütenlerin de bu anlamda inisiyatif kullanmaları beklenir.

Unutmamak gerekir ki, mirasçılar arasında her zaman için bir istirdat veya istihkak davası açılacağı cihetle, terekeyi kabul eden bir mirasçıya teslim veya açılacak bir taksim veya izale-i şüyu davasına kadar yed-i emin sıfatıyla verilerek terekeden el çekilmesi de mümkündür. Dolayısıyla, gerek tereke eşyası ve gerekse teslim edilen kişi veya kurum belli olduğu sürece bir hak kaybı söz konusu olmayacağından hâkim bir an önce bu tasfiyenin yapıp bitirilmesini hedeflemeli, cesaretle hareket etmeli, durumun özelliğine göre inisiyatif ve takdir yetkisi kul-

lanmaktan çekinmemelidir. Zaman zaman ileri sürüldüğü gibi, hâkimin çekingen davranmak suretiyle dosyanın uzun süre derdestler arasında kalmasına sebebiyet vermesini, denetim veya Yargıtay endişesi ile gerekçelendirme yerine, hâkimden beklenen gayretin gösterilmemesinin somut bir örneği olarak anlamak gerekir.

Sair eşyanın tasfiye usûlünün ayrıntılı olarak anlatılması burada mümkün olmadığından hâkim belirtilen hususlar çerçevesinde en uygun tasfiyeyi gerçekleştirecektir. Ancak bu eşya arasında özellik arz edenler bulunabilir. Belirlenecek tasfiye şeklinde bu haller mutlaka göz önüne alınmalıdır, bu cümleden olarak;

-Tereke eşyası arasında ruhsatlı bir silah varsa, 6136 sayılı Yasa ile Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Yönetmeliğin 18. maddesi doğrultusunda miras yoluyla tabancayı devralacak kişinin idari yönden kendisine ruhsat verilebilecek kimselerden olması gerektiğinden mirasçılardan ittifak ettikleri bu olmazsa hâkimin uygun gördüğü birine belge getirmek üzere süre verecektir, aksi halde tabancanın müsaderesi konusunda savcılığa ihbarda bulunulması yoluna gidilmelidir.

-Tereke eşyası arasında vasiyetname de varsa, bu halde bakılır, vasiyetnamenin içeriği eldeki eşyanın geçici teslim veya tasfiyesine engel bir nitelik taşıyorsa, mevcut eşya vasiyetname yokmuş gibi yukarıda belirtilen şekilde teslim ve tasfiye edilir. Bu yol TMK'nın 595/3. maddesine de uygundur. Vasiyetname için gereği yapılmak (açılıp okunmak) üzere sulh hukuk mahkemesi esas defterine kaydı yapılır.

-Tereke eşyası Türkiye'de ölen bir yabancıya aitse, bu halde Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlü-

ğünün 01.03.2008 tarih ve 63/1 sayılı genelgesi uyarınca işlem yapılır.⁷

-Tereke eşyası yüklü miktarda ekonomik bir değer taşıyorsa veya böyle olmamakla birlikte başka bir sebeple teknik anlamda tasfiye yapılmasında yarar veya zorunluluk görülüyorsa bu durumda terekenin TMK'nın ilgili hükümleri çerçevesinde tasfiye edilmesine karar verilip bu usûl (teknik anlamda terekenin tasfiyesi usûlü) uygulanır.

-Tereke eşyası arasında esasen mahkemeye intikal ettirilmemesi gereken ruhsatsız bir tabanca, resen müsadereye tabi bir mal, tarihi bir eser veya suç eşyası gibi şeylerinde bulunması halinde bunların tensiple birlikte gereği yapılmak üzere Cumhuriyet savcılığına iade veya teslimine karar verilmelidir.

-Özel kanunu gereği tasfiyesinde bir istisna getirilen tereke eşyası varsa örneğin, 2828 sayılı Yasa'nın 28. maddesi uyarınca, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna bağlı kuruluşlarda bakılmakta iken mirasçı bırakmaksızın vefat eden kimselerin mirasının hazineye değil bu kuruma devir, terk ve teslimine karar verilmelidir. Bu hükmün özel bakımevlerini kapsamadığı unutulmamalıdır.

7 İlgili genelgenin 6. maddesi uyarınca, tereke hâkimi ölenin mirasçılarının saptanması ve terekenin tasfiyesi ile meşgul olmayacak, bu işleri ilgili konsolosluk yapacaktır. 9 maddede "...Türkiye de geçici olarak bulunmakta iken ölen yabancı devlet vatandaşlarının bıraktığı menkul eşya ve paranın ilgili konsolosluk görevlisi tarafından teslim alınması için tereke eşyası ve paranın listesi ile birlikte ... tereke eşyası ile paranın ne şekilde teslim alınacağı sorulduğu bir yazının diplomatik kайдan ilgili yabancı devlet temsilciliğine iletilmek üzere Bakanlığımıza gönderilmesi gerekmektedir."

G.Yapılan Masraflar

TMK'nın 589/3. maddesinde terekenin re'sen korunması zımında yapılan masrafların devlet tarafından karşılanacağı belirtilmektedir. Bu madde teknik anlamda terekenin tasfiyesine ilişkin bulunmaktadır. Yazımıza konu tereke eşyasının tasfiyesi de re'sen yapılmakla birlikte, teknik anlamda bir tasfiye söz konusu olmadığı için terekenin mirasçılara teslim edilmesi zımında yapılan koruma ve tasfiye harcamalarının toplumun sırtına yüklenmesinin bir gereği bulunmamaktadır. Ancak burada şu ayrıma dikkat etmek gerekir: Şayet tereke konusu eşyayı mirasçılara intikal ettirme masraflarını mirasçılara tahmil etmek onlara karşı bir haksızlık oluşturacaksa bu halde masrafların devlet tarafından karşılanması, sair hallerde tereke veya mirasçılardan karşılanması gerekir. Örneğin huzurevinde ölen bir kişiye ait eşyanın mirasçılara intikal ettirilmesi için yapılan masrafların halkın sırtına yüklenmesinin bir manası yoktur. Bu masrafların terekeden veya mirasçılarından alınması hatta bu teslimden veraset ve intikal vergisinin dahi alınması için keyfiyetin vergi dairesine bildirilmesi gerekebilir. Koruma amacıyla el konulan eşyanın korunması ve tasfiyesi masraflarının da terekeden karşılanması gerekir. Suç şüphesi nedeniyle el konulan bir eşyanın yapılan soruşturma veya yargılama sonunda bu nitelikte olmadığı anlaşılması nedeniyle iadesine karar verilmesi halinde ise, bu iade masrafının mirasçılardan alınması bir haksızlık oluşturur. Zira bu eşyanın devletin eline geçmesinde murisin bir kusurunun bulunmadığı anlaşılmıştır. İşte bu halde tasfiye masraflarının re'sen karşılanması gerekir.

Son olarak belirtelim ki, dosya münderecatına göre masrafların takibi ve tahsilinde hazine için bir yarar gö-

rülmüyorsa, terekeden veya ilgililerden de karşılama imkânı yoksa bu gerekçeyle kamu üzerinde bırakılmasına karar verilmek suretiyle dosyadan el çekilmelidir. Nitekim vergi dairelerinin belli miktardan az alacaklar bakımından zaten takip işlemlerini yürütmediği herkesin bilgisi dâhilindedir.

VI.Göz Önünde Bulundurulacak Bazı Hususlar

-Eğer terekede TL veya döviz cinsinden bir miktar para varsa ve miktarı da az ise tasfiyesi sırasında kolaylık ve pratik fayda sağlaması keza, bankaya yatırma ve bankadan çekme zahmetine ve zaman kaybına sebebiyet verilmemesi bakımından kasada muhafaza edilmelidir. Bu hususta bir sakınca veya yasaklayıcı bir düzenleme olmadığı gibi yazı işleri müdürünün kasasının bulundurulmasının bir amacı da budur. Uygulamada bazen 50 kuruşun bile bankaya yatırılması yoluna gidildiğine tanık olunmaktadır. Şayet para miktarı çok ise bir aylık vadeli olarak Bakanlığın belirlediği bir kamu bankasına yatırılmalıdır.⁸

-Harçlar kanununun 36/2. maddesi uyarınca tereke paraları ile kısıtlı veya gaip kişilere ait paraların faizleri ve sair menfaatlerinin ilgisine ait olduğu nedeniyle her bir tereke dosyası için ayrı bir hesap açılmalı, işleyen faizler

8 Suç Eşyası Yönetmeliği'nin 12. maddesi gereğince, emanete alınan paraların miktarına bakılmaksızın bankaca faiz getirecek vadeli bir hesaba yatırılması öngörülmüştür. Bu gün itibariyle faiz getirisi sağlayacak asgari para miktarının 1.000,00 TL veya bu miktar ABD Doları ya da Euro olduğu, daha az miktardaki paraların ise aylık faizlerinin eksi olduğu öğrenildiğinden, bu miktara kadar olan paraların kasada muhafaza edilebileceği, ya da güvenlik kaygısı bulunması halinde ise vadesiz bir hesaba yatırılabilirliğini söylemek yönetmeliğe aykırı bir söylem teşkil etmez. Diğer yandan bu miktara kadar olan paraların ekonomik duruma, yer ve zamana göre değişmekle birlikte genel itibariyle az miktarda para olarak kabul edilmesinin tasfiye işlemlerini kolaylaştırıp hızlandıracağı muhakkaktır.

de bu hesaba katılmalıdır.⁹

-Tedbirin içeriğine ilişkin verilen karar ve yapılan uygulamalar temyize tabi değil¹⁰ ise de talebin reddinin temyize tabi olduğu incelenen Yargıtay kararlarından anlaşılmaktadır. Ayrıca temyize tabi olmayan hususlarda aynı mahkemeye itiraz edilebileceği gibi, bu itirazın olumsuz karşılanması halinde bu sefer TMK'nın 593/son maddesine kıyasen bir üst mahkemede itiraz edilebileceğinin kabulü gerekir.

-Mirasçılarının mirası reddetmeyi düşünüyor olmaları halinde bu eşyaları ihtirazi kayıtla teslim almaları veya hiç almamaları menfaatlerine olacaktır.

-Eşyanın ve kasadaki paranın ilgililerine teslimi işinin mutlaka hâkim önünde yapılması gerekliliğine uyulmalı, böylece ileride doğabilecek bir takım şayialara pirim verilmemelidir.¹¹

-213 sayılı Vergi Usûl Kanununun 150. maddesi uyarınca sulh hâkimleri, veraset ve intikal vergilerinin tahakkuk ve tahsiline yardımcı olmak amacıyla intikal eden terekeleri Vergi Dairelerine bildirmekle mükelleftirler. Uygulamada bu kurala hemen hemen hiç uyulmamakla birlikte tereke konusu para ve/veya mal mirasçılara teslim edilmesi halinde keyfiyet vergi dairesine bildirilmeli, mirasçı-

9 Suç Eşyası Yönetmeliğinin 13. maddesine göre de, "12 nci maddeye göre bankaya yatırılan paraların faizleri, anapara ile birlikte bu Yönetmeliğin iade veya müsadereye ilişkin hükümlerine tâbidir." denilmektedir.

10 Bak. Y.2.HD, 25.11.2002 tarih ve 12663/13059 E/K sayılı ilamı.

11 HUMK'nın 548 ve Tüzüğü'nün 31. maddesi doğrultusunda, hâkim terekenin mirasçılara tam ve eksiksiz tevdiini sağlamakla yükümlü olduğundan, ileride ihtilata yol açmamak için hâkimliğin el koyduğu terekenin mirasçılara huzurda aynen tesliminden hâkim sorumludur.

lar dışındaki birine teslim veya tevdi halinde buna lüzum bulunmamaktadır. Yine burada dikkat edilecek husus her tereke veya para tesliminde bu ihbara gerek yoktur. Ancak önemli sayılabilecek miktarda bir para veya sair malvarlığı bulunması halinde bu ihbar yapılmalıdır.

VII.Uygulamadan Örnekler

Birinci olay: Devrilen bir kamyonun etrafa saçılan dayanıklı tüketim mallarını ve kamyonu koruma altına almak ve ilgili yere teslim etmek tereke hâkiminin görev alanına girmediği halde, bunlar ölen şoförün terekesi kabul edilerek Cumhuriyet savcılığınca sürücünün üzerinden çıkan eşya ile birlikte bir tutanakla tereke hâkimliğine intikal ettirildiği, tereke hâkimliğince de hamal ve kamyon kiralanıp masrafı da suçüstü ödeneğinden karşılanmak suretiyle eşyanın ait olduğu şirkete ulaştırıldığı, maktül üzerinden çıkan giyim eşyası, az miktardaki para ile bir telefon ve banka hesap cüzdanını almak üzere gelen bir mirasçıya tüm mirasçılar adına teslim işlemi yapıp dosyanın bu suretle kapatılması yerine hiç gerek, talep ve ihtilaf olmadığı halde hesap cüzdanının ait olduğu bankayla yazışmaya geçilerek bankadaki para üzerine ihtiyati tedbir konulup hesap ekstresinin istenildiği, aradan üç yıl geçmesine rağmen bir kısmı yurt dışında bulunan tüm mirasçılara ulaşılamadığı gerekçesiyle dosyanın halen elde bekletildiği ve son işlem olarak TMK'nun 594. maddesi uyarınca ilânen tebliğe karar verildiği,

İkinci olay: Çalıştığı işyerinde çıkan yangında yanarak ölen bir kişinin üzerinden çıkan çoğu yanmış giysileri, 12 TL bozuk para ve bir adet yanarak özelliği bozulmuş gümüş yüzükten ibaret tereke eşyasının bir tereke değeri olmadığı halde teslim almak üzere mirasçıları olan eş ve

çocuklarının zabıtayla çağrıldığı, ancak mirasçılarının temin edilememesi üzerine zabitanın ölen kişinin yaşlı annesini adliyeye getirdiği, annenin ifadesinin alınmasına ve bu ifadesinde eşyaların verilmesi halinde kendisinin teslim alabileceğini belirtmesine rağmen mirasçı olmadığı gerekçesiyle ona teslim edilmeyerek (eşyaların yediemin sıfatıyla anneye teslim edilmesi hususunda inisiyatif kullanmaktan çekinilerek ve mirası zorla aldırılmaya çalışmanın hukuka uygun bir tarafının bulunmadığı gözden kaçırılmak suretiyle) mirasçılarının yeniden ihzarlarına karar verildiği, bir sonraki duruşmada zabitanın mirasçı anne ile birlikte iki küçük çocuğunu da adliyeye getirdiği, teslim sırasında yanmış giyim eşyalarını gören eşin adliyede fenalaşıp bayıldığı öğrenildiği, daha sonra 12 TL olan paranın bankaya yatırılmış olması nedeniyle bu parayı bankadan alarak dekontu mahkemeye ibraz etmesi tembih edilerek eşin bankaya yollandığı, bir sonraki celsede ilgilinin bankaya gidip parayı almadığının anlaşılması üzerine yeniden ihzaren celp edilerek zabıta eşliğinde bankaya yönlendirilip bu parayı payları oranında kendi adına asaleten bebekleri adına vekâleten aldırılarak dekontun dosyaya koyulduğu ve böylece esasın kapatıldığı,

Üçüncü olay: Ölen kişi üzerinden çıkan ve sadece 50 kuruştan ibaret terekenin, (K) ili Cumhuriyet savcılığınca aynı yer tereke hâkimliğine gönderildiği, tereke hâkimliğince alım gücü bulunmadığından bu gerekçe ile herhangi bir şekilde tebligat ve ilân gibi usûli işlemlere tevessül etmeden tensiple birlikte doğrudan hazineye iradına karar vermek suretiyle dosyadan el çekilmesi yerine, mirasçılara teslimi için dosyanın iki yıl kadar süren mirasçı araştırması sırasında murisin son ikametgâhının (İ) ili olduğu kanaati ile dosyanın yetkisizlikle buraya gönderildiği, iki yıl süreyle de burada derdest tutulduktan sonra murisin

son ikametgâhının esasen (D) ilinin olduğunun kabul edilmesi üzerine dosyanın bu sefer yetkisizlikle bu şehre gönderildiği ve birkaç yıl da burada mirasçı araştırmaları yapıldığı, yazılan onlarca talimat, tebligat ve dosya gönderme işlemleri nedeniyle suçüstü ödeneğinden yüzlerce TL masraf yapıldığı, dosyanın bir klasöre sığmaz hale geldiği, bu süreçte duruşmaya gelen bir mirasçıya da tüm mirasçılara ulaşamadığı gerekçesiyle bu para teslim edilmeyip diğer mirasçılara da tebligat yapılmaya çalışıldığı,

Dördüncü olay: Sosyal hizmetler ve çocuk esirgeme kurumunda yaşamakta iken ölen bir kişiye ait eşya listesinde paslı olduğu belirtilen bir demir ranza, kısmen yırtılmış yatak-yorgan, birkaç parça giyim eşyası, kullanılmış mini bir buzdolabı ile 30 TL paradan ibaret tereke eşyasının miktar ve mahiyeti nazara alınarak, kullanım değeri bulunmadığı anlaşılan giyim eşyasının ve yırtık yatağın vs. imhasına, tasfiye masraflarını karşılamayacağı anlaşılan diğer eşya ve paranın da bulunduğu kurama devir ve tevdiine karar vermek suretiyle tasfiyesi yerine, iki yıl süreyle mirasçılarının araştırıldığı, nihayet 1200 km uzaktaki bir ilde yaşayan mirasçılardan birinin talimatla alınan ifadesinde, kendisine teslim edilmesi halinde bu eşyaları alabileceğini söylemesi üzerine üç yıldan beri tereke hâkimliği ile Cumhuriyet savcılığı arasında eşyaların bir kamyonu yüklenerek mirasçıya teslim edilmesi hususunda yazışmaların yapıldığı, Cumhuriyet savcısının ödenek bulunmadığı gerekçesiyle kararın gereğini yerine getirmediği, dosyanın derdest olarak bekletildiği, eşyanın da ne şekilde muhafaza edileceğine karar verilmediği,

Görölmüştür.

Sonuç:

-Cumhuriyet savcılığından intikal eden eşyanın ne şekilde tasfiye edileceğine ilişkin ayrıntılı özel bir düzenleme bulunmadığı, bu sebeple uygulamada zaman zaman sorunlar ve tereddütler yaşandığı, gereksiz masraflarla hazine zarara uğratıldığı, mahkemelerce genellikle teknik anlamda tasfiye kurallarının uygulanmasına çalışıldığı, ancak bunun da çoğunlukla işin niteliği ile tam olarak bağdaşıp örtüşmediği, niteliksiz dosyaların bile uzun süre sonuçlandırılmadığı, yukarıda travma etkisi yapan uygulamadan bazı örneklerle ortaya konulmuştur. Bu itibarla konu, kanun veya kanaatimce daha alt bir düzenlemeyle acilen bir çözüme kavuşturulmalıdır.

-İş bu konunun yeni bir düzenlemeye kavuşturulması zımında, Türk hukuk tarihi boyunca ve mukayeseli hukukta ne şekilde ele alındığının araştırılması, ayrıca mer'î hukukumuzdaki diğer tasfiye usûllerinden benzer ve farklı yönlerinin ortaya konulması anlamında ilave ve daha ayrıntılı bir çalışma yapılması, idarî nitelikte işlem üzerinde durulması gerekmektedir.

-Bir düzenleme yapılıncaya kadar ilgili hâkim, somut olayla örtüştüğü ölçüde TMK'nın miras hukuku bölümünde gösterilen tasfiye usûlünü kıyasen uygulamalı, müessesenin bünyesine uygun düşmeyen hallerde ise aynı yasanın 1, 2 ve 4. maddeleri uyarınca hareket etmeli, yukarıda anlatmaya çalıştığımız biçimde yani maslahat ve menfaat zemininde, hukukun temel ilkeleri çerçevesinde, en ideal, en makul, dengeli, ekonomik, basit ve seri bir tasfiye yolunu bulup uygulamalı, Yargıtay veya denetim endişesi taşımamalı, takdir ve inisiyatif kullanmaktan çekinmemelidir.

TÜRK HUKUKUNDA ELEKTRONİK SÖZLEŞMELER VE İSPAT

Battal YILMAZ (*)

ANLATIM DÜZENİ: GİRİŞ, 1.1.Elektronik Ticaret, A.GENEL ANLAMDA ELEKTRONİK TİCARET, 1.1.1.Genel Olarak, 1.1.2.Elektronik Ticaret Araçları, 1.1.2.1.Elektronik Veri Değişimi (EDI), 1.1.2.2.İnternet, 1.1.2.2.1.World Wide Web (www), 1.1.2.2.2.Elektronik Posta (Email), 1.1.2.2.3.Eş Zamanlı İletişim, 1.2.Elektronik Ticarete Konu Olan Değerler, 1.2.1.Mal Satışı, 1.2.2.Hizmet Sağlanması, 1.3.Katılımcıları Bakımından Elektronik Ticaret Türleri, 1.3.1.İşletmeler Arası Elektronik Ticaret (Business to Business Modeli B2B), 1.3.2.Tüketiciler Arası Elektronik Ticaret (Consumer to Consumer Modeli C2C, Private to Privatei P2P), 1.3.3.İşletme ile Tüketici Arasında Elektronik Ticaret (Business to Consumer Modeli BtoC, B2C), 1.3.4. İşletme ile Devlet Arasında Elektronik Ticaret (Business to Administration Modeli BtoA, B2A), 1.4.Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi, 1.4.1.Genel Olarak, 1.4.2.Elektronik Ticaret Kanunlarının Genel İlkeleri, 1.4.3.Elektronik Ticaret Kanunlarının Hukuki Etkileri, 1.4.4.Elektronik Ticaret Kanunlarının Faraziyeleri B.İNTERNET ORTAMINDA SÖZLEŞMELE- RİN KURULMASI, 2.1.Genel Olarak Sözleşme Kavramı, 2.2.İnternet Aracılığıyla Kurulan Sözleşme Kavramı,

(*) Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi.

2.3.İnternet Aracılığı ile Kurulan Sözleşmelerin Kuruluş Şekilleri, 2.3.1.Elektronik Veri Değişimi (Electronic Data Interchange EDI), 2.3.2.Elektronik Posta (E-mail), 2.3.3.World Wide Web (www), 2.3.4.Eş Zamanlı İletişim, 2.4.Sözleşmelerin Kurulma Aşamaları, 2.4.1.Genel Olarak Sözleşmenin Kurulma Aşamaları, 2.4.2.İnternet Aracılığı İle Kurulan Sözleşmelerin Kurulma Aşamaları, 2.4.3.İcap ve İcaba Davet, 2.4.3.1.İcap, 2.4.3.2.İcaba Davet, 2.4.3.3.İcabin Bağlayıcılığı, a.Sürelî İcaplar, b.Süresiz İcaplar, 2.4.4.İcabin Geri Alınması, 2.4.5.Kabul, 2.4.5.1.Hazır Olanlar Arasında Kabul, 2.4.5.2.Hazır Olmayanlar Arasında Kabul, 2.4.5.3.Kabulün Türleri, 2.4.5.4.Kabulün Şekli, 2.4.5.5.Kabulün Hükümleri, 2.4.5.6.Kabulün Geri Alınması, 2.5.Sözleşmelerin Kurulduğu An ve Yer, 2.5.1.Genel Olarak, 2.5.2.İnternet Aracılığı ile Kurulan Sözleşmelerin Kurulduğu An, 2.5.3.İnternet Aracılığı ile Kurulan Sözleşmelerin Kurulduğu Yer, 2.6.İnternet Aracılığıyla Kurulan Sözleşmelerin Özellikleri, 2.6.1.Hazır Olmayanlar Arası Sözleşme Olması, 2.6.2.İltihaki Sözleşme Olması, 2.6.3.Mesafeli Satış Sözleşmesi Olması, C.İNTER-NET ARACILIĞI İLE KURULAN SÖZLEŞMELERİN GEÇERLİLİĞİ, İSPATI, 3.1.Sözleşmelerde Geçerlilik, 3.1.1.Ehliyet Bakımından, 3.1.1.1.Genel Olarak, 3.1.1.2.İnternet Aracılığı ile Kurulan Sözleşmeler Açısından Ehliyet, 3.1.2.Şekil Bakımından, 3.1.2.1. Genel Olarak, 3.1.2.2.İnternet Aracılığı ile Kurulan Sözleşmeler Açısından Şekil, 3.2.İnternet Aracılığı ile Kurulan Sözleşmelerde Güven ve Elektronik İmza, 3.3.İnternet Aracılığı ile Kurulan Sözleşmeler Bakımından İspat, SONUÇ, KAYNAKÇA

GİRİŞ

Bilgi kullanımının en önemli güç olması, elde edilen bilginin saklanması, aktarılmasını, paylaşımını ve işlenmesini de gerekli kılmıştır. Tarihin ilk devirlerinden beri insanoğlu, bilgi birikimine hizmet etmiş ve oluşturduğu bilgileri nesilden nesile aktararak kalıcılığını sağlamıştır. İlk önce duvarlara resim olarak çizilmek suretiyle aktarılan bilgi, daha sonra bitki yapraklarına, deri parçalarına, kağıtlara yazılmış ve bu suretle saklanmıştır. Matbaanın keşfi bilginin aktarılmasına ve paylaşımına hız vermiştir. İçinde bulunduğumuz çağın “bilgi çağı” (information age) olmasını sağlayan en büyük etken, elde bulundurlan bilginin teknoloji vasıtasıyla saklanması, aktarılması, paylaşımı ve işlenmesidir. İşlev görmeye başlayan ilk bilgisayar olan ENIAC (Electronic Numerical Integrator and Calculator) 1946 yılında hayatımıza dahil olmuş ve o günden bu yana bilgi teknolojileri inanılmaz bir hızla gelişmiştir. Bilgi teknolojilerinde yaşanan baş döndürücü hız, toplum hayatında da olumlu veya olumsuz birçok etkiye neden olmuştur. Bilgi teknolojileriyle yaşam standardı yükselmiş, insan aracılığıyla yapılan birçok faaliyet daha kısa sürede ve hatasız olarak bilgisayarlar aracılığıyla yapılmaya başlanmıştır. Bankacılık, borsa, enerji, medya, ulaştırma, iletişim gibi faaliyet alanları başta olmak üzere bilgi teknolojileri kullanımı her alana yayılmıştır. 1985’de 14 olan bilgi katlama hızı günümüzde 6,5 düzeylerine düşmüştür. Sosyal yaşama birçok katkı sağlayan bilgi teknolojisinin, ticari hayata etkisinin olmaması düşünülmemeyeceğinden, ticari faaliyetlerin, bilgi teknolojisine ve internete kayması uzun zaman almamıştır. Özellikle iletişim ve ulaşım teknolojilerinde yaşanan gelişmeler mesafelerin önemini yitirmesine neden olmuştur. Ses ve görüntünün kablolu ve kablosuz teknolojilerle iletilebilmesi, ticari söz-

leşmelerin oluşturulması için tarafların fiziki olarak bir araya gelmesi gerekliliğini ortadan kaldırmıştır. Nihayet bilişim sistemlerindeki gelişmeler, toplumu yeni bir kavram olan “elektronik ticaret” ile tanıştırmıştır. Elektronik ticaretin, “işlemlerini internet veya hiç kimsenin özel malı olmayan web tabanlı sistemlere kaydıran ticari faaliyetler” olan internet ticaretine ek olarak, özel elektronik alışveriş sistemleriyle yapılan ticari işlemleri kapsar şekilde geniş bir tanımlaması yapılabilir¹. Sözleşmenin kurucu unsurlarından olan icap ve kabulün, elektronik araçlar vasıtasıyla yapılması durumunda, artık internet aracılığı ile kurulan bir sözleşmeden bahsetmek gerekecektir.

Bu amaçla çalışmada, elektronik ticaret ve internet aracılığı ile kurulan sözleşmelerin kurulması ve ispat açısından temel olarak Türk hukuku göz önüne alınarak açıklanmaya çalışılmaktadır.

Çalışma, giriş ve sonucun yanı sıra toplam üç bölümden oluşacaktır. Birinci bölümde, genel olarak elektronik ticaret kavramı ele alınacak ve ayrıntılı olarak incelenecektir.

Çalışmanın ikinci bölümünde internet aracılığıyla sözleşmelerin kurulması konusu işlenecek, son bölümde ise internet aracılığı ile kurulan sözleşmelerin geçerliliği ve ispatı değerlendirilecektir.

1 Sacit Ertaş, Elektronik Ticaret: Tanımı, Gelişimi, Avantajları, Güvenliği, Elektronik Ticaret (Derleyen: Veysel Bozkurt), Alfa Basım Yayım, İstanbul 2000, s. 2.

BİRİNCİ BÖLÜM**GENEL ANLAMDA ELEKTRONİK TİCARET****1.1.Elektronik Ticaret**

Bu bölümde genel olarak Elektronik ticaretin ne olduğu ve Elektronik Ticaret araçları üzerinde durulacaktır.

1.1.1.Genel Olarak

Elektronik ticaret, internet kullanımının yaygınlaşmasıyla birlikte 1980'li yılların ikinci yarısında ortaya çıkmış bir kavramdır.² Elektronik ticaretin günümüzde giderek artan oranda tercih edilir hale gelmesinde rol oynayan başlıca üç unsur vardır.³

1.Elektronik ticaret, ticari anlaşmaların ve ekonomik büyümenin gerçekleşmesini teşvik etmektedir,

2.Elektronik ticaretin, işletmeler arası ölçek farkı gözetmeksizin, rekabet şansını dengelemesi,

3. Global düzeyde koordine edilip düzenlenmeyen faaliyetlerin, ticari açıdan gelişime çok açık olmaması.

İnternetin elektronik ticarete kullanılır hale gelmesinden önce kapalı bilgisayar ağları üzerinden elektronik ticaret yapılıyorduydu da, bu oldukça yüksek maliyetli bir sistemdi. İnternet, hem maliyeti daha az olduğundan hem de daha çok kişiye ulaşma imkanı sağladığından, elektro-

2 Hatice Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2003, s. 5.

3 Aşkın Keser, Rekabetin Değişen Yüzü: Elektronik Ticaret, <www.isguc.org/askin1.htm>, (07.11.2005), s. 1.

nik ticaret için daha avantajlı bir sistem haline gelmiştir. Zaman içerisinde internetin ticaretteki önemi keşfedilmiş, ürün ve hizmetler internet üzerinden dünyanın her yerindeki alıcıların bilgisine, kullanımına ve alımına sunulmuştur. Elektronik ticaret yoluyla mal ve hizmet ticareti, ürün tasarımı, üretim, pazarlama, reklam, tanıtım, sipariş verme, sözleşme yapma, banka işlemleri ve fon transferi, mühendislik hizmetleri, kamu alımları, elektronik para çıkarma, borsa işlemleri, mülkiyet haklarının devri, kira-lama işlemleri, vb. yapılmaktadır.⁴

Elektronik ticaret beş köklü değişime sebep olmuştur.⁵ Bunlar:

1.Elektronik ticaret, pazar yerini nesnel bir ortamdan sanal bir ortama taşımıştır,

2.Elektronik ticaret, alım satımı ve bunlara bağlı işlemleri hızlandırmış ve yaygınlaştırmıştır,

3.Elektronik ticaret, ekonominin işleyiş yoğunluğunu artırmıştır,

4.Elektronik ticaret, piyasaya açıklık kazandırarak rekabeti artırmıştır,

5.Elektronik ticaret, iş ve işlemlerin sürelerini en aza indirerek ya da ortadan kaldırarak, zaman kavramının ekonomideki etkisini azaltmış yada ortadan kaldırmıştır.

Elektronik ticaret tanımı konusunda, ETKK'nın (Türkiye Elektronik Ticaret Koordinasyon Kurulu)nun belirttiği

4 Erol İyiboçkurt, Küreselleşme ve Elektronik Ticaret: A.Smith'e Varis, Elektronik Ticaret, Derleyen: Veysel Boçkurt, Mayıs 2000, s. 83.

5 Y.Kepenek, 2000, s. 22.

tanım için;elektronik ticaret; bireyler ve kurumların, açık ya da kapalı ağ ortamlarında; yazı, ses ve görüntü şeklindeki sayısal bilgilerin işlenmesi, iletilmesi ve saklanması temeline dayanan ve bir değer yaratmayı amaçlayan ticari işlemlerinin tümüdür.⁶

UNICEFAACT (Birleşmiş Milletler Yönetim, Ticaret ve Ulaştırma Yöntemlerini Kolaylaştırma Merkezi) elektronik ticareti, elektronik yoldan ve yönetim ve tüketim etkinliklerinin yürütülmesinde kullanılan tüm iş bilgilerinin; üretici, tüketici, kamu ve özel kuruluşlar ve diğer organizasyonlar arasında elektronik araçlarla yapılması, olarak tanımlamıştır.⁷

OECD'nin tanımına göre elektronik ticaret, kuruluş ve bireyleri ilgilendiren ticari faaliyetlere dair her türlü işlemin bilgisayar ağları üzerinden yapılmasıdır⁸.

UNCITRAL (Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu United Nations Commission on International Trade Law) elektronik ticareti, EDI, internet, elektronik posta, teleks, fotokopi gibi araçların kullanımı ile yapılan ticari faaliyet olarak tanımlamıştır.⁹

WTO (Dünya Ticaret Örgütü) ise, elektronik ticareti, mal ve hizmetlerin üretim, reklam, satış ve dağıtımının

6 D.TM/ETKK Hukuk Çalışma Grubu Raporu, <www.eiticaret.gov.tr/raporlar/hukuk.htm>, (28.03.2005), s. 1.

7 İsmail Güneş, Elektronik Ticaret ve Kobiler İçin Yeni Fırsatlar, <www.bilgiyonetimi.org/cm/pages/mkligos.php?nt=242>, (28.03.2005).

8 Güneş, <www.bilgiyonetimi.org/cm/pages/mkligos.php?nt=242>.

9 Şaban Kayıhani, Habib Yıldız, Elektronik Ticaretin Hukuki ve Vergi Boyutu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004. s.38.

telekomünikasyon ağları vasıtasıyla yapılması şeklinde belirlemiştir.¹⁰

Bir tanım yapmak gerekirse,internet üzerinden yapılan sözleşmelerdir. Diğer bir deyişle elektronik sözleşmeler,internet üzerinden dijital ortamda yapılan sözleşmelerdir.Yani sözleşmenin her iki tarafından veya taraflardan birinin irade beyanının yazı görüntü, ses ve diğer verilerin sayısallaştırılması suretiyle meydana geldiği ve bu şekilde karşı tarafa iletildiği sözleşme şeklidir.¹¹

Ülkemizde, yürürlükteki Kanunlarda birtakım değişiklikler yapılırken aynı zamanda elektronik ticaret ile ilgili olarak yeni birtakım yasalar da yürürlüğe konmuştur. Elektronik imzanın hukuki ve teknik yönleri ile kullanımına ilişkin esasları düzenlemek amacıyla 15.01.2004 tarih ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu¹² çıkarılmıştır. Çıkarılan bu kanun ile Borçlar Kanunu'nda¹³ ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda¹⁴ bir takım değişiklikler yapılmıştır. Ayrıca elektronik imzanın hukuki ve teknik yönleri ile uygulanmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacı ile Elektronik İmza Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır.

10 Ş.Kaynhani-H.Yıldız, 2004, s.38

11 İpek Sağlam, Elektronik Sözleşmeler, İstanbul 2007, s.61

12 23.01.2004 tarih ve 25355 sayılı Resmi Gazete.

13 29.04.1926 tarih ve 359 sayılı Resmi Gazete.

14 01.07.1927 tarih ve 622 sayılı Resmi Gazete.

1.1.2.Elektronik Ticaret Araçları

Yukarıda Elektronik ticaretin tanımında belirtildiği üzere, internet yani web tabanlı sistemler üzerinden yapılan ticarettir. Dolayısı ile internetin araç kılındığını kabul etmek gerekmektedir.

1.1.2.1.Elektronik Veri Değişimi (EDI)

Elektronik veri değişimi, 1970'lerden beri elektronik ticarete kullanılmaktadır.¹⁵ EDI, ticaret yapan iki kuruluş arasında, insan faktörü olmaksızın, bilgisayar ağları aracılığıyla belge ve bilgi değişimini sağlayan bir sistemdir.¹⁶ Sürekli birbirleriyle iş ilişkisi içinde bulunan işletmelerin, aralarında yapmış oldukları sözleşme çerçevesinde kurulan bir sistemdir. Bu sistemi internet aracılığı ile yapılan ticaretten ayıran en önemli özellik, kapalı ağlar üzerinden yapılıyor olmasıdır. Kapalı ağlar üzerinden yapılan EDI'da, birbirleriyle iş ilişkisi içinde olan tarafların birbirini tanıması nedeniyle güvenlik problemi yaşanmamaktadır. Bu sistemde tüm işlem, birbirleriyle bağlantılı bilgisayarlar arasında yürütülüp tamamlanmaktadır. EDI sayesinde bilgisayarlardan birinin gönderdiği mesaj, karşı taraftaki bilgisayar tarafından algılanıp mesaja uygun işlemlerin yapılması için gerekli yer ya da kişilere iletilir. Bu sistem sayesinde mal veya hizmetlerin siparişinin alınması, fatura, irsaliye ve konşimento düzenlenmesi gibi işlemler, araya insan unsuru girmeksizin otomatik olarak yapılır. EDI sistemi özel bir telekomünikasyon altyapısı ve standart formlar gerektirmektedir.¹⁷ EDI sistemi sadece bu sisteme

15 Mustafa Topaloğlu, Bilişim Hukuku, Seçkin Kitapevi, Adana 2005, s.56.

16 Ş.Kaynhani-H.Yıldız, 2004, s. 69; M.Topaloğlu, 2005, s.89

17 Ali Yürütücü, E-ticaret ve Bilgi Toplumundaki Yapısallaşma Süreci, <inettr.org.tr/inetconf8/bildiri/1.doc>, 25.11.2005, s.1.

kayıtlı olan kullanıcılara açık olduğu için, internet üzerinden gerçekleştirilen işlemlere göre güvenliği daha yüksektir. Ancak donanım ve bağlantı maliyetleri daha yüksek olduğu için daha az tercih edilen bir sistemdir. Bu sistem, temel olarak dışarıya kapalı bağlantılar aracılığıyla yapılmaktadır, ancak internet üzerinde alış verişini sağlayacak şekilde geliştirilmektedir.¹⁸

1.1.2.2.İnternet

İnternet sözcüğü, international ve network kelimelelerinin birleştirilmesinden oluşturulmuştur ve uluslararası ağ anlamında kullanılmaktadır. Daha teknik anlatımıyla, “dünya üzerinde bulunan ağların veya bilgisayarların TCP/IP denilen yöntemle birbirine bağlanmasıyla oluşan, yeryüzündeki en büyük insan ve makine birliğini sağlayan ağa internet denir.”¹⁹

Günümüzde, elektronik ticarete yoğunlukla kullanılan modern araçları elektronik ticarete kazandıran internet olmuştur. İnternet bugün hemen hemen her evde kullanılmaktadır. EDI'nın tam tersine, internet aracılığı ile gerçekleştirilen ticaret, açık ağ ortamında ve önceden kurulmuş bir sözleşme ilişkisine ihtiyaç duymaksızın yapılan bir elektronik ticarettir.²⁰ İnternetin kendine özgü bir yapısı vardır. Burada bilgisayarlar arası bir iletişim söz konusu olduğu için, internetin sahibinden ya da interneti yöneten bir kişi ya da kuruluştan söz etmek mümkün de-

18 M.Topaloglu, 2005, s.90

19 Billy Ellsworth Barron, Kevin M Jill H.i Savetz; İnternet Unleashed (Çev: Bahar, Nezihe-Türkmen, Devrim), İstanbul 1998, s.4 (naklen: Berrin Bozdoğan Akbulut,; Bilişim Suçları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Milenyum Armağanı, S:112, C.8, 2000, s.546i547)

20 Hasan Sınar, İnternet ve Ceza Hukuku,Beta Yayınları, İstanbul 2001, s.33.

ğildir. Bu nedenle internetin uygulamasından doğacak sorunları belirleyecek, sorunlara çözüm getirecek ya da uyuşmazlığın giderilmesi için yaptırım uygulayabilecek bir otorite de yoktur.²¹ İnternet, tüm dünya üzerindeki bilgisayar ağlarının birbirlerine bağlanmalarını sağlayan uluslararası bir ağıdır. Bu ağın merkezinde yüksek hızlı iletişim sahip bilgisayarlar vardır ve bu bilgisayarlar, kişilerin internete erişimlerini sağlamaktadır. Kişilerin internete erişimlerini sağlayan bu aracı kuruluşlara “İnternet Servis Sağlayıcısı (ISS)” denilmektedir.²² ISS olarak hizmet vermek isteyen kuruluşların, öncelikle yerel telefon ya da telekomünikasyon kuruluşları ile anlaşma yapmaları zorunludur. Türkiye’de telekomünikasyon hizmetleri altyapısı ile ilgili faaliyetleri yürütme yetkisi, 10.06.1994 tarih ve 4000 sayılı Kanun’un 1. maddesi ile değişik 406 sayılı Kanun’un 1. maddesi gereği Türk Telekomünikasyon AŞ’ye aittir. Yine 4000²³ sayılı Kanun’un 2. maddesi ile sayılı Kanun’a eklenen 18. maddeye göre, “Bakanlık, mobil telefon, çağrı cihazı, data şebekesi, akıllı şebeke, kablo TV, ankesörlü telefon, uydu sistemleri, rehber basım ve benzeri hizmetler konularında sermaye şirketine tekel oluşturmayacak koşulları da dikkate almak suretiyle işletme lisans ve ruhsatı verebilir.” Buna göre, Türk Telekomünikasyon AŞ, bu konudaki haklarını, lisans ve ruhsat verme yoluyla devredebilmektedir. Türkiye’de, ISS olarak hizmet vermek isteyen kuruluşların, Türk Telekomünikasyon AŞ ile bir anlaşma yapması gerekmektedir. Burada Türk Telekomünikasyon

21 Ercan Alptürk, Elektronik Ticaretin Omurgası İnternet Hukukunda Hangi Aşamadayız?, <www.ceterisparibus.net/yeniekonomi/eiticaret.html>, (31.10.2005), s.1

22 Tamer Soysal, İnternet Servis Sağlayıcıların Hukuki Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 61, Kasım/Aralık 2005, s. 308.

23 21.02.1924 tarih ve 59 sayılı Resmi Gazete.

AŞ'nin sorumluluğu, telefon hattını tahsis ve temin etmekle sınırlıdır. Bunun dışında, internet kullanımını dolayısı ile oluşacak herhangi bir problemle ilgili sorumluluğu yoktur. İnternete erişim sağlamak isteyen kişilerin de mutlaka bir ISS ile anlaşmasının bulunması gerekir. İnternet Servis Sağlayıcılığıyla ilgili Yetki Belgelerine ilişkin Genel Hükümler Yönetmeliği'ne göre, ISS'ler, internet son kullanıcılarına hizmet vermek için kiraladıkları hizmetlerini başka amaç için kullanamayacaklar, kullanıcılarının internet üzerindeki yetkisiz girişimlerine meydan vermeyerek bu tür girişimleri engelleyeceklerdir. Servislerin sunulduğu biçimi, ISS'lerin kusurundan kaynaklanan arıza ve kesintiler ile her türlü sorumluluk ve şikayetlerin muhatabı kendileri olacaktır. İnternete bağlanabilmek için ISS dışında bir de server'a ihtiyaç vardır. Server, belli kapasitesi olan, dijital bilgilerin saklanmasına yarayan ve diğer bilgisayarlara hizmet sağlayan bir bilgisayar veya programdır.²⁴ İnternet servis sağlayıcıları genellikle server olarak da hizmet vermektedir. Ancak iş hacimleri geniş olan kuruluşlar, kendi server'larını oluşturabilirler. İnternetin fonksiyonlarını yerine getirebilmesi için bir de içerik sağlayıcılara ihtiyaç vardır. İçerik sağlayıcılar, belirli bir bilgiyi internet ortamına aktaran kişi ya da kuruluşlardır. Kullanıcılara, internet üzerinden erişimleri için bilgi, doküman, ses, film, hizmet, vb. sunarlar. İnternet aracılığı ile ticaret yapılabilmesi için, internet ortamında sunulan birtakım araçlardan yararlanılabilir. Bunlar:

1.1.2.2.1. World Wide Web (www)

World wide web, içerik sağlayıcısı tarafından bir web sunucusunda kullanıcılar tarafından erişilmek üzere bu-

24 T. Soysal, s.309.

lundurulan bilgilerin, internet aracılığı ile kullanıcılarına açılmasıdır.²⁵ Mal ve hizmetlerin web sayfaları aracılığıyla satışa sunulması durumunda, web sayfası elektronik ticaret aracı olarak kullanılmış olmaktadır. Web sayfaları ya da siteleri çoklu ortam şeklinde hazırlanabilme özelliğinden dolayı, elektronik ticaret açısından özel bir önem taşımaktadır. Web siteleri, kendisini görüntüleyen kişilerle aralarındaki iletişime göre, etkileşimli ya da etkileşimsiz web siteleri şeklinde olabilirler.²⁶ Etkileşimsiz web siteleri özellikle de tanıtım amaçlı olarak kullanılmaktadır. Etkileşimli web siteleri ise, tarafların karşılıklı iletişime geçmelerine olanak sağladığı için, mal satımı ve hizmet sunumuna olanak tanımaktadır. World wide web sistemi, tarayıcı olarak adlandırılan, istenilen verilerin bulunmasını sağlayan bir yazılım ile istenilen verilerin görüntülenmesini sağlayan ve uygulama olarak adlandırılan yazılımların bir araya gelmesinden oluşur.²⁷ www'nin en önemli özelliği, elektronik datanın resim, film ve video görüntüsü, ses ve metin gibi çok farklı formlarının bir arada kullanılmasıdır²⁸. Ayrıca web sayfası, linkler sayesinde aynı veya benzer web sayfasına da erişme imkanı sağlar.

1.1.2.2.2.Elektronik Posta (Email)

Elektronik posta, yazı, ses, resim ve video dosyaları içeren mesajların, internet üzerinden gönderilmesine ola-

25 Mete Özgür Falcıoğlu, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s.56.

26 M.Ö.Falcıoğlu, 2004, s.58.

27 Murat Volkan Dülger, Bilişim Suçları, Ankara 2004, s.52.

28 M.Ö.Falcıoğlu, 2004, s.57

nak tanıyan bir sistemdir.²⁹ Kısaca elektronik posta, internet üzerinden yapılan, kağıtsız bir posta hizmetidir.

Elektronik posta aracılığı ile iletişim sağlanabilmesi için bir elektronik posta adresine ihtiyaç vardır. İki kişi arasında, elektronik posta aracılığı ile haberleşme sağlanabileceği gibi, ekli dosya (attachment) aracılığı ile sözleşme ya da sipariş metni, vb. de gönderilebilir. Elektronik posta, çoklu ortam yaratımlarına müsait olmadığı için, elektronik ticarete kullanımı ya sipariş vermede ya da ürünlerin pazarlanması aşamasında olmaktadır. Elektronik posta haberleşmesi ile taraflar arasında geçerli bir sözleşme yaratılabilir. İcaplar ve kabuller, elektronik postalar vasıtasıyla gönderilir ve sözleşmenin esaslı unsurları tamamlanır.³⁰ Elektronik posta adresi sahibine gönderilen mesajlar, servis sağlayıcının bilgisayarında depolanır. Ancak kullanıcının bu mesajları silmek istemesi durumunda bu mesajlar silinir.

1.1.2.2.3.Eş Zamanlı İletişim

İnternet kullanıcılarının aynı anda çevrimiçi olduğu sohbet programları sayesinde kullanıcılar haberleşebilmektedirler. Bu görüşmelerin, hazırlar arasında yapılmış bir görüşme olarak kabul edilmesi gerekir. Çünkü taraflar, eş zamanlı olarak, karşılıklı ve doğrudan³¹ iletişim için dedirler. Sohbet amacıyla kullanılan programlar ile dosya iletimi de yapılabilmektedir. Bu sayede taraflar, önce tartışarak üzerinde uzlaşma sağladıkları sözleşmeyi, yazılı hale

29 M.Ö.Falcıoğlu, 2004, s.55

30 Bülent Sözer, Elektronik Sözleşmeler, İstanbul, Mart 2002, s.92.

31 Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2005, s.46.

getirip, birbirlerine iletebilmektedirler. Bu yolla üzerinde uzlaşa sağlanan sözleşmeler, hazırlar arası yapılmış bir sözleşme olarak kabul edilmelidir.

1.1.Elektronik Ticarete Konu Olan Değerler

Elektronik Ticarete Konu Olan Değerler mal satışı ve hizmet alımı olarak iki kategoride değerlendirmek mümkün olup bunları aşağıda ayrı ayrı değerlendireceğiz.

1.2.1.Mal Satışı

İnternet aracılığı ile mal alım satımı, günümüzde giderek artan oranda karşımıza çıkmaktadır. Buradaki mal kavramı fiziki varlığı olan bir ürünü ifade etmektedir. Bu anlamda mal, ekonomik değeri olan ve haklara konu olabilen nesnelere dir. Bu bağlamda ifade edilen mal satışına, Borçlar Kanunu'nun satış sözleşmelerini düzenleyen hükümleri ve yeterli olmaması durumunda da genel hükümler uygulanır. Mal satışı, genel olarak, internet aracılığı ile yapılabilmekle birlikte Kanun'un aradığı bazı özel şartlar, özellikle de yazılı sözleşme yapılması gerekliliği nedeniyle bazı malların satışı internet ortamında gerçekleştirilememektedir. Örneğin, taşınmaz mal satışı, araç satışı ile ilgili sözleşmeler internet aracılığı ile yapılamamaktadır. Mal satışına ilişkin sözleşmeler internet aracılığı ile yapılabilmesine rağmen, malın teslimi klasik usuller ile yapılabilmektedir. Satışa konu olan malın, Medeni Kanun hükümlerine göre zilyetliğinin nakli ile ifa aşaması gerçekleştirilir. Klasik usuller ile malını teslim alan alıcı, dilerse ödemeyi de klasik usulle, teslim anında, elden yapabileceği gibi, internet aracılığı ile banka havalesi, vb. şeklinde de yapabilir. Mal satışına ilişkin olarak yapılan işlemlerde dijital ürün satışı farklı bir özellik arz etmektedir. Bu satış türünde, taraflar, internet ortamında yapmış oldukları söz-

leşmenin ifasını da tamamen internet ortamında gerçekleştirmektedirler. Burada, taraflardan birinin, istediği ürünü bilgisayarına indirmesi ile sözleşme ifa edilmiş olur. Örnek olarak, bilgisayar programlarının yeni versiyonlarını, alıcının bilgisayarına indirmesiyle kurulan sözleşmeyi gösterebiliriz. Karşı edimin ifası da, yine kredi kartı veya banka havalesi ile internet ortamında yapılmaktadır. Burada, internet ortamında kurulmuş olan sözleşmenin, yine internet ortamında ifası söz konusudur.

1.2.2.Hizmet Sağlanması

İnternet aracılığı ile hizmet taahhüdünde bulunulması da mümkün olabilmektedir. Burada, internet ortamında, taraflardan biri, bir hizmet sunumunu borçlanmaktadır. Hizmet taahhüdünde, taahhüt edilen edimin ifası iki şekilde olabilir: Birinci olarak klasik usulle, fiziki bir ifa söz konusu olabilir; örneğin, internet aracılığı ile uçak bileti temininde, acenta, bileti bizzat getirip alıcıya teslim edebilir. İkinci halde ise, edim, internet ortamında ifa edilebilir; örneğin, internet ortamında havale yapılması işleminde, banka, hizmetini yine internet aracılığı ile ifa etmektedir.

1.1.Katılımcıları Bakımından Elektronik Ticaret Türleri

Bu başlık altında işletmeler arası Elektronik ticaret,tüketiciler arası elektronik ticaret,işletmeler ile tüketiciler arası elektronik ticaret,işletme ile devlet arası elektronik ticaret olarak ayrı başlıklar altında inceleyeceğiz.

1.3.1.İşletmeler Arası Elektronik Ticaret (Business to Business Modeli B2B)

B2B modelinde üç yönlü bir yapılanma vardır. Bu yapılanmada ilk olarak, internet ve diğer web tabanlı iletişim ağlarının kullanımı söz konusu olur. İkinci olarak, işletme, iç işleyişini gerçekleştirmek için bir içsel ağ sistemi kurar. Son olarak, iç ağın, iş yapılan diğer işletmelere bağlanması ile bir dış ağ düzeni kurulur.³² Günümüzde, elektronik ticaretin çok büyük bir kısmı işletmeler arasında gerçekleşmektedir. Bunun nedeni, işlem masraflarının azalması, ürün ya da hizmetin kalitesinin yükselmesi ve tüketici hizmetlerinin iyileşmesidir.³³ İşletmelerin kendi aralarında yaptıkları bu elektronik ticaret türü, genellikle kapalı ağlar üzerinden yürütülen faaliyetleri içermektedir. EDI³⁴, danışmanlık hizmetleri, talep üzerine bilgi verme, veri tabanları gibi uygulamalar, kısaca B2B adı verilen bu tür ticaretin kapsamına dahildirler.³⁵ İşletmeler arası ticaretin internet aracılığı ile yapılması, sanal pazar yerleri aracılığı ile olmaktadır. Sanal pazar yerleri, bir web sitesi şeklinde kurulmuş, işletmelerin mal ve hizmetlerini tanıttığı ve sattığı veya ihtiyaç duydukları ürün ve hizmetleri satın aldığı bir ticaret merkezi görünümündedir. Anılan hizmetten yararlanmak isteyen işletmelerin, bu web sitesine üye olmaları gerekmektedir. Ancak yapılacak üyelik anlaşmasından sonra işletmeler bu web sitesinin hizmetinden yararlanabilir.

32 Ulvi Altınışık, Elektronik Sözleşmeler, Ankara 2003, s.30.

33 Y.Kepenek, 2000, s.28.

34 U.Altınışık, 2003 s.30.

35 Ş.Kayhan-H.Yıldız, 2004, s.47.

1.3.2. Tüketiciler Arası Elektronik Ticaret (Consumer to Consumer Modeli C2C, Private to Private P2P)

Günümüzde çok yaygın olarak kullanılmayan bir modeldir. Bu model ile benzer ilgi alanlarına sahip perakendeci tüketiciler topluluğu yaratılmaya çalışılmaktadır.³⁶ Site toplum üyeleri, elektronik ortamda bir araya getirilip, topluluk üyeleri arasında iletişim, işbirliği ve eşgüdüm hizmetleri sağlanmak istenmektedir.³⁷ Tüketiciler arası elektronik ticarete örnek olarak, internet ortamında düzenlenen açık artırma ile satışlar gösterilebilir. Bu tür açık artırma ile satışlar, çevrimiçi gerçekleştirilebileceği gibi, bir web sayfasına girip ürün için fiyat bırakmak sureti ile çevrimiçi olmaksızın da gerçekleştirilebilmektedir. Bu sayede tüketiciler arası bir dayanışma sergilenmekte ve atıl kalan ürün satışa çıkarılarak, hem satıcı konumundaki tüketicinin hem de alıcı konumundaki tüketicinin bu durumdan yararlanması sağlanmaktadır.

1.3.3. İşletme ile Tüketici Arasında Elektronik Ticaret (Business to Consumer Modeli BtoC, B2C)

Tüketicilere daha az maliyetli bir şekilde ulaşabilmek için, klasik satış yöntemlerinin yerine, elektronik ortamda satış modeli geliştirilmiştir. Zamandan tasarruf sağladığı, ürün seçimini kolaylaştırdığı ve alınmak istenen ürünleri kalite, fiyat, vb. gibi unsurlar açısından diğer ürünler ile karşılaştırarak alabilme fırsatı sunduğu için, tüketiciler arasında tercih edilen bir alışveriş türüdür. İşletme ile tüketici arasında yapılan elektronik ticaret, daha çok eğlence, seyahat, habercilik, finans hizmetleri ve elektronik

36 Ş.Kayınhan-H.Yıldız, 2004, .s.49.

37 DeiMathewi Dolphy (naklen: Kayınhani Yıldız s.49).

posta gibi nesnel olmayan ürünlerde,³⁸ taşınır mal alım satımında görülmektedir.

1.3.4.İşletme ile Devlet Arasında Elektronik Ticaret (Business to Administration Modeli BtoA, B2A)

İşletme ile devlet arasındaki elektronik ticaret, henüz gelişme safhasında olan bir modeldir. Bu modelde işletme ile devlet arasındaki işlemler elektronik ortamda gerçekleştirilmektedir. Özellikle günümüzde, devlet ihalelerinin elektronik ortamda ilan edilip, işletmelerin bu ihalelere elektronik ortamda katılmaları ve ihale safhalarını takip etmeleri,³⁹ Devlet Malzeme Ofisi'nin başlattığı bir uygulama ile web sayfasından çevrimiçi katalog yolu ile satış yapması da bu modele uygun bir uygulamadır.⁴⁰

1.4.Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi

Bu bölümü incelerken başlıklara bölünerek ayrı başlıklar altında öncelikle genel tanımı, elektronik ticaret kanunlarının genel ilkeleri,hukuki etkileri ve faraziyelerinin ayrı ayrı ele alınmasının daha açıklayıcı olacağını düşünerek ayrı ayrı incelenmesine gerek görüldüğünden ayrı ayrı başlıklar altında inceleme yapılmıştır.

1.4.1.Genel Olarak

Günümüzde, bir çok ülkede, hukuk davalarında kanıtlar, nitelikleri itibariyle sayılmış ve sınırlandırılmıştır. Yazılı dokümanlar, hukuki sözleşmelerin temel kanıtları olarak kullanılmaktadır. Elektronik ticaretin gelişimi, ül-

38 Y.Kepenek, 2000, s. 30.

39 Ş.Kayınhan-H.Yıldız, 2004, s.48

40 U. Altınışık, 2003, s.32.

keleri bu alanı düzenlemeye iterken, kendi klasik delil kavramlarını da sorgulamaya yöneltmiştir. Bu sorgulama sonucu, kanun koyucular kendi hukuk sistemlerini modern teknolojilere uygun olarak değiştirmeye ve güncellemeye başlamışlardır. Elektronik ticaretin düzenlenmesinde, iç hukuk sistemlerinin değiştirilmesi kadar önemli bir konu da uluslararası uyumdur. Çünkü internet aracılığı ile kurulan sözleşmeler, gün geçtikçe artan oranlarda, sınır aşan sözleşmeler şeklinde yapılmaktadır. Sözleşmeyi kuran tarafların, farklı hukuk sistemlerine tabi olduğu durumlarda, bu hukuk sistemleri arasındaki uyumsuzluk, elektronik sözleşmelerin gelişimi konusundaki en büyük engellerden birini oluşturmaktadır.

Uluslararası uyum amacıyla atılan ilk adım, 1996'da UNCITRAL tarafından uyarlanan, Elektronik Ticaret Model Kanunu'dur. Model Kanun, elektronik ticareti düzenlemek yerine, kolaylaştırmak üzerine yoğunlaşmıştır. Ayrıca, doküman, imza, orijinallik, sevk ve fatura gibi geleneksel usul işlemlerinin, sanal ortamda nasıl uygulanacağı üzerine çalışılmıştır. Model Kanun'un uygulamaya ilişkin hukuki hükümleri, Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada gibi gelişmiş ülkelerde, İrlanda ve Fransa gibi Avrupa Birliği ülkeleri ile gelişmekte olan ülkeleri de içine alan, 14 farklı ülkenin iç hukuklarına dahil edilmiştir. Yaklaşık beş yıl sonra, 2001 yılında, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu, elektronik imzaları, hukuki etkilerini, sınır aşan konularda ve işleme tabi olan taraflar için irtibat kurallarını düzenleyen, bir model kanun daha kabul etmiştir. Elektronik İmzalar Model Kanunu (Model Law on Electronic Signatures), çeşitli elektronik imza teknikleri ile ilgili hukuki konuların, yaygın uluslararası mutabakatı konusunda güçlükler bulunduğunu göstermiştir. Avrupa Birliği'nde, 1999/93/EC sayılı Elektronik İmzalar

Direktifi (Electronic Signatures Directive) ile yüksek oranda uyuma erişilmiş ve direktif üye ülkelerin iç hukuklarına dahil edilmiştir. Ülkemizde, elektronik ticaret ile ilgili resmi hazırlıklar, Bilim ve Teknoloji Yüksek Kurulu'nun, 25 Ağustos 1997 tarihli kararı ile başlamıştır. Bu kararda, elektronik ticaretin geliştirilmesi ve bununla ilgili koordinatörlük görevinin Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından yürütülmesi belirtilmiştir. Daha sonra Elektronik Ticaret Koordinasyon Kurulu kurulmuş ve bu kurulda teknik, hukukla ve finansla ilgili üç çalışma grubu oluşturulmuştur.

1.4.2. Elektronik Ticaret Kanunlarının Genel İlkeleri

Elektronik ticareti düzenleme altına alacak olan hukuki araçlarda bulunması gereken temel prensipler şu şekilde özetlenmektedir;

-Diğer ülkelerin kanunları ile birlikte uygulanabilir olması için, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu tarafından kabul edilen Elektronik Ticaret Model Kanunu ve Elektronik İmza Model Kanunu gibi uluslararası standartlar ile uyum içinde bulunmalı,

-Hukuki araçlar, elektronik işlemlerde, işlemi yapan taraflar arasında, hukuki bir belirsizliğe meydan vermemesi için açık ve öngörülebilir olmalı,

-Düzenleme altına alınacak ülkede, mevcut teknolojiler ile gelecekte geliştirilmesi gereken teknolojiler arasında tarafsız olunmalı; başka bir anlatımla, teknoloji çeşitleri arasında bir ayırım yapılmamalı,

-Elektronik ticarete kullanılan araçlar ile geleneksel ticarete kullanılan araçlar, kanun önünde eşit olmalıdır.⁴¹

1.4.3.Elektronik Ticaret Kanunlarının Hukuki Etkileri

Elektronik ticareti düzenleme altına alan mevzuat, iş dünyası ve müşterilerinin, mümkün olduğu ölçüde elektronik ticarete güven duymasını sağlamalıdır. Bundan dolayı, elektronik imzalara, elektronik kayıt ve işlemlere hukuki tanıma sağlanmalı, mahkemelerde delil olarak kullanılması kabul edilmelidir.

Elektronik ticaret konusunda hukuki mevzuat, taraflar tarafından aksi kararlaştırılmadığı takdirde, sözleşmenin elektronik olarak yapılabilmesine imkan vermelidir. Elektronik olarak kurulan sözleşme, şekil açısından sözleşmeler için gerekli şartları sağlamalıdır.⁴² Sadece elektronik olmasından dolayı, hiçbir kaydın hukuki etkiye sahip olmadığı yolunda bir düzenleme bulunmamalıdır. Tüm elektronik kayıtlar delil olarak kabul edilebilmelidir.⁴³ Elektronik imzalar, el ile atılan klasik imzaların doğurduğu hukuki etkiyi doğurmalıdır.

1.4.4.Elektronik Ticaret Kanunlarının Faraziyeleri

Elektronik ticaretin yapısı gereği, bir takım hükümlerin açıkça aksi kararlaştırılmadığı sürece geçerli kabul edilmesi gerekmektedir.⁴⁴ Elektronik ticaret kanunları fa-

41 Asean Secretariat, s.5

42 Asean Secretariat, s.6

43 Asean Secretariat, s.6

44 Asean Secretariat, s.8

raziyeleri olarak isimlendirdiğimiz bu ihtimalde, kanun veya sözleşme tarafları, açık olarak faraziyenin aksini kararlaştırmadığı müddetçe, faraziye uygulama alanı bulacaktır. Kağıt dokümanlar ile elektronik kayıtlar arasında bir fark bulunmamaktadır. Elektronik formda sunulan bir dokümanın, sadece elektronik olmasından dolayı hukuki etkisi, geçerliliği ve uygulama kabiliyeti engellenemeyecektir. Bir elektronik doküman, yazılı bir dokümanın yerine kullanılabilir. Taraflar sözleşmeyi elektronik olarak oluşturabilirler. Elektronik kayıtlar mahkemelerde delil olarak kabul edilebilir. Bir elektronik kayıt gönderildi ise, alıcı o kayda uygun davranmak hak ve yetkisindedir. Bir elektronik kaydın gönderilmesi, alanın onay şartına bağlı ise, o kayıt onay alınana kadar gönderilmez. Gönderici, alıcının alma onayını alırsa, elektronik kaydın alıcı tarafından alındığını düşünür. Elektronik kayıt, göndericinin kontrolünün dışında gönderildiği zaman, bir bilgisayar server veya yönlendiricisi ile karşılaşırsa, elektronik kayıt alıcının bilgisayar veya yönlendiricisine geldiği zaman alınmış sayılır. Elektronik kayıt, göndericinin iş yerinden gönderilir ve alıcının işyerinde alınır⁴⁵.

Genel olarak elektronik ticaretten bahsedildikten sonra ticaretin taraflar arasında kurulması için taraflar arasında yapılması gereken sözleşmelerin kurulma şekilleri ve sözleşmelerin irdelenmesi gerekmektedir. İşte bu hususta ikinci bölümde incelenecektir.

45 Asean Secretariat, s.9 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

İNTERNET ORTAMINDA SÖZLEŞMELERİN KURULMASI

2.1.Genel Olarak Sözleşme Kavramı

Ticari hayat ve ticari işlemler açısından⁴⁶ olmazsa olmaz bir özellik taşıyan sözleşmeler, günlük hayatımızın her alanında, farkında olarak ya da olmayarak, en çok kullandığımız hukuki araçlardan biri haline gelmiştir. Sözleşme tanımı ise kanunlarımızda yer almamaktadır. BK m. 1/I, sözleşmenin kurulmasını düzenlemektedir. Buna göre, “iki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde, sözleşme tamam olur.” Borçlar Kanunu’nda sadece sözleşmenin kurulması belirtilmiş olmasına rağmen, doktrinde çeşitli sözleşme tanımları yapılmıştır. Bir tanıma göre sözleşme, belirli bir hukuki sonucu doğurmaya yönelik, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşan hukuki bir işlemdir.⁴⁷ Diğer bir tanıma göre ise sözleşme, iki tarafın, hukuksal sonuca yönelik, karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini açıklamalarıyla meydana gelen bir hukuksal işlemdir.⁴⁸ Başka bir tanıma göre,iki yanlı, borç ilişkisi meydana getiren hukuksal işlemlerdir.⁴⁹ Geniş bir bakış açısıyla bir sözleşme tanımı yapmamız gerekirse, sözleşme, bir şeyi yapmak ya da yapmamak, vermek ya da vermemek şeklinde bir yü-

46 Bu çalışmada temel olarak sözleşme kavramını ticari ilişkiler açısından incelenmiştir.

47 Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım Yayım, İstanbul, Ekim 2003, s.185.

48 A.Kılıçoğlu, 2005, s.37

49 Mustafa Reşit Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım Yayım, İstanbul 1992, s.103-104.

kümlülük yaratan, iki veya daha fazla taraf arasında gerçekleşen, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşan bir hukuksal işlemidir. Sözleşmelerin iki esaslı unsuru olan icap ve kabul, bir anlaşmaya varmak konusunda karşılıklı iradeleri açıklayan ve fiziksel olarak hazır bulunan taraflar arasında yapılabileceği gibi, hazır olmayan taraflar arasında da yapılabilen irade beyanlarıdır. BK m. 1'e göre sözleşmenin kurucu unsuru, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıdır. Sözleşmeye katılan tarafların irade beyanları mevcut değilse, bir sözleşmeden söz etmek mümkün olamayacaktır. Sözleşmenin kurulabilmesi için, bu irade beyanlarının sözleşmenin esaslı tüm noktalarını kapsamaması gerekir (BK m. 2/I). Söz konusu esaslı noktalar, sözleşmenin objektif ve subjektif esaslı noktalarıdır.⁵⁰

Sözleşme, hukuki ilişki içine girmek isteyen kişilerin bu yöndeki iradelerini açığa vurmaları ile kurulur. Kişilerin düşüncelerinde kalan, dışa yansıtılmayan iradeleri hukuki açıdan önem taşımaz. Sözleşmenin kurulması açısından yalnızca irade beyanlarının varlığı yeterli görülmemiş, bu beyanların karşılıklı ve birbirine uygun olması gerekliliği de aranmıştır. Karşılıklıktan kasıt, tarafların irade beyanlarını birbirine yöneltmesi, bundan karşı tarafı haberdar etmesidir. Birbirine uygunluk ile kastedilmek istenen ise, tarafların gerçekleştirmek istedikleri hukuki işlem ve sonucun birbiri ile örtüşmesidir. İrade beyanlarının birbirine uygun olmaması durumunda "irade uyumsuzluğu"ndan söz edilir ve bu durumda sözleşme, kurucu

50 Sözleşmenin esaslı noktaları kanunda düzenlenmiş ise bunlar, sözleşmenin objektif esaslı noktalarıdır. Eğer, yasa gereği, sözleşmenin esaslı noktası sayılmadığı halde tarafların anlaşmasıyla sözleşmede esaslı nokta haline getirilen unsurlar varsa bunlar sözleşmenin subjektif esaslı noktalarıdır, Kılıçoğlu, s.40

unsurlarında yoksun olduğu için meydana gelmemiş sayılır.

TC Anayasası m. 48/II'de "herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir." denilmektedir. Bundan hareketle, kişiler, kanunun belirlediği sınırlar içinde kalmak kaydı ile sözleşmenin içeriğini diledikleri şekilde belirleyebilirler. Buna "irade serbestisi ilkesi" denmektedir. Borçlar Kanunu'na hakim olan ilke de, irade serbestisi ilkesinden hareketle, sözleşme özgürlüğü ilkesidir.

2.2.İnternet Aracılığıyla Kurulan Sözleşme Kavramı

İnternet aracılığı ile kurulan sözleşmeler, en genel ve en kısa tanımı ile internet aracılığı ile yapılan karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile oluşan sözleşmelerdir.⁵¹ Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından internet ortamında kurulan sözleşmelere ilişkin hukuki kuralların, yeknesak bir şekilde düzenlenmesi amacıyla hazırlanmış olan "Konvansiyon Taslağı"nda, internet aracılığı ile kurulan sözleşmeler ile ilgili bir tanımlamaya yer verilmemiştir. Bunun nedeni, internet aracılığı ile kurulan sözleşmelerin bir sözleşme tipi olarak değil, sözleşmelerin kurulmasında bir yöntem olarak görülmesidir.⁵² İnternet aracılığı ile kurulan sözleşmeleri klasik araç ve yöntemlerle kurulan sözleşmelerden ayıran en belirgin unsur, internetin bir araç olarak kullanılmasıdır. Bu ayırt edici özellik dışında, internet

51 M.Ö.Falcıoğlu, 2004, s.61.

52 Emrehan İnal, E-ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2005. s.33.

aracılığı ile kurulan sözleşmeler de hukuki nitelik ve konu olarak diğer sözleşmelerin tabi olduğu esaslara tabidir. Örneğin internet ortamında satışa sunulmuş, maddi varlığı olan bir ürünün satın alınması ile bir mağazadan bu ürünün satın alınması işlemleri arasında, tarafların sahip oldukları hak ve yükümlülükler açısından bir fark yoktur. Teknolojik gelişmeler sayesinde sözleşmelerin elektronik aletlerle yapılabilir hale gelmesi, onları, sırf yapılışında klasik usulle kurulan sözleşmelerde kullanılan araçlardan farklı araçlar kullanıldığı için farklılaştırmamaktadır. Sözleşmelerin kurulmuş sayılması için aranan “tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının açıklanması” kuralının varlığı halinde, irade beyanlarını açıklamak ve iletmek için farklı bir aracın kullanılmış olması, bu tür sözleşmeleri farklı bir kategoriye sokmaz.

Türk Hukuku’nda elektronik ortamda kurulan sözleşmeler, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 9/A-I⁵³ ile getirilen mesafeli sözleşme bağlamında yasal düzenleme içine alınmıştır. Buna göre, “yazılı, görsel, telefon veya elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları kullanılarak ve tüketicilerle karşı karşıya gelinmeksizin yapılan ve malın veya hizmetin tüketiciye anında veya sonradan teslimi veya ifası kararlaştırılan” sözleşme mesafeli sözleşmedir. Bu hüküm ile elektronik ortamda kurulan sözleşmeler, mesafeli sözleşme olarak tanımlanmış, ancak elektronik ortamdan ne anlaşılması gerektiği hususunda bir açıklama yapılmamıştır. Elektronik ortamda kurulan sözleşmeler, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun⁵⁴ m. 9/A’da, mesafeli sözleşme ola-

53 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 14. maddesi ile, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a “Mesafeli Sözleşmeler” başlığı altında eklenen 9/A maddesi.

54 08.03.19995 tarih ve 22221 sayılı Resmi Gazete.

rak ele alınıp değerlendirilmiştir; ancak elektronik ortamda kurulan sözleşmeler ile mesafeli sözleşmeler birbirine benzer özellikler taşımasına rağmen, farklı iki sözleşme türüdür. Elektronik ortamda kurulan her sözleşmede taraflardan birini tüketici oluşturmamaktadır. Bu durumda, tüketicinin taraf olmadığı elektronik ortamda kurulan sözleşmeler, TKHK anlamında mesafeli sözleşme olarak kabul edilemeyecektir. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nda ise internet aracılığı ile kurulan sözleşmeler ile ilgili bir hükme rastlanmamaktadır. Oysa ki Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan "Elektronik Veri, Elektronik Sözleşme ve Elektronik İmza Kanunu Tasarısı Taslağı" internet aracılığı ile kurulan sözleşmeler ile ilgili dolaylı bir hükmü içermekte idi. Bu taslakta, "Elektronik Sözleşme" başlıklı m. 11/I, "Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde, bir sözleşmede icap ve kabul elektronik veri yoluyla yapılabilir" şeklinde idi. Elektronik ticaretin konusunun, genel olarak mal satımı ve hizmet sunumu olduğu düşünüldüğünde, internet aracılığı ile oluşturulan sözleşmelerin konusunu da çoğunlukla mal satışları veya hizmet sunumları oluşturmaktadır. Bu durumda internet aracılığı ile oluşturulan sözleşmeleri, genel olarak ikiye ayırabiliriz:

1-Mal satışına ilişkin internet aracılığı ile yapılan sözleşmeler,

2-Hizmet sunumuna ilişkin internet aracılığı ile yapılan sözleşmeler.

Genel olarak, internet aracılığı ile, sözleşme türlerinden hepsi kurulabilir. Kurulabilecek olan herhangi bir sözleşmeye ilişkin müzakere aşamasının, internet aracılığı ile yapılmasına ve üzerinde anlaşma sağlanmış olan şartların yine internet ortamında yazılı hale getirilip, taraflarca

kabul edildiğini ispatlamaya yarayacak şekilde herhangi bir yöntemle onaylanmasına bir engel yoktur. Ancak, hazırlanmış olan bu sözleşmelerin, Borçlar Kanunu hükümlerine göre geçerliliği ve ispatı aşamasında sorun ortaya çıkmaktadır. Çünkü, Elektronik İmza Kanunu, her çeşit imzayı değil, sadece güvenli elektronik imzayı geçerli olarak kabul ettiği ve sırf bu imza ile imzalanmış olan sözleşmeleri senet hükmünde saydığı için, hazırlanan sözleşmeler hukuksal geçerlilik ve ispattan yoksun olacaktır. Ayrıca güvenli elektronik imza kullanılacak olsa bile, Elektronik İmza Kanunu, her sözleşmeyi internet aracılığı ile yapmaya izin vermemekte, resmi şekle veya özel bir merasime tabi tutulan hukuki işlemlerle, teminat sözleşmelerini güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilebilme kapsamından çıkarmaktadır. Ancak satım sözleşmeleri, genel olarak bir geçerlilik şartına tabi tutulmamış olduğu için, internet aracılığı ile kurulan bu tür sözleşmeler, güvenli elektronik imza ile imzalanmamış olsa bile geçerlidir.⁵⁵ Bu çalışmada, internet aracılığı ile kurulma açısından, satım sözleşmelerinin daha büyük bir oranda olmasından dolayı, çalışmamızda, özel olarak bir sözleşme çeşidinden bahsedilmediği durumlarda, açıklamanın satım sözleşmelerine ilişkin olduğunu belirtmemiz gerekmektedir. İnternet aracılığı ile kurulan sözleşmelerin, elektronik ticaret ve iletişimin sağlanmasına yönelik kurulan sözleşmelerden ayırılması gerekir. Bu sözleşmelerin, sırf elektronik ortam ve iletişimini konu edindiği için, internet aracılığı ile kurulan sözleşme olarak kabul edilmesine im-

55 İnternet aracılığı ile kurulan satım sözleşmeleri güvenli elektronik imza ile imzalanmasa bile geçerli olarak kabul edilecektir. Ancak bu tür sözleşmelerin ispat açısından adi yazılı şekilde yapılmış olması gerekir (HUMK 288/1). Elektronik İmza Kanunu ile HUMK'na eklenen 295/A maddesinden sonra güvenli elektronik imza ile imzalanmayan internet aracılığı ile kurulan sözleşmeler senet niteliği taşımaya çağından ispat şartını sağlayamayacaktır.

kan yoktur. Örneğin web sayfası kurulmasına ilişkin kurulan sözleşmeler, internet servis sağlayıcılarının müşterileri ile yaptıkları sözleşmeler, içeriğinden ötürü internet aracılığı ile kurulan sözleşme olarak adlandırılmaz. Ancak bu tür sözleşmelerin internet ortamında kurulması hali bundan müstesnadır.⁵⁶

2.3.İnternet Aracılığı ile Kurulan Sözleşmelerin Kuruluş Şekilleri

Bu bölümde internet aracılığıyla kurulan sözleşmelerin ne gibi materyaller kullanılarak kurulduğu hususu üzerinde durulacak ve ayrı ayrı incelenecektir.

2.3.1.Elektronik Veri Değişimi (Electronic Data Interchange EDI)

EDI, bilgisayarlar arasında bilginin doğrudan değişimidir.⁵⁷ Bu sistemde, insan faktörü araya girmeden, tüm işlem birbirleri ile bağlantılı bilgisayarlar arasında yürütülüp tamamlanmaktadır. EDI sisteminde, tüm süreçler, otomatik olarak işlemekte ve insan unsuru en son aşamada devreye girmektedir. Bu sistem, genellikle satış noktalarına bağlı stok kontrol ve ikmal sistemlerinde kullanılmaktadır.⁵⁸ Bu yöntem ile bilgisayar ve bağlı unsurlar, çeşitli yazılımlar yardımı ile alıcı konumunda olan tarafın elindeki stokların, belli miktarın altına düşmesi durumunda, eksikleri tamamlayacak olan satıcı konumundaki tarafın bilgisayarı ile bağlantıya geçip alım satım işlemini başlatmaktadır.⁵⁹ EDI sisteminin işleyebilmesi için, taraf-

56 M.Ö.Falcioğlu, 2004, s.62-63; B. Sözer, 2002, s.89.

57 U.Altınışık, 2003, s.35.

58 B.S.özer, 2002. s.90

59 Y.Falcioğlu, s.60

lar arasında bu sistemin kurulmasından önce yapılmış bir sözleşme (Traiding Partner Agreement) olmalıdır.⁶⁰ Bu sözleşme çerçevesinde, mesaj gönderen bilgisayarın mesajının içeriğine uygun olarak, karşı taraf istem sahibinin ihtiyacını gidermektedir. İnsan müdahalesi olmadan, bilgisayar bir sözleşme oluşturabilir mi? Farklı bir bakış açısı ile üzerine yüklenen programların uygun çalıştırılması suretiyle, bilgisayarlar alım emri vermek suretiyle icapta bulunabilirler mi? Bizim de katıldığımız doktrinindeki genel kabule göre EDI yöntemi, elektronik ticaret aracı olarak kabul edilmekle birlikte, bir internet aracılığı ile kurulan sözleşme çeşidi olarak kabul edilemez.⁶¹ Çünkü sözleşme yapma sürecinde, karşılıklı ve birbirine uygun surette ortaya konan bir taraf iradesi söz konusu olmamakta, tüm süreç bir bilgisayar programı çerçevesinde sürdürülmekte, taraf iradesi yalnızca mal teslimi anında devreye sokulmakta, ancak bu teslim de klasik usuller ile yerine getirilmektedir. Dolayısıyla bir internet aracılığı ile kurulan sözleşmenin varlığından söz edilemez. EDI, kurulmuş olan bir sözleşmenin ifası için uygulanan bir yöntemdir. Ancak bu sistemin kurulması için, taraflar arasında imzalanacak olan anlaşma (Traiding Partner Agreement)'nın, internet ortamında yapılması koşulu ile internet aracılığı ile kurulan sözleşme niteliği taşıması söz konusu olabilir. Duruma bağlı olarak, bu sorulara bazı yazarlar ise olumlu cevap vermektedir. Bilgisayar icapta bulunabilir. Örneğin, üzerine yüklenen programa bağlı olarak, denetlediği kaynak ve malzemenin belli bir düzeyin altına düşmesi durumunda,

60 H.Özdemir Kocasakal, 2003, s.29 .

61 B.Sözer, 2002, s.90.

bilgisayarlar otomatik olarak tacire alım emri gönderebilir ve bunlar da icap olarak kabul edilebilir.⁶²

2.3.2.Elektronik Posta (E-mail)

Daha önce de tanımladığımız üzere, elektronik posta, teknik anlamda, metin, ses, resim ve video dosyaları içeren mesajların, kapalı ağlar veya internet üzerinden, karşılıklı gönderilmesine olanak tanıyan bir sistemdir. Bu yöntem ile taraflar, karşılıklı olarak sözleşme kurmaya yönelik iradelerini, icaba davet-icap-kabul şeklinde ortaya koyabilmektedirler. Elektronik posta mesajları, diğer elektronik iletişim şekillerine göre daha basit bir görünüm arz etmektedir. Elektronik posta, klasik mektup ile iletişimin internete aktarılmış şeklidir.Yukarıda sözü edilen yöntem ile iletişimde, örneğin web sayfası sisteminde olduğu gibi, hareket sınırları belli değildir. Taraflar iradelerini kendi belirledikleri sınırlar dahilinde, özgürce ortaya koyarlar. Özgürce hazırlanan elektronik posta mesajı gönder simgesinin tıklanması ile göndericinin elektronik posta kutusundan çıkar ve bu kutunun bağlı olduğu sunucuya ulaşır.Buradan, mesaj, diğer bilgisayarlar ile bağlantı sağlanan ağa gönderilir. Ağdan da, alıcının sunucusuna ve oradan da elektronik posta kutusuna gönderilir. Bu mesaj elektronik posta kutularında saklanır. Bir irade beyanının, gönderilen kişinin hakimiyet alanına girmiş sayılması için, kişinin aracısız bir şekilde bu mesaja ulaşabilmesi, mesajın içeriğini öğrenebilmesi gerekir. Elektronik posta kutusuna varan mesaj, alıcının hakimiyet alanına varmış demektir.⁶³ Temel olarak iki çeşit elektronik postanın varlığından söz edilebilir;

62 Zanger, s.2

63 Savaş Bozbel, İnternet Üzerinden Yapılan Hukuki İşlemler, Y.D., 2001, C.27, s.282.

1-Yazılı elektronik posta mesajları: Sırf sözleşme metninden oluşan elektronik posta mesajlarıdır.

2-Görsel ve sesli elektronik posta mesajları: Sözleşme metninin yanı sıra malın niteliklerini, vb. göstermek için, görsel ya da sesli niteliklere de sahip olan elektronik posta mesajlarıdır.

Elektronik posta, bir elektronik ticaret aracı olmasına karşın, internet aracılığı ile kurulan sözleşmelerin kuruluş şekillerinden biri olarak da kabul edilmektedir, çünkü elektronik posta taraf iradelerinin açıklanmasına yönelik gelişmiş bir yöntemdir.⁶⁴

2.3.3.World Wide Web (www)

World wide web, bir web sunucusunda saklanan verilerin, internet üzerinden paylaşılması amacıyla kurulmuş bir sistemdir. Web sayfaları yardımı ile mal ve hizmetler satışa sunulabilmektedir. İnternet aracılığı ile kurulan sözleşmeler, genellikle, web sayfaları aracılığı ile kurulmaktadır. Web sitesini işleten kişi ile bu sayfayı görüntüleyen kişi arasında sözleşme kurulmaktadır. Genel olarak, web sayfası aracılığıyla kurulan sözleşmelerde, sözleşmenin tüm şartları satıcı tarafından düzenlenmektedir. Alıcının bu şartlarda değişiklik yapmak gibi bir seçeneği yoktur. Alıcı, iradesini, satıcının önceden belirlemiş olduğu formata uygun olarak ortaya koymaktadır.⁶⁵ Alıcının, ekrandaki sipariş formunu doldurması ve satıcının siparişi kabul etmesi ile sözleşme kurulmuş olmaktadır.⁶⁶ Web

64 B.Sözer, 2002, s.92.

65 M.Topaloğlu, 2005, s.105.

66 Birsen Acır, Elektronik İmza ve Elektronik Kayıtların Medeni Usul Hukuku'nun İspat Kuralları Yönünden Değerlendirilmesi,

sayfaları, etkileşimli ya da etkileşimsiz olabilmektedir. Etkileşimli web sitelerinde, mal alınıp satılabilmekte, hizmet sunulabilmektedir. Bu sitelerde alıcılara mal arama, buldukları mallar hakkında bilgi alarak seçim yapma ve bunları satın alma gibi imkanlar sunulmaktadır. Etkileşimsiz web sitelerinde ise yalnızca satıcının irade açıklamaları yer alır, satılan mal ve hizmetler hususunda bilgi verilir, işlem yapma imkanı tanınmamaktadır.⁶⁷ Etkileşimli web sitelerine bağlı web sayfaları aracılığı ile yapılan beyanlar, bazı yazarlara göre hazırlar arasında, bazı yazarlara göre ise hazır olmayanlar arasında yapılmış sayılır. Kanaatimizce, etkileşimli web sitelerinde, her ne kadar alıcı tarafın hareket alanı bulursa da, bu tamamen web sitesi sahibinin belirlediği sınırlar dahilindedir ve tam olarak hazırlar arasındaki müzakere alanının oluşması söz konusu değildir. Dolayısı ile hazır olmayanlar arasında bir irade beyanı ve sözleşme kurulması söz konusudur.⁶⁸

2.3.4.Eş Zamanlı İletişim

Sohbet programları sayesinde, çevrimiçi iletişim kurulabilen durumlarda da sözleşme kurulabilir. Bu şekilde yapılan görüşmeler neticesinde kurulan sözleşmeler, hazırlar arasında yapılmış olarak kabul edilir. Çünkü taraflar, eş zamanlı olarak, karşılıklı ve doğrudan iletişim içindedirler.

www.spk.gov.tr/yayinlar/arastirmaraporlari/kye/bacir.pdf, (15.05.2005), s.17.

67 M.Ö.Falcioğlu, (2004) s.58.

68 Aynı görüş için bkz., B.Sözer, 202, s.110-111; karşı görüş için bkz., M.Ö.Falcioğlu, 2004, s.198.

2.4.Sözleşmelerin Kurulma Aşamaları

Bu başlık altında sözleşmelerin nasıl kurulduğu alt başlıklar altında ayrıntılı bir şekilde irdelenecektir.

2.4.1.Genel Olarak Sözleşmenin Kurulma Aşamaları

Tarafların, belirli bir hukuki sonucu gerçekleştirmeye yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarına sözleşme denilmektedir.⁶⁹ Buna göre, bir sözleşmenin kuruluşundaki asli unsur, tarafların birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanlarının bulunmasıdır. Tek taraflı hukuki işlemlerde, borç altına giren tarafın irade beyanında bulunmuş olması yeterli iken, sözleşmelerde, her iki taraf da borç altına girdiği için, iki tarafın da irade açıklamasına ihtiyaç duyulur. Tarafların bu birbirine uygun ve karşılıklı irade açıklamaları, sözleşmelerin asli unsurunu oluşturur. İrade beyanları açık (sarih) olabileceği gibi örtülü (zımni) de olabilir. İrade beyanlarının birbirine uygun olması da sözleşmenin asli unsurlarından biridir. Tarafların bu birbirine uygun irade beyanları, sözleşme içeriğini belirlediği için, sözleşmenin objektif ve subjektif esaslı noktalarının tümünü kapsamaması gerekir (BK m. 2). Sözleşmenin niteliğine, genel iş anlayışına ve koşullara göre, tarafların mutlaka uyuşması gereken noktalar, sözleşmenin esaslı noktalarıdır.⁷⁰ Sözleşmenin içeriği ve özellikle de esaslı noktaları, taraf iradelerine göre ya belirli ya da belirlenebilir olmalıdır.⁷¹ Sözleşmenin kurulması bakımından önem taşı-

69 M.Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000, s.43.

70 Sezai Reisoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5.Basım, Beta Yayınları, İstanbul 2006, s.56.

71 F.Eren, 2003, s.207.

yan irade beyanları, icap ve kabul şeklinde olmaktadır. İcap, sözleşme kurma teklifini içeren ve karşı tarafa yöneltilmiş olan bir öneri niteliğindedir. Kabul beyanı ise yapılmış olan bu önerinin uygun bulunduğu ve kabul edildiği şeklindeki bir beyandan ibarettir. Kabul beyanının, icap ile uyumlu olması, yeni bir öneri niteliği taşıması gerekir. Aksi takdirde yeni bir icaptan söz edilmiş olur.

2.4.2.İnternet Aracılığı İle Kurulan Sözleşmelerin Kurulma Aşamaları

İrade beyanlarının, karşılıklı ve birbirine uygun olması kaydı ile dışa vurumlarının klasik usullerle olması ya da elektronik araç ve yöntemlerle olması sonucu değiştirmemektedir. Bu nedenle, klasik usulle kurulan sözleşmelerin, kuruluş aşamaları ile elektronik ortamda kurulan sözleşmelerin kuruluş aşamaları, genel olarak farklılık göstermemektedir. Sözleşmenin kuruluş aşamasında izlenen usulün geçerli olması kaydı ile sözleşme geçerli olarak kurulabilmektedir.

Türk hukukunda, sözleşmelerin kurulması, BK m. 1-10 arasında düzenlenmiştir. Bunlar genel nitelikte hükümler olduğu için, içinde internet aracılığı ile kurulan sözleşmelerin de yer aldığı, her çeşit sözleşmeye uygulanmaktadır.

Sözleşmenin kurulmasındaki asli unsur, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının varlığıdır. Tarafların, sözleşmenin objektif ve subjektif esaslı noktalarında uyuşmaları gerekir. Web sayfası aracılığı ile yapılan satışlarda, tarafların, sözleşmenin objektif ya da subjektif esaslı noktalarında uyuşmama hali söz konusu olamaz. Çünkü bu satış türünde, alıcı konumunda olan kişinin, sözleşmenin şartlarında değişiklik yapmak gibi bir

imkanı söz konusu değildir. Alıcının, sadece malın fiyatını uygun bularak sözleşme yapmayı kabul etmek ya da uygun bulmayarak sözleşmeyi yapmamak gibi iki seçeneği vardır. Sözleşmenin esaslı olmayan noktaları üzerinde, tarafların anlaşmamış olması, sözleşmenin geçerliliğine etki etmez. İnternet aracılığı ile kurulan sözleşmelerde de, tarafların esaslı noktalarda anlaşmış olmaları kaydı ile diğer noktalarda anlaşmamış veya bunları hiç tartışmamış olmaları halinde dahi, sözleşme geçerli olarak kurulmuş sayılır. Bu noktalar üzerinde daha sonra uzlaşılabilir, eğer uzlaşılmazsa hakim tarafından bu boşluk sonra doldurulabilir. Bazı işlemler için, yapılması gerekli olan irade beyanlarının bir başkasına karşı yöneltilmesi ya da karşı tarafa varması şartı aranmaz. Bu tip irade beyanları, yalnızca açıklayıcı özelliğe sahiptir. Bu hukuki işlemlerin ve özellikle de sözleşmelerin kurulabilmesi için, karşılıklı olması ve açıklanan irade beyanının varması koşulu aranmaktadır. Bu irade beyanları icap ve kabul adını almaktadır.

2.4.3.İcap ve İcaba Davet

İcap ve icaba daveti ve icabın bağlayıcılığı ayrı başlıklar altında incelenmesinin daha açıklayıcı olacağı düşüncesinde olduğumuzdan bu hususları ayrı başlıklar altında inceledik.

2.4.3.1.İcap

İcap doktrinde farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Bir kısım yazarlara göre⁷², sözleşmenin kurulması amacıyla bir şahsın teklifini içeren ve karşı tarafa yöneltilen irade

72 İ.Savaş, 2007,s. 100.

beyanı, bazı yazarlara göre⁷³, sözleşmenin yapılması tekli-
fini kapsayan ve bu amaçla zaman itibariyle daha önce
yapılan, karşı tarafa (muhataba) varması gerekli, tek taraf-
lı, kesin ve bağlayıcı bir nitelik taşıyan, muhatabın kabulü
ile sözleşmenin kurulması sonucunu doğuran irade açık-
laması, bir kısmına göre ise,⁷⁴ sözleşmenin kurulması
amacı ile karşı tarafa yöneltilmiş öneri niteliğini taşıması
itibariyle tek taraflı bir hukukî işlem ve son olarak⁷⁵ taraf-
lardan birinin diğerine yaptığı ve muvafakat edildiği tak-
dirde sözleşmenin meydana gelmesini sağlayacak nitelik-
teki teklif şeklinde tanımlanmaktadır.

Buradan bir beyanın icap olarak nitelendirilebilmesi
için karşı tarafa yöneltilmiş olması, sözleşmenin bütün
esaslı unsurlarını ihtiva etmesi ve icabı yapanın, icabıyla
bağlı kalmak niyetini taşıması gerektiği sonucu ortaya
çıkılmaktadır.⁷⁶ İcap sözleşmenin bütün esaslı noktalarını
kapsamalıdır. Ancak yukarıda da söz edildiği gibi, ikinci
derecedeki noktaların saklı tutulması veya bunlardan hiç
söz edilmemiş olması, beyan icap niteliğini ve bağlayıcı
karakterini ortadan kaldırmaz.

İcap her ne kadar tek taraflı irade beyanı olsa da, hü-
küm ve sonuç doğurabilmesi için, muhatabın hakimiyet
alanına ulaşması gerekir. İcap beyanı, iş hayatındaki genel
yaklaşımına göre uygun bir zamanda muhatabın posta ku-
tusuna, evine veya iş yerine ulaşmakla veya bu tür beyan-

73 F.Eren, 2003, s. 226.

74 S.Reisoğlu, 2006, s. 58.

75 Sulhi Tekinay ve Sermen Akman ve Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, Borçlar Hu-
kuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul 1993 s.82.

76 Şahin Akıncı, Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, Seçkin Kitapevi, Konya
2006, s. 78.

ları kabule yetkili biri tarafından kabul edilmekle muhatabın hakimiyet alanına varmış sayılır.⁷⁷ Hakimiyet alanına ulaşma icabın sonuç doğurması için yeterlidir. Muhatap tarafından öğrenilmesi şart değildir.

Kanunumuz, muhatabın belli bir kişi olmasına lüzum görmemiştir. Gerçekten, BK.'nun 7. maddesi, üzerinde fiyatını göstererek herkesin görebileceği yerlerde, özellikle bir mağaza, vitrin, satım yeri vs. bir malın sergilenmesini herkese karşı yapılmış bir icap saymıştır. Şehrin belirli yerlerine otomatik satış makineleri koyarak bu makinelerin üzerinde yazılı fiyatlarla içindeki eşyayı satışı arz etmek de herkese karşı yapılmış aleni bir icap mahiyetindedir.⁷⁸

Bir web sayfasında, ürünün fiyatı, kalitesi, tüketim özelliği ve bunların sipariş edilme biçimlerini gösteren listeler düzenlenerek sunumlar yapılmakta ise ve eğer malın stoklarda bulunmadığına veya temin edilemediğine dair bir ihtirazi kayıt yoksa, bu durumda sözleşmenin kurulması için bütün unsurları içerdiğinden icaba yönelik irade beyanının varlığından söz edilir.⁷⁹ Bu durum BK.'nun 7/10. maddesinde bahsedilen aleni icap ile eş değerdedir.⁸⁰ Satıcının sözleşmeyi belirli bir kişi ile kurmak konusunda tercihi yoktur. Alıcının satın almaya yönelik web sayfasından işlemleri gerçekleştirmesi sözleşmenin kurulması için yeterlidir.

77 F.Eren, 2003 s. 226.

78 S.Tekinay ve S.Akman ve H.Burcuoğlu ve A.Altop, 1993, s. 84.

79 M.Ö.Falcıoğlu, 2004,s. 196; B. Sözer, 2002, s.96.

80 İ.Sağlam, 2003, s.118.

İcap, yazılı veya sözlü şekilde açık olarak yapılabileceği gibi, örtülü şekilde de yapılabilir. EDI sözleşmelerinde bilgisayar aracılığı ile yapılan teklifler icap niteliğindedir.

2.4.3.2.İcaba Davet

İcabı yapan icabıyla bağlıdır ve karşı tarafın kabulü ile sözleşme kurulmuş olur. Zaten icapta bulunanın amacı da sözleşmenin kurulması isteğidir.

İcaba davette ise, yukarıda açıklanan durumun aksine, irade beyanında bulunan kişi, beyanı ile bağlı olmak istememekte, karşı tarafın icapta bulunmasını ve son sözü söyleme yetkisinin kendisine ait olmasını istemektedir.⁸¹ Yani, karşı tarafın kabul etmesi ile sözleşme kurulmuş olmamaktadır. Bu sonuca ulaşmak isteyen taraf, Borçlar Kanunu 7. maddesi doğrultusunda, ya yapılan teklifte sözleşme için lüzumlu olan esaslı unsurlardan birini eksik bırakmak ya da sözleşmenin bütün unsurlarını muhataba bildirmekle beraber yapılan bu teklifin bağlayıcı olmadığını sarih veya zımnî bir şekilde ilâve etmek gibi başlıca iki yol izlemektedir.⁸²

Bir beyanın icap mı, yoksa icaba davet mi olduğu hususunda tereddüt halinde yukarıdaki kurallar ışığında değerlendirme yapılmalıdır. Eğer, kabul beyanında bulunmak suretiyle sözleşme kurulabiliyorsa bu beyan icap, kurulamıyorsa icaba davet olarak nitelendirilir.

Örneğin, ürün herkesin görebileceği yerde sergilenirken üzerinde fiyatı gösterilmezse veya sergilenen malın satılık değil numune olduğu belirtilirse, umuma yapılan

81 Ş.Akıncı, 2006, s. 79.

82 S.Tekinay ve S.Akman ve H.Burcuoğlu ve A.Altop, 1993, s. 84.

teklifin sözleşmenin esaslı unsurlarını ihtiva etmemesi nedeniyle icaba davet niteliğinde olduğu kabul edilir.

Web sayfaları açısından da durum aynıdır. Sözleşmenin kurulması için gerekli unsurlardan birinin eksik bırakılarak talep halinde değerlendirileceğine yönelik bir iradenin varlığı web sayfasından anlaşılabilirse, bu durumda da icaba davetten bahsedilir. İcabın unsurlarından birinin eksik bırakılması veya icap sayılmayacağına ilişkin bir ibare de icaba davetin varlığını gösterir. Bazı yazarlara göre, web sayfasında sözleşmenin kurulması için sayfada boş bırakılan yerlerin doldurulması ve kredi kartı numarası talep ediliyorsa, bu bilgileri kullanıcının girmesi icap olarak değerlendirilmekte ve satıcının kredi kartı hesabında yeterli provizyon olduğunu kontrol etmesi ve onay yani kabul etmesi ile sözleşmenin kurulacağı söylenmektedir. Satıcının, alıcının ödeme gücünü bilmemesi nedeniyle, sözleşmenin kurulmasını alıcının ödeme gücünü değerlendirerek kurmak yetkisini kendisinde bıraktığı da ileri sürülmektedir.⁸³

Alıcının ödeme gücünün olup olmaması sözleşmenin kurulması ile değil, ifası ile ilgili bir sorundur. Bu nedenle, icap sayılmama hususunun icabın unsurlarının değerlendirilmesi dışında, ödeme gücüne bağlı olduğunu kabul eden görüşlere katılmak mümkün değildir.⁸⁴

Elektronik posta ve chat yöntemi ile gerek icap ve gerekse icaba davet yapılması mümkündür. EDI, doğrudan sözleşmeyi kurmaya yönelik beyan esasına dayandığından icaba davet kuralı olarak mümkün değildir.

83 İ.Sağlam, 2003, s.119.

84 A.Savaş, 2007, s. 116.

2.4.3.3. İcabın Bağlayıcılığı

İcabın bağlayıcılığı hususu Borçlar Kanunu 3. maddesinde düzenlenmiştir. İcapta bulunan icabı ile bağlıdır ve icabından serbestçe geri dönemez.⁸⁵

Ancak, BK. 3. maddede süre tayini suretiyle yapılan icaptan bahsedilmiştir. Dolayısı ile icap, süreli olabileceği gibi süresiz de olabilir. Gerçekten de, Borçlar Kanunu 4. maddesinde hazırlar arası ve ayrıca 5. maddede gaipler arası süresiz icap olmak üzere ayrık bir düzenleme yapılması yoluna gidilmiştir.

Sonuç olarak kanunumuzda icabın, icapta bulunanı bağlayıcılığı ilkesi geçerlidir. Bu bağlayıcılık, süreli icaplarda BK. 3. maddesinde öngörüldüğü gibi açıkça belirtilmiştir. Öte yandan, kabul için süre belli edilmiş icaplarda, icapçı zamanında ve düzenli olarak gönderilen bir cevabın ulaşması için geçecek zamana kadar BK. 5/1. maddesine göre icabıyla bağlı kılınmıştır.

İcabın yukarıda muhataba, kabul beyanı ile sözleşmeyi kurmak yetkisini verdiğini belirtmiştik. İcapta bulunan -kural olarak- icabından vazgeçemez ve sözleşmenin kurulmasını engelleyemez.⁸⁶ Bu nedenle, icapta bulunan, karşı tarafın kabul veya red beyanına kadar, icabı ile bağlıdır. Fakat icabın yine de muhatabı bağlayacağı sürenin bir sınırının bulunması da gereklidir. Bu sınırın tespiti için kısaca süreli ve süresiz icaplara ve bağlayıcılığın süresine de ayrıca değinmekte fayda vardır.

85 S.Tekinay ve S.Akman ve S.Burcuoğlu ve A.Altop, 1993, s. 86; Ş. Akıncı, 2006 s. 80.

86 Mustafa Kemal Oğuzman ve Mehmet Turgut Öz. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2000. s. 51.

a.Sürelî İcâplar

İcâpta bulunan kişî, icabı ile bağı kalma süresini açıkça belirtmişse, bu icaba sürelî icap denilir. Bu ilke, hem hazırlar (yüz yüze olanlar) arasında, hem de hazır olmayan kişiler (gaip) arasında yapılan sözleşmelerde geçerlidir. Süre tayini ile, hem icapta bulunan ve hem de muhatap kendi durumlarını değerlendirerek sözleşmeyi kurma imkânına sahip olurlar. İcâpta bulunan, belirlediğı süreyi sonradan kısaltamaz, ancak isterse uzatması mümkündür. Sürelî icapta, icapla bağıllık, belirlenen sürenin sonunda biter. Verilen sürenin kısa ve uygun olup olmaması önemli değildir. İcap sahibinin, verilen süreyle bağıllığı, aynı zamanda onun bu süre içinde kural olarak, icabından dönememesi anlamına da gelir.⁸⁷

Sürelî icapta, icapta bulunan kişî sürenin sonuna kadar icabıyla bağı olduğundan, sürenin sonuna kadar kabul haberi kendisine ulaşmazsa icabıyla bağı olmaktan kurtulur.(BK m. 3)⁸⁸ Muhatap, süre tayin edilerek yapılan icabı kabul ettiğini zamanında bildirmiş olmasına rağmen, postada gecikme gibi sebeplerle bu haber icapçıya geç ulaşmışsa, genel olarak icapçının icabıyla bağı olmayacağı kabul edilmektedir.⁸⁹ Eğer, icabı yapan geç ulaşan kabul beyanı ile akdi kurmak isterse, bu beyanı yeni bir icap olarak kabul edilir.⁹⁰ Kabul haberi süresi geçtikten sonra yollanmışsa, BK. m. 5'i kıyasen uygulayarak icabı yapının, en azından kabul haberinin geç ulaştığını, icabı ile bağı bulunmadığını, sözleşmenin meydana gelmediğini

87 F.Eren, 2003 s.232; M.Ö.Falcioğlu, 2004, s. 197.

88 S.Akıncı, 2006, s.80; M.Ö.Oğuzman ve M.T.Öz. 2000, s. 53.

89 S.Tekinay ve S.Akman ve H.Burcuoğlu ve A.Altop, 1993, s. 91.

90 M.Ö.Falcioğlu, 2004, s. 130.

derhal karşı tarafa bildirmek zorunda olduğu da ileri sürülmektedir.⁹¹

Sürelî icap ile ilgili yapılan açıklamalar bütün elektronik sözleşmeler için de geçerlidir. Elektronik posta veya chat ile görüşmelerde taraflar süreyi açıkça belirtebilirler. Web sayfasında da icabın ne kadar süre ile bağlayıcı olduğu dakika ve saniyesine kadar yazılabilir ve bu sayfaya konulacak bir zaman sayacıyla dahi gösterilebilir. **EDI** ile kurulan sözleşmelerde icabın süresi yazılımdaki tarafların önceden kararlaştırdıkları beyanlar doğrultusunda gerçekleşir. Yazılımda böyle bir özellik olmaması halinde süresiz icaptan bahsetmek doğru olur.

b.Süresiz İcaplar

Süresiz icap hususu 818 sayılı Borçlar Kanunu 4. maddesinde düzenlenmiştir. İcapta bulunanın, belirli bir süre bildirmeksizin yaptığı icaplara süresiz icap denir. Süresiz icaplarda da, süreklî icaplardaki gibi mucibin icaplarıyla belli bir süre bağlı kalacağı ilkesi geçerlidir. Ancak, süreli icaplarda bağlı kalınan süre belli olduğu halde, süresiz icaplarda belirli ve kesin bir süre yoktur. Durum bu olmakla birlikte, süresiz icaplarda kabul haberini bekleme zamanı, icabın hazırlar veya hazır olmayanlar arasında yapılmasına göre değişiklik göstermektedir.

aa.Süresiz İcabın Hazırlar Arasında Yapılması

Hazır olanlar arasında yapılmış bir icap beyanında icap sahibi, bu icap muhatap tarafından derhal kabul edilinceye kadar, icabıyla bağlı kalır.⁹² Hazır kişiden, beyanın

91 S.Reisoğlu, 2006, s. 59.

92 M.Demir, 2004, s.176, 226; M.Ö. Falcıoğlu, 2004, s. 132.

açıklanmasıyla karşı tarafın bu beyanı öğrenmesinin aynı anda gerçekleşmesi kastedilmektedir.⁹³

Taraflar sözleşmenin kurulması aşamasında yüz yüze olabileceği gibi, başka bir yerde de olabilir. Aynı ortamda bulunmaları şart değildir.⁹⁴ Örneğin, chat ortamında (eşanlı internet üzerinden sesli, görüntülü veya yazılı görüşme), telefonda veya internet telefonunda yapılan icaplar da, hazırlar arasında yapılmış sayılır. Fakat Oğuzman⁹⁵, sesli iletişim imkânı vermedikçe bilgisayarla iletişim, elektronik posta, hatta chat görüşmesini hazırlar arasında icap kabul etmemektedir.

Eş zamanlı ve yazılı olarak gerçekleştirilen chat görüşmesi de hazırlar arasında yapılmış sayılmalıdır. Nitekim, Oğuzman sesli olmayan yazılı chat görüşmesini hazırlar arası kabul etmiyor iken, karşı karşıya bulunan iki şahıstan birinin, icabını bir kağıda yazıp karşı tarafa vermesi halini hazırlar arasında yapılmış bir icap saymaktadır.⁹⁶ Eş zamanlı olan ve yazışmak suretiyle gerçekleştirilen chat görüşmesinin ilke olarak yüz yüze olanlardan herhangi bir farklılığı bulunmamaktadır.

Borçlar Kanunu 4/1. maddesine göre süresiz yapılan icaba, karşı taraf derhal kabul cevabı vermezse icapta bulunan, bu icabıyla bağlı kalmaz.⁹⁷ Buradaki derhal kelimesini, tarafların icap üzerinde yapacakları görüşmenin sona ermesine kadar geçecek süre olarak değerlendirmek

93 M.K.Oğuzman ve M.T.Öz, 2000, s.54.

94 A.Savaş, 2007, s. 134.

95 M.K.Oğuzman ve M.T.Öz, 2000, s. 54.

96 M.K.Oğuzman ve M.T.Öz, 2000, s. 54.

97 Ş.Akıncı, 2006, s.80; S. Reisoğlu, 2006 s.60.

gerekir.⁹⁸ Görüşme sonuna kadar karşı taraf icabı kabul etmediğine dair bir söz ya da harekette bulunmadıkça, icapçının icabıyla bağlı kalması gerekir. İcapla bağlılığın, bu şekilde sona ermesi kendiliğinden gerçekleştiğinden, icapçının bu hususta muhataba herhangi bir açıklama yapmasına da gerek yoktur.⁹⁹

Chat (görüntülü veya sesli görüşme) yapmak veya internet telefonu olarak adlandırılan ve internet üzerinden görüşme yapmaya imkân veren sistem kullanılmak suretiyle, tarafların sözleşme kurmaları mümkündür. Bu sözleşmelerin hazırlar arası yapılmış olduğu kabul edilir.¹⁰⁰

Web sayfaları üzerinden icap niteliği taşıyan beyanlar kanaatimizce hazırlar arası bir icap niteliğinde sayılmalıdır. İcabın unsurlarını içeren böyle bir beyanı hazırlar arası kabul edersek, satıcının icapla bağlılığı, alıcı sayfadan çıkana kadar geçerli olacaktır. Eğer icabı hazırlar arası işlem olarak kabul etmezsek, bu sefer ortaya daha karmaşık durumlar ortaya çıkar. Web sayfasından ürün kaldırılmasına veya fiyatı değiştirilmesine rağmen satıcıyı ilk icabıyla uygun bir süreyle bağlı saymak gerekir. Açıklanan nedenlerle, web sayfasında sözleşmenin bilgilerin doldurulduğu anda kurulduğu mesaj mı içeren web sayfaları hazırlar arası akitler kapsamında kabul edilmelidir.

Kapalı sistem olarak şirketler arası ve başka bir ağ araya girmeden çalışan EDI sistemi ile yöneltile beyanları, hazırlar arası yapılan icap olarak kabul etmek gere-

98 F. Eren, 2003, s.233;.

99 S.Tekinay ve S.Akman ve H.Burcuoğlu ve A. Altop, 1993, s. 88; İ. Savaş, 2007, s. 146.

100 A.Savaş, 2007, s.140-141; E. İnal, 2005, s.103.

kir.¹⁰¹ Sözleşmenin kurulmasına ilişkin işlemler, doğrudan şirketler arasında daha önceden kurulmuş ağ üzerinden paket programlar vasıtasıyla araya insan unsuru girmeksizin gerçekleşmektedir. EDI üzerinden makineler aracılığı ile gönderilen elektronik icap beyanı, yine stokları kontrol eden makineler aracılığı ile kabul edilmekte ve sözleşme kurulmaktadır. Fakat ileride açıklanacağı üzere bazı yazarlar hazırlar arasında gerçekleştiğini kabul etmemektedirler.¹⁰²

İcap karşı tarafa gönderildikten sonra ve fakat ulaşmadan veya ulaştıktan sonra ve ancak muhatabın kabulünden önce icapta bulunanın ölmesi ya da fiil ehliyetini yitirmesi halinde, icap geçerli ve mirasçılar icapla bağlıdır. Ancak, edimin yerine getirilmesi muhatabın kişisel yeteneği ile meslek özelliğine bağlı bulunuyorsa, icapta bulunan veya mirasçıları icap ile bağlı değildirler.¹⁰³

bb-Süresiz İcabin Gaipler Arasında Yapılması

Gaipler arası yapılan icap hususu Borçlar Kanunu 5. maddede düzenlenmiştir. İcabin, hazır olmayan bir kişiye mektup, telgraf, elektronik posta, mesaj gönderilerek yapılmasına hazır olmayanlar arasında icap denilir.

Bu tür icaplarda, icabin karşı tarafa ulaşması için belli bir zaman geçmesi gerekmekte ve diğer yandan, muhatabın da icabı öğrendikten sonra değerlendirme açısından bir zamana ihtiyacı olmaktadır. Kabul edildikten son-

101 A.Savaş, 2007, s. 137; M.Ö. Falcioğlu, 2004, s. 220, 249.

102 E. İnal, 2005, s.115.

103 Ş.Akncı,2005, s. 82-83; S.Tekinay ve S.Akman ve H.Burcuoğlu ve A.Aktop, 1993, s.92; M.K. Oğuzman ve M.T.Öz, 2000, s. 57.

ra da, yine beyanın ulaşması için zaman geçeceği de aşıkardır.

Kanun koyucu, açıklanan bu durumlar dolayısı ile hazır olmayan kişiye yapılan icapta, icapta bulunanın, normal kabul haberinin kendisine ulaşacağı süreye kadar icabı ile bağı kalacağını kabul etmiştir. Süre yukarıda açıklanan durumların gerçekleşebileceği kadar uzunlukta olmalıdır. İcabı yapan, icabının zamanında ulaştığını kabul etmek hakkına sahiptir.¹⁰⁴ Örneğin, icabın posta ile gönderilmesi halinde 3 günde gideceği kabul edildiği takdirde, dönüş için de aynı süre kabul edilecek ve ayrıca muhataba ortalama 2 gün düşünme süresi de verildiğinde bu süre 8 gün olarak kabul edilir.¹⁰⁵

İnternet üzerinden web siteleri ile yapılan işlemlerde, kullanıcı yani alıcının icaba davet niteliğinde sayılan irade beyanlarına karşı sipariş talebi icap niteliğinde sayılmaktadır. Bu durumda ve ayrıca elektronik posta aracılığı ile yapılan işlemlerde, icap sahibi konumundaki internet kullanıcısı, bu icabın muhataba ulaştırılması ile muhatabın düşünüp kabul beyanının gelmesi için gerekli olan ana kadar, icabıyla bağı kalır. Bu sürenin tayininde sitede yapılan irade beyanının içeriği de önem taşır. Örneğin, malın stok durumu gösteriliyorsa internet üzerinden işlemin kabul edilmesi için gönderilecek beyanın hızlı bir şekilde gerçekleştirilmesi dolayısı ile süre kısa olmalıdır.

Sözleşmelerin internet üzerinden elektronik posta gönderilmesi veya alışveriş sitelerinde web ortamında ica-

104 S.Reisoğlu, 2006, s.60.

105 Ş.Akncı, 2006, s.81; M.K. Oğuzman ve M.T.Öz, 2000, s.55; E. İnal, 2005, s. 123, 131.

ba davetin bulunduğu durumlarda yapılması halinde, hazır olanlar arasında gerçekleşeceğini söylemeye imkan yoktur. Çünkü hazırlar arasında yapılan bir sözleşmede, tarafların doğrudan doğruya iletişim içerisinde buldukları, tarafların anında birbirlerine cevap verebilme imkânına sahip oldukları bir ortam mevcuttur.¹⁰⁶

Elektronik posta normal bir postadan farksızdır. Klasik usulden tek farkı, sistemde sorun yaşanmaması halinde işlemin insanları aracı kılmaksızın elektronik araçlarla gerçekleşmesi ve bu şekilde mesajın saniyelerle ifade edilen bir zaman dilimi içerisinde iletilmesidir. Bu hıza rağmen alıcı taraf gelen postadan anında haberdar olamamaktadır. MSN Messenger olarak adlandırılan program tarafından, Hotmail servisi aracılığı ile gerekli ayar yapıldığı takdirde, bilgisayarda ekranın sağ alt köşesinde uyarı şeklinde "X kullanıcısından posta aldınız." şeklinde mesaj eş anlı görünmektedir. Ancak, buna rağmen gönderen kişinin, karşı tarafın bilgisayarının başında olduğunu bildiğini veya posta alıcısının anında posta içeriğini incelediğini söylemek mümkün değildir. Muhatapça postanın cevaplanması da belli bir süreç alacaktır. Ayrıca cevabın gönderilmesi için yeni mesaj yaz veya cevapla gibi butonlar kullanılacak ve en son gönder seçeneği ile posta karşı tarafa iletilecektir. Bu yüzden hazırlar arası değil hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşmeden bahsedilebilir.¹⁰⁷ Fakat kanaatimizce, uyarılı elektronik posta ile tarafların anında haberdar olmaları ve seri bir şekilde birbirlerine bilgisayar başında olduklarına dair cevap göndermeleri veya telefonla haberleşerek elektronik postayı kullanmaları sonucu olu-

106 İ.Sağlam, 2003, s.73; A.Savaş, 2007, s.99, 140.

107 İ.Sağlam, 2003, s. 124; U.Altınışık, 2003, s. 51; E.inal, 2006, s. 108; M.Ö.Falcıoğlu, 2004. s. 134.

şan sözleşmeyi hazırlar arası kabul edebiliriz.¹⁰⁸ Nitekim, Oğuzman¹⁰⁹ da karşı karşıya bulunan iki şahıstan birinin, icabını bir kağıda yazıp karşı tarafa vermesi halini hazırlar arasında yapılmış bir icap saymaktadır.

Günümüzde teknolojinin ilerlemesi ile, internet üzerinden alışveriş imkânı sunan sayısız web sitesi hizmete girmiştir. Kesintisiz 24 saat hizmet vermeleri ve fiyat karşılaştırmasının rahat yapılabilmesi nedeniyle tüketiciler veya şirketler bu siteler üzerinden alışveriş işlemleri gerçekleştirmektedirler.

Bazı web sayfaları, girilen bilgilerin ve kredi kartları bilgilerinin anında kontrolü ve teyit edilmesi sistemine dayanıyorsa da, yine de doğrudan bir iletişim yoktur. Süresiz veya süreli yapılan aleni bir icaba karşılık, kullanıcının sayfadaki şartları kabul etmesi sonucu sözleşme kurulmaktadır. Fakat, taraflar birbiriyle doğrudan ne yazılı ne de sözlü bir iletişim kurmamaktadırlar. Bu durum, kurulan sözleşmelerin hazır olmayanlar arasında yapıldığının kabulünü gerektirmektedir.¹¹⁰

Fakat bizim görüşümüze göre, hazır kelimesinden de anlaşılacağı üzere asıl olan sözleşmenin anında, araya fasıla girmeden kurulmasıdır. İcap teşkil eden beyanlar karşısında satıcı tarafından doldurulması istenilen bilgilerin alıcı tarafından tamamlanması ve “satın al” ya da “kabul ediyorum” butonuna tıklanması ile sözleşme esaslı unsurları içerdiğinden¹¹¹ ek bir merasime gerek kalmaksızın

108 M.Ö.Falcıoğlu, 2004, s. 135.

109 M.K.Oğuzman ve M.T.Öz, 2000, s. 54.

110 E.İnal, 2005, s.115; Özsakal, H., 2003, s.74; M.Demir, 2004, s.224-225.

111 U.Altınışık, 2003, s. 38.

anında kurulmaktadır.¹¹² Sonradan ayrı bir görüşme yapılmasına da gerek bulunmamaktadır. Satıcının web sayfası üzerindeki beyanı onun artık elektronik irade beyanı¹¹³ yerine geçmekte ve alıcının satın alma işlemini gerçekleştirmesi anında web sayfası düzenindeki etkileşim Borçlar Kanunu'nun 4 maddesi kapsamında oluşmaktadır. Bu sözleşmenin, bayiden herhangi bir konuşma geçmeksizin on sadece bedelini vererek gazete satın alan kişinin durumundan bir farkı yoktur. Ne gazete bayii ve ne de okuyucu konuşmasalar da gazete satımına dair sözleşme kurulmuş olmaktadır. Nitekim doktrinde¹¹⁴, icapçı derhal cevap bekliyorsa, muhatap da teknik imkânlarla göre derhal cevap verebilecek durumda ise, sözleşmenin hazırlar arası olduğunun kabul edilebileceği ileri sürülmektedir.

Doktrinde¹¹⁵, yukarıda açıklanan nedenlerle web siteleri etkileşimli ve etkileşimsiz olarak ikiye ayrılmaktadır. Buna göre, etkileşimsiz web sitelerinin elektronik ticaretin doğrudan pazarlama özelliğinden kısmen yoksun olduğu, kural olarak, alıcı ve satıcıya web sayfaları üzerinden hukukî işlem yapma imkânı tanınmadığı, aksi açıkça belirtilmediği takdirde, beyanların BK. m. 7/2 hükmü çerçevesinde katalog veya tarife yollanması olarak icaba davet şeklinde nitelendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

İcap, postada gecikme veya beklenmeyen başka nedenlerle karşı tarafa geç ulaşabilir. İcabin karşı tarafa ulaşmadığından genel olarak icapçının bilgisi olmamaktadır.

112 A.Savaş, 2007, s. 136.

113 H.Özdemir Kocasakal, 2003, s.81.

114 S.Tekinay ve S.Akman ve H.Burcuoğlu ve A.Altop, 1993, s.88.

115 M.Ö.Falcioglu, 2004, s. 191 .

Kendi kontrolü dışında bir nedenle gecikme durumu ortaya çıktığından, kabul beyanı da gecikeceğinden normal bekleme süresi geçmişse sözleşme kurulmaz. İcapçı, kabul haberinin geç gelmesini, icabın karşı tarafa geç ulaşmasından kaynaklandığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bu gecikmeye yetecek süre kadar icabı ile bağlı sayılır.¹¹⁶

Diğer yandan mucip iyi niyetli ve icabın karşı tarafa geç varması sebebiyle kabul haberi mucibe geç gelmişse, kural olarak sözleşme yine gerçekleşmiş olmaz. Ne var ki, geç gelen kabul haberini mucip isterse yeni bir icap sayabilir ve bu icaba olumlu cevap verirse sözleşme yine doğmuş bulunur.¹¹⁷

İcap, beklenen sürede karşı tarafa ulaşırsa ve karşı taraf da kabul haberini zamanında gönderse bile, kabul haberi, icapçıya geç ulaşabilir. Bu durumda, icapta bulunanı kabul haberinin beklenen süreden geç gelmesi sebebi ile bağlı saymak doğru olmayacaktır. Ancak, karşı tarafın da yukarıda açıklandığı şekilde iyi niyetli olması mümkündür. Kanun koyucu bu ihtimal için orta bir yol benimsemiştir. Bu tür durumlarda sözleşme gerçekleşmiş kabul edilmektedir. Fakat, eğer icapçı sözleşmenin geçerli olmasını istemiyorsa, kabulün kendisine geç geldiğini, karşı tarafa derhal bildirmek suretiyle sözleşmenin gerçekleşmesine engel olma imkânına BK. 5/2. maddesi gereği sahiptir.¹¹⁸

116 M.K.Oğuzman ve M.T.Öz, 2000, s. 56.

117 S.Reisoğlu, 2006, s. 60.

118 F.Eren, 2003 s. 234; S.Tekinay ve S.Akman ve H.Burcuoğlu ve A.Altop, s. 90-91.

2.4.4.İcabın Geri Alınması

İcapta bulunan, icapta bulunmakla kural olarak kendisini bağlamıştır. Bu şekilde yapılan bir icaptan sonra, icabını geri alamaz. Ancak, bazı şartların varlığı halinde uygun biçimde karşı tarafa icabı ile bağlı olmadığını bildirebilir(BK. 9/1 m.).

İcabın geri alınması tek taraflı, karşı tarafa yöneltilmesi gerekli ve icapta bulunanın, icabını geri aldığını içeren ve bunu bildiren bir irade açıklamasıdır.

İcabın geri alınması hususunda belirli bir şekil öngörülmemiştir. Fakat, icabın geri alınması, icabın yapıldığı şekille ve aynı yöntemle gerçekleştirilmelidir. BK. 11 maddesi şekil serbestisi getirdiğinden ve geri alma hususunda herhangi bir düzenleme öngörülmediğinden geri alma resmi biçime bağlı değildir. Bu nedenle, icap yazılı olarak yapılmış olsa bile, sözlü olarak geri alınabilir.¹¹⁹

Geri alma, bir şarta bağlanabileceği gibi, şartsız da olabilir. Diğer yandan, kısmî veya tam geri alma da mümkündür.¹²⁰

Geri almanın geçerliliği iki şarta bağlanmıştır. Geri alma haberi karşı tarafa icaptan önce, hiç olmazsa aynı zamanda ulaşmalı ya da geri alma haberi muhataba icaptan sonra ulaşmakla birlikte, karşı taraf geri almayı icaptan önce öğrenmelidir. Muhatabın geri alma haberini öğrenme imkânına sahip olması ile bu haberin kendisine ulaştığı kabul edilir. İcapçı, karşı taraf kendisine ulaşan

119 S.Reisoğlu, 2006, s.60; F.Eren, 2003, s. 239-240.

120 N.Erdem, Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları, 1997, Ankara 1987, s.47.

icabı öğrendikten sonra icaptan dönemez.¹²¹ Geri alma haberi karşı tarafa geç ulaşır, ya da geç tebliğ edilirse geri alma geçersiz olur.

Geri alınan icap hiç yapılmamış sayılır. Geri alma, icapta bulunma anı ile geri almanın karşı tarafa ulaşma anı arasında geçen süreyi içine alacak şekilde geçmiş de kapsar.

Borçlar Kanunu md. 9/1 hükmü gereği, muhataba gönderilmiş bir icabın geri alınabilmesi, geri alma beyanının daha önce ulaşmasıyla mümkündür. Elektronik posta ile icabın gönderilmesi durumunda, geri almaya dair elektronik postanın icaptan önce, hiç olmazsa icapla aynı zamanda ulaşması veya geri alma haberi muhataba icaptan sonra¹²² ulaşmakla birlikte, karşı tarafın geri almayı icaptan önce öğrenmesi şarttır.

EDI ile kurulan sözleşme kapalı sistemler üzerinden gerçekleşiyorsa, icabı geri almak mümkün değildir. Çünkü karşı tarafa ulaşan icap sisteme girdiği anda, anında kabul edilmektedir. Sistemde sözleşme saniyeler içerisinde kurulmakta ve icap bilgisayar tarafından yapıldığından, insan faktörü için içinde bu safhada bulunmadığından, ancak sözleşme kurulduktan sonra haberdar olunmaktadır. Bu nedenle, geri alma EDI sözleşmelerinde eğer sistemde bir sorun yaşanmamışsa imkânsız gibidir.¹²³ Ancak, EDI sisteminde icabın ve kabulün geri alınması kararlaştırılmışsa, tarafların bu doğrultuda EDI sözleşmesi

121 S.Reisoğlu, 2006, s.60; A.Savaş, 2007, s.146.

122 S.Tekinay ve S.Akman ve H.Burcuoğlu ve A.Altop, 1993, s. 92.

123 A.Savaş, 2007, s. 119.

ile kabul ettikleri ve programa koydukları özellik sayesinde yapılabilir.¹²⁴

Chat ve internet telefonu ile yapılan görüşmelerde icap yüze karşı yapıldığından bundan da dönmek mümkün değildir.

Web aracılığı ile mal veya hizmet sunumları gerekli şartları taşıması halinde hukuken icap sayıldığından ve bu sayfalar, internet bağlantısı olan herkes tarafından görülebilme imkânına sahip olduğundan, bu sayfada yer alan bilgiler çerçevesinde yapılan icaplardan vazgeçilmesi de mümkün değildir.¹²⁵

2.4.5.Kabul

Kabul, icapta bulunan kişinin yaptığı icaba karşı yapılan, tek taraflı ve ulaşması gerekli yenilik doğuran bir irade açıklamasıdır.¹²⁶ Yani kabul, sözleşmenin gerçekleşmesi için gerekli şart olan irade açıklamalarından ikincisidir.

Kabulün icaptan farkı, aynı zamanda kurucu yenilik doğuran bir hukukî işlem olmasıdır.¹²⁷ Yukarıda icap ile ilgili bölümde bahsedildiği üzere, icabın sonuçlarından biri de icapçının icabıyla belli bir süre bağlı kalmasıdır. Benzer şekilde kabul de, kabul beyanında bulunan açısından bağlayıcı olmakla birlikte, buna ek olarak, beyan sözleşmenin kurulmasını da sağlamaktadır. Kabul ile sözleşme-

124 M.Ö.Falcioğlu, 2004, s. 248.

125 M.Demir, 2004, s.185; M.Ö. Falcioğlu, 2003, s. 202.

126 Ş.Akıncı, 2006, s.81; F. Eren, 2003, s. 236.

127 Ş.Akıncı, 2006, s.81.

nin tarafları arasında bundan sonra yeni bir hukukî durum ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, kabul beyanı yenilik doğuran hukukî bir işlem olarak nitelendirilir.¹²⁸

Sözleşmenin kurulabilmesi için kabul beyanının içeriği ile icabın içeriğinin birbirine uygun olması şarttır. Ancak, icabın sadece kabulü dışında, yeni bir takım kayıt ve şartlar, yahut değişiklikler mevcutsa, burada artık sözleşmeyi gerçekleştirecek bir kabul yerine yeni bir icaptan söz etmek daha doğru olur.

2.4.5.1.Hazır Olanlar Arasında Kabul

Kabul beyanının, hazırlar arasında kurulan sözleşmelerde derhal yapılması gerekmektedir.

Kabul beyanı, chat ortamında veya internet telefonu ile görüşmelerde yapılmışsa, hazırlar arasında kurulan sözleşme olarak muhatabın derhal kabul beyanını açıkladığı anda, hüküm ve sonuçlarını doğurur.¹²⁹

EDI ile yapılan sözleşmeler kapalı ağlar üzerinden gerçekleştirildiğinde kabul bilgisayarlar aracılığı ile stok durumu kontrol edilerek anında yapıldığından hazırlar arası olarak kabul edilir.¹³⁰ Gerçi burada, sözleşmenin kurulması açısından malın satıcının elinde bulunmasının gerekli olmadığı da söylenebilir. Bu husus EDI sisteminin işleyişi ile ilgilidir. Yapılacak programın içeriğine eklenmek suretiyle, stokta ürün olmasa da icabın kabul edilmesi mümkündür.

128 Ş.Akıncı, 2006, s.81; F. Eren, 2003, s. 23S.

129 M.Demir, 2004, s.229.

130 A.Savaş, 2006, s. 137; M.Ö.Falcioglu, 2004 s. 220, 249; M.Demir, 2004, s.230.

Sözleşmenin anında kurulduğu web siteleri için de durum aynıdır. Web sayfası aracılığıyla ile sistemde bir sorun yaşanmadığı takdirde, kabul butonunun tıklanması sonucu, kabulün icabı yapana ulaştığı anda sözleşmeler kurulur.¹³¹

2.4.5.2.Hazır Olmayanlar Arasında Kabul

Tarafların karşılıklı hazır bulunmadığı, elektronik araçlar vasıtasıyla icap beyanının gönderilmesi ve aynı şekilde kabul edilmesi hazır olmayanlar arasında bir irade beyanı olarak kabul edilir. Çünkü arada doğrudan bir iletişimin varlığı bulunmamaktadır.

Hazır olmayanlar arasında süresiz icap sonucu kurulan sözleşmelerde, muhatabın kabul beyanını gösteren elektronik posta, icabı gönderen kişinin elektronik posta kutusuna vardığı anda egemenlik alanına girdiği ve sözleşmenin kurulduğu kabul edilmektedir (BK. m. 5).¹³² İcapta bulunan, kişinin kendisine yönelik bu kabul beyanının içeriğini öğrenmiş olup olmadığı hususuna ayrıca bakılmaz. Kabul beyanı, muhataba ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurur.

İnternet üzerinden elektronik posta yoluyla iletişim sürecinde, icap ve kabul beyanlarının gönderilme ile beyan edilmesi genel olarak aynı anda gerçekleşmektedir. Fakat sistemden veya iletişim ağından kaynaklanan problemler ortaya çıktığında bu beyanların geç ulaşması sonucu da ortaya çıkabilmektedir. Bu durumda, icapta bulunanı kabul haberinin beklenen süreden geç gelmesi sebebi ile

131 M.Demir, 2004, s.230.

132 İ.Sağlam, 2003, s. 128; E. İnal, 2005, s.109-110; M.Demir, 2004, s.231.

bağlı saymak doğru olmayacaktır. Kanun koyucu bu tür durumlarda sözleşmeyi yine gerçekleşmiş kabul etmektedir. Eğer mucip sözleşmenin geçerli olmasını istemiyorsa, kabulün kendisine geç geldiğini, karşı tarafa derhal bildirilmek suretiyle sözleşmenin gerçekleşmesine engel olma imkânını BK. 5/2. maddesi gereği kullanabilir.¹³³

2.4.5.3.Kabulün Türleri

Kabule ilişkin irade açıklaması da, icaptaki gibi farklı şekillerde beyan edilebilir. Bu beyanlar, sözlü olabileceği gibi yazılı, açık olabileceği gibi örtülü, vasıtalı olabileceği gibi vasıtasız da olabilir.

İcap kural olarak açıkça kabul edilmezse sözleşme kurulmaz. Ancak öyle durumlar vardır ki, bu hallerde sözleşme susma ile dahi kurulabilmektedir. BK. 6 maddesine göre işin özelliği veya durumun gereği icabı taraflar arasında yerleşmiş bulunan iş ilişkilerinde susmanın kabul sayılacağını gerektiren bir teamül oluşmuş ise susma kabul beyanı yerine geçmektedir.¹³⁴

Örneğin, ticarî ilişkide bulunan iki tüccar arasında doğan sürekli ilişki gereği, biri satmak istediği malların faturalarını düzenleyip diğerine yollamakta, diğeri de kabul cevabını verme gereği duymadan malların gelmesini beklemekte ise, alıcının susması örtülü kabul sayılmaktadır. EDI ile kurulan sözleşmelerde kabul beyanı bilgisayarlar arasında gönderilmekte ise usul olarak açıklanan bu durumla benzeşmektedir.

133 H.Özdemir Kocasakal, 2003, s.72.

134 S.Tekinay ve S.Akman ve H.Burcuoğlu ve A.Altop, 1993, s.93-94; F.Eren, 2000, s.237.

2.4.5.4.Kabulün Şekli

BK. 11 veya 16 maddeleri gereği, sözleşmenin geçerliliği için kanunî veya iradî bir şekil şartını öngördüğü haller hariç olmak üzere, kabul beyanı herhangi bir şekil şartına tâbi değildir.¹³⁵ Anlaşmazlık halinde ispat hususunda, 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 288 vd. maddeleri çerçevesinde uygulama yapılması gerekmektedir.

2.4.5.5.Kabulün Hükümleri

İcap gibi, kabul de aynı şekilde onu beyan edeni ve mirasçılarını bağlar. Yani, icabın bağlayıcılığı ile ilgili ilkelere, kabul için de aynen uygulanır. Sözleşmenin yerine getirilmesi murisin kişisel yetenekleri ve meslek özelliğine bağlı bulunuyorsa, mirasçılar kabul ile bağlı değildirler.¹³⁶

Kabul beyanının, sözleşmenin doğumunu ve kurulmasını gerçekleştiren yenilik doğuran bir niteliği vardır. Sözleşme kabul beyanının ulaştığı tarihte kurulmuş sayılır ve anlaşmazlık halinde bu tarih esas alınır.

2.4.5.6.Kabulün Geri Alınması

Kabulden dönmenin şartları da, BK. 9/2. maddesinde düzenlendiği üzere icaptan dönmenin şartlarına benzer. Diğer söyleyişle, geri alma beyanının, kabul haberinin icapta bulunana ulaşmasından önce veya en azından onunla birlikte ulaşması ya da sonradan ulaşsa bile, icap-

135 Ş.Akıncı, 2006, s. 82; A. Savaş, 2007, s.102.

136 F.Eren, 2000, s. 241; M.K.Oğuzman ve M.T.Öz, 2000, s. 61.

ta bulunanın dönme haberini daha önceden öğrenmesi hallerinde kabulden dönme mümkündür.¹³⁷

2.5.Sözleşmelerin Kurulduğu An ve Yer

Sözleşmeni kurulduğu an ve yer başlığı altında önce genel olarak daha sonra kurulduğu an ve kurulduğu yer başlıkları altında incelenecektir.

2.5.1.Genel Olarak

Hüküm doğurabilmesi için yöneltilmesi gereken hukuki işlemlerin ve özellikle de sözleşmelerin, hangi andan itibaren kurulmuş sayılacağı hususunda, doktrinde başlıca dört teori vardır:¹³⁸

1-Açıklama Teorisi: Bu teoriye göre, kabul beyanının açıklanmasıyla sözleşme kurulmuş olur.Bu durumda, açıklanmış olan kabul beyanının, icapta bulunan kişiye gönderilmiş olması şartı aranmaz. Kabul beyanının açıklanmış olması yeterli sayılmıştır.

2-Gönderme Teorisi: Bu teoriye göre, açıklanmış olan kabul beyanının, icapta bulunan kişiye gönderildiği anda sözleşme kurulmuş sayılır. Gönderilmiş olan kabul beyanının, icapta bulunan kişiye ulaşmış olup olmaması önemli değildir.

3-Varma Teorisi: Bu teoriye göre, kabul beyanının, icapta bulunan kişinin hakimiyet alanına ulaştığı anda sözleşme kurulmuş olur. İcapta bulunan kişinin hakimiyet alanına ulaşmış olan kabul beyanının, icapta bulunan

137 S.Tekinay ve S.Akman ve H.Burcuoğlu ve A.Altop, 1993, s.95; F. Eren, 2003, s. 240.

138 Ş.Kayıhan ve H.Yıldız, 2004, s.59.

kişi tarafından öğrenilmiş olup olmamasının bir önemi yoktur.

4-Öğrenme Teorisi: Bu teoriye göre ise, icapta bulunan kişinin, kabul beyanını öğrenmesiyle sözleşme kurulmuş sayılır. Borçlar Kanunu'na göre, sözleşmenin hangi anda kurulmuş sayılacağını belirleyebilmemiz için, irade beyanının, hazırlar arasında mı yoksa hazır olmayanlar arasında mı yapılmış olduğu önem arz etmektedir.¹³⁹ Genel olarak, tarafların fiziken aynı mekanda buldukları bir anda yapmış oldukları irade beyanları, hazırlar arasında yapılan irade açıklaması olarak kabul edilir. Bununla birlikte, BK m. 4/II'ye göre, telefonla yapılan görüşmeler de hazırlar arasında yapılmış sayılmaktadır. Telefonla yapılan görüşmeler Borçlar Kanunu'na göre hazırlar arası sözleşme olarak değerlendirilmesine rağmen TKHK mesafeli sözleşmelerin kurulması için kullanılan araçların arasında telefonu da saydığı için, bu sözleşmeler, bu kanun anlamında mesafeli sözleşmedir. Bu durum, hazırlar arası irade beyanının geçerli olabilmesi için, fiziki birlikteliğin şart olmadığı sonucunu ortaya çıkarmaktadır. İcap beyanının hemen arkasından kabul beyanının yapılabileceği ortamlarda, açıklanan irade beyanlarının hazırlar arasında yapılmış kabul edilmesi gerekir.¹⁴⁰ Bu noktada önemli olan, irade beyanında bulunan kişilerin fiziki birliktelikleri değil, doğrudan ve eş zamanlı iletişim içinde olmalarıdır.¹⁴¹ Hazırlar arasında yapılan irade beyanları, yapıldıkları anda karşı tarafa ulaşır. Hazırlar arasında yapılan icaba hemen cevap vermek gerekir. Karşı tarafın kabul

139 B.Acı, 2005, s.15.

140 F.Eren, 2003, s.235.

141 E.İnal, 2005, s.104

beyanının açıklanmasıyla sözleşme kurulmuş sayılır.¹⁴² Hazır olmayanlar arasındaki irade beyanlarında, doğrudanlık ve eş zamanlılık söz konusu değildir. Hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerde, Borçlar Kanunu, sözleşmenin kurulma anına ilişkin bir düzenleme içermemektedir. BK m. 10/I, bu tip sözleşmelerin hüküm ve sonuçlarını doğurma anına ilişkin düzenleme yapmıştır. Doktrinde, hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerin, kurulma anına ilişkin olarak, varma teorisi kabul edilmiştir.¹⁴³ Kabul beyanının karşı tarafın hakimiyet alanına ulaştığı anda, sözleşme kurulmuş olacaktır.

2.5.2. İnternet Aracılığı ile Kurulan Sözleşmelerin Kurulduğu An

Bir sözleşmenin kurulma anının belirlenmesi, o sözleşmenin hazırlar arasında mı yoksa hazır olmayanlar arasında mı kurulduğuna bağlıdır. Hazırlar arası sözleşmeler, kabul beyanıyla kurulmuş olur. Bu durumda internette, her iki tarafın çevrimiçi olduğu durumlarda, doğrudan ve eş zamanlı iletişimin kurulabildiği varsayıldığı için, kabul beyanının açıklanmasından sonra elektronik ortamda sözleşme kurulmuş olur.¹⁴⁴ Hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerde, Borçlar Kanunu, sözleşmenin kurulma anına ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Doktrinde, hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerin, kurulma anına ilişkin olarak, varma teorisi kabul edilmiştir. İnternet ortamında kurulan sözleşmelerde, tarafların çevrimiçi olmadığı vasıtalarıyla kurulan sözleşmeler, hazır olmayanlar arası sözleşme olarak kabul edilir.

142 F.Eren, 2003, s.235.

143 F.Eren, 2003, s.235; S. Reisoğlu, 2006, s. 62.

144 B.Acır, 2005, s.16.

Örneğin, elektronik posta veya web sayfaları aracılığıyla irade beyanlarının açıklandığı sözleşmeler, hazır olmayanlar arası sözleşme olarak kabul edilir ve kabul beyanının, icapta bulunan sahsın hakimiyet alanına ulaştığı anda sözleşme kurulmuş sayılır. Kabul beyanının, icapta bulunan kişiye ulaştığı anda kurulan sözleşme, BK m. 10 hükmü uyarınca, hüküm ve sonuçlarını geçmişe etkili olarak, kabul haberinin gönderilmesi anından itibaren doğuracaktır.¹⁴⁵ Elektronik postayla kurulan bir sözleşme, kabul beyanının elektronik posta kutusuna varmasıyla kurulmuş olmakla birlikte, hüküm ve sonuçlarını geçmişe etkili olarak, elektronik postanın, icapta bulunan kişinin elektronik posta kutusuna gönderildiği andan itibaren doğurmaya başlayacaktır. Elektronik postanın, gönderilme anının belirlenebilmesinde, iki aşama söz konusu olabilmektedir. Bunlardan ilki, oluşturulmuş olan elektronik postanın karşı tarafa gönderilebilmesi için, elektronik posta adresinde bulunan “gönder” tuşuna basılması; ikincisi ise gönder tuşuna basılmış olan elektronik postanın, elektronik posta kutusunun bağlı olduğu sunucudan çıkarak ağa girmesidir.¹⁴⁶ Burada “gönder” tuşuna basan kişinin fiili, tek başına yeterli olmamakta, aynı zamanda gönderilmek istenen elektronik postanın, elektronik posta kutusunun bağlı olduğu sunucudan çıkarak mesajları ileten ağa girmesi de gerekmektedir ki, gönderme işlemi tamamlanmış olsun. Bu durum, postalanmak istenen mektubun posta idaresine teslim edilmesine benzetilebilir.¹⁴⁷ Elektronik posta mesajının, gönderilme anının belir-

145 Örneğin irade beyanlarının elektronik posta aracılığıyla açıklandığı durumlarda Kabul beyanını içeren elektronik postanın, icapta bulunan sahsın elektronik posta kutusuna ulaştığı anda sözleşme kurulmuş sayılır.

146 M.Ö.Falcioğlu, 2004, s.185.

147 M.Ö.Falcioğlu, 2004, s.186.

lenmesi bakımından esas alınması gereken an, elektronik posta mesajlarının gönderilme anlarını belirleyebilecek merkezi bir sistem olmadığı için, elektronik posta mesajını gönderen tarafın sunucusunda belirmiş olan gönderilme anıdır. İnternette, her iki tarafın çevrimiçi olduğu durumlarda, doğrudan ve eş zamanlı iletişim kurulabildiği varsayıldığı için, kabul beyanının açıklanmasından sonra sözleşme kurulmuş olur. Kabul beyanının açıklandığı anda, karşı taraf da eş zamanlı olarak bu kabul beyanına vakıf olacağı için, açıklama anında kurulmuş olan sözleşme, hüküm ve sonuçlarını da aynı anda doğurmaya başlayacaktır. Web sayfası aracılığıyla sözleşmenin kurulması durumunda, kuruluş anı, kabul butonunun tıklandığı an değil, kabul beyanının web sayfası sahibine ulaştığı an olarak kabul edilmelidir. Çünkü ikisi eş zamanlı olmayabilir.¹⁴⁸ Sözleşmenin kurulmasıyla ilgili olarak, tüketicinin taraf olduğu internet aracılığı ile kurulan satım sözleşmeleri için, TKHK m. 9 farklı bir düzenleme içermektedir. Buna göre, “mesafeli satış sözleşmesinin akdinden önce, ayrıntıları Bakanlıkça çıkarılacak tebliğle belirlenecek bilgilerin tüketiciye verilmesi zorunludur. Tüketici, bu bilgileri edindiğini yazılı olarak teyit etmedikçe sözleşme akdedilemez. Elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde teyit işlemi, yine elektronik ortamda yapılır.”¹⁴⁹ Tüketicinin ta-

148 H.Özdemir Kocasakal, 2003, s.85

149 TKHK’un 9/A maddesi hükmüne göre, tüketiciye verilmesi gereken bilginin içeriği ise Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’in 5. maddesine göre şöyledir:

- a) Satıcı veya sağlayıcının isim, unvan, açık adres, telefon ve varsa diğer erişim bilgileri,
- b) Sözleşme konusu mal ya da hizmetin temel özellikleri,
- c) Sözleşme konusu mal ya da hizmetin tüm vergiler dahil satış fiyatı,
- d) Satıcı veya sağlayıcının fiyat dahil tüm vaatlerinin geçerlilik süresi,
- e) Tüketicinin ödemelerinin nasıl yapılacağına dair bilgiler,
- f) Teslimat ve ifanın nasıl yapılacağına ve varsa buna ilişkin masrafların tutarı ve kimin tarafından karşılanacağına dair bilgiler,

raf olduğu sözleşmeler için, TKHK m. 8’de şöyle bir düzenleme mevcuttur, “tüketici, teslim aldığı tarihten itibaren yedi gün içinde malı kabul etmekte veya hiçbir gerekçe göstermeden ve hiçbir yükümlülük altına girmeden reddetmekte serbesttir. Hizmetlerin satımında ise bu süre, sözleşmenin imzalandığı tarihten itibaren başlar.” Bu durumda, internet aracılığı ile kurulan satım sözleşmeleri, alıcının geri alma hakkı süresi boyunca hüküm ve sonuçlarını doğurmayacaktır. Ancak, Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m. 8’e göre, “elektronik ortamda anında ifa edilen hizmetler ve tüketiciye anında teslim edilen mallara ilişkin sözleşmeler cayma hakkı ve kullanımına ilişkin hükümlere tabi değildir.” Bu durumda, tüketiciye anında teslim edilme olanağına sahip, internet aracılığıyla teslimi mümkün olan dijital ürünlerde geri alma hakkı bulunmamaktadır.

2.5.3.İnternet Aracılığı ile Kurulan Sözleşmelerin Kurulduğu Yer

İnternet aracılığı ile kurulan sözleşmelere ilişkin olarak en zor nokta,sözleşmelerin kurulduğu yerin belirlenmesidir. Çünkü sözleşmeye taraf olan kişiler, farklı şehir, ülke ve hatta kıtalarda bulunabilirler. Sözleşmelerin kurulmasına olanak tanıyan beyanlar, bilgisayar sistemleri ve bu sistemlerin bağlı oldukları server’lar aracılığıyla taraflara ulaşmaktadır.Sözleşmelerin kuruluş yerine ilişkin olarak, Borçlar Kanunu’nda herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Konuyla ilgili çözüm üretebilmek için, sözleşmelerin kurulma anına ilişkin açıklamalardan yararla-

-
- g) Cayma hakkı ve bu hakkın nasıl kullanılacağına dair bilgiler,
h) Tüketicie bir maliyeti varsa kullanılan iletişim yollarının ücreti,
ı) Sözleşme konusu mal ya da hizmetin, teslim ve ifa tarihlerine ilişkin program,
j) Tüketicinin talep ve şikayetlerini iletebileceği satıcı veya sağlayıcının açık adres, telefon ve varsa diğer erişim bilgileri.

nılabilir. Hazırlar arası sözleşmelerde, kabul beyanının, icapta bulunana bildirilmesiyle sözleşme kurulmuş olacağından, icapta bulunan kişinin bulunduğu yer, sözleşmenin kurulduğu yer olarak kabul edilebilir. Hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerde ise, kabul beyanının, icapta bulunan kişiye ulaşmasıyla sözleşme kurulmuş olacağından, yine icapta bulunan kişinin, kabul beyanını aldığı anda bulunduğu yer, sözleşmenin kurulduğu yer olarak kabul edilebilir. Ancak, dizüstü bilgisayarların ve mobil telefonların varlığı nedeniyle taraflardan birinin, sözleşmenin kurulması anında, dünyanın herhangi bir yerinden internete bağlanmış olmaları mümkündür. Bu durum, sözleşmelerin kurulma yerinin saptanmasını hayli güçleştirmektedir. Bu nedenle, sözleşmelerin kurulma yerlerine ilişkin olarak, genel bir belirlemenin yapılması gerekmektedir. Bu konuyla ilgili, UNCITRAL tarafından hazırlanan Elektronik Ticaret Hakkında Model Kanunu'nda ve Veri Mesajları Aracılığıyla Kurulan veya Tespit Edilen Sözleşmelere İlişkin Konvansiyon Ön Tasarısı'nda¹⁵⁰, tarafların aksini kararlaştırdıkları durumlar dışında, bir veri mesajının, göndericinin işyerinin bulunduğu yerde gönderilmiş ve muhatabın işyerinin bulunduğu yerde alınmış sayılacağı belirtilmiştir. Tarafların birden fazla işyerine sahip olmaları halinde, taraflar arasındaki işlemle en yakın bağlantılı olan işyerinin; böyle bir bağlantının bulunmaması halinde, işyerinin merkezinin bulunduğu yerin; tarafların işyerinin olmaması halinde, mutlak meskenlerinin bulunduğu yer esas alınacaktır¹⁵¹.

150 Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından elektronik ortamda kurulan sözleşmelere ilişkin hukuki kuralların yeknesak bir şekilde düzenlenmesi amacıyla hazırlanmıştır.

151 Özdemir Kocasakal, 2003, s.89

2.6.İnternet Aracılığıyla Kurulan Sözleşmelerin Özellikleri

Bu bölümde sözleşmenin hazır olanlar, hazır olmayanlar, kabulün türleri,kabulün şekli, kabulün hükümleri,kabulün geri alınması hususları başlıklar altında incelenecektir.

2.6.1.Hazır Olmayanlar Arası Sözleşme Olması

Sözleşmenin tarafları arasında, sözleşmenin kurulumu aşamasında zaman ve yer açısından farklılık bulunuyorsa, bu tür sözleşmeler hazır olmayanlar arası sözleşmedir. Sözleşmelerin hükümlerini doğurmaya başladıkları anla kurulduklarının belirlenmesi, hazır olanlar arası sözleşmelerle hazır olmayanlar arası sözleşmelere göre farklılık göstermektedir. Bu nedenle,mevcut sözleşmenin, hazır olanlar arası sözleşme mi, yoksa hazır olmayanlar arası sözleşme mi olduğunun tespiti önem taşımaktadır. Hazır olanlar arasında kurulan bir sözleşmede, icapta bulunulduğu zaman, bu beyanın derhal karşı tarafça kabul edilmesi gerekir (BK m. 4/1). Kabul beyanı ile sözleşme kurulmuş olur. Hazır olanlar arasında kurulan sözleşmelerde, sözleşmenin kurulma anıyla hüküm ve sonuçlarını doğurduğu an aynıdır.

Hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerde, icapçı, icabın karşı tarafa varması anına kadar icabıyla bağlı kalır (BK m. 5/1). Sözleşme, kabul haberinin icapçıya ulaşmasıyla kurulmuş sayılır. Hüküm ve sonuçlarını ise, kabul haberinin gönderildiği andan itibaren doğurmaya başlar. İnternet aracılığı ile kurulan sözleşmelerin, hazırlar arasında kurulan bir sözleşme mi, yoksa hazır olmayanlar arasında kurulan bir sözleşme mi olduğu konusunda, doktrinde bir fikir birliği yoktur. Bazı yazarlara göre, mek-

tup, telgraf, telex, telefax, vb. gibi araçlar aracılığı ile yapılan irade beyanları, hazır olmayanlar arasında yapılmış sayılır.¹⁵² İnternet aracılığı ile kurulan sözleşmeler, doğrudan ve eş zamanlı iletişimin kurulabildiği durumlar dışında, genel olarak, hazır olmayanlar arası sözleşme niteliği taşır.

2.6.2. İltihaki Sözleşme Olması

İltihaki sözleşme, sözleşmenin içeriğinin tamamının, daha önceden, sözleşmenin taraflarından biri ya da üçüncü bir kişi tarafından belirlenmiş olduğu ve diğer tarafın sözleşmenin içeriğine müdahale edemediği sözleşme türüdür.¹⁵³ Bu tür sözleşmelerde, karşı tarafın, sözleşme şartlarını müzakere etmesi söz konusu değildir.¹⁵⁴ İnternet aracılığı ile kurulan sözleşmelerden, özellikle web sayfası üzerinden kurulan sözleşmeler, iltihaki sözleşme özelliği taşımaktadır.¹⁵⁵

2.6.3. Mesafeli Satış Sözleşmesi Olması

Mesafeli sözleşmeler, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a eklenen 9/A maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre mesafeli sözleşme, yazılı, görsel, telefon ve elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları kullanılarak ve

152 F.Eren, 2003, s.226.

153 F.Eren, 2003, s.197.

154 İltihaki sözleşmelerle genel işlem şartlarını ayıran en önemli özellik sözleşme şartlarının müzakere edilemeyeşidir. İltihaki sözleşmelerde karşı taraf, hazırlanmış olan sözleşme şartlarını ya kabul ederek sözleşmeyi kurmakta ya da tümünden reddedebilmektedir. Genel işlem şartlarında ise, sözleşme şartları müzakere edilerek değiştirilebilme özelliğine sahiptir. Genel işlem şartları, belirsiz kişilerle ve belirsiz sayıda, gelecekte yapılacak sözleşmelere temel oluşturacak şekilde hazırlanmış genel ve soyut nitelikteki kurallardır, Y.13.HD., T. 18.03.1996, E. 1996/1734, K.1996/2495; Sağlam Atabarut, s.57-59; Eren, s.197.

155 B.Acır, 2005, s.17.

tüketicilerle karşı karşıya gelinmeksizin yapılan ve malın veya hizmetin tüketiciye anında veya sonradan teslimi veya ifası kararlaştırılan sözleşmelerdir. Bir mesafeli satış sözleşmesinden söz edebilmek için su unsurların bulunması gerekir.¹⁵⁶

a) Satıcı-sağlayıcıyla tüketici arasında karşılıklı sözleşme ilişkisinin varlığı,

b) Sözleşme konusu edimin, bir tüketim malının teslimine ya da hizmetin sağlanmasına yönelik olması,

c) Organize bir mesafeli sürüm sistemi içerisinde, mal ya da hizmetin sunulması,

d) Münhasıran bir ya da birden çok iletişim aracından yararlanılması,

e) Sözleşme kurma amacıyla, bir uzaktan iletişim tekniğinin kullanılmış olması.

İnternet aracılığı ile kurulan sözleşmeler de bir çeşit mesafeli sözleşmedir. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da belirtildiği üzere, elektronik ortamda kurulan sözleşmeler bir mesafeli satış sözleşmesidir. Ancak, 4077 sayılı Kanun, taraflarından en az birinin tüketici olduğu hukuki ilişkilere uygulandığından, internet aracılığı ile kurulan bir sözleşmenin, mesafeli satış sözleşmesi olarak değerlendirilebilmesi için sözleşme ilişkisinin taraflarından birinin mutlaka tüketici olması gereklidir. Bu kanun anlamında, tüketicinin taraf olmadığı bir sözleşme, mesafeli sözleşmelerin tüm özelliklerini taşısa bile TKHK anlamında mesafeli satış sözleşmesi olarak değerlendirir-

156 M.Demir, 2004, s.19 vd.

lemez. Ayrıca sözleşme konusunu, bir tüketim malı ya da hizmet sağlanması oluşturmaldır. Standart bilgisayar yazılım programları da tüketim malları içinde sayılabilmektedir.¹⁵⁷ Ayrıca internet üzerinden satış yapan ya da hizmet sağlayan satıcı-sağlayıcının, bu işlemi düzenli ve organize bir şekilde yapıyor olması gerekir. Bir malın, tesadüfen müşterisinin bulunmasıyla o anlık internet üzerinden satılması durumu, internet üzerinden kurulan bu sözleşmenin mesafeli sözleşme özelliğini kazanmasına yol açmaz. Bu özellikleri taşımayan sözleşmeler, internet aracılığı ile kurulan sözleşme niteliği taşımakla birlikte, mesafeli sözleşme olarak kabul edilemez.

Sözleşmelerin kurulma aşamalarını gördükten sonra, kurulan sözleşmelerin geçerliliği ve ispatı hususu üçüncü bölümde incelenecektir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İNTERNET ARACILIĞI İLE KURULAN SÖZLEŞMELERİN GEÇERLİLİĞİ, İSPATI

3.1.Sözleşmelerde Geçerlilik

Sözleşmelerin geçerliliği hususu incelenirken ehliyet ve şekil önem taşımaktadır. Bu nedenle bu hususlar ayrı ayrı ele alınacaktır.

3.1.1.Ehliyet Bakımından

Bu başlık altında genel olarak ehliyet ve internet üzerinde kurulan sözleşmeler açısından ehliyet kavramı üzerinde durulacaktır.

157 M.Demir, 2004, s.22.

3.1.1.1.Genel Olarak

Sözleşmelerin geçerlilik şartlarından biri, tarafların hukuki işlem ehliyetine sahip olmalarıdır. Kural olarak, hukuki işlem ehliyeti herkese tanınmıştır. Ancak, iradelelerini tam ve sağlıklı bir şekilde kullanıp kullanamamalarına göre, bu kişiler, ehliyet bakımından sınıflandırılmıştır. Hukuki işlem ehliyetlerine göre kişiler, dört grupta toplanmışlardır:

a) Tam Ehliyetliler: Ayırt etme gücüne sahip, 18 yaşını tamamlamış ve hakkında kısıtlılık kararı olmayan kişilerdir. Bunların fiil ehliyeti tamdır.

b) Tam Ehliyetsizler: Ayırt etme gücünden yoksun olan kişilerdir. Bunlar 18 yaşını tamamlamış olsalar bile, fiil ehliyeti yönünden tam ehliyetsizdirler. Bu kişilerin yaptıkları tasarruflar, hukuki bir hüküm ifade etmez.

c) Sınırlı Ehliyetsizler: Ayırt etme gücüne sahip olmasına rağmen, 18 yaşını tamamlamamış ya da haklarında kısıtlılık kararı verilmiş olan kişilerdir. Sınırlı ehliyetsizlerin, yapacakları işlemlerde, yasal temsilcilerinin izin veya icazeti aranır.

d) Sınırlı Ehliyetliler: Haklarında kısıtlılık kararı verilmemiş olmasına rağmen, ayırt etme gücüne sahip, 18 yaşını tamamlamış kişilerin, bazı işlemlerle ilgili olarak fiil ehliyetleri kısıtlanmış olabilir. Bu kişiler sınırlı ehliyetli olan kişilerdir.¹⁵⁸

158 Turgut Akıntürk, Medeni Hukuk, Seçkin Yayınevi, İstanbul 2005, s.127-128.

3.1.1.2.İnternet Aracılığı ile Kurulan Sözleşmeler Açısından Ehliyet

İnternet aracılığı ile yapılmış olan sözleşmeler için, en önemli problemlerden biri de, sözleşmenin taraflarının, hukuki işlem ehliyetine sahip olup olmadıklarının saptanmasıdır. Sözleşmenin internet aracılığıyla yapılmış olması, farklı bir düzenlemeyi gerektirmemekle birlikte, hukuki işlem ehliyetinin varlığının tespitini çok zorlaştırmaktadır. Özellikle de, sürekli iş ilişkisi içinde bulunmayan kişilerin sözleşme yapmaları durumunda, hukuki işlem ehliyetinin varlığının tespiti çok zordur. İnternet aracılığı ile kurulan sözleşmelerde, işlemler yüz yüze yapılmadığı için, karşı tarafın ehil olup olmadığı dış görünüşünden de anlaşılammaktadır.Bu durumda, karşı tarafın iyi niyetine güvenilerek, ehil olduğu varsayımından hareketle, internetten işlem yapılmaktadır. Ancak karşı tarafın ehil olmaması halinde, yapılmış olan işlem hükümsüz olmaktadır. Bazı ülkelerde çocukların internet üzerinden yaptıkları işlemlere geçerlilik sağlanmıştır. Türkiye’de de bu türden bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Ancak belirtmek gerekir ki, imza altına alınan, internet aracılığıyla kurulan sözleşmeler bakımından, Elektronik İmza Kanunu’na göre, yalnızca güvenli elektronik imzalar geçerli olarak kabul edildiğinden, güvenli elektronik imzanın kullanılması gerekmektedir. Güvenli elektronik imza sahibi kişilerin, kimlik bilgileri bilindiği için, bu yöntemle imzalanmış olan sözleşmelerde, ehliyetle ilgili sorun yaşanmayacaktır. Bu yöntem dışında imzalanmış sözleşmeler ise sadece ehliyet açısından değil, geçerlilik ve/veya ispat açısından da sorun yaratmaktadır. İnternet aracılığı ile kurulan sözleşmelerde de, yasal temsilcinin, küçük ya da kısıtlının yapmış olduğu hukuki işlem onay vermesiyle yasal temsilci hukuki işlemde taraf

haline gelmemektedir. Hukuki işlemle yükümlülük altına giren kişi, yine küçük ya da kısıtlıdır.

3.1.2.Şekil Bakımından

Bu başlık altında genel olarak şekil ve internet üzerinde kurulan sözleşmeler açısından şekil kavramı üzerinde durulacaktır.

3.1.2.1.Genel Olarak

İradeyi açıklamak amacıyla kullanılan araca, dış kalıp veya biçim denir.¹⁵⁹ İradenin açıklanmasında belli bir şekle uyma şartına, sözleşmenin kapsamının daha rahat tayin edilebilmesi, tarafları sözleşme içeriği konusunda daha çok düşünmeye sevk etmesi ve söz konusu sözleşmenin ispatı bakımından gerek görülebilmektedir. Hukuki işlemlerde şekil şartının varlığı, bir noktaya kadar yararlı olmakla birlikte, tüm hukuki işlemlerin şekil şartına tabi olması birtakım sorunlara da yol açabilir. Şekil, bir sözleşmede geçerlilik şartı olarak ya da ispat şartı olarak kabul edilebilir. BK m. 11/I'e göre sözleşmelerin geçerliliği, aksi belirtilmediği sürece, hiçbir şekle tabi değildir. Yani Borçlar Kanunu şekil serbestisini benimsemiştir. Şekil serbestisinden kasıt, sözleşmelerin sözlü, yazılı veya resmi şekillerden herhangi biriyle yapılabilmesidir. Bu şekillerden birini seçme hakkı taraflara aittir. Kanunda şekil serbestisi kural olmakla birlikte, istisnai hallerde, kanuni şekil şartları belirlenmiş olabilir. Bu gibi durumlarda BK m. 11/II'ye göre, bu şekil şartlarına uyulmadan kurulan sözleşmeler, aksine bir hüküm olmadığı takdirde geçersizdir.¹⁶⁰ Buradaki şekil, geçerlilik şartıdır. Şekil zorunlulu-

159 F.Eren, 2003, s.236

160 Kanunda belirtilen şekil şartına aykırı olarak düzenlenen işlemler geçersiz sayılır.

ğuna ilişkin bu kurallar, emredici nitelikte olduğu için, tarafların aralarında yapacakları bir anlaşmayla bertaraf edilmesi mümkün değildir. Yapılış tarzına göre şekil, adi yazılı şekil, mevsuf yazılı şekil, resmi şekil, belirli bir sicile tescil ve ilan olmak üzere beş çeşittir.¹⁶¹ Borçlar Kanunu, bazı sözleşmelerin geçerli olabilmesini, yazılı olarak yapılmış olması şartına bağlamış olabilir. Borçlar Kanunu m. 12 vd. hükümlerinde yazılı şekil düzenlenmiştir. Sözleşmelerde şekilden bahsedilmişse, adi yazılı şekil şartı kuraldır. Yazılı şekilde yapılması gereken sözleşmelerde, hazırlanmış olan metnin, sözleşmenin tüm esaslı noktalarını kapsaması gerekir. Ayrıca BK m. 13'e göre yazılı şekilde, bu sözleşmeyle borç altına giren tarafın ya da tarafların, metnin altında imzalarının bulunması gerekir. BK m. 14'e göre, imza, borç altına giren kişinin el yazısıyla atılmalıdır. İmza, tüm metni kapsayacak şekilde metnin altına atılmalıdır. Metne yapılan ilaveler veya çıkarılan kısımlar da ayrıca imzalanmalıdır. Yazılı şekilde düzenlenmesi gereken sözleşmelere örnek olarak, alacağın temliki, bağışlama vaadi, kefalet sözleşmesi, vb. gösterilebilir. Bazı sözleşmelerin geçerliliği, resmi şekilde düzenlenmiş olması kuralına bağlanabilir. İşlem, kanunen yetkili bir makam ya da şahıs önünde, kanunen belirlenmiş olan usul ve koşullarda yapılmış olmalıdır. Örneğin, taşınmaz alım satımı, tapu memuru tarafından yapılır. Resmi şekilde yapılması zorunlu olan sözleşmelerdeki değişikliklerin de, resmi şekilde yapılması gerekir. Bazı durumlarda ise, kanunen bir

maktadır. Geçersizlik yaptırımına ilişkin olarak doktrinde başlıca iki ayrı görüş savunulmaktadır. Bunlar: 1-Butlan Görüşü Bu görüşe göre, şekle aykırılığın yaptırımını butlandır. İşlem yapıldığı andan itibaren hüküm ve sonuç doğurmaz. Şekle aykırı olarak düzenlenen işlemlerin sonradan geçerlilik kazanması mümkün değildir. Yargılamanın her aşamasında re'sen dikkate alınır, YİBK, T.30.09.1988, E. 1987/2, K.1988/2; Y.13.H.D., T.02.07.2004, E.2003/17247 K. 2004/10624

161 F.Eren, 2003, s.237.

şekil şartı getirilmiş olmadığı halde, taraflar, kendi iradele-riyle şekil şartı benimsemiş olabilirler. BK m. 16/I'e göre, tarafların kararlaştırmış oldukları bu şekil şartına uyulmamış olması durumunda, sözleşme geçerli sayılmaz. Borçlar hukukunda şekil zorunluluğunu öngören kurallar, genellikle taraf menfaatlerini koruma amacını taşır.¹⁶² İspat şartı olarak şekle ilişkin bir düzenleme, Borçlar Kanunu'nda yer almamakta, HUMK m. 288 ve 290'a göre yazılı şekil, hukuki işlemlerde ispat şartı olarak kabul edilmektedir. Ancak burada belirtmek gerekir ki, maddi hukuk kuralları tarafından bir sözleşmenin yazılı geçerlilik şartına tabi tutulmuş olmasıyla usul hukuku kuralları tarafından ispat için yazılı şekil şartına tabi tutulması birbirinden farklıdır. Çünkü, maddi hukuk tarafından konulan şart, o sözleşmenin geçerlilik şartıdır ve eğer yazılı şekilde düzenlenmemiş ise sözleşme geçerli değildir. Ancak usul kuralları tarafından getirilen şart, ispat şartıdır ve bu şartın gerçekleşmemesi halinde sözleşmenin varlığı, başka bir kesin delille ispatlanabilir. İspat şartı olarak şekil de, kanundan doğabileceği gibi taraf iradelerinden de doğabilir.

3.1.2.2. İnternet Aracılığı ile Kurulan Sözleşmeler Açısından Şekil

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun kabulünden önce, internet aracılığı ile kurulan sözleşmeler, şekil bakımından, bahsettiğimiz Borçlar Kanunu'nun temel kurallarıyla uyuşmamaktaydı. Sözleşmeler bakımından asıl kural, şekil serbestisi olmakla birlikte, eğer şekil şartı getirilmiş ve aksi belirtilmemiş ise, kural olarak, adi yazılı şekilde yapılması öngörülmüştür. İnternet aracılığı ile kuru-

162 F.Eren, 2003, s.237-238.

lan sözleşmelerde, imzanın el yazısıyla atılma imkanı bulunmadığından, bu tür sözleşmelerin Borçlar Kanunu açısından internet aracılığıyla sağlıklı bir şekilde kurulduğundan bahsedilemeyecekti; ancak 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu m. 22 ile BK m. 14'e eklenen "güvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haizdir." Bu değişiklikten sonra, Borçlar Kanununun 14. maddesini değiştirmiş bulunmaktadır. Maddenin bundan başka 5070 sayılı Kanununun 23. maddesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 295. maddesinin sonuna, 295/A maddesini getirmiştir. Buna göre " Usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan, elektronik veriler senet hükmündedir. Bu verilerin aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılırlar. Dava sırasında, bir taraf kendisine karşı ileri sürülen ve güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş veriyi inkar ederse, bu kanununun 308. maddesi kıyas yoluyla uygulanır." Ancak kanunların özel bir şekle tabi tuttuğu işlemler ile teminat sözleşmeleri, güvenli elektronik imza ile yapılamaz. Bu anlamda taşınmaz alım-satımı veya araç satışı bu şekilde kurulamaz. İmzayla düzenlenmiş olan sözleşmeler, Borçlar Kanunu'nda aranan adi yazılı şekil şartına uygun olarak kabul edilecektir. Sözleşmeye borç altına giren tarafın ya da tarafların imzalarının varlığı, şekil bakımından sözleşmelerin vazgeçilmez unsurudur. İmza, hem metindeki beyanların kabulü anlamına gelmektedir hem de diğer taraf için bir güvence teşkil etmektedir. İmza ya elle atılmalı veya güvenli elektronik imza kullanılarak meydana getirilmiş olmalıdır. Borçlanan kişiyi teşhise imkan tanınması açısından imza önemlidir. İnternet aracılığı ile kurulan sözleşmeler, Borçlar Kanunu'nun aradığı anlamda, beyan sahibini teşhise imkan tanıyan elektronik imzayla tamamlanmış olmaktadır. Günümüzde hızla gelişen teknoloji, internet aracılığıyla kurulan sözleşmeleri

vazgeçilemez duruma getirdiği için, elektronik imzaların da geçerli olarak kabul edilmesi isabetli olmuştur.

3.2.İnternet Aracılığı ile Kurulan Sözleşmelerde Güven ve Elektronik İmza

İnternet kullanımının bu denli artmasına rağmen, internetin, elektronik ticaret ve sözleşme hazırlanmasında kullanımı tereddüt yaşatmaktadır. İnternetin bu alanlarda da kullanımının geliştirilebilmesi, birtakım düzenlemelerin gerçekleştirilmesiyle mümkün olabilir. Elektronik ticaretin gelişmesi ve internet aracılığıyla sözleşme yapılmasının daha tercih edilir hale getirilebilmesi için, yapılması gereken düzenlemeler, aslında mevcut geleneksel ticaret ve sözleşmelerle ilgili düzenlemelerden çok da farklı değildir. Çoğunlukla, birbirini tanımayan kişi ya da kuruluşlar arasında yapılması dolayısıyla, internet aracılığı ile kurulan sözleşmelerde güven ortamının yaratılması çok büyük bir önem taşımaktadır. Özellikle bu tereddütler, beyan edilen iradelerin gerçekten de sahibine ait olup olmaması ya da sözleşme şartlarının bağlayıcılığının nasıl sağlanacağı konusunda belirlemektedir. Bu nedenle, genellikle, sözleşmelerin hazırlanması aşamasında, internet kullanımı bir noktaya kadar tercih edildikten sonra, imzalanması ve ifası aşamasında klasik metotlar tercih edilmektedir.

İnternet aracılığı ile hazırlanan sözleşmelere güvenin sağlanması açısından şu üç unsur oldukça önemlidir¹⁶³:

1.Gizlilik: Hazırlanmış olan metnin karşı tarafa gönderilmesinden sonra, varıncaya kadar geçen süreç içeri-

163 B.Sözer, 2002, s.123.

sinde, başkaları tarafından görülememesi, içeriğinin gizli kalmasıdır.

2.Bütünlük: Metnin karşı tarafa gönderilmesinden sonra, varıncaya kadar geçen süreç içerisinde, başkaları tarafından değiştirme yapılmaksızın gönderildiği şekliyle alıcısına ulaşmasıdır.

3.Gerçeklik: Metnin, gönderen kişiden geldiğinin tespit edilebilmesidir.

Hazırlanmış olan bir metnin, bu üç unsuru taşıyor bir şekilde internet üzerinden alıcısına gönderilebilmesi ve alıcının da bu metne güvenebilmesi için, uygulamada çok çeşitli yöntemler kullanılmakla birlikte, bu yöntemlerden en çok tercih edileni ve en güven duyulanı şifreleme yöntemidir. Şifreleme yöntemine alternatif olarak, ileti kısaltması yöntemi de kullanılabilir.

İnternet aracılığıyla gönderilmiş ve üzerinde mutabakata varılmış olan metnin, bağlayıcılık kazanabilmesi için, en son aşama imza aşamasıdır. İnternet aracılığı ile kurulan sözleşmelerde, elle atılan imzanın yerini elektronik imza almaktadır. Elektronik ticaretin gelişimi bakımından, elektronik imzanın da el yazısıyla atılan imzaların tüm fonksiyonlarına sahip olması gerekir. Elektronik imza çalışmaları dünyada ilk kez 1978 yılında başlamış, ancak uygulamaya geçmesi yaklaşık yirmi yılı almıştır.¹⁶⁴ Elektronik imza bir üst kavram olarak kullanılmaktadır ve çeşitli şekillerde atılan imzaları kapsamaktadır.¹⁶⁵ Elektronik imza, el yazısıyla atılan imzanın sahip olduğu özellik-

164 Kızılot, Şükrü; E-imza, E-fatura ve Defterler, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı-2006, yayınlanmamış bildiri.

165 D.Arıkan, 2007, s.312.

leri, elektronik ortamda hazırlanan metinler için de sağlamaya çalışan bir yöntemdir.¹⁶⁶ Elektronik imza, imzalanan metni ve imzalayan kişinin kimliğini taklit edilemeyecek bir matematik fonksiyonla özetler. Bir şifreleme metoduyla oluşturulmaktadır. Bu şifreleme metodu sayesinde oluşturulmuş olan metnin, elektronik imzanın sahibi olan kişi tarafından oluşturulduğu anlaşılmaktadır. Elektronik imza, gizli anahtarla atılır, açık anahtar ise imzalanan dokümanlarla birlikte, imzayı doğrulamak amacıyla karşı tarafa gönderilir. Elektronik imza, aktarılan bilginin doğruluğu, güvenilirliği ve gizliliğini sağlamaya yönelik olarak kullanılabilir. İstenilen özelliğe göre de, kullanılacak olan anahtarların kullanılma usulleri değişecektir. Elektronik imza, temel olarak biri açık anahtar (public key), diğeri ise özel (gizli) anahtar (private key) olmak üzere bir anahtar çiftinin karşılıklı değişimine dayanmaktadır. Eğer elektronik imzayla sağlanacak olan bilginin gizliliği isteniyorsa, hem açık anahtar hem de özel anahtar gizli tutulmalıdır. Ancak sağlanacak olan bilginin gizliliğinden ziyade güvenilirliği ve doğruluğu garantilenmek isteniyor ise özel anahtar gizli tutulur, açık anahtar ise ihtiyaç duyacak herhangi birinin ulaşabileceği bir yerde bulundurulur. Elektronik imzada hash (öz) fonksiyon kullanılmakta ve mesaj bu fonksiyonla dönüştürülmektedir. Hash, bir dosyanın özü, özeti anlamında kullanılır ve bir yazılım altında dosya hash değerine çevrilir.¹⁶⁷ Bu işlem esasında bir algoritmaya dayanır ve mesajın dijital olarak sayısal değeri bulunur. Mesajın dijital resmi çıkarılır. Metinde yapılacak her bir değişiklik, bir sonraki hash işleminde değişik sonuç çıkmasına yol açar ve böylece de mesaja müdahale edilmiş

166 Keser Berber, L.İnternet Üzerinde Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza, Ankara s.126-127.

167 M.Topaloğlu, 2005, s.121.

olduğu anlaşılır.¹⁶⁸ Elektronik imzaya herhangi bir müdahale ya da elektronik imzanın kopyalanması mümkün görünmemektedir. Çünkü belgedeki herhangi bir değişiklik, imzayı geçersiz hale getirmektedir. Elektronik imzanın hazırlanması karmaşık olmasına rağmen, kullanımı çok kolaydır. Kullanımı için hazırlanmış olan metne, bilgisayarda imzalama komutu verildikten sonra, bilgisayar “imza anahtarını yerleştir” komutunu verir. Bunun üzerine bir onay makamının veya sertifika kurumunun vermiş olduğu chip kart, kart okuyucusuna takılır. Bundan sonraki işlemleri bilgisayar kendisi halleder, gönderilecek olan belge kart yardımıyla matematiksel bir işlemde geçirilir. Elektronik imzaların oluşturulması ve doğrulanması amacıyla elektronik sertifikalar kullanılır.¹⁶⁹ Elektronik İmza Kanunu’na göre elektronik sertifika, imza sahibinin imza doğrulama verisini ve kimlik bilgilerini birbirine bağlayan elektronik kayıttır. Bu sertifikalar, kişi ya da kurumların kimliklerini internet ortamında ispatlamaya yarar. Elektronik verilerin imzalanabilmesi için elektronik sertifikaya sahip olunması gerekir. Elektronik imza, bir veri mesajında bulunan veya ona eklenen ya da mesajla mantıksal bir bağlantısı kurulabilen, göndericinin kimliğini tanıtan ve veri mesajının içeriğini onayladığını gösteren elektronik formattaki imzadır.¹⁷⁰ 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu’nda da elektronik imza tanımlanmıştır. Bu Kanun’a göre, başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama

168 M.Topaloğlu, 2005, s.121.

169 Orta, Mesut; Ulusal Yargı Ağı Projesinde Elektronik İmza, Noterlik Hukuku Sempozyumu: VII, Elektronikteki Gelişmeler ve Hukuk, Ankara 2001, s.165.

170 Öngören, Gürsel; İnternet Hukuku, <www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/ongoreninternet/bolum5a.htm>, 14.10.2005. s.2.

amacıyla kullanılan elektronik veridir.¹⁷¹ Elektronik veri ise Kanun'da, elektronik, optik veya benzeri yollarla üretilen, taşınan veya saklanan kayıtlar olarak tanımlanmıştır. Bu bağlamda elektronik imza, sadece internet aracılığı ile kurulan sözleşmeleri kapsamamakta, internet aracılığı ile kurulan sözleşmelerden daha geniş anlamda, elektronik, optik veya bunlara benzer diğer yollarla yaratılan, taşınan ve saklanan kayıtları ifade etmektedir. Elektronik imza Kanunu'nun ilerleyen maddelerinde, sadece güvenli elektronik imza düzenlenmiştir. Kanun, güvenli olmayan elektronik imzaların hukuki etkisine ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Elektronik İmza Kanunu m. 4'e göre, güvenli elektronik imza, münhasıran imza sahibine bağlı olan, sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan, güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan, nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan, imzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan elektronik imzadır. Elektronik imzanın güvenli olup olmadığı hususu ise doğrulama araçları kullanılarak yapılır. Buna göre, güvenli elektronik imza doğrulama araçları,

a) İmzanın doğrulanması için kullanılan verileri değiştirmeksizin, doğrulama yapan kişiyi gösteren,

b) İmza doğrulama işlemini, güvenilir ve kesin bir biçimde çalıştıran ve doğrulama sonuçlarını değiştirmeksizin, doğrulama yapan kişiye gösteren,

c) Gerektiğinde, imzalanmış verinin, güvenilir bir biçimde gösterilmesini sağlayan,

171 Elektronik İmza Kanunu 3. madde.

d)İmzanın doğrulanması için kullanılan elektronik sertifikanın, doğruluğunu ve geçerliliğini, güvenilir bir biçimde tespit ederek sonuçlarını değiştirmeksizin, doğrulama yapan kişiyi gösteren

e)İmza sahibinin kimliğini değiştirmeksizin, doğrulama yapan kişiyi gösteren,

f)İmzanın doğrulanmasıyla ilgili şartlara etki edecek değişikliklerin tespit edilebilmesini sağlayan araçlardır.¹⁷²

İnternet aracılığı ile kurulan sözleşmelerin ya da hazırlanan metinlerin, vb. ispat gücünü artırmak açısından, oluşturuldukları zamanın, kesin bir şekilde teşhisinin olanaklı olması gerekir. Bunun için zaman damgası kullanılmaktadır. Elektronik İmza Kanunu'na göre zaman damgası, bir elektronik verinin üretildiği, değiştirildiği, gönderildiği, alındığı ve/veya kaydedildiği zamanın tespit edilmesi amacıyla elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından, elektronik imzayla doğrulanan kayıttır.

Elektronik imza veya belgeler de hukuki açıdan klasik imza veya belgelerle aynı yasal geçerliliğe sahiptir.¹⁷³

3.3.İnternet Aracılığı ile Kurulan Sözleşmeler Bakımından İspat

İnternet aracılığıyla sözleşmelerin kurulması durumunda, klasik yöntemlerde kullanılan kağıdın yerini elektronik kayıtların alması ve yapılan işlemleri onaylamak için elle atılan imzanın yerine elektronik imzanın kullanılması nedeniyle söz konusu işlemlerin kanunlara uygun olup

172 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu m. 7.

173 M.Orta, 2005, s.69.

olmadığı ve ispat güçleri hususunun tartışılması gerekir. Medeni usul hukukuna göre, deliller, kesin (kanuni) deliller ve takdiri deliller olmak üzere iki çeşittir.¹⁷⁴ Kesin deliller hakimi bağlayıcı niteliktedir. Hakimin kesin delilleri takdir yetkisi yoktur.¹⁷⁵ Takdiri delillerin ise hakimi bağlayıcı niteliği yoktur. Hakim takdiri delilleri serbestçe takdir edebilir.¹⁷⁶ HUMK m. 288'e göre, bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri dört yüz YTL'yi geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Senet, bir kişinin oluşturduğu ve kendi aleyhinde delil teşkil eden yazılı belgedir.¹⁷⁷ Bu tür belgelerin ispat gücü taşıyabilmesi için, iradesini yazıyla ortaya koyan kişinin imzasının da bulunması gerekir.¹⁷⁸

Senetle ispat kuralı mutlak değildir, istisnaları mevcuttur. Bunlar:

1. Delil sözleşmeleri (HUMK m. 287/I)
2. Yazılı delil başlangıcı (HUMK m. 292)
3. Maddi ve manevi imkansızlık halleri (HUMK m. 293)

174 Kuru, B. ve Arslan, R. Ve Yılmaz, E. Medeni Usul Hukuku, Ankara 2005, s.430; Üstündağ, S. Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 1992, s.607; Yıldırım, M. ve Pürselim, H.S.; Elektronik İmza Kanunu ve Türk İspat Hukukundaki Etkileri, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 79, Sayı 2005/4, s.1109; Pekcanitez, H. Ve Atalay, O. ve Özekeş, M. Medeni Usul Hukuku, Ankara 2005, s.387.

175 Kesin deliller üç tanedir: 1-İkrar, 2-Senet, 3-Yemin.

176 Takdiri deliller dört çeşittir: 1-Tanık, 2-Bilirkişi, 3-Keşif, 4-Özel hüküm sebepleri.

177 B.Kuru ve R.Aslan ve E.Yılmaz, 2005 s.439.

178 B.Kuru ve R.Aslan ve E.Yılmaz, 2005 s.439.

4.Karşı tarafın açık kabulünün olduğu durumlar (HUMK m. 289)

Sayılan bu istisnai durumların söz konusu olması halinde, HUMK'nun 240. maddesine göre, hakim delilleri serbestçe takdir eder.BK m. 14'e göre imzanın, borçlunun el yazısıyla atılmış olması zorunluymdu. Bu durumda elektronik kayıtların ispat hukuku açısından asıl nüsha olarak kabul edilebilirliği ve geçerliliği durumu tehlikeye girmekteydi. Ancak 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu ile bu durum açıklığa kavuşmuştur. Bu Kanun'un 23. maddesi ile 1086 sayılı Hukuk Usulü muhakemeleri Kanunu'na eklenen 295/A maddesine göre, "usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler senet hükmündedir. Bu veriler aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılırlar." Bu durumda, güvenli elektronik imzayla düzenlenen sözleşmeler de, ispat bakımından, diğer sözleşmelerin etkisine sahip olacaktır. Güvenli elektronik imza dışında başka bir elektronik imza kullanılarak oluşturulan belgeler, HUMK m. 240'tan yola çıkılarak, değerlendirilebilmelidir.

Bu konuda Yargıtay bir kararında "Davacı vekili, davalı bankanın Halikarnas Şubesinin müşterisi olan müvekkilinin internet bankacılığı işlemlerinden faydalandığını, 06.04.2007 tarihinde şube yetkilisi M.Ş'in müvekkilini arayarak 206.332 YTL'nin aynı şubedeki ortak hesaba aktarıldığını bildirdiğini, bu bildirimden nedeninin hesapta 2000 YTL üstü işlem yapılması nedeniyle verildiğini, ortak hesaba gelen paranın 47.306 YTL'nin 3. kişilere transfer edildiğini, müvekkilinin hesabında günlük işlem sınırlamalarını kabul etmeyen bankanın özen yükümlülüğüne aykırı davrandığını, ayrıca paranın transfer edildiğinin fark edilmesine rağmen bunu önlemeyen bankanın kusur-

lu olduğunu, internet bankacılığı sisteminde yeterli güvenlik sağlayamayan, müvekkiline karşı bilgilendirme yapmayan ve uyarıda bulunmayan bankanın oluşan zarardan sorumlu bulunduğunu ileri sürerek davalının takibe itirazının iptaline, %40 icra inkar tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili cevabında, müvekkili bankanın internet işlemlerinden yeterli güvenliğe sahip olduğunu, 1 P kısıtlaması, tarih zaman kısıtlaması, cep-ajan uygulama, elektronik imza gibi güvenlik önlemlerini almayan davacının zarardan sorumlu olduğunu, davacının kullanıcı kodu, şifresi ve parolası girilerek gerçekleştirilen işlemlerden davalı bankanın sorumlu tutulamayacağını, davacının şifrelerinin tamamını muhasebecisinin bilmesi nedeniyle sözleşmeye uygun davranmadığını belirterek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma ve toplanan delillere göre davacının internet aracılığıyla işlem miktarını 2000 YTL ile sınırladığı, bankanın işlemi öğrendikten sonra hesabı bloke etmediği, bu nedenle oluşan zarardan sorumlu bulunduğu gerekçesiyle davalının itirazının iptaline, takibin 47.384 YTL asıl alacak üzerinden devamına ve alacağa takip tarihinden itibaren reeskont faizi uygulamasına, icra inkar tazminatı ve fazlaya ilişkin takibin reddine karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerekirci sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, taraf vekillerinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA,¹⁷⁹ Yine bir kararında

179 YARGITAY 19. H.D., 12.2.2009 Tarih, Esas: 2008/9596, Karar: 2009/980.

“Davacı vekili, taraflar arasında imzalanan Telsim Cepshop sözleşmesine aykırı olarak davalının hiçbir yazılı bildirim ya da ihtar çekmeden müvekkilinin sistemlerini kapattığını, tüm Telsim logo ve tabelalarını söktüğünü, filen bayiliğini elinden aldığını, davalının bundan kısa bir süre sonra müvekkili ile beraber çalışan dava dışı A.E ile sözleşme imzaladığını, bu halin manevi açıdan da müvekkilini zarara uğrattığını ileri sürerek feshin geçersizliğine, şimdilik 10.000 YTL maddi, 20.000 YTL manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davacının isteği ve gönderilen mail üzerine bayiliğin iptal edildiğini belirterek davanın reddi gerektiğini savunmuştur. Mahkemece yapılan yargılama, toplanan deliller, benimsenen bilirkişi kurulu raporu ve davacı yanın ıslah talebi nazara alınarak davanın kısmen kabulüne 44.902.50 YTL maddi, 5.000.00 YTL manevi tazminatın davalıdan tahsiline, fazlaya ilişkin istemin reddine karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir. Davalı, taraflar arasındaki sözleşmeyi davacının bilgisayarından gönderildiğini savunduğu e.mail mesajı üzerine feshettiğini bildirmektedir. Örneği dosyaya sunulan e-mail mesajında “yaklaşık 3 seneden beri yaptığımız Telsim Cep Shop bayiliğini çıkan maddi sorunlar nedeniyle bayiliğimizin iptalini talep eder saygılarımızı sunarız “İCKE İLETİŞİM” ifadeleri yer almaktadır. Anılan mesajın davacıya ait bilgisayardan gönderilmediği yolunda bir iddiada bulunulmamıştır. Davacı, mesajın yetkili kişilerce çekilmediğini iddia etmiş ancak kendi bilgisayarından gönderilmediğini ileri sürmemiştir. Taraflar arasındaki sözleşmenin 18. maddesinde “tarafların işbu sözleşmeden doğabilecek ihtilaflarda Telsim’in ticari defter ve kayıtları ile mikrofilm, mikrofiş ve bilgisayar kayıtlarının ve elektronik ortamdaki yazışmalar ve bildirimlerinin HUMK.nun

287. madde anlamında muteber, bağlayıcı, kesin ve münhasır delil teşkil edeceğini ve bu maddenin delil sözleşmesi niteliğinde olduğunu kabul ve beyan ettikleri” hükme bağlanmıştır. Mahkemece bu yönler üzerinde yeterince durulup tartışılmadan bilirkişilerin fesih ile ilgili yanılığlı yorum ve değerlendirmelerine itibar edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün davalı yararına bozulması”¹⁸⁰

SONUÇ

Elektronik ticaretin 1980’li yılların sonundan itibaren yaygınlaşması, klasik ticari ilişkilerin yerini, bilgisayarların kullanıldığı ticari ilişkilerin alması sonucu olmuştur. Ticaret hayatına birçok yenilik getiren elektronik ticaret, taraflara yüksek hız, doğruluk, standardizasyon ve ticari sözleşmelerin kurulma aşamalarında, maliyetlerin azalması gibi avantajlar sağlamıştır. Elektronik ticarete konu olan değerler, her türlü maddi varlığa sahip ürünler, yazılım gibi bilgisayar ağları üzerinden teslimin yapılabileceği ürünler, her türlü hizmet sunumu, bilgi edinilmesi olarak sayılmaktadır. Elektronik ticaretin düzenlenmesine ilişkin çalışmalar, ilk olarak uluslararası düzeyde başlamıştır. Bu kapsamda 1996 yılında, UNCITRAL tarafından Elektronik Ticaret Model Kanunu oluşturulmuştur. Bu Kanun, birçok ülke ve uluslararası kuruluş tarafından kanunlaştırma çalışmalarında rehber olarak alınmıştır. İnternet aracılığı ile kurulan sözleşmeler konusunda yapılacak olan kanunlaştırma çalışmalarında, uluslararası alanda yapılan modellerin örnek alınmasının, hukuki boşlukları mümkün

180 YARGITAY 19. H.D., 20.10.2009 Tarih, Esas: 2008/12135, Karar: 2009/9652.

olduğunca ortadan kaldırması bakımından uygun olacağı kanaatindeyiz. Elektronik ticaretin ortaya çıkışıyla beraber, ticaretin ana unsurlarından olan sözleşmelerin yapısında ve kuruluş şekillerinde de yeni yapılanmaların başlaması kaçınılmaz olmuştur. Sözleşmenin kurulması için gerekli olan irade beyanlarının, sözlü veya iletişim araçları ile yapılması yeterli iken, bilgi teknolojilerinin getirdiği elektronik araçlarla irade beyanında bulunulup bulunulmayacağı, sözleşme kavramının elektronik ortama taşınması ile beraber, çözülmesi gereken sorunlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Elektronik iletişim araçları kullanılarak kurulan sözleşmeler olarak tanımlanabilecek, internet aracılığı ile kurulan sözleşmelerin, hukuki nitelik ve konu olarak, geleneksel sözleşmelerden farklı bir yönü bulunmamaktadır. Hukukumuzda irade beyanları, kural olarak, şekle tabi değildir. Bu nedenle, internet aracılığı ile kurulan sözleşmelerin kurulmasını sağlayan irade beyanlarının, elektronik iletişim araçları ile yapılması, irade beyanlarının geçerliliğini etkilemeyecektir. İnternet aracılığı ile kurulan sözleşmeler ile ilgili düzenlemenin, sözleşmelerin kuruluşunu düzenleyen Borçlar Kanunu'ndaki hükümlerle, Medeni Kanun'da ehliyeteye ilişkin hükümlerin alanının, elektronik boyutu da kapsayacak şekilde genişletilmesi şeklinde yapılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz. Her ne kadar bahse konu iki Kanun'da bulunan hükümlerin, genişletici yorum vasıtasıyla, internet aracılığı ile kurulan sözleşmeleri de kapsayacak şekilde genişletilmesi düşünülebilirse de, konu ile ilgili açık hükümler ihtilafa yol açmayacaktır. Elektronik ortamda kurulan sözleşmeler, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 9/A'da bir mesafeli sözleşme olarak düzenlenmiştir. Oysa elektronik ortamda kurulan sözleşmeler, mesafeli sözleşmelerden daha geniş bir kavramdır. Nitekim

her elektronik ortamda kurulan sözleşmede, sözleşmenin taraflarından birini, mesafeli sözleşmelerde olduğu gibi tüketici oluşturmamaktadır. Dolayısıyla, taraflarından birinin tüketici olmadığı elektronik ortamda kurulan sözleşmelerin, Kanun anlamında bir mesafeli sözleşme olarak kabulüne imkân bulunmamaktadır. Elektronik iletişim araçlarının kullanılması suretiyle açıklanan irade beyanları, irade beyanında bulunan kişi tarafından değerlendirilmiş ve serbest iradesi ile dışa vurulmuş kararlar olduğundan dolayı geçerli kabul edilecektir. Ancak, insan katılımı olmaksızın, bilgisayar programı sayesinde otomatik ve elektronik olarak oluşturulmuş ve açıklanmış olan irade beyanları, kanımızca sözleşmelerin kurulması için yeterli değildir. Nitekim otomatik ve elektronik olarak oluşturulan ve belli iradeyi açıklayan programlar da, Borçlar Kanunu anlamında sözleşmenin taraflarının iradesinin varlığından söz edilemez. Web sayfaları üzerinden fiyat göstererek ürün tanıtımında, satıcı, sözleşmeyi internet üzerinden kurup, ödemeyi de internet üzerinden kabul edebiliyorsa, kanımızca satıcının web sayfasını icap olarak kabul etmek gerekecektir. Satıcı, web sayfası üzerinden fiyat göstererek teşhir yapıyor, ancak sözleşmeyi internet üzerinden kurmuyorsa, icaba davet durumu söz konusu olmaktadır. İnternet üzerinden dijital ürün satışlarında farklı bir durum karşımıza çıkmaktadır. Dijital ürün satışlarında, satıcının stok yetersizliği söz konusu olmadığından, satıcının mal teşhiri icap kabul edilmelidir. Kabul, elektronik posta veya herhangi bir şekilde elektronik mesajla yapılabileceği gibi, bir butona basmak veya içeriği bilgisayara indirmek şeklinde de olabilir. İnternet aracılığı ile kurulan sözleşmelerin kurulmasında, hazırlar ve hazır olmayanlar arasında sözleşme ayırımının yapılmasında da uygulama farklı olacaktır. Nitekim genel olarak, fiziksel

olarak bir arada olanlar arasında yapılan sözleşmeler hazırlar arasında sözleşme olarak nitelendirilirken; fiziksel olarak bir arada olmayanlar arasında yapılan sözleşme ise hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşme olarak nitelendirilmektedir. İnternet aracılığı ile kurulan sözleşmelerde, hazır olma durumunun tespiti, iletişiminin doğrudan doğruya ve eş zamanlı olup olmadığına, tarafların karşılıklı olarak soru sorma imkânına sahip bulunup bulunmadığına göre belirlenmelidir. Buna göre, doğrudan doğruya ve eş zamanlı olarak iletişimde bulunan, soru sorma imkânına sahip olanlar arasındaki internet aracılığı ile kurulan sözleşmeler, hazırlar arasında; aksi takdirde hazır olmayanlar arasında yapılan internet aracılığı ile kurulan sözleşmeler söz konusu olmaktadır. Elektronik posta, faks ve web sayfaları üzerinden yapılan elektronik sözleşmeler, hazır olmayanlar arasında; canlı sohbet, görüntülü canlı sohbet, internet telefonu ve video telekonferans yolu ile yapılan elektronik sözleşmeler ise hazırlar arasında yapılmış sayılmalıdır. Elektronik sözleşmelerde de, geleneksel sözleşmelerde olduğu gibi kabul beyanının muhatabın hakimiyet alanına ulaşması ile sözleşme kurulmuş sayılmaktadır. Kabul beyanının, icapta bulunan kişiye ulaştığı andan itibaren kurulan sözleşme, hüküm ve sonuçlarını, BK m. 10 gereğince, kabul haberinin gönderilmesi anından itibaren doğuracaktır. İnternet aracılığı ile yapılan icap ve kabulün, hazır olmayanlar arası icap ve kabul olarak kabul edilmesi durumunda ise, geri alınmaları hali BK m. 9 çerçevesinde değerlendirilecektir. Buna göre, geri alma beyanının, icap veya kabul beyanından daha önce muhataba ulaşması durumunda, geri alma geçerli sayılacaktır. Elektronik sözleşmenin kurulmasında, iletişimin elektronik posta ile yapılması halinde, geri almanın mümkün olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Bilindiği üzere

elektronik posta hesapları, elektronik mesajları geliş sırasına göre kaydetmektedir. Buna göre, geri alma beyanının, icap veya kabulden daha önce muhataba ulaşmış olması mümkün olacaktır. Ancak muhatabın, seçime bağlı olarak ilk önce icap veya kabul beyanını içeren elektronik postanın içeriğine vakıf olması durumunda, geri alma beyanının geçerli olmaması gerektiğini belirtmeliyiz. Elektronik sözleşmeler ispat bakımından klasik sözleşmeler gibi imzalanma olanağına sahip bulunmamaktadır. Ancak, sözleşmeyi kuran beyanları açıklayan kişinin teşhisine yarayan, taklit edilemez küçük programların kullanımı ile bu sorun giderilmektedir. Bu amaçla, elektronik imzalar oluşturulmuştur ve elektronik sözleşmelerin inkâr edilemezliğini sağlamak üzere kullanılmaktadır. Hukukumuzda sözleşmelerde şekil serbestisi bulunduğundan, serbest şekilde yapılabilen tüm sözleşmeler, elektronik sözleşme şeklinde yapılabilecektir. Ancak, kanunun resmi şekil şartı koyduğu sözleşmelerin elektronik ortamda yapılabilmesi, hukukumuzun mevcut düzenlemesi karşısında mümkün bulunmamaktadır. Henüz yeni yeni Yargıtay uygulamasına girmesini beklediğimiz bu sözleşmelerin ileride sözleşme hukukun büyük bir kısmını kapsayacağı inancındayız.

KAYNAKÇA

Acır, B. (2005) Elektronik İmza ve Elektronik Kayıtların Medeni Usul Hukuku'nun İspat Kuralları Yönünden Değerlendirilmesi, <www.spk.gov.tr/yayinlar/arastirmaraporlari/kye/bacir.pdf>, 15.05.2005.

Akıntürk, T. (2005) Medeni Hukuk, İstanbul 2005. Seçkin Kitabevi

Akıncı, Ş. (2006) Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, Konya, Seçkin Yayıncılık

Alptürk, E. (2005) Elektronik Ticaretin Omurgası İnternet Hukukunda Hangi Aşamadayız?, <www.ceterisparibus.net/yeniekonomi/e-ticaret.htm-21k>, 31.10.2005.

Altınışik, U. (2003) Elektronik Sözleşmeler, Ankara. Asean Secretariat, (2001) Asean Reference Framework for Electronic Commerce Legal Infrastructure.

Bozdoğan Akbulut, B. (2000) Bilişim Suçları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Milenyum Armağanı, S:1-2, C.8, s. 545-555.

Bozkurt, Veysel (Derleyen); Elektronik Ticaret: Tanımı, Gelişimi, Avantajları, Güvenliği, Elektronik Ticaret, İstanbul 2000. Alfa Basım Yayım Dağıtım Demir, M. (2004) Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması, Ankara.

Dülger, M. V. (2004) Bilişim Suçları, Ankara. Elektronik imza ETKK Raporu, <www.eticaret.garanti.com.tr/icerik/Goster.asp?t=a&c=4&i=031120011556141023201>, 25.11.2005.

Eren, F. (2003) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Ekim 2003. Beta Basım Yayım

Erdem, N. (1997) Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları, Ankara 1987

Ertaş, S. (2000) Elektronik Ticaret: Tanımı, Gelişimi, Avantajları, Güvenliği, Elektronik Ticaret, Derleyen: V. Bozkurt, İstanbul. Alfa Basım Yayım

Falcıoğlu, M. Ö. (2004) Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu, Yetkin Yayınları

Güneş, İ. Elektronik Ticaret ve Kobiler İçin Yeni Fırsatlar <www.bilgiyonetimi.org/cm/pages/mkl-gos.php?nt=242>, 28.03.2005.

İnal, E. (2005) E-ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması, İstanbul.Vedat yayınevi

İnce, M. (2005) Elektronik Ticaret: Gelişme Yolundaki Ülkeler İçin İmkanlar ve Politikalar, <www.ekutup.dpt.gov.tr/ticaret/incem/eticaret.doc>, 07.11.2005.

İyibozkurt, E. (2000) Küreselleşme ve Elektronik Ticaret: A.Smith'e Varis, Elektronik Ticaret, Derleyen: V. Bozkurt,

Karahasan, M. R. (1992) Türk Borçlar Hukuku Genel hükümler, İstanbul 1992. Beta Yayınları

Kayihan, Ş.-Yıldız, H. (2004) Elektronik Ticaretin Hukuki ve Vergi Boyutu, Ankara. Seçkin Yayıncılık

Keser Berber, L. E-sözleşme Bağlamında Dijital İmza ve ETKK Yasa Taslağı Açısından Türkiye’de Durum, İnternet ve Hukuk, Derleyen: Yeşim M. Atamer (makale).

Keser Berber, L. (2002) İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza, Ankara.

Kepek, Y. (2000) Ekonomik Yönleriyle Elektronik Ticaret, Elektronik Ticaret, Derleyen: V. Bozkurt, İstanbul.

Kılıçoğlu, A. (2005) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara Turhan Kitapevi

Kızılot, Ş. (2006) E-imza, E-fatura ve Defterler, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, yayınlanmamış bildiri.

Kuru, B., Arslan, A. ve Yılmaz, E. (2005) Medeni Usul Hukuku, Ankara. Alfa Basım Yayım Dağıtım

Oğuzman, M. K ve Öz, M. Turgut (2000) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul

Orta, Mesut; Elektronik İmza ve Uygulaması, Ankara, 2005 (Kitap), Seçkin yayınevi.

Orta, M. (2001) Ulusal Yargı Ağı Projesinde Elektronik İmza, Noterlik Hukuku Sempozyumu: VII, Elektronikteki Gelişmeler ve Hukuk, Ankara, s.159-174,

Öngören, G. İnternet Hukuku, <www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/ongorenin_ternet/bolum5a.htm>, 14.10.2005.

Özdemir Kocasakal, H. (2003) Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, İstanbul. Vedat Kitapçılık

Pekcanıtez, H., Atalay, O. ve Özekeş, M. (2005) Medeni Usul Hukuku, Ankara.Yetkin Yayınevi

Reisoğlu, S. (2006) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5.Baskı, İstanbul Beta Basım Yayım

Sağlam Atabarut, İ. (2003) Elektronik Sözleşmeler, Doktora Tezi, İstanbul

Savaş, A. (2007) Elektronik Ticaret (İnteraet Ortamında Yapılan Sözleşmeler), Konya.

Sınar, H. (2001) İnternet ve Ceza Hukuku, İstanbul. Beta Yayınları

Soysal, T. (2005). "İnternet Servis Sağlayıcıların Hukuki sorumluluğu," Türkiye Barolar Birliği dergisi, 61, 304-339.

Sözer, B. (2002) Elektronik Sözleşmeler, İstanbul.

Tekinay, S, Akman, S./Burcuoğlu, H/Altop, A. (1993), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi

Topaloğlu, M. (2005) Bilişim Hukuku, Adana, Seçkin Kitapevi

Yürütücü, A. (2005) E-ticaret ve Bilgi Toplumundaki Yapısallaşma süreci, <inettr.org.tr/inetconf8/bildiri/1.doc>, (25.11.2005).



CD TALEP FORMU

Gönderenin
Adı-SOYADI :

Adresi :
:
:

Posta Kodu/ŞEHİR :

Telefon :

Faks :

E-Posta :

Aşağıdaki CD'yi/CD'leri almak istiyorum. Katma Değer Vergisi Dahil CD bedeli/bedelleri olan TL.yi TC. Ziraat Bankası Kızılay / Ankara Şubesi'ndeki 39009014-5001 [TR760001000685390090145001] veya Posta Çekleri Merkezi'ndeki 92932 sayılı hesabınıza/...../..... tarihinde yatırdım.

Buna ilişkin belge (Banka Dekontu veya Çek Kupürü) örneği eklidir.

Ad-SOYAD
İmza

1975-2006 Yılları Yargıtay Kararları Dergisi Bilgisayar Programı

%18 oranında KDV dahil200,00 TL

1926-2007 Yılları Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Bilgisayar Programı

%18 oranında KDV dahil100,00 TL

PROGRAMI KULLANABİLMENİZ İÇİN BİLGİSAYARINIZDA OLMASI GEREKEN DONANIMLAR

- Windows 98 veya daha üstü (Windows-2000-XP vb.) işletim sistemi.
- CD Rom sürücüsü,

DİKKAT: Formu doldurduktan sonra,

[Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü, Yargıtay Ek Binası, Vekâletler Cad. No: 3 06658-Bakanlıklar/ANKARA] adresine ya da (0312) 419 41 11 nolu faksa gönderiniz.

YARGITAY YAYINLARI

İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU ŞERHİ(İkinci Bölüm-Çeşitli Sözleşme İlişkileri-Madde: 184-551) Dr. Herman BECKER, Çeviren: Dr. A. Suat DURA	15,00 TL
BORÇLAR HUKUKUNUN UMUMİ KISMI Andreas von TUHR, Çeviren: Av. Cevat EDEGE	15,00 TL
UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ KARARLARI (Hukuk-Ceza)	10,00 TL
YARGITAY 1. BAŞKANLARININ ADALET YILI AÇIŞ KONUSMALARI (1943-1993)	10,00 TL
YARGITAY KARARLARI DERGISİ KILAVUZU(I), Yıl: 1975-1981	10,00 TL
YARGITAY KARARLARI DERGISİ KILAVUZU(II), Yıl: 1982-1986	10,00 TL
YARGITAY KARARLARI DERGISİ KILAVUZU(III), Yıl:1987-1991	10,00 TL
YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARI HUKUK BÖLÜMÜ CİLT: 6	15,00 TL
ATATÜRK VE HUKUK	15,00 TL
TÜRK HUKUK TARİHİ SÜRECİNDE YARGITAY	20,00 TL

YARGITAY KARARLARI DERGISİ

◆ Cilt: 18, Yıl: 1992, Sayı: 1-12	24,00 TL	Takım Halinde
◆ Cilt: 19, Yıl: 1993, Sayı: 1-12	24,00 TL	Takım Halinde
◆ Cilt: 20, Yıl: 1994, Sayı: 1-12	24,00 TL	Takım Halinde
◆ Cilt: 23, Yıl: 1997, Sayı: 1-12	24,00 TL	Takım Halinde
◆ Cilt: 24, Yıl: 1998, Sayı: 1-12	24,00 TL	Takım Halinde
◆ Cilt: 25, Yıl: 1999, Sayı: 1-12	24,00 TL	Takım Halinde
◆ Cilt: 26, Yıl: 2000, Sayı: 3-12 (1 ve 2. sayı hariç)	24,00 TL	Takım Halinde
◆ Cilt: 27, Yıl: 2001, Sayı: 1-12	36,00 TL	Takım Halinde
◆ Cilt: 28, Yıl: 2002, Sayı: 1-12	48,00 TL	Takım Halinde
◆ Cilt: 29, Yıl: 2003, Sayı: 1-12	60,00 TL	Takım Halinde
◆ Cilt: 30, Yıl: 2004, Sayı: 1-12	72,00 TL	Takım Halinde
◆ Cilt: 31, Yıl: 2005, Sayı: 1-12	78,00 TL	Takım Halinde
◆ Cilt: 32, Yıl: 2006, Sayı: 1-12	81,00 TL	Takım Halinde
◆ Cilt: 33, Yıl: 2007, Sayı: 1-12	120,00 TL	
◆ Cilt: 34, Yıl: 2008, Sayı: 1-12	132,00 TL	
◆ Cilt: 35, Yıl: 2009, Sayı: 1-12	138,00 TL	
◆ Cilt: 36, Yıl: 2010, Sayı: 1-12	150,00 TL	
◆ Cilt: 37, Yıl: 2011, Sayı: 1-12	165,00 TL	

YARGITAY DERGİSİ

◆ Cilt: 18, Yıl: 1992, Sayı: 1-4	20,00 TL	Takım Halinde
◆ Cilt: 19, Yıl: 1993, Sayı: 1-4	20,00 TL	Takım Halinde
◆ Cilt: 20, Yıl: 1994, Sayı: 1-4	20,00 TL	Takım Halinde
◆ Cilt: 21, Yıl: 1995, Sayı: 1-4	20,00 TL	Takım Halinde
◆ Cilt: 22, Yıl: 1996, Sayı: 1-4	20,00 TL	Takım Halinde
◆ Cilt: 23, Yıl: 1997, Sayı: 1-4	20,00 TL	Takım Halinde
◆ Cilt: 24, Yıl: 1998, Sayı: 1-4	20,00 TL	Takım Halinde
◆ Cilt: 25, Yıl: 1999, Sayı: 1-4	20,00 TL	Takım Halinde
◆ Cilt: 26, Yıl: 2000, Sayı: 1-4	20,00 TL	Takım Halinde
◆ Cilt: 27, Yıl: 2001, Sayı: 1-4	20,00 TL	Takım Halinde
◆ Cilt: 28, Yıl: 2002, Sayı: 1-4	20,00 TL	Takım Halinde
◆ Cilt: 29, Yıl: 2003, Sayı: 1-4	20,00 TL	Takım Halinde
◆ Cilt: 30, Yıl: 2004, Sayı: 1-4	24,00 TL	Takım Halinde
◆ Cilt: 31, Yıl: 2005, Sayı: 1-4	26,00 TL	Takım Halinde
◆ Cilt: 32, Yıl: 2006, Sayı: 1-4	27,00 TL	Takım Halinde
◆ Cilt: 33, Yıl: 2007, Sayı: 1-4	40,00 TL	
◆ Cilt: 34, Yıl: 2008, Sayı: 1-4	44,00 TL	
◆ Cilt: 35, Yıl: 2008, Sayı: 1-4	46,00 TL	
◆ Cilt: 36, Yıl: 2010, Sayı: 1-4	50,00 TL	
◆ Cilt: 37, Yıl: 2011, Sayı: 1-4	55,00 TL	

BİLGİSAYAR PROGRAMLARI

1975-2006 Yargıtay Kararları Dergisi Bilgisayar Programı (CD)	200,00 TL
1926-2007 Yargıtay İctihatları Birleştirme Kararları Bilgisayar Programı (CD)	100,00 TL

Yayın bedellerine; dergilerde % 1, kitaplarda % 8 ve CD'lerde % 18 oranındaki Katma Değer Vergisi dahildir.

Ödemeli gönderilmez. ***Hicbir yerde temsilcimiz yoktur.***

Dergi normal posta yolu ile iletilir,

Postadaki her türlü gecikmelerde Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü'nün çıkış tarih damgaları göz önüne alınır.

HESAP NUMARALARIMIZ:

1- TC. Ziraat Bankası Kızılay Şubesi, **39009014-5001 [TR760001000685390090145001]**
ANKARA

2- Posta Çekleri Merkezi, **92932**

YAZIŞMA ADRESİMİZ:

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

HABERLEŞME İÇİN TEL: 0312 - 419 34 17

ABONE SERVİSİ: 0312 - 416 11 38 - 416 11 39

FAKS: 0312 - 419 41 11

YARGITAY YAYIN İŞLERİ MÜDÜRLÜĞÜ