



Özel Hukuk

- Prof. Dr. Oğuz Kürşat Ünal Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunun İmtiyazlı Hisse Senedi Çıkarma Yetkisi
- Doç. Dr. Ahmet Battal Türk Patent Enstitüsünün Markalarda İltibasın Önlenmesine İlişkin Yetkisi Yö-
nünden Mutlak Ve Nispi Red Nedenleri
- Yrd. Doç. Dr. Cemal OĞUZ Medeni Kanun Madde 174/I İle 175 Arasındaki Farklar
- Yrd. Doç. Dr. Feriha Bilge Yabancıların Dernek Kurma Özgürlüğü
- Tanrıbilir
- Yrd. Doç. Dr. Kemal Şenocak Menfaat Değeri Altında Sigorta
- Yrd. Doç. Dr. M. Fatih Uşan Parça Başına Çalışmanın Hukuki Niteliği Ve Parça
Başına Çalışan İşçinin Sorumluluğu
- Ar. Gör. Oğuz Sadık Aydos Yeni Medeni Kanuna Göre Evlat Edinme
- Ar. Gör. İbrahim Ermenek Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik

Kamu Hukuku

- Doç. Dr. İzzet Özgenç / İşkence Suçu
Doç. Dr. Cumhuri Şahin
- Yrd. Doç. Dr. Faruk Turhan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararları
Işığında Kişi Özgürlüğü Ve Türkiye/Gözetiminde Kayıp-
lar, Hakim Önüne Çıkarma Ve Gözetim Süreleri

GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi	Journal of The Faculty of Law of Gazi University
Sahibi : Prof. Dr. Rıza AYHAN	Owner : Prof. Dr. Rıza AYHAN
Editor : Doç. Dr. Ender Ethem ATAY	Editor : Doç. Dr. Ender Ethem ATAY
Yayın Kurulu : Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL Prof. Dr. Hasan TUNÇ Yrd.Doç. Dr. Alim TAŞKIN	Editorial Board : Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL Prof. Dr. Hasan TUNÇ Yrd.Doç. Dr. Alim TAŞKIN
Yayın Yönetmeni : Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN	Publishing Manager: Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN
Bu dergi yılda iki defa yayınlanır	This Journal published two times a year

**GAZİ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
10.Cadde, 81.Sokak No:51
06510-Emek/ANKARA, TÜRKİYE**

Hakem Heyeti:

Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER	(Kültür Üniversitesi)
Prof. Dr. Atilla ALTOP	(Kültür Üniversitesi)
Prof. Dr. Gökhan ANTALYA	(Marmara Üniversitesi)
Prof. Dr. Rıza AYHAN	(Gazi Üniversitesi)
Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU	(İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Halil CİN	(Çağ Üniversitesi)
Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN	(Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN	(Gazi Üniversitesi)
Prof. Dr. Kudret GÜVEN	(Gazi Üniversitesi)
Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI	(Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Yedigir İZMİRLİ	(Gazi Üniversitesi)
Prof. Dr. Nevzat KOÇ	(Dokuz Eylül Üniversitesi)
Prof. Dr. Hayrettin ÖKÇESİZ	(Akdeniz Üniversitesi)
Prof. Dr. Sacit ÖNEN	(Gazi Üniversitesi)
Prof. Dr. Atilla ÖZER	(Gazi Üniversitesi)
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN	(Çankaya Üniversitesi)
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER	(Selçuk Üniversitesi)
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	(Gazi Üniversitesi)
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	(Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL	(Gazi Üniversitesi)
Prof. Dr. Turan YILDIRIM	(Marmara Üniversitesi)

İÇİNDEKİLER

ÖZEL HUKUK		
Prof. Dr. Oğuz Kürşat Ünal	Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunun İmtiyazlı Hisse Senedi Çıkarma Yetkisi	1 - 11
Doç. Dr. Ahmet Battal	Türk Patent Enstitüsünün Markalarda İltibasın Önlenmesine İlişkin Yetkisi Yönünden Mutlak Ve Nispi Red Nedenleri	12- 22
Yrd. Doç. Dr. Cemal OĞUZ	Medeni Kanun Madde 174/I İle 175 Arasındaki Farklar	23 - 37
Yrd.Doç.Dr. Feriha Bilge Tanrıbilir	Yabancıların Dernek Kurma Özgürlüğü	38 - 50
Yrd. Doç. Dr. Kemal Şenocak	Menfaat Değeri Altında Sigorta	51 - 89
Yrd. Doç. Dr. M. Fatih Uşan	Parça Başına Çalışmanın Hukuki Niteliği Ve Parça Başına Çalışan İşçinin Sorumluluğu	90-116
Ar. Gör. Oğuz Sadık Aydos	Yeni Medeni Kanuna Göre Evlât Edinme	117 - 141
Ar. Gör. İbrahim Ermenek	Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik	142- 180
KAMU HUKUKU		
Doç. Dr. İzzet Özgenç / Doç. Dr. Cumhur Şahin	İşkence Suçu	181 - 203
Yrd. Doç. Dr. Faruk Turhan	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararları Işığında Kişi Özgürlüğü Ve Türkiye / Gözaltında Kayıplar, Hakim Ölüme Çıkarma Ve Gözaltı Süreleri	204 - 258

ANONİM ORTAKLIK YÖNETİM KURULUNUN İMTİYAZLI HİSSE SENEDİ ÇIKARMA YETKİSİ

**THE RIGHT OF THE BOARD OF DIRECTORS
OF THE JOINT STOCK PARTNERSHIPS
TO ISSUE PRIVILEGED SHARES**

Prof. Dr. Oğuz Kürşat Ünal*

ÖZET

Anonim ortaklıklarda çıkarılan hisse senetlerinden bir grup hisse senedi, sahibine herhangi bir imtiyaza sahip olmayan diğer hisse senetlerinden daha farklı hak ve menfaatler temin ediliyorsa, bu tür senetler imtiyazlı hisse senetleridir.

TK.'una göre imtiyazlı hisse senedi çıkarabilmek için esas sözleşmede hüküm bulunması ve buna izin verilmesi gereklidir. Esas sözleşme değişikliği yapmadan genel kurul veya yönetim kurulu kararıyla imtiyazlı hisse senedi çıkarmak mümkün değildir.

SPK., kayıtlı sermaye sistemini kabul eden ortaklıklar için, imtiyazlı veya adi hisse senetlerinin çıkarılmasına karar verme yetkisini esas sözleşmede hüküm bulunmak şartıyla yönetim kuruluna vermiştir. (SPK.m.3d, m.12). Bu tür ortaklıklar TK.m.389, 391, 392, 393 hükümlerine bağlı kalmaksızın sermayelerini artırabilirler. Ortaklık, SPK.m.12, f.5'e göre yönetim kurulunun imtiyazlı ve itibari değerinin üzerinde hisse senedi çıkarılması, pay sahiplerinin yeni pay alma haklarının sınırlandırılması konularında veya imtiyazlı hisse senetleri sahiplerinin haklarını kısıtlayıcı nitelikte karar alabilmesi için esas sözleşme ile yetkili kılınması şarttır.

Anahtar Kelimeler

Anonim ortaklık, Hisse senedi, imtiyaz, yönetim kurulu

* Gazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi

SUMMARY

If a group of shares, - issued by the joint stock partnerships, provides the holder different rights and privileges, which the other shares do not have, these kind of shares are called as privileged shares.

According to the Commercial Code, in order to issue privileged share, there must be a provision relating to this in the main agreement and this should be permitted. It is not possible to issue privileged shares with the resolution of the general assembly or the board of directors without amending the main agreement.

CMB (SPK) has granted to authority to decide to issue privileged or ordinary shares to the board of directors if a provision relating to this does exist in the main agreement, for the partnerships adopted registered capital system. (CMB a. 3d, a. 12). This kind of partnerships may increase their capital without being subject to articles 389, 391, 392 and 393 of the Commercial Code. According to the article 12 paragraph 5 of the CMB, in order to issue privileged shares or shares above nominal value, to restrict rights of shareholders, to receive new shares or to make decision to limit the rights of privileged shareholders, the board of directors should be authorized by the main agreement.

Keywords:

Joint Stock Partnerships, share, privileged share, board of directors

ANONİM ORTAKLIK YÖNETİM KURULUNUN İMTİYAZLI HİSSE SENEDİ ÇIKARMA YETKİSİ

I- Genel Olarak İmtiyazlı Hisse Senetleri :

İmtiyazlı hisse senetlerinden bahsedebilmek için anonim ortaklığın çıkardığı değişik mahiyetteki hisse senedi grupları arasında temin ettiği menfaat ve haklar yönünden birtakım farklar bulunmalıdır. Eğer ortaklık yalnızca bir tip hisse senedi çıkarmışsa imtiyazlı hisse senedinden söz edilemez. Hisse senetlerine tanınan haklar ne olursa olsun, eğer anonim ortaklık yalnızca tek tip hisse senedi çıkarmış veya hisse senetleri arasında itibari değerden başka hiçbir fark yaratılmamışsa, bu ortaklığın çıkardığı bütün hisse senetleri adi hisse senedir. Buna karşılık bir grup hisse senedi sahibine, herhangi bir imtiyaza sahip olmayan diğer hisse senetlerinden daha farklı hak ve menfaatler temin ediliyorsa, bu tür senetler imtiyazlı hisse senetleridir. Ayrıca imtiyazın bazı paylara tanınması da şart değildir, tek bir pay bile imtiyazlı olabilir Ancak, hisse senetlerindeki bu farklılık, aynı itibari değere sahip senetlere göre olmalıdır. Farklılık itibari değerlerden meydana geliyorsa imtiyazlı hisse senetlerinden bahsedilemez. Doktrinde Tekinalp "bir anonim ortaklığın paylarının sahiplerine tanıdığı haklar normalden (kanundan) fazla olup da paylar arasında üstünlük olmasa bile imtiyazın var olduğunu" savunmaktadır. TK. m.401 sadece bazı hisse senetlerine imtiyaz tanınabileceğini belirtmektedir. Böyle olunca, bir pay grubunun diğer pay grubuna nazaran farklı haklara sahip olması imtiyaz olduğu gibi, payların kanundaki hakların düzeyini aşan haklara sahip olması da imtiyaz yaratır¹. Bizim de katıldığımız Teoman'ın görüşüne göre ise; kanuna nazaran üstünlüğün veya farklılığın imtiyazla ilgisi yoktur².

İmtiyazlı hisse senetlerini adi hisse senetlerinden ayıran temel özellik, bu senetlerin sahiplerine adi hisse senetlerine nazaran farklı haklar temin etmesidir. Bu farklılığa imtiyaz denmektedir. İmtiyazlar genellikle; temettü dağıtım tasfiyeye iştirak, oy verme ve yeni çıkarılacak menkul kıymetlerin alımında öncelik gibi haklarla ilgilidir. TK. imtiyaz konularını sınırlamamıştır. Özellikle "ve sair hususlarda" ifadesini kullanarak imtiyaz konularının tespitini TK. hükümlerine aykırı olmamak şartıyla serbest bi-

¹ **TEKİNALP**, Ünal (**POROY**, Reha / **ÇAMOĞLU**, Ersin) (8.bası): Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2000, s.435 vd.; **TEOMAN**, Ömer (5) : Bir Anonim Ortaklıkta Payların Tümüne Yasada Öngörülmesinden Daha Fazla Hak Tanınması Ayrıcalık Yaratmak Anlamına Gelir mi?", **BATİDER**, Haziran 1996, c.XVIII, sa. 3, s.1-6.

² **TEOMAN** (5) , s.4,6

rakmıştır. Bu bakımdan imtiyazların sınırlarını genel hukuk kuralları düzenler.

II- Hisse Senetlerine Tanınabilecek Başlıca İmtiyazlar :

1- Temettü Dağıtımında İmtiyaz :

Anonim ortaklıklarda her hisse senedi sahibinin, kanun ve esas mukavele hükümlerine göre pay sahiplerine dağıtılmaya tahsis olunan kazanç (temettüye), payı nispetinde iştirak hakkı vardır (TK.m.455 f.1). Bu hak nispi müktesep haktır³. Temettü dağıtımında esas olan eşitlik prensibidir. Her hisse senedi sahibi payı oranında temettü dağıtımına iştirak eder. Safi kazanç, yıllık bilançosuna göre hesap ve tespit olunur (TK.m.457). Safi kazançtan kanuni (TK.m.466) ve ihtiyari (TK.m.467, 468, 469) yedek akçeler ayrıldıktan sonra temettü dağıtılabılır. Ancak anonim ortaklık esas sözleşmesinde hüküm bulunmak şartıyla, temettü dağıtımlarında çeşitli imtiyazlara sahip olan bir veya birkaç grup hisse senedi çıkarılabileceğinden (TK.m.401), bu halde eşitlik prensibi söz konusu değildir.

Esas sözleşmede hisse senetlerine tanınacak imtiyazın ne olduğu hususunda açıklık bulunması gereklidir. Sadece; "İmtiyazlı hisse senedi çıkarılacaktır" ve bunun gibi ifade tarzları yeterli değildir. İmtiyazın temettü dağıtımında tanınmış olduğu, mahiyeti, hangi sırada ve oranda olduğu gibi hususların da esas sözleşmede belirtilmiş olması gerekir⁴. Kanun, imtiyazların neler olduğunu belirlemediğinden, doktrinde ön ve ard ödeme, kârdan daha büyük pay alma, kümülatif (katmersiz birikir) kâr ve bunun bunların kombinasyonları şeklindeki imtiyazların tanınabileceği ifade edilmektedir⁵.

³ Doktrinde, kâr payı hakkının iki anlama geldiğinden bahsedilmektedir. Birinci anlamında, pay sahibinin, anonim ortaklığın kâr elde etmek ve paylaşmak gayesinin izlenmesi gerekliliğinden doğan hakkını ifade eder. Anonim ortaklık bu gayesini ne terk edebilir, ne erteleyebilir ne de saptırabilir. Pay sahibinin bu mecburiyetten doğan kâr payı hakkı mutlak müktesep bir haktır. İkinci anlamda, kanun ve esas sözleşme hükümlerine veya genel kurul kararlarına göre dağıtılmaya tahsis edilen yıllık kâra veya dağıtılmaya tahsis olunan yedek akçelere pay sahibinin katılma hakkıdır. Bu anlamda kâr payı hakkı nisbi müktesep haktır ve bu anlamıyla kâr payı hakkı bazen oranı düşürmekte, bazen de hiç kâr dağıtılmaması sonucunu doğurmaktadır [TEKİNALP, Ünal (POROY, Reha / ÇAMOĞLU, Ersin) (Ders Kitabı): Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul 1984, s.115.]

⁴ TEKİNALP / POROY / ÇAMOĞLU (Ders Kitabı), s.375.

⁵ TEKİNALP / POROY / ÇAMOĞLU (Ders Kitabı), s.377; EREM, , Turgut S.: Ticaret Hukuku Prensipleri, c. 2, Ticaret Şirketleri, İstanbul, 1976, s.301; ERİNÇ, Gönen: "Ayrıcalıklı Pay Senetleri (II)", Yargıtay Dergisi, Y.1979, c.6, sa.1, 2, s.196; KARAHAN, s.61-72.

Temettü dağıtımında göz önüne alınacak en önemli husus gerek TK.'unun düzenlediği gerek SPK.'unun düzenlediği kâr dağıtım esaslarının imtiyazlarla değiştirilemeyeceğidir⁶. Bu bakımdan özellikle, imtiyazlı hisse senetlerine ödenen temettü paylarından sonra diğer hisse senetlerine dağıtılacak bir miktar kalmaması TK.'unun kâr dağıtım sistemine ters düşmektedir. TK. m.466 f. 2 hükmüne göre, safi kârdan kanuni yedek akçe ayrıldıktan sonra bütün pay sahiplerine %5 nispetinde temettü dağıtılması gerektiğinden, doktrinde "Türk hukukunda hisse senetlerine mali imtiyaz, ancak birinci temettü ayrıldıktan sonra bahse konu olur" görüşü savunulmaktadır⁷. Buna karşılık hakim olan görüşe göre, dağıtılması gereken %5'lik temettünün kanuni yedek akçenin hesaplanması ile ilgili olduğuna ve kanunda bunun dağıtılmasının mecburi olduğuna ilişkin hüküm bulunmamaktadır" demek ve bu suretle de Türk hukukunda mali imtiyazların her zaman bahse konu olacağı savunulmaktadır⁸. SPK.m.15 f.1 hükmü ise, halka açık ortaklıklarda dağıtılacak temettünün asgari miktarını Sermaye Piyasası Kurulunun tespit edeceği ve esas sözleşmesinde gösterilen ilk kâr payının dağıtılmasının mecburi olduğunu emretmektedir. Bu sebepten, halka açık ortaklıklarda hisse senetlerine tanınacak mali imtiyazların bu hükmü ihlâl etmemesi gereklidir. Böylece bu tür ortaklıklarda mâli imtiyazlar ilk temettü dağıtımından sonra söz konusu olabilir.

2- Tasfiye Bakiyesine İştirakte İmtiyaz :

Temettü dağıtımında tanınan imtiyazlarda olduğu gibi, tasfiye bakiyesine iştirakte tanınacak imtiyazlara da TK.m.401 hükmü açıkça izin vermiştir. Ancak burada da imtiyazın mahiyetine ilişkin bir açıklık yoktur.

Prensip itibariyle ortaklığın tasfiyesi halinde, her pay sahibi infisah eden ortaklık mallarının kullanılması hakkında esas mukavelede başkaca bir hüküm olmadığı takdirde, tasfiye neticesine payı nispetinde iştirak hakkını haizdir (TK.m.455 f.1). Hisse senedi sahiplerinin alacakları tasfiye payları, esas sözleşmede aksine bir hüküm yoksa, esas sermayeye mahsuben, hissedarın ortaklığa yaptığı ödemelere mütenasiben hesap ve tespit olunur (TK.m.456). Bu hükümde ve TK.m.401 hükmünde söz konusu edilen imtiyaz, bazı hisse senetlerine veya gruplarına tasfiye edilen ortaklık mameleki üzerinde diğer hisse senetlerine nazaran daha üstün haklar tanındığını ifade eder. Bu hakların mahiyeti de, temettü dağıtımına tanınan imtiyazlarda olduğu gibi ya bir öncelik hakkıdır, ya da tasfiye bakiyesinden daha büyük bir

⁶ TEKİNALP (9), s.229vd.; TEKİNALP / POROY / ÇAMOĞLU (Ders Kitabı), s.414vd.; GÖKER, GÖKER, Erol : "Sermaye Piyasasında Kâr Dağıtımı", Mali Sorunlara Çözüm, Şubat 1985, Y.1, sa.2, s.60 vd.

⁷ EREM, s.301, dip not 160.

⁸ TEKİNALP, Ünal (Sermaye) :Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, İstanbul 1982, s.70.

pay alma hakkıdır. İmtiyazın söz konusu bu iki hakkın birlikte tanınması şeklinde meydana getirilmesi de mümkündür⁹.

Tasfiye bakiyesi, ortaklığın tasfiyedeki mal mevcudundan ortaklık borçlarının çıkarılmasından sonra kalan miktardır (TK.m.477 f.1). Tekinalp'e göre, TK.m.447 f.1 hükmü lâfzına rağmen, tasfiyede borçlar çıktıktan ve yetiyorsa pay bedellerinin ödenmiş olan kısımları geri verildikten sonra kalan miktarı, tasfiye artığı olarak nitelendirmek ve tasfiye payının bu artık üzerinden hesaplanacağını kabul etmek ve pay bedellerinin ödenmiş kısımlarını da tasfiye artığı ve payı içinde düşünmeyi reddetmek gerekmektedir¹⁰. Bu şekilde hesaplanacak tasfiye bakiyesine iştirakte esas olan her hisse senedi sahibinin payı oranında katılmasıdır. Ancak, bütün payların sahip olduğu bu hak esas sözleşmeye konacak hükümlerle sınırlandırılabilir veya ortadan kaldırılabilir. Bu bakımdan tasfiye bakiyesinden imtiyazlı hisse senedi sahipleri, esas sözleşmede belirtilen sıra ve oranda payını öncelikle alır. Bundan sonra kalan miktar mevcutsa, diğer hisse senedi sahipleri bu son bakiyeye payları oranında iştirak ederler.

3- Diğer Hususlarda İmtiyaz:

TK. m. 401 hükmü, gerek mâli gerek idarî mahiyetteki imtiyazların her türlüünün hisse senedi sahiplerine tanınabileceğine işaret etmektedir. Ancak kanunun mutlak müktesep haklar ve azınlık hakları gibi konulardaki emredici mahiyette olan hükümlerine dayanan haklar, imtiyazlı hisse senedi çıkarmak suretiyle ihlâl edilemez. Buna karşılık azınlık hakları ve mutlak müktesep hakların lehine imtiyazlar ihdas edilebilir. İmtiyaza konu olabilecek hakların başında oy hakkı gelir. TK. m.373 f.1'e göre "her hisse senedi en az bir rey hakkı verir. Bu esasa aykırı olmamak şartıyla hisse senetlerinin sahiplerine vereceği oy hakkının sayısı esas mukavele ile tespit olunur". Demek oluyor ki, bazı hisse senetlerine veya gruplarına diğer hisse senetlerine nazaran fazla oy hakkı esas mukavele ile tanınabilir. Başka bir ifade tarzıyla, aynı itibari değere sahip olan hisse senetlerinin bir kısmına birer oy hakkı tanınırken, diğerlerine birden fazla oy hakkı tanınabilir. Meselâ, 50.000 TL. itibari değere sahip hisse senetlerinden bir kısmı birer oy hakkına sahipken, diğer bir kısmı 2'şer veya daha fazla oy hakkına sahip olabilir. Ancak bunun için esas mukavelede hüküm bulunması şarttır. Diğer taraftan, TK. m. 387 hükmü bu konuya bir sınırlama getirmiştir. Bu hükme göre imtiyazlı hisse senetlerinin oy imkânı ne olursa olsun, esas sözleşmenin değişikli-

⁹ Bkz. ÜNAL, Oğuz Kürşat (imtiyaz): "Anonim Ortaklıklarda Hisse Senetlerine Tanınabilecek İmtiyazlar", Adalet Dergisi, Ocak- Şubat 1988, Y.79, sa.1, s.131-139; TEKİNALP / POROY / ÇAMOĞLU (6. bası) s.404vd.; KARAHAN, Sami (imtiyaz) : Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, İstanbul 1991s.76 vd.

¹⁰ TEKİNALP / POROY / ÇAMOĞLU (6. bası) s.404.

rilmesi için yapılan toplantıda her hisse senedinin ancak bir oy hakkı olabilir. Bunun haricindeki kararlarda ise, imtiyazlı oy hakkı tanınması kanunumuza göre mümkündür.

Oy hakkında imtiyaz tanınabilmesi iki yolla mümkün olabilir. Birincisi, yukarıdaki misâlde olduğu gibi eşit itibari değerleri olan hisse senetlerine farklı oy hakkı vermek, ikinci olarak da, farklı itibari değerleri olan hisse senetlerine eşit oy hakkı tanımaktır¹¹. Esas sözleşmeye konabilecek bu imkânlardan birincisinde oy gücü fazla olan hisse senetleri, ikincisinde ise itibari değeri düşük olan hisse senetleri imtiyazlıdır. Meselâ, bir ortaklığın hisse senetlerinin bir grubu 1000 TL. itibari değere, bir diğer grubu 2000 TL. itibari değere sahip olmasına rağmen, her iki gruptaki hisse senetleri birer oy hakkına, başka bir ifadeyle eşit oy hakkına sahip ise, bu durumda 1000 TL. itibari değere sahip olan hisse senetleri oy hakkı bakımından imtiyazlı sayılırlar. Kanunumuz, oy hakkındaki imtiyazların üst sınırını belirtmemektedir. Doktrinde, imtiyazlı paylara tanınan oy hakkının, bütün oyları aşamayacağı savunulmakta ise de, bu görüşün kanuni bir dayanağı yoktur¹². Kanaatimizce böyle bir sınırlamanın getirilmesi özellikle halka açık ortaklıklarda menkul kıymet sahiplerinin korunması açısından büyük bir önem taşımaktadır.

İmtiyaza konu olabilecek haklar tahdidi değildir. Hisse senedi sahibine tanınabilecek her hak imtiyaz konusu olabilir. Bunun için imtiyazlar çok çeşitlidir. İntifa senedi, tahvil veya yeni çıkarılacak hisse senedi satın almada, anonim ortaklığın bir iştirakine ait yeni pay alma hakkını kullanmada, tasfiyede pay bedellerinin ödenmesinde öncelik sağlamada, ortaklığın tesislerinden faydalanmada, yönetim kurulu ve denetçilik için aday gösterme haklarında, veto hakkında ve benzer tüm haklarda bazı hisse senetlerinde diğer hisse senetlerine nazaran daha üstün haklar tanınması ve bu suretle imtiyazlı hisse senetleri ihdası esas sözleşmede belirtilmek şartıyla her zaman mümkündür. Ancak her imtiyazın kendi şartları içinde değerlendirilmesi, sınırının tespiti ve geçerliliğinin tartışılması gereklidir¹³.

¹¹ Çağa, Türk hukukunda nominal değerleri farklı hisse senedi ihraç etmek suretiyle oy hakkında imtiyaz sağlanabilmesinin mümkün olmadığını savunmakta ve her hisse senedi mutlaka bir oy hakkı vereceğinden düşük nominal değerli hisse senetlerine diğerlerine nispetle daha fazla oy hakkı temin ederek T.K.m.373 hükmüne terk düşeceğini belirtmektedir (ÇAĞA, Tahir: "Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Oy Hakkı Veren Hisse Senetleri", İktisat ve Maliye Dergisi, c. XVII, sa 1, s.34).

¹² POROY / ÇAMOĞLU (Ders Kitabı), s.381.

¹³ POROY / ÇAMOĞLU (Ders Kitabı), s.382.

III. İmtiyazlı Hisse Senedi Çıkarılmasında Yönetim Kurulunun Yetkisi

TK.m.401 hükmü, anonim ortaklıkların imtiyazlı hisse senedi çıkarılmasına açıkça izin vermiştir. Söz konusu hükme göre, "Esas mukavele ile bazı nevi hisse senetlerine kâr payı veya tasfiye halindeki ortaklık mevcudunun dağıtılması ve sair hususlarda imtiyaz hakları tanınabilir". Görüldüğü gibi kanun hükmü bu tür imtiyazların tanınmasında hiçbir tahdit öngörmemiştir. Ancak imtiyazlı hisse senetlerinin genel kurul veya yönetim kurulu kararıyla ihdasını engellemektedir. İmtiyazlar ilk esas sözleşmede yer almışsa mesele yoktur. Ortaklığın imtiyazlı hisse senedi bulunsun veya bulunmasın daha sonraki esas sözleşme değişikliği suretiyle yeni imtiyazlı hisse senetleri çıkarılması da mümkündür. Ancak bu halde TK. bir sınırlama getirmektedir. Kanuna göre, genel kurul tarafından esas sözleşmenin değiştirilmesine dair verilen karar imtiyazlı hisse senedi sahiplerinin haklarını ihlâl edecek mahiyette ise, bu karar, adı geçen pay sahiplerinin hususi bir toplantıda verecekleri diğer bir kararla tasdik olunmadıkça, infaz edilemez (TK.m.389). Bu hüküm her ne kadar daha önceki imtiyazlı hisse senetlerinin haklarının ihlâl edilmesi ile ilgili ise de kanaatimizce daha önce çıkarılmış imtiyazlı hisse senedi bulunsun veya bulunmasın adi hisse senetlerinin müktesep haklarının¹⁴ ihlâli halinde de uygulanmalıdır¹⁵. Ancak bu yolla yeni imtiyazlı hisse senedi çıkarılabilir. Aksi takdirde sonradan esas sözleşme değişikliği ile yeni imtiyazlı hisse senedi çıkarılması müktesep hak kavramına ters düşer¹⁶. Çünkü, esas mukavelelerin değiştirilmesi ve müktesep hakları düzenleyen TK.m.385 f.1 hükmüne göre "Aksine esas mukavelede hüküm olmadığı takdirde umumi heyet aşağıdaki maddelerde belirtilen şartlar dairesinde esas mukavelelerin bütün hükümlerini değiştirebilir. ?u kadar ki; münferit pay sahiplerinin bu sıfatla haiz oldukları müktesep haklarında rızaları olmaksızın hiçbir değişiklik yapılamaz". Demek oluyor ki, münferit hissedarların pay sahipliği, oy hakkı, temettü hakkı ve tasfiye bakiyesine iştirak gibi haklarına zarar getirecek ve bu haklarda eşitliği bozacak yeni imtiyazlı hisse senetlerinin esas sözleşme değişikliği suretiyle ihdası ancak tüm hissedarların oy birliği ile mümkün olur. Bu bakımdan yukarda söz konusu ettiğimiz TK.m.389 hükmünde sözü edilen imtiyazlı hisse senedi sahip-

¹⁴ "Müktesep haklar; kanun veya esas mukavele hükümlerine göre umumi heyet ve idare meclisi kararlarına tâbi olmayan yahut umumi heyetin toplantılarına iştirak hakkında doğan, hususiyle azalık, rey kullanmak, iptal davası açmak kâr payı almak ve tasfiye neticesine iştirak etmek gibi haklardır". **TEKİNALP / POROY / ÇAMOĞLU** (2. bası), Ortaklıklar Hukuku, c.1, s.393. Ayrıca geniş bilgi için bkz. **SUCU**, Nail: "Anonim ortaklıklarda Pay Senedinin Sahibine Sağladığı Haklar(II); Yargıtay Dergisi, Y.1979, c.6 sa.4, s.554 vd.

¹⁵ **İMREGÜN**, Oğuz (Kara Ticareti); Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 1984, s.270.

¹⁶ **TEKİNALP / POROY / ÇAMOĞLU** (2.bası), c.1, s.393 vd.

lerinin hususi bir toplantıda alacakları karar, oy birliği ile alınmamış bir karar olursa, TK.m.385 hükmünün uygulanması gerekecektir. Kanun her ne kadar esas sözleşme değişikliği suretiyle imtiyazlı hisse senedi çıkarılmasına cevaz veriyorsa da, TK.m.389 ile 385 hükümleri birbirine tezat teşkil etmektedir. Kanaatimizce, TK. sistemine göre bir hissedarın dahi muhalefeti ortaklığın sonradan imtiyazlı hisse senedi çıkarmasını yasaklamaktadır. Doktrinde de, esas sözleşmenin değiştirilmesi suretiyle imtiyazlı hisse senetleri çıkarılması, imtiyaz konusu haklar müktesep hak olması halinde TK. sistemi içerisinde mümkün olmayacağı, ancak bu husus ortaklığın menfaatine olan bir ihtiyaçtan veya haklı sebepten doğuyorsa yeni hisse senedi çıkarma hakkının ortaklığa tanınabileceği ileri sürülmektedir¹⁷.

TK.m.401 hükmü imtiyazlı hisse senetleri çıkarılmasına herhangi bir sınırlama getirmemekle birlikte, TK.m.385 ve 389 yukarıdaki paragrafta izah ettiğimiz sınırlamaları getirmekte ve böylece uygulamada yeni imtiyazlı hisse senedi çıkarılması engellenmektedir. Oysa, sermaye artırımına ihtiyaç duyan ortaklıkların yeni hissedarlar bulabilmesi için imtiyazlı hisse senetleri çıkarması faydalı olacaktır. TK. ise bu imkânı hemen hemen ortadan kaldırmıştır. Özellikle Sermaye Piyasası Sisteminde bu hususa işlerlik kazandırmak ve yeni düzenlemeler yapmak zaruridir. Her ne kadar müktesep hakların ihlâl edilmemesi gerekliyse de, sermaye sıkıntısı çeken ortaklıkların imtiyazlı hisse senetleri çıkarması ve bu yolla sermaye temini, görünüşte diğer hissedarların müktesep haklarını ihlâl etse de, neticede bu husus diğer hissedarların da menfaatine olacaktır. Çünkü, işletme sermayesi bulunmayan fakat birçok imkânlarla sahip bir ortaklık, belki de tasfiyeye gitmek zorunda kalacak ve hissedarlar bu tasfiye sonucunda zarar edebileceklerdir. Buna karşılık ortaklığın imtiyazlı hisse senedi çıkarmak suretiyle daha kolay bir şekilde elde edeceği sermaye, ortaklığın kârını artırabilecek ve büyümesine sebep olabilecektir. Böylece, görünüşte müktesep hakları ihlâl olunan hissedarlar, gerçekte daha fazla menfaatler elde etme imkânına sahip olacaklardır. Doktrindeki, gereklilik ve haklı sebeplerle yeni imtiyazlı hisse senedi çıkarılabileceği görüşüne katılıyoruz. Bundan dolayı, imtiyazlı hisselerin çıkarılması ortaklığın menfaati için zaruri ise, pay sahiplerinin her birinin rızasının alınmasına gerek olmamalıdır. Aksi durum imtiyazlı hisse senedi çıkarılmasının gayesine de ters düşmektedir.

Diğer taraftan SPK. sistemi içinde müktesep hak kavramı da yeniden gözden geçirilmelidir. TK.m. 385 f.2 hükmüne göre "Müktesep haklar kanun veya esas mukavele hükümlerine göre umumî heyet ve idare meclisi kararlarına tâbi olmayan yahut umumî heyetin toplantılarına iştirak hakkından doğan, hususiyle âzalık, rey kullanmak iptal dâvası açmak, kâr payı almak ve tasfiye neticesine iştirak etmek gibi haklardır." Kanun esas sözleşmede yer

¹⁷ TEKİNALP / POROY / ÇAMOĞLU (2.bası), c.1, s.420.

alan bütün hakları değil sadece genel kurul ve yönetim kurulu kararlarına tâbi olmayan hakları esas sözleşmeden kaynaklanan müktesep hak olarak kabul etmiştir¹⁸. SPK.m.12 hükmü; İmtiyazlı ve itibari değer üzerinde hisse senedi çıkarma, pay sahiplerinin yeni pay alma haklarını sınırlandırma ve İmtiyazlı hisse senedi sahiplerinin haklarını kısıtlama yetkisini yönetim kurulu kararına bıraktığından artık bu konularda sözleşmeye dayanan müktesep haktan söz edilmeyeceği gibi, yetki kanundan kaynaklandığı için kanunî müktesep haktan da bahsedilemez.

SPK.'una göre "kayıtlı sermaye sistemini" kabul eden ortaklıklar TK.'una sistemine istisna teşkil etmektedir. Kayıtlı Sermaye sisteminin, anonim ortaklıkları düzenleyen ve TK. sistemi ile nasıl bağdaşabileceği hususundaki tartışmaları bir tarafa bırakacak olursak, SPK., kayıtlı sermaye sistemini kabul eden ortaklıklar için, imtiyazlı veya adi hisse senetlerinin çıkarılmasına karar verme yetkisini esas sözleşmede hüküm bulunmak şartıyla yönetim kuruluna vermiştir. (SPK.m.3d, m.12). Bu tür ortaklıklar TK.m.389, 391, 392, 393 hükümlerine bağlı kalmaksızın sermayelerini artırabilirler. Ortaklık, SPK.m.12, f.5'e göre yönetim kurulunun imtiyazlı ve itibari değer üzerinde hisse senedi çıkarılması, pay sahiplerinin yeni pay alma haklarının sınırlandırılması konularında veya imtiyazlı hisse senetleri sahiplerinin haklarını kısıtlayıcı nitelikte karar alabilmesi için esas sözleşme ile yetkili kılınması şarttır. Görülüyor ki, SPK. yönetim kurulunun yetkisini sınırlandırmakta ve bunu esas sözleşmeye bırakmaktadır. Esas sözleşmenin bu hususlarda yönetim kuruluna yetki vermesi halinde ve diğer hususlarda esas sözleşmede hüküm bulunmasa dahi yönetim kurulu; yeni çıkarılacak ve ihraç edilecek hisse senetlerinin miktarını (kayıtlı sermaye miktarını aşmamak kaydıyla) ve ihraç zamanlarını, esas sözleşme hükümlerini ihlâl etmemek şartıyla serbestçe belirleyebilirler. Ancak esas sözleşmede sadece yönetim kurulunun imtiyazlı hisse senedi çıkarabileceğine dair hüküm yeterli değildir. TK.m. 279 hükmü "Kurucularla idare meclisi âzalarına ve diğer kimsele-re şirket kazancından sağlanacak hususi menfaatler" in esas sözleşmede belirtilmesini öngörürken, TK.m 300 hükmü de muayyen hisse senetlerinin bahsettikleri imtiyazların tescil ve ilanını emretme ve TK.m.401 hükmü de imtiyazların esas sözleşme ile tanınabileceğini hükme bağlamaktadır. Bu bakımdan, esas sözleşmede bulunacak hüküm imtiyazların konularını, niteliklerini, şartlarını ve sınırlarını da açıklayacak şekilde olmalıdır¹⁹. Esas sözleşmede bulunması gereken hüküm hem imtiyazlı hisse senedi çıkarılabileceğine ve bunun nitelik ve şartlarına ilişkin olmalı hem de TK.'na göre mün-

¹⁸ Geniş bilgi için bkz. TEKİNALP, Ünal (16) : "Esas Sözleşmesel Müktesep Hak", İktisat ve Maliye Dergisi, 1973, c.XXX, sa.1, s.21 vd.

¹⁹ Geniş bilgi için bkz. TEKİNALP / POROY / ÇAMOĞLU (6.bası), s.401; KARAHAN, s.25 vd.; ÖZKORKUT, Korkut: Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali, Ankara 1996., s.68

Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunun İmtiyazlı Hisse Senedi Çıkarma Yetkisi

hasıran genel kurulda olan karar yetkisinin SPK.m.12 hükmü gereğince yönetim kuruluna devredildiğine ilişkin olmalıdır²⁰.

Yönetim kurulunun esas sözleşmeye dayanarak itibari değer üzerinde hisse senedi çıkarılmasına karar verebilmesine karşılık, itibari değer tespiti konusunda yetkisi yoktur. İtibari değer ana sözleşme ile tespit edilmiş olması, hisse senedinin cinsi ve grubunun esas sözleşmede yer alması gerekir²¹.

²⁰ KARAHAN, s.25 vd.; ÖZKORKUT, s.68

²¹ TEKİNALP (Sermaye), s.49.

**TÜRK PATENT ENSTİTÜSÜNÜN
MARKALARDA İLTİBASIN ÖNLENMESİNE İLİŞKİN YETKİSİ
YÖNÜNDEN MUTLAK VE NİSPİ RED NEDENLERİ**

Doç. Dr. Ahmet Battal*

**DIE ZUSTAENDIGKEIT DES TÜRKISCHEN PATENTINSTITUTES
HINSICHTLICH DER VERHINDERUNG DER VERWECHSLUNG VON
WARENZEICHEN UND DIESBEZÜGLICHE ABSOLUTE UND
RELATIVE ABLEHNUNGSGRÜNDE**

ÖZET

Markaların Korunması Hakkında KHK.nin 7. ve 8. maddelerinde, tescili istenen markanın hangi yönlerden incelemeye tabi tutulacağı açıklanmıştır. Bu inceleme kriterlerinden biri de, bir marka başvurusunun, daha önce tescil edilmiş bir marka ile iltibas oluşturup oluşturmadığıdır. Diğer ifadeyle, tescilli marka ile iltibas, önemli bir red gerekçesidir.

Ancak bu gerekçe hem 7. maddede, hem de kısmen farklı ve daha ayrıntılı bir ifadeyle 8. maddede yer almaktadır. 7. madde, Türk Patent Enstitüsünün kendiliğinden ele alacağı inceleme konularını içermekte, buna karşılık 8. madde, ilgililerin itirazı üzerine ele alınacak inceleme gerekçelerini saymaktadır. Bu tekrar nedeniyle, uygulamada ve doktrinde, iki hükmün kapsamının ve amacının aynı olup olmadığı hususu tartışma konusu olmuştur.

Makalede bu konudaki görüşler ele alınmış ve sonuç olarak, her iki hükmün kapsamı yönünden bir farkın bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

ZUSAMMENFASSUNG

Im Artikel 7 und 8 der Verordnung mit Gesetzeskraft über den Schutz von Warenzeichen wird erklart, nach welchen Kriterien ein Antrag auf Eintragung eines Warenzeichens untersucht werden soll. Einer der Untersuchungskriterien ist es, ob das einzutragende Warenzeichen mit einem früher angemeldeten Zeichen verwechselt werden kann.

* Gazi Üniversitesi Ticaret ve Turizm Eğitim Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi battal@gazi.edu.tr

Die Gründe zur Ablehnung werden sowohl im Artikel 7, als auch mit etwas anderem Inhalt und Einzelheiten im Artikel 8 vorgeführt. Während der Artikel 7 nur die Ausschlussgründe enthaelt, die durch das Türkische Patentinstitutes von Amts wegen zu untersuchen sind, werden dagegen im Artikel 8 die Beschwerdegründe, die durch die betreffenden Personen vorgebracht werden, untersucht.

Wegen dieser Wiederholung wird in der Praxis und Literatur diskutiert, ob der Inhalt und Zweck dieser beiden Bestimmung dasselbe ist. In diesem Aufsatz werden die Meinungen untersucht und wird im Ergebnis festgestellt, dass es zwischen dem Inhalt der beiden Bestimmungen keinen Unterschied gibt.

TÜRK PATENT ENSTİTÜSÜNÜN MARKALARDA İLTİBASIN ÖNLENMESİNE İLİŞKİN YETKİSİ YÖNÜNDEN MUTLAK VE NİSPİ RED NEDENLERİ

1. GİRİŞ

Markaların Korunması Hakkında 556 sayılı KHK'nin "Markanın İçereceği İşaretler Ve Markanın Elde Edilmesi" başlıklı ikinci bölümde yer alan 7. maddesinde, "Marka tescilinde red için mutlak nedenler" başlığı altında, TPE'nin, marka başvurusunu değerlendirirken re'sen nazara alması gereken kriterler sayılmakta, 8. maddede ise "Marka tescilinde red için nispi nedenler" başlığı altında, ilgililerin itirazları üzerine inceleme yapılması gereken kriterler açıklanmaktadır.

Tescil edilmiş bir markanın aynısı veya ayırt edilemeyecek kadar aynısı ya da benzeri olan diğer bir markanın, aynı ya da aynı türdeki mallar için tescil edilmesi halinde, iki marka arasında iltibas meydana geleceği açıktır. Kanun koyucu bu durumun önüne geçebilmek amacıyla yukarıda zikredilen hükümler içinde ayrıntılı kurallar koyarak ikinci tescili engellemektedir.

Ancak iltibas ihtimalinin tescili engelleyici etkisi, hem mutlak hem de nispi red nedenleri arasında sayılmıştır. Bu durum iki hükmün kapsamı konusunda doktrinde farklı görüşlerin savunulmasına ve uygulamada tereddütlerin oluşmasına sebep olmuştur. Aşağıda bu iki hükmün amacı ve sebebi üzerinde durulacak ve bir sonuca ulaşılmaya çalışılacaktır.

2. MARKA TESCİL SİSTEMİ VE TESCİLE ENGEL OLAN SEBEPLERLE İLGİLİ HÜKÜMLER

Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında 544 Sayılı KHK.nin 3. maddesinin (a) bendi gereğince TPE; “patent ve markalar ile diğer kanunlarla koruma altına alınmış olan sınai mülkiyet haklarının, ilgili mevzuat hükümleri uyarınca tescilini ve bu hakların korunması ile ilgili işlemleri yapmak” ile görevlendirilmiştir.

Bu hükümle kendisine verilen görev gereğince, bir marka tescil başvurusu alan TPE, bu başvuruyu önce 23. ve 29. maddede belirtilen biçimde şekli olarak inceleyecektir. Şekli eksiklik yoksa ya da giderilmişse, esasa ilişkin incelemeye başlayacak ve başvuruyu, 31. madde gereğince 3. maddeye uygunluk yönünden ve 32. madde gereğince de 7. maddedeki mutlak red nedenleri yönünden inceleyecektir. Herhangi bir hukuka aykırılık görmemişse 33. madde uyarınca başvuruyu yayınlayacaktır.

Yayın ile, başvuru ilgililerin incelemesine ve değerlendirilmesine sunulmuş olacaktır. İlgililerin “tescil başvurusu yapılmış markanın 7 nci ve 8 inci madde hükümlerine göre tescil edilmemesi gerektiğine ilişkin itirazlar”ı varsa, 35. madde gereğince TPE bu itirazlar inceleyecek ve reddettiği takdirde markayı tescil edecektir.

Bu hükümlerden de anlaşıldığı üzere, 7. maddedeki mutlak red nedenleri kural olarak ilan öncesi birinci aşamada ve TPE tarafından kendiliğinden (re’sen) nazara alınacaktır. (Bununla birlikte ilan sonrası itirazlar içerisinde 7. maddeye aykırılık hususu ileri sürülmüş ise TPE bu itirazı da değerlendirecektir.)

Buna karşılık 8. maddedeki nispi red nedenleri açısından inceleme, sadece ilgililerin bu doğrultuda yapacağı bir itiraz üzerine gerçekleştirilecektir. (Ancak her iki halde de TPE.nin kararı yargı denetimine açık bir idari karar niteliğindedir.)

O halde, mutlak red nedenleri arasında sayılmış bulunan bir tescil engelinin ayrıca bir de nispi red nedenleri arasında sayılmasına gerek yoktur denilebilir. Oysa, 7. ve 8. madde hükümlerinden de anlaşıldığı üzere, iltibas ihtimali hem mutlak red nedeni hem de nispi red nedenidir. Belirtelim ki iki hüküm arasında bazı farklar da vardır. Aşağıda, bu farkların önemli olup olmadığını değerlendireceğiz.

Ancak önce bu iki hükmün ele aldığımız konu ile ilgili kısmını aktaracağız.

MarkKHK. 7.nin ilgili kısmı şu şekildedir:

“Marka tescilinde red için mutlak nedenler

7. Aşağıda yazılı işaretler marka olarak tescil edilemez:

a) ...

b) aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı olan markalar,

...”

MarkKHK. 8’in birinci bendi ise şu şekildedir:

“Marka tescilinde red için nispi nedenler

8. Tescil edilmiş veya tescil için başvuru yapılmış bir markanın sahibi tarafından itiraz yapılması durumunda, aşağıdaki hallerde marka tescil edilemez:

a) Tescil için başvurusu yapılan marka, tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka ile aynı ise ve aynı mal ve hizmetleri kapsıyorsa,

b) Tescil için başvurusu yapılan marka, tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya benzer ise ve tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir markanın kapsadığı mal ve hizmetlerle aynı veya benzer ise, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış markanın halk tarafından karıştırılma ihtimali varsa ve bu karıştırılma ihtimali tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile ilişkili olduğu ihtimalini de kapsıyorsa.”

3. SİCİL VE TESCİLİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Devlet, mülkiyet hakkı ve diğer aynı hakların korunmasını sağlamak amacıyla resmi siciller tutar. Bu sicillerde yer alan bilgiler, aynı hakka ilişkin bir ihtilafta, ispat hukuku açısından, hakkı iddia eden ve sicil kaydına dayanan taraf lehine bir hak varsayımı ve bir ispat kolaylığı oluşturur.

Nitekim MK. 7/1’de “Resmi sicil ve senetler, belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturur.” denilmektedir. Bu hüküm, aynı kanunun 5. maddesinde yer alan “ Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır.” kuralı gereğince; sadece Medeni Kanunda öngörülen Kişisel Durum Sicili ve Tapu Sicili gibi siciller için değil, özel hukuk haklarının tümü ile ilgili her tür sicil için geçerlidir. Diğer ifadeyle konumuzu oluşturan Marka Sicili de hakkın ispatı için varsayım oluşturan bir sicildir.

Resmi siciller, tescil olunan hakkın maddi malvarlığı niteliği taşıyıp taşımadığı yönünden farklı kurallara tabidir.

Maddi mallar üzerindeki haklar için tescil, meşru bir sebebe dayanan fiili durumu hukukileştiren bir etki yapar. Bu yönüyle, çoğunlukla bildirici niteliktedir. Zira maddi varlıkların tekil niteliği nedeniyle, ihtilaf sadece varlığın izinsiz kullanılması veya gasb edilmesi gibi hususlar üzerinde yoğunlaşır. Örneğin bir arazi tapuda A adına tescilli iken, bir hakka dayanmaksızın, ancak B ve/veya C tarafından kullanılabilir. Diğer deyişle, maddi varlığın tekil olması nedeniyle hak sahibinin riski bireysel ihlaller niteliğindedir.

Buna karşılık, gayri maddi mallar üzerindeki hakların başkalarınca ihlal edilebilmesi ihtimali, bu hakların soyut ve çoğaltılabilen niteliği nedeniyle daha yüksektir. Örneğin A'nın tescilli markasını aynı anda B, C, D, vd. ihlal edebilir hatta kendilerine ait olduğunu ileri sürebilir.

Bu fark nedeniyle, fikir ve sanat eserleri ve ticari isimler/işaretler üzerindeki hakların korunmasında, sicil kayıtlarının etkisi oldukça sınırlıdır. Bu etki öncelikle ve çoğunlukla, sonraki tescilin önlenmesi şeklinde kendisini gösterir.

4. İLTİBAS KAVRAMININ MARKA HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜMÜ VE İLTİBASI TESBİT YÖNTEMİ

İltibas Osmanlıca - Türkçe sözlükte “iki veya daha çok şeyin biri öteki sanılacak surette birbirine benzemesi” olarak tanımlanmaktadır. Bu kavram, hukuki bir terim olarak olumsuz bir anlam içermekte ve bir kişinin kendi fikir ya da sanat eserini veya işletmesini ve ürünlerini başkasının önceden var olan ürününe benzetmesi ve bundan ekonomik çıkar sağlamak suretiyle ya da doğrudan zararla önceki ürün/hak sahibine zarar vermesidir.

Kanun koyucu hukuka aykırı ve zarar verici her davranışı, sözleşmeye aykırılık ya da -çoğunlukla- haksız fiil olarak değerlendirir ve engellenmeye çalışır. Haksız fiil türlerinden biri ve ticari hayatta en önemlisi olan haksız rekabet genel olarak BK. 48'de ve ticaret hayatındaki önemi nedeniyle ayrıca TTK. 56 vd. maddelerinde düzenlenmiştir.

Bu hükümler arasında sayılan en önemli haksız rekabet hali iltibasa yol açmaktır ve TTK. 57/5'te şu şekilde düzenlenmiştir: “Başkasının emtiası, iş mahsulleri, faaliyeti veya ticaret işletmesiyle iltibaslar meydana getirmeye çalışmak veya buna müsait bulunan tedbirlere başvurmak, hususiyle başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları ile iltibasa meydan verecek surette ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları kullanmak veyahut iltibasa meydan veren malları, durumu bilerek veya bilmeyerek satışa arz etmek veya şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple olursa olsun elinde bulundurmak.”

Kanun koyucu, ticari hayattaki iltibasın bu genel hükümle yeterince önlenemeyeceğini öngörerek tescil sistemini de geliştirmiştir. Böylece iltibasa konu oluşturabilecek haklar/varlıklar üzerindeki üstün hakkın ve

önceliğin kime ait olduğu konusunda ortaya çıkabilecek ihtilafları da önlemeyi hedeflemiştir¹. Bu amaçla bir yandan TTK. 41 vd. hükümlerle ticaret ünvanı ve işletme adının tescil yolu ile korunması sistemi kurulmuş, öte yandan ticari isimler/işaretler ve özellikle markalar için de tescil ile korumaya yönelik özel kanuni düzenlemeler yapmıştır.

Uygulamada iltibas çoğunlukla ticari isimler ve özellikle markalar arasında söz konusu olmaktadır. Markalarda iltibas başlıca iki biçimde olabilir. Birincisi; tescilli ya da tescilsiz bir markanın aynısını ya da benzerini, aynı ya da türdeş ürünler ya da hizmetlerde, tescil ettirmeksizin kullanmak suretiyle iltibas meydana getirmek şeklinde görülebilir. Bu ihtimal genel olarak TTK. 56. vd.ndaki haksız rekabet hükümleri ve özellikle MarkKHK 9/2 kapsamında koruma altındadır. İkincisi ise tescil edilmiş (ya da tescil için başvurusu yapılmış) bir markanın aynısını ya da benzerini aynı ya da türdeş ürünler ya da hizmetlerde kullanmak üzere tescil ettirmek şeklinde görülebilir.

MarkKHK, temelde ikinci tür iltibas önlemek amacıyla, bir tescil sistemi kurmuş bulunmaktadır. Böylece, tescilli (ya da tescil edilmek üzere olan) bir marka üzerinde sahibinin korunmaya değer üstün hakkı, sonraki tescillerin önlenmesi yolu ile korunmuş olmaktadır.

Bu korumanın yeterli olabilmesi için, hangi halde iltibasın ortaya çıkmış sayılacağı net biçimde açıklanmalıdır. İltibasın iki şartı vardır:

Birinci olarak; ikinci markanın, birinci markanın kullanıldığı ürün ya da hizmet ile aynı ya da aynı tür (türdeş) ürün ya da hizmet için kullanılıyor olması gerekir (Tanınmış markalar ile ilgili istisnayı burada ele almayacağız.). Ürün ve hizmet türleri ve sınıfları ile ilgili olarak uluslar arası anlaşmalarla belirlenmiş tasnif, Türk hukuku için de geçerlidir.

İkinci olarak; ikinci markanın, birinci marka ile tamamen aynı ya da en azından kolaylıkla ayırt edilemeyecek kadar aynı olması gerekir ki, mal ya da hizmet alıcıları yönünden bir iltibas ve dolayısıyla bir haksız rekabet ve bir haksız fiil oluştursun ve MarkKHK. kapsamında tescilinin önlenmesi gereksin. Bu şartın hangi hallerde gerçekleşmiş sayılacağı tamamen bir maddi hukuk meselesidir ve nihai planda, her somut olay için ayrı değerlendirmeye tabi tutularak, yargı kararı ile netlik kazanacaktır.

Ancak bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin, tescil talebinin hangi aşamasında ve hangi ölçüye göre inceleneceği hususu, bir tescil prosedürü (usül) meselesidir. Yukarıda da açıkladığımız üzere, MarkKHK.nin 7. ve 8. maddelerinde, bu tür bir denetimin, hem ilk başvuru aşamasında mutlak red nedenleri içerisinde, hem de ilgililerin itirazı halinde nispi red nedenleri

¹ ARKAN SABİH: *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara-2001, s. 298.

içerisinde ele alınacağı açıklanmıştır. Bu durumda iki hükmün telif edilmesine (uyumlaştırılmasına) ihtiyaç vardır.

5. İLTİBASIN TESBİTİ YÖNTEMİYLE İLGİLİ OLARAK DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER

Yukarıda işaret ettiğimiz problemi ortaya koymuş ve çözüm teklif etmiş olan yazarların görüşlerini aşağıya aynen alacak ve değerlendireceğiz.

Marka Hukuku ile ilgili müstakil bir eserin sahibi olan **Arkan**'ın konu ile ilgili görüşü şu şekildedir²:

“KHK 7/1(a), aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile *aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı* olan markaların tescilini yasaklamaktadır. Nispi red nedenlerini gösteren KHK. 8'in (a) bendinde de tescil edilmiş veya tescil için başvuru yapılmış bir markanın aynının, aynı mal veya hizmet için tesciline, eski marka sahibinin itiraz edebileceği gösterilmiştir. Aynı durumun hem mutlak hem nispi red nedeni olarak gösterilmesi isabetli değildir.

“Tescili istenen markanın, daha önce tescil edilmiş (ya da tescili konusunda başvuruda bulunulmuş) markanın *aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar aynı* olup olmadığı re'sen TPE tarafından değerlendirilecektir. KHK. 7/1(a)'da, nispi red nedenleri arasında yer alan KHK. 8/1 (b)'den farklı olarak, 'markanın halk tarafından karıştırılma ihtimali'nden ayrıca söz edilmemiştir. Dolayısıyla KHK. 7/1(a)'daki 'aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı olan marka' ifadesinin, markalar arasındaki benzerliğin iltibasa yol açıp açmayacağına ayrıca inceleme yapılmasını gereksiz kılacak derecede güçlü ve açık olduğu halleri kapsadığı söylenebilir. Başka bir deyişle, 'ayırt edilemeyecek kadar aynı olan marka'da, iltibas tehlikesinin varlığı mutlak şekilde kabul edilir; bu hususun ayrıca ispatına, bilirkişi incelemesi yapılmasına gerek duyulmaz.”

Görüldüğü üzere **Arkan**, aynı inceleme kriterlerine hem mutlak hem de nispi red nedenleri arasında yer verilmesini isabetsiz bulmakta, ancak mutlak red nedeni oluşturan iltibas hallerinin aksine, nispi red nedeni oluşturan iltibas hallerinin, sadece çok açık iltibas hallerini değil inceleme ve değerlendirme gerektiren halleri de kapsadığını savunmaktadır.

Yazar ayrıca nispi red nedenlerini incelerken de³ konuya değinmekte ve “daha önce tescil edilmiş bir markanın aynı olan markanın” tescilinin, mutlak red nedenlerine dayanarak reddedilmesi gerektiğini belirtmektedir:

² **ARKAN SABİH**: *Marka Hukuku*, C. I, Ankara-1997, s. 75.

³ **ARKAN**, *Marka Hukuku*, s. 97.

“Bu halde markalar arasında iltibasın varlığı mutlak olarak kabul edilmiş ve itirazda bulunana herhangi bir ispat yükü yüklenmemiştir.”

Yazar, daha önce tescil edilmiş veya tescil için başvuruda bulunulmuş marka ile “iltibasa neden olan marka” başvurusu için, 8. madde kapsamında, nispi red gerekçelerinin ileri sürülme usulü ve nedenleri yönünden inceleme yapılması gerektiğini belirtmektedir.

Bu durumda Yazar’ın, tescilli bir markanın aynısından ibaret olan ikinci markanın tartışmasız bir biçimde iltibas ortaya çıkaracağından hareketle, “aynı olan marka” ile “iltibasa neden olan marka” arasında teknik olarak bir fark gördüğü ve birinci grubu 7. madde, ikinci grubu ise 8. madde kapsamında değerlendirdiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Marka Hukuku alanında müstakil eser telif etmiş diğer bir yazar olan **Tekinalp**⁴’e göre ise:

“Marka hukukunda öncelik ilkesi hakimdir. Evrensel nitelik taşıyan bu ilkeye göre, marka olarak tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir işaret, aynı mal ve hizmetler için başkası tarafından tescil ettirilemez. Söz konusu neden aynı zamanda nispi red nedenleri arasında da yer alır. Bunun sebebi, aynı işareti daha önce marka olarak tescil ettirmiş veya başvuru yapmış olanlara itiraz hakkı tanıyarak TPE’nin gözünden kaçan veya TPE tarafından yanlış değerlendirilen olaylara müdahaledir. Önce tescil ettiren kişi, o işaret üzerinde o mal ve hizmetler için inhisar ve başkasının tescilini men etme hakkını kazanır. Bununla birlikte iki hüküm arasında bazı farklar vardır. Konuyu mutlak neden olarak düzenleyen hükümde ‘aynı türdeki mal ve hizmetler’ denilirken, aynı konuyu nispi kabul eden hükümde ‘benzer’ mal ve hizmetlerden söz edilmiştir. Bunun gibi, birinci hüküm ‘ayrıt edilemeyecek kadar aynı olan markalar’ formülünü kullanırken, ikinci hüküm ‘marka ile benzer ise’ ifadesini tercih etmiştir. Nihayet ikinci hükümde, halk tarafından karıştırılma ihtimali bulunan işaretlerin de itiraz üzerine tescillerinin yapılmayacağı belirtilirken birinci hüküm bu varsayıma yer vermemiştir. Kanaatimce, ilk iki fark aynı kavramların değişik sözcüklerle anlatımından kaynaklanmakta, bunun hüküm başkalığı doğurmaması gerekmektedir. Çünkü, ‘benzer’i tanımlamak zaten zor iken ‘benzer’ ile ‘aynı türü’ ayırmak bir kat daha güç olacaktır. İkinci olarak, ‘benzer’ işaret ile ‘ayrıt edilemeyecek kadar aynı’ işaret arasında fark olduğu şüphesizdir. Ancak birincisini nispi, ikincisinin mutlak red nedeni oluşturması uygulamayı zorlaştırır. Üçüncü fark ise önemlidir. ‘Karıştırılma ihtimali’ gibi

⁴ **TEKİNALP ÜNAL**: *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul-1999, s. 370-371.

değerlendirme ve yargı gerektiren bir konuda kanun koyucunun TPE'ye re'sen yetki tanımak istemediği, bunun bir itiraz konusu yapılmasının doğru olabileceği düşünülebilir. Bu farklılığın bilincinde olmakla beraber, bu son sebebin de pratik bir yararının olmadığı görüşündeyim. Halkın karıştırılabileceği bir işaretin marka olarak tescilini TPE re'sen reddedebilmelidir.”

Yazar, **Arkan**'ın aksine, 7. maddedeki iltibas kriterinin 8. maddede de tekrar edilmesini, özellikle resen yapılan inceleme sırasında gözden kaçan hususların itiraz üzerine son kontrol sırasında değerlendirilebilmesi açısından anlamlı ve yerinde bulmaktadır.

Buna karşılık **Tekinalp** de **Arkan** gibi, 7. maddedeki ifade biçiminin 8. maddenin (a) bendinde ve (b) bendinin baş kısmında değiştirilmiş olmasını gereksiz görmektedir. Ancak, yine **Arkan** gibi, (b) bendinde öngörülen, halk tarafından karıştırılma ihtimali oluşturan iltibas hallerinin, mutlak değil nispi red nedeni sayılmasını, net karar verilemeyecek olan tartışmalı konular niteliğinde olması nedeniyle anlaşılabilir bulmakta ancak yine de sonuç olarak doğru bir çözüm olarak görmemektedir.

MarkKHK'nin hazırlanması için kurulan komisyonun da üyelerinden olan **Karaahmet** ve **Yalçiner** ise konu ile ilgili olarak şu görüşü ileri sürmüşlerdir⁵:

“Bu hükmün burada da bulunmasının ana nedeni, Enstitü tarafından 7'inci madde kapsamında yapılan incelemede herhangi bir nedenle dikkate alınmamış bir hususa bağlı olarak, ilan edilen bir marka başvurusuna yine üçüncü kişilerce itiraz edilerek mükerrer marka tescilini önleme olanağını sağlamaktır.”

Görüldüğü üzere, kanun hazırlama çalışmalarına da katılmış olan bu yazarlar, iki maddedeki inceleme kriterleri arasında bir fark görmemekte, sadece TPE'ne, itiraz üzerine aynı kriterlere göre yeniden inceleme yapma görevi verildiğini savunmaktadırlar.

6. GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE SONUÇ

Özetleyecek olursak, yukarıda incelendiği üzere, her üç eserde, 7. maddenin 8. maddede tekrar edilme sebebi yönünden görüş birliği yoktur. Yine, TPE'nin inceleme yetkisi ve kapsamı açısından, her iki maddedeki iltibas kriterleri arasında bir fark olup olmadığı hususunda da bir görüş birliği mevcut değildir.

Kanaatimizce 7. maddedeki red nedeninin 8. maddede tekrar edilmiş olması gereksiz bir hüküm değil, **Tekinalp** ve **Karaahmet/Yalçiner**'in de

⁵ **KARAAHMET ERDOĞAN / YALÇINER UĞUR G.:** *Marka Tescilinin Temel İlkeleri ve Uygulamaları*, Ankara-1999, s. 44.

belirttiği gibi özel amaca yönelik bir tekrar niteliğindedir. Markalarda iltibas, marka hukukunun en önemli hak ihlali biçimlerinden olduğundan, kanun koyucu resen yapılacak incelemenin yeterli olmayabileceğini nazara alarak, itiraz üzerine inceleme yapılmasının da yolunu açmış ve böylece TPE.ne, ilk inceleme aşamasında gözden kaçırmış olabileceği bir iltibas halini, itiraz üzerine görme ve tedbir alma görevini yüklemiştir.

İki hüküm arasında inceleme kriterleri yönünden bir fark olup olmadığı konusuna gelince, kanaatimizce kanun koyucu iki hükmün cümle kurgusu arasında bir fark oluştururken, bir kriter farkı oluşturmak niyet ve amacıyla hareket etmemiştir. Bu görüşümüzün üç sebebi vardır.

Öncelikle, 8/2'deki cümle yapısı, bir anlam aramayı gerektirecek derecede düzgün kurulmuş bir cümle yapısı olarak görünmemektedir. Muhtemelen, taslağın kaleme alınması sırasında birden çok kere değişiklik yapılması sonucunda, uzun ancak anlamlı sayılmayacak tekrarlarla dolu bir hüküm ortaya çıkmış olmalıdır.

İkinci olarak, böyle bir anlamlı fark oluşturmaya gerek bulunmamaktadır. Zira her iki halde de iltibas önlemeye yönelik incelemeyi yapacak ve sonuçlandıracak olan TPE.dir. İltibas ihtimalini 7. madde kapsamında re'sen yaptığı ilk inceleme sırasında yeterince değerlendirmiş ise, itiraz üzerine yapacağı ikinci incelemede de, yine kendisi, aynı sonuca ulaşacaktır. Aksi sonuca ulaştığı takdirde ilk görüşünü değiştirmesine ise, zaten bir engel bulunmamaktadır.

Üçüncü olarak, TPE, 8. madde gereğince inceleme yaparken, **Arkan**'ın iddiasının aksine, kanaatimizce itiraz ileri süren taraftan bir delil isteme hakkına sahip değildir. Aslında buna ihtiyaç da yoktur.

Zira 35/3,2. c. gereğince "Enstitü itiraz sahibinden, yönetmelikte öngörülen sürede yerine getirilmek üzere, ek belge, kanıt ve gerekçeler isteyebilir." Ancak bu hüküm genel olarak bütün itiraz halleri için kaleme alınmıştır. Oysa tescili istenen bir markanın, önceki tescilli marka ile iltibas oluşturduğu iddiası, diğer itiraz sebeplerinden farklı olarak, maddi vakıaya ilişkin olmadığından, delil toplamayı (ve bu meyanda bilirkişi incelemesi yaptırmayı) gerektirmeyen bir husustur. İltibas ihtimalinin varlığı iddiasının doğru olup olmadığını, TPE. kendi teknik uzmanlarının bilgileri yardımıyla sonuca bağlayacaktır.

Dolayısıyla 7. ve 8. maddedeki kriterler arasında ispat yükü yönünden de bir fark bulunmamaktadır.

Nitekim **Tekinalp** de bu hususa işaretle "halkın karıştırılabileceği bir işaretin marka olarak tescilini TPE re'sen reddedebilmelidir" diyerek, kriterler açısından bir farka ihtiyaç bulunmadığı sonucuna varmaktadır.

Sonuç olarak, MarkKHK. 7/b'de yer alan iltibas kriterleri ile ve 8/a ve b'de yer alan iltibas kriterleri arasında bir fark bulunmamaktadır. Uygulama bu şekilde yürütülmeli ve 8/b maddesi ilk fırsatta, tereddütleri ortadan kaldıracak biçimde yeniden kaleme alınmalıdır.

MEDENİ KANUN MADDE 174/I İLE 175

ARASINDAKİ FARKLAR

(Die Unterschiede Zwischen Art 174/ Abs. I und Art 175 MK)

Yard. Doç. Dr. Cemal OĞUZ*

ÖZET

Bu makalede irat biçiminde bağlanan tazminat ile yoksulluk nafakası İsviçre, Türk Hukuk Doktrini ve Yargı Uygulaması incelenerek karşılaştırılmıştır. Bu yapılırken önce her iki iradın istenebilmesi şartlarına değinilmiş daha sonra da aralarındaki farklar anlatılmıştır. Ödentilerin ayrıldıklarının noktaların tespitinde ödeme yükümü olanın kusuru, irat alacaklısının yaşam standardı, yükümlünün ödeme gücü gibi kriterlere bakılmış bunlarla ilgili geniş anlatıma yer verilmiştir.

Konu, bağlanan irat miktarının değiştirilmesi açısından da ele alınmış borçlunun bozulan mali gücü ile irat alacaklısının iyileşen durumlarının indirimde oynadıkları değişik etkiler, ödentilerin türüne göre anlatılmıştır.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Scheidung beseitigt somit nicht seaemtliche Vermögens rechtlichen Folge der Ehe. Insbesondere bleibt der Unterhaltsanspruch des Schuldlosen Ehegatten unberührt. Aufgrund der Leistungen nach Art 174/I und Art 175 MK können zwischen den Ehegatten auch nach der rechtskraeftigen Scheidung noch rechtliche Beziehungen bestehen

Bei dieser Arbeit habe ich die Unterschiede zwischen Unterhaltsrente und Bedürftigkeitsrente festgestellt. In vielen Aspekten vergliche ich Art 174/I und Art 175 MK.

Anahtar Kelimeler: Maddi Tazminat İradı, Yoksulluk Nafakası
Bedürftigkeitsrente, Unterhaltersatzrente

MEDENİ KANUN MADDE 174/I İLE 175 ARASINDAKİ FARKLAR

I. GİRİŞ

Boşanma eşlerin malvarlığını iki şekilde etkiler. Evliliğin sona ermesi zorunlu olarak öncelikle mallarının tasfiyesi meselesini ortaya çıkarır. Tasfiye Medeni Kanun'un 179. maddesi gereği eşlerin bağlı olduğu mal rejimi hükümlerine göre yapılır. Bu vasıta ile ayrılanların evlenmemiş olsalardı edinebilecekleri mal varlıkları tekrar yaratılmaya çalışılır¹. Boşanan eşler artık birbirinin mirasçısı da olamaz (MK. m.181/I). Ölüme bağlı tasarrufla birinin diğeri lehine yaptığı bağışlar da hükmünü kaybeder (MK m.181/1.2)².

Diğer yandan boşanmayla birlikte maddi manevi tazminat ile yoksulluk nafakasına ilişkin yeni talepler ortaya çıkar (MK m.174, 175). Genellikle bunlarda söz konusu olan koca tarafından yerine getirilecek edimlerdir. Ancak hem MK m.174 hem de MK m.175, eşler arasında cins ayrımı gözetmeksizin şartları varsa kocanın da aynı taleplerde bulunabileceği biçiminde kaleme alınmıştır.

Her iki hüküm birbiriyle karşılaştırıldığında çıkış noktaları itibariyle tamamıyla farklı iki meseleyi düzenler görünmektedir. Ancak dikkatlice bakıldığında ikisinin de benzer biçimde nafaka alacağına yol açtıkları anlaşılır. MK m.174/I'in kenar başlığı her ne kadar tazminata ilişkin olsa da tazminatın bilhassa irat biçiminde ödettirilmesi halinde onun da aslında ekonomik bakımdan güçsüz eşin geçimini temin etmeye yönelik olduğu anlaşılır.

Çalışmamızda iki madde arasındaki farkları ortaya koymaya uğraşacağız. Maddi tazminat ve yoksulluk nafakasının ödenme biçimini düzenleyen ve her ikisi için de ortak hükümler koyan MK m.176 üzerinde fazlaca durmayacağız. Bu madde her iki ödentinin de toptan veya durumun gereklerine göre irat biçiminde ödettirilmesine karar verilebileceğine hükmetmişse de Hukuk Uygulamamız genellikle tazminata toptan, yoksulluk nafakasına irat biçiminde karar vermektedir. Ancak toptan ödemenin, meblağın yüksekliği nedeniyle zorluk arz edeceği veya borçlu için sermaye kaybına yol açacağı durumlarda maddi tazminatın da irat biçiminde bağlanması daha isabetlidir.

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü Öğretim Üyesi.

¹ ÖZTAN Bilge: *Aile Hukuku*, B.3, Ankara, 2000, s.360; FEYZİOĞLU Feyzi N. : *Aile Hukuku*, B.3, İstanbul, 1986, s.380; AKINTÜRK Turgut: *Aile Hukuku*, B.6, İstanbul, 2002, s.286.

² Mirasçılık haklarının kaybıyla ilgili geniş bilgi için TEKİNAY Selahattin S. : *Türk Aile Hukuku*, B.6, İstanbul, 1986, s.301-303; SAYMEN Ferit H. / ELBİR Halid K. : *Türk Medeni Hukuku*, C.III, *Aile Hukuku*, İstanbul, 1960, s.275.

Yalnız bu halde BK m.43/II gereği borçludan teminat göstermesi istenmelidir³.

II. MEDENİ KANUN MADDE 174/1 ve 175'TEN DOĞAN EDİMLERİN İSTENEBİLMESİ ŞARTLARI

1. Kusur

Medeni Kanun m.174/I kusursuz veya daha az kusurlu eşin tazminat isteyebileceğine hükmetmişken m.175, kusuru daha ağır olmayan tarafın yoksulluk nafakası isteyebileceğini düzenlemiştir. Maddelerin lafzına bakıldığında MK m.175'in kusurların eşit olması halinde dahi yoksulluğa düşecek eşe nafaka bağlanabilmesine imkan sağladığı görülür. MK m.174/I anlamında kusursuz veya daha az kusurlu eşten anlaşılması gereken boşanmada kusuru olmayan ya da hafif kusurlu eştir. Başka deyişle evliliğin temelinden sarsılmasına sebep olmayandır⁴. Tersinden ifade edecek olursak boşanma sebebini başlı oluşturmada yeterli kusuru olan taraf daha az kusurlu sayılacaktır.

Medeni Kanun m.174/I'in öngördüğü daha az kusurlu bulunma, sadece karşılıklı kusurların tartılması ile ortaya çıkan sonuç değildir. Yapılması gereken tazminat isteminde bulunanın kusurunun boşanma üzerindeki etkisinin tespitidir. Ancak tazminat isteyen kusurlu davranışı diğer tarafın davranışının reaksiyoneri ise tarafların kusurları birbirinden bağımsız değerlendirilemez⁵.

Ağır kusur halinde ise illilik meselesi öne çıkar. İlli olmayan ağır kusur talepte bulunanın daha az kusurlu; hatta kusursuz görülmesini engellemez⁶. Yalnız MK m.174/I'in uygun bir tazminata hükmedileceğini öngördüğü dikkate alınmalıdır. Bu nedenle ağır ama illi olmayan ortak kusur MK m.174/I'e göre tespit edilecek tazminatın BK m.44 gereği indirilmesinin sebebini teşkil eder.

³ Çalışmamızda irat biçimde ödettirilecek maddi tazminat yerine yazım kolaylığı sağlamak üzere "Maddi Tazminat İradı" ifadesini kullanacağız.

⁴ ZEVKLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA : *Medeni Hukuk*, B.6, Ankara, 2000, s.924; BÜHLER Walter / SPÜHLER Karl: *Das Eherecht*, II Band, I. Abteilung, Art 151, Nr 18, Bern, 1971; AKINTÜRK, 288; FEYZİOĞLU, 404; ÖZTAN, s.371.

⁵ AYİTER Nuşin: *Geçimsizlik Sebebine Dayanan Boşanma ve Yargıtay Uygulaması*, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı (1925-1975), C.II, Boşanma Hukuku Haftası, s.165-175; TEKİNAY, 259.

⁶ BGE 99 II 129; 2. HD., 12.9.1994, 7480/7974, YKD., 1995, C.XXI, s.14; HGK, 27/5/1992, 2-255/352, YKD. 1992, C.XVIII, s.1526.

Buna karşın illi olmayan ortak kusur yoksulluk nafakasında indirim sebebi sayılmamalıdır. Zira bu ödenti tazminat hukuku nitelikli olmayıp sosyal yardım amaçlıdır⁷.

Bunun yanı sıra tazminat iradı ile yoksulluk nafakasının birbirinden tamamıyla ayrı hesaplamaya tutulması hakkaniyete uygun düşmeyen sonuçlar doğurabilir. Zira MK m.175'e dayanan talep MK m.174/I'in yanında uygulama bulamaz. Başka deyişle ikisi bir arada istenemez. Dolayısıyla maddi tazminat iradı, ağır ama illi olmayan kusur yüzünden indirime tabi tutulursa bu sefer yoksulluk nafakasının altına düşebilir. Bu durumda da yoksulluk nafakası yerine maddi tazminat isteyen eş illi olmayan ağır kusuru nedeniyle zarar görmüş olur. İsviçre hukuk doktrininde yoksulluk nafakası miktarının indirilmiş maddi tazminat iradının alt sınırını çizeceği hakim görüşü olarak kabul edilmiştir⁸. Kanımızca hukukumuz açısından da aynı sonucun benimsenmesi yerinde olacaktır.

Boşanmada ağır illi kusuru bulunan eş daha az kusurlu sayılamayacağından maddi tazminat isteyemez. Yoksulluk nafakası açısından da durum aynıdır. Ağır illi kusur nafaka isteyebilmesini şartı olan daha ağır kusurlu olmamayı bertaraf eder⁹.

Nafaka yükümlüsü bakımından 174/I. madde ile 175'in getirdiği düzenleme farklıdır. Tazminat borcunun doğması için MK m.174/I boşanmaya sebep olan eşin kusurunu ararken MK m.175 ikinci fıkrasıyla kusursuz eşi de yoksulluk nafakası yükü altında tutmuştur¹⁰. Örneğin boşanmanın akıl hastalığına dayandığı halde diğer taraf, yoksulluğa düşecek olan akıl hastalığına tutulmuş olana nafaka ödemek zorunda kalır.

Medeni Kanun m.174/I'in aradığı kusur, MK m.166/II gereği açılmış boşanma davasında davalıya davaya itiraz hakkı veren hakim kusurla aynı nitelikte değildir. Oradaki davacının ağır kusuru sözünden anlaşılması gereken yalnızca diğer tarafın kusuruna göre ağır olan kusur değil aynı zamanda evlilik birliğini temelinden sarsan diğer objektif boşanma sebeplerine de üstün gelen kusurdur¹¹. MK m.174 varlığını aradığı kusur ise eşlerin evlilikten doğan yükümlülüklerinin ihlaliyle ortaya çıkan kusurdur. Tazminat istenebilmesi için bu tür bir ihlal yeterlidir.

⁷ **HINDERLING Hans:** *Das Schweizerisches Ehescheidungsrecht*, 3. Aufl, (Zusatzband) Zürich, 1981, s.79.

⁸ **HAUSHEER Heinz:** *Nuere Tendenzen der Bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Bereiche der Ehescheidung*, ZBJV, 1986, s.64.

⁹ **ŞENER Esat:** *Uygulamalı-İçtihatlı Nafaka Velayet-Vesayet Evlatlık-Babalık*, Ankara, 1994, s.125.

¹⁰ **KELLER Max:** *Lehrbuch des Eherechts*, Bern, 1973, s.232; **ÖZTAN**, 386.

¹¹ **BGE** 108 II 366, 117 II 366. Mutlak Boşanma sebepleri için bak. **KUNTALP Erden:** *Mutlak Boşanma Nedenleri*, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi Ellinci Yıl Armağanı (1925-1975), C.II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara, 1977, s.113.

Bunlara ilaveten MK m.174/I çerçevesinde tazminat miktarının tayininde diğer unsurların yanı sıra kusurun da önemi büyüktür. Maddede öngörülen uygun bir tazminat ödeneceğine ilişkin esas gereği hakim zararın tamamını ödetmeyebilir. Bu nedenle boşanma sonucu zor duruma düşen eşin yaşı, çalışma gücü, yaşam standardı gibi hususlarla birlikte borçlunun kusurunun ağırlığı da irat miktarının belirlenmesinde önemli yer tutar¹².

2.Hayat Standardı

Evlilik sonrası bağlanacak maddi tazminat iradı ile yoksulluk nafakası tespit edilirken talepte bulunanın hangi standartta yaşaması gerektiği önem kazanır. MK m.174/I ile 175 arasındaki en önemli fark, ilkinin eşlerin evliken sahip oldukları yaşam standardını sağlamaya yönelik iken diğerinin düşülecek yoksulluğu ortadan kaldırma amacını taşımasıdır¹³. MK 175. maddesi, önceki Medeni Kanun'un 143. maddesinden farklı olarak büyük yoksulluğa düşme şartını kaldırmış, yoksulluğa düşmeyi yeterli görmüştür.

Yoksulluğun varlığı İcra İflas Kanunu'nun 183. maddesinde düzenlenen, gelirin haczinde, haczedilemeyecek kısımla ilgili getirilen "geçinmek için lüzumlu olan miktar" kıstas alınarak tespit edilmemelidir. Yoksulluğa düşülüp düşülmediği araştırılırken daha ziyade boşanan eşin gıda barınma giyim gibi asgari düzeyde yaşayabilmesi için gereken giderleri cari fiyatlarla kendi başına karşılayıp karşılayamadığına bakılmalıdır¹⁴.

Yüksek Mahkeme Yargıtay'ın 2. Hukuk Dairesi verdiği bir kararda yoksulluk içine düşmeye açıklık getirmeye çalışmıştır¹⁵. Karara göre yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür gibi harcamaları karşılayacak geliri olmayanlar yoksulluğa düşmüş demektir. Kararda ayrıca asgari ücretin altında geliri olanların yoksul sayılacağından da söz edilmiştir. Yüksek Mahkemenin ilgili dairesinin yoksullukla ilgili tespiti kanımızca yerindedir. Sağlık ve kültür gibi ihtiyaçların da göz önünde tutulması isabetlidir. Yalnız buradan şu sonuç da çıkabilir. Yoksulluğa düşene asgari ücret kadar paranın nafaka olarak ödenmesi yeterlidir. Kanımızca Yüksek Mahkeme bu kararı ile aynı zamanda yoksulluk nafakasının alt sınırını da çizmiştir. Ancak hakim önüne gelen somut durumun şartlarına göre nafaka miktarını tayinde de serbesttir.

¹² Daha az kusurlu tarafın boşanma yüzünden uğramış olduğu bütün zararların ödetilmesinin zorunlu olmadığı hususunda, 2. HD., 10/12/1993, 11319/12087, YKD. 1994, S.7, s.1159.

¹³ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 938; ÖZTAN, 382.

¹⁴ SCWARZENBACH Rene: *Die Vererblichkeit der Leistungen bei Scheidung* (Art 151 und 152, ZGB), Zürich, 1987, s.19; BÜHLER/SPÜHLER, Art 152; FEYZİOĞLU, s.396.

¹⁵ 2. HD., 16.4.1992, 4287/4456, 2. HD., 10.10.1991, 9589/12321, ŞENER, 140; İNAL Nihat: *Uygulamada Nafaka Davaları*, Ankara, 1992, s.139 vd.

Buna karşın MK m.174/I'e göre ödetilecek irat tazminat hukuku niteliklidir. Madde aile birliğinin devamı süresince MK m.185/II'nin öngördüğü ödevleri yerine getirmeyip boşanmaya sebep olan eşin boşanma yüzünden mevcut ve beklenen menfaatleri zarar gören eşe ödemek zorunda olduğu tazminatı düzenlemektedir¹⁶. Bu nedenle zararın miktarının hesaplanmasında tazminat hukukunun esasları uygulama bulur.

Zararın tayininde her şeyden önce evliliğin devam ettiği süre önemlidir. Kısa süren evlilikte eşin önceki mali gücüne kısa zamanda kavuşabileceği beklenebilir bir haldir¹⁷. Bu nedenle boşanma sonucu gerçekleşeceği düşünülen zarar tazminat talebinde bulunanın evlilik yapılmamış olsaydı sahip olabileceği mali duruma göre hesaplanır. Başka deyişle evlenme yapılmamış olsaydı uğranılmayacağı düşünülen maddi kayıp, zararı oluşturur. Bu da teknik anlamıyla menfi zarardır¹⁸.

Zarar hesaplanırken sadece evlilikten önceki yaşam düzeyi ile bağlı kalınmamalıdır. Nafaka alacaklısının geçen zaman içerisinde maddi durumunu daha da iyileştirebilmesinin mümkün olup olmadığı da göz önüne alınmalıdır¹⁹. Evlenme sözleşmesi yapılmamış olsaydı uğranılmayacak zarara (menfi zarar) kıyasen ödetilecek maddi tazminat iradı hesaplanırken evlilik sebebiyle kaçırılmış fırsatlara da dikkat edilmelidir²⁰.

Ancak uzun zaman devam etmiş evliliklerde eşlerin evlilikten önceki daha iyi olan yaşam düzeylerine bakılmamalıdır. Boşanmadan sonra bu geri getirilmeye çalışılmamalıdır²¹. Zira kişinin geliriyle tek başına daha iyi bir standarda yaşaması sık rastlanan durumdur. Buna karşın uzun süren evliliklerde iyi sayılacak geçim standardının yakalanmasına katkısı bulunan eşin mütevazı bir yaşama dönebileceği hesaba katılmalı, ondan zaruret içinde yaşaması beklenmemelidir²². İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında beş yıla kadar evliliklerin kısa 10 yılı geçenlerin uzun sayılması gerektiği görüşündedir²³. Kanımızca bu tür somut süre öngörülmemelidir. Önemli nokta evliliğin süresini evlilik öncesi ilişkilere dönebilmekte ne kadar etkili olduğudur. Evvelki bağların yeniden kurulabilmesi için belirli zamana ihtiyaç var görünüyorsa evlilik uzun sürmüş sayılmalıdır. Bunun tersine eşler evliyen

¹⁶ GEİSER Thomas: *Warin Unterscheiden Sich Heute die Renten nach*, Art 151-152 ZGB, ZSR. Band 129, 1993, s.343; OĞUZMAN / DURAL, 144; TEKİNAY, 259.

¹⁷ Evliliğin süresinin nafaka üzerindeki etkisi için bak. BGE 115 II 9.

¹⁸ GEİSER, 345; *Das Eherecht*, Bern, 1992, N.19, Art 163 ZGB.

¹⁹ BGE 109 II 186; KELLER, 228.

²⁰ BGE 115 II 424 1/4 II 30; ÖZTAN, 273.

²¹ BGE 115 II 9.

²² LÜHİNGER Wolf / GEİSER Thomas: *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Art 137-158 Basel und Frankfurt Art 151 n.17 s.777.

²³ BGE 116 II 108.

de önceki ilişkilerini muhafaza etmişlerse tazminatın tayininde buna da dikkat edilmelidir²⁴.

Maddi tazminat iradı istenmesi halinde irat borçlusunun kusurunun ağırlığına da bakmak gerekir. Hakim ortak yaşamı çekilmez hale getirip boşanmaya sebep olan eş aleyhine tam bir tazminata hükmedebilir. Başka deyişle davacının talebine uygun bir miktarın irat olarak ödetilmesine karar verebilir. Diğer yandan evlilikteki yaşam standardının sağlanmasıyla ilgili olarak MK m.174/I ile MK m.175 arasındaki fark abartılmamalıdır. Çünkü irat borçlusunun ödeme gücüne bakmak gerekir. Kendisi zaruret içinde bulunan boşanmış kusurlu eş aleyhine maddi tazminata hükmedilmesi mümkün de olmayabilir.

3.Maddi Bağımsızlık

Medeni Kanun m.174 ve 175'ten doğan talepler boşanma sonrası ekonomik zorluğa düşecek eş varsa söz konusu olur. Yaşamını ihtiyaç içine düşmeden devam ettirebilecek mali güce sahip eşin bu ödentileri istemesi söz konusu değildir²⁵. Bu sonuç tazminat hukukunun zarar görene yüklediği zararın büyümesine engel olması gerektiği konusundaki genel nitelikli ödeve de uygundur.

Maddi tazminat iradının tespitinde talepte bulunanın elde edebileceği kazanç da tahmin edilmeye çalışılır²⁶. Malvarlığına sahip eşin bundan elde edeceği gelirler göz önüne alınır. Eşlerin malvarlıkları mal rejimlerine göre yapılacak tasfiye sonrası belirlenir.

Kural olarak boşanan eşin mali gücü olup olmadığı öncelikle kazancına bakılarak tayin edilmelidir. İsviçre Federal Mahkemesi çeşitli tarihlerde verdiği kararlarda evlilik boyunca çalışmamış veya bazen çalışmış eşin hangi şartlar altında tekrar işe başlayabilmesini mümkün olduğunu tartışmıştır. Mahkeme somut olayda bakılması gereken konuyla ilgili esasları şu şekilde sıralamıştır;

Eşler evliyken çalışmaya devam etmişlerse boşanmadan sonra da işlerini sürdürecekleri kabul edilmelidir²⁷. Buna karşın hiç çalışmamış eş için evliliğin süresine bakılmak gerekir. Uzun süremlere göre kısa süren evliliklerde işe başlamak kolaylık arz eder. Zira kısa kesintiden sonra iş ilişkilerine girebilmek güçlük arz etmez²⁸. İş bulabilmede, yaşı da büyük önemi vardır.

²⁴ HGK 27/5/1992, 2-255/352 (YKD. 1992, C.XVIII, s.1526).

²⁵ 2. HD. 31/3/2002, 4031/4236 Sayılı kararında emekli maaşı alanın yoksul sayılamayacağı söylenmiştir. Bu ve benzeri kararlar için bak. ŞENER, 142-145.

²⁶ OĞUZMAN/DURAL, 144; BÜHLER/SPÜHLER, n.23, Art. 151 ZGB.

²⁷ BGE 113 II 99.

²⁸ HAUSHEER, ZBJV, 1986, s.59; BGE 114 II 11.

İş piyasasının talebine bakıldığında 45 yaşını doldurmuş kadınların sürekli iş bulabilmesi zor görünmektedir²⁹.

Diğer önemli nokta kendisine velayet bırakılmış kadının durumudur. Boşanmadan sonra çocuklara bakmak zorunda kalacak eşten en küçük çocuk 16 yaşına gelmedikçe tam bir çalışma beklenemez. Bunun yanı sıra küçük çocuk 10 yaşını doldurmuşsa okulda olacağından yarım gün çalışabileceği düşünülebilir³⁰. İşe başlaması evlilik yüzünden geciken eşin yaşlılığı için ihtiyat akçesi biriktirmeye zamanı az olacağı da göz önüne alınmalıdır. Maddi tazminat iradının miktarının tayininde mahkemenin belirleyici saydığı hususlardan birisi de boşanan kadının sağlık durumu ve eğitim seviyesidir³¹. Fiziksel veya ruhsal bozuklukların işe girmeyi güçleştireceği ortadadır. Eğitim açısından da boşanan eşin evlilik yüzünden yarım kalan eğitimini tamamlayabilmesi imkanının olup olmadığının da açıklığa kavuşturulması gerekir.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin, uzun süren evlilikten sonra istenen maddi tazminatın hesaplanmasında kendisine esas aldığı ilkeler hukukumuz açısından da uygulanır niteliktedir. Özetle her somut olayda hakim, evliliğin süresine, boşananların yaşına, iş piyasasındaki talebe, çocukların velayet durumuna, kadının eğitim düzeyine bakarak, talepte bulunanın çalışabilmesinin ne kadar mümkün olduğuna karar verdikten sonra elde edebileceği gelir de göz önünde tutarak ona göre maddi tazminat iradının miktarını tayin etmelidir.

Ortaya konulan esaslara göre maddi tazminata hakkı olan tarafın sosyal seviyesine uygun bir yaşamı devam ettirmesini mümkün kılacak irat tayin edilirken yaşlılık ve erken maluliyet durumu da dikkate alınarak hesap yapılmalıdır. Yalnız burada söz konusu kişinin bir sosyal yardımdan faydalanıp faydalanamayacağına da bakılmalıdır³². Sosyal sigorta kurumuyla ilişkisinin varlığı halinde yaşlılık veya maluliyet ihtimali hesaplamada göz ardı edilmemelidir³³.

Ev kadınının boşanmadan sonra çalışma hayatına geri döndüğü görülebilmekle birlikte geleceğe dönük ihtiyat akçesi biriktirme imkanı bulunmadığına da sıkça rastlanmaktadır. Bu halde gelecekteki tahmini gelirle eş

²⁹ BGE 115 II 10.

³⁰ BGE 115 II 11. Bu konudaki açıklamalar için bak. **HAUSHEER Heinz / GAISER Thomas / KOBEL Ester: Berner Kommentar Familienrecht**, Band II, I. Abteilung.

³¹ BGE 94 II 207.

³² Maddi zararın tespiti hususunda İsviçre Federal Mahkemesi tarafından getirilen kıstaslar için bk. **ÖZTAN**, 376-377, dn.865.

³³ 2. HD., 2.12.1993, 10870/11732, **ŞENER**, 137; **TEKİNAY**, 245; **ÖZTAN**, 377.

tarafından karşılanan hayat standardı arasında boşluk oluşur. İsviçre Hukuk Uygulamasında bu durum iradın miktarının tespitinde mutaden göz önüne alınmaktadır³⁴. Yoksulluk nafakası için benzer hesaplamanın yapılması İsviçre Hukuk Doktrininde eleştirilmiştir³⁵. Eleştirilere göre yaşlılık ve maluliyet ihtiyadının yoksulluk nafakası için hesap dışında tutulmasının bir anlamı yoktur. Kanımızca Mahkeme Uygulamamızın bu tür davalarda hesaplama yaparken hem maddi tazminat iradı hem de yoksulluk nafakası için yaşlılık ve maluliyet ihtiyadı akçesini de göz önünde tutmaları gereklidir.

4.Nafaka Borçlusunun Maddi Durumu

Nafaka borcunun ortaya çıkabilmesi yükümlü tarafın ödeme gücünün varlığına bağlıdır. Dolayısıyla değerlendirme eşlerin mali güçlerine göre farklı biçimde yapılmalıdır. Nafaka yükümlüsü kendi hayat standardını değiştirmek zorunda kalmaksızın yukarıda söylenen hususlar dikkate alınarak tayin edilecek irat miktarını ödeyebilecek güçte ise hesaplamada değişikliğe gerek yoktur.

Buna karşın yükümlünün yetersiz ödeme gücü irat miktarının hesabında indirim sebebi olur. MK m.174/I'den doğan tazminat iradının amacı mali gücü olmayan eşe evlilikteki yaşam standardını boşanmadan sonra da sağlamaktır. Ancak irat borçlusunun yaşam seviyesi boşanma yüzünden gerilemişse talepte bulunan eş de diğer eş gibi hayat standardının aynı ölçüde sınırlandırılmasına rıza göstermek zorundadır.

Borçlunun gelirinin kendi zaruri ihtiyaçlarını karşılayacağı kısmı kendisinde kalmalıdır. Hiç kimseden irat biçiminde bağlatılan tazminat yüzünden ihtiyaçlarını karşılayamaz duruma düşmesi beklenemez³⁶. Gelirin bunun üstünde olan kısmı boşanan eşe ödettirilebilir. Dolayısıyla zorunlu ihtiyaçlar için harcanacak para irat miktarının belirlenmesinde sınırı çizer³⁷.

Medeni Kanun m.175'e göre hükmedilecek yoksulluk nafakası yükümlüsüne ödeme gücünün daha fazlasının kalmasına izin verilmelidir. Buradaki sınır da İsviçre Federal Mahkemesine göre zaruri ihtiyaçların karşılanmasına yetecek miktarın yüzde yirmi çoğu kadardır³⁸. Gelirin kalan kısmı yoksulluk nafakasına ayrılmalıdır. Zira bu nafaka kusursuz eşe de ödettirilmektedir. Burada dikkat edilecek nokta ayrılan eşin ihtiyaçlarının asgari düzeyde teminidir.

Maddi tazminat iradı bağlanırken borçluya alım gücünü artırması imkanı tanınmalıdır. Artan miktarın her seferinde tazminata gitmesine müsaade

³⁴ BGE 114 II 11, 116 II 108.

³⁵ GEISER, 352; BÜHLER/SPÜHLER, N 27 Art 151, s.11.

³⁶ BGE 118 II 97.

³⁷ BGE 114 II 304 ve BGE 118 II 97.

³⁸ HAUSER, ZBJV. 1986, s.62; BGE 108 II 82; BGE 114 II 314.

edilmemelidir³⁹. Aksi halde kişinin çalışma isteğinin kırılmasına sebep olunur. İsviçre Federal Mahkemesi bu nedenle nafaka miktarını gelirin belirli bir oranıyla sınırlandırmıştır⁴⁰. Çocuklara ödeneceklerle birlikte hükmedilecek iradın miktarı ele geçen paranın yarısını geçmemelidir. Hukukumuz açısından da kanımızca iradın gelirin belirli bir yüzdesiyle sınırlandırılması ödettirilecek miktarın hesaplanmasını kolaylaştıracaktır. Ancak düşük gelirde irat miktarı her zaman gelirin belirli bir oranıyla tespit edilmemelidir. Borçlunun ihtiyaçları dikkate alınarak hesap yapılmalıdır. Getirilecek yük sonuçta borçlunun sosyal yardım kuruluşlarına başvurmasını gerektirecek ağırlıkta olmamalıdır. İsviçre Federal Mahkemesinin bu gibi hallerde gelirin üçte birinin maddi tazminat iradı olarak ödettirilmesi gerektiğine ilişkin kararları vardır⁴¹.

İrat ve yoksulluk nafakası borçlusunun fiili kazancından hareket edilmesi zorunluluğu da yoktur. Hakim için daha fazla kazanç mümkün görünüyorsa bu farazi kazanç da hesapta göz önüne alınabilir⁴². Boşanmadan sonra eş ödeme gücünü evliliğe göre kaybetmiş ve bunu düzeltme imkanı da kalmamışsa bu sefer mevcut fiili kazançtan hareketle tazminata hükmedilmelidir. Bilhassa İsviçre hukuk uygulaması göz önünde tutularak konulmaya çalışılan yukarıdaki temel hususlar mutlak nitelikte değildir. Nihayet ortada tazminat ve yoksulluk nafakasının nasıl hesaplanması gerektiğini gösteren hukuk kuralları bulunmamaktadır. Dolayısıyla hakim önüne gelen somut olayın şartlarına göre bunlardan ayrılabilir.

III. FARKLAR

1. Kusur Bakımından

Kusur MK m.174/I ve 175 maddelerinde düzenlenen ödentilerin hesaplanmasında farklı etkiyi haizdir. Öncelikle yoksulluk nafakası nafaka borcunun ortaya çıkması için borçlunun kusurunu şart koşmazken (MK m.175/II) tazminat istenebilmesi borçlunun kusurunu varlığına bağlı tutulmuştur⁴³.

İrat biçiminde ödetilen tazminatta nafaka borçlusunun ortak kusuru tazminatın hesabından indirim sebebi iken yoksulluk nafakasında nafaka miktarının tespitinde esasen bir önemi yoktur. Maddi tazminat iradı hesaplanırken alacaklıya hangi hayat standardının sağlanması gerektiği meselesinde

³⁹ BGE 108 II 82 ve BGE 114 II 122.

⁴⁰ BGE 115 II 11.

⁴¹ KELLER, 231; BGE 80 II 102.

⁴² Yüksek Mahkeme Yargıtay her iki irat için de fiili kazancı esas almaktadır. 2. HD., 19.3.1991, 2162/5021 sayılı kararı bu tutuma örnek gösterilebilir. ŞENER Esat: *Uygulamada ve Teoride Her Yönü ile Boşanma*, Ankara, 1994, s.542.

⁴³ ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 966; OĞUZMAN/DURAL, 144; ÖZTAN, 372.

borçlunun kusurunun ağırlığı önem taşıırken yoksulluk nafakasında bu husus göz önüne alınmaz.

Yine irat talebinde bulunandan çalışmasının beklenmesi borçlunun kusurunun derecesine bağlıyken yoksulluk nafakasında bunun önemi yoktur. Başka bir deyişle karşı tarafın ağır kusuru boşanmaya yol açmışsa, maddi tazminat alacaklısının iş bulma zorunluluğu altında tutulmasını hakli kılacak sebep yoktur⁴⁴.

Ayrıca borçlunun kötüleşen durumu nedeniyle MK m.174/I gereği hükmedilen tazminatin indirilmesinde borçlunun kusurunun ağırlığına bakılırken yoksulluk nafakasının azaltılmasında yükümlünün kusuru etkili olmaz.

2. Sağlanacak Hayat Standardı Bakımından

Yoksulluk nafakası ve irat şeklindeki tazminatin birbirlerinden ayrıldıkları önemli noktalardan birisi de talepte bulunacak tarafa sağlanacak hayat standardı açısındandır. Tazminatin miktarı tespit edilirken evlilikteki yaşam standardı ölçü alınırken yoksulluk nafakasında ölçü yoksulluk halidir. Bu fark kendisini her iki edimin indiriminde veya artırılmasında açıkça gösterir⁴⁵.

IV. HÜKMEDİLMİŞ MADDİ TAZMİNAT İRADİ VE YOKSULLUK NAFAKASI MİKTARININ DEĞİŞTİRİLMESİ

1. Değişikliklerin Niteliği

Kanun koyucu maddi tazminat iradıyla yoksulluk nafakası için bir süre öngörmemiştir. Ancak boşanma sonrası maddi sıkıntıya veya yoksulluğa düşen eşin durumunun geçici sürede iyileşebileceği anlaşılmakta ise bu edimlere belirli bir süre için de hükmedilebilir. Süreli veya süresiz ödetilmesine karar verilmiş bulunsalar da MK m.174/I ve 175'ten doğan talepler taraflar arasında devamlı bir borç ilişkisi yaratır. Geçen zaman içerisinde kararın verildiği sırada öngörülme-yen değişiklikler ortaya çıkabilir. Örneğin nafaka borçlusu nafakayı ödeyemez hale gelebilir veya alacaklının ihtiyacı ortadan kalkabilir. Bu ihtimali gözden kaçırmayan kanun koyucu MK m.176/I madde vasıtasıyla hem 174/I hem de 175 gereği hükmedilen iratların değiştirilmesine imkan tanımıştır⁴⁶.

⁴⁴ BGE 109 II 185.

⁴⁵ Yoksulluk nafakasında giderilecek olan düşülen yoksulluktur. Yoksulluğun tarifi için bak. 2. HD., 16.4.1992, 4287/4456, ŞENER, *Boşanma*, s.537; RUHİ Ahmet Cemal: *Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili*, Ankara 2003, s.71.

⁴⁶ AKINTÜRK, 299; ÖZTAN, 390.

Ancak değişiklik kendisinden talep edilen hakim boşanma kararını düzeltemez. Boşanma hükmü şeklen ve maddeten sonuçlarını doğurmaya devam eder. Yapılacak olan iratların tespit edildiği tarihten sonra ortaya çıkan maddi olayların, nafaka yükümlülüğü üzerindeki etkilerinin saptanmasıdır⁴⁷.

Değişiklikte hakim dikkat edeceği diğer bir husus da, tayin edilen irat biçimindeki tazminat ile yoksulluk nafakası miktarının yalnızca indirilebileceği, ancak reel olarak arttırılamayacağıdır. MK m.176'da "Her ne kadar değişen durumlara göre hakkaniyet gerektiriyorsa boşanan eşe bağlanan iradın arttırılmasını isteme hakkı" sağlanmışsa da hakim reel artışa gidemez⁴⁸. Buradaki artış olsa para değerindeki düşme nedeniyle bağlanan iradın alım gücündeki eksilmenin giderilmesine ilişkin artıştır. Başka bir deyişle alacaklının mali durumu mahkeme hükmüyle tespit edilene göre iyileştirilemez. Zira boşanma ile eşler arasında mevcut kader arkadaşlığı sona ermiş, karşılıklı ilişkilerin en düşük seviyede tutulması zorunluluğu ortaya çıkmıştır⁴⁹.

Evlilik sonrası hükmedilen edimlerin indirimi zaman içindeki değişimler sürekli ve kalıcı nitelikte ise söz konusu olur. Sadece kısa süreli etkileri olan geçici olaylara bakılarak indirim taleplerinin kabulü haklı görülemez.

Özetle kısa süreli değişimler nafaka ilişkisinde dikkate alınmaya elverişli değildir. Uzun süreli somut değişiklikler ise gözden geçirilerek bunların kalıcı etkilerinin olup olmadığı araştırılmalıdır. Kanun koyucu geçici nitelikli bir nafaka yükümlülüğü getirmediğinden kesin ve kalıcı değişiklik yaratmayan olaylar, nafaka indiriminde göz önüne alınmaya elverişli değildir.

2. Borçlunun Mali Gücünde Azalma

Hem MK m.174/I hem de MK m.175'e göre tespit edilen irat, borçlunun mali gücü kötüleştiği takdirde indirilebilir. İrat şeklindeki tazminatta indirimin sebebi haksız fiil müessesesinde görülebilir. Haksız fiilde zarar görenin nasıl tekrar yaratılmaya çalışılıyorsa burada da boşanma olmasaydı eşin sürdürebileceği yaşam düzeyi göz önünde tutulmalıdır. Çünkü irat yükümlüsünün ödeme gücündeki azalma evlilik devam edebilseydi eşin geçim standardını da düşürecek idi⁵⁰.

Mali güçteki azalmanın hangi ölçüde olacağı konusunda önceki Medeni Kanun'un 145. maddesinin dördüncü fıkrası önemli azalmayı esas almıştı. Yeni MK'nın aynı hükmü karşılayan m.176/4'teki düzenlemesi önem-

⁴⁷ 2. HD., 25/1/1982, 8933/380, ŞENER, *Boşanma*, s.548; YHGK, 20.1.1960 günü 1/2 sayılı karar için bak ŞENER, *Boşanma*, s.549.

⁴⁸ LÜHİNGER / GEİSER, 779.

⁴⁹ İsviçre Federal Mahkemesinin bu yoldaki kararı için bak. BGE 117 II 367.

⁵⁰ ÖZTAN, 390; TEKİNAY, 278.

li lafını kaldırmış sadece azalmadan bahis etmiştir. Ancak yine miktarı önemli sayılmayacak kadar düşük azalma iradın indirilmesine neden yapılmamalıdır. Mali güçteki azalma irat borçlusunun işini değiştirmesi sahip olduğu iş yerinin kazanç kaybına uğraması, emekli olması gibi sebeplerle gelirin fiilen düşmesiyle ortay çıkabileceği gibi yapacağı başka bir evlilik nedeniyle giderlerinin artmasıyla da olabilir⁵¹. Yalnız hakim her seferinde duruma göre azalmanın önemli olup olmadığını mevcut şartlara göre kontrol etmelidir. Mali güçteki azalmanın ödentileri ne ölçüde etkileyeceğiyle ilgili olarak maddi tazminat iradıyla yoksulluk nafakası birbirinden ayrılır.

Daha önce söylediğimiz gibi yoksulluk nafakasının hesabında nafakaya hakkı olanın yoksulluğunun giderilmesi ön planda tutulur. Nafaka borçlusunun ödeme gücündeki azalma tespit edilen nafakanın indirimine yol açar⁵². Ancak her gelir düşmesi indirimine gidilmesi için yeterli değildir. Nafaka miktarının değişmemesi halinde borçlu, kendi zorunlu ihtiyaçlarını karşılayamaz hale gelecektse nafaka indirilmelidir. Tekrarlarsak bu zorunlu giderler barınma, gıda, eğitim, kültüre harcanacak paralarla ödenecek sigorta primleri ve vergilere ilişkindir⁵³.

Buna karşın irat şeklindeki maddi tazminatın hesabında eşin evlilikte sahip olduğu hayat standardı esas alınır. Bu yaşam seviyesinin boşanmadan sonra da devamı amaçlanır. Bağlanacak para bu durum göz önüne alınarak tespit edilir. Ancak her birinin yaşamında boşanmadan sonra gerileme olacağı hesaba katılmalıdır. Birlikteliğe nazaran ayrı yaşamının ek masraflar çıkarcacağı ortadadır⁵⁴. Dolayısıyla maddi tazminat iradı zaten borçlunun ödeme gücüne bağlıdır. Bir de zamanla bunda düşme olmuşsa iradın indirilmesi zorunlu hale gelir.

İndirimin nasıl yapılacağı meselesinde İsviçre Federal Mahkemesi verdiği bir kararda, boşanma sırasında bağlanan iratla gelir arasındaki oran ilişkisinin yeni gelirle tayin edilecek irat arasında da kurulması gerektiği sonucuna varmıştır⁵⁵. Yol gösterici mahiyetteki bu karar İsviçre doktrininde Geiser tarafından eleştirilmiştir⁵⁶. Ona göre boşanmaya karar veren hakimin eşi zorunlu giderlerini aşan ve üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir nafaka bağlaması halinde bu tür indirim yerindedir. Ancak zorunlu giderlerle

⁵¹ BGE 98 II 25; BGE 100 II 245.

⁵² TEKİNAY, 256; FEYZİOĞLU, 398; ÖZTAN, 379.

⁵³ ZEVKLİLER Aydın: *Die Scheidungsfolgen im neuen Türkischen Ehescheidungsrecht unter Berücksichtigung der Nachehelichen Vermögensleistungen, Insbesondere Nachehelichen Bedürftigkeits unterhalb Türkisch – Schweizerische Juristentage 1989, Zürich, 1990, s. 98.*

⁵⁴ BGE 117 II 217; BGE 117 II 163.

⁵⁵ BGE 108 II 33.

⁵⁶ GEISER, s.361.

vergileri ve sigorta harcamalarını göz önünde tutarak hesaplanan ödentiye dokunulmamalıdır.

Kanımızca Federal Mahkeme görüşü yerindedir. Ancak yeterli de değildir. Zira irat biçiminde ödetirilmesine karar verilen tazminatın indirilmesinde daha ziyade borçlunun durumuna bakılmalıdır. İrat borçlusunun geliri kendisinin zaruri ihtiyaçlarını karşılayamayacak düzeye gerilemişse boşanma hakiminin hükmettiği iratla o zamanki gelir arasındaki oransal ilişkinin altında da indirim yapılabilirdir. Ancak bu indirim de irat alacaklısının kendisine yoksulluk nafakası bağlansaydı bulunacağı durumdan daha kötü hale getirmemelidir. Bunun yanı sıra irat yükümlüsünün yaşamını asgari düzeyde devam ettirebilmesine yetecek paranın kendisine bırakılmasını istemeye her zaman hakkı olduğu da gözden kaçırılmamalıdır.

3. Alacaklının Düzelen Durumu

Medeni Kanun m.174/I ve 175'den doğan edimlerin alacaklısının mali gücü önemli ölçüde kalıcı olarak artmışsa hem yoksulluk nafakası hem de maddi tazminat iradında indirim yapılabilir⁵⁷. Ancak indirime gidilebilmesi için alacaklının mali gücünde hüküm tarihinde öngörülmeyecek kalıcı bir gelir artışının ortaya çıkması gerekir. İndirimin şartları ve türü her iki gelir için önemli biçimde birbirinden ayrılır.

Yoksulluk nafakası için indirim yoksulluğun önemli ölçüde ve kalıcı biçimde azalması halinde mümkündür. İyileşen mali güce göre nafakanın indirimi yoksulluk nafakasının dayandığı hukuki sebeplere uygundur. Ancak nafaka alacaklısının kendisinden beklenenden daha fazla çaba göstererek elde ettiği ek kazançlar indirime esas olmamalıdır. Bu tür kazançların diğer tarafa menfaat sağlamasının bir sebebi yoktur⁵⁸.

Maddi tazminat iradı hesaplanırken talepte bulunan eşin durumuna göre ileride elde edebileceği gelir de dikkate alınır. Şayet eş bu miktarın üzerinde kazancı kalıcı biçimde sağlayabiliyorsa iradın indirilmesi istenebilir. Yalnız burada da indirimin, artan gelirin tamamını karşılayacak şekilde yapılmaması gerekir. Yoksa irat alacaklısının gösterdiği çaba diğer tarafın yararına sonuç doğurur. Bu nedenle indirimde gelirdeki artışın bir kısmı dikkate alınmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi bu konuda verdiği bir kararda elde edilen fazla kazancın yarısını iradın indiriminde hesaba katılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır⁵⁹. Kanımızca hukukumuz açısından da irat alacaklısının gelir artışıyla indirim arasında oransal ilişki kurulması yerinde olacaktır. Zira mali güçteki düzelmenin tamamını irat borçlusunun yükünü azaltmada göz

⁵⁷ TEKİNAY, 278; OĞUZMAN / DURAL, 148; BGE 109 II 188.

⁵⁸ BGE 117 II 212.

⁵⁹ BGE 117 II 360.

önüne almak, hakkaniyete uygun düşmez. Nihayet tazminat borcu altındaki kişi boşanmada kusuru daha ağır olandır.

Her iki ödeme türü için yine alacaklının yaşına da bakılmalıdır. Gelir artışına karşın yaşlılığı için ihtiyat akçesi ayıracak kadar zamanı kalmamış hak sahibi için boşanma hakimince tayin edilen yoksulluk nafakası veya maddi tazminat iradı indirilmemelidir.

SONUÇ

İrat biçiminde bağlanan maddi tazminatla yoksulluk nafakası arasındaki farkları ortaya koymaya çalıştığımız incelememizde aşağıdaki sonuçlara ulaşılmış bulunmaktadır.

Maddi tazminat iradının bağlanabilmesi için irat yükümlüsünün boşanmada kusurlu olması gerekirken yoksulluk nafakasında nafaka borçlusunun kusuru aranmaz.

Maddi tazminat iradı ile irat alacaklısının evlilikteki hayat standardının boşanmadan sonra da devam ettirilmesi amaçlanırken, yoksulluk nafakası boşanma yüzünden düşülen yoksulluğun giderilmesini sağlamaya yöneliktir.

Maddi tazminat iradı tazminat hukuku nitelikli iken yoksulluk nafakası sosyal dayanışmanın sonucudur.

Her iki irat alacaklısının iyileşen mali durumu irat miktarının indiriminde bağlanan iradın türüne göre farklı etkiyi haizdir.

İrat borçlusunun ödeme gücünün azalması irat şeklinde bağlanan maddi tazminatta yoksulluk nafakasına göre iradın indiriminde daha büyük önem taşır.

YABANCILARIN DERNEK KURMA ÖZGÜRLÜĞÜ

(FREEDOM OF ASSOCIATION FOR ALIENS)

Yrd. Doç. Dr. Feriha Bilge TANRIBİLİR*

ÖZET

Bu makalenin amacı, Türk hukukunda yabancıların dernek kurma hakkı ile derneklerin uluslararası faaliyetlerini incelemektir. Çalışmada mevzuatımızda son bir yıl içinde yapılan değişiklikler nedeniyle hangi hallerde Türk Medeni Kanunu veya Dernekler Kanununun uygulanacağı ve bu kanunların yabancıların dernek kurma haklarını nasıl etkilediği ele alınmaktadır.

SUMMARY

In this article, the freedom of association and the international activities of associations under Turkish Law have been studied. For this reason, it is determined that under which situations Turkish Civil Code or Associations Acts apply will. These important Acts were changed last year. Besides they include rules for aliens law. According to these rules, rights of establish association and membership for aliens is different from citizens.

YABANCILARIN DERNEK KURMA

ÖZGÜRLÜĞÜ

I. GENEL OLARAK

Türk hukukunda dernekler, kazanç paylaşma dışında belirli bir gayeyi gerçekleştirmek üzere gerçek kişilerin bilgi ve çalışmalarını birleştirerek oluşturdukları kişi topluluğudur. Avrupa İnsan Hakları ve Temel Hürriyetleri Koruma Sözleşmesinde¹, herkesin barışçı amaçlarla toplanma ve dernek kurma hakkının bulunduğu hükme bağlanmıştır (m. 11). Bu hakkın kullanılması demokratik bir toplumda ulusal güvenlik ya da kamu güvenliği gerekleriyle ve kamu düzeninin korunması veya suçun önlenmesi, genel sağlık, ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için kanunla sınırlanabilir (m. 11/II). Anayasamızın da dernek kurma özgürlüğünü (m.

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Hususi Hukuku Bilim Dalı öğretim üyesi.

¹ RG 19.3.1954-8662.

"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar Anayasanın sözüne ve ruhuna demokratik toplum düzeninin ve lâik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

Anayasanın 13. maddesi sınırlama konusunda genel bir düzenleme getirme yolunu tercih etmiştir. Zira temel hak ve hürriyetlerin hangi hallerde sınırlanacağını göstermemekte, Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle sınırlanabileceğini hükme bağlamaktadır⁴. Bu hükümde de temel hak ve hürriyetlerin ancak "kanun"la sınırlanabilmesi kabul edilmiştir.

4. Anayasanın 16. maddesine göre,

"Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir."

Bu hüküm temel hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından, esasen vatandaş ile yabancıların eşitliğini kabul etmektedir. Temel hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından mevcut olan bu eşitlik ancak milletlerarası hukuka uygun olarak bozulabilir. Anılan hükme göre getirilecek sınırlamaların kanunla yapılması gerekir. Aslında kanunla sınırlama şartı Anayasanın yukarıda anılan hükümleriyle de uyumludur.

Gerek Anayasanın 16. maddesi gerek 33. maddesi çerçevesinde yabancıların dernek kurma hakkına çeşitli kanunlarla bazı sınırlamalar getirilmiştir.

B. Dernekler Hakkında Uygulanacak Olan Hükümler

Anayasanın yukarıda sözü edilen hükümleri (m. 13, 16, 33) uyarınca kişisel hak ve hürriyetlerden olan dernek kurma hakkının kullanılması ve sınırları ayrıntılı olarak "kanunla" düzenlenmiştir. Mevzuatımızda derneklere ilişkin kanunlar esas itibarıyla Dernekler Kanunu ve Türk Medenî Kanunudur. Bu kanunlar çeşitli tarihlerde değişiklikler geçirmiş veya yürürlükten kaldırılmıştır. 1926 yılında hazırlanan 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsinin yürürlükte olduğu dönemde⁵ 2908 sayılı Dernekler Kanunu (DK)⁶ yürürlüğe

⁴ Madde, 3.10.2001 de değiştirilmeden önce, temel hak ve hürriyetlerin hangi hallerde sınırlanabileceğini de ayrıca belirtiyordu. Değiştirilen 13. maddede sayılan sebepler, değişik 33. maddeye konulan sebeplerle büyük benzerlik göstermektedir:

"...Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle ... sınırlanabilir."

⁵ Dernekler ile ilgili tarihi bilgi için bkz. ÖZSUNAY Ergun.: *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, İstanbul 1982, s. 18 vd.

33) kişisel özgürlükler arasında saymıştır. Bu hak, mevzuatımızda da Dernekler Kanunu (DK) ile Türk Medeni Kanununda (TMK) düzenlenmiştir.

Anayasamız ile anılan kanunlarda yapılan son değişiklikler karşısında yabancıların dernek kurma ve derneklere üye olma hakları ile derneklerin uluslararası faaliyetleri bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

A. Dernek Kurma Özgürlüğü

1. Dernek kurma özgürlüğü, Anayasamızın 33. maddesinde düzenlenmiş² ve anayasal teminat altına alınmıştır. Anayasanın 33. maddesi, 3.10.2001 tarihinde 4709 sayılı kanunla değiştirilmiştir.

Maddenin önceki ve halihazırdaki halinde de değişmeyen, öncelikle kabul edilen husus, “herkesin” önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahip olduğudur. Maddenin yeni halinde bu hakkın daha ayrıntılı olarak ifade edildiği görülmektedir:

“Herkes önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahiptir...”

Anılan hüküm, sadece dernek kurma hakkını değil, derneklere üye olma ve üyelikten çıkmayı da kapsamına almıştır. Ayrıca bu hüküm dernekle ilgili hakları herkese tanımıştır. Anayasaya göre, vatandaş ile yabancı, kural olarak, eşit bir şekilde bu haklardan yararlanır.

2. Anayasanın 33. maddesinde dernek kurma hürriyetinin hangi hallerde nasıl sınırlanacağı ayrıca belirtilmiştir:

“Dernek kurma hürriyeti, ancak milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir.” (m. 33/II)

Hüküm, dernek kurma hürriyetinin hangi hallerde sınırlanabileceğini, çoğu soyut kavramlarla, saymıştır. Bu konuda yetkili makama geniş hareket serbestisi tanındığı söylenebilir³.

Bununla beraber, herhalde sınırlamanın “kanun” adı verilen tasarrufla yapılması icap etmektedir. Kanun dışındaki bir tasarrufla, örneğin kanun hükmünde kararname ile, dernek kurma hürriyetinin sınırlandırılması mümkün değildir.

3. Bu hüküm, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin genel hükmün yer aldığı Anayasanın 13. maddesi ile de uyumludur. Anayasanın 13. maddesine göre,

² Bkz. KABOĞLU İbrahim Ö.: *Özgürlükler Hukuku*, 5. Bası, İstanbul 1999, sh. 245 vd.

³ Ancak maddede sayılan sebeplerin uluslararası metinle de uyumlu olduğu da görülmektedir.

sokulmuştur. Daha sonra 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu (TMK)⁷ ile Türk Medenî Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun (Uygulama Kanunu)⁸ hazırlanarak 1.1.2002 tarihinde uygulanmaya başlamıştır. Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra da Dernekler Kanununda 4748 sayılı Kanunla değişiklik yapılmıştır⁹. Daha sonra da 2.1.2003 gün ve 4778 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunla¹⁰ Dernekler Kanunu ile Türk Medeni Kanununda yeniden değişiklik yapılmıştır. Bu durumda söz konusu kanun ve değişiklik hükümlerinin karşılıklı olarak uygulama alanlarını belirleme gereği kendini göstermektedir.

- Türk Kanunu Medenîsi(TKM) (m. 53-72)
- Dernekler Kanunu (m. 93, “*Bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Türk Kanunu Medenisi Hükümleri dernekler hakkında da uygulanır.*”)
- Türk Medeni Kanunu (m. 47-100)
- Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun (m. 7, “*...Dernekler hakkında öncelikle Türk Medeni Kanununun hükümleri uygulanır. Ancak kamu hukuku nitelikli özel hükümler saklıdır.*”)
- Bazı Kanunlarda (DK da dahil) Değişiklik Yapan 4748 sayılı Kanun , DK nun 4, 5, 6, 34, 38 ve 43. maddelerini değiştirmiş, 7, 11 ve 12. maddelerini yürürlükten kaldırmıştır.
- 4778 sayılı Kanunla DK nun 5,6/II, 16/I, 18/V ve 44. maddeleri değiştirilmiş veya eklemeler yapılmıştır. Yine bu kanunla DK nun 11 ve 12. maddeleri (bir kez daha !) yürürlükten kaldırılmıştır(4778 sayılı Kanun m.37). Ayrıca bu kanun ile TMK nun 91 ve 92. maddeleri de değiştirilmiştir.

Kanunların yürürlük tarihleri ve verilen hükümleri birlikte ele alındığında;

- (1) MK yürürlüğe girinceye kadar DK na ilişkin hükümler sonraki özel kanuna ait olmaları nedeniyle dernekler hakkında öncelikle uygulanma kabiliyetini haiz bulunmaktaydı. DK nda hüküm bulunmayan hallerde TKM nin uygulanması icap ediyordu.

⁶ RG 7.10.1983-18148

⁷ RG 8.12.2001-24607.

⁸ RG 8.12.2001-24607.

⁹ RG 9.4.2002-24721.

¹⁰ RG 11.1.2003-24990. 23.1.2003 gün ve 4793 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun(RG 4.2.2003-25014) ile Dernekler Kanununda bir kez daha değişiklik yapılmıştır. Anılan Kanun ile DK nun 82. maddesi değiştirilmiştir. Ancak bu değişiklik, konumuzla ilgili bulunmadığından ele alınmayacaktır.

- (2) Ancak TMK nun yürürlüğe girmesi nedeniyle bu durum değişmiştir. Gerçi yeni TMK ve Uygulama Kanunu, DK nu yürürlükten kaldırmamıştır¹¹. Ancak Uygulama Kanununun açık hükmü karşısında, sonraki (genel kanun) kanun niteliğindeki TMK hükümlerinin DK na göre öncelikle tatbiki zorunludur¹². Uygulama Kanununun 7. maddesinin gerekçesinde de bu husus şöyle ifade edilmiştir: “*Maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesi dernekler hakkında öncelikle Türk Medeni Kanunu hükümlerinin uygulanacağını öngörmüştür. Türk Medeni Kanununun derneklerle ilgili hükümleri bütün dernekler için temel hüküm niteliğindedir. Derneklerle ilgili özel yasalarla yeni hükümler getirilebilir, bunlar günün koşullarına göre değiştirilebilir. Türk Medeni Kanunu bir temel kanun olması nedeniyle sık sık değiştirileme-yeceğinden, burada bütün dernekler için vazgeçilmez olan temel ve genel ilkelere yer verilmiştir. Ancak Türk Medeni Kanununun bu genel hükümleri yanında, derneklerle ilgili gerek genel gerek özel kanunlarla özel hükümler getirilebilir. Türk Medeni Kanunu yanında bu kanunlarla getirilen özel hükümler varsa, bu hükümlerin de dernekler için öncelikle uygulanacağı açıktır...*”¹³.
- (3) TMK nun yürürlüğe girmesinden sonra DK nun bazı maddeleri önce 4748 sayılı Kanunla bilahare 4778 sayılı Kanunla değiştirilmiştir. İlk değişiklik daha ziyade kanunun kamu hukuku nitelikli¹⁴ addedilen hüküm-

¹¹ “Bu sebeple bazı konularda daha ayrıntılı kurallara sahip Dernekler K’nın yürürlükte olduğu, fakat yeni MK’ya alınan bazı Dernekler K hükümlerindeki farklılıklardan yeni MK hükümlerinin sonra çıkarılan kanun olarak esas alınması gerektiği gözönünde bulundurulmalıdır” **TEKİNALP Gülören: Türk Yabancılar Hukuku**, 7.Bası, İstanbul 2002, sh. 59. DK nun TMK na aykırı olmayan hükümlerinin geçerliliğini koruduğu hk. Bkz. **TEKİNALP**, 118.

¹² Özel kanun eski ve genel kanun yeni hükümleri çatışiyorsa hangisinin öncelikle uygulanacağı konusunda muhtelif görüşler bulunmaktadır. Bu görüşler için bkz. **EDİS Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Ankara 1979, sh. 167-168. Aynı konuda, biri özel diğeri genel, iki kanunun farklı hükümler içermesi halinde öncelikle, genel kanun niteliğindeki, TMK nun uygulanacağını hükme bağlamanın yerindeligi tartışılabilir. Zira her ne kadar TMK önceki TKM ne nazaran sayısal olarak daha fazla maddede(**AKİPEK Jale./ AKINTÜRK Turgut: Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuk**, Birinci Cilt, 4.Bası, Ankara 2002, sh. 580) dernekleri düzenliyor olsa da, dernekler hakkında DK daha ayrıntılı hükümler içermektedir, özel kanundur.

¹³ Türk Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri, Ankara 2002, sh. 658-659.

¹⁴ Anılan maddenin gerekçesinde “kamu hukuku nitelikli kural” ile derneklerle ilgili genellikle emredici nitelik taşıyan hükümlerin kastedildiği belirtilmiştir. Yukarıda adı geçen kanunların karşılıklı uygulama alanları tespit edilirken bu

lerinde gerçekleştirilmiştir. Uygulama Kanununun 7. maddesi, zaten DK nun kamu hukuku nitelikli sayılan hükümlerinin öncelikle uygulanacağını belirtmiştir. Dolayısıyla DK nun değişiklik kanunu kapsamına giren hükümlerinde bir değişiklik olmuştur.

4748 ve 4778 sayılı Kanunlar da yer alan ve kamu hukuku nitelikli sayılmayan hükümlerin ise, sonraki özel kanun olmaları sebebiyle, TMK nuna göre önceliğe sahip olduğu kabul edilmektedir¹⁵. Bu durumda hükümlerin uygulanma sırası (Uygulama Kanununun 7. maddesindeki kayıt göz önünde tutularak), şöyle olmaktadır: *Değişikliklerin kapsamına giren bütün hususlarda DK, *sonra TMK veya DK nun kamu hukuku nitelikli hükümleri ve *en son da ikinci kategoriye girmeyen TMK veya DK hükümleri.

II. YABANCILARIN DERNEK KURMA HAKKI - DERNEKLERE ÜYE OLMA HAKKI¹⁶

A. Yabancıların Dernek Kurma Hakkı

1. Gerek TMK gerek 4748 sayılı kanun yürürlüğe girmeden önce, genel olarak “dernek kurma hakkı” DK nun 4. maddesinde düzenlenmişti. Bu hükme göre, (a) fiil ehliyetine sahip, (b) 18 yaşını bitirmiş olan, (c) DK m. 4 sayılan kişilerden olmayan, (d) bütün gerçek kişiler (vatandaş-yabancı ayırımı yapılmaksızın) dernek kurma hakkına sahipti. Hatta dernek tüzüğünde yer alacak hususları düzenleyen DK m. 8/3.b. de “*dernek kurucularının ad ve soyadları, meslek veya sanatları, ikametgahları ve tabiiyetleri*”nin yazılmasını şart koşuyordu. Dolayısıyla 2002 yılı öncesinde yabancıların dernek kurma hakkından yararlanmaları tamamıyla Türk vatandaşlarında aranılan şartlara tabi idi¹⁷.

2. 2002 yılında yürürlüğe giren TMK, 57. maddesinin ikinci fıkrasında “*Dernek kurucularının fiil ehliyetine sahip olması gerekir*” hükmü ile beraber 93. maddesinde “yabancıların dernek kurma hakkı” başlığında özel bir hüküm vazetmiştir: “*Türkiye’de yerleşme hakkına sahip olan yabancı gerçek kişiler, karşılıklı olmak koşuluyla dernek kurabilirler veya kurulmuş derneklere üye olabilirler.*”

Anılan hükümlere göre, fiil ehliyetine sahip Türk vatandaşları dernek kurma hakkına sahiptir. Görüldüğü üzere DK nun 4. maddesindeki “18 yaşını bitirmiş olma” şartına yeni düzenlemede yer verilmemiştir.

durum da önem taşımaktadır. Dernekler Kanununun kamu hukuku nitelikli kuralları ve emredici kuralları için bkz. AKİPEK/AKINTÜRK, 581-582.

¹⁵ AKİPEK/AKINTÜRK, 587; ÖZTAN Bilge: *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, 10. Bası, Ankara 2002, sh. 320.

¹⁶ DK na göre dernek üyeliği hak. bkz. ENGİN Baki İlkey: *Dernek Üyeliğinin Kazanılması ve Kaybedilmesi*, İstanbul 1995, sh. 19 vd.

¹⁷ ÇELİKEL Aysel/GELGEL Günseli Ö.: *Yabancılar Hukuku*, 9. Bası, İstanbul 2000, sh. 96.

Yabancıların dernek kurucusu olabilmeleri için ise şu şartlar aranacaktır:

(a) Fiil ehliyetine sahip olmaları¹⁸: Yabancıların fiil ehliyeti kendi milli kanununa göre tespit edilecektir (MÖHUK m. 8/I).

(b) Türkiye’de yerleşme hakkını haiz olmaları: Yabancıların Türkiye’de ikametini düzenleyen mevzuata uygun olarak bu hakka sahip olması gerekmektedir.

(c) Karşılıklılığın bulunması: Kendi ülkesinde Türk vatandaşlarının dernek kurma hakkını yasaklayan ya da çok ağır şartlara tabi tutan devlet vatandaşlarının bu haktan yararlanması mümkün olmayacaktır.

3. 4748 sayılı kanunla DK nun 4. maddesinde değişiklik yapılmıştır. DK nun 4. maddesinin önceki ve değişik hali karşılaştırıldığında, yapılan değişikliğin daha ziyade dernek kurucusu olmaya getirilen sınırlamalara ilişkin olduğu görülmektedir. Genel olarak dernek kurma hakkını düzenleyen 4. maddenin ilk fıkrasında değişiklik kanununda yer almıştır. Değişiklik sonucunda dernek kurma şartları değişmiş midir? 4748 sayılı kanun, sonraki özel kanun olarak, önceki kanun hükümlerini değiştirmiştir; hem dernek kurucularına sınırlama getirme bakımından DK nu hem de dernek kurucusu olma şartlarını belirleme bakımından TMK nu.

Değişikliğin, TMK nun 57 maddesine olan etkisi sonucunda dernek kurma hakkına sahip olma şartları bakımından TMK öncesi şartlara dönüşmüştür¹⁹. Bu durumda yabancıların dernek kurmaları şu şartlara tabidir:

(a) Yabancı gerçek kişi, fiil ehliyetine sahip olmalıdır,

(b) 18 yaşını bitirmiş olmalıdır,

(c) Maddede belirtilen kişilerden olmamalıdır,

(d) Türkiye’de yerleşme hakkına sahip olmalıdır,

(e) Karşılıklılık gerçekleşmelidir.

B. Yabancıların Derneklere Üye Olma Hakkı

1. Değişiklikler öncesinde kurulmuş olan derneklere üyelik, DK nun 16. maddesinde düzenlenmiştir:

¹⁸ Aslında fiil ehliyeti şartının 93. madde karşısında aranması tartışılabilir. Yabancıların bu hakkını özel olarak 93. madde düzenlediğine göre, özenli bir kanun koyucunun, meseleyi işin mahiyetine bırakmadan, “yabancıların Türk vatandaşlarının tabi olduğu şartlar dışında maddede saydığı şartlarla bu haklardan yararlanabileceğini” belirtmesi yerinde olurdu. Örneğin, DK m. 16/VI da olduğu gibi.

¹⁹ AKİPEK/AKINTÜRK, 587 ; ÖZTAN, 320.

“ Medeni hakları kullanma ehliyetine sahip ve 18 yaşını bitirmiş olan herkes derneklere üye olabilir...”

“ Türk vatandaşı olmayanlar derneklere üye olabilmeleri için Türk vatandaşlarında aranan şartlardan başka, o yabancının Türkiye’de ikamet etme hakkına sahip olması da gerekir. Fahri üyelik için bu şart aranmaz.”

DK nun 16. maddesine göre Türk vatandaşı gerçek kişilerin derneklere üye olabilmeleri için (a) fiil ehliyetine sahip, (b) 18 yaşını bitirmiş olmaları ve (c) Maddede sayılan kişilerden olmamaları gerekir.

Aynı madde yabancıların derneklerin üye olabilmesini şu şartlara tabi tutmuştur: (a) Türk vatandaşlarının derneklere üye olabilmeleri için gereken üç şart (fiil ehliyeti, 18 yaşını bitirmiş olma, DK m. 16 da sayılan kişilerden olmama), (b) Türkiye’de ikamet etme.

2. TMK ile birlikte bu şartlar değişmiştir. TMK dernek üyeliğini 64. maddesinin ilk fıkrasında şöyle düzenlemiştir:

“Fiil ehliyetine sahip bulunan bir gerçek kişi, derneklere üye olma hakkına sahiptir...”

Uygulama Kanununun 7. maddesi dikkate alındığında, artık derneklere üye olma şartlarının, DK m. 16 yerine, TMK nun 64. maddesine göre belirleneceği açıktır. Bu durumda Türk vatandaşlarının dernek üyesi olmaları için (a) fiil ehliyetine sahip olmaları, (b) DK nun 16. maddesinde belirtilen kişilerden olmamaları (kamu hukuku nitelikli kural) gerekmektedir. Yabancıların derneklere üye olma hakkı bakımından ise, TMK nun 64. maddesi ile 93. maddesi birlikte dikkate alındığında şu şartlar gerekmektedir²⁰:

- (a) Yabancının fiil ehliyetine sahip olması,
- (b) DK nun 16.m. da sayılan kişilerden olmamaları,
- (c) Türkiye’de yerleşme hakkını haiz olmaları,
- (d) Karşılıklılığın bulunması.

4748 sayılı kanunla DK m. 16 da herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Dolayısıyla kurulmuş bir derneğe üyelik söz konusu olduğunda 18 yaşını bitirme (ergin olma) şartı aranmayacaktır. Bununla beraber DK nun 4. maddesinde yapılan değişikliğin, DK nun 16. maddesine de teşmil edildiği görülmektedir. Bu görüşe göre, madem DK nda 18 yaşını bitirme şartı yeniden aranmaya başladı, o halde yaş şartı bütün hallerde (kurucu üye olma – üye olma) aranmalıdır. Zira DK nun 4. maddesi, TMK nun 64 .maddesinden

²⁰ Bkz. TEKİNALP, 118.

sonra yürürlüğe girmiştir, sonraki özel kanun önceki genel kanun karşısında öncelikle uygulanacaktır²¹. Ancak burada ilk olarak,

kurucu üyelik = DK m. 4 – TMK m. 57 ile

kurulmuş derneğe üyelik = DK m. 16 – TMK m. 64

hükümleri arasında konu bakımından bağlantı olduğu unutulmamalıdır. İkinci olarak, üyelik şartlarını düzenleyen hükümlerin kamu hukuku nitelikli kural olmadığı ve bu husus da sonraki kanunun üstünlüğü anılan görüş tarafından da ifade edilmektedir. Dolayısıyla bu nitelikte olan kurallara tanınan öncelik bu hükümler için söze konu edilemez. DK nda değişiklik yapan kanun koyucunun maksadını aşacak şekilde, açıkça madde numarasını vererek yaptığı değişikliği başka bir maddeyi de kapsayacak şekilde, yorumlamanın mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

3. Kaldı ki, 4778 sayılı Kanunda bu yönde bir hüküm yer almaktadır. Anılan Kanun DK nun 16. maddesinin birinci fıkrasını şu şekilde değiştirmiştir:

“Fiil ehliyetine sahip gerçek ve tüzel kişiler derneklere üye olabilirler.”

Bu suretle TMK ile DK arasındaki farklılık sona erdirilmiş, DK, TMK ile uyumlu hale getirilmiştir. Yapılan değişiklik ile yabancıların derneklere üye olabilmeleri için fiil ehliyetini haiz olmalarının yeterli olduğu teyit edilmiştir²².

²¹ Bu konuda bkz. AKİPEK/AKINTÜRK, 587 ve 631-632; ÖZTAN, 341.

²² Bu arada, DK nun 16. maddesinin yeni haline göre derneklere tüzel kişiler de üye olabileceklerdir. Yabancı tüzel kişilerin Türkiye’de kurulmuş bir derneğe üye olmaları esas itibarıyla, fiil ehliyetine sahip olmaları gerekmektedir. Bununla beraber, fiil ehliyetine sahip olma şartı dışında, yabancı gerçek kişiler için aranan diğer şartların tüzel kişiler için bulunmasının gerekip gerekmediği sorusunun da cevaplandırılması gerekmektedir. Bir başka ifade ile Türkiye’de yerleşme hakkını haiz bulunmaları ve karşılıklılık şartları tüzel kişilerin üyeliği için de bulunması zorunlu mudur? Dernekleri düzenleyen hükümlerin bütünü dikkate alındığında, dernek kurucusu olabilme ve kurulan derneğe üye olabilme hakkına sahip olanların gerçek kişiler olduğu görülmektedir. Kanunkoyucunun kanunları hazırlamaktaki “dikkati ve özeni”(!) düşünüldüğünde, çok kısa bir süre sonra, tüzel kişilerin kurulmuş bir derneğe üye olabilmelerinin şartları ve yabancı tüzel kişilerin üyelik şartlarının herhangi bir “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun” içinde düzenleneceğini tahmin etmek hiç de güç değildir.

C. Fahri-Onursal Üyelik

DK nun 16/VI, 18/VI. maddelerinde fahri üyelikten, TMK nun 69/II, 70/II ve 93/II maddelerinde onursal üyelikten söz edilmektedir. Yabancıların derneklere üyelik haklarının düzenlendiği 93. maddede, yabancıların onursal üyeliği söz konusu olduğunda maddenin ilk fıkrasındaki koşulların aranmayacağı hükme bağlanmıştır.

III. DERNEKLERİN ULUSLARARASI FAALİYETLERİ

Derneklerin uluslararası faaliyetleri DK m. 7, 11, 12; TMK m. 91, 92 ile 4748 ve 4778 sayılı Kanunlarla düzenlenmiştir. Anılan kanunlarla bu kanunlarda yer alan hükümlerin uygulama alanları tespit edilmesi gerekmektedir. Uygulama Kanununun 7. maddesi gereği TMK nun 91 ve 92 maddeleri DK nun 7,11,12 maddelerine göre öncelikle uygulanacaktır. Ancak, 4748 sayılı kanunla (m. 7/D) DK nun bu üç hükmü yürürlükten kaldırıldığı için bu konuda sadece TMK hükümleri uygulanacaktır. TMK nun 91 ve 92. maddeleri de 4778 sayılı Kanunla değiştirilmiştir. DK ve TMK nun bu hükümlerinin önceki ve sonraki düzenlemelerinin birlikte ele alınması yerinde olacaktır.

A. Dernekler Kanununun Düzenlemesi

Değişiklik öncesinde, derneklerin uluslararası faaliyetleri DK nun 7, 11 ve 12. maddelerinde düzenlenmekteydi. DK m. 7, diğer iki maddeyi saklı tutarak, derneklerin aşağıdaki faaliyetlerini yasaklamaktaydı:

“1. Uluslararası faaliyette bulunmak amacıyla dernek kurulamaz.

“2. Türkiye’de kurulan dernekler, yurt dışında kurulmuş ulusal veya uluslararası dernek ve kuruluşlara katılamaz.

“3. Merkezi yurt dışında bulunan derneklerin Türkiye’de şubesi açılamaz.”

DK nun 7. maddesinde saklı tutulan 11. maddede, Türkiye’de kurulan derneklerin uluslararası beraberlik veya işbirliği yapılmasında yarar görülen hallerde Bakanlar Kurulunun izni ile uluslararası faaliyette bulunması; 12. maddede ise yurt dışında kurulan derneklerin, yine aynı amaçla, karşılıklılık şartı ve Bakanlar Kurulu izni ile Türkiye’deki faaliyetleri düzenlenmekteydi.

B. Türk Medenî Kanununun Düzenlemesi

Dernekler amaçlarını gerçekleştirmek üzere, tüzüklerinde belirttikleri tarzda faaliyette bulunurlar (TMK m. 90/I)²³. Dernek bu doğrultuda uluslararası faaliyette bulunabilir. TMK nun 91 ve 92 maddelerinde derneklerin u-

²³ Derneklerin faaliyetleri ile ilgili olarak kamu hukuku nitelikli kuralların dikkate alınması gerekir (TMK m. 90/II). Dolayısı ile, bu nitelikte olan, DK nun kurulması yasak olan dernekleri düzenleyen 5. maddesi öncelikle uygulanacaktır.

uluslararası faaliyetleri düzenlenmiştir. Bu hükümler, DK nun 7,11 ve 12. madde hükümleri gibi, uluslararası faaliyetleri esasen yasaklayan nitelikte hükümler değildir²⁴. Aksine bu konudaki serbestiye işaret edilmiştir.

1. Türkiye’de Kurulan Derneklerin Uluslararası Faaliyetleri

TMK nun 91 maddesinde, “faaliyet serbestisi” başlığında, Türkiye’de kurulan derneklerin faaliyetleri düzenlenmiştir:

“Dernekler, tüzüklerinde gösterilen amaçları gerçekleştirmek üzere, uluslararası faaliyette bulunabilirler ve yurt dışında şube açabilirler.

“Türkiye’de kurulan dernekler, amaçları doğrultusunda uluslararası alanda işbirliği yapılmasında yarar görülen hallerde, Bakanlar Kurulunun izniyle yurt dışında kurulmuş dernek veya kuruluşlara üye olarak katılabilirler.”

Bu hükümde ele alınan bu serbesti şu faaliyetleri kapsamaktadır: (a) uluslararası faaliyette bulunma, (b) yurt dışında şube açma, (c) yurt dışında kurulmuş derneklere veya kuruluşlara üye olma. TMK nun 91. maddesine göre, Türkiye’de kurulan derneklerin uluslararası faaliyette bulunmaları ve yurt dışında şube açmaları için izin şartı aranmazken, yurt dışında kurulmuş derneklere veya kuruluşlara üye olmak için Bakanlar kurulunun izni gerekmektedir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, DK nun 7, 11, 12. maddeleri 4748 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak kanunkoyucu bunu yeterli görmeyerek, 4778 sayılı Kanun ile DK nun 11 ve 12. maddelerini tekrar yürürlükten kaldırmıştır. 4778 sayılı Kanun ile TMK nun 91. maddesini de değiştirmiştir:

“Dernekler, tüzüklerinde gösterilen amaçları gerçekleştirmek üzere uluslararası faaliyette ve işbirliğinde bulunabilirler, yurt dışında şube açabilirler ve yurt dışında kurulmuş dernek veya kuruluşlara üye olarak katılabilirler.”

Görüldüğü üzere Türkiye’de kurulan derneklerin yukarıda sayılan faaliyetleri için tam bir serbesti söz konusudur. Bu tür faaliyetler için derneklerin herhangi bir makamdan izin almaları gerekmemektedir.

2. Yabancı Derneklerin Türkiye’de Faaliyetleri

Yabancı derneklerin²⁵ Türkiye’deki faaliyetleri TMK nun 92. maddesinde düzenlenmiştir:

²⁴ Bkz. TEKİNALP, 118. Ayrıca TMK ile DK arasındaki ilişki için bkz. sh. 118-119.

²⁵ Derneklerin tabiiyeti için bkz. TEKİNALP, 59-60.

“Yabancı dernekler, uluslararası alanda işbirliği yapılmasında yarar görülen hallerde ve karşılıklı olmak koşuluyla kültürel, ekonomik ve teknik konularda bilgi veya teknolojilerinden yararlanılmak üzere, Bakanlar Kurulunun izniyle Türkiye’de faaliyette bulunabilirler, şube açabilirler, üst kuruluşlar kurabilirler, kurulmuş üst kuruluşlara katılabilirler.”

Bu hükme göre yabancı dernekler Türkiye’de , (a) amaçları doğrultusunda faaliyette bulunarak, (b) şube açarak, (c) üst kuruluşlar²⁶ kurarak, (d) kurulmuş üst kuruluşlara katılarak faaliyette bulunabilirler.

Yabancı derneklerin Türkiye’de faaliyette bulunabilme şartları şunlardır: (a) Uluslararası alanda işbirliği yapılmasında yarar görülmesi, (b) Karşılıklı olma (c) Belirli konularda faaliyette bulunma: Yabancı derneklerin Türkiye’de faaliyetlerine kültürel, ekonomik ve teknik konularda bilgi veya teknolojilerinden yararlanılmak üzere izin verilebilir. (d) Bakanlar Kurulunun izni.

4778 sayılı Kanun TMK nun 92. maddesini şu şekilde değiştirmiştir:

“Yabancı dernekler, uluslar arası işbirliği yapılmasında yarar görülen hallerde ve karşılıklı olmak koşuluyla Dışişleri Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle İçişleri Bakanlığının izniyle Türkiye’de faaliyette ve işbirliğinde bulunabilirler, şube açabilirler, üst kuruluşlar kurabilir ve kurulmuş üst kuruluşlara katılabilirler.”

Maddenin yeni halinde yabancı derneklerin belirli konularda faaliyette bulunma şartı aranmadığı gibi, izin mercii de değiştirilmiştir. Bu yetki, Bakanlar Kurulundan İçişleri Bakanlığına verilmiştir. İçişleri Bakanlığı izin konusunda karar vermeden önce Dışişleri Bakanlığının görüşünü alacaktır.

C. Yabancı Dernek ve Kuruluşlarla İlişki

Derneklerin yabancı ülkelerdeki dernek ve kuruluşların üyelerini Türkiye’ye davet etmesi veya yabancı dernek kuruluşların davetlerine uyarak üyelerini yurt dışına göndermeleri 2002 öncesinde Dışişleri Bakanlığı ve ilgili bakanlığın görüşünün alınmasına ve İçişleri Bakanlığının iznine bağlı idi (DK m. 43). Bu konuda TMK herhangi bir hüküm getirmemiştir. Ancak 4748 sayılı kanunla DK nun 43. maddesi değiştirilmiştir. Derneklerin yabancı dernek ve kuruluşlarla ilişkisi konusunda izin şartı kaldırılarak bildirimde bulunma şartı getirilmiştir. Dernekler en az yedi gün önceden merkezlerinin bulunduğu ve faaliyetin düzenleneceği illerin valiliklerine bildirimde²⁷ bulunmaları gerekmektedir.

²⁶ Üst kuruluş kavramı ile derneklerin oluşturdukları federasyon ve konfederasyonlar kastedilmektedir (DK m.3)

²⁷ Bildirimde davetin amacı, tarihi, yeri, ilgili dernek veya kuruluşun adı ve adresi ile katılacak üyelere veya temsilcilere ait bilgiler bulunur.

IV. SONUÇ

Yabancıların derneklerle ilgili haklarını düzenleyen mevzuatımızdaki hükümlerin ele alındığı bu çalışmada, öne çıkan mesele kanunların uygulama alanlarını belirleme olmuştur. Bu büyük ölçüde, genel ve temel kanun olan TMK'nun (1) artık özel bir kanun konusu olan dernekleri düzenlemeye devam etmesinden, (2) getirdiği hükümlerle önceki özel kanunu tamamıyla değiştirebilecek yeterlilikte olmamasından kaynaklanmaktadır.

Daha özenli hazırlanan bir sonraki kanunla yukarıda işaret edilen hususlar daha açık olarak düzenlenebileceği düşünülebilir. Ama yukarıda da belirtildiği üzere, kanunkoyucunun DK ve TMK'nda yaptığı değişikliklerin tam anlamıyla böyle oldukları söylenemez. Hatta tüzel kişilerin dernek üyeliğine ilişkin hükmü gibi hükümler nedeniyle yeni sorulara ve sorunlara neden olunmaktadır. Muhtemelen yakın bir tarihte çıkarılacak bir değişiklik kanunu ile ya bu hüküm yürürlükten kaldırılacak ya da tüzel kişilerin statüsü ayrıntılı olarak düzenlenecektir.

Öte yandan, son zamanlarda kanun değişiklikleri torba kanunlarla yapılmaktadır. Bu en azından konuyla ilgili kişilerin mevzuatı takip etmesini büyük ölçüde güçleştirmektedir.

Ayrıca Avrupa Birliği hukukuna uyum amacıyla yapıldığı söylenen bu değişikliklerin mevzuatımızdaki diğer hükümlerle ve Birlik hukukuyla uyumu ne ölçüde gerçekleştirdiği ve değişikliklerin gerekip gerekmediği tartışılabilir bir konudur.

MENFAAT DEĞERİ ALTINDA SİGORTA

“UNTERVERSICHERUNG”

Yrd. Doç. Dr. Kemal ŞENOCAK*

ÖZET

Türk Ticaret Kanunu'nun 1288'inci maddesine göre, sigorta bedelinin sigorta değerinden eksik olması halinde, sigortacı, meydana gelen kısmi hasarı, sigorta bedelinin sigorta değerine oranı ölçüsünde tazmin eder. Türk Ticaret Kanunu'nun 1288'inci maddesi ile 1299' uncu maddesi birlikte ele alındığında, eksik sigortanın varlığından bahsedilebilmesi için, *rizikonun gerçekleştiği anda* sigorta bedelinin sigorta değerinden eksik olması gerektiği sonucu çıkar. Türk Ticaret Kanunu'nun 1288'inci maddesi şu şekilde bir orantı kuralı ihtiva etmektedir:

$$\text{Sigorta Tazminatı} = \text{Zarar} \times (\text{Sigorta Bedeli} / \text{Sigorta Değeri})$$

Türk Ticaret Kanunu'nun 1288'inci maddesi hükmü, sigorta bedeli ile sigorta değeri arasındaki farkın büyüklüğü ya da küçüklüğüne bakılmaksızın uygulanır. Bu hüküm sadece kısmi hasar halinde uygulanacak bir tazminat hesabını ihtiva etmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nun 1283'üncü maddesine göre, sigorta bedelinin takselenmesi mümkündür. Bu durumda sigorta tazminatının hesaplanmasında, sigorta değerinin takseli sigorta bedeline oranı esas alınır.

Menfaat değeri altında sigortanın varlığı, sigorta sözleşmesinin geçerliliğine herhangi bir etkide bulunmaz. Eksik sigorta, rizikonun gerçekleşmesinden önce, sigortacı ile sigorta ettiren arasındaki ilişkiye müteessir değildir.

ÖZET

Nach dem Art. 1288 THG haftet der Versicherer im Falle eines teilweisen Sachadens für den Betrag des letzteren nur nach dem Verhältnisse der Versicherungssumme zum Versicherungswert, wenn die Versicherungssumme den Versicherungswert nicht erreicht. Art. 1288 THG und Art. 1299 sind also zu entnehmen, dass bei einer Unterversicherung die Versicherungssumme niedriger als der Versicherungswert zur Zeit des Eintritts des Versicherungsfalles ist. Art. 1288 THG enthält eine Proportionalitätsregel:

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Entschädigung = Schaden x (Versicherungssumme / Versicherungswert).

Die Rechtsfolge des Art. 1288 THG gilt unabhängig davon, wie groß die Diskrepanz zwischen diesen beiden Beträgen ist. Diese Vorschrift enthält nur bei Teilschäden eine eigenständige Entschädigungsberechnung. Gemäß Art. 1283 kann der Versicherungswert auf einen bestimmten Betrag (Taxe) festgesetzt werden. In diesem Fall wird ein Schaden nur nach dem Verhältnis der Versicherungssumme zur Taxe entschädigt.

Das Vorliegen einer Unterversicherung berührt die Wirksamkeit eines Versicherungsvertrages nicht. Sie ist vor dem Eintritt des Versicherungsfalls ohne Einfluss auf die Rechtsbeziehungen zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer.

Anahtar kelimeler: Sigorta Hukuku / Menfaat Degeri Altinda Sigorta/ Sigorta Tazminatının Ödenmesi

: Versicherungsrecht/ Unterversicherung/ Erfüllung der Versicherungsleistung

MENFAAT DEĞERİ ALTINDA SİGORTA

A- Genel Olarak

Tazminat sigortalarında *tam değer sigortası* ilkesi hakimdir. Tam değer sigortası sigorta bedelinin sigorta değerine eşit olması halinde söz konusudur. Sigorta ettiren tam değer sigortası sayesinde rizikonun gerçekleşmesiyle meydana gelen zararının tamamını tazmin ettirebilecektir¹. Eğer yapılan sigorta tam değer sigortası değilse, sigorta bedeli, sigortalı mallar üzerinde, malların sigorta değeri ölçüsünde dağıtılır. İşte menfaat değeri altında sigortada (eksik sigorta) da sigorta ettiren meydana gelen zararın denkleştiri-

¹ BRUCK, E./MÖLLER, H.: Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Bd. II: §§ 49-80 VVG, 8. Aufl., Berlin-New York 1980, § 56 Anm. 4; EHRENZWEIG, A.: Deutsches (Österreichisches) Versicherungs-Vertragsrecht, Wien 1952, sh. 247; EHRENZWEIG, A.: Die Rechenregel des § 56 VVG, NeumannsZ 1926, sh. 839; SCHMIDT, G.: Die Versicherung auf erstes Risiko in der Sachversicherung, Weißenbug 1953, sh. 5; HINZ, H.W.: Die Über- und Unterversicherung im deutschen Privatversicherungsrecht, Hamburg 1953, sh. 86.

rilmesini, sigorta bedelinin sigorta değerine olan oranı ölçüsünde talep edebilecektir.

Menfaat değeri altında sigortaya (eksik sigorta) ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nun 1288'inci maddesi ile onun tekrarı mahiyetinde olan 1299'uncu maddesinin 3'üncü fıkrası hükmü öngörülmemiş olsaydı, sigorta ettiren, sigortalı menfaatin maruz kaldığı zararın, kararlaştırılan sigorta bedeline kadar tazminini talep edebilecekti. Bu sonuç ise, sigorta tekniği açısından kabul edilebilir değildir. Şöyle ki, sigorta tekniği açısından, primler, sigorta bedeli dikkate alınarak hesaplanır. Bu noktada da, sigorta bedelinin sigorta değerine eşit olduğu, yani *tam değer sigortasının* söz konusu olduğu ve tam hasar halinde zararın, sigorta değerine eşit sigorta bedeli miktarınca gerçekleşeceği düşüncesinden hareket edilir. Oysa, menfaat değeri sigorta(eksik sigorta) sözleşmesi yapıldığında sigorta ettiren, yalnızca sigorta değerinin bir kısmına tekabül eden bir prim ödemektedir. Buna karşılık zarar hadisesi, sigortalı menfaati kararlaştırılan sigorta bedeli miktarınca değil; sigorta değerinin miktarı ölçüsünde tehdit etmektedir. Bu durumda, sigorta ettirenin prim ödeme yükümlülüğü ile onunla synallagma içersinde olan sigortacının tehlikeyi taşıma yükümlülüğü denge içersinde olmayacaktır. Ayrıca, menfaat değeri altında sigortalarda, zararın sigorta bedeli miktarında gerçekleşme olasılığı, sigorta bedelinin sigorta değerine eşit olması haline oranla daha yüksektir. Örneğin, 1 milyar TL değerindeki bir menfaat, 250 milyon TL sigorta bedeli üzerinden sigorta edilecek olursa, sigorta değerinin ¼ oranında kısmi hasarın gerçekleşmesi halinde, menfaat değeri sigortaya(eksik sigorta) ilişkin Türk Ticart Kanun'ndaki düzenleme olmasaydı sigorta bedelinin tamamının tazminini talep edilebilecekti. Bu durumda da, sigorta bedelinin tamamının talep edilebilme olasılığı primin hesabında dikkate alınan sigorta bedelinin sigorta değerine eşit olması haline oranla 4 kat daha fazla olacaktır². İşte sigortacının edimi ile sigorta ettirenin edimi arasında dengeyi sağlayabilmek için, sigortacının tehlikeyi taşıma yükümlülüğünün sigorta ettirenin ödediği prime uygun bir biçimde azaltılması gerekir. Türk Ticaret Kanunu'nun menfaat değeri altına sigortayı düzenleyen söz konusu maddeleri, bu düşünceden hareketle, sigortacının sigorta tazminatını ödeme yükümlülüğünü sigortalı menfaatin, sigorta ettirenin ifa ettiği prim ödeme yükümlülüğüne tekabül eden kısmıyla sınırlandırmaya çalışmaktadır. Bir başka deyişle getirilen düzenlemeyle, kendisi mukabilinde bir miktar primin ödendiği sigorta bedeli, sigorta değerinin ne kadarına tekabül ediyorsa, sadece o kısmı sigorta himayesinden yararlandırılmakta; buna karşılık, kendisi için prim ödenmeyen sigorta bedeli, sigorta değerinin ne kadarına tekabül ediyorsa o kısım

² HUNGERBÜHLER, W.: Die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung im Versicherungsvertrag, Bern 1972, sh. 54.

sigorta şemsiyesi altına sokulmamaktadır³. Türk Ticaret Kanunu'nun 1288'inci maddesi düzenlemesiyle, sigortacının rizikoyu taşıma yükümlülüğüyle sigorta ettirenin prim ödeme yükümlülüğü; dolayısıyla edim ve karşı edim arasında denge sağlanmaktadır⁴.

Bu makalede esas itibariyle Türk Ticaret Kanunu'nda hükme bağlanan eksik sigorta, şartları ve hukuki sonuçları üzerinde durulacak; buna karşılık eksik sigortaya bağlanan hukuki sonuçların önlenmesine yönelik tedbirler ve bu bağlamda *ilk riziko sigortası* ele alınmayacaktır.

B- TÜRK SİGORTA HUKUKU MEVZUATINDA TAM DEĞER SİGORTASI

Menfaat değeri sigorta(eksik sigorta) Türk Ticaret Kanunu'nda kara sigortalarını düzenleyen kısmında esas itibarıyla 1288'inci maddede düzenlenmiştir. Şöyle ki, söz konusu hükme göre, sigorta bedeli sigorta değerinden aşağı olduğu takdirde ve sigorta edilmiş menfaatin bir kısmının halele uğraması halinde sigortacı aksine mukavele bulunmadıkça sigorta bedelinin sigorta değerine olan nispeti neden ibaretse zararın o kadarından sorumlu olur. Bu maddenin aşağı yukarı tekrarı mahiyetinde olan diğer hüküm ise, aynı Kanun'un 1299'uncü maddesinin son fıkrasında yer almaktadır. Menfaat değeri altında sigortanın varlığı halinde, kurtarma masraflarının akıbeti ise Türk Ticaret Kanunu'nun 1293'üncü maddesinde açık bir şekilde düzenlenmiştir. *Denizcilik rizikolarına karşı sigortalarda* ise, menfaat değeri altında sigortayla ilgili olarak, Türk Ticaret Kanunu'nun 1288'inci maddesinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır (TTK mad. 1349).

Sigorta Genel Şartları'nda da Türk Ticaret Kanunu'nun 1288'inci maddesine uygun hatta onun tekrarı niteliğinde olan hükümler yer almaktadır. Örneğin, Kara Taşıtları Kasko Sigortası Genel Şartları'nın A.6'ncı maddesi; Yangın Sigortası Genel Şartları'nın B.6'nci maddesinin 2'nci fıkrası.

³ Bkz. ve karşı. FREYGANG, H.: Zum Begriff der Unterversicherung, VW 1966, sh. 1108; SCHMIDT, G.: Die Versicherungstechnischen Möglichkeiten zur Vermeidung einer Unterversicherung nach der Proportionalregel, VW 1973, sh. 89; BERNDT, R./LUTTMER, G.: Der Ersatzwert in der Feuerversicherung, Theorie und Praxis, 2. Aufl., Karlsruhe 1971, sh. 77; HINZ, H. W.: age., sh. 36-37; WEYERS, H.L.: Versicherungsvertragsrecht, 2. Aufl., Berlin 1993, Rn. 469.

⁴ HONSELL, H. / VOGT, N.P./SCHNEIDER, A.K./ BOLL, C. : Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basel-Genf-München 2000, Art. 69 Nr. 6; HAUSWIRT, J. / SUTER, H.R.: Sachversicherung, Bern 1990, sh.93.

Menfaat Değeri Altında Sigorta

Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere, sigortacı menfaat değeri sigorta (eksik sigorta) söz konusu olduğunda kural olarak taraflar *ilk riziko sigortası* akdetmediği sürece meydana gelen zararı:

$$\text{Sigorta Tazminatı} = \frac{\text{Hasar} \times \text{Sigorta Bedeli}}{\text{Sigorta Değeri}} \text{ oranına göre karşılayacaktır.}$$

Türk Ticaret Kanunu'nda bu şekilde öngörülen *orantısal sorumluluk* kuralıyla, sigorta ettirene sağlanacak sigorta himayesinin yoğunluğunda azaltılma yapılmaktadır. Şöyle ki, sigorta bedelinin sigorta değerine eşit olduğu tam değer sigortalarında, sağlanacak sigorta himayesinin yoğunluğu 1 birim iken; menfaat değeri altında sigorta da, sigorta değerinin sigorta bedeline oranı kadardır. Buna göre, sigorta değeri, 1 milyar TL olan bir menfaat 500 milyon TL sigorta bedeli üzerinden sigortalanacak olursa, sigorta ettirenine sağlanacak sigorta himayesinin yoğunluğu ½ birim olacaktır⁵. Buna göre, tam değer sigortalarında:

$$\frac{\text{Sigorta Tazminatı}}{\text{Zarar}} = \frac{\text{Sigorta Bedeli}}{\text{Sigorta Değeri}}$$

$$\text{Sigorta Himayesinin Yoğunluğu} = \frac{\text{Sigorta Bedeli}}{\text{Sigorta Değeri}}$$

Menfaat değeri altında sigortada(eksik sigorta) ödenecek sigorta tazminatı şu şekilde de ifade edilebilir:

$$\text{Sigorta tazminatı} = \text{Zarar} \times \text{Sigorta Himayesinin Yoğunluğu}$$

⁵ BRUCK, E./ MÖLLER, H.: age., Bd. II, § 56 Anm. 5; BLANCK, W.: Das Vollwertprinzip des § 56 VVG, VW 1962, sh. 937. Hinz, bu bağlamda, „Sigortanın Himaye Değeri“nden bahsetmektedir. HINZ, H. W.: age., sh. 87.

C. MENFAAT DEĞERİ ALTINDA SİGORTANIN SİGORTA MUKAVELESİNİN TARAFLARI AÇISINDAN ETKİLERİ

Türk Ticaret Kanunu'nun 1299'uncu maddesine göre, tazmini lazım gelen sigorta bedeli, sigorta olunan menfaatin rizikonun gerçekleştiği zamandaki değerine göre tespit olunur. Dolayısıyla, menfaat değeri sigorta (eksik sigorta) ettiren açısından rizikonun gerçekleşmesinden sonra önem arzedecektir. Riziko gerçekleşinceye kadar, menfaat değeri sigorta (eksik sigorta), ödenecek sigorta tazminatı üzerinde herhangi bir etkisi yoktur. Şöyle ki, sigortalanan riziko gerçekleşinceye kadar sigorta değerinde meydana gelecek düşme neticesinde tam değer sigortası oluşabilir ve sigorta ettiren meydana gelen kısmi zararın tamamının karşılanmasını sağlayabilir. Ancak yüksek eflasyonist etkilerin hakim olduğu dönemlerde, sigorta bedelinin nominal değerinin düşmesi, sağlanan sigorta himayesinde de önemli miktarda düşüşe yol açacaktır. İşte bu dönemlerde sigorta ettirenin bir de menfaat değeri sigorta(eksik sigorta) yaptırması halinde, elde edeceği sigorta himayesi⁶ kendisi açısından pek kıymeti harbiyesi olmayacaktır⁷.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1288'inci maddesinin menfaat değeri sigorta (eksik sigorta) için öngördüğü sonuçlar, sigorta ettirenin menfaat değeri altında sigortayı isteyip istemediğine; bilgisi olup olmadığına bakılmaksızın uygulanacaktır⁸. Hukuki sonuçların doğması açısından sigorta ettirenin kusurunun da herhangi bir etkisi ve rolü yoktur⁹. Sigorta ettiren genellikle, yaptığı sigorta neticesinde meydana gelen hasarının tamamının karşılanacağını düşünür. Hatta menfaat değeri altında sigorta yaptırsa dahi, sigortacının sanki ilk riziko sigortası varmış gibi kısmi hasarının tamamını tazmin edeceğini zanneder¹⁰. Menfaat değeri altında sigorta yaptıran sigorta ettiren hasarın gerçekleşmesi üzerine sigortacıya başvurduğunda, kusuru olmasa dahi Kanunda öngörülen orantı kuralının uygulanmasıyla sigorta tazminatında indi-

⁶ Öztan'a göre, ilk riziko sigortası, sigorta ettireni sadece kısmî zarar halinde, para değerindeki düşüşün sonuçlarından koruyabilecektir. Bkz. ÖZTAN, F.: Para Değerindeki Değişmeler ve Sigorta, BATİDER 969, sh. 240.

⁷ BELGER, H.: Zur wissenschaftlichen Problematik der Geldwertschwankungen für die Feuerversicherung, Hamburg 1954, sh. 4; RISTHAUS, B.: Die Unterversicherung § 56 Versicherungsvertragsgesetz, Karlsruhe 1999, sh. 58.

⁸ WUSSOW, W.: Feuerversicherung, Kommentar zu den AFB und den §§ 1127-1130 BGB, 97-107 c VVG, 2. Aufl., Dornheim 1975, sh. 297; RISTHAUS, B.: age., sh. 15.

⁹ MARTIN, A.: Sachversicherungsrecht, 2. Aufl., München 1986, sh. 1409 ; RISTHAUS, B.: age., sh. 15.

¹⁰ GABELICK, K.: Die Verhütung der Unterversicherung in der Feuerversicherung, Berlin 1922, sh. 6; FREYGANG, H.: Die Unterversicherung, Hamburg 1957, sh. 34-35; BERNDT, R./LUTTMER, G.: age., sh. 1; RISTHAUS, B.: age., sh. 15.

rime gidilmesi ve bunun sonucunda hasarının tamamını karşılamayan sigorta tazminatını almak zorunda kalması halinde şüphesiz büyük hayal kırıklığına uğrayacaktır. Sigortacının azaltılmış bu ediminden tatmin olmayan sigorta ettirenin, sigortacının kendisini bu hususta yeteri derecede aydınlatmadığından bahisle aldatılmış duygusuna kapılması da doğaldır¹¹. Bunun sonucunda da sigorta ettiren ile sigortacı arasındaki akdi ve güven ilişkisi sarsılacaktır. Bu durum ise, sadece sigorta ettirenin nezdinde sigorta mukavelesi akdettiği sigortacı açısından değil; bütün sigortacılar, dolayısıyla sigorta piyasası açısından olumsuz sonuçlar doğuracaktır¹².

Şüphesiz sigortacı, bazen, zararın tesviyesi için yapacağı masrafları dikkate aldığı (örneğin, yapacağı masrafların gerçekleşen zarardan daha fazla olması halinde) gerçekleşen kısmi hasarın tamamını, fiilen menfaat değeri altında sigorta söz konusu olmasına rağmen tazmin etmek yolunu seçmeyi daha ekonomik bulabilir¹³. Bazen de sigortacı ispat güçlüğü¹⁴ nedeniyle menfaat değeri altında sigortanın varlığını ileri sürmek istemeyebilir veya ileri süremeyebilir¹⁵. Gerçekten de, zarar gerçekleştiğinde zararın miktarını sigorta ettiren; menfaat değeri altında sigortanın varlığını da sigortacı ispat etmek zorundadır¹⁶. Hatta sigortacının menfaat değeri altında sigortanın varlığını kuvvetle muhtemel olduğunu ortaya koyması yeterli olmayıp; menfaat değeri altında sigortanın varlığını tam olarak ispat etmelidir. Ancak, bu tür durumlarda sigortacının kısmi hasarlara ilişkin sigorta tazminatını Türk Ticaret Kanunu'nun 1288'nci maddesi gereği herhangi bir indirimden gitmeden ödemek zorunda olması sadece sigortacı açısından değil, sigorta ettirenlerin tümü açısından da olumsuz sonuçlar doğuracaktır. Çünkü, sigortacının,

¹¹ FREYGANG, H.: age., sh. 34; BERNDT, R./LUTTMER, G.: age., sh. 1; RISTHAUS, B.: age., sh. 15; MARTIN, A.: age., sh. 1409; SCHMIDT, G.: Die versicherungstechnischen Möglichkeiten zur Vermeidung einer Unterversicherung nach der Proportionalregel, VW 1973, sh. 90.

¹² FREYGANG, H.: age., sh. 34; RISTHAUS, B.: age., sh. 15-16; SCHMIDT, G.: agm., VW 1973, sh. 90.

¹³ MARTIN, A.: age., sh. 1409; RISTHAUS, B.: age., sh. 16; SCHMIDT, G.: agm., VW 1973, sh. 90; LUTTMER, G.: Die Neuwertversicherung von Wohn-, Geschäfts- und landwirtschaftlichen Gebäuden, Kritisch Analyse der konventionellen und der gleitenden Versicherungsform sowie Reformvorschläge, Berlin 1972, sh. 80.

¹⁴ Menfaat değeri altında sigortanın varlığından bahisle daha az miktarda sigorta tazminatı ödemek isteyen sigortacı, eksik sigortanın varlığını ispat etmek zorundadır. VIRET, B.: Privatversicherungsrecht, 2. Aufl., Bern 1989, sh. 197; HONSELL, H. / VOGT, N.P./SCHNEIDER, A.K./ BOLL, C. : age., Art. 69 Nr. 14.

¹⁵ MARTIN, A.: age., sh. 1409; RISTHAUS, B.: age., sh. 16; SCHMIDT, G.: agm., VW 1973, sh. 90; WUSSOW, W.: age., sh. 297.

¹⁶ MARTIN, A.: age., sh. 1398; SCHMIDT, G.: agm., VW 1973, sh. 90.

gerek zararın tesviyesinin doğurduğu masrafları, gerekse menfaat değeri altında sigortanın varlığına ilişkin ispat güçlüğü nedeniyle ödediği sigorta tazminatlarını prim arttırımı yoluyla sigorta ettirenlerin tümüne yansıtması kuvvetle muhtemeldir¹⁷.

D) MENFAAT DEĞERİ ALTINDA SİGORTA KAVRAMI

Türk Ticaret Kanunu'nun 1288'inci maddesine göre, sigorta bedeli sigorta değerinden aşağı olduğu takdirde menfaat değeri altında sigorta söz konusu olur. Kanun, menfaat değeri altında sigortadan bahsedilebilmesi için gerçekleşmesi zorunlu üç kavramsal unsura işaret etmektedir. Bunlar: Sigorta bedeli, sigorta değeri ve sigorta bedeli ile sigorta değerinin karşılaştırılarak sigorta bedelinin sigorta değerinden eşit olduğunun tespiti

a) Sigorta bedeli

Sigorta bedeli, sigorta poliçesinde tanımlanan tehlike için prim karşılığında ödenecek meblağı ifade eder.¹⁸ Sigorta bedeli, sigortacının ödemeyi taahhüt ettiği meblağın en yüksek haddidir. Bu anlamda, sigorta bedeli, ödenecek sigorta tazminatının en yüksek sınırını teşkil eder. Aynı sigorta ilişkisi devam ettiği müddetçe, riziko birden çok defa gerçekleşmiş olsa dahi sigortacının edim yükümlülüğünün azami sınırını kural olarak her gerçekleşen riziko başına sigorta bedeli teşkil eder. Bir başka deyişle, sigorta bedeli, gerçekleşen her bir riziko için teminat sınırını oluşturacaktır; sigorta ilişkisi devam ettiği sürece müteaddit kere riziko gerçekleşmişse, sigortacı meydana gelen zararı her defasında sigorta bedeline kadar tazmin edecektir. Ancak, taraflar sözleşmeyle, sigortalanan rizikonun gerçekleşmesi halinde, ödenecek sigorta tazminatı tutarında sigortacının ileride gerçekleşecek rizikolara ilişkin edim yükümlülüğünün azalacağı hususunu kararlaştırabilirler. Bu durumda örneğin, 28 milyar TL sigorta bedeli üzerinden akdedilen bir sigorta sözleşmesinde gerçekleşen riziko dolayısıyla 8 milyar TL tutarında sigorta tazminatı ödenmişse, ileriki bir tarihte gerçekleşecek riziko dolayısıyla sigortacının ödeyeceği sigorta tazminatı en fazla 12 milyar TL olacaktır¹⁹.

Sigorta bedeli, sigorta tazminatından farklı bir kavramdır. Yukarıda zikredildiği üzere, sigorta bedeli, sigortacının ödemeyi taahhüt ettiği meblağın en yüksek haddidir. Oysa, sigorta tazminatı, tehlikenin gerçekleşmesi sebebiyle sigortalının maruz kaldığı zarara tekabül eder. Özellikle, sigorta aktinin yapılmasını müteakip sigortalı menfaatin ilişkin olduğu malda normal kullanma dolayısıyla eskimenin vukua gelmesi veya malın kısmen hasa-

¹⁷ MARTIN, A.: age., sh. 1409; RISTHAUS, B.: age., sh. 16.

¹⁸ BOZER, A.: Sigorta Hukuku, Ankara 1965, sh. 105.

¹⁹ SCHAUER, M.: Das österreichische Versicherungsvertragsrecht, Wien 1995, sh. 198.

ra uğraması gibi hallerde ödenecek sigorta tazminatı sigorta bedeline eşit olmaz²⁰.

“*Sigorta bedeli*”, tarafların iradesinden bağımsız olarak var olan ve gerçek ve sabit bir büyüklüğü ifade eden “*sigorta değeri*”nden farklı olarak, sigortacının edim yükümlülüğünün üst sınırını teşkil etmek üzere taraflarca kararlaştırılmış büyüklüğü ifade eder²¹. Aktifin sigortasında, sigortacı, sigorta değerinden daha fazla bir miktara tekabül eden sigorta tazminatını ödeyemez. Ancak, sigorta sözleşmesinin kurulması esnasında sigorta değerinin sigortacı tarafından tespiti oldukça masraflı olabilir. Örneğin, ev eşyasının paket sigortayla sigortalanması halinde, sigortacının hangi malların sigorta ettirene ait olduğunu ve her birinin değerini tespit etmesi oldukça zordur. Bu sebeple, sigortacı, sigorta değerinin sigorta ettiren tarafından bildirilmesini ister. Sigorta ettiren de, sigortalanacak menfaatin değerini (sigorta değerini), “*sigorta bedeli*” şeklinde sigortacıya bildirir. Sigortacı da, üstlenildiği rizikoyu ve bu üstlenme karşılığında alacağı primi kendisine bildirilen sigorta bedelinden hareket ederek belirleyecektir²². Sigorta bedeli üstlenilen somut tehlike ile birlikte, sigorta ettiren tarafından ödenecek primin hesaplanmasına esas teşkil eder.

Sigorta sözleşmesinde sigortacının edim yükümlülüğünü sınırlandırmak amacıyla tek bir sigorta bedeli öngörülebileceği gibi birden fazla, farklı sigorta bedeli de kararlaştırılabilir. Örneğin, Kaza Sigortası Genel Şartları’nda, ölüm, iş görmezlik, geçici iş görmezlik ve tedavi giderleri teminaları şeklinde dört tür teminat sağlanmaktadır. İşte kaza sigortalarında, sağlanan her bir teminat bakımından sigortacının edim yükümlülüğünün üst sınırını teşkil etmek üzere ayrı ayrı sigorta bedelinin öngörülmesi mümkündür²³. Aynı şekilde, sorumluluk sigortalarında da, eşyaya ilişkin zarar, cismani zarar ve salt malvarlığı zararları için farklı farklı sigorta bedellerinin kararlaştırılabilmesi mümkündür.

Mal sigortalarında, tek bir sigorta sözleşmesiyle birden çok eşya üzerindeki menfaatin teminat altına alınması mümkündür. Böyle bir durumda, bütün eşyalar için sağlanacak teminatın üst sınırını teşkil etmek üzere tek bir sigorta bedeli tespit edilmişse, toptan sigorta bedelinden (mücmel sigorta bedeli) söz edilir. Bir başka deyişle, bu nevi durumlarda –tabiri caizse- sigor-

²⁰ BOZER, A.: age., sh. 105-106.

²¹ BRUCK, E.: Das Privatversicherungsrecht, Manheim-Berlin-Leipzig 1930, sh. 529; von GIERKE, J.: Versicherungsrecht unter Ausschluss der Sozialversicherung, II. Hälfte, Stuttgart 1947, sh.185; HINZ, H.W.: age., sh. 10.

²² Bkz. WEYERS, H.-L.: Versicherungsvertragsrecht, Frankfurt am Main 1986, Nr. 461, sh. 171.

²³ Bkz. ULAŞ, I.: Uygulamalı Can Sigortası Hukuku, Ankara 2002, sh. 185 –187.

talanacak mallar bir eşya sepetinde toplanır ve bu eşya sepeti için tek bir sigorta bedeli kararlaştırılır. Örneğin, bir işletmenin yangına karşı sigortalanmasında, işletmenin faaliyet gösterdiği bina, binanın teknik donanımı, hammadeler, satışa arz edilen mamul ile işletmeye ait diğer donanımlar tek bir sigorta bedeli üzerinden sigortalanmışsa, **sigorta bedelinin toptan belirlendiği bir sigorta** söz konusu olur (*summarische Versicherung*)²⁴. Bu nevi sigortalarda, sigortalı mallar, tek bir sigorta bedeli üzerinden sigortalanır. Dolayısıyla, menfaat değeri altında sigortanın varlığının tespiti bakımından, eşya topluluğu için tespit edilen tek sigorta bedeli, sigortalanan bütün menfaatlerin sigorta değerleri toplamı ile karşılaştırılır²⁵.

Tek bir sigorta sözleşmesiyle müteaddit menfaatin sigortalanması halinde, ayrı ayrı gruplar ya da haneler oluşturularak her bir grup ya da hane için ayrı ayrı sigorta bedelinin kararlaştırılması da mümkündür (**sigorta menfaatinin gruplandırıldığı sigortalalar; positionsweise Versicherung**). Bu nevi sigortalarda, gruplandırılmış ya da kalem kalem tespit edilmiş sigorta bedeli söz konusu olur (*positionsweise Versicherungssumme*). Sigorta menfaatinin gruplandırıldığı sigortalarda, ayrı ayrı gruplar tespit edilir ve sigorta ettirenin sigortaya ilişkin talebinde teker teker sayılan malların ilişkin olduğu her bir menfaat kalem halinde bu gruplarda listelenir. Tespit edilen her bir grupta tek bir mal yer alabileceği gibi birden fazla mal ya da eşya birliği de yer alabilir²⁶. Ancak bu nevi sigortalarda, sigortalı malların kalem kalem yer aldığı her bir grup için de ayrı ayrı özel sigorta bedelinin tespit edilmesi zorunludur. Doğal olarak, bu tür sigortalarda grup sayısı kadar sigorta bedeli vardır. Ayrıca, prim de her bir grup için ayrı ayrı tespit edilir²⁷. Sigortalı mallar, poliçede grup halinde tasnif edilmiş; fakat her bir grup için ayrı ayrı özel sigorta bedeli belirlenmemişse, sigorta hukuku anlamında, sigorta menfaatinin gruplandırıldığı sigortalardan bahsedilemez²⁸.

²⁴ Bkz. BERNDT, R./LUTTMER, G.: age., sh. 82; BLANC, W.: *summarische Versicherung und Kompensation in der Feuerversicherung*, VW 1953, sh. 328; BOLDT, H.: *Die Feuerversicherung, Erläuterungen und Hinweise*, 7. Aufl., Karlsruhe 1995, sh. 181; FREYGANG, H.: age., sh. 44; HINZ, H.W.: age., sh. 10; RISTHAUS, B.: age., sh. 111.

²⁵ FREYGANG, H.: age., sh. 45; sh. 58; WUSSOW, W.: age., sh. 299; RISTHAUS, B.: age., sh. 111; BRUCK, E./ MÖLLER, H.: age., Bd. II, § 56 Anm. 11 ve Anm. 30; HONSELL, H./SCHAUER, M.: *Berliner Kommentar*, § 56 Anm. 5.

²⁶ BERNDT, R./LUTTMER, G.: age., sh. 80; RAISER, R.: *Kommentar der allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen*, 2. Aufl., Berlin 1937, sh. 103; FREYGANG, H.: age., sh. 21; HINZ, H.W.: age., sh. 7.

²⁷ HONSELL, H. / VOGT, N.P./SCHNEIDER, A.K./ BOLL, C. : age., Art. 69 Nr. 8.

²⁸ BERNDT, R./LUTTMER, G.: age., sh. 80.

Sigortalı menfaatin gruplandırıldığı sigortalarda poliçe şu şekilde düzenlenir:

1. <u>Grup</u> : Bina(A binası)	Sigorta Bedeli; 800 milyar TL
2. <u>Grup</u> : Makineler (X,Y ve Z makineleri)	Sigorta Bedeli: 500 milyar TL
3. <u>Grup</u> : Hammaddeler	Sigorta Bedeli: 250 milyar TL
4. <u>Grup</u> : Depodaki Mamuller	Sigorta Bedeli: 750 milyar TL

Görüldüğü üzere, bu nevi sigortalarda, her bir grupta tek bir mal bulunabileceği gibi; 2, 3 ve 4'üncü gruplarda olduğu üzere mal toplulukları da bulunabilir. 2'nci grupta X, Y ve Z makineleri için tespit edilen sigorta bedeli *toptan sigorta bedeli* niteliğindedir. Keza, 3 ve 4'üncü gruplar için de tespit edilen sigorta bedeli, *toptan sigorta bedeli* dir.

Sigorta poliçesinde grupta yer alan sigortalı mallar 2'nci grupta olduğu gibi teker teker sayılmışsa, sigorta ettirenin bu gruba dahil olabilecek yeni bir makine iktisap etmesi halinde, örneğin başka bir makine satın alması halinde, bu yeni mal sigorta himayesinden yararlanamayacaktır. Buna karşılık oluşturulan grup, ev eşyaları, hammadde, tablo koleksiyonu, satışa arz edilen mamul, üretim makineleri şeklinde tarif edilmişse, bu gruba girebilecek yeni bir malın iktisabı ya da meydana getirilmesi halinde, söz konusu mal, sigortacıya ayrıca bildirilmesine gerek olmaksızın otomatikmen sigorta himayesinden yararlanacaktır. Sigortalı konunun hangi gruba gireceği konusunda, grubun teşkilinde sigortacı tarafından yapılan açıklamalar yardımcı olacaktır. Sigortacıların grupların oluşturulması aşamasında yaptığı açıklamalar sözleşmenin bir parçasını oluşturur²⁹. Sigortalanan malların grupların oluşturulmasında genel olarak açıklanması sigorta ettirenin lehinedir. Zira, bu şekilde açıklamalar sayesinde, sigortacı, bu gruba dahil olup da onun(sigorta ettirenin) düşünmediği mallar üzerindeki menfaatini de sigortalamış olur³⁰.

Sigorta menfaatinin gruplandırıldığı sigortalarda, her bir grup sigorta sözleşmesinin özel bir kısmını teşkil eder ve her bir grubun ikame değeri ayrı ayrı tespit edilir. Her bir grup için tespit edilen sigorta bedeli münhasıran o gruba ilişkindir ve bedel o grup için sabit ve kesindir. Binaenaleyh, menfaat değeri altında sigortanın varlığının tespiti bakımından her bir grup

²⁹ HÖHNE, G.: Merkblatt für Abschluss industrieller Feuerversicherungen, BB 1956, Beilage zu Heft 34, sh.5; HINZ, H.W.: age., sh. 8.

³⁰ HÖHNE, G.: age., BB 1956, Beilage zu Heft 34, sh.5.

bağımsız ele alınır. Buna göre, her bir grup için, o grubun toplam sigorta değeri ile o grup için belirlenmiş sigorta bedeli karşılaştırılarak menfaat değeri altında sigortanın varlığı tespit edilir³¹. Dolayısıyla, teşkil edilen gruplardan birinde menfaat değeri altında sigorta; diğerinde aşkın sigorta söz konusu olabilir. Gruplardan biri için tespit edilen sigorta bedeli o grubun toplam sigorta değerinden fazla ise, fazla olan kısım, diğer grupta söz konusu olan menfaat değeri altında sigortanın tamamlanarak tam değer sigortası haline getirilmesinde kullanılamaz. Bir başka deyişle, teşkil edilen gruplardan birinde aşkın sigorta diğerinde menfaat değeri altında sigorta söz konusu ise, aşkın sigortanın söz konusu olduğu grup için tespit edilen sigorta bedelinden fazlaya ilişkin olan kısım, eksik sigortanın söz konusu olduğu grup için tespit edilen sigorta bedelinin yükseltilmesi için kullanılamaz; dolayısıyla, bu grup için menfaat değeri altında sigortaya ilişkin olarak Türk Ticaret Kanunu'nun 1288'nci maddesi hükmünün uygulanmasını engellemez³².

Zorunlu deprem sigortasında³³ sigorta bedeli taraflarca serbestçe kararlaştırılmamaktadır. Zorunlu deprem sigortasında sigorta bedeli, "*Zorunlu Deprem Sigortası Tarife ve Talimatı*"nda belirlenen metrekaşe bedeli ile aynı meskenin brüt yüzölçümünün (veya yaklaşık yüzölçümünün) çarpılması sonucu bulunan tutar esas alınır. (ZDSGS mad.. A.4). *Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartları*'na göre, zorunlu deprem sigortası yapılan bir meskenin sigorta bedeli, "*Zorunlu Deprem Sigortası Tarife ve Talimatı*"nda belirlenen azami teminat tutarından çok olamaz. *Zorunlu Deprem Sigortası Tarife ve Talimatı*'nın 2'nci maddesine göre, zorunlu deprem sigortası kapsamında bir mesken için verilebilecek azami teminat tutarı tüm yapı tarzları için 40 milyar TL'sidir³⁴. Bu miktarı aşan kısım için ilgilinin ihtiyari sigorta yaptırma olanağı vardır (ZDSGS mad. C.3; ZDSTvT mad. 8). Bu hükümlerden ve

³¹ BRUCK, E./ MÖLLER, H.: age., Bd. II, § 56 Anm. 12; HONSELL, H /SCHAUER, M.: Berliner Kommentar, § 56 Anm. 5; RÖMER, W. / LANGHEID, T.: Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar, 1. Aufl., München 1997, § 56 Anm. 3.

³² Bkz. HÖHNE, G.: age., BB 1956, Beilage zu Heft 34, sh.5. Ayrıca bkz. HOFMANN, E.: age., sh. 212; HONSELL, H /SCHAUER, M.: Berliner Kommentar, § 56 Anm. 5; HONSELL, H. / VOGT, N.P./SCHNEIDER, A.K./ BOLL, C. : age., Art. 69 Nr. 8.

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. BOZER, A.: Zorunlu Deprem Sigortası, BATİDER 2001, C. XXI, S. 1, sh.243 vd.; YONGALIK, A.: Zorunlu Deprem Sigortası, BATİDER 20001, C. XXI, S. 2, sh. 151 vd.; ULAŞ, I.: Uygulamalı Sigorta Hukuku, Mal ve Sorumluluk Sigortaları, 3.B, Ankara 2002, sh. 262 vd.

³⁴ Daha önce 28 milyar TL olan sınır, 12.12.2002 tarihli ve 24691 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan „Zorunlu Deprem Sigortası Tarife ve Talimatında Değişiklik Yapılmasına Dair Tarife ve Talimat“ gereğince 01.01.2003'ten itibaren geçerli olmak üzere 40 milyar TL'ye çıkarılmıştır.

ZDSGŞ'nın Tazminatın Ödenmesini düzenleyen B.4 maddesinden hareketle, zorunlu deprem sigortasında menfaat değeri altında sigortaya ilişkin 1288'inci maddesinin *uygulanamayacağı* söylenebilir. Bir başka deyişle, burada kanunen ilk riziko sigortasının öngörüldüğünden bahsedilebilir. Buna karşılık, ihtiyari deprem sigortalarında eksik sigorta hükümleri uygulanacaktır³⁵. Ancak, bu sonuç, zorunlu deprem sigortasıyla sigortalanamayan kısmın eksik sigorta bedeli züerinden sigortalaanması hali için geçerlidir. Örneğin, 90 milyar TL sigorta değeri olan bir binanın zorunlu deprem sigortasıyla 40 milyar TL sigorta bedeli üzerinden sigortalanmasından sonra ihtiyari deprem sigortasıyla 30 milyar TL üzerinden sigortalanması durumunda eksik sigorta söz konusudur. Zira, ihtiyari deprem sigortasıyla sigortalabilecek sigorta değeri 50 milyar TL iken 30 milyar TL sigorta bedeli üzerinden sigorta yapılmıştır. Şu hususu ayrıca belirtmek gerekirse, ihtiyari sorumluluk sigortasının 50 milyar TL sigorta bedeli üzerinden yapılması halinde, binanın tüm sigorta değeri(90 milyar TL) dikkate alınarak toplam sigorta değerinden eksik bir sigorta bedeli üzerinden sigortanın yapıldığından bahisle eksik sigortanın varlığı ileri sürülemeyecektir. Zira, ihtiyari deprem sigortasında, zorunlu deprem sigortasıyla karşılanamayan zararlar sigortalanmaktadır. Bu bağlamda, ihtiyari deprem sigortasının yapan sigortacı, zorunlu deprem sigortacısı karşısında ikinci dereceden sorumludur.

Yangına Kar Kaybı Sigortası genel Şartları'nın A-6'ncı maddesine göre, sigorta bedeli tespit edilirken, iş yerinin tazminat süresine ilişkin tahmini cirosu esas alınır.

Sigortacının üstlendiği ediminin *ayni edim* şeklinde olması mümkündür. **Cam Kırılmasına Karşı Sigorta Genel Şartları'nın** 12'nci maddesine göre, zarar olayı gerçekleştiğinde, sigortacı, dilerse, sigorta bedelini geçmemek üzere hasar anındaki zararı tazmin eder; dilerse, kırılan cam ve aynaları aynen ikame eder. Gene aynı hüküm uyarınca, sigorta bedeli, sigorta değerinden eksik olduğu takdirde tazminat sigorta bedeli ile sigorta değeri arasındaki orana göre ödenir. Buna göre, taraflar sigorta bedeli kararlaştırmışlar ve sigortacı da zarar hadisesi gerçekleştiğinde, zararı nakden giderme yolunu seçmişse, kararlaştırılan sigorta bedelinin sigortalı cam ya da aynanın gerçek değerinden eksik olması halinde, Türk Ticaret Kanunu'nun 1288'inci maddesinin uygulanması gündeme gelecektir. Genel Şartlar, sigortalının, cam ya da aynaların büyüklüğünü doğru ve tam olarak bildirmemesi durumunda ödenecek sigorta tazminatının nasıl belirleneceği sorusuna cevap veren bir hükmü ihtiva etmemektedir. Gerçekten de, sigorta ettiren, sigortalı cam ya da aynaların büyüklüğünü eksik göstermiş olabilir. Bu tür olaylarda da menfaat değeri altında sigorta meydana gelecektir. Ancak, böyle bir durumda,

³⁵ Yarg. 11. HD., 31.1.2002 gün ve 2001/10848 Esas, 2002/694 karar sayılı ilamı için bkz. ULAŞ, I.: Mal ve Sorumluluk Sigortaları, , sh. 265-266.

“gerçek olmayan menfaat değeri altında sigorta”dan bahsedilir. Sigortacının ödeyeceği tazminat ise, sigorta ettirilen tarafından bildirilen cam ya da ayna büyüklüğünün gerçek büyüklüğüne oranı ölçüsünde azaltılır³⁶. Bu son halde, sigorta bedeli, cam ya da aynanın m² başına büyüklüğüne göre kararlaştırılmış ve söz konusu sigorta bedeli cam ya da aynanın m² başına gerçek değerinden eksik ise, Türk Ticaret Kanunu’nun 1288’inci maddesi anlamında *gerçek menfaat değeri altında sigorta* söz konusu olur³⁷. Örneğin, sigortalı tarafından 15 m² olarak bildirilmiş işyerinin(örneğin galeri) camının büyüklüğü gerçekte ise 20 m² dir; ayrıca sigorta bedeli olarak m² başına 500 milyon TL kararlaştırılmış; oysa sigortalı camın gerçek değeri m² başına 750 milyon TL’dir. Böyle bir durumda, ödenecek sigorta tazminatı ilk önce, sigorta ettirilen tarafından bildirilen cam ya da ayna büyüklüğünün gerçek büyüklüğüne oranı; daha sonra ise, Türk Ticaret Kanunu’nun 1288’inci maddesinde öngörülen oran kuralına göre olmak üzere iki defa azaltılır³⁸.

Şüphesiz sigortacı, eksik sigorta olarak yapılmış cam kırılma rizikosuna karşı sigortalarda *aynen tazmin* yolunu, sigortalının, camın gerçek değeri ile sigortacının nakden tazminat yolunu seçmiş olsaydı ifa etmek zorunda kalacağı(TTK mad. 1288’inci madde gereği azaltılmış) sigorta tazminatı arasındaki farkı ödemesi kaydıyla seçecektir.

Sigorta bedelinin poliçede gösterilmemesi halinde sigorta sözleşmesinin muteber olup olmayacağı hususunda Türk Ticaret Kanunu’nda her hangi bir hüküm mevcut değildir. Bu soruya can ve tazminat sigortaları ayırımına göre cevap vermek gerekir. *Can sigortalarında* sigorta sözleşmesinin geçerli olabilmesi için sigorta bedelinin poliçede gösterilmesi gerekir³⁹. Buna karşılık, *tazminat sigortalarında* sigorta bedelinin kararlaştırılmamış olması sigorta sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Sigorta bedeli tazminat sigortalarında, sigorta sözleşmesinin vazgeçilmez aslî unsuru değildir⁴⁰. Sigorta bedeli, tazminat sigortalarında, hukuki bir zorunluluk değil; sadece sigorta tekniğinden doğan bir zorunluluktur⁴¹. Zira, örneğin, sigorta bedelinin kararlaştırılmamış olması halinde, Türk Ticaret Kanunu’nun 1288’inci maddesinde öngörülen menfaat değeri altında sigortanın uygulanma imkânı kalmaz⁴². Çünkü, bu madde açısından eksik sigorta kavramı, sigorta bedeli

³⁶ OLLICK, P.: Das neue Klausel (VI), VerBAV 1982, sh. 539.

³⁷ RISTHAUS, B.: age., sh. 47.

³⁸ OLLICK, P.: agm., VerBAV 1982, sh. 539; RISTHAUS, B.: age., sh. 47.

³⁹ BOZER, A.: age., sh. 107; BRUCK, E.: Das Privatversicherungsrecht, sh. 416.

⁴⁰ KOENIG, W.: schweizerisches Privatversicherungsrecht, Bern 1967, sh. 282; EHRENZWEIG, A.: age., sh. 245.

⁴¹ EHRENZWEIG, A.: age., sh. 245.

⁴² FREYGANG, H.: age., sh. 10; HINZ, H.W.: age., sh. 120; BRUCK, E./MÖLLER, H.: age., Bd. II, § 56 Anm. 10.

ile sigorta değeri arasındaki ilişkiyi; bir başka deyişle, sigorta bedelinin sigorta değerinden eksik olmasını ifade eden bir kavramdır. Dolayısıyla, menfaat değeri altında sigortanın tespiti için, sigorta değeriyle karşılaştırılabilecek sigorta bedeli olarak adlandırılan rakamsal bir büyüklüğe ihtiyaç vardır.

b) Sigorta Değeri

Sigorta değeri, sigortalı menfaatin değeridir. Doktrinde, sigorta değeri, nihai değer(Letzwert) veya zararın sınırı olan değer(Sachadesngrenzwert) olarak da adlandırılmaktadır⁴³. Sigortacı açısından sigorta tazminatının ödenmesi söz konusu olduğundan sigorta değeri, sigortalı menfaatin rizikonun gerçekleştiği andaki değeridir(TK mad. 1299/II). Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, sigorta ettirenin sigortanın konusuna verdiği subjektif değer, sigorta değeri olarak belirlenemez. Eşyanın kişi için ifade ettiği manevî veya hatıra değeri sigorta değerine esas tutulamaz. Herkesin değer anlayışı farklıdır ve bu subjektif değerın sigortalanması kural olarak mümkün değildir. Ancak, sanatsal eserlerde olduğu gibi kişinin sigorta konusuna biçtiği değer, o sahayla ilgili olan diğer kişilerce de paylaşıyorsa, bu değerın sigorta değeri olarak kabulü mümkündür⁴⁴. Şüphesiz, sigortanın amaçlarından biri de *subjektif rizikonun* ortadan kaldırılmasıdır. Bunu sağlayacak tedbirlerden birisi de, sigorta menfaatinin gerçek değeri üzerinden sigortalanmasıdır.

Sigorta değerinin sigorta menfaatinin rizikonun gerçekleştiği andaki değeri olduğunu öngören kuralın sigorta ettiren lehine olarak aksinin kararlaştırılması mümkündür⁴⁵. Bir başka deyişle sigorta sözleşmesinde tarafların, sigortalı menfaatin rizikonun gerçekleştiği andaki değerinden farklı bir değeri sigorta değeri olarak kararlaştırması mümkündür. Ancak farklı sigorta değerinin kararlaştırılması, sigorta ettirenin aleyhine olamaz. Örneğin, yeni değer sigortasında, sigortalı malla aynı türdeki bir malın “*yeni değeri*”, “*sigorta değeri*” olarak kararlaştırılabilir. “Yeni değerin” sigorta değeri olarak kararlaştırılması iki türlü olabilmektedir. Bir başka deyişle, sigortalı malla aynı türde yeni bir malın fiyatının sigorta değeri olarak kararlaştırılabilmesi iki türlü söz konusu olabilmektedir. İlkinde, sigortalı malın yaş ve aşınma derecesine göre değerinde meydana gelmiş olan azalma düşülmeksizin(mahsup edilmeksizin) aynı türdeki yeni bir malın tedariki için ödenecek bedel, sigorta değeri olarak belirlenmektedir(*eskime ve aşınma payı düşülmeksizin yeni değer*). Diğer türünde ise, poliçeye, “*yeni değerden*” eskime ve

⁴³ Bkz. HINZ, H.W.: age., sh. 97.

⁴⁴ KÄSER, H.: Untersuchungen über den Begriff des Ersatzwertes in der Versicherung, Bern 1937, sh. 4.

⁴⁵ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. HOFMANN, E.: Privatversicherungsrecht, München 1998, sh. 210.

aşınma payı düşülerek sigorta tazminatının ödeneceği yazılmaktadır. Bu son durumda kararlaştırılan sigorta değeri, sigortalı malın devir değerinden fazla bir bedele tekabül etmektedir(*eskime ve aşınma payı mahsuplu yeni değer*)⁴⁶.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1283'üncü maddesi ile 1350'inci maddesi gereği *takseli sigorta değerinde de*, sigorta değerinin taraflarca kararlaştırılması veya taraflarca seçilecek bilirkişiler tarafından sigorta değerinin tespiti söz konusudur. Takseli sigorta değeriyle, taraflar sigorta değerini, sigortalı menfaatin rizikonun gerçekleştiği andaki değerinden farklı bir değer olarak kararlaştırmış olmaktadır. Zira, takseli değer, sigortalı menfaatin rizikonun gerçekleştiği andaki değeri değil; sigorta mukavelesinin kurulduğu andaki değeridir. Ancak, taraflar takseli sigorta değeriyle, sigorta sözleşmesinin kurulduğu anda, birlikte tespit ettikleri(TTK mad. 1350) ya da oy birliğiyle seçtikleri bilirkişi tarafından takdir edilen değeri (TTK mad. 1283), sigortalı rizikonun gerçekleştiği andaki sigorta değeri sayılacağını kararlaştırmaktadırlar.

Türk Ticaret Kanunu'nun *taşıma sigortalarına* ilişkin 1313'üncü maddesi gereği sigortalanan yükün sigorta değeri taşınması için taşıyıcıya teslim olduğu zamandaki değeridir⁴⁷. Bu hükümle de, sigortalı malın rizikonun gerçekleştiği andaki değeri esas alınmayarak, Türk Ticaret Kanunu'nun 1299'uncu maddesinin 2'nci fıkrasından farklı bir düzenleme getirilmiştir.

Menfaat değeri altında sigorta bakımından, *kendisi için sigorta bedelinin kararlaştırıldığı* menfaatin değeri önem arzeder.

Sigorta menfaatinin gruplandırıldığı sigortalarda, menfaat değeri altında sigortanın tespiti açısından, her grubun ayrı ayrı sigorta değeri tespit edilmeli ve bu değer, o grup için kararlaştırılmış sigorta bedelinden eksik olmalıdır. Teşkil edilen gruplardan birinde başkasına ait eşya da yer alıyorsa, sigorta değerinin hesaplanmasında bu malın değeri de dikkate alınır⁴⁸. Şüphesiz, sigorta menfaatinin gruplandırıldığı sigortalarda teşkil edilen gruplarda yer alan mallar tek tek sayılmışsa, sigorta değerinin tespiti kolaydır. Buna karşılık, teşkil edilen grupta, ev eşyası, işletme tesisatı gibi mal topluluğu yer alıyorsa, sigorta değerinin hesaplanması güçlük arzedecektir. Bu sebeple, sigortacılar, düşük miktartlı hasarlarda, sigorta değerinin hesaplanmasındaki güçlük sebebiyle, menfaat değeri altında sigortaya ilişkin Türk Ticaret Ka-

⁴⁶ HOFMANN, E.: age., sh. 210.

⁴⁷ Benzeri bir düzenleme Türk Ticaret Kanunu'nun 1356'ncı maddesinde yer almaktadır.

⁴⁸ HINZ, H.W.: age., sh. 100.

nunu'nun 1288'nci maddesini uygulamaktan içtinap ederek ex-gratia teşkil eden ödemelerde bulunurlar⁴⁹.

Sigorta bedelinin toptan tespit edildiği sigortalarda da sigorta değerinin hesaplanması güçlük arzeder. Bu yüzden, bu nevi sigortalarda da menfaat değeri altında sigortanın varlığının tespiti güçlük teşkil edebilir ve sigortacı özellikle küçük miktartlı hasar hadiselerinde Türk Ticaret Kanunu'nun 1288'inci maddesini uygulamayarak sigorta tazminatını indirim yapmaksızın ödemek zorunda kalabilir⁵⁰.

Mal topluluklarının sigortasında, sigorta değerinin hesaplanmasında kural olarak, sigorta ettirene ait eşya dikkate alınır. Ancak, sigorta poliçesinde, sigorta ettirenin mülkiyeti muhafaza kaydıyla zilyedi olduğu eşya ile aile efradına veya işyerindeki personeline ait eşyaların da sigorta himayesinden yararlanacağı belirtilmişse, bunların sigorta değeri de dikkate alınır⁵¹.

Mal topluluklarına ilişkin yapılan sigortada, bazen "sigortalı yer" klozuna da yer verilebilir. Bu nevi sigortalarda, sadece sigorta poliçesinde belirtilen yerde bulunan eşya sigorta himayesinden yararlanır⁵². Sigorta poliçesinde belirtilen yerde gerçekleşmeyen rizikolar sigorta tazminatının ödenmesini müncer olmaz. Poliçede kararlaştırılan "sigortalı yer" sigorta himayesinden yararlanacak mal topluluğuna aidiyetin belirlenmesi bakımından, eşyanın sigorta poliçesinde belirtilen yere getirilmesi kadar, bu yerden uzaklaştırılması da önem arzeder. Şöyle ki, eşyanın sigorta poliçesinde belirtilen yerden sürekli uzaklaştırılması, onun artık mal topluluğuna ait olmadığına dair bir emare teşkil edebilir. Örneğin, yangına karşı sigortalanan ev eşyası arasında yer alan bir masanın sigortalının bürosuna getirilmesi ve artık orada kullanılmaya başlanması. Bu durumda, söz konusu masa artık sigortalı mal topluluğundan (ev eşyasından) ayrılmıştır ve mal topluluğunun sigorta değerinin hesaplanmasında dikkate alınmaz. Zira, sigorta sigorta poliçesinde belirtilen yer ya da mekanda bulunan mallar sigorta değerinin hesaplanmasında nazarı itibara alınır. Bununla birlikte, geçici olarak poliçede belirtilen yerden ayrılan malların değeri, bu malların sigortalı yer dışında olmasına rağmen sigorta himayesinden yararlanması şartıyla sigorta değerinin hesaplanmasında dikkate alınır⁵³.

⁴⁹ Bkz. BRUCK, E./ MÖLLER, H.: age., Bd. II, § 56 Anm. 30.

⁵⁰ Bkz. BRUCK, E./ MÖLLER, H.: age., Bd. II, § 56 Anm. 30.

⁵¹ Bkz. BRUCK, E./ MÖLLER, H.: age., Bd. II, § 56 Anm. 30.

⁵² RAISER, R.: age., sh. 149.

⁵³ BRUCK, E./ MÖLLER, H.: age., Bd. II, § 54 Anm. 28, § 56 Anm. 30. Hagen'e göre, sigortalı yerden geçici olarak ayrılan eşya bu yerde olmasına rağmen sigorta himayesinden yararlanmasa bile sigorta değerinin hesaplanmasında dikkate alınır. HAGEN, O.: Das Versicherungsrecht, Teil V, Bd. VIII, in:

Yukarıda ifade edildiği üzere, menfaat değeri altında sigortanın varlığının tespitinde ölçü alınacak olan sigorta değerinin belirlenmesinde sigortalı malın rizikonun gerçekleştiği andaki sigorta değerinin esas alınacaktır (TTK mad. 1299/II). Taraflar arasında tazminatın ödenmesiyle ilgili ihtilaf çıksa dahi, mahkeme hükmünün verildiği an değil; bu an sigorta değerinin hesaplanmasında esas alınır. Dolayısıyla, *eksik sigortanın varlığı, rizikonun gerçekleştiği anda tespit edilecektir*⁵⁴. Rizikonun gerçekleşmesinden önce menfaat değeri altında sigortanın var olup olmadığı keyfiyeti, tazminatın hesaplanmasında her hangi bir önemi ve rolü yoktur. Dolayısıyla, sözleşmenin kurlması esnasında mevcut olan eksik sigorta, sigorta tazminatında herhangi bir indirimine yol açmayacaktır. Eksik sigortanın, rizikonun gerçekleşmesinden önce mevcudiyeti, sigorta ettiren açısından da önemsizdir. Ancak, o, bu süre zarfında, rizikonun gerçekleşmesiyle zararının tamamını tazmin ettirememesi rizikosunu taşır. Bu sebeple, sigorta bedelini yükselterek zararın tamamını tazmin ettirememesi tehlikesini bertaraf edebilir. Bununla birlikte, rizikonun gerçekleşmesinden önce ne sigorta ettiren ne de sigortacı tek başına sigorta bedelini yükseltme hakkına sahiptir. Sigorta bedeli, sigorta ettiren ve sigortacının uyuşması sonucunda yapılacak ek sigorta sözleşmesine istinaden yükseltilebilecektir. Aynı şekilde, sigorta sözleşmesinin kurulduğu anda mevcut olan eksik sigortanın, sigorta değerinin rizikonun gerçekleşeceği âna kadar piyasada o malın fiyatının düşmesi, aşınma, kullanma ya da mal topluluğunun sigortasında sigorta topluluğuna dahil olan mallardan bir veya bir kaçının topluluktan ayrılması (örneğin başkasına satılması) suretiyle tam değer hatta aşkın sigorta haline dönüşmesi mümkündür. Bunun gibi, sözleşmenin kurulması esnasında tam değer sigortasının mevcut olması, yani sigorta bedeli sigorta değerine eşit olacak şekilde sigorta sözleşmesinin yapılması da sigorta tazminatında hiç bir şekilde indirimine gidilemeyeceği anlamına gelmez. Zira, riziko gerçekleşinceye kadar, sigortalı malın değerinin artması veya sigortalı mal topluluğuna yeni eşyanın dahil olmasıyla eksik sigorta meydana gelebilecektir.

Mal topluluğunun sigortalanması halinde, sigorta himayesinden sigorta sözleşmesinin yapılmasından sonra mal topluluğuna yeni dahil olup da sigorta ettiren tarafından sigortacıya bildirilen eşya da yararlanacağından, riziko-

Ehrenberg's Handbuch des gesamten Handelsrecht, Abt. I - II, Leipzig 1922, sh. 391. Hagen'ın bu düşüncesinin hukuk hissiyatına ters düşeceği şeklindeki - haklı- karşı görüş hakkında bkz. BLANC, W.: Entschädigungsberechnung in der Sachversicherung, Karlsruhe 1977, sh. 41-42

⁵⁴ BOZER, A.: Sigorta Hukuku, Ankara 1965, sh. 202.

nun gerçekleştiği anda mal topluluğunda yer alan eşyanın toplam değeri sigorta değeridir⁵⁵.

Sigorta değerinin belirlenmesinde esas alınacak tarih, *kara ve deniz yoluyla yapılacak taşıma rizikolarına karşı sigortalar* açısından da önemlidir. Zira kara yoluyla yapılan taşıma rizikolarına karşı sigortalarda, sigorta olunan yükün sigorta değeri, taşınması için taşıyıcıya teslim olduğu yer ve zamandaki(TTK mad. 1313); deniz yoluyla yapılan taşıma rizikolarına karşı sigortalarda ise, yükün, yükleme yeri ve zamanındaki değeri sigorta değeridir(TTK mad. 1316). Bu nevi sigortalarda, sigorta süresi kısa müddetli olduğundan bu süre zarfında sigorta değerinin aynı kalacağı varsayımından(Fiktion des gleichbleibenden Versicherungswert) hareket edilir. Dolayısıyla taşıma sigortalarında sigorta sözleşmesinin kurulmasından sonra menfaat değeri altında sigorta gerçekleşmez.

Klasik yangın sigortası, maddi zararları tazmin ederken; yangın dolayısıyla işletmenin durması dolayısıyla oluşan kar kaybı ile işletme sahibinin üretimin durmasına rağmen işçi ücretleri gibi sabit masrafları tazmin etmez. İşte *işletmenin yangın dolayısıyla durma rizikosuna karşı sigortalarda*, işletmenin yangın dolayısıyla yapmak zorunda olduğu sabit masraflar ile kazanç kayıpları teminat altına alınır. Buna göre, söz konusu sigortalarda sigorta değeri, işletmenin kazancı ve yaptığı sabit masraflardan ibaret meblağdır⁵⁶. İşletme durmasına karşı sigortalarda zarar hadisesi, belirli bir sürece yayılı olarak gerçekleşir. Bu sebeple, meydana gelen zararın miktarı, işletmede duran faaliyetin kapsamı(örneğin, faaliyet, işletmenin tamamında mı yoksa sadece belirli bölümlerinde mi durmuştur) ile mal ya da hizmet üretimin durmasının süresine bağlıdır⁵⁷. Sigorta değerini teşkil eden işletmenin kazanç kaybı ve sabit masrafları da belirli bir süre zarfında meydana gelmektedir⁵⁸. Bu nevi sigortalarda, sigortacılar sorumluluğunu belirli bir süre ile sınırlandırmaktadırlar. Sigortacılar, eşyaya ilişkin zararın gerçekleşmesinden itibaren belirli bir süre(örneğin 12 ay) zarfında meydana gelecek kazanç kaybı ve sabit masrafları ödemeyi taahhüt ederler. Bu süre sigortacının sorumlu olduğu süre olup, sigortacı ikame değerinin(sigorta tazminatının) hesaplanmasında bu süreden hareket etmez. Sigortacının sigorta tazminatının hesabında esas alacağı sürenin sonu, sigortacının sorumlu olduğu süre-

⁵⁵ HONSELL, H /SCHAUER, M.: Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Berlin-Heidelberg- New York 1999, § 56 Anm. 7.

⁵⁶ BLANC, W.: age., sh. 34; HAX, K.: Grundlagen der Betriebsunterbrechungsversicherung, 2. Aufl., Köln 1965, sh. 111; RISTHAUS, B.: age., sh. 42.

⁵⁷ HAX, K.: age., sh. 108; RISTHAUS, B.: age., sh. 42.

⁵⁸ BLANC, W.: age., sh. 34; HAX, K.:age., sh. 110; RISTHAUS, B.: age., sh. 42.

dir(örneğin 12 ay). Ancak, sigorta tazminatının(ikame değeri) hesaplanmasında esas alınan süre, sigortacının sorumlu olduğu nihai süreden daha önce, işletmenin faaliyetlerine yeniden başlamasıyla da sona erebilecektir. Demek ki, sigortacının sorumlu olduğu süre olarak poliçede belirlenen süreden(örneğin 12 ay) daha uzun süren faaliyet durmalarında, sigorta tazminatının(ikame değerinin) hesaplanmasında esas alınacak süre, poliçede belirlenen bu süre(12 ay) olacaktır.

Yangına Bağlı Kar Kaybı Sigortası Genel Şartları'na göre, yapılan bu sigorta ile bir ticari faaliyetin yürütülmesinde kullanılan taşınır ve taşınmaz değerlerde, bir yangın sigorta sözleşmesinin teminat altına aldığı riskin gerçekleşmesiyle ortaya çıkan hasar ve kayıplar sonucu, ticari faaliyetin kısmen veya tamamen durması veya aksaması nedeniyle oluşan kar kayıpları teminat altına alınır. Bu sigortanın uygulamasında kar kaybı, ticari faaliyetin durması ya da aksaması sonucunda, tazminat süresi içinde kalmak kaydıyla ciroda meydana gelen azalmadan ve bu azalmayı önlemeye yönelik işletme maliyetindeki artıştan kaynaklanan kar kaybı olarak anlaşılır(mad. A-1/III). Sigortacı, hasarın meydana geldiği andan, ticari faaliyetin durma veya aksaması tamamen giderilerek normal faaliyete devam olunmasına kadar geçecek süre içinde ve poliçede belirtilen azami teminat süresini aşmamak kaydıyla meydana gelecek kar kaybından sorumludur(mad. A-3). Sigorta tazminatı da(ikame değeri), kural olarak, cirodaki azalma ve iş maliyetindeki artış sonucu ortaya çıkan brüt kar kaybından, tazminat süresi içinde brüt kardan ödenmesi gereken, ancak hasar nedeniyle ödenmeyen veya tasarruf edilen işletme giderleri düşülerek hesaplanır(mad. B-6).

Yeni değer sigortası, aktifin sigortası ile pasifin sigortasının kombinasyonundan oluşan bir sigortadır. Bir yönüyle mal sigortası diğer yönüyle zorunlu harcamalara karşı sigortadır. Gerçekten de, yeni değer sigortasında sigortacı, riziko gerçekleştiğinde malı ikame değeri (mal sigortası; aktifin sigortası) ile bu değer ile aynı özelliklere sahip yeni bir malın meydana getirilmesi veya satın alınması için yapılması gereken ilave harcamaları; yani malın yeni değeri ile ikame değeri arasındaki farkı (zorunlu harcamalara karşı sigorta; pasifin sigortası) karşılamayı taahhüt etmektedir. Bir başka deyişle, sigortacı, bu sigorta ile aynı özelliklere sahip yeni bir malın, yaş, kullanıma ve eskime payına bakılmaksızın yeniden tedarik değerini üstlenmektedir⁵⁹. Yeni değer sigortasında sigorta değeri, sigorta menfaatinin konusu bir bina ise, binanın bulunduğu yerdeki mütad yeniden inşa değeridir. İnşa değeri ise, inşaat masraflarına tekabül eder⁶⁰. Buna karşılık, sigorta menfaa-

⁵⁹ Bkz. KUHN, M. /MÜLLER-STUDER, R.L./ECKERT, M.K.: Privatversicherungsrecht, Zürich 2002, sh. 107.

⁶⁰ HASSELMANN, M.: Die Neuwertversicherung in ihrer heutigen Gestaltung, VW 1969, sh. 319.

tinin konusu bir menkul mal ise, malın yeniden tedarik değeri(malın yeniden satın alınması halinde ödenecek semen) sigorta değerini teşkil edecektir⁶¹.

Taraflar arasında takseli sigorta anlaşması varsa, eksik sigortanın tespitinde, “*takseli sigorta değeri*” ölçüdür.⁶²

Meblağ sigortalarında sigorta değerinden bahsedilemeyeceğinden, menfaat değeri altında sigorta hükümlerinin bu sigorta türlerine uygulanması mümkün değildir.

Sorumluluk sigortalarında sigorta değerinin varlığından bahsedilse bile, onun miktar olarak tam ifadesi mümkün değildir. Tabiatıyla bunun sonucunda ikame değeri de tam ve doğru olarak tespit edilememektedir. İleri sürülen haklı tazminat talebinin sigorta bedelini aşması durumunda sigortacı, sadece sigorta bedeline kadar olan miktarı karşılamakla yükümlüdür. Dolayısıyla menfaat değeri altında sigortaya ilişkin Türk Ticaret Kanunu’nun 1288’inci maddesi *sorumluluk sigortalarında* da uygulama alanı bulmaz⁶³. Menfaat değeri altında sigorta hükümlerinin sorumluluk sigortalarında uygulanması ancak, sigorta ettirenin sorumluluğunun belirli bir miktarla ya da mali bir değerle sınırlandırılmış olması halinde düşünülebilir⁶⁴. Mağdurun sigorta bedelini aşan miktarda tazminat talebi ileri sürmesi durumunda sigortacı, sigorta bedelini mağdura ödemekle yükümlüdür. Buna karşılık, sigorta bedelinden daha aşağı miktarda tazminat talebini ileri sürülmesi halinde, sigortacı, *ilk riziko sigortasında* olduğu gibi talep edilen miktarı ödemek zorundadır. Bununla birlikte, *Karayolları Motorlu Araçları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası) Genel Şartları*’nın 12’nci maddesinin 4’üncü fıkrasına göre, sigortacı, ileri sürülen tazminat talebiyle ilgili olarak sigortalıya dava açılması halinde, dava masrafları ile avukatlık ücretini ödemek zorundadır. Şu kadar ki, mahkeme tarafından hükmolunan tazminat sigorta bedelini geçerse, sigortacı söz konusu dava masrafları ile avukat-

⁶¹ HASSELMANN, M.: age., sh. 319-320.

⁶² HONSELL, H /SCHAUER, M.: Berliner Kommentar, § 56 Anm. 6; HINZ, H.W.: age., sh. 104.

⁶³ Bkz. ŞENOCAK, K.: Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000, sh. 68-69; HINZ, H.W.: age., sh. 196 vd; SIEG, K.: Allgemeines Versicherungsvertragsrecht, 3. Aufl., Wiesbaden 1994, sh. 167-170. Bununla birlikte, örneğin, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’nın 12’nci maddesinde „*gerçek olmayan menfaat değeri altında sigorta*“ düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, mahkemece hükmolunan tazminat miktarının, sigorta bedelini aşması durumunda sigortacı, mahkeme masraflarını, sigorta bedelinin tazminata oranına göre ödemekle yükümlüdür.

⁶⁴ RISTHAUS, B.: age., sh. 63.

lık ücretini, sigorta bedelinin hükmolunan tazminata oranı dahilinde öder⁶⁵. Burada da dava ve avukat masraflarının taraflar arasında orantısız dağılımı söz konusudur. Böylece söz konusu hükümle, pratik açıdan menfaat değeri altında sigortaya benzer etkiler meydana gelmektedir⁶⁶.

c) Sigorta Bedelinin Sigorta Değerinden Eksik Olması

Sigorta bedelinin sigorta primin tespiti ile sigortacının edim yükümlülüğünün mutlak ve nisbi olarak sınırlandırılmasına hizmet ettiği yukarıda zikredilmişti. Sigorta bedelinin, "sigortacının edim yükümlülüğünün *mutlak* sınırını" oluşturması bütün sigorta dalları için geçerli olan bir fonksiyonudur. Buna karşılık, sigorta bedelinin sigorta değeriyle birlikte "sigortacının edim yükümlülüğünün *nisbi* sınırını" oluşturması, sigorta bedelinin sadece aktifin sigortasında görülen fonksiyonudur⁶⁷. Buna göre, sigorta bedeli sigorta değerinden eksik ise eksik sigorta; fazla ise aşkın sigorta, eşit ise tam değer sigortası söz konusu olur.

Demek ki, Türk Ticaret Kanunu'nun 1288'inci maddesi, sigorta sözleşmesinde "sigortacının edim yükümlülüğünü *nisbi* sınırını" göstermek amacıyla kararlaştırılan sigorta bedelinin kararlaştırılmış olmasını şart kılar. Bir başka deyişle, Türk Ticaret Kanunu'nun 1288'inci maddesi açısından, sigortacının edim yükümlülüğünün *nisbi* sınırını teşkil etmek üzere kararlaştırılan sigorta bedeli önemi haiz olup; sigortacının edim yükümlülüğünü mutlak sınırını göstermek amacıyla kararlaştırılan sigorta bedeli değil⁶⁸.

Sigorta sözleşmesinin kurulması esnasında sigortalı menfaat sadece cinsi veya türüne göre belirlenip; ancak sözleşmenin kurulmasından sonra sigortacıya sigortalanan menfaatlerin ne olduğu münferiden bildirilecek şekilde sigorta sözleşmesinin yapılması durumunda *abonman sigorta sözleşmesinden* ⁶⁹bahsedilir. Abonman sigortalara, mal stoklarının yangına karşı sigortalanmasında, inşaat edimleri sigortasında, sorumluluk sigortasında ve özellikle taşıma sigortalarında rastlanılmaktadır. Abonman sigortalarında genellikle her nakliye aracı başına veya her depo için ayrı ayrı maksimum değer belirlenir. Bu değer, sadece ödenecek tazminatın sınırını teşkil edip sigorta bedeli olarak nitelendirilemez. Bu sebeple de Türk Ticaret Kanunu'

⁶⁵ Benzer hüküm için bkz. *Motorlu Kara Taşıt Araçları İhtiyari Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları* mad. 11/III.

⁶⁶ HEIMBÜCHER, B.: *Unterversicherung in der Haftpflichtsparte*, VW 1968, sh. 1103.

⁶⁷ BRUCK, E./MÖLLER, H.: age., Bd. II, § 56 Anm. 37.

⁶⁸ BRUCK, E./MÖLLER, H.: age., Bd. II, § 56 Anm. 37.

⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. KENDER, R.: *Sigorta Hukukunda Abonman Mukavelesi*, Ticaret ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, VII, Ankara 1990, sh.139 vd.

nun 1288'inci maddesinin uygulanması gündeme gelmez⁷⁰. Bununla birlikte, sözleşmede kararlaştırılan azami değerin aşılması halinde menfaat değeri altında sigorta hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı meselesi tartışmalıdır. Örneğin sigorta sözleşmesinde azami değer 500 milyar TL (sigortacının edim yükümlüğünün *mutlak* sınırı) kararlaştırılmış; fakat bir depoda 750 milyar TL tutarında tütün bulunmaktadır. Şimdi, çıkan yangın sonucunda 500 milyar TL tutarında hasar meydana geldiğinde sigortacı, 500 milyar TL'nin tamamını tazmin etmek zorunda kalırsa, edim-karşı edim dengesini sağlayacak şekilde prim almadan kısmi hasar rizikosunu da taşımış olur. İşte bu sakıncayı önlemek amacıyla, doktrinde kararlaştırılan azami değer, sigortacının edim yükümlüğünün nisbi sınırı fazedilerek menfaat değeri altında sigorta hükümlerinin uygulanması fikri ileri sürülmektedir⁷¹. Bu fikrin kabulü halinde de sigortacının ödeyeceği tazminat: 500 milyar TL x (500 milyar TL/1 trilyon TL) = 250 milyar TL olacaktır.

E) MENFAAT DEĞERİ ALTINDA SİGORTA'NIN HUKUKİ SONUÇLARI

1. Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunu'nun 1288'inci maddesine göre yapılan sigorta, eksik sigorta ise, sigortacı meydana gelen zarardan sigorta bedelinin sigorta değeri oranında sorumlu olacaktır. Dolayısıyla bu hüküm uyarınca menfaat değeri altında sigortanın varlığı halinde sigortacının sorumluluğunun belirlenmesinde, "*orantı kuralı*" (régle proportionnelle) uygulanacaktır. Bunun sonucunda, sigortacı gerçekleşen hasarın tamamını değil ancak bir kısmını karşılamak zorunda kalacaktır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1288'inci maddesine göre, sigorta tazminatı:

Sigorta Bedeli
$\text{Sigorta Tazminatı} = \text{Zarar} \times \frac{\text{Sigorta Bedeli}}{\text{Sigorta Değeri}}$

formülüne göre hesaplanacaktır.

Bu formül, "*sigorta ettirene sağlanacak sigorta himayesinin yoğunluğunu*"; diğer bir deyimle, "*sigorta himayesinin değerini*" göstermektedir.

⁷⁰ RISTHAUS, B.: age., sh. 43.

⁷¹ Bkz. BRUCK, E./ MÖLLER, H.: age., Bd. II, § 56 Anm. 37.

Buna göre, sigorta ettiren 100 milyar TL değerindeki evini 75 milyar TL sigorta bedeli üzerinden yangına karşı sigortalarsa, gerçekleşen riziko sonucunda evde 20 milyar TL tutarında hasar gerçekleşirse, sigortacının ödeyeceği sigorta tazminatı: $20 \times (75/100) = 15$ milyar TL olacaktır.

Kanunda öngörülen söz konusu formülde de anlaşılacağı üzere, sigorta bedeli ile sigorta değeri arasındaki oran büyüdükçe ödenecek sigorta tazminatı miktarı da o kadar azalmaktadır. Sigorta bedeli sigorta değeri ne kadar yakın belirlenirse sigorta ettirenin elde edeceği sigorta tazminatı miktarı da o kadar artacaktır. Sigorta değeri, sigorta bedelinde ne kadar yüksek tespit edilirse, sigorta ettirenin talep edebileceği sigorta tazminatı miktarı da o kadar az olacaktır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1288'nci maddesinde öngörülen sigortacının azaltılmış sorumluluğu kısmi hasarlarda geçerli olup; tam hasar halinde sigortalı sigorta bedelinin tamamını talep edebilecektir (TTKA mad. 1299/ II, c. 2). Ancak şu husus unutulmamalıdır ki, sigortacının sigorta bedeli ile sorumlu olduğu durum, tam hasar halidir, yani sigorta değerine eşit miktarda hasarın gerçekleşmiş olmasıdır; yoksa, sigorta bedelini aşan; fakat sigorta değerinin altında kalan hasarlar kısmi hasar olup, sigortacının sorumluluğu gene "*orantı kuralına*" göre belirlenecektir. Örneğin, sigorta değeri 100 milyar TL olan bir bina 80 milyar TL sigorta bedeli üzerinden yangına karşı sigorta ettirilmiştir. Çıkan yangın sonucunda binanın kendisinde 90 milyar TL hasar meydana gelmiştir. Bu örnekte, sigortacının ödeyeceği sigorta tazminatı: $90 \text{ milyar TL} \times (80 \text{ milyar TL} : 100 \text{ milyar TL}) = 72 \text{ milyar TL}$ 'dir.

Menfaat değeri altında sigortanın varlığı halinde sigortacının gerçekleşen zararı orantı kuralına göre tazmin etmesi, kanunen gerçekleşen bir sonuçtur. Sigortacının bu yönde bir irade beyanına ihtiyaç yoktur. Sigortacı, eksik sigortanın varlığını sigorta tazminatını ödedikten sonra farkederse, sigorta ettirenden ödediği fazla kısmın iadesini sebepsiz zenginleşme hükümlerine istinaden talep edebilecektir⁷². Şüphesiz sigortacının menfaat değeri altında sigortanın varlığının bilinciyle ödeme yapması iade talebine engel olur.

Menfaat değeri altında sigortanın sigorta sözleşmesinin geçerliliği üzerine herhangi bir etkisi yoktur. Ne sigorta ettirenin ne de sigortacının tek başına menfaat değeri altında sigortanın bertarafını sağlayabilir. Ancak, sigorta ettiren menfaatinin sigorta himayesinden yararlanmayan kısmını başka bir sigortacıda sigorta ettirme hakkına sahiptir. Bu durumda, Türk Ticaret Kanunu'nun 1287'nci maddesi anlamında *kısmi* sigortadan bahsedilir. Men-

⁷² Bkz. BRUCK, E./ MÖLLER, H.: age., Bd. II, § 56 Anm. 46.

faat değeri altında sigortanın varlığı halinde, sigorta ettirenin sigorta sözleşmesini haklı sebeple feshetme yetkisi yoktur⁷³.

2. Zararı önleme ve azaltma külfetinin ifası kapsamında yapılan masraflar

Türk Ticaret Kanunu'nun 1293'üncü maddesine göre, *sigorta ettirenin zararı önleme ve azaltma külfeti kapsamında aldığı tedbirlerden doğan masraflar*, bu tedbirler faydasız kalmış olsa bile sigortacı tarafından ödenmek zorundadır; şu kadar ki, sigorta, menfaati menfaat değerinin tamamına teka-bül etmiyorsa vaki masraflar ancak sigorta bedelinin menfaat değerinin tamamına olan nispetine göre ödenir. Ticaret Kanunu'nda zikredilen bu hükmün öngörülüş sebebi, sigortacıya üstlendiği rizikoyu ihata etmek suretiyle reasüre etmesinde kolaylık sağlamaktır⁷⁴. Türk Ticaret Kanunu'nun 1293'üncü maddesinde menfaat değeri altında sigorta ile ilgili bir hükme yer verilmesi, kanun koyucunun sigorta ettirenin zararı önleme ve azaltma masraflarının tazminine yönelik talebinin müstakil bir talep olarak gördüğünü göstermektedir. Zira, zararı önleme ve azaltma masrafları dar anlamda sigorta zararı olarak kabul edilecek olsaydı, Türk Ticaret Kanunu'nun 1293'üncü maddesinde ayrıca bir düzenleme yapılmaz, 1288'inci madde düzenlemesi yeterli addedilirdi⁷⁵. Burada sigorta ettirenin kurtarma masraflarını sigortacının talimatı üzerine yapıp yapmadığı ya da bizzat kendisinin somut olayda masrafların yapılmasını faydalı addedip addetmediği söz konusu hükmün uygulanması açısından herhangi bir önemi haiz değildir.

Döring zararı önleme ve azaltma masraflarını sigortalı malın rizikonun gerçekleştiği andaki değerine(ikame değeri) eklemek suretiyle aşağıdaki şekilde bir formül geliştirerek sigortacının menfaat değeri altında sigortanın varlığı halinde sorumluluğunun miktarını hesaplamaktadır⁷⁶.

Sigortacının Sorumlu Olduğu Sigorta Tazminatı= (Hasar + zararı önleme ve azaltma masrafları) x [İkame değeri : (sigorta değeri + zararı önleme ve azaltma masrafları)]

Bu formüle göre, örneğin sigorta değeri 250 milyar TL olan bir ev 200 milyar TL sigorta bedeli üzerinden sigortalanmış ve gerçekleşen riziko sonucunda evde 100 milyar TL tutarında hasar meydana gelmiş ve zararın önle-

⁷³ BRUCK, E./ MÖLLER, H.: age., Bd. II, § 56 Anm. 53; HONSELL, H./SCHAUER, M.: Berliner Kommentar, § 56 Anm. 16.

⁷⁴ STANGE, V.: Rettungsobliegenheiten und Rettungskosten im Versicherungsrecht, Karlsruhe 1995, sh. 213; MARTIN, A.: age., sh. 1577.

⁷⁵ KISCH, W.: Die Pflicht des Versicherers zum Ersatze der Rettungskosten, WuR 1916, sh. 295.

⁷⁶ Bkz. DÖRING: Die rechtliche Wirkung der vereinbarten und freiwilligen Selbstversicherung in der Feuerversicherung, Mitt. 1918, sh. 81.

me ve azaltılması için de 10 milyar TL tutarında masraf yapılmışsa, sigortacının ödeyeceği toplam tazminat miktarı:

$$(100 + 10) \times \frac{200}{(250 + 10)} = 110 \times \frac{200}{260} = 84,616 \text{ milyar TL}$$

şeklinde belirlenecektir.

Bu görüş kabul edilemez. Her şeyden önce, sigortacı, malın kendisinde meydana gelen zararı tazmin ettiği gibi, aynı şekilde zararı önleme ve azaltma masraflarını da tazmin etmelidir⁷⁷. Bundan başka, Türk Ticaret Kanunu'nun 1293'üncü maddesi, zararı azaltma ve önleme masraflarının orantı kuralına göre hesaplanacağını ayrıca öngörmüştür. Buna göre yukarıdaki örnekte, sigortacının ödeyeceği sigorta tazminatının toplamı şu şekilde hesaplanmalıydı:

a) *Evin kendisinde meydana gelen hasarlardan sigortacının sorumluluğu:*

$$100 \text{ milyar TL} \times (200 \text{ milyar TL} : 250 \text{ milyar TL}) = \underline{80 \text{ milyar TL}}$$

b) *Zararı önleme ve azaltma masraflarından sigortacının sorumluluğu:*

$$10 \text{ milyar TL} \times ((200 \text{ milyar TL} : 250 \text{ milyar TL}) = \underline{8 \text{ milyar TL}}$$

Sigortacının ödeyeceği sigorta tazminatı toplamı: a + b = 80 + 8 = 88 milyar TL

Menfaat değeri altında sigortanın söz konusu olduğu bazı durumlarda malın kendisinde meydana gelen zarar miktarı ile zararı önleme ve azaltma masraflarının toplamı sigorta bedelini aşabilir. Bu durumda sigortacının ödeyeceği toplam tazminat miktarı sigorta bedelini geçemez. Örneğin, sigorta değeri 100 milyar TL olan bir bina 80 milyar TL sigorta bedeli üzerinden yangına karşı sigorta ettirilmiştir. Çıkan yangın sonucunda binanın kendisinde 90 milyar TL hasar meydana gelmiştir. Sigorta ettirenin zararı önleme ve azaltma külfeti kapsamında yaptığı masrafların tutarı ise 12 milyar TL'dir. Buna göre sigortacının sigorta ettirene yapacağı ödemelerin toplamı:

a) *Binanın kendisinde meydana gelen hasarla ilgili olarak:*

$$90 \text{ milyar TL} \times (80 \text{ milyar TL} : 100 \text{ milyar TL}) = \underline{72 \text{ milyar TL}} \text{ dir}$$

b) *Zararı önleem ve azaltma külfetinin ifasından doğan masraflarla ilgili olarak:*

⁷⁷ BLANC, W.: age., sh. 64; HINZ, H.W.: age., sh. 90.

12 milyar TL x (80 milyar TL : 100 milyar TL) = 9,6 milyar TL’dır

Bu durumda sigortacının yapacağı toplam ödeme **80 milyar TL** olacaktır. Zira, söz konusu örnekte, sigortacının sorumluluğunun toplamı 81,6 milyar TL olarak hesaplanmaktadır. Oysa, sigortacı, sigorta bedeline kadar sorumlu olmalıdır. Bir başka deyişle, malın kendisinde meydana gelen hasardan dolayı sigortacının sorumluluğu ile zararı önleme ve azaltma külfetinin ifası kapsamında yapılan masraflardan dolayı sigortacının sorumlu olduğu miktarın toplamı sigorta bedeline eşit veya sigorta bedelinden eksik olmasıdır.

(Malın kendisinde meydana gelen hasar miktarı + zararı önleme ve azaltma masrafları) $\leq$ sigorta bedeli ise sigortacının tam ödeme yükümlülüğü söz konusu olur. Buna karşılık, (Malın kendisinde meydana gelen hasar miktarı + zararı önleme ve azaltma masrafları) $>$ sigorta bedeli ise, sigortacı, sadece “sigorta bedelini” ödemekle yükümlüdür⁷⁸. Matematiksel açıdan ifade edecek olursak:

malın kendisinde meydana gelen hasardan sigortacının sorumluluğu: **p**

zararı önleme ve azaltma masraflarından sigortacının sorumluluğu: **q**

sigorta bedeli: **r**

sigorta tazminatı: **t**

$$(p + q) \leq r \Rightarrow t = p + q$$

$$(p + q) > r \Rightarrow t = r$$

Bu kuralın uygulanmasının normal sonucu da, menfaat değeri altında sigorta söz konusu olduğunda *tam hasar* gerçekleşmişse, sigorta ettirenin zararı önleme ve azaltma külfetinin ifası kapsamında yapmış olduğu masrafları sigortacıdan talep edememesidir. Sigorta ettiren söz konusu masrafları bizzat taşımalıdır⁷⁹. Yukarıda verilen örnekte, tam hasarın gerçekleşmesi

⁷⁸ Benzer bir hüküm sigortacının “*hukuki himaye sağlama edimi*”ni düzenleyen *Üçüncü Şahıslara Karşı Mali Mesuliyet Sigortası Genel Şartları*’nın 9’uncu maddesinin 2’nci fıkrasında da yer almaktadır. Şöyle ki, söz konusu hükme göre, sigortacı sigortalının ileri sürülen talebin haksız olması halinde sigortalının savunmasına yardım etme yükümlülüğü kapsamında yapmış olduğu dava masrafları ile zarar görene ödenmesi gereken tazminat sigorta bedelini aşamaz. Buna göre, üçüncü şahıslara karşı sorumluluk sigortasında kararlaştırılan *sigorta bedeli* sigortacının edim yükümlülüğünün *mutlak sınırını* teşkil etmektedir. Karayolları Motorlu Araçları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası) Genel Şartları hakkında bkz. sh.

⁷⁹ BLANC, W.: age., sh. 63; RISTHAUS, B.: age., sh. 57.

durumunda, sigortacı, sadece malın kendisinde meydana gelen hasara ilişkin olarak 80 milyar TL ödemek zorunda olup, yapılan 12 milyar TL tutarındaki zararı önleme azaltma masraflarının ne tamamını ne de orantı kuralının uygulanmasıyla bulunacak 9,6 milyar TL'lik kısmını ödemekle yükümlüdür.

3. Sigortacının ediminin aynî(gayri nakdî) nitelikte olması

Sigortacının sigorta sözleşmesiyle kırılan camın yerine yenisinin takılması gibi aynı bir edimi üstlenmesi halinde dahi menfaat değeri altında sigortaya ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nun 1288'inci maddesinin uygulama alanı bulacağı yukarıda zikredilmişti. Böyle bir durumda Türk Ticaret Kanunu'nun 1288'inci maddesinin uygulanabilmesinin sigorta ettirenin ilave para ödemesi şeklinde mümkün olabileceği söylenebilir. Sigorta ettirenin ödeyeceği miktar, meydana gelen zarar ile sigortacının nakdi edimde bulunmuş olsaydı ödeyeceği tazminat arasındaki farktır⁸⁰.

4. Yeni değer sigortası

Menfaat değeri altında sigortaya ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nun 1288'inci maddesinde öngörülen "orantı kuralı" "*yeni değer sigortaları*" için de uygulanır. Ancak, bunun için iki yöntem söz konusu olabilir:

Birinci yöntemde, sigorta ikame değerinin tazmin edildiği sigorta ile yeni değer sigortası şeklinde ikiye bölünür. Daha sonra, sigorta sözleşmesinde kararlaştırılan sigorta bedelinin ikame değerinin altında olup olmadığı tetkik edilir. Buna göre, sigorta bedeli yapılan tespit, ikame değerinin altında ise, ikame değerinin sigortalandığı sigorta bakımından menfaat değeri altında sigorta söz konusu olur. Bu durumda, yeni değer farkı kadar zorunlu harcamalara karşı sigorta hükümlerinin uygulanması gündeme gelmez. Sigorta, sadece ikame değerin sigortalandığı sigortaymış gibi ele alınır. Buna karşılık, sigorta sözleşmesinde kararlaştırılan sigorta bedeli, malın ikame değerini aşıyor; fakat malın yeni değerinin altında kalıyorsa, sigorta bedelinin ikame değere kadar olan kısmı sigorta ettirene kesintisiz ödenir; zararın bu miktarı aşan kısım –ki bu kısım, yeni değer zararı olarak nitelendirilir– menfaat değeri altında sigorta hükümlerine göre tazmin edilir⁸¹. Zararın ikame değerini aşan kısım, sigorta bedelinin ikame değerini aşan kısmın sigorta değerinin ikame değerini aşan kısmına oranına göre tazmin edilir. Bir örnek-
le açıklamak gerekirse⁸²;

⁸⁰ RISTHAUS, B.: age., sh. 48.

⁸¹ Bkz. RISTHAUS, B.: age., sh. 33; HINZ, H.W.: age., sh. 106 vd.; HASSELMANN, M.: agm., VW 1969, sh. 318.

⁸² Örnekler için bkz. BLANC, W.: Entschädigungsberechnung in der Neuwertversicherung, VW 1959, sh. 127-128; HINZ, H.W.: age., sh. 108-109.

Yeni değer: 60 milyar TL

Rizikonun gerçekleştiği andaki **ikame değeri:** 40 milyar TL

Sigorta sözleşmesinde kararlaştırılan **sigorta bedeli:** 50 milyar TL

Gerçekleşen hasar miktarı: 20 milyar TL

Rizikonun gerçekleştiği andaki malın kendisinde meydana gelen zarar:
15 milyar TL

Tazmin edilecek ikame değeri: 15 milyar TL

Tazmin edilecek yeni değer:

5 milyar TL x $\frac{\text{sigorta bedelinin ikame değerini aşan kısım}}{\text{sigorta değerinin ikame değerini aşan kısım}}$

$$= 5 \text{ milyar TL} \times (10 / 20) = \underline{2,5 \text{ milyar TL}}$$

Toplam sigorta tazminatı miktarı: 15 milyar TL + 2,5 milyar TL =
17,5 milyar TL

İkinci yöntemde ise, bu şekilde bir ayırlama yapılmaz ve zarar sigorta bedelinin sigorta değerine oranına göre ödeme yapılır.

Örneğin: Bir binanın:

Yeni değer: 500 milyar TL

Rizikonun gerçekleştiği andaki **ikame değeri:** 400 milyar TL

Sigorta sözleşmesinde kararlaştırılan **sigorta bedeli:** 50 milyar TL

Rizikonun gerçekleştiği andaki malın kendisinde meydana gelen zarar:
200 milyar TL

Yeni Değer Zararı: 250 milyar TL

$$\begin{aligned} \text{Ödenecek} & \quad 450 \text{ milyar TL (sigorta bedeli)} \\ \text{sigorta tazminatı} & = \frac{450 \text{ milyar TL (sigorta bedeli)}}{500 \text{ milyar TL (yeni değer)}} \times 250 \text{ milyar TL (yeni değer hasarı)} \\ & = \underline{225 \text{ milyar TL}} \end{aligned}$$

Ödencek tazminatın 200 milyar TL'sı binanın ikame değerinin tazmini; 25 milyar TL'sı ise binanın yeniden inşası içindir.

5. Yangına bağlı kar kaybı sigortaları

Yangına Bağlı Kar Kaybı Sigortası Genel Şartları'nın A-6 maddesine göre, sigorta bedelinin, brüt kar oranının⁸³ senelik ciroya⁸⁴ veya tazminat süresi 12 aydan fazla ise, standart ciroya⁸⁵ uygulanması sonucu elde edilen miktardan az olması halinde tazminat aralarındaki orana göre azalır. Buna göre, sigorta tazminatında,

$$\text{Sigorta tazminatı} = \frac{\text{Sigorta Bedeli}}{\text{Değerlendirme Süresindeki Sigorta Değeri}}$$

Formülüne göre indirim yapılacaktır. Bir başka deyişle, bildirilen brüt kazancın, fiili kazanca oranına göre, sigortacının ödeyeceği tazminat hesaplanacaktır.

6. Sigortacının sigorta ettirene kanunî halefiyeti (TTK mad. 1301)

Türk Ticaret Kanunu'nun 1301'inci maddesine göre, sigorta ettiren kimsenin vaki zarardan dolayı üçüncü şahıslara karşı dava hakkı varsa bu hak tazmin ettiği bedel nispetinde sigortacıya intikal eder. Dolayısıyla yapılan sigorta eksik sigorta ise, sigorta ettirenin üçüncü kişiye karşı sahip olduğu tazminat talebi hakkı, Türk Ticaret Kanunu'nun 1288'inci madde uyarınca yaptığı eksik ödeme miktarı kadar sigortacıya intikal edecektir. Örneğin, A, sigorta değeri 100 milyar TL olan evini 80 milyar TL sigorta bedeli üzerinden sigortalatmıştır. B, çekemeği A'nın evini kasden yakmış ve ev tamamen harap olmuştur. Bu durumda, sigortacı, sigortalı A'ya eksik sigorta sebebiyle sadece 80 milyar TL ödeme yapacaktır. Dolayısıyla, sigortalı A'nın Borçlar Kanunu'nun 41 vd. maddeleri gereği B'ye karşı sahip olduğu tazminat alacağının sadece 80 milyar TL'lik kısmı sigortacıya intikal edecek; kalan 20 milyar TL'lik miktarda ise, sigortalı A, B karşısında tazminat alacaklısı olmaya devam edecektir.

Yukarıdaki örnekte, meydana gelen zarardan sigorta ettirenin de sorumlu olması halinde sigortacıya intikal edecek tazminat miktarının belirlenmesi meselesi tartışmalıdır. Örneğin sigorta ettirenin % 50 müterafik kusuru sebebiyle, mahkeme, B'yi A karşısında 50 milyar TL tazminat öde-

⁸³ „Brüt Kar Oranı: Hasar tarihinden önceki faaliyet yılında elde edilen brüt karın ciroya oranıdır“ „Brüt Kar: Ciro ve varsa kapanış stokları toplamı ile varsa açılış stokları ve taraflarca sigorta sözleşmesinde açıkça belirtilen işletme giderleri toplamı arasındaki müspet farktır“. (mad. B- 6 Tanımlar).

⁸⁴ „Senelik ciro: Hasar tarihinden geriye doğru 12 aylık cirodur“ (mad. B- 6 Tanımlar).

⁸⁵ „Standart ciro: Tazminat döneminin 12 aydan fazla olması halinde senelik ciroyla orantılı olarak ayarlanan cirodur“(mad. B- 6 Tanımlar).

meye mahkum etmişse eksik sigortanın varlığı halinde tazminat alacağı sigortacı ile sigortalı A arasında nasıl paylaşılacaktır?

Alman hukukunda hakim olan ve Türk hukuku bakımından da kabul edilmesi gereken görüşe⁸⁶ nazaran, sigortacıya, sigorta ettirenin zarar veren üçüncü şahıs karşısında sahip olduğu alacağından onun(sigorta ettirenin) zararının tamamen karşılanması için ödenen miktardan arta kalan kısım intikal edecektir. Buna göre, sigortacının edimi ile sigorta ettirenin zarar veren üçüncü şahsa karşı sahip olduğu tazminat alacağı toplanmalı ve meydana gelen zarar bu toplamdan çıkarılmalıdır. İşte sigortacı bu miktar kadar sigorta ettirene halef olacaktır. Sigorta ettiren de meydana gelen hasar ile sigorta tazminatı arasındaki fark tutarında zarar veren üçüncü şahıs karşısında tazminat alacaklısıdır. Yukarıdaki örnekte, sigorta ettirenin zarar veren şahıs karşısında sahip olduğu 50 milyar TL(100 x 50/100 = 50 milyar TL) tutarındaki tazminat alacağı taraflara şu şekilde paylaşılacaktır:

Sigorta ettiren : 100 milyar TL – 80 milyar TL = 20 milyar TL'yı zarar veren şahsa karşı sahip olduğu tazminat alacağından tahsil eder. Sigortacı da kalan miktar kadar(50 milyar – 20 milyar TL = 30 milyar TL) sigorta ettirene halef olur. Böyle bir durumda, zarar veren şahıs, alacaklı olarak hem sigorta ettireni hem de sigortacıyı karşısında bulacaktır. Sigortacıya intikal eden tazminat miktarı hakim görüşe göre şu şekilde de hesaplanabilir:

(sigorta tazminatı miktarı + sigorta ettirenin zarar veren üçüncü şahıs karşısında sahip olduğu tazminat alacağının miktarı) – meydana gelen zarar

(80 milyar TL + 50 milyar TL) – 100 milyar TL = 30 milyar TL

Tazminat borçlusunun malvarlığını yetersizliği sebebiyle sigortalının taleplerinin yalnızca bir kısmı karşılanabiliyorsa, eksik sigorta halinde sigortacıya intikal edecek tazminat miktarının belirlenmesi hakkında Türk Ticaret Kanunu'nun 1301'inci maddesinde herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Türk hukukunda bizim de iştirak ettiğimiz görüşe göre⁸⁷, "*halefiyet sigortalının aleyhine İleri Sürülemez*" anlamına gelen *nemo contro subrogat*

⁸⁶ BGHZ 25, sh. 340 vd.; BGHZ, 13, sh. 28vd.; BGHZ, 47, sh. 308 vd.; HINZ, H.W.: age., sh. 96; HONSELL, H./SCHAUER, M.: Berliner Kommentar, § 67 Anm. 99 vd.; BRUCK, E./ MÖLLER, H.: age., Bd. II, § 56 Anm. 51; MÜLLER, K.: das Quotenvorrecht in der Kaskoversicherung, VersR 1989, sh. 317-318; STIEFEL, E. / HOFMANN, E.: Kraftfahrtversicherung, AKB-Kommentar, 17. Aufl., München 2000, § 67 VVG Anm. 28 vd, sh. 156-157; SCHMIDT, R.: Der Regress des Versicherers (§ 67 und § 1542 RVO), VersR 1953, sh. 458.

⁸⁷ OMAĞ, M.K.: Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti (TTK mad. 1301), İstanbul 1983, sh. 139-140; KILIÇOĞLU, A.: Özel ve Sosyal Sigorta-

ilkesine göre⁸⁸, sigortalıya öncelik hakkı tanınarak; zarar sorumlusundan elde edilmesi mümkün meblağdan sigortalı öncelikli olarak yararlandırılmaktadır.

7. Gerçekleşen riziko sonucunda sigorta ettiren nezdinde meydana gelen avantajlar

Gerçekleşen riziko sonucunda sigorta ettiren nezdinde gerçekleşen zarar ile birlikte bir takım "avantajlar" da hasıl olmuşsa, bu avantajların sigorta hukukuna hakim olan "zenginleşme yasağı prensibi" gereğince ödenecek tazminattan indirilmesi gerekir. Sigorta ettirene menfaat değeri altında sigorta dolayısıyla eksik ödeme yapılmışsa, sigorta ettiren nezdinde doğan bu avantajların sigortacı ile aralarında paylaşımı meselesi ele alınması gereken konulardan diğerini teşkil etmektedir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1418'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, tam ziya halinde sigorta bedelinin ödenmesinden önce bir şey kurtarılmış olursa bunun satış bedeli sigorta bedelinden indirilir. Sigorta tam değer üzerinden yapılmamışsa (eksik sigortanın varlığı halinde) sigorta bedelinden yalnız kurtarıla şeyin satış bedelinin sigorta değeriyle mütenasip bir kısmı indirilir. Aynı hükmün son fıkrasına göre ise, sigorta bedeli ödendikten sonra tam veya kısmi bir kurtarma yapılırsa sonradan kurtarılan şeyler üzerinde yalnız sigortacı hak iddia edebilir. Sigorta tam değer üzerinden yapılmamışsa (eksik sigortanın varlığı halinde) sigorta bedelinden yalnız kurtarılan şeyin satış bedelinin sigorta değeriyle mütenasip bir kısmı indirilir (TTK mad. 1418/III)⁸⁹.

Sigorta tazminatının ödenmesini müteakip bulunur veya tekrar ele geçirilir ya da kurtarılsa, sigorta ettiren nezdinde doğan bu faydanın da sigortacı ile aralarında paylaşılması gerekir. Hırsızlığa Karşı Sigorta Genel Şartları'nın B.5'inci maddesine göre, bulunma, tazminatın ödenmesinden sonra vuku bulmuşsa, sigortalı bulunan şeyin değerini ödeyerek ya geri alır; ya da bulunan şeyin mülkiyetini sigortacıya devreder. Buna göre, çalınan eşya veya malların tazminatın ödenmesini müteakip tamamen veya kısmen geçirilmesi halinde, sigortalı bu mallar veya eşya üzerindeki haklarını sigortacının talebi üzerine ona devretmeye mecburdur. Ele geçirilen eşya ve mallar tam değeriyle tazmin edilmiş bulunuyorsa sigortacıya iade etmek veya eşya

larda Halefiyet ve Rücu, AHFD 1974, S. 1-4, sh. 415; **BOZER, A.:** age., sh. 214.

⁸⁸ Türk Ticaret Kanunu'nun 907, 915 ve 920'inci maddeleri ile İcra ve İflas Kanunu'nun 204'üncü maddelerinin bu ilkenin pozitif dayanağını teşkil ettiği yönündeki haklı görüş için bkz. **OMAĞ, M.K.:** age., sh. 136 ve sh. 139-140.

⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **RITTER, C. / ABRAHAM, H.J.:** Das Recht der Seeversicherung, Bd. II, Hamburg 1967, § 71 Anm. 23 vd.

ve malları sigortacının emrine amade kılmakla yükümlüdür. Sigortalının bu husustaki seçimlilik hakkını hangi süre içerisinde kullanacağına dair Genel Şartlar'da her hangi bir hüküm yoktur. Eski Genel Şartlar'da, sigortalı bu husustaki kararını, sigortacı tarafından yapılacak talep tarihinden itibaren iki hafta zarfında vermek mecburiyetinde idi. Eski Genel Şartlar'a göre, sigortalı kararını bu müddet zarfında vermediği takdirde seçim hakkı düşer. *Ele geçirilen eşya veya mallar değerinin bir kısmı ile tazmin edilmiş bulunuyorsa*, sigortalı iade etmek suretiyle bunları muhafaza edebilir. Sigortacı tarafından yapılacak talep üzerine sigortalı, eşya ve malları muhafaza etmek istediğini iki hafta zarfında bildirmezse, eşya ve malar sigortacı ile anlaşılacak açık arttırma yolu ile satılır ve satış bedelinden satış masrafları indikten sonra kalan kısmından ödediği tminat tutarına isabet eden miktar sigortacıya ait olur. Hırsızlık Sigortası Genel Şartları'nın B.5'inci maddesinin son fıkrasına göre ise, ele geçirilen eşya ve mallarda çalınma dolayısıyla bir kıymet eksilmesi vukua gelmişse sigortacı bundan doğan zararı tazminle yükümlüdür.

Bu hükümde geçen "*değerinin bir kısmı ile tazmin edilmiş bulunma*" tabiri genel şartlara uygun olarak ödenmesi gereken sigorta tazminatının kısmen ifa edilmiş olmasını değil; aksine genel şartlara uygun olarak sigortalıya tam ödeme yapılmış olmasına mukabil yapılan ödemenin sigorta değerinin altında olmasını ifade etmektedir⁹⁰. Böyle bir durum ise, zararın bir kısmının sigorta ettirence taşınacağını sözleşmede öngörülmesi veya menfaat değeri altında sigortanın varlığı halinde mümkündür.

8. Sigorta ettirenin zararın bir kısmına iştiraki (Selbstbeteiligung) (örtüsüzlük)⁹¹

Sigortacının edimi meydana gelen zararın bir kısmının sigortalının sırtına yüklenmesine yönelik akdî klozlarla da sınırlandırılabilir. Özel-

⁹⁰ Özel Zilyetlik Altında Bulunan Kıymetli Taş(Mücevherat), Ziyet Eşyası,Kürklü Eşyaların Sigortasına İlişkin Alman Genel Şartları (Allgemeine Bedingungen für die Versicherung von Juwelen, Schmuck- und Pelzsachen im Privatbesitz) § 11 Nr. 3 de yer alan benzer ifade karşısında aynı görüş Alman hukukunda da savunulmaktadır. Hakim olan bu görüş hakkında bkz. DIETZ, T.: Wiederherbeigeschaffte versicherte Sachen, Karlsruhe 1993, sh. 180-181. Ayrıca bkz. PRÖLSS, E.: Das Recht der Einbruchdiebstahlversicherung, 3. Aufl., München-Berlin 1966, 235; KEUNEKE, U.: Das Recht der Einbruchdiebstahlversicherung unter Berücksichtigung der Hausratversicherung, Diss. Hamburg 1965, sh. 167-168; MARTIN, A.: age., sh. 1757.

⁹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. YONGALIK, A.: Sigortalının Zarara Katılması (Bizzat Katılma), Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, sh. 149 vd.; ŞENOCAK, K.: age., sh. 190 vd.

likle sözleşmede “muafiyet” klozunun yer almasıyla sigortacının ediminin alt sınırı çizilmiş olmaktadır. Bir başka deyişle, sigorta bedeli, sigortacının ediminin üst sınırını teşkil ederken, “muafiyet” klozu asgari sınırını teşkil etmektedir.

Sigorta ettirenin zararın bir kısmına iştiraki geniş anlamda ve dar anlamda olmak üzere iki farklı şekilde anlaşılmaktadır. **Geniş anlamda** zararın bir kısmına iştirakde (geniş anlamda örtüsüzlük), kararlaştırılan sigorta himayesinin her hangi bir sebepten dolayı zararın tamamını kapsamaması yüzünden sigorta ettirenin zararın bir kısmını bizzat taşımak zorunda olmasını ifade eder. Bu bağlamda, rizikonun sigorta himayesinden yaralanmayan eşyanın hasara uğramasına yol açması; zararın bir kısmının sigorta himayesinden istisna tutulan bir tehlikeden kaynaklanması; sigortacının sigorta ettirenin kusurlu olarak kendisine yüklenen külfeti ifa etmemesi sebebiyle edim yükümlülüğünden kısmen kurtulması ve Türk Ticaret Kanunu'nun 1288'nci maddesinde düzenlenen menfaat değeri altında sigortanın söz konusu olması **geniş anlamda** sigorta ettirenin zararın bir kısmına iştirakine örnek kabilinden verilebilir⁹². **Dar anlamda** zarara iştirak ise (dar anlamda örtüsüzlük), sigortacının meydana gelen zararın yüzde oranı veya miktar itibarıyla ya da diğer şekilde belirlenen kısmını tazmin etmeyeceğine dair sigorta sözleşmesinin taraflarınca yapılan bir anlaşmadır⁹³. Dar anlamda zarara iştirakde sigortacı, sigorta sözleşmesinde yer alan diğer hükümler uyarınca tazmin etmesi gerektiği bir meblağı sigorta ettirenle aralarında yaptığı anlaşma gereğince tazmin etme yükümlülüğünden kurtulmaktadır. Buna göre, sigortacı eksik sigortanın varlığı halinde dahi, Türk Ticaret Kanunu'nun 1288'nci maddesi gereğince eksik ödemek zorunda olduğu sigorta tazminatının bir kısmını da “*dar anlamda örtüsüzlük klozu*” sayesinde ödeme yükümlülüğünden kurtulmaktadır. Sigorta ettiren söz konusu kloz sebebiyle zararın bir kısmını bizzat taşımak zorunda olduğundan bu kısım kadar kendi kendisinin sigortacısıdır.

Sigorta ettirenin zarara iştiraki belirli bir sabit meblağ (örneğin 20 milyon TL) kararlaştırmak suretiyle sağlanabileceği gibi; yüzde oranı öngörmek suretiyle de sağlanabilir. Son halde, sigortalının zarara iştiraki, sigorta bedelinin veya sigorta değerinin ya da zararın belirli bir yüzdesinin sigorta ettirenin sırtına yüklenmesi suretiyle sağlanmaktadır. Sigorta sözleşmesinde menfaat değeri altında sigortaya benzer biçimde, sigorta ettirenin sigorta bedelinin belirli bir yüzdesinden (örneğin %20'nden) bizzat sorumlu olacağı kararlaştırılmış olması doktrinde “*mecburî eksik sigorta*” (obligatorische Unterversicherung)⁹⁴ veya “*kararlaştırılmış eksik sigorta*” (vereinbarte

⁹² RISTHAUS, B.: age., sh. 226; MARTIN, A.: age., sh. 1447.

⁹³ MARTIN, A.: age., sh. 1447.

⁹⁴ BRUCK, E./ MÖLLER, H.: age., Bd. II, § 56 Anm. 71.

Unterversicherung)⁹⁵ olarak adlandırılmaktadır. Özellikle makine arızası sebebiyle işletme durma rizikolarına karşı sigortalarda, makinenin bozulması sonucu kısa süreli olarak üretim durmasının, işletmeyi zikre değer bir şekilde etkilemesinin söz konusu olmayacağı ve bu tür zararlar işletme tarafından rahatlıkla karşılanacağı düşünülerek işletmede bir kaç günlük üretimin durmasının neden olduğu zararlar, sigortacı tarafından üstlenilmemekte; sigortalının sırtına yüklenmektedir⁹⁶. Bu nevi akdi düzenlemeler “süre yönünden örtüsüzlük” şeklinde adlandırılabilir.

Sigorta ettirenin zarara iştiraki müessesesi ile eksik sigorta müessesesinin sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğü ve hatta primden tasarruf sağlama gibi ulaşılmak istenilen amaçlar yönünden benzer özellikler ihtiva ettiği söylenebilir. Gerçekten de her iki müessesede sigorta ettirenin zarara maddi açıdan iştiraki söz konusudur. Ancak, bu ortak noktalar bizi sigorta ettirenin zarara bizzat iştiraki klotunu ihtiva eden sözleşmelerin eksik sigorta olduğu ve ödenecek tazminatın Türk Ticaret Kanunu'nun 1288'inci maddesine göre hesaplanması gerektiği sonucuna götürmez⁹⁷. Her şeyden önce, sigortalının zarara bizzat iştiraki klotunu ihtiva eden sigorta sözleşmelerinde sigorta ettiren prensip olarak sigorta değerine müsavi bir sigorta bedeli üzerinden sigorta yapmaktadır⁹⁸. Sigorta sözleşmesinde sigorta ettirenin zarara iştirakini öngören bir klot kararlaştırılmış ve riziko gerçekleştiğinde sigorta sözleşmesinin eksik sigorta olduğu tespit edilmişse, söz konusu klot hükmü Türk Ticaret Kanunu'nun 1288'inci maddesinde öngörülen oran kuralının uygulanmasından sonra dikkate alınacaktır. Buna göre, ilk önce sigortacının Türk Ticaret Kanunu'nun 1288'inci maddesine göre ödeyeceği sigorta tazminat miktarı bulunacak; sonra bu miktardan sigortalının sırtına yüklenip de sigorta güvencesinden çıkarılan(örtüsüz kalan) miktar indirilecektir⁹⁹. Tarafların anlaşmasıyla örtüsüz kalacak ve sigorta ettirenin sırtına yüklenecek meblağ, sigorta bedelinden veya Türk Ticaret Kanunu'nun 1288'inci maddesinde öngörülen “orantı kuralı” uygulanarak indirim yapılmadan sırf ikame değerinden düşülmeyecektir. Bu durumu iki örnek ile somutlaştırmak gerekirse:

⁹⁵ HINZ, H.W.: age., sh. 146.

⁹⁶ HAX, K.: age, sh. 195; RISTHAUS, B.: age., sh. 233-234.

⁹⁷ YONGALIK, A.: agm., Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, sh. 161.

⁹⁸ Diğer farklar için bkz. YONGALIK, A.: agm., Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, sh. 162.

⁹⁹ Bkz. RÖMER, W. / LANGHEID, T.: age., § 56 Anm. 3; PRÖLSS, E.R. / MARTIN, A./KOLLHOSER, H.: Versicherungsvertragsgesetz, 26. Aufl., München 1998, § 56 Anm. 12.

Örnek 1) Sigortalının zarara bizzat iştiraki klozunu ihtiva eden tam değer sigortası

Sigorta değeri : 120 milyar TL

Sigorta bedeli: 120 milyar TL

Sigorta ettirenin zarara

bizzat iştirak oranı: sigorta bedelinin % 25

Zarar: 50 milyar TL

Bu örnekte *tam değer sigortası* söz konusu olduğundan yapılacak hesaplamada aşağıdaki ikinci örnekte zikredilen ilk aşama, yani sigorta tazminatının Türk Ticaret Kanunu'nun 1288'nci maddesinde öngörülen oran kuralı gereğince hesaplanması aşaması atlanır. Sigortacı sözleşmede sigorta ettirenin zarara iştirakini öngören kloz kararkastırılmasaydı, tam değer sigortası olduğundan 50 milyarlık zarardan tamamen sorumlu olurdu. Ancak somut örnekte bu muhtevada bir klozu taraflar kararlaştırmışlardır. Sigorta ettiren söz konusu kloza göre tam hasar gerçekleşseydi, $120 \times (25/100) = 30$ milyar TL'nin sorumluluğunu bizzat üstlenecek; sigortacı 90 milyar TL sigorta tazminatı ödemek zorunda kalacaktı. Oysa, örnekte 50 milyar TL tutarında bir hasar gerçekleştiğinden, meydana gelen zararın, $30 \times (50/120) = 12,5$ milyar TL tutarlık kısmı sigorta ettirenin uhdesinde kalacaktır. Bu durumda da sigortacı $50 \text{ milyar TL} - 12,5 \text{ milyar TL} = 37,5 \text{ milyar TL}$ ödemek zorunda olacaktır.

Yukarıda açıklanan hususları matematiksel açıdan formüle edecek olursak:

$\text{Sigorta Tazminatı} = \frac{\text{Sigortalının zarara iştirak oranı uygulanmak suretiyle hesaplanan "indirilmiş sigorta bedeli"}}{\text{Sigorta değeri}}$

Buna göre,

$$\text{Sigorta tazminatı} = 50 \times \frac{120 \cdot \% 75}{120} = 50 \times \frac{90}{120} = 37,5 \text{ milyar TL}$$

Örnek 2) Sigortalının zarara bizzat iştiraki klozunu ihtiva eden eksik sigorta

Sigorta değeri : 150 milyar TL

Sigorta bedeli: 120 milyar TL

Sigorta ettirenin zarara

bizzat iştirak oranı: sigorta bedelinin % 25

Zarar: 50 milyar TL

1. **Adım:** Eksik sigortanın Türk Ticaret Kanunu'nun 1288'nci maddesine uygun olarak sigorta tazminatının hesaplanmasında dikkate alınması

$$\text{Sigorta tazminatı}_{(1)} = 50 \times \frac{120}{150} = 40 \text{ milyar TL}$$

2. **Adım:** Sigortalının zarara iştirakini öngören klotun hesaplamada dikkate alınması

$$\text{Sigorta tazminatı}_{(2)} = 40 \times \frac{90}{150} = 24 \text{ milyar TL}$$

2. adımla ilgili formülün açılış biçimi:

Zarar 150 milyar TL olduğunda 90 milyar TL ödenmesi gerekirse

Zarar 40 milyar TL olduğunda (x) milyar TL ödenmesi gerekir

$$150 \text{ milyar TL} \cdot x \text{ milyar TL} = 40 \text{ milyar TL} \cdot 90 \text{ milyar TL}$$

$$x = (40 \cdot 90) : 150$$

$$x = \underline{24 \text{ milyar TL}}$$

SONUÇ

Menfaat değeri sigorta(eksik sigorta) Türk Ticaret Kanunu'nda kara sigortalarını düzenleyen kısmında esas itibarıyla 1288'inci maddede düzenlenmiştir. Aynı Kanun'un 1299'uncu maddesinin son fıkrasında yer alan hüküm ise, aşağı yukarı 1288'inci maddenin tekrarı niteliğindedir. Menfaat değeri altında sigortanın varlığı halinde, kurtarma masraflarının akıbeti ise Türk Ticaret Kanunu'nun 1293'üncü maddesinde açık bir şekilde düzenlenmiştir. *Denizcilik rizikolarına karşı sigortalarda* ise, menfaat değeri altında sigortayla ilgili olarak, Türk Ticaret Kanunu'nun 1288'inci maddesinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır (TTK mad. 1349).

Türk Ticaret Kanunu'nun 1288'inci maddesi, menfaat değeri altında sigortadan bahsedilebilmesi için gerçekleşmesi zorunlu üç kavramsal unsura işaret etmektedir. Bunlar: Sigorta bedeli, sigorta değeri ve sigorta bedeli ile

sigorta değerinin karşılaştırılarak sigorta bedelinin sigorta değerinden eşit olduğunun tespiti

“Sigorta bedeli”, tarafların iradesinden bağımsız olarak var olan ve gerçek ve sabit bir büyüklüğü ifade eden “sigorta değeri”nden farklı olarak, sigortacının edim yükümlülüğünün üst sınırını teşkil etmek üzere taraflarca kararlaştırılmış büyüklüğü ifade eder. Mal sigortalarında, tek bir sigorta sözleşmesiyle birden çok eşya üzerindeki menfaatin teminat altına alınması mümkündür. Böyle bir durumda, bütün eşyalar için sağlanacak teminatın üst sınırını teşkil etmek üzere tek bir sigorta bedeli tespit edilmişse, toptan sigorta bedelinden (mücmel sigorta bedeli) söz edilir. Bu nevi sigortalarda, menfaat değeri altında sigortanın varlığının tespiti bakımından, eşya topluluğu için tespit edilen tek sigorta bedeli, sigortalanan bütün menfaatlerin sigorta değerleri toplamı ile karşılaştırılır.

Tek bir sigorta sözleşmesiyle müteaddit menfaatin sigortalanması halinde, ayrı ayrı gruplar ya da haneler oluşturularak her bir grup ya da hane için ayrı ayrı sigorta bedelinin kararlaştırılması da mümkündür. Bu nevi sigortalarda, gruplandırılmış ya da kalem kalem tespit edilmiş sigorta bedeli söz konusu olur. menfaat değeri altında sigortanın varlığının tespiti bakımından her bir grup bağımsız ele alınır. Sigorta menfaatinin gruplandırıldığı sigortalarda her bir grup için, o grubun toplam sigorta değeri ile o grup için belirlenmiş sigorta bedeli karşılaştırılarak menfaat değeri altında sigortanın varlığı tespit edilir. Dolayısıyla, teşkil edilen gruplardan birinde menfaat değeri altında sigorta; diğerinde aşkın sigorta söz konusu olabilir. Gruplardan biri için tespit edilen sigorta bedeli o grubun toplam sigorta değerinden fazla ise, fazla olan kısım, diğer grupta söz konusu olan menfaat değeri altında sigortanın tamamlanarak tam değer sigortası haline getirilmesinde kullanılamaz. Sigorta bedelinin gösterilmediği sigorta sözleşmeleri –can sigortaları haicinde- prensip itibariyle geçerli olmakla birlikte, Türk Ticaret Kanunu’nun 1288’inci maddesinin aradığı unsurlardan birinin gerçekleşmesi sebebiyle eksik sigorta hükümlerinin uygulanmasını gçndeme getirmez.

Sigorta değeri, sigortalı menfaatin değeridir. menfaat değeri altında sigorta nın varlığının tespitinde sigorta bedeliyle karşılaştırılacak olan sigorta değerinin belirlenmesi için malın rizikonun gerçekleştiği andaki değeri esas alınacaktır. Rizikonun gerçekleşmesinden önce menfaat değeri altında sigortanın var olup olmadığı keyfiyeti, Türk Ticaret Kanunu’nun 1288’nci maddeye göre tazminatın hesaplanmasında her hangi bir önemi ve rolü yoktur. Dolayısıyla, sözleşmenin kurlması esnasında mevcut olan eksik sigorta, sigorta tazminatında herhangi bir indirimde yol açmayacaktır.

Türk Ticaret Kanunu’nun 1288’inci maddesine göre yapılan sigorta, eksik sigorta ise, sigortacı meydana gelen zarardan sigorta bedelinin sigorta değeri oranında sorumlu olacaktır. Dolayısıyla bu hüküm uyarınca menfaat

Menfaat Değeri Altında Sigorta

değeri altında sigortanın varlığı halinde sigortacının sorumluluğunun belirlenmesinde, “*orantı kuralı*”(régle proportionnelle) uygulanacaktır. Bunun sonucunda, sigortacı gerçekleşen hasarın tamamını değil ancak bir kısmını karşılamak zorunda kalacaktır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1288'inci maddesine göre, sigorta tazminatı, şu formüle göre hesaplanacaktır:

$$\text{Sigorta Tazminatı} = \text{Zarar} \times \frac{\text{Sigorta Bedeli}}{\text{Sigorta Değeri}}$$

PARÇA BAŞINA ÇALIŞMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE PARÇA BAŞINA ÇALIŞAN İŞÇİNİN SORUMLULUĞU

Legal Qualification of Piecework and the responsibility of Worker
Doing Piecework

Yrd. Doç. Dr. M. Fatih UŞAN*

Özet

Parça başına çalışma, işçinin çıkarmış olduğu parça başına ücret aldığı bir hizmet sözleşmesi türüdür. İşçinin ücretinin parça başına kararlaştırılmış olması hizmet sözleşmesinin hukuki niteliğinin değişmesine neden olmaz. Ancak Borçlar Kanunu, evde parça başına yapılan çalışmalarda işçinin sorumluluğu açısından kıyasen istisna sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağını öngörmüştür. Diğer şartların da varlığı halinde evde yapılan çalışmalar da iş hukukunun kapsamında yer alır.

Summary

Piecework is a kind of service contracts that worker gets its payment per piecework he/she products. Fixing the payment per piecework does not change the legal qualification of the service contract. However, Obligation Act regulates that if the worker doing piecework works at home, the rules of contract for work applies to the responsibility of worker. Labour Law includes piecework at home if other conducts are also present.

Anahtar Kelimeler: Parça başına çalışma, İş Hukuku, Sosyal Güvenlik Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Hizmet sözleşmesi, Evde Çalışma, İşçinin sorumluluğu

Keywords: Piecework, Labour Law, Social Security Law, Service Agreement, Home working, Responsibility of worker

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

Parça başına çalışma, işyerinde veya işyeri dışında da ortaya çıkabilen bir çalışma türüdür. Burada, işçi çıkarmış olduğu parça oranında bir ücret almaktadır. Dolayısıyla, parça başı çalışmalarda ücret, parça başına tesbit edilmektedir.

İş hukuku uygulamasında, ücretin tespiti yöntemleri, zaman esası, parça başına ve yüzde usulü olarak karşımıza çıkar. Bunun yanında söz konusu ücret tespit yöntemlerinden ikisi bir araya gelerek karma ücret sistemleri de söz konusu olabilmektedir. Örneğin, işçi parça başına ücretle çalışmakla birlikte, kendisine asgari bir ücret garantisi sağlamak üzere belirli bir miktar ücret de ödenmektedir. Burada zaman esası ile parça başına ücret karma ücret biçimi olarak uygulanır.

Aslında işçinin verimini artırmak ve işverenin de çıkarlarını sağlamak bakımından tercih edilmesi gereken ücret sistemleri, teşvik edici ücret sistemleri olmalıdır. Bu şekilde işçi, işyerinde herhangi bir nedenden ötürü işverenin iş vermesinde eksiklik olması durumunda kararlaştırılan asgari bir ücret almaya devam ederek ücretsiz ve gelirsiz kalma sıkıntısından da kurtulmaktadır. Gerçi BK.m.324 ve İş K.m.16/II e, eksik iş verilmesi durumunda aradaki farkın zaman esası ile tamamlanması gerektiğini düzenleseler dahi, bunun sağlanması, uygulamada bir takım diğer sorunların da ortaya çıkmasına neden olabilmektedir.

İşte biz bu çalışmamızda, parça başına ücretin uygulama sahası içerisinde yer alan parça başına çalışmanın hukukî niteliği ve parça başına çalışan işçinin sorumluluğu üzerinde duracağız. Esas inceleme alanımız parça başına çalışmadır. Parça başına ücret konusu başlı başına bir inceleme konusunu oluşturmaktadır. Zira, dinlenme ve çalışma sürelerinde, kıdem tazminatının hesaplanmasında, işverenin eksik iş vermesi durumlarında; mevzuatta parça başına ücrete ilişkin özel düzenlemeler mevcuttur. Konunun önemine binaen tüm bu hususları, ayrı bir çalışmada inceleyeceğiz.

Bununla birlikte, parça başına çalışmada, işçinin özen borcu ayrı bir önemi haizdir. Zira, Borçlar Kanunu, işverenin gözetim ve denetimi dışında yapılan parça başına çalışmalarda kıyasen istisna sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağını öngörmüştür. Dolayısıyla, bu çalışmada, parça başına çalışmanın istisna sözleşmesi ile olan ilişkisi üzerinde de durulacaktır. Nihayet, özen borcuna aykırılığın sonuçlarına da değinilecektir.

I. PARÇA BAŞINA ÇALIŞMA KAVRAMI

Parça başına çalışma, çalışma zamanı dikkate alınmaksızın, yapılan işin parça olarak miktarının esas alındığı hizmet sözleşmesidir¹. Bir başka ifadeyle, parça başına ya da yapılan işe göre ücret alarak çalışma durumunda sözleşmenin konusu “sonuçlandırılmış iş” (eser) değil, devam eden ve edecek olan belirli zaman kesitlerinde, belirli sayıda veya belirli ölçüde yahut da belirli ağırlıktaki eşya imalidir².

Parça başına çalışma, hizmet sözleşmesini tanımlayan Borçlar Kanununda öngörülmüştür. Gerçekten, BK.m.313/2'ye göre de, “*Ücret, zaman itibariyle olmayıp yapılan işe göre verildiği takdirde dahi işçi muayyen veya gayri muayyen bir zaman için alınmış veya çalışmış oldukça, hizmet akdi yine mevcuttur; buna parça üzerine hizmet veya götürü hizmet denir*”. Parça başına çalışmada işçinin belirli bir zaman içinde elde ettiği ücret, bu süre içinde çıkardığı parça ücretlerinin toplamından oluşur³.

Parça başına çalışma, hizmet sözleşmesinin belirli ya da belirsiz süreli olması açısından bir farklılık yaratmaz⁴. Yine sözkonusu işin sürekli bir iş olması veya olmaması açısından da bu çalışmaya özgü bir özel durum bulunmamaktadır⁵.

1 İZVEREN ADİL, İş Hukuku, C.1-2-3, Ankara 1974, s.95; İZVEREN ADİL, İşçinin İhtimam Mükellefiyeti II, AD., S.1, 1954, s.18.

2 NARMANLIOĞLU ÜNAL, İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1986 Yılına Ait Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1986, İstanbul 1988, s.11.

3 İZVEREN, İş Hukuku, s.135.

4 Konusu götürü ya da parça başı iş olan hizmet sözleşmelerinin belirli süreli ya da belirsiz süreli yapılabilmesi mümkündür. Bununla birlikte taraflar, yalnızca belirli bir parça adedinin imal edilmesi konusunda anlaşmış iseler, bu takdirde, BK.m.338 gereğince ortada işin gayesi icabı bir belirli süreli hizmet sözleşmesi vardır. Bkz. OĞUZMAN KEMAL, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s.51.

5 SAYMEN FERİT HAKKI, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s.498.

II. PARÇA BAŞINA ÇALIŞMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

A) GENEL OLARAK

Borçlar Kanunu, hizmet sözleşmesinin niteliği açısından, yapılan işin zaman esası ile parça başına ya da götürü yapılması açısından bir farklılık öngörmemiştir⁶. Buna göre, hizmet sözleşmesinin konusu olan iş, işyerinde veya dışarıda (gazeteci, propogandist veya pazarlamacı gibi) zaman esası dikkate alınarak ücret karşılığı yapılabilir. Bunun yanında işçi işyerinde veya dışarıda (evde) parça başına çıkardığı ürünlere göre de ücret alabilir.

Borçlar Kanunu, diğer şartların da varlığı halinde parça başına çalışan işçinin hizmet sözleşmesi ile çalışan işçi olarak nitelendirileceğini öngörmüştür (BK.m.313/2). Ancak hemen belirtmek gerekir ki, BK.m.322, işverenin gözetim ve denetiminin sıkı bir şekilde karşımıza çıkmadığı durumlarda, bir başka ifadeyle evde yapılan çalışmalarda, işçinin sorumluluğu açısından istisna sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağını tesbit etmiştir. Dolayısıyla bu husus, parça başına çalışmaların işverenin gözetim ve denetiminin azaldığı durumlarda istisna sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi problemini doğurmaktadır. Ancak hemen başlangıçta şunu söylemeliyiz ki, diğer şartların varlığı halinde evlerde yapılan çalışmalarda da hizmet sözleşmesi sözkonusudur.

BK.m.313/1'e göre, "*Hizmet akdi, bir mukaveledir ki, onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder*". Hizmet sözleşmesinin unsurları, iş görme (çalışma), ücret ve bağımlılıktır. İş görme (çalışma) unsuru hizmet sözleşmesinin zorunlu unsurlarındandır. İş, karşı taraf için ekonomik değeri

⁶ NARMANLIOĞLU'na göre de, "Gerek işçi gerekse işveren bakımından bir takım yararları bulunmasına rağmen, aynı zamanda işçi bakımından sakıncalı olabilen bunun için de gerektiğinde zaman esasına göre ücret sistemiyle telafi edilme yoluna gidilen "Parça başına veya belirli miktarda çıkarılan işe" göre çalışma halinde de iş ilişkisinin dayanağını iş sözleşmesi teşkil etmektedir. Taraflar işverenin ödeyeceği ücretin bu yöntemle hesaplanıp tediye edilmesini kararlaştırmış olabilecekleri gibi; bu çalışma biçimi mesleki bir teamülden ya da bir iç yönetmelik hükmünden de doğabilir. Her ne şekilde ortaya çıkmış olursa olsun bu yöntemle çalışılması halinde ilişkinin iş sözleşmesinden başka bir sözleşmeye, özellikle istisna sözleşmesine dayandığı yolunda bir nitelendirmeyi gerektirmez", NARMANLIOĞLU, Değerlendirme 1986, s.11.

olan her türlü fikri ve bedeni çalışmadır⁷. Bu anlamda, hizmet sözleşmesinin konusunun, hukuka, ahlaka adaba, kamu düzenine aykırı olmaması ve başlangıçta ifasının da imkansız olmaması gerekir (BK.m.19-20).

Ücret, işçinin yaptığı işin karşılığıdır. Ücreti, çalışılmadığı halde ücret ödenmesini gerektiren durumların dışında, yapılan bir hizmetin (işin) karşılığı olarak, işveren veya üçüncü kişilerce işçiye sağlanan ve para veya parasal değeri bulunan menfaatlerden oluşan bir gelir çeşidi olarak tanımlamak mümkündür⁸. Ücret, hizmet sözleşmesinin zorunlu bir unsurudur. Ücret yoksa, kural olarak hizmet sözleşmesi de yoktur.

Hemen belirtelim ki, hizmet sözleşmesinde ücretin parça başı olarak kararlaştırılması hali, o hizmet sözleşmesinin niteliğinin değişmesine neden olmaz. Bir başka ifadeyle, taraflar hizmet sözleşmesinde ücreti zaman esasına göre tesbit edebilecekleri gibi, parça başına da belirleyebilirler⁹ 10.

⁷ SÜMER HALÛK HÂDÎ, İş Hukuku, 8.B., Konya 2002, s.18.

⁸ CENTEL TANKUT, İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988, s.58.

⁹ SAYMEN, s.498; İZVEREN, İş Hukuku, s.95; NARMANLIOĞLU ÜNAL, İş Hukuku, C.I, 3.B., İzmir 1998, s.96.

¹⁰ “Dosyadaki bilgi ve belgelere, davalı işverenin savunmasına ve dinlenen taraf tanıklarının ayrıntılı açıklamalarına göre, davacının parça başı çalışma yöntemiyle işyerinde battaniye dikiş işlerini yaptığı ve bu işi yaparken de işverene ait makine ve gereçlerini kullandığı kesin bir şekilde anlaşılmaktadır. Bu çalışma tarzının, götürü şekilde yani istisna akti olarak nitelendirilmesi olanağı yoktur. Davacının işverene ait işyerinde, az önce anlatılan şekilde çalışması ortada, parça başı usulü ile bir çalışmasının gerçekleştiğini göstermektedir...”, Yarg.9.HD., 8.10.1996, 10135/19097, GÜNAY CEVDET İLHAN, Şerhli İş Kanunu, C.1, Ankara 1998, s.161, (EKONOMİ MÜNİR, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1996 Yılı Emsal Kararları, Ankara 1998, s.3); “Davacının davalıya ait fabrikada zımpara taşılama bölümünden gelen makinaların çapağını temizlediği, parça başına ücret aldığı,... dosya içeriğinde mevcut delillerden anlaşılmaktadır. Davacının hizmet akdi niteliğini etkilemez. Davacının, parça başına ücret alması, ücretin ödenme şekline ilişkin olup hukuki ilişkinin hizmet akdi niteliğini engellemez.”, Yarg., 12.4.1994, 805/6829, KAMU-İŞ, Çalışma Hayatı ile İlgili Yargıtay Kararları, 1990-1995, Ankara 1996, s.686-687, (YKD., C.20, S.7, Ağustos 1994, s.1273-1275); Yarg.9.HD., 4.2.1986, 1985/11686, 1986/1162, YKD., C.12, S.10, Ekim 1986, s.1486, (Tekstil İşveren, S.103, Ekim 1986, s.16-17), kararın değerlendirilmesi ve yerindeliği için bkz. NARMANLIOĞLU, Değerlendirme 1986, s.11-12; Yarg.9.HD., 27.2.1978, 1977/2806, 1978/3343,

Parça Başına Çalışmanın Hukukî Niteliği Ve Parça Başına Çalışan İşçinin Sorumluluğu

Borçlar Kanunu, hizmet sözleşmesinde bağımlılık unsurunun varlığını açık bir biçimde düzenlenmemiştir. Oysa, öğreti bağımlılık unsurunun hizmet sözleşmesinin esaslı unsuru olduğu konusunda hem fikirdir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi de bağımlılık unsurunun varlığını kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesine göre, "Hizmet akdi üç unsuru kapsar: 1. İş unsuru. 2. Ücret unsuru 3. Bağlılık unsuru. Bu akdi iş görmeye ilişkin diğer akitlerden ayıran bu bağlılık unsurudur. Yani o çalışmasını işverenin gözetim ve denetimi altında yapar"¹¹.

Bağımlılık unsuru, hizmet sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran en önemli özelliktir. İşçi, hizmet sözleşmesinde işverene karşı hukuken bağımlı konumdur. Aynı zamanda bu bağımlılık kişisel niteliktedir¹². İşçi, işverenin yönetim, gözetim ve denetimi altında sözkonusu işi görür. Bu anlamda işverenin yönetim hakkı çerçevesinde vermiş olduğu talimatlara, işçi de itaat etmek durumundadır. Bunun doğal sonucu olarak, işin ifası esnasında işçinin faaliyeti, çalışma şekli, yeri, zamanı ve işçinin işyerindeki davranışlarını düzenleyen işveren, işçiyi kişisel bağımlılığı altında tutar¹³.

Aynı zamanda hizmet sözleşmesi ile kurulan bağımlılık ilişkisi, hukuki bağımlılığı da doğurur. Ancak hemen belirtelim ki, bağımlılık ilişkisi, işçinin işyerindeki statüsüne ve çalışma ilişkisine göre şekillenir. Buna göre vasıfsız bir elemandan beklenecek bağımlılık ile, personel müdüründen beklenen bağımlılık farklı niteliktedir.

Parça başına çalışma yapan işçi de İş Kanununda işçiler için öngörülen kurallara tabidir. Bu bakımdan çalışma süreleri, genel tatiller ve yıllık ücretli izin açısından İş Kanunu hükümleri bu tür işçilere de uygulanır. Zaten parça başı çalışmasının düzenlendiği hizmet sözleşmelerinin diğer hizmet sözleşmelerinden bir farklılıkları yoktur. Ancak, Kanun bu tür sözleşmelerin yapılarına uygun olarak bazı özel düzenlemeler getirmiştir. Bu ise, sözleşmenin hukuki niteliğinin değişmesine yol açmaz. Parça başı çalışma-

UYGUR TURGUT, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kavramlar-Yargılama, Ankara 1980, s.68.

11 AYM., 26-27.9.1967, 336/29, 19.10.1968 t. ve 13031 S.lı RG.

12 Bkz. SÜZEK SARPER, İş Hukuku (Genel Esaslar-İş Akdi), İstanbul 2002, s.214.

13 SÜZEK, s.214.

nın öngörüldüğü hizmet sözleşmeleri “özel bir ücret şekli olan hizmet sözleşmeleri” olarak ifade edilebilir¹⁴.

B) İŞYERİ DIŞINDAKİ ÇALIŞMALARIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Çalışma ilişkisi içerisinde hizmet sözleşmesinin unsurlarını ortaya koymak bu denli kolay olmayabilir. Söz konusu durum, özellikle yeni istihdam türleri için geçerlidir. Özellikle, işin işyeri dışında da yapılmak durumunda olması, klasik bağımlılık anlayışının mevcut ilişkileri açıklamakta zorlanmasına neden olmuştur. Bu durumlardan bir tanesi de parça başına olarak işverenin işyeri dışında (evde) yapılan çalışmalardır. Aslında parça başına çalışmanın işverenin işyerinde yapılması durumunda da, işverenin denetim ve gözetimi ve işçi ile işveren arasındaki bağımlılık ilişkisi, diğer hizmet sözleşmelerindeki kadar sıkı değildir. Ancak, söz konusu çalışmanın işyeri dışında yapılması durumunda bu husus bariz bir özellik kazanmaktadır.

Evde çalışma, Uluslar arası Çalışma Örgütü’nün 1996 tarihli “Evde Çalışma Sözleşmesi” ve 184 sayılı “Evde Çalışma Tavsiyesi”ne göre, “Evde çalışan olarak adlandırılacak, ulusal yasa, tüzük ve mahkeme kararları uyarınca bağımsız çalışma için gerekli olan özerklik ve bağımsızlığa sahip olmayan kişi tarafından, (i) Kendi evinde veya işverenin işyeri dışında olmak kaydıyla kendi seçtiği diğer yerlerde, (ii) Bir karşılık mukabilinde, (iii) Malzeme, ekipman ve diğer girdilerin, kendisi, işveren veya aracı tarafından temin edilmesine bakılmaksızın, işverence belirlenen mal veya hizmetlerin üretimi için çalışmadır”¹⁵ 16. Buna göre, evde çalışma, İş Hukuku anlamında hizmet akdine dayanan çalışma ilişkisinde işçinin iş görme borcunu işyerinde değil, kendi ikametgahında –evinde- ifa etmesinin söz konusu

14 İZVEREN, İhtimam Mükellefiyeti II, s.18.

15 EYRENCİ, ÖNER/BAKIRCI KADRİYE, Dünyada ve Türkiyede Evde Çalışma ve Eve İş Verme, İTO,, İstanbul 2000, s.24. Ayrıca bkz. KUBAN ARZU, Yeni İstihdam Türleri Bakımından İşçi Kavramı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Barosu, İstanbul 1997, s.58.

16 İş Kanunu Tasarısında evde çalışma ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Bkz. TİSK., İş Kanunu Tasarısı ve AB Uygulamaları, Ankara 2003, s.46.

olduğu bir çalışma ilişkisidir¹⁷. Evde çalışan ise, bir veya birden ziyade işveren için kendi evinde ya da kendi seçtiği bir çalışma yerinde yalnız veyahut aile üyeleri ile birlikte ücret karşılığı mal veya hizmet üreten kişidir¹⁸.

Hizmet sözleşmesinde ücretin parça başına kararlaştırmış olması, o sözleşmenin hizmet sözleşmesi özelliğine bir hanel getirmez. Bu açıdan herhangi bir problem ve karışıklık yoktur. Ancak işçinin parça başına çalışmayı işyeri dışında yapması halinde, acaba sözleşmenin niteliğinde bir değişiklik sözkonusu olur mu? Böyle bir soru ile karşılaşmanın nedeni, Borçlar Kanununun işverenin gözetim ve denetiminin azaldığı işyeri dışındaki parça başına ücretle çalışmalarda, işçinin sorumluluğu hakkında istisna sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanacağını öngörmüş olmasıdır. Bu husus, bir eser imalini içeren istisna sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi arasındaki farklılığı ortaya koymayı gerektirmektedir

Borçlar Kanunu, parça başına çalışan işçinin sözkonusu işi, işverenin doğrudan doğruya gözetim ve denetimi altında yapmadığı, özellikle evde¹⁹ yapılan işlerde, parça başı çalışmasının özelliği ve istisna akdine olan yakın benzerliği nedeniyle²⁰, bu tür çalışma ilişkisinde, BK.m.322 ile istisnai bir düzenleme getirilmiştir²¹. Buna göre, “İşçi, parça üzerine yahut götürü çalı-

17 ARICI KADİR, Çalışma Sürelerinin Hukukî Gelişimi ve Yeterliliği Açısından 1475 Sayılı İş Kanunu’nda Çalışma Süreleri, Ankara 1992, s.88. Ayrıca bkz. AYDINLI İBRAHİM, Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramı, Ankara 2001, s.173-174.

18 SÜZEK SARTER, İş Akdinin Türleri, Mercek, Y.6, S.22, Nisan 2001, s.29.

19 Evde çalışma, zaman esasına göre değil, parça başına gerçekleştirilmektedir. İş edimi işçinin evinde yapıldığından burada işverenin denetim ve gözetimi altında bir çalışmadan söz edilememektedir. Hizmet akdinin asli unsuru olan bağımlılık unsurunu içermeyi için evde çalışmanın istisna akdinin konusunu oluşturacağı görüşleri de bulunmakla birlikte bütün çalışmalarda iş akdine dayanan bir hukukî ilişkinin kurulduğu görüşü daha ağırlıklıdır. Zira her şeyden önce, bir iş akdinin olması için çalışmanın mutlaka işverenin işyerinde yapılması zorunlu değildir. Bkz. TİSK., s.46.

20 İZVEREN, İhtimam Mükellefiyeti, II, s.19.

21 BK.m.322 hükmü, Türk İş Hukukunda evde çalışmaya ilişkin yasal düzenlemedir. Bkz. ENGİN MURAT, Türk İş Hukukunda Evde Çalışma, Kamu-İş, C.5, S.3, Nisan 2000, s.275; Buna karşın TUNCAY’a göre, bu hüküm konuyu ele alan özel bir düzenleme sayılamaz. Zira, sözkonusu kural, işlenen malzeme noktasında işçinin sorumluluğunu öngören bir maddedir. Bkz.

şıp da iş sahibinin nezareti altında bulunmazsa işlenen madde ve işin akit mucibince icrası noktasından mesuliyeti hakkında istisna akdine dair hükümler, kıyasen tatbik olunur”.

Parça başına çalışmalarla ilgili olarak işyeri dışındaki çalışmalarda tartışılan nokta, bu tür çalışma biçiminin istisna sözleşmesine olan yakınlığıdır. Gerçekten, BK.m.356'ya göre, “İstisna, bir akittir ki, onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder”^{22 23}.

TUNCAY A.CAN, Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 2000 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2000, Ankara 2002, s.183.

22 İstisna sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi arasındaki farklılıkları ortaya koyma konusunda geniş bilgi için bkz. **NARMANLIOĞLU**, İş Hukuku, s.143 vd.; **NARMANLIOĞLU**, Değerlendirme 1986, s.11; **ÇELİK NURİ**, İş Hukuku Dersler, 15.B., İstanbul 2000. s.71 vd.; **EKONOMİ MÜNİR**, İş Hukuku, 3.B., İstanbul 1984, s.40 vd., 73-74; **GÜZEL ALİ**, Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme, (Kemal Oğuzman Armağanı) Kamu-İş, C.4, S.2, Haziran 1997, s.84; **ENGİN**, Evde Çalışma, s.275-276; **UYGUR**, s.49-50; **REİSOĞLU SEZA**, Hizmet Akdi, Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri, Ankara 1968, s.56-58; **TANDOĞAN**, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, 3.B., Ankara 1987, s.35-39; **EYRENCİ ÖNER**, Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1989 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın 1989 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1989, İstanbul 1991, s.3 vd.; **MOLLAMAHMUTOĞLU**’na göre, “... parça başı çalışmada, maddi bakımdan, istisna ve hizmet sözleşmelerinin konusu aynıdır. Her iki sözleşmeyi yek diğerinden ayıran husus, taahhüdün konusudur; hizmet sözleşmesinde belirli bir faaliyet gösterme, istisna sözleşmesinde, belirli bir sonucun gerçekleştirilmesi taahhüt edilmektedir”, **MOLLAMAHMUTOĞLU HAMDİ**, Hizmet Sözleşmesi, (Kuruluş-İçerik-Sona Erme), Ankara 1995. s.29.

23 Yargıtay’a göre, “Konusu insan emeği olan hizmet akdi ile istisna akdi arasındaki yegane fark; hizmet akdinde işçinin işini işverene tam bir tabiiyet ilişkisi içerisinde sürdürmüş olmasıdır. ...”, Yarg.9.HD., 27.2.1978, 1977/2806, 1978/3343, **UYGUR**, s.68; “Zaman ve bağımlılık unsurları hizmet sözleşmesinin ayırıcı ve belirleyici özellikleridir. Sigortalı sayılabilmek için hizmet sözleşmesindeki bağımlılığın üstünde gerçekleştirilmesi mümkün gerçek bağımlı çalışma koşulu aranmalıdır. Eğer çalışan işgücünü belirli ya da belirli olmayan bir zaman için çalıştırmanın buyruğunda bulundurmakla yükümlü olmayarak işveren buyruğuna bağlı olmadan sözleşmedeki amaçları gerçekleştire-

Buna göre, hizmet sözleşmesinde belirli veya belirli olmayan bir zamanda işgücünün işverene ayrılması esas olduğu halde, istisna sözleşmesinde önemli olan belirli bir sonucun, eserin ortaya çıkarılmasıdır²⁴. İşçi, işverene karşı bağımlı bir şekilde hareket etmesine karşın, müteahhit iş sahibine karşı daha bağımsızdır. İşin düzenlenmesinde, iş aletlerinin seçiminde, işverenin talimatlarına göre hareket ediliyor, işveren de o işteki bilgi ve tecrübesi sebebiyle işi idare ediyorsa, hizmet sözleşmesinin varlığına hükmedilmez. Yine eser sözleşmesinde süre önemli değildir. Kural olarak da müteahhit, belirli bir süreye bağlı değildir. Süre kararlaştırılsa bile, bu sonucun yaratılması için değil, eserin teslimi içindir. Oysa, hizmet sözleşmesinde süre, belirli ya da belirsiz de olsa önemli bir unsurdur²⁵.

Özellikle parça başına çalışmalarda, hizmet sözleşmesinin varlığı, işçinin bütün çalışma yeteneğini gösterilen işe tahsis etmesi, işin uzun bir müddet muntazam olarak verilmesi²⁶, iş aletlerinin işverence tedarik edilmesi gibi hususlar bu tür çalışmanın hizmet sözleşmesi olarak kabulünü gerek-

recek biçimde edimini görüyorsa, sözleşmenin amacı bir eser meydana getirmekse, çalışma ilişkisi BK.nun 355. maddesi gereği eser sözleşmesine dayanıyor demektir", Yarg. 10.HD., 27.2.1984, 1132/1166, YKD., C.X, S.6, Haziran 1984, s.900, Kararın değerlendirilmesi için bkz., **CENTEL TANKUT**, Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 1984 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1984, İstanbul 1986, s.220; Yarg.10.HD., 14.12.1973, 5183/3154, Kararın değerlendirilmesi için, **SOYER POLAT**, Karar İncelemesi, Yasa Hukuk D., C.3, S.4, Nisan 1980, 508-516; Yarg.10.HD., 1.2.1988, 121/242, Kararın değerlendirilmesi için, **ŞAKAR MÜJDAT**, Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel Hükümleri ve Primler Açısından Yargıtayın 1988 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1988, İstanbul 1990, s.208-209; "BK.313. maddesi çerçevesinde, çalışan "zaman" ile "bağımlılık" unsurlarını gerçekleştirecek biçimde çalışmakta ise oradaki ilişki hizmet akdi, iş gücünü belirli olmayan bir zaman için çalıştırmanın buyruğunda bulundurmakla yükümlü olmayarak edimini görüyor ve amacı eser meydana getirmekse istisna akdidir", Yarg.21.HD., 13.10.1997, 6660/6343, YKD., S.9, 1998, s.1363.

24 **ERDOĞAN İHSAN**, İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması, SÜHFD., C.3, S.1, Ocak-Haziran 1990, s.164.

25 **ZEVKLİLER AYDIN**, Zevkliler Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 7.B., Ankara 2002, s.309.

26 **TANDOĞAN**, s.38

tirir²⁷. Bir başka ifadeyle, taraflarca sözleşme ilişkisinde kararlaştırılan hak ve borçlar, tarafların gerçek iradeleri, olayların bütünü, hayatın olağan akışı, işin ekonomik amacı, üretimde ortaya çıkabilecek rizikoya²⁸ kimin katlandığı gibi hususlar²⁹, mevcut ilişkiyi tesbit etmede bize yardımcı olan kıstaslardır³⁰.

Hizmet sözleşmesinde bağımlılıktan anlaşılması gereken, işverenin işçisine emir ve talimat verebilme imkanına her an sahip olabilmesi ve işçinin işverenin emrine amade olarak çalışmasıdır. Örneğin, bir işçinin işverenin emri üzerine işyeri dışındaki bir işi yapmak için gittiği yer ile, işverenden belli parçaların yapılması için emir alan, ancak bu işi işyerine gelmeden evinde veya başka bir yerde yapmak için işverenle anlaşılan işçinin çalıştığı yer arasında herhangi bir farklılık olmasa gerektir³¹.

Böylelikle, parça başına çalışmalarda işyeri dışında bir çalışma ilişkisi sözkonusu olsa da, aradaki farklılığın ortaya konması; bağımlılık unsurunda düğümlenmektedir³². Parça başına ücretin bir uygulama biçimi olan evde

27 ERDOĞAN, İstisna Sözleşmesi, s.165.

28 Bağımsız çalışmada girişimci özgür karar verme olanağına ve üretim araçlarına sahip olup, işyeri veya işletmenin kâr ve zararına (işletme rizikosuna) katlanmak zorundadır. Bağımlı çalışmada ise böyle bir durum yoktur. Bkz. GÜZEL, s.98.

29 REİSOĞLU, s.58.

30 Bkz. GÜZEL, s.116 vd.

31 AYDINLI, s.176.

32 OĞUZMAN'a göre de, "Parça başına iş görülmesi şartlarına göre bir eser sözleşmesi de olabilir, bir hizmet sözleşmesi de olabilir. İkisini de peşin olarak reddetmek sözkonusu olamaz. Olayın şartları incelendiği zaman, eğer emir-kumanda altında çalışma, tabiyet unsuru üstün ise,(örneğin), bir fabrikanın içinde parça başı çalışma özellikle bahis konusu ise, o zaman bunun bir hizmet akdi olduğunda tereddüt etmemek gerekir. Ama evinde parça başı iş yapıyor ve işverenin katiyen bir zaman vs. hususunda tasarruf yetkisi yoksa o zaman da bunun bir eser sözleşmesi olduğunu kabul etmek gerekir", OĞUZMAN KEMAL, İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1986 Yılına Ait Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi, Genel Görüşme, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1986, İstanbul 1988, s.59. ŞAKAR'a göre de, "Bazı işverenler, işyerilerindeki üretimin bazı kısımlarını işyeri dışında parça başı veya götürü ücretle yaptırmakta ve ücretleri de makbuz veya fatura karşılığında ödemektedirler. Sözgelimi, trikotaj atölyeleri, ilik, sufle, etek bastırma gibi işleri işyeri dışında ev kadınlarına

Parça Başına Çalışmanın Hukukî Niteliği Ve Parça Başına Çalışan İşçinin Sorumluluğu

çalışmalarla ilgili kişinin hizmet sözleşmesi ile çalışma ve işçilik niteliğinin tesbitinde değişik ülke uygulamalarında, klasik hukuki bağımlılık³³ anlayışının yeterli olmaması karşısında, “işin işyerinde görülmesi” ölçütü yerine, “iş ya da hizmet organizasyonunda görev alma” ya da “başkasının işyerine katılma ve başkası yararına iş yapma” kıstasları³⁴ kullanılmaktadır. Bunun yanında, klasik bağımlılık unsuru yanına “yarı bağımlılık” kavramı eklenmiş, kişinin işverene bağımlı olarak, onun emir ve talimatları doğrultusunda ve sözkonusu ilişkide işverenin talebiyle hareket ettiği vurgulanmıştır. Bunun dışında “ekonomik bağımlılık” üzerinde de durulmaktadır. Yine, belirleyici kıstas olarak ev çalışması yapanların ürettiklerini doğrudan doğruya pazara değil, işverene arz ettikleri de bir ölçüttür³⁵. Ayrıca, parça başına ücretle çalışan işçi, riski taşıyan girişimci niteliğinde de değildir. Bu anlamda evde parça başına ücretle yapılan çalışmalarda kişisel bağımlılıktan ziyade, ekonomik bağımlılık sözkonusudur³⁶. Sözkonusu kıstaslar Türk Hukuku açısından da geçerlilik taşır.

Kaldı ki, BK.m.322, işverenin yönetim ve gözetimi altında bulunmadan parça başına çalışan kişiyi “işçi” olarak nitelendirmekte, bir başka ifadeyle, evde çalışma nedeniyle bağımlılık ilişkisinin zayıflamış bulunmasının iş akdinin varlığını ve işçi sıfatını ortadan kaldırmayacağını hükme bağlamaktadır^{37 38}.

yaptırmaktadırlar. Bu tür bir çalışmada aradaki sözleşme ilişkisi, hizmet değil, istisna (eser) sözleşmesi sayılacağından, bu çalışanlar sigortalı sayılmayacaklardır. Ancak, sözleşmenin hizmet sözleşmesi niteliğinde görüldüğü hallerde, çalışanlar sigortalı olacaklardır”, ŞAKAR MÜJDAT, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 5.B., İstanbul 2002, s.85-86.,

33 Hizmet sözleşmesinin bağımlılık unsuru konusunda geniş bilgi için bkz. GÜZEL, s.102 vd.; KUBAN, s.60 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.20 vd.; EYRENCİ, Değerlendirme 1989, s.3-6.

34 GÜZEL, s.112; ENGİN MURAT, Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2000 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2000, Ankara 2002, s.2.

35 EYRENCİ/BAKIRCI, s.32-33; ENGİN, Evde Çalışma, s.271-272.

36 Bağımlılık ile ilgili ölçütler konusunda bkz. ENGİN, Evde Çalışma, s.277. Ayrıca bkz. GÜZEL, s.109 vd.; SÜZEK, İş Akdi, s.29-30; KUBAN, s.62 vd.

37 SÜZEK, İş Akdi, s.30.

Üzerinde durulması gereken konulardan bir tanesi de Yargıtayın sigortalılığın tesbitinde işin işyerinde yapılması gerektiği kıstasıdır. Hakikaten Yargıtay (özellikle 10. Hukuk Dairesi)³⁹ yerleşik bir uygulamaya dayanarak

38 **EKONOMİ**'ye göre, "Bu tür çalışmalar, kesin olarak serbest meslek anlamına gelmedikçe işyeri ve mesleki açıdan bağımlılık azalsa dahi hizmet akdine dayalı işçi niteliğinin varlığı ve işçinin iş hukukunun uygulanma alanına girdiği kabul edilmektedir, "**EKONOMİ MÜNİR**, Türk Endüstri İlişkileri Sisteminde Yeni Arayışlar ve Çözümler, Kamu-İş, C.1, S.5, Temmuz 1988, s.18. Aynı görüşteki **CENTEL**'e göre de, "Evlere iş verilerek üretim yapılması süreci içinde çalışanların bütünüyle, eser sözleşmesine dayanarak bağımsız çalışanlar kesimi içinde ele alınmaması doğru olur. Gerçekten, eve iş verme sistemi, kişisel bağımlılığı azaltmakla birlikte, bireysel iş sözleşmesine dayanan bir ilişkinin kurulduğu durumları da içeren bir sistemdir", **CENTEL TANKUT**, Türkiye'de Yeni İstihdam Türleri ile İş İlişkilerinin Esnekleştirilmesi, Çalışma Hayatında Esneklik, İzmir 1994, s.242. Yine, **ARICI**'ya göre de, "Evde iş görme borcunu doğuran sözleşme hizmet akdi olarak düzenlenmiş ise; bu iş münasebeti bütün ile iş mevzuatına tabi olacaktır. Evde çalışma eve iş verme şeklinde ve hizmet akdi dışında mesela istisna akdi çerçevesinde düzenlenebilmektedir. Bu durumda evde iş gören kişi işçi olmayacaktır. İş Kanununun getirdiği hükümler bu kitleye uygulanmayacaktır. Şu halde evde çalışma hizmet akdi olarak düşünülmediği takdirde; başta çalışma süreleri olmak üzere işçinin korunması da çok zor olacaktır", **ARICI**, s.89 ve dn.126. Ayrıca bkz. **ÖZDEMİR BURHAN**, Karar İncelemesi, Çimento İşveren, C.12, S.3, Mayıs 1998, s.20. Buna karşın **TUNCAY**, ülkemiz açısından evde yapılan çalışmaların İş Kanunu kapsamına girmeyeceği görüşündedir. **TUNCAY**'a göre, "... özel bir düzenleme olmadıkça evde çalışmayı hizmet akdi kavramına sokmayı yetmez. Bizce evde çalışma bugün için ülkemizde İş Hukuku içinde sayılamaz" **TUNCAY A. CAN**, Yeni Çalışma Modelleri-Özellikle Fonksiyonel Esneklik, Çalışma Hayatında 21. Yüzyılın Yeni Ufukları, MESS., İstanbul 1995, s.40.

39 "506 sayılı Kanunun 2. maddesi hükmüne göre bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar bu Kanuna göre sigortalı sayılırlar. O halde, bir kişinin 506 sayılı Kanun çerçevesinde sigortalı sayılması için çalışma ilişkisinin hizmet akdine dayanması ve bu akitle de çalışana yüklenen iş görme ediminin, işverene ait işyerinde işverenin denetim ve gözetimi altında yerine getirilmesi zorunludur... Davacının, parça başına ücret alması, ücretin ödenme şekline ilişkin olup hukuki ilişkinin hizmet akdi niteliğini engellemez...", Yarg., 12.4.1994, 805/6829, **KAMU-İŞ**, s.1172, **YKD.**, S.7, 1994, s.1172, **YKD.**, C.20, S.8, Ağustos 1994, s.1273-1275; "Uygulamada, doktrin alanında da baskın olan görüş gereğince zaman ve bağımlılık unsurları, hizmet akdinin ayırıcı ve belirleyici özellikleri olarak kabul edilmektedir... Burada sözkonusu olan bağımlılık ise, her an ve durumda çalışanı

işin işyerinde yapılmasını aramaktadır. Hatta Yargıtay, sigortalılık niteliğini belirlerken işin işverene ait işyerinde yapılması yanında, bazı kararlarında, isabetsiz olarak işçinin ücretinin de zaman esasına göre ödenmesi şartını aramaktadır⁴⁰. Şüphesiz işçi ücretinin zaman esasına göre ödenmesinin aranması, BK.m.313/2’de yer alan düzenlemeye açık aykırılık teşkil eder.

Bununla birlikte belirtelim ki, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 10. Hukuk Dairesinin istikrar kazanmış kararlarına ters, ama isabetli bir biçimde yeni tarihli bir kararında parça başına ücretle evde yapılan çalışmada hizmet söz-

denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıyan, çalışanın edimi ile ilgili buyruklar dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte bağımlılıktır. Bununla birlikte sigortalı sayılabilmek için bunlardan ayrı olarak hizmet sözleşmesinin öngördüğü edimin işverene ait işyerinde görülmesi koşulunun da gerçekleşmiş bulunması gerekir.”, Yarg.10.HD., 16.6.1984, 1982/2101, **AKIN LEVENT**, Bağ-Kur Sigorta Yardımları, İstanbul 1996, s.4-5; “... sigortalı sayılabilmek için ... hizmet sözleşmesinin öngördüğü edimin işverene ait işyerinde görülmesi koşulunun da gerçekleşmiş bulunması gerekir...”, Yarg. 10.HD., 27.2.1984., 1132/1166, YKD., C.X, S.6, Haziran 1984, s.899.; Yarg.10.HD., 31.10.1995, 8571/9042, Tekstil İşveren, S.196, Şubat 1996, s.15-17. Ayrıca bkz. **SARAÇ COŞKUN**, 506 sayılı Yasaya Göre Sigortalı Sayılmada “Hizmet Sözleşmesine Dayanarak İşverene Ait İşyerinde Çalışma” koşulu, Çimento İşveren, C.7, S.6, Kasım 1993, s.19 vd.; **ÇENBERCİ MUSTAFA**, Sosyal Sigortalar Kanunu, Ankara 1985, s.26 vd.;

40 “... hizmet akdinin konusu olan edimin işverene ait işyerinde yerine getirilmesi, edimin ifasında işverenin denetim ve gözetimi altında bulunulması, edimin ücret karşılığında yapılması ve ücretin zaman esası üzerinden hesaplanmasıdır”, Yarg.10.HD., 31.10.1995, 8571/9042, Tekstil İşveren, S.196, Şubat 1996, s.15-17; “Hizmet akdinin unsurları, ... ve ücretin zaman esası üzerinden hesaplanmasıdır. İstisna akdinde ise bir eserin ücret karşılığında yaratılması sözkonusudur.”, Yarg.10.HD., 14.3.1995, 2008/2571, Kararın incelenmesi için bkz. **ÖZDEMİR**, Burhan, Çimento İşveren, C.12, S.3, Mayıs 1998, s.16 vd. Aksi yöndeki Yargıtay kararları için de bkz. Yarg., 12.4.1994, 805/6829, **KAMU-İŞ**, s.1172, YKD., S.7, 1994, s.1172, (YKD., C.20, S.8, Ağustos 1994, s.1273-1275); Yarg.9.HD., 8.10.1996, 10135/19097, **GÜNAY**, s.161, (**EKONOMİ**, 1996 Emsal Kararları, s.3); Yarg.9.HD., 4.2.1986, 1985/11686, 1986/1162, YKD., C.12, S.10, Ekim 1986, s.1486 (Tekstil İşveren, S.103, Ekim 1986. s.16-17), kararın değerlendirilmesi ve yerindeliği için bkz. **NARMANLIOĞLU**, Değerlendirme 1986, s.11-12; Yarg.9.HD., 27.2.1978, 1977/2806, 1978/3343, **UYGUR**, s.68.

leşmesinin varlığını kabul etmiştir⁴¹. Böylelikle 21. Hukuk Dairesi ile 10. Hukuk Dairesinin sigortalılık niteliğinin tesbiti ile ilgili olarak kararlarında çelişki oluşmuştur. Bu çelişkinin içtihatların birleştirilmesi yoluyla en kısa zamanda ve 21. Hukuk Dairesinin benimsediği yolda çözümlenmesi en büyük dileğimizdir.

Öğretide ise işin işyerinde yapılması koşulunun işçilik sıfatı belirlenirken dikkate alınması durumu eleştirilmektedir⁴². Zira, sigortalı sayılmak

41 “.. Gerçekten davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 2. maddesine göre; bir kimsenin sigortalı sayılabilmesi için; bir veya birden fazla işveren nezdinde eylemli biçimde hizmet akdine dayalı çalıştığından saptanması zorunludur. Hizmet akdinin unsurları ise belli bir işverene “zaman” ve “bağımlılık” unsurlarına göre çalışma esasına göre belirlenmiştir. “Bağımlılık”tan amaç, bir işverenin göstereceği işi, emir ve talimatına göre yerine getirmek ve onun buyruğu altında bulunmaktır. Bu işin belli bir zaman kesiti içerisinde yerine getirilmesi ve bu işi yerine getirmek üzere hazır vaziyette beklemek; hizmet akdinin zaman unsurunu oluşturur. Ücretin varlığı ve biçimi hizmet akdinin zorunlu unsuru olarak kabul edilemez. Ancak, akdin kanıtlanması yönünden rol oynayabilir. Dava konusu olayda; davacının; konfeksiyon işyerinin zorunlu elemanı olarak, satılan parçaların düzeltim işinde istihdam edildiği açıkça anlaşılmaktadır. İşyerinin çalışma saatlerine uygun olarak, davacının çıkacak işleri gördüğü ve görmek üzere hazır bulunduğu dinlenen davacı ve davalı tanıklarınca doğrulanmaktadır. Düzeltim işinin; işyeri ve davacının evinde yapılması, parça başına ücret ödenmesi işi hizmet akdi niteliğini etkilemez. Davacının belli bir işi işverenin emir ve talimatı doğrultusunda yerine getirmesi ve bunu bir çalışma günü içerisinde yerine getirmek üzere hazır olması karşısında; davacının çalışma olgusu ve buna bağlı hizmet akdinin ortaya çıkması sonucu istemini esastan kabul etmek gerekirken aksine görüşle davanın reddi usul ve yasaya aykırıdır”, Yarg.21.HD., 8.6.2000, 4584/4611, İşveren, C.XXXIV, S.5, Şubat 2001, s.17-18. Kararın incelenmesi için bkz. **ÖZDEMİR**, Burhan, Karar İncelemesi, ABD., Y.60, S.2002/1, s.295 vd. Kararın değerlendirilmesi ve yerindeliği için bkz. **ENGİN**, Değerlendirme 2000, s.2; **TUNCAY**, Değerlendirme 2000, s.181. Bununla birlikte **TUNCAY**, bu karar dışında yasal bir düzenleme olmaması nedeniyle evde çalışmaların hepsinin İş Kanunu kapsamı içerisinde yer almayacağını yine vurgulamaktadır. Bkz. s.182-183.

42 **ÇELİK**, s.73; **SARAÇ**, s.23; **ÖZDEMİR**, Karar İncelemesi II, s.299 ve dn. 10-13’de belirtilen yazarlar; **TUNCAY**, Değerlendirme 2000, s.181; **SÖZER**, Ali Nazım, Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtay’ın 1995 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1995, İstanbul 1997, s.181. Ayrıca bkz. **GÜZEL ALİ/OKUR ALİ RIZA**, Sosyal Güvenlik Hukuku, 7.B., İstanbul 1999, s.83 dn.6 ve s.89 vd.

için işin işverene ait işyerinde görülmesi kıstası günümüzde artık her olayda belirleyici olmaktan çıkmıştır⁴³. Yargıtay'ın (10. Hukuk Dairesinin) işçi sıfatının belirlenmesinde esas aldığı "işin işyerinde görülmesi" kıstasını

NARMANLIOĞLU'na göre, "... işçi sıfatının kazanılmasında "işyerinde çalışmak" şartını aramak ve bunu genellemek uygun bir çözüm olmasa gerekir. Kural olarak, işin işverene ait işyerinde yapılması gerekir. Zaten işverenin işçi üzerinde çoğu kez teknik nitelik de taşıyan hukuki tabiiyet unsurunun gerçekleşmesi işçinin gördüğü işin işverene ait bir işyerinde yapılmasını gerektirmektedir. Öyleyse, kendisine ait işyerinde veya daha genel olarak işverene ait işyeri dışında başka bir yerde, işverene ait bir işi ona tâbi olarak yapan kimse de işçi sayılmak gerekecektir. Bu itibarla işin işverene ait olan bir işyeri dışında yapılması halinde çalışan kimseyi işçi saymamak, en azından kanunun lafzına (anlatımına) ters düşecektir. İş Kanunu bakımından önemli olan, iş ilişkisinin hizmet (iş) sözleşmesine dayanmasıdır.", **NARMANLIOĞLU**, İş Hukuku, s.93-94. **GÜZEL**'e göre de, "... işyeri kavramının geleneksel anlamı günümüz istihdam modeline uyum sağlayamamaktadır. Bunun yerine ... "iş veya hizmet organizasyonu" kavramını esas almak daha uygun olacaktır... işçinin, kendi evinde de olsa, işverence belirlenmiş bir işi yapması ve onun emirlerine tabi olması asıldır. Bu koşullarda işin işyeri dışında yapılmış olması, bağımlılık unsurunu dışlayan bir sonuç doğurmayacaktır", **GÜZEL**, s.120-121. Yine, **TUNCAY**, Yargıtay'ın işin işyerinde görülmesi koşulunu aradığını belirttiikten başka, bu koşulun her olayda uygulanamayacağını, teknolojik ve ekonomik gelişmeler nedeniyle işyeri dışındaki çalışmaların artmakta olduğunu da vurgulamıştır. Bkz. **TUNCAY A.CAN**, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 10.B., İstanbul 2002, s.186. Öğretide işin işverenin işyerinde yapılması gerektiği yolundaki Yargıtay görüşünü destekleyen yazarlar da vardır. Bunlar için bkz. **SARAÇ**, s.7 dn.20 ve s.22 dn.28'de yer alan yazarlar: Ayrıca bkz. **ÇENBERCİ**, Sosyal Sigorta, s.43.

- 43 **SÖZER**'e göre, "Karşılaştığı bazı olaylarda bağımlılık unsuru ile sonuca varamayan Yargıtay'ımız sigortalılık bakımından hizmet sözleşmesinin dışında ayrı bir kriter saptamıştır. İşin işverene ait işyerinde görülmesi. Muhasebeci, doktor gibi bağımsız çalışma olanağı bulunan meslek grupları için getirilen bu ölçü ele alınan olaylarda isabetli sonuçlar verebilmektedir. Ancak, eğer bu kriter genelleştirilecek olursa işinin niteliği gereği sabit bir mekanda değil de, değişken yerlerde çalışmak durumunda olan pazarlamacı, tamirci gibi kişiler hizmet sözleşmesi ile çalışıyor olmalarına karşın sigortalı sayılmayacaklardır. Anılan nedenle, hizmet sözleşmesinin bağımlılık unsuru içinde çözülmesi gereken bir sorunun, yeni sorunlar yaratacak şekilde yeni ve suni bir ölçü belirleyerek çözülmesi makul sayılamaz", **SÖZER**, s.182.

kabul edersek, BK.m.322'nin uygulama alanı kalmayabilecektir⁴⁴. Bu nedenle, bize göre işçi işyerinde çalışmamakla birlikte, diğer unsurlar bakımından arada bir hizmet sözleşmesinin varlığı ortaya konulabiliyorsa, artık mevcut ilişki hizmet sözleşmesidir⁴⁵. Örneğin, kitap dizgisiyle uğraşan bir şirket, kendisine dizgi için verilen kitapların ham metinlerini bir başka kişiye kendi istek ve denetimi altında ve belirli zaman süreci içerisinde ve yazılan sayfa adedine göre ücret ödemek suretiyle yazdırmakta ise, bu kişi ile şirket arasındaki ilişki bir hizmet sözleşmesidir⁴⁶. Bu kimsenin şirketin işyerinde

44 ENGİN'e göre, "Borçlar Kanunu sistematğinde iş sözleşmesine ilişkin hükümler arasında yer verilmiş olan BK.322 hükmü tipik iş sözleşmesinden çok farklı özellikler taşımaktadır. Madde metninde açıkça görüldüğü gibi BK.322, işverenin yönetim ve denetimi altında bulunmadan parça başı çalışan kişiyi "işçi" olarak nitelemektedir. Genel hükümler çerçevesinde bakıldığında, kişisel bağımlılığın bulunmadığı, sonuç sorumluluğu altında parça başına çalışan bir iş ilişkisinin aslında eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekirdi. Ancak, yasanın sistematığı, işçi nitelemesi, bağımlılığın bulunmamasının getirdiği sorumluluk konusunda eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin "kıyasen" uygulanacağını belirtilmesi, yasakoyucunun bir karma sözleşme, daha doğru bir deyimle atipik iş sözleşmesi düzenlediğini göstermektedir. Dolayısıyla, yasakoyucunun özel bir tür iş ilişkisinin iş hukuku kapsamında değerlendirilmesi amacını taşıdığı düşünülebilir", ENGİN, Evde Çalışma, s.274. Bize göre, BK.m.322 sorumluluk açısından istisna sözleşmesine yollama yapılmıyorsa da, evde parça başına ücretle çalışmalarda da yine dolaylı da olsa bir denetim ve gözetim vardır. Bu özellik nedeniyledir ki, istisna sözleşmesinden farklılık söz konusudur.

45 EYRENCİ/BAKIRCI'ya göre de, "Türk İş Hukuku öğretisinde ve yargı kararlarında evde parça başına ücretle çalışanlar "işçi" kabul edilmemekte ve dolayısıyla iş hukukunun koruyucu hükümlerinin evde çalışanlara uygulanmayacağı kabul edilmektedir. Parça başına ücretle evde çalışanla işveren arasındaki sözleşme genellikle "eser sözleşmesi" (istisna akdi) olarak nitelendirilmektedir. Halbuki BK.m.322 açıkça, işverenin yönetim ve denetimi altında bulunmadan parça başı çalışan kişiyi "işçi" olarak nitelemektedir. Ayrıca söz konusu hükme Borçlar Kanunu sistematğinde iş sözleşmesine (hizmet akdine) ilişkin hükümler arasında yer verilmiştir", EYRENCİ/BAKIRCI, s.48.

46 Evde çalışmalarla ilgili olarak ÖZDEMİR'e göre de, "... doktrinde haklı olarak bazı yönden bağımlılık azalsa dahi ev çalışmasında hizmet akdine dayalı bir ilişkinin kurulduğu durumlar bulunabileceği belirtilmiştir. Örneğin, bu sistem içerisinde çok görülen şekilde, dokunacak halı ve işlenecek işin iplik ve diğer malzemenin, model ve nakışının (hatta tezgah ve makinasının) işverence temin edildiği ve bunun sonucunda doğal olarak işverenin denetiminin yoğun olduğu durumlarda hizmet akdi ilişkisinin varlığı kabul edilmelidir",

çalışması ve belirli bir çalışma dönemi içerisinde sözleşmede öngörülen kadar sayfa yazması ile, yine sözkonusu kimsenin işyeri dışında, örneğin kendi evinde aynı miktar işi aynı zaman içerisinde üretmesi durumunda artık mevcut ilişkiyi, iş işyerinde yapılmadı diyerek, istisna sözleşmesi içerisinde mütalaa etmek, bize göre uygun değildir⁴⁷.

Hiç şüphesiz, işyeri dışında yapılan çalışmalarda İş Kanununun işçileri koruyucu hükümlerinin uygulanması bir takım zorluklar çıkaracaktır. Ancak sözkonusu husus, aradaki ilişkinin hizmet sözleşmesi olmadığı anlamına gelmez. Böylece, bu tür sözleşme ilişkisi içerisinde çalışan işçilerin istismarları da önlenebilecektir⁴⁸. Bunun gibi, artık İş Hukuku alanındaki son gelişmeler, klasik hizmet sözleşmesi unsurlarından uzaklaşmayı da gerektirmektedir^{49 50}. Yapılacak yasal bir düzenleme ile mevcut problemlerin halli gerekmektedir⁵¹.

ÖZDEMİR, Burhan, *Ev Çalışması*, (Kemal Oğuzman'a Armağan) Kamu-İş, C.4, S.2, Haziran 1997, s.146.

47 Ayrıca bkz. **SÜZEK**, İş Akdi, s.30.

48 **EYRENCİ**'ye göre, "... ülkemizde evde tele-çalışanlar için değil, fakat uzun süreden beri özellikle konfeksiyon sanayinde yaygın bir uygulaması olan evlere iş verilerek üretim yapılması halinde, bunların tamamen istisna akdi çerçevesinde bağımsız çalışanlar içinde düşünülerek onlara iradelerine rağmen bir girişimci statüsü verilmesi ile ekonomik açıdan benzer bir işçinin düzeyinden aşağıya itildikleri de bir gerçektir. Böylece, İş Hukukunun uygulama alanı dışına çıkılarak, yeni sömürü türleri yaratılmaktadır", **EYRENCİ**, Öner, Tele-Çalışma ve İş Hukuku, İHD., C.I, 1991, s.207.

49 Bkz. **EYRENCİ**, Tele-Çalışma, s.199 vd.; **ÇELİK**, s.73.

50 **EKONOMİ**'ye göre, "Bilindiği gibi işçi bir hizmet akdine dayalı olarak bağımlı çalışan gerçek kişidir. Bağımlı çalışmadan maksat işçinin işini işverenin talimatlarına dayalı olarak görmesi veya yargı kararlarında yer alan ifade ile işçinin işini işverenin gözetim ve denetimi altında yapmasıdır. Başlangıçta işçi niteliği yönünden güçlü bir bağımlılık aranırken ve bu hususta işçinin işverene ait işyerinde işini görmesi bir ölçüt olarak dikkate alınmış iken, teknolojik ve ekonomik gelişmelerin etkisiyle bağımlılığın azaldığı ve zayıfladığı gerçeği kabul edilmektedir. Gerçekten sanayileşme aşamalarında mal ve hizmet üretiminde ve arzında öyle çeşitlemeler olmuştur ki, işin görüleceği yer işverenin işyerinin sınırlarının dışına çıkmış ve işi görenin evine kadar ulaşmış, işin görüleceği zaman yönünden olduğu kadar mesleki açıdan da işverenin etkisi azalmıştır"; **EKONOMİ**, Arayışlar, s.17.

51 Bkz. **EYRENCİ**, Tele-Çalışma, s.209.

III. PARÇA BAŞINA ÇALIŞMADA İŞÇİNİN ÖZEN BORCU

A) GENEL OLARAK

Özen borcu, işçinin hizmet sözleşmesinden doğan temel edim yükümü olan iş ifasında kendisinden beklenen bütün dikkati göstermesini, mesleki bilgisini, fikri ve bedeni kabiliyetlerini gerektiği şekilde kullanmasını öngörür⁵² ⁵³. İşçi, kendisinin yerine getirmekle yükümlü olduğu işi, her türlü dikkat ve itina içerisinde yapmalıdır.

Söz konusu borç, işçiye işi ifa için bırakılan makineleri, iş araç ve gereçlerini, teknik tesisatı kurallara uygun olarak kullanmayı gerektirir. Dolayısıyla, başlı başına bir varlığı olmayan, ancak, asıl borç ilişkisiyle anlam kazanan tali nitelikte bir borçtur⁵⁴. Bununla birlikte, özen borcunun ihlal edilmesi, asıl borç olan iş görme borcunun da ihlaline neden olabilir⁵⁵.

Özen borcunun kapsamı her somut olaya göre şekillenmektedir⁵⁶. Bununla birlikte işçinin göstermek zorunda olduğu özen borcunun kapsamı, sözleşmeye göre şekillenir. Sözleşmede özen borcu ile ilgili özel bir düzenleme yoksa, işçinin içinde bulunduğu meslek dalında veya faaliyet alanında bir işin görülmesi için gerekli olan kurallara uygun olarak iş görme borcunu yerine getirmesi kendisinden beklenir⁵⁷. Bununla birlikte sorumluluğun

52 Özen borcu konusunda geniş bilgi için bkz. İZVEREN ADİL, İşçinin İhtimam Mükellefiyeti, AD., Y.44, S.11, Kasım 1953, s.1308 vd.; ERDOĞAN İHSAN, İşçinin Özen Borcu, Gazi ÜİİBFD., C.I, S.1-2, 1985, s.132 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU HAMDİ, İş Hukukunda İşçinin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu ve Sınırlandırılması Yönünden Bir Yaklaşım (I), YD., C.13, S.1-2, Nisan 1987 ve (II), YD., C.13, S.3-4, Temmuz 1987, s.279 vd.; AKMAN SERMET, Tehlikeli ve Zarara Yatkın İşlerde İşçinin Sorumluluğu, İÜHFM., Ord. Prof. Ernst E. Hirsch'e Armağan, C.XLII, S.1-4, İstanbul 1977, s.423 vd.; ERTAŞ KUDRET, Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara 1982, s.29 vd.

53 EKONOMİ, s.121; MOLLAMAHMUTOĞLU, Sorumluluk I, s.116; ERTAŞ, s.30.

54 İZVEREN ADİL, İhtimam Mükellefiyeti I, s.1309; ERDOĞAN, s.137.

55 MOLLAMAHMUTOĞLU, Sorumluluk I, s.116.

56 EKONOMİ, s.123; ERTAŞ, s.32.

57 SÜZEK, s.285.

taininde işçinin kişisel özellikleri ve sübjektif durumu da değerlendirilir. Ancak bu konuda objektif bir ölçüt koymak mümkün değildir⁵⁸.

Kural olarak, parça başı çalışması yapan bir işçi de BK.m.321'de düzenlenen hüküm çerçevesinde sorumludur. Buna göre, "İşçi taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecburdur.

Kasıt veya ihmâl ve dikkatsizlik ile iş sahibine iras ettiği zarardan mesuldür. İşçiye terettüp eden ihtimamın derecesi, akde göre tayin olunur ve işçinin o iş için muktezi olup iş sahibinin malûmu olan veya olması icap eden malûmatı derecesi ve mesleki vukufu kezalik istidat ve evsafı gözetilir".

Belirtelim ki, parça başına ücretle çalışan işçi, zaman esasına göre çalışan işçi gibi, çalışmasını işverene hasretmek ve taahhüt ettiği parçayı çıkarmakla yükümlüdür. İşçi, daha az ücret almayı göze alarak, taahhüt ettiğinden daha az parça üreterek sorumluluktan kurtulamaz⁵⁹. Söz konusu husus, özen borcuna aykırılık teşkil ettiği gibi, kimi zaman sadakat borcuna aykırılık durumunu da oluşturabilir.

Yine, kişinin ücretinin tesbitinde parçalar dikkate alınsa da, işin yapım aşamasının ilelebet sürmesi de beklenemez. Zira, işveren işçisi ile sözleşme yaparken her bir parçanın yapım sürecini de az çok gözönünde bulundurmaktadır. Dolayısıyla, her bir parçanın üretim süreci de belirlenmiştir. Hiç kimseye bir malı üretmesi için sonsuz bir zaman verilmez⁶⁰. Bunun doğal sonucu olarak, parçayı imal etmek için ilave (fazla) bir zamana ihtiyaç duyulması halinde, fazla çalışma söz konusu olmaktadır. Belirtmekte fayda vardır ki, işçi, parça başına ücretle çalışmasını dikkate alarak, dilediği gibi de çalışma hakkına sahip değildir. Örneğin, işçinin işyerinde canı istemediği için çalışmaması, bu durum sorulduğunda nasıl olsa parça başına ücret aldığı, çalışmamanın kendisini ilgilendireceği yolundaki bir iddiasının hukuken geçerliliği ve dinlenebilirliği bulunmamaktadır. Zira, her ne şekilde çalışırsa çalışsın işçi, işi özenle yerine getirmek durumundadır. Kaldı ki, sadakat borcu da böyle bir iddiayı haklı kılmaz.

58 CENTEL, İş Hukuku, s.137

59 İZVEREN, İhtimam Mükellefiyeti II, s.19.

60 ÖZEVREN, Minâ, İşletmelerde Çalışma Saatleri Programları ve Marmara Bölgesindeki Uygulama, İstanbul 1987, s.60.

Parça başına çalışmalarda, verim, ücretin azalmasına veya çoğalmasına yol açmaktadır. Kural olarak, bu durum işçiyi etkilemektedir. Ancak, verim düşüklüğünün haklı bir gerekçesinin bulunmadığı durumlarda işçinin özen borcuna aykırı hareket ettiği sonucu, dürüstlük kuralının bir sonucu olarak ortaya çıkabilir. Bir başka ifadeyle, verim artış ve eksilişinden ilk planda ücret artışı veya düşüklüğü ile etkilenecek işçinin; verim düşüklüğüne neden olan hiçbir haklı gerekçesi yoksa, özen borcuna aykırılık sözkonusudur. Nasıl ki, işveren parça başı çalışmalarda işçiye eksik iş vermesi durumunda aradaki farkı zaman esası ile kapatmak zorunda ise, işçi de dürüstlük kuralı gereğince kendisinden beklenen özen çerçevesinde hizmet ifa etmelidir. Dolayısıyla, böyle bir durumda işçi, BK.m.321'de düzenlenen özen borcu çerçevesinde sözkonusu verim düşüklüğünden sorumlu tutulabilir.

Buna göre, parça başı ücretle çalışan işçinin bu işi, işçinin gözetim ve denetimi altında, bir başka ifadeyle, işverenin işyerinde yapması durumunda sorumluluğu ve özen borcu açısından herhangi özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşın Kanun, işyeri dışında-evde yapılan işlerde sorumluluk konusunda özel bir düzenleme getirmiştir.

B) İŞYERİ DIŞINDAKİ ÇALIŞMALARDA ÖZEN BORCU

BK.m.322'ye göre, "*İşçi, parça üzerine yahut götürü çalışıp da iş sahibinin nezareti altında bulunmazsa işlenen madde ve işin akit mucibince icrası noktasından mesuliyeti hakkında istisna akdine dair hükümler, kıyasen tatbik olunur*". Öğretide ifade edildiğine göre, BK.m.322'nin uygulama alanı, kural olarak işçilerin kendi evlerinde yapmış oldukları parça başı çalışmalarında sözkonusu olur⁶¹. Bununla birlikte, BK.m.322 geniş olarak

61 İZVEREN, İhtimam Mükellefiyeti II, s.20; TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, C.II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977, s.865. BK.m.322'nin kaynağı, eski İsviçre BK.m.329 hükmüdür. İsviçre öğretisinde sözkonusu kuralın, işçinin işverenin denetimi altında bulunmadan, kendi evinde ve parça başı çalıştığı hallerde uygulandığı belirtilmektedir. 1971 yılında İsviçre Borçlar Kanununun iş sözleşmesine ilişkin düzenlemelerinde yapılan değişiklikler sırasında yetersiz bulunan BK.m.329 kaldırılmış, yeni İsviçre BK.m.351 vd. hükümleriyle evde çalışma ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bkz. ENGİN, Evde Çalışma, s.274.

Parça Başına Çalışmanın Hukukî Niteliği Ve Parça Başına Çalışan İşçinin Sorumluluğu

yorumlanmalı ve işverenin gözetim ve kontrolünün kalktığı diğer bir çok halde de uygulanabilmelidir⁶².

Bir kez daha belirtmekte fayda vardır ki, BK.m.322 gereği, kıyasen istisna akdinin bu tür çalışmalara uygulanacak olması, onun hukuki niteliğinin değişmesine yol açmaz. Diğer şartların varlığı halinde mevcut ilişki hizmet sözleşmesidir.

Üzerinde durulması gereken bir konu da, istisna sözleşmesinde müteahhidin sorumluluğu konusunda işçinin sorumluluğuna ilişkin esaslara yollama yapıldığıdır. Gerçekten BK.m.356/1'e göre, "*Müteahhidin mes'uliyeti umumi suretti işçinin hizmet akdindeki mes'uliyetine dair olan hükümlere tabidir*". Böylelikle kanunkoyucu, müteahhidin sorumluluğu konusunda kural olarak işçinin sorumluluğunu esas almıştır (BK.m.321).

Parça başına işyeri dışında çalışan işçinin sorumluluğuna gelince, her şeyden önce, malzemenin temini ve kullanımı açısından işçi kıyasen istisna akdi hükümlerine tabidir⁶³. BK.m.322 yollamasıyla malzeme (hammadde) bakımından, BK.m.357 uygulama alanı bulur. Buna göre, "*Müteahhit imal ettiği şeyde kullandığı malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı mesul ve bu hususta satıcı gibi mükelleftir*."

Malzeme iş sahibi tarafından verilmiş ise, müteahhit, onlara layık olan bütün ihtimam ile kullanmak ve bundan dolayı hesap vermek ve artanı iade etmekle mükelleftir.

*İş devam ettiği sırada, iş sahibinin, verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın kusurlu olduğu anlaşılır, yahut imalatın noktası noktasına muntazaman icrasını tehlikeye koyacak diğer bir hal hâdis olursa müteahhit, iş sahibini bundan derhal haberdar etmeğe mecburdur, aksi takdirde bunların neticelerini tahammül etmekle mükelleftir"*⁶⁴.

62 İZVEREN, İhtimam Mükellefiyeti II, s.20.

63 TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku, s.865; İZVEREN, İhtimam Mükellefiyeti II, s.21.

64 İstisna sözleşmesindeki malzeme temin ve kullanımı ile ilgili geniş bilgi için bkz. ERDOĞAN, İstisna Sözleşmesi, s.144 vd.; ZEVLİLER, s.328-329; ARAL, Fahrettin, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 4.B., Ankara 2002, s.344 vd.; BAYGIN CEM, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999, s.23 vd.

Buna göre, malzeme parça başı çalışması yapan işçi tarafından sağlanıyorsa, bunun iyi cinsten olması gerekmektedir. Bu bakımdan işçinin sorumluluğu, satım sözleşmesindeki satıcıyla aynıdır⁶⁵. Eğer malzeme işveren tarafından sağlanıyorsa işçi tüm dikkat ve özeniyle bu malzemeyi kullanmak, artanı iade etmek ve bundan dolayı hesap vermekle yükümlüdür. Bunun gibi, malzemede bir bozukluk varsa, bunu da işçi işverene derhal bildirmek zorundadır (BK.m.357/3)⁶⁶. İşçinin sözkonusu sorumluluğu, sadece işveren tarafından verilen malzeme (hammadde) için değil, aynı zamanda işverenin işin yürütümü amacıyla verdiği alet ve makine için de geçerlidir⁶⁷.

Bunların yanı sıra, işin yapılması açısından istisna sözleşmesi hükümleri, BK.m.356 ve m.358 de uygulama alanı bulur⁶⁸. Zaten, işverenin sıkı bir gözetim ve denetimi olmaksızın çalışan işçinin sözkonusu hareket serbestisi karşısında sorumluluğu daha ağırdır⁶⁹. Ayrıca, bu şekilde çalışan işçi, işin yürütümünde belirli bir serbestiye sahip olup, çalışma süresini, işin yapımı biçimini istisna sözleşmesindeki müteahhit gibi kendisi belirler⁷⁰. Sözkonusu nedenlerden ötürü bu hallerde istisna sözleşmesi kuralları uygulanır⁷¹. Bunun yanı sıra, parça başı çalışması yapan işçi işi, sözleşme gereğince⁷² ve taahhüt ettiği kalitede yapmakla yükümlüdür⁷³. Aynı zamanda işçi, yaptığı parçanın ayıplı olmasından da sorumludur⁷⁴.

Yine, parça başı ücretle çalışan işçinin sorumluluğu açısından BK.m.359 ve 360'da öngörülen eserin tesliminden sonra sorumluluk hüküm-

65 TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku, s.852; GÖKYAYLA, K. Emre, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu, Galatasaray ÜHFD., Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Y.1, S.1, 2002, İstanbul 2002, s.795.

66 TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku, s.852; İZVEREN, İhtimam Mükellefiyeti II, s.21; GÖKYAYLA, s.795.

67 İZVEREN, İhtimam Mükellefiyeti II, s.21.

68 TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku, s.852.

69 TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku, s.853.

70 İZVEREN, İhtimam Mükellefiyeti II, s.22.

71 İstisna sözleşmesinde özen borcu konusunda geniş bilgi için bkz. ARAL, s.347 vd.; GÖKYAYLA, s.785; BAYGIN, s.25.

72 İZVEREN, İhtimam Mükellefiyeti II, s.21.

73 İZVEREN, İhtimam Mükellefiyeti II, s.22.

74 TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku, s.853; İZVEREN, İhtimam Mükellefiyeti II, s.22,-23; ENGİN, Evde Çalışma, s.279.

Parça Başına Çalışmanın Hukukî Niteliği Ve Parça Başına Çalışan İşçinin Sorumluluğu

leri de kıyasen uygulama imkanına sahiptir. Buna göre sözleşme konusunun tesliminden sonra, işveren sözkonusu şeyi muayene etmek ve/veya ettirmek yetkisine sahiptir. Bu inceleme sonucu ayıplı bir durum sözkonusu ise, iş sahibi sözleşmeden dönme hakkına sahiptir (BK.m.360/1). Bunun yanı sıra, istisna sözleşme çerçevesinde konusundaki ayıp önemli değil ve sözleşmeden dönmeyi gerektirmiyorsa, ortaya çıkan zarar nedeniyle, iş sahibinin ücretten indirim yapabilme hakkı da vardır⁷⁵. Kanaatimizce, hizmet sözleşmesinde bu kuralın uygulanmasına izin vermek uygun olamasa gerektir. Zira, bir zarar varsa, bunun işçinin özen yükümlülüğünü yerine getirmemesinden dolayı tazmin edilebilmesi mümkündür. Ancak, ücretten indirim yoluna başvurulmasının doğru olmadığı düşüncesindeyiz. Zira, kanaatimizce, BK.m.322 yollaması ile istisnaen hizmet sözleşmesinde uygulanacak kural, hizmet sözleşmesinin bünyesine uygun olmak durumundadır.

Tekrar belirtmekte fayda vardır ki, parça başı çalışması yapan işçi hakkında sadece işverenin gözetimi altında olmaksızın, örneğin kendi evinde çalışması halinde, sorumluluğu ile ilgili olarak BK.m.322 yollamasıyla istisna sözleşmesi hakkındaki hükümler uygulanır. Sorumluluk dışındaki hallerde ve işçinin işverenin gözetimi altında çalışması durumunda ise, hizmet sözleşmesi kuralları geçerlidir.

C) ÖZEN BORCUNA AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

İşçi, işin ifası sırasında gerekli olan özeni göstermezse, ortaya çıkan zararları tazmin etmek zorundadır (BK.m.321/2)^{76 77}.

⁷⁵ Bu konu ile ilgili geniş bilgi için bkz. ENGİN, Evde Çalışma, s.280-281.

⁷⁶ SAYMEN, s.431; İZVEREN, İhtimam Mükellefiyeti II, s.1315 vd.; ERDOĞAN, s.156 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU, Sorumluluk I, s.11

⁷⁷ AKMAN'a göre, "Hizmet sözleşmesinin ihlalden doğan zararların tazmini gereğini belirten BK.m.321 hükmü, esas itibarıyla, sözleşmelerin ihlalinin sonuçlarını düzenleyen BK.md.96'daki genel hükümlerin bir tekrarı mahiyetindedir. BK.md.96'ya göre borçlu, sözleşmeyi hiç veya gereği gibi ifa etmezse ve sözleşmenin ihlali kusursuz olduğunu kanıtlayamazsa, uğradığı zarar karşılığında alacaklıya tazminat ödemekle yükümlüdür. BK.md.98 ise, sözleşmeyi ihlal eden ve kurutuluş olanağı bulamayan borçlunun her kusurundan (kast, ağır ihmal, hafif ihmal) sorumlu olacağını bildirmektedir. Bu sorumluluğun ölçüsü işlemin özel yapısına ve hal ve şartlara göre belirlenir. BK.md.98/I c.2. Bu son kuralın somutlaştırılması anlamında, BK.md.321'de işçinin iş edimini özenle ifa etmesi gerektiği belirtilmiş ve bu özenin ölçüsü

Tazminat yanında, işveren de işçinin hizmet sözleşmesini haklı nedenle sona erdirebilir. Bu anlamda, İş K.m.17/II g'ye dayanarak, işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmaması ya da, İş K.m.17/II h'ye dayanarak, işçinin kendi isteği ve savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işverenin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve madde-leri on günlük ücretinin tutarı ile ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratma hükümlerine dayanılabilir. Bu takdirde İş K.m.18 gereği zararların tazmini de mümkündür.

Borçlar Kanununa tabi hizmet akitlerinde ise, BK.m.344'de düzenlenen muhik sebeplerden dolayı sözleşmenin haklı nedenle feshi mümkündür⁷⁸. Ayrıca sözleşmeyi sona erdiren işveren karşı taraftan tazminat alma hakkına da sahiptir (Bk.m.345).

Bu genel sonuçlar dışında işyeri dışında (evde) yapılan parça başına çalışmalarda özen yükümlülüğünün ihlalinin bir takım özel sonuçları da vardır.

Buna göre, eserin tesliminden önce sorumluluğu düzenleyen, BK.m.358'e göre, işçi işe zamanında başlamaz veya sözleşmeye aykırı olarak geciktirir ise, işveren sözleşmeyi sona erdirebilir. Burada BK.m.358'de öngörülen feshin mi yoksa BK.m.344'de öngörülen haklı nedenle feshin mi tercih edileceği üzerinde durmak gerekir. Aslında BK.m.358'de öngörülen hal, bir sözleşmeden dönme halidir. Kural olarak ani edimli olan istisna sözleşmesinden böylelikle dönmek mümkündür. Oysa sürekli bir ilişki kuran hizmet sözleşmesinde dönme müessesine başvurmak adil olmayan sonuçlar doğurur. Dolayısıyla burada tercih noktası BK.m.344 olmalıdır⁷⁹.

Yalnız belirtmekte yarar vardır ki, eserin ayıplı olması durumunda ücretten indirim yapılabilmesine imkan tanıyan BK.m.360/2, hizmet sözleşmesinin özellikleri ile bağdaşmadığı için kanaatimizce uygulama alanı bulmamalıdır.

daha yakından ele alınmıştır", AKMAN, s.424-425. Ayrıca bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU, Sorumluluk I, s.118.

⁷⁸ İZVEREN, İhtimam Mükellefiyeti II, s.24.

⁷⁹ Bkz. ENGİN, Evde Çalışma, s.279.

SONUÇ

Parça başına çalışma, çalışma zamanı dikkate alınmaksızın, yapılan işin parça olarak miktarının esas alındığı hizmet sözleşmesidir. Burada, esas olan ücretin zaman esasına göre değil, çıkarılan parçaya göre verilmesidir. Parça başına çalışmalar işyerinde yapılabileceği gibi, işyeri dışında da yerine getirilebilir. Hemen belirtelim ki, bir hizmet sözleşmesinin parça başına ücret alınabilecek şekilde kararlaştırılması onun hukuki niteliğinde bir değişikliğe yol açmaz. Bununla birlikte, hizmet sözleşmesinin unsurlarının bulunması durumunda çalışan ile çalıştıran arasındaki ilişki hizmet sözleşmesidir çalışan işçi, çalıştıran da işverendir.

Ancak tartışma konusu, işyeri dışında yapılan parça başına çalışmalarda karşımıza çıkar. Gerçekten, günümüz teknolojisinde ortaya çıkan gelişmeler, istihdam yapısındaki değişiklikler gibi bir çok faktör işyeri dışında da çalışma biçimlerinin doğmasına neden olmuştur. Dolayısıyla, hizmet sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran temel unsur olan bağımlılık unsurunun, klasik anlamdaki bağımlılıktan farklı olarak anlaşılması, işçinin işverenin iş organizasyonu içerisinde onun yararına bir iş görmesi biçiminde algılanması isabetli olacaktır. Böylelikle, işyerleri dışında yapılan çalışmaların da hizmet sözleşmesi nitelendirilmesi ile İş Hukukunun koruyucu düzenlemelerinin kapsamına alınabilmesi mümkündür.

Yalnız yerleşik Yargıtay uygulaması, özellikle sosyal sigortalara ilişkin kişinin sigortalılık niteliğinin tesbitinde; işin işyerinde yapılması şartını aramaktadır ki, kanaatimizce, Yasada öngörülme-yen bu hususun, işyeri dışındaki tüm çalışmalar için kabul edilebilmesi, mümkün değildir.

İşçi sözleşme konusu işi özenle yerine getirmek durumundadır. Bu husus işverenin gözetim ve denetimi altında yapılan (işyerinde yapılan) çalışmalarda sözkonusu olduğu gibi, işverenin sözkonusu yetkilerinin bu denli sıkı kullanılamadığı işyeri dışındaki çalışmalarda da vardır. Ancak yasa koyucu, işyeri dışındaki (evde yapılan) parça başı çalışmalarında, işçinin sorumluluğu açısından istisna akdine ilişkin kuralların kıyasen uygulanacağını öngörmüştür. Buradan hareketle, evde yapılan çalışmaların tamamının istisna sözleşmesi olarak nitelendirilmesi kanaatimizce, uygun çözüm değildir. Kaldı ki, yasakoyucu da BK.m.322 düzenlemesiyle evde yapılan çalışmaların da aslında hizmet sözleşmesi olarak kararlaştırılabileceğini öngörmüştür. Nitekim, Borçlar Kanunu, sözkonusu çalışmaların istisna sözleşmesi olarak

nitelendirileceğini değil, sadece işçinin sorumluluğu hakkında istisna sözleşmesinin bu konudaki hükümlerinin uygulanabileceğini öngörmüştür.

Ancak temennimiz, işyeri dışındaki ve özellikle evde yapılan çalışmalar ile ilgili olarak özel bir düzenlemenin getirilmesidir. Böylelikle uygulamada bir çok problemin söz konusu olduğu, genellikle çalışanların iş hukuku hükümlerinden yararlandırılmadığı çalışma ilişkileri, yasal bir yapıya kavuşturulabilecektir.

YENİ MEDENÎ KANUNA GÖRE EVLÂT EDİNME (ADOPTION ACCORDING TO NEW CIVIL ACT)

Oğuz Sadık AYDOS*

ÖZET

Evlât edinme, taraflar arasında hısımlık ilişkisi doğuran bir kurumdur. Yeni Medenî Kanun ile evlât edinme müessesesinde çok önemli değişiklikler yapılmıştır. Evlât edinme, akdî ilişki olmaktan çıkarılıp, hâkim kararı ile tesis edilir hale dönüştürülmüştür. Evlât edinecek kişinin yaşı 35'ten 30'a ve hatta bazı hallerde daha da aşağıya çekilmiştir. Altsoyu bulunan kişilerin, küçükleri evlât edinmesine izin verilmiş ve ayrıca evlât edinecek kişinin, evlâtlığa belli bir süre bakması şarta bağlanmıştır. Evli kişilerin "eşleriyle birlikte evlât edinmesi ilkesi" getirilmiştir. Evlâtlık ile evlât edinenin evlenmesi kesin olarak yasaklanmıştır. Evlenme yasağının kapsamına taraflardan biri ile diğerinin altsoyu da alınmıştır. Küçüklerin evlât edinilmesine aracılık faaliyetlerinin, Bakanlar Kurulunun yetki verdiği kurum ve kuruluşlar tarafından yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Evlâtlık ilişkisinin kaldırılması için dava açma hakkı, hak düşürücü süreye bağlanmıştır. Bu çalışmada, eski hükümler de dikkate alınarak karşılaştırmalı bir inceleme yapılmaktadır. Konuya ilişkin Yargıtay kararları da incelenmiştir.

ABSTRACT

Adoption, which creates kinship between sides, was amended in an important degree with New Civil Act. Adoption legal characteristic was contract but now it is a court decision. The minimum age of adoptive persons is 30, instead of 35 and moreover lowers in some cases. A person, who has descendant, can adopt a child with new act. If a person wants to adopt, he must take care adopted person for a definite period. A married person can not adopt alone. Marriage between adoptive person and adopted person is absolutely prohibited. This prohibition includes descendants of both sides. Only the institutions which permitted by the Council of Ministers, may organize adoption affairs. The action to abolish adoption connects to foreclosure period. In this essay, repealed provisions and new provisions about this subject are comparatively scrutinized. Beside this, we canvass Supreme Courts' decision about subject.

ANAHTAR KELİMELELER

Evlât Edinme	Hısımlık	Mahkeme Kararı
Adoption	Kinship	Court Decision

* Araştırma Görevlisi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Ana Bilim Dalı.

YENİ MEDENÎ KANUNA GÖRE EVLÂT EDİNME

GİRİŞ

Evlât edinme, çeşitli ihtiyaçlara cevap verebilen bir kurumdur. Ailesi olmayan küçüklerin, aile yanına yerleşmek suretiyle, gelişimlerini sağlıklı bir şekilde tamamlamaları, toplum için çok önemlidir. Aile ile birlikte yaşamak, elem, ızdırap, keder gibi duyguları aile ile paylaşmak, bunların azaltmasını sağlar. Ayrıca, daha güçlü, daha tecrübeli, daha büyük birinin, yanında olduğunu hissetmek, küçüğün kendisini güvende hissetmesine ve hayata daha cesur bakabilmesine neden olur. Sorunların en aza indirildiği böylesi bir aile ortamı, küçüğün sosyolojik ve psikolojik açıdan topluma hazır olmasını sağlar.

Sadece ailesi olmayan küçükler için değil, ailesi olmakla birlikte, ekonomik ve/veya psikolojik¹ açıdan kötü bir aile ortamında yaşayan küçükler için de evlât edinme, son derece faydalı bir kurumdur. Bu durumda olanlar, ailesi olmayan ve Devlet Kurumlarında² bulunanlardan ve hatta sokakta yaşayanlardan daha kötü bir durumdadırlar. Böylesi olumsuz şartlar, küçüğü çok kötü etkilemekte ve onu adeta bir suç makinesi haline dönüştürmektedir. Bunların yanı sıra, çocuğu olmayan ailelerin çocuk sevgisi gibi doğal bir ihtiyaçlarının karşılanması da bu kurumun önemli amaçlarından birisini teşkil eder.

Tüm bu faydalarına karşılık evlât edinme, kötüye kullanmaya da çok uygundur. Bazı kişilerin; organ ticareti, ucuz iş gücü, mirasa ilişkin hisselerle zarar verme gibi hukuka ve ahlâka aykırı amaçlarına bu kurumu alet etmesi çok sık rastlanılan olaylardır.

01 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu'nun getirdiği en önemli yeniliklerden bir bölümü evlât edinmede yaşanmıştır. Aynı tarihte yürürlükten kalkan 743 Sayılı Medeni Kanun'un (MK) ilgili hükümlerinin büyük bir bölümü esaslı bir şekilde değiştirilmiştir. Bu çalışmamızda eski hükümlerle karşılaştırmalı olarak yeni hükümleri inceleyeceğiz.

¹ Devamlı boşanma tehdidi altında olan, eşlerden birinin veya her ikisinin ayırtım gücü ile ilgili bir problem yaşadığı, aile bireylerinin birbirlerine şiddet uyguladıkları ve benzeri ortamlar.

² Başbakanlık Sosyal Hizmetler Çocuk Esirgeme Kurumu gibi.

I- HUKUKÎ NİTELİĞİ

743 S. MK'nın yürürlükte olduğu dönemde, doktrindeki baskın görüş, evlât edinmenin *suî generis* bir aile hukuku akdi olduğu yönündedir. Genel kabul gören bu görüşü, çeşitli hükümler³ de doğrulamaktadır.

4721 S. MK ile konuya ilişkin belki de en önemli değişiklik bu noktada gerçekleşmiştir. Kurum, akdî bir ilişki olmaktan çıkarılmış ve doğumu mahkeme kararına bağlanmıştır (MK m. 315). Çok faydalı (ulvî) olan ve aynı zamanda kötüye kullanmaya da uygun olan bu kurumun akdî nitelikten çıkarılması yerinde bir değişikliktir.

Evlât edinmenin hukukî niteliğinin akit olduğu 743 S. MK döneminde, bu akde ilişkin olarak yokluk veya hükümsüzlük gibi yaptırımlar söz konusu idi. Akdî ilişkiden çıkarak mahkeme hükmü haline gelen evlât edinme için bu yaptırımların da artık pratik bir değeri kalmamıştır.

II- EVLÂT EDİNMENİN ŞARTLARI

A) GENEL OLARAK

Evlât edinmenin şartlarını, kanun sistematığına uygun olarak; Küçüklerin ve Erginlerin ve kısıtlıların evlât edinilmesine ilişkin şartlar olmak üzere ikiye ayırarak incelemeyi düşünüyoruz.

B) KÜÇÜKLERİN EVLÂT EDİNİLMESİNİN ŞARTLARI

1. Genel Şartlar

a) Gerçek Kişi Olmak

Hısımlık başlığını taşıyan İkinci Kısımın Dördüncü Ayırımında düzenlenen evlât edinme, taraflar arasında bir hısımlık ilişkisi doğurur. Hısımlık, yaradılışı gereği insana özgü bir niteliktir (MK m. 48). Bu nedenle ilişkinin her iki tarafının da gerçek kişi olması gerekmektedir.

Henüz kişilik kazanıp kazanmayacağı şüpheli olan ceninin evlât edinilmesi mümkün değildir⁴.

b) Yaş Farkı

Evlât edinen ile evlâtlık arasında önceden mevcut olan (EMK m. 253) yaş farkı (18 yaş) aynen muhafaza edilmiştir (MK m. 308/I). Bu düzenleme normal şartlar altında, anne baba ile çocuk arasında olması gereken yaş farkına ilişkin doğa kanununun, kanun koyucuyu etkilemesinin bir sonucudur.

³ "Evlât edinme, sulh hâkiminin izni üzerine resmî senetle yapılır (EMK m. 256/I); Akdin Hükmü (EMK m. 257/Başlık); evlât edinme akdinden... (EMK m. 257/II); evlâtlık mukavelesi hakkındaki... (EMK m. 258/I).

⁴ ÖZTAN Bilge: *Aile Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2000, sh. 444.

c) Bakım ve Eğitim

743 S. MK'da bulunmayan bu düzenlemeye göre; bir küçüğün evlât edinilmesi için, evlât edinenin bir yıl süreyle küçüğe bakmış ve eğitmiş olması gerekir. Bir küçüğün evlât edinilmesi için onun bakım ve eğitimine emek harcanması gerekir. Ayrıca tarafların birbirlerini tanımalarına imkan sağlayan bu düzenlemenin bir çeşit deneme süresi olduğu madde gerekçesinde belirtilmiştir. Kaynak kanun bu süreyi iki yıl olarak hükme bağlamıştır (İMK m. 264).

Bu yenilik yerinde bir düzenlemedir. Bir ömrü paylaşmaya hazırlanan tarafların birbirlerine ısınmaları önemli bir husustur. Taraflar arasında sıcak bir ilişkinin olması, huzuru ve bu sayede kurumdan beklenen faydayı beraberinde getirir. Böylesi bir elektrik yok ise, bunun baştan tespit edilmesi tarafların bu beraberlikten en az zararla ayrılmalarına yol açar.

Bakım ve eğitime emek harcamak, tarafların ruhsal alemine pozitif bir etki yapar. İnsan, uğrunda emek harcadığı varlığı sever ve bu varlıkla birlikteliği devam ettirmek ister. Ayrıca, evlât edinenin bakım ve eğitime yaptığı bu katkılar, gelecekte yapacaklarına dair bir karine teşkil eder.

2. Evlât Edinene İlişkin Şartlar

a) Yaş

743 S. MK, evlât edinenin en az 35 yaşında olması şartını arıyordu (m. 253). 4721 S. MK, bu yaşı 30'a ve hatta bazı hallerde daha da aşağı yaşlara çekmiştir. Bu değişiklik, toplum ihtiyaçları açısından çok olumludur. Zira, evlât sevgisi genç yaşlarda ihtiyaç duyulan bir olgudur. Belli bir yaştan aranmasının nedeni, evlât edinecek kişinin, yükleneyeceği sorumluluk için gerekli olgunluğa erişmesinin arzu edilmesidir. Bilişim çağı olarak da nitelendirebileceğimiz günümüz ortamında insanların çok daha hızlı gelişmeleri, bilgi donanımlarını sağlamaları mümkündür. Bunun yanı sıra, kararı kurucu nitelik taşıyan hâkim, gerekli yaşa ulaşmakla birlikte, gereken olgunluğa ulaşmamış kişilerin bu talebini reddedebilir.

Evlât edinenin yaşını ikiye ayırarak inceleyeceğiz;

aa) Tek Başına Evlât Edinme

Evli olmayan kişinin evlât edinebilmesi 30 yaşını doldurmuş olmasına bağlıdır (MK m. 307/I).

bb) Birlikte Evlât Edinme

aaa) Üçüncü Bir Kişiyi Evlât Edinme

Üçüncü bir kişinin birlikte evlât edinilmesinde alternatif iki şart mevcuttur. Evlât edinenlerin;

i- En az otuz yaşını doldurmuş olmaları veya

ii- En az beş yıldan beri evli olmaları gerekir.

bbb) Diğer Eşin Çocuğunu Evlât Edinme

Diğer eşin çocuğunun evlât edinilmesi halinde, evlât edinecek olan kişinin;

i- En az otuz yaşını doldurmuş olması veya

ii- En az iki yıldan beri evli olmaları gerekir.

Yukarıda değinilen iki halde evlât edinecek kişi otuz yaşın çok altında olabilir. Örneğin; 18 yaşını tamamladığında evlenen bir kişi, 20 yaşını halen evli olarak tamamladığında, diğer şartlar da gerçekleşmişse eşinin çocuğunu evlât edinebilir.

Yaşa ilişkin olarak yukarıda değinilen tüm hususlarda kanun koyucu 30 yaşın tamamlanmasını şarta bağlamıştır. Böylelikle, 743 S. MK döneminde doktrinde mevcut olan; “35 yaşın tamamlanması mı, 35 yaşa girilmiş olması mı aranmalıdır” tartışmalarına 4721 S. MK, son noktayı koymuştur.

b) Altsoyun Menfaatinin Zedelenmemesi

743 S. MK, düzgün soybağlı altsoyu bulunan kişinin evlât edinmesini çok açık bir şekilde yasaklamıştır (m. 253). Bu hüküm, yürürlükten kaldırılmış ve çocuğu olan kişinin, bir küçüğü evlât edinmesine olanak sağlanmıştır. MK, evlât edinme ile evlât edinenin diğer çocuklarının menfaatlerine hakkâniyete aykırı bir şekilde zarar verilemeyeceğini hükme bağlamıştır (m. 305/II).

Diğer çocukların müstakbel miras hisselerinin evlât edinme ile azalacağı kaçınılmaz bir sonuçtur (MK m. 495/II). Bu noktayı, kanun koyucunun dikkate almaması olanaksızdır. Bu nedenle, diğer çocukların yararlarının zedelenip zedelenmediğine karar verecek olan hâkim, bu sonucun dışındaki unsurları değerlendirmelidir (MK m. 4). Ancak, evlât edinen, evlâtlık ile herhangi bir manevî bağa sahip değil ve sırf diğer çocuklarından miras çıkarmak için böyle bir yola başvurmuş ise durum değişir. Zira bu durum, bir hakkın açıkça kötüye kullanılması olarak değerlendirilir ve bunu kanun korumaz (MK m. 2/II).

Çocuklarının eğitim ve sağlık gibi zarurî ihtiyaçlarını karşılayamayan bir kişinin evlât edinmeye teşebbüs etmesi, adalete uygun bir durum değildir. Ayrıca, işlerinin yoğunluğu nedeniyle çocuklarına yeterli zaman ayıramayan bir kişinin veya çeşitli nedenlerden dolayı (hastalığı, sakatlığı, psikolojisi gibi) özel ve yoğun bir ilgiye ihtiyaç duyan bir çocuğun velisinin üçüncü bir kişiyi evlât edinmesi gibi. Bir kişinin kan veya kayın hısımini evlât edinme-

sinde herhangi bir hukukî engel yoktur. Ayrıca bir kişinin, birden fazla kişiyi evlât edinmesi de mümkündür.

Eşler dışında, bir kişinin birden fazla kişi tarafından birlikte evlât edinmesine 743 S. MK izin vermiyordu (m. 255/II). Bu hükmün karşılığı yoktur. Hâkim bu konuda, evlâtlığın menfaatlerini göz önünde tutarak bir karar verir.

c) Eşlerin Ortak Kararı

743 S. MK eşlerden birinin evlât edinmesi halinde diğer eşin bu duruma rıza göstermesini şarta bağlamıştır (m. 255/I). Bu rıza, rıza veren eşin de evlât edinen sıfatını kazanmasına neden olmaz⁵. Konuya ilişkin yeni düzenleme bu durumu ortadan kaldırmıştır. Evli olan kişilerin tek başına evlât edinmeleri mümkün değildir. Eşlerin bu konuda birlikte hareket etmeleri ve birlikte evlât edinmeleri gerekmektedir (MK m. 306/I). Bu değişiklik, eşlerin evlât edinmede aynı statüye girmek zorunda olmaları nedeniyle sorumluluğun paylaşılmasına neden olacaktır.

Evli olmasına rağmen bir kişinin tek başına evlât edinebilmesi ancak şu hallerde mümkündür;

- aa) Diğer eşin sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olması,
- bb) Diğer eşin iki yıldan uzun bir süreden beri nerede olduğunun bilinmemesi,
- cc) Diğer eşle iki yıldan uzun bir süreden beri mahkeme kararıyla ayrı yaşamakta olması.

Yukarıda sayılan hallerde diğer eşle birlikte evlât edinmek imkansızdır. Kişinin bu durumu ispat etmesi gerekir. Bu hallerde, evlilik kaç yıl sürmüş olursa olsun, 30 yaşa ilişkin genel kural, burada uygulanacaktır (MK m. 307/II).

d) Ayırtım Gücüne Sahip Olma

Evlât edinmek isteyen kişinin ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Ayırt etme gücü olmayanların (tam ehliyetsiz) evlât edinmeleri mümkün olmadığı gibi, yasal temsilci de tam ehliyetsiz adına evlât edinemez⁶. Kendisine yasal danışman atanan bir kişi tek başına evlât edinebilir (MK m. 429). Vesayet altındaki kişinin (sınırlı ehliyetsiz) evlât edinebilmesi vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da buna izin vermesine bağlıdır (MK m. 463).

⁵ ÖZTAN, 442; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: *Aile Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 1986, sh. 367.

⁶ Y. 2. HD, E. 5182, K. 5982, T. 15.06.1994 (YKD C. 20, S. 10, Ekim 1994, sh. 1609).

3. Evlâtîğa İlişkin Şartlar

a) Evlâtîğın Rızası

Ayırt etme gücüne sahip küçüğün evlât edinilmesi, bu işleme rıza göstermesine bağlıdır (MK m. 308/II). Konuya ilişkin eski hüküm aynen muhafaza edilmiştir (EMK m. 254).

Kurumun amacı, küçüğe mutlu olabileceği, sıcak bir aile ortamı sunmak olduğuna göre küçüğün istekleri önemlidir. Bu nedenle, iyiyi kötüden ayırt edebilen bir kişinin, yaşamına ilişkin esaslı bir değişikliğe onay vermesi kaçınılmazdır.

b) Yasal Temsilcinin Muvafâkati

aa) Ana ve Babanın Rızası

Kısıtlı ile küçüğün evlât edinilmesi, ayırtım gücüne sahip dahi olsa, ancak ana babanın veya hâkimin muvafakâtine bağlıdır, şeklindeki eski hüküm (EMK m. 254/son cümle) çeşitli tartışmalara yol açıyordu. Şöyle ki; çocuğun evlâtlık verilmesinde ana babanın rızasını, onların ana baba olmaları nedeniyle kanun koyucunun aradığını savunan birinci görüşe göre tarafların boşanmalarının önemi yoktu. Yargıtay da aynı görüşteydi⁷. Babaya düzgün olmayan soybağı ile bağlı olan çocuk açısından babanın rızası aranmaz, ancak dinlenmesi gerekir şeklinde bir görüş ileri sürülmüştür⁸.

İkinci görüş ise, ana babanın rızasının velayet hakları ile doğru orantılı olduğunu savunmaktaydı⁹. Bu görüşe göre, velayet hakkına sahip olmayan ana babanın rızası aranmaz¹⁰. “Ana babanın veya hâkimin muvafakâtini” içeren hükmün lafzî yorumunun ikinci görüşü desteklediği ileri sürülmüştür¹¹. Bu hükümde yer alan hâkim kelimesinin ana babanın yanında alternatif olduğu savunulmuştur¹².

Konuya ilişkin yeni hüküm, bu tartışmalara son verecek niteliktedir. Yukarıda da ifade edildiği gibi, vesayet altındaki küçüklerin evlât edinilmesinde vesayet dairelerinin izni ayrı bir şekilde hükme bağlanmıştır. Bunun

⁷ Y. 2. HD, E. 1204, T. 23.10.1997; Y. 2. HD, E. 6640, K. 7342, T. 13.07.1993 (ÖZTAN, 445).

⁸ ÖZTAN, 446.

⁹ OĞUZMAN Kemal/DURAL Mustafa: *Aile Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 1998, sh. 249; FEYZİ-OĞLU, 479.

¹⁰ Evlât edinilmesine izin istenilen çocuk, boşanmadan sonra doğmuş ve velayet henüz düzenlenmemiş ise ana ve babanın velayeti birlikte kullandıklarının kabulü gerekir. Müşterek çocuğun evlât edinilmesinde ana babanın her ikisinin de rızasının alınması zorunludur. (Y 2. HD, E. 4403, K. 4609, T. 13.5.1985 (YKD, C. 11, S. 8, Ağustos 1985, sh. 1164)).

¹¹ ÖZTAN, 446.

¹² FEYZİOĞLU, 366.

yanı sıra, ayrı bir başlık (Ana Babanın Rızası) altında ana ve babanın rızası düzenlenmiş ve küçüğün evlât edinilmesinde ana babasının rızası şarta bağlanmıştır (MK m. 309/I). Maddenin lafzî yorumuna göre, ana babanın rızaları kümûlâtif olarak aranacaktır. Bu amaçla “ve” bağlacı kullanılmıştır. Velâyet hakkına sahip olup olmamanın bu noktada herhangi bir önemi yoktur. Bu hak, onların ana veya baba sıfatını taşımalarının doğal bir sonucudur.

Ayrı bir şekilde düzenlenen bu hüküm diğer bir tartışmayı da ortadan kaldırmıştır. “Ana baba veya hâkim” ifadesi alternatif muvafakâti ifade etmektedir. Burada ise kümûlâtif şartlar söz konusudur. Bu nedenle, küçüğün vesayet altında olması, onun evlât edinilmesinde ana babanın rızasının aranmayacağı anlamına gelmez. Önceden, yasal temsilcilik hareket noktası olarak alınmış ve velâyet yoksa hâkimin rızası gereklidir şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Şartların burada kümûlâtif olması, yasal temsilci ana baba olmasa dahi ana babanın rızasının aranacağı sonucunu çıkarmaktadır. Yasal temsilciliğin burada önemli olmadığını düşünüyoruz.

Düzgün soybağı ve düzgün olmayan soybağı ayrımı 4721 S. MK ile kaldırılmıştır¹³. Bu nedenle çocuk ile baba arasında soybağının ne şekilde kurulmuş olduğunun önemi kalmamıştır.

Küçüğün veya ana ve babasının oturdukları yer mahkemesinde sözlü veya yazılı olarak açıklanan rıza tutanağa geçirilir (MK m. 309/II). Ana ve babanın ayrı yaşaması halinde her birinin kendi oturdukları yer mahkemesi veya küçüğün oturduğu yer mahkemesi rıza açıklamada yetkilidir. Maddede geçen “oturdukları yer” ifadesi, yerleşim yeri değil sakin¹⁴ olunan yer olarak algılanmalıdır. Zira, kanun koyucu, yerleşim yerini aradığı hallerde, bunu açıkça belirtmiştir¹⁵.

Evlât edinenlerin, adlarının belirtilmemiş veya henüz belirlenmemiş olması rızanın geçerliliğini etkilemez (MK m. 309/III). Burada kanun koyucunun iradesi, evlât edinenlerin kişisel özelliklerinden dolayı doğması muhtemel problemlere göre ana babanın rıza göstermesi değildir. Ana babanın, çocuk ile ilişkileri ve çocuk üzerindeki haklarının son bulmasına rıza göstermesi amaçlanmıştır. Evlât edinenlerin, bu husustaki yeterlilikleri, evlât edinmeye karar verecek olan mahkeme tarafından zaten takdir edilecektir.

Ana babanın rızasının zamanına ilişkin olarak yeni bir hüküm getirilmiştir. Buna göre; küçüğün doğumunun üzerinden altı hafta geçmeden önce verilen rıza geçersizdir (MK m. 310/I). Altı haftalık sürenin neden bu şekilde tespit edildiği konusu madde gerekçesinde açıklanmamıştır. Bunun nedenleri psikolojik olabilir. Doğumdan sonraki ilk üç hafta, amaçsız, anlamsız ve

¹³ (EMK m. 259- MK m. 321, m. 282 ve benzeri).

¹⁴ Kişide yerleşme niyeti olmaksızın (sübjektif unsur) fiilen oturulan yer (objektif unsur) kastedilmektedir.

¹⁵ MK m. 25/V, m. 32/II, 168, 177, 201, 207 gibi.

rasgele çıkarılan sesler vardır. Açlık, soğuk, acı gibi uyarıcılara bebek farklılaşmış bir tepki vermez. Uyarıcıyla ilgili olarak farklılaşmış seslerin ortaya çıkması ikinci üç haftalık dönemde mümkündür. Başkalarının sesine tepki gösterebilen bebek, ağlamanın dışında boğazdan, küçük sesler de çıkarır. Sesli harfleri kendiliğinden çıkarır ve sese, sesler çıkararak ya da kol ve bacak hareketleri ile tepki vererek gülümser¹⁶. Bebeğin ilk gülüşünü görmenin zevki hiçbir şeyle değişilmez¹⁷. Aniden ortaya çıkan yüksek sesler karşısında bebek ürker, kasılır, kıpırdamadan durur, titrer, gözlerini kırıştırır, kısar ve ayrıca kollarını ve bacaklarını uzatır ve ağlayabilir¹⁸. Ana babanın, sahip oldukları bu sıfatlarının idrakine varabilmeleri bu altı haftalık sürenin geçmesiyle mümkündür. Ana babanın, çocuklarından vazgeçmeleri konusunda sağlıklı karar verebilmeleri bebeğin bu gelişimi tamamlamasına bağlıdır.

Tutanağa geçirilme tarihinden itibaren altı hafta içinde aynı usûlle, verilen rızanın geri alınması mümkündür (MK m. 310/II). Ana babanın, verdikleri bu karar karşısında pişman olmaları ihtimalinde bunu telafi etme imkânı tanınmıştır. Ancak bu husus dejenere edilemez. Zira, geri almadan sonra yeniden verilen rıza kesindir (MK m. 310/III).

Ana ve babadan birinin rızasının aranmadığı haller şunlardır;

aaa) Kim olduğu veya uzun süreden beri nerede oturduğu bilinmiyorsa veya ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun bulunuyorsa,

bbb) Küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yeterince yerine getirmiyorsa (MK m. 311).

Bu hüküm, 743 S. MK'daki hükmün aynen muhafaza edilmiş halidir (m. 254/a (Ek: 14/11/1990 – 3678/m. 5)).

Gelecekte evlât edinilmek amacıyla bir kuruma yerleştirilen ve ana veya babadan birinin rızası eksik olan küçüğün evlât edinilmesi için izlenmesi gereken prosedür şudur; evlât edinenin veya evlât edinmede aracılık yapan kurumun talebi üzerine ve kural olarak küçüğün yerleştirilmesinden önce, onun oturduğu yer mahkemesi bu rızanın aranıp aranmamasına karar verir (MK m. 312/I). Bunun dışındaki durumlarda rızanın aranmamasına ilişkin karar evlât edinme işlemleri esnasında verilir (MK m. 312/II).

Küçüğe karşı özen yükümlülüğünün yeterince yerine getirilmemesi gerekçesine dayanarak rızanın aranmadığı hallerde, konuya ilişkin karar,

¹⁶ CİRHİNLİOĞLU Fatma Gül: Çocuk Ruh Sağlığı ve Gelişimi – Okul Öncesi Dönem, Ankara 2001, sh. 26; GÜVEN Nergis/BAL Servet: Dil Gelişimi ve Eğitim, İstanbul 2000, sh. 19 – 20.

¹⁷ SEARS William & Martha: Bebek Gelişimi ve Davranışları, San Clemente, California 1993, İstanbul 1999, sh. 44.

¹⁸ CİRHİNLİOĞLU, 26.

rızası aranmayan ana veya babaya yazılı olarak bildirilir (MK m. 312/III). Bu hüküm de, yeni getirilmiştir.

bb) Vesayet Dairelerinin İzni

Küçük, vesayet altında ise, evlât edinilebilmesi için vesayet dairelerinin izni şarttır. Bu hususta, küçüğün ayırt etme gücüne sahip olup olmamasının önemi yoktur (MK m. 308/III).

Evlât edinmeye izni, küçüğün yerleşim yerindeki vesayet daireleri verir (MK m. 411). Vesayet altındaki küçüğün evlât edinilmesi çift izni gerektirir. Önce vesayet makamı (sulh hukuk mahkemesi (MK m. 397/II)), daha sonra da denetim makamının (asliye hukuk mahkemesi (MK m. 397/II)) izni aranır (MK m. 463).

Vesayet altında bulunmadığı için vesayet altına alınan küçüklerin evlât edinilmesinde çifte izin aranması doğal bir sonuçtur. Zira, vesayet altına almanın gerekçesi; kendi menfaâtlerini bizzat koruyamayacak durumda olan kişilerin Devlet tarafından koruma altına alınmasıdır. Bu korumayı sona erdirecek nitelikteki evlât edinme işlemine, vesayet dairelerinin izin vermesi zorunludur. Yapılacak olan işlemin, küçüğün menfaâtine olup olmadığını vesayet dairelerinin takdir etmesi gerekir.

Ayırtım gücü olmayan bir kişiyi vasisi evlât edinmek isterse, kısıtlıya sulh hukuk mahkemesi tarafından kayyım tayin edilmesi gerekir¹⁹. Alman Medenî Kanunu'nun yürürlükten kalkan hükmüne göre vasinin, vesayeti altındaki kişiyi evlât edinmesi vesayetin sona ermesine bağlıdır (BGB m. 1752). Vasinin, vesayeti altındaki kişiyi evlât edinmesi, bunların mallarının yönetimi hakkında hesap vermesine ve yönetimine bırakılan malları doğru olarak belirtmesine bağlıdır. Kanunumuzda bu yönde bir düzenleme olmadığı için, vasinin vesayeti altındaki kişiyi evlât edinebilmesi, hesap vermesini gerektirmez²⁰.

B) ERGİNLERİN ve KISITLILARIN EVLÂT EDİNİLMESİNİN ŞARTLARI

1. Genel Olarak

Erginlerin ve kısıtlıların evlât edinilmesi küçüklerin evlât edinilmesinden farklı esaslara tâbi tutulmuştur. Bu konuda bazı şartlar belirtilmiş ve diğer şartlara ilişkin olarak küçüklerin evlât edinilmesine atıfta bulunulmuştur (MK m. 313/III).

Şimdi kısaca bu şartlara değineceğiz;

¹⁹ ÖZTAN, 448.

²⁰ BERKİ Şakir: *Alman, İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarında Evlât Edinme*, Ankara 1962, sh. 50-51.

2. Evlât Edinenin Altsoyunun Bulunmaması

Küçüklerin evlât edinilmesinde aranmayan bu şarta burada yer verilmiştir. 743 S. Medeni Kanun'da yer alan "nesebî sahih fûruu bulunmama" (m. 253) koşulu erginlerin ve kısıtlıların evlât edinilmesinde geçerlidir²¹.

3. Beş Yıllık Süre

a) Genel Olarak

Evlât edinecek kişinin en az beş yıl süre ile evlât edinmeyi düşündüğü kişiye bakıp gözetmesi, eğitmesi veya onunla birlikte aile halinde birlikte yaşaması gerekmektedir.

b) Özürlüler Hakkında

Bedensel veya zihinsel özürlü sebebiyle sürekli olarak yardıma muhtaç ve evlât edinen tarafından bakılıp gözetilen kişiyi evlât edinmek mümkündür. Buradaki beş yıllık süre evlât edinmeye kadar olan beş yıllık süredir.

c) Küçüklükteki Bakım Gözetim ve Eğitim

Evlât edinen tarafından, küçükken bakılıp gözetilmiş ve eğitilmiş kişileri evlât edinmek mümkündür. Burada son beş yıl değil, evlâtlık küçükken geçen en az beş yıl söz konusudur.

d) Birlikte Yaşama

Diğer haklı sebepler mevcut ve evlâtlık, evlât edinen ile aile hâlinde birlikte yaşamakta ise evlât edinme mümkündür (MK m. 313/I). Buradaki beş yıl özürlülere ilişkin beş yıl gibidir. Bir başka ifade ile son beş yıl dikkate alınır.

Yukarıda zikredilen fıkranın üç numaralı bendinde yer alan "diğer haklı sebepler" ifadesi, madde gerekçesinde "yukarıda sayılanlar dışında haklı sebepler" şeklinde yorumlanmıştır.

Bu alternatif şartların ortak özelliği, evlâtlığın acz içersinde bulunduğu bir dönemde, evlât edinenin ona emek harcamasıdır. Harcanan bu emeğin karşılığında, taraflar arasında bir duygusal bağ oluşmuştur. Bu durumu göz önünde tutan kanun koyucu, evlât edinmeye bu hallerde izin vermiştir.

²¹ Bir görüşe göre, cenin altsoy kavramına girmez. Ceninin beklenen bir hakkı vardır. Dolayısıyla, bu durumda ceninin müstakbel ana ve/veya babası, üçüncü bir kişiyi evlât edinebilir (TEKİNAY Selâhattin Sulhi: *Türk Aile Hukuku*, 7. Bası, İstanbul 1990, sh. 467).

4. Eşin Rızası

Evlî bir kişinin evlât edinilebilmesi eşinin rızasına bağlıdır. Bu şartın, küçüklerin evlât edinilmesinde aranmaması isabetlidir. Zira, evlenme kişiyi ergin kılar (MK m. 11/II). Bu durumda küçüklük vasfını kaybeden kişi ergin statüsüne girmektedir.

Eşin rızasını açıklaması herhangi bir şekil şartına tâbi değildir²². Yargıtay'a göre bu şart, kamu düzenine ilişkindir²³.

III- MAHKEME KARARI

A) EVLÂT EDİNME TALEBİ

Evlât edinen veya evlât edinen ile evlâtlık her ikisi birlikte evlât edinme talebinde bulunma yetkisine sahiptir. Bu dava uygulamada hasımlı (çekişmeli) davaymış gibi açılmakta ve evlâtlık fiil ehliyetine sahip ise kendisi, velâyet altında ise velisi, vesayet altında ise vasisi hasım olarak gösterilmektedir. Bu dava hasımsız bir davadır²⁴. "Davacı" değil, "talepte bulunan" sıfatının kullanılması kanımızca isabetli olur.

B) ARAŞTIRMA

Esaslı sayılan her türlü durum ve koşulların geniş bir şekilde araştırılması, evlât edinen ile evlâtlığın dinlenmesi ve gerektiğinde uzmanların görüşünün alınması evlât edinmeye karar vermek için gereklidir (MK m. 316/I)²⁵. Şahsa bağlı bir hak olan evlât edinmede hâkimin, evlât edinenin şahsî durumu hakkında tam bir kanaate sahip olması için evlât edinen ile evlâtlığı birlikte dinleyeceği madde gerekçesinde belirtilmiştir.

Evlât edinme kurumunun evlâtlığa sadece maddî çıkar sağlamakla kalmaması, onun ruhunu da zenginleştirmesi için hâkimin, çok geniş bir şekilde, re'sen araştırma yapması gerekmektedir²⁶.

Yapılan bu araştırmada özellikle açıklığa kavuşturulması gereken hususlar şunlardır;

²² OĞUZMAN/DURAL, 252.

²³ Y. 2. HD E. 2240 K. 2331 T. 13.04.1962 (ÖZTAN, 448).

²⁴ İhtilaf yokluğu kriterine göre evlât edinme kararı çekişmesiz (nizasız) yargı işidir (KURU Baki/ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder: *Medenî Usul Hukuku*, 14 Bası, Ankara 2002, sh. 68). Ayrıntılı bilgi için bkz. KURU Baki: *Nizasız Kaza*, Ankara 1961.

²⁵ Uygulamada hâkim, İlçe Emniyet Müdürlüğünden, evlât edinene ilişkin olarak "Sosyal ve Ekonomik Durumu" ile ilgili bir form düzenlenmesini talep etmektedir.

²⁶ HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona: *Aile Hukuku*, İstanbul 1993, sh. 323.

1. Evlât Edinen ile Evlâtlık Açısından

a) Kişiliği ve Sağlığı

Bireyin toplumsal yaşamı içinde edindiği alışkanlıkların ve davranışların tamamı²⁷ olarak tanımlayabileceğimiz kişiliğin araştırılması gerekmektedir. Toplum tarafından hoş karşılanmayacak, ahlâkî nitelik taşımayan alışkanlığı veya davranış biçimi olan kişilerin evlât edinmede taraf olması, kurumdan beklenen menfaati azaltır. Sapık eğilimleri olan bir kişinin evlât edinmesi veya edinilmesi gibi.

Tarafların sağlığı da dikkat edilmesi gerekli bir diğer husustur. Özellikle tehlikeli ve bulaşıcı nitelikteki hastalığı olan kişilerin bu ilişkiye taraf olması halinde, toplumsal fayda bir yana, zararlı sonuçlar meydana gelecektir.

b) Karşılıklı İlişkileri

Karşılıklı ilişkiler, tarafların paylaşmayı arzuladıkları yeni hayatlarında, bir arada huzurlu, güvenli ve mutlu olup olamayacakları konusunda kesin delil teşkil eder. Ayrıca, tarafların birbirleriyle olan ilişkileri, dürüstlük ilkesine uygun hareket edilip edilmediği noktasında çok önemli bir ışık tutacaktır. Boşanmış eşlerin birbirlerini evlât edinemeyecekleri hususunda, Yargıtay'ın yerinde bir kararı vardır²⁸.

²⁷ TÜRK DİL KURUMU, Türkçe Sözlük, 7. Bası, Ankara 1983, sh. 718.

²⁸ "... Kan bağı ve nesep ilişkisinin, kişilerin benliğinde meydana getirdiği yapı ve düşünce biçimi itibarıyla, birbirine karşı cinsel arzu doğmamaktadır. İşte aileyi ve evlât ebeveyn ilişkisini kutsallaştıran ve insanları, hayvanlardan ayırt eden özellik bundan kaynaklanmaktadır. Bazı kişilerde, (pek ender olmak üzere) bunun aksine meydana gelen sapık eğilim ve eylemler, toplumda nefret ve ihanetle karşılanmaktadır. Yasa koyucu, evlât edinen ile evlâtlık arasında, yukarıda ifade olunan duyguların, yani (ana-baba-evlât) sevgisinin oluşacağı esastan hareket etmiş ve bu sebeptendir ki, evlât edinen ile evlâtlığın evlenmelerini yasaklamış (M.Y. 92/3)...

Usul Yasalarında, boşanan eşler korunmuş, onlara söz gelmesi önlenmiş ve bu düşünceden hareketle bir kısım engel ve yasaklar konmuş iken Medenî Yasada açıkça belirtilmedi diye, yasanın esprisi ve az önce açıklanan hükümlerin tümünün incelenmesinden doğan tabii sonuç bir yana itilerek, boşanan eşler arasında evlâtlık ilişkisinin kurulmasını mümkün görmek ve özellikle bunların geçmişlerini tümüyle unutacaklarını, her türlü cinsel arzudan bir anda arınıp sıyrılacaklarını ve aralarında (...evlât - ebeveyn) sevgisinin doğup gelişeceğini kabul etmek, eşyanın tabiatına ve insanın yapısına ters düşer..." (İNAL Nihat: *Örnek Kararlarla Açıklamalı Uygulamada Türk Medenî Kanunu*, Ankara 1997, sh. 1672-1673).

c) Ekonomik Durumları

Evlâtlığın, şu anda bulunduğu durumdan daha refah bir yaşama kavuşturulması kurumun amaçlarından biridir. Yeterli maddî olanaklara sahip olmayan bir kişinin evlât edinmeye teşebbüs etmesi, korunmaya layık değildir. Bunun yanı sıra, evlâtlığın malî durumunun üst düzeyde olması, evlât edinenin manevî mi yoksa maddî amaç mı güttüğü konusunda ciddi şüpheler uyandırır. Ulvî nitelik taşıyan bu ilişkinin ticarileşmemesi esastır.

2. Evlât Edinen Açısından;

a) Eğitim Yeteneği

Bir kişinin eğitimi, ait olduğu toplumun huzuru açısından önemli bir unsurdur. Eğitimin temeli ailede atılmaktadır. Bu eğitimin yeterince sağlanamaması, gelecekte onarılması güç veya imkansız hasarlara neden olur. Bu nedenle, evlât edinenin eğitim yeteneği, eğitim metotları, bu alandaki başarısı, üzerinde durulması gereken bir konudur.

b) Evlât Edinmeye Yönelten Sebepler

Evlât edinmenin saiki önemlidir. Evlât edinenin bu işlemle neyi amaçladığının araştırılması gerekir. Evlât edinmenin en önemli sakıncalarından biri, mirasçılardan mal kaçırmak için elverişli bir yol olmasıdır. *Akıntürk*'ün de belirttiği gibi, 98 yaşındaki, altsoyu bulunmayan bir kişinin 80 yaşındaki bir yakınına evlât edinmesinde, kişinin evlât özlemini gidermek veya babalık zevkini tatmak gibi amaçları olamaz²⁹.

c) Aile İlişkileri ile Bakım İlişkilerindeki Gelişmeler (MK m. 316/II).

Aile ilişkilerindeki başarısızlığıyla tanınan bir kişinin evlât edinmesine izin verilmemesi kaçınılmaz bir sonuçtur. Bunun yanı sıra, kişinin bakım ilişkilerindeki tutumu da kurumu amacına ulaştırıp ulaştıramayacağı konusunda önemli bir ipucudur.

Evlât edinenin altsoyunun bulunması halinde, onların bu konuyla ilgili fikirleri de değerlendirilir (MK m. 316/III). Taraflar dışında, bu ilişkinin en çok etkileyeceği birisi veya bir bölümü hiç şüphesiz, evlât edinenin altsoyudur. Her ne kadar, aralarında kardeşlik hısımlığı doğmasa da bunların kardeş gibi yaşamaları kaçınılmazdır. Aynı evi paylaşma, aynı masada yemek yeme gibi nedenlerle altsoyun dinlenmesi ve onların düşüncelerinin de değerlendirilmesi yerinde bir düzenlemedir.

²⁹ AKINTÜRK Turgut: *Aile Hukuku*, 7. Bası, C. II, İstanbul 2002, sh. 371.

C) KARAR

Hâkim, öncelikle evlât edinme şartlarını inceler. Bu şartların somut olayda gerçekleştiğini tespit eden hâkim, gerekli araştırmayı yapar. Araştırma sonucunda, faydalı sonuçlara ulaşılacağı kanaatine varan hâkim, evlât edinmeye karar verir.

Diğer koşullar bundan etkilenmediği takdirde, hâkimin kararından önce ve başvurudan sonra, evlât edinenin ölümü veya ayırt etme gücünü kaybetmesi evlât edinmeye engel olmaz (MK m. 315/II). Bu düzenleme, evlâtlığın, evlât edinenin mirasçısı olması, soyadını taşıması gibi sonuçların ötesinde bir anlam ifade etmemektedir. Kanun koyucunun, evlât edinenin ölümü halinde *favor testamenti* ilkesini³⁰ uyguladığı kanaatindeyiz. Ayırtım gücünün kaybı halinde ise, kişinin bu ilişkinin kurulması yönündeki iradesini beyan ettiğini ve burada evlâtlığın menfaatlerinin gözetildiğini düşünüyoruz.

Koşulları daha önceden yerine getirilmek koşuluyla, başvurudan sonra ergin olan küçük için küçüklerin evlât edinilmesine ilişkin hükümler uygulanır (MK m. 315/III).

D) GÖREV VE YETKİ

743 S. MK döneminde, mahkemenin fonksiyonu evlât edinmeye izin vermekten ibaretti. İzin konusunda görevli³¹ mahkeme sulh hukuk mahkemesi idi (MK m. 256/I; HUMK m. 8/5). Mahkemenin fonksiyonu, yukarıda da ifade edildiği gibi değişti. Mahkeme artık kurucu nitelik taşıyan bir karar vermektedir.

Kanun, sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu hususunda herhangi bir kayıt içermemektedir (MK m. 305 – 320). Aksi yönde bir kayıt yok ise, şahısvarlığı haklarından olan evlât edinmede, genel görevli mahkeme olan asliye hukuk mahkemesi görevlidir³². Yargıtay da aynı görüştedir³³. Asliye hukuk mahkemesinin verdiği karar, bir hukuk kuralının yanlış uygulandığı gerekçesiyle³⁴ 15 gün içinde temyiz edilebilir (HUMK m. 432/I). Bunun yanı sıra, gerekli nedenler oluşmuşsa yargılamanın iadesi³⁵ yoluna da gidilebilir.

³⁰ Ölen kişinin son arzularının mümkün mertebe ayakta tutulmaya çalışılması ilkesi.

³¹ Belirli bir davaya o yerdeki (ilçedeki) hüküm mahkemelerinden hangisinin baka-
cağına görev denir (KURU/ARSLAN/YILMAZ, 130).

³² KURU/ARSLAN/YILMAZ, 131.

³³ Y. 2. HD, E. 4167, K. 4916, T. 8.4.2002 (YKD, C. 28, S. 9, Eylül 2002, sh. 1318-1319); Y. 20. HD, E. 4345, K. 5881, T. 13.6.2002 (YKD, C. 28, S. 11, Kasım 2002, sh. 1708-1709).

³⁴ KURU/ARSLAN/YILMAZ, 736.

³⁵ Bazı ağır yargılama noksanlarından ve hatalarından dolayı, maddî anlamda kesin hükmün bertaraf edilmesi ve daha önce kesin hükme bağlanan bir dava için yeniden yargılama ve inceleme yapılmasına ilişkin olağanüstü kanun yoluna yargı-

Yetkili mahkeme³⁶ MK tarafından açık bir hükme bağlanmıştır (m. 315/I). Buna göre; evlât edinenin oturma yeri, birlikte evlât edinmede eşlerden birinin oturma yeri³⁷ mahkemesi evlât edinme kararının verilmesinde yetkilidir. Burada, evlât edinen, bir başka ifade ile davacı veya talepte bulunan hareket noktası olarak alınmıştır.

IV- EVLÂT EDİNMENİN HÜKÜMLERİ

Evlât edinmenin hüküm ve sonuçları çeşitli açılardan incelenebilir. Bu hususta çok esaslı değişiklikler yapılmamıştır.

A) ANA BABAYA AİT HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLER

1. Genel Olarak

“Ana babaya ait hak ve vazifeler, evlât edinen kimseye geçer” (EMK m. 257/I - son cümle) hükmü aynen muhafaza edilmiştir. Zira, asıl ana baba, rıza gösterdikleri bu işlem sonucunda, çocukları üzerindeki hak ve yükümlülüklerini kaybederler. Yargıtay’a göre, şahsî ilişki kurma hakkı ne velâyet hakkının bir sonucu ne de baba olmanın bir sonucudur. Her şeyden önce çocuğun psikolojik gelişimi ve gelecekteki maddî menfaatleri gözetilerek bu hak geliştirilmiştir³⁸.

2. Velâyet

Küçük veya ergin olmakla birlikte, kısıtlanarak tekrar ana babanın velayeti altına konulan kişi üzerindeki velâyet hakkı, evlât edinme ile kendiliğinden evlât edinene geçer (EMK m. 257/I; MK m. 314/I).

Eşler tarafından birlikte evlât edinilen ve ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklerin nüfus kaydına ana ve baba adı olarak evlât edinen eşlerin adları yazılır (EMK m. 257/III; MK m. 314/IV).

Vesayet altında olan kişinin evlât edinilmesi hâlinde vesayet kendiliğinden ortadan kalkar ve kişi evlât edinenin velâyeti altına girer (MK m. 335/II).

lamanın iadesi denir (KURU/ARSLAN/YILMAZ, 817). 4793 S. Kanun’la, yargılamanın iadesine ilişkin 445. maddeye şu bent eklenmiştir: “Hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması.” (RG No: 25014, T. 4.2.2003).

³⁶ Bir davaya hangi yerdeki görevli hüküm mahkemesi tarafından bakılacağı meselesine yetki (salâhiyet) denir (KURU/ARSLAN/YILMAZ, 164).

³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. sh. 7.

³⁸ YİBK 18.11.1959 gün ve 12/29 s.;Y. 2. HD, E. 4151, K. 7800, T. 13.5.1991 (YKD, C. 18, S. 4, Nisan 1992 sh. 516).

Velâyet hakkına sahip olmanın hüküm ve sonuçları burada geçerlidir³⁹: Evliliğin devamı süresince ana ve baba velâyeti birlikte kullanır. Ortak hayata son verilmesi veya ayrılık halinde hâkim, velâyeti eşlerden birine verebilir (MK m. 336/I-II). Çocuğun eğitimi (MK m. 340), dini eğitimi (MK m. 341), temsil edilmesi (MK m. 342) hususlarında velâyete ilişkin hükümler uygulanır.

743 S. Kanun'un, evlât edinen ile evlâtlık arasındaki malî ilişkileri düzenleyen hükmü emredici nitelik taşııyordu (m. 257/II). Evlât edinenin evlâtlığın malları üzerindeki yönetim ve yararlanma haklarına ilişkin olarak farklı düzenlemelerin en geç evlât edinme işlemine kadar yapılabileceği kabul edilmiştir. Bu hüküm yürürlükten kalkmıştır. Bu nedenle, evlât edinenin evlâtlığın malları üzerindeki hakkı aynen ana babanın çocuk malları üzerindeki hakkı gibidir, aksi yönde düzenleme yapılamaz.

Evlât edinenin ölümü veya velâyet hakkının kendisinden alınması halinde velâyet hakkı, kendiliğinden asıl ana babaya geçmez. Velâyet hakkının gerçek ana babaya verilmesi hâkimin bu hususu gerekli görmesine bağlıdır. Hâkimin çocuğa vasi tayin etmesi de mümkündür⁴⁰.

3. Bakım ve Eğitim Giderlerinin Karşılanması

Soybağının hükümleri arasında yer alan, bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülüğü evlât edinene geçer (MK m. 327/I).

Evlât edinen veya edinenler, yoksul oldukları veya çocuğun özel durumu olağanüstü harcamalar yapılmasını gerektirdiği takdirde ya da olağan dışı herhangi bir sebebin varlığı hâlinde, hâkimin izniyle çocuğun mallarından onun bakım ve eğitimine yetecek belli bir miktar sarfedebilirler (MK m. 327/II).

Evlât edinenin bakım yükümlülüğü çocuğun ergin olmasına kadar devam eder. Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler (MK m. 328).

Çocuğun gerçek ana babasının bakma yükümlülüğünün talî olarak devam edeceği, gerektiğinde bu yükümlülüğü yerine getirmek için zorlanabile-

³⁹ "MK m. 260 uyarınca, ana, baba ve çocuk arasında, birbirlerine karşı aile yararlarını gerektiren yardımda bulunmak ve çocukların ana babayı sayma yükümlülüğü vardır. MK m. 258 yollamasıyla aynı yasanın 457/II maddeleri gereği evlâtlığın, evlât edinene veya ailesine karşı yasaca yükümlü olduğu görevlerini yerine getirmede ağır kusurunun bulunması, evlâtlık ilişkisinin bozulmasını gerektirir." (Y. 2. HD, E. 1756, K. 3330, T. 6.4.1993 (YKD, C. 20 S. 2 Şubat 1994, sh. 195)).

⁴⁰ YİBK 17/24 S. 10.11.1954 T. (OĞUZMAN/DURAL, 259).

cekleri doktrinde ileri sürülmüştür⁴¹. Karşı görüşe göre, gerçek ana babanın bakma yükümlülüğü, bunun kanundan dolayı evlât edinene geçmesi ile sona erer⁴². Kanunun lafzî yorumu da bu ikinci görüşü desteklemektedir (MK m. 314/I).

4. Yardım Nafakası

Ergin olan evlât edinilen, yardım edilmediği takdirde yoksulluğa düşecek olduğunu ispatlarsa evlât edinenden yardım nafakası talep edebilir (MK m. 364/I). Yardım nafakası karşılıklı olduğu için evlât edinenin de, şartlar gerçekleştiği takdirde ergin olan evlâtlıktan nafaka talep edebileceği şeklinde bir görüş ileri sürülmüştür⁴³. Bu nafaka, mirasçılık hakları dikkate alınarak düzenlendiği (MK m. 365/I) için bu görüşe katılmıyoruz. Tek yönlü yani evlât edinenden evlâtlığa miras geçişi mümkün, evlâtlıktan evlât edine-ne miras geçmesi mümkün değildir. Bu nedenle, evlâtlığın evlât edinene karşı nafaka yükümlülüğü söz konusu olamaz. Evlâtlığın kendi ana babasına nafaka yükümlülüğü devam eder. Ancak, evlât edinenin hakkı birincildir.

Evlât edinenin nafaka yükümlülüğünün sadece evlâtlığı mı, yoksa onun altsoyunu da mı kapsadığı konusunda farklı iki görüş vardır. Mirasçı olma hakkını hareket noktası olarak aldığımız için, evlât edinenin nafaka yükümlülüğü, evlâtlığın altsoyunu da kapsar.

B) MİRASÇILIK

Evlâtlık, evlât edinenin mirasçısı olur (MK m. 314/II). Yargıtay, evlâtlık ve altsoyunun yalnızca evlât edinen kimseye mirasçı olabileceğini hükme bağlamıştır. Yargıtay, kök içersinde halefiyetin burada söz konusu olamayacağı görüşündedir⁴⁴. Evlât edinme, tek yönlü bir miras hakkı doğurur. Bir başka ifade ile, evlâtlık ve altsoyu evlât edinene kan hısmı gibi mirasçı olurken, evlât edinen ve hısımlarının evlâtlığa mirasçı olması mümkün değildir (MK m. 500)⁴⁵. Evlâtlığın, evlât edineni mirasçı atamasına hukuken herhangi bir engel yoktur.

743 S. Medeni Kanun'a göre evlâtlığın mirasçılık hakkı, düzenlenecek bir resmî senetle, sınırlandırılabilir veya tamamen kaldırılabilir (m. 257/II). Bu resmî senedin, en geç evlât edinme akdine kadar yapılması gerekir. Bu hususta, yeni hüküm herhangi bir kayıt içermemektedir. Bu nedenle, böyle bir resmî senet düzenleme olanağı yoktur. Ancak, tarafların karşılıksız veya

⁴¹ FEYZİOĞLU, 327; TEKİNAY, 480.

⁴² ZEVLİLİLER Aydın/ACABEY Beşir/GÖKYAYLA K. Emre: *Medeni Hukuk*, 6. Bası, Ankara 2000, 981; ÖZTAN, 457.

⁴³ ÖZTAN, 458.

⁴⁴ Y. 2. HD, E. 8554, K. 9008, T. 5.10.1992 (YKD, S. 11 C. 18 Kasım 1992 sh. 1686); Y. 2. HD, E. 7853, K. 8458, T. 24.9.1992 (YKD, S. 4, C. 19, Nisan 1993 sh. 512).

⁴⁵ Konuya ilişkin herhangi bir değişiklik olmamıştır (EMK m. 257/I - 447).

bir karşılık sağlamak suretiyle mirastan feragat sözleşmesi yapma hakları saklıdır (MK m. 528).

Kişinin evlât edinilmesi, kendi ailesindeki mirasçılığını etkilemez. Evlâtlığın kendi ailesindeki mirasçılığı devam eder (MK m. 500/I- ikinci cümle). 743 S. Medeni Kanun'da "Evlât Edinme" başlığı altında düzenlenen bu hüküm (m. 257/I) aynen muhafaza edilmiş ancak 4721 S. Medeni Kanun'da "Yasal Mirasçılar" başlığı altında düzenlenmiştir (m. 500/I).

C) SOYADI

743 S. Medeni Kanun'a göre, evlât edinme işlemi ile otomatik olarak, evlâtlık evlât edinenin soyadını alıyordu (m. 257/I). 4721 S. Medeni Kanun'a göre ise, evlâtlığın evlât edinenin soyadını alması, küçük olmasına bağlıdır (m. 314/III- ilk cümle). Ergin olan evlâtlığın evlât edinenin soyadını alması kendi isteğine bağlıdır (m. 314/III). Yani burada ergin olan evlâtlığa bir seçme hakkı tanınmıştır. Evlât edinenin soyadını evlât edinme ile alan küçüğün böylelikle, hangi aileye mensup olduğu belli olur. Ayrıca, ait olduğu ailenin iyi şöhretinden de küçük, faydalanma imkânı bulur.

743 S. Medeni Kanun'a 2846 S. Medeni Kanun'la 16.06.1983 tarihinde eklenen fıkra uyarınca; evlâtlığın, ergin olduktan sonra asıl ana babasının ismini kullanma hakkı saklıdır. 4721 S. Medeni Kanun'da bu konuda herhangi bir hüküm yoktur. Ancak, evlât edinilme sırasında, ergin olan evlâtlığın isterse evlât edinenin soyadını alabileceği şeklindeki hükmün (m. 314/III) buraya kıyas yoluyla uygulanması kanımızca mümkündür. Ayrıca evlâtlığın, adın değiştirilmesine ilişkin genel hükme müracaat etmesi de mümkündür (MK m. 27).

Bir çocuğu evlât edinenin, çocuğa yeni bir ad vermesi mümkündür (MK m. 314/III). Bu yeni bir hükümdür ve çok isabetlidir. Zira, bir yaşamı paylaşacağı, kendi çocuğu gibi benimseyeceği, kader birliği yapacağı bir kişinin adını koyması evlât edinenin en doğal hakkıdır. Ayrıca, yukarıda zikredilen "ana, babaya ait hak ve vazifeler evlât edinene geçer" hükmü ile bu hüküm paralellik arz etmektedir. Ad verme hakkı evlât edinene geçmiştir.

Bir kadının bir küçüğü evlât edinmesi halinde, evlât edinenin sonradan evlenmesi veya boşanması nedeniyle soyadının değişmesi evlâtlığın soyadını etkilemez. Evlâtlık, kadının evlenmeden önceki soyadını taşımaya devam eder⁴⁶.

⁴⁶ TEKİNAY, 463; OĞUZMAN/DURAL, 261.

D) VATANDAŞLIK

Evlât edinme, evlâtlığın vatandaşlığını etkilemez. Bu durumun istisnası, küçük olan evlâtlığın vatansız olması halinde veya ana babanın nerede olduğu bilinmez ise, evlât edinenin Türk olmasından dolayı evlâtlığın da Türk olmasıdır (TVK m. 3).

E) YERLEŞİM YERİ

Yukarıda da ifade edildiği gibi ana babaya ait hak ve yükümlülükler ve bu kapsamda velâyet hakkı evlât edinene geçer (MK m. 314/I). Velâyet altında bulunan evlâtlığın yerleşim yeri evlât edinenin yerleşim yeridir (MK m. 21/I)⁴⁷.

F) HİSİMLİK

1. Genel Olarak

Hısımlık başlığını taşıyan “İkinci Kısımın, Soybağının Hükümlerine İlişkin Birinci Bölümünün Dördüncü Ayrımında Düzenlenen Evlât Edinme”, evlât edinen ile evlâtlık arasında bir hısımlık ilişkisi doğurur. Ancak bu ilişki yalnızca, evlât edinen ile evlâtlık arasındaki bir bağı ifade eder. Bu bağlamda, evlâtlık ile evlât edinenin diğer evlâtlıkları veya altsoyu arasında kardeşlik olmaz⁴⁸. Ayrıca, evlâtlığın kendi hısımları ile evlât edinen arasında bir hısımlık ilişkisi doğmaz. Evlâtlık ile evlât edinenin hısımları arasında da hısımlık ilişkisinin doğması bu anlamda mümkün değildir.

Evlâtlığın, miras ve başka haklarının zedelenmemesi, aile bağlarının devam etmesi için evlâtlığın naklen geldiği aile kütüğü ile evlât edinenin aile kütüğü arasında her türlü bağ kurulur. Ayrıca, evlâtlıkla ilgili kesinleşmiş mahkeme kararı her iki nüfus kütüğüne işlenir (MK m. 314/V)⁴⁹. Zira, evlâtlık ile kendi hısımları arasındaki hısımlık bağı, evlât edinme etkilemez. Bu hısımlık devam eder. Madde gerekçesi de, bu hükmün aile bağlarının kaybolmaması için alınması gerekli önlemlere hizmet ettiğini vurgulamaktadır.

Mahkeme kararı olmadıkça veya evlâtlık istemedikçe, evlât edinme ile ilgili kayıt, belge ve bilgilerin açıklanması mümkün değildir (MK m. 314/IV). Emredici nitelikteki bu hüküm önceki hükümle aynıdır (EMK m. 257/VI). Bu hükmün amacı, tesis edilmiş ve belli bir istikrara kavuşmuş olan kurumun zarar görmemesidir. Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, gizlilik esastır. Gerçeklerin ortaya çıkması, büyük çabalar sonucu oluşturulan güven ve huzur ortamının bozulmasına ve hatta yok olmasına neden olabilir.

⁴⁷ Yasal yerleşim yeri.

⁴⁸ OĞUZMAN/DURAL, 256.

⁴⁹ Bu hüküm aynen muhafaza edilmiştir (EMK m. 257/IV).

2. Evlenme Yasağı

743 S. Medeni Kanun'a göre, evlâtlık ile evlât edinen ve bunlardan biriyle diğerinin koca veya karısı arasında evlenme yasak idi (m. 93/3). Ancak, bu yasak mutlak nitelik taşıymıyordu. Taraflar arasında her nasılsa bir evlenme meydana gelmişse, evlât edinme ilişkisi son buluyor, evlenmenin sıhhati bundan etkilenmiyordu (EMK m. 121). Bunun yanı sıra, tarafların altsoyları arasında evlenme engeli yok idi. 4721 S. Medeni Kanun, evlât edinen ile evlâtlığın evlenmesini mutlak olarak yasakladığı gibi (EMK m. 121 mülga'dır), tarafların altsoylarını da evlenme engeli kapsamına dahil etmiştir (MK m. 129/3). Ayrıca, taraflardan biri ile diğerinin eşi arasındaki evlenme engeli de muhafaza edilmiştir (MK m. 129/3).

IV- EVLÂTLIK İLİŞKİSİNİN KALDIRILMASI

A) GENEL OLARAK

743 S. MK döneminde evlât edinme sözleşmesi, bu sözleşmeye ilişkin kurallara uymak koşuluyla, tarafların anlaşmasıyla her zaman sona erdirilirdi. Bunun yanı sıra evlât edinmenin hâkim kararı ile sona ermesi de mümkün idi. Hâkim hükmü ile sona ermesi halleri; Mirastan yoksunluk sebeplerinden birinin mevcudiyeti halinde (MK m. 578)⁵⁰ evlât edinenin mahkemeye müracaat etmesi ile veya haklı sebeplerin⁵¹ varlığı halinde evlâtlığın talebi ile idi (EMK m. 258/I).

Evlât edinen ile evlâtlığın birbiriyle evlenmesi veya evlât edinen ile evlâtlık arasında soybağının düzeltilmesi halinde, evlâtlık ilişkisi kendiliğinden son buluyordu. Evlât edinmenin ortadan kalkması, bu ilişkinin geleceğe dair bütün sonuçlarını ortadan kaldırır ve kesindir (EMK m. 258/II).

4721 S. Medeni Kanuna göre, hâkim hükmü ile kurulan evlâtlık ilişkisinin kaldırılması gene hâkim hükmü ile mümkündür. Kanunda belirtilen nedenlere dayanarak açılan davada hâkimin verdiği hüküm geleceğe etkili sonuçlar doğurur. Bu hüküm, geçmişe etkili sonuçlar doğurmadığı için, evlât edinenin, evlâtlığa yapmış olduğu masrafları talep etmesi mümkün değildir⁵².

B) SEBEPLERİ

Evlâtlık ilişkisinin kaldırılmasını gerektiren sebepleri, MK "Rızanın Bulunmaması" ve "Diğer Noksanlıklar" olmak üzere iki başlık altında düzenlemiştir.

⁵⁰ Buradaki yoksunluk ifadesinden, kaynak kanunda yer alan mirasçılıktan çıkarma sebeplerinin anlaşılması gerektiği doktrinde ileri sürülmüştür (ÖZTAN, 465).

⁵¹ Evlât edinenin kötü yaşam tarzı, pek fena muameleleri, aile vazifelerini ihmal etmesi gibi nedenler (bu husus hâkimin takdir hakkı kapsamındadır (MK m. 4)).

⁵² AKINTÜRK, 381.

1. Rızanın Bulunmaması

Burada kastedilen rıza, evlât edinmeye ilişkin şartlarda düzenlenen, rızası alınması gereken kişilerin rızalarıdır. Şimdi kısaca bu durumları inceleyeceğiz; Evlâtlığa ilişkin şartlarda da belirtildiği gibi evlât edinilecek küçük, ergin veya kısıtlı⁵³ ayırt etme gücüne sahip ise bu işleme rıza göstermesi gerekir⁵⁴. Ayrıca, küçük üzerindeki hak ve yükümlülüklerini sona erdiren bu işleme küçüğün ana babasının da rızası şarttır. Evli olan ergin ve kısıtlıların evlât edinilmesinde, eşin rızası açık bir düzenlemeyle şarta bağlanmıştır.

2. Diğer Noksanlıklar

Rıza dışında, evlât edinmenin şartlarına ilişkin bir noksanlık olması halleri Kanun Koyucu tarafından diğer noksanlıklar olarak nitelendirilmiş ve bunlar da evlâtlık ilişkisinin kaldırılma hali olarak hükme bağlanmıştır (MK m. 318). Taraflar arasındaki yaş farkı, evlât edinenin küçüğe bir yıl süre ile bakması ve eğitmesi, evlât edinenin yaşı gibi diğer tüm şartlara ilişkin eksikler bu kapsamda değerlendirilir. Örneğin, altsoyu bulunan bir kişinin, bir ergin veya kısıtlıyı evlât edinmesi hali.

C) DAVACILAR

1. Rızanın Bulunmaması Halinde

Yukarıda sayılan kişilerin rızalarının, yasal sebep olmaksızın alınmaması hâlinde, bu kişiler, evlâtlık ilişkisinin kaldırılması için dava açma hakkına sahip olurlar (MK m. 317).

2. Diğer Noksanlıklar Halinde

Evlât edinmede esasa dair rıza dışındaki noksanlıklarda, Cumhuriyet Savcısı veya her ilgili evlâtlık ilişkisinin kaldırılması için dava açma hakkına sahiptir (MK m. 318/I).

D) DAVA AÇILAMAYACAK HALLER

1. Rızanın Bulunmaması Halinde

Evlâtlık ilişkisinin kaldırılması, küçüğün menfaatini ağır biçimde zedeleyecek ise bu davanın açılması mümkün değildir (MK m. 317). Örneğin, evlât edinme gerçekleşmiş, taraflar birbirlerine alışmış, evlâtlık olan küçük yeni hayatında mutlu ve huzurlu ise, sırf ana babanın rızası yok diye işlemin iptal edilmesi hakkaniyete uygun bir tutum değildir. Bu anlamda hâkim, küçüğün menfaatleri ile evlâtlık ilişkisinin kaldırılması arasındaki dengeyi takdir hakkı uyarınca serbestçe değerlendirir (MK m. 4).

⁵³ MK, erginlerin ve kısıtlıların evlât edinilmesine ilişkin özel şartlara düzenledikten sonra, diğer şartlara ilişkin olarak küçüklerin evlât edinilmesine ilişkin şartlara atıfta bulunmuştur (m. 313/III).

⁵⁴ Bkz. sh. 5.

2. Diğer Noksanlıklar Halinde

Rıza dışındaki diğer eksiklikler nedeniyle dava açılacak hallerde aşağıdaki iki durumda dava açma hakkı düşer:

a) Noksanlıkların Ortadan Kalkması

Mevcut eksiklik, dava açılmadan önce tamamlanırsa artık dava açılmaz. Örneğin, tek başına evlât edinecek kişinin 30 yaşını doldurması gerekmektedir. Henüz 29 yaşındayken evlât edinen bir kişi 30 yaşını doldurduktan sonra, bu evlâtlık ilişkisinin kaldırılmasının talep edilmesi mümkün değildir.

b) Usule İlişkin Bir Noksanlık Olması ve İlişkinin Kaldırılmasının Evlâtlığın Menfaatini Ağır Bir Şekilde Zedelemesi

Evlâtlığın menfaatini ağır bir şekilde ihlal edecek olan, sadece usule dair eksikliklerin mevcudiyeti evlâtlık ilişkisinin kaldırılması davasının açılmasını engeller. Örneğin, evlât edinenin oturma yeri veya birlikte evlât edinmede eşlerden birinin oturma yeri mahkemesi, evlât edinme kararını vermede yetkilidir. Evlât edinme kararı, bu yetkili mahkemelerin dışında bir mahkeme tarafından verilmişse bu durum usule ilişkin bir noksanlık olarak nitelendirilir. Aynı durumda, biraz önce de ifade ettiğimiz gibi, evlât edinme dolayısıyla rahata ve huzura kavuşmuş olan evlâtlık, bu ilişkinin kaldırılmasından olumsuz yönde ağır bir şekilde etkilenir. İşte, böylesi durumlarda, ilişkinin kaldırılması davasının açılması mümkün değildir.

E) HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE

Medeni Kanun'un açık hükmü karşısında, bu süre zamanaşımı değil, hak düşürücü bir süredir. Evlâtlık ilişkisinin kaldırılması sebebinin öğrenilmesinden itibaren bir yıl (sübjektif süre) ve her hâlde evlât edinme işleminin üzerinden beş yıl (objektif süre) geçmesi ile dava açma hakkı düşer.

V- EVLÂTLIK İŞLEMLERİNDE ARACILIK

Bakanlar Kurulunun yetki verdiği kurum ve kuruluşlar, küçüklerin evlât edinilmesine ilişkin aracılık faaliyetlerini yapabilirler (MK m. 320/I). Aracılık faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin hususların tüzükle düzenleneceği de hükme bağlanmıştır (MK m. 320/II). Özel kişilerin veya Bakanlar Kurulunca yetki verilmemiş olan kurum ve kuruluşların aracılık faaliyetleri yapmaları bu hükümle yasaklanmıştır.

743 S. MK'da bulunmayan bu düzenleme, küçüklerin evlât edinilmesinde karşılaşılan güçlükleri gidermeyi veya en azından azaltmayı amaçlamaktadır⁵⁵.

SONUÇ

Bu çalışmamızda, yürürlükten kalkan MK hükümleri ile karşılaştırmalı olarak 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren MK'nın "Evlât Edinme" ile ilgili hükümlerini inceledik. MK değişiklikleri içinde en kapsamlı değişikliklerden birisi evlât edinmede gerçekleşti. Bu değişikliklerin sonuçları, maddî hukuka ve usûl hukukuna ilişkin olarak değerlendirilmiştir.

Maddî hukuka ilişkin olarak yapılan değişiklikler: Yeni düzenleme ile getirilen, evlât edinenin yaşının düşürülmesi yerinde bir değişiklik olmuştur. Zira, evlât sevgisi daha küçük yaşlarda ihtiyaç duyulan bir olgudur. Evlât edinme kurumunun akdî bir ilişkiden çıkarak, mahkeme kararı haline dönüştürülmesinin isabetli bir tercih olduğunu düşünüyoruz. Şöyle ki, hısımlık gibi çok önemli bir bağın kurucu kaynaklarından biri olan evlât edinme, tarafların iradesine bağlanamaz. Hâkimin, kuruma dair şartları, tarafların özelliklerini değerlendirmesi ve buna göre karar vermesi, kurumu çok daha güvenilir hale getirir. Zaten, kişilik hallerine ilişkin değişiklikler (örneğin, ergin kılınma, yaş değişikliği, isim değişikliği, gaiplik gibi) de ilke olarak, ancak mahkeme kararı ile kurulur.

Yeni MK ile getirilen yeni bir düzenleme olarak, altsoyu bulunan kişilerin de evlât edinmesine izin verilmesi yerinde bir değişiklik olmuştur. Çünkü, ekonomik durumu çok iyi olmasına rağmen, altsoyunun olması nedeniyle evlât edinemeyen kişiler için, artık herhangi bir hukukî engel kalmamıştır. Ancak, altsoyu olmasına rağmen evlât edinebilmek, sadece küçüklerin evlât edinilmesinde mümkündür. Bir başka ifade ile, bir küçüğü evlât edinecek kişinin altsoyu bulunabilir. Erginlerin ve kısıtlıların evlât edinilmesinde, altsoyun bulunmaması şartı devam etmektedir. Kanun koyucunun, konuya ilişkin gerekçesinin, küçüklerin evlât edinilmesini biraz daha kolaylaştırmak olduğu düşünülebilir. Zira, yapılan değişiklikle, aile kurumunun kişiye tanıyacağı sosyal ve ekonomik faydalardan yararlanmaya özellikle ihtiyacı olan küçüklere bu yönde hukukî bir kolaylık sağlanması, evlât edinmenin amacı ve aslî işlevine uygun bir çözüm tarzı olmuştur. Bu hususta, kanun koyucunun gerekçesine katılıyoruz; ancak, ergin ve kısıtlı olmakla birlikte yardıma muhtaç durumda olanların da gözönünde bulundurulması gerektiği kanaatindeyiz.

Usûl hukuku ile ilgili değişiklikler: Önceki MK döneminde, evlât edinmeye izni sulh hukuk mahkemesi veriyordu. Yukarıda da ifade edildiği

⁵⁵ AKINTÜRK, 381.

gibi, artık mahkemenin fonksiyonu, evlât edinmeye izin vermek değil, evlât edinme kararını vermektir. Bu noktada, görevli mahkemenin sulh hukuk mahkemesi mi, asliye hukuk mahkemesi mi olduğu önem kazanmaktadır. Yargıtay, konuya ilişkin olarak verdiği iki kararda, görevin, asliye hukuk mahkemesine ait olduğunu belirtmiştir. Kişilik hallerine ilişkin kararları vermede, genel yetkili mahkemenin, asliye hukuk mahkemesi olması nedeniyle, Yargıtay'ın bu çözümüne katılıyoruz. Bunun yanı sıra, evlât edinme davası, hasımsız bir dava olmasına rağmen, hasımlı dava gibi açılmaktadır. Davada, herhangi bir ihtilâf yoktur; ancak, davalı olarak, evlâtlık veya evlâtlığın yasal temsilcisi, davalı sıfatıyla davada yer almaktadır. Davada, bir talep söz konusudur ve davacı değil, talepte bulunan ifadesinin kullanılması isabetli olur.

MEDENİ USUL HUKUKUNDA ŞEKİLCİLİK

Formalism in civil procedural law

İbrahim ERMENEK*

ÖZET

Hukuk bilimi incelenirken sık başvuru alan ayrımardan birisi de maddi hukuk şekli hukuk ayrımıdır. Bu ayrımın medeni usul hukuku şekli hukuka ait bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak şekle ilişkin düzenlemeler farklı gerekçelerle hem maddi hukuk alanında hem de medeni usul hukuku alanında mevcuttur. Medeni usul hukukunun, maddi hukuktan kaynaklanan hakların tanınması ve korunmasına hizmet ettiği düşünüldüğünde, her iki hukuk dalı arasındaki şekil kurallarını öngörmedeki amaç da doğal olarak farklı olmaktadır. Maddi hukuktan farklı olarak şekil ve şekilcilik medeni usul hukukunun özünde vardır. Ancak bu şekil kuralları ve buna bağlı olarak şekilciliğin, maddi hukuktan kaynaklanan haklara ulaşmayı zorlaştırmaması veya imkansız hale getirmemesi gerekir. Biz çalışmamızda, medeni usul hukukunda şekil kurallarını inceleyip, nereye kadar şekilcilik sorusuna cevap bulmaya çalıştık. Bu cevabı bulduğumuz ölçüde de, çalışmanın amacı kendiliğinden ortaya çıktı. Konu, bu alanda bu güne kadar Türk hukukunda bir çalışmanın yapılmamış olması bakımından yeni; medeni usul hukuku kurallarının, kişilere hak bahşeden kurallar olmadığı ve maddi hukukun tanıdığı olduğu haklara ulaşmada, maddi hukuk kurallarının usul hukuku kuralları tarafından boğulmaması gerektiği gerçeği göz önüne alındığında ise, önemli bir konudur.

Aranacak kelimeler: Medeni usul hukukunda şekilcilik, medeni usul hukukunda biçimsellik, medeni usul hukukunda formalizm, şekilcilik, biçimsellik, formalizm.

SUMMARY

In the science of law studies, one of the most frequently used distinctions, is the substantial law – procedural law distinction. Civil procedure appears as a part of procedural law in this distinction. But rules concerning procedure exist in the areas of both substantial law and procedural law for different reasons. Goals for governing procedural rules by these two areas are different since procedural law is designed to hold and protect the rights originating from substantial law. Formality and formalism exists in the texture of pro-

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk (Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku) Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

cedural law as a difference from substantial law. Reaching to the rights brought by substantial law shouldn't be hard to reach or impossible because of these procedural rules and the formalism linked to these rules. In this study, we examined the procedural rules in the civil procedure and tried to find an answer to the question: "Formalism to what extent?" Aim of the study spontaneously appeared as far as we reached to the answer. The subject is brand new since it never has been studied previously by Turkish law doctrine; and important, before the fact that rules of civil procedure don't grant rights to persons and rules of substantial law shouldn't be blocked by civil procedural rules on the way for reaching to rights.

Keywords: Formalism in civil procedural law, formalism

MEDENİ USUL HUKUKUNDA ŞEKİLCİLİK

GİRİŞ

Şekil kavramı günlük dilde çok çeşitli anlamalara gelecek biçimde kullanılmaktadır. Bu anlamda şeklin, bir nesnenin dış çizgiler bakımından niteliği, dışardan görünüşü; davranış biçimi; tutulan yol, tarz, bir düşüncenin veya davranışın oluş biçimi, durum, hâl ve toplumsal bir bütünün kuruluş biçimi gibi anlamları vardır¹. Hukuk dilinde ise şekil, genel olarak bir hukuki işlemin veya belirli bir iradenin dış görünüşüdür². Her işlemin bir şekli vardır. Bu nedenle verilen bu tanım hukuki olarak şekli ifade etmekten uzaktır. Hukuki olarak şekil, irade beyanını dış dünyaya aktarmaya yarayan vasıtalar³.

Şekilcilik (formalizm) ise kelime olarak, biçimcilik, biçimi özden üstün tutan anlayış manasına gelmektedir⁴. Hukuki anlamda formalizm, akit ve tasarrufların kanun tarafından tayin olunan şekillerle yapılması, hakların tayin olunan zamanda kullanılması ve neticelerinin kategorik kaidelerle tayini sistemidir⁵.

Hem şeklin hem de şekilciliğin tarihi kökenleri incelendiğinde, her ikisinin de temelinde, inanç, güven duyma zorunluluğu ve güven verilmesi gibi

¹ *Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük*, C.II., Ankara 1998, s. 2083.

² **YILMAZ Ejder**: *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 1996, s. 758 (Yılmaz, - Sözlük).

³ **ALTAŞ Hüseyin**: *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, Ankara 1998, s. 61; **DELİDUMAN Seyithan**: *Medeni Usul Hukukunda Senet ve Senetle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki*, [www:Hukukcu.Com](http://www.Hukukcu.Com), 06.04.2002.

⁴ **YILMAZ**, -Sözlük, s. 270.

⁵ **BELGESAY Mustafa Reşit**: *Formalizm ve Ticari Defterlerin İspat Kuvveti*, (İBD., 1957/3, s. 61-68), s. 61.

duyguların yattığı görülür. İnsanların zamanla daha kalabalık toplumlar halinde yaşamak zorunda kalmaları, yanılma ve unutma gerçeği; onları, irade beyanlarını açıklarken, klasik sözlü şeklin dışına çıkararak, değişmez ve kalıcı nitelikte belgeler kullanma zorunluluğuna itmiştir. Değişmez ve kalıcı nitelikte belgelerle irade beyanını açıklama zorunluluğu ise beraberinde şekil ve şekilciliği getirmiştir. İşaret edilen bu husus, insanların güven ve inancı, o güne kadar bildik yöntemlerin dışında, başka yöntemlerle sağlama yoluna gittiği anlamına gelmektedir. Bu gün hâla toplum arasında sözün senet olması, şeklin geçirdiği evreleri anlatabilmek açısından örnek olarak verilebilir⁶.

Şekil ve şekilciliğe ilişkin düzenlemeler, hukukun tüm alanlarında az veya çok, kamu düzeni, toplum yararı, hukukî işlem güvenliği, ispat gereği, işlemlerin belirli bir düzen içerisinde yapılması, bazı hallerde işlemlerin daha kısa zamanda yapılması ve basitleştirilmesi gibi maddî nedenler ile kutsal olduğu düşünülen bazı değerlere ilişkin olarak ihdas edilmiştir. Bazı alanlarda ise, o tür işlemlerin ancak o şekilde yapılabileceğini düzenleyen veya belirli durumların varlığı halinde o şekilde hareket edilmesi gerektiğine inanılan kuralları vardır. Mesela, mahkeme huzurunda yemin edilirken veya hüküm verilirken salonda bulunanların ayağa kalkmak zorunda olmaları gibi.

Çalışmamızda, medeni usul hukuku dışında kalan bazı hukuk dallarında şekil ve şekilciliğe ilişkin düzenlemelere değindikten sonra; medenî usul hukukunda geçerli olan şekil kuralları ve şekilcilik üzerinde durarak, bu kurallara aykırı hareket etmenin sonuçları ve bu aykırılığın düzeltilebilirliğini inceleyeceğiz. Daha sonra bu incelemede vardığımız sonuçların ortaya konulduğu sonuç bölümü ile çalışmamızı tamamlayacağız.

Ş1. HUKUKTA ŞEKLİN VE ŞEKİLCİLİĞİN TANIMI, YARARLARI VE SAKINCALARI

A- Hukukta Şeklin ve Şekilciliğin Tanımı

Şeklin dar ve geniş anlamda olmak üzere iki türlü tanımını yapmak mümkündür. Geniş anlamda şekil, irade beyanı dış dünyaya yansıtılırken başvuru vasıtaları ifade eder. Bu anlamı ile bütün irade beyanları ve yapılan işlemler bir şekle tabidir ve şekilsiz olarak bir işlem yapmak veya bir irade beyanını dış dünyaya yansıtmak mümkün değildir⁷.

Dar anlamda şekil ise, tarafların amaçladıkları hukukî işlemlerin kurulması, geçerli olması veya isbatı için, iradelerinin bu işlem için kanunda öngörülen veya kendilerince kararlaştırılan şekle uyularak açıklanmasıdır. Dar an-

⁶ BERKİ Necmeddin: *İspat Hukukunda Senet Delili ve Yazılı Şekil* (İÜHF., 1946/4 C.XII., s. 1175-1192), s. 1175.

⁷ ALTAŞ, 60.

lamda şekil özel hukuk alanında geçerli olan, şekil zorunluluğunu ifade eder⁸. İşaret edilen bu yönü ile dar anlamda yapılan şekil tanımı, maddî hukuka ilişkin olarak yapılan, geçerlilik şartı olan şekil- ispat şartı olan şekil ve yazılı şekil – sözlü şekil biçimindeki ayrımları karşılamaktan öteye gidemez. Bu nedenle, dar anlamda şekle ilişkin olarak verilen tanımın medenî usul hukuku bakımından da geçerli bir şekil tanımı olduğu söylenemez. Çünkü, medenî usul hukuku özü itibarı ile şekilci bir huktur. Şekil medenî usul hukukunun özünde vardır. Bu nedenle “usul” kavramı çoğu kere şekil yerine de kullanılmaktadır⁹. İşaret ettiğimiz nedenlerden dolayı medeni usul hukuku bakımından ayrı bir şekil tanımı yapmak bir zorunluluktur. Buna göre medeni usul hukuku bakımından şekli “görülmekte olan (veya ileride açılacak bir davaya ilişkin olarak) bir dava sırasında, tarafların ve mahkemenin yapacağı usul işlemlerinde uyması gereken yöntemleri belirleyen veya yargılama sırasında belirli bir durumda uyulması gereken kurallar bütünüdür” biçiminde tanımlamak mümkündür.

İster maddî hukuk bakımından yapılan dar anlamda şekil tanımı kabul edilsin, ister medenî usul hukuku bakımından yapılan tanım kabul edilsin bu kurallara uymamanın her zaman bir yaptırımı vardır. Bu yaptırım maddî hukuk bakımından işlemin geçersizliği, usul hukuku bakımından, işlemin iptal edilmesi, vakıanın ispatsız kalması, disiplin cezası ve benzeri şekilde karşımıza çıkar.

Şekilcilik ise, şekilden farklı olarak, o şekil kurallarına sıkı sıkıya bağlı olmayı veya kanun koyucunun, maddî hukukun kişilere tanıdığı hakka ulaşmayı zorlaştıracak veya engelleyecek nitelikte kurallar koyması ya da uygulayıcının o alanda geçerli olan şekil kurallarını, maddî hukukun tanıdığı hakka ulaşmayı zorlaştıracak veya engelleyecek şekilde yorumlaması ve uygulaması olarak anlaşılmalıdır. Federal Mahkeme İçtihatlarına göre şekilcilik, kanunla düzenlenen veya uygulamadan kaynaklanan ya da yorum yoluyla ortaya konan şekil kurallarının, korunması gereken haklı bir menfaatin varlığını ifade etmemesini veya objektif bir neden olmaksızın maddî hukukun uygulanmasını önemli derecede zorlaştırmasını veya maddî hukukun tanıdığı haklara ulaşmayı engellemesini ifade eder¹⁰.

B- Hukukta Şeklin ve Şekilciliğin Yararları

Hukukta öngörülen şekil kuralları her zaman aynı amaçlara hizmet etmez. Her şeklin koruduğu bir amaç vardır. Mesela, kefâlet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasının ve kefâletin ne kadarlık bir miktar için teminat

⁸ TUĞ Adnan: *Türk Özel Hukukunda şekil*, Konya 1994, s 44; ALTAŞ, 61; DELİDUMAN, dn.101 civarı.

⁹ YILMAZ Ejder: *Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları*, Perşembe konferansları 1999, s. 79.

¹⁰ SCHMİD Beat: *Das Verbot des Überspitzten Formalismus*, Basel 1989, s. 28.

teşkil edeceğinin belli olmasının bir geçerlilik şartı olması ile güdülen amaç kefili korumak ve onu sözleşme yaparken bir kez daha düşünmeye sevkettir¹¹. Bu gibi özel yararlarının dışında, bir işlemin şekil kuralına tabi olmasının yararlarını genel olarak şu şekilde toparlamak mümkündür.

- Şekil kuralları getirmenin yararlarından ilki, tarafların gelişi güzel hareketlerle basiretsiz davranmasını ve o işlemi yaparken bir kez daha düşünmesini sağlamaktır. Böylelikle tarafların daha isabetli karar vermesi sağlanmış olur¹².

- Şeklin ikinci yararı yapılan hukukî işleme açıklık getirmesidir. Bu sayede tarafların yapmış olduğu hukukî işlemi meydana getiren irade açıklamasının açık ve kesin olarak anlaşılması sağlanır¹³.

- Şekil kuralları ispat kolaylığını da sağlar. Tarafların yaptıkları hukukî işlemler belirli bir şekle bağlı olmaksızın yapıldığında zamanla unutulabilir veya taraflardan birisi böyle bir hukukî işlemin varlığını inkar edebilir. Böylelikle uyumsuzluklarda azalır¹⁴. Şeklin temin ettiği ispat kolaylığı yargılamayı da çabuklaştırır¹⁵.

- Şekil sayesinde yapılan hukukî işlemlerden üçüncü kişiler de haberdar olur. Başka bir ifadeyle şekil, yapılan hukukî işlemi alenileştirir. Alenileşmiş hukukî işlemlerde, tarafların arasında yapılan sözleşme üçüncü kişiler için meçhul olur. Üçüncü kişilerinde menfaatinin bulunduğu sözleşmelerin, sözleşmenin taraflarının çıkarları doğrultusunda kolayca değiştirmelerinin de önüne geçilmiş olur¹⁶.

- Şekle bağlı olarak yapılan hukukî işlemler, o hukukî işlemin hâkim tarafından daha kolay ve daha gerçekçi yorumlanmasını sağlar¹⁷.

-Hukukî işlemlerin belirli bir şekle bağlı olarak yapılması, bazı hileleri, sürprizleri ve tarafların birbirini aldatmasının da önüne geçer¹⁸.

Şeklin sayılan bu yararlarının çok büyük bir kısmı maddî hukuka ilişkindir. Bunun yanında şeklin usul hukukuna ilişkin de bir takım yararları mevcuttur. Bu yararları da şu şekilde belirlemek mümkündür: Hukukî güvenliğin sağlanması, maddî gerçeğin ve adaletin temini, yargılama sürecinde akı-

¹¹ KILIÇOĞLU Ahmet: *Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Işığında Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması* (YD. Özel Sayı, Ankara 1989, s. 289-322), s. 291.

¹² ALTAŞ, 67; BELGESAY, 63; BERKİN, 1183; KILIÇOĞLU, 291; TUĞ, 47.

¹³ ALTAŞ, 67; BERKİN, 1184; KILIÇOĞLU, 291; TUĞ, 46.

¹⁴ ALTAŞ, 67; BELGESAY, 63; BERKİN, 1184; KILIÇOĞLU, 291; TUĞ, 47.

¹⁵ BERKİN, s.1184.

¹⁶ BELGESAY, 63; BERKİN, 1183; KILIÇOĞLU, 291; TUĞ, 47.

¹⁷ ALTAŞ, 67; BELGESAY, 63; TUĞ, 47.

¹⁸ BELGESAY, 63.

cılığın gerçekleşmesi, şekilcilik sayesinde bir yargılamanın sonucunun önceden kestirilebilmesi, tarafların ve mahkemelerin işlemleri ne zaman ve nasıl yapacaklarını önceden bilmeleri, yargı organlarının keyfiliğini önlemesi ve taraflar arasında eşitliği sağlaması¹⁹.

C-Hukukta Şeklin ve Şekilciliğin Sakıncaları

Şeklin yukarıda anlatılan yararlarının yanında bazı sakıncaları da vardır. Şekilciliğin sakıncalarını da şu şekilde toplamak mümkündür.

- Şekilciliğin en önemli sakıncası, ekonomik ve ticari hayatı yavaşlatması ve bu hayatın gelişmesine engel olmasıdır. Oysa ticari hayatta güven ve çabukluk ilkesi hâkimdir. Şekilcilik bir taraftan güveni sağlarken diğer taraftan çabukluğa mani olmaktadır. Ayrıca tarafların şekil ile bağlı olması hukukî işlem güvenliği bakımından yararlı olsa da, basit gibi görünen, iradelerini belirli bir şekile uyarak açıklamak zorunda olmaları, zaman kaybına neden olduğu gibi çoğu kere para kaybına da neden olur²⁰.

-Şekil hukukî işlemlerin yapılmasını güçleştirir, bazen da şekilcilik yüzünden tarafların, o hukukî işlemde vazgeçmeleri sonucunu doğurur. Gerçekten de bir hukukî işlemin belli bir merasime tabi olması hem taraflara bir külfet yüklediğinden hem de işlemin yapılmasını güçleştirip zorlaştırdığından taraflar, böyle bir işlemi yapmaktan vazgeçebilmektedirler²¹.

- Şekil bazı hallerde isbatı kolaylaştırdığı gibi bazı hallerde de isbatı zorlaştırarak, maddî hukukun tanıdığı hakka ulaşılmasını engeller. Bu husus özellikle bizim gibi kanuni delil sistemini kabul eden ülkeler için ciddi bir sakınca oluşturabilir²². Ayrıca, isbat bakımından getirilen bu tür şekil kuralları, hâkimin maddî hukuka uygun olarak karar vermesini de engeller²³.

- Şekilcilik bazen zayıf ve âciz kimseler için tehlikeli olabilir. Gerçekten de bu tür kimselerin bazı işlemlerin şekile bağlı olarak yapılacağından haberdar olmaksızın o işlemi yapması halinde mağdur olabileceği haller vardır. Mesela, Türk hukuku bakımından gayrimenkul satım sözleşmesinin resmi şekilde yapılması gerekir. Resmi şekilde yapılmamışsa bu işlem geçersizdir. Oysa, bunu bilmeden adi yazılı şekilde gayrimenkul alım –satım sözleşmesi yapan kimseler, kanunun öngördüğü bu şekil kurallarından fazlasıyla zarar görmüşlerdir²⁴.

¹⁹ YILMAZ, 80.

²⁰ BERKİN, 1185; TUĞ, 47.

²¹ BERKİN, 1186; TUĞ, 48.

²² TUĞ, 48.

²³ ALTAŞ, 67; TUĞ, 48.

²⁴ BERKİN, 1187.

§2. TÜRK ÖZEL HUKUKUNDA ŞEKİL

A- Medenî Hukukta Şekil

Medenî Kanunda şekle ilişkin en genel düzenleme, özellikle isbat şekiline ilişkin olarak madde 6'da yer almaktadır. Medenî Kanunun 7. maddesinde ise, resmi sicillerin isbat kuvveti ve bu sicillerin aksinin ne şekilde ispatlanacağı hükme bağlanmıştır.

1926 yılında İsviçre Medenî Kanunu iktibas edilirken, söz konusu kanunun isbat hükümleri başlıklı 10. maddesi, bizim kanunumuza alınmamıştır. Bu maddeye göre” federal hukukun bir hukukî muamelenin geçerliliğini herhangi bir şekle bağlı tutmadığı hallerde, kantonal hukuk hukukî muamelelerin isbatı içinde böyle bir hüküm emredemez”²⁵. Böylelikle kantonal bir yapıda olan isviçre de şekil kuralları açısından bir birlik yaratılmıştır. Ülkemizde böyle bir kantonal yapı olmadığı için söz konusu hüküm alınmamıştır.

Özel hukuk alanında geçerli olan şekil serbestisine, Medenî Kanun bir takım istisnalar getirmiş ve hatta borçlar hukukundan farklı olarak sözlü şekli de düzenlemiştir. Ayrıca, kanunun farklı yerlerinde resmi şekle ilişkin düzenlemeler mevcuttur²⁶. Özellikle eşya hukuku kısmında sınırlı sayı ilkesinin geçerli olması nedeniyle, resmi şekle ilişkin düzenlemelere çok sık yer verilmiştir. İşaret edilen bu husus eşya hukukunun, borçlar hukukunun aksine statik bir yapıda kalması sonucunu doğurmuştur.

Medenî Kanun madde 135'e göre evlenme başvurusu evlenecekler tarafından yazılı veya sözlü olarak yapılabilir. Bu düzenleme ile kanun koyucu adi yazılı şekille sözlü şekli bir arada düzenlemiş ve evlenmek için başvuru esnasında resmi şekil öngörmeyerek, şekilciliğin doğuracağı bazı olumsuz sonuçları bertaraf etmiştir.

Medenî Kanunun 142. maddesi evlenme töreninin şekli başlığı altında resmi memur huzurunda tarafların sözlü ve olumlu olarak iradelerini beyan etmesini evlenmenin oluşması için yeterli sayarken; evlenme töreni açısından resmi şekli ve sözlü şekli beraber düzenlemiştir. Zira tarafların sözlü ve olumlu iradeleri ile evlenmenin gerçekleşebilmesi için, bu beyanın resmi memur huzurunda yapılması gerekir. Başka bir anlatımla geçerli bir evlenme işleminin yapılabilmesi için resmi memurun katılımı şarttır.

Evlenmede şekille ilgili bir başka düzenleme de, Medenî Kanun madde 155'te öngörülmüştür. Bu düzenleme ile kanun şekle uymama başlığı altında”

²⁵ EGGER A. / ÇERNİS Wolf (Çev. ARTUS Amil), *İsviçre Medeni Kanunu Şerhi*, Değiştirilmiş 2. Baskı, Ankara 1947, s. 145; TOUR Dierre: *İsviçre Medeni Kanununun Federal Mahkeme Kararlarına Göre Sistemli İzahı*, Ankara 1956, s. 57.

²⁶ TUĞ, 27.

resmi memur önünde yapılmış olan bir evliliğin Medenî Kanunun öngördüğü diğer şekil kurallarına uymama nedeni ile butlanına karar verilemeyeceğini” hükme bağlamıştır. Bu düzenlemeye göre resmi memur önünde yapılmış olan bir evlenme yokluk yaptırımına tabi değilse, başkaca şekil şartına uymama nedeni ile geçersiz kılınamayacaktır. Mesela, resmi memur önünde taraflar sözlü olarak cevap vermeksizin evet anlamında başlarını sallasalar, evlenmede öngörülen şekil kurallarına aykırılık nedeni ile evlenmenin mutlak veya nisbi butlanına karar verilemeyecektir.

Medenî kanunda düzenlenmiş olan bir başka sözlü şekil ise, madde 539’da ifadesini bulan sözlü vasiyetnâmedir. İşaret edilen maddenin birinci fıkrasında sözlü vasiyetnamenin düzenlenebilmesi için miras bırakan bakımından gerekli olan şartlar, ikinci fıkrasında ise tanıklar açısından gerekli olan şartlar düzenlenmiştir. Medenî kanununun 540. maddesinde ise tanıkların sözlü vasiyeti nasıl tutanağa geçirip sulh veya asliye mahkemesine verecekleri veya kendileri tutanak düzenlememişlerse tutanağın mahkemelerce nasıl düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Medenî Kanunun 541. maddesi de sözlü vasiyetnâmenin hükümden düşme sebeplerini düzenlemiştir. Bahsedilen düzenlemelerden, Medeni Kanunun sözlü vasiyetin yapılmasını çok sıkı şekil şartlarına tabi tuttuğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

Sözlü şeklin yanında, Medenî Kanun yazılı şekle ilişkin düzenlemeler de öngörmüştür. Medenî Kanun madde 538’e göre, yazılı vasiyetname, gün , ay ve yıl gösterilerek başından sonuna kadar miras bırakanın el yazısı ile yazılır ve imzalanır. Yine 542. madde ye göre de önceki vasiyetname şekillerinden birisine uymak şartıyla ilk vasiyetnameden dönülebilir.

Medenî kanunda, Resmi şekle ilişkin düzenlemeler de mevcuttur. Bunlara örnek olarak, Medenî Kanun madde 102 de vakıfların kuruluş şekli, madde 235’de tanınmanın şekli, madde 309 da evlat edinilecek küçüğün ana ve babasının rızalarını açıklama şekli, madde 315 evlat edinilmesinde şekil ve usul, 532 ve devamında düzenlenmiş olan resmi vasiyet, 545, I’de düzenlenmiş olan miras mukavelesi, madde 706’da taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, madde 731,II deki taşınmaz mülkiyetinin sınırlanmasını ve diğer ilgili maddelerde söz konusu olan tapu siciline yapılacak her türlü tescil, kayıt ve şerhler verilebilir.

İşaret edilen şekle ilişkin düzenlemelerden, yukarıda evlenme açısından verilen örnek, dışında hepsi geçerlilik şartıdır. Geçerlilik şartına uyulmadan yapılan işlemler ise Borçlar Kanunu madde 11 ve 20 gereğince batıldır. Ayrıca burada işaret edilen düzenlemeler de borçlar hukuku alanında söz konusu olan şekle ilişkin düzenlemelerden farklı olarak, kamu düzeninin korunması gereği de ağır basmaktadır.

B-Borçlar Hukukunda Şekil

Borçlar hukuku alanında geçerli olan akit serbestisinin bir uzantısı da şekil serbestisidir²⁷. Bu ilkeye göre, borçlar hukuku alanında şekil zorunluluğu istisna, şekil serbestisi kuraldır (BK. m.11,I). Herkes kanunda düzenlenmemiş olmak şartıyla dilediği şekilde sözleşme yapabilir²⁸.

Borçlar kanunun çeşitli maddelerinde de şekle ilişkin düzenlemeler vardır. Fakat bu özel düzenlemelere geçmeden önce genel düzenlemelere de değinmekte yarar vardır. Borçlar Kanunda şekle ilişkin genel düzenlemeler, madde 11 – 16 arasında yapılmıştır. 11. madde ile şekil özgürlüğü ve şekile uymamanın yaptırımı, 12 ve 13 madde ile yazılı şekil, 14 ve 15. maddeler imza ve imza atamayacak kişilerin imza yerine kullanabilecekleri işaretleri, 16. madde ise taraflarca kararlaştırılacak şekli düzenlemektedir..

Bunun dışında değişik maddelerde yazılı şekil ve sözlü şekil şartları öngörülmüştür. Yazılı şekil öngörülen hukukî işlemlere örnek olarak, Borçlar Kanunu madde 163,I de alacağın temlikinin yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmayacağı belirtilmiş ve aynı maddenin ikinci fıkrasında ise alacağın temliki vaaadinin bir şekle bağlı olmadığı düzenlenmiştir. Ayrıca, 484. maddede kefâlet sözleşmesinin geçerliliğinin yazılı şekil şartına tabi tutulmuş olması ve 238. madde de bağışlama vaaadinin geçerliliğinin yazılı şekile tabi tutulmuş olması verilebilir. Resmi yazılı şekile ise, Borçlar Kanunu madde 213’de öngörülmüş olan gayrimenkul satımının ancak resmi bir senede bağlandığı zaman geçerli olacağına; 237, II ‘ye gayri menkullerin veya onların üzerindeki aynı haklara ilişkin bağışlamaların ancak tapu siciline tescil edilerek tamam olacağına ilişkin düzenleme ve 512. maddeye göre ölünceye kadar bakma akdinin ancak miras mukavelesi (dolayısıyla resmi şekil) şeklinde yapılabileceğini öngören düzenleme, örnek olarak verilebilir. Yazılı ve resmi şekil dışında şekle ilişkin bir başka düzenleme de, Borçlar Kanunu madde 237, I’ de elden bağışlamanın teslim ile hüküm ve sonuçlarını doğuracağına ilişkin düzenlemedir.

Borçlar hukuku alanında geçerli olan şekle ilişkin düzenlemelere uymamanın yaptırımı da, Borçlar Kanunu madde 11, II’ye göre geçersizliktir. Yukarıda işaret edilen şekil kurallarından, Borçlar Kanunu madde 237, I dı-

²⁷ „STAUDİNGER’e göre, kanunun bir çok eylemlerin şeklini tayin etmemiş olması, bu eylemlerin hiç bir şekli olmayacağı anlamına gelmez. Kanunun genel itibari ile ve prensip olarak şekilsiz işlemler düzenlediği kabul edilemez. Mahaza o işlemlerin şeklini tayinde tarafları serbest bırakmış olması demektir. Kanun koyucu bu suretle şekilsizliği değil, bilakis şekil hürriyetini sağlamak istemiştir“ **BERKİN**, 1186.

²⁸ **ALTAŞ**, 47; **EREN**, 246; **KILIÇOĞLU Ahmet**: Borçlar Hukuku Genel Hükmümler, C.I., Ankara 2001, s. 60 (**KILIÇOĞLU**, - Borçlar); **KILIÇOĞLU**, 289; **TEKİNAY**, Selahaddin Sulhi / **AKMAN Sermet** / **BURCUOĞLU Halûk** / **ALTOP Atilla**, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükmümler*, İstanbul 1993, s. 99.

şındaki hallerde söz konusu yaptırım uygulanacaktır. Ancak burada söz konusu yaptırımdan ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Burada savunulan görüşleri şu şekilde sıralamak mümkündür: Yokluk, butlan, yumuşatılmış butlan görüşü, fiilî sözleşme görüşü, eksik borç görüşü, iptal edilebilirlik ve kendine özgü geçersizlik görüşü²⁹.

Borçlar hukuku alanında “İnsan sadece istediği şartlarda borçlanabilmesini değil, borçlanabilmesinin şeklini tayinde de serbest olmalıdır” görüşünün bir sonucu olarak 19. yüzyılda ve 20. yüzyılın ilk yarısında şekil özgürlüğü istenilen biçimde uygulanmıştır³⁰. Ancak 20. yüz yılın ikinci yarısından itibaren ticari ve ekonomik alandaki hızlı gelişme ve buna paralel olarak iletişim ve elektronik alanlardaki gelişmelerin, borçlar hukuku alanında geçerli olan şekil özgürlüğü ilkesinin sınırlarını, ispat şartı olan şekil vasıtası ile son derece daralttığı ve neredeyse günlük sıradan hukuki işlemler dışında ortadan kaldırdığı söylenebilir.

C-Ticaret Hukukunda Şekil

Özel hukukun bir dalı olan ve Türk Ticaret Kanununun 1. maddesine göre medenî hukukun ayrılmaz bir cüzü olan³¹ ticaret hukuku alanında da sözleşme serbestisi ilkesi geçerlidir. Ticaret hukuku alanında, öncelikle çabukluk ve güven ilkeleri uygulanır³². İşaret edilen bu alanda, şekilciliğin güven ilkesinin bir teminatı, çabukluk ilkesinin ise önünde bir engel olduğu söylenebilir.

Ticaret hukuku alanında da özel olarak düzenlenmiş şekil şartları mevcuttur. Bu düzenlemelerden ilkinde örnek olarak, Türk Ticaret Kanunu madde 23 te düzenlenmiş olan fatura verilebilir. Söz konusu madde de faturanın şekline ilişkin bir düzenleme olmamasına rağmen, Vergi Usul Kanunda faturanın geçerliliği için öngörülen, faturayı alan ve veren tacirlerin ad, soyad ve imzaları, tanzim tarihi, satılan, üretilen malın veya sağlanan menfaatin miktarı,

²⁹ Bu konudaki tartışmalar için bkz., ALTAŞ, 89 vd; bu tartışmalardan çıkan netice hakkında genel olarak şu söylenebilir. Taraflar şekle aykırı bir sözleşme yapmışlar bu sözleşmeyi hiç veya çok az kısmını ifa etmişlerse butlan yaptırımına tabi olacak, tam veya tama yakın kısmını doğruluk ve dürüstlük kuralları çerçevesinde her türlü etkiden uzak ifa etmişlerse, artık sözleşmedeki şekle aykırılık ileri sürülemeyecek ve kendine özgü geçersizlik görüşünün bir neticesi olarak sözleşme şekle aykırı olmasına rağmen geçerli olacaktır. Yargıtayın, 30.9.1988 tarih ve E.2/ K.2 sayılı içtihadı birleştirme kararı ile de kendine özgü geçersizlik görüşü Türk doktrininde Borçlar Kanunu madde 11, II'nin emredici hükmüne rağmen ağırlık kazanmıştır. Bu görüşteki yazarlar; EREN, 270, ALTAŞ, 142 vd, KILIÇOĞLU, 317 vd.

³⁰ BELGESAY, 62.

³¹ İsviçre de ayrı bir ticaret kanunu yoktur. Ticaret hukukuna ilişkin hükümler borçlar hukukuna ilişkin hükümlerin devamında düzenlenmiştir. Bizde ayrı bir ticaret kanunu olması tarihi nedenlerden kaynaklanmaktadır.

³² ZEVLİLER Aydın: *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, Ankara 2001, s. 9.

tutarı, talep halinde ödendi kaydı ve vade farkının bulunması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir³³. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, faturanın içeriğine sekiz gün içerisinde itiraz edilmemişse, faturanın içeriğinin kabul edilmiş olacağına dair bir karine getirilmiştir³⁴.

Ticaret hukuku alanında şekle ilişkin başkaca düzenlemeleri şu şekilde örneklendirmek mümkündür. Türk Ticaret Kanunu madde 8'de mukavele serbestisi başlığı altında, ticari işlerde faizin serbestçe kararlaştırılabileceği hükmü, 31. madde de ticaret siciline tescil talebinin dilekçe ile olacağı ve dilekçe sahibinin hüviyetini isbata mecbur olduğu düzenlenmiştir.

Ticaret hukukunda şekilciliğin en sık görüldüğü alanlardan bir diğeri de ticari defterlerdir. Türk Ticaret Kanunu madde 66 ve devamında hangi defterlerin kimin tarafından tutulacağı (defter tutma yükümlülüğü), defter tutmamanın yaptırımı, defterlerin saklama süresi, defterleri tasdik ettirmeye ve beyan etmeye ilişkin hükümler düzenlendikten, sonra madde 70 ve devamında, tutulması zorunlu olan defterler ve bu defterlerin içerikleri, envanter ve bilançonun düzenlenişine ve içeriğine ilişkin hükümler ayrı ayrı sayılmış ve daha sonra defterlerin teslim ve ibraz mecburiyeti ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Son olarak madde 82 ve devamında, ticari defterlerin ispat kuvveti düzenlenmiştir. Kanun ticari defterler açısından çok sıkı şekil şartları öngörmüş ve bu şekil şartlarına uymamayı da para cezası ile cezalandırmıştır. Delil olmak bakımından, tasdik edilmiş olsun veya olmasın, kanuna uygun şekilde tutulsun veya tutulmasın bütün defterler o defteri tutan tacir aleyhine delil teşkil etmektedir. Lehine ise, ancak kanunu öngördüğü şekilde tutulmuşsa delil olabilmektedir³⁵.

Şirketlere ilişkin şekil kuralları ise, kollektif şirketler için madde 154'te, kommandit şirketler için madde 244'te, anonim şirketler için madde 279'da ve limited şirketler için madde 505'de kurucuların imzalarının noterden tasdikli olacağı ve şirket sözleşmesinin yazılı olacağına ilişkin olarak getirilen geçerlilik şekil şartı örnek olarak verilebilir. Bu şekil şartları da geçerlilik şartı olmasına rağmen, bu şekil şartına aykırı davranmanın müeyyidesi, butlan değil, adi şirkete ilişkin şartlar varsa, şirketin adi şirket olarak devamıdır³⁶.

Bunların dışında özellikle şirket sözleşmelerindeki değişiklikler yazılı şekilde olmalı ve imzalar noterce onaylanmalıdır. Yine anonim şirket kararları yazılı şekilde olmalı ve hükümet komiserinin kararda imzası bulunmalıdır. Komiserin imzası eksikse karar yok hükmündedir³⁷.

³³ ÜNAL Oğuz Kürşat: *Fatura ve İspat Kuvveti*, Ankara 1997, s. 43 vd.

³⁴ ÜNAL, 67 vd.

³⁵ BELGESAY, 66.

³⁶ TUĞ, 23.

³⁷ TUĞ, 24.

Ticaret hukuku alanında geçerli olan şekilcilik kendisini en fazla kıymetli evrak hukuku alanında gösterir. Zira kıymetli evrakın ticari hayatta önemi çok büyüktür. Niteliği gereği bazılar kredi vasıtası ve bazıları da ödeme vasıtasıdır. Ticari hayatta geçerli olan güven prensibinin en üst düzeye çıktığı alan da kıymetli evrak hukuku alanıdır. Bu nedenle kanun koyucu sadece kıymetli evrakın kendi tanzim tarzını değil, düzenleme sırasında iradenin açıklanmasını, devrini, kaybolması halinde iptalini de çok sıkı şekil şartına bağlanmıştır (TTK., 583, 584, 585, 688, 689. 692. 693)³⁸. Burada öngörülen şekil şartları da geçerlilik şartı olan şekil şartıdır ve bu şekil şartlarına uymamak o senedi kıymetli evrak olarak geçersiz hale getirir. Ancak kıymetli evrak olarak geçersiz olan bu senetler geçerliliğini, şartları varsa adi senet veya havale olarak devam ettirebilir³⁹.

Ticaret hukuku alanında geçerli olan şekil kuralları hep birlikte değerlendirildiğinde, bu alanda şekle ilişkin yapılan düzenlemelerin, güven ilkesinin bir sonucu olarak çoğu zaman akde taraf olmayan üçüncü kişileri nadiren de akdin taraflarını korumak için getirildiği söylenebilir.

D-İş Hukukunda Şekil

İş hukuku alanında da çeşitli şekil şartları öngörülmüştür. Borçlar Kanunu madde 314'te de düzenlenmiş olan hizmet sözleşmesi Borçlar kanunu anlamında bir şekil şartına tabi tutulmamışken, İş Kanunu madde 9,I gereği bir yılı aşan sürekli hizmet sözleşmeleri yazılı şekil şartına tabi tutulmuştur. Sürekli olmayan hizmet sözleşmeleri açısından ise böyle bir hüküm öngörülmemekle beraber; işveren, işçinin isteği üzerine genel ve özel çalışma şartlarını gösterir bir belgeyi işçiye vermek zorundadır (İK. m.9,II). Bu belge bir sözleşme niteliğinde olmamakla beraber işverenin imzasını taşıdığından çalışma şartları üzerinde çıkacak herhangi bir uyuşmazlık halinde işçi bakımından isbat kolaylığı sağlar⁴⁰. Borçlar Kanunu, şekle ilişkin düzenlemelerinde sadece şeklin türünü belirtip içeriğini belirlemeyi taraflara bırakırken, İş Kanunu madde 11 çalışma şartları belgesinin içeriğinde nelerin yer alması gerektiğini kelimeler halinde saymıştır. Burada öngörülen şekil şartı da bir geçerlilik şartıdır. Ancak, işçi hizmetin belirli bir kısmını ifa etmişse, artık sözleşmenin geçersizliğine karar vermek mümkün değildir⁴¹.

İş kanunda yazılı şekil şartına bağlanan sözleşmelerden birisi de takım sözleşmesidir. İş Kanunu madde 10/11 hükmüne göre, takım sözleşmesinin

³⁸ REİSOĞLU Seza: *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek*, Ankara 1998, s. 28; POROY Reha / TEKİNALP Ünal: *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, İstanbul 1995, s. 115 vd; TUĞ, 27.

³⁹ REİSOĞLU, 28; TUĞ, 27.

⁴⁰ İREN Ertan: *Türk İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Hükümleri ve Hizmet Akitleri Üzerindeki Etkileri*, Ankara 1998, s. 23; TUĞ, s. 17.

⁴¹ ALTAŞ, 264, 265; TUĞ, 19.

niteliği ne olursa olsun (Sürelî veya süresiz) yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz. Sözleşme İş Kanunu madde 11 de belirtilen şartları taşımak zorundadır. İşaret edilen düzenleme de bir geçerlilik şartıdır. İfa edilmemiş sözleşmeleri hükümsüz kılar⁴².

Hizmet sözleşmesi açısından getirilen şekil şartlarının, iş hukukunda geçerli olan işçinin korunması gerekliliğinin bir sonucu olduğu açıktır.

İş hukuku alanında şekile ilişkin bir başka düzenleme de, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunda vardır. Bahse konu kanunun birinci maddesi toplu iş sözleşmesini şu şekilde tanımlamaktadır: “Toplu iş sözleşmesi, hizmet akdinin yapılması, muhtevası, sona ermesi ve tüm çalışma şartlarını hukuk normları ile düzenleyen, aynı zamanda sözleşme taraflar arasında karşılıklı haklarla mükellefiyetler ihtiva edebilen yazılı şekile tabi bir sözleşmedir”. Söz konusu sözleşmede öngörülen şekil şartı, geçerlilik şartı olan şekildir⁴³. Bu şekil şartına uymamanın yaptırımını ise 2822 sayılı kanunun 4. maddesi gereği geçersizliktir. Bu düzenlemenin amacı ise yukarıda işaret ettiğimiz hizmet akdinin yazılı şekile tabi olmasından farklıdır. Zira niteliği gereği toplu iş sözleşmesi maddî anlamda kanundur. Bu nedenle objektiftir ve normatif bir karakteri vardır. Toplu iş sözleşmesi kesindir ve ne zaman yapıldığı bellidir⁴⁴. Bu nedenle bu sözleşme ile bağlı olanların sözleşmenin içeriğini hiç bir tereddüte yer vermeyecek şekilde bilmeleri gerekir. Toplu iş sözleşmesinde yazılı şeklin, sözleşmeye taraf olan herkesi korumak ve sözleşmenin yapılması sırasında onları düşünmeye sevk etmek amacıyla getirildiği söylenebilir.

E-İcra - İflâs Hukukunda Şekil

I- Genel Olarak

İcra ve İflâs Hukuku alanında kazuistik bir düzenleme vardır. Kanun koyucu her şeyi en ince ayrıntıları ile açıkça düzenlemiştir. Kanun koyucunun her şeyi en ince ayrıntılarıyla düzenlemek istemesinin bir neticesi olarak, icra ve iflâs hukuku alanında şekle ilişkin çok fazla düzenlemeye rastlamak mümkündür. Şimdiye kadar irdelediğimiz şekle ilişkin düzenlemelerin ait olduğu hukuk dallarında, şekle ilişkin düzenlemelerde, tarafların birbirleri ile ilişkileri doğrudan doğruya kendileri tarafından sağlanırken, icra ve iflâs hukuku alanında bu ilişki dolaylı olarak icra organları vasıtası ile sağlanmaktadır. Taraflar arasındaki ilişkilerin icra organları vasıtasıyla kurulması şekilciliği de beraberinde getirmekte, adeta onu zorunlu kılmaktadır.

⁴² TUĞ, 20.

⁴³ SUR Melda: *Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmili*, Ankara 1991, s.48; AKTAY Nizamettin: *Toplu İş Sözleşmeleri ve Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları*, Ankara 1990, s. 32; TUĞ, 110.

⁴⁴ AKTAY, 31; İREN, 9; SUR, 56; TUĞ, 110.

İcra ve İflâs Kanunu madde 18, II' ye göre, İcra tetkik merciine şikayet, dilekçe ile yapılabileceği gibi, ifadenin tutanağa geçirilmesi şeklinde de yapılabilir. Kanun genel haciz yolu bakımında şikayetin sözlü veya yazılı olarak yapılabileceğini hükme bağlamışken; kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu bakımından bu prensipten vazgeçerek, şikayetin sadece dilekçe ile yapılabileceğini belirtmiştir (İİK. m. 171/3, 172)⁴⁵. Yazılı veya sözlü olarak yapılabilen şikayetlere karşı tarafta yazılı veya sözlü olarak cevap verebilir⁴⁶.

İcra ve İflâs Kanununda şekle ilişkin başka bir düzenleme de madde 58'de yer almaktadır. Madde 58, I'e göre, takip talebi yazılı veya sözlü olarak alacaklı tarafından icra dairesine yapılır. Yine aynı madde de takip talebinin içeriğinde nelerin bulunması gerektiği de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bütün takip yollarından, ilgili takip yolunun kendisine has özelliği saklı kalmak kaydıyla, madde 58'deki takip talebi kullanılır. Uygulama da her bir takip türü için ayrı matbu takip talepleri kullanılmaktadır⁴⁷.

İcra ve iflas hukukunda şekle ilişkin düzenlemelerin olduğu başka bir alanda itirazdır. Genel haciz yolu bakımından borca ve imzaya itiraz, İcra ve İflâs Kanunu madde 62, I gereği yazılı veya sözlü olarak yapılabilir. İtirazlar derhal tutanağa geçirilir ve sözlü olarak yapılmışsa, tutanağın altı, tarih belirtilerek, itiraz eden ve icra müdürü tarafından imzalanır. Kambiyo senetlerine ilişkin takip yollarında ise, İcra ve İflas Kanunu madde, 169, 170, I, 171/3 ve 172 gereğince gerek haciz yolu ile gerek iflâs yolu ile takiplerde, hem borca itirazın hem de imzaya itirazın dilekçe ile yapılacağı hükme bağlanmıştır⁴⁸. Haciz taleplerini de alacaklı sözlü veya yazılı olarak yapabilir⁴⁹. İcra ve iflâs hukuku alanında talebin olduğu her yerde şeklin de olduğu söylenebilir.

İcra ve iflâs hukuku alanında şekilcilikten bahsedilebilecek alanlardan birisi de, menkullerin, gayri menkullerin ve rehnin paraya çevrilmesi yöntemidir. İcra ve İflas Kanunu madde, 114, 126 ve 150g ye göre arttırmanın ilanı; madde 115, 116 da menkuller bakımından ihalenin ve ikinci arttırmanın yapılış şekli, madde 119'da pazarlık yolu ile satışın şekli; 129. madde de gayri menkuller bakımından ihalenin şekli düzenlenmiştir⁵⁰. Ayrıca, icra ve İflas Kanunu madde 150 g'de, menkuller ve gayri menkuller bakımından getirilen bu şartların rehin bakımından da kıyasen uygulanacağı kabul edilmiştir.

⁴⁵ PEKCANITEZ Hakan: *İcra – İflas Hukukunda Şikayet*, Ankara 1986, s. 125; KURU Baki / ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder: *İcra ve İflas Hukuku*, Ankara 2002, s. 73 (KURU / ARSLAN / YILMAZ, - *İcra*).

⁴⁶ POSTACIOĞLU İlhan: *İcra Hukuku Esasları*, İstanbul 1982, s. 73.

⁴⁷ KURU / ARSLAN / YILMAZ, - *İcra*, 134, dn. 1.

⁴⁸ KURU / ARSLAN / YILMAZ, - *İcra*, 158.

⁴⁹ KURU / ARSLAN / YILMAZ, - *İcra*, 249.

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz., ARSLAN Ramazan: *İcra ve İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi*, Ankara 1984.

İcra ve iflâs hukukunda şekle ilişkin düzenlemelerin kendisini gösterdiği bir başka nokta da iflâs takibinin kesinleşmesi, iflâsa karar verilmesi, iflâsın kaldırılması ve kapanması hallerinde yapılacak ilândır (İİK. m.158, 166, 182, 254). İcra ve iflâs kanunu madde 166 ile ilânın nasıl yapılacağını ayrıntıları ile düzenlemiştir. Bu düzenleme de başlı başına bir şekli ifade eder. İlan ile ilgili benzer düzenlemeler konkordato bakımından da söz konusudur. Konkordato talebi, mühletin ilanı, alacakların bildirilmesi, konkordatonun tasdiki de (İİK. m. 287, 288, 292 ve 300) ilan edilir⁵¹. İşaret edilen düzenlemelerde de ilan çok sıkı şekil şartlarına tabi tutulmuştur.

İcra ve iflâs hukuku alanında söz konusu olan şekil kuralları değerlendirildiğinde bu kurallarla getirilen şekilcilikteki amaçları şu şekilde toplamak mümkündür. Genel haciz yolu ile yapılan takipler bakımından şekilciliğin amacı, bir taraftan formaliteleri azaltırken, diğer taraftan da işlemlere açıklık ve güven sağlamaktır. Kambiyo senetlerine özgü takip yolu bakımından şekilcilikte ise, ticaret hukuku alanında geçerli olan güven prensibinin ve bu nedenle kambiyo senetlerinde aranan sıkı şekil şartlarının icra ve iflâs hukuku alanına da yansıdığı ve dolayısıyla beraberinde şekilciliği getirdiği söylenebilir. İhale, iflas ve konkordato bakımından şekilciliğin ise, söz konusu alandaki işlemler kamu düzenini yakından ilgilendirdiğinden, bu işlemlerin alenileşmesini sağlayarak hak sahiplerinin ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunmasına hizmet ettiği söylenebilir. Tabi bütün şekle tâbi hukuki işlemler gibi, burada da şekilciliğin keyfiliği önlediği açıktır.

II- Basılı Formlar

İcra ve iflâs hukuku alanında şekilciliğin en fazla öne çıktığı alanlardan birisi de icra ve iflâs dairelerinde ve icra tetkik merciinde kullanılan basılı formlardır. İcra ve iflas dairelerinde ve icra tetkik merciinde tutulacak defterler ve kullanılacak basılı formların nelerden ibaret oldukları, neleri ihtiva edecekleri, tutulma ve saklanma şekilleri, icra ve iflâs kanunu yönetmeliğinde gösterilmiştir. İcra ve iflas daireleri ile icra tetkik mercii tarafından tutulacak defterler bakımından ön görülen şekil kuralları ile tarafların menfaatlerinden çok, icra ve iflas daireleri ile icra tetkik merciinin iç işleyişine ilişkin düzenlemeler yapıldığı söylenebilir. Başka bir ifade ile defter tutulmasına ilişkin düzenlemeler ile ön görülen amaç doğrudan doğruya tarafların menfaatini korumak değil, bu müesseselerin çalışma düzenini ve çalışma esaslarını belirlemektir. Ancak, bu düzenlemelerin tarafları da koruduğu açıktır. Defter tutulmasına ilişkin düzenlemeler daha çok işaret ettiğimiz müesseselerin iç işleyişine ilişkin olduğundan, bu konuya daha fazla değinmeyeceğiz.

Defter tutma zorunluluğunun yanında gerek icra ve iflas daireleri bakımından gerekse icra tetkik mercii bakımından dosya tutulması da zorunlu kılınmıştır (İİK, m.15, 84). Dosyaların tutulma şekli ve her bir takip için (veya

⁵¹ Bkz, TANRIYER Süha: *Konkordato Komiseri*, Ankara 19993.

tetkik merciinde yapılan her iş için) dosya tutulmasının zorunlu olması icra ve iflâs daireleri ile icra tetkik merciinin çalışma usullerini sistemli bir şekilde kolaylaştırdığı kadar, tarafların menfaatlerini de koruduğu ortadadır. Dosya tutma zorunluluğu bir anlamda taraflar bakımından icra ve iflâs daireleri ile icra tetkik merciinde hukuki işlem güvenliğinin teminatı olmaktadır.

İcra ve iflâs kanunu yönetmeliğinin 17 ve 85. maddelerinde ise icra ve iflâs daireleri ile icra tetkik merciinde kullanılması zorunlu olan basılı formlar düzenlenmiştir. İşaret ettiğimiz hükümleri takip eden maddelerde ise basılı formların tahsisi maksatları ve kullanılma tarzları düzenlenmiştir. Bu maddelerde (17 ve 85. maddelerde gösterilen) her bir basılı formda nelerin yer alması gerektiği ayrı ayrı düzenlenmiştir. Yine bu hükümlerle birlikte yönetmelikte ibraz edilecek belgelerde düzenlenmiştir⁵². Ancak kullanılmasının zorunlu olduğu belirtilen basılı formları kullanmamanın ve bu formların içeriğinde yer alması gereken zorunlu unsurların eksik olmasının yaptırımı yönetmelikte düzenlenmemiştir. Yönetmeliğin 104. maddesinde sorumluluğa ilişkin düzenleme, bu anlamda ihtiyaçları gidermekten çok uzaktır. Zira işaret edilen düzenleme, dosya, defter ve kartonların iyi bir şekilde saklanması ve kaybolmasından kaynaklanan sorumluluğu düzenlemekte; basılı formlar bakımından ise, sadece kullanımında azami tasarrufa riayet edilmesi ve her yılın ihtiyacının iyice hesaplanması gerektiğine işaret etmekle yetinmektedir. Yönetmeliğin 109. maddesinde ise bu yönetmeliğe göre tutulması gereken örneklerin yönetmeliğe eklendiğini belirttikten sonra, bu örneklerle aslına bir zarar verilmeksizin icra ve iflâs dairelerince ve icra tetkik mercii hâkimliklerince gerekli ilavelerin yapılabileceği belirtilmiştir.

Burada üzerinde durulması gereken hususlardan birisi de, İcra ve iflâs takip taleblerinin doldurulması veya takip işlemlerinin yapılması sırasında basılı formların kullanılmaması veya kullanılan formların içeriğinin kanun ve yönetmeliğe aykırı olması (veya içeriğinde eksiklik bulunması) hallerinde yapılan bu işlemlerin geçerli olup olmayacağı meselesidir. Basılı formların dışında başka bir formun gönderilmiş olması halinde bu bir şikayet sebebidir ve yapılan işlemin iptali sonucunu doğurur⁵³. Mesela borçluya genel haciz yoluna ilişkin ödeme emri yerine, ilamlı icraya ilişkin icra emri gönderilmesi bir şikayet sebebidir. Fakat borçlu bunu ödeme emri gibi algılayıp itiraz etmişse bu itiraz icrayı durdurur ve artık icra emri iptal edilemez⁵⁴. Basılı

⁵² “Ödeme emrinin borçluya tebliğine dair tebliğ ilmuhaberinde, 7 günlük ödeme emrinin gönderildiği yazılı olup, tebliğ zarfı içinde senet suretinin de bulunduğu hakkında bir kayıt mevcut değildir. Açıklanan nedenlerle, senet suretinin de ödeme emri ile birlikte tebliğ edilmesini teminen ödeme emrinin iptaline karar vermek gerekirken, 12.HD. 12.12.1984t. E:9666, K:12897” **UYAR Talih: İcra Hukukunda Şikayet**, Manisa 1991, s.368.

⁵³ KURU / ARSLAN / YILMAZ, *İcra*, 145.

⁵⁴ KURU / ARSLAN / YILMAZ –*İcra*, 145.

formların içeriğinde bir eksiklik olması halinde ise, bazan bu bir şikayet yolu ile o işlemin iptal edilmesini gerektirmekte⁵⁵, bazen de kanunda öngörülen yaptırımın uygulanmaması sonucunu doğurmaktadır. Mesela, mal beyanında bulunmama halinde hapisle tazyik edileceği ödeme emrinde yer almamışsa, borçlu mal beyanında bulunmama dahi hapisle tazyik edilemez. Aynı şekilde ödeme emrinde, imzaya itirazın ayrıca ve açıkça yapılması gerektiği, ayrıca ve açıkça yapılmaz ise, borçlunun adi senet altındaki imzayı ikrar etmiş sayılacağı hususu yazılmamışsa, ayrıca ve açıkça imzaya itiraz etmeyen borçlu imzayı ikrar etmiş sayılamaz⁵⁶.

Bu hususlar değerlendirilirken ısrarla vurgulanması gereken husus basılı formların temini ve doldurulması görevinin icra müdürüne ait olduğudur⁵⁷. Yargıtay da bir kararında bu hususu " icra emrinin talepnameye göre tanzimi memurun görevi olup, onun hatasından alacaklının sorumlu tutulamayacağı, bu itibarla masraf ve ücreti vekaletle sorumlu tutulması dahi isabetsiz olduğu" şeklinde vurgulamıştır⁵⁸. Bu bağlamda basılı formlarda şekilcilığe ilişkin düzenlemelere ilişkin olarak şunları söylemek mümkündür. Her şeyden önce şekilcilığe ilişkin bu düzenlemelerin muhatabı olan icra müdürleri çoğu kere hukuku bilmeyen insanlarla muhatap olmak durumundadır. Bu nedenle yapacağı işlemler bakımından özellikle hakkaniyet ilkesine dikkat etmeli ve tarafların iradesini güven prensibine göre yorumlamalıdır⁵⁹. Ancak, burada kasdedilen hakkaniyete uygunluktan maksat, takibin taraflarından birisinin menfaatine uygun olarak eksikliğin sonradan kolayca düzeltilmesine prim vermek değil; icra takibinin amacına ulaşmasını sağlamak için somut olayın özelliklerine göre tarafların menfaatlerini denkleştirici işlemler yapmaktır⁶⁰. Özellikle basılı formlar bakımından, mutlaka yönetmelikte gösterilen örneklerin kullanılması; aksi halde işlemin iptal edilmesi, bu bağlamda hakkaniyete aykırılık teşkil eder. Aksi bir düşünce, maddi hukukun tanıdığı hakka ulaşma vasıtalarından birisi olan ica yolu ile, bu hakka ulaşılmasının geciktirilmesi veya engellenmesi anlamına gelir. Bu bağlamda önemli olan bu formların içeriğidir. Basılı formlar kullanılmaksızın dahi icra ve iflas takip işlemleri ya-

⁵⁵ "Takip talebinde ilamın tarih ve numarası mevcut ise de, icra emrinde bu cihetin yazılı bulunmaması, İcra ve İflâs Kanununun 32. maddesi yolu ile 24. maddesine aykırı olup, takibin iptalini gerektirmeyip icra emrinin iptalini gerektirdiği halde, takibin iptaline karar verilmesi isabetsiz olup,.....sayılı merci kararında yazılı (icra takibinin iptaline) dair sözlerin silinerek, icra emrinin iptaline sözlerinin ilavesine, 12.HD. t. 19.10.1978, E: 8310, K: 8386" Uyar, s.448.

⁵⁶ KURU/ ARSLAN / YILMAZ -İcra, 144.

⁵⁷ KURU/ ARSLAN / YILMAZ -İcra, 143. STAACHELİN Adrian: *Billigkeit und Strenge im Zivilprozess und in der Zwangsvollstreckung*, (Basler Juristische Mitteilungen, Haziran 1967, s.105-109), s.130.

⁵⁸ 12.HD. t. 19.10.1978, E: 8310, K: 8386" Uyar, s.448.

⁵⁹ STAACHELİN, 111.

⁶⁰ STAACHELİN, 127.

pılsa veya talep formu doldurulsa bu işlem geçerli sayılmalıdır. Önemli olan o basılı form yerine kullanılacak takip talebinin veya başka bir formun geçerlilik şartlarını taşıyor olmasıdır. Böyle bir forma dayanarak icra müdürü işlem yapmaktan kaçınmaz.⁶¹ İtiraf etmek gerekir ki, bu formların içeriğine ilişkin düzenlemelerin o işlemlerin esasını mı yoksa bu alanda bir şekilciliği mi ifade ettiğini tespit etmek oldukça güçtür.

§3. Medenî Usul Hukukunda Şekil, Şekilcilik ve Şekle İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi

A-Medenî Usul Hukukunda Şekil ve Şekilcilik

I- Genel Olarak

Şekille iç içe olan hukuk dallarının başında medenî usul hukuku gelir. Öyle ki, usul kelimesinin karşılığı olarak, şekil, formalite ve biçim kavramlarının kullanıldığına sıklıkla rastlanılmaktadır. Bu kullanım tarzı dikkate alınarak, hukuk kuralları⁶² maddî hukuk kuralları ve şekli hukuk kuralları şeklinde ikili bir ayrıma tâbi tutulmaktadır. Medenî usul hukuku da şekli kurallar ko-yan hukuk dalı içerisinde yer almaktadır⁶³.

Yargılama organları önlerine gelen somut uyuşmazlığa maddî hukuk kurallarını uygularken, önceden tespit edilmiş olan bazı yöntemleri uygulalar. Bu yöntemler ayrıntıları ile düzenlenmiş olan şekli kurallardır. Başka bir anlatımla yargılama hukukuna şekilcilik hâkimdir ve bu şekilcilik sadece yargılama organlarını değil, yargılamanın taraflarını ve hatta taraf olmayan üçüncü kişileri de bağlar. İşaret edilen şekilcilik sadece özel hukuk yargılamasına değil, anayasa yargısı, idari yargı ve ceza yargılamasına da egemendir⁶⁴.

Medenî usul hukukunda şekilciliğin en önemli işlevi, hukukî güvenliğin sağlanmasıdır. Bu sayede mahkeme ve taraflar neyi ne zaman yapacaklarını rahatlıkla bilebilirler ve yargılamanın neticesini az çok tahmin edebilirler. Ayrıca, şekilcilik, Jering'in "şekil keyfilik yeminli düşmanı ve özgürlüğün ikiz kardeşidir" özdeyişi gibi anlamlandırılırsa, hukuka uygun bir yargılama yapılmasının da teminatı olur. Bu sayede mahkemenin keyfi davranışları önlediği gibi, taraflar arasında eşitlik de sağlanmış olur⁶⁵.

⁶¹ KURU/ ARSLAN / YILMAZ –İcra, 136.

⁶² "Usul hukukçuları, 'usul' kelimesini daha ziyade, yabancı dillerdeki, Prozess, process, proces, processo kelimelerinin anlamında "yargılama" ve hatta "dava" olarak kullanılmaktadırlar". Proses ise bir şekli değil, belirli bir netice elde etmek için uygulanan kuralların tamamını ifade eder" YILMAZ, 80.

⁶³ YILMAZ, 80.

⁶⁴ YILMAZ, 80.

⁶⁵ YILMAZ, 80.

Ancak şekil kurallarının medenî usul hukuku açısından yadsınamaz bu öneminin yanında bazı sakıncaları da ortaya çıkabilir. Özellikle çok sıkı olarak şekil kurallarına bağlı kalmak, şekli bir amaç haline getirir. Katı şekilcilik maddî hukukun tanudığı hakkın ortadan kaldırılması sonucunu doğurur⁶⁶. İşaret edilen neden ise, yargılamada amaca ulaşmayı engeller. Yargılamayı adeta bir santranc oyununa dönüştürür.

Biz medenî usul hukukunda şekilcilik üzerinde dururken, mutad olan şekil kurallarının dışına çıkarak, özellikle abartılı şekil sayılabilecek bir kaç hususa değineceğiz. Bu bağlamda özellikle, hâkimlerin, savcılarının ve avukatların kılık kıyafetlerini, cübbe kavramını ve cübbenin tarihçesini; yemin sırasında veya karar verilmesi sırasında ayağa kalkmamanın herhangi bir müeyyidesi olup olmadığını, yemin metninin eksik söylenmesi halinde bu eksikliğin mahkemenin kararı üzerinde bir etkisinin olup olmadığını inceleyeceğiz.

1-Cübbe Giyme Zorunluluğu

a) Cübbe Kavramı ve Cübbenin Tarihçesi

Cübbe, hukukçuların, üniversite de belli bir aşamaya gelmiş bilim adamlarının ve din görevlilerinin elbise üstüne giydikleri uzun, yanları geniş, düğmesiz giysiyi ifade eder⁶⁷. Cübbe ilk kez eski roma ve oratorlar tarafından kullanılmaya başlanmıştır⁶⁸. Bu konudaki ilk yasal düzenleme Fransa da, 2. Fransuva döneminde 15.yy. da yayınlanan emirnâme ile yapılmıştır⁶⁹. Ülkemizde ise cübbeyle ilişkin ilk düzenleme, Avukatlara ait cübbe ve serpuş kullanılması hakkında talimatnâme ile, 1 mart 1927 de yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre,

Avukatlar, resmi bir husus için hâkime veya savcıya başvurduklarında, genel kurulda ve yönetim kurulunda avukatların tamamı, bazı merasimlerde baroyu temsil eden avukatlar kisve giyeceklerdir. Kendi davasını takip eden avukatlar ise kisve giyip giymemekte serbesttir. Başlığı ise duruşma sırasında hâkim ve avukatlar giymek zorundadırlar. Onların dışındakilerin ise duruşma sırasında başlarının açık olması zorunludur. Ayrıca avukatlar, duruşma salonuna girip çıkarken, karar okunurken ve yemin sırasında başlıklarını çıkartmak; mahkeme salonuna girerken mahkeme heyetini hafifçe selamlamak zorundadırlar.

⁶⁶ YILMAZ, 81.

⁶⁷ Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, C. I., s. 415.

⁶⁸ ÇELİK, Adil Giray: *Avukatlar Cübbe ile yürüyüş ve Gösteri yapabilirler mi?* [www:Türk Hukuk Sitesi.com](http://www.TürkHukukSitesi.com) / Forum Alanları /Mesleki Dayanışma, 07.05.2002.

⁶⁹ ÇELİK, s. int.

b) Cübbenin Fonksiyonel işlevi

Avukatlar bakımından cübbenin ilk fonksiyonel işlevi, savunma tekelini ifade etmesidir. Ancak söz konusu savunma tekeli avukatların bizzat kendilerini savunması hali için değil, başkalarının haklarını savunmaları için öngörülmüştür. Zira, avukatların kendilerinin taraf olduğu davalarda (başkalarının vekâlet görevini almış olsalar dahi) cübbe giyemeyecekleri, yine münhasır vekâlet ifa ettikleri davalar dışında, bilirkişilik, tanıklık ve tercümanlık yaparken cübbe giyemeyecekleri, Avukatların Resmi Kılık Yönergesinin 7. maddesinde düzenlenmiştir. Bu ifadeden cübbenin bir başkasının hukukunu savunurken giyileceği anlaşılmaktadır. Bu anlamda cübbenin giyilmesi yargı fonksiyonu ile başlar ve yargılamanın bitmesi ile sona erer. Cübbe yargı bağımsızlığı ve savunma dokunulmazlığı ile özdeşir⁷⁰. Avukatlar bakımından yönergede işaret edilen, kendisinin mahkeme huzuruna avukat sıfatının dışında başka bir sıfatla çıkması halinde cübbe giyemeyeceğine ilişkin düzenleme aynı zamanda savunma mesleğinin yargının bir parçası olmasının da doğal bir sonucudur ve savunma mesleğinin ifası sırasında meslek ile özdeşleşen bir simgedir⁷¹.

Cübbenin fonksiyonel işlevlerinden bir diğeri ise, yargı fonksiyonlarındaki görev ayrılığıdır. Adalet huzurunda görev karışıklığına sebebiyet vermemek için, savunma makamı, itham makamı ve karar makamlarının kıyafetleri ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bu ayrılığın başka bir nedeni yoktur⁷².

Cübbenin başka bir fonksiyonel anlamı da eşitliği ifade etmesidir⁷³. Bu eşitlik, avukatlar arasında bir eşitliği ifade ettiği kadar, yargının üç ayağı olan, iddia, savunma ve karar makamları arasında eşitliği de ifade eder.

c) Cübbeye Giyme Zorunluluğuna İlişkin Düzenleme

Ülkemizde, avukat hâkim ve savcıların duruşmalarda ve kanunlarla belirtilen diğer özel günlerde giymeleri zorunlu olan kılık kıyafete ilişkin düzenlemeleri ve bu düzenlemelere aykırı hareket etmeye bağlanan yaptırımları şu şekilde özetlemek mümkündür.

Avukatlar açısından kılık kıyafete ilişkin düzenleme, Avukatlık Kanunu madde 49'da yer almaktadır. Bu düzenleme, avukatların kılık ve kıyafetlerinin Türkiye Barolar Birliği tarafından belirleneceğini hükme bağlamıştır⁷⁴. Türki-

⁷⁰ ÇELİK, s. İnt; Faruk Erem, *Meslek Kuralları (şerh)*, Ankara 1995, s. 70.

⁷¹ ÇELİK, s. İnt.

⁷² ÇELİK, int; Erem, 70.

⁷³ ÇELİK, int; Erem, 70.

⁷⁴ Atatürk, ilkelerine uymayan, Türk Toplumunun uygar yaşantısına ve geleneğine karşı düşen hüküm ve davranışları avukatlık mesleğine yaraşır kabul etmek asla mümkün değildir. Bu durumu çevrede bilinen bir kimsenin mesleğe kabulüne Avukatlık Kanununun 5/c. maddesi kesinlikle engeldir. Duruşmalara başörtü ile

ye Barolar Birliği, yedinci Genel Kurul toplantısında avukatların resmi kılık ve kıyafetlerini belirlemiş ve bu yönerge, 1975 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Avukatların resmi kılık yönergesinin 1, 2, 3 ve 4.maddelerinde giyilecek olan kıyafet, rengin koyuluğundan ve parlaklığından, yakanın genişliğine ve sırtının uzunluğuna varıncaya kadar en ince ayrıntıları ile düzenlenmiştir. Yönergenin 5.maddesinde giyileceği yerler, 7 ve 8. maddelerinde giyilemeyecek haller ve nihayet yürürlük maddesi olan 9. maddesinde yürürlük tarihi belirtildikten sonra, resmi kılığı olmayan avukatların, mahkeme de görev yapamayacağı ve duruşmalara alınmayacağı hükme bağlanmıştır. Türkiye Barolar Birliği, 27-28 Mayıs 1989 tarihli 20. olağan genel kurulunda, 752/23 sayılı genelge ile, yeni bir meslek kuralı kabul ederek, meslek kuralları şerhinin 20. maddesini şu şekilde değiştirmiştir "Avukatlar ve avukat stajyerleri mesleğe yaraşır bir kılık ve kıyafetle başları açık olarak mahkemelerde görev yaparlar. Duruşmalara Türkiye Barolar Birliği'nce şekli saptanmış cübbe ve temiz bir kıyafetle çıkarlar. Erkek avukatlar iklim ve mevsim koşullarının elverdiği ölçüde kravat takarlar". Türkiye Barolar Birliğinin bu kararın kaldırılmasına ilişkin olarak Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, 19.11.1996 tarih ve 19-92-16977 sayılı bir işlem yapılmış ve bu işlemle, meslek kurallarının 20. maddesinin anayasaya aykırı olduğu, bu nedenle başörtülü avukatların duruşmaya alınıp alınmayacağının takdirinin hâkimlere ait olduğu belirtilmiş ve söz konusu ilke kararının yürürlükten kaldırıldığını, tüm cumhuriyet başsavcılıkları, Devlet güvenlik mahkemesi başsavcılıkları ve bölge idare mahkemesi başkanlıklarına bildirmiştir. Ancak söz konusu idari işlem Danıştay'ın sekizinci dairesi tarafından, Avukatlık Kanununun, avukatların resmi kılık ve kıyafetini belirlemek bakımından münhasıran Türkiye Barolar Birliğine yetki verdiği bir alanda, Adalet Bakanlığınca işlem yapılamayacağı gerekçesi ile iptal edilmiştir⁷⁵.

Avukatların kılık kıyafeti ile ilgili işaret edilen düzenlemeler getirilmekle beraber, yönergeye aykırı davranış herhangi bir yaptırıma bağlanmamıştır. Ancak avukatlara ait yetkiler bir başkası tarafından kullanılırsa (dolayısıyla cübbe de giyilirse), Avukatlık Kanunu madde 63,II'nin ihlali sayılır ve ağır para ceza ile altı aydan bir yıla kadar hapis cezasına mahkum edilir⁷⁶. Üçüncü kişiler bakımından öngörülen bu düzenlemenin avukatlara uygulanamayacağı ortada iken, avukatlar bakımından kılık kıyafet yönergesine aykırı davranma halinde hangi yaptırımın uygulanacağına dair açık düzenleme yapılmamıştır. Ancak mesleğe kabule engeller başlıklı, Avukatlık Kanununun 5/c maddesinde ifadesini bulan „Avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmak“ hükmünden hareketle başörtülü avu-

çıkın avukat kanunun aradığı şartları kaybetmiş sayılacağından 72/a. maddesine göre İevhadan silinmesi gerekir. (26.5.1973-318/4).

http://www.ankarabarasu.org.tr/mevzuat/TBB_ilke_kararlari. 27.03.02.

⁷⁵ Danıştay 8. HD. E. 1996/5341, K.1998/2204., Karar Yayınlanmamıştır.

⁷⁶ EREM, 73.

katlar, mesleğe kabul edilmemekte veya baro levhasından silinmektedir⁷⁷. Cüppe giymemenin ise, avukatlar bakımından bir yaptırımı düzenlenmiş değildir. Avukatların resmi kılık yönergesinin 9. maddesine göre, avukatlar resmi kılığa uymaksızın, mahkemelerde görev yapamazlar ve duruşmaya alınmazlar. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 150, I'e göre, muhakemenin idare ve zabıta işleri, reise aittir. Bu düzenlemeden hareketle hâkim, cübbesiz duruşmaya gelen (veya duruşma sırasında cübbesini çıkaran) avukatı önce uyarmalı, eylem devam ederse duruşmadan çıkararak bağlı bulunduğu baroyu durumdan haberdar etmelidir. Eylemlerin devamlılığı halinde baro, Avukatlık Kanunu 5/c hükmüne dayanarak, avukatın ismini baro levhasından silmelidir.

Hâkim ve savcıların duruşmalarda ve adli yıl açılış törenlerinde giyecekleri kılık ve kıyafetleri ise, 2802 sayılı hâkim ve savcılar kanunu madde 112'ye dayanarak çıkarılan "hâkim ve savcının resmi kıyafet yönetmeliği"⁷⁸ ile düzenlenmiştir. Bu yönetmelikte hâkim ve savcılarının resmi kıyafetleri, cübbenin şekli,⁷⁹ cübbelerin yakaları⁸⁰, giyileceği yerler, cübbenin altına giyilecek kıyafet ve cübbeyi kullanma süresi⁸¹ ayrıntıları ile gösterilmiştir.

Hâkim ve savcılarının resmi kıyafetine ilişkin bir düzenleme de 2575 sayılı Danıştay Kanununa dayanarak çıkarılmış olan Danıştay kıyafet yönetmeliğidir⁸². Bu yönetmelikle Danıştay meslek mensupları, tetkik hâkimleri ve

⁷⁷ EREM, 71.

⁷⁸ Bu yönetmelik 29.3.1998 gün ve 23291 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁷⁹ Yönetmeliğin dördüncü maddesine göre: hakim ve savcılarının resmi kıyafeti, siyah parlak kumaştan yapılmış, geniş kollu, düğmesiz cübbedir. Bu cübbelerin yakalarından başlamak üzere ön kısımları ile iki kol ağzında ve sert yaka kısmının iç ve dışında, Ceza mahkemelerindeki hakim ve savcı sınıfından olanlar için kırmızı, Hukuk mahkeme ve mercilerindekiler için yeşil, İdari yargı hakimleri için gri, renkli astar bulunur.

Savcı sınıfından olanlar ayrıca cübbenin ön yüzünde, sağ omuzundan sarı bir düğme ile başlayış göğüs orta kısmı hizasında biten ve sarkık bir şekilde duran simden yapılmış geniş örgü kordon takarlar. Ayrıca, ek -1'de cüppenin şekli de gösterilmiştir.

⁸⁰ Yönetmeliğin cübbelerin yakaları başlıklı beşinci maddesine göre: cübbe yakaları sert ve dik olup üzerine,

Adli yargıda mahkeme başkanı ile ağır ceza cumhuriyet başsavcısı, idari yargıda ise, bölge idare mahkemesi başkanı ünvan ve sıfatını taşıyanlar, tüm yakayı çeviren defne dalı biçiminde sarı sırma (Ayrıca şekli de gösterilmiştir),

Adli yargıda diğer hakim ve savcılarda, idari yargıda diğer mahkeme başkanları ile, bölge idare mahkemeleri için, yakanın sadece üst ve yan kenarları için defne dalı biçiminde sarı sırma (Ayrıca şeklide gösterilmiştir),

İdare ve vergi mahkemeleri içinde yakanın sadece üst kenarında defne dalı biçiminde sarı sırma, işlenir. Ayrıca bu yaka şekli ek-1 de çizgilerle gösterilmiştir.

⁸¹ Cübbenin kullanma süresi beş yıldır ve cübbeler Adalet Bakanlığınca sağlanır.

⁸² Bu yönetmelik 31.01.2002 gün ve 24657 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

danıştay savcılarının resmi kıyafeti, hâkim ve savcılarının resmi kıyafetine ilişkin yönetmelikte olduğu gibi ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

İşaret ettiğimiz bu yönetmeliklerle düzenlenen resmi kıyafetlere uyulmaması halinde ne gibi bir yaptırım uygulanacağına dair açık bir düzenleme yoktur. 2802 sayılı hâkimler savcılar kanunu madde 65/b bendinde her ne kadar, kılık ve kıyafetinde mesleğin gerektirdiği saygınlığı gözetmemek, kınama cezası olarak düzenlenmişse de, burada sözü edilen kılık ve kıyafet yönetmeliklerde belirtilen kılık ve kıyafet değildir. Genel olarak hâkimlik ve savcılık mesleğini küçük düşürücü ve onun saygınlığı ile bağdaşmayan kılık ve kıyafetlerdir. Bu düzenlemenin dışında 2802 sayılı kanunun 63. maddesinde görevde kayıtsızlık ve düzensizlik, uyarma cezasını gerektiren fiiler arasında sayılmıştır. Kanımızca, yönetmelikte belirtilen kılık ve kıyafetlere uymamak bu madde kapsamında değerlendirilmeli ve bu hükme aykırı hareket edenler uyarma cezası ile cezalandırılmalıdır. Zira, 657 sayılı devlet memurları kanunu madde 125, I-g' de, Belirlenen kılık ve kıyafet hükümlerine aykırı davranmanın uyarma cezasını gerektiren bir fiil olduğu açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca, Hâkimler ve Savcılar Kanununda disiplin cezalarının sıralaması da farklıdır. Söz konusu kanuna göre, uyarma cezasından sonra, aylıktan kesme cezası ve ondan sonra kınama cezası öngörülmüştür. Oysa 657 sayılı kanun disiplin cezalarını, uyarma, kınama, aylıktan kesme... şeklinde sıralamıştır. Bu nedenle, hâkimler ve savcılar bakımından resmi kılık ve kıyafete uymamayı kanun koyucu bu kadar ağır bir müeyyide ile cezalandırmış olamaz.

d) Cübbe Giyme Zorunluluğuna İlişkin Değerlendirme

Cübbe giyme zorunluluğuna ilişkin olarak, verilen bilgiler çerçevesinde şu şekilde bir değerlendirme yapmak mümkündür:

Öncelikle üzerinde durulması gereken husus cübbe giymemenin verilen kararlara bir etkisinin olup olmayacağı sorunudur. Cübbe giyme zorunluluğunun maddî hukûka dayanan temyiz sebepleri ve mutlak bozma sebepleri içerisinde olmadığı açıktır. Nisbi temyiz nedeni ise, Hukuk Usulü Muhakemeli Kanunu madde 428, I-4 ve II' ye göre, bir usul hukuku kuralının yanlış uygulanmış olması ve bu yanlış uygulamanın da karara etki etmiş olmasıdır. Cübbe giymemenin nisbi bir temyiz nedeni de teşkil edemeyeceği ortadır. Netice itibarıyla cübbe giymemenin yaptırımının bireysel olduğu ve verilen kararlara herhangi bir etkisinin olmadığı söylenebilir.

Bugün için özellikle avukatlık mesleği bakımından bütün ülkelerde cübbe giyildiği söylenemez. Mesela, Bulgaristan, Rusya ve Kazakistan da cübbe giyme zorunluluğu yoktur. Bazı ülkelerde ise bazı mahkemeler de yapılan yargılama sırasında avukatların cübbe giyme zorunluluğu yoktur. Mesela Almanya da sulh hukuk mahkemesinde görülen davalarda cübbe giymek zorunlu değildir. Pakistan da ise, anayasa mahkemesi üyeleri dışında cübbe giyme zorunluluğu yoktur. Çin'de cübbe giyme zorunluluğu olmamasına

rağmen, mahkemeye saygı için koyu elbise giymek zorunludur. İngiltere de siyah renkli giysi ile birlikte Barrister-at-Law'lar duruşmalarda beyaz peruk takmak zorundadırlar. Solist'ler duruşmalara girmedikleri için cübbe giyme zorunlulukları bulunmamaktadır⁸³.

Sonuç olarak cübbe giyme zorunluluğunun tarihi kaynaklarının olduğu ve savunma mesleğinin kutsallığının bir göstergesi olduğu söylenebilir de; cübbe giymenin zorunlu olduğu ülkelerde savunma mesleğinin ve yargılamanın layıkıyla ciddi bir şekilde yapıldığı, cübbe giymenin zorunlu olmadığı ülkelerde ise gayri ciddi yapıldığı söylenemez.

2- Yemine İlişkin Bazı Eksikliklerin Varlığı Halinde Şekilcilik

Yeminin tarihi de en az cübbenin tarihi kadar eskidir. Yemine ilk olarak eski mısır ve yunan kaynaklarında rastlanılmıştır⁸⁴. Bütün medenîyetler de ve bütün ülke hukuklarında yemin şu veya bu şekilde yer almış veya almaktadır⁸⁵. Ancak bütün ülkelerdeki yeminin ortak özelliği, herkesce kutsal sayılan veya yemin edecek kişi bakımından kutsal sayılan değerler üzerine edilmesidir⁸⁶.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 339'a göre, gerek mahkeme tarafından resen teklif edilen yemin, gerekse iki taraftan birisinin teklif ettiği yemin mahkeme huzurunda alenen icra edilir. Yine bu maddeye göre, hâkim yalan yere yemin edilmesi halinde ortaya çıkacak cezai sorumluluk ve yemin hakkında yemin edecek kişiyi bilgilendirir. Daha sonra ise, size sorulan sorular hakkında gerçeği söyleyeceğinize, Allahınız ve namusunuz üzerine yemin edermisiniz diye yemin edecek kişiye sorar ve yemin edecek kişide Allahım ve namusum üzerine yemin ederim der. Böylelikle yemin merasimi tamamlanır.

Kanunda yemine ilişkin olarak sözü edilen düzenleme emredici bir nitelik gösterir. Bu nedenle, yeminin yukarıda işaret ettiğimiz formüle uygun olması gerekir. Bu formüle uygun olmayan yemin delil olarak kabul edilemez. Dolayısıyla hâkimi bağlamaz ve böyle bir yemine dayanarak karar verilemez. Böyle bir yemin kanuna ve usule de aykırılık teşkil eder⁸⁷. Taraf yemini hâkimi bağlar. Tamamlama yemini ise hâkimin kanaatini tamamladığından hâkimde var olan terddütü ortadan kaldırmakta ve o yönde karar verilmesini sağlamaktadır. Tanık yemini ise hâkimi bağlamamakla birlikte, hâkim yeminle tanıklık eden birisinin beyanına dayanarak karar verebilir. Ancak yemin

⁸³ ÇELİK, s. int.

⁸⁴ YILMAZ Ejder: *Medeni Yargılama Hukukunda Yemin*, Ankara 1989, s.30 (YILMAZ, -Yemin).

⁸⁵ Ancak sosyalit ülkelerde sosyalizmin bir gereği olarak yemine usul yasalarında yer verilmemiştir. Bkz., YILMAZ, -Yemin, 30.

⁸⁶ YILMAZ, -Yemin, 39.

⁸⁷ YILMAZ, -Yemin, 141.

metninde hâkimin, yemin edecek kişinin beyanına güvenini sağlayan unsur "Allah ve namus" unsurdur. Bu nedenle bu unsurlardaki eksiklik doğrudan doğruya hâkimin kararını etkileyecektir. Bu nedenle, eksik unsurlu yeminin nisbi bir temyiz nedeni teşkil edeceği aşikardır.

Yemine ilişkin ihlal edilen her kural da nisbi temyiz nedeni olamaz. Mesela, tanığa ifadesinden sonra yemin verdirilmesi gerekirken önceden yemin verdirilmesi veya yeminsiz dinlenecek kişilere yemin ettirilmesi gibi hal-lerde yemin prosedürüne uyulmaması hâkimin kararına etkili olmadığından bir temyiz nedeni de teşkil etmez⁸⁸.

Yemin edilirken ayağa kalkılıp kalkılmayacağı veya kimlerin ayağa kalkacağı konusunda her hangi bir düzenleme mevcut değildir⁸⁹. Ancak yeminin kutsallığı gereği yemin edilirken hâkimler de dahil salonda bulunan herkes ayağa kalkmaktadır⁹⁰. Bu kurala uymamakta mahkemenin verdiği hükme etki etmeyeceğinden bir temyiz nedeni olamaz. Ancak duruşmanın inzibatını sağlamakla görevli olan hâkim, yemin edilirken ayağa kalkmayanları duruşma salonundan çıkarabilir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 339' a göre yemin aleni edilmelidir. Aslında bu medenî usul hukuku alanında geçerli olan alaniyet ilkesinin bir neticesidir. Bu kurala uymamak (gizli yapılması gereken bir yargılama değilse) alenilik ilkesinin bir ihlali olacağından mutlak bir temyiz nedenidir⁹¹. Zira, Anayasa madde 141 ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 149'un amir hükmüne aykırı hareket etmek, başlı başına kamusal denetim mekanizmasını devre dışı bırakmak anlamına gelir. Bu bağlamda, hâkimlerin duruşmaya başlarken, aleni duruşmaya başlanıldığını belirterek bu hususu tutanağa geçirmeleri anlamlıdır (Maktu kâğıtlar veya kaşe kullanılsa bile). Çünkü duruşmanın aleni yapıldığını tutanaklar dışında ispatlama imkânı yoktur. Basit ve formalite imiş gibi görünen bu kural aleniliğin ispat vasıtası ve yargıya duyulan güvenin bir aracıdır. Keyfiliği bertaraf eder. Bu nedenle bu kurala uyulmaması da mutlak bozma nedeni teşkil etmelidir.

II-Medenî Usul Hukukunun Amacı Yönünden Şekilcilik

Medenî usul hukukunun amacının ne olduğu hususunda doktrinde ortaya atılmış birbirinden farklı görüşler vardır⁹². Ancak, biz konumuz gereği bu

⁸⁸ AKCAN Recep: *Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri*, Ankara 1999, s.173, 174.

⁸⁹ Daha önce varolan düzenleme için, bkz., Yuk, s. §3-A, I/ 1a.

⁹⁰ YILMAZ, -Yemin, 144.

⁹¹ AKCAN, 71 vd.

⁹² Bu konuda bkz., TAŞPINAR Sema: *Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu*, Faruk Erem'e Armağan, Ankara 1999, s. 759-787; YILMAZ Ejder: *Medeni Yargılama Hukukunda Islah*, Ankara 1982, s. 1 vd (YILMAZ, -Islah);

görüşlerin hepsini teker teker irdelemeyip, söz konusu görüşleri başlıklar halinde toparlayıp geçeceğiz.

Medenî usul hukukunun amacı konusunda ortaya atılan görüşleri şu başlıklar altında toplamak mümkündür:

- Medenî usul hukukunun amacının kesin hükme ulaşmak olduğunu savunan saf yargılama hukuku görüşü,
- Kendiliğinden hak almayı ikame etme görüşü,
- Maddî gerçeğe veya gerçeğe ulaşma görüşü,
- Hukukî barışı koruma görüşü,
- Adalete ulaşmak veya adaletli karar vermek görüşü,
- Hukuk düzenini gerçekleştirmek görüşü,
- Hakları korumak, gerçekleştirmek veya tespit etmek görüşü

Bu görüşlerden çok eskimiş olan ihkakı hakı ikame etme görüşü bir tarafa bırakılacak olursa, bugün için hepsini savunmak mümkündür. Ancak hangi görüş kabul edilirse edilsin, maddî hukukun tanıdığı hakka mahkemeler vasıtasıyla ulaşmayı isteme çabası ortadır. Mahkemeler ise maddî hukukun tanıdığı hakkı, sahibine teslim etmeye çalışırken bir takım kurallara da uygun hareket etmelidir. Ancak burada uyulması gereken kuralların sınırının ne olduğu bir problem teşkil edebilir. Yargılama esnasında hiç şekil kuralı öngörmemek keyfiliğe yol açabileceği gibi, hukukî işlem güvenliğini de bertaraf eder. Ayrıca, yargıya güveni de sarsar. Aşırı şekil kuralları öngörmek ise, maddî hukukun tanıdığı hakka ulaşmayı çok güçleştirebileceği gibi bazen de imkansızlaştırabilir.

Hukuka uygun bir yargılama yapmanın güvencesini teşkil eden şekilcilik, maddî hakkı yutacak derecede kullanılmamalıdır. Başka bir ifade ile şekilcilik medenî usul hukukunun amacına hizmet eden bir araç olmaktan çıkılarak bir amaç haline getirilmemelidir. Aksi takdirde yargılama taraflar arasında usulün şekilciliğini kullanma yarışına döner ve medenî usul hukukunun amacı bir tarafa bırakılır⁹³. Bu yarış neticesinde verilecek kararlar ise, esas hakkın yitirilmesi neticesini doğurur ki, bu adalet / nesafet ve usulî hakkaniyet ilkeleri ile bağdaşmaz⁹⁴. Katı şekilciliğin maddî hukukun doğurduğu hakların kaybına neden olması, vatandaşların hukuka olan saygısını yitirme neticesi doğuracağından, toplumsal barışın bozulmasına yol açar⁹⁵. Öyleyse burada

KONURALP Halûk: *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, Ankara 1999, s. 5 vd.

⁹³ YILMAZ, 81.

⁹⁴ YILMAZ, 81.

⁹⁵ YILMAZ, 82.

kanun koyucu, mümkün mertebe yargılamayı süratlendirici ve gerekli olan şekli düzenlemelidir⁹⁶. Bu düzenleme o işlem için gereken şekli aşmamalıdır. Şekli, o kuralla ulaşılmak istenen menfaat sınırlamalıdır⁹⁷. Geçerlilik şekli şartı olmayan bir şekil kuralı ancak, işlem güvenliğinin gerektirmesi, taraflar ve mahkeme bakımından gerekli olması halinde düzenlenmelidir. Bu şekil makul bir anlam ve amaca sahip olmalıdır⁹⁸. Hâkim de her somut olayın şartlarına göre karar vermeli ve şekilsizlik ile aşırı şekilcilik arasında bir orta yol bulmalıdır⁹⁹. Ayrıca, hâkim, şekile ilişkin diğer düzenlemeleri de anaysaya uygun olarak, hak arama özgürlüğüne aykırı olmayacak şekilde yorumlamalı ve aşırı şekilciliğin önüne geçmelidir¹⁰⁰.

Medenî usul hukukunun amacı yönünden şekilcilik, hiç bir şekilde maddî hukukun tanıdığı hakkı ortadan kaldırılacak şekilde kullanılmamalı, onun özünün başladığı yerde bitmelidir.

III-Medenî Usul Hukukunda Süreler Yönünden Şekilcilik

Medenî usul hukukunda düzenlenmiş olan sürelerin bir kısmı mahkemeler için öngörülmüş olan sürelerken, bir kısmı da taraflar için öngörülmüş olan sürelerdir. Mahkemeler açısından öngörülmüş olan süreler hak düşürücü değildir (HUMK, m.225, 381,II gibi). Bu nedenle o sürede işlemin yapılması işlemin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Ancak süresinde işlemin yapılmaması kusurlu ise hâkimin disiplin sorumluluğunu ve tazminat sorumluluğunu gerektirebilir¹⁰¹.

Taraflar için ise iki türlü sürenin varlığından bahsedilebilir. Kanunun verdiği süreler kural olarak kesindir ve hak düşürücüdür. Meselâ, temyiz süresinde olduğu gibi. Bu sürede işlem yapılmazsa, eski hale getirme şartları da oluşmamışsa, işlem bir daha düzeltilemez. Ancak kanunun tayin ettiği bazı süreler de vardır ki, bu süreler kesin olmayıp hâkim tarafından, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 159'a dayanarak uzatılıp kısaltılabilir. Mesala, cevap layihasında olduğu gibi.

Taraflar bakımından hâkim de süre tayin edebilir. Fakat bu süreler kural olarak kesin değildir. Kesin ise hâkim bunu mutlaka kararında belirtmelidir. Hâkimden süre alan taraf süresinde işlem yapmazsa, haklı nedenlere dayana-

⁹⁶ LUTZ Oskar: *Gültigkeits-und Ordnungsvorschriften im Prozzess*, (Schweizerische Juristen-Zeitung, Heft 10, Zürich 15 Mai 1948, s.148,- 151), s. 150.

⁹⁷ SCHMID, 76.

⁹⁸ LUTZ, 145.

⁹⁹ SCHMID, 29.

¹⁰⁰ SCHMID, 57.

¹⁰¹ KURU / ARSLAN / YILMAZ, 863.

rak yeniden hâkimden süre alabilir. Bu ikinci süre hâkim kararında belirtmese bile kesindir. Bir daha uzatılamaz¹⁰².

Süreler bağlamında şekilcilik değerlendirildiğinde, özellikle mahkemeler için öngörülmüş süreler de mahkemelerin işlemi süresinde yapmamalarına ciddi bir yaptırımın bağlanmamış olması nedeniyle keyfilik ön plana çıkabilir. Ayrıca, mahkemeler için öngörülen süreler içerisinde gerekli işlemlerin yapılmamasına bir müeyyide öngörülmemesi, hak arama özgürlüğüne de bir engel teşkil eder.

Kanun koyucu tarafından kesin süre konulurken, kanun yapma tekniğine uygun olarak, bu süre açıkça ifade edilmelidir. Böylelikle bu sürelerin önceden öğrenilmesi mümkün olabilir¹⁰³.

Benzer durum hâkimin tayin ettiği süreler bakımından da geçerlidir. Hâkim süreleri tayin ederken tarafların menfaatlerini karşılıklı olarak dengelemeli ve söz konusu işlemle korunacak menfaati de dikkate alarak, keyfilik engelleyici ve maddî hukukun tanıdığı hakka makul sürede ulaşmayı ortadan kaldıracak bir süre vermemelidir. Ayrıca vermiş olduğu süreyi açıkça belirttikten sonra sürenin kesin olup olmadığını da belirtmelidir¹⁰⁴.

Sürelerin kaçırılmasına karşı kanun bir çare öngörmüştür. Hukuk Usulü Muhakemeli Kanunu madde 166'ya göre, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunda öngörülen veya hâkimin tayin ettiği kesin sürelerin kaçırılması halinde, madde 167'de öngörülen şartlar var ise eski hale getirme yoluna başvurulabilir¹⁰⁵.

Bu bağlamda yargılamanın kendisi de makul sürede tamamlanmalıdır. Bu süre, yargılamaya katılanların sinirlerini koruyabileceği oranda olmalı ve yargıya başvuranı pişman etmemelidir¹⁰⁶.

IV-İspat Kuralları Yönünden Şekilcilik

İspat talebin konusu ile ilgili hukuksal sonucu öngören, hukuk normundaki öge olayların gerçekleştiği hakkında kanaat uyandırmak için girilen inandırma eylemidir. İnandırma eylemi için başvuru vasıtalarına ise delil denir¹⁰⁷.

Medenî usul hukuku alanında kanuni delil sistemi geçerlidir. Bu sisteme göre hâkim, kesin hüküm, senet, ikrar ve yemin delilleri ile bağlıdır. An-

¹⁰² KURU / ARSLAN / YILMAZ, 862.

¹⁰³ LUTZ, 151.

¹⁰⁴ LUTZ, 151.

¹⁰⁵ TERCAN, Erdal: *İcra ve İflas Hukuku Açısından Eski Hale Getirme*, (Batider, C.XIX, S.4, s.117-130), s. 117.

¹⁰⁶ STAACHELİN, 107.

¹⁰⁷ YILMAZ, 82; KONURALP, 9; TAŞPINAR, 36.

cak medenî usul hukukunun bel kemiğini oluşturan ispata ilişkin kuralları (özellikle kanuni delil sistemini) teknolojik gelişmeler değişmeye zorlamaktadır. Bu gün için fax ve e-mail klasik haberleşmenin yerini almış, neredeyse onları yok etmiştir¹⁰⁸. Hâkimin işaret edilen kesin delillerle bağlı olması, bazı delillerin gerçeği temsil edip etmediğini araştırma yetkisine sahip olmaksızın karar vermesi sonucunu doğurmaktadır¹⁰⁹.

İspat kuralları bakımından şekilcilik, özellikle belirli vakıaların mutlaka belirli delillerle ispatlanması gereğinden ortaya çıkmaktadır. Özellikle senede karşı senetle ispat kuralı ve belirli bir meblağı geçen hukukî işlemlerin senetle ispatlanması zorunluluğu bu alandaki şekilciliğe bariz örnek teşkil eder (HUMK. m.288). Senetle ispat zorunluluğu olarak ifade edilen bu hallerde maddî hukukun tanıdığı hakka ulaşmak mutlaka kanunun öngördüğü şekilde yapılmalıdır. Aksi halde maddî hukukun tanıdığı hakka ulaşmayı engeller. Medenî usul hukuku alanında geçerli olan en katı şekilcilik kuralı da senetle ispat zorunluluğudur. Hâkimin somut olayın özelliklerine göre bu kuralı ortadan kaldırma veya yorum yolu ile düzeltme gibi bir imkânı da yoktur. Oysa modern usul hukukunda hâkim, delilleri serbestçe değerlendirir ve getirilen delillerin ileri sürülen vakıaları ispatlamaya yetip yetmeyeceğine karar verir¹¹⁰.

V- Usul İşlemleri Yönünden Şekil ve Şekilcilik

1-Genel Olarak

Usulî işlem, koşulları ve hükümleri yargılama hukuku tarafından belirlenen, yargılamayı yürütmeye ilişkin olarak mahkemenin veya tarafın yaptığı faaliyetlerdir. Bir başka ifade ile usulî işlemler, yargılamayı başından sonuna kadar şekillendiren işlemlerdir. Bu nedenle usul işlemlerinin amacı yargılamayı yönlendirmektir¹¹¹.

Usul işlemleri bir hukukî sonuç elde etmek amacıyla yapılır; fakat hüküm ve sonuçlarını usul hukuku alanında doğurarak, usul hukuku alanında etkili olurlar. Bir başka ifade ile usul işlemleri sadece, yargılamada hukukî sonuç doğurup etkili olurlar. Bunun dışında herhangi bir etkileri yoktur. Bu nedenle, bu yönü ile usulî işlem kavramı özel hukuk alanında bir hukukî işlem değildir¹¹².

¹⁰⁸ YILMAZ Ejder: (TAŞPINAR Sema: *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*, Ankara 2001, Önsözden, s.8), s. 8; KONURALP, 11; TAŞPINAR, 36.

¹⁰⁹ KONURALP, 10; TAŞPINAR, 199.

¹¹⁰ STAACHELİN, 106, dn.3.

¹¹¹ YILMAZ, -*İslah*, 98; KARSLI, Abdürrahim: *Medeni Usul Hukukunda Usulî İşlemler*, İstanbul 2001, s. 29.

¹¹² KARSLI, 25.

Doktrindeki incelemelerde iki farklı usulî işlem kavramının kullanıldığı görülmektedir. Birincisi dar anlamda usulî işlemdir ve yukarıda verdiğimiz tanım, dar anlamda usulî işlem kavramına da uygun bir tanımdır. Bu tanımdan hareketle, dar anlamda usulî işlemde şu unsurların bulunması gerektiği söylenebilir.

- Yapılan usul işlemi davada etkili olmalı.
- Yargılamanın başlamasından hükmün kesinleşmesine kadar herhangi bir safhada yapılabilmesi.
- Şartları ve hükümleri usul hukuku tarafından düzenlenmeli.
- Etkileri usul hukuku alanında ortaya çıkmalı.

Doktrindeki bir başka görüş de¹¹³, usulî işlem kavramından geniş anlamda usulî işlemin anlaşılması gerektiğini savunur. Bu görüşe göre, bir işlemin usul hukuku işlemi olup olmadığını belirlemek için, o işlemin asli ve doğrudan etkilerini hangi alanda doğurduğuna bakmak gerekir. Yani yapılan işlem icra edilebilmekle asli, karakteristik ve doğrudan etkilerini usul hukuku alanında doğuruyorsa, o işlemi usulî işlem saymak gerekir. Bunun haricinde bu işlemi usul işlemi olarak adlandırmak için şartlarının usul hukuku tarafından düzenlenmesine gerek yoktur¹¹⁴.

Bu görüşün ileri sürdüğü temel ayırıcı kriter olan asli etkilerden, işlem-den ayrı düşünilemeyen, bu işlemle hedeflenen etkilerin anlaşılması gerekir. Bu kriterden hareketle, bir davada ileri sürülmekle ya yargılamanın inşasına veya davada durumun ortaya çıkmasına, yargılamanın ilerlemesine veya engellenmesine sebep olan her işlem, usulî işlem olarak kabul edilir.

Bu görüşü savunan yazarlar, usulî işlem tanımında yer alan “ taraf veya mahkemece yapılmış olma ” unsurunun onu davadaki diğer fiillerden (mesela davadaki üçüncü kişilerin, tanıkların veya bilirkişilerin işlemleri); usul hukuku alanında etkili olması unsurunun ise, onu maddî hukuk fiillerinden ayırdığını ileri sürerek bu ölçütleri usulî işlem için yeterli saymaktadırlar¹¹⁵.

2- Usulî İşlemlerin Türleri

Doktrinde, usul işlemi yapan şahıs veya merciye göre taraf usul işlemleri ve mahkeme usul işlemleri olarak ikili bir ayrıma tabi tutularak incelenmektedir.

¹¹³ KARSILI, 43-49; TAŞPINAR, 70; ALANGOYA Yavuz: *Medeni Usul Hukukunun Esasları*, İstanbul 2000, s.144 (ALANGOYA –Usul I).

¹¹⁴ KARSILI, 49; TAŞPINAR, 70.

¹¹⁵ KARSILI, 48.

a) Mahkeme Usul İşlemleri

Mahkeme usul işlemleri, davanın yürütülmesi ve sonuçlandırılması için hâkim tarafından yapılan işlemler ve verilen kararlardır¹¹⁶. Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi en önemli mahkeme usulî işlemleri kararlar ve hükümlerdir. Ancak bunlar dışında mahkemenin iç işleyişi ve dış işleyişi ile ilgili vermiş olduğu kararlarda usulî işlemlerdir.

Mahkemelerin yapmış oldukları en önemli usul işlemleri kararlar ve hükümlerdir. Kararlar da ikili bir ayrıma tâbi tutularak incelenebilir. Bunlardan ilki ara kararlardır.

Ara kararlar, taraflar arasındaki ihtilafı sona erdirmeyip, yargılamanın devamını temin eden kararlardır. Hâkim hüküm verinceye kadar, bir yargılama içerisinde birden fazla ara kararı vermesi mümkündür. Bilirkişi incelemesi yaptırmaya karar vermek, davaların birleştirilmesine veya ayrılmasına karar vermek gibi. Ara kararlar tek başlarına temyiz edilemezler¹¹⁷. Verilen ara kararlar taraflardan birisi lehine usulî müktesep hak doğmamışsa, hâkim ara karardan dönebilir.

Bir diğer karar çeşidi ise mahkemeler tarafından verilmiş olan nihai kararlardır. Nihai kararlar hâkimin davadan elini çekmesi sonucunu doğuran ve tek başına temyiz edilebilen kararlardır. Hâkim, davadan elini çektiği andan itibaren artık bu karardan dönemez¹¹⁸.

Nihai kararlarda uyuşmazlığı esastan çözen nihai kararlar; usule ilişkin nihai kararlar ve davanın konusuz kalması halinde verilen “ davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına ” ilişkin nihai kararlar olmak üzere üçe ayrılarak incelenebilir.

b) Taraf Usul İşlemleri

Davanın açılmasından hükmün kurulmasına kadar yargılamanın ilerlemesi amacıyla tarafların aralarında yaptıkları ya da tarafla mahkeme arasında yapılan işlemler taraf usul işlemleri olarak adlandırılır. Bu işlemler, yargılamanın yürütülmesine yarayan ve bu şekilde davanın sonucuna etkili olan irade ve bilgi açıklamalarıdır¹¹⁹.

Taraf usul işlemleri de çeşitli ayrımlara tabi tutularak incelenebilir. Taraf usul işlemleri ile ilgili olarak yapılan ilk ayırım, tek taraflı usul işlemleri ve usul sözleşmeleridir. Kural olarak bütün taraf usul işlemleri tek taraflıdır. Ancak bunun istisnasını usul sözleşmeleri oluşturur¹²⁰. Taraf usul işlemleri ile

¹¹⁶ PEKCANITEZ, 138; TAŞPINAR, 66-70.

¹¹⁷ KURU/ARSLAN/YILMAZ, 730.

¹¹⁸ KURU/ARSLAN/YILMAZ, 538.

¹¹⁹ KARSLI, 155; PEKCANITEZ, 131; YILMAZ, 99; ALANGOYA–Usul I, 144.

¹²⁰ TAŞPINAR, 73.

ilgili bunun dışında yapılan en önemli ayırım, usulî işlemin davadaki etkisine göre, yapılan ayırımdır. Usulî işlemin davadaki etkisine göre usulî işlemleri iki başlık altında toplamak mümkündür.

i-Hâkimin Kararıyla Etkili Olan Usulî İşlemler

Bu tür işlemlerin kendisinden beklenen hukukî sonuçları doğurabilmesi için mutlaka hâkimin bir kararına ihtiyaç vardır. Hâkimin bir kararı olmadan hukukî bir sonuç doğurmazlar. Ayrıca bu işlemler hükmün gerekçesini oluştururlar ve sonuca götürücü işlemlerdir. Bu tür işlemleri de kendi içerisinde üç gruba ayırmak mümkündür.

- **Talepler** : Mahkeme veya mahkeme organlarına hitaben yapılmış ve bir karar verilmesi arzusunun içeren istekler talep olarak adlandırılır. Meselâ, kanun yollarına müracaat, dava dilekçesi, davaların birleştirilmesi talebi gibi¹²¹. Bu tür işlemler, Alman- İsviçre doktrininde etki etme sonucunu doğuran usulî işlemler olarak adlandırılmaktadır¹²².

- **İddialar** : İddiaları da tarafın, hukukî iddia niteliğinde ileri sürmüş olduğu iddialar ve vakalara ilişkin olarak ileri sürmüş olduğu iddialar diye ikili bir ayırma tâbi tutulabilir. Ancak biz bu ayrımlara konumuzu fazla ilgilendirmede için girmeyeceğiz¹²³. İddialar bir konu hakkında tarafın kendi düşüncesini anlatan açıklamalar olduğundan yargıcı bağlamaz¹²⁴.

- **Delil ikamesi** :İleri sürülen iddianın doğruluğu hakkında hâkimi inandırma faaliyeti ise, delil ikamesi olarak adlandırılır¹²⁵.

ii- Hâkimin Kararı Olmaksızın Etkili Olan İşlemler

Bu tür işlemlerin etkili olması için hâkimin bir karar vermesine gerek yoktur. İcra edilmeleri ile etkinliklerini kendiliğinden doğururlar. Bunlara örnek olarak; kanun yollarına müracaattan feragat, yeminin ifası veya reddi verilebilir¹²⁶. Bu tür işlemler Alman ve İsviçre doktrininde sebep olam etkili hukukî işlemler olarak adlandırılmaktadır. Zira taraf işlemi yapmakla mahkemeye hiç bir karar verilmesine gerek kalmaksızın netice ortaya çıkmaktadır¹²⁷.

3- Usulî İşlemler Yönünden Şekilciliğin Değerlendirilmesi

Süreler kısmında yaptığımız değerlendirmeler de usulî işlemlerde şekilciliğin bir boyutunu teşkil etmektedir. Ancak tekrardan kaçınmak için aynı konuya yeniden değinmeyeceğiz. Sürelerin dışında şekilcilik, özellikle hâki-

¹²¹ KARSILI, 158; YILMAZ, *Islah*, 104.

¹²² SCHMID, 96.

¹²³ KARSILI, 158; YILMAZ, *Islah*, 104.

¹²⁴ KARSILI, 159; YILMAZ, *Islah*, 105.

¹²⁵ KARSILI, 160; YILMAZ, *Islah*, 106.

¹²⁶ KARSILI, 161; YILMAZ, *Islah*, 108.

¹²⁷ SCHMID, 97.

min duruşmanın iç işleyişine ve dış işleyişine ilişkin olarak yapmış olduğu işlemlerde, hâkimin kararı ile etkili olan işlemlerde ve hâkim kararına gerek göstermeyen taraf işlemlerinde kendini gösterir.

Mahkemenin yaptığı usul işlemlerinden kararların ve hükmün mutlaka belirli bazı hususları içerecek olması, gerekçeli olması ve altının hâkim ve zabıt kâtibince imzalanması şekle ilişkin kurallarmış gibi bir izlenim uyandır- sa da, kararlar ve hüküm bakımından, bu kurallar şekle değil esasa ilişkin ku- rallardır. Bu şekilde verilmemiş bir karar veya hüküm düşünülemez. Bu şekle aykırı hareket etme de hükmün bozulmasını gerektirir.

Mahkemenin yargılamanın iç işleyişine ve dış işleyişine ilişkin kural- larda ise şekilcilik daha üst düzeydedir. Yargılamanın sağlıklı bir şekilde ya- pılabilmesi için bu kuralların mutlaka bu şekilde yapılması şart değildir. Fa- kat herhangi bir şekilde yapılması şarttır. Mesela, delillerin inceleme sırası veya tebligatın yapılması, duruşma gününün tayin edilmesi ve bildirilmesi gibi. Mahkeme tarafından usul işlemleri yapılırken maddî hukukun tanıdığı hakka ulaşmayı geciktirecek veya engelleyecek tarzda işlemler yapılmamalı, ayrıca bu tür işlemler yargılamanın makul bir sürede ve belli bir düzen içeri- sinde yapılmasına hizmet etmelidir. Bu tür işlemler duruma göre bir temyiz nedeni olabilir ve işlemin bozulmasını gerektirebilir. Mesela, tebligat yapıl- maksızın duruşma yapılmış olması gibi.

Taraf usul işlemlerinde ise, özellikle hâkimin kararına gerek omaksızın hüküm ve sonuçlarını doğuracak usul işlemlerinin yapılması sırasında da şekil kuralları ön plana çıkabilir. Söz konusu halde de kanun koyucu her iki tarafın menfaatlerini dengeleyici hükümler koymalıdır. Şekle ilişkin getirilen düzen- lemeler, usul işlemini yapacak olan tarafın o işlemi yapmasını güçleştirir ma- hiyette olmamalıdır. Ayrıca diğer tarafında hakkını sürüncemede bırakacak bir nitelik göstermemelidir. Mesela, ıslah açısında kanunumuzda öngörülen düzenlemelerde bu hususun gerçekleştiği söylenebilir. Hukuk Usulü Muha- kemeleri Kanununa göre, bir davada her iki taraf ancak bir kez ıslah yoluna başvurabilir (m.83). Islah sözlü veya dilekçe ile yapılabilir (m.85). Kanun ko- yucu, ıslahın bir kez yapılmasına izin vererek davanın geciktirilmesini ve maddî hukukun tanıdığı hakka ulaşmanın gecikmesini engellemiş; yazılı veya sözlü olarak yapılmasına izin vermekle de gereksiz formalitelerin önüne geçe- rek işlemin yapılmasını basitleştirmiştir. Yine, dava dilekçesi ve cevap layiha- sı gibi hâkimin kararına gerek olmaksızın yapılan usul işlemleri, ıslah gibi hâkimin kararına gerek olmayan başka bir usul işlemi ile düzeltilebilmekte veya tamamen yenilenmektedir¹²⁸.

Benzer şekilde taraf usul işlemlerinin düzeltilmesi mümkündür. Bu ek- siklikler ek bir süre verilerek tamamlanacağı gibi, yorum yolu ile de düzelti-

¹²⁸ LUTZ, 150, 151; SCHMID, 141.

lebilir¹²⁹. Mesela, cevap layihasında veya dava dilekçesinde kanuni noksanlıklar bulunması halinde bu işlemlerin ek süre verilerek düzeltilmesi, ya da idari yargıda yanlış gösterilen davalının mahkeme tarafından doğru davalıya teşmil edilmesi gibi.

B-Şekle Aykırılığın Sonuçları

Medenî hukuk alanında şekil kurallarına uymamanın yaptırımına ve bu alanda geçerli olan şekil kurallarının amacına yukarıda işaret etmiştik. Bu alanda genel kabul gören görüşün, geçerlilik şekil şartına uyulmaması halinde mutlak butlan ve geçerlilik şekil şartına aykırı olarak yapılan bir sözleşmede, tarafların edimlerini bilerek ve isteyerek ifa etmişlerse kendine özgü geçersizlik olduğuna da değinmiştik¹³⁰. Yine şekil kurallarının maddî hukuk ve medenî usul hukuku bakımından amacının farklı olduğunu da belirtmiştik¹³¹. Bu başlık altında tekrardan kaçınmak maksadı ile bu konulara tekrar değinmeyeceğiz.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 82'de, usule yönelik merasim kuralları esaslı merasim ve esaslı olmayan merasim şeklinde ikiye ayrılmış ve esaslı merasime uyulmaması halinde bu işleminde geçersiz olacağı hükme bağlanmıştır¹³². Bu belirlemeden sonra esaslı merasimden ve esaslı olmayan merasimden ne anlaşılması gerektiği hususuna geçebiliriz.

I-Esaslı Olan Şekle Aykırılık

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 82,I, esaslı merasime riayet edilmeksizin yapılan usule aykırı işlemlerin menfaati bulunan kimsenin davayı takipten evvel¹³³ talebi üzerine iptal edileceğini hükme bağlamıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrası ise, kamu düzeni ve usul işlemlerinin amacını gerçekleştirmeye yarayan şekilleri esaslı merasim saymıştır.

1-Kamu Düzeni Amacı ile Konulmuş Şekil Kurallarına Aykırılık

Kanunda hangi işlemlerin kamu düzenine ilişkin olduğu hususunda bir açıklık yoktur. Bu konuda bütün usul işlemleri açısından bir kıstas da koymak mümkün değildir. Zira kamu düzeni değişken bir kavramdır. İşlemi yapan kişiyi düşünmeye sevketmekten başka, kamu gücünü ve otoritesini sağlamak amacı ile konulmuş olan hükümlerin kamu düzenini ilgilendirdiği kabul edi-

¹²⁹ LUTZ, 150, 151; SCHMID, 141.

¹³⁰ Bkz, Yuk, s. §2-A.

¹³¹ Bkz., Yuk., s. § 1-B.

¹³² PEKCANITEZ, -Usul, 135.

¹³³ Bu ifade davayı takipten önce değil, daha sonraki usuli işlemlere girilmeden önce şeklinde anlaşılmalıdır. Aksi Takdirde madde 82,I hükmünden beklenen amaç gerçekleştirilmez. YILMAZ, -Islah, 115.

lir¹³⁴. Bu anlamda hem mahkemelerin hem de tarafların zamanını tasarruf eden işlemler kamu düzenindendir¹³⁵. Mesela, yargılama sırasında taraflara farklı imkanlar tanınması, davanın gereksiz yere uzatılması, hakkın kötüye kullanılması kamu düzenindendir. Bu nedenle kanun koyucu, ıslahın ve eski hale getirmenin birden fazla yapılmasına izin vermemekle, davanın gereksiz yere uzamasını engelleme ve kötü niyetli insanlara prim vermeme amacını gütmektedir¹³⁶. Benzer şekilde ikinci tanık listesinin verilmesinin yasaklanması ile de aynı amaç güdülmüştür¹³⁷.

Kamu düzeni amacı ile konulmuş olan şekil kurallarına aykırı davranma bağlamında üzerinde durulması gereken husus, şekle aykırı davranma halinde hangi yaptırımın uygulanacağıdır. Kanunun ifadesinden, burada bir iptal edilebilirlik müeyyidesinin varlığı ortaya çıkmaktadır. Çünkü kanun hem bu işlemlerin ileri sürülme zamanını sınırlamış, hem de işlemin ortadan kaldırılmasını tarafın talebine bağlamıştır. Ne var ki bu düzenlemenin kamu düzeni ile uyuştuğunu söylemek mümkün değildir. Söz konusu düzenlemeler kamu düzeni amacı ile getirilmişse, hâkim bu kurallara aykırı hareket edildiği anda bu davranışa prim vermemeli ve şekle aykırılığı resen dikkate almalıdır¹³⁸.

Yargıtay da verdiği bir kararında, ikrar beyanının tutanağa geçirilip imzalanmaması halinde, kamu düzeni amacı ile konulmuş olan kurallara aykırı hareket edildiği ve bu nedenle böyle bir ikrarın varlığından bahsedilemeyeceğini belirtmiştir¹³⁹.

Kanımızca da doktrin ve uygulama da ileri sürülen görüşler isabetlidir. Zira kamu düzeni amacı ile konulmuş olan kurallar sadece davanın taraflarını değil, aynı zamanda mahkemenin kendi varlığını da korur¹⁴⁰. Yargıya güven duyulmasının sağlanmasına ve toplumsal barışa hizmet eder. Bu nedenle hâkim tarafından resen dikkate alınmalıdır.

¹³⁴ BİLGE Necip / ÖNEN Ergun, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Ankara 1978, s. 287; POSTACIOĞLU İlhan: *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, İstanbul 1975, s. 339.

¹³⁵ BİLGE/ÖNEN, 287; POSTACIOĞLU, 339.

¹³⁶ PEKCANITEZ, -Usul, 136; POSTACIOĞLU, 340.

¹³⁷ PEKCANITEZ, -Usul, 136.

¹³⁸ PEKCANITEZ, -Usul, 137; POSTACIOĞLU, 340; ÜSTÜNDAĞ Saim: *Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II*, İstanbul 2000, s. 427; HAKER Mustafa: *Hukuk Usulü Muhakemeleri Bakımından Kamu İntizamı*, (İBD., C.XXXIV, 1960, S.11-12, s.407-410) s. 408.

¹³⁹ HGK., 24.5.1967., E.9/1378, K.274, İKİD. 79, s. 5468.

¹⁴⁰ HAKER, 408.

2- Usul İşlemlerinin Amacını Gerçekleştirmeye Yarayan Şekil Kurallarına Aykırılık

Esaslı merasime uymama hallerinden bir diğeri de, usule uyulmaması dolayısıyla şekil ile güdülen amaca varılamıyor olmasıdır. Böyle bir durumda şekil ile güdülen amaca ulaşılammaması halinde işlemin iptal edilmesi söz konusu olur. O şekil kuralına uyulmamasına rağmen amaca ulaşılmışsa işlemin iptaline gerek kalmaz. Mesela, davalıya gönderilen davetiyede duruşma gün ve saati yoksa ve davalı bu yüzden duruşmaya gelememişse, ilk davetiye iptal edilecek, davalıya yeni bir davetiye gönderilecektir. Ancak söz konusu eksikliğe rağmen davalı duruşmaya gelmişse artık davetiyenin amacı gerçekleştirildiğinden eksikliğe rağmen davetiye iptal edilmeyecektir¹⁴¹.

II-Esaslı Olmayan Şekil

Medenî Usul Hukuku alanında, kamu düzenini sağlama ve usul işlemlerinin amacının gerçekleşmesini sağlama dışında öngörülmüş olan şekil kuralları da vardır. Bu tür şekil kuralları ile güdülen amaç diğer tarafın savunmasını kolaylaştırmaktır¹⁴². İşaret edilen halde, münhasıran o işlemi yapan veya o işlemin karşısında bulunan korunur. Bu yüzden bu işlemler iptal edilmezler (HUMK. m.83,III). Talep üzerine eksik kısımları tamamlatılır veya düzeltilir. Mesela, iki tarafında açık yazım hataları, hâkimin açık yazım hataları her zaman düzeltilebilir (HUMK. m.80). Yine dava dilekçesinde unutulmuş imza eksikliği her zaman düzeltilebilir¹⁴³.

C-Şekle Aykırı Usul İşlemlerinin Düzetlenmesi

I-Mahkeme Usul İşlemlerinin Düzeltilmesi ve Düzeltmeye Yetkili Mercî

Mahkemenin şekle aykırı işlem yapması halinde, bu işlemlerin düzeltilmesi gerekir. Zira, mahkemenin şekle aykırı bir davranışı nedeni ile maddî hukukun tanıdığı hakka ulaşılammaması düşünülemez. Ne var ki, şekil kurallarına aykırı davranış ister ilk derece mahkemesi ister son inceleme mercî tarafından yapılsın, medenî usul hukukunda tarafların talebi dışında kanun yollarına gidilemediğinden (kanun yararına temyiz dışında), mahkeme tarafından usul kurallarına uyulmaması da, maddî hukukun tanıdığı haklara kavuşmayı engelleyebilir. Ancak, kanun yoluna gidilmesinden sonra talepte bulunulmasa dahi üst derece mahkemesinin şekil eksikliğini resen dikkate alması mümkündür¹⁴⁴.

¹⁴¹ BİLGE /ÖNEN, 288; PEKCANITEZ, 137; POSTACIOĞLU, 338; ÜSTÜNDAĞ, 426.

¹⁴² BİLGE /ÖNEN, 289; PEKCANITEZ, 137; POSTACIOĞLU, 339.

¹⁴³ PEKCANITEZ, -Usul, 137.

¹⁴⁴ YILMAZ, -Islah, 111.

Mahkeme tarafından şekil kurallarına uyulmamış olması halinde işlem, ilk derece mahkemesince henüz nihai karar verilmemişse (hâkim, dava dosyasından elini çekmemişse) şekile aykırılık ilk derece mahkemesince; nihai karar verilmişse temyiz mahkemesi tarafından düzeltilir. Buna göre karar, düzeltilir, bozulur veya düzeltilerek onanır. Ancak mahkemeler tarafından ihlal edilen şekil kuralı, mutlak temyiz nedenlerinden olmalı ya da hükmün esasına etkili olmalıdır (nisbi temyiz nedeni)¹⁴⁵. Bu iki halden birisi yoksa, ilk derece mahkemesince nihai karar verildikten sonra mahkeme tarafından yapılan şekle ilişkin hataları düzeltmek mümkün değildir.

Temyiz mahkemesince şekil kurallarına aykırı hareket edilmesi halinde, usul kurallarına aykırılık neticesinde bir temyiz nedeni ortaya çıkmışsa, şekil kurallarına aykırılık kararı veren daire veya kurul tarafından incelenip giderilecektir (HUMK. m.440,I-4).

II-Taraf Usul İşlemlerinin Düzeltilmesi

Taraf usul işlemlerinin düzeltilmesi konusu üzerinde daha önce farklı bölümlerde durduğumuzdan, o bölümlerde değindiğimiz hususlara burada tekrar değinmeyip¹⁴⁶, bu konuya ilişkin olarak vardığımız neticeleri açıklamakla yetineceğiz. Taraf usul işlemlerinin düzeltilmesi bakımından netice itibarıyla şunları söylemek mümkündür:

Esaslı merasime uymama hallerinden kamu düzenine aykırılık halinde, kanun her ne kadar talep üzerine iptal edilir dese de, hâkim tarafından resen dikkate alınmalı ve düzeltilmelidir.

Esaslı merasime uymama hallerinden, usul kuralının amacının gerçekleşmesine engel olan şekil kuralının varlığı halinde ise, işlemin amacı o kurala uyulmadan da gerçekleşmiş ise, işlem geçerli olarak kalmalı, gerçekleşmemişse talep üzerine iptal edilmelidir.

Esaslı olmayan şekil kurallarına aykırılık halinde ise işlemin iptali yoluna değil, işlemin düzeltilmesi yoluna gidilmelidir.

İşaret edilen bu hususların varlığı halinde işlemi düzeltecek olan ilk derece mahkemesidir. İlk derece mahkemesi şekil kurallarını yorumlarken kanun hükümlerinin emredici olmadığı hallerde, tarafların menfaatlerini dikkate alarak bir yorum yapmalıdır.

Hâkimin kamu düzenine aykırılık halinde işlemi iptal etmemesi veya talep üzerine usul kuralının amacının gerçekleşmesine engel olan bir şekil eksikliği nedeni ile işlemi iptal etmemesi, başlı başına bir usule aykırılık teşkil

¹⁴⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz, AKCAN, 1 vd.

¹⁴⁶ Bkz, Yuk., s.3, A-III, V-2B., A-V/3, B-I/ 1, 2., B-II.

eder. Bu aykırılığın giderilmesi ise, mahkemece yapılan usul işlemlerinin düzeltilmesi başlığı altında incelendiğinden burada tekrar edilmeyecektir¹⁴⁷.

SONUÇ

Özel hukukun bütün dallarında farklı amaçlarla şekil kuralları öngörülmüştür. Bu kuralların amacı bazen tarafları korumak ve bazen de kamu düzenini korumak olmaktadır. Bu yönde öngörülen şekiller geçerlilik şekil şartı olarak nitelendirilmektedir. Bunun dışında taraflar yaptıkları işlemleri ispatlamak bakımından da şekil kuralları öngörebilirler. Bazı hallerde ise bu kurallar bizzat kanun koyucu tarafından öngörülmektedir.

Şekil kuralları sınırlı sayı prensibinin uygulandığı medenî hukuk alanında çok katı bir şekilde uygulanmakta ve bu kurallara uymama bazen yokluk, bazen de butlan müeyyidesini doğurmaktadır. Medenî hukukun aksine, borçlar hukuku ve ticaret hukuku alanında ise geçerli olan irade serbestisi ilkesi çerçevesinde taraflar şekil özgürlüğüne sahiptir. Borçlar kanunun 11. maddesi, şekil kurallarına aykırı davranma halinde geçersizlik müeyyidesini öngörmesine rağmen; doktrin ve uygulama bu halde dahi yapılan işlemi geçerli kılabilme bakımından, o işleme en az hasar veren kendine özgü geçersizlik görüşünü ön plana çıkarmaktadır. İş hukuku alanında da şekil kurallarına ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Hizmet sözleşmesi şekil kurallarına aykırı yapılsa bile, işçi ifade bulunmuşsa sözleşme geçersiz olmayacaktır. Bu işçi lehine yorumun bir sonucudur. Toplu iş sözleşmeleri ise, normatif düzenlemeler öngördüğünden taraflar dışında üçüncü kişileri de etkiler. Bu yüzden şekil kurallarına aykırılık halinde toplu iş sözleşmesi geçersiz olur.

Medenî usul ve icra-ıflâs hukuku ise niteliği itibarıyla şekilciliğin ön plana çıktığı hukuk alanlarıdır. Bu alanda ön görülen düzenlemelerin çok büyük bir kısmı şekil kurallarına ilişkin düzenlemelerdir. Maddî hukukun tanıdığı haklara bu düzenlemelerde öngörülen kurallar uygulanarak ulaşılır. Ancak öngörülen bu kurallarla maddî hukukun tanıdığı hakka ulaşmak geciktirilmemeli ve engellenmemelidir. Başka bir ifade ile, maddî hukukun tanıdığı hakka ulaşmak için bir araç işlevi gören şekilcilik katı bir biçimde uygulanarak amaç haline getirilmemelidir. Bu bağlamda, medeni usul hukukunda ispat kurallarına ilişkin düzenlemeler, sürelerle ilişkin düzenlemeler, usul işlemleri ve medenî usul hukukunun amacı, şekilcilik bakımından önem arzeder.

Mahkeme tarafından yapılan usul işlemlerindeki şekil eksikliği hüküm verilinceye kadar ilk derece mahkemesi tarafından; hüküm verildikten sonra ise kanun yoluna başvurulması halinde, üst derece mahkemesi tarafından düzeltilir. Ayrıca, ilk derece mahkemesi kararı mutlak veya nisbi temyiz nedenlerinin varlığı halinde üst derece mahkemesince bozulabilir.

¹⁴⁷ Bkz, Yuk, s. §3 C.I.

Taraf usul işlemleri ise, esash merasime uymama hallerinden kamu düzenine aykırılık varsa resen; usul kurallarının amacının gerçekleşmesinin engellenmesi varsa ve usulî işlemin amacı gerçekleşmemişse, talep üzerine iptal edilir. Esasa etkili olmayan şekil eksiklikleri de düzeltilir.

Kanun koyucu şekil kurallarını düzenlerken, taraf menfaatlerini dikkate almalı, her iki tarafın menfaatlerini dengeleyici kurallar öngörmelidir. Getirilen düzenlemelerle maddi hukukun bahsettiği hakka ulaşmak zorlaştırılmamalı veya engellenmemelidir. Ayrıca bu düzenlemeler adil yargılanma hakkını engellememeli ve hak arama özgürlüğünün sınırları içerisinde kalmalıdır. Şekilcililiğe ilişkin kanuni düzenlemelerin emredici olmadığı hallerde hâkim de, şekil kurallarını yorumlarken işaret ettiğimiz kıstaslara uygun hareket etmelidir.

Bu bağlamda medeni usul hukukunda söz konusu olan şekle ilişkin düzenlemelerin, işaret ettiğimiz kıstaslara uygun olduğu ölçüde yararlı, bu kıstasların dışına çıktığı oranda ise sakıncalı olduğu söylenebilir.

İŞKENCE SUÇU

Doç. Dr. İzzet ÖZGENÇ*

Doç. Dr. Cumhuri ŞAHİN**

Özet

Ceza muhakemesinin amacı, *maddî gerçeğin araştırılması* ve bu suretle *adil bir yargıya varılmasıdır*. Ancak, bu amaç, belli bir suç şüphesi altında bulunan (suç zanlısı) kişinin *soyut obje* durumuna irca edilmesine haklılık kazandırmaz. Yani, insana şahsiyet değeri kazandıran yetenekleri, maddî gerçeğin araştırılması uğruna yok edilemezler. Bu nedenle, itirafta bulunmasını temini amacıyla, ikrarda bulunması için belli bir suç şüphesi altında bulunan kişi, algılama yeteneğini olumsuz yönde etkileyecek bir muameleye tabi tutulamayacağı gibi; yine isnat konusu suçu itiraf etmesi için, ikrarda bulunması için kendisine karşı zor kullanılamaz. Bir başka ifadeyle, kişi kendini töhmet altında bırakacak bir beyanda bulunmaya zorlanamaz.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, belli bir suça ilişkin ikrar ve/veya sair delil elde etmek için başvurulmuş işkence, gerçeğin ortaya çıkarılmasına ve adaletin gerçekleşmesine engel olucu bir etki de doğurabilir.

Bu nedenle, işkence fiillerinin cezalandırılması, adaletin gerçekleştirilebilmesi için bir zorunluluk arz etmektedir. Ancak, bu zorunluluk, işkence fiillerinin bağımsız bir suç olarak tanımlanmasını gerektirmemektedir. Belli bir suça ilişkin ikrar ve/veya sair delil elde etmek amacıyla bir kişiye işkence edilirken işlenen fiiller, esas itibarıyla farklı nitelikteki bazı suçların oluşumuna sebebiyet vermektedir. İşkence teşkil eden fiiller esas itibarıyla müessir fiil, hakaret, sövme, tehdit, ırza tasaddi ve hatta ırza tecavüz niteliği taşıyan fiillerdir. Ancak, bu fiillerin işlenişi sırasında belli bir *amaç* güdülmektedir. Bu nedenle, işkence fiillerini bağımsız bir suç olarak tanımlamak yerine; müessir fiil, hakaret, sövme, tehdit, ırza tasaddi veya ırza tecavüz suçlarının bir suç vakıası hakkında ikrar veya herhangi bir delil elde edilmesi ya da delillerin ortaya çıkarılmasının önlenmesi amacıyla işlenmesi durumunda bu suçların nitelikli bir şeklinin oluştuğunu kabul etmek, daha yerinde olacaktır.

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi.

** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi.

Zusammenfassung

Das Ziel des Strafverfahrens ist die Suche nach materieller Wahrheit und ein gerechtes Urteil abzugeben. Um dieses Ziel zu erreichen, dürfen wir aber den Beschuldigten nicht als schlichtes Objekt des Verfahrens betrachten und behandeln. Aus diesem Grund ist die Anwendung der Folter strikt verboten.

Das berechtigt aber nicht, die Anwendung der Folter als eine eigenständige Straftat zu betrachten. In Anwendung der Folter kann man verschiedene Straftaten, beispielweise Körperverletzung, sexuellen Missbrauch, Beleidigung, Bedrohung oder Erpressung gegen den Beschuldigten ausüben. Diese Straftaten können mit der Absicht zum Erzwingen von Gestaendnis ausgeübt werden. Unseres Erachtens wäre es sinnvoll, die Ausübung dieser Straftaten mit sogenannter Absicht schwer zu bestrafen.

In unserem Artikel haben wir darauf aufmerksam gemacht dass, die Bestimmung des Türkischen StGB bezüglich der „Straftat Folter“ (Art. 243) in der Praxis verschiedene Probleme verursacht.

Suchwörter: Folter, Straftat Folter, Missbrauch, Gestaendnis, Erzwingen zum Gestaendnis

Arama Sözcükleri: İşkence, İşkence Suçu, Kötü Muamele, İkrar, İtirafa Zorlama

“İŞKENCE SUÇU”

Giriş: İşkence Yasağı

Ceza muhakemesinin amacı, *maddi gerçeğin araştırılması* ve bu suretle *adil bir yargıya varılmasıdır*. Belli bir suç şüphesi altında bulunan (suç zanlısı) kişi de, ceza muhakemesi sürecine katılan kişilerden birisidir. Bu itibarla, bir şahsiyet olan *suç zanlısı kişi de maddi gerçeğin araştırılıp ortaya çıkarılmasına* ve dolayısıyla, *adil bir yargıya varılmasına, bazı tedbirlere katlanmak suretiyle de olsa, katkıda bulunmak yükümlülüğü altındadır*¹.

Belli bir suç şüphesi altında bulunan kişi, her ne kadar belli ölçüde ceza muhakemesinin konusunu teşkil ediyorsa da; hiçbir zaman *soyut obje*

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ İzzet: *Suç Zanlısı Kişinin Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü ve Bunun Hukukî Sonuçları*, in: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 1995, Cilt 9, Sayı 1-3, s. 129 vd.; ŞAHİN Cumhur: *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Ankara 1994, s. 105

durumuna irca edilemez². Yani, insana şahsiyet değeri kazandıran yetenekleri, maddi gerçeğin araştırılması uğruna yok edilmemelidirler. Ceza muhakkemesinde bir "ispat vasıtası"³ olarak telakki edilen⁴ suç zanlısı kişi; maddi gerçeğin araştırılması uğruna hiçbir surette algılama yeteneğinden yoksun bırakılamaz⁵. Keza, suç şüphesi altında bulunan kişi, ikrarda bulunmasını temin amacıyla, irade yeteneğinden yoksun bırakılamaz; irade yeteneğini bertaraf eden "işkence" metodlarına başvurulamaz⁶.

Bu itibarla, itirafta bulunmasını temin maksadıyla, ikrarda bulunması için belli bir suç şüphesi altında bulunan kişi, şuurunu bulandıracak, algılama yeteneğini olumsuz yönde etkileyecek bir muameleye tabi tutulamayacağı gibi; yine isnad konusu suçu itiraf etmesi için, ikrarda bulunması için kendisine karşı zor kullanılamaz. Bir başka ifadeyle, kişi kendini töhmet altında bırakacak bir beyanda bulunmaya mecbur edilemez⁷. Çünkü, zor kullanılarak kişinin bir açıklamada bulunmaya sevk edilmesi halinde; yapılan açıklama, şahsiyet değerini haiz bir insan açıklaması sayılamayacak ve dolayısıyla delil kıymetini haiz olmayacaktır⁸.

Türkiye, taraf olduğu Milletlerarası Sözleşmelerde işkencenin yasak olduğunu kabul ederek, işkencenin önlenmesiyle ilgili gerekli tedbirleri alma konusunda taahhüt altına girmiştir.

Türkiye'nin üyesi olduğu Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca 10 Aralık 1948 tarihinde ilan edilen "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi"nin 5. maddesine göre;

«Hiç kimse işkenceye, zalimane, gayriinsani, haysiyet kırıcı cezalara veya muamelelere tâbi tutulamaz.»

² ÖZGENÇ İzzet: *Emniyet Görevlilerinin Silah Kullanma Yetkisi Üzerine Düşünceler*, in: İstanbul Barosu Dergisi, Yıl 1994, Cilt 68, Sayı 1-3, s. 92; ayrıca, Kant'tan naklen WALDER Hans: *Die Vernehmung des Beschuldigten*, Hamburg 1965, s. 58.

³ "Beweismittel".

⁴ PETERS Karl: *Strafprozess, Ein Lehrbuch*, Heidelberg 1985, § 28, III; ROXIN Claus: *Strafverfahrensrecht*, 20. Auflage, München 1987, § 18, A; § 25, I.

⁵ Bu ve müteakip açıklamalar için bkz. PETERS, § 41, I ve II.

⁶ Yasak sorgu metodları ve hukuki sonuçları hakkında bkz. SOKULLU-AKINCI Füsün: *Polis, Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi, Polis Alt Kültürü Ve İnsan Hakları*, İstanbul 1990, s. 155; ŞAHİN, *Saniğin Kolluk Tarafından Sorgulanması*, s. 187 vd.

⁷ WALDER, s. 62; ŞAHİN, *Saniğin Kolluk Tarafından Sorgulanması*, s. 102 vd.

⁸ PETERS, § 28, IV, 2.

Türkiye'nin taraf olduğu⁹ 4 Kasım 1950 tarihli "*İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme*"nin (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin) 3. maddesine göre;

«Hiç kimse işkenceye, zalimane, gayriinsani yahut haysiyet kırıcı ceza veya muameleye tâbi tutulamaz.»

Türkiye 10 Şubat 1984 tarihli "*İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*"ni onaylamıştır¹⁰.

Sözleşmenin 1. maddesinde işkence kavramı tanımlanmış ve kapsamı belirlenmiştir. Buna göre;

«"İşkence" terimi, bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla, bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözetin herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatıyla uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırıp veren bir fiil anlamına gelir. Bu yalnızca yasal müeyyidelerin uygulanmasından doğan, tabiatında olan veya arızı olarak husule gelen acı ve ızdırabı içermez.» (f. 1)

«Bu madde, konu hakkında daha geniş uygulama hükümleri ihtiva eden herhangi uluslararası bir belge veya milli mevzuata hâle getirmez.» (f. 2)

Sözleşmenin 2. maddesinde, hiçbir hal ve şartta işkencenin meşru ve mazur gösterilemeyeceği hüküm altına alınmıştır:

«Hiç bir istisnai durum, ne harp hali ne de bir harp tehdidi, dahili siyasi istikrarsızlık veya herhangi başka bir olağanüstü hal, işkencenin uygulanması için gerekçe gösterilemez.» (f. 2)

«Bir üst görevlinin veya bir kamu merciinin emri, işkencenin haklılığına gerekçe kabul edilemez.» (f. 3)

Sözleşmenin 4. maddesinde taraf devletlere işkence fiillerinin suç olarak tanımlanması yönünde bir yükümlülük getirilmiştir:

«Her Taraf Devlet, tüm işkence eylemlerinin kendi ceza kanununa göre suç olmasını sağlayacaktır. Aynı şekilde, işkence yapma-

⁹ Onay Kanunu: 10.3.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun. Metin için bkz. RG.: 19.3.1954/8662.

¹⁰ Onay Kanunu: 21.4.1988 tarih ve 3441 sayılı Kanun. Metin için bkz. RG.: 10.8.1988/19895.

ya teşebbüs ve işkenceye iştirak veya suç ortaklığı yapan şahsın fiili suç sayılacaktır.» (f. 1)

İşkence ile ilgili olarak bu Sözleşmede taraf devletlere yüklenen yükümlülüklerin “*ışkence derecesine varmayan diğer zalimane, gayriinsani veya küçültücü muamele veya ceza gibi fiiller*” açısından da geçerli olduğu kabul edilmiştir (m. 16).

Türkiye, ayrıca, 26 Kasım 1987 tarihli “*İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi*”ni onaylamıştır¹¹.

Bu milletlerarası yükümlülüklerle paralel olarak Anayasada da işkencenin yasak olduğu kabul edilmiştir:

«Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.» (m. 17, f. 3)¹².

«Hiç kimse kendisini ... suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.» (m. 38, f. 5)¹³.

Bu taahhütler karşısında ve özellikle insan haysiyetinin tecavüzlerden korunması için, işkence teşkil eden fiillerin cezasız kalmaması gerekmektedir. Bu düşüncelerle, işkence fiilleri TCK.nda “bağımsız” bir suç olarak tanımlanmıştır.

I. TCK.ndaki “İşkence Suçu”na İlişkin Tanım

«Bir kimseye cürümlerini söyletmek, mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple işkence eden veya zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvuran memur veya diğer kamu görevlilerine sekiz yıla kadar ağır hapis ve sürekli veya geçici olarak kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası verilir.» (1. fıkra)

«Fiil neticesinde ölüm vukua gelirse 452 nci, sair hallerde 456 ncı maddeye göre tertip olunacak ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.» (2. fıkra)

¹¹ Onay Kanunu: 25.2.1988 tarih ve 3411 sayılı Kanun. Metin için bkz. RG.: 27.2.1988/19738.

¹² 1961 Anayasasının 14. maddesinin 3. fıkrasına göre; “*Kimseye eziyet ve işkence yapılamaz*”.

¹³ Aynı hüküm 1961 Anayasasının 33. maddesinin 4. fıkrasında yer almaktaydı.

İşkenceyi bağımsız bir suç olarak tanımlayan 243. madde hükmü kaynak 1889 İtalyan Ceza Kanununda bulunmamaktaydı¹⁴. Bağımsız bir “işken- ce suçu”na ilişkin tanım, 1274 (1858) tarihli Ceza kanunname-i Hümayu- nundan TCK’na alınmıştır.

Madde metni, 1961¹⁵ ve 1999¹⁶ yıllarında iki defa değiştirilmiştir.

II. İşkence Fiillerinin Cezalandırılmasıyla Korunan Hukuki Değer

İşkenceyi bağımsız bir suç olarak tanımlayan kanunlar ve bu arada TCK sistemine göre; bu suç ile korunan hukuki değer, karma bir nitelik ta- şımaktadır. Çünkü, işkence teşkil eden fiiller, bir yandan buna maruz kalan kişilerin vücut dokunulmazlığını ve şerefini ihlal etmekte, beden ve ruh sağ- lığını bozmaktadır. Diğer yandan, işkence teşkil eden fiillere maruz kalan kişi, irade serbestisi bertaraf edildiği için ve hatta, algılama yeteneği etkilen- diği için, duyduğu acı ve elemine etkisiyle gerçek dışı bazı açıklama ve kabul- lenmelerde bulunabilir. Bu nedenle, belli bir suça ilişkin ikrar ve/veya sair delil elde etmek için başvuru işkence, gerçeğin ortaya çıkarılmasına ve adaletin gerçekleşmesine engel olucu bir etki de doğurabilir. Böylece işken- ce teşkil eden fiillerin cezai yaptırım altına alınması, Ceza Muhakemesinin maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yönelik amacının gerçekleştirilmesine de hizmet eder¹⁷.

III. Fail

Türk Ceza Kanunundaki tanımlama biçimiyle “işkence suçu”, bir *mahsus (özgü) suç*¹⁸ niteliğindedir. Kanunun değişiklikten önceki ifadesine göre, bu suç “mahkemeler ve meclisler reis ve âzalarından ve sair hükümet

¹⁴ 1930 İtalyan Ceza Kanununda da işkence fiilleri bağımsız bir suç olarak tanım- lanmamıştır.

¹⁵ 5.1.1961 tarih ve 235 sayılı Kanunla yapılan değişiklikte madde metni şu şekli almıştı:

«Mahkemeler ve meclisler reis ve âzalarından ve sair hükümet memurlarından biri maznun bulunan kimselerin cürümlerini söyletmek için işkence eder yahut zalimane veya gariinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere baş vurursa beş sene- ye kadar ağır hapis ve müebbeden veya muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezası ile mahkûm olur.» (1. fıkra)

«Fiil neticesinde ölüm vukua gelirse 452 nci, sair hallerde 456 ncı maddeye göre tertip olunacak ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.» (2. fıkra)

¹⁶ Madde metni bugünkü halini 26.8.1999 tarih ve 4449 sayılı Kanunla almıştır.

¹⁷ DEMİRBAŞ Timur: *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, Ankara 1992, s. 29; aynı yazar: *1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değer- lendirilmesi*, in: Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s. 205 vd. (212); ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/YENİDÜNYA A. Caner: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2. Bası, Ankara 2000, s. 527.

¹⁸ ÖZGENÇ İzzet/ŞAHİN Cumhur: *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2001, s. 95 vd.

memurlarından biri" tarafından işlenebilir. Bu itibarla, bir suç vakıasını takibe yetkili bir kamu görevlisi ("memur") "işkence suçu"nun faili olabilir¹⁹.

TCK.nun 243. maddesinin 1. fıkrasında 26.8.1999 tarih ve 4449 sayılı Kanunla yapılan değişikliğe göre, işkence suçunun faili "memur veya diğer kamu görevlileri" olabilirler.

Değişiklikle benimsenen bu ifade biçimini TCK.nun 279. maddesi hükmüyle telif etmek mümkün değildir. Çünkü, 279. maddeye göre ancak "kamu görevi" ifa eden kişiler, yani kamu görevlileri "Ceza Hukuku uygulamasında memur" sıfatını haiz olacaklardır. Halbuki bu ifade biçimi, "memur"dan başka ayrı bir "kamu görevlisi" statüsünün varlığını gerekli kılmaktadır. Anayasanın 128 ve 129. maddeleri esas alınarak yapılan bu ayırımın, İdare Hukukuna uygun düşmekle birlikte, Ceza Hukuku açısından doğru olmadığını düşünmekteyiz^{20, 21}.

Ayrıca, bu "memur veya diğer kamu görevlileri"nin, suçu takibe yetkili olması gerektiği hususunda madde metninde bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak buna rağmen, doktrinde kabul edilen bir görüşe göre; "memur veya diğer kamu görevlileri"nin işkence suçunun faili olabilmesi için, "ifade almaya ve sorgulamaya (madde bakımından) yetkili olması gerekir."²²

IV. İşkence Fiilleri

Söz konusu oluşturan fiiller, Kanunda "işkence etmek", "zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvurmak" şeklinde ifade edilmiştir.

Bu ifadelerin ne anlama geldiği, doktrine²³ atıfla Yargıtay kararlarında açıklanmaya çalışılmıştır:

¹⁹ DEMİRBAŞ, *İşkence Suçu*, s. 30; SOYASLAN Doğan: *Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, 2. Bası, Ankara 1997, s. 555. Ancak, işkence suçunun faili olabilmek için kamu görevlisinin ("memur"un) somut olayda suçu takiple görevlendirilmiş olması gerekmez (ÖNDER Ayhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Bası, İstanbul 1991, s. 181).

²⁰ "Kamu görevlisi" kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: ÖZGENÇ/ŞAHİN, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 426 vd.

²¹ Aynı yöndeki düşünce için bkz. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Özel Hükümler*, s. 528; TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, İzmir 2000, s. 193/194.

²² ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Özel Hükümler*, s. 528.

²³ Bu kavramlarla ilgili doktrindeki açıklamalar için bkz: ERMAN Sahir/ÖZEK Çetin: *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul 1992, s. 236 vd.; ÖNDER, *Özel Hükümler(3)*, s. 181; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Özel Hükümler*, s. 531; TEZCAN/ERDEM, s.195.

«243. maddenin 1. fıkrası; yetkili bir memurun, suçunu söyletmek için sanık durumunda bulunan bir kimseye ve kimselere işkence ve sair kötü muamelelerde bulunmasını müeyyide altına almaktadır.

Buna göre; suçun kanuni unsurları,

- 1- Suç failinin, yetkili memur olması;
- 2- Mağdurun, “sanık durumunda bulunan” kimse olması;
- 3- Sanığın suçunu söyletmek kastı ile hareket e(dil)mesi;
- 4- Sanığ(a) işkence ve sair kötü muamelelerde bulun(ul)ması gerekir.

Yetkili bulunmayan veya memur olmayan kimsenin sanık durumunda sayılmayan kimseye karşı anılan eylemlerde bulunması, maddedeki suç oluşturamaz.

Maddede bahsolunan ve suçun maddi unsurunu teşkil eden işkence ve sair kötü muamelelerden ne anlaşılması gerektiği hususunda kanuni bir tarife rastlanmamakla birlikte; doktrin ve mahkeme içtihatlarında;

a- *İşkence(nin)*, bir kimseye maddi ve manevi mahiyette eza verici hareketleri;

b- *Zalimane muameleler(in)*, mağdura yapılan maddi veya manevi ızdırıp verici her türlü muameleleri;

c- *İnsani olmayan muameleler(in)*, kişiliği ve insanlık duygusunu önemli derecede incitici fiilleri;

d- *Haysiyet kırıcı hareketler(in)* ise; bir kimsenin namus, şöhret veya haysiyetine saldırı niteliğindeki fiilleri

ifade ettiği; bu kötü muamelelerin neler olduğunu Kanunun tek tek saymayıp, hâkimin takdirine bıraktığı belirtilmektedir.

Bu konuda üzerinde önemle durulması gereken husus; sanığın kastıdır. Bu kasıt, genel kasıt olmayıp, *sanıklara suçlarını söyletmek kastı*, yani *özel kasıt* olmalıdır.»^{24 25}

²⁴ CGK., 4.4.1983, 8-64/156 (YKD., Temmuz 1983, s. 1059-1072. Aynı olay ve konuya ilişkin olarak 8. CD.nin kararı YKD., Mart 1983, s. 445 vd.nda yayınlanmıştır.). Karara konu teşkil eden olay şu şekildedir:

«İncelenen dosyaya ve delillere göre; ... Köyü'nden Hüseyin isimli şahsın, 27.6.1980 gecesi saat 22.00 sıralarında Adana, Merkez ... Bucağı Jandarma

Kararolu'na gelerek, burada görevli sanık Astsubay Başçavuş G'ye ... Kö-yü'nden Mehmet'in yanında çoban olan maktûl Mustafa'nın dağda kazı yaparak çok sayıda altın bulup bunu satmaya çalıştığını ihbar etmesi üzerine; köye giden sanık Başçavuşun, yaptığı soruşturmada Mustafa'nın 15 - 20 kg. miktarında tarihî altın para bulup, bir miktarını İsmail'e sattığını, kalanını da Osmaniye'de kuyumculuk yapan Mehmet'e satmak istediğini öğrenerek, altın işine isimleri karışan Mehmet, Mustafa ve Ali'yi evlerinden alıp karakola getirerek, nezaret altına aldığı; bu kişilerin altın bulma işini inkâr etmeleri üzerine, altınların yerini söyletmek için ayrı ayrı el ve ayak parmakları ile tenasül organlarına cereyan verip, dövmek, sövmek suretiyle işkence başladığı; bu işkence eylemlerinin 27.6.1980'den başladığı ve geceleri 23.00'den sabaha kadar devam ettiği; inleme feryat sesleri ile *"b...nu yiyem komutanım, altınların yerini bilmiyoruz"* sözlerinin etraftan geçenlerce duyulacak derecede olduğu; nezaret altına alınıp işkenceye maruz tutulan maktûl Mustafa'nın yapılan işkenceler sonucu altınları çıkarttığı yeri göstermek üzere, birkaç defa dağa götürüldüğü; ancak, her seferinde bir şey bulunamadan (geri) dönüldüğü; bir seferinde çalılıkta içinde Jandarmaların elinden kaçıp kurtulduğu; ancak, takip sonucu iki gün sonra tekrar yakalanıp, nezarete konulduğu; nezaret altındaki bu üç kişiye altınların yerine söylemeleri hususunda bahsedilen türde işkenceler devam etmekte iken, olayı başından itibaren bilip altınların bir an önce bulunmasını, sanıkların konuşmasını isteyen ... Karakolu'nun bağlı bulunduğu ... Merkez Jandarma Bölük Komutanı Yüzbaşı F'nin, onları konuşturmak ve altınların yerini öğrenmek için, maktûl Mehmet ve Mustafa'nın Merkeze getirilmelerini emrettiği; 7 Temmuz 1980 günü gece saat 21.00 sıralarında Başçavuş G'nin bu iki şahsı Merkeze getirdiği; Alay bahçesinde yanında tanıkların da bulunduğu sırada sanık Yüzbaşı F'nin altınların yerini söylemelerini istediği; cevap alamayınca *"ben sizi konuşturmayı bilirim. Üç saat kalınca kan beyninize gelir, konuşursunuz"* tarzında sözlerle Mehmet ve Mustafa'yı ayakları demire dayalı ve havada, başları yerde, elleri arasında olacak şekilde durdurduğu; düşenlere kızıp küfrederek ve vurarak yeniden baş aşağı durmasını sağladığı; bu arada yere düşen Mehmet'i döverek başına tekme attığı; başından feci şekilde yararlanan bu şahsın tedavisi için sıhhiye erini çağırıp pansuman yaptırıp sardırıldığı; ancak, kanın durmaması üzerine ikinci sargının da yapıldığı; bu sırada sanık Yüzbaşının oturduğu yere gelen Bölük Komutan Muavini sanık Teğmen A'nın da *"Komutanım, müsaade edin, bunu ben konuştururum"* dediği; maktûl Mehmet'e *"Yüzbaşına bir Mercedes, bana Renault ve astsubaylarıma birer Murat ve Anadol alın; altınların yerini söyleyin"* dediğinde, maktûlün *"benim bir murat arabam var, onu vereyim; altın yoktur"* (şeklinde cevap verdiği; buna karşılık, sanık Teğmenin) *"hayır, altınlarla alacaksınız"* diyerek, Mehmet'in karnına, başına yumruklarla vurup, hayalarını kıvırdığı; penisinden tutup, sağa-sola çektiği; ve oradaki su havuzuna başını sokup havasız bıraktığı; Yüzbaşı F'nin bitkin hale düşen, üzerlerinde binlerce sinek dolaşan bu iki maktûlün tekrar ... Karakola götürülüp orada konuşturulmaları(nın temini) hususunda Astsubay G'ye emir verdiği; bu emir üzerine sanık G'nin maktûlleri alarak Karakola götürdüğü ve orada 9.7.1980 gününe kadar diğer maktûl Ali ile (birlikte) tuttuğu; bu arada hem işkenceye devam edip, hem de tahkikatı sürdürdüğü; olay nedeniyle daha bazı kişileri nezarete almakla beraber, onlara işkence yapmadığı; yalnız birkaçına elektrik verdiği; Alay Komutanının, bu arada tahkikat ile ilgilenip,

Başçavuşun bulunmadığı bir sırada karakola gelerek, erlerden soruşturma sonucunu sorarak ayrıldığı; hatta, Mustafa'yı iki gün süre ile elinden kaçırın Başçavuş G'ye "sen bu işten beş milyon almışsın, öyle söyleniyor; demek doğruymuş" (şeklinde) sözler sarfettiği; Başçavuş G'nin de, bu sözlerin etkisi altında kalarak baskı ve işkence ile soruşturmayı yürütmeye devam ettiği ve sonuçta altınları çıkaramayınca, meseleyi Adliye'ye (havale et)mek üzere evrakı hazırladığı; bu kapsamda) maktûllerin darp edilmediklerine ve sıhhatli olduklarına dair rapor almak üzere 9.7.1980 günü maktûller ve diğer zanlılar dahil hepsini Adli Tabibliğe getirdiği; Adli Tabib sanık Z'nin, getirilenleri soyup muayene etmeden Başçavuş G'nin yanında "bir şikâyetiniz var mı" tarzında sözlerle dinleyip, hepsi hakkında "patolojik bulgu yok" şeklinde raporlar verdiği; arkasından da G'ye "siz Jandarmasınız, ben sizin işinizden anlamam; ben doktorum, siz de benim işimden anlamazsınız; ben altınları bir dakikada çıkarttırırım; çıkarttıramazsam diplomamı yırtarım; bunlar konuşmak için birbirleriyle yarış edecekler; bir çok olayı aydınlattım; git, Alay Komutanına söyle, izin verirse ben bu gece altınları çıkarttırırım" dediği ve sanık Astsubay G'nin, durumu Alay Komutanı ile Bölük Komutanına intikal ettirdiği ve onların olumlu bulmaları üzerine, Bölük Komutanı Yüzbaşı F'nin Adana Hükümet Tabibliği'ne, 9.7.1980 gün ve 10538 sayılı yazıyı yazdığı; bu yazıda "izinsiz kazı yaparak altın bulmak, satmak, saklamak suçlarından sanık (olan) Mustafa, Mehmet, Ali (ve) Ahmet'in altın buldukları(nın) delillerle tespit edilmesine, Mustafa'nın altınları Mehmet'le birlikte kazı yapıp bulduklarını ve bu şahısta saklı olduğunu itiraf etmesine rağmen; diğer sanık Mehmet, olayı inkâr (ederek,) altınları teslim etmemektedir. Tarafınızdan altınların bulunması ve olayın aydınlanması için tıp ilmi yönünden gerekli işlemin yapılması hususunu arz ederim" (ifadelerine yer veril)diği; bu yazıyı alan Adli Tabib sanık Z'nin, Başçavuş G'ye "saat 24.00'de Sahil Gazinosu'nda buluşup karakola gidelim" diyerek, gazinoda oturacağı masa için şef garsona hitaben bir pusula yazıp verdiği; sanık Başçavuşun da aldığı emir ve talimat üzerine, diğer şahısları, ertesi gün sabah gelmelerini ihtar ederek, serbest bırak(tığı;) maktûlleri (tekrar Karakola götürüp) nezarete koyduğu; serbest bıraktığı zanlılardan M.D.'nin kardeşi A.D.'nin akşam otomobili ile gelerek kendisini alıp Adana'ya götürmesini istediği; gece 21.00 sarılarında otomobil ile gelen A.D.'nin sanık Başçavuşu alarak Adana'ya (götürdüğü); gazinonun 24.00'de açılacağını öğrenip sağda solda oyalandıktan sonra, 24.00'de gazinoya gelerek doktorun masasına oturup O'nu bekledikleri; bir süre sonra gelen sanık doktorla orada saat 03.00'e kadar oturup program seyredip, yiyip içtikten sonra 03.00'de oradan çıkıp vasıta ile Karakola geldikleri; Karakolda sanık Doktorun, Başçavuş ve erlere tuz ve un getirmelerini söyle(diği;) temin olunan bir miktar tuz ile unu karıştırarak bulamacı haline getirip kaynattıktan sonra, soğu(maya terkettiği;) Mustafa, Ali ve Mehmet'e (soğuyan bu bulamacı) tatmalarını söylediği; bunların "acı" demeleri üzerine bir miktar daha tuz ilâve ettirip tattırdığı; yine "acıdır" diye söylemeleri üzerine, yeniden tuz getirip bulamaca karıştırdığı; bu suretle tahminen 2 kg. una, bir kısım beyana göre 1-2 kg., bir kısım beyana göre 5 kg. tuz karıştırdıktan sonra, Başçavuş G'nin yanında, erlerin de yardımı ile, maktûllerin direnmelerini dövmek ve coplamak sureti ile kırıp, kusturuncaya kadar zorla yedirdikleri; kısa bir süre sonra maktûllerin alttan, önden, arkadan ve üstten çıkarmaya başladıkları; etrafın pislik içinde kaldığı; sanık doktorun bu hareketler sırasında maktûlleri

Maddede yer alan “*ışkence, zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muameleler*” suç siyaseti açısından isabetli kavramlar değildir. Çünkü bu kavramların içeriğini belirlemek ve bunları birbirinden ayırmak mümkün değildir. Suç teşkil eden her davranış, -tabir yerinde ise- “gayriinsani”dir ve bir haksızlığı ifade etmesi itibarıyla, “zalimane davranış”tır.

Dolayısıyla, içerikleri belirsiz olan bu kavramlara suç tanımında yer verilmesi suç siyaseti açısından doğru değildir^{26 27}.

konuşturmak için ayrıca bir kaptan diğer kaba su boşaltarak su arzularını kamçılayıp, “*ben 34 senelik deli doktorum; altınların yerini söylemezseniz tımarhanelik olursunuz; bunun tadını beğenmeyip numara yapıyorsunuz; ben yutmam*” tarzında sözlerle sabaha kadar bu işi sürdürdüğü; perişan hale gelen, kendilerini ağaç altına bıraktıkları; orada başlarına su döküp kendilerine gelmelerini sağlamaya çalıştıkları; ancak, maktûllerin kendilerine gelmek bir tarafa gittikçe fenahane ederek oradan ayrılıp gittiği; sanık Başçavuş G’nin maktûlleri bu halde saat 08.00 sıralarına kadar beklettikten sonra, ellerinden ayaklarından askerlere tutturarak bir vasıtaya koyup Adana’ya Merkeze getirdiği; burada amirlerine haber verdiği; halkın tepkisinden çekinerek sivil hastaneye götürülemedikleri; Alayın revirine kaldırıldıklarından birer ikişer saat ara ile aynı gün peş peşe üçünün de öldüğü; yapılan otopsi ve Adli Tıp Meclis mütalâaları(nda bu üç kişinin) “*soruşturma sırasında 10 gün müddetle zaman zaman baş aşağı durumda dövme, elektrekesinde ise, çok yoğun tuz ihtiva eden bir un bulamacı yedirildikten sonra, ayrıntı gece kendilerini kaybederek ertesi gün öldükleri; maktûllerin bir taraftan tirdiği elektrolitik denge bozukluğuna bağlı beyin harabiyeti sonucu öldükleri; bunların her birinin tek başına dahi ölümü tevlit edebilecek nitelikte bulunduğları*”nın bildirildiği olay(da) Özel Daire ile C.Başsavcılığı arasında(ki) uyuşmazlığın, sanıkların eylemlerine uyacak kanun hükmünü belirlemekte(n ibaret) olduğu görülmektedir.»

Yargıtay’a göre, «... Sanıkların izinsiz kazı yaparak altın bulduğu söylenen maktûllere suçlarını söyletmek ve altını meydana çıkartmak için ışkence yaparak öldürülmesi gerekmektedir.»

²⁵ Ayrıca bkz. CGK, 15.6.1999, 8-109/164 (YKD, Ağustos 1999, s. 1121 vd.[1126]).

²⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Komisyonunun söz konusu kavramların içeriğine ilişkin kararları hakkında bkz. NUHOĞLU Ayşe: *İşkence Yasağı ve İşkence Suçu*, in: Sahir Erman’a Armağan, İstanbul 1999, s. 563 vd.

²⁷ Yargıtay da bir kararında somut bir ölçüt belirlemeksizin şu şekilde karar vermiştir: «... olayda sanığın müdahili cürmünü söyletmek için bir hafta iş ve gücüne engel teşkil edecek şekilde dövmesi, “ışkence” olarak mütalaa edilmese bile;

TCK.nun 243. maddesinin ilk şeklinde söz konusu suçun maddi unsurları kapsamında sadece "işkence etmek" ifadesi kullanılmıştı. Ancak, söz konusu madde 1961 yılında 235 sayılı Kanunla değiştirilerek; "işkence etmek" ifadesinin yanında "zalimane veya gariinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere baş vurmak" ifadeleri madde metnine dahil edilmiştir. Bu değişiklikte, 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 5. maddesindeki ifade esas alınmıştır.

4449 sayılı Kanunla yapılan değişiklikte bu ifade biçimi aynen korunmuştur.

İşkence ve eziyet teşkil eden fiiller, aslında müessir fiil, hakaret, sövme, tehdit, ırza tasaddi veya ırza tecavüz niteliği taşıyan fiillerdir. İşkence kapsamında icra edilen fiiller, müessir fiil, sövme, tehdit ve sair suç niteliği taşıyan fiillerden bir veya birkaçı şeklinde olabilir. Aslında bu fiillerin suç açısından arzettiği özellik, aşağıda açıklayacağımız üzere, bunların belli bir amaç doğrultusunda işlenmiş olmalarıdır. Burada ön plana çıkan husus, bu fiillerin işlenişindeki amaçtır. Bu amaç nedeniyledir ki, bu fiillerin işlenişini bir süreklilik de arzedebilir²⁸.

V. Manevi Unsur

"İşkence suçu" kasten işlenebilen bir suçtur. Ancak, bu suç, bir amaç suçtur²⁹. Yani, suçun maddi unsurunu oluşturan işkence fiilleri, "maznun bulunan kimselerin cürümlerini söyletmek için"³⁰ icra edilmelidirler³¹. Yani işkence fiilleri, belli bir suç şüphesi altında bulunan kişiden şüphe konusu suçla ilgili olarak ikrar elde etmek amacıyla işlenmelidirler.

4449 sayılı Kanunla işkence suçunun manevi unsuru oldukça karmaşık bir hale sokulmuştur.

Buna göre, işkence teşkil eden fiiller "Bir kimseye cürümlerini söyletmek, mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple" işlenebilir.

kuşkusuz "insanî olmayan" ve "haysiyet kırıcı" muamele niteliğindedir.»: CGK., 5.10.1987, 8-186/423 (YKD, Ocak 1988, s. 105).

²⁸ ERMAN/ÖZEK, *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, s. 238; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, *Özel Hükümler*, s. 532.

²⁹ ÖZGENÇ/ŞAHİN, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 158.

³⁰ Bu ifade, geniş bir yoruma tabi tutulmuştur: "suçu ikrar ettirmenin yanı başında, diğer sanıkları söyletmek, suç yerini, suçtan hasil olan eşyanın bulunduğu mahal- li veya kimlere satıldığını göstermek, suç delillerini açıklamak da bu maksada dahil sayılmak gerekir." (ERMAN/ÖZEK, *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, s. 239; DEMİRBAŞ, *İşkence Suçu*, s. 43 vd.).

³¹ CGK., 4.4.1983, 8-64/156 (YKD., Temmuz 1983, s. 1059-1072).

Bu itibarla, işkence teşkil eden fiiller,

a) “bir kimseye cürümlerini söyletmek ... için” işlenebilir;

b) “mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanının olayları bildirmesini engellemek, şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek için” işlenebilir;

yahut

c) bir kişiye “şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple” işlenebilir.

Bu ifade biçimine göre; örneğin, bir kişiye suç duyurusunda bulunmasını, şikayet etmesini, tanıklık yapmasını önlemek için müessir fiil ikaı durumunda “işkence suçu” oluşacaktır.

Buna karşılık; örneğin, bir kişiye suç duyurusunda bulunmasını, şikayet etmesini, tanıklık yapmasını temin amacıyla müessir fiil ikaı durumunda “işkence suçu” oluşmayacaktır.

Keza, örneğin, bir kişiye suç duyurusunda bulunduğu için, şikayet hakkını kullandığı için, hatta tanıklık yaptığı için müessir fiil ikaı durumunda da işkence suçu oluşacaktır. Yani bir kişiye belli bir suçla ilgili olarak “niye ihbar veya şikayette bulundun” ya da lehte veya aleyhte “niye tanıklık yaptın” diye müessir fiil ika edilmesi durumunda “işkence suçu” oluşacaktır! Dikkat edilmelidir ki, bu tanıklığın bir ceza veya hukuk davasında olmasının bir önemi de bulunmamaktadır. Bu düzenlemeye göre, “işkence suçu” ihbar, şikayet veya tanıklık yapıldıktan sonra da işlenebilecektir³².

Hal böyle olunca, işkence suçunun failinin suçu takibe yetkili bir kamu görevlisi olmasına da gerek olmayacaktır. Bu düzenleme biçimine göre; herhangi bir kamu görevlisi, sözelimi kendisi aleyhine suç duyurusunda bulunduğu için veya tanıklık ettiği için maiyetindeki bir kamu görevlisine müessir fiil ika etmesi durumunda yine “işkence suçu” oluşacaktır.

VI. Mağdur

TCK.nun 243. maddesinin birinci fıkrasının 1991 yılında yapılan değişiklikten önceki metni itibarıyla “işkence suçu”nun mağduru, belli bir suç şüphesi altında bulunan kişidir^{33, 34}. Ancak, ifade edelim ki, suç şüphesi al-

³² Bu düzenlemenin zorunlu sonucu olarak; meselâ, bir kişiye suç duyurusunda bulunduğu için, şikayet hakkını kullandığı için, hatta tanıklık yaptığı için kamu görevlisi tarafından müessir fiil ikaı durumunda “işkence suçu” oluşacak; buna karşılık, herhangi bir kişi tarafından işlenmesi durumunda ise, kasten müessir fiil suçu (TCK, m. 456) oluşacaktır.

³³ Türk Hukukunda gerek doktrinde gerek uygulamada işkence suçunun mağduru-nun ancak belli bir suç şüphesi altında bulunan kişi olabileceği kabul edilmektedir (ERMAN/ÖZEK, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, s. 235; ÖNDER,

tında bulunan kişiden ikrar elde etmek için, işkence fiillerinin başka bir kişiye, örneğin zanlı kişinin yakın bir akrabasına karşı işlenmesi de pekala mümkündür³⁵.

Değişiklikten sonraki metin itibarıyla, “işkence suçu”, suç şüphesi altında bulunan kişiye karşı işlenebileceği gibi, *mağdur*³⁶, *şahsi davacı*³⁷, *davaya katılan (müdahil)*³⁸ ve hatta *tanık*³⁹ olan bir kişiye karşı da işlenebilir⁴⁰.

VII. Bağımsız Bir “İşkence Suçu” Sorunu

Muayyen bir suça ilişkin ikrar ve/veya sair delil elde etmek amacıyla bir kişiye işkence edilirken işlenen fiiller, esas itibarıyla farklı nitelikteki bazı suçların oluşumuna sebebiyet vermektedir. İşkence teşkil eden fiiller aslında müessir fiil⁴¹, hakaret, sövme⁴², tehdit, ırza tasaddi ve hatta ırza teca-

Özel Hükümler[3], s. 182); DEMİRBAŞ, *Faruk Erem Armağanı*, s. 215; NUHOĞLU, *Sahir Erman’a Armağan*, s. 527 vd.; 8. CD., 19.6.1981, 2821/4069 (YKD, Eylül 1981, s. 1217); 8. CD., 19.6.1981, 3143/4070 (YKD, Eylül 1981, s. 1219).

³⁴ Bu anlayışın sonucu olarak, “meselâ hırsızlık malını almaktan sanık olan kimseye, bu malı kendisine satan kimsenin kimliğini veya fiilini söylemeğe yönelik” müessir fiilin TCK.nun 243. maddesinde tanımlanan işkence suçunu oluşturmayacağı kabul edilmektedir (ERMAN/ÖZEK, *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, s. 235).

³⁵ TCK.nun 243. maddesinin değişiklikten önceki ifade biçimi nazarı itibara alınarak “işkence suçu”nun mağdurunun ancak belli bir suç şüphesi altında bulunan bir kişi olacağı kabul edildiğine göre, bunun dışındaki kişilere karşı yapılan işkence fiillerinin TCK.nun 243. maddesindeki suçu oluşturmayacağı kabul edilmekteydi. Ancak, bu anlayışa göre, sair kişilere yapılan işkence fiilleri suç şüphesi altında bulunan kişinin “akıl ve ruh sağlığında büyük bir ızdıraba yol açan işlemlerin de işkence sayılmaları gerekmektedir. Meselâ bir kimsenin eşinin veya kızının kaçırılıp onun gözünün önünde küçültücü ve onur kırıcı işlemlere tabi tutulmaları ağır ve manevî acı ve ızdırıp veren, bu itibarla işkence sayılması gereken bir olaydır.” (ERMAN/ÖZEK, *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, s. 237).

³⁶ ÖZGENÇ/ŞAHİN, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 112 vd.

³⁷ Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖZBEK Veli Özer: *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Bası, Ankara 2000, s. 269 vd..

³⁸ Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*(5), s. 274 vd.

³⁹ Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*(5), s. 379 vd.

⁴⁰ Tezcan/Erdem, bilirkişinin mağdurlar arasında gösterilmemiş olduğuna bir eleştiri olarak işaret etmektedirler (TEZCAN/ERDEM, s. 194)

⁴¹ Mağduru “aç veya susuz ya da uykusuz bırakmak, fazla soğuk veya sıcakta maruz bırakarak hastalandırmak, mevcut hastalığı tedavi ettirmemek suretiyle bunun

vüz niteliği taşıyan fiillerdir. Ancak, bu fiillerin işlenişi sırasında belli bir amaç güdülmektedir. Özellik taşıyan nokta da burasıdır. Kanımızca, sadece bu amaçtan hareketle bu fiillere ayrı bir suç niteliğinin verilmesi yerinde olmamıştır⁴³. Kanunda yapılacak bir değişiklik, müessir fiil, hakaret, söv-

artmasına ve kişiyi bitkin hale getirmesine yol açmak", müessir fiil olarak kabul edilmelidir. (ERMAN/ÖZEK, *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, s. 237).

⁴² "Çıplak dolaşmaya, pislik içinde kalmaya yönelik zorlamalar" (ERMAN/ÖZEK, *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, s. 238), kanımızca, en azından sövme suçunu oluştururlar.

⁴³ TCK. Öntasarısında "işkence suçu" ayrıca tanımlanmıştır. Öntasarının 2000 Metninin "İşkence" başlıklı 140. madde hükmü şöyledir: "Bir kişiye işkence edene üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir."

Öntasarının "Nitelikli işkence" başlığını taşıyan 141. maddesi hükmü şöyledir:

«Yukarıdaki maddede belirtilen suç:

A.1) On sekiz yaşını bitirmemiş çocuk ve küçüklere karşı,

2) Yaş, hastalık, malûllük, fizik veya ruhi zayıflık veya hamilelik nedeniyle, failin bildiği veya açıkça görülebilen özel bir güçsüzlük veya çaresizlik içinde bulunan kimseye karşı,

3) Mağdurun eşi tarafından,

4) Silah vasıtası veya tehdidi ile,

işlenirse, fail hakkında dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir.

B.1) Usule yahut babalık veya analığa karşı,

2) Failin, niteliğini bildiği veya bu hususun açıkça anlaşılabilirdiği memur veya kamu hizmetlisine yahut sürekli veya geçici olarak kamu hizmetiyle görevlendirilmiş kişilere veya bir avukata karşı görevinin icrasında veya sıfatları kalkmış olsa bile görevleri nedeniyle,

3) Bir tanığa, mağdura, davaya katılan kimseye veya şahsi davacıya karşı, olayları bildirmesini engellemek, şikayette veya ihbarda bulunmasını önlemek yahut tanıklıkta veya şikayet veya ihbarda bulunmuş olması nedeniyle,

4) Suçun asli veya fer'i faili sıfatını taşıyan birden çok kimselerce,

5) Taammüden,

6) Memur veya bir kamu hizmetiyle yükümlü bulunan kimselerce görevlerinin icrasında veya icrası vesilesiyle,

7) Bir cinsel saldırı ile birlikte,

işlenirse failin cezası beş yıldan on yıla kadar haptir.

C. Suç, nesebi sahih veya gayrisahih bir çocuğa veya küçüğe karşı veya usul veya babalık yahut analık sıfatını taşıyanlarca işlendiğinde faille altı yıldan oniki yıla kadar hapis cezası verilir.»

Keza, "Ağır nitelikli işkence" başlığını taşıyan 142. maddesi hükmü şöyledir:

«Suç, daimi malûllüğü veya uzuv kaybını sonuçladığında fail hakkında on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezası verilir.

Suç, mağdurun ölümüne neden olduğunda ceza ağırlaştırılmış müebbet haptir.»

Yukarıdan beri yaptığımız açıklamalar karşısında, TCK. Öntasarısındaki bu "işkence suçu" tanımının gereksiz ve uygulama kargaşasına sebebiyet verecek nitelikte olduğu açıkça görülmektedir. Nitekim, Erman/Özek, Öntasarısındaki bu düzenleme biçimini eleştirmektedirler: 1 Mart 1994 tarihinde yürürlüğe giren yeni

me, tehdit, ırza tasaddi veya ırza tecavüz suçlarının bir suç vakıası hakkında ikrar veya herhangi bir delil elde edilmesi ya da delillerin ortaya çıkarılması-
nın önlenmesi amacıyla işlenmesi durumunda bu suçların nitelikli bir şekli-
nin oluştuğunu kabul etmek daha yerinde olacaktır⁴⁴.

VIII. İşkence ve Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suç

243. maddenin 2. fıkrasına göre;

“Fiil neticesinde ölüm vukua gelirse 452 nci, sair hallerde 456 nci maddeye göre tertip olunacak ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.”

Bu hükümle “işkence suçu” açısından bir *netice sebebiyle ağırlaşmış suç* durumu düzenlenmiştir⁴⁵.

Buna göre, maddenin birinci fıkrasında belirtilen amaçlar doğrultusunda örneğin bir kişiye müessir fiil ikaı sonucunda mağdur ölmüş olabilir. Dikkat edilmelidir ki; burada söz konusu olan netice sebebiyle ağırlaşmış suçun varlığı için, *failin öldürmek kastıyla hareket etmemesi gerekir*. Aksi takdirde, yani failin öldürme kastının varlığı durumunda⁴⁶ artık 243. madde değil, 450. maddenin 3. bendi ile 251. madde hükmünün uygulanması gerekir:

«450. madde 3. bendi; canavarca bir his sevki ile veya işkence ve tazip ile adam öldürme halini düzenlemektedir.

“Canavarca hisle” adam öldürme(nin); sadece öldürmüş olmak için öldürmek, öldürülenin acı çekmesinden zevk duymak için öldürmek, silahının tesirini denemek için öldürmek gibi vahşi duygularla adam öldürmeleri ifade ettiği; (adam öldürmenin bu ruh haliyle gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini) hadisenin mahiyet ve işleniş şekline göre hâkimin takdir edeceği, Yargıtay’ın yerleşmiş uygulamalarında ifade olunmaktadır.

“İşkence ve tazip” ile adam öldürmek(ten bahsedebilmek için;) mağdurun öldürülmesinden evvel, öldürmek kasdı ve amacını aşan, yani öldürme için zaruri bulunmayan vahşice fiil ve hareketler(in mevcut olması gerekir). Burada, failin, (genel olarak adam)

Fransız Ceza Kanununun 221-1 vd. maddelerinin esas alındığı bu “sistem, en u-fak bir bilimsel tasnife dayanmadığı için, savunulabilecek bir metod değildir.” (ERMAN/ÖZEK, *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, s. 233).

⁴⁴ Benzer yöndeki görüş için bkz. ERMAN/ÖZEK, *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, s. 233.

⁴⁵ Nuhoğlu’nun bu hükmün bir “mürekkep suç” oluşturduğu yönündeki “görüş”ü (NUHOĞLU, *Sahir Erman’a Armağan*, s. 581), dikkat çekicidir!

⁴⁶ Bu kast, muhtemel kast şeklinde de olabilir.

öldürme kastından (ziyade), işkence ve azap çektirme özel kastının da bulunması gerekir.»⁴⁷.

İşkence edilen kişinin ölmesi durumunda fail, 452. madde hükmüne istinaden belirlenecek olan cezanın belli bir miktar ("üçte birden yarıya kadar") artırılması suretiyle cezalandırılacaktır.

243. maddenin birinci fıkrasında belirtilen amaçlar doğrultusunda işkence edilmesi sonucunda mağdur yaralanmış olabilir. Mağdura yapılan işkenceler müessir fiil niteliği taşıyabilir. Bu fiiller sonucunda *müessir fiil suçunun* TCK.nun 456. maddesinde belirlenen *nitelikli unsurları* (2 ve 3. fıkralar) gerçekleşmiş olabilir. Bu durumda fail, "456 ncı maddeye göre *tertip olunacak ceza(nın) üçte birden yarıya kadar artırıl*"ması suretiyle cezalandırılacaktır.

IX. İşkence ve Suçların İçtimai

243. maddenin 1. fıkrasında belirlenen amaçlar doğrultusunda işkence yapılırken, mağdura karşı müessir fiil, hakaret, sövme, tehdit, ırza tasaddi ve hatta ırza tecavüz niteliğinde fiiller işlenebilir. *TCK sisteminde* bütün bu fiiller genel olarak "*ışkence suçu*"nun maddi unsurları kapsamında nitelendirildiği için, failin sadece bu suçtan dolayı cezalandırılması gerekecektir. Bu nedenle, söz konusu amaçlar doğrultusunda bir kişiye karşı işlenen bu fiillerin bir veya birkaç günlük zaman zarfında işlenmesi (devamlılık, süreklilik arzetmesi) durumda dahi, failin 243. madde hükmüne istinaden *bir defa* cezalandırılması gerekecektir.

Aslında işkence fiilleri, yukarıda açıkladığımız gibi, bağımsız bir suç oluşturmamaktadır. Kişiye işkence edilirken işlenen fiiller esasında müessir fiil, hakaret, sövme, tehdit, ırza tasaddi ya da ırza tecavüz niteliğindedir. Dolayısıyla, işkence kapsamında mağdura karşı bu suçlardan birkaçının işlenmesi durumunda, *kanımızca*, her bir suçun bağımsız olarak işlendiğinin kabul edilmesi ve failin buna göre cezalandırılması gerekir.

Belirli bir suça ilişkin ikrar ve/veya sair delil elde etmek için bir kişiye işkence edilirken müessir fiil, hakaret, sövme ve benzeri suçlar belli bir zaman zarfında süreklilik arzeder şekilde ard arda işlenmiş olabilir. Bu durumda, *kanımızca*, söz konusu suçların müteselsilen işlendiğinin kabulü ve TCK.nun 80. maddesi hükmünün uygulanması gerekir.

Bu itibarla, işkence fiillerini ayrı ve bağımsız bir suç olarak tanımlayan sistemler (ve bu arada TCK. sistemi) esasında sorunun bu yönünü gözardı ederek, bir haksızlığı bünyelerinde taşımaktadır.

Belli bir suça ilişkin ikrar ve/veya sair delil elde etmek için birden fazla kişiye işkence edilmesi durumunda "*ışkence suçu*"nun müteselsilen işlen-

⁴⁷ CGK., 4.4.1983, 8-64/156 (YKD., Temmuz 1983, s. 1059-1072).

diğini kabul etmek gerekir⁴⁸. Ancak, belirtelim ki, Yargıtay, bu gibi durumlarda TCK.nun 80. maddesi hükmünün değil, her bir kişi açısından ayrı bir “işkence suçu”nun oluştuğundan bahisle, gerçek içtima kurallarının uygulanması gerektiği fikrindedir⁴⁹.

⁴⁸ **ERMAN/ÖZEK**, *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, s. 240; **DEMİRBAŞ**, *İşkence Suçu*, s. 47; **TEZCAN/ERDEM**, s. 199; **ARTUK/GÖKCEN/ YENİ-DÜNYA**, *Özel Hükümler*, s. 536.

⁴⁹ CGK., 4.4.1983, 8-64/156 (YKD., Temmuz 1983, s. 1059-1072). Örnek olarak, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun oyçokluğuyla aldığı şu kararını iktibas ediyoruz:

«Jandarma Karakol Komutanı Yardımcısı olan sanık; bir hırsızlık suçunu soruşturması sırasında yakalanan O’nun beyanı üzerine, hırsızlık suçuna katıldıkları şüphesi ile karakola getirilen şikayetçileri şifahi sorgularında suçu inkar etmeleri nedeniyle copla dövmüş, kalorifer dairesine indirip tekme ve tokat vurmuş, ertesi gün soyduktan sonra tazyikli su tutup, su içine yatırıp havlu ve hortumla dövmüş, mağdur C’nin vücudundaki yara izlerinin yok edilmesi için sıcak suya sokup tuzla ovdürmüş, güneşe çıkartmıştır. Bu baskı sonucu şikayetçiler yüklenen suçu kabul etmişler, C.Savcılığı ve Sulh Ceza Hakimliğinde ise suça katılmadıklarını savunmuşlardır. Haklarında açılan davada beraetlerine karar verilmiş ve bu karar Özel Dairece onanarak kesinleşmiştir. Sanığın, suçlarını söyletmek için mağdurlara işkence etmekten TCK.nun 243/1., 59. maddeleri gereğince iki kez (ve sonuçta) “4 yıl 12 ay ağır hapis, 2 yıl 16 ay memuriyetten yoksun bırakılma cezası ile cezalandırılmasına” karar verilmiştir. Mahkûmiyet hükmü Özel Dairece “temel cezanın tayininde dosya içeriği ile çelişen bir gerekçe ile alt sınırdan çok uzaklaşmış olması” isabetsizliğinden bozulmuş, Yerel Mahkeme önceki hükmünde direnmiştir.

Dosyanın görüşülmesi sırasında, her iki mağdura yönelik eylemlerin müteselsil suçu oluşturduğu ve sanık hakkında TCK.nın 80. maddesinin uygulanması gerektiği ileri sürüldüğünden öncelikle bu yönde inceleme yapılmıştır.

Eylemin birden fazla olması halinde, kural olarak birden fazla ihlâl, birden fazla hüküm ve birden fazla ceza ile her ihlalin ayrı suç olması nedeniyle de birden çok suç mevcuttur. Yasanın aynı hükmünü ihlâl eden birden çok fiilin bulunması halinde, müteselsil suçun kabulü için fiiller, “aynı suç işleme kararı” altında işlenmelidir.

“Aynı suç işleme kararı”ndan, yasanın aynı hükmünü bir çok kez ihlâl etme hususunda önceden kurulan bir plan, genel bir niyet anlaşılmalıdır. Fail, suçu işlemeyen önce bir plan yapmalı veya suça niyet etmeli fakat, fiili bir defada yapmak yerine kısımlara bölmeyi ve o surette gerçekleştirmeyi daha uygun görmelidir. Öngörülen ve gerçekleştirmeye yönelik olan suç planı çerçevesinde hareket etmelidir. Failin hareketi, önceki hareketinin devamı olmalı ve failin tüm hareketleri arasında sübjektif bir bağlantı bulunmalıdır.

Suçun işleniş biçimi, fiillerin işlendikleri yerler, işlenme zamanı, fiiller arasında geçen zaman süresi, suçun mağdurları, ihlâl edilen değer ve yarar ile korunan değer ve hak, olayın işleniş biçimi, gelişim ve oluşum ile tüm özellikleri değer-

lendirilerek “aynı suç işleme kararının” varlığı veya yokluğu olaysal olarak saptanmalıdır.

Maddî olayda sanık; bir soruşturma nedeniyle karakola getirilen her iki mağduru bilinçli olarak ve suçlarını ikrar ettirmek amacıyla ayrı ayrı dövmüştür. Sanık, her bir mağdura karşı acı çektirme iradesiyle hareket etmiştir. Mağdurlardan bir tanesinin yüklenen hırsızlık suçunu kabul etmesi, diğer mağdur yönünden sonuç doğurmayacak ve onu etkilemeyecektir. Diğer bir anlatımla, mağdurlardan birinin dövülmesiyle ihlâl edilen hak ve sağlanacak yarar, diğer mağduru etkilememekte, onun suçunu ortaya çıkarmamaktadır. Her iki mağdur, ayrı ayrı suçu kabul etmeleri için işkenceye tabi tutulmuşlardır. Neticeye ulaşmak, yani hırsızlık suçunu aydınlatmak için her iki mağdurun peş peşe dövülmesi de şart değildir. Mağdurlardan bir tanesinin suçu ikrarı ile olay açıklığa kavuşacaktır. Kaldı ki, olaydan sonra yakalanan O, suçu kabul etmiş ve hırsızlık suçu aydınlanmıştır. Sanığın, buna rağmen her iki mağdurun vücut bütünlüğüne karşı suç işlemesinde müteselsil suçun sübjektif şartı gerçekleşmemiş; sanık, bir olayı ortaya çıkarmak için değil, suçu ayrı ayrı kabul ettirmek için, ayrı suç işleme kararı ile hareket etmiştir.

Öte yandan, Haziran 1929 tarih 26/10 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında; “Eşhas aleyhindeki işlenen suçlar ile mülkiyet aleyhinde işlenen suçları bir hadisede birbirinden ayırarak mütalâa etmek lazım geldiğinde ve eşhas aleyhindeki suçlarda yani eşhasın hayatına, namusuna karşı ika olunan suçlarda dıçarı tecavüz olanların taaddüdü müteselsil suçu teşkil edemeyeceğinde müttefik kalınmıştır. Çünkü müteaddit eşhas aleyhinde cürüm işleyen bir kimsenin hareketinde bir kastı cürmünün vücudu iddia edilemez. Bilfarz, münazaa esnasında müteaddit kimseleri döven bir şahsın iradesinde tebeddül vardır. Kaç kişiyi dövmüş veya yaralamış ise, her şahsa karşı iradesi tebeddül etmiş demektir. Zira, saik bir olsa da bu saik, müteaddit kastı cürümler tevhit edebilir.

Binaenaleyh gayesi, maksadı, müteaddit eşhasa karşı suç işlemekten ibaret olan bir şahıs, o gayesine müteaddit kasıt ve kararlarıyla varmıştır. Hülâsa, saikin birliği her halde kastın birliğine icabettirmez.”

denilerek şahıslar aleyhine işlenen suçlarla teselsülün mümkün olmadığı kabul edilmiştir.

TCK.nun 80. maddesinde yer alan “cürmi kast” kavramı, maddenin kabahatlere de uygulanabilmesi amacıyla “suç işleme kararı” olarak değiştirildiğinden ve başkaca bir amaç güdülmeyeceğinden, İçtihadı Birleştirme Kararında “karar” sözcüğünün, “kast” sözcüğü ile eş anlamlı olarak kullanıldığı kabul edilse dahi, İçtihadı Birleştirme Kararı bugün de geçerliliğini korumaktadır.

Ayrıca, şahıs aleyhine işlenen suçlarda örneğin kavgada üç kişinin dövülmesi olayında TCK.nun 80. maddesinin uygulanması kabul edildiği takdirde, aynı kavgada mağdurların tümünün ölümünden de TCK.nun 448, 80. maddelerinin uygulanması gerekecektir. Böyle bir uygulama yapılması ise, aynı Yasanın 450/5. maddesi karşısında olanaksızdır. Teselsülün varlığı kabul edildiği takdirde, ağır cezanın hafif cezayı içermesi, yani mağdurlardan birinin ölümü, diğerinin yaralanması halinde sadece ağır suçtan ceza verilmesi de kabul edilecektir. Bu durum cezanın; fiilin ağırlığı ve sorumluluk derecesi ile orantılı olması, örnek teşkil ederek güvenliği sağlaması, başkalarının suç işlemesini önlemesi, fiile uygun ve yeterli olması ilkelerine ve Yasa koyucunun amacına aykırıdır. Yine, failin cinsel

X. Yaptırım

Kanun koyucu, "işkence suçu"nu işleyen kişilerle ilgili olarak "sekiz yıla kadar ağır hapis" ve ayrıca, "sürekli veya geçici olarak kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası" öngörmüştür.

Dikkat edilmelidir ki, söz konusu suçla ilgili olarak öngörülen "ağır hapis cezası"nın alt sınırı madde metninde belirlenmemiştir. TCK.nun 13. maddesi hükmü karşısında, bu cezanın alt sınırını bir yıl olarak kabul etmek gerekir.

"İşkence suçu"nu işlediğinden bahisle mahkûmiyet kararı tesis eden mahkeme, fail hakkında ayrıca "sürekli veya geçici olarak kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası"na da hükmedecektir (TCK, m. 243, f. 1). "İşkence suçu" açısından özel nitelikteki bu hükmün uygulanması durumunda, TCK.nun 31 ve 35. maddeleri hükümleri artık uygulanamaz⁵⁰.

Söz konusu "kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası"nın kapsamını belirlerken, TCK.nun 20. maddesi hükmünün gözönünde bulundurulması gerekir.

Hâkim, kararında "kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası"na hükmederken bunun süreli veya süresiz olduğunu, süreli ise bunun miktarını açıkça belirtmelidir⁵¹.

"Kamu hizmetlerinden mahrumiyet", madde metninde "ceza" olarak tavsif edilmiştir. Bu nedenle söz konusu yaptırım, doktrinde "fer'i ceza" olarak nitelendirilmiştir^{52, 53}.

duygularını tatmin amacıyla toplu kalınan yerlerde örneğin bir yurttta, bakım evinde, hastahane her gece bir başka küçüğe tasaddide bulunması veya her gece bir başka mağdurun ırzına geçilmesinde aynı suç işleme kararından bahsedilemez. Fail, mağdurlardan biri üzerindeki fiillerini aynı karar altında tekrarlamakta ise de, her mağdur üzerinde ayrı ve yeni bir suç kararı ile fiilini gerçekleştirmektedir. Bu itibarla, ayrı şahıslar aleyhine işlenen suçlarda teselsül hükümleri uygulanamaz.»: CGK., 27.3.1995, 8-58/86 (YAŞAR Osman: Uygulama Türk Ceza Yasası, Genel Hükümler, Ankara 2000, s. 1208-1214).

⁵⁰ İÇEL / SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER, *Yaptırım Teorisi*, s. 123, 144; ERMAN/ÖZEK, *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, s. 216.

⁵¹ Bu yaptırımın etkisi, memnu hakların iadesine dair hükümler çerçevesinde kaldırılabilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İÇEL/SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER, *Yaptırım Teorisi*, s. 447 vd.

⁵² Bkz. ÖNDER, *Özel Hükümler*, 3. Bası, s. 175.

⁵³ Erteleme kararı, "mahkeme kararında hilâfi tasrih edilmedikçe fer'i cezalar hakkında da tatbik olunur." (TCK, m. 91). Buna göre, mahkeme, "asli ceza"yı ertelemekle beraber, "fer'i ceza"yı erteleme dışında tutabilmektedir (ayrıntılı bilgi i-

TCK.nun mehzazını oluşturan 1889 İtalyan Ceza Kanunu, 19. yüzyıl ceza hukuku düşüncesiyle hazırlanmıştır. Bu nedenle, suç teşkil eden fiilin karşılığında öngörülen yaptırımların hepsi “ceza” olarak mütalâa edilmiştir. Ancak, suçun karşılığında öngörülen bu yaptırımlar, “asli ceza” ve “fer’i ceza” şeklinde bir ayırıma tabi tutulmuştur. Halbuki günümüz ceza hukukunda suç teşkil eden bir fiilin işlenmesi dolayısıyla *ceza* ve *tedbir* olmak üzere iki tür yaptırım öngörülmektedir.

Hukuk sistemimizde “fer’i (veya “mütemmim”) ceza” olarak nitelendirilen kamu hizmetlerinden yasaklılık yaptırımı, kanımızca bir *emniyet tedbiri* niteliği taşımaktadır. Zira, kamu hizmetlerinin yürütümünde görev alabilmesi için kişide liyakat ve ehliyet şartları aranmaktadır. Başka bir deyişle, liyakat, kamu görevinin yürütümü açısından gerekli olan bilgi donanımının kişide bulunmasını; buna karşılık ehliyet ise, liyakatlilik şartını taşıyan kişiye aynı zamanda toplum tarafından duyulan güveni ifade etmektedir. Belli ağırlık derecesinde suç işleyen kişi, kamu görevinin yürütümü açısından kendisine duyulan güveni yitirmektedir. Bu nedenle, suç işleyen kişi, bir tedbir olarak, kamu hizmetlerinden yasaklanabilir.

Kamu hizmetlerinden yasaklılık, Kanunda, belli bir ağırlık derecesine ulaşmış cezaya mahkûm olmanın kanuni neticesi olarak mütalâa edilmelidir (TCK, m. 31). Ancak, bu yaptırım, “ışkence suçu”nda olduğu gibi, bir suçun kanuni tarafında örneğin hürriyeti bağlayıcı cezanın yanı sıra ayrıca belirlenebilmektedir.

2.1.2003 tarih ve 4778 sayılı Kanunla⁵⁴ TCK.ndaki “ışkence suçu”nun yaptırımlarının infaz rejimiyle ilgili olarak düzenleme yapılmıştır. Buna göre, “ışkence suçu”ndan “dolayı verilen cezalar, para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilemez ve ertelenemez”.

Bu düzenleme birçok yönden hatalıdır.

Belli bir suçu işlemek dolayısıyla mahkûm olunan hürriyeti bağlayıcı cezanın ertelenmesi, para cezasına veya başka bir tedbire çevrilmesi, işlenen suçla ilgili olmayan; faille, failin kişiliği ile, failin resosyalizasyonu ile ilgili değildir. Hakim in belli bir suçu işleyen kişi ile ilgili olarak somut olay bağlamın-

çin bkz. ÖZGENÇ İzzet: *Bir Ceza İnfaz Rejimi Olarak Erteleme*, Anayasa Yargısı, Cilt 18, Ankara 2001, s. 99 vd.; İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, *Yaptırım Teorisi*, s. 392 vd.). Ancak, belirtmek gerekir ki, Yargıtay, Kanundaki bu hükme rağmen, aksi yönde karar vermiştir:

“Memurluktan yoksun kılma cezasının, hükmolunan temel cezanın ertelenmesinden sonra uygulanması suretiyle bu cezanın erteleme dışı bırakılması” bozmayı gerektirmiştir: 4. CD., 29.4.1998, 2833/4346 (YAŞAR, *İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, s. 521).

⁵⁴ RG.: 11.1.2003.

da bir değerlendirme yapmasını gerektiren bu kurumların, belli suçlar açısından uygulanma imkanının kaldırılması, doğru değildir. Nitekim, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanuna göre, “*ağır hapis hariç, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar, suçlunun kişiliğine, sair hallerine ve suçun işlenmesindeki özelliklerine göre mahkemece*” para cezasına veya tedbire çevrilebilir (m. 4, f. 1).

Aslında belirtmek gerekir ki; TCK.nda “işkence suçu” açısından öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezanın para cezasına veya başka herhangi bir tedbire çevrilmesi, 647 sayılı Kanun hükümleri karşısında zaten mümkün değildi. Zira, 647 sayılı Kanuna göre, “ağır hapis” cezası dışındaki kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların paraya veya tedbirlerden birine çevrilebileceği belirtilmektedir. Halbuki, TCK.nun 243. maddesinde öngörülen hürriyeti bağlayıcı ceza, “*ağır hapis cezası*”dır.

TCK.nun 243. maddesinde “işkence suçu”nun karşılığında öngörülen hürriyeti bağlayıcı ceza, “*sekiz yıla kadar ağır hapis cezası*”dır. Bu cezanın alt sınırı madde metninde belirlenmemiştir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, TCK.nun 13. maddesi hükmü dolayısıyla, bu cezanın alt sınırını bir yıl olarak kabul etmek gerekir.

647 sayılı Kanun hükümlerine göre, mahkûm olunan “*bir yıla kadar (bir yıl dahil) ağır hapis cezası*” diğer şartların bulunması durumunda ertelenilmektedir (m. 6). Bu itibarla, 4778 sayılı Kanun yürürlüğe girinceye kadar, “işkence suçu”ndan dolayı ancak alt sınırdan verilen yani bir yıl süreli ağır hapis cezası erteleme kapsamına girmekte idi.

Bu durum karşısında, eğer “işkence suçu”ndan dolayı verilen hürriyeti bağlayıcı cezanın ertelenmemesi isteniyor idi ise, kurumların niteliği ile bağdaşmayan düzenlemeler yapmak yerine, TCK.nun 243. maddesindeki “ağır hapis cezası”nın alt sınırının, örneğin iki yıl olarak belirlenmesi yeterli olabilirdi.

Keza, 4778 sayılı Kanunla yapılan düzenlemeye göre, 4483 sayılı “*Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun*” hükümleri “işkence suçu” açısından uygulanamayacaktır (m. 33). Belirtelim ki, bu hüküm, mevzuatımız açısından sadece “malûmu ilan”dan ibarettir. Zira, CMUK’nun 154. maddesinin 4. fıkrasına göre, adli görevin ifası çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı doğrudan C. savcılarını soruşturma yapabilmektedirler. Bu hüküm, 4483 sayılı Kanunda saklı tutulmuştur (m. 2). Başka bir deyişle, adli görevin ifası çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanamayacaktır.

Sonuç

Belli bir suça ilişkin ikrar ve/veya sair delil elde etmek amacıyla bir kişiye işkence edilirken işlenen fiiller, aslında farklı nitelikteki bazı suçların oluşumuna sebebiyet vermektedir. İşkence teşkil eden fiiller esas itibarıyla müessir fiil, hakaret, sövme, tehdit, ırza tasaddi veya ırza tecavüz niteliği taşıyan fiillerdir. Ancak, bu fiillerin işlenişi sırasında belli bir amaç güdülmektedir. Özellik taşıyan nokta da burasıdır. Kanımızca, sadece bu amaçtan hareketle bu fiillere ayrı bir suç niteliğinin verilmesi yerinde olmamıştır. Kanunda yapılacak bir değişiklikle, müessir fiil, hakaret, sövme, tehdit, ırza tasaddi veya ırza tecavüz suçlarının bir suç vakıası hakkında ikrar veya herhangi bir delil elde edilmesi ya da delillerin ortaya çıkarılmasının önlenmesi amacıyla işlenmesi durumunda bu suçların nitelikli bir şeklinin oluştuğunu kabul etmek daha yerinde olacaktır.

Aksi takdirde, işkence fiillerini ayrı ve bağımsız bir suç olarak tanımlayan kanunlar, yukarıda açıklandığı üzere, suçların içtimai açısından bir haksızlığı bünyelerinde taşımaya devam edeceklerdir.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ (AİHM) KARARLARI IŞIĞINDA KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ ve TÜRKİYE

Gözetiminde Kayıplar, Hakim Önüne Çıkarma ve Gözetim Süreleri*

*Die persönliche Freiheit im Lichte der Entscheidungen der EGMR und die
Türkei/Verschwindenlassen (nach der Verhaftung), Vorführung vor den
Richter und Vorführungsfristen*

Yrd. Doç. Dr. Faruk TURHAN**

ÖZET

Bu çalışmada, AİHS'nin 5. maddesinde güvence altına alınan kişi özgürlüğü ve güvenliği açısından gözetiminde kayıplar, gözetimine alınan kişilerin hakim önüne çıkarılması ve gözetim süreleri AİHM kararları ışığında incelenmiştir.

AİHM, gözetimine alındıktan sonra kaybolduğu iddiasıyla yapılan bir çok başvuruda Türkiye'yi mahkum etmiştir. AİHM'ye göre, bir kişinin gözetimine alındığının veya tutuklandığının yetkililerce kabul edilmemesi Sözleşme'nin 5. maddedeki güvencelerin ağır bir ihlalini teşkil eder. Bu madde, yetkililere gözetimine alınan kişilerin kaybolma riskine karşı etkin tedbirler alma ve bir kişinin gözetimine alındıktan sonra kaybolduğuna ilişkin bir şikayet halinde de, derhal etkin bir soruşturma yapma yükümlülüğü yüklemektedir.

Yakalanan kişinin gecikmeksizin hakim önüne çıkarılmasını emreden Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrasının Türkiye tarafından ihlali nedeniyle AİHM, bir çok kararında Türkiye aleyhine tazminata hükmetmiştir. Mahkeme'ye göre gecikmezlik, her olayın kendine mahsus koşulları dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Ancak bu şartlar, hiçbir zaman güvence altına alınan hakkın özünü zedeleyecek şekilde anlaşılamaz.

Bu çalışmada AİHM kararları ile Türk hukukundaki düzenlemeler karşılaştırmalı olarak incelenmiş ve sonuç olarak, yapılan olumlu kanuni

* Bu çalışmada 31 Aralık 2000 tarihine kadar olan literatür ve AİHM kararları dikkate alınmıştır.

** Süleyman Demirel Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi.

düzenlemelere rağmen, AİHM kararlarındaki ölçütleri karşılamakta hala eksikliklerin olduğu görülmüştür.

ZUSAMMENFASSUNG:

In dieser Arbeit wurde das Verschwindenlassen einer Person nach seiner Festnahme und die Vorführung des Festgenommenen vor einen Richter aus der Sicht der persönlichen Freiheit und Sicherheit nach Art. 5 der EMRK untersucht.

Auf Grund des Verschwindenlassens nach der Festnahme durch die Sicherheitskräfte hat EGMR in vielen Fällen die Türkei verurteilt. Nach Ansicht der EGMR ist die Verleugnung der Festnahme oder Verhaftung einer Person eine sehr schwere Verletzung der im Art. 5 festgelegten Garantien. Nach Meinung des Gerichtshofes sind die Behörden verpflichtet, wirksame Massnahmen gegen das Verschwindenlassen von Personen zu treffen. Wenn eine Beschwerde über das Verschwinden einer Person ergeht, dann müssen die Behörden unverzüglich wirksame Untersuchungen einleiten.

Wegen der Verletzung der unverzüglichen Vorführung vor einen Richter nach Art. 5 Abs. 3 hat EGMR in mehreren Entscheidungen die Türkei zu Schadensersatz verurteilt. Nach Entscheidungen der EGMR muss die Unverzüglichkeit nach den besonderen Umständen des Einzelfalles beurteilt werden. Die Behörden dürfen jedoch den Wesensgehalt des in Art. 5. Abs. 3 garantierten Rechts nicht beeinträchtigen.

In dieser Arbeit wurden die Entscheidungen der EGMR und das türkische Recht vergleichend untersucht und wurde im Ergebnis festgestellt, obwohl es in der letzten Zeit positive gesetzliche Änderungen vorgenommen wurden, dass es noch Lücken zur Erfüllung der Kriterien der EGMR-Entscheidungen vorliegen.

Anahtar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kişi özgürlüğü ve güvenliği, gözaltında kayıplar, gözaltı süreleri, yakalanan kişinin hakim önüne çıkarılması, Kurt/Türkiye Kararı, Çakıcı/Türkiye Kararı, Timurtaş/Türkiye Kararı, Aksoy/Türkiye Kararı, kanunen yargı yetkisine sahip görevli, Schiesser/İsviçre Kararı, Sakık ve diğerleri/Türkiye Kararı Kelimeler :

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ (AİHM)
KARARLARI IŞIĞINDA KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ ve
TÜRKİYE/Gözetiminde Kayıplar, Hakim Önüne Çıkarma ve Gözetim
Süreleri***

I. GİRİŞ

Kişî güvenliği ve özgürlüğü, insan oğlunun en önemli değerlerinden biridir; hatta diğer özgürlüklerin kullanılmasını sağlayan bir özelliğe sahiptir. Bu nedenle, bu hukukî değere yapılacak keyfî saldırılardan kişiyi korumak amacıyla, bir çok uluslar arası ve ulusal belgelerde kurallar koyulmuştur. Uluslar arası alanda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 5. maddesi yanında, özellikle BM Kişisel ve Siyasî Haklar Sözleşmesi'ni zikredebiliriz. Anayasa gereği kanun gibi geçerli olan AİHS yanında, ulusal alanda, Sözleşme'nin 5. maddesine paralel bir düzenleme getiren 1982 Anayasası'nın 19. maddesi ile kişî güvenliği ve özgürlüğü Türk Hukuku bakımından garanti altına alınmıştır. Anayasa ile garanti edilen kişî özgürlüğünün hangi koşullar altında sınırlandırılabilirdiği ise, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, Sıkıyönetim Kanunu, Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu gibi çeşitli kanunlarda gösterilmiştir.

AİHS'nin 5. maddesi kişî özgürlüğünün ortadan kaldırılabilirdiği halleri ve bunların şartlarını sınırlayıcı bir şekilde sayarak, bireyin kişî özgürlüğünden keyfî olarak yoksun bırakılmasını önlemek istemektedir¹. Kişî özgürlüğünün sınırlandırılması için, öncelikle işlemin hukuka uygun olması gerekir². İkinci olarak, Sözleşme, özgürlükten yoksunluk hallerini 5. maddenin 1.

* Bu çalışmada 31 Aralık 2000 tarihine kadar olan literatür ve AİHM kararları dikkate alınmıştır.

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. FROWAIN JOCHEN ABR. / PEUKERT WOLFGANG: Europaeische Menschenrechtskonvention/EMRK-Kommentar, 2. bası, N.P. Engel Verlag, Kehl/Strassburg/Arlington, 1996, md. 5 no. 1; GÖLCÜKLÜ FEYYAZ / GÖZÜBÜYÜK ŞEREF: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 3. bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s.221; ÜNAL ŞEREF: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara 1995, s.131; GÖÇER MAHMUT: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Kişî Özgürlüğü ve Güvenliği ve Türk Hukuku", Türkiye'de İnsan Hakları, TODAİE Yayınları, no: 301, Ankara 2000, s. 211 vd. AİHM, 25.5.1998 tarihli (BN: 24276/94) Kurt/Türkiye Kararı, par.122 (karar hakkında bkz. aşağıda II. 2.a).

² AİHS'nin 5. md. 1. fıkrası bunu, "Aşağıda mezkur haller ve kanuni usuller dışında hiç kimse hürriyetinden mahrum edilemez", diyerek ifade etmiştir.

fikrasında (a-f bentlerinde) sınırlı bir şekilde saymıştır³, bunlar dışında başka bir nedene dayanarak kişi özgürlüğü kısıtlanamaz. Bu kısıtlama nedenleri özgürlüğü kısıtlanan kişinin lehine olarak daraltıcı şekilde yorumlanması gerekir.⁴ Üçüncü olarak, özgürlüğü kısıtlanan kişiye 5. maddede (2-5 fıkralar) bir takım güvenceler tanınmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları⁵ incelendiğinde, bireysel başvurularda Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlali iddiasının sıklıkla ileri sürüldüğü ve başvuruçuların da *Mahkeme* önünde genellikle başarı elde ettikleri görülmektedir. 1982 Anayasası, AİHS'nin 5. maddesini hemen hemen aynen almış ve Sözleşme'ye paralel bir düzenleme getirmiş gibi görünse de, AİHM'nin Türkiye aleyhine Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlali nedeniyle verdiği kararlarını incelediğimiz zaman, kanuni düzenleme ve uygulamanın *Mahkeme*'nin içtihatları ile hiç de uyum içinde olmadığını görmekteyiz.⁶

³ AİHM, 18 Ocak 1978 tarihli (BN: 5310/71) İrlanda/İngiltere Kararı, par.194; Kararın Türkçe çevirisi (özet olarak) için bkz. İnsan Hakları Kararlar Derlemesi (İHKAD), İstanbul Barosu Yayınları, editör DOĞRU Osman, cilt 1, İstanbul 1998, s.245-277.

⁴ VILLIGER MARK E.: Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. bası, Zürich 1999, s.211, no. 329.

⁵ AİHM kararlarına internet ortamında kolaylıkla ulaşılabilir: <http://www.echr.coe.int>. Bu nedenle kararların İngilizce orijinal metinleri için yapılan atıflarda kaynak gösterilmemiştir. Kararların Almanca veya Türkçe çevirilerinden de yararlanıldığında ise çevirinin yayımlandığı kaynak belirtilmiştir. Osman DOĞRU editörlüğünde hazırlanan ve İstanbul Barosu tarafından 3 cilt halinde yayınlanan "İnsan Hakları Kararlar Derlemesi" (1. ve 2. Ciltler İstanbul 1998, 3. cilt İstanbul 2000) eserde, AİHM kararlarının bir kısmının (toplam 71 karar) seçilerek Türkçe'ye yapılan çevirisi (bir kısmı tam metin, bir kısmı geniş özet olarak) yer almaktadır (bu makaledeki atıflarda İHKAD şeklinde kısaltılmıştır!). Yine Osman DOĞRU tarafından hazırlanan "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Kararlar Rehberi (1960 – 1994)" adlı eser (İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1999) *Mahkeme* kararları hakkında özet bilgi için başvurulabilecek önemli bir kaynaktır. Ayrıca, *Mahkeme*'nin bazı kararlarının kısa özetleri için bkz. YILDIZ MUSTAFA: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı, Alfa Yayınları, İstanbul 1998, s.201 vd.

⁶ AİHM'nin Türkiye ile ilgili kararlarının Türkçe çevirileri, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığınca çıkarılan Yargı Mevzuatı Bülteni'nde yayınlanmaktadır. Yine Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığınca AİHM'nin 8 adet kararının Türkçe çevirisi İnsan Hakları Mahkemesi Kararları (1997) adlı yayında yer almaktadır (Ankara 1998). Yine Osman DOĞRU editörlüğünde yayınlanan, İnsan Hakları Kararlar Derlemesi (İHKAD) adlı 3 ciltlik eserde Türkiye ile ilgili toplam 19 adet karara yer verilmiştir. 1995 yılından 2000 yılı sonuna kadar AİHM'nin Türkiye hakkında verdiği kararlar Osman DOĞRU ve Atilla NALBANT tarafından özetlenerek "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türki-

Türkiye aleyhine açılmış olan davalarda, *Mahkeme*'nin doğrudan 5. maddedeki kişi özgürlüğü ve güvenliğinin ihlaline veya diğer maddeler yanında 5. maddenin de ihlal edildiğine ilişkin Türkiye⁷ ile ilgili 31.12.2002 tarihine kadar verdiği kararları şu şekilde listelemek mümkündür⁸:

1. CASE OF MANSUR v. TURKEY (Mansur/Türkiye)⁹, 8.6.1995, BN:16026/90: tutukluluk ve yargılama sürelerinin uzunluğu nedeniyle 5. md. 3. fık. ile 6. md. 1. fıkranın ihlaline ve 30.000 Fransız Frangı manevi tazminat ile 30.000 Fransız Frangı masraflar için ödenmesine karar verilmiştir.

2. CASE OF YAGCI AND SARGIN v. TURKEY (Yağcı ve Sargın/Türkiye)¹⁰, 8.6.1995; BN: 16419/90: tutukluluk ve yargılama sürelerinin uzunluğu nedeniyle 5. md. 3. fık. ile 6. md. 1. fıkranın ihlaline, toplam 60.000 Fransız Frangı manevi tazminat ile masraflar için 38.000 Fransız Frangı ve vekalet ücreti için de 30.000 Fransız Frangı ödenmesine karar verilmiştir.

ye/ Karar Özetleri (1995-2000)" adı altında (İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 200) yayınlanmıştır. Türkiye aleyhine yapılan bireysel başvurularla ilgili Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nca (AİHK) verilen kabul edilebilirlik kararlarından bazılarının Türkçe çevirileri için bkz. GEMALMAZ MEHMET SEMİH: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Önünde Türkiye - 1 - : Kabul edilebilirlik Kararları (Bu çalışmada Kabul edilebilirlik Kararları olarak kısaltılarak atıfta bulunulacaktır) Beta Yayınları, İstanbul 1997; yine aynı yazar: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Önünde Türkiye - 2 - : Nihai Raporlar (Bu çalışmada Nihai Raporlar olarak kısaltılarak atıfta bulunulacaktır), Beta Yayınları, İstanbul 1998.

⁷ İngilizce veya Fransızca olarak yazılan Türkiye ile ilgili karar metinlerine <http://www.echr.coe.int> web sayfasından ulaşılabilir. Türkiye ile ilgili kararların incelenmesi sırasında Türkçe çevrisi yapılmış olanların bu çevirileri esas alınmış, çevrisi yapılmamış olanlar da kaynak gösterilmeden AİHM'nin internet web sayfasında yer alan karar metinleri dikkate alınmıştır.

⁸ AİHM'nin 27 Eylül 1997 tarihli Erdagöz/Türkiye Kararı da kişi özgürlüğü ile ilgili olmakla birlikte, AİHK'nın aksine AİHM, sanığın makul şüphe üzerine gözetimine alındığı sonucuna vararak, olayda Sözleşme'nin ihlali bulunmadığına karar vermiştir, bu kararın Türkçe çevrisi için bkz. İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, s.111-119; İHKAD, cilt II, s.292-303).

⁹ Yargı Mevzuatı Bülteni, 3 Ekim 2000, Sayı: 113, s.60-77; İHKAD, cilt 2, s.158-170.

¹⁰ Yargı Mevzuatı Bülteni, 6 Haziran 2000, Sayı: 123, s.42-53; İHKAD, cilt 2, s.139-157. Yağcı ve Sargın'ın daha önceki başka bir başvurusu gözetli sürelerine ilişkin olup, başvuru hakkında AİHK 11 Mayıs 1989 tarihinde kabul edilebilirlik kararı (14116/88 ve 14117/88 nolu) vermişti. Komisyon olayda sanıkların hakim önüne çıkarılmadan 19 gün gözetiminde tutulmalarını, Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrasına aykırı bulmuştu (ayrıca gözetiminde işkence nedeniyle başvuru kabul edilmişti). 18 Şubat 1993 tarihinde taraflar arasında dostça çözüm anlaşması yapılarak, Türkiye başvurucuların her birine 1.316.000 TL ödemiş ve başvurucular da şikayetlerinden vazgeçmişlerdir (bkz. ÜNAL, s.146-137).

3. CASE OF AKSOY v. TURKEY (Aksoy/Türkiye)¹¹, 18.12.1996, BN: 21987/93: Gözaltında işkence nedeniyle 3. maddenin ihlaline, gözaltı süresinin uzunluğu nedeniyle (14 gün) 5. md. 3. fıkra ile 13. maddenin ihlaline, maddi ve manevi tazminat için 4.283.450.000 TL ile masraflar için 20.710 İngiliz Sterlini ödenmesine karar verilmiştir.

4. CASE OF SAKIK AND OTHERS v. TURKEY (Sakık ve diğerleri/Türkiye)¹², 26.10.1997 BN: 23878/94; 23879/94; 23880/94; 23882/94; 23883/94; 23881/94: Gözaltı süresinin uzunluğu nedeniyle 5. md. 3. fıkranın ihlaline, tutuklama kararına karşı yargı denetiminin bulunmaması nedeniyle 5. md. 4. fıkranın ve tazminat hakkı nedeniyle 5. md. 5. fıkranın ihlaline, toplam 160.000 Fransız Frangı manevi tazminat ve 120.000 Fransız Frangı masraflar için ödenmesine karar verilmiştir.

5. CASE OF KURT v. TURKEY (Kurt/Türkiye)¹³, 25.05.1998, BN: 24776/94: Gözaltında kayıp nedeniyle 2., 3., 5., 13, ve 25. (yeni 34) maddelerin ihlaline, toplam 25.000 İngiliz Sterlini manevi tazminat ile 15.000 İngiliz Sterlini masraflar için ödenmesine karar verilmiştir.

6. CASE OF DEMİR AND OTHERS v. TURKEY (Demir ve diğerleri/Türkiye)¹⁴, 23.9.1998, BN: 21380/93: Gözaltı süresinin uzunluğu nedeniyle (16 ve 23 gün) 5. md. 3. fıkranın ihlaline ve toplam 70.000 Fransız Frangı manevi tazminat ödenmesine karar verilmiştir.

7. CASE OF ÇAKICI (Çakıcı/Türkiye)¹⁵, 8.7.1999, BN: 23657/94: Gözaltında kayıp ve bir süre sonra ölü olarak bulunma nedeniyle 2., 3., 5. ve 13. maddelerin ihlaline ve toplam 27.500 İngiliz Sterlini manevi ve 11.534 İngiliz Sterlini maddi tazminat ödenmesine karar verilmiştir.

8. CASE OF TIMURTAS v. TURKEY (Timurtaş/Türkiye), 13.10.2000, BN: 23531/94: Gözaltında kayıp nedeniyle 2., 3., 5. ve 13. maddelerin ihlaline ve toplam 30.000 İngiliz Sterlini manevi tazminat ile 20.000 İngiliz Sterlini masraflar için ödenmesine karar verilmiştir.

¹¹ Kararın Türkçe çevrisi için bkz. İHKAD, cilt 2, s.236-262; AİHK'nın Aksoy olayında verdiği kabul edilebilirlik kararının Türkçe çevrisi için bkz. GEMALMAZ, Nihai Raporlar, s.213-257.

¹² Kararın Türkçe çevrisi için bkz. İnsan Hakları Mahkemesi Kararları (1997), T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 1998, s.77-88.

¹³ Kararın Türkçe çevrisi için bkz. Yargı Mevzuatı Bülteni, 6 Şubat.2001, Sayı: 136, s.44-79.

¹⁴ Kararın Türkçe çevrisi için bkz. Yargı Mevzuatı Bülteni, 29 Temmuz.2000, Sayı: 118, s.38-53.

¹⁵ Kararın Türkçe çevrisi için bkz. Yargı Mevzuatı Bülteni, 3 Temmuz 2000, Sayı: 116, s.24-52; bu olayla ilgili olarak AİHK'nın verdiği kabul edilebilirlik kararı için bkz. GEMALMAZ, Kabul edilebilirlik Kararları, s.753-763.

9. CASE OF DİKME v. TURKEY (Dikme/Türkiye), 11.7.2000; BN: 20869/92: Gözaltı süresinin uzunluğu (16 gün) nedeniyle 5. md. 3. fıkranın ihlaline, gözaltında işkence ve kötü muamele nedeniyle 3. maddenin ihlaline ve 200.000 Fransız Frangı manevi tazminat ile 10.000 Fransız Frangı masraflar için ödenmesine karar verilmiştir.

10. CASE OF TAS v. TURKEY (Taş/Türkiye), 14.11.2000, BN: 24396/94: Gözaltında kayıp nedeniyle 2., 3., 5. ve 13. maddelerin ihlaline ve toplam 30.000 İngiliz Sterlini manevi tazminat ile 14.795 İngiliz Sterlini masraflar için ödenmesine karar verilmiştir.

11. CASE OF ÇİÇEK v. TURKEY (Çiçek/Türkiye), 27.02.2001, BN: 25704/94: Gözaltında kayıp nedeniyle 2., 3., 5. ve 13. maddelerin ihlaline ve toplam 60.000 İngiliz Sterlini maddi ve manevi tazminat ile 10.000 İngiliz Sterlini mahkeme masrafları için ödenmesine karar verilmiştir.

12. CASE OF BERKTAY v. TURKEY (Berktaş/Türkiye), 1.3.2001, BN: 22493/93: Gözaltına almanın ciddi nedenlere dayanmaması nedeniyle 5. md. 1. fıkranın ihlaline, ayrıca 3. ve 13. maddelerin de ihlaline; Devrim Berktaş'a 55.000 İngiliz Sterlini, Hüseyin Berktaş'a 2.500 İngiliz Sterlini tazminata, ayrıca diğer masraflar için de 12.000 İngiliz Sterlini ödenmesine karar verilmiştir.

13. CASE OF CYPRUS v. TURKEY (Kıbrıs/Türkiye), 10/05/2001, BN: 25781/94: Güney Kıbrıs Rum Yönetimi'nin Türkiye aleyhine devlet başvurusu sonucu, Sözleşme'nin bir çok maddesi yanında kayıp şahıslar nedeniyle 5. maddenin Türkiye tarafından sürekli ihlaline karar verilmiş ve tazminat konusundaki karar ertelenmiştir.

14. CASE OF ALTAY v. TURKEY (Altay/Türkiye), 22.5.2001, BN: 22279/93: Gözaltı süresinin uzunluğu (15 gün) nedeniyle 5. md. 3. fıkranın ihlaline, adil yargılanma hakkının (6. md. 1. fıkra) ihlaline, gözaltında kötü muamele nedeniyle 3. maddenin ihlaline ve 100.000 Fransız Frangı manevi tazminat ile 10.000 Fransız Frangı mahkeme masrafı ödenmesine karar verilmiştir.

15. CASE OF AKDENİZ AND OTHERS v. TURKEY (Akdeniz ve diğerleri/Türkiye), 31.5.2001, BN: 23954/94: 11 kişinin gözaltında kaybolması ile ilgili olarak yakınları olan dokuz kişinin başvurusu sonucu 2., 3., 5. ve 13. maddelerin ihlaline, başvurularda toplam 382.340 İngiliz Sterlini maddi tazminat, her birine 20.000 İngiliz Sterlini manevi tazminat ödenmesine karar verilmiştir.

16. CASE OF I. BILGIN v. TURKEY (Bilgin/Türkiye), 17.7.2001, BN: 25659/94: Gözaltında kayıp nedeniyle 2., 5. ve 13. maddelerin ihlaline, toplam 225.000 Fransız Frangı manevi tazminat ile 45.000 Fransız Frangı mahkeme masrafı ödenmesine karar verilmiştir.

17. CASE OF GÜNAY AND OTHERS v. TURKEY (Günay ve diğerleri/Türkiye), BN: 31850/96: Gözaltı süresinin uzunluğu (5 ile 11 gün arısında değişen süreler) nedeniyle 5. md. 3. fıkranın ihlaline, başvuruculardan Cengiz'e 2.300 İngiliz Sterlini, Coşkun ve Toptaş'a 2.000 İngiliz Sterlini, Aydın, Çelik, Esen ve Günay'a 1.150 İngiliz Sterlini, Özkahraman'a 850 İngiliz Sterlini ve Araz ve Aydoğmuş'a 550 İngiliz Sterlini manevi tazminat ile başvurucuların hepsine ortak olarak 1.000 İngiliz Sterlin masraf ödenmesine karar verilmiştir.

18. CASE OF ORHAN v. TURKEY (Orhan/Türkiye), 18/06/2002, BN:25656/94: Gözaltında kayıp nedeniyle 5. maddenin ihlaline, toplam 22.500 İngiliz Sterlini maddi tazminat ile 44.100 Euro manevi tazminat ve 29.000 Euro masraflar için ödenmesine karar verilmiştir.

19.CASE OF IGDELI v. TURKEY (İğdeli/Türkiye), 20/06/2002, BN: 29296/95: Gözaltı süresinin uzunluğu (7 gün), 5. maddenin 3. ve 4. fıkralarının ihlaline ve 1.830 Euro manevi tazminat, 1.500 Euro masraflar için ödenmesine karar verilmiştir.

20. CASE OF FILİZ AND KALKAN v. TURKEY (Filiz ve Kalkan/ Türkiye), 20/06/2002, BN: 34481/97: Gözaltı süresinin uzunluğu (7 gün) nedeniyle 5. md.3. fıkranın ihlaline ve 1.500 Euro manevi tazminata karar verilmiştir.

21. CASE OF GUNDOĞAN v. TURKEY (Gündoğan/Türkiye), 10.10.2002, BN: 31877/96: Gözaltı süresinin uzunluğu (10 gün) nedeniyle 5. md. 3. fıkranın ihlaline ve 2.750 Euro manevi tazminat ile 1.500 Euro masraflar için ödenmesine karar verilmiştir.

22. CASE OF MURAT SATIK AND OTHERS v. TURKEY (Murat Satık ve diğerleri/Türkiye), 22.10.2002, BN: 24737/94; 24739/94; 24740/94; 24740/94: Gözaltı süresinin uzunluğu (13 gün) nedeniyle 5. md. 3. fıkra ile 4. fıkranın ihlaline ve başvurucuların her biri için 4.573 Euro olmak üzere toplam 18.294 Euro manevi tazminata ve hepsine toplam 700 Euro masraflar için ödenmesine karar verilmiştir.

23. CASE OF DALKILIC v. TURKEY (Dalkılıç/Türkiye), 05.12.2002, BN: 25756/94: Gözaltı süresinin uzunluğu (15 gün) nedeniyle 5. md. 3. fıkranın ihlaline, 5.500 Euro manevi tazminata ve 1.500 Euro da masraflar için ödenmesine karar verilmiştir.

24. Dostça çözüme bağlanan davalar: Türkiye aleyhine açılan davaların birçoğunda ise, başvurular dostça çözüme bağlanmıştır. AİHM'nin gözaltı süresinin uzunluğu nedeniyle Türkiye aleyhine kararların artması nedeniyle Türk Hükümeti mahkumiyetle sonuçlanma ihtimali olan bir çok davada başvuruculara tazminat ödemeyi teklif ederek kabul edilebilirlik kararı verilmiş olan çok sayıda davayı dostça çözümle sonuçlandırmıştır. 14.11.2000

tarhli Gündüz/Türkiye kararıyla başlayan bu uygulamada 2002 yılı sonuna kadar Sözleşme'nin 5. md. 3 fıkrasının ihlali nedeniyle toplam 44 dava dostça çözümle sonuçlandırılmıştır. Yine bir çok dava özellikle gözaltında kayıp iddiası nedeniyle yapılan başvurular, dostça çözümle sonuçlandırılmıştır.¹⁶

Sözleşme'nin 5. maddesi ile ilgili bu çalışmamızı, **kişi özgürlüğü kavramı**, genel olarak kişi özgürlüğünün ihlali olarak nitelendirilen **gözaltında kayıplar** ve 5. md. ile ilgili olarak Strasburg denetim organlarına yapılan başvurular arasında en fazla ileri sürülen ihlal iddiaları arasında yer alan yakalanan kişinin **gecikmeksizin hakim önüne çıkarılma güvencesi** ile sınırladık. İncelemede AİHM'nin Türkiye ile ilgili kararları ön planda tutulmakla birlikte, *Mahkeme*'nin konu ile ilgili diğer bazı önemli kararlarına da yer verilmiştir. *Mahkeme* kararlarının daha iyi anlaşılabilmesi için, davaların esasını teşkil eden olaylar da kısaca özetlenmiştir. 5. maddede yer alan diğer özgürlük kısıtlama nedenleri ve tutuklama, özgürlüğü kısıtlananlara sağlanan diğer güvenceler, konunun kapsamını genişletmemek için inceleme dışında tutulmuştur.¹⁷

II. AİHM KARARLARINA GÖRE KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMI ve ÖZGÜRLÜKTEN MAHRUMİYET

1. Genel Olarak Kişi Özgürlüğü Kavramı

AİHS'nin diğer maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile bunların sınırlandırma nedenleri genellikle kısa bir şekilde tanımlanırken, kişi özgürlüğünün hangi şartlar altında sınırlandırılarak bireyin bu özgürlükten yoksun bırakılabileceği ve özgürlüğü kısıtlanan kişinin hangi haklara sahip olduğu 5. maddede oldukça ayrıntılı bir şekilde belirtilmiştir.¹⁸ Sözleşme'nin 5. maddesinin amacının, bireyin sahip olduğu kişi özgürlüğünü, "**devletin keyfi müdahalelerine karşı korumak**" olduğunu, *Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK)* ve *AİHM*, 5. md. ile ilgili birçok kararında vurgulamıştır.¹⁹

¹⁶ Bu kararlar için bkz. **TEZCAN DURMUŞ/ ERDEM MUSTAFA RUHAN / SANCAKTAR OĞUZ**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınevi Ankara 2002, s.153 vd.

¹⁷ Sözleşmenin 5. md. 3. fıkrasında yer alan tutuklu sanığın makul sürede yargılanma hakkı ile ilgili olarak geniş bilgi için, **TURHAN FARUK**, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararlarına Göre Makul Tutukluluk Süresi ve Türk Hukuku" Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Sayı:3-4, Yıl 2001, s. 77-110.

¹⁸ **HAEFLIGER ARTHUR / SCHÜRMANN FRANK**: Die Europaeische Menschenrechtskonvention und die Schweiz/ Die Bedeutung der Konvention für die schweizerische Rechtspraxis, 2. bası, Bern 1999, s.81.

¹⁹ Örneğin, 8 Haziran 1976 tarihli Engel ve diğerleri/Hollanda Kararı (esas hakkında), par.58, Kararın Türkçe çevrisi için bkz. İHKAD, cilt 1, s.179-203; 29 Kasım 1988 tarihli Brogan ve diğerleri/İngiltere Kararı, par.58; 18.12.1996 tarihli Ak-

Yine bireyin özgürlüğünden mahrum edilebileceği haller 5. maddede sınırlı bir şekilde sayılmış olup, bu haller dışında kişinin özgürlüğünün kısıtlanması Sözleşme'nin ihlali sonucunu doğurur²⁰ ve bu sınırlama nedenleri yorum yoluyla genişletilemez.²¹ Sözleşme'nin 5. md. 1. fıkrasında yer alan özgürlüğü sınırlama nedenleri şunlardır:²²

-Kişinin yetkili bir mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine hapsedilmesi (bent a),

-Mahkeme tarafından verilen bir karara uymamamsı nedeniyle veya kanuni bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak amacıyla kişinin yakalanması veya tutulması (bent b),

-Suç işlediği hakkında makul şüphe bulunan veya suç işlemediğini veya suç işledikten sonra kaçmasını önlemek için kişinin yakalanması veya tutuklanması (bent c),

-Küçüklerin gözetim altında eğitilmesi veya yetkili makamlar önüne çıkarılması amacıyla özgürlüğünün kısıtlanması (bent d)

-Koruyucu amaçlı, yani kişinin bulaşıcı bir hastalığı yayabilecek olması, akıl hastası olması, alkolik veya uyuşturucu bağımlısı veya serseri olması halinde özgürlüğünün kısıtlanması (bent e)

-Yabancıların sınır dışı edilmesi veya iade edilmesi amacıyla yakalama ve tutuklama (bent f).

Ancak bir akıl hastası sanık hakkında, hem işlediği fiil nedeniyle verilen cezanın infazı, hem de akıl hastalığı nedeniyle kapalı kuruma konmak üzere hapsedilmesi örneğinde olduğu gibi, özgürlük kısıtlama nedenlerinin birkaçının aynı zamanda birlikte bulunması ve bir olayda uygulama alanı bulması mümkündür.²³ Yine suç işlediği şüphesiyle tutuklanan bir kişinin, ülke dışında işlediği bir başka suç nedeniyle iadesinin talep edilmesi durumunda, ülke içindeki suçu nedeniyle tutukluluğun kaldırılması halinde, iadesinin gerçekleştirilmesi amacıyla özgürlüğünün kısıtlanmasına devam edil-

soy/Türkiye Kararı, par.76; Kararın Türkçe çevrisi için bkz. İHKAD, cilt 2, s.236-262; Kurt/Türkiye Kararı, par.122.

²⁰ Engel ve diğerleri/Hollanda (esas hakkında), par.57.

²¹ AİHM bu hususu bir çok kararında vurgulamıştır: örneğin, 20.03.1997 tarihli Lukanov/Bulgaristan Kararı, par.41, kararın Türkçe'si için bkz. İHKAD cilt 2, s.263-272; GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, s.226.

²² Geniş bilgi için bkz. GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, s.227 vd.; REİSOĞLU SAFA: Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları, İstanbul 2001, s. 97 vd.

²³ HAEFLIGER/SCHÜRMANN, s.83.

mesi halinde olduğu gibi,²⁴ özgürlük kısıtlanması nedeni zamanla değişebilir.²⁵

Sözleşme'nin 5. maddesinin uygulanabilmesi için, her şeyden önce, bir özgürlükten mahrumiyetin söz konusu olması gerekir. Özgürlükten mahrumiyetin bulunup bulunmadığı ve 5. maddedeki güvencelerin uygulama alanı bulup bulmayacağı ise, her somut olayın bütün şartlarına göre tespit edilir.²⁶ Bu açıdan Türk hukukunu yakından ilgilendirdiği için, aşağıda "gözültünde kayıplar" kişi özgürlüğü kavramı açısından incelenecektir.

2. Gözültünde Kayıplar²⁷ ve Kişi Özgürlüğü:

Özgürlükten mahrumiyet için meşru bir nedenin olup olmadığını inceleme imkanı olmayan hallerde istisnaen Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlali söz konusu olabilir. *AİHK* ve *AİHM*, güvenlik güçlerince gözültüne alındığı iddia edilip, daha sonra bulunamayan veya öldüğü tespit edilen kişilerin yakınlarınca Türkiye aleyhine yapılan başvurular üzerine verdiği kararlarda, Sözleşme'nin 2. maddesindeki hayat hakkının yanında, olayları kişi güvenliği ve özgürlüğünün ihlali olarak ta değerlendirmektedir.²⁸ Türkiye'nin işken- ce gibi çok ağır insan hakları ihlali yanında, Güney ve Orta Amerika ülkele-

²⁴ *AİHM* 18.12.1996 tarihli Scott/İngiltere Kararı; kararın eleştirisi için bkz. **REINDL SUSANNE**: "Probleme der Untersuchungshaft in der jüngeren Rechtssprechung der Strassburger Organe", in: Christoph Grabenwarter/Rudolf Thienel (Hrsg.), *Kontinuität und Wandel der EMRK/Studien zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, Kehl/Strassburg/Arlington 1998, s.45-71 (tutuklama ve iade tutuklaması arasındaki ilişki için bkz. s.51 vd.).

²⁵ **HAEFLIGER/SCHÜRMANN**, s.83

²⁶ *AİHM*, 6.11.1980 tarihli Guzzardi/İtalya Kararı, par.93: "Bir kimsenin özgürlükten yoksun bırakılmış olup olmadığı, uygulanan tedbirin türüne, süresine ve sonuçlarına göre tespit edilir."

²⁷ Bu olguyu ifade için İngilizce de "forced disappearances", Almanca da "Verschwindenlassen", terimleri kullanmakta, Türkçe'ye de "cebri kaybolma" olarak çevrilmekte veya insan hakları kuruluşlarının "zorla kaybedilme" şeklinde ifade edilmektedir. *AİHM*'nin kararlarına konu olan ve burada incelediğimiz kararlarda olaylar genelde güvenlik güçlerince gözültüne alınan veya alındığı iddia edilen kişilerin akıbeti ile ilgili olduğu ve uygulamada da genellikle bu terim kullanıldığından, olayı tam olarak ifade etmese de anlama kolaylığı açısından bu çalışmada "gözültünde kayıp" terimini tercih ettik.

²⁸ *AİHM* bazı gözültünde kayıp başvurularında, kişinin gözültünde öldüğünü karine olarak kabul ederken, bazı olaylarda ise görgü tanıklarının ifadesinden hareketle kişinin gözültünde iken öldüğünün fiilen ispatlandığını kabul etmektedir. 9.5.2000 tarihli (BN: 20764/92) Ertak/Türkiye kararında mevcut delillerin başvurunun oğlu Mehmet Ertak'ın gözültüne alınıp ağır kötü muamele sonucu ölmüş olduğuna hiçbir şüpheye yer bırakmayacak kadar yeterli olduğu sonucuna vararak, olayda sadece yaşam hakkının ihlal edildiğine karar vermiş, olayı 5. madde açısından incelememiştir: Kararın özeti için bkz. **DOĞRU/NALBANT**, s. 92 vd..

rinde²⁹ yaygın olan ve uluslar arası sözleşmelerde ağır bir insan hakkı ihlali³⁰ olarak nitelendirilen “gözetiminde kayıplar” (“Verschwindenlassen”, “cebri kaybolma”) nedeniyle de AİHM tarafından mahkum edilmesi, hiç şüphesiz Dünya kamu oyu önünde çok kötü bir durumdur.³¹ AİHM’nin kararlarına neden olan başvurular olağanüstü hal bölgesi kaynaklıdır ve olayların oluş şekilleri de birbirine benzemektedir. Türk Hükümeti ilgili kişilerin gözetimine alınmadığını iddia ederken, AİHK yaptığı incelemelerde başvurucuların iddialarını inandırıcı bulmuştur. Sözleşme’nin ihlal edilip edilmediği, tamamen olayların meydana geliş şekline bağlı olduğu için, aşağıda *Mahkeme*

²⁹ BM İnsan Hakları Komitesi’nin kararları ve Inter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi’nin “gözetiminde kayıp”lara, (cebri kaybolma) ilişkin kararları hakkında bilgi için bkz. AİHM, Kurt/Türkiye Kararı, par.65, 67.

³⁰ Amerikan Devletleri Teşkilatının (OAS) 9. Haziran 1994 tarihli “Kişilerin Cebri Kaybolmalarına İlişkin Inter-Amerikan Sözleşmesi” (The Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons), gözetiminde kayıpları “kişilerin cebri kaybolması” (“forced disappearance of persons”) olarak belirtmekte ve “Amerikan İnsan Hak ve Ödevleri Beyannamesi, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Uluslar Arası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nde yer alan temel hakları da ihlal eden son derece ciddi bir baskı şekli” olarak nitelendirmektedir (giriş hükmü). Bu Sözleşme’nin 2. maddesi de “cebri kaybolmayı” (“forced disappearance”), “herhangi bir şahsın devlet temsilcisi veya devletin izni veya rızası ile hareket eden kişi tarafından kaçırılması veya alıkonulması ve makul bir süre geçtikten sonra kaçırılan ya da alıkonulan kişinin akıbeti veya nerede olduğunun tespit edilmesini sağlayacak hiçbir bilginin bulunmaması olarak” (“to be the abduction or detention of any person by an agent of a State or by a person acting with the consent or acquiescence of a State in circumstances where, after a reasonable period of time there has been made available no information that would permit the determination of the fate or whereabouts of the person abducted or detained”) tanımlamaktadır. Sözleşme’nin 4. maddesi ise, kişilerin cebren kaybolmalarını insanlık aleyhine işlenmiş bir suç olarak nitelendirerek, suçu işleyenlerin kişisel sorumlulukları yanında, buna izin veren yetkililer ile devletin de sorumlu olduğunu belirtmektedir. Konvansiyon’un ilgili madde metinleri için bkz. AİHM, Kurt/Türkiye Kararı, par.66. 18 Aralık 1992 tarihli “Kişileri Cebri Kaybolmaya Karşı Korumaya İlişkin BM Deklarasyonu” ise, bu konuda şu hükmü içermektedir: “Sistematik kaybolma uygulaması insanlığa karşı işlenen bir suç olup, kanunlar karşısında birey olarak tanınma hakkının, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının, işkenceye tabi tutulma hakkının ihlalini teşkil eder ve aynı zamanda yaşama hakkının ihlalidir ve bu hakka yönelik ciddi bir tehdit oluşturur” (Kurt/Türkiye, par.64).

³¹ Türkiye İnsan Hakları Vakfı tarafından yayınlanan “Türkiye İnsan Hakları Raporu 1997” adlı yayında (Ankara 1999, s.225 vd.) gözetimine alındıktan veya güvenlik güçleri tarafından götürüldükten sonra kaybolanlara ilişkin olarak yayınlanan listede 1980-1996 yılları arasında Türkiye’de 177 kişinin gözetiminde kaybolduğu (“kaybedildiği”) ileri sürülmüştür. Bunun yanında şüpheli bir şekilde ortadan kaybolduktan sonra ölü bulunan pek çok kişinin de bulunduğu belirtilmektedir, aynı Rapor, s.222 vd.

kararına esas teşkil eden olaylar önce özetlenmiş, arkasından da kararlardaki içtihat niteliğindeki tespitlere yer verilmiştir. Daha sonra da kararlar değerlendirilerek, ihlallerin önlenmesi için alınması gerekli tedbirler önerilmiştir.

a) AİHM'nin Gözaltında Kayıplara İlişkin Türkiye ile İlgili Kararları

Gözaltına alındıktan sonra kaybolan veya ölü olarak bulunan kişiler için yapılan başvurularla ilgili olarak *Mahkeme* olayları bazen 2. maddenin ihlali, bazen de 2. madde yanında 5. maddenin de ihlali olarak nitelendirilmektedir. Konu ile ilgili *Mahkeme*'nin ilk kararı Kurt/Türkiye kararıdır. *Mahkeme*'nin Türkiye aleyhine verdiği kararların artması üzerine bir çok başvuru dostça çözümle sonuçlandırılarak, karar listesinden silinmiştir. Aşağıda gözaltında kayıp nedeniyle 5. maddenin ihlalinin tespit edildiği kararlar incelenecektir.

- **Kurt/Türkiye Kararı**³²: Gözaltında kayıplarla ilgili AİHM'nin Türkiye ile ilgili ilk kararı olan ve Türkiye hakkında çok ciddi eleştiriler içeren bu kararda olaylar, başvuru ile Türk Hükümeti arasında tartışmalıdır:

Koçeri Kurt, AİHK'ya yaptığı başvurusunda, jandarma ve köy korucularının 23-25 Kasım 1993 tarihinde Bismil'in Ağılı Köyüne yaptıkları baskın sırasında 24 Kasım günü oğlu Üzeyir Kurt'un gözaltına alındığını ve oğlunu en son 25 Kasım günü bir evin önünde askerlerin yanında gördüğünü, onun vücudunda morluklar olduğunu ve askerlerin oğlunu beraberlerinde götürdüklerini ileri sürmüştür. 30 Kasım 1993 tarihinde Bismil Cumhuriyet Savcısına başvuran Koçeri Kurt, oğlunun nerede olduğunu sormuş; ilçe jandarma komutanı ise kendisine oğlunun PKK tarafından kaçırıldığını söylemiştir. Aralık ayında yaptığı başvuruya da aynı cevabı alınca, Diyarbakır DGM Savcılığına başvurmuştur. Ancak oğlunun gözaltı kaydının bulunmadığı cevabını alınca, 24 Aralık 1993 tarihinde Diyarbakır İnsan Hakları Derneği aracılığı ile AİHK'ya başvurmuştur. Bismil Cumhuriyet Savcısı 21 Mart 1994 tarihinde olayla ilgili takipsizlik kararı vermiştir. Koçeri Kurt 19 Kasım 1994 tarihinde Bismil Cumhuriyet Savcılığına çağrılarak, başvurusu hakkında ifadesi alınmış, daha sonrada Diyarbakır İnsan Hakları Derneği ve Dışişleri Bakanlığına gönderdiği bir yazı ile, dilekçesinin PKK tarafından hazırlandığı ve propaganda amacıyla kullanıldığını belirtmiş; 6 Ocak 1995 tarihinde de güvenlik görevlileri tarafından bir notere götürülerek, noter önündeki ifadesinde Komisyon'a yaptığı başvuruyu geri çektiğini belirtmiştir. Ancak, başvuru daha sonra bu ifadelerini işkence ve baskı altında imzala-

³² AİHM, 25 Mayıs 1998 tarih ve 15/1997/799/1002 sayılı Karar; Kararın Türkçe çevrisi için bkz. Yargı Mevzuatı Bülteni, 6 Şubat 2001, Sayı: 136. s.44-79; Kararın Türkçe özeti için bkz. DOĞRU/NALBANT, s. 38-39.

dığını söyleyerek, Komisyon'un Ankara'da yaptığı oturuma katılmış ve Sözleşme'nin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.³³

AİHM bu kararında, olayın başvurunun avukatlarının talep ettiği gibi, Sözleşme'nin 2. maddesindeki hayat hakkı kapsamında mı, yoksa 5. maddesindeki kişi özgürlüğü ve güvenliği kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiğini tartışmış; başvurunun oğlunun gözaltında iken kaybolmasını 2. ve 3. md. kapsamında değil, 5. md. kapsamında değerlendirerek, kaybedilen kişinin güvenlik güçlerinin elindeyken öldüğü hususunun şüpheyeye yer bırakmayacak şekilde ispatlanamadığını ve bu nedenle olayın 5. md. kapsamında incelenmesi gerektiğine karar vermiştir.³⁴

Mahkeme, gözaltında kayıpların kişi özgürlüğünün ağır bir ihlali olduğuna ilişkin görüşlerini açıklarken, daha sonraki kararlarında da tekrarladığı önemli bazı prensipler ortaya koymuştur: AİHM'ye göre, bir kişinin gözaltına alındığının veya tutuklandığının yetkililerce kabul edilmemesi, Sözleşme'nin 5. maddesindeki güvencelerin tamamen inkar edilmesi bu hükmün en ağır bir ihlalidir. Yetkililer, gözaltına aldıkları kişinin nerede olduğunun hesabını vermekle yükümlüdürler. Sözleşme'nin 5. maddesi yetkililere, gözaltına alınan kişilerin kaybolma riskine karşı etkin tedbirler alma ve bir kişinin gözaltına alındıktan sonra kaybolduğuna ilişkin bir şikayet halinde de, derhal etkin bir soruşturma yapma yükümlülüğü yüklemektedir.³⁵

AİHM olayı bu şekilde değerlendirdikten sonra, Komisyon tarafından Üzeyir Kurt'un 25 Kasım 1993 sabahı askerler ve köy korucuları tarafından alıkonulduğuna ilişkin tespitine katılmıştır. *Mahkeme*'ye göre "bu tarihte Üzeyir Kurt'un gözaltına alınması kaydedilmemiş ve daha sonraki akıbeti ve nerede olduğu konusunda hiçbir iz bulunamamıştır. Bu husus, kendi başına ciddi bir hata olarak görülmelidir; çünkü onu özgürlüğünden yoksun bırakma fiilinden sorumlu olanlara, suç işlemelerini gizleme, izlerini örtme ve özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin akıbetiyle ilgili sorumluluktan kaçma imkanı vermektedir. *Mahkeme*'nin görüşüne göre, gözaltına alma işleminin tarihi, saati ve yeri, gözaltına alınan kişinin adı, gözaltına alma nedeni ve işlemi yapan kişinin adı gibi bilgileri içeren kayıt ve belgelerin bu-

³³ Kurt/Türkiye, par.14-28.

³⁴ *Mahkeme* olayda kaybedilen kişi açısından yaşam hakkı ve işkence yasağının ihlal edilmediğine karar vermekle birlikte, Kurt'un annesi olan başvurunun şikayetleri konusunda kendisine yeterli bilgi verilmemesini, oğlunun kaybı nedeniyle uzun süre şiddetli elem ve rahatsızlık duymasına rağmen yetkililerin kayıtsız kalmasını 3. maddedeki insanlık dışı muamele yasağının ihlali olarak değerlendirmiştir.

³⁵ Kurt/Türkiye, par.124.

İnmeması (tutulmaması), Sözleşme'nin 5. maddesinin asıl amacına aykırı bir durum olarak görülmelidir."³⁶

AIHM'nin bu kararı, Sözleşme'nin 5. maddesindeki kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yeni bir anlam ve yorum getirmektedir. Gerçekten *Mahkeme* bu kararında, **5. maddenin ihlal edildiği** tespitini yaparken, bu madde-
nin **hangi fıkrasının ihlal edildiğini belirtmemiştir**. Sözleşme'de gözaltın-
da kayıplara, daha doğrusu zorla kaybolmalara uygulanabilecek açık bir
hüküm bulunmadığı için, *AIHM* bu yorum şeklini seçmiş olabilir. *Mahke-
me*'nin bu tarihe kadar verdiği kararları arasında gözaltında kayıp iddiaları
ve bunun kişi özgürlüğü ve güvenliğinin ihlali olarak değerlendirildiği bir
kararına rastlamıyoruz. Bu karardan sonra, hakkında gözaltına alındığına
ilişkin iddialar bulunan kişilerin akıbeti ile ilgili olarak yetkililerin (kolluk ve
savcının) derhal ve etkili soruşturma yapmaması 5. maddenin ihlali olarak
değerlendirilmiştir. Gerçekten *Mahkeme*'nin bu kararında içtihat niteliğinde
ortaya koyduğu prensiplerini, Türkiye aleyhine daha sonra verdiği benzer
nitelikteki diğer kararlarında da tekrar ettiğini görmekteyiz.

Ancak hemen belirtelim ki, yetkililer ve Komisyon tarafından dinle-
nen tanıklardan hiçbirisi, başvurunun oğlunun askerler tarafından alınıp
götürüldüğünü görmemiş, olaylar konusunda inceleme yapan ve tanık dinle-
yen Komisyon genelde başvurunun ifadesine ve tanıklığına dayanmıştır.
Halbuki başvurunun ifadeleri çelişkili ve tutarsızdır. Bu nedenle, *AIHM*
hakimlerinden bazıları, başvurunun, oğlunun gözaltına alındıktan sonra
kaybolduğu iddiasını yeterince ispat edemediği, delillerin yetersiz olduğu
gerekçesi ile karşı oy kullanmışlardır.³⁷

- **Çakıcı/Türkiye Kararı**³⁸: Bu Karar, burada inceleme konusu yaptı-
ğımız kişi özgürlüğü kavramı yanında, hayat hakkının korunması için Söz-
leşme'nin 2. maddesinin devlete getirdiği yükümlülük ve 3. maddesindeki
işkence yasağı açısından da içtihat niteliğinde çok önemli tespitler içermek-
tedir. Bu davanın konusunu teşkil eden olaylar, biraz önce incelediğimiz
Kurt/Türkiye kararındaki olaylarla birçok yönden benzerlik göstermektedir:

İzzet Çakıcı'nın, kardeşi Ahmet Çakıcı'nın ortadan kaybolması nede-
niyle yaptığı bu başvuruda olaylar tartışmalıdır. Başvurucunun iddiasına
göre, kardeşi Ahmet Çakıcı, 8 Kasım 1993 tarihinde jandarma ve korucular
tarafından Çiftlibahçe Köyü'ne yapılan operasyon sırasında güvenlik güçle-

³⁶ Kurt/Türkiye, par.125.

³⁷ Hakim Gölcüklü, Matscher ve Pettiti'nin karşı oy yazıları Kurt/Türkiye Kara-
rı'nın ekindedir.

³⁸ *AIHM*, 8 Temmuz 1999 tarihli kararı, karar no. 23657/94: Kararın Türkçe çeviri-
si için bkz. Yargı Mevzuatı Bülteni, 3 Temmuz 2000, Sayı: 116, s.24-52; Kararın
Türkçe özeti için bkz. DOĞRU/NALBANT, s. 74 vd. Başvuru ile ilgili
AIHK'nin verdiği kabul edilebilirlik kararı için bkz. GEMALMAZ,
Kabuledilebilirlik Kararları, s.753-763.

rince yakalanarak köyden götürülmüş ve bu olaya diğer köylüler de tanık olmuştur. Ahmet Çakıcı bir gece Hazro ilçesinde tutulduktan sonra, Diyarbakır İl Jandarma Komutanlığınca gözaltına alınmıştır. Güvenlik güçlerince başka bir operasyonda gözaltına alınan Mustafa Engin, Abdurrahman Al ve Tahsin Demirbaş 16-17 gün boyunca Ahmet Çakıcı ile aynı odada kalmış, bu sırada Ahmet Çakıcı güvenlik güçlerince dövülmüş, kaburgası kırılmış ve kafatası yarılmıştır. 85 gün sonra ise aylarca gözaltında tutulduğu Hazro ilçesine geri gönderilmiş ve oradan da Kavaklıboğaz Jandarma Karakoluna getirilmiştir. Burada Hikmet Aksoy adında gözaltına alınmış bir kişi, 13 gün boyunca yemek için hücrelerinden çıkarıldıklarında Ahmet Çakıcı'yı görmüştür. Yetkililer, Ahmet Çakıcı'nın 17 ve 19 Şubat tarihlerindeki çatışmada öldüğünü Mayıs 1996'da başvurucuya bildirmiştir.³⁹ Türk Hükümeti ise, Ahmet Çakıcı'nın gözaltına alınmadığını, gözaltı kayıtlarında ilgilinin adının yer almadığını, silahlı çatışmadan sonra ölü olarak bulunduğunu ileri sürmüştür.⁴⁰

Komisyon olayların tespiti için tanık dinlemiş ve gözaltı kayıtlarını incelemiştir. Ancak, Diyarbakır İl Jandarma Komutanı ve Hazro Cumhuriyet Savcısı tanıklık yapmayı reddederek Komisyon'un Türkiye'de yapmış olduğu duruşmaya katılmamışlar; olay tanığı Hikmet Aksoy'un Konya Cezaevinde olduğu bildirilmiş olmasına rağmen, Türk Hükümet yetkilileri önce ilgilinin yerinin bilinmediğini ileri sürmüş, daha sonra ise serbest bırakıldığını belirterek, Komisyon önündeki duruşmada hazır bulundurmamıştır. Yine tanıklardan Abdurrahman Al ve Tahsin Demirbaş'ın katılımını da Hükümet sağlayamamıştır. Komisyon, ilgili karakollardaki gözaltı kayıtlarının bazılarının hiç, bazılarının da orijinalinin hükümetçe sunulmadığı, tanıkların katılımının sağlanmadığı gerekçesi ile, Türkiye'nin Sözleşme'nin 28. maddesi kapsamında gerekli kolaylıkları sağlamada yetersiz kaldığını⁴¹; Ahmet Çakıcı'nın jandarmalar tarafından köyden götürüldüğünü gören tanıkların ifadelerinin tutarlı, güvenilir ve inandırıcı, buna karşın Hükümetin itirazlarının ise dayanaktan yoksun olduğunu tespit etmiştir.⁴²

Komisyon'un olayla ilgili olarak yaptığı araştırmada, jandarma tarafından tutulan gözaltı kayıtlarının tarih sırasına göre yapılmadığı, Diyarbakır gözaltı kayıtlarındaki girişlerinin aynı el yazısı ile yapıldığı ve gözaltına alınan şahısların sayısının hücre sayısını aştığı, gözaltına alınmış olması mümkün olan şahısların kayıtlarının doğru ve kapsamlı olmadığı, bu kayıtlarda Ahmet Çakıcı'nın isminin bulunmamasının onun gözaltına alınmadığını ispat için yeterli olmadığı şeklinde varmış olduğu sonuca⁴³ AİHM de ka-

³⁹ Çakıcı/Türkiye, par.14-17.

⁴⁰ Çakıcı/Türkiye, par.19-20.

⁴¹ Çakıcı/Türkiye, par.43

⁴² Çakıcı/Türkiye, par.47.

⁴³ Çakıcı/Türkiye, par.49.

tlmıştır. *Mahkeme* de Türkiye'nin, olayların tespiti için Komisyon'a gerekli bütün kolaylıkları sağlama yükümlülüğü içeren Sözleşme'nin (eski) 28. maddesindeki sorumluluğu yerine getirmediğini tespit etmiştir.

AİHM, olayda Ahmet Çakıcı'nın güvenlik güçleri tarafından yakalanarak gözetimine alındıktan sonra öldüğüne ilişkin yeterli delillerin varlığını kabul ederek, Sözleşme'nin 2. maddesindeki hayat hakkının ihlalline⁴⁴, Çakıcı'nın dövüldüğü, kaburga kemiğinin kırıldığı ve elektrik şokuna verildiğine ilişkin tanık ifadesini yeterli delil kabul ederek, Çakıcı hakkında 3. maddenin de ihlal edildiğine⁴⁵ ve yine 5. maddenin de ihlal edildiğine oy birliği ile karar vererek, Türkiye'yi tazminata mahkum etmiştir.

Mahkeme, 5. maddenin ihlali ile ilgili olarak, gözetimindeki bir kimse- nin belli bir zamanda nerede olduğunu tespit etmeyi sağlayan kayıtların tutulmamasının kabul edilemez olduğuna, Ahmet Çakıcı'nın gözetimine alınması konusunda üç tanığın bulunduğu yetkililere bildirilmiş olmasına rağmen, başvurunun Komisyon tarafından Türk Hükümetine bildirilinceye kadar delil tespiti olarak gözetim kayıtlarının incelenmesi dışında hiçbir girişimde bulunulmadığına, sonuç olarak da Ahmet Çakıcı'nın kaybolması konusunda gerekli soruşturmanın yapılmadığına, onun Sözleşme'nin 5. maddesindeki güvencelerden tamamen yoksun bırakılarak, yakınlarına haber verilmeden gözetimine alındığına ve bu nedenlerle 5. maddede güvence altına alınan kişi özgürlüğü ve güvenliğinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴⁶

Mahkeme, Sözleşme'nin 5. maddesinin kişi özgürlüğüne ilişkin sağladığı güvencenin önemine ilişkin daha önceki kararlarında yer verdiği içtihatlarını yinelerken, gözetiminde kayıplara ilişkin oldukça önemli tespitler yapmıştır: "Sözleşme'nin 5. maddesi keyfi olarak gözetimine alınma riskini minimuma indirmek amacıyla, özgürlüğün kısıtlanmasını bağımsız adli bir incelemeye tabi tutulması açısından kişilere asli bir hak sağlar ve yetkililerin sorumlu olmasını gerektirir. *Mahkeme*'nin Kurt Davası'nda daha önce almış olduğu karar gibi (...) bir bireyin yakınlarına haber verilmeden gözetimine alınması, bu güvencelerin reddedilmesi anlamına gelir ve Sözleşme'nin 5. maddesinin ağır bir şekilde ihlalini ortaya koyar. Kendi denetimleri altındaki

⁴⁴ Çakıcı/Türkiye, par.85-87; *Mahkeme*'nin 2. md. ihlaline ilişkin tespit ve gerekçelerinde oldukça önemli ifadeler yer almaktadır (par.86): *Mahkeme*'ye göre 2. md. ile 3. md. "Avrupa Konseyi'ni oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden birini koruma altına almaktadır" ve "sorumluluk, sadece devlet görevlilerinin kuvvet kullanması sonucu kasten adam öldürme ile sınırlı değildir, ayrıca 2. maddenin 1. paragrafının ilk cümlesi ile devletlere yaşama hakkının kanunla korunması için sorumluluk yüklemektedir. Bu durum şahısların, kuvvet kullanması sonucu öldürüldüğü durumlarda etkili resmi bir soruşturma yapılmasını gerektirir (bkz. 2 Eylül 1998 tarihli Yaşa/Türkiye Kararı, ... para. 98)".

⁴⁵ Çakıcı/Türkiye, par.91-92.

⁴⁶ Çakıcı/Türkiye, par.105-107.

bireyler için, yetkililerin hesap verme sorumluluklarına bağlı olarak, 5. maddede, kaybolma riskine karşı etkili tedbir alınmasını ve bir şahsın gözetimine alındığı ve o tarihten sonra görülmediği iddiası hakkında derhal etkili bir soruşturma yapılmasını gerektirir.”⁴⁷ “Gözetimine alınmaların tarihi, saati, yeri, nedeni ve bunu gerçekleştiren şahıslar ile bu konuda etkili olan şahısların isimleri ile ilgili bilgilerin kayıt edilmesi, Sözleşme’nin 5. maddesi 1. paragrafının amacı doğrultusunda bir şahsın gözetimine alınmasının kanuna uygunluğu açısından gereklidir.”⁴⁸

- **Timurtaş/Türkiye Kararı**⁴⁹: Bu davaya esas teşkil eden olaylar yukarıda incelediğimiz Kurt/Türkiye ve Çakıcı/Türkiye davalarına benzer niteliktedir. Ancak, Çakıcı olayında ceset bulunmuş ve AİHM de onun gözetiminde iken öldüğüne karar vermişti. Kurt olayında ise *Mahkeme*, herhangi bir ceset bulunmadığından onun hayatta olup olmadığı tartışmalı olduğu için, olayı kişi güvenliği açısından değerlendirmiş, bu olayda ise gözetimine alındığı iddia edilen Timurtaş’ın cesedinin bulunmamasına rağmen, gözetiminde iken öldüğüne karar vermiştir. Bu davada da olaylar başvuru ile Türk Hükümeti arasında tartışmalıdır. Olaylar şu şekilde özetlenebilir:

Başvurucunun iddiasına göre, 14 Ağustos 1993 tarihinde kimliğini belirtmeyen bir kişi kendisine telefon ederek, oğlu Abdulvahap Timurtaş’ın o gün Şırnak ili Silopi ilçesi Yeniköy yakınlarında askerler tarafından yakalanarak ilçe jandaromasınca gözetimine alındığını söylemiştir. Başvurucunun ilgili komutanlığa yaptığı müracaatı üzerine jandarma komutanı Hüsam Durmuş, Timurtaş’ı tanımadığını ve onun gözetimine alınmadığını belirtmiştir. Başvurucu daha sonra N. Nas ve S. Erdoğan adlı kişileri bulmuş, bu kişiler kendisine Şırnak’ta gözetiminde iken Timurtaş’ı gördüklerini ve onunla görüştüklerini söylemişlerdir. Türk Hükümeti ise, başvuruçunun dilekçesi üzerine yetkililerin gerekli araştırmayı yaptığını, isimleri belirtilen tanıkları dinlediğini ve Timurtaş’ın gözetimine alındığına ilişkin hiçbir delil bulunmadığını belirtmiştir. Yetkililerce ifadesi alınan yukarıda belirtilen iki kişi Timurtaş’ı görmediklerini ileri sürmüşlerdir.

Başvurucunun temsilcisi, Komisyon delegelerine resmi bir belgenin fotokopisini sunmuştur. Jandarma tarafından hazırlanıp, jandarma komutanı Hüsam Durmuş tarafından imzalanmış olan 1 Ağustos 1993 tarihli ve sayı numarası olan bu raporda Abdulvahap Timurtaş’ın nasıl yakalandığı anlatılmakta ve yapılan araştırmada bu kişinin PKK’nın kırsal sorumlusu olduğunun tespit edildiği yer almaktadır. Başvurucunun temsilcisine göre bu belge 1993 yılında orijinalinin bulunduğu savcılıktaki dosyadan fotokopi yapılarak

⁴⁷ Çakıcı/Türkiye, par.104.

⁴⁸ Çakıcı/Türkiye, par.105.

⁴⁹ AİHM, 13 Haziran 2000 tarihli (BN: 23531/94) kararı; kararın Türkçe özeti için bkz. DOĞRU/NALBANT, s. 94 vd

elde edilmiştir. Yetkili jandarma komutanı Hüsam Durmuş ise, Komisyon önündeki ifadesinde imzanın kendi imzasına benzediğini belirtmiştir. Türk Hükümeti'nin belgenin sahte olduğunu ileri sürmesi üzerine Komisyon, aynı tarih ve sayıyı taşıyan belgenin sunulmasını istemiştir. Hükümet ise bu belgenin gizlilik dereceli olduğunu ileri sürerek belgenin aslını getirmekten kaçınmıştır.

Komisyon, olaylarla ilgili olarak yaptığı inceleme ve değerlendirme sonucunda, gözaltı kayıtlarının gerçeği yansıtmadığı, tanıklardan Nas ve Erdoğan'ın Abdulvahap Timurtaş'ı görmedikleri yönünde yetkililerce alınan ifadelerinin güvenilir olmadığı, bahsedilen rapor fotokopisinin ise gerçek olduğu ve Timurtaş'ın güvenlik güçlerince gözaltına alındığı sonucuna varmıştır.

AIHM'nin bu kararı, sadece Sözleşme'nin 5. maddesi açısından değil, 2. ve 3. maddeleri açısından da büyük öneme sahiptir. *Mahkeme* önce, gözaltına alınan kişiden uzun süre haber alınamaması halinde, o kişinin göz altındayken ölmüş olması ihtimalini kabul etmek gerektiğini⁵⁰, Abdulvahap Timurtaş'ın 6,5 yıldır nerede olduğuna dair bir bilgi verilmediğini, bu sürenin Kurt davasındaki süreden çok daha uzun olduğunu dikkate alarak, onun hukuka aykırı bir şekilde gözaltına alındığını ve gözaltında iken öldüğünü kabul ederek, 2. maddenin ihlaline karar vermiştir. *Mahkeme*, Kurt davasında olduğu gibi, bu olayda da görevlilerin yeterli bir soruşturma yapmadıklarını, bu durumda yine 2. maddenin ihlali sonucunu doğurduğuna hükmetmiştir⁵¹.

AIHM bu davada, Kurt ve Çakıcı davasındaki kararlarına atıfta bulunduktan sonra, 2. md. ile ilgili tespit ve kararların, Timurtaş'ın 5. maddede güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini gösteren delil niteliğinde olduğunu not ederek, onun jandarmaca tutuklandığını, babasının başvurularına rağmen nerede olduğu ve başına ne geldiği konusunda görevlilerce yeterli açıklama yapılmadığını, yapılan soruşturmanın da etkili ve yeterli olmadığı sonucuna varmıştır. *Mahkeme*, savcılar gözaltı kayıtlarını kontrol etmede de yetersiz ve başarısız olarak nitelendirip, Kurt Kararı'na da atıfta bulunarak, sonuç olarak Timurtaş'ın hukuka aykırı olarak gözaltına alındığını, 5. maddenin getirdiği hakları kullanamadığını ve bu nedenle de 5. maddenin ağır bir şekilde ihlal edildiğine oybirliği ile karar vermiştir.⁵²

Bu kararda dikkati çeken hususlardan birisi, Türk Hükümeti'nin ısrarla Timurtaş'ın kaybolduğu tarihlerde düzenlenen ve onun da adının geçtiği

⁵⁰ Timurtaş/Türkiye, par.82.

⁵¹ Timurtaş/Türkiye, par.83-90.

⁵² Timurtaş/Türkiye, par.104-106. **GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK**, (s. 158) isabetli olmayan bir şekilde 5. maddenin değil, 2. maddenin ihlaline karar verildiğini belirtmektedir.

bir belgenin aslını, gizlilik gerekçesi ile Komisyon'a sunmaktan kaçınmasıdır. Hükümetin bu tavrı *Mahkeme* tarafından ilgili kişinin gözetimine alındığına ilişkin bir delil olarak değerlendirilmiştir.

- **Taş/Türkiye Kararı**⁵³: AİHM'nin 14.11.2000 tarihli bu kararına esas teşkil eden olaylar da yukarıda incelenen kararlardaki olaylara benzer niteliktedir ve Türkiye'nin olağanüstü hal bölgesinde gerçekleşmiştir. Başvurucu Beşir Taş'ın, oğlu Muhsin Taş'ın güvenlik kuvvetlerince gözetimine alındıktan sonra kaybolduğu iddiası ile yaptığı başvuru üzerine *Mahkeme*, Sözleşme'nin 2., 3. ve 5. maddelerin ihlalini tespit ederek, Türkiye'yi tazminata mahkum etmiştir. Karara esas teşkil eden olaylar kısaca şu şekilde gerçekleşmiştir:

Muhsin Taş 14 Ekim 1993 tarihinde güvenlik güçlerince Cizre'de yapılan bir operasyon sırasında bacağından yaralanmış ve yakalanmıştır. Olayla ilgili detayları içeren 14 Ekim 1993 tarihli arama raporunda, Muhsin Taş'ın bir kalashnikof, bir tabanca ve el bombalarıyla yakalandığı belirtilmiştir. Aynı gün Şırnak Jandarmasına nakledilmiş ve oradaki hastane kayıtlarında bacağının tedavi edilmesi amacı ile hastaneye alındığı kaydedilmiştir. 15 günlük gözetim süresi savcılık tarafından iki defa uzatılmıştır. Gözetimine alındıktan 25 gün sonra, üç jandarma subayı tarafından tutulan bir tutanağa göre Muhsin Taş, PKK sığınaklarını göstermesi için dağlara götürülmüştür. Ancak bu sırada teröristlerle çatışma çıkmış ve yaralanan Muhsin Taş bundan yararlanarak kaçmıştır. Bu tutanak, AİHK tarafından inandırıcı bulunmamıştır. Komisyon, tutanağı imzalayan subayları dinlemek istemiş, ancak Türk hükümeti tutanaktaki isimlerin kod adlar olduğu için ilgili kişilerin bulunmadığını ileri sürmüştür. Komisyona göre, 14 Ekim günü Şırnak sağlık tesislerinde tedavisine başlanan Taş'ın bu tarihten sonra akıbetinin ne olduğu açıklanamamıştır. Taş'ın yakalanmasından bir gün sonra başvurusuna haber verilmiştir. Başvurucu, Cumhuriyet savcısına başvurarak oğlunu görmek istemesine rağmen, oğlu ile görüştürülmemiştir. Daha sonra kendisine oğlunun kaçtığı bildirilmiştir. Başvurucu buna inanmadığını, oğlunun gözetiminde öldürüldüğünden endişe ettiğini belirterek savcılığa başvurmasına rağmen savcılıkça 1995 tarihine kadar hiçbir araştırma ve soruşturma yapılmamıştır. Savcı, Ağustos 1996 tarihinde olayla ilgili dosyayı Şırnak İl İdare Kurulu'na göndermiş ve Kurul tarafından bir soruşturmacı tayin edilmiştir. Soruşturmacı ise hazırladığı 12 Şubat 1998 tarihli raporunda, Muhsin Taş'ın kaçırılmasından hangi görevlilerin sorumlu olduğunun jandarma kayıtlarından tespit edilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir.

AİHM, Timurtaş/Türkiye Kararı'ndaki gibi, bu olayda da Muhsin Taş'ın ölmüş olmasından hareket ederek, onun başına gelenler hakkında

⁵³ Kararın Türkçe çevrisi için bkz. Yargı Mevzuatı Bülteni, 2 Ekim 2001, Sayı: 157, s. 9-30; Kararın Türkçe özeti için bkz. DOĞRU/NALBANT, s. 130 vd.

etkin ve yeterli soruşturma yapılmamış olması nedeniyle Sözleşme'nin 2. maddesinin ve başvuru açısından da 3. maddesinin ihlal edildiği tespit ettikten sonra olayı 5. md. açısından da değerlendirmiştir. *Mahkeme*'ye göre gözaltına alınan bir kimsenin kaybolması ve yetkililerce o kişinin akıbeti hakkında aklâ uygun açıklamalar getirilememesi halinde hayat hakkının ihlali söz konusu olabilir. Taş'ın 14 Kasım 1993 tarihinde gözaltına alınmasından sonra, nereye götürüldüğü ve nerede tutulduğuna ilişkin herhangi bir belge sunulamamıştır. Kaçtığını iddia eden tutanak ise doğrulanamamıştır. Bu durumda Türk Hükümeti Taş'ın akıbetinin ne olduğuna dair inandırıcı bir açıklama getirmemiştir.

Mahkeme'ye göre bir kimsenin gözaltına alındığının yetkililerce kabul edilmemesi, 5. maddedeki güvencelerin tamamen etkisiz hale getirilerek bu maddenin ağır bir ihlalini oluşturur. Çünkü Sözleşme'nin 5. maddesi, gözaltında tutulan bir kişinin kayıp edilmesi tehlikesine karşı yetkililerce etkili tedbirlerin alınmasını ve bir kimsenin gözaltına alındıktan sonra kaybolduğuna ilişkin ciddi bir iddianın da gecikmeden ve etkili bir şekilde soruşturulmasını gerektirir. Yukarıdaki tespitlerden Muhsin Taş'ın 5. maddedeki güvencelerden tamamen yoksun bir şekilde gözaltında tutularak kişi güvenliği ve özgürlüğü, dolayısıyla 5. maddenin 1., 3., 4. ve 5. paragrafları ihlal edilmiştir.

- **Çiçek/Türkiye**⁵⁴: *AİHM*, Kurt, Çakıcı ve Timurtaş kararlarındaki içtihadını 27.02.2001 tarihli bu kararında devam ettirmiştir. Karara esas teşkil eden olaylar şu şekilde gerçekleşmiştir:

10 Mayıs 1994'de askerler Derneb'e gelmiş ve köylüleri cami yanında toplayıp kimlik kontrolü yapmışlardır. Kontrol sırasında içlerinde Tahsin ve Ali İhsan Çiçek'in de bulunduğu altı kişi güvenlik güçlerince gözaltına alınarak Lice Öğrenci Yurduna götürülmüşlerdir. Olaydan dört gün sonra, diğerleri serbest bırakılmasına rağmen, Tahsin ve Ali İhsan Çiçek'ten bir haber alınamamıştır. Hamza Çiçek, oğullarının 5. maddenin öngördüğü güvencelerden yoksun bir şekilde gözaltında tutulmaları ve gözaltında kayıp iddiaları ile *AİHM*'ye başvurmuştur.

AİHM, başvuruçunun oğullarının 6,5 yıl geçmesine rağmen haklarında hiçbir bilgi edinilememesi nedeniyle bu kişilerin güvenlik güçlerinin elinde bulunduğu sırada kabul edilmeyen bir gözaltı sonucu öldükleri ve yetkililerce olayın yeterli bir şekilde soruşturulmadığı gerekçesi ile Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlaline karar verdikten sonra, olayı 5. madde açısından da incelemiştir.

Mahkeme'ye göre başvuruçunun çocukları 5. maddedeki güvencelerden yoksun bir şekilde gözaltında tutularak 5. madde ihlal edilmiştir. Çünkü

⁵⁴ Karar hakkında bkz. TEZCAN/ERDEM/SANCAKTAR, s.182, 219

Mahkeme'ye göre, bir kimsenin gözaltına alınmadığı yönündeki iddiaların aksi ispatlanmadığı sürece 5. maddenin ağır bir ihlali söz konusu olur. Bu nedenle, bir kimseyi gözaltına alan makamlar, bu kimsenin nerede bulunduğunu da bildirmekle yükümlüdürler. Halbuki olayda Tahsin ve Ali İhsan Çiçek, Lice Öğrenci Yurdu'nda gözaltına tutulmalarına rağmen, onların gözaltına alındığını belirten bir belge yoktur. Bu kişilerin daha sonra nereye gittikleri ve akıbetlerinin ne olduğu hakkında hiçbir resmi bilgi ve bulgu mevcut değildir. *Mahkeme*, Kurt/Türkiye, Çakıcı/Türkiye kararlarındaki içtihatlarını hatırlatarak, bu durumun özgürlükten yoksun bırakma işlemi yapan kimselere işlenen suçü gizlemek, suçun izlerini silmek ve böylece her türlü sorumluluktan kurtulmak imkanı sağladığını, bir kimsenin hangi saatte ve nerede yakalandığı, gözaltına alınan kimsenin kimlik bilgileri ve gözaltına alınma nedenlerinin düzenli bir şekilde tutulması, 5. maddenin amacına göre yerine getirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. *Mahkeme*'ye göre, resmi makamlar başvuruçunun oğullarının nerede olduğu konusunda inandırıcı ve ayrıntılı bir bilgi vermemişler, başvuruçü ısrarla oğlunun gözaltına alındığını ve başına bir şey gelmesinden korktuğunu iddia etmesine rağmen yetkililerce gerekli soruşturma yapılmamıştır. Bu durumda başvuruçün oğulları, 5. maddede öngörülen güvencelerden tamamen yoksun bir şekilde inkar edilen bir gözaltında bulundurulmuştur.

- **Kıbrıs/Türkiye:** Güney Kıbrıs Rum Yönetimi'nin 3 Mart 1995 tarihinde Türkiye aleyhine yaptığı 4. devlet başvurusu sonucu *AİHM*, 10 Mayıs 2001 tarihinde, kayıp kişiler, yerinden edilmiş kişilerin mülkiyet ve mesken hakları, aile hayatının korunması ve KKTC'de yaşayan Rumların yaşam koşullarına ilişkin iddiaları doğrultusunda Sözleşme'nin ilgili maddelerinin Türkiye tarafından ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHM'nin kayıp kişiler hakkındaki tespitleri şu şekilde özetlenebilir: Kıbrıslı Rumlardan kayıp kişilerin, kayboldukları dönemde, Türk güvenlik güçleri tarafından gözaltında tutulduklarına ilişkin geçerli iddialar bulunmasına karşın, Türk makamları etkili bir soruşturma yürütmeyerek Sözleşme'nin kişi güvenliği ve özgürlüğünü düzenleyen 5. maddesini sürekli ihlal etmişlerdir. *Mahkeme* ayrıca, kayıp Rumların yaşamlarını tehdit eden koşullar altında kaybolmalarına rağmen, Türk makamlarının etkili bir soruşturma yürütmeyerek Sözleşme'nin 2. maddesinin; kaybolanların yakınlarının ciddi endişelerine rağmen, Türk makamlarının sessiz kalarak kaybolanların yakınları açısından insanlık dışı muameleye neden olduğunu belirterek 3. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

- **Akdeniz ve diğerleri/Türkiye:** Gözaltında kayıplarla ilgili olarak Kurt/Türkiye ve Çakıcı/Türkiye davalarındaki içtihatlarının devamı niteliğindeki bu kararında *AİHM*, Sözleşme'nin 2., 3., 13. ve 34. maddelerinin

ihlalinin yanında, 5. maddenin de ihlaline karar vermiştir. Karara esas teşkil eden olaylar şu şekilde özetlenebilir:⁵⁵

1993 yılı Ekim ayında kaybolan 11 kişinin yakınları olan 9 kişinin yaptığı başvuruda, olaylar, güvenlik güçlerinin Kulp- Muş ve Lice arasında yaptıkları bir operasyon sırasında meydana gelmiştir. Bu kişiler 9 ve 12 Ekim tarihleri arasında Kepir Köyü dışında açık alanda güvenlik güçlerinin gözetimi altında biri hariç diğerleri kelepçeli olarak 17, 18 veya 19 Ekim tarihlerine kadar gözaltında tutulmuşlardır. Bu dönemde bunlardan en azından bir kısmı eskortlu olarak helikoptere bindirilmiş ve o tarihten itibaren kaybolmuşlardır. Başvurucular, Ekim 1993 tarihinden itibaren bölgedeki çeşitli makamlara müracaat ederek kaybolanların akıbetini öğrenmeye çalışmışlardır. Kulp savcılığı bir soruşturma açmış, ancak terör suçu olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı vererek dosyayı Diyarbakır DGM'ye göndermiştir. Diyarbakır DGM ise olayda terör bağlantısına ilişkin delil bulunmadığı gerekçesi ile görevsizlik kararı vererek dosyayı tekrar Kulp Savcılığına geri göndermiştir. Bu tarihten sonra davanın gelişimi hakkında AİHM'ye herhangi bir bilgi verilmemiştir.

AİHM'ye göre kayıp olayının gerçekleşmesinden itibaren 7 yıldan fazla bir süre geçmiş olması, bu kişilerin gözaltında tutulduğuna ilişkin hiçbir yazılı delilin bulunmaması ve bu kişilerin başına gelenler konusunda Türk Hükümeti'nin konuya açıklık getirici ve tatmin edici hiçbir açıklamada bulunmamış olması dikkat çekicidir. Bunun sonucu olarak *Mahkeme*, 11 kişinin güvenlik kuvvetleri tarafından gözaltında tutulduğu sırada ölmüş oldukları karinesinin çıkarılması gerektiği sonucuna varmaktadır. Çünkü, bu kişilerin gözaltında tutuldukları sıradaki durumları hakkında resmi makamlar tarafından hiçbir açıklama yapılmadığı gibi, güvenlik güçlerinin ölüm sonucunu doğuracak silahlı bir yola başvurdıkları konusunda da hiçbir haklı gerekçe gösterilmemiştir. Bu nedenle *Mahkeme*, bu kişilerin ölmüş olduğundan hareketle 2. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Yine *Mahkemeye* göre 2. maddeye ilişkin gerekçe ve tespitler, gözaltına alınan 11 kişi açısından 5. maddenin de ihlal edildiğini göstermektedir. Çünkü bu kişiler, Kepir'de en az bir hafta süreyle güvenlik kuvvetlerince gözaltında tutulmuşlar ve ardından kaybolmuşlardır. Resmi makamlar ise bu kişilerin akıbeti hakkında hiçbir inandırıcı açıklamada bulunmamıştır. Sonuç olarak *Mahkeme*, 5. maddedeki güvencelerden hiç birine uyulmadan kaybolan 11 kişinin gözaltında tutulduğuna ve bu durumun kişi özgürlüğünün ağır bir ihlali olduğuna karar vermiştir.⁵⁶

- **İrfan Bilgin/Türkiye:** AİHM'nin kararına esas teşkil eden olaylar şu şekilde meydana gelmiştir:

⁵⁵ TEZCAN/ERDEM/SANCAKTAR, s.183.vd

⁵⁶ TEZCAN/ERDEM/SANCAKTAR, s.184-185

Kenan Bilgin 12 Eylül 1994 tarihi civarında yapılan operasyonlar sonunda yakalanarak Ankara Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Birimine ait bir yerde en az 3 Ekim 1994 tarihine kadar gözaltında tutulmuştur. Kişinin tutukluluk haline ilişkin herhangi bir belge bulunmamaktadır.

Kenan Bilgin'in ağabeyi yetkili makamlara başvurmasına rağmen, kardeşinin nerede olduğu ve başına ne geldiği hakkında yetkililer tarafından kendisine inandırıcı bir cevap verilmemiştir. On kadar kişinin Kenan Bilgin'i emniyet müdürlüğü binasında gözaltında ve kötü bir şekilde gördüklerini belirtmelerine rağmen, yetkililer yeterli bir soruşturma yapmamışlardır. Başvurucu, kardeşinin gözaltında tutulmasının 5. md. 1. fıkraya aykırı olduğu, keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakıldığı ve yine kişinin 5. md. 3. fıkradaki güvencelerden yoksun bırakıldığı iddiası ile AİHM'ye başvuruda bulunulmuştur. Türk hükümeti ise bu kişinin gözaltına alınmadığını ileri sürmüştür.

AİHM'nin bu kararı, Kurt ve Çakıcı kararlarındaki gözaltında kayıplar ile ilgili içtihadının devamı niteliğindedir. Bu davada *Mahkeme*, Bilgin'in gözaltında kaybı nedeniyle Sözleşme'nin 2. maddesi yanında 5. maddenin de ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM, Kenan Bilgin'in 12 Eylül 1994 tarihinde güvenlik güçlerince gözaltına alındığını ve 3 Ekim 1994 tarihine kadar güvenlik güçlerinin elinde bulunduğunu, ancak bu konuda hiçbir kayıtlı tutulmadığını ve bundan sonra akıbetinin ne olduğu konusunda hiçbir kayıt ve bilginin bulunmadığını tespit ettikten sonra, Kurt/Türkiye ve Çakıcı/Türkiye kararlarına atıfta bulunarak, bu durumun ciddi bir hata olduğunu, çünkü onu özgürlüğünden yoksun bırakma fiilinden sorumlu olanlara, işledikleri suçlu gizleme, izlerini örtme ve özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin akıbetiyle ilgili sorumluluktan kaçma imkanı verdiğini, gözaltına alınmaların tarihi, saati, yeri, nedeni ve bunu gerçekleştiren şahıslar ile ilgili bilgilerin kayıt edilmesinin, Sözleşme'nin 5. maddesi 1. paragrafının amacı doğrultusunda bir şahsın gözaltına alınmasının kanuna uygunluğu açısından gerekli olduğunu belirtmiştir.

Sonuç olarak *Mahkeme*, 10 kadar kişinin Kenan Bilgin'in güvenlik güçlerince gözaltına alındığını ve sağlığının oldukça kötü olduğunu belirtmelerine rağmen, yetkili makamlar tarafından bu konuda ciddi bir araştırma yapılmamış, akıbetinin ne olduğu konusunda makul bir açıklama getirilememiş olması nedeniyle Sözleşme'nin 5. maddesindeki kişi özgürlüğü ve güvenliğinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

- **Orhan/Türkiye:** AİHM'nin 18.6.2002 tarihli bu kararında olaylar şu şekilde gerçekleşmiştir:

6 Mayıs 1994 de güvenlik güçleri Diyarbakır'ın Deveboyu köyüne gelmiş, köyü yakıp boşaltmışlar. 24 Mayıs 1994 de yine aynı askerler Deveboyuna geldiklerinde Selim ve Hasan Orhan ile Cezayir Orhan'ın evle-

rini tamir ettiklerini görmüşlerdir. Bunun üzerine başvurucunun kardeşleri olan Selim ve Hasan Orhan ile oğlu Cezayir Orhan'ı gözaltına almışlardır. Askerler, komutanlarının bu kişileri görmek istediğini söylemişlerdir. Aynı gün öğleden sonra 16:30 da askerler ve bu üç kişi Gümüşsuyu Köyünde sigara içerken ve sağlıklı olarak görülmüşlerdir. 25 Mayıs 1994'de yakınları Orhanları araştırmak için Kulp Jandarma Karakoluna gitmişler ancak, her hangi bir bilgi elde edememişlerdir. Bunun üzerine Kulp Başsavcısına ve Diyarbakır DGM'ye başvurmuşlardır. Başvurucu, olaydan bir ay sonra Orhanların Lice hapishanesinde tutuldukları ve kötü bir durumda oldukları hakkında bilgi almış ancak daha sonra onların akıbeti hakkında bir daha bilgi alamamıştır.

Bu kararında *AİHM*, Türkiye hakkında verdiği Kurt, Çakıcı, Çiçek ve Timurtaş davalarındaki gözaltında kayıplarla ilgili içtihatlarını tekrarlamıştır. *Mahkeme*'ye göre Orhanlar, 24. Mayıs 1994 tarihinde Deveboyu'nda güvenlik güçlerince gözaltına alınmış ve son olarak ta Gümüşsuyu Köyü'nde güvenlik güçlerinin elindeyken görülmüştür. *Mahkeme*, başvurucunun, Orhanların akıbeti hakkındaki ciddi endişelerine rağmen yetkililerce etkili bir soruşturma yapılmamış ve gözaltı kayıtlarının tutulmamış olmasını 5. madde-deki kişi güvenliği ve özgürlüğünün ciddi bir ihlali olarak nitelendirmiş ve Türkiye'yi tazminata mahkum etmiştir.

Gözaltında kayıp iddiası ile olarak *Şarlı/Türkiye* davasında, başvuru-cuların 1993 yılı Aralık ayında güvenlik güçleri tarafından alınıp götürüldük-ten sonra kayboldukları ileri sürülmüş, *Mahkeme* ise 22.5.2001 tarihli kararı ile olayda 5. maddenin ihlal edilmediğine, buna karşın 13. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵⁷

b) Kararların Değerlendirilmesi ve Öneriler

Yukarıda incelediğimiz davalarda Türk Hükümeti savunmasını genel-likle, ilgili kişilerin gözaltına alınmadığı üzerine kurmuş, *AİHK* ise, bir sav-cılık ve ilk derece mahkemesi gibi Türkiye'ye gelerek olay yeri incelemesi, tanık dinlemesi gibi delil tespiti yollarına başvurarak, yaptığı soruşturma neticesinde, Hükümetin savunmasını inandırıcı bulmamıştır.

Gözaltında kayıpların Sözleşme'nin 2. maddesi yanında, 5. maddenin de ihlali sonucunu doğurabileceğini tespit eden *AİHM*, Türkiye'deki olaylar nedeniyle yeni bir içtihat oluşturmuştur. Ülkemizdeki bu olayların *AİHM*'nin 5. madde ile ilgili olarak yeni içtihatlar oluşturmasına neden olması, her halde gurur duyulacak bir husus değildir. Uygulamada, özellikle olağanüstü hal bölgesindeki polis ve jandarmaca tutulan gözaltı kayıtları hakkında cum-huriyet savcılarının gerekli denetim ve araştırmayı ihmal etmeleri sonucu, bu

⁵⁷ *AİHM* bu kararında (Başvuru No. 24490/94) Türkiye'ye aleyhine 5000 İngiliz Sterlini manevi tazminat ile 18.000 İngiliz Sterlini mahkeme masrafına hükmet-miştir; bkz. TEZCAN/ERDEM/SANCAKTAR, s.183.

işi AİHK ve AİHM üstlenmiş, **inceledikleri olaylarda** genellikle oy birliği ile **gözüaltı kayıtlarının** gerçeği yansıtmadığını tespit etmişlerdir. Gözüaltına alındığı iddia edilen kişilerin daha sonra yakınlarınca kaybolduğunun ileri sürülmesi halinde, bu kişilerin ne zaman gözüaltına alındığı, gözüaltı süresinin ne zaman sona erdiği, sanığın ne zaman bırakıldığının inandırıcı bir şekilde ispatı devlete düşmektedir. Yukarıda incelenen kararlarda AİHM, yakalanan kişinin gözüaltında tutulduğu süre boyunca başına gelenlerden devletin sorumlu olduğunu ve Devletin bu sorumluluktan kurtulabilmesi için, kişinin serbest bırakıldığını ve onun kaybolmasında güvenlik güçlerinin sorumlu olmadığını gösteren deliller getirmesi, iddialar hakkında ciddi ve etkili bir soruşturma yapması gerektiğini vurgulamaktadır.

Kanunlarımızda yer almamakla birlikte, 1.10.1998 tarihinde yürürlüğe giren ve 18.9.2002 tarihinde değiştirilen **Yakalama, Gözüaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği**⁵⁸ bu konuda çok ayrıntılı hükümler içermektedir. Yönetmeliğin 11. maddesi, gözüaltına alınan kişilerin nezarethaneye alınırken **“Nezarethaneye Alınanların Kaydına Ait Deftere”** kaydedilmesini ve 12. md. ile de, bu kişilere ait kimlik bilgileri, isnat edilen suç, gözüaltına alınma nedeni, suç yeri ve tarihi, yakalama yeri, tarihi ve saati, giriş tarihi ve saati, serbest bırakıldığı tarih, saat ve işlemi yapanın kimlik bilgileri gibi daha birçok bilginin yer almasını zorunlu tutmaktadır. Ancak, kolluğun bu hükümlere uyup uymadığı, formalite olarak değil, gerçek anlamda ve yeterince denetlenebilirse, gözüaltı kayıtlarının gerçeğe uygunluğu sağlanarak AİHM'nin yukarıda ağır eleştirilere tabi tuttuğu eksiklikler de ortadan kalkarak, Sözleşme'nin 5. maddesinde yer alan kişi özgürlüğü ve güvenliğinin sağlanması konusunda çok önemli adımlar atılmış olacaktır.

Yukarıdaki olaylarda kolluk ve savcılık, iddialar hakkında soruşturmaya genellikle olay AİHK'ya intikal ettikten sonra ve bunu da çok yetersiz şekilde yapmıştır. Suç haberini alan Cumhuriyet savcılarının olayın esasını araştırma yükümlülüğünü yerine getirmede oldukça yetersiz ve ihmalkar davranmaları, özellikle gözüaltı kayıtlarının doğruluğunu yeterince araştırmamaları, AİHM tarafından vurgulanan noktalardandır. Soruşturmalardaki bu aksaklıklar geç de olsa **Adalet Bakanlığı**'nı harekete geçirmiş ve Ceza İşleri Genel Müdürlüğü 4.7.2000 tarihli, Cumhuriyet başsavcılıklarına gönderdiği Bakan imzalı **bir genelge**⁵⁹ ile, hazırlık soruşturmasında insan hakları ihlallerine yol açılmaması için savcıların dikkati çekilerek, **AİHM tarafından** Türkiye aleyhine **hükmedilen** ve hazinece ödenen **tazminatın** kendilerinden **rücu'an geri alınmasının** söz konusu olduğu belirtilmiştir.⁶⁰ Yürür-

⁵⁸ RG 1.10.1998 tarih ve 23480 sayı; değişiklik: 18.9.2002 tarih ve 24880 sayılı RG.

⁵⁹ Yargı Mevzuatı Bülteni, 18 Temmuz 2000 – Sayı 117, s.35-36.

⁶⁰ 26.3.2002 tarih ve 4748 sayılı Kanunla (RG, 9.4.2002 – 24712) Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesine eklenen 2. fıkra ile “İşkence ya da zalimane, gayri

lükteki mevzuata göre, suçla ilgili hazırlık soruşturmasının yürütülmesinde asıl yetki ve sorumluluk Cumhuriyet savcılarına ait olarak görünse bile (CMUK, özellikle 153. ve 154. maddeler açısından), uygulamada asıl yetki kollukça kullanıldığı ve kolluğun gücü karşısında savcılıkların adeta birer “havale bürosu” gibi çalıştığı belirtilmektedir.⁶¹ Adalet Bakanlığı’nca hazırlanan “Adli Kolluk Kanun Tasarısı”nın⁶² kanunlaşması bu olumsuz gelişmeye kısmen bir çözüm getirebilir.⁶³ Ancak, olağanüstü hal bölgesinde bu Tasarı’daki düzenlemelerin de savcıların kolluk ve özellikle jandarma üzerindeki denetimini sağlaması mümkün değildir. *AIHM*’nin Türkiye aleyhine verdiği kararların önemli bir kısmının Türkiye’nin olağanüstü hal rejimi uygulanan yerlerinde meydana gelen ihlallere ilişkin olduğu dikkate alınırsa, Türkiye’deki olağanüstü rejiminin anayasal ve yasal düzenlemesi ile uygulamasının *AIHM*’nin ortaya koyduğu olağanüstü rejimin genel standartları⁶⁴ ile bağdaşmadığı açıkça görülmektedir. Çözüm, Türkiye’deki olağanüstü rejimin hukuki düzenlemesini ve uygulamasını Strasburg denetim organlarının kararları ışığında *AIHS*’ye uyumlu hale getirmek ve bu amaçla geniş kapsamlı bir reform yapmaktır.⁶⁵

Kararlarda usule ilişkin olan ve üzerinde önemle düşünülmesi gereken bir başka konu ise, *AIHK* delegelerinin Türkiye’de yaptıkları duruşmalara tanık olarak çağrılan, bazı savcı ve kolluk amirlerinin mazeretsiz olarak

insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.” hükmü getirilmiştir. Kanunun bu düzenlemesi gözetilince kayıp olaylarını kapsayıcı şekilde değildir. Kolluk kuvvetlerinin bu sorumluluğu, işkence ve kötü muamele ile sınırlandırılmasaydı, gözetilince kayıp olaylarını önleme açısından daha isabetli olurdu.

⁶¹ **ÖZTÜRK BAHİR / ERDEM MUSTAFA R. / ÖZBEK VELİ ÖZER:** Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s.387.

⁶² Adli Kolluk Teşkilatı kurulması konusundaki tartışmalar için bkz. **DERDİMAN R. CENGİZ:** “Etkin Ceza Adaleti Açısından Alternatif Bir Öneri Olarak Cumhuriyet Savcısından Ayrı Adli Polis Modeli”, in: Ceza Adalet Sistemi ve Polis Sempozyumu, 6-7-8 Mayıs 1998, Polis Akademisi Ankara, s.205-220.

⁶³ Polis-cumhuriyet savcı ilişkisi konusunda yapılan bir anket çalışması ve bu konuda ilginç görüş ve sonuçlar için bkz. **SEZGİN FAZLI:** “Ceza Adalet Sistemi ve Polis (Polis-Cumhuriyet Savcısı İlişkileri)”, in: Ceza Adalet Sistemi ve Polis Sempozyumu, s.205-220. Ankete katılan hakim ve savcıların % 94’ü bir Adli Polis Teşkilatının kurulması gerektiğini belirtmiştir.

⁶⁴ Bu konuda bkz. **GEMALMAZ MEHMET SEMİH:** Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları (aşağıda Olağanüstü Rejim Standartları olarak atıfta bulunulacaktır), 2. bası, Beta Yay. İstanbul 1994, s.77 vd.

⁶⁵ Reform önerileri hakkında bkz. **GEMALMAZ,** Olağanüstü Rejim Standartları, s.283 vd.

katılmamaları ve Hükümet temsilcilerinin de bu kişilerin duruşmaya katılmaya zorlanamayacağı şeklinde kendilerini savunmalarıdır. AİHM bu durumu Sözleşme'ye aykırılık olarak nitelendirmekten geri kalmamaktadır. Gerçekten bu hallerde mevzuatımızda devlet görevlilerini tanıklıkta bulunmaya zorlayıcı bir düzenleme bulunmamakta, görevlilerin tanıklık yapmaktan kaçınmaları ise gözaltında kaybolduğu iddialarının saklanmak istendiği yolundaki kuşkuyla iyice arttırmaktadır. Bu durumun önüne geçilmesi için CMUK'un 145 vd. maddelerdeki **tanıklığa ve tanıklıktan çekinme hakkı**na ilişkin hükümlerde değişiklik yapılarak, AİHM ve diğer uluslar arası yargı organları önünde tanıklık yapma yükümlülüğü düzenlenmelidir.

Dikkat çeken başka bir husus, **kararların çoğunda oybirliği** ile Sözleşme'nin **5. maddesinin ihlaline** karar verilmiş olmasıdır. AİHM'nin Türkiye'nin Güneydoğu bölgesinden kaynaklanan başvurularda taraflı davrandığı görüşü kamu oyunda yaygın olmasına ve AİHM'nin Türk hakimî Feyyaz Gölcüklü'nün Türkiye aleyhine verilen bir çok kararda çoğunluğa iştirak etmeyerek, karşı oy kullanmasına rağmen, yukarıdaki 5. maddenin ihlaline ilişkin iddialarda genellikle diğer hakimlerle aynı yönde oy kullanması da dikkat çekicidir.

Üzerinde durulması gereken bir başka konu ise, gözaltında kayıp olaylarından sorumlu olduğu ileri sürülerek haklarında şikayette bulunulan askeri görevlilerin, özellikle **gözaltı işlemlerini yaptığı iddia edilen jandarma görevlilerinin hiçbir hakkı**nda savcılıklarca **yeterli bir soruşturmanın yapılmaması**, ciddi olarak ifadelerine bile başvurulmaması, Memurin Muhakematı Hakkında Kanun uyarınca işin il idare kurullarına sevk edilerek, oradan da yargılamaya gerek olmadığına ilişkin kararların çıkmış olmasıdır. İlgili Kanun, yerini kamu görevlilerinin görev suçları hakkında koğuşturmayı amirin iznine tabi tutan "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanuna" bırakmasına rağmen, bu alanda esaslı bir değişikliğe gidilmediği sürece, bu Kanun da olağanüstü hal bölgesi ve kırsal alanda görev yapan jandarma görevlileri hakkındaki kişi özgürlüğü ve güvenliğine yönelik ihlal iddiaları konusunda etkin bir soruşturma ve gerektiğinde cezai koğuştırma sağlamaktan uzaktır.⁶⁶ İhlal iddiaları hakkında, savcılarının etkin bir soruşturma yapması isteniyorsa, öncelikle kanuni bir düzenleme ile jandarma hakkında, Cumhuriyet savcılarının etkin bir denetim ve ihlaller hakkında da re'sen cezai koğuştırma yetkisi verilmelidir⁶⁷.

⁶⁶ Uzun vadede jandarmanın yaptığı adli görevlerin jandarmadan alınarak polise verilmesi, jandarmaya sadece güvenliğe yönelik görevler bırakılması önerisi için bkz. **EKİNCİ HÜSEYİN**: "Ceza Adalet Sisteminde Yeniden Yapılanma ve Adli Kolluk", in: Ceza Adalet Sistemi ve Polis Sempozyumu, s.243-250 (249).

⁶⁷ Bu konu ile bağlantılı olarak, jandarmanın mülki görevleri ile ilgili fiil ve işlemlerinin valilik ve kaymakamlıklarla denetlenmesi ve adli görevleri ile ilgili ola-

Burada son olarak belirtmeden geçemeyeceğimiz bir nokta, davalarda (Kurt ve Çakıcı Kararı) güvenlik güçleri ve savcılarının **başvurucu üzerinde baskı kurması**, başvurucuyu başvurusunu geri aldirmaya çalışması nedeniyle Türkiye'nin Sözleşme'nin 34. maddesini ihlalden dolayı da mahkum edilmektedir. Gözaltına alındığını iddia ettikleri yakınlarının akıbetini soran başvuru sahiplerinin iddiaları hakkında gerekli araştırma ve soruşturmayı yapmak yerine, *AİHM*'ye yapılan başvuruyu engelleme yolunun seçilmesi Strasburg denetim organlarının Türkiye'deki uygulamalar konusunda duydukları güvensizliği artırıcı bir başka neden teşkil etmektedir. Yapılacak bir kanuni düzenleme ile, kamu makamlarının, *AİHM*'ye başvuruda bulunanları başvuru nedeniyle sorgulaması ve ifadesine başvurması yasaklanmalı, *AİHM*'ye başvurunun iç hukuktaki kanun yolları gibi bir temel hak ve hukuki yol olduğu vurgulanarak, bu hakkı kullanmanın görevlilerce engellenmesini önleyici hükümler getirilmelidir. Çünkü, sadece Güneydoğu kaynaklı başvurular açısından değil, genel olarak *AİHM*'ye yapılan başvuruları, Türkiye'nin yabancı ülkelere şikayeti ve Türkiye'ye karşı saygısızlık olarak değerlendirmek, kamu makamları, basın ve halk arasında hala taraftar bulmaktadır.

III. YAKALAMA ve YAKALANAN KİŞİNİN HAKİM ÖNÜNE ÇIKARILMASI

1. Genel Olarak Suç Şüphesi Nedeniyle Yakalama

AİHS'nin 5. md. 1. fıkrasında kişi özgürlüğünün kısıtlanabileceği hallerden birisi, c) bendinde suç şüphesi nedeniyle sanığın yetkili adli makam önüne çıkarılması için yakalanması veya tutuklanması, yani hapsedilmesi olarak belirtilmiştir. Kişinin hangi nedenlere dayanılarak yakalanabileceği veya tutuklanabileceği bu bentte sınırlı bir şekilde sayılmıştır. Bunlar, kişinin **suç işlemiş olması şüphesi**, kişinin **suç işlemesini önlemek** ve nihayet kişinin **suç işledikten sonra kaçmasını önlemektir**. Belirtilen bu üç halde de kişinin yakalanması veya tutuklanmasının amacı, onu yetkili adli makam önüne çıkarmak olmalıdır. Buradaki yetkili adli makam, biraz sonra etraflı olarak inceleyeceğimiz 5. maddenin 3. fıkrasında belirtilen hakim veya yargı yetkisine sahip görevli memur anlamındadır. Yine belirtilen bu üç nedene dayanarak kişinin özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için **makul şüphenin bulunması** gerekmektedir. *AİHM* göre makul şüpheden söz edebilmek için, suçun işlenmiş olabileceği konusunda objektif bir gözlemciyi ikna etmeye yeterli olgu ve bilgilerin bulunması gerekir. *AİHM*, 1.3.2001 tarihli Berktaş/Türkiye Kararında, başvuru sahibinin yakalanmasına ilişkin dosyada

rak il ve ilçe jandarma komutanlarının sicilleri düzenlenirken Cumhuriyet başsavcılarının görüş alınması konusunu düzenleyen bir kanun tasarısı hazırlanmıştır: bkz. İnsan Hakları Koordinatör Üst Kurulunun Çalışmaları, (ikinci bası) Ankara 1999, s.34 vd. Ancak, Tasarı kanunlaşsa bile, bu hali ile, *AİHM*'nin belirttiği şekilde, ihlal iddiaları konusunda gecikmeden ciddi araştırma ve soruşturma yapılmasını sağlamaktan uzaktır.

inandırıcı delillerin bulunmadığı ve yakalama müzekkeresi dışında ilgiliye karşı oluşan şüphelerin dayanağı olabilecek başka bulgular sunulmadığı gerekçesi ile Türkiye tarafından 5. md. 1. fıkranın ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶⁸ AİHM'nin 5. md. ile ilgili kararlarında geniş bir uygulama alanı bulan yakalama ve tutuklama nedenleri ile makul şüphe konusunda ayrıntıya girmeden, bu alandaki literatüre atıfta bulunarak⁶⁹, çalışmanın kapsamını genişletmemek için, incelememizin bu kısmını yakalanarak özgürlüğü kısıtlanan kişinin hakim önüne çıkarılması ile sınırladık.

Türk hukukunda yakalama, tutuklamayı mümkün kılmak ve dolayısıyla ceza muhakemesinin yapılmasını sağlamak amacıyla henüz tutuklama kararı verilmeden önce sanığın kişi özgürlüğünün kaldırılması olarak tanımlanmaktadır.⁷⁰ Yakalanan kişinin durumuna da "gözetiminde bulundurmak" denildiği için, uygulamada "yakalandı" yerine genellikle "gözetimine alındı" ifadesi kullanılmaktadır.⁷¹ Bu nedenle aşağıda yakalanan kişinin hakim önüne çıkarılması için geçen süreyi, Türk literatüründe kullanıldığı şekilde "gözetim süresi" olarak ifade edeceğiz.

2. AİHM Kararlarına Göre Yakalanan Kişiyi Hakim Önüne Çıkarma Yükümlülüğü

AİHS'nin 5. md. 3. fıkrası, bu maddenin 1. fıkrasının c) bendine göre yakalanan veya tutuklanan kişinin gecikmeksizin bir "bir hakim veya adli görev yapmaya kanunen mezun kılınmış diğer bir memur" önüne çıkarılmasını ve tutuklanmış ise tutukluluğun makul süreyi aşmamasını emretmektedir. 5. maddenin 3. fıkrasında sözü edilen **hakim** kelimesi, bir mahkemeyi

⁶⁸ TEZCAN/ERDEM/SANCAKTAR, s. 210.

⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, s.230 vd.; ÜNAL, s.134 vd.; KUZU BURHAN: "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Bağlamında Keyfi Tutuklamaya Karşı Korunma", Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1999, s. 1201-1240; HAEFLIGER/SCHÜRMANN, s.104 vd.; VILLIGER, s.219 vd., no. 345 vd.; ERYILMAZ M. BEDRİ: "Türk Hukukunda ve Uygulamasında Yakalama ve İfade Alma ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uyum Sorunu", Ceza Adalet Sistemi ve Polis Sempozyumu, Polis Akademisi Ankara 1998, s.365-391: Eryılmaz bu makalesinde, Türk Hukukunda kolluğun yakalama yetkisini kullanırken, AİHS'de sayılan yakalama nedenlerine ve makul şüphe kriterlerine aykırı uygulamalarından ilginç örnekler vermektedir. Makul şüphe kavramı hakkında ayrıca bkz. AİHM, Erdagöz/Türkiye Kararı, par.51-52.

⁷⁰ KUNTER/YENİSEY: Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. bası, İstanbul 2000, s.633, no. 45.16; CENTEL NUR / ZAFER HAMİDE: Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2003, s. 242,

⁷¹ KUNTER/YENİSEY, s.633, no. 45.16, yakalamanın çeşitlerini bir birinden ayırmak için suç nedeniyle yakalamaya "adli yakalama" demektedirler.

veya çeşitli şekiller alabilen, yargı yetkisine sahip kişiyi ifade etmektedir⁷². Hakimın tarafsız bir makam olması, yürütme ve taraflardan bağımsız olması ve yargısal bir usulde karar vermesi gerekir. Buna karşın, “**kanunen yargı yetkisine sahip görevli**”den (“officer authorised by law to exercise judicial power”, “gesetzlich zur Ausübung richterlicher Funktionen ermächtigter Beamter”)⁷³ ne anlaşılması ve bu görevlinin hangi niteliklere sahip olması gerektiğini, *AIHM* bir çok kararında tartışmış ve bu niteliklere açıklık getirmiştir.

Schiesser/İsviçre Kararı⁷⁴, *AIHM*’nin bu konuda verdiği ilk kararlardandır. *Mahkeme* daha sonraki kararlarında bu kararında ortaya koyduğu içtihatlarına sıkça atıfta bulunmuştur. *Mahkeme*’ye göre, Sözleşme’nin 5. md. 3. fıkrası anlamında kanunen yargı yetkisine sahip görevli, “hakim” ile aynı değildir, ancak hakimliğin bazı özelliklerini taşıması gerekir; özellikle yakalanan kişi açısından hakimın sağladığı gibi güvenceler sağlayacak şartlara sahip olması gerekir. Bu kişide aranacak ilk şart, bu görevlinin yürütme ve taraflar karşısında bağımsız olmasıdır. Bu onun herhangi bir hakim veya memurun denetimi altında veya astı olmasına engel değildir; ancak bu üst durumundaki kişinin de yürütme ve taraflar karşısında bağımsız olması gerekir. İkinci olarak, özgürlüğü kısıtlanarak önüne çıkarılan kişiyi bizzat dinlemesi gerekir. Üçüncü olarak ise, tutukluluk lehine veya aleyhine olan durumları yargısal kriterlere göre incelemesi ve tutukluluğu gerektiren nedenlerin bulunmaması halinde yakalanan kişiyi serbest bırakma yetkisine sahip olması gerekir⁷⁵. *AIHM* Schiesser/İsviçre davasında, tutuklama kararı veren vilayet savcısının aynı olayda daha sonra iddia makamı olarak görev almadığından, onun 5. maddenin 3. fıkrası anlamında yargı yetkisine sahip görevli olarak kabul edilebileceği sonucuna varmıştır.

AIHM, Schiesser/İsviçre Kararı’ndan sonra incelediği Hollanda ile ilgili davalarda sanık askerlerin tutuklanmasına karar veren “**auditeur militaire**” in⁷⁶, olayın askeri mahkemeye sevk edilmesinden sonra aynı davada iddia makamı rolünü üstlenebilmesi söz konusu oluyordu. *Mahkeme*, hazırlık soruşturmasını yürüten askeri savcının, daha sonraki soruşturma

⁷² GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, s.237.

⁷³ Bu terim Sözleşme’nin resmi Türkçe çevrisinde “adli görevi yapmaya kanunen mezun kılınmış diğer bir memur” olarak çevrilmiştir; buna karşın Gölcüklü/Gözübüyük, s.449, “adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli” şeklinde, yine diğer bazı özel çevrilerde, (örn. GEMALMAZ, Nihai Raporlar, s.261) “yasa tarafından kendisine yargısal yetkiler kullanma erki verilen bir başka görevli” şeklinde çevrilmiştir.

⁷⁴ *AIHM*, Schiesser/İsviçre Kararı, 4.12.1979, par.31; Kararın Almanca çevrisi için bkz. EuGRZ 1980, s.202-207; ayrıca bkz. CENTEL NUR: Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Tutuklama, İstanbul 1992, s.197-198.

⁷⁵ Schiesser/İsviçre, par.31.

⁷⁶ Askeri adli müşavir veya askeri savcı olarak ifade edilebilir.

aşamasında aynı olayda iddia makamı rolünü üstleneceği önceden bilindiği için, (ilk aşamadaki işlemler açısından) taraflar karşısında bağımsızlık şartını taşımadığı ve bu nedenle de, Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrası anlamında yargı yetkisine sahip görevli olmadığı sonucuna varmıştır⁷⁷. **Pauwels/Belçika Davası**'nda⁷⁸ da AİHM, askeri yargıda, askeri savcılık rolünü üstlenen "auditeur militaire"i yargı yetkisine sahip memur olarak kabul etmeyerek, Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu karar aşağıda gözetli süreleri kısmında incelenecektir.

AİHM, Schiesser/İsviçre olayına benzer nitelikteki İsviçre ile ilgili bir başka olayda, yani **Huber/İsviçre Davası**'nda,⁷⁹ Zürih vilayet savcısını taraflar açısından bağımsızlık ve tarafsızlık şartını taşımadığı gerekçesi ile Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrası hükmüne göre yargı yetkisine sahip görevli olarak kabul etmemiştir. Mahkeme'ye göre savcı, yürütme organına karşı bağımsız davranabildiği ve tutuklama kararını verirken başvurunun lehine ve aleyhine olan delilleri birlikte değerlendirdiği halde, bu olayda hazırlık soruşturmasına katılarak önce sanığın tutuklanmasına karar verdiği ve daha sonra da soruşturmayı yürütüp iddianameyi hazırlayan savcı olarak görev aldığı için sanığın, Sözleşme'nin aradığı şekilde "gecikmeksizin bir hakim önüne çıkarılma" hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

AİHM, Huber/İsviçre Kararı'ndaki içtihadını **Hood/İngiltere**⁸⁰ Kararı'nda da devam ettirmiştir. Bu olay da askeri ceza muhakemesinde gözetli alanan sanık askerin, hakim önüne çıkarılması ile ilgilidir.

İngiliz vatandaşı olan Hood, 1995 yılında görevli olduğu birlikten bir çok defa izinsiz uzaklaşma suçlarından mahkum olur. 27 Kasım'da yakalanan sanık, 28 Kasım'da askeri kışlaya getirilir ve askeri mahkeme önündeki duruşma başlayıncaya kadar komutanın emri üzerine tutuklanarak, kapısında bir nöbetçi bulunan odaya hapsedilir.

AİHM olayda, başvurunun Sözleşme'nin 5. md. 1.fık. c) bendi anlamında suç işlediği şüphesi üzerine yakalandığını ve bu nedenle de 5. md. 3. fıkranın uygulanmasında herhangi bir şüphenin bulunmadığını belirterek, başvurunun askeri birliğin gözetim yerinde bir hücreye kapatılıp, kapısına da bir nöbetçinin konmasını gözetli alma (tutuklama) olarak nitelendirmiştir. Mahkeme olayda, komutanın hem tutukluluk süresinin devamı konusundaki, hem de daha sonra yargılama sırasında iddia makamı üzerindeki etkisi

⁷⁷ Bkz. aşağıda de Jong, Baljet ve van den Brink/Hollanda; Van der Sluijs ve diğerleri/Hollanda

⁷⁸ Bkz. hemen aşağıda.

⁷⁹ AİHM, 23.10.1990 tarihli (BN: 12794/87) sayılı kararı; Kararın Almanca çevrisi için bkz. EuGRZ 1990, s.502-504.

⁸⁰ AİHM, 18.2.1999 tarihli (BN: 27267/95) kararı; Kararın Almanca çevrisi için bkz.: EuGRZ 1999, s.117-119; ÖJZ 1999, s.816-818.

nedeniyle, tarafsız olmadığı ve bu nedenle de 3. fıkra anlamında yargı yetkisine sahip bir görevli olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna vararak, Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Pauwels/Belçika Davası'nda⁸¹ suç şüphesi nedeniyle yakalanan bir sanığın askeri mahkeme önüne çıkarılmadan önce, önüne çıkarıldığı “**auditeur militaire**” tarafından tutuklanması halinde, Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrası anlamında gecikmeden yargı yetkisine sahip bir görevli önüne çıkarma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği tartışma konusu olmuştur.

Eski bir subay olan Pauwels 22 ve 24 Mart tarihlerinde auditeur militaire (askeri baş müşavir) yardımcısı G. Van Even tarafından sorgulanmıştır. 2 Nisan 1982 tarihinde Van Even başkanlığında toplanan Askeri Mahkeme Soruşturma Heyeti, zimmet suçu nedeniyle Pauwels'in tutuklanmasına karar vermiştir. Pauwels tutuklandıktan hemen sonra salıverilmesi için talepte bulunmuş, ancak yine Van Even'in başkanlık ettiği Soruşturma Heyeti'nce bu talebi ret edilmiştir. Pauwels, aynı gün salıverilmesi için Askeri Mahkemeye başvurmuş, fakat Askeri Mahkeme 15 Nisan tarihinde bu talebi ret ederek, başvuru hakkında verilen tutuklama kararının hukuka uygun olduğu sonucuna varmıştır. 23 Nisan tarihinde, yine Van Even'in başkanlık ettiği Soruşturma Heyeti tutuklama kararını ikinci defa teyit etmiştir. Başvurucunun, tutuklama kararına karşı Askeri Üst Mahkemeye yaptığı itiraz ve Temyiz Mahkemesi'ne yaptığı temyiz talebi de ret edilmiş ve diğer başvurularından da sonuç alamamıştır. Van Even, 23 Haziran 1982 tarihinde başvurucuya, 5 Temmuz'da Askeri Mahkeme'deki duruşmada hazır bulunması için celpname çıkarmıştır. Yargılama sonunda başvuru Askeri Mahkeme tarafından mahkum olmuştur.

AIHM, bu davadaki esas sorunun, Van Even'in davalı karşısında savcı, yani taraf olduğu bir olayda, aynı zamanda soruşturma komisyonu başkanı sıfatıyla Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrası anlamında “kanunen yargılama yetkisine sahip diğer bir görevlinin” sahip olması gereken tarafsızlık güvencesine sahip olup olmadığının tespit edilmesi olduğunu belirtmiş ve aşağıda incelediğimiz **de Jong, Baljet ve van den Brink/Hollanda Kararı**'na atıfta bulunarak, “auditur-militaire”de Sözleşme'nin aradığı tarafsızlığın bulunmadığı sonucuna varmıştır. *Mahkeme* gerekçe olarak, Hollanda hukukunda askerleri gözaltına alma ve tutuklama yetkisine sahip auditur-militaire'in aynı olayın askeri mahkeme önüne gelmesi halinde savcı olarak hareket etmek durumunda olduklarını, bu sebeple de hazırlık soruşturması sırasında taraflar karşısında açıkça bağımsız olamayacağını vurgulamış, bu davada da aynı sonuca varmanın kaçınılmaz olduğunu, çünkü Belçika mevzuatının Hollanda mevzuatı ile aynı sistemi getirdiğini ve Van Even'in bu davada

⁸¹ *AIHM*, 26.5.1988 tarihli (BN: 10208/82) Kararı; Kararın Türkçe çevrisi için bkz., *İHKAD* cilt 2, s.7-21.

soruşturma (sanığın sorgulanması ve tutuklanması) ve savcılık görevlerini birlikte üstlendiğini, bu nedenle de tarafsızlığının şüpheli olduğunu, belirtmiştir.

Assenov ve diğerleri/Bulgaristan Davası'nda⁸² AİHM, kanunen yargılama yetkisine sahip görevlinin Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrasına göre bağımsız ve tarafsız olması gerektiğini tekrar vurgulamıştır. *Mahkeme*'ye göre gözüaltına alınan kişi hakkında tutuklama ile ilgili kararın bir memur tarafından verilmesi ve bu kararın da kamu davasını açmaya yetkili savcı tarafından tekrar kaldırılabilirliği olması halinde, Sözleşme'nin aradığı bağımsızlık ve tarafsızlık şartları yerine getirilmiş sayılamaz. **Nikolova/Bulgaristan Davası'nda**⁸³ da AİHM, yine Bulgaristan Ceza Muhakemesi Hukuku'nun Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrasının esasları ile bağdaşabilirliğini tartışmıştır. Bu olayda *Mahkeme*, Assenov ve diğerleri/Bulgaristan olayında verdiği kararını teyit ederek, bağlayıcı nitelikte ve usul aşamasında savcı karşısında bağımsız karar verme yetkisi olmayan bir sorgu hakiminin, AİHS'nin 5. md. 3. fıkrası anlamında "kanunen yargılama yetkisine sahip diğer bir görevli" olmadığı sonucuna varmıştır. *Mahkeme* ayrıca, sorgu hakiminin aynı dava sırasında savcı olarak görev yapmasını yasaklayan hiçbir kanuni hükmün bulunmamasının da, Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrasına aykırı olduğuna hükmetmiştir.

Sonuç olarak hazırlık soruşturması sırasında yakalanan sanık hakkında tutuklama kararı veren hakim dışındaki görevlinin başka fonksiyonlara sahip olması mümkündür. Ancak, Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrası anlamında "kanunen yargılama yetkisine sahip diğer bir görevli" olarak kabul edilebilmesi için, gerektiğinde sanığı serbest bırakma yetkisine sahip olmalıdır. Eğer sanık hakkında hazırlık soruşturması sırasında tutuklama kararı vermişse, artık aynı olayın yargılama aşamasında iddia makamı rolünü üstlenmemesi gerekir. Aksi halde davaya katılanlar açısından onun tarafsızlığına şüphe düşeceğinden, sanık açısından Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrasında yer alan güvence ihlal edilmiş olur.

2. Türk Hukukundaki Düzenleme

Türk hukukunda, suç şüphesi nedeniyle yakalanan kişinin "hakim önüne çıkarılması" anayasal bir emirdir. Çünkü, 1982 Anayasası'nın 19. md. 3. fıkrasına göre "suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak hakim kararıyla tutuklanabilir". Hakim kararı olmadan yakalama yapılabilmesi ise, "suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde" mümkündür. Yine aynı maddenin 5. fıkrası da, yakalanan veya tutuklanan kişilerin belli süreler içinde hakim önüne çıkarılmasını emrederek, esasen yakalamanın da kural olarak hakim kararına dayanması gerektiğini, istisnaen

⁸² AİHM, 28.10.1998 tarihli (BN: 24760/94) Kararı.

⁸³ AİHM, 25.3.1999 tarihli (BN: 31195/96) Kararı; Kararın Almanca çevrisi için bkz. EuGRZ 1999, 320 vd.

ise yetkili mercilerin yakalama yetkisinin bulunduğunu belirtmektedir. Yakalanan kişi hakkında tutuklama kararını da ancak hakim verebilir. Hakim dışında bir başka memurun tutuklama kararı vermesi mümkün olmadığından, yakalanan kişi salıverilmediği takdirde mutlaka kanunlarda belirlenen süreler içinde hakim önüne çıkarılıp sorgulanması anayasal bir zorunluluktur. Kural bu olmakla birlikte, askeri yargıda disiplin suçları olarak nitelendirilen fiillerde, hakim kararı olmadan, disiplin amiri (komutan) dört haftaya kadar oda hapsi verebilmektedir. Ayrıca bu disiplin cezası süresi kadar da disiplin amiri, sanığı tutuklayabilmektedir.⁸⁴ Ancak bu uygulama öncelikle Sözleşme'nin 5. md. 1. fıkrasına aykırılık açısından incelenmelidir.⁸⁵

IV. HAKİM ÖNÜNE ÇIKARMADA SÜRE (GÖZALTI SÜRESİ)

1. AİHM Kararlarına Göre Gözaltı Süresi

AİHS 5. md. 3. fıkrasının suç nedeniyle yakalanan sanıklara tanıdığı en önemli hak, hemen bir hakim önüne çıkarılarak iddialar hakkında sorgulanmasıdır. Sözleşme bu konuda belli bir süre belirtmemekte, ancak yakalanan kişinin hemen (gecikmeksizin) hakim veya yargı yetkisine sahip bir görevli önüne çıkarılmasını emretmektedir. Sözleşmede böyle bir yolun seçilmesinin nedeni, ne kadar bir gözaltı süresinin uygun olacağının tespitinin somut olayın özelliklerine göre değişmesinden kaynaklanmasıdır.⁸⁶ Aşağıda önce gözaltı sürelerine ilişkin AİHM'nin çok sayıdaki kararından bazıları üzerinde durduktan sonra, bu konuda Türkiye hakkında verdiği kararlarını inceleyeceğiz.

AİHM, McGoff/İsveç⁸⁷ Kararı'nda mahkemece sorgusu yapılmadan hakkında gıyabi tutuklama kararı verilen bir kişinin yakalanması halinde de gecikmeden hakim önüne çıkarılması gerektiğine, sanığın yakalanması ile hakim önüne çıkarılması arasında 15 günlük sürenin geçmiş olmasının Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrasını ihlal ettiğine karar vermiştir. Bu davanın esasını teşkil eden olaylar kısaca şu şekilde gerçekleşmiştir:

⁸⁴ 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi, mevzuatta hakim dışında başka kişilere tanınmış olan tutuklama yetkisini Anayasaya aykırı bularak iptal etmekle birlikte (bkz. 19.2.1963, 1962/277 E., 1963/34, ŞEN ERSAN: Anayasa Mahkemesi Kararlarında, Beta Yayın Dağıtım, İstanbul 1998, s. 486; 20.09.1963 tarih, 1963/59 E., 1963/225 K., ŞEN, aynı eser, s.487; 28.9.1965 tarih, 1963/100 E., 1965/48 K., ŞEN, aynı eser, s.488) AsCK md. 169 da tanınan bu yetkiyi Anayasaya aykırı bulmamıştır, bkz. 28.6.1966 tarih ve 1965/42 E., 1966/30 K., RG. 12633.

⁸⁵ Bu konu başka bir çalışmamızda incelenecektir.

⁸⁶ GÖÇER, s.217-218.

⁸⁷ AİHM, 26.10.1984 tarihli (BN: 9017/80) Kararı; Kararın Almanca çevrisi için bkz. EuGRZ 1985, s.671-673.

*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararları Işığında
Kişi Özgürlüğü Ve Türkiye*

Başvurucu Antony McGoff, bir İrlanda vatandaşıdır ve 27 Ekim 1977 tarihinde Tingsraet Sulh Mahkemesi'nce (Stokolm/İsveç) Uyuşturucu Madde Kanunu'nu ihlalden hakkında tutuklama kararı verilmiştir. Hollanda'da yakalanan başvuru, 24 Ocak 1980 tarihinde İsveç'e iade edilir ve aynı gün Stokholm Merkez Tutukevine konur. 8 Şubat tarihinde yetkili sulh ceza mahkemesi sanığın hazır olduğu sözlü bir duruşma yapar ve duruşma sonunda tutukluluğun devamına karar verir. 13 Mart 1980 tarihinde de 2 yıl hapis cezasına mahkum olur.

AİHM, sulh ceza mahkemesinin 27 Ekim 1977 tarihinde sanık hakkında tutuklama kararı verirken onun sorgusunu yapmadan bu kararı verdiğini ve yakalanmasının ise bu karardan 2 yıl sonra gerçekleştiğini tespit ettikten sonra, aradan geçen süre ve meydana gelen olayların Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrasındaki garantilerin uygulanmasını engellemediğine karar vermiştir. *Mahkeme*'ye göre, sanığın İsveç'e getirilmesinden **15 gün sonra** hakim önüne çıkarılıp sorgulanması, Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrasındaki "gecikmeden hakim önüne çıkarma" garantisi ile bağdaşmaz.

AİHM, **de Jong, Baljet ve van den Brink/Hollanda Kararı**'nda⁸⁸, "auditor-militair"⁸⁹, yakalanan kişilerin serbest bırakılmasına karar verme yetkisi olmadığı için, 5. md. 3. fık. anlamında yargı yetkisine sahip bir görevli olarak kabul etmemiş ve bu nedenle sanık askerlerin 7 gün, 11 gün ve 6 gün komutanın emri ile gözaltında tutulduktan sonra mahkemeye sevk edilmesini gecikmezlik garantisinin ihlali olarak nitelendirmiştir.⁹⁰ *Mahkeme*'ye göre, gecikmezlik sorunu, **her olayın özelliklerine göre değerlendirilmeli ve askeri hayatın ve askeri yargının özellikleri de dikkate alınmalıdır.** Buna rağmen *Mahkeme*, olaydaki süreleri Sözleşme'ye aykırı bulmuştur. Ancak AİHM bu kararında, askeri yargının hangi zorluklarının olabileceğini belirtmemiştir. Herhalde *Mahkeme*, askeri yargının niteliği gereği biraz uzun sürdüğünden hareket etmektedir. *Mahkeme*'nin bu şekilde askeri yargıya ilişkin bir genelleme yapmasını doğru bulmak mümkün değildir. Askeri yargıdaki gecikmelerin de, haklı nedenlere dayanması gerekir.

AİHM yukarıdaki kararı ile aynı tarihli ve benzer nitelikteki Hollanda aleyhine verdiği başka iki kararında da, Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrasının ihlalini tespit etmiştir. **Van der Sluijs, Zuiderveld ve Klappe/Hollanda**

⁸⁸ AİHM, 22.5.1984 tarihli (BN: 8805/79, 8806/79, 9242/81) Karar. Kararın Almanca çevirisi için bkz. EuGRZ 1985, s.700-709.

⁸⁹ Adli müşavir olarak tanımlayabileceğimiz auditor-militair bizdeki askeri savcının fonksiyonunu icra etmektedir.

⁹⁰ Olayda başvuru van den Brink, 20 Kasım 1979 tarihinde komutanın emri ile tutuklanmış, 26 Kasım'da yargılanmak üzere askeri mahkemeye sevk edilmiş, askeri mahkeme ise 6 Aralık tarihinde yani 16 gün sonra tutukluluğun devamına karar vermiştir.

Davası'nda⁹¹ *Mahkeme*, haklarında soruşturma açılan kişilerin gözaltına alınmasını inceleyen askeri yetkiliyi ("officier-commissaris"), 5. md. 3. fık. anlamında yargı yetkisine sahip bir görevli olarak kabul etmediği için⁹², başvuruçuların yakalandıktan 11 ve 12 gün sonra askeri mahkeme önüne çıkarılmış olmasını Sözleşme'nin ihlali olarak nitelendirmiştir. Benzer şekilde *AIHM*, 22.5.1984 tarihli **Duinhof ve Duijf/Hollanda** Kararı'nda yine "auditeur-militair"ın bağımsızlığı ve tarafsızlığı sorununu tartışarak, onun tarafsızlığının şüpheli olduğu gerekçesi ile 5. md. 3. fık. anlamında yargı yetkisine sahip bir görevli olmadığı ve başvuruçuların 6 ve 14 gün sürelerle gözaltında tutulduktan sonra mahkeme önüne çıkarılarak tutuklulukları hakkında karar verildiği gerekçesi ile başvuruçuların gecikmeksizin hakim önüne çıkarma yükümlülüğünün ihlaline karar vermiştir.

AIHM'nin **Koster/Hollanda Kararı**⁹³ da, yine askerlik görevini yerine getirmeyen bir askerin hapsedilmesi ile ilgilidir:

Hollanda vatandaşı Jacobbus Koster, 11.3.1987 tarihinde mecburi askerlik görevinin icrası ile ilgili olarak ikazlara rağmen silah ve askeri üniformayı teslim almayı reddeder. Aynı gün saat 15.45'te yakalanarak, ilgili komutanın onaylaması üzerine gözaltına alınır. Yine aynı gün saat 19.00 da ise, askeri polis tarafından ve 13.3.1987 tarihinde de askeri sorgu subayınca ("officier-commissaris") sorgulanır. 16.3.1987 tarihinde askeri mahkeme önüne çıkarılarak sorgulanan Koster hakkında mahkeme, tutuklama kararı verir. 9.9.1987 tarihinde de Askeri Mahkeme sanığı 1 yıl hapse mahkum eder. Gecikmeksizin askeri mahkeme önüne çıkarılmadığı için Koster'in yaptığı başvuru hakkında, *AIHK* kabul edilebilirlik kararı verir.

AIHM bu kararında, gecikmeden hakim önüne çıkarma yükümlülüğünü değerlendirirken, "olayın birlikte getirdiği şartların Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrası açısından değerlendirilmesinde göz ardı edilemeyeceği dikkate alınsa bile, 3. fıkarda, gecikmezlik unsurunun zorunluluğunu ifade eden 'aussitot' kelimesinin Fransızca metinde kullanılmış olması, İngilizce metinde kullanılan 'promptly' ifadesinin getirebileceği esnekliğin derecesinin sınırlı" olduğunu vurgulamıştır.⁹⁴ *Mahkeme*'ye göre, "gecikmezlik (promptness)⁹⁵ her bir olayda, olayın özelliklerine göre (according to its

⁹¹ *AIHM*, 22.5.1984 tarihli (BN: 9362/81, 9363/81, 9387/81) Karar.

⁹² Özellikle, yakalamanın hukuka uygun olup olmadığını değerlendirme ve hukuka aykırı olduğunun anlaşılması halinde de kişinin salıverilmesine karar verme yetkisi olmadığı için.

⁹³ *AIHM*, 28.11.1991 tarihli (BN: 12843/87) Karar.

⁹⁴ Koster/Hollanda, par.24

⁹⁵ 5. maddenin 3. fıkrasında yer alan bu terim (promptly/promptness) Sözleşme'nin resmi Türkçe çevrisinde "hemen" olarak ifade edilmişken, Sözleşme'nin bazı gayri resmi çevirilerinde (örneğin **GEMALMAZ**, Kabul edilebilirlik Kararları, s.967), *AIHK* ve *AIHM*'nin kararlarının Türkçe çevirilerinde (örneğin *AIHM* Ak-

special features) değerlendirilmesi gerekirse de, ancak bu özelliklere atfedilecek değer, 5. maddenin 3. fıkrasındaki garantinin özünü (the very essence) zedeleyecek dereceye ulaşamaz. Öyle ki, devletin, yakalanan kişiyi gecikmeksizin serbest bırakma veya gecikmeksizin hakim önüne çıkarma yükümlülüğünü, gerçekten boşa çıkarmasına ve yok etmesine ulaşacak dereceye varamaz.⁹⁶

AİHM, Hollanda Hükümeti'nce ileri sürülen, askeri mahkeme üyelerinin o tarihte yapılmakta olan askeri manevraya katılmaları nedeniyle mahkemenin toplanamadığı ve gecikmenin bu nedenle meydana geldiği gerekçesini de haklı bulmamıştır. Çünkü, bu manevralar belli aralıklarla gerçekleşmekte ve önceden bellidir. Bu nedenle askeri makamlar, askeri mahkemenin gecikmeden toplanmasını sağlayabilecek durumdaydılar ve gerektiğinde cumartesi veya pazar günü de toplanarak Sözleşme'nin gereklerini yerine getirebilirlerdi. Sonuç olarak *Mahkeme*, de Joung, Baljet ve van den Brink/Hollanda kararına atıfla bulunarak, askeri hayatın ve askeri yargının ihtiyaçları dikkate alınsa bile, sanığın, askeri mahkeme önüne çıkarılmasına kadar geçen 5 günü aşan sürenin Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrasındaki gecikmezliğin gereklerine aykırı olduğu sonucuna varmıştır.⁹⁷

AİHM, T.W./Malta⁹⁸ ve Aquilina/Malta⁹⁹ kararlarında da, yakalanan bir kişinin bir ve/veya iki gün içinde hakim önüne çıkarılmasının, bu haki-min yakalanan kişiyi serbest bırakma yetkisine sahip olduğu takdirde ancak, yakalamanın AİHS 5. md. 3. fıkrasının gereklerine uygun olacağına karar vererek, gecikmeden hakim önüne çıkarma yükümlülüğü konusundaki içti-hatlarını devam ettirmiştir.

soy/Türkiye Kararı, İHKAD cilt 2, s.236-262, par.66; AİHK, Aksoy/Türkiye Kabuledilebilirlik Kararı, GEMALMAZ, Nihai Raporlar, s.251) ve bazı Türkçe literatürde (örneğin ÜNAL, s.144) ise "derhal" olarak belirtilmektedir. Ancak, AİHM'nin burada incelediğimiz Koster/Hollanda Kararı'ndan da anlaşılacağı gibi, kişi özgürlüğünün özüne dokunacak dereceye ulaşmamak koşuluyla, kolluğa hakim önüne çıkarma süresi için az da olsa bir takdir yetkisi verildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle "promptness/promptly" kavramının "gecikmezlik/gecikmeden" şeklinde ifade edilmesinin daha isabetli olacağı görülmektedir. Nitekim, GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK de (s.238), *Mahkeme*'nin İrlanda/İngiltere Kararı'na atıfla, "3. fıkra da yer alan 'hemen' kelimesi 'derhal' anlamında değildir", "somut olaydaki özelliklere göre değerlendirilmesi" ve "gereksiz gecikmeye yer verilmemesi şeklinde anlaşılması doğru olur" diyerek, gecikmezlik şeklinde anlamaktadırlar. Aksi takdirde kolluğun gözaltına aldığı kişilerin ifadesini bile almadan hakim önüne çıkarma zorunluluğunun bulunduğu sonucu çıkar.

⁹⁶ Koster/Hollanda, par.24.

⁹⁷ Koster/Hollanda, par.25.

⁹⁸ AİHM, 29.4.1999 tarihli (BN: 25644/94) Karar.

⁹⁹ AİHM, 29.4.1999 tarihli (BN: 25642/94) Karar.

Terör suçlarından yakalanan kişilerin hakim önüne geç çıkarılmaları konusunda İngiltere aleyhine yapılan başvurularla ilgili olarak, AİHK ve AİHM, terör suçlarının özelliği gereği kolluk ve savcılığın daha geniş soruşturma zamanına ihtiyaçları olabileceğini kabul etmekle birlikte, bunun da sınırlı olduğu gerekçesi ile 4 gün 6 saati aşan bir gözaltı süresini gecikme olarak kabul etmiştir. AİHM'nin bu konuda verdiği **Brogan ve diğerleri/İngiltere**¹⁰⁰ Kararı'nda, hepsi de terör olaylarından sanık olan, gözaltına alınmış birden fazla başvuru vardı:

AİHM'nin kararına esas teşkil eden olayda, Kuzey İrlanda'daki terörist faaliyetleri önlemek amacıyla yürürlüğe konmuş olan 1984 tarihli "Prevention of Terrorism Act" hükümleri uyarınca gözaltına alınmış olan dört başvuru söz konusudur. Başvurucuların hakim önüne çıkarılıp sorgulanıncaya kadar geçen süreler ise şu şekildedir: Trencie Brogan 5 gün 11 saat, Dermot Coyle 6 gün 16,5 saat, William McFadden 4 gün 6 saat, Michael Tracey 4 gün 11 saat. İngiliz hükümeti bu süreleri terör suçlarının özelliği, yayılması, tehlikeliliği ve iddianame için yeterli delil elde etmenin zorluğu ile haklı göstermeye çalışmıştır. Ayrıca, terör olaylarına katılan kişilerin antrenman yaparak belli bir oranda sorgu metotlarına karşı bağışıklık kazandıkları için sorgulanmalarının özellikle zor ve uzun sürdüğünü savunmuştur.

AİHK, İngiltere'nin gerekçelerini kısmen haklı görerek, 4 gün 6 saat ve 4 gün 11 saatlik gözaltı sürelerini Sözleşme'ye uygun bulurken, AİHM ise, bütün gözaltı sürelerini Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrasının ihlali olarak değerlendirmiştir. *Mahkeme*'nin kişi özgürlüğüne ilişkin kararlarında, sıklıkla atıfta bulunduğu bu kararındaki "gecikmeden hakim önüne çıkarma" ile ilgili içtihadını şu şekilde özetlemek mümkündür¹⁰¹:

AİHM'ne göre, suç şüphesi nedeniyle yakalanan bir kişi derhal salıverilmediği takdirde, gecikmeksizin hakim veya yargı yetkisine sahip bir görevli önüne çıkarılması gerekir. Buradaki gecikmezliğin değerlendirilmesi 5. maddenin konusu ve amacı ışığında yapılmalıdır. Yine gecikmezlik her olayın kendine mahsus şartları dikkate alınarak değerlendirilecek olmakla birlikte, bu şartlara atfedilecek önem, hiçbir zaman 5. md. 3. fıkrada güvence altına alınan hakkın özünü zedeler şekilde anlaşılamaz. Terör suçlarının kendine mahsus özelliği, soruşturma makamlarını diğer suçlara kıyasla büyük problemlerle karşı karşıya bıraksa bile, 5. maddenin sağladığı kesin garantilerden çok az bir oranda uzaklaşılabilir. Çünkü, gecikmezlik kavramının yorumlanması ve uygulanmasındaki esnekliğin kapsamı son derece sınırlıdır.

İngiltere, Brogan ve diğerleri Davası'nda mahkum olunca, hemen terör olaylarıyla ilgili olarak Sözleşme'nin 5. maddesindeki güvenceleri askıya

¹⁰⁰ AİHM, 29.11.1988 tarihli (BN: 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85) Karar.

¹⁰¹ Bu kararın değerlendirilmesi hakkında bkz. GEMALMAZ, Olağanüstü Rejim Standartları, s.100 vd.

aldığını Avrupa Konseyi'ne bildirmiştir. Bu bildirimden sonra yapılan başvurular üzerine AİHM, Brannigan ve McBride/İngiltere¹⁰² Davası'nda, İngiltere'nin Sözleşme'nin 15. maddesine dayanarak 5. maddedeki garantileri askıya almasının geçerli olup olmadığını tartışmıştır. Olayda, Kuzey İrlanda'daki terör olayları nedeniyle Terörün Önlenmesi Kanunu'na (Prevention of Terrorism Act) göre tutuklanan sanıklar 6 gün 14 saat ve 4 gün 6 saat sonra hakim önüne çıkarılmışlardır. AİHM, bu olayda İngiltere'nin Sözleşme'nin 5. maddesine aykırı olarak aldığı tedbirlerin 15. maddeye göre "durumun gerektirdiği ölçüde" olduğunu kabul ederek, başvurucuların bu nedenle 5. maddenin 3.fikrasının ihlalini ileri süremeyeceklerine hükmetmiştir.¹⁰³ AİHM, Brogan ve diğerleri/İngiltere ve Brannigan ve McBride/İngiltere kararlarındaki içtihatlarına, aşağıda inceleyeceğimiz Türkiye hakkındaki kararlarında da sıklıkla atıfta bulunmuştur.

Türkiye aleyhine yapılan birçok başvurularda "gecikmeden hakim önüne çıkarma" hakkının ihlali de ileri sürülmüş ve AİHM aşağıda inceleyeceğimiz kararlarında Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrasında düzenlenen bu yükümlülüğün Türkiye tarafından ihlal edildiğine karar vermiştir.

Sakık ve diğerleri/Türkiye¹⁰⁴ Davası'nda, hem olağanüstü hal nedeniyle Sözleşme'nin 5. maddesindeki güvencelerin askıya alınması, hem de devlet güvenlik mahkemelerinin görev alanına giren terör suçu sanıklarının uzun gözaltı süresi inceleme konusu yapılmıştır. Olayda, TBMM tarafından dokunulmazlıkları kaldırılarak devlet güvenlik mahkemesince mahkum edilen Halkın Demokrasi Partisi'ne mensup eski milletvekilleri, Sözleşme'nin diğer hükümleri yanında 5. md. 3. fıkradaki "gecikmeden hakim önüne çıkarma" yükümlülüğünün de ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

Başvurucular 20 Ekim 1991 seçimlerinde milletvekili olarak seçilmişler, Anakara DGM Savcılığı'nın başvuruları (ilk başvuru Kasım 1992 de yapılmıştır) sonucu TBMM tarafından 2 Mart 1994'te dokunulmazlıkları kaldırılmış, DGM savcısının emri üzerine aynı gün Dicle ve Doğan, diğer dört başvuru (Sakık, Alniak, Türk ve Zana) ise 4 Mart 1994 tarihinde polis tarafından gözaltına alınmışlardır. 17 Mart tarihinde hakim önüne çıkarılan sanıkların tutuklanmasına karar verilmiştir. Buna göre hakim önüne çıkarılınca kadar sanıklardan Dicle ve Doğan on dört gün, diğerleri ise on iki gün gözaltında tutulmuşlardır.

¹⁰² AİHM, 26.5.1993 tarihli (BN: 14553/89; 14554/89) Karar; Kararın Almanca çevrisi için bkz. ÖJZ 1994, 64-69.

¹⁰³ Bu kararın eleştirisi hakkında bkz. GEMALMAZ, Olağanüstü Rejim Standartları, s.105 vd.

¹⁰⁴ AİHM, 26.11.1997 tarihli (BN: 23878/94; 23879/94; 23880/94; 23882/94; 23883/94; 23881/94) Karar; Kararın Türkçe çevrisi için bkz. İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, s.77-88.

Türk Hükümeti, AİHS'nin 15. maddesine dayanarak, 5. maddeden doğan yükümlülüklerini askıya aldığını, bu nedenle de gözaltı sürelerinin 5. md. 3. fıkrayı ihlal etmediğini, davadaki olayların, olağanüstü hal ilan edilmiş bulunan Türkiye'nin Güneydoğu Bölgesi sınırları içinden yönlendirilen terör olaylarının uzantısı niteliğinde olduğunu ileri sürmüştü; buna karşın AİHM ise, olağanüstü hal kararnameleri ile getirilen kısıtlamaların sadece olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde geçerli olduğunu ve Ankara'nın bu bölge kapsamında olmadığını, başvurucuların da Ankara'da gözaltına alındığını, Türkiye'nin yapmış olduğu sınırlamanın olaya uygulanamayacağını belirterek, Türkiye'nin itirazlarını kabul etmemiştir.

Hükümet gözaltı sürelerinin uzunluğunu, PKK terörünün özellik ve ağırlığı, Avrupa'daki diğer terör olaylarıyla kıyaslanamayacak kadar ciddi ve yakın tehdit oluşturduğu, sanıklar ile PKK arasındaki işbirliğini doğrulayıcı delillerin toplanmasının zaman aldığı gerekçesi ile savunmuş; buna karşı AİHM, Brogan ve diğerleri/İngiltere Kararı'na atıfta bulunarak, terör suçlarının koğuşturmasının güçlükleri olduğunu, ancak bu durumun, koğuşturma makamlarının terör unsuru içerdiğini ileri sürdükleri her olayda, 5. maddenin soruşturma makamlarına açık çek verdiği anlamına gelmediğini belirterek, 12 ve 14 günlük sürelerin terörle bağlantılı olaylarda bile çok uzun olduğunu, Brogan ve diğerleri/İngiltere Kararı'ndaki dört gün altı saatlik süreye atıfta bulunarak, 5. md. 3. fıkradaki gecikmezlik güvencesine aykırı bulmuştur.

AİHM'nin Brannigan ve McBride/İngiltere olayında İngiltere'nin Sözleşme'nin 15. maddesine dayanarak 5. maddeyi askıya almasını kabul etmesine rağmen, benzer durumda olan Sakık ve diğerleri/Türkiye Davası'nda bunu kabul etmemiştir. Bu bir anlamda, Türkiye'nin olağanüstü hal düzenlemesinden kaynaklanmaktadır. 12 ve 14 günlük süreler ise, o tarihte DGM'nin görev alanına giren suçlar açısından Türk Hukuku'na uygundu. Ancak, Ankara DGM savcılığının bu süreyi sonuna kadar kullanmasının hiçbir haklı gerekçesi de yoktur. Çünkü savcılık, sanıklar gözaltına alınmadan önce gerekli delilleri toplamış, sanıkların suç işledikleri yolunda elinde yeterli deliller olduğu için TBMM'den dokunulmazlığın kaldırılmasını talep etmiş ve bu talepten 2 yıl geçtikten sonra sanıklar gözaltına alınmıştır. Sanıklar gözaltına alındığında ise, onların ifadesi dışındaki diğer delillerin koğuşturma makamlarının elinde bulunması gerekiyordu. Bu nedenle sanıkların sorgusu için bu kadar uzun süre hakim önüne çıkarılmadan gözaltında bulundurulmasının haklı bir nedeni bulunmadığı için *Mahkeme*'nin kararı isabetlidir.

Aksoy/Türkiye Davası'nda¹⁰⁵ ise devlet güvenlik mahkemesinin görev alanına giren suçlar nedeniyle olağanüstü hal bölgesinde yakalanan başvurunun, diğer iddialar yanında¹⁰⁶ Sözleşme'nin 5. md. 3 fıkrasındaki "gecikmeden hakim önüne çıkarılma" hakkının ihlali, Türkiye'nin olağanüstü hal uygulaması nedeniyle 5. maddeye aykırı tedbirler alma hakkı inceleme konusu yapılmıştır.

Başvurucu Zeki Aksoy, 24 Kasım 1992 tarihinde Mardin Emniyet Müdürlüğü'nce gözaltına alındığını, Türk Hükümeti ise başvurunun 13 kişi ile birlikte, PKK'ya üye olmak ve yardım ve yataklık etmekten 26 Kasım 1992 tarihinde gözaltına alındığını ileri sürmüştür. Başvurucu 10 Aralık 1992 tarihinde Mardin Cumhuriyet Savcılığı'na çıkarıldıktan sonra serbest bırakılmıştır. Komisyon ve *Mahkeme* başvurunun en az 14 gün hakim önüne çıkarılmadan gözaltında tutulduğunu kabul etmiştir.

AİHM, başvuru Aksoy'un 14 gün ve daha fazla hakim önüne çıkarılmadan gözaltında tutulmasını, yukarda incelediğimiz Brogan ve diğerleri/İngiltere Kararı'ndaki 4 gün 6 saatlik süreyi hatırlatarak, 5. maddenin 3. fıkrasındaki gecikmezlik kuralını ihlal edici nitelikte bulmuştur. Hükümetin, bölgede uygulanan olağanüstü hal nedeniyle Sözleşme'nin 15. maddesi uyarınca hakları askıya alarak (yükümlülük azaltarak) 5. maddeye aykırı tedbirler aldığını ileri sürmesi üzerine *AİHM*, Türkiye'nin aldığı bu tedbirlerinin Sözleşme ile bağdaşıp bağdaşmadığını da incelemiştir.

Mahkeme kararında, Türkiye'nin Güneydoğu Bölgesi'ndeki terör olaylarını Sözleşme'nin 15. maddesi anlamında ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü bir durum olarak kabul etmekle birlikte, başvurunun 14 gün süreyle hakim önüne çıkarılmaksızın gözaltında tutulmasına imkan veren tedbirlerin "durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektirdiği tedbirler olmadığı" sonucuna varmıştır.¹⁰⁷ *AİHM* gerekçe olarak da önce, Brannigan ve McBride/İngiltere Kararı'na atıfta bulunarak, terör suçlarından sanık olan kişilerin yargı denetimine tabi olmadan 7 güne kadar gözaltında tutulmasının 15. md. ile hükümetlere tanınan takdir yetkisinin aşılmadığını hatırlattıktan sonra, Aksoy'un hakim önüne çıkarılmadan en az 14 gün gözaltında tutulmasının, terör suçlarının soruşturmasında yetkililerin karşılaştığı özel problemler dikkate alınsa bile, çok uzun olduğunu ve başvuru sadece kişi

¹⁰⁵ *AİHM*, 18.12.1996 tarihli Karar; Kararın Türkçe çevrisi için bkz. İHKAD cilt 2, s.236-262, AİHK'nın Aksoy olayında verdiği kabuledilebilirlik kararının Türkçe çevrisi için bkz. *GEMALMAZ: Nihai Raporlar*, s.213-257.

¹⁰⁶ İnceleme konusu yapılan diğer hususlar, iç hukuk yollarının tüketilmesi, sanığa gözaltında işkence yapılması, işkencenin ispatı, filistin askısının kullanılmasının işkence teşkil etmesi, adil yargılanma hakkı, etkili bir hukuk yoluna başvuru hakkı gibi.

¹⁰⁷ Aksoy/Türkiye, par.84

özgürlüğünün keyfi olarak ihlaline karşı değil, işkenceye karşı da aciz durumda bıraktığını belirtmiştir.¹⁰⁸ *Mahkeme*'nin belirttiği ikinci gerekçe ise, gözaltı süresinde sanığa yeterli güvencelerin sağlanmamış olmasıdır. *Mahkeme* burada yine Brannigan ve McBride/İngiltere Kararı'na atıfta bulunarak, keyfi davranışlara ve tecrit halinde gözaltında tutmaya karşı önemli koruma tedbirlerini kapsayan güvencelerin Kuzey İrlanda'da işler durumdayken¹⁰⁹, uzun süre gözaltında tutulan başvuru için bu tür güvencelerin Türkiye'de mevcut olmadığı sonucuna varmıştır. Çünkü, başvurucuya gözaltında iken bir avukata, doktora, akrabaya veya arkadaşına ulaşma hakkı verilmemiş olması ve gözaltında tutulmasının hukukilik denetimini yapabilecek bir mahkeme önüne çıkarılmak için gerçekçi bir imkanın bulunmaması, onu kendisini tutanların insafına bırakmıştır.¹¹⁰

Burada hemen belirtelim ki, 1997 yılında 4229 sayılı Kanun ile devlet güvenlik mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda gözaltına ilişkin üst sınırın 10 güne indirilmesi ve 4 günden sonraki gözaltı sürelerinde uzatmanın hakim kararıyla olması ve uzatma kararından itibaren avukatı ile görüşme imkanı getirilmesi şeklindeki tedbirler önemli bir iyileştirme olmakla birlikte, Brannigan ve McBride/İngiltere Kararı'nda *AIHM*'nin belirttiği tedbirlerin gerisinde kalmıştır.¹¹¹

AIHM'nin 23.9.1998 tarihli **Demir ve diğerleri/Türkiye Kararı**¹¹² da olağanüstü hal bölgesinde gözaltı sürelerine ilişkindir:

Başvurucuların da içinde bulunduğu otuz kişi Diyarbakır DGM Savcısının talimatları doğrultusunda Ocak ve Şubat 1993 tarihinde gözaltına alınmışlardır. Başvuruculardan Hüseyin Demir 22 Ocak, Faik Kaplan ve Şükrü Süsin de 28 Ocak 1993 tarihinde güvenlik güçlerince yakalanarak gözaltına alındıklarını iddia etmişlerdir. Türk Hükümeti ise Demir ve Süsin'in 26 Ocak, Kaplan'ın ise 30 Ocak 1993 tarihinde gözaltına alındıklarını ileri sürmüştür. 15 Şubat 1993 tarihinde Kaplan, 18 Şubat tarihinde ise Demir ve Süsin, İdil Ceza Mahkemesi hakimi önüne çıkarılmış ve hakim bu kişilerin tutuklanmasına karar vermiştir. Gözaltı sırasında sanıklar doktor kontrolünden geçirilmiştir. DGM, bu sanıkları 14.10. 1996 tarihli kararıyla çeşitli ağır hapis cezalarına mahkum etmiştir.

¹⁰⁸ Aksoy/Türkiye, par.78.

¹⁰⁹ "Örneğin, ilk gözaltına alma ve tutma kararının hukukilik denetimi yaptırılabilir; gözaltına alındıktan kırk sekiz saat sonra mutlak ve kullandırılması hukuken zorunlu bir avukatla görüşme hakkı vardır; gözaltında tutulanlar, bir arkadaşına veya yakınına tutulması hakkında bilgi verme ve bir doktora ulaşma hakkına sahiptir" (Aksoy/Türkiye, par.82).

¹¹⁰ Aksoy/Türkiye, par.83.

¹¹¹ Krş. Brannigan ve McBride/İngiltere Kararı, par.62-63.

¹¹² Kararın Türkçe çevrisi için bkz. Yargı Mevzuatı Bülteni, 29 Temmuz.2000, Sayı: 118, s.38-53.

AİHM bu olayı da yukarda incelediğimiz Brannigan ve McBrid/İngiltere Kararı ile Aksoy/Türkiye Kararı'ndaki içtihatları ışığında değerlendirmiştir. Bu davada Demir ve Süsin'in en az yirmi üç gün, Kaplan'ın ise en az 16 gün hakim önüne çıkarılmadan gözaltında tutulmalarının Brogan ve diğerleri/İngiltere Kararı'ndaki dört gün altı saat gözaltı süresi karşısında Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrasındaki gecikmezlik şartının ihlali anlamına geldiğini belirttikten sonra, Türkiye'nin 15. maddeye göre Sözleşme'ye aykırı tedbirler alma hakkını kullanması nedeniyle, bu sürelerin 5. md. 3. fıkrasının ihlali olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini tartışmıştır. *Mahkeme*, Aksoy/Türkiye Kararı'na atıfta bulunarak, Türkiye'nin Güneydoğu Bölgesindeki terör olaylarının Sözleşme'nin 15. maddesi anlamında halkın hayatını tehdit eden olağanüstü bir durum meydana getirdiğini kabul etmiştir. Ancak, yine de 15. maddeye göre alınan tedbirlerin, durumun gerektirdiği zorunluluklar sonucunda alınmadığı görüşüne varmıştır. *Mahkeme* ayrıca sanıkların, Aksoy/Türkiye Davası'nda olduğu gibi, gözaltı süresince kötü muamele ve keyfi davranışlar ile ve gözaltı kararına karşı yeterli güvenceye sahip olup olmadığını tartışmıştır.

Türk Hükümeti bu davada sanıkların gözaltı süresince keyfi muameleye karşı adli tıp kurumu doktorları (hükümet tabibi) tarafından muayene edildiğini ve avukatlarının da gözaltı kararını veren güvenlik kuvvetleri müdürü aleyhine şikayette bulunduğunu savunmuştur. Ancak *Mahkeme*, bu noktada mevcut davanın Aksoy/Türkiye davasından farklılıklar gösterse bile, gözaltında sanıklara sağlanan güvencelerin yetersiz olduğunu belirtmiştir. AİHM buna gerekçe olarak da, güvenlik kuvvetleri tarafından sanıkları muayene eden doktora gönderilen talimatlara göre, doktorun görevinin, başvuruların vücudunda, gözaltına alınmalarının başlangıcında ve sonunda herhangi bir şiddet veya saldırı izi olup olmadığını belirlemek olduğunu, on altı veya yirmi üç günlük periyotlarla yapılan bu tür muayenelerin sanıkların gözaltı sürelerinin uzunluğunu haklı gösterecek güvence teşkil etmediğini göstermiştir. Ayrıca *Mahkeme*'ye göre, sanık avukatlarının gözaltı kararına karşı şikayette bulunabilmiş olması, avukatlara hücreye konan sanıklar ile görüşme imkanı verilmediği için, gözaltı sırasında keyfi muameleye karşı etkili bir güvence teşkil etmez.

AİHM, 11.7.2000 tarihli **Dikme/Türkiye Kararı'nda** başvurucuya gözaltında iken işkence yapıldığına ve onun gecikmeden hakim önüne çıkarılma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Davanın esasını teşkil eden olaylar şu şekilde özetlenebilir:

Metin Dikme 10 Şubat 1992 tarihinde İstanbul Emniyet Müdürlüğü terörle mücadele ekipleri tarafından, güvenlik güçlerine karşı yapılan bir çok saldırıyı "devrimci sol" adlı aşırı sol bir örgüt adına gerçekleştirmiş olduğu şüphesi ile yakalanarak gözaltına alınmıştır. 26 Şubat 1992 tarihinde başvurucunun adli tıp uzmanınca muayenesi yapılmış ve adli tıp raporunda Dik-

me'nin vücudunda eski yara izlerine rastlandığı belirtilmiştir. Bir gün sonra İstanbul DGM hakimi önüne çıkarılan başvurucu, sorgulandıktan sonra mahkemece tutuklanmasına karar verilmiştir. 28 Şubat 1992 tarihinde doktor tarafından tekrar muayene edilen başvurunun vücudunda, kol ve bacaklarında 20 adet darbe, kırılma ve ezilme tespit edilmiştir. 9 Temmuz 1993 tarihinde Dikme, güvenlik görevlileri hakkında şikayette bulunmuştur. *Mahkeme* kararını verdiği sırada, başvurucu ile ilgili yargılama işlemleri devam etmektedir.

AIHM, öncelikle Sözleşme sistemi içindeki 5. maddenin önemini vurgulamıştır. *Mahkeme*'ye göre gecikmeksizin yapılacak yargısal müdahale, gerçeği ortaya çıkarmaya ve Dikme'nin iddia ettiği olaylar gibi gözaltında kötü muameleyi önlemeye yönelik olmalıdır; uzun gözaltı süresi, gözaltında bulunan kişiye kötü muamele yapılma riskini arttıracak gibi, ondan baskı altında itiraf almaya da sebep olur. *Mahkeme*, olayda başvurunun 16 gün süreyle hakim önüne çıkarılmadan polisçe gözaltında tutulmasını gerektirecek nedenlerin bulunmadığı ve Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrasının öngördüğü gecikmezlik güvencesinin gereklerinin yerine getirilmediği sonucuna vararak, 5. maddenin ihlaline karar vermiştir.

Günay ve diğerleri/Türkiye (27.9.2001) Davası'nda başvurucuların 5 ile 11 gün arasında gözaltında tutulmaları nedeniyle *AIHM*, Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Olayda Ekrem Günay, Zübeyt Coşgun, Abdurrahim Özkahraman, Hicran Aydoğmuş, Abdurrahman Araz, Velat Esen, Abdulsamat Çelik, Sultan Toptaş, Cafer Cengiz ve Mustafa Aydın adında 10 kişi Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrasının ihlali nedeniyle *AIHM*'ye başvurmuşlardır. Başvuruculardan Cengiz 2 Aralık'ta, Toptaş ve Coşgun 3. Aralıkta, Aydın, Çelik, Esen ve Günay 6 Aralık'ta, Özkahraman 7 Aralık'ta ve Araz ve Aydoğmuş ise 8 Aralık 1995 tarihlerinde güvenlik güçlerince PKK'ya karşı yapılan bir operasyonda İzmir'de gözaltına alınmışlar ve 13 Aralık 1995 tarihinde ise DGM hakimi önüne çıkarılmıştır. Başvurucular 5 ile 11 gün arasında gözaltında tutulmuşlardır. Aydoğmuş serbest bırakılırken diğer başvuru mahkemece tutuklanmışlardır. Aydoğmuş dışındaki sanıklar 11 Mart 1997 yılında çeşitli cezalara mahkum olmuşlar ve mahkumiyet kararları da Yargıtay tarafından onaylanmıştır.

AIHM, Brogan ve diğerleri/İngiltere kararında terör suçlarında bile 4 gün 6 saatlik sürenin 5. md. 3.fıkradaki gecikmezlik kuralının ihlali olarak nitelendirdiğini hatırlatarak, terör suçlarındaki soruşturmanın zorluğuna rağmen 5 günden 11 güne kadar değişen gözaltı sürelerinin *Mahkeme*'nin içtihatları doğrultusunda 5. md. 3. fıkrasının ihlali olarak değerlendirerek, tazminata hükmetmiştir.

AİHM'nin 22.5.2002 tarihli **Altay/Türkiye** Kararı da yine uzun gözaltı süresiyle ilgilidir.

Bu karara konu olan olayda başvuru, 2 Şubat 1993 tarihinde TKP/B-SHB üyesi olmak, bombalı saldırılarda bulunmak ve başka suçlardan İstanbul'da gözaltına alınmıştır. 15 Şubat'ta doktor kontrolü yapılan başvurucunun vücudunda kötü muamele izleri tespit edilerek doktor tarafından üç gün iş görmezlik raporu verilmiştir. 16 Şubatta DGM hakimi önüne çıkarılan başvurucunun tutuklanmasına karar verilmiştir.

AİHM, başvurucunun gözaltında kötü muameleye maruz kalması nedeniyle 3. maddenin ihlaline, DGM tarafından yargılanması nedeniyle 6. md. 1. fıkradaki adil yargılanma hakkının ihlaline ve başvurucunun hakim önüne çıkarılmadan 15 süreyle gözaltında tutulmasını da 5.md. 3. fıkradaki gecikmezlik ilkesinin ihlaline karar vererek, başvuru için tazminata hükmetmiştir. *Mahkeme*, 5. md. ihlali ilgili olarak Brogan ve diğerleri/İngiltere kararındaki hakim önüne çıkarmadan 4 gün 6 saat gözaltında tutulmasını Sözleşme'nin ihlali olarak kabul ettiğini hatırlattıktan ve Dikme/Türkiye kararına da atıfta bulunduktan sonra, sanığa isnat edilen suç terör suçu bile olsa bir kimsenin 15 gün süreyle hakim önüne çıkarılmadan gözaltında tutulmasının 5. md. 3. fıkraya açıkça aykırı olduğunu belirtmiştir.

AİHM, 20.6.2002 tarihli **Filiz ve Kalkan/Türkiye** ile **İğdeli/Türkiye** kararlarında gözaltı sürelerinin uzunluğu nedeniyle Türkiye'yi her iki kararda da aynı gerekçelerle mahkum etmiştir.

Filiz ve Kalkan/Türkiye Davası'nda başvuru 28 Temmuz 1996 tarihinde İzmir Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Dairesince yasadışı örgüt üyesi olmaktan gözaltına alınmışlardır. 5 Ağustos 1996 tarihinde İzmir DGM hakimi önüne çıkarılan başvuru tutuklanmasına karar verilmiştir. İzmir DGM 14.8.1997 tarihinde Melahat Filiz hakkında delil yokluğundan beraat kararı verirken, Nadir Kalkan'ı ise mahkum etmiştir. Başvurucular 8 gün boyunca hakim önüne çıkarılmadan gözaltında tutuldukları ve bu durumun Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrasını ihlal ettiği gerekçesi ile başvuruda bulunmuşlardır.

Mahkeme, iki başvuru da herhangi bir yetkili mercii önüne çıkarılmadan 8 gün boyunca gözaltında tutulmalarının Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasındaki güvenceye aykırı olduğuna karar vererek, tazminata hükmetmiştir. Gerekçe kısmında ise *Mahkeme*, Sözleşme'nin 5. maddesinin, kişinin bireysel özgürlüğünü devletin keyfi müdahalesinden korumayı amaç edindiğini hatırlatıp, güvenlik güçlerinin terör suçlarını soruştururken çeşitli güçlüklerle karşılaştıklarını kabul etmekle birlikte, bu durumun onlara dene-timsiz bir şekilde hareket etme hakkı vermediğini vurgulamıştır.

Yine aynı gerekçelerle *AIHM*, *İğdeli/Türkiye* davasında 7 günlük gözaltı süresini 5. md. 3. fıkradaki gecikmezlik ilkesinin ve bu süre içinde yakalama kararına karşı mahkemeye başvuru imkanının sağlanmaması nedeniyle de 5. md. 4. fıkranın ihlali olarak nitelendirmiş ve Türkiye'yi tazminata mahkum etmiştir.

Gündoğan/Türkiye Davası'nda da başvuru 10 gün gözaltında tutulmaları nedeniyle *AIHM*'ye başvurmuşlardır.

Dava konusu olayda başvuru, 17 Ekim 1995'de yasadışı bir örgüt olan Türkiye Komünist Partisi'ne üye olmaktan güvenlik güçlerince gözaltına alınmıştır. 19 Ekim'de başvuru gözetim süresi Erzincan DGM hakim tarafından 26 Ekim'e kadar uzatılmış ve 26 Ekim'de de hakim önüne çıkarılarak tutuklanmıştır. Başvuru 12 Kasım 1999'da mahkum olmuştur.

AIHM, terör suçlarının kovuşturmasındaki zorluklara rağmen, başvuru hakim önüne çıkarılınca kadar 9 gün süreyle gözaltında tutulmasını, Brogan ve diğerleri/İngiltere kararındaki 4 gün 6 saat süreyi hatırlatarak, Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrasının ihlali olarak nitelendirmiştir.

Murat Satık ve diğerleri/Türkiye Davası'nda *AIHM*, 22.10.2002 tarihli kararıyla başvuru 13 gün süreyle hakim önüne çıkarılmadan gözaltında tutulmasını 5. md. 3. fıkranın ihlali olarak nitelendirmiştir. Başvuru esas teşkil eden olaylar kısaca şu şekilde gerçekleşmiştir:

Başvuru Recep Maraşlı, Nuran Çamlı, Murat Satık ve Fahriye Satık'tır. Başvuru 8 Temmuz 1994'de Kürdistan Kurtuluş Partisi üyesi oldukları iddiasıyla İstanbul Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şubesinde konutlarından alınıp gözaltına alınmışlardır. Yakalama sırasında polis, başvuru evlerinde sahte kimlik kartları, PRK'nın yapısı ile ilgili çeşitli dokümanlar ve haritalar bulmuştur. Başvuru 11 Temmuz 1994'de hakim önüne çıkmayı talep etmişler, ancak savcılık gözaltı sürelerini 21 Temmuz'a kadar uzatmıştır. Başvuru 21 Temmuz'da doktor muayenesinden geçirildikten sonra hakim önüne çıkarılarak tutuklanmışlardır.

Türk Hükümeti sanıklara isnat edilen suçların terör suçları olması nedeniyle sanıkların sorgulanması ve delillerin toplanmasının uzun süreyi gerektirdiğini ileri sürerek, gözaltı süresini haklı göstermek istemişse de, *AIHM*, kararının gerekçe kısmında, önce Brogan ve diğerleri kararındaki 4 gün 6 saatlik sürenin bile ihlal olarak kabul edildiğini hatırlatmıştır. *Mahkeme*, daha önceki benzer davalarda verdiği Brogan ve diğerleri/İngiltere, Murray/İngiltere ve Türkiye ile ilgili olarak Sakık ve Diğerleri, Demir ve Aksoy kararlarına atıfta bulunarak, terör suçlarının kovuşturulmasının bir takım güçlükleri olduğunu, terör unsuru içeren her suçta soruşturma makamlarının diledikleri gibi davranma yetkilerinin olmadığını vurguladıktan sonra başvuru 13 gün hakim önüne çıkarılmadan gözaltında tutulmasını

haklı gösterecek bir durumun olmadığını belirterek, 5. md. 3. fıkranın ihlali-ne karar vermiştir.¹¹³

2. Türk Hukukunda Gözaltı Süreleri

Türk hukukunda gözaltı süreleri başta AY olmak üzere birçok kanun-da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu süreler yukarıda inceldiğimiz AİHM kararlarının da etkisiyle son zamanlarda kısaltılarak kişi güvenliği lehinde değiştirilmiştir.¹¹⁴ AY ve kanunlarda yer alan gözaltı sürelerine ilişkin dü-zenlemelerin ana hatlarını şu şekilde belirtmek mümkündür:¹¹⁵

a) 1982 Anayasası

Anayasanın 19. md. 5. fıkrasında suç şüphesi nedeniyle yakalanan ve-ya tutuklanan kişilere hakim güvencesi sağlamak amacıyla, yakalanan veya tutuklanan kişinin, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç 48 saat içinde, toplu olarak işlenen suçlarda ise en geç 15 gün içinde hakim önüne çıkarılmasını emretmekteydi. 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla¹¹⁶ 19. maddenin 5. fıkrası değiştirilerek toplu suçlar-da öngörülen 15 günlük süre 4 güne indirilmiştir. Olağanüstü hal, sıkıyöne-tim ve savaş hallerinde ise bu sürelerin uzatılabileceği belirtilerek herhangi bir üst sınır gösterilmemiştir.

b) CMUK

1992 yılında 3842 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle CMUK'un 128. maddesinin 1 fıkrası şu şekilde düzenlenmiştir:

“Yakalanan şahıs bırakılmazsa, yakalama yerine en yakın sulh haki-mine gönderilmesi için gerekli süre hariç yirmi dört saat içinde sulh hakimi önüne çıkarılır ve sorguya çekilir. Yakalananın talebi halinde müdafii de sor-guda hazır bulunabilir.

Üç veya daha fazla kişinin bir suça iştiraki suretiyle toplu olarak işle-nen suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya fail sayısının çokluğu

¹¹³ AİHM bu kararında 5. madde 4. fıkranın da ihlaline karar vermiştir.

¹¹⁴ Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Yönetmeliği'nin 13. ve 14. maddeleri kollu-ğun görev alanına giren suçlarda gözaltı sürelerini topluca göstermektedir.

¹¹⁵ Türk Hukuku'nda Anayasa ve kanunlarda yakalama yetkisi ve gözaltı sürelerine ilişkin düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YURTCAN ERDENER: Ceza Yargılaması Hukuku, 6. bası, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1996, s.375 vd.; KUNTER NURULLAH / YENİSEY FERİDUN: Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1998, s.649 vd. no. 378; ŞAFAK ALİ / BIÇAK VAHİT: Ceza Muhakemesi ve Polis, 3. bası, Liberte, Ankara 1999, s.174 vd.; KESKİN SERAP: “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hak-kı”, in: İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları/Cogito, İstanbul 2000, s.64-97 (özel-likle 81, 86 vd.).

¹¹⁶ RG 17.10.2001-24556 Mükerrer.

ve benzeri nedenlerle Cumhuriyet Savcısı bu sürenin dört güne kadar uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir. Soruşturma bu sürede sonuçlandırılmazsa Cumhuriyet Savcısının talebi ve sulh hakiminin kararı ile sekiz güne kadar uzatılabilir.”

3842 sayılı kanunla 128. maddede yapılan en önemli değişiklik toplu olarak işlenen suçlarda 15 günlük gözaltı süresi 4 güne indirilmiş, bu sürenin sulh hakiminin kararıyla sekiz güne kadar çıkarılması imkanı getirilmiş olmasındı. Bu hükmünde 6.3.1997 tarih ve 4229 sayılı kanunla yapılan değişiklikte toplu suçlarda 2. fıkra da öngörülen sekiz günlük süre 7 güne indirilmiş ve 1. fıkra da yakalama yerine en yakın sulh hakimine gönderilmesi için “gerekli” süre yerine, “zorunlu” süre ifadesi getirilmiştir. Avrupa Birliğine giriş süreci nedeniyle ve *AIHM* kararlarına uyumun sağlanması amacıyla 6.2.2002 tarih ve 4744 sayılı Kanunla¹¹⁷ gözaltı süreleri tekrar değiştirilerek, 128. madde 2. fıkradaki gözaltı süresinin hakim kararıyla 7 güne kadar uzatılması yetkisi kaldırılarak toplu suçların gözaltı süresi 4 günle sınırlandırmıştır.

Eğer sanık, hakim tarafından verilmiş bir tutuklama kararı üzerine yakalanmışsa, CMUK md. 108 göre hakim önüne getirilmesi için gerekli süre hariç derhal ve nihayet en geç 24 saat içinde hakim önüne çıkarılması gerekir.

c) Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun

Uygulamada gözaltı süreleri konusunda en fazla sorun devlet güvenlik mahkemelerinin göreviyle ilgili suçların kovuşturulmasında ortaya çıkmaktadır. Bu konu ile ilgili düzenlemelerin çeşitli zamanlarda değişikliğe uğradığını görmekteyiz.

18. 11.1992 tarih ve 3842 sayılı Kanun’un 30. maddesi ile devlet güvenlik mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda gözaltı süreleri yeniden düzenlemişti. Buna göre, yakalanan veya tutuklanan kişi, en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç 48 saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok 15 gün içinde hakim önüne çıkarılması gerekiyordu. Buna karşın olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde ise bu süreler iki katı olarak uygulanabiliyordu. Bu hükmle DGM görev alanına giren suçlarda diğer ceza mahkemelerinin görevine giren suçlara göre daha uzun gözaltı süreleri kabul edilmişti. *AIHM*’nin gözaltı sürelerinin uzunluğu nedeniyle Türkiye aleyhine verdiği ve yukarıda incelediğimiz kararların ve listesini verdiğimiz dostça çözümle sonuçlandırılan davaların büyük bir çoğunluğu işte bu hükmün uygulanmasından kaynaklanmıştır.

Mahkeme’nin Türkiye aleyhine verdiği kararların artması nedeniyle devlet güvenlik mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda gözaltı süreleri

¹¹⁷ RG 19.2.2002-24676.

6.3.1997 tarih 4229 sayılı Kanunla kısaltılmıştır. Bu defa 3842 sayılı Kanun'un 30. maddesi yürürlükten kaldırılmış ve gözaltı süreleri DGMK'nın 16. maddesinin 1.,2., ve 3. fıkralarında şu şekilde düzenlenmiştir:

“Devlet Güvenlik Mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda yakalanan veya tutuklanan şahıs, yakalama veya tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç en geç kırk sekiz saat içinde hakim önüne çıkarılır ve sorguya çekilir.

Üç veya daha fazla kişinin bir suça iştiraki suretiyle toplu olarak işlenen suçlarda delillerin toplanmasındaki güçlük veya fail sayısının çokluğu ve benzeri nedenlerle Cumhuriyet savcısı bu sürenin dört güne kadar uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir. Soruşturma bu sürede sonuçlandırılmazsa, Cumhuriyet savcısının talebi ve hakim kararı ile bu süre yedi güne kadar uzatılabilir.

Anayasanın 120 inci maddesi gereğince olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde yakalanan veya tutuklanan kişiler hakkında ikinci fıkra da yedi gün olarak belirlenen süre, Cumhuriyet savcısının talebi ve hakim kararıyla on güne kadar uzatılabilir.”

Son olarak ise 6.2.2002 tarih ve 4744 sayılı Kanun DGMK'nın 16. maddesindeki gözaltı sürelerini daha da kısaltmıştır. Buna göre, 2. fıkranın ikinci cümlesi madde metninden çıkarılarak toplu suçlarda gözaltı süresinin hakim kararıyla 4 günden 7 güne kadar uzatılması yetkisi kaldırılmıştır. Yine 3. fıkradaki olağanüstü hal bölgesi için öngörülen 10 günlük süre de 7 güne indirilmiş ve hakim kararıyla gözaltı süresinin 4 günden 7 güne kadar uzatılmasından önce hakimın sanığı dinlemesi emredilmiştir. Bu, çok önemli bir değişikliktir. Çünkü, gözaltına alınan kimsenin hakim tarafından dinlenmesi demek, AİHS 5. md. 3. fıkradaki hakim önüne çıkarılması anlamına geldiği için, 4 günden sonraki süreyi gözaltı süresi olarak değerlendirmemek gerekir.

d) Meşhut Suçların Muhakeme Usulü Kanunu

Kanunla suçüstü halinde yakalanan kişilerin hakim önüne çıkarılması açısından ikili bir ayırım yapılmıştır (md. 4, 5). Ağır cezalı olmayan suçlarda kolluk, yakalanan sanığı düzenleyeceği tutanak ve elde ettiği delillerle birlikte aynı gün Cumhuriyet savcılığına teslim eder. Savcı da kamu davasını açmaya gerek görürse aynı gün mahkemeye gönderir. Eğer savcı inceleme yapmak için gerekli görürse, sanığı ertesi gün mahkemeye gönderebilir. Buna karşın ağır cezalı suçlarda savcıya soruşturma yapmak ve sanığı hakim önüne çıkarmak için üç güne kadar süre tanınmıştır.

e) Sıkıyönetim Kanunu

1402 Sayılı Sıkıyönetim Kanun'un 3.5.1985 tarih ve 3195 sayılı kanunla yeniden düzenlenen 15. maddesinin son fıkrasına göre, bu kanun kapsamına giren suçlarda, sıkı yönetim komutanı, yakalanan sanıkları hakim önüne çıkarmadan 15 gün süreyle gözaltında tutabilir. Ancak, delillerin araştırılıp tespitinin uzun süre alması nedeniyle sanıklar, bu süre içinde hakim önüne çıkarılamamışsa, komutan bu süreyi 30 güne kadar uzatabilir.

f) Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu

Askeri ceza muhakemesi alanına giren suçlarda, Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 80. maddesine göre, yakalanan kişinin derhal ve nihayet, tutulma yerine en yakın askeri mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç 48 saat içinde askeri mahkeme önüne çıkarılması gerekir. Ancak, ikiden fazla kişinin iştiraki ile toplu olarak işlenen suçlarda, sanık sayısının çokluğu, delillerin durumu veya suçun niteliği sebebiyle soruşturma bu sürede tamamlanamaz ise, en geç 15 gün içinde hakim veya mahkeme önüne çıkarılması gerekir.

2. AİHM Kararları Işığında Türk Hukuku'ndaki Gözaltı Sürelerinin Değerlendirilmesi

Gözaltı sürelerine ilişkin AİHM'nin yukarıda incelediğimiz Türkiye ile ilgili kararlarının bazıları CMUK'da 1992 yılında yapılan değişiklikten önce meydana gelen olaylara ilişkindir. Ancak yapılan bu değişikliklerle gözaltı süreleri kısaltılmasına rağmen AİHM'nin kararları ile uyum sağlanamamıştır. İncelediğimiz kararlar içinde CMUK ve DGMK'daki gözaltı sürelerinin 1997 yılında 4229 sayılı Kanun ile kısaltılmasından sonraki döneme ait AİHM karar yoktur.

AİHM'nin kararlarından çıkarabileceğimiz birinci sonuç, gözaltına alınan sanığın hakim önüne veya yargı yetkisine sahip bir adli görevli önüne çıkarılmada her olaya uygulanabilecek nitelikte kesin bir üst sınırın olmamasıdır. Çünkü gecikmezlik sorunu, her olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerekir. Bu nedenle 24 saatlik bir gözaltı süresi bile, **sanığın gözaltında tutulmasını haklı gösterecek nedenler bulunmadığı** takdirde Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrasındaki **gecikmezlik güvencesine aykırı** olabilir. AİHM, kararlarında, sıklıkla Brogan ve diğerleri/İngiltere Kararı'ndaki 4 gün 6 saatlik süreye yollama yapsa bile, bundan gözaltı süresi olarak kesin üst sınırın bulunduğu anlamı çıkılmamalıdır. Bu nedenle Türk hukukunda, kanuni sürelerin sonuna kadar kullanılması şeklindeki uygulama Sözleşme'ye aykırıdır. CMUK'daki 4 günlük gözaltı süresi de somut olayın özelliğine göre Sözleşme'nin ihlali sonucunu doğurabilir. Ayrıca Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrası sanığın bizzat hakim önüne çıkarılmasını emrettiği ve AİHM de hakimin, özgürlüğü kısıtlanarak önüne çıkarılan kişiyi bizzat dinlemesini istediği için, hakim tarafından gözaltı sürelerinin uzatılmasına karar verilme-

si, hakim önüne çıkarılma sayılamaz; çünkü bu halde hakim sanığı sorgulamadan, dosya üzerinden yaptığı inceleme sonucu kararını vermektedir. Bu nedenle DGMK'nın 16. maddesinde yapılan son değişiklikle gözaltı süresinin 4 günden 7 güne kadar uzatılmasından önce, hakimın sanığı dinlemesi Sözleşme'ye uyum açısından önemli bir değişikliktir.

AİHM'nin gözaltı sürelerine ilişkin Türkiye aleyhine verdiği kararlarında sanıklar en az 5 gün ve daha fazla hakim önüne çıkarılmadan gözaltında tutulmuşlardır. Yine kararların çoğunluğu, olağanüstü hal uygulanan bölgelerde yakalanan sanıklarla ilgilidir. AİHM, bu kararlarında Türkiye'nin Güneydoğu Bölgesi'ndeki terör olaylarını Sözleşme'nin 15. maddesi anlamında ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü bir durum olarak kabul etmekle birlikte, hakim önüne çıkarmaksızın sanıkların uzun süre gözaltında tutulmasını "durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektirdiği tedbirler olmadığını" tespit etmektedir. Sözleşme'nin 15. maddesi olağanüstü hallerde taraf devletlere gözaltı sürelerini istedikleri gibi uzatma yetkisi vermemektedir. Devletlere tanınan takdir yetkisi 5. maddedeki kişi güvenliği ve özgürlüğünün özünü zedeleyici niteliğe ulaşamaz. AİHM'ne göre gözaltı sürelerinin uzun olmasının en önemli sakıncası, sanıkların bu süre içinde işkence ve kötü muameleye uğrama riskidir. Bu riski ortadan kaldıracak güvenceler sağlanmadan, sanığın 7 veya 10 güne kadar gözaltında tutulmasına imkan tanıyan DGMK'nın 16. maddesindeki sürelerin kullanılması Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrasına aykırıydı. Yukarıda belirttiğimiz 1997 ve 2002 yılında yapılan değişikliklerle bu sakıncalar giderilmiştir.

AİHM'nin yukarıdaki kararları açısından Sıkıyönetim Kanunu'ndaki sürelerin ise Sözleşme ile bağdaştırılması mümkün değildir. Avukatla görüşme imkanı, bağımsız doktor kontrolü olmadan bir sanığın 15 gün, hatta 30 güne kadar gözaltında tutulması, sıkıyönetimi gerektiren yaygın terör olayları nedeniyle bile olsa, durumun kesin olarak gerektirdiği tedbirler olduğuna AİHM'yi inandırmak mümkün değildir. Çünkü, Sözleşme'nin 5. maddesinin amacı, kişi özgürlüğünün keyfi olarak ihlalini önleme ve sıkıyönetim sırasında bile olsa, askıya alınması yasak olan işkence ve insanlık dışı muamele tehlikesinin ortadan kaldırılmasıdır. Mahkeme yukarıda incelediğimiz Brannigan ve diğerleri/İngiltere Kararı'nda terör suçları sanıklarının 7 günlük gözaltı süresini, sanıklar sürekli doktor kontrolüne tabi tutulduğu ve avukatları ile görüşme hakları sağlandığı için Sözleşme'ye aykırı bulmamıştır. Halbuki Sıkıyönetim Kanunu'nda bu ve benzeri güvenceler yer almadığı gibi, 30 güne kadar devam edebilen gözaltı süresini haklı gösterebilecek nedenleri göstermek de mümkün değildir.

AİHM, Hollanda ve Belçika askeri ceza hukuklarındaki gözaltı süreleri hakkında verdiği kararlarında, askeri hayatın ve askeri yargının özelliklerinin de dikkate alınması gerektiğini belirtmişse de, askeri sanıkların komutanın emri ile (Koster/Hollanda Kararı'nda olduğu gibi) 5 günü aşan gözaltı süre-

lerini gecikmezlik garantisinin ihlali olarak kabul etmesi karşısında, **Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu**'nun 80. maddesindeki **15 güne** kadar gözaltı süresinin **Sözleşme** ile **bağdaşmadığı** açıktır. AY, CMUK ve DGMK yapılan değişikliklere sıkıyönetim ve askeri yargıya ilişkin gözaltı sürelerinin dahil edilmemesi önemli bir eksikliktir.

V. GENEL DEĞERLENDİRME ve SONUÇ

Bu incelememizde, AİHS'nin 5. maddesinde güvence altına alınan kişi güvenliği ve özgürlüğüne ilişkin bazı sorunları ele aldık. *AİHM* kararları açısından sorunları değerlendirdiğimiz zaman, Türk hukukuna ilişkin olarak kişilerin gözaltına alındıktan sonra kaybolmaları ve suç nedeniyle yakalanan kişilerin kollukça gözaltında tutuldukları süreler konusunda, hem mevzuat açısından, hem de uygulamada oldukça ciddi sorunların bulunduğunu görüyoruz. Buna karşın Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrasında düzenlenen, suç nedeniyle yakalanan kişilerin hakim veya yargı yetkisine sahip bir görevli önüne çıkarılma güvencesi ile ilgili Türk hukukundaki düzenleme ve uygulama Sözleşme'ye uygundur. *AİHM*'nin inceldiğimiz kararlarında bir çok ülkede bu konuda sorunlar mevcut iken, Anayasamızın 19. maddesi yakalanan kişilerin sadece **hakim önüne çıkarılmasını** emretmekte, savcı veya diğer görevlilere tutuklama kararı verme yetkisi tanımamaktadır. Ayrıca, CMUK hazırlık soruşturmasında görev yapan savcının, aynı davanın daha sonraki aşamasında hakim olarak görev yapmasını yasaklayarak, savcılık ve hakimlik sıfatlarının bir davada aynı kişi üzerinde toplanmasını yasaklamıştır.

Tespit ettiğimiz sorunları ve önerdiğimiz çözüm şekillerini şu şekilde özetlemek mümkündür:

AİHM, Türkiye aleyhine yapılan **gözaltında kayıp iddiaları** hakkında **yeni bir içtihat oluşturarak**, gözaltında kayıp olaylarını **kişi özgürlüğünün ağır bir ihlali** olarak nitelendirmektedir. Sözleşme'nin 5. maddesindeki kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yeni bir anlam ve yorum getiren bu kararlarında *Mahkeme*, 5. maddenin ihlal edildiği tespiti yaparken, gözaltında kayıpların bu maddenin hangi fıkrasını ihlal ettiğini ise çoğunlukla belirtmemektedir. *AİHM*'ye göre, bir kişinin gözaltına alındığının veya tutuklandığının yetkililerce kabul edilmemesi 5. maddedeki güvencelerin tamamen inkar edilmesi ve bu hükmün ağır bir ihlalini teşkil etmektedir. 5. madde, yetkililere gözaltına alınan kişilerin kaybolma riskine karşı etkin tedbirler alma ve bir kişinin gözaltına alındıktan sonra kaybolduğuna ilişkin bir şikayet halinde de, **derhal etkin bir soruşturma yapma yükümlülüğü yüklemektedir**. *Mahkeme*'nin görüşüne göre, gözaltına alma işleminin tarihi, saati ve yeri, gözaltına alınan kişinin adı, gözaltına alınma nedeni ve işlemi yapan kişinin adı gibi bilgileri içeren kayıt ve bilgilerin bulunmaması Sözleşme'nin 5. maddesine aykırıdır.

Gözaltı kayıtlarının doğru tutulması açısından 1998 yılında yürürlüğe giren Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği bu konuda çok ayrıntılı hükümler içermektedir. Ancak önemli olan, kolluğun bu hükümlere uyup uymadığının etkin bir şekilde denetlenmesidir. Bu görev de öncelikle savcılara düşmektedir. Gözaltında kayıp iddiaları genellikle olağanüstü hal bölgesi kaynaklıdır. Savcıların olağanüstü hal bölgesi dışında normal olarak kolluk üzerinde etkin bir denetim yetkisinin bulunmadığı veya kullanamadığı dikkate alınır, olağanüstü hal bölgesinde kolluk ve özellikle jandarma üzerinde ne oranda denetim yetkisi olduğu da kendiliğinden anlaşılır. Bu konuda öncelikle yapılması gereken, olağanüstü hal rejiminin AİHM kararları ışığında yeniden düzenlenmesidir. Aksi takdirde, savcılardan gözaltında kaybolduğu iddialarını etkili bir şekilde araştırmasını ve failleri hakkında etkili cezai koğuşturma yapmasını beklemek mümkün değildir.

Gecikmeden hakim önüne çıkarmanın AİHM tarafından kabul edilmiş kesin süreleri yoktur. Gecikme olup olmadığı, somut olaydaki şartlara bağlıdır. *Mahkeme*'nin yukarıda incelenen kararlarında genelde 4 günü aşan süreleri bu güvenceyi ihlal eder nitelikte uzun olarak kabul edilmiştir. Ancak, soruşturmaya yetkili makamlar, şartların haklı göstermediği gecikmelere sebebiyet vermişlerse, 2, 3 gün gibi daha az süreler de 5. md. 3. fıkranın ihlalini oluşturabilir. *Mahkeme*, terör suçlarının soruşturma ve koğuşturmasındaki güçlükleri kabul ederek, normal suçlara oranla daha uzun bir gözaltı süresini Sözleşme'ye aykırı bulmamaktadır. Ancak, hakim önüne çıkarılınca kadar geçecek bu süre, Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrasındaki garantinin özüne dokunmamalıdır. CMUK ve DGMK'da toplu suçlar için kabul edilen dört günlük sürenin kullanılması somut olayda Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrasını ihlal edebilir. Olayın niteliği gereği, soruşturmada özel bir güçlük olmadığı sürece, dört günlük süre Sözleşme açısından kabul edilemez. Yine AsCK'daki 15 günlük gözaltı sürenin kullanılması da, AİHM göre askerliğin niteliği gereği özel durum olarak kabul edilse bile, Sözleşme'ye aykırıdır. Sıkıyönetim ilanı halinde Sözleşme'nin 15. maddesindeki yetkiler kullanılarak kişi özgürlüğü askıya alınsa bile, Sıkıyönetim Kanunu'nda sıkıyönetim komutanına tanınan şüphelileri 15-30 gün gözaltında tutma yetkisi kişi özgürlüğünün özünü zedeleyerek anlamsız hale getireceğinden Sözleşmeye aykırıdır.

Açıklanan bu nedenlerle 1992 ve 1997 değişiklikleri ile Türk Hukukundaki gözaltı sürelerinin AİHS ile uyumlu hale geldiği şeklinde literatürde ileri sürülen görüşlere¹¹⁸ katılmak mümkün değildir. 6.2.2002 tarih ve 4744 sayılı Kanunla CMUK ve DGMK'da yapılan değişikliklerle gözaltı sürelerinin 4 günle sınırlandırılması olumlu bir gelişme olmakla birlikte yine de yetersizdir. Bir defa toplu suç söz konusu olsa bile, her suç için 4 günlük

¹¹⁸ Bkz. KUZU, s.1227-1228.

süre verilmemelidir. Toplu suçlarda süre 48 saate indirilmelidir. DGM görev alanına giren suçlar oldukça geniştir. *AIHM*, terör ve organize suçluluğun koğuşturmasındaki zorluklar nedeniyle kolluğa daha uzun gözaltında tutma yetkisi verilebileceğini belirtmektedir. Ancak, bu halde de, özellikle sanıklara işkence yapılmasına, onlara keyfi muamele yapılmasına karşı koruyucu güvencelerin sağlanması zorunludur. Sadece terör amaçlı suçlar ve organize suçlarda, hakim kararı ile gözaltı süreleri en fazla 4 güne kadar uzatılabilir. Ancak, bu suç sanıkları için müdafii ile görüşme, doktor kontrolü gibi güvencelerin etkin olarak sağlanması gerekir. Bunun dışındaki toplu suçlarda ise gözaltı süresi 48 saati aşmamalıdır. Suçüstü ağır cezalı hallerinde de savcıya verilen üç gün süre hem Anayasaya hem de Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrasına aykırıdır. Diğer suçlardan farklı olarak suçüstü halinde deliller mevcut olduğundan delil elde etmek amacıyla soruşturmaya ihtiyaç yoktur. Bu nedenle suçüstü halinde gözaltı süresi diğer suç türlerinden daha kısa olması gerekirken, kanun tam aksi bir düzenleme getirmiştir. Yapılacak bir düzenleme ile bu suçlarda da gözaltı süresi 24 saatle sınırlandırılmalıdır.

Diğer önemli bir konu da, Türkiye'de kanunlarda öngörülen azami gözaltı sürelerine kolluğun tam olarak uymamasıdır. Gerçekten uygulamada Eryılmaz'ın¹¹⁹ belirttiği gibi "... kolluk, vakit kazanmak amacıyla her zaman şüpheli veya sanığı gözaltı birimine getirmemekte, getirse bile gözaltı birimine gelme zamanı deftere hemen kaydedilmemekte ve şüpheli çoğu zaman kanunda belirtilen limitlerin çok üstünde gözaltında tutulmaktadır." Bu nedenle olsa gerek, *AIHM*'ye yapılan bazı başvurularda gözaltına alma tarihi başvuru ile Türk Hükümeti arasında çelişkilidir. Bu nedenle, öncelikle gözaltı işlemlerinin kanunlara uygunluğunu ve kayıtların doğruluğunu etkin bir şekilde denetleyecek bir düzenleme getirilmelidir.

Sonuç olarak kişi özgürlüğüne ilişkin Türk hukukundaki sorunlar hem uygulamadan, hem de kanuni düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Uygulamayı düzeltmek ve Sözleşme ihlallerini önlemek yerine, *AIHM*'nin kararlarını taraflı olduğu gerekçesi ile eleştirmek yetkilileri sorumluluktan kurtarmaz. Türk hukuk ve uygulamasında *AIHM* kararları dikkate alınarak zaman geçirmeden gerekli düzenleme ve iyileştirmeler yapılmalı, idare de kendini bu kararlar ışığında yeniden yapılandırmalıdır. Gözaltında işkence iddialarından sonra, gözaltında kayıp ve gözaltında ölüm gibi en ağır insan hakları ihlalleri nedeniyle bir insan hakları mahkemesince mahkum olan ülkenin vatandaşları olmak hiç de gurur verici bir olay değildir.

¹¹⁹ ERYILMAZ, s.375.

